جمهورية العراق

وزارة التعليم العالي والبحث العلمي

جامعـــــة كربـــلاء ـ كلية القانـون

القانون الواجب التطبيق على فرع المصرف الأجنبي

(دراسة مقارنة)

أطروحة مقدمة إلى مجلس كلية القانون - جامعة كربلاء

وهي جزء من متطلبات نيل درجة الدكتوراه في القانون الخاص

كتبت بواسطة الطالبة

غـــزوة عـــادل حـــسيـــن

إشـــراف

أ.د حـــسـن عـلـي كـاظـم

2022 م 1443 هـ

بسم الله الرحمن الرحيم

((يَرْفَعِ اللَّهُ الَّذِينَ آمَنُوا مِنْكُمْ وَالَّذِينَ أُوتُوا الْعِلْمَ دَرَجَاتٍ وَاللَّهُ بِمَا تَعْمَلُونَ خَبِيرٌ))

صدق الله العلي العظيم

«سورة المجادلة: الآية 11»

إقرار المقوم اللغوي

تحية طيبة ....

أشهد أني قرأت أطروحة الدكتوراه الموسومة بـ (**القانون الواجب التطبيق على فرع المصرف الأجنبي – دراسة مقارنة**)، المقدمة من قبل الطالبة (**غزوة عادل حسين**) إلى مجلس كلية القانون في جامعة كربلاء، لقد وجدتها صالحة من الناحيتين اللغوية والتعبيرية ، بعد أن أخذت الطالبة بالملاحظات المسجلة على متن الأطروحة.

مع التقدير....

التوقيع :

الأسم : أ.م.د. حازم فاضل البارز

الاختصاص العام : اللغة العربية

الاختصاص الدقيق : الأدب العربي ونقده

إقرار لجنة مناقشة

نشهد نحن أعضاء لجنة المناقشة إننا اطلعنا على هذه الاطروحة الموسومة بـ (تسوية المنازعات الناشئة من استثمار الشركة المتعددة الجنسية في عقود الطاقة المتجددة " دراسة مقارنة")و ناقشنا الطالبة (نسرين حسن كوني) على محتواها, وفيما له علاقة بها, ونعتقد إنها جديرة بالقبول لنيل درجة الدكتوراه في القانون / فرع القانون الخاص وبدرجة (جيد جداً).

التوقيع :

الاسم: أ.د. حسن علي كاظم

(رئيساً)

التاريخ: / / 2022

التوقيع :

الاسم: أ.د. نظام جبار طالب

(عضواً)

التاريخ: / / 2022

التوقيع :

الاسم: أ.د. عقيل مجيد كاظم

(عضواً)

التاريخ: ٢٦/ ٤ / 2022

التوقيع :

الاسم: أ.د. اياد مطشر صيهود

(عضواً)

التاريخ: / / 2022

التوقيع :

الاسم : أ.م.د. ثامر داود عبود

(عضواً)

التاريخ : / / 2022

التوقيع :

الاسم : أ.م.د. غسان عبيد محمد

(عضواً ومشرفاً)

التاريخ : / / 2022

صادق مجلس كلية القانون / جامعة كربلاء على قرار لجنة المناقشة

التوقيع:

أ.د. ضياء عبدالله عبود الجابر

عميد كلية القانون / جامعة كربلاء

التاريخ: ٢٦/ ٤ / 2022

الاهـــــــــداء

إلى عائلتي العزيزة

إلى اساتذتي الكرام في كلية القانون

إلى جميع الاهل والاصدقاء وكل من ساهم في مساعدتي على إتمام هذه الاطروحة.

لهم جميعاً أهدي ثمرة جهدي

الباحثة

الشكر وامتنان

في البداية الشكر والحمد لله جل في علاه ، فإليه ينسب الفضل كله في إكمال هذا العمل، والصلاة والسلام على محمد بن عبد الله خاتم الانبياء والمرسلين وعلى أله وصحبه أجمعين...

وبعد الحمد لله ....

لا يسعني وانا أضع اللمسات الأخيرة في هذه الاطروحة الا أن أخص بالشكر الدكتور حسن علي كاظم المحترم المشرف على هذه الاطروحة الذي كان لاسلوبه العلمي في متابعة الاطروحة الفضل الكبير بعد آللَّه عز وجل في إنارة طريق البحث لي من خلال توجيهاته وارشاداته وضعها آللَّه في ميزان أعماله .

والتقدم بالشكر الموصول لكل أساتذتي الذين تتلمذت على أيديهم في كل مراحل دراستي، وكل من علمني حرفاً ، والى الاساتذة الاجلاء رئيس وأعضاء اللجنة العلمية المحترمين ، وإلى موظفين المكتبة في كلية القانون في جامعة كربلاء والكوفة وبغداد والى جميع الذين تعاونوا معي وسهلوا مهمتي في سبيل اتمام هذه الاطروحة متمنيا لهم التوفيق في مسيرتهم العلمية.

الباحثة

المحتويات

ت	الموضوع	رقم الصفحة
1	**مقدمة**	1 – 5
2	**الفصل الاول** **القواعد الحاكمة لفرع المصرف الأجنبي**	7 – 65
3	**المبحث ألاول** **تأسيس فرع المصرف الاجنبي**	9 – 37
4	**المطلب الأول** **مفهوم فرع المصرف الأجنبي**	10 – 16
5	الفرع الأول تعريف فرع المصرف الأجنبي فقها وقانوناً	11– 14
6	الفرع الثاني تعريف فرع المصرف الأجنبي في القوانين المقارنة فقهاً وقانوناً	14 – 16
7	**المطلب الثاني** **تأسيس فرع المصرف الأجنبي في العراق**	17 – 37
8	الفرع الأول تأسيس لفرع المصرف الأجنبي طبقا للقانون العراقي	18 – 30
9	الفرع الثاني تأسيس فرع المصرف الاجنبي طبقا للقوانين المقارنة	31 – 37
10	**المبحث الثاني : الرقابة على فرع المصرف الأجنبي**	37 – 65
11	**المطلب الأول** **الجهات التي تمارس الرقابة على فرع المصرف الأجنبي**	38 – 59
12	الفرع الأول آلية الرقابة على فرع المصرف الأجنبي	39 – 43
13	الفرع الثاني صور الرقابة على فرع المصرف الأجنبي	44 – 59

14	**المطلب الثاني** **الأحتياطي القانوني لفرع المصرف الأجنبي**	65 – 60
15	الفرع الأول مفهوم الأحتياطي القانوني	63 – 61
16	الفرع الثاني اثر الاحتياطي القانوني على الاداء المصرفي للفرع الأجنبي	65 – 63
17	**الفصل الثاني** **المنهج التقليدي في تحديد القانون الواجب التطبيق على فرع المصرف الأجنبي**	127 – **76**
18	**المبحث الاول** **دور القاضي الوطني في تحديد القانون الواجب التطبيق في اطار الاسناد التقليدي**	101 – 67
19	**المطلب الأول** **دور القاضي الوطني في تحديد القانون الواجب التطبيق**	83 – 69
20	الفرع الاول : تطبيق القانون الوطني باعتباره القانون الواجب التطبيق	78 – 70
21	الفرع الثاني تطبيق قوانين البوليس المصرفية الأم	83 – 78
22	**المطلب الثاني** **القانون الواجب التطبيق على المعاملات المالية لفرع المصرف الأجنبي**	101 – 84
23	الفرع الاول القانون الواجب التطبيق على النظام القانوني لفرع المصرف الأجنبي .	97 – 85
24	الفرع الثاني القانون الواجب التطبيق على المعاملات المالية لفرع المصرف الاجنبي	101 – 97
25	**المبحث الثاني** **التحكيم في المنازعات المصرفية**	127 – 101
26	**المطلب الاول** **التحكيم المصرفي كوسيلة لتسوية المنازعات**	113 – 102
27	الفرع الاول	106 – 103

	مزايا التحكيم المصرفي	
28	الفرع الثاني التحكيم في التشريع العراقي والتشريعات المقارنة.	113 - 106
29	**المطلب الثاني** **القانون الواجب التطبيق على منازعات العقود لفرع المصرف الأجنبي**	127 - 113
30	الفرع الاول دور الارادة في تحديد القانون الواجب التطبيق بإرادة المتعاقدين	120 - 114
31	الفرع الثاني سكوت المتعاقدين عن تحديد القانون الواجب التطبيق	127 - 120
32	**الفصل الثالث** **المنهج الموضوعي في تحديد القانون الواجب التطبيق على فرع المصرف الأجنبي**	184 - **129**
33	**المبحث الأول** **عمليات عمليات فرع المصرف الأجنبي وحلها بالمنهج الموضوعي**	152 - 130
34	**المطلب الاول** **تطبيق المنهج الموضوعي على العمل المصرفي الأجنبي**	138 - 132
35	الفرع الاول دور المنهج الموضوعي في حل منازعات فرع المصرف الأجنبي	136 - 132
36	الفرع الثاني دور المحكم في تطبيق المنهج الموضوعي	138 - 136
37	**المطلب الثاني** **جنسية فرع المصرف الأجنبي كضابط اسناد**	152 - 139
38	الفرع الأول موقف الفقه من جنسية فرع المصرف الأجنبي	143 – 139
39	الفرع الثاني معايير جنسية فرع المصرف الأجنبي	152 – 143
40	**المبحث الثاني** **تطبيق مبدأ الأداء المميز على الالتزامات التعاقدية لفرع المصرف الاجنبي**	184 – 152

41	**المطلب الأول** **آلية العمل بمبدأ الاداء المميز**	166 – 155
42	الفرع الاول قانون فرع المصرف الأجنبي هو الأوثق صلة بالعقد	159 – 155
43	الفرع الثاني فرع المصرف الاجنبي القائم بالعملية هو صاحب الاداء المميز	166 – 159
44	**المطلب الثاني** **أثر مبدأ الأداء المميز في تحديد القانون الواجب التطبيق على العمليات المصرفية**	184 – 166
45	الفرع الأول تطبيق قانون المصرف بوصفه قاعدة أسناد أحتياطية	170 – 167
46	الفرع الثاني تطبيق القواعد الموضوعية الخاصة بفرع المصرف الأجنبي	184 - 170
47	**الخاتمة**	191 - 186
48	**المصادر**	203 - 193
49	Abstract	A – B

المستخلص

ويمكن تلخيص الأهداف التي كان ينشدها الاقتصاد الوطني العراقي من وراء السماح لفروع المصارف الأجنبية، منها جذب رؤوس الاموال الأجنبية ، والارتفاع بمستوى الخدمة المصرفية لدى المصارف الأجنبية عن طريق خلق مجال للمنافسة وتطبيق وسائل مناسبة للارتقاء بمستوى هذه الخدمة اضافةً الى خلق سوق نقدي ومصرفي في العراق لاستقطاب الاستثمار الأجنبي وتدعيم العلاقة بين الجهاز المصرفي وأسواق المال العالمية وتوفير التسهيلات المصرفية اللازمة لتمويل الاستثمارات الاجنبية، إذ عادةً ما يكون المستثمر الأجنبي مطمئناً في التعامل مع المصارف الأجنبية مقارنةً بالمصارف المحلية

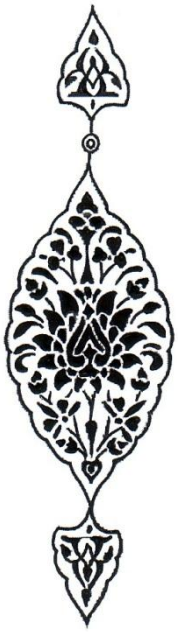
في حين دول أخرى تسعى لتطوير الخدمات المالية المتاحة واستحداث خدمات مصرفية جديدة واكتساب المزيد من الخبرات في مجالات العمل المصرفي المختلفة من خلال زيادة التكامل مع أسواق رأس المال الدولية، ولقد أختلفت طرق وأساليب دخول فروع المصارف الأجنبية الى أقتصاديات الدول النامية.الواقع العملي يؤكد أن تلك الفروع يساندها دعم من المصرف الأم بما يملكه من كفاءات أدارية وخدمات فنية والتكنولوجيا المتقدمة وخبرات أعمق بأسواق المال الدولية، وهو ما يخلق بدوره مناخاً تنافسياً يجب على المصارف المحلية مواكبته حتى تستطيع أن تحتفظ بمكانتها وعملائها بالسوق.

إذ أن الشركات تخضع لإشراف السلطات الرقابية المحلية فالشركة التابعة هي كيان قانوني مستقل يتم تأسيسه في البلد المضيف بكل شراكة ويكون للمصرف الأجنبي في دولة الموطن ملكية الاغلبية ، بحيث يصعب عليه التأقلم مع الظروف المحلية للسوق كما أنه يحتاج إلى بذل الجهد لجذب واكتساب العملاء .

إذ أن القوانين الوطنية تختلف في تحديد العنصر الأهم من بين عناصر الإسناد والذي يعول عليه في تحديد القانون الواجب التطبيق والتي أصبحت عاجزة عن الإستجابة لطبيعة هذه المنازعات ، ومن جانب أخر فأن قصور المبدأ التقليدي عن تلبية المنازعات المصرفية لم يعد هو السبب الوحيد لظهور هذا النوع من القواعد على الصعيد الوطني العراقي ، بل أن هناك أسباب قانونية وعملية تمثلت بحدوث تحولات إقتصادية كبرى في القطاع الأقتصادي العراقي من الأقتصاد المغلق الى الأقتصاد المفتوح الذي أدى بدوره الى حدوث تغيرات في القطاع المصرفي العراقي بدخول المصرف الأجنبي، وهذا ما دفع بها الى الاقرار بوجود هذه القواعد والعمل على توحيد الحلول لأنواع معينة من العقود والتصرفات تحقيقاً لأهداف مشتركة فضلا عما يجسده

التحكيم من ركيزة أساسية في نشوء هذه القواعد فجاءت العقود النموذجية لكي تبلور تلك الحلول، إذ أن بعضها يمتلك ميزانيات دول أحياناً مما لها الأثر الكبير في أنعاش الأقتصاد الوطني، وقد أصبحت العمليات المصرفية الدولية سمة من سمات العصر وعلامة من علاماته البارزة، إذ تضطلع المصارف الأجنبية بدور بالغ الأهمية في الحياة الأقتصادية والتجارية ، فهي المصدر الأول لتمويل التجارة الداخلية والخارجية وهي المحور الاساس الذي تدور عليه عمليات الأئتمان التجاري ، وتمارس المصارف نشاطها عن طريق العديد من العمليات المصرفية التي ترتبط بها مع عملائها بطائفة من العقود التجارية التي اضفت عليها العادات والاعراف المصرفية طبيعة خاصة جعلت منها عقودا مسماة يستقل كل منها بخصائصه واحكامه على الرغم من اهمية هذه العقود وذيوعها في الحياة التجارية واهتمام كثير من التشريعات بتقنينها وتنظيم أحكامها.

ولاشك أن المصارف أو الأشخاص المعنوية بصورة عامة وأن كانت لا تقوم ببعض التكاليف الوطنية التي يقوم بها الأشخاص المعنوية دفاعاً عن كيان الدولة، إلا أنه يسهم بصورة فعالة في قوة الدولة من الناحية الاقتصادية، مما يقوم به من نشاط اقتصادي لا تتوافر مقوماته للأفراد، وفي ذلك يبرر شمول الدولة للأشخاص المعنوية بجنسيتها .



مقدمة

مقـدمة

اولاً: التعريف بالموضوع:

تعاني معظم الدول النامية من قصور في الموارد المالية اللازمة لتمويل عمليات التنمية الاقتصادية بها ، وخاصةً موارد النقد الأجنبي نتيجةً لعدم استقرار حصيلة الصادرات ، فضلاً عن عدم كفايتها لذا بدأت هذه الدول بالبحث عن مصادر مكملة لتمويل العمليات الاقتصادية .

وعلى الصعيد المحلي لقد أخذ العراق بعد عام 2003 بسياسة الانفتاح الاقتصادي، وذلك بالسماح لرأس المال الأجنبي بوجه عام وللمصارف الأجنبية بوجه خاص، بممارسة انشطة اقتصادية في الـــــــــعراق انطلاقاً من الظروف الاقتصادية التي سبقت الأخذ بهذه السياسة .

وفي الواقع أن العمليات المصرفية التي يجريها فرع المصرف الأجنبي في الدولة المضيفة تتأثر بالواقع الاقتصادي والمالي فيها ، فالمصارف تضطلع بوظيفة هامة في الاقتصاد القومي وهي وظيفة توزيع الائتمان، فهي تتلقى الودائع من جمهور المدخرين بفائدة معينة وتستخدمها في منح القروض للتجار والصناع وغيرهم بفائدة أعلى لتحقيق الربح بمقدار الفرق بين الفائدتين . وهي بذلك تعمل كوسيط بين المدخرين والمستثمرين أي بين المقرضين والمقترضين وبين عرض النقود وطلبها ، فتزود المشروعات بالاموال اللازمة لتمويلها وتنميتها وتحويل المدخرات من رأس مال خامل الى رأس مال نشيط ومنتج للربح ، فتساعد بذلك على تمويل التجارة والصناعة وتنشيط الاقتصاد القومي .

مقتضى ذلك أن العملية المصرفية تتركز سواءً من الناحية الاقتصادية والمالية أو من الناحية الفنية والقانونية في دولة فرع المصرف الأجنبي الذي يقوم بالعملية ، وتطبيق قانون الدولة المضيفة بوصفه قانون الوسط الاقتصادي والاجتماعي أو البيئة التي تتم فيها العمل المصرفي له ما يبرره . ففي هذا المكان غالباً ما يتم ابرام العقد وكثيراً ما يتم تنفيذه وفق ذلك فهو قانون الدولة التي يوجد فيها الطرف الذي يقوم بالأداء المميز في العملية المصرفية برمتها وهو فرع المصرف الأجنبي .

ويمكن تلخيص الأهداف التي كان ينشدها الاقتصاد الوطني العراقي من وراء السماح لفروع المصارف الأجنبية، منها جذب رؤوس الاموال الأجنبية ، والارتفاع بمستوى الخدمة المصرفية لدى المصارف الأجنبية عن طريق خلق مجال للمنافسة وتطبيق وسائل مناسبة للارتقاء بمستوى هذه الخدمة اضافةً الى خلق سوق نقدي ومصرفي في العراق لأستقطاب الأستثمار الأجنبي وتدعيم العلاقة بين الجهاز

المصرفي وأسواق المال العالمية وتوفير التسهيلات المصرفية اللازمة لتمويل الاستثمارات الاجنبية، إذ عادةً ما يكون المستثمر الأجنبي مطمئناً في التعامل مع المصارف الأجنبية مقارنةً بالمصارف المحلية .

وتنفيذاً لهذه السياسة الاقتصادية وبغية تحقيق الأهداف المتقدمة فقد صدر قانون المصارف رقم (94) لسنة2004 النافذ ، وقانون البنك المركزي رقم (56) لسنة 2004 وقانون مكافحة غسل الاموال وتمويل الارهاب رقم (93) لسنة 2004 المعدل بالقانون النافذ رقم (39) لسنة 2015.

وقد أدت هذه السياسة الى تشجيع المصارف الأجنبية في فتح فروع لها في العراق، كما سعت بعض المصارف الأجنبية الى دفع جزء من رؤوس أموالها للمساهمة مع رؤوس أموال عراقية لانشاء مصارف مشتركة، وتعددت الدوافع التي تقف خلف رغبة المصارف التجارية الدولية الكبرى، وخاصةً تلك التي تنتمي الى دول العالم المتقدم في خلق تواجد مصرفي أجنبي خارجي داخل الأسواق المصرفية ، منها ما يعود مصدره الى الدول المضيفة ، كالبيئة التنظيمية داخل الدول المضيفة والتي لابد أن تكون أكثر انفتاحاً ، وكذلك درجة التكامل الاقتصادي والتبادل التجاري فيما بين دول الموطن والدول المضيفة ، وأيضاً معدل النمو الاقتصادي في الدول المضيفة، وعلى الجانب الآخر هناك دوافع وأسباب تعود الى المؤسسات المصرفية الأجنبية ذاتها.

وفي الواقع أن تجربة الانفتاح الاقتصادي وما يترتب عليه من السماح للمصارف الأجنبية والشراكة بممارسة النشاط المصرفي جنباً الى جنب مع المصارف الوطنية ، تركت أثرها على الاقتصاد العراقي وآثارت جدلاً كبيراً من ناحية مدى تحقيقها للأهداف التي أنشأت من أجلها سواءً من ناحية جذب رؤوس الأموال الأجنبية أو من ناحية الأرتقاء بمستوى الخدمة المصرفية لدى المصارف الوطنية، نتيجةً لتولد عنصر المنافسة أو من ناحية تدعيمها للعلاقة بين الجهاز المصرفي العراقي وأسواق المال العالمية أو من ناحية مساهمتها في تحقيق التنمية في العراق .

ثانياً: اهمية الدراسة :

أن سياسة الانفتاح التي شهدها العراق على الاسواق المصرفية العالمية تمثل تحدياً جوهرياً أمام السلطة النقدية ، ذلك أن الملكية الأجنبية للمؤسسات المصرفية لاتعد علاجاً لضعف النظم المصرفية الوطنية، ولا تعدو غزواً استعمارياً جديداً يخشى منه ، فهي سلاح ذو حدين فمن خلال السياسة التشريعية والادارة الرشيدة للسلطة النقدية، يمكن صنع الفارق بين قطاع مصرفي تحقق من خلاله الفروع الأجنبية الربح السريع فقط، أو على العكس يمكن من خلال تواجد الفروع المصرفية الأجنبية يعمل على دعم القطاع المالي بشكل عام، وايجاد منافع طويلة الامد للاقتصاد العراقي وجذب الاستثمار، إذ يعد الاستثمار من أهم

المؤشرات التي تساهم في دعم التنمية الاقتصادية ووجود الاستثمارات يعتمد بدرجة كبيرة على وجود مصارف توفر الائتمان اللازم للقيام بالمشاريع بطرق ميسرة بعيدة عن التعقيد والروتين، من كل ذلك نجد أن العامل الأساسي للارتقاء بالنظام المصرفي وتكوين سياسة نقدية جاذبة للاستثمارات من خلال وجود نظام قانوني سليم يتماشى مع متطلبات الواقع الاقتصادي، وما يتطلبه السوق المصرفي العراقي من احتياجات كزيادة السيولة المصرفية ودعم المشاريع الحيوية الكبرى مثلاً اعادة اعمار المناطق المتضررة من (داعش الارهابي).

إذ تعد المصارف بشكل عام الركن الاساس للدولة والنظام الاقتصادي، لذلك يوجب على المشرع توفير المناخ القانوني الملائم للفرع الأجنبي وفسح المجال له ليأخذ دوره كأحد روافد السيولة والائتمان، والدور الذي تؤديه الفروع الأجنبية على المستوى المحلي والدولي دور حيوي وجوهري، فكلما زادت حركة التبادل التجاري عبر الحدود كلما زادت أنشطة المصارف وأتسع مجال ممارستها لانشطتها المختلفة .

ويتمثل التواجد المصرفي الأجنبي لممارسة نشاطه المصرفي خارج الحدود في شكل تواجد فعلي من خلال فروع أو مكاتب تمثيل تدرس السوق المصرفي في الدول الأجنبية، لذا أصبح عمل المصارف لا يقتصر على اقليم الدولة فحسب، وانما أمتدت لتعمل في خارج اقليم الدولة اضافةً الى أن جزء من عملياتها المصرفية تتسم بالطبيعة الدولية .

لذلك فان الصفة الأجنبية للعمل المصرفي والمعاملات المصرفية داخل الدولة المضيفة، يؤدي حتماً الى تنازع القوانين في المنازعات التي تثار بين فرع المصرف الأجنبي وعملائه . إذ تعد مسألة تحديد القانون الواجب التطبيق على منازعات فرع المصرف الأجنبي من أهم المواضيع التي يطرحها القانون الدولي الخاص في مجال العلاقات الدولية التي لاقت اهتمام العديد من الفقهاء والباحثين ، إذ ان لهذا الفرع دور كبير في اطار النشاط الاقتصادي وحركة رؤوس الاموال بين الدول.

لذلك تظهر أهمية هذا البحث في دراسة النظام القانوني لفرع المصرف الأجنبي والقانون الواجب التطبيق على المنازعات الناشئة عنه وكيفية تأسيسه وحله وحل المنازعات الناشئة عنه ، وحماية المتعاملين معه خشية الاضرار بالمودعيين الوطنيين وغيرهم والتأثير بشكل سلبي على الاقتصاد الوطني . وحمايتهم من خلال الرقابة المصرفية الفعالة والنظم القانونية لتكوين نظام مصرفي قادر على مواجهة المخاطر المصرفية الأجنبية أو الأزمات التي تتعرض لها الدولة في وقت ما، كذلك ما يتميز به فرع المصرف من خصوصية من ناحية جنسيته والانشطة المصرفية المسموح بمزاولتها داخل الدولة المضيفة مقارنةً بالمصارف المحلية ، وكيفية حل المنازعات الناشئة عنه لاسيما أن فرع المصرف الأجنبي يمس مصالح جوهرية لاقتصاد البلد لا يمكن تركه بدون حماية ، لذلك كان ولابد من تسليط الضوء على فرع المصرف الأجنبي والاهداف التي

يسعى إليها والرقابة المفروضة عليه، والقانون الواجب التطبيق على تصرفاته القانونية ومعرفة القانون الواجب التطبيق على المنازعات الناشئة عن ذلك.

ثالثاً: اشكالية الدراسة :

ان الحياة القانونية الدولية لفرع المصرف الأجنبي كسائر الأشخاص الاعتبارية لها جوانب متعددة تضمها الفروع التقليدية المختلفة للقانون الدولي الخاص، فهناك مشكلة أساسية تتعلق بمدى ما يتمتع به فرع المصرف الأجنبي من حقوق وما يخضع له من التزامات في ممارسته للعمل المصرفي داخل الدولة المضيفة وهذه المشكلة تتعلق بمركز الأجانب .

ومن ناحية أخرى هناك مشكلة استعمال الحقوق وما يترتب عليها من وجوب تعيين القانون الذي يخضع له الفرع، وبيان القانون الواجب التطبيق على العمليات المصرفية التي يباشرها . فيما يتعلق بالقانون الواجب التطبيق على العمليات المصرفية لفرع المصرف الأجنبي التي يكون طرفاً فيها أو بأجراءاتها، إذ أن الصفة الأجنبية لفرع المصرف يرتب نتائج هامة كونه يتعلق بقطاع حيوي هام وهو القطاع المصرفي .

ولاشك في أهمية تعيين القانون الواجب التطبيق للمنازعات الناشئة عن هيكلة النظام القانوني كالغاء الترخيص الممنوح لفرع المصرف الأجنبي، وكذلك القانون الواجب التطبيق على التصرفات القانونية لفرع المصرف الأجنبي، فهل يطبق قانون الدولة المضيفة لفرع المصرف الأجنبي...؟ ، باعتباره القانون الذي ينظم هذا الفرع بدءاً من نشأته حتى انقضائه بالاضافة الى تنظيمه للعلاقات الداخلية فيه، بدلاً من الخوض في مشكلة تحديد القانون الواجب التطبيق، التي تدخل في دائرة المشاكل الناجمة عن استعمال الفرع للحقوق المخولة له، أم يطبق قانون المصرف الأجنبي الأم... ؟ أو القانون الذي أتفق عليه الطرفان...؟ كذلك تتناول الدراسة ابراز السمة الخاصة للقواعد المصرفية وللنصوص الرقابية على عمليات الصرف والائتمان الأجنبي.

أما من الناحية القانونية فان هذه الفروع الأجنبية تستقل بوجودها القانوني وشخصيتها القانونية، إلا أنها بالمقابل تخضع لسيطرة ورقابة المصرف الأجنبي الأم، مما يفسح المجال للاختلاف والجدل في تطبيق القانون، بالرغم من خضوع تلك الفروع الى القوانين العامة للمصرف الأجنبي التي تفرض عليها الامتثال لقوانينها أي قوانين الدولة التي تأسست فيها أو التي تحمل جنسيتها، فهذا ان كان لا يثير أشكالاً بالنسبة للدول المتطورة، إلا أنه يعتبر محوراً للاشكاليات القانونية بالنسبة للدول التي تستضيف فروع المصارف الأجنبية نظراً لحاجتها الماسة للأستثمار من خلال هذه المصارف.

ولذلك تثار الاشكالية الآتية : ما هو القانون الواجب التطبيق على منازعات فرع المصرف الأجنبي... ؟ وما هو دور ارادة الأطراف في تحديد هذا القانون... ؟ وهل يتمتع القاضي الوطني أو المحكم بسلطة تحديد هذا القانون... ؟ وهل تعد محكمة البداءة المتخصصة بالدعاوى التجارية أسلوب ناجح في تسوية منازعات فروع المصارف الأجنبية... ؟

رابعاً: منهجية البحث ونطاقه :

نظراً لارتباط موضوع القانون الواجب التطبيق على فرع المصرف الأجنبي بأكثر من فرع قانوني، فقد أعتمدت في هذه الدراسة المنهج الوصفي التحليلي واعتماد الدراسة المقارنة والمعززة بالقرارات القضائية ، من خلال بيان النصوص القانونية للتشريعات الوطنية النافذة المتعلقة بموضوع البحث وبالأخص قانون البنك المركزي العراقي رقم (56) لسنة 2004 وقانون المصارف رقم (94) لسنة 2004، ونظام فروع الشركات الأجنبية رقم (2) لسنة 2017، وكذلك بيان التعليمات الصادرة من البنك المركزي العراقي والاتفاقيات الدولية، كاتفاقية بازل وبيان الجزاءات المترتبة على فرع المصرف الأجنبي في حال مخالفته للتعليمات والقوانين الوطنية النافذة في العراق، ومقارنتها مع القوانين المصرفية في الدول المقارنة في مصر وفرنسا موضوع الدراسة فضلاً عن الاشارة العرضية لبعض القوانين والاحكام القضائية لبعض الدول التي لديها تجارب ناجحة في هذا المجال.

خامساً: هيكلية الدراسة :

تناولنا في الفصل الاول بيان النظام القانوني لفرع المصرف الأجنبي وكيفية تأسيس فرع المصرف الأجنبي وآلية تأسيسه والرقابة على فرع المصرف الأجنبي مقارنة بالدول المقارنة والأحتياطي القانوني للفرع الأجنبي أما في الفصل الثاني سنتناول فيه المنهج التقليدي في تحديد القانون الواجب التطبيق على فرع المصرف الأجنبي وتطبيق القانون الوطني على النزاع وحالات تطبيق القانون الأجنبي على منازعات فرع المصرف الأجنبي أما الفصل الثالث فخصصناه للمنهج الموضوعي في حل منازعات فرع المصرف الأجنبي وتطبيق مبدأ الأداء المميز في حل منازعات فرع المصرف الأجنبي .

الفصل الاول

القواعد الحاكمة لفرع المصرف الأجنبي

الفصل الاول
القواعد الحاكمة لفرع المصرف الأجنبي

في البداية يجب التفرقة بين التواجد الأجنبي من خلال مصرف مستقل بذاته وبين فرع تابع للمصرف الأم، إذ يعد تواجد المصرف الأجنبي كشركة مستقلة لها كيان منفصل عن المصرف الأم خاضع لقوانين ونظم الدول المضيفة، وكذلك سياسات الاقراض يتم وضعها بناءً على حجم رأس المال الخاص، وتتطابق مع الفروع المحلية في الشكل والمضمون وتخضع لإدارة تحمل الطابع المحلي حتى تستطيع أن تعمل بالسوق المحلي.

اما الفرع الأجنبي فهو يعد بمثابة جزء داخلي من المصرف الأم، يخضع لقوانينه والنظم الضريبية الخاصة به، وسياسته تكون بتكليف من المصرف الأم، أما بخصوص حدود نشاطاته المالية والمصرفية فيتم تحديدها بناءً على رأس مال المصرف الأم.

يعد فرع المصرف الأجنبي طريقة من طرق الأستثمار المباشر مما يدفع الى تمييزه عن ما يشتبه به من مراكز قانونية لإمكان دراسته على حدة، وذلك الى جانب كون الفرع تابعاً لمصرف أجنبي (الشركة الأم) وهو شركة أجنبية موجودة في دولة مضيفة، وذلك لغرض دراسته وتعريفه لتحديد نطاق الدراسة ثم الانتقال الى كيفية ظهوره لبيان طريقة تأسيسه، بالإضافة الى معرفة القانون الواجب التطبيق على هذه الفروع، كون الشركة الأجنبية المصرف الأم موجود في الخارج ، ولاتزال الدول في جميع أنحاء العالم تنظر الى المصارف الأجنبية نظرة مفعمة بالشك والريبة، رغم التعاون الدولي في ميدان التجارة الدولية، وإتساع المبادلات الأقتصادية، ذلك أن الدول لاسيما الناشئة منها ترى في قيام هذه المصارف على إقليمها خطراً يهدد كيانها الأقتصادي، وأداة في يد الدول التي تنتمي إليها تستخدمها في تنفيذ مآربها، وأغراضها الأقتصادية والسياسية، وقد ظلت هذه النظرة تسيطر على الدول جميعاً كبيرها وصغيرها على تفاوت بينها في قدر هذا التسلط، قوة وضعفاً، لذلك فأن الأعتراف بالشخصية المعنوية للشركات الأجنبية بقوة القانون أصبح من المبادئ المقررة حالياً في معظم الدول، وأن الدول بصورة عامة لا تقرر حالياً الكثير من القيود على نشاط الشركات الأجنبية في اقليمها .

وقد بقى نشاط الشركات الأجنبية بعيداً عن التنظيم الدولي، وظل هذا التنظيم أمر منوط بكل دولة في حدود سيادتها إذ تستطيع ان تضع له من الضوابط، والحدود ما تراه ملائماً مع مصالحها الأقتصادية والسياسية غير أن ذلك لم يمنع من عقد اتفاقيات ثنائية بين الدولتين، لتنظيم نشاط هذه الشركات التابعة كل منها لدولة أخرى

بطريقة مماثلة، وفي هذه الحالة تلتزم كل من الدولتين المتعاقدتين بإحترام هذا التنظيم الاتفاقي. ومن البديهي أن كل دولة تتأثر في تحديد موقفها، من الشركات الأجنبية بدرجة نموها الأقتصادي وإتجاهات الأستثمار الوطني فيها.

فهناك بعض الدول تخفف من نظرة الأرتياب الى فروع المصارف الأجنبية، وتسمح لها بمعاملة لا تختلف عن تلك التي تتمتع بها المصارف الوطنية، بينما نجد دول اخرى تنظر الى هذه الفروع الأجنبية نظرة مرتابة، ولذلك نراها تتشدد في معاملتها وتضع في طريقها عقبات عديدة تشل حركتها، وتعوق نشاطها.[1]

في حين دول أخرى تسعى لتطوير الخدمات المالية المتاحة واستحداث خدمات مصرفية جديدة واكتساب المزيد من الخبرات في مجالات العمل المصرفي المختلفة من خلال زيادة التكامل مع أسواق رأس المال الدولية، كما يفترض ان يؤدي تواجد المصارف التجارية الى توفير مناخ استثماري أفضل، وزيادة الأستثمارات الأجنبية المباشرة في القطاعات غير المالية، وإتاحة التمويل للصناعات الصغيرة والقضاء على ظاهرة التركز في منح القروض لمصلحة كبار العملاء،مما يؤدي الى تحسين إدارة الموارد المالية في المجتمع، وزيادة معدلات النمو الأقتصادي، وتطوير البنية الأقتصادية بشكل عام.

وعلى ضوء ذلك سنتناول في هذا الفصل القواعد المنظمة لفرع المصرف الأجنبي، إذ لابد من تسليط الضوء على مفهوم فرع المصرف الأجنبي بشكل عام وكيفية تأسيسه داخل الدولة المضيفة، وهذا سيكون موضوع المبحث الاول، اما المبحث الثاني فسوف نخصصه للرقابة على فرع المصرف الأجنبي.

(1) د. سعد عبد الماجد، المركز القانوني للشركات الأجنبية، اطروحة دكتوراه مقدمة الى كلية الحقوق جامعة الاسكندرية، 1969، ص44.

المبحث الأول
تأسيس فرع المصرف الأجنبي

أتجهت الكثير من التشريعات العربية والأجنبية الى عدم تحديد مفهوم فرع المصرف الأجنبي على خلاف موقف المشرع العراقي، فأكتفت ببيان نظامه القانوني، وكذلك الضوابط القانونية الخاصة بتأسيسه تاركةً المجال للفقه لتعريفه، ولتوضيح مفهوم فرع المصرف الأجنبي.

تعددت الأراء ووجهات النظر التي أكدت على ان تواجد أو مشاركة المصارف الأجنبية في الدول النامية، تواجد له من الفوائد والأثار الأيجابية على النظم المالية واقتصاديات هذه الدول النامية لايمكن انكاره، إذ يعتقد هؤلاء أنه من بديهيات الأمور أن المصارف الأجنبية في الدول المضيفة عادةً ما تمتلك من المزايا ما لا تملكه المصارف المحليةً القائمة، وبالتالي فمن المتوقع أن يكون لتواجدها في الدول المضيفة بالغ الأثر على الأسواق المصرفية المحلية لهذه الدول بصفة خاصة، وعلى اقتصادياتها بصفة عامة.

وفي ذلك السياق يؤكد انصار فروع المصارف الأجنبية [1] ، ان توسيع قاعدة ملكية المصارف العامة من خلال مشاركة القطاع العام والخاص أو دخول مصارف أجنبية يؤدي الى تطوير هيكل النظام المالي وتحسين كفاءة النظام المصرفي من خلال نقل التكنولوجيا والمعرفة الفنية واستغلال وفورات كبيرة الحجم، كما يتيح الفرصة لتطوير الخدمات المالية المتاحة واستحداث خدمات مصرفية جديدة، واكتساب المزيد من الخبرات في مجالات العمل المصرفي المختلفة من خلال زيادة التكامل مع أسواق رأس المال الدولية، كما يفترض أن يؤدي تواجد المصارف التجارية الى توفير مناخ استثماري أفضل، وزيادة الأستثمارات الأجنبية المباشرة في القطاعات غير المالية، وإتاحة التمويل للصناعات الصغيرة والقضاء على ظاهرة التركز في منح القروض لمصلحة كبار العملاء، مما يؤدي الى تحسين إدارة الموارد المالية في المجتمع، وزيادة معدلات النمو الأقتصادي، وتطوير البنية الأقتصادية بشكل عام.

لذا سنحاول تقديم بيان للمقصود بفرع المصرف الأجنبي وسيكون موضوع المطلب ألاول، أما المطلب الثاني سنبين فيه الشكل القانوني لفرع المصرف الأجنبي من خلال بيان كيفية تأسيسه في القانون العراقي والقانون المقارن.

(1) دابراهيم شحاته ، المصرف الدولي والعالم العربي ، منشورات دار الهلال و دار الحرية ، ط 2 ،مصر، 1977 ، ص 7.

المطلب الأول

مفهوم فرع المصرف الأجنبي

لقد بدأ فرع المصرف الأجنبي العمل في القطاع المصرفي منذ عام 2003 لتحقيق مجموعة من الأهداف الاقتصادية، إذ تعد التحولات السياسية التي شهدها بلدنا والمتمثلة بتغيير نظام الحكم في عام 2003 من أهم الأمور التي جعلت منه بلداً مفتوحاً على كافة دول العالم، وأصبح محط أنظار أصحاب رؤوس الأموال سواءً كانوا أجانب أم عراقيين مقيمين في الخارج أم أشخاص طبيعيين أم وحدات أقتصادية متمثلة بفروع مصارف أجنبية، وذلك لما تتمتع به من أمكانيات أقتصادية كبيرة وباعتباره أرضاً خصبة لمجال العمل ألاقتصادي خصوصاً في مرحلة أعمار العراق بعد تحرير المناطق التي تعرضت لهجوم (داعش ألارهابي) [1]، وخطة إعمار المناطق المحررة، إذ يتعامل المستثمرون الاجانب مع فرع المصرف الأجنبي التي قد تكون من جنسيات بلدهم في بعض الاحيان أو لعدم ثقة المستثمر الأجنبي بالمصارف الوطنية في أحيان أخرى.

ولقد أختلفت طرق وأساليب دخول فروع المصارف الأجنبية الى أقتصاديات الدول النامية.الواقع العملي يؤكد أن تلك الفروع يساندها دعم من المصرف الأم بما يملكه من كفاءات أدارية وخدمات فنية والتكنولوجيا المتقدمة وخبرات أعمق بأسواق المال الدولية، وهو ما يخلق بدوره مناخاً تنافسياً يجب على المصارف المحلية مواكبته حتى تستطيع أن تحتفظ بمكانتها وعملائها بالسوق، كما أن مطالبته بالعمل على اعادة هيكلة أنظمتها الإدارية والمالية، بما يتناسب مع المتغيرات العالمية وخاصة في ظل فرض معايير مصرفية جديدة وموحدة، تتعلق بكفاية رأس المال وقواعد الأفصاح والشفافية المالية، وحوكمة الإدارة وزيادة فعاليتها بعيداً عن التدخل الحكومي بجانب ترسيخ فكرة التصنيف الأئتماني.

وسوف نقسم هذا المطلب الى فرعين نتناول في الفرع الاول تعريف فرع المصرف الأجنبي في القانون العراقي فقهاً وقانوناً ، أما الفرع الثاني نتناول فيه تعريف فرع المصرف الأجنبي في ظل القوانين المقارنة فقهاً وقانوناً .

---

(1) مجموعة ارهابية اجرامية تنتمي الى جنسيات عراقية واجنبية من دول مختلفة قامت بالهجوم سنة (2014) على محافظة الموصل شمال العراق، واحتلت الموصل وبعض المحافظات من بلدنا العراق العزيز وقامت بالقتل والاعدام بقطع الرؤوس تارة وحرق الابرياء تارة اخرى واغتصاب النساء وقتل الاطفال والنهب والسلب لخيرات البلد ، واستطاع العراق بفضل دماء الشهداء الابرياء وابناء شعبنا العراقي الاصيل من القوات الامنية والحشد الشعبي وبفضل الفتوى الجهادية لمرجعيتنا الرشيدة بالانتصار عليهم ودحرهم.

الفرع الأول

تعريف فرع المصرف الأجنبي فقهاً وقانوناً

من الملاحظ أنه لا يوجد تعريف متفق عليه يحدد المقصود بفروع المصارف الأجنبية [1] ، فكل دولة لديها العديد من القوانين ما يحدد معالم تلك المصارف، بناءً على ذلك قد أختلفت وتعددت المفاهيم التي أعتمد عليها الباحثون في دراساتهم المختلفة، وفقاً لمضمون كل دراسة ومحتواها، ومما يتوفر لديها من بيانات وما تسعى لأثباته، وفي محاولة لحسم ذلك الجدل الدائر سنقوم بإستعراض عدد من تلك التعريفات، مع بيان أهم الدراسات التي قامت بإستخدام التعريفات دون أن يخلو من عرض أهم الأختلافات بينها، أو أوجه القصور وفيما يلي بيان ذلك على نحو تفصيلي:-

لقد طرحت بصدد تعريف فرع المصرف الأجنبي، تعريفات متعددة سنحاول طرح البعض منها لابعاده عما يشتبه من مراكز قانونية اخرى دون الاستناد الى معيار قانوني، ولكن بالنظر الى الهدف الذي تأسست من أجله هذه المصارف، الى جانب ما تتسم به المصارف الأجنبية وبما يتلاءم مع نظامه القانوني. وقد عرفها البعض[2] على انه "وسيلة يتوسع بها المشرع الى خارج الحدود الاقليمية لدولته".

في حين عرفها البعض الآخر منهم [3] استناداً لمعيار التأسيس الذي أسست من أجله الشركة الأم إذ عرفها البعض على إنها " هي الشركة التي تشارك في تأسيسها شركة أخرى بغرض السيطرة عليها، فبحسب هذا الاتجاه فأن توافر عنصر المشاركة في التأسيس هو الذي يخلق علاقة التبعية بين الشركتين فتجعل أحدهما الشركة الأم والثانية شركة وليدة.

إلا أن أغلبية الفقه قد أنتقد هذا الموقف، محتجاً بالواقع العملي الذي أثبت أن علاقة التبعية لا تنشأ في جميع الاحوال من مساهمة الشركة في تأسيس شركة أخرى. وقد ساهم بعض الفقه بصياغة تعريف قانوني لفرع المصرف الأجنبي أو الشركة الأجنبية بشكل عام.

---

(1) الفرع لغةً، الكثرة والتشعب، يقال تفرعت الاغصان يعني كثرت وتفرعت المسائل: تشعبت المسائل وخرجت من الأصل، وفي المسائل العملية يقال تفرع الشيء أي بني عليه وقيس عليه، وقد جاء لفظ الفرع في القران الكريم في قوله تعالى: ((كَشَجَرةٍ طَيِّبَةٍ أَصْلُهَا ثَابِتٌ وَفَرْعُهَا فِي السَّمَاء)) إذ أن الفرع يتبع الاصل وللمزيد من التفاصيل راجع مختار الصحاح ،الشيخ محمد الرازي ، طبعة جديدة ، دار احياء التراث العربي ، بيروت ، لبنان ، ص 147 .

المصرف والبنك كلمتان دالتان على معنى واحد، ويرجع استخدام كلمة البنك بدلاً من المصرف لأصلها العربي، بإعتبار أن المصرف كلمة معربة من اللغة الانكليزية (Bank) وفي الإيطالية (Banco)، وهي تعني (صندوق أمين لحفظ الأموال).

والمصرف لغة بكسر الراء يعني المكان يتم فيه (الصرف) وهو مشتق من (الصرف) والذي يعني رد الشيء عن وجهه اما بخصوص تعريف المصرف في الاصطلاح القانوني، فلا يوجد تعريف جامع مانع، والسبب يعود في ذلك مرونة الانشطة المصرفية وسرعة تطورها وتنوعها لذلك تكتفي اغلبية القوانين المصرفية بالتركيز على الحد الأدنى من الانشطة المصرفية التي يجب ممارستها لكي تعتبر أي مؤسسه مصرفا ويتمثل الحد الأدنى في عمليتين رئيسيتين هما قبول الودائع ومنح القروض.

(2) د. عصام الدين الفضيلي، الدور الاقتصادي للبنوك الأجنبية ، دار الكتاب الحديث ، الطبعة الاولى ، ، القاهرة ، 2010 ، ص161.

(3) د عبد السلام لفته ، ادارة المصارف وخصوصية العمل المصرفي ، بغداد، المتنبي ، 2017، ص 10.

وعرفه آخرون [1] " بانه شركة وليدة لها شخصية مستقلة عن الشركة الأم من حيث مواردها وجنسيتها الا انها في اكثر الاحيان تخضع للنظام الداخلي للشركة الأم " وعرفه البعض على أنه "وحدة فرعية تتصل بالمركز الأصلي بعلاقات قانونية واقتصادية، وتخضع لاستراتيجات إقتصادية وتتولى الأستثمار في منطقة جغرافية معينة" [2] وقد عرفها البعض الآخر من الناحية القانونية[3] على إنها "عبارة عن مجموعة من الوحدات الفرعية المنتشرة في مناطق جغرافية متعددة تربطها بالمركز الأصلي علاقات قانونية تلتزم في إستثمار أموالها بسياسة اقتصادية موحدة".

وهناك من عرفه ايضاً [4] على أنه "كيان إقتصادي يرتبط مع الشركة الأم بجنسية دولة أجنبية والتي تمارس نشاطاً مصرفياً في دولة معينة وتخضع لسيطرة الشركة الأم التي تقوم بإدارة هذه المجموعة في اطار إستراتيجية إقتصادية موحدة إذ يكون كيان إقتصادي واحد".

وتجدر الإشارة الى أن هناك تعريفاً اقتصادياً ينص على "إنها مشروع إقتصادي يقوم بنشاطات أجنبية مصرفية تشمل عدة إقتصاديات قومية ويوزع نشاطاته الاقتصادية بين عدة بلدان بهدف تحقيق أهدافه".[5]

إن الفقهاء أتفقوا على أن فرع المصرف الأجنبي مؤسسة متميزة عن المركز الرئيسي تتمتع بصلاحيات واسعة في تمثيل الفرع بتعاملاتها مع الآخرين وفي منازعاتها القضائية، إذ يمكنها أقامة الدعوى على الغير كما يمكن للغير من إقامة الدعوى عليها دون الرجوع للمركز الرئيسي للمصرف في كل قضية. أول هذه التعاريف التي أشار إليها الفقه الإنكليزي، إذ أوضح أن المصارف الأجنبية هي مؤسسات متعددة الجنسية تنشأ عندما تكون ملكية المؤسسات المصرفية في بلد ما من قبل مواطني بلد آخر، ويمكن لهذه المؤسسات أن تمارس الأنشطة المصرفية بالأضافة الى أية خدمات مصرفية أخرى.

أما مصطلح الفرع في اللغة الفرنسية فيعني " SUCCURSAL " ولفظ "DIVISION" في اللغة الانكليزية، وتسمى إستثمارات الشركة الأجنبية في الدولة المضيفة عن طريق إنشاء فرع لها بالأستثمارات المملوكة بالكامل للمستثمر الأجنبي.[6]

---

(1) د عبد الرسول عبد الرضا الاسدي ، القانون الدولي الخاص (الجنسية ، الموطن ، مركز الاجانب) ، دار السنهوري ، بغداد ، ط1 ، ص 109 .

(2) صلاح عبد الحسن وهناء عبد الغفار السامرائي ، الاستثمار الأجنبي المسوغات والأخطار ، منشورات بيت الحكمة بغداد ، 1988، ص 27 .

(3) - محمد خميس حسن، دور الرقابة الاشرافية للبنك المركزي في تقرير الوعي الرقابي المصرفي ، بحث منشور في مجلة المعهد العالي للدراسات المحاسبية والمالية، جامعة بغداد،العدد الثالث، 2013، ص 75-77.

(4) حمزة فائق وهيب، الأمتثال القسري للتشريعات المصرفية، دارسة تحليلية، بغداد، مجلة دراسات محاسبية ومالية، جامعة بغداد، المعهد العالي للدراسات المحاسبية والمالية، العدد4، المجلد 1 لسنة 2006، ص 79.

(5) د عبد السلام لفته، ادارة المصارف وخصوصية العمل المصرفي ، مصدر سابق ، ص10

(6) Philippe Malaurie et Laurent AYne Laurent Aynes les suretes a publicite fonciere ، Deferions, paris,2002, p174.

ومن خلال هذه التعريفات المتفرقة تظهر لنا خصائص ومميزات فروع المصارف الأجنبية، فرغم وجود تعاريف متعددة لها؛ إلا أنها كانت شاملة لخصائص فرع المصرف الأجنبي والتي نذكر منها: –

1- الاستقلالية.
2- المقر الثابت لممارسة النشاط التجاري.
3- الإدارة الذاتية لادارة الفرع.

أذ أن الميزة الاولى أي الاستقلالية، فيكون له عملاء متميزون عن عملاء الشركة الأم، ويخضع هذا النشاط نتيجةً لذلك لقواعد قانونية خاصة ومتميزة به عن تلك التي تحكم نشاط الشركة الأم، وذلك من خلال إجراءات التأسيس والتسجيل في السجل التجاري، وكذلك قانون الضرائب وغيرها، أي رغم أنه يتمتع بجنسية الأم أي المصرف الأم إلا أنه يخضع للقوانين الوطنية.

أما الميزة الثانية، فهي أن للفرع مقر ثابتاً يمارس فيه نشاطه التجاري، ويبرم فيه العقود، وتقام الدعاوي عليه في محكمة المقر، ويكون فيه كل ما يتعلق بأعمال ونشاط الفرع ويتمتع مدير الفرع بالعمل والتعاقد بإسمها.

كما تتميز هذه الفروع بكبر المشروعات التي تنجزها، فتميل عادةً الى الامكانيات المصرفية الحديثة التطور التكنولوجي إذا ما قورنت بالمشروعات المشتركة، وبافتراض وجود جهاز جديد يقوم بإختبار التكنولوجيا التي تتناسب مع متطلبات وخصائص التنمية بالدولة المضيفة، فأن هذا النوع من المشروعات يساهم مساهمة بناءة في التحديث التكنولوجي.

ويظهر في سياق أستعراض التعاريف المطروحة بأن فرع المصرف الأجنبي هو شركة وليدة تمثل فرع لمصرف رئيسي بالخارج طبقاً لقانون البلد المضيف للاستثمار، ويخضع لنظامها القانوني من حيث الأنشاء والاستمرار والأنقضاء، مع بقاء تبعيتها وولائها الأقتصادي للمركز الرئيسي للمصرف الأجنبي الذي يهدف الى تحقيق الفرع للأهداف المحددة في إطار استراتيجية المركز الرئيسي بالخارج.

كما يعد شركة أجنبية استثمارية عابرة للحدود الدولية خارج الدولة الأم في دول مضيفة للاستثمار، بإن يكون للشركة عابرة للدولة حصة قد تزيد على 10% من ملكية الأستثمار، ويكون لها صوت في عملية إدارة الشركة، وذلك بهدف الأستثمار الى تأسيس علاقة طويلة الأمد.

ولقد جاء تعريف الفرع في قانون المصارف العراقي رقم (94) لسنة 2004 في المادة الأولى تعني كلمة "فرع" مكان عمل يشكل جزءً تابعاً للمصرف من الناحية القانونية وتجري فيه كل أو بعض الانشطة المصرفية "ولأغراض هذا القانون تعامل جميع مكاتب الفروع المحلية للمصرف الأجنبي على أنها مكتب لفرع واحد"، ويجوز توجيه المراسلات من البنك المركزي العراقي لأي مكتب من هذا النوع الى مكتب الفرع الذي

يحدده المصرف الأجنبي للمصرف المركزي العراقي لهذا الغرض أو الى مكتب فرع يختاره المصرف المركزي العراقي في حالة عدم أخطاره بتعيين مكتب فرع معين من جانب المصرف الأجنبي .[1]

ولقد عرف القانون العراقي في نظام فروع الشركات الأجنبية رقم (2) لسنة 2017 الفرع ، على أنه "الكيان القانوني الذي يمثل الشركة الأجنبية في العراق"، وقد عرفه القانون العراقي الملغي رقم (5) لسنة 1989 بشأن نظام فروع ومكاتب الشركات والمؤسسات الاقتصادية في المادة الأولى 1/1 منه يقصد بفرع الشركة أو المؤسسة الاقتصادية الأجنبية ما يجاز بموجب هذا النظام من فروع الشركات أو مؤسسات أجنبية تمارس نشاطاً دائماً في العراق بموجب معاهدة أو اتفاق وعقد مع الدولة أو متعاقدة لتنفيذ مشروع معين مع دوائر الدولة أو القطاع الاشتراكي وشركات القطاع المختلط والاتحادات والجمعيات التعاونية أو شركات المساهمة التي لا يقل رأس مالها الأسمي عن مليون دينار بعد موافقة الجهة القطاعية المختصة.[2]

ان تنوع الاعمال المصرفية وتوسعها جعل من التعريفات السابقة قاصرة على عملين رئيسين من اعمال المصارف أو ثلاثة وليس جميعها، لذا اعتمدت التشريعات المصرفية والحديثة، ومنها التشريع العراقي التعميم في هذا المجال فقد نص قانون المصارف العراقي رقم (94) لسنة 2004 تبنيه لهذا الاتجاه، إذ نصت المادة الأولى منه (تعني كلمه المصرف شخصاً يحمل ترخيصًا أو تصريحًا بمقتضى هذا القانون لمباشرة الاعمال المصرفية...) وقد وضحت نفس المادة المقصود بالاعمال المصرفية بانها اعمال استلام الودائع ومنح القروض ولكنها تمارس الانشطة المصرفية الأخرى المنصوص عليها في القانون عادةً كما سياتي بيانها، وعرفه قانون أسواق الأوراق المالية رقم (74) لسنة 2004 "كيان مخول من قبل البنك المركزي العراقي ليقوم بالعمليات المصرفية في العراق".

الفرع الثاني

تعريف فرع المصرف الأجنبي في القوانين المقارنة فقهاً وقانوناً

ان اتخاذ المصارف التجارية لأشكال تنظيمية دون غيرها يعتمد على ما تضعه الدول المضيفة من اشتراطات وقيود بهدف اعتماد أشكال تنظيمية محددة، فعلى سبيل المثال سمحت جمهورية مصر العربية في بداية السبعينيات بدخول المصارف التجارية الأجنبية من خلال مشروعات مشتركة مع الدولة الأم، وفي حالات أخرى تقوم الدول بتحديد عدد معين من التراخيص لأقامة المصارف، وبالتالي لا يصبح أمام أي مصرف أجنبي أي وسيلة للحصول على ترخيص من المصرف المحلي إلا من خلال الشراء أو الأندماج.

ويعتبر فرع المصرف الأجنبي أحد صور الاستثمار المملوك بالكامل للمستثمر الأجنبي في دولة مـــــصر

(1) قانون المصارف العراقي رقم (94) لسنة 2004، الطبعة الاولى، منشور جريدة الوقائع العراقية بالعدد (3986)، ايلول 2004.

(2) نظام فروع الشركات الأجنبية رقم (2) لسنة 2017 منشور بالوقائع العراقية بالعدد(4438)، 2017/3/13. والقانون العراقي رقم (5) لسنة 1989، بشأن نظام فروع مكتب الشركات والمؤسسات الاقتصادية.

وعرفه الفقه المصري على أنه " شركة استثمارية اجنبية خارج الدولة الأم في دولة مضيفة للأستثمار " [1] . وهناك من عرفه ايضاً على أنه "كيان إقتصادي يرتبط مع الشركة الأم بجنسية دولة أجنبية والتي تمارس نشاطاً مصرفياً في دولة معينة وتخضع لسيطرة الشركة الأم التي تقوم بإدارة هذه المجموعة في اطار إستراتيجية إقتصادية موحدة بحيث يكون كيان إقتصادي واحد" [2]. وقد عرفه البعض على انه " جزء متميز عن المركز الرئيسي بتمتع بصلاحيات واسعة في تمثيل الشركة الأم في تعاملها مع الاخرين وفي منازعاتها القضائية اذ يمكنها اقامة الدعوى القضائية على الغير دون الرجوع الى المركز الرئيسي للمصرف الأم " [3]

وقد ورد تعريف فرع البنك الأجنبي في قانون البنك المركزي والجهاز المصرفي والنقد المصري رقم (88) لسنة 2003 النافذ في المادة (32) منه بأن " فرع البنك الأجنبي احد الأشكال التي يمكن أن تتخذها البنوك في مصر بعد موافقة البنك المركزي وذلك طبقا لشروط محددة "، وبالرجوع للقانون المصري رقم (159) الصادر سنة 1981 المتعلق بقانون شركات المساهمة والتوصية بالأسهم والشركات ذات المسؤولية المحدودة المصري في الباب السادس منه، وذلك في المواد (165 – 183) نلاحظ انه لم يتضمن تعريف فرع الشركة الأجنبية، إذ أُنه عالج بهذه المواد تنظيم انشاء فروع الشركات الأجنبية وما في حكمها ومكاتب تمثيل، والمكاتب العملية على نحو يحقق المصلحة العامة، ويضع مثل هذا النشاط تحت نظر الحكومة[4] .

أما القانون الفرنسي فقد نص المشرع في قانون المصارف والائتمان الفرنسي لسنة 2013 على فرع المصرف الأجنبي بقوله، " المصرف الفرعي هو كيان تابع مسجّل من قبل شركة أجنبية في بلد آخر، ويجب أن يتبع الفرع الذي تم إنشاؤه في فرنسا الى السياسة الداخلية للانظمة المصرفية في فرنسا والقانون الذي يوجه الشركة الأجنبي".[5]

(1) د أمينة عز الدين عبد الله ، التدفقات المالية من الدول النامية الى الخارج ، القاهرة ، دار النهضة العربية ، ط1 ، 2014، ص 47 .
(2) د عصام الدين أحمد اباضة ، العولمة المصرفية ، القاهرة ، دار النهضة العربية ، 2010 ، ص 24 .
(3) صلاح السيسي ، الرقابة على البنوك ومنظمات الاعمال ، الطبعة الاولى ، دار الكتاب الحديث ، القاهرة ، 2010 ، ص 3 .
(4) القانون المصري رقم (159) لسنة 1981 الخاص بقانون شركات المساهمةوالتوصية والشركات ذات المسؤولية المحدودة .

(5) SOTUFFLET (1.) ،Le crcdit documentaire ،étude juridique d'un instrument Financier du commerce internatinal thes. Dijion ،Librairies lechniques ،1957.p. 28

.ونظم المشرع الأردني أحكام الشركات الأجنبية العاملة في المملكة وفقا للمواد 240، 241، 234، 244 من قانون الشركات، وحدد بموجب هذه المواد المقصود بالشركة الأجنبية العاملة في المملكة، إذ عرفها في الفقرة (أ) من المادة 240 من قانون الشركات المعدل بموجب المادة (97) من قانون التعديل المؤقت رقم (40) لسنة 2004 على إنها لغايات هذا القانون يقصد بالشركة الأجنبية العاملة . " كل شركة لا تحمل الجنسية الاردنية " .

لا يمتلك الفرع المسجل في فرنسا إستقلالية قانونية ولا يمتلك شخصية إعتبارية، لذا تتحمل الشركة الأجنبية المسؤولية عن أفعاله بالكامل ولا يمكن أن يختلف مجال نشاطه عن مجال الشركة الأم. ويجب تسجيل فتح فرع في فرنسا في السجل المحلي للتجارة والشركات[1] .

وعرفه الفقه الفرنسي[2] بانه: عبارة عن مجموعة من الوحدات الفرعية المنتشرة في مناطق جغرافية متعددة، تربطها بالمركز الأصلي علاقات قانونية، وتلتزم في إستثمار أموالها بسياسة اقتصادية موحدة.

وعرفه بعض الفقهاء الفرنسين"[3] أيضاً بأنه: فرع من الشركة الأم يعمل بالخارج، ومملوك لها بالكامل، أو هو فرع المصرف الشركة الأم وهو جزء منها يخضع لادارتها ويندمج مورده بموردها فهو في الحقيقة اشتقاق منها. من خلال التعريفات التي تم ذكرها تظهر لنا ما تتسم به فروع المصارف الأجنبية، ألا أن هذه السمات مرتبطة بالمركز ألرئيسي "الشركة الأم " فعلى الرغم من إستقلالية الفرع عن الشركة الأم، فأن هذه الأخيرة تقوم بالسيطرة عن طريق إداريها وفنييها، فالأستقلالية الظاهرة لفروعها ليست إلا أولى درجات التنظيم في ذات الجسد الاقتصادية، لذلك توجد مفارقة بين الحقيقة ألاقتصادية والقانونية، إلا انها تمتاز بنوع من الاستقلال المتمثل بعملاء متميزين عن عملاء الشركة الأم نتيجة لخضوعها لقواعد قانونية خاصة بها، تنظمها الدول المضيفة لهذه الفروع، عن القواعد التي تحكم نشاط الشركة الأم من إجراءات تأسيسها والتسجيل في السجل التجاري، والالتزام بمسك الدفاتر التجارية، وكذلك قانون الضرائب وغيرها من الأجراءات المتبعة وفقاً لقانون الدولة المضيفة وعلى الرغم من انها تتمتع بجنسية الشركة ألا انها تخضع لقوانين الوطنية وبخضوعها الى القانون الوطني لدولة المضيفة ما يجعلها في مركز مختلف عن الشركة الأم تمارس فيه نشاطها وتبرم فيه عقودها، وتقام الدعاوي عليها لدى المحكمة التي يقع في دائرتها فرع الشخص المعنوي في المنازعات الناشئة عن التعاقد مع هذا الفرع أو من عمله. وتمتاز الفروع بكبر المشروعات التي تنجزها إذ أنها لا تقدم على الأستثمار في خارج بلدانها، إلا أنها بلغت شأن اقتصادياً مرموقاً في دولتها الأصلية، ومارست التجارة الدولية لفترة من الزمن وتكونت لديها خبرات بشرية ووافرات مالية لا تتسع لها السوق المحلية فتوجها نحو الأستثمار الخارجي.

---

(1) وقد عرفتها بعض القوانين كالقانون اليمني رقم 23 لسنة 1998 المتعلق بتنظيم وكالات فروع الشركات والبيوت الأجنبية، إذ عرفت الفقرة (أ) من المادة الأولى (يقصد بفرع الشركة كل محل تجاري أو مكتب أسس أو يؤسس لممارسة العمل في الجمهورية باسم ولحساب الشركة أو البيت الأجنبي) انظر: قانون الأستثمار اليمني رقم (22) لسنة 1991 المعدل بالقرار الجمهوري بالقانون رقم 014) لسنة 1995 وبالقانون رقم (29) لسنة 1997، والقانون رقم (23) لسنة 1997، الخاص بتنظيم وعلاقات فروع الشركات والبنوك الأجنبية بالجمهورية اليمينة.

(2) JOBARD-BACHELLIER (M.N.): L'apparence en droit international privé ،thèse ،Paris ،1984 ، Préface LAGARDE.

(3) LAGARDE (P.): op.cit ،P. 290

المطلب الثاني
تأسيس فرع المصرف الأجنبي في العراق

العراق من البلدان التي سمحت بتواجد المصارف الأجنبية فيها وممارسة الاعمال المصرفية حتى قبل تأسيس أي مصرف عراقي، هذا ما كان له الأثر الكبير في خلق جيل من العاملين في المصارف يتمتعون بمؤهلات وكفاءة عالية ساعدت في تدريب أجيال أخرى. إذ كان اقتصاد العراق قبل سنة 2003 اقتصاد وطني مغلق اما بعد سنة 2003 أصبح الاقتصاد العراقي اقتصاد حر، إذ أصدر الحاكم المدني [1] في حينها توجهات الى البنك المركزي العراقي بالسماح للمصارف الأجنبية التواجد بالعراق، فكان أول فرع لمصرف أجنبي في العراق هي المؤسسة العربية المصرفية التي مارست عملها بتاريخ 2004/9/22 ثم أخذت المصارف الأجنبية تتقدم بطلباتها حتى بلغت (17) فرعاً.[2]

اما عن عمل المصارف الأجنبية فقد حدد القانون الشكل القانوني لفروع المصارف الأجنبية، الشكل الأول الأستثمار المشترك بين مساهمين وطنيين وأجانب في رأس المال ليأخذ المصرف شكل شركة مساهمة عراقية، والثاني الفرع المملوك بالكامل لمصرف أجنبي ويأخذ شكل فرع مصرف أجنبي.

لذا سنسلط الضوء في هذا المطلب على كيفية تأسيس فرع المصرف الأجنبي في العراق وماهي شروط وآلية تأسيسه مقارنة مع القوانين المقارنة موضوع الدراسة، وفي ضوء ذلك سوف نقسم هذا المطلب الى فرعين نتناول في الفرع الأول تأسيس فرع المصرف الأجنبي في ظل القانون العراقي ونتناول في الفرع الثاني تأسيس فرع المصرف الأجنبي في ظل القوانين المقارنة.

---

(1) اول حاكم مدني في العراق وهو الأمر العسكري لسلطة الاحتلال الامريكي (سلطة الائتلاف المؤقتة) وكانت أول سلطة شكلت لأدارة أمور العراق بعد الاطاحة بحكومة صدام حسين 2003 ، واستندت سلطة الائتلاف المؤقتة في حكمها للعراق على قرار مجلس الأمن الدولي المرقم 1483 في 2003 حسب قوانين الحرب والاحتلال المتفق عليها في الامم المتحدة ، والذي عينته الادارة الامريكية في 6 ايار 2003 والذي اصدر العديد من القوانين والتي لازالت سارية المفعول الى يومنا هذا .

(2) إذ بلغ عدد المصارف الأجنبية العاملة في العراق منذ عام 1963 قبل تأميمها (12) فرع اقدمها المصرف العثماني والمصرف الإيراني والمصرف الشرقي اما فروع المصارف الأجنبية العاملة بالعراق حالياً (المصرف اللبناني الفرنسي ، بنك عودة اللبناني ، بنك البحر المتوسط ، مصرف وقفلر التركي ، مصرف البركة التركي الاسلامي ، مصرف ابو ظبي ، مصرف دار السلام (شراكة برطانية عراقية) ، مصرف ستاندر الامريكي ، المصرف البرطاني ، بنك ببلوس ، المصرف الكويتي ، بنك بيروت والبلاد العربية ، مصرف الشرق الاوسط ، بنك ملي ايران) ، للمزيد من التفاصيل انظر: د. تالان بهاء الدين عبد الله المدرس، الجوانب القانونية للوصافة على المصارف الخاصة، دراسة مقارنة، منشورات زين الحقوقية، بيروت، لبنان، ط1، 2016، ص 7-20.

الفرع الأول

تأسيس فرع المصرف الأجنبي طبقاً للقانون العراقي

عرف قانون المصارف العراقي الصادر بالأمر(94) لسنة 2004، من سلطة الائتلاف المنحلة في المادة (الأولى) المصرف بأنه" شخصاً يحمل ترخيصاً أو تصريحاً بمقتضى هذا القانون لمباشرة الاعمال المصرفية بما في ذلك شركة حكومية منشأة وفق قانون الشركات الحكومية المرقم (21) لسنة 1997 المعدل.

وهذا النص يستوعب الشخص الطبيعي والمعنوي وطنياً كان أم اجنبياً ومن هذا النص يتضح أن المصرف في العراق يتخذ شكل شركة خاصة أو عامة وبالرجوع لقانون الشركات العراقي رقم (21) لسنة 1997 قبل تعديله، كان يشترط في الفقرة ثانياً من المادة (10) منه، أن يتخذ المصرف وجوباً شكل شركة مساهمة وهو يعطي الصورة النموذجية لأن المصرف باتخاذه شكل شركة مساهمة فيه ضماناً للدائنين من إذ ثبات رأس مالها. و من الجدير بالذكر إن دائرة مسجل الشركات العراقية قد سمحت للأجانب بالأستثمار وتسجيل الشركات ومكاتب تمثيل فروع ومكاتب الشركات الأجنبية والعمل بالعراق إستناداً الى قوانين وتعليمات وأنظمة نذكر منها قانون الشركات رقم (21) لسنة 1997 المعدل، وتعليمات وزارة التجارة رقم (196) لسنة 2004 الخاصة بتسجيل الشركات الأجنبية الخاصة بتسجيل الشركات الأجنبية النظام رقم (5) لسنة 1989 المعدل بالنظام رقم (2) لسنة 2017 الخاص بتسجيل الشركات الأجنبية، وترى الباحثة ان: تأسيس فروع المصارف الأجنبية بالعراق هو الأسلوب الوحيد الذي تتبعه الشركات الأجنبية في مد نشاطها للأستثمار في الدول النامية، وهو عادةً متعلق بالدولة المضيفة وهو إنشاء الفرع الوليد، وذلك وفقاً للإجراءات التي تفرضها الدولة من أجل ترتيب آثارها، عليه فعلى الرغم من إرتباط المصرف بالوحدة الاستراتيجية العامة للنظام الاقتصادي للمصرف الأم التي تفرض عليها الخضوع للبلد الأصل، إلا أنه بالمقابل تجد هذه الشركة نفسها أمام أنظمة قانونية مختلفة يتوجب الالتزام بها من أجل تحقيق مصالحها مما ينتج عنه مشكلة تنازع القوانين بين الدولة المضيفة والدولة التي تأسست فيها الشركة الأجنبية، والذي يوجب علينا البحث عن القانون الواجب التطبيق.

وبالرجوع الى نص المادة الأولى من قانون المصارف العراقية على أن المصرف هو "الشخص الذي يحمل ترخيص لمزاولة الأعمال المصرفية، وحقيقة لم توضح هذه المادة المقصود بالشخص هل هو الشخص الطبيعي أو المعنوي". وقد نصت الفقره (3) من المادة (4) من القانون جانباً من هذه التساؤلات عندما الزمت البنك المركزي العراقي بمنح الترخيص المصرفي فقط للشركات التي تؤسس وفق القوانين العراقية النافذة.

اما فيما يتعلق بنوع الشركة التي يجب أن يكون عليها المصرف الخاص فأنه نص الفقرة (3) من المادة (4) من قانون المصارف العراقي، لم تلزم المصارف الخاصة بأن تتخذ شكل شركة معينة وذلك خلافاً من هذه القوانين التي الزمت مصارفها الخاصة بأن تكون على شركة مساهمة.

وبهذا الصدد لا يشترط البنك المركزي العراقي أن تكون الشركة مساهمة خاصة لمنحها الترخيص المصرفي فمن الممكن أن تكون مختلطة، إلا أنه يشترط أن تكون الشركة مساهمة، ويستند المصرف المركزي في موقفه هذا على أن تشكيل مجلس الإدارة المطلوب وجوده في المصارف وفق المادة (17) من قانون المصارف، لا يجوز تشكيله إلا في الشركات المساهمة.

ولقد نصت الفقرة (4) من المادة الرابعة من قانون المصارف رقم (94) لسنة 2004، على انه "تصدر الاجازات لفروع المصارف الأجنبية الخاضعة لرقابه شاملة وموحدة في البلد الذي يقع فيه المركز الرئيسي للمصرف الأجنبي".

كذلك نصت الفقرة (7) من المادة الرابعة من قانون المصارف رقم (94) لسنة 2004 "لا يحق للشخص الأجنبي امتلاك حيازة مؤهلة أو إدارة مصرف محلي مالم يكن ذلك الشخص مصرفاً اجنبياً خاضعاً لرقابة شاملة وموحدة من قبل السلطة الرقابية في البلد الذي يقع فيه المركز الرئيسي أو مصرف للتنمية متعدد الأطراف".

من هنا يتبين لنا انه يحق للأجانب امتلاك مصارف أو أسهم في المصارف فقط إذا كان مصرفاً خاضعاً لرقابة موحدة من قبل سلطة رقابية في بلد اخر (اي يكون مصرفاً مسجلاً وخاضعاً للجهة الرقابية للدولة الأجنبية الام). وتقدم طلبات الحصول على تراخيص الى المصرف المركزي العراقي خطياً، وتتبع الطلبات الشكل والتفاصيل التي تحددها أنظمة البنك المركزي العراقي معززة بالمستندات التي تحددها أنظمة المصرف المركزي العراقي.

ونلاحظ بعد تعديل قانون الشركات رقم (64) لسنة 2004، فأنه لم يوجب أن يتخذ المصرف شكل شركة مساهمة، وأنما يمكن أن يكون اي نوع اخر من الشركات حتى لو كان من شخص وأحد محدود المسؤولية، وأصبح الحد الأدنى لرأس مال الشركة المساهمة لا يقل عن مليوني دينار ولبقية الشركات الأخرى لا يقل عن خمسمائة الف دينار لكن هذا النص يقيد في المادة (14) من قانون المصارف لسنة 2004 م النافذ، والتي حددت رأس مال المصرف المحلي بكونه لا يقل عن (10) مليارات دينار عراقي وهو نص خاص يقيد النص العام الوارد في قانون الشركات رقم (22) لسنة 1997 المعدل، وقد زاد مبلغ رأس المال للمصرف المحلي في الوقت الحالي الى(250) مليار دينار عراقي بموجب تعليمات البنك المركزي العراقي، ومن الجدير بالذكر لقد نص قانون المصارف العراقي رقم (94) لسنة (2004) في المادة (103) " تنطبق على المصارف

أحكام قانون الشركات العامة أو أي قانون أخر قد يحل محله بقدر عدم تعارض هذه الأحكام مع أحكام هذا القانون والأنظمة والأوامر الصادرة بمقتضاه".[1]

والشركة المساهمة الخاصة على وفق قانون الشركات العراقي شركة تتألف من عدد من الأشخاص لا يقل عن خمسة، يكتتب فيها المساهمون باكتتاب عام ويكونون مسؤولين عن ديون الشركة بمقدار القيمة الأسمية للأسهم التي اكتتبوا فيها.[2]

وقد نص قانون الشركات العراقي بعد تعديله عام 2004 في المادة 1/12 "للشخص الطبيعي أو المعنوي أجنبياً كان أم عراقياً حق اكتساب العضوية في الشركات المنصوص عليها في هذا القانون كمؤسس أو حامل أسهم، أو شريك فيها مالم يكن ممنوعاً من مثل هذه العضوية بموجب القانون، أو نتيجة القرار الصادر عن محكمة مختصة، أو جهة حكومية مخولة.[3] وكذلك لقد نصت تعليمات البنك المركزي العراقي المرقمة بالعدد(136/2/9) والمؤرخة في 2019/4/1 والخاصة (بالضوابط الرقابية الخاصة بعملية منح التراخيص للمصارف) المادة الاولى الفقرة رابعا/ البند ج "يجب ان يكون فرع المصرف الأجنبي متمتع بجنسية محددة ويخضع لرقابة سلطة نقدية في الدولة التي يقع فيها المركز على شرط ان يكون هناك تعهد من قبل السلطات الاشرافية في البلد الام بدفع كافة الودائع والمستحقات المالية بذمة المصرف من قبل ادارة المركز".

وإذا كانت القاعدة العامة في قانون الشركات العراقي المعدل هي الزام الشركة بأن يكون مركزها الرئيسي في العراق أو خارجه، واعتبار الشركة التي تؤسس وفق أحكام هذا القانون عراقية إلا أن قانون المصارف قد جاء بأحكام مختلفة في هذا المجال ، إذ يفهم من نص الفقرة (2/ي) من المادة 5 من قانون المصارف العراقي التي نصت على "موقع المركز الرئيسي للأعمال وأي مكان آخر داخل أو خارج العراق تعتزم أن تمارس فيه الاعمال المصرفية"، أ- انه أجاز تأسيس مصارف وفق قانون المصارف العراقي سواءً كان مركزه الرئيسي في العراق أو خارجه شرط أن يحتفظ المصرف بوجوده المادي في العراق سواءً كان على شكل فرع أو مكتب تمثيل. ب- ميز قانون المصارف بين المصارف المحلية والمصارف الأجنبية وأعتبر المصرف الذي يقع مركزه الرئيسي خارج العراق مصرفاً اجنبياً. ج- ويلاحظ أن قانون المصارف العراقي قد خلا من أي نص يعتبر المصارف التي تؤسس وفق قانون المصارف عراقية. د- أجاز للمصارف الأجنبية

(1) أن المصارف، وكما بينا سابقا، بموجب قانون المصارف العراقية يجب أن تتخذ شكل شركة سواءً كانت شركة أموال أم شركة أشخاص، وهذا يعني خضوع تأسيس المصارف للقواعد العامة التي تحكم الشركات بصورة عامة في قانون الشركات رقم (21) لسنة 1997 المعدل، فضلا عن الاحكام الخاصة بتأسيس المصارف في قانون المصارف العراقي وقانون المصرف المركزي العراقي الجديدين لسنة 2004 باعتبارهما قانونين خاصين بالمصارف.

(2) - د باسم محمد صالح ، شرح قانون الشركات ، عمان ، الاردن ، ط1 ، 1997 ، ص17 .

(3) قانون الشركات العراقي رقم(22) لسنة 1997 المعدل بالأمر (64) لسنة 2004.

بموافقة المصرف المركزي بفتح فروع لها ومكاتب تمثيل لها داخل العراق أو خارجه أو غلق أو دمج أي فرع أو مكتب من فروعها ومكاتبها.[1]

لغرض تأسيس فرع لمصرف أجنبي في العراق أو كيان تابع له هناك ضوابط قانونية تصدر انطلاقاً من مهام البنك المركزي العراقي وفي نطاق قانونه رقم (56) لسنة 2004، وقانون المصارف رقم (94) لسنة 2004 ، ونظام فروع الشركات الأجنبية رقم (2) لسنة 2017، إذ يمكن تواجد المصارف الأجنبية في ثلاث صور، وهي كما يأتي: –

أولا:– مكتب تمثيل لمصرف أجنبي:

ان فرع المصرف الأجنبي ومكاتب التمثيل كلاهما يمارس نشاطاً في الخارج في دولة أخرى غير الدولة المضيفة ، فهما يتفقان في إنهما طريقة تلجأ إليها الشركة الأم لتوسعة نشاطها لكسب المزيد من الأرباح والبحث عن الأسواق الجديدة لمنتجاتها، وللقيام بدراسة ميدانية، وليس الأعتماد على معطيات غير موثوق بها، أو إحصائيات الدولة المضيفة وتقاريرها، فهنا يقتصر دور المكتب على دراسة الاسواق وأمكانيات الانتاج من جهة، والتعريف بخدمات المصرف الأم من جهة اخرى.[2] فالشركة التي تتخذ قرارها بالأستثمار في الخارج، تقوم بتقدير المناخ الأستثماري في الدولة التي تنوي ممارسة نشاطها فيها، ويتمثل تقدير المناخ في طبيعة الحال العديد من العناصر أهمها:–

- القواعد الخاصة بالدخول الى الدولة المضيفة.
- معايير وقواعد معاملة الفروع الأجنبية.
- السياسة الخاصة بهيكل الاسواق، مثل تلك الخاصة بالمنافسة.
- الأتفاقيات الدولية فيما يتعلق بالأستثمار الأجنبي المباشر.

---

(1) وفي هذا السياق ذهب المشرع اللبناني في المادة (126) من قانون النقد والتسليف اللبناني مرسوم رقم (13513) والصادر في 1/8/ 1963 والمعدلة بموجب المرسوم 6102 بتاريخ 1973/10/5. "لا يمكن أن يمارس المهنة المصرفية في لبنان إلا مؤسسات منشأة بشكل شركات مساهمة، ولا تخضع لأحكام الفقرة السابقة مؤسسات المصارف الأجنبية العاملة في لبنان بتاريخ صدور هذا القانون شرط أن تعتبر هذه المصارف الأجنبية كمصارف في نظر القانون الذي تخضع له"، ومن هذا النص يتضح أن الشكل القانوني للمصارف هو شركات أموال وفي الغالب تكون شركات مساهمة إلا أن المشرع اللبناني أستثنى فروع المصارف الأجنبية من هذا الأطار أو الشرط وأكتفى بالاطار القانوني المطبق في البلد الأجنبي لإضفاء الصيغة القانونية للمصرف بموجب القانون الداخلي له، وقد نصت المادة (128) من قانون النقد والتسليف وإنشاء المصرف المركزي مرسوم رقم (13513) صادر في 1963/8/1 والمعدل بالمرسوم ألاشتراعي 77 تاريخ 1977/6/27 "يخضع لترخيص من مجلس المصرف المركزي تأسيس كل مصرف لبناني وفتح كل فرع لمصرف أجنبي في لبنان" كذلك نصت المادة (125) من قانون النقد والتسليف اللبناني أعلاه على " يحظر على كل شخص حقيقي أو معنوي لا يمارس المهنة المصرفية أن يتلقى ودائع" وكذلك نصت المادة (144) من قانون النقد والتسليف أعلاه الخاص بتنظيم عمل المصارف اللبنانية وفروع المصارف الأجنبية الى "تؤلف الفروع أو الشعب في لبنان لمصرف واحد، لبنانيا كان أم أجنبيا مجموعة واحدة في تطبيق أحكام هذا القانون".

(2) د عبد السلام لفته ، أدارة المصارف وخصوصية العمل المصرفي ، مصدر سابق ، ص 17.

الى جانب معلومات أخرى، وفي ظل هذه المعلومات المتحصل عليها يحدد المصرف إذا كانت هذه المعطيات تساعدها في الأستثمار في البلد المضيف، ولا تكون هذه المعلومات إلا عن طريق إنشاء مكتب في تلك الدولة. من هنا يتضح الفرق بين الفرع والمكتب، ففي حين يعد الفرع وسيلة لممارسة النشاط التجاري في دولة ما، أما مهمة المكتب تقتصر على دراسة الأسواق وإمكانيات الأنتاج من جهة والتعريف بمنتجات الشركة من جهة أخرى، أو ليكون المكتب حلقة الأتصال بين المركز الرئيسي للشركة والمتعاملين معها في تلك الدولة.

صفوة القول فيما تقدم أن مكاتب تمثيل المصارف الأجنبية يقتصر نشاطها على دراسة الاسواق وأمكانيات الانتاج دون ممارسة اي نشاط تجاري، بما في ذلك نشاط الوكلاء التجاريين، كما نصت على ذلك صراحةً المادة (7) من قانون المصارف العراقي رقم (94) لسنة 2004 النافذ بقولها[1] "1- يجوز للبنك المركزي أن يمنح تصريحاً لفتح مكتب تمثيل واحد أو أكثر في المصرف الأجنبي شرط أن يكون لدى هذا المصرف الأجنبي ترخيصاً بمزاولة الأعمال المصرفية في بلد تكوينه وتقتصر أنشطة مكاتب التمثيل في توفير المعلومات والقيام بمهام الأتصال، ولا تمارس الأعمال المصرفية أو أي أنشطة مماثلة أو أستلام ودائع أو أموال أخرى مستحقة السداد للجمهور 2- تقدم طلبات الحصول على تصاريح لمكاتب التمثيل الى المصرف المركزي العراقي خطيا، وتحدد اللوائح التنظيمية للمصرف المركزي العراقي شكل وتفاصيل الطلبات التي تكون معززة بالمستندات الضرورية لأغراض طلبات التصريح "

ويتبين من الرجوع الى الأنظمة القانونية للمشرع العراقي المتعلقة بتسجيل فروع الشركات الأجنبية ومكاتب التمثيل التجاري قد جاءت بنفس سياق المشرع المصري في تنظيمها ومنها على سبيل المثال التعليمات الصادرة من وزارة التجارة العراقية رقم (2004/149) بعنوان تسجيل فروع ومكاتب التمثيل التجاري للشركات الأجنبية، يظهر منها المساواة بين الاثنين "فروع الشركات ومكاتب التمثيل "خلافا للقانون رقم (5) لسنة 1989، إذ كان يميز بينهما إذ جاء في التعليمات: لكي تمارس الشركة الأجنبية نشاطاً من خلال فروع لها في دولة العراق أو فتح مكتب تمثيل تجاري لها فأن الأمر يتطلب الاجازة وفقاً لهذه التعليمات الوزارية ما لم يستثنى بموجب قوانين أو انظمة وعلى الشركات الأجنبية المتعاقدة للعمل بالعراق ان تخضع للتسجيل بموجب هذه التعليمات الوزارية"

(1) وقد ذهب المشرع اللبناني في المادة (2) من قانون النقد والتسليف اللبناني مرسوم رقم 13513 صادر في 1963/8/1 المعدلة بموجب المرسوم ألاشتراعي 42 تاريخ 1967/8/5" يخضع لترخيص مسبق من مصرف لبنان فتح مكاتب تمثيل لمصارف أجنبية وتخضع للترخيص نفسه مكاتب التمثيل للمصارف الأجنبية القائمة حالياً إذا كان للمصرف الذي تمثله فرع في لبنان" اما المشرع الأماراتي في مرسوم رقم (14) لسنة 2018 فقد نص في المادة (333) على خضوع فروع المصارف الأجنبية على موافقة البنك المركزي الأماراتي.

أما نظام فروع الشركات الأجنبية رقم (2) لسنة 2017 النافذ ، فقد أورد مصطلح " الشركة الأجنبية" بشكل مطلق على الفروع أو المكاتب إذ نصت المادة " 14" من النظام أعلاه على "يحظر على الشركة الأجنبية ممارسة أي نشاط تجاري أو فتح مقر لها في العراق إذا لم تمنح أجازة التسجيل".

مما تقدم ذكره ان المصرف الأم ينشئ غالباً قبل الفرع مكتب تمثيل للضرورات المحددة سابقاً أو تمهيداً لانشاء الفرع ووجوب قيده بالسجل التجاري، وذات الأمر بالنسبة الى الغاء هذا المكتب، إذ يكون بناءً على طلب المصرف الأم، وفي الحالتين قيد أو الغاء مكاتب التمثيل يكون بقرار من الجهة الإدارية المختصة.

يمتاز بسهولة التأسيس، وتقتصر أنشطة مكتب التمثيل على تقديم معلومات والقيام بمهام الاتصال مع المصرف الأم والأنشطة الأستثمارية وعمليات الأئتمان التجاري، وترتيب الديون الدولية الخاصة، وأوضاع الأسهم بين المقترضين في دولة الموطن، ولا تمارس أنشطة مصرفيه أو غيرها من الأنشطة المماثلة ولا يتلقى ودائع أو أموال أخرى قابلة للسداد من الجمهور أو منح القروض، ويتميز عمل هذا الشكل القانوني بالقيام بوظيفة دراسة السوق المحلي واقتناص فرص الربحية، ولقد وضع المشرع العراقي في المادة (6) من قانون المصارف العراقية رقم (94) لسنة 2004 ضوابط قانونية النافذ لغرض تأسيس مكتب تمثيل للمصرف الأجنبي.

1- يقوم المصرف الأجنبي بتقديم طلب خطي الى المصرف المركزي العراقي لفتح مكتب تمثيل واحد أو أكثر له في العراق.
2- ان يكون المصرف الأجنبي مقدم الطلب مرخص له ممارسة النشاط المصرفي في بلد تأسيسه.
3- ان يقدم جميع الوثائق والمستندات والمعلومات والبيانات المطلوبة.
4- وصل يثبت دفع المبالغ الخاصة بتقديم الطلب.
5- يقوم المصرف المركزي بأعلام صاحب الطلب خلال (60) ستين يوم من تاريخ تقديم الطلب مستوفيا للشروط من عدمه.
6- اعلام مقدم الطلب خلال (60) ستين يوما بانه مستوفي شروط المصرف باتخاذ منح أو رفض الاجازة من عدمه.

ثانيا:- المصرف الأجنبي على شكل شركات (تابعة).

هي كيانات مستقلة قانوناً عن المؤسسات المصرفية في دولة الموطن تخضع لقوانين الدولة المضيفة ولها رأسمالها الخاص بها ، حتى وان تم تأسيسها برأس مال كامل من المصرف الأصلي في دولة الموطن ولها حدود للأقراض تتماشى مع رأس مالها، وتخضع لأشراف السلطات الرقابية المحلية فالشركة التابعة هي كيان قانوني مستقل يتم تأسيسه في البلد المضيف بكل شراكة ويكون للمصرف الأجنبي في دولة الموطن ملكية

الأغلبية وتجدر الأشارة الى أن تأسيس الشركات التابعة يمكن ان يتم من خلال تأسيس مصرف جديد أو من خلال الأستحواذ على مصارف قائمة بالفعل ويتميز تأسيس مصرف جديد بتلافي تحمل أعباء ديون قد تكون متراكمة في السابق، كما أنه من اليسير من خلال هذا النمط اكتساب وتطبيق التكنولوجيا متطورة إلا أنه يصعب من الجهة الأخرى التأقلم مع الظروف المحلية للسوق كما أنه يحتاج الى بذل الجهد لجذب واكتساب العملاء. وفي المقابل أن نمط الأستحواذ يمكن أن يقابله مشكلة الديون، وكذلك يصعب عليه إستعمال التكنولوجيا بصورة سريعة، إلا أن أهم ما يميزه انه يكون على دراية كاملة بظروف السوق المحلية بالأضافة الى سمعته الجيدة التي تجذب العديد من العملاء.

وتجدر الأشارة الى انه قد تفشل الشركة التابعة حتى على الرغم من قدرة المؤسسة المصرفية الأصلية في دولة الموطن الأصلي الأم على الأيفاء، وعلى العكس قد تكون القدرة للشركة التابعة على الأيفاء بالديون على الرغم من فشل المؤسسات المصرفية في دولة الموطن، وهو ما قد يمثل عائقاً رئيسياً امامها، وفي هذا الصدد لا يمكن اغفال قدرة الشركات التابعة على ان تحيل أي قرض يتجاوز الحد المسموح بها للأقراض لديها للمؤسسة المصرفية الأصلية في دولة الموطن، الا أنه في هذه الحالة تحديداً تبرز الأشكالية التي تتعلق بالأمكانيات المالية المتاحة أمام الشركات التابعة في مواجهة فروع المصارف الأجنبية، ويمكن القول بأن تقديم القروض للشركات أو الأنشطة التجارية نسبياً لا يأتي رأس مال قائمة أعمال الشركات التابعة.

نصت المادة (17) من قانون تسجيل الشركات رقم (21) لسنة 1997، بوجوب تقديم طلب التأسيس الشركة الى مسجل الشركات، ويباشر مسجل الشركات دوراً هاماً ورئيسياً في تأسيس الشركة وتوثيق عقودها ومتابعتها لضبط نشاطها بشكل يسهل أداء دورها في خطة التنمية الاقتصادية.

يقع الخلط بين فرع الشركة والشركة التابعة في أن كليهما يمارس نشاطاً في الخارج أي في دولة أخرى غير دولة الأم. ويختلف هذا النوع من الشركات بالسيطرة والأستحواذ على مجموعة المساهمين المسيطرين بالفعل على الشركة القائمة أو عن طريق الأتفاق مع مجموعة المساهمين المسيطرة، فقد تلجأ الشركات الأجنبية الى فرض سيطرتها على شركات أخرى قائمة بالفعل وتحويلها الى شركات تابعة اليها ويكون ضرورياً في بعض الأحيان لدى الشركات الأخرى (الأجنبية) لغرض توسيع نطاق عملياتها والحصول على مزايا أكبر وزيادة أرباحها، وتحصل الشركة على هذا الحق بموجب شراء أكثر من نصف أسهم شركة أخرى، وبهذا تعرف الشركة المستحوذ على أسهمها بالشركة التابعة. [1]

وتعد الشركة وليدة في حالة سيطرت عليها شركة أخرى تابعة للشركة القابضة المسيطرة أو الشركة التي تصدر بشأنها حكم قضائياً يخول لشركة أخرى حق السيطرة عليها من إذ الإدارة أو تسيطر على أدارتها شركات أخرى

(1). عبدالنبي، وليد عيدي. الجهاز المصرفي العراقي: نشأته وتطوره وافاقه المستقبلية، المديرية العامة مراقبة الصيرفة والائتمان، البنك المركزي العراقي، بحث منشور في مجلة البنك المركزي العراقي ، العدد الرابع، بغداد، 2011، ص3.

تنفيذاً لأتفاقات معينة وفقاً لنص المادة 2/188 من اللائحة التنفيذية للقانون رقم (159) لسنة 1981 بأصدار قانون الشركات المساهمة وشركات التوصية بالأسهم وذات المسؤولية المحدودة.

فالفرق بين الفرع والشركة التابعة يتمثل في تمتع هذه الأخيرة بالشخصية المعنوية المستقلة عن الشركة الأم ويستتبع ذلك بتمتعها برأس مال مستقل، وحقها الذاتي على الأموال التي تديرها يستتبع تمتعها بجنسية مستقلة، فيكون لها مثلاً الجنسية المصرية إذا انشئت في مصر، ومن ثم تخضع الى الأحكام القانونية المصرية، بصرف النظر عن جنسية الشركة الأم وخضوعها لقوانين بلدها.

ويكمن الاختلاف أيضاً من إذ النشاط، إذ يمكن أن يختلف نشاط الشركة الأم، أما الفرع فلا يمكن أن يختلف عن نشاط الشركة الأم، فهو أمتداد لما تمارسه من نشاط داخل الدولة ويترتب على ذلك ان الفرع يتبع الشركة الأم، وتختلط أمواله بها، ويكتسب جنسيتها، ويمارس ذات العمليات التي تقوم بها الشركة الأم وذلك بأعتبار الشركة التابعة ذات كيان قانوني مستقل تكون لها جنسيتها الخاصة بها التي تقرر في ضوء الرابطة التي تقوم بينها وبين الدولة التي تقوم على أقليمها والمثال الحي على ذلك قائم في مصرف سوريا ولبنان الذي يعد شركة فرنسية انشأت شركة تابعة اليها في لبنان مستقلة ومجازة اصولاً تحت أسم الشركة الجديدة لمصرف سوريا ولبنان، وبذلك تمكن مصرف سوريا ولبنان من التفرع للشركة التابعة الجديدة عن مؤسسته التجارية المستثمرة في لبنان باستثناء مصلحة الاصدار، في حين لا تكون للفرع جنسية مستقلة فهو جزء من الشركة الأجنبية الأم، وعلى ذلك لا يتمتع بجنسية مستقلة لأنه تابع اليها .

خلاصة القول انه يجب التفرقة بين الشركات التابعة التي تتميز بشخصية معنوية خاصة بها والشركات الفرعية التي ليست لها شخصية معنوية خاصة، إذ يمكننا ان نعرف الشركة الفرعية على أنها وكالات وفروع ثانوية تختلف عن الشركات التابعة من إذ أنها لا تمتلك شخصية معنوية تميزها، وبذلك فهي لا تشكل هياكل قانونية مستقلة، كما أنها تتمتع بنوع من اللامركزية البسيطة وهذا ضمان سير النشاط فيها.

ثالثا:- فرع للمصرف الأم.

أثار مصطلح (المصرف الأم) جدلاً فقهياً كبيراً فانقسموا بين مؤيد ومعارض والسبب في ذلك غياب تنظيم قانوني شامل لمجموعة الشركات بصفة عامة والشركة المتعددة الجنسية بصفة خاصة، فيرى بعض [1] الفقهاء أن مصطلح الشركة الأم غامض وغير مقبول في مجال الشركات التجارية لأنه مستمد من قانون الاسرة وان استعمال هذا التعبير في مجال الشركات يوحي بضرورة وجود علاقة امومة فذهب الفقه في تحديد المقصود

(1) العركوب، هاشم محمد. (2012). أهمية تقييم الأداء المالي للمصارف الخاصة في تمويل النشاط الاستثماري / مصرف كردستان الدولي أنموذجا، بحث مقدم الى الندوة العلمية السنوية المنعقدة بتاريخ 19-2-2012 تحت شعار القطاع المصرفي الخاص في العراق ودوره التنموي في الاقتصاد العراقي، قسم الدراسات الاقتصادية، مركز المستنصرية للدراسات العربية والدولية، الجامعة المستنصرية، بغداد، العراق ص 7.

بالشركة الأم الى التركيز على معيار السيطرة التي تمارسها الشركة الأم على الشركات الوليدة، إذ تهدف الشركة من وراء ذلك الالتزام بخطة اقتصادية موحدة (وحدة القرار الاقتصادي) اضافة الى الهدف الاساسي الذي تهدف اليه من مساهمتها بنسبة كبيرة من رأس مالها للفرع في حين أتجه فريق آخر [1] الى عنصر المشاركة في تأسيس وادارة الفروع فعلاقة التأسيس التي تجمع هذه الفروع وفقا لهذا الرأي تنشئ علاقة خاصة بينهما تجعل احدهما الشركة الأم، والثانية شركة وليدة أو تابعة، ومن التعريفات التي تستند على عنصر المشاركة في تعريفها للشركة الأم، ذلك الذي يكون نشاطها الرئيسي هو تملك وإدارة محفظة أوراق مالية تمثل مشاركتها في رأس مال آخر. [2]

واستناداً الى عنصر السيطرة في تعريف الشركة الأم عرفها بعض الفقه كل شركة تسيطر على شركة أخرى عن طريق تملك جزء من رأس مالها على أن يقتصر إستخدام تعبير الشركة الأم على تلك الشركات التي تقوم بتأسيس شركات أخرى وتسيطر عليها، كما عرفت لدى الفقه الشركة الأم تلك التي تمتلك أو تسيطر على هيئات أو شركات أخرى، عادةً ما تعرف باسم الشركات التابعة. [3]

كما عرفت بانها كل مؤسسة تمارس نشاطاتها الرئيسية المتعلقة بالأنتاج أو تقديم الخدمات في بلدين على الاقل.(وتعرف فروع المصارف على انها مجموعة من الوحدات الفرعية المنتشرة في مناطق جغرافية متعددة تربطها بالمركز الاصلي علاقات قانونية وتلتزم باستثمار اموالها سياسة اقتصادية موحدة) [4].

فإذا كان المركز الاصلي الشركة الأم في الخارج فإنها تكون شركة أجنبية تخضع الى قانون الدولة التي أتخذت فيها مركز إدارتها، ومن ثم فأن تأسيس شركة أجنبية وفقاً لقانونها الوطني بصورة صحيحة يكسب هذه الشركة الشخصية المعنوية، مما يترتب عليه صلاحية تلقي الحقوق وتحمل الالتزامات والقيام بمجموعة من النشاطات منها انشاء الفروع التي نحن بصدد دراستها.

وعليه يجب ان يكون الشركة الأم قد تأسست صحيحاً وفقاً لقانون الدولة التي أتخذت فيها مركز ادارتها الرئيسي الفعلي، هو الذي تستمد منه شخصيتها وجنستها في ان وأحد وهذا ما تشترطه الكثير من القوانين للاعتراف بالشركة الأجنبية بالشخصية القانونية فيكون لها حق التقاضي أمام المحاكم ومزاولة الاعمال التجارية وابرام العقود والالتزامات وتنفيذها.

---

(1) علي، جمان حسن. (2012). الأصلاح المصرفي الحكومي... الواقع... الأفق، بحث مقدم الى ورشة العمل المنعقد بتاريخ 26-5-2012 تحت شعار القطاع المصرفي وسياسة الإصلاح في القطاع الحكومي والخاص، المعهد العربي للإصلاح الإقتصادي، بغداد، العراق، ص 1-8

(2) د. اشرف ابراهيم عطية ، اقتصاديات النقود والبنوك ، ط1، 2009 ، ص 151- 161

(3) د. حسن محمد هند ، النظام القانوني للشركات متعددة الجنسيات ، مطبعة القاهرة ، 2012 ، ط1، ص 34

(4) د. فؤاد مرسي ، النقود والبنوك ، دار المعارف ، القاهرة ، الطبعة الأولى ، 1958 ، ص 74 .

كما تخضع بوجه خاص للالتزامات المتعلقة باحتراف التجارة والتي تسري على التجار المحليين والشركات المحلية، كالتزام بالقيد في السجل التجاري، والالتزام بمسك الدفاتر التجارية بحسب نوع الشركة والاحكام القانونية المتعلقة بها، كذلك فيما يتعلق بالضرائب ينطبق على الشركات الأجنبية.

يعتبر الفرع جزءً لا يتجزأ من المؤسسات المصرفية في دولة الموطن، إذ تعد مكملاً لتلك المؤسسات ويجوز للفروع الحصول على ودائع أو تقديم قروض من والى العملاء وعموماً فأنها توفر مجموعة كاملة من الخدمات المصرفية، وتفضل المؤسسات المصرفية في دولة الموطن استخدام هذا الشكل التنظيمي من أجل تقديم أنشطة وخدمات تجارة الجملة في الدولة المضيفة بما في ذلك الصرف الأجنبي وتجارة النقود، والسبب في ذلك هو ان الفروع المصرفية عامة وخاصة تقوم بالأقراض والأقتراض والتجارة بالأعتماد على رأس المال المصرف الأم بالكامل، وبالتالي يمكن للفروع تقديم المزيد من العروض الى أي مقترض بشكل اكبر مما تستطيع أي شركة تابعة لها نفس حجم الفرع، اما فيما يخص الأقتراض والتجارة، فأن الفرع يشارك المؤسسة المصرفية في دولة الموطن بتصنيفها الأئتماني ولأنها تعتبر جزءً منها وتتطلب الفروع إشرافا دقيقا لأن أي نشاط غير مصرح به في تلك الفروع يؤدي الى افلاس المؤسسة المصرفية في دولة الموطن.

فالفرع شركة مستقلة من الناحية القانونية، ولكنها من الناحية العملية تخضع لأدارة ورقابة شركة أخرى تملك قدرا كافيا من رأس مالها يهيئ السيطرة عليها.

إذ توجد سيطرة من الشركة الأم الأجنبية ويكون اعضاء مجلس ادارتها من الاجانب ، وحين تحوز الشركة الأم رأس مال الفرع ، يعد بمثابة جزء داخلي من المصرف الأجنبي يخضع لقوانينه وأنظمته الضريبية الخاصة به، كما يضع سياسته وخططه بتكليف من المصرف الأم كذلك يكون الإقراض ضمن حدود وضعها له الفرع الأجنبي الخارجي استنادا على رأس مال المصرف الأم. يمكنه قبول الودائع وإصدار القروض ويميل الى تمويل واقراض المشاريع الضخمة عامة والقيام بكافة الأنشطة المصرفية الأخرى ولقد تضمن قانون المصارف رقم (94) لسنة 2004، ضوابط منح الاجازة لتأسيس فرع لمصرف أجنبي في المادة (5):-

وهذه الضوابط كما يلي:-

أ. لتأسيس كيان تابع لمصرف أجنبي أو فتح فرع لمصرف أجنبي يتعين الحصول على ترخيص من البنك المركزي العراقي.

ب. لا يجوز منح التراخيص أو الاجازات الا للمصارف الأجنبية الخاضعة لرقابة موحدة وشاملة من سلطة رقابية في البلد الذي يقع فيه المقر الرئيسي للمصرف الأجنبي. [1]

(1) ضوابط الترخيص لفرع المصرف الأجنبي منشورة على الموقع الالكتروني للبنك المركزي العراقي تاريخ الزيارة 2020/5/17.

ج. تقدم طلبات الحصول على تراخيص خطياً الى المصرف المركزي العراقي، مع إرفاق الوثائق والبيانات التاليه:-[1]

1- نسخة معتمدة مصدقة عن شهادة تأسيس الشركة الأم (مقدم الطلب) ونظامها وعنوانها ومركزها الرئيسي.

2- معلومات عن رأس المال المرخص والمكتتب والمدفوع للمصرف مقدم الطلب.

3- امر تعيين مدير مكتب التمثيل مع بيان محل اقامته الدائم وجنسيته باعتباره الموظف الأعلى للمكتب في العراق والمسؤول عن أداء وظائف المكتب مع بيان يحدد بالتفصيل مؤهلاته وخبرته المهنيه ويتضمن أسماء ثلاثة اشخاص يمكن الرجوع اليهم عند الضرورة.

4- قائمة بكبار مساهمي المصرف مقدم الطلب من حملة الأسهم والمستفيدين النهائيين للأسهم يذكر فيها الأسم والعنوان وحيازة الأسهم ذات الصلة الى جانب نسخة من سجل حملة الأسهم في حالة الأسهم المسجلة.

5- نسخة من أحدى ثلاث ميزانيات عمومية سنوية مدققة، وكذلك حساب الأرباح والخسائر للشركة مقدم الطلب، مع آخر تقرير لمدقق الحسابات الخارجي وتقرير مجلس الإدارة.

6- قائمة بفروع المصرف مقدم الطلب مع موقع الفرع المزمع فتحه في العراق.

7- بيان يفيد بان السلطة الرقابية الأجنبية المسؤولة عن الرقابة على المصارف في بلد مقدم الطلب ليس لديها أعتراض على إنشاء الفرع وأنها تمارس رقابة شاملة وموحدة على المصرف مقدم الطلب.

8- على المصرف الأجنبي اشعار المصرف المركزي العراقي وبشكل عاجل عند ورود أية بيانات غير حقيقية أو دقيقة مرفقة مع الطلب وقبل البت فيه، وتقدم المعلومات المصححة والتكميلية الى المصرف المركزي العراقي.

9- تعهد مقدم الطلب بالالتزام بأحكام القوانين العراقية والأنظمة والتعليمات الصادرة عن المصرف المركزي العراقي.

10- دراسة جدوى إقتصادية أو خطة عمل (التوقعات لثلاث سنوات مالية).

11- عدد الفروع المتاحة لدعم خطة العمل في العراق.

12- الخدمات المصرفية التي ستقدم والقطاعات الاقتصادية التي تستهدفها هذه الخدمات.

13- توقعات حجم الأموال التي سيتم استخدامها ومصدرها مع التحليلات الاقتصادية مع التوقعات الاقتصادية والمالية المتوقعة لعمل الفرع أو الفروع.

(1) الضوابط الرقابية لفرع المصرف الأجنبي منشورة على الموقع الالكتروني للبنك المركزي العراقي ، تاريخ الزيارة 2020/4/1 : https://www.cbi.iq .

14- إجازة تأسيس الشركة الأم مصدقة من جهة رسمية مخولة في بلد المنشأ تبين هيكل ملكية المصرف والقانون الذي يحكمه مع عقد التأسيس.

15- قائمة بأسماء المالكين الرئيسيين للمصرف الأجنبي أو المصرف الأم.

16- خلاصة عن نسبة الموظفين العراقيين، وخطة تدريبهم.

17- خلاصة عن كيفية أستخدام التكنولوجيا لدعم إستراتيجية العمل في العراق.

18- أمر تعيين مدير الفرع المعني، صادر من الجهة المخولة يذكر فيها أسمه ومحل إقامته الدائم، وجنسيته، وعمله ومهنته باعتباره الموظف الأعلى والمسؤول عن إدارة أعمال المصرف مع ذكر مؤهلاته العلمية، على ان لاتقل خبرته المصرفية على ثلاث سنوات.

19- بيان عن الغرامات المالية أو العقوبات الأخرى التي يمكن أن تفرضها السلطة الرقابية الأجنبية على المصرف، مقدم الطلب في حال مخالفته للقوانين.

20- الشروط التي يضعها البلد الأم لمكافحة غسل الأموال وتمويل الإرهاب وغيرها من الأنشطة غير المشروعة.

21- بيان عن تنفيذ المصرف الأم للتوصيات الواردة في الاتفاقية الدولية لمكافحة غسل الأموال وعددها أربعون توصية.

22- تعهد من المصرف الأم يلتزم بموجبه باعلام هذا المصرف بان البلد الذي تم فتح الفرع فيه يقوم بتطبيق قانون مكافحة غسل الأموال وتمويل الإرهاب والمعايير الدولية المتعلقة بذلك مع نسخة من القانون المذكور.

23- تسمية جهة الاتصال للسلطة الرقابية في البلد الأصلي لمقدم الطلب.

24- رسالة من السلطة الرقابية حول وضع مقدم الطلب.

25- رسالة من السلطة الرقابية تؤكد ان أداء مقدم الطلب خاضع لرقابة فعلية موحدة من قبله.

26- نسخ مدققه للكشوفات المالية لاخر 3 سنوات عمل.

27- رسالة من مدقق معترف به يبين فيها رغبته في تولي مهمة التدقيق الخارجي.

28- رسالة من السلطة الرقابية تؤكد على ان أداء مقدم الطلب خاضع لرقابة فعلية موحدة من قبله.

29- الإفصاح عن أي تغيير حقيقي في الوضع المالي منذ نشر اخر كشف مالي.

30- تعهد يوضع فيه مقدم الطلب والتزاماته باللوائح التنظيمية للسلطة الرقابية الأجنبية له واللوائح التنظيمية الصادرة عن المصرف المركزي العراقي[1].

(1) الضوابط الرقابية الخاصة بفتح فروع للمصارف الأجنبية في العراق، منشورة على الموقع الالكتروني للبنك المركزي العراقي: https://www.cbi.iq

31- تعهد يؤكد فيه للبنك المركزي العراقي التزامه بتقديم المعلومات التي يطلبها المصرف بخصوص التزامه بالقانون العراقي.

32- الإفصاح عن أي محددات في البلد الأم التي يمكن ان تحد من مقدرة مقدم الطلب على الالتزام بطلب المصرف المركزي العراقي بتقديم معلومات.

33- نسخة من إجازة ممارسة الصيرفة للمصرف مقدم الطلب.

34- في حالة كون الشركة مقدمة الطلب تابعة لمصرف أجنبي أو شركة قابضة مصرفيه أجنبية ان تقدم بيانا عن السلطة الرقابية المسؤولة عن الرقابة التحوطية المطبقة على الشركة في بلد تأسيس المصرف الأجنبي اعتراضا بشان الطلب المقدم لها وانها تمارس رقابة موحدة على الشركة مقدمة الطلب.

35- أية بيانات أخرى يراها البنك المركزي العراقي ضرورية.

د – في غضون شهرين يتم اعلام مقدم الطلب فيما إذا كان طلبه مستوفيا ويجوز تمديده المدة المشار اليه بشرط اعلام مقدم الطلب باسباب التأخير قبل الموعد النهائي.

هـ – بعد اصدار كتاب الموافقة على طلب تأسيس كيان تابع لمصرف أجنبي وأستكمال إجراءات التأسيس وتقديم جميع الوثائق اللازمة لذلك، يقوم البنك المركزي وخلال شهرين إتخاذ منح أو رفض الترخيص وإبلاغ مقدم الطلب خطيا بذلك.

ز- يقوم البنك المركزي بإشعار مقدم الطلب بقرار منح الترخيص ونشره في الجريدة الرسمية ونشرات عامة ذات تداول واسع.

و – عند اصدار الترخيص يضاف المصرف الى القائمة الواردة في سجل المصارف الموجودة لدى البنك المركزي العراقي، وبذلك تسري عليه جميع القوانين العراقية المختصة واللوائح التنظيمية والتعليمات التي يصدرها البنك المركزي. [1]

ومن الجدير بالذكر أن المادة (51) من قانون مكافحة غسل الأموال وتمويل الإرهاب رقم (39) لسنة 2015، لقد نصت على أنه "لا يجوز تأسيس أي مصرف في جمهورية العراق إذا لم يكن له وجود مادي فيه واذا لم يكن تابعاً لمجموعة مالية منظمة خاضعة للأشراف الفعال من الجهات الرقابية المختصة ".

(1) الضوابط الرقابية الخاصة بفتح فروع للمصارف الأجنبية في العراق، منشورة على الموقع الالكتروني للبنك المركزي العراقي: : https://www.cbi.iq .

الفرع الثاني
تأسيس فرع المصرف الأجنبي طبقاً للقوانين المقارنة

ان تأسيس فرع المصرف الأجنبي يتم طبقاً للنظام القانوني للدولة المضيفة، إذ كونه شركة تجارية يلزم لتكوينها ما يلزم لتكوين أي شركة تجارية وطنية، وكون الفرع يتبع الشركة الأم وتختلط أمواله بأموالها ويكتسب جنسيتها ويمارس ذات العمليات التي تقوم بها الشركة الأم كما سبقت الاشارة إليه، فإن تكوينه لا يثير على المستوى العالمي أي صعوبة حقيقة من وجهة نظر القانون التجاري، وكذلك الحال بالنسبة لتأسيس الفرع لكي يقوم المصرف الأجنبي الأم بإنشاء فرع له في دولة ما، فأنه يجب عليها لتحقيق ذلك المرور بعدة خطوات حددتها التشريعات في الدول المضيفة لهذا الفرع ما تسمى بإجراءات التأسيس وللبدء في هذه الأجراءات يجب عليها أن تستوفي الشروط التي يتطلبها القانون كافة لتأسيس الفرع، ولا يكون هذا التأسيس إلا بتوافر مستلزمات، إذ تتوقف على توافر إمكانية تأسيسه، والبدء في إتخاذ كل الأجراءات، هي في غالبيتها إجراءات شكلية بتمامها يمكن القول بميلاد شخص معنوي جديد من نوع خاص.

ويجب أن يكون للشركة الأم وفق أحكام قانونها الوطني أي قانون الدولة الأم الحق في تملك شركة أخرى، وقد صار هذا الأمر من المبادئ المسلم بها في معظم القوانين الوضعية المعاصرة، أما بخصوص الشركة الأم وفقاً لأحكام قانون الدولة المضيفة أن تتملك أسهم شركة أخرى نسبة تسمح بالسيطرة عليها.

وبالرجوع الى المشرع المصري فقد نص في قانون البنك المركزي والجهاز المصرفي والنقد رقم (88) لسنة 2003 النافذ في المادة (35) على "لمحافظ البنك المركزي، بعد موافقة مجلس الإدارة، التصريح للمصارف الأجنبية بفتح مكاتب تمثيل لجمهورية لها في جمهورية مصر العربية" وقد نصت المادة (34/ب) من القانون أعلاه "يرفض البنك المركزي المصري فتح ترخيص إذا كان الترخيص للبنك أو الفرع أو الوكالة لا يتفق مع المصلحة ألاقتصادية العامة أو الظروف الخاصة بالمنطقة المطلوب تأسيس فرع أو وكالة أو بنك فيها" .[1] وقد نصت المادة 1/173 من القانون المصري رقم (159) المتعلق بقانون شركات المساهمة والتوصية بالأسهم والشركات ذات المسؤولية المحدودة إذ نصت على" يجوز للشركات الأجنبية ان تنشئ في مصر مكاتب تمثيل أو اتصال أو خدمات أو مكاتب فنية أو علمية وغيرها، ويقتصر هدفها على دراسة الاسواق وامكانيات الانتاج دون اب نشاط تجاري بما في ذلك نشاط الوكلاء التجاريين" بمعنى انه لايسمح لها ممارسة النشاط المصرفي دون تقديم اي خدمة مصرفية أو مزاولة انشطة مصرفية. كما نص المشرع المصري في قانون البنك المركزي والجهاز المصرفي والنقد رقم (88) لسنة 2003 النافذ في المادة (35) على "لمحافظ

(1) قانون البنك المركزي والجهاز المصرفي والنقد رقم (88) لسنة 2003.

البنك المركزي، بعد موافقة مجلس الإدارة، التصريح للمصارف الأجنبية بفتح مكاتب تمثيل لجمهورية لها في جمهورية مصر العربية" بشرط أن لا تكون للبنوك الأجنبية فروع لها في مصر وان تكون مراكزها الرئيسية خاضعة لرقابة واشراف السلطة المختصة في الدول التي تقع فيها هذه المراكز، وقد نصت المادة (34/ب) من القانون أعلاه "يرفض طلب التسجيل بقرار مسبب من مجلس ادارة البنك المركزي في احدى الحالات الاتية : إذا كان الترخيص للبنك أو الفرع أو الوكالة لا يتفق مع المصلحة ألاقتصادية العامة أو الظروف الخاصة بالمنطقة المطلوب تأسيس فرع أو وكالة أو مصرف فيها".

ولا يجوز لهذه المكاتب ان تمارس اي نشاط مصرفي أو تجاري بما في ذلك نشاط الوكلاء التجاريين واعمال الوساطة المالية.[1]

وكذلك نص المشرع المصري في المادة (32) الفقرة (1) من قانون البنك المركزي والجهاز المصرفي والنقد رقم (88) لسنة2003 على "ان يتخذ المصرف أحد الاشكال الاتية:-

(أ) شركة مساهمة مصرية، جميع أسهمها أسمية

(ب) شخصا أعتباريا عاما يكون من بين أغراضه القيام باعمال البنوك .

(ج) فرعا لبنك أجنبي يتمتع مركزه الرئيسي بجنسية محددة ويخضع لرقابة سلطة نقدية في الدولة التي يقع فيها مركزه الرئيسي" [2].

كما نص في المادة الثانية من نفس القانون أعلاه " تسري على البنوك الخاضعة لأحكام هذا القانون – فيما لم يرد بشأنه نص الى أحكام قانون شركات المساهمة والتوصية بالأسهم والشركات ذات المسؤولية المحدودة الصادر بالقانون رقم (159) لسنة 1981.

---

(1) قوانين المصارف والنقود في لبنان، منشورات زين الحقوقية، الطبعة الاولى، 2005. وقد نصت المادة (3) من قرار مجلس أدارة المصرف المركزي اللبناني قرار رقم (7739) الصادر في 21/ 12/2000 "يقدم طلب الحصول على ترخيص بتأسيس فرع لمصرف أجنبي الى مصرف لبنان موقعاً من أدارة المصرف الأجنبي المعني مرفقاً به نسخة أصلية وثلاث صور عن كل من المستندات التالية:

- نسخة مصدقة وفقاً للاصول عن:

أ- النظام الأساسي للمصرف الأجنبي.

ب- شهادة تسجيل المصرف في بلد المنشأ أو الترخيص المعطى له من قبل السلطات المختصة لممارسة الأعمال المصرفية.

ت- قرار الهيئة المختصة في المصرف الأجنبي يتضمن:

- الموافقة على فتح فرع له في لبنان.

- تعيين ممثل المصرف في لبنان وتحديد صلاحياته.

- تعهد بتطبيق أحكام القوانين والأنظمة اللبنانية النافذة وتوصيات وتعليمات مصرف لبنان لاسيما لجهة أعادة تكوين الرأسمال المخصص للفرع في حال أصابته بخسائر.

- عند الاقتضاء قرار الهيئة الرسمية المختصة في بلد المنشأ الذي يسمح بفتح الفرع المطلوب.

- البيانات والمستندات المنصوص عليها في البنود (5) و(6) و(7) وفي الفقرتين (ب) و(ج) من البند (8) من المادة الثانية من هذا القرار.

- التقارير السنوية عن أعماله للسنوات الثلاث الاخيرة مع الميزانيات المتعلقة بهذه السنوات.

- أفادة من وزارة الاقتصاد والتجارة، مكتب مقاطعة أسرائيل تثبت عدم وجود علاقة للمصرف الأجنبي مع أي مؤسسة أسرائيلية.

(2) د. عصام الدين الفضيلي، المركز التعاوني للبنوك الأجنبية المشتركة في جمهورية مصر العربية، مصدر سابق ، ص161.

اما فيما يخص موقف القانون الفرنسي فقد نص المشرع الفرنسي في القانون التجاري بالمواد "التجار الاجانب" المواد من "122-1" الى "122-4" [1]

المادة "122-1": لا يجوز للمواطن الأجنبي أن يمارس مهنة تجارية أو صناعية أو حرفية في فرنسا بطريقة ما يتطلب تسجيله أو إدراجه في سجل الشركات أو السجل التجاري دون موافقة مسبقة من رئيس الدائرة التي يتوخى فيها القيام بأعماله في البداية.

المادة "122-2" : إن أي مخالفة لمتطلبات المادة "122-1" وتلك الواردة في المرسوم التنفيذي المحدد في المادة "122-4" الذي يُعاقب بالسجن لمدة ستة أشهر وبغرامة قدرها 000 25 فرنك فرنسيا وتتضاعف العقوبات في حال تكرار المخالفة كما يجوز للمحكمة أن تأمر بإغلاق المنشأة.

المادة "122-3" : أولاً- لا تنطبق أحكام المادتين " 122-1" و" 122-2" على مواطني أحد أعضاء دول الاتحاد الأوروبي، أو دولة عضو في المنطقة الاقتصادية الأوروبية أو دولة عضو في منظمة التعاون الاقتصادي والتنمية، يعمل نيابة عنهم أو نيابة عن مواطن آخر من هذه الدول أو شركة مسجلة عملاً بتشريعات تلك الدولة ولديها مكتب مسجل أو لمؤسستها الإدارية الرئيسية أو مكان العمل الرئيسي في هذه الدولة.

ثانيا: ومع ذلك، عندما يقوم مواطن أجنبي أو شركة من المشار إليها في أولاً بإنشاء وكالة أو فرع أو شركة تابعة على الاراضي الفرنسية أو تقدم خدمات هناك، فأنه لا يتمُ منحها المنفعة في الفقرة أعلاه إلا إذا:

1- تم تأسيسها من قبل المواطن الأجنبي من دولة عضو في الاتحاد الأوروبي أو دولة عضو في المنطقة الاقتصادية الأوروبية أو دولة عضو في منظمة التعاون الاقتصادي والتنمية .

2- إذا كان لدى الشركة مكتب مسجل فقط في الاتحاد الأوروبي، أو هي عضو في المنطقة الاقتصادية الأوروبية دولة أو دولة عضو في منظمة التعاون الاقتصادي والتنمية، وتقوم بأعمال تجارية فعالة ولها علاقة مستمرة مع اقتصاد هذه الدولة.

المادة "122-4": يصدر مرسوم من مجلس الدولة لتحديد شروط تنفيذ هذا الفصل"

ومن النصوص القانونية أعلاه يتبين أن المشرع الفرنسي قد فرق بين الدول الأجنبية الداخلة في الاتحاد الاوربي أي الدول الأعضاء في الاتحاد الأوربي والدول الغير داخلة في عضوية الأتحاد الأوربي، إذ أعفى الدول الداخلة في عضوية الاتحاد الاوربي من القيود المفروضة على المصارف الأجنبية التي تنوي فتح فروع لها في فرنسا مقارنة بالدول الأخرى.

(1) BATIFFOI. HECKE (G.): Problemes juridiques des einpruntes internationaux ،2éme éd.،paris 1974. p.36

يعتبر القانون المصرفي في فرنسا التشريع الرئيسي الذي يحكم الأنشطة المصرفية في فرنسا هو قانون المصارف الذي تم إصداره في عام 1984. إذ ينص قانون المصارف الفرنسي على اللوائح الرئيسية التي بموجبها يمكن للمصارف ومؤسسات الائتمان الأخرى بترخيصها والعمل في هذا البلد. كما حدد القانون المؤهلات المهنية للعاملين في النظام المصرفي وأنواع المؤسسات التي يمكن للمرء فتحها في فرنسا. واضافة الى قانون المصارف ، فإنه يتم تطبيق القوانين التالية:

- قانون تحديث الأنشطة المالية لعام 1996.
- قانون عام 1999 بشأن الأمن والادخار المالي.
- قانون 2003 بشأن الأمن المالي.

إذ قامت فرنسا أيضًا بدمج توجيهات الاتحاد الأوروبي بشأن الخدمات المصرفية في قانونها المصرفي الوطني الذي تم تعديله آخر مرة في عام 2013 [1]. اصدرت الحكومة في عام 2013 قانون الخدمات المصرفية التنظيمية الجديد، إذ تشير التغييرات الرئيسية التي أدخلت على قانون المصارف إلى الفصل بين الأنشطة التجارية التي يمكن للمصارف القيام بها وأنشطتها الرئيسية. كما أن السلطات التنظيمية والإشرافية قد تم تعزيزها بموجب قانون المصارف المعدل.

وبالرجوع لموقف المشرع المصري فقد أخضع فرع المصرف الأجنبي لتشريعاته الداخلية، بأعتباره مصرفاً في الجهاز المصرفي المصري سواء عند الأنشاء أو بعد تسجيله ويلتزم بتنفيذ قانون البنك المركزي والقرارات المنفذة له، كما يخضع لأشراف ورقابة البنك المركزي المصري، وقد نصت المادة (6) من اللائحة التنفيذية لقانون البنك المركزي المصري على عدة شروط وضوابط منها:-

1- أن يكون الفرع تابعا لمصرف رئيسي بالخارج، إذ اشترط المشرع المصري أن يكون الفرع تابعا لمصرف أجنبي في الخارج وإذا لم يتوافر ذلك فأن الموافقة لا تتم على أنشاء مصرف في مصر .

2- أن يتمتع المصرف الرئيسي بجنسية محددة لدوله أجنبية، إذ لابد من وجود جنسية معينة للفرع كما أن المشرع المصري يأخذ بمعيار مركز الادارة الرئيسي للمصرف الأجنبي .

3- أن يخضع المركز الرئيسي بالخارج لرقابة سلطة نقدية أي ان يكون تابعاً لمصرف مركزي في الدولة التابع لها المصرف الأجنبي، اي بمعنى يكون تابعاً لجهة رقابية تتولى الاشراف على المركز الرئيسي للفرع، لتضمن التزام وسلامة المركز المالي للفرع .

(1)BATIFFOI. HECKE (G.): Problemes juridiques …op.cit..p.38.

4- موافقة المركز الرئيسي للمصرف الأجنبي، إذ اشترط المشرع المصري موافقة المركز الرئيسي للمصرف الأجنبي على انشاء فرع له في مصر مع توضيح الهدف من أنشاء الفرع والخدمات التي سيؤديها ، ودراسة السوق التي توضح قدرة المصرف على تعبئة المدخرات وتوظيفها .

5- موافقة السلطة المختصة بدولة المركز الرئيسي للمصرف الأجنبي إذ يشترط القانون المصري موافقه السلطة المختصة التي يخضع لها فرع المصرف الأجنبي .[1]

6- تعهد المركز الرئيسي بضمان كافة التزامات الفرع .

7- تعهد المركز بالتزام الفرع بالقوانين المصرية النافذة .

8- تحويل رأس المال المخصص لنشاط الفرع ، ويجب ألا يقل رأس المال المخصص لفرع المصرف الأجنبي في مصر على خمسين مليون دولار أمريكي أو ما يعادلها بالعملات الحرة تطبيقا لأحكام المادة 2/32 من قانون المصرف المركزي المصري كما اشترط القانون المصري تحويلها لحساب الفرع بالعملة الاجنبية، ولا يجوز قبولها بالعملة الوطنية .

وفي كل الأحوال فان القانون خول البنك المركزي سلطة رفض طلب المصرف الأجنبي لطلب الترخيص بانشاء فرع له في مصر.

اما المشرع الفرنسي فقد نص في قانون المصارف الفرنسي لعام 2013 على إجراءات فتح فرع مصرف أجنبي في فرنسا، يجب على مقدم الطلب إيداع نسختين من كل من المستندات التالية لدى المحكمة التجارية:-

1- نسخة من عقد تأسيس الشركة الأجنبية وشهادة التأسيس.

2- استمارة الطلب الصادرة عن مسجل الشركات الفرنسي لتسجيل الفرع.

3- المؤهلات أو الموافقات على بعض الأنشطة التي سيضطلع بها الفرع الفرنسي.

4- نسخة من إثبات حيازة المبنى إذ تم تركيب المنشأة (أو الحق في استخدام تلك المرافق).

5- إعلان ينص على تعيين ممثل الفرع في فرنسا.

6- يجب أن تكون هذه الوثائق مصدقة ومترجمة إلى اللغة الفرنسية.

لا يستغرق تسجيل الفرع في سجل التجارة والشركات أكثر من 15 يومًا من تقديم المستندات الصحيحة.

وبهذا فإذا ترغب في فتح فرع لها في فرنسا فهنالك خمسة خطوات ينبغي أن تتبعها وكما يلي:

اولا: تهيئة وثائق المؤسسة وتصديقها لدى كاتب العدل، إذ تتضمن نوع النشاط والمؤسسة الرئيسة وتقديم طلب لممارسة النشاط في فرنسا بإن تكون مصدقة من كاتب العدل.

(1) الترجمة القانونية لقانون المصارف الفرنسي لسنة 2013 من قبل الباحثة في المكتبة القانونية للترجمه في بغداد .

ثانيا: تعيين ممثل للمؤسسة: يجب على الشركة الأم أن تعين ممثلاً لفرع الشركة الأم في فرنسا ويصدر له توكيل له بذلك مصدقاً من كاتب العدل.

ثالثا: تعبئة الوثائق: التسجيل في مسجل الشركات: عند تهيئة جميع الوثائق المطلوبة يتم تعبئة النماذج الخاصة بمسجل الشركات. وبالتالي فأن مسجل التجارة الفرنسي سيصدر شهادة تسجيل للمؤسسة.

رابعا: التسجيل في هيأة الضرائب: إن التسجيل في هيأة الضرائب يعتبر أمراً إلزامياً في فرنسا، كما ينبغي التسجيل في هيئة ضريبة القيمة المضافة والضمان الأجتماعي وشؤون العمالة.

خامسا: الحصول على ترخيص العمل: من قبل عدة هيئات: طبقاً لنشاط العمل الذي سيتم مزاولته، فإن الفرع في فرنسا ينبغي أن يتقدم بعدة طلبات للحصول على تراخيص وتصاريح محددة لمزاولة نشاطه التجاري، إذ توجد هنالك تراخيص خاصة لممارسة بعض النشاطات والصناعات التي ينوي ذلك الفرع ممارستها.

ونعتقد فيما يخص محور التأسيس لفروع المصارف الأجنبية، أن جميع القوانين للبلدان المذكورة في المقارنة تتفق مع بعضها البعض الى حد كبير، إذ الأجراءات المطلوبة والشروط الواجب توافرها لمنح رخصة مزاولة العمل للفروع الأجنبية، وهناك اختلافات بسيطة في الفترات الزمنية مثلاً ، كما تبين من خلال المقارنة بين القانونين المذكورين أن القانون العراقي كان أكثر وضوحاً وتفصيلاً في إجراءات التأسيس. ودقة مالية منظمة خاضعة للأشراف الفعال من الجهات الرقابية المختصة"

وفي هذا الفرع نود ان نبين ما يلي:-

أوجه الاختلاف بين فروع المصارف الأجنبية والمحلية:-

1- من حيث رأس المال فان رأس مالها (7مليون دولار) فيما يكون رأس مال المصارف المحلية (250) مليار دينار تم زيادته لاحقا (50) مليار دينار على مرحلتين.

2- لكون رأس مالها تشغيلي لذلك لا تطبق عليها النسب التي تقاس الى رأس المال الواردة بالقانون إذا تعذر استخدام النسب القانونية والمعيارية المستخدمة في الرقابة المصرفية المتبعة، ويكتفي بنسبة الكفاية المحددة في الشركة الأم.

3- وقد قرر مجلس إدارة البنك المركزي العراقي بجلسته المرقمة 1524 المنعقدة بتاريخ 2015/5/2 زيادة رؤوس أموال فروع المصارف الأجنبية الى حد (25) مليون دولار اعتبارا من 2016/6/1 تم الحاقها تعديلا اخر بقرار المجلس المرقم (82) في 2016/6/1 وقرر تعديل زيادة رؤوس أموال هذه الفروع وجعله لغاية 2016/12/31 و(50) مليون دولار لغاية 2017/12/31، واعتبر ذلك تمديدا أخيراً.

4- لا يحق لفروع المصارف الأجنبية تملك العقارات في العراق وانما تأجيرها بينما المصارف المحلية يحق لها التملك فقط لاداء اعمالها وايواء موظفيها وعلى هذا الأساس لا تستطيع الفروع اعتماد العقارات

كضمان لقاء القروض[1] من قبلها مما اضعف دورها في منح الائتمان النقدي لديها لذا قام المصرف المركزي بمفاتحة وزارة العدل/ دائرة التسجيل العقاري إذ حصلت الموافقة السماح لهذه الفروع الأجنبية بامتلاك العقارات لأغراض استخدامها لممارسة نشاطها واسكان منتسبيها.

5- لا يمكنها عقد اجتماعات الهيئة العامة لمناقشة الحسابات الختامية للفرع لعدم امتلاكها مجلس إدارة وليس لديها لجنة مراجعة حسابات.

6- لا تقيم الفروع الأجنبية بنظام "Gamel وهو نظام تقني معلوماتي للكشف عن التصنيف المالي والتقييم المحلي للمصارف بل يكتفي بتزويد دائرة مراقبة الصيرفة في البنك المركزي بدرجة التقييم التي حصلت عليها الشركة الأم.

المبحث الثاني

الرقابة على فرع المصرف الأجنبي

ظهرت الرقابة على المصارف بشكل واضح من القرن التاسع عشر، عندما صدر في أنكلترا عام 1844 قانون يقضي بأن تكون المصارف في شكل شركات مساهمة، وأن تنشر ميزانيتها وفي عام (1863) كان على المصارف الأهلية في الولايات المتحدة الأمريكية أن تحتفظ بنسبة معينة من الاحتياطات وأصبح لمراقب العملة سلطة الاشراف عليها، وفي نهاية العقد التاسع من القرن التاسع عشر نشأت الرقابة في شكل بدائي في كل من اليابان وأستراليا وفي بعض دول أخرى لم تطبق أحكامها في بعض الاحيان بشكل جدي، الا أن تأسست لجنة بازل للرقابة في نهاية عام 1974 من مجموعة الدول الصناعية العشرة تحت اشراف مصرف التسويات الدولية بمدينة بازل بسويسرا، وذلك بعد ان تفاقمت أزمة الديون الخارجية للدول النامية وأرتفعت نسبة الديون المشكوك في تحصيلها والتي منحتها المصارف العالمية وتعثر بعضها عن السداد، ويضاف الى ذلك المنافسة القوية بين المصارف اليابانية والمصارف الأمريكية والاوربية وبإزدياد انتشارها بالدول العربية خارج الدولة الأم [(2)].

(1) نصت المادة (33) الفقرة الثانية من قانون المصارف النافذ رقم (94) لسنة 2004 " يكون محظوراً على أي مصرف وباستثناء مايتعلق منها بمنح قروض عقارية وفي اطار عملياتة المصرفية ، امتلاك عقارات باستثناء العقارات الضرورية لأداء عملياته المصرفية وأيواء موظفيه والعاملين فيه " .

(2) ROBLOT (R.) et RIVES-LANGE (L.L.); Droit bancaire ،3 éd. Dalloz 1980. SAVATIER (R): Cours de droit international privé ،2ém éd. ،Paris ،1983.p.12

وقد أخذ العراق بمقررات لجنة بازل فيما يخص عمل فروع المصارف الأجنبية في العراق ومناقشة جميع القرارات من أجل تطوير المنظومة المصرفية في العراق، وتكون رصينة وقادرة على مواجهة التحديات والمخاطر التي تتعرض لها الأنظمة المصرفية في العالم.

وقد تضمنت مقررات بازل الأولى عدة مبادئ تناولت الرقابة على المصارف عبر الحدود والتي تعمل على نطاق عالمي [1].

ولأهمية موضوع الجهات التي تمارس الرقابة على فرع المصرف الأجنبي في تحديد القواعد الحاكمة للنظام القانوني للفرع الأجنبي نتناولها في المطلب الأول، أما المطلب الثاني نتناول فيه الاحتياطي القانوني لفرع المصرف الأجنبي ومعايير لجنة بازل.

المطلب الأول

الجهات التي تمارس الرقابة على فرع المصرف الأجنبي

أن أساس نشأة ونجاح أي مؤسسة مصرفية هو مدى تحقيقها للأهداف العامة المنصوص عليها والمخطط لها خصوصاً وأن المصارف الأجنبية تهدف من وراء الأستثمار في الخارج عن طريق فروع لها في الدول المضيفة الى توسيع نشاطها وتحقيق أرباح، لما تحصل عليه من أمكانيات وفرص للأستثمار مما تقدمه لهذه المصارف من تنازلات لا تتوفر في الغالب للمصارف الوطنية من اعفاءات ضريبية والمشاركة في مزاد

(1) سنذكر هنا المبادئ الخاصة بمحور دراستنا التي تناولتها مقررات اللجنة: المبدأ الثالث عشر (العلاقات بين السلطتين الرقابية الأم والمستضيفة) تقوم السلطة الرقابية المستضيفة للمجموعات المصرفية عبر الحدود والسلطة الرقابية الأم، بتبادل المعلومات والتعاون من أجل الرقابة الفعالة على المجموعة وكيانات المجموعة من اجل التعامل الفعال في حالات الازمات المالية، وتطلب السلطات الرقابية من المصارف الأجنبية لديها ان تمارس عملياتها المحلية حسب المعايير المطلوبة نفسها من المصارف المحلية.

المبدأ الخامس والعشرين

(على المراقبين ان يشترطوا على المصارف الأجنبية ان تقوم بعملياتها المحلية وفق المعايير الرفيعة المستوى والتي يطلب الى المؤسسات المحلية التقيد بها، ويجب ان تتوفر لديهم السلطة اللازمة لأبلاغ المعلومات التي يحتاجها المراقبون المصرفيون في البلد لتلك المصارف، لأغراض الرقابة الموحدة).

ولقد اشارت مبادئ بازل /1 في فقرة الأنظمة وحتمية الرقابة الاحترازية الى النشاطات المصرفية عبر الحدود وكما يأتي:

1- يجب على هيئات الرقابة المصرفية ان تقوم برقابة شاملة تضمن المتابعة الفعالة وتطبيق القواعد الاحترازية من المصرف على المستويات العالمية من خلال فروعه في الخارج والمؤسسات التي يساهم بها.

2- على هيئات الرقابة المصرفية ان تكون على اتصال دائم وتتبادل المعلومات مع مختلف الهيئات الرقابية الأخرى وخاصة المتعلقة بالبلد المضيف.

3- على هيئات الرقابة المصرفية ان تفرض على البنوك الأجنبية التي تنشط في السوق المحلية الشروط المفروضة نفسها على البنوك الوطنية وان تكون على اتصال دائم مع الهيئات الرقابية التابعة لها هذه المصارف بقصد تبادل المعلومات اللازمة للرقابة الفعالة.

وعلى الرغم من اهميه هذه المبادئ للرقابة المصرفية الفعالة الا انها لا تعتبر علاجا كاملا لجميع الإشكاليات في النشاط المصرفي وتجنب المخاطر بل يجب القيام بإصلاحات أخرى.

العملة والتنافس مع المصارف المحلية أو القيام بالتحويل الخارجي لرؤوس الأموال، إذ تستعين كثير من الدول خاصة النامية بالمصارف الأجنبية لإنجاز مشاريعها الاقتصادية ذات الابعاد الوطنية وتتحقق بأستعمال المستثمر الأجنبي للوسائل البشرية المحلية على جميع المستويات الأداري والتكنولوجي.

ولأهمية موضوع الرقابة على فروع المصارف الأجنبية في العراق والدول المقارنة، سوف نقسم هذا المطلب الى فرعين، نتناول في الفرع الأول آلية الرقابة على فروع المصارف الأجنبية وصور الرقابة على فروع المصارف الأجنبية في الفرع الثاني.

الفرع الأول

آلية الرقابة على فرع المصرف الأجنبي

تعد الرقابة المصرفية من الموضوعات التي ظهرت نتيجة التعامل المصرفي وترسخت مبادئها في التشريعات القانونية والأتفاقيات والمنظمات الدولية، فهي سلسلة من الأجراءات المتكاملة على أزمان مختلفة، حتى أصبحت من أهم الوظائف التي تؤديها المصارف المركزية في وقتنا الحاضر لكونها أعلى سلطة نقدية في الدولة، وتتمتع بخصائص فعالة من شأنها أدارة هذا النشاط المصرفي.

ومن الجدير بالذكر إن أول قانون لمراقبة المصارف في العراق بالرقم (61) لسنة 1938، وبالرغم من أن قانون مراقبة المصارف وتعديلاته كان خطوة للأمام ألا أنه جاء ناقصاً وضعيفاً من الناحية العملية، إذ جابه تنفيذه صعوبات جمة أهمها سيطرة المصارف الأجنبية بشكل فعّال على القطاع المصرفي داخل العراق، مما أدى الى عدم تمكن الحكومة من التدخل في شؤون المصارف وتطبيق معظم ما أورده القانون من ضوابط رقابية عليها.[1]

وقد نصت المادة (41) من قانون البنك المركزي العراقي رقم (56) لسنة 2004[2] على ما يلي:-

أولاً : تقوم المصارف وغيرها من الجهات التي تخضع لأشراف البنك المركزي العراقي، وفقاً لأحكام هذا القانون أو القانون المصرفي بتقديم المعلومات أو البيانات له بناءً على طلب منه، وعندما يرى المصرف المركزي العراقي ضرورة لذلك من أجل:

1- متابعة التطورات في النقد الأجنبي والائتمان والودائع وأسواق المال ورؤوس الأموال.

2- إعداد ونشر الإحصاءات النقدية.

3- إعداد ونشر الإحصاءات عن ميزان المدفوعات.

---

(1) محمد خميس حسن، دور الرقابة الاشرافية للمصرف المركزي تقرير الوعي الرقابي المصرفي دبلوم عالي معادل للماجستير، المعهد العالي للدراسات المحاسبية والمالية ن جامعة بغداد، 2013، ص75.

(2) قانون البنك المركزي العراقي لسنة 2004، منشور من الوقائع العراقية – العدد رقم(3982)، حزيران، 2004.

4- جمع وإعداد البيانات المالية التي تعكس مراكز المخاطرة للمصارف أو لأي جهات أخرى تخضع لإشراف المصرف المركزي العراقي.
5- تجميع ونشر أي إحصاءات مالية أخرى ونشرها بشرط أن لاينطوي ذلك على إفشاء اية علاقات تجارية سرية.
6- هذا القانون وفي غيره من التشريعات الأخرى الى تطوير وتنفيذ السياسات المتماشية مع المعايير الدولية وأفضل الممارسات المتبعة في المصارف المركزية.

ثانيا : – يسعى البنك المركزي العراقي في سبيل الاضطلاع بمسؤولياته المنصوص عليها في هذا القانون وفي غيره من التشريعات الأخرى الى تطوير وتنفيذ السياسات المتماشية مع المعايير الدولية، وأفضل الممارسات المتبعة في المصارف المركزية.

ولقد نصت المادة (13)/أولاً من قانون مكافحة غسل الأموال وتمويل الأرهاب رقم (39) لسنة 2015، "تسري الالتزامات المترتبة على المؤسسات المالية بموجب أحكام هذا القانون والتعليمات والأنظمة الداخلية والبيانات الصادرة بموجبه على فروع المؤسسات التي تعمل خارج جمهورية العراق والشركات التابعة له، والتي تملك حصة الأغلبية إذا لم تتعارض تلك الأحكام مع التشريعات المعمول بها في الدول المعنية".

كذلك نصت المادة (26) من القانون أعلاه "على الجهات الرقابية التأكيد من تنفيذ فروع المؤسسات المالية خارج جمهورية العراق وشركاتها التابعة لها التي تمتلك حصة الأغلبية فيها للإجراءات المنصوص عليها في هذا القانون والأنظمة والتعليمات والضوابط والاوامر الصادرة بموجبه بالقدر الذي تسمح به تشريعات الدول التي تعمل بها هذه الفروع والشركات".

ولقد نصت المادة (125) من قانون الشركات رقم (21) لسنة 1997 على ما يلي " 1- تهدف الرقابة الى ضمان قيام الشركة بتطبيق أحكام هذا القانون وقرارات التخطيط الإداري وترشيد وتوجيه نشاطها لتؤدي دورها في عملية التنمية.

ثانيا: – تتولى الجهة القطاعية المختصة ذات العلاقة بالنشاط المحدد في عقد الشركة متابعة تنفيذ الأنشطة الواردة فيه".

كذلك نصت المادة (128) من قانون الشركات رقم 21 لسنة 1997[1] ، على " للمسجل وللجهة القطاعية طلب اية بيانات أو إيضاحات أو مستندات من الشركة بموجب أحكام هذا القانون وقرارات التخطيط المركزي.

(1) قانون الشركات رقم (21) لسنة 1997، المعدل بالأمر (64) لسنة 2004.

وترى الباحثة أن البنك المركزي العراقي يتبع رقابة موحدة على جميع المصارف (المحلية والأجنبية)، فلا فرق بين مصرف عراقي ومصرف أجنبي، إذ يخضع الجميع لقانون المصرف المركزي العراقي وتعليماته ويكون ملزم بنفس الدرجة، لذا يعتبر البنك المركزي رقابته على فروع المصارف الأجنبية كافية، إذ نصت المادة (40) من قانون المصرف المركزي العراقي رقم (56) لسنة 2004 "يكون للبنك المركزي العراقي وحده دون غيره سلطة أتخاذ كافة الأجراءات اللازمة لترخيص وتنظيم عمل المصارف والأشراف عليها وعلى فروعها من أجل امتثالها جميعا لاحكام هذا القانون"، إذ تتم الرقابة وفق ما يأتي:-

1- تكون دائرة مراقبة الصيرفة / قسم المصارف التجارية (شعبة التدقيق والتفتيش – شعبة إصدار التعليمات والتراخيص – شعبة الأمتثال، لكل منها رقابة على جزء معين حسب الاختصاص هي المسؤولة عن الرقابة على فروع المصارف الأجنبية. [1]

2- تبدء الرقابة على الفرع منذ منح الترخيص والتأسيس لفرع المصرف الأجنبي، إذ يتبع المصرف أسلوب الرقابة المكتبية والزيارات الميدانية التفتيشية وعلى أساس فصلي بالإضافة الى زيارات ميدانية استثنائية.

3- تتم الرقابة وفق خطة معدة من قبل المصارف التجارية وعلى أساس دوري واستثنائي وتتبع أسلوب العينات وتتخذ الأجراءات الاتية:-

1- استحصال نسخة من آخر التقارير الصادرة من مراقب الأمتثال الفرع ووحدة غسل الأموال والرقابة الداخلية للفرع.

2- الاطلاع على البيانات المالية لغرض تحديد التفاصيل والكشوفات الواجب توافرها لغرض تدقيقها ومراجعتها.

4- يجب على كل فرع لمصرف أجنبي توفير متطلبات البنك المركزي لتسهيل مهمة الرقابة وهي:-

1- تقرير آخر زيارة ميدانية سابقه

2- نسخة من البيانات المالية للفرع والواردة الى شعبة التدقيق[2]

3- ارفاق كافة التعاميم الصادرة من المصرف المركزي العراقي بخصوص الفروع الأجنبية.

5- تتم عملية المراقبة على الفروع كل ستة أشهر أو سنوياً بالنسبة للرقابة الميدانية وتتم عملية مراقبة اعمال الفرع فصلياً بالنسبة للرقابة المكتبية.

6- يطلب البنك لمركزي تقارير وكشوفات من الفرع الأجنبي من اجل الرقابة منها:-

1- الميزانية الفصلية، ميزان المراجعة، كشف الدخل.

2- تقارير كفاية رأس المال.

---

(1) زيارة ميدانية للباحثة الى دائرة مراقبة الصيرفة/ قسم مراقبة المصارف التجارية والاطلاع على ضوابط الرقابة على عمل فروع المصارف الأجنبية ، تاريخ الزيارة 2021/1/4 .

(2) زيارة ميدانية الى البنك المركزي العراقي دائرة مراقبة الصيرفة، بتاريخ 12/7/ 2020 .

3- جدول احتساب السيولة.

4- المطابقات المحلية والخارجية للفرع.

7- تتم إحالة فرع المصرف الأجنبي المخالف من قبل البنك المركزي العراقي الى لجنة فرض العقوبات في حالة عدم التزامه بما يأتي:-

1- في حالة عدم التزامه بقانون وتعليمات المصرف المركزي العراقي.

2- حالة إساءة استخدامه للإجازة (الترخيص)

3- حالة عدم الإجابة على الكتب والمخاطبات الرسمية.

تقوم اللجنة بإعداد تقرير موجه لهيئة التفتيش والرقابة يتضمن سبب العقوبات (نوع المخالفة) نوع العقوبة المفروضة على الفرع، رأي اللجنة وتوصياتها:-

1- غرامة مالية.

2- عقوبات إدارية.

3- عقوبة إعادة تقييم الفرع (لغرض الدخول الى النافذة).

4- يعتمد نوع العقوبة على نوع المخالفة التي يقوم بها الفرع الأجنبي.[1]

5- رأي الباحثة: يتبين لنا ان المشرع العراقي اخضع أنشاء المصارف الوطنية أو الأجنبية لموافقة البنك المركزي المبدئية، وتسجيلها بسجل المصارف، وذلك لخطورة وحساسية دور فروع المصارف الأجنبية في التنمية الاقتصادية بالدولة، وضمان التزام هذه المصارف بأحكام القانون الوطني لتحقيق المصلحة العامة للبلاد، بما يضمن سيطرة الدولة على القطاع المصرفي بشكل كامل.

كما أن متطلبات لجنة بازل وأن كانت ذات تطبيق يتماشى مع واقع المصارف العالمية في الدول المتقدمة بشكل كبير، لكن في الوقت ذاته يمكن تطبيق شروطها في حدود يسيرة قدر الأمكان لواقع المصارف العراقية وبالتالي فأن امكانية أستجابة المصارف العراقية لمتطلبات لجنة بازل ولو بنسبة قليلة يجعلها في مجال المقارنة مع أي مصرف عالمي متقدم، ويعد الالتزام بمتطلبات لجنة بازل خطوة متقدمة باتجاه تحديث النظام

(1) للمزيد من التفاصيل راجع المواد (4، 5 ، 6) من قانون المصارف رقم (94) لسنة 2004 النافذ . ومن الجدير بالذكر أن مراقبة نشاطات هذه المصارف في لبنان نصت المادة (189) معدلة بموجب المرسوم رقم(6102) تاريخ 1973/10/5 "على كل مصرف أجنبي أن يعين لديه مفوض مراقبة للأصول المنصوص عليها في المادة (186)، ويؤمن هؤلاء المفوضون مراقبة أعمال المصارف الأجنبية في لبنان ضمن الشروط المحددة في هذا القانون" وقد نص المشرع اللبناني في قانون سرية المصارف الصادر في 1956/9/3 " تخضع لسر المهنة المصارف المؤسسة في لبنان على شكل شركات مقفلة والمصارف التي هي فروع لشركات أجنبية شرط أن تحصل هذه المصارف اللبنانية والأجنبية على موافقة خاصة يعطيها وزير المال لهذه الغاية، ويستثنى من أحكام هذا القانون مصرف التسليف الزراعي والصناعي والعقاري ويتمتع المجلس بسلطة تقديرية في منح الترخيص أو رفضه".

المصرفي العراقي بشكل يجعله متوافقا ومنسجما من الأداء مع البيئة المصرفية العالمية، وبالتالي زيادة ثقة المودعين بالنظام ككل الأمر الذي ينعكس بالوقت ذاته على عمليات وأنشطة الأستثمارات الأجنبية الخارجية*.

ولقد اخذ المشرع الفرنسي والمشرع المصري بمقررات لجنة بازل في العمل المصرفي فقد نص القانون المصري رقم (159) الصادر سنة 1981 المتعلق بقانون شركات المساهمة والتوصية بالأسهم والشركات ذات المسؤولية المحدودة المصري في الباب السادس منه، وذلك في المواد (165 – 183) على الرقابة، إذ أنه عالج بهذه المواد تنظيم انشاء فروع الشركات الأجنبية ومافي حكمها ومكاتب التمثيل المصرفي الأجنبي ، والمكاتب المصرفية على نحو يحقق المصلحة العامة، ويضع مثل هذا النشاط تحت نظر الحكومة ، أما القانون الفرنسي فقد نص المشرع الفرنسي في قانون المصارف لسنة 2013 في المواد " 27 الى 33" منه على :-

" المصرف الفرعي هو كيان تابع مسجّل من قبل شركة أجنبية في بلد آخر، ويجب أن يتبع الفرع الذي تم إنشاؤه في فرنسا الى السياسة الداخلية للأنظمة المصرفية في فرنسا "

ولا يمتلك الفرع المسجل في فرنسا إستقلالية قانونية ولا يمتلك شخصية إعتبارية، لذا تتحمل الشركة الأجنبية المسؤولية عن أفعاله بالكامل ولا يمكن أن يختلف مجال نشاطه عن مجال الشركة الأم.

ويجب تسجيل الفرع الأجنبي عتد فتح فرع له في فرنسا في السجل المحلي للتجارة والشركات ويخضع للتشريعات المالية والمصرفية الخاصة بمؤسسات النقد والائتمان الفرنسي المنصوص عليها في التشريعات المصرفية الفرنسية . [1]

ويتضح لنا ان الدولة المضيفة للاستثمار والدولة الأجنبية تلتزم بالرقابة على الفروع والمكاتب المصرفية فيها، كذلك تنظم عمل فروع المصارف الأجنبية بتشريعات واضحة من حيث المسؤوليات والأهداف، ونرى أيضاً أن البنك المركزي في العراق والدول المقارنة يحلل الجدوى الاقتصادية لفروع المصارف الأجنبية قبل أن يمنحها الترخيص، ويستخدم البنك المركزي العراقي أدوات للرقابة الاشرافية التي تضبط وتوجه الفروع والمكاتب للمصارف الأجنبية وبمقارنة أهداف المصارف الأجنبية وأهداف الدول المضيفة لها يتضح أن هذه المصارف أكثر رغبة في تحقيق أهدافها قبل المخاطرة بأستثمار أموالها في دول نامية، الا ان غايتها تتمثل في تحقيق الأرباح، وذلك لمعرفتها بقدرتها على التأثير على هذه الدول والتحايل عليها.

(1) BATIFFOL et LAGARDE: Droit international privé ،7cme. Paris ،T.1. jurispridence fraçaises ،T. II. Paris ،1982 .p .176.

الفرع الثاني
صور الرقابة على فرع المصرف الأجنبي

الرقابة التي تفرضها الدول المضيفة على فروع المصارف الأجنبية تتمثل في الشروط والألتزامات وتتمثل بنوعين من الرقابة، الرقابة السابقة أو ما يسمى الرقابة على وجود فرع المصرف الأجنبي وهي رقابة البنك المركزي العراقي ، والرقابة اللاحقة أو الرقابة على نشاط الشركة:-

أولا:- الرقابة السابقة للبنك المركزي العراقي :-

تعرف الرقابة السابقة على تأسيس المصرف بأنها مجموعة من الأجراءات والشروط التي تفرضها تشريعات الدول المضيفة، من أجل تأمين ومراقبة أجهزتها في تأسيس الفروع الأجنبية، ويرى البعض من الفقه[1] أنها أشد ضغطاً على استقلال المشروع الأقتصادي، لأنها في الحقيقة تؤدي الى أسباغ الشكل الحكومي على هذا النوع من المشروعات إذا ما حادت عن الحدود المرسومة لها وبقدر ضئيل، كما أن الرقابة السابقة لا تكون سوى رقابة خارجية فقط بينما الرقابة اللاحقة تكون خارجية وذاتية على أعمال المصرف أثناء حياتها أي الفترة اللاحقة على صدور شهادة تأسيس المصرف وأثناء مزاولة نشاطها سواء كانت منصبة على القرارات الإدارية أو القانونية أو الأقتصادية الصادرة عن إدارة الفرع وهيئتها، أو مجموعة الشروط والأجراءات المفروضة من قبل قانون الدولة المضيفة والتي تتمثل بالاتي:-

أ- رأس مال الشركة:-

تفضل الدولة المضيفة عادةً أسلوب عقد المشروع المشترك، بما يقتضيه من مساهمة مع رأس المال الوطني مع رأس المال الأجنبي في تكوين فرع المصرف الأجنبي، بل أن البعض منها تتطلب في تشريعاتها هذا الأسلوب كشرط لازم للسماح لرأس المال الأجنبي للقيام بالعمليات الأستثمارية فيها.

وقد تقوم الدول المضيفة في تشريعاتها بتحديد نسبة معينة تمثل مشاركة رأس المال أو أقل من النصف بقليل مثل نسبة 49%، في حين يمتلك الشريك الوطني النسبة المتبقية وكثيراً ما تفرض تشريعات الدول المضيفة هذا الاسلوب، كالمشرع المصري في المادة (170) من القانون رقم (159) لسنة 1981

(1) د. صلاح الدين محمد امين وصادق الشمري تفعيل أنظمة الرقابة المصرفية وتطويرها وفق المعايير الدولية نظام CRAFTL 2012، بغداد ، المتنبي ، 2014 ، ص86.

(2) د. حمزة فائق وهيب، الأمتثال القسري للتشريعات المصرفية، دارسة تحليلية، بغداد، مجلة دراسات محاسبية ومالية، جامعة بغداد، المعهد العالي للدراسات المحاسبية والمالية، العدد4، المجلد 1 لسنة 2006، ص 79.

بأصدار قانون الشركات المساهمة، وشركات التوصية بالأسهم وذات المسؤولية المحدودة، وقد نص المشرع المصري في قانون البنك المركزي والجهاز المصرفي والنقد رقم (88) لسنة 2003 في المادة (32) الفقرة (2) على "أن لا يقل رأس المال المخصص لنشاط فروع المصارف الأجنبية في جمهورية مصر العربية عن خمسين مليون دولار أمريكي أو ما يعادلها بالعملات الحرة " ونص المشرع المصري في المادة (37) من القانون أعلاه على "يحصل البنك المركزي من المصارف الأجنبية التي لها فروع في جمهورية مصر العربية على ضمان لجميع الودائع لدى الفرع وكافة التزاماته الأخرى وعلى النحو الذي يحدده مجلس إدارة البنك المركزي" وقد أخذ العراق بنمط الشراكة في رأس المال الأجنبي مثل شراكة المصرف التجاري العراقي مع المصرف الأهلي المتحد/ البحرين بنسبة (49%) وشراكة مصرف دار السلام للأستثمار مع مصرف (HSBC) البريطاني بنسبة 70% ومع مؤسسة التمويل الدولية بنسبة (10%) وشراكة المصرف الأهلي العراقي مع مصرف الصادرات والتمويل الأردني بنسبة (49%) وشراكة مصرف بغداد مع شركة [1]العراق القابضة بنسبة (39%) ومع مصرف الخليج المتحد البحراني بنسبة (9و9%) ومصرف المنصور للأستثمار من ضمن مؤسسة مصرف قطر الوطني بنسبة (23،2%) ومصرف التعاون الاقليمي للتنمية الأستثمار من ضمن مؤسسة المصرف الزراعي الايراني بنسبة (9،9%) ومصرف أقتصاد توين الايراني بنسبة (65%). [2]

نلاحظ من هذه الشراكة للمصارف العراقية مع المصارف الأجنبية تأثيركبيرجداً[3]، إذ أن هذه المصارف الأجنبية لها موثوقيتها لدى العالم الخارجي ولديها مراسلين في كافة أنحاء العالم، لأن أغلب المصارف العراقية تم تأسيسها بعد عام 1990، أي في فترة الحصار الاقتصادي على العراق مما تساهم في دفع عملية التنمية ألاقتصادية في العراق وكذلك نصت المادة (15) من القانون أعلاه على "يحتفظ كل فرع من فروع اي مصرف

(1) عبدالنبي، وليد عيدي و عبدالعزيز، اكرام. (2012). الإصلاح المصرفي في العراق، بحث مقدم إلى ورشة العمل المنعقدة بتاريخ 26-5-2012 تحت شعار القطاع المصرفي و سياسة الإصلاح في القطاع الحكومي والخاص، المعهد العربي للإصلاح الإقتصادي، بغداد، العراق، ص 1-4.

(2) جراء تفاقم الازمتين النقدية والمالية وتداعيتها على الميزانيات المركزية ، وبذلك اصبح قرار الانسحاب الاقل كلفة بين الخيارات المتاحة وقد حدد البنك المركزي العراقي مهلة حتى نهاية العام المقبل ليصبح إجمالي ميزانية المصرف العامل موازية لنحو 210 ملايين دولار، كما فرض على البنوك ذات المساهمات اللبنانية التحوط من خفض التصنيف السيادي لبلدها الأصلي ومصارفه بأن يحتفظ بنسبة 70 في المئة من الودائع داخل العراق، و30 في المئة خارجه.

اما المشرع اللبناني فقد نص في المادة (180) من قانون النقد والتسليف اللبناني (مرسوم رقم 13513 صادر في 1963/8/1 " والمعدلة بموجب المرسوم رقم 6102 تاريخ 1973/10/5 " على كل مؤسسة مالية أجنبية أن تثبت أنها خصصت لاستثماراتها في لبنان رأسمالاً قدره مليون ليرة لبنانية على ألاقل" والتي عدلت بقرار مجلس أدارة المصرف المركزي اللبناني قرار رقم (7739) صادر في 2000/12/21 " وذلك في المادة (1) يحدد الرأسمال الادنى للمصارف اللبنانية والرأس المال الواجب تخصيصه لفروع المصارف =الأجنبية عشرة مليارات ليرة لبنانية يجمد من أصله نسبة يحددها المجلس المركزي كأمانه لحسابه لدى الخزينة اللبنانية، تعاد اليه بدون فائدة عند تصفية أعماله 2- يحدد الرأس المال الادنى للمصارف اللبنانية المتخصصة (1- مصارف الاعمال ومصارف التسليف والطويل الاجل) والرأس المال الواجب تخصصه لفروع المصارف الأجنبية المتخصصة المرخص لها بالعمل في لبنان بمبلغ مقداره خمسة عشر مليار لبنانية يجمد من أصله نسبة يحددها المجلس المركزي كأمانة لحسابه لدى الخزينة اللبنانية تعاد اليه بدون فائدة عند تصفية أعماله).

[3]- على سبيل المثال شراكة مصرف دار السلام في بغداد مع المصرف البرطاني .

أجنبي في العراق، إذا اصدر اليه البنك المركزي العراقي توجيهات بذلك بموجودات بأي مبلغ يحدده البنك المركزي العراقي على مطلوباته المستحقة لمقيمين في العراق . وقد حدد المشرع العراقي نسبة رأس المال للفرع الأجنبي في المادة (4) من قانون المصارف رقم (94) لسنة 2004 بقولها" 1- يتطلب تأسيس مصرف في العراق بما في ذلك الفروع الثانوية التي تعود غالب ملكيتها أو كامل ملكيتها لمصرف أجنبي أو شركة قابضة أصدار ترخيص مصرفي مسبق من البنك المركزي العراقي. ويتطلب أنشاء فرع أو مكتب تمثيل لمصرف أجنبي في العراق أصدار تصريح مسبق من البنك المركزي العراقي، ويتطلب أن يحتفظ الفرع الثانوي للمصرف الأجنبي ب (500) مليار دينار من رأس المال، ولا تفرض قيود حول المجال الذي يتم فيه أستثمار رؤوس الأموال".

أما فيما يخص موقف المشرع الفرنسي بخصوص تعليمات رأس المال بإعتبار فرنسا عضواً في الاتحاد الاوربي، فإنها تخضع للتوجيه الاوربي والقانوني رقم 2014/1 المؤرخ في 2 /2014/1 وكذلك الأمر التوجيهي رقم 158 /2014 المؤرخ في 2014/2/20 بخصوص تعديل الأنظمة الفرنسية بما يتلائم مع القوانين الأوربية، وقد تم إستكمال الموائمة الفرنسية للاتحاد الاوربي بهذا الشأن باستصدار المرسوم رقم 2014/1315، وكذلك المرسوم رقم 1316 /2014 في 2014/11/3، وأما بخصوص متطلبات رأس المال، فقد وضع الأمر رقم 158 /2014 تطبيق خاص لالتزام كل من مؤسسات الاقراض وشركات الأستثمار المخولة بتقديم الخدمات الأستثمارية، وبهذا فإن مؤسسات الاقراض وبضمنها التي تم تأسيسها بموجب الأمر 544/ 2013 الصادر في 2013/6/27، فإنه ينبغي أن يكون في حوزتها 5 مليون يورو. [1]

لقد ثبت من خلال التجربة أن الرقابة ضرورة تحتمها مصلحة البلد المضيف، إذ ترى هذه الدول [2] ضرورة مشاركتها هذه الفروع في التنمية الاقتصادية وذلك لأفادة البلد المضيف. وهناك العديد من المصارف الأخرى التي تفضل أن تكون ملكية الفرع المنبثق عنها تحت سيطرتها بالكامل، ودون مشاركة رأس المال الوطني مع رأس المال الأجنبي.

ب- تشغيل الأيدي العاملة:-

تتمثل رقابة الدولة المضيفة على مدى تشغيل فروع المصارف الأجنبية للنسبة القانونية للمواطنين لديها، وذلك لأهمية هذه النسبة في القضاء على البطالة، لأن من أغراض الدولة المضيفة من استضافة هذه

(1) ترجمة قانونية لقانون المصارف الفرنسي لسنة 2013 ، من قبل الباحثة في مكتبة الترجمة القانونية في بغداد .

(2) وقد نص المشرع الأماراتي في المادة (75) من قانون البنك المركزي وتنظيم المنشآت والانشطة المالية رقم (14) لسنة 2018 يضع مجلس الإدارة نظاماً خاصاً بالحد الأدنى لرأس مال المنشآت المالية المرخصة وشروط وحالات زيادة وتخفيض رأس المال وتحديد متطلباته على أساس المخاطر والأجراءات اللازمة في حالة نقص رأس المال، والتدابير التي يتخذها المصرف المركزي في هذا الشأن.

الأستثمارات هو التقليل من حجم البطالة بفتح مشاريع استثمارية جديدة، كما تعتمد الدول من وراء ذلك الى الابقاء على أكبر قدر ممكن من النقد الأجنبي من خلال الاجور التي يتلقاها هؤلاء العمال، كما أنها قد تشترط أن تكون لهم نسبة من الأرباح المحققة من قبل الفرع.[1] وقد نص المشرع المصري على أحكام خاصة بفروع المصارف الأجنبية في القانون رقم (159) لسنة 1981، والمتضمن قانون الشركات المصري ولائحته التنفيذية، إذ تنص صراحة المادة 170 منه على "تلتزم فروع الشركات الأجنبية بالاحكام الخاصة المبينة بالمواد (174، 175، 176) من هذا القانون ويكون للعاملين بهذه الفروع نصيب من الأرباح على الوجه الذي تحدده اللائحة التنفيذية طبقاً لنص المادة (41) من هذا القانون.

وتنص المادة (174) "يجب أن لا يقل عدد المصريين المشتغلين في مصر من العاملين بالشركات الخاضعة لأحكام القانون رقم (159) لسنة 1981 من 90% من مجموع العامليين بالفرع، وأن لا يقل ما ( ) انظر المادة (9/ الفقرة ثامنا) من قانون الاستثمار العراقي رقم (13) لسنة2006 والتي نصت " تهدف الهيئة على تشجيع الاستثمار من خلال العمل على مایاتي " 000 مع اشتراط ان بقوم المستثمر باستخدام عدد من العراقيين العاطلين عن العمل " وكذلك نصت المادة (14/ ثامنا) " تكون الأولوية لتوظيف واستخدام العامليين يتقاضونه من أجور عن 80% من مجموع أجور العامليين التي تؤديها الشركة".

بيد أن هذا الأسلوب من أسلوب الرقابة ضعيف، ذلك أنه من النادر أن يعارض مدراء الشركات الوليدة والفروع، أن كانوا من مواطني الدولة المضيفة – قرارات الشركة الأم إذ يذهب البعض الى أن مواطني الدولة الذين يتولون إدارة الفروع والشركات الوليدة يكونون أقل حساسية تجاه مشاكل بلادهم فمواطنوا الدول المضيفة، وفقاً لأن لهذا الرأي أكثر حرصاً على مصالح الشركة وأقل حرصاً على مصالح بلادهم من زملائهم الذين يتمتعون بجنسية الشركة الأم.

اما بالنسبة لموقف المشرع العراقي فقد نص في قانون الاستثمار العراقي رقم (13) لسنة2006 النافذ في الفقرة ثالثاً منه " ان من اهداف هذا القانون تنمية الموارد البشرية حسب متطلبات السوق وتوفير فرص عمل للعراقيين "،فقد اعطى المشرع العراقي الأولوية في التعيين للعراقيين[2] ، امابالنسبة لموقف المشرع الفرنسي فلم يتطرق الى هذا الأمر .

(1) هيفاء محمد، أدارة المخاطر المصرفية في ضوء مقررات بازل (3، 2) مذكرة مقدمة لنيل الماجستير تخصص مالية وبنوك، كلية العلوم الادارية والتجارية، جامعة الجزائر، 2015، ص17.

(2) انظر المادة (9/ الفقرة ثامنا) من قانون الاستثمار العراقي رقم (13) لسنة2006 والتي نصت " تهدف الهيئة على تشجيع الاستثمار من خلال العمل على مایاتي " 000 مع اشتراط ان بقوم المستثمر باستخدام عدد من العراقيين العاطلين عن العمل " وكذلك نصت المادة (14/ ثامنا) " تكون الأولوية لتوظيف واستخدام العامليين

ج- التراخيص:-

تتفق معظم التشريعات على هذا الشرط وهو الحصول على ترخيص من البنك المركزي أو موافقة الهيئة العليا للاستثمار في الدولة المضيفة لممارسة العمل المصرفي،[1] وهذا ما نص عليه المشرع العراقي في المادة(4) من قانون المصارف رقم (94) لسنة 2004 .

" يعطي الترخيص أو الأجازة الممنوحة بموجب هذا القانون خطياً لفترة زمنية غير محدودة ولا يجوز تحويله، ويحدد الترخيص أو الأجازة أو مرفقاته الأحكام والشروط التي صدر بموجبها، ويعتبر الأمتثال لجميع الشروط المتعلقة بتصريح أو تصريح مطلباً دائمياً ينطبق على كافة الأشخاص المرخص لهم مالم يعدلها المصرف المركزي العراقي بعد ذلك" [2]

1- يجوز أصدار التراخيص فقط للشركات التي تأسست بشكل هيئة اعتبارية وأستناداً للقوانين العراقية وسجلت وفقاً لها. وقد تعود ملكية أو غالبية أو كل مثل هذه الفروع الى مصرف أجنبي أو شركة قابضة مصرفية، وفي حالة الفرع الثانوي فيتم أصدار ترخيص فقط إذا كان المصرف الأم خاضعاً لرقابة شاملة وموحدة من قبل السلطات الرقابية في البلد الذي يقع فيه المركز الرئيسي للمصرف الأم.

2- تصدر الإجازات لفروع المصارف الأجنبية فقط الخاضعة لرقابة شاملة وموحدة من قبل السلطة الرقابية في البلد الذي يقع فيه المركز الرئيسي للمصرف الأجنبي.

3- تعامل الشركات التابعة وفروع المصارف التي تعود ملكيتها جزئياً أو كلياً الى أشخاص أجانب بموجب قوانين العراق بطريقة لا تقل عن المستوى الذي تعامل به المصارف المحلية ما لم ينص القانون خلافاً لذلك.

وقد نصت المادة (5) من القانون المصارف العراقي أعلاه "1- تقدم طلبات الحصول على تراخيص الى المصرف المركزي العراقي خطياً وتتبع الطلبات الشكل والتفاصيل التي تحددها أنظمة المصرف المركزي العراقي معززة بالمستندات التي تحددها تلك الأنظمة.

وقد ذهب المشرع المصري الى نفس الأتجاه إذ نص البند الثالث من المادة الرابعة من القانون رقم 43 لسنة 1976 الخاص بالسجل التجاري المصري على "كل شركة أياً كان شكلها القانوني، يوجد مركزها الرئيسي أو مركز إدارتها بالخارج، إذا زاولت في مصر أعمال تجارية أو صناعية أو قامت بعملية مقاولة شرط موافقة

(1) دردال مفتاح، واقع وتحديات الأستثمارات الأجنبية المباشرة، الدول النامية، بحث منشور في مجلة البحوث الاقتصادية الجزائرية، العدد434، 2008، ص4

(2) للمزيد من التفاصيل انظر المادة (8) "منح الترخيص أو تصريح " من قانون المصارف العراقي رقم 94 لسنة 2004.

الهيئة العليا للاستثمار"، إذ تعد موافقة الهيئة العليا للأستثمار شرط اساسي لمزاولة النشاط المصرفي للمصارف الأجنبية من خلال فتح فرع لها في مصر. [1]

اما ما يخص القانون الفرنسي ودول الاتحاد الاوربي بشكل عام يتم إصدار تراخيص فروع المصارف الأجنبية بشكل عام من قبل البنك المركزي الأوروبي (ECB)، بناءً على مسودة قرار من هيئة الرقابة الاحترازية والقرارات وكاستثناء فإنه يتم أصدار الترخيص من قبل الهيئة إذا تم منحه لفرع مصرف على حدٍ سواء: [2]

- يتم تأسيسه في الأراضي الفرنسية.
- يقع مكتبها الرئيسي في دولة ليست دولة عضو في الاتحاد الأوروبي أو طرفًا في إتفاقية المنطقة الاقتصادية الأوروبية.
- يجب أن يكون موقع الإدارة المركزية في بلد مقرها القانوني
- متطلبات عند إصدار التراخيص، يقوم المصرف المركزي الأوروبي بمراجعة ما إذا تم استيفاء شروط معينة. وتتضمن هذه الشروط (القانون النقدي والمالي):
- رأس المال الادنى.
- يجب أن يدير النشاط بشكل فعال شخصان على الأقل، ويجب إظهار معرفتهما وخبرتهما ولياقتهما، فرديًا وجماعيًا، كما يجب توافرهما. يجب أن يستوفي هؤلاء الأشخاص أيضًا متطلبات الأهلية (أي عدم إدانتهم بارتكاب جرائم جنائية مدرجة في قانون النقد والمال) بسبب مناصبهم.
- يجب على أعضاء الهيئة الحاكمة تلبية متطلبات المعرفة والخبرة واللياقة والملكية، وتقييمها بشكل فردي وجماعي، وكذلك تلبية متطلبات التوفر والملاءمة لمنصبهم.
- الامتثال لمتطلبات الميزانية العمومية (أي يجب ألا تتجاوز الخصوم الأصول).
- كفاية شكل الكيان القانوني مع مراعاة الغرض منه.
- مراجعة برنامج التشغيل، مع تفصيل أنواع الأنشطة المختلفة المتوخاة، بما في ذلك إستلام الأموال القابلة للسداد من الجمهور.
- يجب توفير الوسائل التقنية والمالية لتنفيذ برنامجها.
- قوة المساهمين ومقدمي الأسهم الآخرين أو الضامنين، إن أمكن.

(1) د. عصام الدين الفضيلي، المركز التعاوني للبنوك الأجنبية المشتركة في جمهورية مصر العربية، مصدر سابق ، ص171.

(2) Chantal Dupaspuier and Patrik Nqsiwe "foreign Direct investmen in Afri ca performance challenges and Responsibilitis ،gournal of economics vol 17 no 2، 2016 .p.47

يمكن للبنك المركزي الأوروبي أيضًا سحب الترخيص إذا توقفت المؤسسة عن تنفيذ العمليات أو لم تعد تستوفي الشروط أو الالتزامات التي كانت تخضع لها الرخصة عند منحها. كما أن لديها السلطة لتعديل الترخيص. وكذلك يمكن للمصرف المركزي الأوروبي فرض شروط يخضع الترخيص لها.

1- الإخطارات والموافقات الإضافية الممنوحة من قبل هيئة الرقابة الاحترازية والقرارات:

تتمتع الهيئة أيضًا بسلطات الموافقة في العديد من المواقف، ويجب إخطارها بالتغيرات المختلفة التي قد تحدث خلال عمر المؤسسة الائتمانية (الأمر الصادر في 4 ديسمبر 2017 المتعلق بالتراخيص وتغييرات الحالة وسحب ترخيص المؤسسات الائتمانية). إذ تتطلب بعض هذه التغييرات الموافقة المسبقة (على سبيل المثال، التغييرات في حصة الملكية التي تتجاوز عتبات معينة، والتغييرات في شكل الشركة أو الاسم التجاري، والتغييرات في برنامج الأنشطة)، في حين تتطلب تغييرات أخرى إخطارًا فوريًا أو إشعارًا لاحقًا.

2- المتقدمين الأجانب:

يجب على مؤسسات الائتمان الأجنبية (بخلاف المؤسسات الأوروبية) الراغبة في القيام بأنشطة مصرفية في فرنسا من خلال فرع الحصول على ترخيص مصرفي وتخضع لنفس المتطلبات والأجراءات المطبقة على الشركات المحلية والمتطلبات الإضافية التالية:

- يجب أن يقوم المكتب الرئيسي لمؤسسة الائتمان الأجنبية ذات الصلة، فيما يتعلق بهذا الفرع، بمهام مكافئة للمهام الموكلة إلى مجلس الإدارة، أو مجلس الإشراف، أو أي هيئة أخرى تمارس وظائف إشرافية مكافئة، وكذلك إلى الاجتماع العام.
- يجب على المؤسسة تأمين تخصيص رأس مال محدد في فرنسا بمبلغ لا يقل عن 5 مليون يورو.

3- توقيت وأساس القرار

لدى هيئة الرقابة الاحترازية والقرارات ستة أشهر من تاريخ تقديم ملف كامل لإخطار مقدم الطلب بقراره بمنح أو رفض الترخيص. وإذا كان الطلب غير مكتمل، فأنه يتم طلب معلومات إضافية وتمديد فترة المراجعة. ولا يمكن أن يتجاوز إجمالي الوقت المخصص للهيئة أو المصرف المركزي الأوروبي 12 شهرًا من استلام ملف الطلب الأولي.

4-التكلفة والمدة

لا تتقاضى الهيئة أو البنك المركزي الأوروبي رسومًا إدارية لمراجعة الطلب، ومع ذلك قد يتحمل مقدم الطلب رسومًا عند إعداد الطلب، مثل الرسوم القانونية، إذ يتم منح الترخيص لفترة غير محددة من الوقت ولكن يمكن سحبه من قبل البنك المركزي الأوروبي إذا لم تستخدم المؤسسة الائتمانية ترخيصها في غضون 12 شهرًا، أو توقفت عن الانخراط في الأعمال التجارية لأكثر من ستة أشهر. وقد تقرر الهيئة أيضًا سحب

ترخيص مؤسسة الائتمان كعقوبة تأديبية في حالة خرق اللوائح المعمول بها أو إذا أصبحت المؤسسة ذات الصلة معسرة.

والسؤال الذي يطرح هنا هل يمكن للمصارف التي يقع مقرها الرئيسي في ولايات قضائية أخرى أن تعمل في نطاق فرنسا على أساس الترخيص المصرفي للدولة الأم؟

نص قانون المصرف الفرنسي على منح الترخيص الاوربي والمنطقة الاقتصادية الأوروبية **(EEA)** للمصارف الأجنبية وذلك في المادة (112):-

بموجب مبدأ الاعتراف المتبادل، يمكن لمؤسسات الاتحاد الأوروبي والمنطقة الاقتصادية الأوروبية أن تقوم في فرنسا بالأنشطة المشار إليها في حزمة متطلبات الائتمان الرابعة CRD IV عبر التوجيه رقم 65/2014 / EU بشأن أسواق الأدوات المالية. ويشمل الاعتراف المتبادل حرية التأسيس (على سبيل المثال، من خلال فرع) وحرية تقديم الخدمات (دون شرط إقامة وجود دائم في فرنسا).[1]

في كثير من الأحيان تتشابه قوانين الأستثمار من إذ الموضوعات التي تتناولها ولكنها تتباين من إذ الحلول التي تأخذ بها، إذ أن الدول المضيفة سواءً كانت متقدمة أم نامية تمنع المصارف بصورة عامة سواءً كانت أجنبية أم محلية من مزاولة بعض الانشطة مثل الصناعات العسكرية والتجارة والصناعة. [2]

ولقد نص المشرع العراقي في المادة (28) من قانون المصارف رقم (94) لسنة 2004 "لا يمارس أي مصرف أو يشارك كوكيل أو شريك أو مالك مشترك في تجارة بالجملة أو بالقطاعي أو في عمليات تصنيع أو نقل أو زراعة أو مصايد أسماك أو تعدين أو بناء أو ضمان أو تأمين أو انشطة أعمال أخرى باستثناء الانشطة المرخص بها بموجب المادة (27)، وبالرغم مما سلف يجوز للمصرف وبتفويض خطي مسبق من المصرف المركزي العراقي أن يمارس مؤقتاً أو يشارك في ممارسة هذه الأنشطة بقدر ما يكون ضرورياً لأداء المستحقات ويجوز للمصرف المركزي العراقي أن يطلب من المصرف وقف هذه الانشطة في تاريخ محدد من التفويض.

وقد نص قانون المصارف الفرنسي النافذ لسنه 2013 على حظر ممارسة بعض الأنشطة المصرفية بعنوان "فصل الأنشطة المصرفية " يتم منع مؤسسات الائتمان الفرنسية والشركات المالية والشركات المالية المختلطة كمسألة مبدأ من القيام ببعض الأنشطة التي تعتبر محفوفة بالمخاطر. ومع ذلك، فانه يُسمح لهم بإجراء هذه الأنشطة من خلال شركة تابعة مخصصة، إذ تتجاوز المعاملات ذات الصلة عتبات السقوف المالية المحددة

(1) Chantal Dupaspuier and Patrik Nqsiwe "foreign Direct investmen in Africa …op.cit. p. 50.

(2) وكذلك نص المشرع اللبناني في المادة (1،2) من القانون رقم 67/28 الخاص بتنظيم عمل المصارف التي نصت على " يخضع لترخيص مسبق من مصرف لبنان المركزي فتح فروع في لبنان لمصارف أجنبية، ويمنع أي مصرف أجنبي ينوي أنشاء فرع له في لبنان من القيام بأي خطوة لتسجيل هذا الفرع من دون الأذن المسبق لمصرف لبنان المركزي، كما تخضع لترخيص مسبق من مصرف لبنان فتح مكاتب تمثيل لمصارف أجنبية"

بقرار من وزير الاقتصاد (7.5٪ من حجم الميزانية العمومية في الجهة المعنية، بناءً على القيمة المحاسبية من الأصول المقابلة للأنشطة التجارية على الأدوات المالية) [1]. وتتضمن هذه الأنشطة:-

التداول على الأدوات المالية للحساب الخاص، بأستثناء بعض الأنشطة المتعلقة بـ:

- تقديم خدمات الأستثمار للعملاء.
- تصفية الأدوات المالية.
- التحوط للمخاطر التي تتكبدها المؤسسة الائتمانية أو مجموعتها بالمعنى المقصود في المادة L511-20 من قانون النقد والمال (باستثناء مخاطر التحوط التي تتكبدها الشركة التابعة المخصصة).
- أنشطة صنع السوق.
- الإدارة السليمة والحكيمة لخزينة المجموعة، والمعاملات المالية بين مؤسسات الائتمان والشركات المالية والشركات المالية المختلطة والشركات التابعة لها التي تنتمي إلى نفس المجموعة (على النحو المحدد في المادة 511-20 من قانون النقد والمال.
- عمليات الأستثمار للمجموعة بالمعنى المقصود في المادة L511-20 من قانون النقد والمال.

- أي معاملة يتم الدخول إليها لحسابها الخاص، غير مضمونة بضمان يفي بخصائص معينة من إذ الحجم والجودة يحددها قرار من وزير الاقتصاد، مع:

- خطط الأستثمار الجماعي المدعومة.
- وسائل استثمار مماثلة تستوفي الخصائص التي يصدر بتحديدها قرار من وزير الاقتصاد.
- خطط الأستثمار الجماعي نفسها استثمرت أو تعرضت للمركبات المحددة في النقطتين الأوليين، عندما تتجاوز تلك الأستثمارات أو التعرضات الحدود التي تحددها وزارة الاقتصاد.

يحدد القانون النقدي والمالي نطاق هذه الإعفاءات ويجب أن يكون فرع المصرف الأجنبي أو شركة الأئتمان الأجنبية التي تم تشكيلها كمؤسسة إئتمان لأداء أنشطة التداول المعفاة مرخصة كمؤسسة استثمارية أو مؤسسة ائتمانية. بالإضافة إلى ذلك، لا يُسمح بتلقي الودائع من الجمهور التي تستفيد من نظام ضمان الودائع، أو تقديم خدمات الدفع للعملاء. كما يحدد القانون النقدي والمالي، من بين أمور أخرى، أن الشركة التجارية التابعة يجب أن تلتزم بالنسب الاحترازية على أساس فردي (أو تضامنية –فرعية) وأن مؤسسة الائتمان الأم (أو الشركة المالية والشركة المالية المختلطة)، يجب أن تحصل على إذن مسبق من قبل هيئة الرقابة الاحترازية والقرارات قبل الاكتتاب في زيادة رأس مال الشركة التابعة التجارية. [2]

---

(1) ترجمة قانونية لقانون المصارف الفرنسي لعام 2013 من قبل الباحثة في المكتبة القانونية في بغداد .

(2) كما نص المشرع الأماراتي في المادة (93) بقولها " يحظر على البنوك أن تمارس أعمالاً غير مصرفية وبوجه خاص الأعمال الاتية " ممارسة أعمال التجارة أو الصناعة أو امتلاك أو تملك البضائع أو المتاجرة لحسابها الخاص مالم يكن امتلاكها وفاء لدين على الغير، وعليه أن يقوم بتصفيتها خلال المدة التي يحددها المصرف المركزي 2- شراء العقارات لحسابها الخاص ماعدا ما يلي:- لعقارات التي لا

ثانيا:- الرقابة اللاحقة للبنك المركزي العراقي :-

يقصد بالرقابة اللاحقة على التأسيس تلك الرقابة التي تمارس على فرع المصرف بعد أكتمال تأسيسه وبدئه في ممارسة نشاطه الذي تأسس من أجله، وتتمثل أساسا في دقة نصوص العقد المبرم بين الدولة المضيفة والمصرف الأم، وفرض التزامات معينة على الفرع بعد الموافقة من الجهات المختصة بقبول التأسيس والرقابة على النقد والرقابة على الأنشطة المصرفية والرقابة الضريبية والتفتيش، وهو ما سنتعرض اليه فيما يلي:-

1- دقة نصوص العقد المبرم بين الدولة المضيفة والمصرف الأم:-

يعد العقد المبرم بين المصرف الأم والدولة المضيفة محرراً قانونياً أساسياً، لأثبات حقوق والتزامات الطرفين لذا يلزم أن تكون نصوص العقد دقيقة وواضحة، ولا تثير اللبس والغموض، إذ يرتكز الشكل الرقابي على كتابة العقد والنظام الأساسي من خلال الإلتزام بالنماذج الخاصة بكل فرع وبقيام الجهات الإدارية المختصة بمراجعة وفحص العقد المكتوب، كما أن الالتزام بالإفصاح والشفافية بالأنظمة الأساسية لفروع المصارف يتضمن عدم تعرض الفرع للاعتراض على تأسيسه من قبل الجهات المختصة بقبول التأسيس أو الاعتراض عليه، وعلى ذلك تسعتين فروع المصارف الأجنبية بخبراء قانونيين في فن المفاوضات وعلم الصياغة القانونية، لكي تستطيع الدولة المضيفة حماية حقوقها ودفع الغبن عنها أو استغلال قد يصيبها فأنه يتعين عليها الأخرى، أن تستعين بخبراء ومتخصصين من أبنائها أو المستشارين الأجانب، لمقاومة أي إجراءات تمكن فرع المصرف الأجنبي من السيطرة الكاملة على القطاع المصرفي بشكل عام بصرف النظر عن تطابق أهداف فرع المصرف الأجنبي مع أهداف الدولة المضيفة، فقد اصبحت الحقيقة واضحة[(1)] لدى معظم الدول المضيفة، لدى معظم الدول النامية حتى القوية منها صارت تسلم بهذه الدوافع والرغبات.

فالدول المضيفة تفرض على فروع المصارف الأجنبية نظاماً رقابياً يتمثل أولاً في المركز التفاوضي، ثانياً الجهات المختصة بقبول التأسيس أو الأعتراض عليه، فهذه الأخيرة تقوم بدور رقابي على فروع المصارف الأجنبية والمركز التفاوضي التابع إليها في أن واحد.[(2)]

=تتعدى النسب المحدودة من قبل مجلس الإدارة من مجموع رأس مالها وأحتياطاتها التي تمتلكها كتسوية مباشرة للديون والتي تتعدى النسبة المذكورة وعليها في هذه الحالة بيع العقارات خلال مدة 3 سنوات ويجوز تمديد هذه المهلة بموافقة المصرف المركزي بناء على المبادئ التوجيهية من قبل مجلس الإدارة.

(1) ايمان عز الدين، أثر تواجد البنوك الأجنبية في مصر على دور القطاع المصرفي في التنمية، دراسة مقارنة، رسالة دكتوراه ، جامعة عين شمس، كلية الادارة والاقتصاد، 2016، ص67.

(1) ونود الاشارة الى بعض التشريعات تبنى ذلك كالمشرع اللبناني فقد نصت المادة (8) من قانون النقد والتسليف اللبناني قانون رقم 67/28 صادر في 1976/5/9 والتي عدلت بالقانون رقم (4) تاريخ 1985/4/1 "تنشأ لدى مصرف لبنان لجنة مستقلة للرقابة على المصارف غير خاضعة في ممارسة أعمالها لسلطة المصرف وترتبط بها دائرة الرقابة المنصوص عليها في المادة (148) من قانون النقد والتسليف.

ففي فرنسا تخضع فروع المصارف الأجنبية الى الهيئة الرقابية العليا "AcPR، وتسمى الهيئة الرقابية العليا وأتخاذ القرار والتي تأسست عام 2010 ضمن خطة أصلاح النظام المالي في أعقاب الازمة المالية العالمية وتعتبر جزء من مصرف فرنسا (BANQUE FRiNCe). وهي المسؤولة عن الأشراف وتنظيم عمل المصارف وشركات التأمين المحلية والأجنبية وتمثيل فرنسا في الهيئات الدولية والاوربية. [1]

2- فرض التزامات معينة على فرع المصرف الأجنبي:

تخضع فروع المصارف الأجنبية الى الالتزامات الوارد ذكرها في قانون الأستثمار والأنظمة والتعليمات الصادرة بموجبه، فإذا لم يكن في الدولة تشريع خاص بتنظيم الأستثمار يخضع فرع المصرف الأجنبي الى الالتزامات المقررة في قانون المصارف الوطني، وكذلك كل القوانين التي تخضع اليها فروع المصارف الوطنية، إلا أن المشرع الوطني قد فرض هذه الالتزامات على المصارف الوطنية بقصد حماية دائنيها والمساهمين فيها وغيرهم من المتعاملين معها، ومن ثم فأن فرضها يكون أكثر لزوماً بالنسبة الى فرع المصرف الأجنبي خاصة وأنها أجنبية يوجد مركزها خارج الدولة التي تستضيفها.

أضف الى ذلك عدم أخضاعها الى تلك الالتزامات يجعلها في مركز متميز عن المصارف الوطنية، وأن هذا لا تتقبله أي دولة، وتتمثل هذه الالتزامات بما يلي:-

أ - الالتزام بالقيد في السجل التجاري:

تفرض قوانين الشركات وتشريعات الأستثمار على فروع المصارف التي تقوم بالأستثمار بالدولة المضيفة بالالتزام بالقيد في السجل التجاري بهدف تمكين الدول من خلال هيئاتها الإدارية المختصة من الاحاطة بكافة البيانات والمعلومات المتعلقة بالمصرف، كحجم رأس مالها، وجنسيتها، وطبيعة النشاط المصرفي الذي تزاوله وأسماء المساهمين وجنسياتهم.[2]

فأساس القيد في السجل التجاري هي الاشهار والاعلان وذلك خدمة في من يتعامل مع التجار بأمداده بالمعلومات الدقيقة عن الموقف المالي والتجاري، وهي الوظيفة القانونية التي يقدمها السجل التجاري بجانب وظيفة إحصائية رقابية بتعداد دقيق للمشتغلين في مجال المعاملات المصرفية على إقليم الدولة.

سواءً كانوا أفراد عاديين أم شركات تجارية أم فروعاً أم وكالات لمصارف أجنبية، كما تستطيع الدولة من خلال البيانات المقدمة من السجل التجاري أن توجه إقتصادها القومي وفقاً لخطة الدولة ألاقتصادية.

ولأهمية القيد في السجل التجاري أسند المشرع الفرنسي مهمة السجل التجاري للسلطة القضائية للقيام بالرقابة على قيد البيانات في السجل، إذ يقوم بها قاضي يدعى قاضي السجل ومنحه سلطة واسعة في التحقق من صحة البيانات التي تقدم له قبل قيدها، كما مكنه من فرض غرامات عقابية عند إجبارهم على تقديم البيانات

(1) Foustoucos (a)، arbitrage interne et international ،droit prive hellennique ،paris litec ،1976.p.19.

(2) د. ابراهيم شحاتة، الضمان الدولي للاستثمارات الأجنبية، دار النهضة العربية، القاهرة، 1972، ص51.

الضرورية وهو ما فرضه المشرع العراقي في قانون المصرف المركزي العراقي رقم (56) لسنة 2004 من فرض عقوبات إنضباطية من قبل لجنة العقوبات في المصرف المركزي العراقي على فروع المصارف الأجنبية المخالفة، وذلك في المادة رقم (62) العقوبات الإدارية التي نصت " تعتبر العقوبات المنصوص عليها في هذه المادة مدنية وليست جنائية في طبيعتها، ويجوز للمصرف المركزي أن يفرض العقوبات الإدارية مباشرة بموجب سلطته التقديرية على أن لا تزيد قيمة الغرامات المفروضة على عشرة ملايين دينار للمخالفة الواحدة، كما يجوز للبنك المركزي العراقي وبناءً على سلطته التقديرية أن يفرض عقوبات إدارية على كل يوم تستمر فيه المخالفة حتى يقرر البنك المركزي أن التزام القانوني قد تحقق، ويقوم المصرف المركزي قبل أن تفرض العقوبات الإدارية على اي طرف بتقديم بيان خطي مفصل عن الشخص الذي تطبق عليه العقوبة، يوضح فيه الحقائق والأسانيد القانونية التي تثبت وقوع المخالفة، ويعطي البنك المركزي صاحب الشأن فرصة كافية لتقديم الحقائق والحجج التي يستند اليها هو في طلب عدم فرض العقوبات ويقوم البنك المركزي باصدار اللوائح التي تحدد الأجراءات في سبيل قيامه بفرض العقوبات الإدارية".

وعلى ذلك فأن التسجيل في السجل التجاري يتيح معرفة أوضاع فرع المصرف الأجنبي، وذلك من خلال البيانات التي يقدمها الفرع، فيتبع رقابة الدولة المضيفة من جهة، ومن جهة أخرى رقابة الغير المتعامل مع الفرع، من خلال التأكد من المعلومات الخاصة بالفرع الواردة في السجل التجاري[1] .

ب- الالتزام بأمساك الدفاتر التجارية:-

تحتفظ المصارف "دفاتر وسجلات مطلوبة عن العمليات التنظيمية بما يتفق والأحكام المنصوص عليها في المادة (38)"، ولقد حدد المشرع العراقي في قانون المصارف رقم (94) لسنة 2004[2] بالمادة (46) الفقرة (5) البند (ثالثا/هـ) (الاحتفاظ بالمستندات والسجلات والدفاتر وأعدادها بطريقة منظمة وأدراج العمليات اللازمة للتمكين من القيام بأعمال الرصد والتدقيق والمراجعة الداخلية والخارجية للحسابات) وقد نصت المادة (38) "تحتفظ المصارف ضمن ملفاتها لمدة سبع سنوات على ألاقل في العراق بالمستندات ذات الصلة لكل معاملة من معاملاتها وهي:-

1- سجلات تعريف العملاء.

2- مستندات الطلبات وجميع العقود المتعلقة بالمعاملة (بما في ذلك أتفاقات الأئتمانات والضمانات وأتفاق الرهون) وسجل خطي موقع لقرار الصرف الذي وافق به على المعاملة.

---

(1) د. عبد المنعم السيد علي و د. نزار سعد، النقود والمصارف والاسواق المالية، ط1، دار اسحاق للنشر والتوزيع، عمان، 2009، ص351، وما بعدها.

(2) قانون المصارف العراقي رقم(94) لسنة 2004.

3- السجلات المالية المتعلقة بالأطراف المقابلة (النظراء بما فيها المقترضين والضامنين) واي أدلة مستندية أخرى أعتمد عليها المصرف في موافقته على المعاملة.

4- اتفاقات الحساب مع عملائهم.

5- اي مستندات أخرى يحددها المصرف المركزي وفق مخططاته بموجب أنظمته.

6- يحتفظ بالسجلات خطياً ولا يجوز لأي مصرف أن يحتفظ بالدفاتر والسجلات والكشوفات والمستندات والمراسلات والبرقيات والأشعارات والمستندات الأخرى المتعلقة بأنشطته المالية بشكل مصغر (مايكرو فيلم، أو خزانة البيانات الكترونيا أو الوسائل الكترونية المعاصرة)، بدلاً من الأحتفاظ بشكلها الأصلي طيلة المدة المحددة في القانون، بقدر توافر نظم واجراءات واقية لاسترداد البيانات ويكون لهذه النسخ المصغرة نفس مفعول الأصل من إذ الأثبات، ويجوز للمصرف المركزي العراقي أن يصدر أنظمة تحدد المتطلبات المرتبطة بتلك النظم".

توجب قوانين الشركات والمصارف وتشريعات الأستثمار على فروع المصارف الأجنبية أمساك الدفاتر التجارية، وتخضع الى تدقيق الجهة الإدارية المختصة فمثلاً قانون الأستثمار السوري يوجب على كل شركة عربية أو أجنبية تتأسس وفقاً لأحكامه أن تمسك دفاتر التجارة الأصولية التي تمسكها الشركات الوطنية، وهذا ما أخذ به المشرع العراقي، إذ نصت المادة (5) / ثالثا (ب) من نظام فروع الشركات الأجنبية " مسك سجلات حسابية نظامية باللغة العربية لكامل نشاطاته في العراق وفقا للنظام المحاسبي والقوانين ذات الصلة [1].

وعلى ضوء ذلك تظهر أهمية الألتزام بمسك الدفاتر التجارية من خلال الوظائف التي يمكن أن تقوم بها، والتي من أهمها مراقبة النشاط المصرفي لفرع المصرف الأجنبي للوقوف على مركزه المالي بصفة منتظمة وفي سعيه الى تحقيق الربح، عليه إتخاذ القرارات الأقتصادية لتحقيق هذا الهدف، ولا يتم ذلك إلا عن طريق المعرفة الدقيقة لمركزه المالي، بإن تستطيع الرجوع إليها في أي وقت لبيان مركزه المالي فتثبت له الثقة في أدارة مشروعه التجاري، وتجنب المخاطر والزلل وتشفع له إذا كانت منتظمة عند مطالبته بالصلح الواقي من الأفلاس، وبذلك استناداً على هذه الدفاتر يستطيع أن يقنع دائنيه بأن إختلال شؤونه التجارية يرجع الى ظروف لم تكن في الحسبان مما يمكنه من الحصول على الصلح الواقي من الأفلاس، فمن الصعب عليه

(1) نظام فروع الشركات الأجنبية العراقي النافذ رقم (2) لسنة 2017 .

أفتراض حسن نيته التي يتطلبها القانون إذا أهمل في تنفيذ التزام الملقى على عاتقه وهو أمساك الدفاتر التجارية.[1]

فضلاً عن ذلك تقوم الدفاتر التجارية بوظيفة مهمة تتمثل في إعتبارها وسيلة من وسائل الإثبات أمام القضاء في المنازعات التجارية، إذ جعل المشرع منها أداة لأثبات الحقوق سواءً لمصلحة التجار أو لمصلحة غيرهم، ويكون ذلك عن طريق تدوين كل العمليات التي يقومون بها عند مباشرتهم النشاط المصرفي لتكون بمثابة المرأة الصادقة لنشاطهم المصرفي.

إذ أن الحكمة من أمساك الدفاتر التجارية بطريقة دقيقة ومنظمة تكمن في الرجوع بالفائدة على التاجر وعلى دائنيه وعلى الخزانة العامة على السواء، كما لا يأتي ذلك إلا عن طريق تأكيد النظام القانوني من أمساك الدفاتر التجارية أو السجلات المصرفية، ويعد ذلك التزام قانوني دون أن يترك أمر مسكها لمشيئتهم، وهذا ما جاء في التشريعات المختلفة بالزام التجار مسك الدفاتر التجارية وهذا ما جاء في التشريعات المقارنة.

إذ نصت المادة (21) من قانون التجارة المصري رقم (17) لسنة 1999 "على كل تاجر يجاوز رأس ماله المستثمر في التجارة عشرين ألف جنيه إن يمسك الدفاتر التي تسلتزمها طبيعة تجارته وأهميتها، وعلى وجه الخصوص دفتري اليومية والجرد بطريقة تكفل بيان مركزه المالي، وماله من حقوق وما عليه من ديون متعلقة بالتجارة".*[2]

يتضح من هذا النص أن التزام بمسك الدفاتر التجارية يكون من إن المبدأ على عاتق كل من يكتسب صفة التاجر مصريا كان أم أجنبيا مادام يزاول النشاط المصرفي في مصر.[3]

وإذا كانت المصارف الوطنية تخضع للالتزام فان خضوع المصارف الأجنبية يكون من باب أولى، لكي لا تكون في مركز أفضل من المصارف الوطنية فضلا عن أمساك هذه السجلات أو الدفاتر يمكن الجهة الإدارية المختصة من الوقوف على حقيقة المركز المالي والاقتصادي لهذه الشركات وحجم أصولها وخصومها، وتقييم نشاطها التجاري وأخضاعها لرقابة قانونية فعالة.

أما المشرع الفرنسي فقد نص في قانون التجارة الفرنسي في المادة " 123-1"

اولا- تحتفظ الشركات التجارية بسجل يدرج فيه ما تم التوصل اليه في إعلانها والمتمثل بما يلي:

---

(1) عبد الكريم محمد، الأستثمار الأجنبي وآثاره على الأقتصاد خلال الفترة 1996، 2005، رسالة دكتوراه من العلوم الاقتصادية تخصص النقود والمالية، جامعة الجزائر، كلية العلوم الاقتصادية تخصص النقود المالية، جامعة الجزائر، كلية العلوم الاقتصادية،2008. ، ص 47

(2) وهذا النص مشابه للنهج الذي سار عليه المشرع العراقي في المادة (12) من قانون التجارة العراقي رقم (30) لسنة 1984 " يجب على كل تاجر لا يقل رأس ماله عن (30000) ثلاثون ألف دينار أن يمسك الدفاتر التي تستلزمها طبيعة تجارته، واهميتها بطريقة تكفل بيان مركزه المالي وعليه في جميع الاحوال ان يمسك الدفتريين الآتيين دفتر اليومية ودفتر ألاستاذ".

(3) د. احمد صبحي العياوس، ادارة العمليات المصرفية والرقابة عنها ، الطبعة الاولى، دار الفكر، ناشرون وموزعون، عمان، 2012. ص 147

1- الأشخاص الطبيعيون الذين لديهم قدرة التاجر، حتى إذا كان مطلوبًا منهم التسجيل في السجل التجاري.

2- الشركات ومجموعات المصالح الاقتصادية التي لديها مكاتبها المسجلة في قسم فرنسي معني والتي تتمتع بشخصية اعتبارية وفقًا للمادة 1842 من القانون المدني أو المادة"251-4".

3- الشركات التجارية التي يقع مكتبها المسجل خارج قسم التسجيل الفرنسي ولديها شهادة تأسيس في أحد تلك الدوائر.

4- المؤسسات العامة الفرنسية ذات الطابع الصناعي أو التجاري.

5- الأشخاص الاعتباريون الآخرون الذين تم تحديد تسجيلهم بموجب القوانين واللوائح.

6- الوفود أو وكلاء تجاريين لدول أو سلطات أو مؤسسات عامة أجنبية في فرنسا.

ثانيا: يجب ان تظهر التراخيص والصكوك أو الوثائق المقدمة بالشكل المحدد في مرسوم مجلس الدولة الخاص بعملية التسجيل من أجل لفت انتباه الجمهور.

وترى الباحثة:- أن هناك علاقة قانونية منظمة بشكل مدروس يسهل عملية تبادل المعلومات بين المصارف المركزية، إذ يتم تبادل المعلومات عن طريق لجان أو أعضاء ارتباط أو هيئات رقابية.

أن فروع المصارف الأجنبية تخضع للرقابة من عدة جهات رقابية لكنها ملزمة بشكل كبير بالتزام تعليمات وتطبيقات قوانين المصرف المركزي في الدول المضيفة (البنك المركزي العراقي) حسب المعايير الدولية، لذا نرى أن فروع المصارف الأجنبية على الرغم من أختلاف الدولة الأم واختلاف تخصصها إسلامية[1] أو تجارية الا أنها تتخذ نفس الأجراءات وتخضع لنفس الخطوات الرقابية من قبل المصرف المركزي للدولة المضيفة والدولة الأم، وان قانون المصرف المركزي العراقي هو الفيصل الوحيد في الرقابة على المصارف سواء أكانت عراقية أم أجنبية أو مشاركة ولا توجد اي تفرقة بين الجهاز المصرفي الوطني، والأجنبي فجميعها تخضع كأسنان المشط الى رقابة شديدة من قبل المصرف المركزي العراقي.

ان فروع المصارف الأجنبية تخضع للرقابة من عدة جهات رقابية لكنها ملزمه بشكل كبير بالتزام تعليمات وتطبيقات قوانين المصرف المركزي في الدولة المضيفة (البنك المركزي العراقي) حسب المعايير الدولية

[1] - المصارف الاسلامية هي مؤسسات مالية ذات دور متميز في اقتصاديات الدول الاسلامية ، تتركز فلسفتها على عدم التعامل بالفائدة مطلقاً فهي تقوم بقبول الودائع المصرفية دون استخدام سعر الفائدة كعامل تعويض للمودعيين وانما تسبدلها بحصة من الربح حيث تقوم بتوظيفها في مجالات الاستثمار التي تجيزها الشريعة الاسلامية ،على اساس المشاركة بين المصرف والعميل عن طريق المضاربة وفق قاعدة (الغنم بالغرم) وقد نصت المادة (6) من قانون المصارف الاسلامية رقم (43) لسنة 2015 "1- بحظر على المصرف الاسلامي التعامل بالفائدة المصرفية اخذاً وعطاءاً . 2 بحظر الاستثمار أو تمويل أي سلعة أو مشروع لاتبيحه الشريعة الاسلامية " وتدار المصارف الاسلامية من قبل الهيئة الشرعية وهي الهيئة المكلفة بمراقبة سير العمل في المصارف الاسلامية لمعرفة مدى مطابقتها لأحكام الشريعة الاسلامية في ممعاملاته وعقوده ومن فروع المصارف الأجنبية العاملة بالعراق (مصرف البركة التركي ، مصرف أبو ظبي الاسلامي) ، للمزيد من التفاصيل انظر د صادق راشد الشمري ، اساسيات الاستثمار في المصارف الاسلامية ، الطبعة الاولى ، الاردن ، 2011، ص 48.

استنادا لنص المادة (27) من قانون مكافحة غسل الأموال وتمويل الأرهاب التي تخص التعاون الدولي بين علالمعلومات بين الوحدات النظيرة من أجل فرض رقابة دولية فعالة.

كما ترى الباحثة أنه لا يوجد في العراق منافذ لدعم القطاعات (الزراعي، الصناعي، التجاري، السياحي) وخصوصا القطاع الخاص منها مع العلم أنه توجد خبرات وقدرات في العراق لكنها تفتقر الى التمويل وان هذه المصارف سوف تدعم التنمية والأقتصاد والشيء الاهم هو أنه لا توجد مصارف في العراق تتعامل مع العالم الخارجي بسبب ديون العراق الخارجية وصندوق التعويضات بأستثناء المصرف العراقي للتجارة وبالتالي تظهر الحاجة الى أنشاء وفتح فروع لمصارف أجنبية تشارك فيها الحكومة العراقية بنسبة (25%) و(75%) للأستثمار الأجنبي على أن لا يقل رأس ماله على (50) مليون دولار أمريكي ويمكن للحكومة بيع حصتها خلال خمسة سنوات من تاريخ تحقيق أول ربح وبذلك يصبح المصرف قطاع خاص وبموجب القانون يمكن للمصارف الأجنبية تحويل أرباحها الى دولة الأم.[1]

ولقد أخضع المشرع العراقي أنشاء المصارف الوطنية أو الأجنبية لموافقة البنك المركزي المبدئية، وتسجيلها بسجل المصارف وذلك لخطورة وحساسية دور فروع المصارف الأجنبية في التنمية الاقتصادية بالدولة، وضمان التزام هذه المصارف باحكام القانون الوطني لتحقيق المصلحة العامة للبلاد، وسيطرة الدولة على القطاع لمصرفي .

كما أن متطلبات لجنة بازل وان كانت ذات تطبيق يتماشى مع واقع المصارف العالمية في الدول المتقدمة بشكل كبير لكن في الوقت ذاته يمكن تطبيق شروطها في حدود يسيرة قدر الأمكان لواقع المصارف العراقية وبالتالي فأن امكانية أستجابة المصارف العراقية لمتطلبات لجنة بازل ولو بنسبة قليلة يجعلها في مجال المقارنة مع أي مصرف عالمي متقدم، ويعد الالتزام بمتطلبات لجنة بازل خطوة متقدمة باتجاه تحديث النظام المصرفي العراقي بشكل يجعله متوافقا ومنسجما من إذ الأداء مع البيئة المصرفية العالمية وبالتالي زيادة ثقة المودعيين بالنظام ككل الأمر الذي ينعكس بالوقت ذاته على عمليات وأنشطة الأستثمارات الأجنبية الخارجية*.[2]

---

(1) كما أن كثير من الدول يعد الجهاز المصرفي مصدر من مصادر الثروة والدخل القومي وأن الجمهورية اللبنانية خير مثال على ذلك إذ يوجد في لبنان (63) مصرفا عدا الفروع وجميع هذه المصارف تعود للقطاع الخاص أو شراكة مع مصارف أجنبية أو فروع لمصارف أجنبية وجميع دول العالم لديها فروع لمصارف أجنبية وفي عام 1890 كان هناك فرعين للمصرف الشاه هنشاني الأيراني في بغداد والبصرة والمصرف العثماني والمصرف البريطاني وهي النواة للحياة المصرفية العراقية شريطة أن تتعاون هذه الفروع الأجنبية على دعم متطلبات التنمية الاقتصادية وليس تحقيق الربح السريع عن طريق أستخدام هذه الفروع كوسيلة لتمويل رأس المال العراقي الى الخارج.

ان انفتاح الأقتصاد العراقي للاستثمار الأجنبي ودعوة المستثمرين للاستفادة من هذه الفروع للوصول الى المصلحة المتبادلة بين المستثمر والجهات العراقية.

(2) د. مظهر محمد صالح ، السياسة النقدية والمالية والسيطرة على متغيرات التضخم واسعار الصرف ، بحث منشور في المجلة الاقتصادية العراقية ، العدد الرابع ، 2018، ص 22.

المطلب الثاني

الأحتياطي القانوني لفرع المصرف الأجنبي

يعد القطاع المصرفي من القطاعات الاقتصادية الأكثر حساسية للتغيرات في العالم بسبب التقدم في القدرات التنافسية في مجال المعاملات المالية والمصرفية في ظل التطورات المتلاحقة التي شهدتها الاسواق المالية ، وذلك عبر العديد من الهيئات والمؤسسات العلمية والبحثية في الدول المتقدمة ذات الاختصاص في المجال المالي والمصرفي واتجهت العديد من البلدان في العالم الى قبول وتبني سياسات ووسائل واجراءات تسعى الى تحسين اداء القطاع المصرفي وتفعيل دوره ، والتي سعت الى الاهتمام بصورة متزايدة بمفهوم كفاية رأس المال وكيفية دعم قدرة المصرف المالية ومساندتها وقد تدخلت المصارف المركزية لتمارس دورا كبير في عمليات الاشراف والرقابة من خلال النصوص التشريعية، وقد قادت هذه التغيرات الى انبثاق لجنة بازل لتحقيق رقابة فعلية على المصارف.

إذ تم الاتفاق رسميا في تموز 1988 على وضع قواعد رأس المال لتشجيع المصارف الرائدة في مختلف دول العالم للحفاظ على فرص قوية لرؤوس اموالها والحد من التفاوت في متطلبات رأس المال فيما بين البلدات المختلفة ولتعزيز المنافسة العادلة ولجنة بازل هي لجنة استشارية هادفة الى المحافظة على استقرار النظام المصرفي الدولي وتوفر الحماية الكافية لحماية حقوق الدائنين وبخاصة المودعين، علما أنها لا تستند الى أي اتفاقية دولية وانما أنشأت بمقتضى قرار من محافظي البنوك المركزية للدول الصناعية وتجتمع هذه اللجنة أربع مرات سنوياً يساعدها عدد من فرق العمل من الفنيين لدراسة مختلف جوانب الرقابة على المصارف، وتكون قرارات هذه اللجنة ملزمة للمصارف إذ تلعب دوراً اساسياً في تحديد التصنيف الأئتماني لفرع المصرف الأجنبي، الذي يؤدي دوراً مهماً في الأداء المصرفي.[1] حيث حددت اتفاقية بازل النسبة المئوية الدنيا لرأس المال المطلوب من المصارف في الدول المتقدمة الأقل خطورة الاحتفاظ لتغطية متطلبات الحد الأدنى لكفاية رأس المال.

وعليه سوف نسلط الضوء في هذا المطلب على جانب مهم في العمل المصرفي لفرع المصرف الأجنبي على المستوى المحلي والدولي وهو الاحتياطي القانوني للفرع وفق مقررات لجنة بازل ونقسم هذا المطلب الى فرعين نتناول في الفرع الأول مفهوم الأحتياطي القانوني لفرع المصرف الأجنبي ونتناول في الفرع الثاني اثر الاحتياطي القانوني على الأداء المصرفي لفرع المصرف الأجنبي.

---

(1) هيفاء محمد، أدارة المخاطر المصرفية في ضوء مقررات بازل (3، 2) مذكرة مقدمة لنيل الماجستير تخصص مالية وبنوك، كلية العلوم الادارية والتجارية ، جامعة الجزائر، 2015، ص17.

الفرع الأول
مفهوم الأحتياطي القانوني

تعد الأحتياطات القانونية خط الدفاع الاول لمواجهة الخسائر التي من الممكن ان تتعرض لها البلدان المضيفة لفرع المصرف الأجنبي، كما إنها من مستلزمات السياسة النقدية ولكن عليها أن لا تبالغ بحجم الاحتياطات، لأن ذلك ينعكس بأثار سلبية على جذب الأستثمار المصرفي الأجنبي، والاحتياطي القانوني هو نسبة من الودائع يحتفظ بها فرع المصرف الأجنبي على شكل أرصدة نقدية لدى المصرف المركزي، وهذا يعني انها جزءاً من الودائع يضل مجمداً لدى المصرف المركزي للدولة المضيفة ولا يستطيع فرع المصرف الأجنبي سحب نسخة منه، ويمثل هذا الاحتياطي جزءاً من الالتزامات النقدية المفروضة على فرع المصرف الأجنبي، وتختلف النسبة المطلوبة من بلد لأخر حسب السياسة النقدية والتشريعية والظروف الأقتصادية[1]. وتستخدم هذه النسبة للسيطرة على مستوى الأسعار(اي معالجة التضخم) والحفاظ على الاستقرار المالي وزيادة ثقة المودعين في النظام المصرفي ومواجهة المخاطر المصرفية وأزمات القطاع المصرفي المالي.[2] وتظهر أهمية الاحتياطي القانوني باعتباره أحد أدوات السياسة النقدية وأستخدامه في السيطرة على النقد ويمكن توضيح أهميته بالأتي:-

1- المحافظة على ثقة الناس بالنظام المصرفي

2- التأكد من اموال الناس المودعة في المصرف يتم حمايتها من الأفلاس من جانب فرع المصرف الأجنبي.

3- تعد عاملاً وافياً للسيولة المصرفية والمحافظة على سلامة المركز التنافسي له وذلك من خلال تأدية التزامات المترتبة علية في مواعيد الاستحقاق المتفق عليها.

4- تعزيز ثقة السلطات الرقابية وثقة العملاء بقدرة المصرف في المحافظة على أموال المودعين وعدم المغالاة في توظيف اموال الغير في انشطة معينة ينجم عنها مخاطر غير متوقعة.

5- أن تركيز الاحتياطي القانوني للفرع الأجنبي لدى المصرف المركزي للدولة المضيفة يوفر لها أرصدة اضافية ويقوي المركز المالي للفرع الأجنبي .[3]

---

(1) فودتياس ، نيكولاس ، تأثيرات اتفاقية بازل على الأنظمة المصرفية العربية ومقتضيات الالتزام به ، مجلة اتحاد المصارف العربية، 2003، ص296.

(2) اسامة كامل وحامد عبد الغني " النقود والبنوك " دار الوفاء لدنيا الطباعة ، الاسكندرية ، 2006، ص17.

(3) وليد عيدي عبد النبي، مزاد العملة الأجنبية ودوره في استقرار سعر الصرف للدينار العراقي، دراسة مقدمة للبنك المركزي العراقي المديرية العامة لمراقبة الصيرفة والائتمان، مجلة رابطة المصارف العراقية ، العدد الاول ،2019 ، ص 4.

فبالنسبة لموقف المشرع العراقي فقد نص في المادة (16) من قانون المصارف العراقي انف الذكر على " يحتفظ كل مصرف بجميع الأوقات برأس مال يشمل رأس ماله السليم وأحتياطاته السلمية في العراق لا تقل عن ما يعادل 12% من القيمة الاجمالية لموجوداته المحددة على اساس مراعاة عنصر المخاطرة أو اي نسبة مئوية أعلى من ذلك انظمة صادرة عن المصرف المركزي العراقي بإن يتكون ما لا يقل عن نصف رأس المال هذا من رأس مال اساسي. ولأغراض تطبيق هذا الشرط يعرف المصرف المركزي العراقي معنى رأس المال ورأس المال الأساسي والأحتياطيات وفئات موجودات المخاطر في أنظمته، ويكون تعريف وتحديد رأس المال ورأس المال والأحتياطيات والموجودات متفقا مع المعايير الدولية . 2- يتم طرح مبلغ أي حيازة لرأس المال لدى مصرف آخر أو مؤسسة مالية من رأس المال للمصرف لأغراض احتساب النسبة استنادا للفقرة (1). 3- يحدد البنك المركزي العراقي، بموجب أنظمة ومبادئ، تكوين وحيازة الحد الأدنى لرأس المال المدفوع لأي مصرف".

ونحن نؤيد موقف المشرع العراقي اعلاه لأن العمل المصرفي محاط بمخاطر مصرفية التي تعكس اثارها بشكل سلبي في الأداء المصرفي وتعد نسبة الأحتياطي القانوني من اهم السياسات الاقتصادية إذ انها تؤدي دورا مهما في النشاط الاقتصادي .

ومن الجدير بالذكر البنك المركزي العراقي قد طبق نسبة الاحتياطي القانوني حسب رأس المال على وفق اطار لجنة بازل منذ عام 1994 استنادا الى واقع النظام المصرفي العراقي انذاك.

وقد اصدر البنك المركزي العراقي (دائرة مراقبة الصيرفة) تعليماته المرقمة بالعدد (420/2/9) والمؤرخة في 2018/11/13 (الضوابط الرقابية الخاصة بمعيار كفاية رأس المال وفق متطلبات بازل) وقد جاء في الاسباب الموجبة لها "لأجل مواكبة التطورات الخاصة بالنظام المصرفي العالمي وبغية الوصول الى ما اكدت عليه مقررات لجنة بازل للرقابة المصرفية".

وفيما يخص المشرع المصري فقد نص في المادة " 74 " من قانون البنك المركزي والجهاز المصرفي والنقد رقم "88 " لسنة2003 على " على كل بنك أن يحتفظ لدى البنك المركزي برصيد دائن احتياطي ، وذلك بنسبة مما لديه من الودائع يحددها مجلس ادارة البنك المركزي " وقد اصدر البنك المركزي المصري في 2017/10/3 ، قرار برفع نسبة الاحتياطي القانوني من 10% الى 14% ، وقد اشار البنك المركزي المصري انه هذا القرار جاء لخفض التضخم المرتفع ، ولكن في ظل جائحة كورونا قرر البنك المركزي المصري خفض الاحتياطي من 14% الى 12% لتشجيع الاستهلاك وبهدف زيادة معدلات السيولة بالجهاز المصرفي وتحفيزهم على اعادة توظيفها في شكل قروض للافراد، لأن خفض الاحتياطي يساعد على زيادة معدلات السيولة في المصارف .

اما بالنسبة لموقف المشرع الفرنسي فقد اشترط البنك المركزي الفرنسي حجز 10% من رأس المال المدفوع وذلك من أجل تدعيم المركز المالي للفرع الأجنبي وتوفير السيولة النقدية من اجل ضمان الاستقرار المالي ودفع الاستراتيجية النقدية الفرنسية وتقوم هيئة رقابة المصارف في فرنسا بتحديد هذه النسبة وتتألف هذه الهيئة من محافظ البنك المركزي في فرنسا ، ومدير الخزينة ، رئيس قسم المالية في مجلس الدولة ، المدير المكلف بالأشراف على قضايا التسليف لدى وزارة الاقتصاد الوطني وممثلاً عن جمعيات مستخدمي المصرف الأكثر تمثيلا في المهنة المصرفية وتتمثل مهمة هذه الهيئة الرقابة العامة على كل مايتعلق بالمهنة المصرفية والمالية. (1)

الفرع الثاني

اثر الاحتياطي القانوني على الأداء المصرفي للفرع الأجنبي

لقد ركزت مقررات لجنة بازل على ضرورة ربط معيار كفاية رأس المال بالمخاطر الحقيقية التي يتعرض لها المصرف وعلى مدى قدرة المصرف على قياس تلك المخاطر والتحوط لها عن طريق تقرير العلاقات المتبادلة بين العائد والمخاطرة وقدرة المصرف على مواجهة المخاطر المالية ومدى كفاية رأس المال لردع تلك المخاطر لغرض القدرة على تسديد الالتزامات المالية من قبل المصرف تجاه الغير.

إذ ان العمل المصرفي خصوصًا لفرع المصرف الأجنبي دائما ما يحاط بمجموعة من المخاطر التي تنعكس اثارها بشكل سلبي على الأداء المصرفي إذا ما تم اداراتها بشكل صحيح.

وعلى الرغم مما أقرته لجنة بازل للمصارف من اساليب سليمة وأمنة تضمن رقابة مستمرة وواعية فيما يتعلق بمدى كفاية رأس المال المصرفي وفرضت في الوقت نفسه ضغوطا على صعيد زيادة رأس المال، اضافة الرقابة الفعّالة والسليمة، لغرض التقييم (التصنيف) الائتماني لفرع المصرف الأجنبي ، مما يسهم في أداءه المصرفي والربحي.

وهذا ما يحقق أهم أهداف فلسفة المشرع العراقي إذ تعد أهم الخطوات لبناء مصرفي تنافسي ونشط في العراق، إذ من المتوقع ان تجلب تلك الفروع الأجنبية مالاً جديدًا وتكنولوجيا حديثة وتوفر خدمات مصرفية جديدة واسعة النطاق وتنفذ وسائل اقراض جديدة.

اضافة الى ذلك من أهم الاثار المترتبة على التصنيف الأئتماني للفرع من خلال تأمين الاحتياطي القانوني من رأس المال للفرع الأجنبي لدى المصرف المركزي العراقي هو مشاركته في مزاد العملة الأجنبية إذ استخدم

(1)التشريع النقدي والمالي في فرنسا منشور على الرابط الاتي تاريخ الزيارة 2020/1/19.
https://eurlex.europa.eu/LexUriServ/LexUriServ.do?uri=OJ:L:1998:330:0032:0054:EN:PDF

البنك المركزي العراقي اسلوب المزايدات بهدف السيطرة على عرض النقد والسيولة العامة والتي تصب في الحد من التضخم وتحقيق الاستقرار في المستوى العام للاسعار اضافة الى أنه يعد مصدرًا اساسيًا لتمويل تجارة القطاع الخاص للسلع والخدمات التي تحتاجها السوق العراقية ومموﻻً اساسيًا لها ، اضافة الى توفير موارد من العملة الأجنبية للمصارف لغرض تمكينها من فتح الاعتمادات المستندية وخطابات الضمان، واجراء عملية تحويل المبالغ بالعملة الأجنبية.

ويتم بيع العملة الأجنبية عن طريق البنك المركزي العراقي على وفق الصلاحية الممنوحة له بموجب المادة (28) من قانون المصرف المركزي العراقي رقم (56) لسنة2004.[1]

والتي تكون على شكل عروض تقدم من المصارف والشركات المحلية والأجنبية، بموجب تعليمات المصرف المركزي العراقي لبيع وشراء العملة الأجنبية المرقمة 2251/6 لسنة 2017.

ومن التشريعات التي نظمت بيع وشراء العملة الأجنبية هو التشريع المصري فقد أشار قانون البنك المركزي والجهاز المصرفي والنقد في المادة (6) الى تنظيم ادارة سوق الصرف الأجنبي "أي ان المصرف المركزي المصري هو المسؤول عن ادارة وتنظيم عمليات بيع العملة الأجنبية ويتم التعامل عن طريق المصارف المتخصصة بعمليات التجارة الدولية) [2]

وقد وضعت المواد (207– 215) من قانون البنك المركزي والجهاز المصرفي المصري النافذ الأطار القانوني لنظام الصرف الأجنبي وادارته بما يكفل استقرار النقد المصري من خلال تنظيم ترخيص ضوابط عمل شركات الصرافة الأجنبية وتحويل الأموال والتأكيد على أن سعر صرف الجنيه المصري مقابل العملات الأجنبية يتحدد بتفاعل قوى العرض والطلب في سوق النقد الأجنبي وفق للقواعد التي يصدرها البنك المركزي المصري ، وقد نصت الضوابط على عقوبة السجن لمدة لاتقل عن 3 سنوات ولاتزيد على 10 سنوات وبغرامة لاتقل عن مليون جنيه ولاتتجاوز 5 مليون جنيه كل من تعامل بالنقد الأجنبي خارج البنوك المعتمدة أو الجهات التي رخص لها ذلك ، كذلك نصت المادة (208) " لمحافظ البنك المركزي في حالة مخالفة البنك لقواعد واجراءات التعامل في العملة الأجنبية أن تتخذ ماتراه مناسبا من إجراءات بما في ذلك ايقاف البنك عن التعامل بالنقد الأجنبي لمدة لا تتجاوز السنة " [3]

(1) وليد مصطفى شاويش ، السياسة النقدية بين الفقه الاسلامي والاقتصاد الوضعي ، المعهد العالمي لمفكر الاسلامي ، الولايات المتحدة الامريكية ، 5111، ص11.

(2) مصطفى رشيدي شيخة ، الاقتصاد النقدي والمصرفي ، ط1،دار النهضة، مصر، 1999، ص27.

(3) ضوابط تداول العملات الأجنبية بقانون البنك المركزي المصري منشورة على الموقع الألكتروني https//www.youm7. com تاريخ الزيارة يوم الجمعة 2021/7/30 .

اما عن موقف المشرع الفرنسي [1] إذ يتم بيع العملة الأجنبية بواسطة ثلاثة انظمة اولها بريد يدوي يتم تحويل العملة الأجنبية الى وطنية وترتبط بمكان تنقلات الأشخاص بين الدول المختلفة، والثاني عن طريق العمليات المصرفية التي تتبادل فيها العملات الأجنبية بين الدول المختلفة، وأخرها عن طريق قيام المصرف المركزي بتقديم مبالغ من العملات الأجنبية تقطع من رصيده من العملات الأجنبية الموجودة في خارج فرنسا مقابل اليوريو .

ويتضح لنا أن مشرعنا العراقي أولى أهمية كبيرة وعناية شديدة للمزاد بيع العملة الأجنبية مقارنة بالمشرع المصري والفرنسي وذلك أن اقتصادنا العراقي هو اقتصاد ريعي يعتمد على بيع العملة الأجنبية المتحصلة من بيع وارادات النفط لذلك يتم بيعها في البنك المركزي العراقي.

(1) ESPAGNET (F.): Précis de droit intomational privé. Sen éd. ،par ch. DE BOECK ،Paris ،1909.
DICEY and MORRIS: The conflict of laws ،9th ed.2017. p .78

الفصل الثاني

المنهج التقليدي في تحديد القانون الواجب التطبيق على فرع المصرف الأجنبي

الفصل الثاني

المنهج التقليدي في تحديد القانون الواجب التطبيق على فرع المصرف الأجنبي

تعد مسألة تحديد القانون الواجب التطبيق على منازعات فرع المصرف الأجنبي من أهم المواضيع التي يطرحها القانون الدولي الخاص في مجال العلاقات الدولية التي لاقت أهتمام العديد من الفقهاء والباحثين، إذ ان لهذه الفروع دور كبير في إطار النشاط الاقتصادي وحركة رؤوس الاموال بين الدول كما، تساعد بشكل فعّال في دفع عجلة النشاط الاقتصادي الدولي من خلال قدرتها الاقتصادية الهائلة مما يجعلها تنافس قدرات وامكانية دول احياناً.

أما من الناحية القانونية فان هذه الفروع الأجنبية تستقل بوجودها القانوني وشخصيتها القانونية إلا أنها بالمقابل تخضع لسيطرة ورقابة المصرف الأجنبي الأم ، مما يفسح المجال للأختلاف والجدل في تطبيق القانون فبالرغم من خضوع تلك الفروع الى القوانين العامة للمصرف الأجنبي التي تفرض عليها الامتثال لقوانينها أي قوانين الدولة التي تأسست فيها أو التي تحمل جنسيتها، فهذا أن كان لا يثير أشكالاً بالنسبة للدول المتطورة والإ تركز فيها تلك المصارف إلا أنه يعتبر محوراً للاشكاليات القانونية بالنسبة للدول التي تستضيف فروع المصارف الأجنبية نظراً لحاجتها الماسة للأستثمار في المصرف الاجنبي.[1]

وفي ضوء ذلك سوف نقسم هذا الفصل الى مبحثين نتناول في المبحث الاول –تحديد القانون الواجب التطبيق لحل منازعات فرع المصرف الأجنبي في اطار قواعد الإسناد اما المبحث الثاني – فسنتناول فيه تحديد القانون الواجب التطبيق في اطار قواعد التحكيم المصرفي.

المبحث الاول

دور القاضي الوطني في تحديد القانون الواجب التطبيق في اطار الاسناد التقليدي

الاصل وفقاً لمبدأ تنازع القوانين في تحديد القانون الواجب التطبيق على المنازعات العقدية وغير العقدية، ان يتم ذلك وفقاً لأسباب موضوعية من خلال تكييف العلاقات القانونية واسنادها الى النظام القانوني الملائم في دولة معينة، وذلك بحصر موضوع النزاع في إقليم معين أو منطقة جغرافية محددة، ومن ثم

(1) د. هاشم محمد العركوب، مصدر سبق ذكره ، ص2.

الوصول الى القانون الواجب التطبيق والذي يبنى الى الاقليم التابع لدولة معينة من واقع إرتباط موضوع النزاع بهذا الاقليم أو تلك الدولة[1]

إن العمل المصرفي كأي علاقة قانونية يكون من ثلاثة عناصر يترتب على إتصال أحدهما بنظام قانوني لدولة أجنبية إضفاء الصفة الأجنبية على عمل المصرف الأمر الذي ينتج عنه ما ينتج عن سائر العلاقات الدولية الخاصة من آثار فضلاً عن بعض النتائج التي أختص بها القانون العراقي.[2]

بيد أنه يشترط في ذلك ، استيفاء العنصر الأجنبي للشروط الواجبة لإكمال أثره الجانبي أن تكون علاقة قانونية ذات بعد أجنبي أي يتجاوز حدود النظام القانون الواحد لتعلقها بأكثر من دولة الأمر الذي يستدعي تطبيق قواعد القانون الدولي الخاص.

لذلك فان إضفاء الصفة الأجنبية على المنازعات المصرفية يترتب عليها وكأي علاقة قانونية جملة نتائج تتعلق بماهية القانون والنظام القضائي الذي يحكمها، وذلك لوجود أكثر من قانون أو نظام قانوني يمكن أن تخضع له وغير أثر ذلك في التشريع والقضاء العراقي.[3]

لا سيما أن المشرع العراقي قد خص بعض المنازعات التجارية ذات العنصر الأجنبي بالعناية وأحاطها بالضمانات متى أعتبرها علاقات قانونية أجنبية.

وقد نص المشرع العراقي على قواعد قانونية تدعى قواعد الإسناد أو قواعد تنازع القوانين وعلى اختلاف مسمياتها تكون مهمتها إسناد العلاقة القانونية للقانون الذي يراه المشرع الأفضل في تحقيق العدالة عن طريق قواعد الإسناد يمكننا معرفة القانون الواجب التطبيق على المنازعة ذات العنصر الأجنبي هل يطبق القانون الوطني أم القانون الأجنبي. والى أي مدى يلتزم القاضي الوطني بتطبيقه وهل القاضي الوطني يبحث في هذا القانون من تلقاء نفسه أم يجب على الخصوم إثبات مضمونه.[4]

وقد عالج المشرع العراقي قواعد الإسناد في الباب التمهيدي من القانون المدني العراقي رقم (40) لسنة 1951 النافذ في المواد(17،33) من القانون المدني العراقي رقم(40) لسنة 1951.

وعليه سوف نسلط الضوء من خلال هذا المبحث على تأثير الصفة الأجنبية على النزاعات المصرفية في تحديد القانون الواجب التطبيق، من خلال تقسيم هذا المبحث الى مطلبين نتناول في المطلب الأول سلطة القاضي الوطني في تحديد القانون الواجب التطبيق على فرع المصرف الأجنبي، أما في المطلب الثاني نتناول فيه القانون الواجب التطبيق على منازعات فرع المصرف الأجنبي .

(1) د. احمد عبد الكريم سلامة، القانون الدولي الخاص ، دار النهضة العربية، الطبعة الاولى ، 2000، ص 35.
(2) طارق عبد الله عيسى المجاهد، تنازع القوانين في عقود التجارة الدولية اطروحة دكتوراه، كلية القانون، جامعة بغداد، 2001، ص 12.
(3) د. يونس صلاح الدين علي ، القانون الدولي الخاص دراسة تحليلية في تنازع القوانين وتنازع الاختصاص القضائي الدولي وتنفيذ الأحكام الأجنبية ،ج2، ط1، منشورات زين الحقوقية ، بيروت ، 2016،ص 71.
(4) د. يونس صلاح الدين علي، مصدر سابق،ص 71.

المطلب الأول

دور القاضي الوطني في تحديد القانون الواجب التطبيق على منازعات فرع المصرف الأجنبي

الأصل في عقود المصارف الأجنبية أسوة بغيرها من العقود الدولية المتضمنة عنصراً أجنبياً، هو خضوعها للنظرية العامة لتنازع القوانين، فالقاضي هنا يقوم بتكييف العقد محل النزاع المطروح عليه ويتبين مثلاً أنه عقد يتسم بالطابع الدولي، فهو يسند ذلك العقد إلى القانون الذي تشير به قواعد تنازع القوانين في قانونه، وهو عادة قانون الإرادة في هذا الصدد، فإذا لم يكن المتعاقدان قد حددا القانون الواجب التطبيق على عقدهم، يلجأ القاضي هنا إلى ضوابط الإسناد الاحتياطية المقررة في قانونه والتي تحدد القانون المختص بحكم العقد الدولي عند سكوت الإرادة عن هذا التحديد.[1]

أن التنظيم المصرفي في أي دولة يدخل في أطار هذه القوانين ذات الأثر المباشر التي يجب مراعاتها حماية للتنظيم السياسي والأجتماعي والأقتصادي للدولة أيا كانت العناصر الأجنبية في هذه العلاقة، فهذه القوانين غير قابلة لأي تنازع من جانب القوانين الأجنبية. إذ أن كافة القواعد الخاصة بالنشاط المصرفي والتي تهدف الى حماية المتعاملين مع المصارف أو يكون الغرض منها بصفة خاصة فرض رقابة على الائتمان أو الصرف تطبق على جميع المنشآت المصرفية التي تمارس نشاطها على أرض الدولة دون تفرقة بين مصارف اجنبية أو وطنية.

وبهذا يختلف القضاء الوطني عن التحكيم من إذ أن القاضي الوطني له قانون يحكم به ويصدر أحكامه بأسم الدولة التي ينتمي إليها، وبالتالي فإنه يخضع لسيادة تلك الدولة، في حين نجد أن نظام هيئات التحكيم وطبيعة تكوينها يمنعانها من أن تسترشد عند غياب الاتفاق على تحديد القانون الواجب التطبيق من نص يقيد القانون الواجب التطبيق على العقد بقواعد موضوعية وضعها المشرع، وهي تلك المواد الخاصة بتنازع القوانين والتي تهدف إلى تحديد القانون الواجب التطبيق على العقد، فيلجأ الى العادات والأعراف التجارية التي تخص موضوع العقد المصرفي ذات العنصر الأجنبي.

وسوف نقسم هذا المطلب الى فرعين نتناول في الفرع الأول تطبيق القانون الوطني بإعتباره القانون الواجب التطبيق اما الفرع الثاني فنتناول فيه تطبيق قواعد القانون الأجنبي.

---

(1) د. عكاشة محمد عبد العال ، قانون العمليات المصرفية الدولية ، دراسة في القانون الواجب التطبيق على عمليات البنوك ذات الطبيعة الدولية ، ط1، دار الجامعة الجديدة، الاسكندرية، مصر، 2007 ، ص67.

الفرع الاول

تطبيق القانون الوطني باعتباره القانون الواجب التطبيق

عند التصدي للعمليات المصرفية نكون بصدد قانون مهني أقتصادي يفرض على فروع المصارف الأجنبية الأمتثال لمجموعة من القواعد الصارمة والملزمة [1] ، فالمشرع الوطني دائماً ما يحيط العمليات المتعلقة بالأئتمان بقيود وأوامر تضفي على هذه القوانين صفة البوليس ذات التطبيق الأمر والضروري،[2] وهذا التدخل الواسع من جانب الدولة في هذا الميدان له تأثير على العمليات المصرفية الدولية من إن تحديد القانون الواجب التطبيق، وذلك أستثناءً من القاعدة العامة التي تخضع فروع المصارف الأجنبية لقانون البلد الذي ينتمي إليه بجنسيته وهو قانون مركز الادارة الرئيسي والفعلي في تحديد القانون الواجب التطبيق على نظامها القانوني، إذ عمل المشرع العراقي على تطبيق معيار محل الأستغلال وهو معيار مقرر لصالح القانون الوطني في حالة ممارسة فروع المصارف نشاطها في العراق استناداً الى مبدأ الاقليمية الذي ينتج عنه تطبيق القواعد ذات التطبيق الضروري. ومن المسلمات في الفقه والتشريع خضوع المنازعات المصرفية المحلية بشكل عام الى القانون الوطني ولكن يؤدي إتصال العلاقة القانونية في عنصر من عناصرها على الأقل بنظام قانوني الى دولة أجنبية الى أحداث تنازع في القوانين ، وهو ما يؤدي في بعض الاحيان الى اختيار قانون دولة أجنبية ليحكم هذه المنازعة بناء على سياسة منطقية ذات هدف بإن يكون الأختيار تابعاً الى أسباب ودوافع تؤدي الى تحقيق العدالة في الحياة القانونية الدولية الخاصة للافراد.

من خلال مزاولة عمل فروع المصارف الأجنبية لعملها في الدول المضيفة تظهر منازعات عديدة نظراً لطبيعة نشاطاتها المصرفية، إذ ان هذه الفروع تمارس نشاطها في دول متعددة وبطبيعة الحال تكون

---

(1) انظر: قانون المصارف الاسلامية رقم (43) لسنة 2015، إذ جاء في الاسباب الموجبة لاصدار هذا القانون من أجل تنظيم عمل المصارف الاسلامية وفروع المصارف الأجنبية التي تماس الصيرفة الأسلامية في جمهورية العراق وحفاظا على سلامتها وسلامة النظام المصرفي، شرع هذا القانون.

(2) ويقصد بقوانين البوليس والأمن المدني تلك القواعد التي تنظم التدخل الأقتصادي والأجتماعي للدولة التي يكون الهدف من تشريعها حماية الأسس الأقتصادية والأجتماعية التي يقوم عليها مجتمع دولة القاضي وبالتالي يكون للقاضي تطبيقها في العلاقات الدولية دون الرجوع الى قواعد الإسناد التقليدية حتى يتحقق هدف المشرع من صياغتها من خلال توسيع دائرة الأختصاص الوطني من اجل حماية المجتمع الوطني ، وأن القواعد ذات التطبيق الضروري لها الصفة الأمرة بإن يكون تطبيقها لازما وضروريا بمجرد ما تعرض عليه دون الحاجة الى اي وقائع مادية اخرى فلا يحتاج الى قواعد الإسناد العادية أو اي وسيلة أو مبرر لتطبيقها فالمشرع الوطني لم يضع هذه القواعد الا من اجل حماية المجتمع . وللمزيد من التفاصيل انظر د أحمد عبد الكريم سلامة ، القواعد ذات التطبيق الضروري وقواعد القانون العام في القانون الدولي الخاص ، دراسة تحليلية ، الطبعة الاولى ، دار النهضة العربية ، 1988 ، ص17 .

هذا المعنى اكده القضاء الفرنسي قبل صدور هذا التشريع راجع حكم محكمة مارسيليا التجارية الصادرفي 26 اكتوبر1933 منشور في (clunt geurnal deD.T.P) ، وايضا حكم محكمة اكتوبر باريس الصادر في 26 اكتوبر1933 الصادر في 26 اكتوبر 1933 منشورا في Rev.crit .deD.t.p بل لقد اكد هذا المعنى في المادة 15 من نفس القانون ، تطبق هذه القواعد على المنشآت البنكية في فرنسا التابعة لبنوك اجنبية .

محكومة بتشريعات وطنية مختلفة، وعليه سنبحث عن مدى ملائمة ضوابط الإسناد التقليدية لمعرفة القانون الواجب التطبيق في هذه المنازعات المصرفية الأجنبية التي نحن بصدد دراستها.

يقوم مبدأ "قاعدة التنازع على العنصر الأجنبي، الذي يحتويه العلاقة القانونية بإن يعد هذا العنصر نقطة الانطلاق في إختيار القانون الانسب وهو يقوم بذلك عن طريق تحليل العلاقة أو المسألة القانونية المعروضة والتي تكون على اتصال بأكثر من نظام قانوني مما يؤدي الى تركيزها في اقلم دولة معينة ليتم في الأخير الى إسنادها الى قانون هذه الدولة باعتبارها أكثر ملائمة لحكمها .

ومن الملاحظ أن اختلاف الأنظمة القانونية الوطنية المتعددة تعد أهم العوامل التي تسهم في عرقلة تطوير العلاقات الاقتصادية الدولية ، لذلك بذلت مجهودات دولية للتغلب على هذا الاختلاف والعمل على توحيد قواعد العقود التجارية الدولية إذ أتجه التفكير الى ضرورة تحديد القواعد التي تحكم العلاقات الاقتصادية الدولية الأخرى بين الدول التي تشارك في التجارة الدولية.

وقد أشار الفقه الى عدة حلول لفض مشكلة تنازع القوانين بخصوص عمل فروع الشركات الأجنبية والتي يدخل في ضمنها فروع المصارف والعقود بصورة عامة فقد أتجه البعض الى تطبيق قانون الجنسية المشتركة للمتعاقدين في حالة اشتراكهما في الجنسية وأتجه البعض الى تطبيق قانون البلد الذي تم فيه ابرام العقد، ويفضل رأي من الفقه ثالث بتطبيق قانون مقر الشركة أي مركز إدارة الاعمال، وهذا الأتجاه معمول به لدى فقه القانون الدولي الخاص الالماني وهو الاتجاه التقليدي، أما الفقه الفرنسي المعاصر فهو يميل الى تطبيق قانون دولة العقد الذي هو تعبير عن، ارادة المتعاقدين حتى إذا كان الامر بقدر تعلق الجانب التنظيمي للعقد، وذلك صيانة لوحدة العقد ، ففرع المصرف الأجنبي يعد امتداد للمصرف الأم وليس له جنسية الدولة التي يمارس فيها نشاطه. [1]

ونحن نرى أنه لا يمكن الركون الى قانون مركز الادارة الرئيسي بوضعه معياراً معتمد عليه في ظل عمل فروع المصارف الأجنبية في الدول المضيفة دون الأخذ بمحل التنفيذ أو معيار تركيز العمل وهذا ما سنتناوله في الفصل الثالث.

وقد نص المشرع العراقي في المادة (49) من القانون المدني العراقي "يسري على النظام القانون للاشخاص المعنوية الأجنبية من شركات وجمعيات ومؤسسات قانون الدولة التي يوجد فيها مركز الادارة الرئيس الفعلي ومع ذلك إذا باشر الشخص المعنوي الأجنبي نشاطه الرئيس في العراق فان القانون العراقي هو الذي يسري".

(1) د. عصام الدين القصبي، المركز القانوني للبنوك الأجنبية، ، مصدر سابق ، ص107

المقصود بمركز الادارة الرئيس المكان الذي يتركز فيه النشاط التوجيهي للشخص الاعتباري وهو عادةً المكان الذي يجتمع فيه مجلس الادارة والجمعية العامة والذي توجد فيه مكاتب الادارة العامة. [1]

ونرى أنه بعد أن وضع المشرع القاعدة العامة في إخضاع النظام القانوني للشركات الى قانون الدولة التي يوجد فيها مركز إداراتها الرئيس الفعلي، لكنه قرر استثناءً هاماً على هذه القاعدة لصالح القانون العراقي فنص على أنه ومع ذلك إذا باشرت الشركات الأجنبية نشاطها في العراق فان القانون العراقي هو الذي يسري.

ومؤدى ذلك إن المشرع قد أهدر ضابط الإسناد الأصيل بالنسبة للنظام القانوني للشركات الأجنبية وهو مركز الادارة الرئيسي الفعلي، واعتد بضابط آخر هو مكان الاشتغال الرئيسي في العراق.

وعلى ذلك فإذا باشر فرع المصرف الأجنبي نشاطه الرئيس في العراق فالقانون العراقي هو الذي يسري حتى لو كان مركز ادارتها الرئيسي الفعلي في الخارج. ونلاحظ ان هذا الاستثناء ينطوي على ميزتين هامتين برأينا:

الاولى – وهي تخفيفه من غلواء القاعدة العامة في شأن الاعتداد بقانون مركز الادارة الرئيسي بوصفه تعبيراً عن مصالح المصارف الأجنبية الكبرى التي تمارس نشاطاً اقتصادياً واسعاً في الدول المختلفة، أو أن معيار مركز الادارة الرئيس تحقق المرونة اللازمة لتلبية حاجات هذه المصارف التي تستطيع بسهولة ان تضع مجلس إدارتها في المكان الذي يلائمها.

اما الميزة الثانية أنه يسد الطريق في وجه الأحتمالات في التحايل على أحكام القانون العراقي عندما يباشر المشروع نشاطه الرئيسي في العراق، فقد يتخذ المصرف الأجنبي مركز الادارة في الخارج بالرغم من كون نشاطه الحقيقي في العراق بقصد التحايل على أحكام القانون العراقي، ففي هذه الحالة يخضع فرع المصرف الأجنبي لأحكام القانون العراقي بالرغم من عدم وجود مركز إدارته بالعراق تأسيساً على أن العراق هو مركز العمل الرئيس لعمل فرع المصرف الأجنبي.

ومن هنا قرر المشرع العراقي هذا الاستثناء حفاظاً على المصالح التجارية والاقتصادية من الدولة حتى لا تتهرب فروع المصارف الأجنبية من الخضوع لاحكام القانون العراقي بالرغم من مباشرة نشاطها الرئيسي في العراق، إن القانون العراقي له ولاية تشريعية على فروع المصارف الأجنبية العاملة فيه ويتبعه من إذ النظام القانوني والقانون الواجب التطبيق.

(1) د. يونس صلاح الدين علي ، القانون الدولي الخاص دراسة تحليلية في تنازع القوانين وتنازع الاختصاص القضائي الدولي وتنفيذ الأحكام الأجنبية ،ج2، مطبعة القاهرة ، الطبعة الاولى ، ص 12

إذ تنص المادة (49) من القانون المدني العراقي على سريان القانون الوطني على الاشخاص الاعتبارية التي تمارس نشاطها في العراق فبموجب هذه المادة يكون القانون العراقي هو المختص بشأن ممارسة هذا النشاط واختصاص القانون في هذه الحالة يكون على أساس التطبيق الاقليمي للقانون الوطني.

وقد نص قانون المصارف العراقي رقم (94) لسنة 2004 في المادة (4) الفقرة (5) على "أنه تعامل الشركات التابعة لفروع المصارف الأجنبية التي تعود ملكيتها جزئياً أو كلياً الى اشخاص أجانب بموجب قوانين العراق بطريقة لا تقل عن المستوى الذي تعامل فيه المصارف المحلية".

ومن خلال هاتيين المادتين يتضح أن المشرع العراقي أخذ بمعيار الأستغلال باعتبار أن المصارف التي يوجد مركزها الرئيسي في الخارج وتزاول نشاطها المصرفي وأعمالها في العراق تخضع للتشريعات الوطنية كسائر المصارف المحلية الأخرى.

فهذه القواعد القانونية تطبق في قانون القاضي دون أن تزاحمها بالفصل في النزاع أي قواعد أجنبية أخرى فهي قواعد موضوعية تطبق داخل النظام القانوني الوطني دون دخولها في منافسة مع القوانين الأجنبية أي دون إعمال قواعد الأسناد، فهي قواعد قانونية ذات تطبيق مباشر تتولى بذاتها تحديد مجال أنطباقها. وعلى الرغم من الجهد الكبير من جانب فروع المصارف الأجنبية والدول المضيفة على التفاوض ابتداءً حول كافة المسائل التي تتعلق بفرع المصرف الأجنبي وممارسة نشاطاته وحقوق والتزامات كل طرف من الأطراف المعنية، ويضمن ذلك في العقود المبرمة بين الطرفين إلا أنه قد تنشأ بعض المسائل الخلافية حول تطبيق أو تغيير التزام أو أكثر من التزامات أحد الأطراف المعنية سواءً لعدم وضوح الألتزام أو لتغيير سياسة فرع المصرف الأجنبي خلال نشاطاته المصرفية.

ولما كانت فروع المصارف الأجنبية تمارس دوراً حيوياً وهاماً متعلقاً بالاقتصاد الوطني فقد جرت التشريعات المقارنة على أخضاع هذه الفروع الأجنبية عند ممارستها نشاطها المصرفي الى قانون الدولة التي تمارس فيها نشاطها [1] . إذ أن سلطان الأرادة لا يجرد القانون العراقي من التدخل لتنظيم المسائل المتعلقة بالعملية الرقابية والمعتبرة من قوانين البوليس كضرورة حصول الفرع الأجنبي على ترخيص أو أذن لممارسة العمل المصرفي أو القيام بالتصرف بموضوع العملية المصرفية والقواعد المنظمة للرقابة على النقد، الخ، ذلك أن من المقرر أن قواعد الإسناد ذات التطبيق الضروري أنما تقيد من مجال أعمال قاعدة الإسناد أمام هذا القاضي.

(1) محمد، أياد طاهر وأحمد، صلاح حسن. الاستثمار الأجنبي غير المباشر وانعكاسه على تداول الأسهم العادية: دراسة تطبيقية في سوق العراق للأوراق المالية، مجلة كلية بغداد للعلوم الاقتصادية الجامعة، العدد الخاص بمؤتمر الكلية، بغداد، العراق، 2013، ص 99-126.

وهنا يتضح لنا أن مسألة الرقابة على فروع المصارف الأجنبية وتنظيم اعمالها المصرفية والتعامل بالنقد أهمية حيوية في السياسة الأقتصادية العراقية وهي أهمية أوجبت تنظيمها من قبل المشرع العراقي وكذلك التشريعات المقارنة التي أوضحناها فيما سبق بصورة مفصله ودقيقه جاعلا منها قواعد ذات تطبيق ضروري ومباشر، ويتجلى بشكل واضح مظهر قواعد البوليس بوضوح ها هنا عند كل فرض يعلق فيه المشرع الوطني المعاملة المصرفية على ضرورة الحصول على أذن أو ترخيص من السلطة المحلية وهو لا يمنح ألا إذا تأكدت هذه الجهة من أن مضمون العقد يتفق مع المصلحة الوطنية. وكذلك أخضاع فرع المصرف الأجنبي للقواعد الوطنية المحلية المنظمة لعملية الأئتمان، يمكن تجسيد هذا المبدا من أن اي عمليه من عمليات الأئتمان تتم على أرض الوطن يجب أن تخضع وبصفه ضرورية لأحكام القانون العراقي حتى لو كان لعملية الأئتمان صفه دوليه لا يجعلها تتمرد على الأمتثال لقواعد البوليس التي تنظمها فهذه القواعد الوطنية لا تتعلق بمجرد تنظيم الأداره داخل الفرع الأجنبي بل لها أثار على العلاقة التي تربط الفروع الأجنبية بعملائها أو شركائها أيا كانت الدوله التي يوجد فيها موطن هولاء، وبصرف النظر عن الجنسية التي يحملوها، ومن قبيل ذلك الأحكام والقواعد التي تحدد مبلغ الأئتمان ومدته ومعدل الفائدة فيه.

وكذلك الحال فأنه لا يكون بمقدور اي مصرف أجنبي أو اي فرع فيه عدم الخضوع للقوانين الخاصة بالائتمان والمنظمة للجهاز المصرفي بشكل عام، بحجة أنها تخضع للقانون الأجنبي، اي قانون المصرف الرئيسي أو الأم، كما لا يمكن لأي منهما التمسك بتشريع دوله أجنبية بهدف التخلص من الألتزامات المفروضة عليه بمقتضى القانون العراقي.

ولقد جاء في المادة (3) الفقرة تاسعا من تعليمات البنك المركزي العراقي المرقمة بالعدد 136/2/9 والمؤرخة في 2019/4/1 يجب ان يقدم الفرع الأجنبي "تعهد من المركز الرئيس المصرف الأم بالتزام الفرع بالقوانين العراقية واللوائح والقرارات والتعليمات السارية التي يصدرها المصرف المركزي العراقي والذي يحقق عوائد وفوائد للاقتصاد الوطني العراقي في السوق المصرفي.

أن القانون الأجنبي الذي يخضع له المصرف الأجنبي الأم والذي ينظم أعمال المصرف الأم بدأ من نشأته حتى انقضائه له أهميته الخاصة في مجال مشكلة تنازع القوانين، والتي تدخل في دائرة المشاكل الناجمة عن استعمال المصرف للحقوق المخولة له ولكن ما يهمنا في هذا الموضوع هو السمة الخاصة للقواعد المصرفية الحاكمة لفروع المصارف الأجنبية.

فقد استقر الفقه[1] على أن قواعد التنظيم المصرفي هي من قبيل قواعد البوليس والأمن المدني (lois de police et) ذات التطبيق الأقليمي فهذه القواعد تشكل ما يسمى بالنظام العام الأقتصادي الذي يحكم كل نشاط مصرفي يمارس على أرض الدولة محلي أو أجنبي.

الى أن قوانين البوليس تلك التي تعد من قبيل القوانين المتعلقة بالنظام العام والتي تطبق مباشرة دون الحاجة الى اللجوء الى قاعدة الإسناد الوطنية، وهذا الاتجاه يطلق عليه نظرية القوانين ذات التطبيق المباشر وتتلخص هذه النظرية في أنه إذا كانت القاعدة في مادة تنازع القوانين ان نبدأ بالعلاقة المتنازع فيها ونبحث مستعينين بقاعدة الإسناد عن القانون الواجب التطبيق عليها ، فأن الأمر على العكس من ذلك بالنسبة للقوانين ذات التطبيق المباشر، فأننا نبدأ بهذه القوانين باحثين عما إذا كانت العلاقة المتنازع فيها تدخل في أطارها أم لا، وفقط في حالة إذا ما تبين أن هذه العلاقة خارج نطاق تطبيق هذه القوانين فأننا نلجأ للطريقة التنازعية أي بأسلوب تنازع القوانين، من خلال الأستعانة بقاعدة الإسناد وصولاً الى تحديد القانون الواجب التطبيق. نستنتج من ذلك أن تطبيق هذه القوانين لا يكون نتيجة لأعمال قاعدة الإسناد وأنما ينشأ من التحديد الأنفرادي لمجال تطبيقها ونحن نرى:-

أن التنظيم المصرفي في أي دولة يدخل في أطار هذه القوانين ذات الأثر المباشر التي يجب مراعاتها حماية للتنظيم السياسي والأجتماعي والأقتصادي للدولة أيا كانت العناصر الأجنبية في هذه العلاقة، فهذه القوانين غير قابلة لأي تنازع من جانب القوانين الأجنبية. إذ أن كافة القواعد الخاصة بالنشاط المصرفي والتي تهدف الى حماية المتعاملين مع المصارف أو يكون الغرض منها بصفة خاصة فرض رقابة على الائتمان أو الصرف تطبق على جميع المنشآت المصرفية التي تمارس نشاطها على أرض الدولة دون تفرقة بين مصارف اجنبية أو وطنية.[2]

وقد ذهب المشرع الفرنسي الى هذا المعنى في الفقرة الثانية من المادة الاولى من قانون 13 يونيو 1941 بقوله "أن تنظيم عمليات المصرف يطبق على كل منشأة مصرفية تمارس نشاطها في فرنسا ولو كانت مستغلة بواسطة شخص طبيعي أو اعتباري من جنسية أجنبية" وقد أكد هذا المعنى المادة (15) من نفس القانون "تطبق هذه القواعد على المنشآت البنكية في فرنسا التابعة لمصارف اجنبية".[3]

---

(1) د. هشام خالد، موقع المال كضابط للأختصاص القضائي الدولي، منشأة المعارف، الاسكندرية، 2008، ص 214

(2) لقد نص المشرع العراقي في الفقرة ثالثا/ من المادة "34" من قانون المخدرات والمؤثرات العقلية رقم "50" لسنة2017 " تلزم المصارف العراقية أو الأجنبية العاملة في العراق بتزويد المحكمة المختصة بجميع البيانات للتعرف عما لديها من ارصدة ومدخرات وودائع واسهم وسندات تعود ملكيتها الى الذين يجري التحقيق معهم"

(3) JASINSKI (P.): Les credits documentaries dont le paiement ou le remboursement est assuré par des organisms financiers internationaux ،Banque 1987 .p . 36

وهذا ما أخذ به المشرع المصري في المادة (2/11) من القانون المدني "اما النظام القانوني للأشخاص الأعتبارية الأجنبية فيسري عليها قانون الدولة التي أتخذت فيها هذه الأشخاص مركز ادارتها الرئيس أو الفعلي ومع ذلك إذا باشرت نشاطها الرئيسي في مصر فأن القانون المصري هو الذي يسري، وهذا ما يؤكد خضوع فروع المصارف الأجنبية الى القانون المصري.[1]

ونجد ان تطبيق القانون الوطني على فروع المصارف الأجنبية يمثل ضرورة حيوية في الدولة المختلفة، وفي العراق خاصة وهذه الضرورة تتمثل:-

1- تعتبر المقابل الطبيعي لتمتع هذه الفروع بمزايا وأعفاءات الأستثمار الأجنبي وتلك الأعفاءات ما تقررت الا لغرض خدمة الأقتصاد الوطني ومتطلباته ومن الطبيعي ان تطبق القواعد القانونية الوطنية للتحقق من أن مسيرة الفروع الأجنبية تواكب هذه الأغراض وأنها تنتهج السياسات والأساليب التي تساعدها على تحقيق الأمال المعقودة عليها. وقد سارت على هذا النهج العديد من الدول الأوربية (فرنسا والمانيا وايطاليا وانجلترا).

2- أن العمليات المصرفية تخضع لجملة من القواعد ترمي الى خلق تنظيم مباشر ينطبق على هذه العمليات فالأمر يتعلق بقواعد ترمي الى حماية مصالح أساسية وأقتصادية وأجتماعية غاية في الأهمية، وتتمحور الفكرة الأساسية أن تطبيق القانون الوطني نزولاً على مقتضيات قوانين البوليس المطبقة في الدولة المضيفة للفرع، أمر يؤكد فعالية القاعدة العامة التي تقضي بأخضاع هذه العمليات المصرفية للقانون الوطني للدولة المضيفة، بمقتضى منهجية التنازع ذاتها فالفرع الذي يقوم بالعمل المصرفي لاشك يمتثل للقوانين الأمرة المعمول بها في هذا المكان فأن وجود مثل هذا التنظيم المصرفي ذي التطبيق الضروري في الدولة التي يعمل بها الفرع تجعل من المرغوب فيه أن يختار الأطراف قانون الفرع ليحكم العملية المصرفية، فالمؤسسة المصرفية تستغرق العملية العقدية.

ونلاحظ في المجال العملي عندما يلوذ الأطراف بالصمت عن أختيار القانون المطبق على عقدهم انهم قصدوا الى أخضاع عقدهم للقانون الذي سوف تنطبق عليه بعض نصوصه اعمالا لقانون الارادة وفق منهجية تنازع القوانين ومنهجية قوانين البوليس وهو تطابق يجعل من أعمال القانون الوطني للدولة المضيفة للفرع الحل الأكثر فعالية من أي حل أخر ، هذا التطابق بين قانون العقد وقوانين البوليس بشأن هذا النوع من العلاقات شائع جدا صحيح أنه يمكن للأطراف أن يختاروا قانونا أخر ليحكم العملية المصرفية الأجنبية الا أن ذلك يعد أمراً غير عادي يجب أن تتوافر ظروفه الخاصة التي تبرره وفي الفرض أعلاه أن تطبيق

(1) د. هشام خالد، موقع المال كضابط للأختصاص القضائي الدولي، مصدر سابق ، ص 215.

القانون الوطني ينطبق ليس بوصفه قانون العقد وانما بوصفه قانونا أمرا أي من قوانين البوليس ذات التطبيق الضروري.[1]

ولقد جاء في قانون المصارف والأئتمان المادة (26) من القانون المصري " تخضع جميع المصارف التي تمارس عملياتها داخل جمهورية مصر العربية لأحكام هذا القانون "ولعل الوظيفة الخطيرة التي تقوم بها البنوك المركزية كونها تخلق النقود وتوفر الأئتمان والاشراف على المصارف إذ يقوم هذا الجهاز بالدور التمويلي للأقتصاد الوطني ويشرف على سياسة الأئتمان في الدولة، فلا أحد ينكر ما تقوم به المصارف من نشاط جوهري يتعلق بصميم الأقتصاد الوطني ' ومن هذا المنظور تتوافق سائر الدول على أخضاع المصارف عامة والفروع الأجنبية بالتحديد في ممارستها لعملها لتنظيم محدد ورقابة صارمة كون المصارف وفروع المصارف الأجنبية بالتحديد تتعلق بالأئتمان الذي أصبح عصب الأقتصاد الوطني، لذلك يجب التأكد من سلامة العمليات المصرفية التي يقوم بها فرع المصرف الأجنبي، وقد نصت التشريعات الوطنية العراقية النافذة على أهمية العمليات المصرفية والتجارية أدراكا منه لأهمية هذه العمليات والدور الذي تؤديه كونها تمثل عماد الأقتصاد القومي في البلاد إذ أصدر المشرع قوانين عديدة تتعلق بالرقابة على النقد وقانون المصارف وقانون التعامل بالنقد وقانون المصارف الأسلامية وقانون سوق العراق للأوراق المالية وقانون الأستثمار والانظمة والتعليمات الخاصة بالرقابة على الجهاز المصرفي، ولذلك نلاحظ أن غالبية القوانين المنظمة لعمليات فروع المصارف الأجنبية لها صفة قوانين البوليس، فعند مزاولة فرع المصرف الأجنبي لأعماله ونشاطاته المصرفية داخل العراق فأنه يخضع لأحكام القانون العراقي وهو القانون الواجب التطبيق دون شك من خلال منهجية التنازع وهو ما يتحقق بالأختيار الصريح أو المؤكد لهذا القانون كونه مقيم على أرض الوطن ويمارسه نشاطه المصرفي في العراق، بأعتبار أن قاعدة الإسناد تقضي بذلك من إذ المبدأ بتطبيق قانون المصرف بوصفه صاحب الأداء المميز فيه كما سنبحث ذلك بالتفصيل لاحقاً.

على أن ذلك لا يخل أبدا بأعمال قوانين البوليس المصرفية في العراق، إذ لو تم أبرام العملية المصرفية في العراق ويتفق المتعاقدان على أخضاع العملية لقانون أجنبي أخر فالقانون المختار بمقتضى قانون الارادة هو القانون الواجب التطبيق على ان لا يتعارض مع القوانين والتشريعات الوطنية العراقية النافذة.

وبالنسبة لموقف المشرع المصري فقد نص في المادة (2/11) من القانون المدني المصري على "النظام القانوني للاشخاص الاعتبارية الأجنبية من شركات وجمعيات ومؤسسات وغيرها فيسري عليها قانون

(1) د. محمود محمد ياقوت، حرية المتعاقدين في اختيار قانون العقد الدولي بين النظرية والتطبيق منشأة المعارف، الاسكندرية ،2004، ص 319-320.

الدولة التي أتخذت فيها هذه الاشخاص مركز إدارتها الرئيسي الفعلي ومع ذلك إذا باشرت نشاطها الرئيسي مصر فان القانون المصري هو الذي يسري في هذه الحالة".

لكن إذا ارتبط فرع المصرف الأجنبي بالتزامات عقدية فان المرجع في تحديد القانون الواجب التطبيق هو قاعدة الإسناد الخاصة بالالتزامات التعاقدية وفق المادة (19) من القانون المصري.[1]

الفرع الثاني
تطبيق قوانين المصرف الأجنبي الأم

ينبغي بادئه ذي بدء ملاحظة أمرين في هذا الصدد : ان قوانين البوليس ذات التطبيق الضروري تفرض أبتداءً ازاء العمليات المصرفية التي تقوم بها الفروع الأجنبية العاملة في العراق، وليس لهذه الفروع أن تتذرع بقواعد البوليس الأجنبية لتبرير عدم تنفيذها للألتزامات المصرفية التي يفرضها المشرع العراقي بصورة أمرة. ذلك في حالة التزاحم بين قوانين البوليس الوطنية وقوانين البوليس الأجنبية لحكم مسألة ما، فأن الأولى هي التي يجب حكمها دون تردد والحال كذلك إذا أتفق فرع مصرف أجنبي مع عميل عراقي على أن يقدم خدمة مصرفية العراق له ففي مثل هذا الفرض لا يكون لمثل هذا الفرع الأجنبي في سبيل التخلص من الالتزامات الملقاة على عاتقه بسبب هذه العملية أن يتذرع بالأجراءات المقيدة التي يفرضها القانون الأجنبي فقوانين البوليس المصرفية في العراق تكون هي الواجبة الأتباع.

اما الأمر الثاني:- أن الفروع التابعة للمصارف العراقية والتي تعمل في الخارج ، يكون عليها أن تمتثل بالدرجة الأساس لقوانين البوليس في الدول الأجنبية التي تعمل فيها دون أن تمتد قوانين البوليس المصرفية العراقية لتنظيم هذه العمليات.[2]

على أنه يرد على الملاحظتين أعلاه تحفظ يجمع بينهما أنه ليس ثمة ما يمنع أطلاقاً من تطبيق قوانين البوليس الأجنبية وقوانين البوليس الوطنية على عملية مصرفية واحدة متى ما كان ذلك ممكناً ولم يكن ثمة أي تعارض بين هذه وتلك وثانيهما أنه ليس أي ثمة أي سبب منطقي يدعونا الى أن نرفض في العراق تطبيق قانون أجنبي على العملية التي يقوم بها فرع أجنبي في العراق بخصوص القواعد المالية والمحاسبية

(1) د. شريف محمد غنام، أثر تغير الظروف في عقود التجارة الدولية ومساهمتها في توحيد شرطي القوة القاهرة واعادة التفاوض، دار النهضة العربية، القاهرة ،2000 ، ص 37.

(2) اثناء مراجعتنا الى محكمة البداءة المتخصصة بالدعاوى التجارية الخاصة بالنزاعات المصرفية المدنية لفرع المصرف الأجنبي، بتاريخ 2021/1/26. وتم التوصل الى هذه القاعدة من خلال الأطلاع على سير المرافعات والمحاضر في الدعاوي وحسب راي السيد قاضي المحكمة المختصة بالدعاوي التجارية في الرصافة.

أو قواعد الأدارة المالية التي يفرضها المصرف الأجنبي الأم الرئيسي بقصد تحقيق يسار المؤسسة المالية متى كانت هذه القواعد لا تتعارض في شيء مع القواعد التي يفرضها القانون العراقي والعكس صحيح بالنسبة للفروع التابعة للمصارف العراقية والعاملة بالخارج.

وبالنسبة لموقف المشرع الفرنسي فلم يجد القضاء الفرنسي عائقاً يمنعه من ذلك متى لم يكن في هذه القوانين ما يمس بالنظام العام الفرنسي، وقد طبق القضاء هذا المبدأ في خصوص القوانين الأجنبية المتعلقة بالرقابة على الصرف وهي من قوانين البوليس كما نعلم. والملاحظ أن القضاء الفرنسي طبق هنا قوانين البوليس بوصفها جزءاً من القانون الواجب التطبيق على العقد بمقتضى منهجية التنازع، فبمقتضى فكرة الإسناد تكون هذه القوانين الأجنبية بمثابة جزءاً لا يتجزء من قانون العقد ويلتزم بها ومن ثم تطبيقها.

ومن الجدير بالذكر أن تطبيق القاضي القواعد الموضوعية في القانون الأجنبي الواجب التطبيق دون مراعاة قواعد الإسناد في هذا القانون متجاهلاً في ذلك ما يترتب على ذلك من ضياع للحكمة من تشريع قواعد الأسناد، كما أن تطبيق قاعدة الإسناد في القانون الأجنبي واجب التطبيق، استناداً للتشريعات التي تجيز هذا التطبيق، قد تثير مشكلة تفسير قاعدة الإسناد تلك فهل يخضع فيها القاضي لرقابة المحاكم العليا أم لا؟ للأجابة عن هذا التساؤل ظهر اتجاهان فقهيان يرى الأتجاه الأول[1] ان القاضي بتطبيقه لقاعدة الإسناد في القانون الأجنبي الواجب التطبيق لا يخضع لرقابة المحاكم العليا ، وهذا ما ذهبت اليه محكمة النقض الفرنسية في حكمها الصادر في 12/8 لعام 1953 ، إذ قضت " بأن تفسير قاعدة الإسناد في القانون الأجنبي ، يعد مسألة وقائع يخضع تقديرها لقاضي الموضوع كما هو الشأن بالنسبة للقواعد الموضوعية فيه "بينما يتبنى الأتجاه الأخر منح المحاكم امكانية تدقيق ومراقبة تطبيق قاضي النزاع لقواعد الإسناد في القانون الأجنبي الواجب التطبيق، باعتبار أن تطبيق قاعدة الإسناد الأجنبية ما هو إلا استمرار ومتابعة لعملية الاسناد، وهي مرحلة مكملة من مراحل تعيين القانون الواجب التطبيق، على العلاقة محل النزاع، فأي خطأ يرتكبه القاضي في اعمال قاعدة الإسناد الأجنبية يعني خطأ في اعمال قاعدة الإسناد الوطنية.[2]

وليس ثمة أدنى مانع يحول دون تطبيق قوانين البوليس المصرفية الأجنبية ولو لم تكن جزءاً من قانون العقد متى توافرت الضوابط العامة التي سبق لنا أيضاحها في تفصيل وتطبيق القاضي الوطني لقوانين البوليس الأجنبية بخصوص العمليات المصرفية الأجنبية متى لم تكن هذه القوانين مخالفه للنظام العام في

(1) باتيفول ولاجارد، المطول في القانون الدولي الخاص، الجزء الاول، ط2، المؤسسة الجامعية للنشر والطبع والتوزيع، بيروت، 1993، ص453.

(2) د. عبد الرحمن العلام، شرح قانون المرافعات المدنية، رقم 83 لسنة 1969، مع قرارات محكمة التمييز الاتحادية، العاتك لصناعة الكتاب، 2008، ط2، 2008، ص14.

دولة القاضي أمر نقرأه بوضوح في قضية نموذجيه عرضت أمام القضاء الفرنسي، وتتعلق وقائع القضية بمؤسسة مصرفية(inter bank) تأسست في شكل شركة مساهمة في بيروت سنة 1952 وهو مصرف عالمي له فروع بين دول الشرق الأوسط وأوربا وأمريكا في سنة 1966 وقد تعثر هذا المصرف في سداد الوفاء بديونه للمودعين مما دعا المشرع اللبناني الى التدخل بأصدار قانون في 16 يناير 1967.[1]

غايته تجنب تصفيه أي مصرف يتوقف عن الوفاء بديونه وذلك بتحذير المصارف التي تمر بهذه الضائقة التي قد تصل الى حد التوقف التام عن دفع الديون.

ولبلوغ هذه الغاية جاء القانون اللبناني لسنة 1967 ليحظر على دائني كل مصرف لبناني في حالة التوقف بما عليه من ديون مقاضاته بصورة فردية.

ورغم أن القانون اللبناني المذكور قد صدر بمناسبة مشكلة المصرف السابق ألا انه لم يأت وحسب لمجابهة الأثار المترتبة على توقف انتر مصرف عن الوفاء بما عليه من ديون فمن المعلوم أن حالات التدهور المالي كثيرا ما تكون مناسبة لأصلاح عدد من التشريعات المصرفية والمالية لتجنب حدوث مثل هذه الكبوات. إذ جاء قانون 16 يناير لينطبق بالنسبة للمشكلة الخاصة بالمصرف المذكور وكافه المصارف الأخرى التي قد تمر بذات الازمه في المستقبل، وقد هدف هذا القانون الى تجنب المضار التي تتولد عن أتباع أجراءات الافلاس العادية والتي ترمي الى تصفية المشروع ومن ثم تصحيح مسار المصارف التي يؤدي أختفائها الى تعريض ودائع المدخرين للخطر وأنهيار العديد من المؤسسات الصناعية والتجارية، أن اتباع أجراءات الافلاس وما تؤدي اليه من نتائج غاية في الخطورة وهو ماحدا بالمشرع اللبناني لأنقاذ هذه المصارف وتعويمها، من هذا المنظور جاءت المادة 19 من هذا القانون لتحظر على كل دائن اتخاذ أي اجراء من أجراءات التنفيذ الفردية وهذا الحظر يشمل اجراءات التنفيذ كما يشمل الأجراءات التحفظية واجراءات حجز ما للمدين لدى الغير.

ماتقدم هو مضمون الأصلاح التشريعي الذي أنطوى عليه قانون 16 يناير لسنه 1967 في لبنان ولكن بالتحديد ماهي ملخص وقائع قضية "انتربنك" المشار اليها بهذا الخصوص.[2]

تتلخص وقائع القضية في واقع الأمر على أثر توقف المصرف المذكور عن الوفاء بما عليه من ديون للمودعين لجأ أحد الدائنين، وهو السيد Rafliou في سبيل أقتضاء دينه (وهو مبلغ 29 الف فرنك فرنسي يوم قفل الحساب في المقر الرئيسي في بيروت 24 فبراير 1976 لجأ الى أجراء حجز على فرع المصرف المدين والكائن في باريس بين يدي المدير المؤقت الذي نصبته لهذا الغرض اللجنة الفرنسية للرقابة

(1) د. عكاشة محمد عبد العال، قانون العمليات المصرفية الدولية، دراسة في القانون الواجب التطبيق على عمليات البنوك ذات الطبيعة الدولية، مرجع سابق، ص137.

(2) د. عكاشة محمد عبد العال، المصدر السابق، ص137- 138.

على المصارف وكذلك الحجز على المصرف العثماني إذ كانت اللجنة اللبنانية لأدارة انتربنك مصرف المكلفه باتخاذ الأجراءات اللازمة لانقإذ المصرف وفروعه من حاله التردي قد حولت المبالغ عن طريق هذا المصرف العثماني لانقاذ الفرع الباريسي من عثرته وتمكن السيد Raffoul فعلا من الحصول على قرار بالحجز ، تمكن السيد فعلا من الحصول على قرار بالحجز(حجز ما للمدين للغير) على هذه الاموال من محكمة باريس الأبتدائية في 19/ مارس/1967 .

ولم يدم الأمر طويلاً إذ سرعان ماتمكن ال (انتربنك) من رفع هذا الحجز بالأمر الصادر من قاضي الأمور الوقتيه في 13 ابريل 1967 وفي سبيل تدعيم طلبه تمسك ال (انترينك) بالقانون اللبناني الصادر في 16 يناير 1967. [1]

وفي حالة مخالفة فرع المصرف الأجنبي بالأمتثال للتعليمات والقوانين العراقي فتحال الى القضاء العراقي وكذلك في حالة ضلوعه بانشطة اجرامية أو جرائم مالية فيكون القانون العراقي هو القانون الواجب التطبيق وفي حالة ثبوت ادانة يتم حل فرع المصرف الأجنبي وأنهاء مزاولة نشاطاته في العراق نهائيا. ويجوز للمصرف المركزي العراقي أن يتخذ أي أجراء أو يفرض أي عقوبة ادارية بحق أحد فروع المصارف الأجنبية أو المسؤول الأداري للفرع عند القيام بخرق أحكام قانون المصارف العراقي أو أي أمر صادر من المصرف المركزي العراقي أو القيام بعمليات مصرفية غير سليمة والأجراء الذي يتخذه المصرف المركزي العراقي هو ارسال أنذار خطي الى الفرع وفرض عقوبة مالية على فرع المصرف الأجنبي تصل الى 5 مليون دينار عراقي بشكل يومي الى أن تتوقف المخالفة.

يتضح لنا أنه ما دام نشاط فروع المصارف الأجنبية مرتبطاً بالمصالح الاقتصادية للدولة المضيفة فأنه لا مجال لتطبيق قواعد التنازع بشأن هذه المسائل لأنها تدخل في نطاق تطبيق القواعد الآمرة ذات التطبيق الضروري، لذا كان من واجب المشرع التدخل لتنظيم هذه النشاطات وتوجيهها وذلك عن طريق

---

(1) ولنا أن نتسأل إذا كان القانون للبناني لسنة 1967 قد قصد في وضوح وجلاء الى أنقاذ كل فرع مصرف توقف عن ديون المودعين فأن يمتنع على السيد الفرنسي الجنسية وعلى كل دائن أن يتخذ أي أجراء فردي في مواجهة المصرف والذي مقره الأساسي في بيروت. لكن السؤال الذي يطرح هل يمكن التمسك بهذا القانون للحيلوله دون أتخاذ اجراءات الحجز.

وقد أجابة على ذلك السؤال محكمة بيروت في حكمها الصادر بتاريخ 1968/11/5 ، أن حق الدائنية للعميل يحكمه القانون اللبناني وخلصت أيضا الى ضرورة تقييد العميل بالأحكام الأمرة التي فرضها قانون 16/يناير/1967 ، فهذا القانون يحظر على كل عميل ان يتخذ في مواجهة أي مصرف متعثر ، في حالة توقفه عن الوفاء بما عليه من ديون القيام بأتخاذ أجراءات الأفلاس بصورة فردية انما يهدف الى حماية الأئتمان العام وقد طبقت المحكمة هذا القانون المعتبر في لبنان من قوانين البوليس خاصة وأن ليس فيه ماينطوي على مساس بالنظام العام الفرنسي .

أن القانون اللبناني ينطبق على نحو أمر بوصفه من قوانين البوليس على كافة العمليات المصرفية التي تتم مع أي فرع مصرف أجنبي في لبنان وهو يتحقق في كل مرة يتوقف فيها فرع مصرف أجنبي عن الوفاء بما عليه من ديون للمودعين. وبالنسبة الى مشرعنا الوطني فأن الأصل القانون العراقي هو القانون الواجب التطبيق على كافة منازعات فرع المصرف الاجنبي، داخل العراق ألا في حالة الأتفاق بين فرع المصرف الأجنبي وعملاءه في العقود التي يبرمها فرع المصرف الأجنبي منها تطبيق قانون الارادة بشرط عدم مخالفة القوانين والتشريعات الوطنية العراقية النافذة.

القوانين التي نصها، والتي يتوجب اكمال سلطتها الرقابية على تلك النشاطات وان تطبيق القواعد ذات التطبيق الضروري من شأنه ان يعطل عمل قواعد الإسناد بخصوص المسائل التي تدخل في نطاقه إذ أن أعمال هذه القواعد يؤدي مباشرة الى تطبيق القانون الوطني دون البحث عن قاعدة التنازع التي تشير الى القانون الواجب التطبيق.

كما أن هذه القواعد يمكن ان تدخل في مسائل عدة فمثلاً عندما تنظم الدولة نشاط فرع مصرف أجنبي فانه يتعين على هذا الفرع احترام هذا النظام في جميع مراحل اعمال الفرع التي تتم داخل اقليم الدولة.

ويتضح لنا أن المشرع العراقي ادرج هذه المسألة ضمن نطاق القواعد ذات التطبيق الضروري، ذلك أن المصارف الأجنبية عند ممارستها نشاطها في العراق فإنها ملزمة باحترام تلك القواعد القانونية والأمتثال لها.[1]

وقد سار على ذلك القانون الفرنسي في تطبيق القانون الفرنسي على فروع المصارف الأجنبية العاملة في فرنسا، وكذلك تطبيق قوانين دول الأتحاد الأوروبي بموجب الاتفاقيات الدولية.

اما إذا اشارت قاعدة الإسناد الى تطبيق قانون أجنبي فان القانون الأجنبي لا يطبق بوصفه قانوناً، بل باعتباره مجرد وقائع لذلك لا يلزم القاضي ان يركن إليه ويطبقه من تلقاء نفسه وعلى المتخاصمين التمسك باثبات مضمونه بالبحث عن القانون الواجب التطبيق وان لم يطبق الخصوم ذلك. [2]

وقد نص المشرع العراقي في المادة (31) "إذا تقرر ان قانوناً اجنبياً هو الواجب التطبيق فإنما يطبق منه أحكامه الموضوعية دون التي يتعلق بالقانون الدولي الخاص" وقد انظم القانون العراقي الى طائفة القوانين المقارنة الرافضة للاحالة، ونعتقد انه كان من الأجدر ان يتبنى المشرع العراقي موقفاً اكثر مرونة ويقرر الأخذ به ان كان ذلك ملائماً للمصالح الوطنية".

أن منهجية هذه القواعد تختلف عن منهجية تنازع القوانين التي تتخذ سندها من تحليل العلاقة القانونية محل البحث في عناصرها المختلفة مستهدفة الكشف عن القانون الذي يربطه بهذه العناصر رباط وثيق فيتم أختياره لحكم العلاقة القانونية كما انها لا تتحدد بطريقة مزدوجة الجانب من خلال منهجية التنازع التقليدية التي تطرح في وقت وأحد أمكانية تطبيق قانون القاضي وامكانية تطبيق قانون أجنبي ، إذ أن قواعد الإسناد التقليدية لا يمكنها أن تستوعب بعض النظم القانونية الحديثة التي لا يتصور أن يسري بشأنها الا قانون القاضي الوطني ، ويرجع سبب ظهور هذه القواعد تزايد تدخل الدول في كافة المجالات نتيجة التأثر بالمذاهب الأشتراكية.

---

(1) Chantal Dupaspuier and Patrik Nqsiwe "foreign Direct investmen in Africa performance.op.cit.p. 29.

(2) اثناء زيارتنا الى محكمة البداءة المتخصصة بالدعاوي التجارية / المحكمة التجارية والسيد قاضي المحكمة التجارية في الكرخ ابتاريخ 2021/1/24 .

إذ قدر الفقه التقليدي أن من المجرمات ان يطبق القاضي الوطني قواعد القانون العام الأجنبي أو قواعد البوليس الأجنبي باعتبارها قواعد لا تطبق الا تطبيقا أقليميا داخل حدود الدولة الشارعة دون أن تمتد الى ما سواها فعنده يقع التضاد والتنافر بين الأقليمية ومنهجية التنازع فوق أن اعتبارات السيادة تأبى أن تكون هذه القواعد محلاً لقواعد إسناد تؤدي الى تطبيق قانون أجنبي .[1]

وإذا ما خلصنا الى أن منهجية التنازع الأصل فيها هو أنها منهجية مزدوجة الجانب، بمعنى إنها تقضي الى تطبيق قانون القاضي نفسه، كما قد تقضي الى تطبيق قانون أجنبي بينما منهجية القواعد ذات التطبيق الضروري لا تتم بناءً على قاعدة الأسناد، وانما بالنظر الى المضمون المادي لهذه القواعد.

والسؤال الذي يطرح نفسه في هذا الصدد إذا كانت أحدى عمليات الأئتمان قد تمت في العراق بالدولار الامريكي بين فرع مصرف أجنبي (لبناني) ومصرف وطني عراقي من مصارف الأستثمار على أن تستثمر اموال القرض في دولة فرنسا مثلاً .

فإذا أتفق الأطراف على اخضاع العلاقة القانونية الى القانون العراقي وقدر القاضي العراقي أن المسألة داخلة في نطاق الأئتمان العام ومن ثم يحكمها القانون العراقي وحده بوصفه قانونا ضروري التطبيق دون مزاحمة له من أي قانون أخر فلا مشكلة في هذا الفرض إذ سيطبق القانون العراقي على كافة الجوانب الموضوعية في العملية، ثم لنفترض أن الطرفين كانا قد أختارا قانوناً أجنبياً على صلة بالعلاقة وليكن القانون الفرنسي ليحكم عقدهما فما هو القانون الواجب التطبيق؟ لا مشكلة كذلك إذ سيطبق القاضي العراقي قواعده القانونية المعتبرة من قوانين البوليس على الجانب الذي رصد المشرع له هذه القواعد وهو الجانب الذي يرفض المزاحمة من أي قانون اخر. وفيما وراء هذا الجانب سيطبق القانون الواجب التطبيق بمقتضى قانون الأرادة وهو القانون الفرنسي ليحكم الجوانب القانونية الأخرى في العلاقة العقدية بما فيه من قواعد قانونية معتبرة من وجهة نظر المشرع الفرنسي[2] من قبيل قوانين البوليس متى مالم يكن في أعمالها اي تعارض على أحكام القانون العراقي.

ونلاحظ ان القانون العراقي هو القانون الوحيد الواجب التطبيق على فروع المصارف الأجنبية العاملة في العراق ، ويتم من خلال البنك المركزي بإعتبار يمثل السياسة النقدية الوحيدة في البلد من أجل الحفاظ على أسعار النقد.

(1) د. هشام خالد، الجنسية والموطن ومركز الأجانب، المجلد الأول، منشأة المعارف، الاسكندرية، 1974، ص77.

(2) **Chantal Dupaspuier and Patrik Nqsiwe "foreign Direct investmen in Africa … . op.cit. p . 20.**

المطلب الثاني

القانون الواجب التطبيق على المعاملات المالية لفرع المصرف الأجنبي

عندما يتضمن العقد تحديد القانون الواجب التطبيق لا تثار اي مشكلة قانونية ، إذ يتعين على القاضي أو المحكم إحترام هذا الأختيار لأنه يمثل قانون إرادة الأطراف طبقاً للنظرية التي تبناها التشريع والفقه ، وأعتمدتها الكثير من أحكام التحكيم الدولي في القضايا التي نظرت فيها منازعات متعلقة بعقود مصرفية . انما تثار مشكلة تحديد القانون الواجب التطبيق ، عندما لا يتضمن العقد تحديد القانون الواجب التطبيق، فقد أجتهد الفقهاء والمحكمون في محاولة لأخضاع العقد لتنظيمات قانونية ذات طابع دولي يتناسب مع طبيعة التجارة الدولية قانون الدولة المتعاقدة أو قانون التجارة الدولية أو المبادئ العامة في القانون .

والحقيقة الواضحة أن كل عقد يختلف عن العقد الأخر، فأنه لابأس ان يتخير القضاة والمحكمين مايتناسب مع ظروف كل عقد وأحكامه وما يضمنونه من شروط مادامت تقوم في ذلك في أطار من العدالة الموضوعية والعمليات المصرفية في الجانب الأعظم منها عقود ولكنها عقود ذات طبيعة خاصة بإن يكون للأطراف إختيار القانون الملائم ليحكم عقدهم، إلا إن ما تتسم به هذه العقود من خصوصية ومالها من طبيعة ذاتية من شأنها أن يقيد من قانون الأرادة .متى ماسلمنا بان العمليات المصرفية عقود فأنه يلزم ابتداءً حتى تثير تنازعاً بين القوانين أن تكون لها صفة الدولية وهو معنى حددناه من خلال المعيار القانوني المؤثر أو الفعال ذي الطبيعة النسبية التي تتباين من عقد لأخر وهو معيار أفضى بنا في خصوصية العمليات المصرفية الدولية الى اعتماد معيار " مكان التنفيذ" بوصفه المعيار المعتمد لتكييف العقد واعتباره دولياً .

على أن أبرز ما يجب أن نضعه هو أنه لم تكن العقود المصرفية مجرد عقود عادية يقتصر أثرها على العلاقة بين أطرافها، وانما هي عمليات لها وظيفة اقتصادية ومالية غاية في الأهمية داخل الدول المضيفة ، وانها تحظى بتنظيم أمر في كل دولة يجعل من القواعد الحاكمة لها صفة البوليس أو القوانين ذات التطبيق المباشر أو الضروري ولعل هذا التنظيم يتعايش مع منهجية التنازع ويتحقق الانسجام بين المنهجين أن أخضعا العمليات المصرفية لقانون وأحد .

ولاشك أن قانون الدولة المضيفة لفرع المصرف الأجنبي هو الأكثر تاهيلاً للقيام بهذا الدور فهو قانون الوسط الأقتصادي الذي يظهر و يتم فيه الأداء المميز بالنظر الى المهنة التي يمارسها وهو قانون الوسط الأقتصادي والتقني الذي تنشأ فيه العملية المصرفية وتتم في الغالب تحت رعايته ، ولعل الأهمية البالغة لقانون الدولة المضيفة للفرع القائم بالعملية من شأنها أن تقيد من نطاق قانون الارادة في خصوص هذه العمليات نزولاً على حكم القوانين ذات التطبيق الضروري أو المباشر المنتشر بهذا المكان.

وسوف نسلط الضوء في هذا المطلب على القانون الواجب التطبيق على منازعات فرع المصرف الأجنبي من خلال دراسة القانون الواجب التطبيق و الذي يحكم النظام القانوني لفرع المصرف الأجنبي في الفرع الأول والقانون الواجب التطبيق على العمليات المصرفيه لفرع المصرف الأجنبي في الفرع الثاني.

الفرع الاول

القانون الواجب التطبيق على النظام القانوني لفرع المصرف الأجنبي

أن مشكلة تحديد القانون الواجب التطبيق على النظام القانوني لفرع المصرف الأجنبي والتي تدخل في دائرة المشاكل الناجمة عن استعمال فرع المصرف الأجنبي للحقوق المخولة له ، وأهم مايهمنا إبرازه هو تلك السمة الخاصة للقواعد المصرفية ولنصوص الرقابة على الصرف والأئتمان .

وقد أستقر الفقه على أن قواعد التنظيم المصرفي هي من قبيل قوانين البوليس والأمن المدني ذات التطبيق الأقليمي[1] فهذه القواعد تشكل لما يسمى بالنظام العام الأقتصادي النشاط الذي يحكم كل نشاط مصرفي يمارس على ارض الدولة .

وقد خلص جانب من الفقه الحديث [2] الى أن قوانين البوليس تعد من قبل القوانين المتعلقة بالنظام العام تطبق دون الحاجة الى قواعد الإسناد الوطنية ، وهذا الأتجاه يطلق عليه نظرية القوانين ذات التطبيق المباشر وخارج نطاق تطبيق هذه القوانين فإننا نلجأ للطريقة التنازعية أي بأسلوب تنازع القوانين باحثين عن القانون الواجب التطبيق . نخلص من ذلك ان تطبيق هذه القوانين لا يكون نتيجة لأعمال قواعد الإسناد وأنما ينشأ من التحديد الأنفرادي لمجال تطبيقها .

ولاشك ان التنظيم المصرفي في أي دولة يدخل في إطار هذه القوانين ذات الأثر المباشر التي يجب مراعاتها حماية للتنظيم السياسي والأجتماعي والاقتصادي للدولة ، أياً كانت العناصر الأجنبية في العلاقة ، فهذه القوانين غير قابلة لأي تنازع من جانب القوانين الأجنبية .

وسوف نتناول في هذا الفرع القانون الواجب التطبيق على المنازعات الناشئة عن إشكاليات تطبيق النظام القانوني للفرع الأجنبي وهي كالأتي :-

---

(1) راجع صفحة (74) من الاطروحة . وللمزيد من التفاصيل انظر د أحمد عبد الكريم سلامة ، القواعد ذات التطبيق الضروري وقواعد القانون العام في القانون الدولي الخاص ، دراسة تحليلية ، الطبعة الاولى ، دار النهضة العربية ، 1988 ، ص17 .

(2) د. جابر عبد الرحمن جاد ، القانون الدولي الخاص العربي ، الجزء الثالث ، جامعة الدول العربية ، معهد الدراسات العربية العالية ، 1960 ، ص 22 .

أولاً :- القانون الواجب التطبيق على منازعات الغاء الترخيص الممنوح لفرع المصرف الأجنبي:-

ان القواعد الخاصة بالنشاط المصرفي والتي تهدف الى حماية المتعاملين مع المصارف أو يكون الغرض منها بصفة عامة فرض رقابة على الائتمان أو الصرف تطبق على جميع المنشآت المصرفية التي تمارس تشاطها على أرض الدولة دون تفرقة بين مصارف أجنبية أو وطنية .

وقد سجل المشرع الفرنسي هذا المعنى في الفقرة الثانية من المادة الأولى من قانون 13 يونيو 1941 بقوله " ان تنظيم عمليات البنك يطبق على كل منشأة مصرفية تمارس نشاطها في فرنسا ولو كانت مستغلة بواسطة شخص طبيعي أو معنوي من جنسية اجنبية " . [1]

في الواقع ان أقليمية القواعد المصرفية لا تثير مصاعب إذا كنا بصدد مصرف مستقل على عكس الأمر فيما إذا كنا بصدد فرع لمصرف أجنبي ، فمصرف الرافدين مثلاً يخضع للقانون العراقي والبنك الاهلي المصري يخضع للنظام المصرفي المصري والمصرف الفرنسي يخضع للنظام المصرفي الفرنسي .فالمصرف يخضع للقانون الذي انشأ وفق احكامه ، فذلك القانون هو الذي منح المصرف الشخصية القانونية وهو الذي يحكم معاملاته على أرض الدولة بدون منازع .

أيضا إذا ما قام مصرف الرافدين بانشاء فرع له في فرنسا ، فان هذا الفرع له شخصيته القانونية التي منحه إياها القانون الفرنسي ومن ثم يكون طبيعياً ومنطقياً أن يخضع لأحكامه ، وأن توافر له قدر من التبعية في تلقي الاوامر والتوجيهات من بغداد في علاقته مع المصرف الأم ، ولكن هذا لا يمنع في كون قانون هذا الفرع هو القانون الفرنسي .

نفس الأمر بالنسبة للمصارف المشتركة ، فمسألة سيطرة العنصر الوطني أو الأجنبي لايكون لها من تأثير اللهم الا في مجال جنسية المصرف فحسب ، أما نظامه القانوني فيخص قانون الدولة التي انشأ فيها المصرف المشترك .

ويلاحظ ان تطبيق النظام المصرفي العراقي على المصارف المشتركة والأجنبية ليس بحاجة لأن تثار بشأنه فكرة قوانين البوليس أو القوانين ذات التطبيق المباشر فبمقتضى المادة "49" من القانون المدني العراقي " يسري على النظام القانوني للأشخاص المعنوي من شركات وجمعيات ومؤسسات قانون الدولة التي يوجد فيها مركز ادارتها الرئيسي ومع ذلك إذا باشر الفرع نشاطه الرئيسي في العراق فأن القانون العراقي هو الذي يسري".

---

(1) هذا المعنى اكده القضاء الفرنسي قبل صدور هذا التشريع راجع حكم محكمة مارسيليا التجارية الصادرفي 26 اكتوبر1933 منشور في (clunt) geurnal deD.T.P ,وايضا حكم محكمة اكتوبر باريس الصادر في 12 اكتوبر 2012 الصادر في 4 نوفمبر ومنشورا في Rev.crit .deD.t.p بل لقد اكد هذا المعنى في المادة 15 من نفس القانون ، تطبق هذه القواعد على المنشآت البنكية في فرنسا التابعة لبنوك اجنبية .

وهذا ماذهب إليه المشرع المصري في المادة 2/11 من القانون المدني المصري " أما النظام القانوني للأشخاص الأعتبارية الأجنبية فيسري عليها قانون الدولة التي أتخذت فيها هذه الاشخاص مركز ادارتها الرئيسي الفعلي ومع ذلك إذا باشرت نشاطها الرئيسي في مصر فأن القانون المصري هو الذي يسري "

اذن في هذه الحالة فان التنظيم المصرفي سيطبق على فرع المصرف الأجنبي باعتباره جزءا من القانون الذي يحكم نشاطها باعتباره قانون الفرع .

فالمشكلة الحقيقية تتعلق بمدى خضوع فروع المصارف الأجنبية لقانون الدولة المضيفة بصفة عامة والتنظيمات المصرفية بصفة خاصة .

يذهب الفقه الفرنسي[1] الى تطبيق التنظيمات المصرفية الفرنسية على الفرع الفرنسي على اساس ان هذا الفرع منشأة مستقلة على الأقل ان لم يكن ذلك متوافر من الناحية القانونية فهو متوافر من الناحية الأدارية.

وهذا الحل يجد تأييدا له أيضاً في الفقه المصري على أساس أن من مصلحة عملاء هذا الفرع ومن مصلحة معاملات التجارة الدولية بصفة عامة ان يخضعها الفرع للقانون المحلي [2].

وإذا كان خضوع الفرع الأجنبي للتنظيمات المصرفية المحلية يتفق مع طبيعة هذه التنظيمات وانها ذات مجال تطبيق اقليمي باعتبارها من النظام العام الاقتصادي ، كما أنها لا تتعارض في تطبيقها مع المادة " 49" من القانون المدني لأن هذه الأخيرة كما بينا أنما تتحدث عن الأشخاص الأعتبارية الأجنبية (أي التي تتوافر فيها مقومات الشخصية الأعتبارية) ، والأمر كذلك بالنسبة لفروع المصارف الأجنبية .

لما كانت الفروع الأجنبية تخضع في العراق والقوانين المقارنة الى رقابة البنك المركزي ، وقد أشارت القوانين المقارنة كما أسلفنا من خلال عرضنا للوسائل التي تتخذها البنوك المركزية في سبيل تنظيم السياسة النقدية .

---

(1) هذه الاستقلالية الادارية افصح عنها القانون الفرنسي فيما يتعلق بالناحية المحاسبية فالمادة 1/9 من مرسوم 28 مايو 1946 تفرض على البنوك الأجنبية التي تمارس نشاطها في فرنسا ان تتخذ في مقرها ادارة حسابية خاصة بالعمليات التي تباشرها على ارض الاقليم هذه الحسابات الخاصة تعد من الامور المرتبطة بالتقارير الدورية التي يجب ان تقدم للجنة الرقابة على البنوك كما ان هذه الحسابات الخاصة تمكن البنك المركزي الفرنسي من الرقابة على هذه الفروع كونها ملزمة بأن تكون رؤوس اموالها المخصصة في فرنسا الى الحد الادنى المنصوص عليه في القانون دائما (م3/8 من قانون 13 يونيو 1941 ، والماد ة 2/9من مرسوم 28 مايو 1946) راجع ذلك في J.Stoufflet les banques etrangeres .

(2) نصن المادة (1) من تعليمات تسهيل تنفيذ قانون المصارف رقم (4) لسنة 2011 على (يقصد بالتعابير التالية لأغراض هذه التعليمات المعاني المبينه ازاؤها : الرخصة : وثيقة التصريح الصادرة عن البنك المركزي العراقي للمصارف والمؤسسات المالية غير المصرفية وفقا لأحكام المادة (4) من قانون المصارف . ثانيا : الأجازة : وثيقة التصريح الصادرة عن البنك المركزي العراقي بممارسة نشاطات مصرفية في العراق الصادرة عن البنك المركزي العراقي لفروع المصارف الأجنبية أو لممارسة نشاطات محددة لمكاتب تمثيل المصارف الأجنبية العاملة في العراق وفقا لأحكام المادة (4) من قانون المصارف) .

وفي العراق نجد أن البنك المركزي العراقي يعد الجهة القطاعية للعمل المصرفي في العراق ،عليه لايجوز لأي فرع في العراق ممارسة الأعمال المصرفية والمالية دون الحصول على إجازة من البنك المركزي العراقي[1].

ويمنح البنك المركزي الأجازة أو التصريح للمصارف وفروع المصارف الأجنبية وشركات التوسط في بيع وشراء العملة الأجنبة وشركات التحويل المالي، أو أي عمل مصرفي أو مالي يتطلب ترخيص من البنك المركزي العراقي بناءً على طلب خطي يقدم الى البنك المركزي العراقي على أن يراعى بهذا الطلب ما تنص عليه التعليمات من إذ الشكل والتفاصيل والمستندات المصاحبة ليقوم البنك المركزي قبل الموافقة على طلب الترخيص أو الأجازة بأجراء عمليات مالية وجنائية وشخصية ومهنية بشأن مالكي الحيازات المؤهلة والأداريين في المصرف الأم أو الفرع .

وفي غضون شهرين من تاريخ تقديم الطلب يخطر البنك المركزي مقدم الطلب (فرع المصرف الأجنبي) نسخة من قراره إذا كان طلبه مستوفيا للشروط في غضون ستة اشهر من تاريخ اخطار البنك المركزي مقدم الطلب باستيفاء طلبه أو رفضه ويرسل الى مقدم الطلب نسخة من قراره ، وهذه التعليمات الخاصة بفروع المصارف الأجنبية تطبق بدقة وفقا للتشريعات التي صدرت بعد عام 2003 ، التي تهدف الى تحقيق سياسة الانفتاح التي تبنتها الدولة ، استنادا الى قانون المصارف رقم (94) لسنة 2004 ، الذي اجاز استثمار رأس المال الأجنبي في قطاع المصارف بعد الحصول على الترخيص القانوني من البنك المركزي سواء كان ذلك في مصارف أجنبية خالصة أو فروع مصارف أجنبية ، ومعاملتها طبقا للقوانين العراقية أسوةً بالمصارف المحلية، وفي حالة رفض البنك المركزي طلب الترخيص فأن من حق مقدم الفرع الأجنبي الأحتكام الى محكمة الخدمات المالية باعتبارها المحكمة المختصة نوعيا بمثل هذه القرارات [2].

وبما ان البنك المركزي هو الجهة المخولة بمنح الأجازة أو التصريح بمايخص العمل المصرفي والمالي فهو وحده من يملك سلطة الالغاء حتى وان لم ينص القانون على ذلك أخذا بمفهوم القرار المضاد(أو ما يسمى بالأختصاص المتقابل) .

---

(1) قرار مجلس ادارة البنك المركزي العراقي المرقم (75) لستة 2016 في جلسته المرقمة 1538 في 2016/5/4 بمنح ترخيص لمصرف (ع) اللبناني بفتح فرع له في العراق .

(2) اصدرت محكمة الخدمات المالية قرارها المرقم بالعدد (7/ خدمات/2016) في 2016/7/18 المتضمن رد دعوى المدعيين (م ك ج) الذين طلبا فيه الغاء قرار البنك المركزي / المديرية العامة لمراقبة الصيرفة المرقم 295/3/9 في 2016/1/7 المتضمن رفض طلبهم بتأسيس مصرف (ل) وجاء بتسبيب قرارها بأن قانون المصارف لستة 2004 يوجب أن يكون رأس مال المصرف نقدا بينما الطلب المقدم رأس المال عقارا والقانون يطبق على موضوع الدعوى هو قانون المصارف النافذ .

ولكن يشترط ان يكون قرار الغاء مسبباً ومستنداً الى أحدى الأسباب التي حددها القانون والتعليمات التي بتوفرها توجب على البنك أو إجيز له إلغاء الرخصة وإلا كان البنك متعسفاً في إصدار قراره [1].

وقرار البنك المركزي بالغاء يكون خاضعاً لرقابة محكمة الخدمات المالية عند تقديم الطرف المتضرر الطعن امامها ، والحال ذاته مع اضافة شرط أو قيد عند اصدار الأجازة أو الرخصة فان قرار البنك يصلح ان يكون محلاً للطعن به أمام محكمة الخدمات المالية .

ولما كان البنك المركزي هو الجهة المختصة بتنظيم العمل المصرفي في العراق ومنح الأجازة أو الترخيص لممارسة العمل المصرفي لفرع المصرف الأجنبي ، وقد يقوم بعض الأشخاص بممارسة العمل المصرفي دون الحصول على ترخيص أو أجازة من البنك المركزي عن طريق فتح فرع لمصرف وممارسة الأعمال المصرفية قبل إستحصال الموافقة النهائية من البنك المركزي العراقي وفي مثل هذه الحالة يقوم البنك المركزي بإعلام الفرع المخالف بسرعة التوقف عن ممارسة العمل المصرفي وانذاره وفرض العقوبة الرادعة[2].

ومن ثم يحال الأشخاص الاداريين من المالكين الى المحاكم الجزائية المختصة بتهمة الأحتيال المصرفي وفق احكام المادة (57) من قانون المصارف النافذ .

ثانيا" :- القواعد الحاكمة للعقوبات الادارية المفروضة على فرع المصرف الأجنبي :-

تنص الفقرة (ب/1) من المادة (63) من قانون البنك المركزي العراقي على (فرض إجراءات تنفيذية أو عقوبات إدارية بموجب القانون المصرفي أو بموجب هذا القانون) ، وهو مايعني ان المشرع العراقي جعل من اختصاص محكمة الخدمات المالية النظر فيما يفرضه البنك المركزي من اجراءات تنفيذية أو عقوبات ادارية بموجب قانون المصارف أو بموجب قانون البنك المركزي العراقي .

ويعد البنك المركزي العراقي السلطة التنفيذية المسؤولة عن تنفيذ قانون البنك المركزي وقانون المصارف واصدار التعليمات المنظمة لهذين القانونين وذلك في سبيل تحقيق اهدافهما التي رسمها القانون والمتمثلة بتحقيق الاستقرار في الاسعار المحلية والحفاظ على نظام مصرفي مستقر يقوم على اساس التنافس في السوق[3].

---

(1) ينظر المادة (13) من قانون المصارف العراقي التي اشترطت أن يكون قرار البنك بالغاء الترخيص أو الأجازة من مصرف معين مستندا على وأحد أو اكثر من الاسباب التي حددتها المادة في ثناياها.

(2) ينظر على سبيل المثال المادة (9) من قانون المصارف العراقي وينظر ماورد في كناب البنك المركزي العراقي المرقم بالعدد 4729/3/9 في 2009/10/20 المتضمن توجيه عقوبة انذار لمصرف (و) بعدم فتح أي فرع أو مكتب للمصرف الأ بعد الحصول على الموافقه النهائية من البنك المركزي وابلاغ البنك بتاريخ مباشرة الفرع أو المكتب المصرفي وفرض غرامة قدرها (50) مليون دينار على الفرع واغلاقه .

(3) ينظر نص المادة (3) من قانون البنك المركزي العراقي النافذ .

ولتحقيق هذه الاهداف يمتلك البنك المركزي سلطة إتخاذ الأجراءات التنفيذية وفرض العقوبات الرادعة لتنظيم العمل المصرفي للقطاع الأجنبي[1]، فله ان يتخذ إجراء تنفيذي وأحد أو أكثر من الأجراءات أو العقوبات الادارية بحق فرع المصرف الأجنبي أو أي مسؤول اداري فيه إذا قام بخرق احكام القانون أو التعليمات الصادرة أو أي أمر صادر من البنك أو قام فرع المصرف بإدارة عمليات غير سليمة وأمينة وفق مانصت عليه المادة (56) من قانون المصارف النافذ .

وقد عالج قانون البنك المركزي مسألة فرض الغرامة وآلية فرضها، إذ أجازت المادة (62) للبنك المركزي فرض غرامة، ادارية على الأشخاص المخالفين لقانوني البنك المركزي وقانون المصارف النافذين وأشترطت أن لا تزيد الغرامة على عشرة ملايين دينار للمخالفة الواحدة وللبنك فرض عقوبة إدارية يومية عن كل يوم تستمر إلا أن يقرر البنك أن التزام قد تحقق . على أن يكون قرار فرض العقوبة على فرع المصرف الأجنبي مشفوعا بالأدلة والبيانات التي تؤيد وقوع المخالفة القانونية للقوانين الوطنية النافذة والتعليمات الصادرة من البنك المركزي العراقي.

ومن المنازعات التي تثار أمام محكمة الخدمات المالية فيما يخص الغرامات المفروضة على فرع المصرف الأجنبي الذي يخفق في الأحتفاظ من النسبة المحددة من الأحتياطي القانوني استناداً الى احكام الفقرة (2) من المادة (29) من قانون البنك المركزي ، ولكن المادة لم تحدد آلية احتساب الغرامة ، وقد قام البنك المركزي العراقي فعلياً بإصدار تعليمات الأحتياطي القانوني بين فترة وأخرى ليوضح فيها آلية فرض الغرامة .

وقد أثارت هذه الحالة تساؤلاً مفاده هل يقوم البنك المركزي بفرض العقوبة إستناداً الى قانون البنك المركزي أو الى قانون المصارف وبالتالي إختلاف آلية أحتسابها وقدرها ، وقد اثير هذا الأمر امام محكمة الخدمات المالية بمناسبة دعوى اقامها المدير المفوض لفرع مصرف (س) اضافة لوظيفته مدعيا فيها أن محافظ البنك المركزي اضافة لوظيفته فرض على المصرف غرامة قدرها سبعة وعشرون مليار ومائة وسبعون مليون بموجب كنابه المرقم 714/1/9 في 2008/2/25 ، وذلك لأخفاق المصرف بالأحتفاظ بالأحتياطي القانوني لشهر اب لعام 2007 استنادا الى المادة 2/29/ من قانون البنك المركزي وتعليمات الأحتياطي القانوني علما أن رأس مال المصرف وقت فرض الغرامة عشرة مليارات دينار عراقي فاصدرت محكمة الخدمات المالية قرارها المرقم 5/خدمات /2021 في 2013/1/24 وملخصه (ان قانون البنك المركزي العراقي هو قانون عام وقانون المصارف هو قانون خاص وان الخاص بقيد العام وأن قانون المصارف هو

(1) ينظر نص المادة (40) من قانون البنك المركزي.

قانون لاحق لقانون البنك المركزي، وبالتالي كان على البنك فرض غرامة على المصرف المخالف إستناداً إلى المادة (56/ف2/ك) من قانون المصارف وبدلالة المادة (58) من قانون المصارف التي الزمت البنك المركزي باستحصال الغرامة بمقتضى قانون المصارف وبالتالي من حق المدعي عليه إستقطاع خمسمائة مليون دينار واسترجاع قيمة المبلغ المستقطع الى المدعي) .وقد فرض البنك المركزي عقوبة حرمان الفرع من ميزة الدخول لنافذة بيع وشراء العملة الأجنبية في البنك . [1]

ومن النزاعات التي تتعلق بالنظام القانوني لفرع المصرف الأجنبي المنازعات المتعلقة بفرض الوصاية على فرع المصرف الأجنبي ، إذ يعين البنك المركزي وصياً للمصرف بقرار منه بسبب عدم ايفاء فرع المصرف الأجنبي بالتزاماته المالية عند استحقاقها أو لأسباب اخرى ، وقد يكون الوصي شخصاً طبيعياً واحداً أو مجموعة إشخاص لائقين وصالحين للعمل المصرفي سواءً كانوا موظفين من البنك المركزي أو غيرهم من الموظفين ، ويعلق قرار تعيين الوصي صلاحيات إداري المصرف وينقلها جميعاً الى الوصي بإن يسيطر الوصي فور تعينه ليديره اثناء فترة الوصاية [2].

ويعين الوصي لمدة أقصاها (ثمانية عشر شهراً) تحدد في قرار تعيينه ويجوز للبنك المركزي تمديد مدة تعينيه مرة واحدة لفترة أخرى لا تتجاوز ثمانية عشر شهراً إذا تبين للبنك المركزي أسباب تعيين الوصي قائمة ويشترط في قرار تمديد مدة عمل الوصي أن يكون قراراً خطياً التي دعت لأتخاذه ويتضمن الواجبات الرئيسية للوصي . وفي هذه الحالة يحق لمجلس إداري المصرف أو أي طرف يحدده القانون خلال ثلاثين يوم من تاريخ صدور قرار البنك بتمديد مهمة الوصي أن يرفع دعوى قضائية أمام محكمة الخدمات المالية يطالب فيها بالغاء قرار التمديد ، استناداً لأحكام المادة (60) من قانون المصارف النافذ [3].

وقد أعطى المشرع حق الأعتراض على قرار فرض الوصاية قبل الطعن به أمام القضاء خلال (5ايام) من تاريخ إصدار قرار تعيين الوصي ، وقد أناط سلطة الأعتراض لمجلس إدارة الفرع الأجنبي في العراق كونه المسؤول عن أدارة الفرع ، وهو الأقدر على تقديم الإعتراض بناءً على إسباب معقولة .

ومن القرارات الصادرة بخصوص الوصاية قرار محكم الخدمات المالية المرقم بالعدد 1/خدمات/2012 المؤرخ في 2013/1/20 (وقد ثبت للمحكمة بعد تدقيقها وتدقيق إقوال المدعي بوجود حالة التردي للوضع

(1) هي احدى ادوات السياسة النقدية غير المباشرة لغرض بيع العملة الأجنبية (الدولار) من قبل البنك المركزي العراقي الى الجهات المرخصة لها الدخول في النافذة لغرض تحقيق الأستقرار في سعر الصرف وتمويل كل عملية تمارس من قبل القطاع الخاص لغرض استيراد السلع والخدمات . للمزيد من التفاصيل أنظر الدكتور سعد عبد الكريم حماد وصبحي عبد الغفور ، الارتفاع المستمر لمبيعات مزاد العملة الأجنبية للبنك المركزي العراقي واثرها على تحقيق الأستقرار الأقتصادي للمدة 2003- 2011 ، بحث منشور في مجلة تكريت للعلوم الأدارية والأقتصادية ، العدد 30، 2013 ، ص 188.

(2) ينظر المادة (59) و(60) و(61) من قانون المصارف .

(3) د. احمد خلف حسين الدخيل والباحث الحقوقي أحمد مشرف ، محكمة الخدمات المالية ، دراسة قانونية ، مكتبة القانون المقارن ، بغداد، 2021 ، ص22.

المالي للمصرف وعدم قدرته على الوفاء بالتزاماته المالية بسبب الأخطاء والممارسات غير السليمة التي ارتكبها المصرف وان قرار البنك المركزي جاء بهدف ضمان سلامة النظام المصرفي والمالي في العراق وان ماقام به المدعي عليه .. موافقا لأحكام القانون وموافقا لأشتراطات المادة (56) من قانون البنك المركزي وضمن حالة الجواز القانوني الممنوحة له لذا قررت المحكمة رد دعوى المدعي) .

ثالثاً: – المعاملات المالية لفرع المصرف الأجنبي .

أن المعاملات المالية لفرع المصرف الأجنبي هي في غالبيتها بمثابة عقود ، وأنه متى كان بمقدور أطراف العلاقة المصرفية أن يختاروا القانون الذي يمكن تطبيقه عليها . هذا الأتفاق قد يكون صريحا محددا بطريقة واضحة لا تثير لبساً ولا تخضع لأي تفسير من قبل القاضي القائم على تحديد القانون الواجب تطبيقه .

في هذا الفرض لا يوجد ثمة أدنى مشكلة إذا أختار الأطراف قانوناً ليحكم عقدهم ذو الطبيعة الدولية، وكان الأختيار واضحاً لذلك كان على القاضي أن يعمل بأختيارهم ويستوي في ذلك أن يختار الأطراف قانون المصرف القائم بتنفيذ العملية أم يختار قانوناً أخر غيره ، متى توافرت فيه الأوصاف التي أوضحناها وأهمها أن تكون رابطة قوامها مصلحة حقيقية جدية ومشروعة بين العقد والقانون المختار .

وهكذا ينطبق قانون فرع المصرف الأجنبي بمقتضى قاعدة التنازع في هذه الفرضية إذ يتفق فرع المصرف الأجنبي بمقتضى قاعدة التنازع على اخضاع العملية المصرفية ذات الطبيعة الدولية المبرمة بينهما لقانون الدولة التي يوجد فيها مقر الفرع الأجنبي الذي يقوم بتنفيذ العملية ، فقانون الفرع يتطبق في هذا الفرض بمقتضى قانون الإرادة المتفق عليها صراحةً (م 25) من القانون المدني العراقي النافذ ومايقابلها من المادة (19) من القانون المدني المصري.

ويعد في رأينا من قبيل هذا الأختيار الصريح الذي يتحقق أثر إنضمام العميل الذي يبرم العملية المصرفية الدولية الى الشروط العامة في المصرف ففي فرنسا نجد أن الجمعية العامة المهنية للمصارف تضع شروطاً عامة مخصصة لتنظيم كافة علاقات المصارف بعملائها وذلك بإخضاع هذه العلاقة للقانون الوطني للمصرف الذي قام بالعملية ، في مثل هذا الفرض إذا أبرم العميل عقداً مع فرع المصرف فان العميل بقبوله لهذه الشروط ومنها الشرط الخاص بالقانون الواجب التطبيق يكون بذلك قد رضى لحكم القانون المحدد فيها ، نعم في مثل هذا الفرض يستقل المصرف بوضع الشروط العامة ، لكن الذي لا شبهة فيه انه متى ماقبل العميل الخضوع للشروط التي يستقل الفرع بوضعها وكان عالماً يقينياً بها ، ومنها تطبيق قانون المصرف فاننا نكون بصدد إختيار صريح لقانون المصرف وليس اختياراً ضمنياً ويجري القضاء الفرنسي على تطبيق قانون المصرف في هذه الفرضية اعلاه على إنه إذا أختار الأطراف قانوناً معيناً ليحكم علاقاتهم المصرفية ،

فان القضاء الفرنسي لايعتد بهذا الأختيار إذا تبين للقاضي إنه قانون غير ملائم لحكم العملية المصرفية موضوع النزاع .

وإذا لم يتفق الأطراف صراحةً على تحديد القانون الواجب التطبيق الذي يحكم عقدهم فلم يختاروا تطبيق قانون فرع المصرف الأجنبي الذي يحكم العملية المصرفية أو قانوناً آخر ، تعين تطبيق قانون فرع المصرف الأجنبي وهو قانونا ، اما يتم حملاً على تفسير الأرادة الضمنية بإنها أختارت قانون المكان وفق نظرية التركيز وهو مايقول به البعض واما قولاً بخلق قاعدة إسناد مفادها العهدة لقانون المصرف بحكم العمليات المصرفية في كل مرة يلوذ فيها أطراف العملية المصرفية بالصمت غير متصديين لتحديد القانون الواجب التطبيق الذي يحكم هذه العمليات ذات الطبيعة الأجنبية ، وهو مانراه صواباً إذ ان تطبيق قانون فرع المصرف الأجنبي يبرره جملة من الأسانيد أبرزها وضوحاً ما يلعبه دور فرع المصرف الأجنبي في العملية المصرفية . فهو الذي يضطلع بالأداء الجوهري والفذ المميز فيها ، كما ان هذه العمليات تدخل في صميم مهنته ويحترف القيام بها ويصوغ اساليب ويبتكر آليات محددة لتنفيذها وهو صاحب اليد الأولى في تنفيذ العملية المصرفية ، ومن هنا يتميز دوره عن دور العميل الأخر الذي يتعاقد معه .

ويتم تطبيق قانون فرع المصرف الأجنبي القائم بالعملية بمقتضى قاعدة إسناد مزدوجة الجانب مضمونها أن المبدأ هو أن العمليات المصرفية يحكمها قانون الدولة التي يوجد فيها مقر الفرع القائم بالعملية، وذلك متى يكن ثمة اتفاق على تطبيق قانون اخر بالمعنى الذي حددناه .

والناظر في بعض أحكام القضاء الفرنسي المتعلقة بالعمليات الدولية وأهمية قانون المصرف في هذا الشأن يمكننا ان نرصد الاحكام التالية بالنسبة لبعض العمليات المصرفية :

1- في خصوص عقد الوديعة المصرفية .

هناك حالات أتفق الأطراف صراحةً على تطبيق قانون معين في هذا الشأن ومع ذلك لم يعتد القضاء بهذا الأختيار الصريح ، رغم أن القانون المختار كان على صلة بالعملية المطروح النزاع بشأنها ، خذ على ذلك مثالا" على ذلك ماسطرته محكمة السين الأبتدائية المدنية في حكم لها في 9 يوليو 1963، وبشأن عقد وديعة مصرفية ذي طبيعة دولية في قضية مدام "تكلا" ضد "الكريدي ليونية" في هذه القضية إذ عمدت المحكمة الى إجراء تركيز موضوعي للرابطة العقدية على الرغم من وجود إتفاق صريح على تطبيق القانون الفرنسي ، ومن هذا المنظور ميزت المحكمة بين عقد الوكالة بشراء الصكوك والذي أبرم في مصر من ناحية وعقد ايداع الصكوك ذاتها ، وهو ماتم في لندن فأخضعت الثاني وهو ما يعنينا الآن الى قانون محل الأيداع وبعبارة أخرى فأن المحكمة اخضعت عقد ايداع الصكوك لقانون المصرف المودع إليه (وهما الفرع الموجود

في لندن والفرع الموجود في جنوب افريقيا) دون أن تلتفت إلى الاتفاق الصريح بشأن تطبيق القانون الفرنسي تقديراً منها أن في هذا المكان تتوافر إعتبارات قانونية وإقتصادية تبرر تطبيق قانون المصرف المودع لديه.[1]

أن هذا الحكم يبرر بوضوح اهمية تطبيق قانون المصرف المودع لديه بخصوص صورة من صور العمليات المصرفية الدولية تتمثل في عقد الوديعة وتبرز في أن المحكمة قد اعملت قانون المصرف صارفة النظر عن قانون الأرادة لحكم هذه العملية وقد اتجهت المحكمة الى تطبيق قانون المصرف مقدرة ما للمصرف المودع لديه من دور في العملية سواء من الناحية القانونية والاقتصادية .

2- في خصوص الحساب الجاري .

هناك حالات طبق فيها القضاء الفرنسي قانون المصرف على أنه قانون الإرادة الذي عينه الأطراف صراحةً. من قبيل ذلك ما قالت به محكمة السين التجارية في حكم لها في 26 يونيو 1964 في خصوص حساب جاري بين شركة تابعة لهايتي وفرع في ولاية نيويورك بوصفه قانون الإرادة المعين صراحةً من قبل أطرافه وقد تأييد هذا الحكم من محكمة استئناف باريس في حكم لها في 18 ديسمبر 1965 .

واخضاع الحساب الجاري الجاري لقانون المصرف الذي حددته إرادة المتعاقدين وعلى النقيض من الحالة المذكورة نجد سلفاً نجد أن بعض أحكام القضاء الفرنسي فقد أخضعت الحساب الجاري لقانون المصرف المفتوح في الفرع الفرنسي حساب على الرغم بين الأتفاق الصريح بين الأطراف على تطبيق قانون آخر، ففي منازعة تتحصل وقائعها في أن عددا من الفروع التابعة للمصرف الفرنسي بفتح حسابات جارية لدى المصرف الماني قانون البنك الرئيسي والشروط العامة فيه والمتعلقة بفتح الحساب (المادتان 355، 375) من قانون التجارة الماني.

عرضت أمام محكمة استئناف باريس منازعة خاصة بالحساب الجاري المفتوح في الفرع الفرنسي [2] التابع للمصرف الالماني، ولم تشأ المحكمة أن تطبق القانون الألماني ، قانون الأرادة المختار صراحة ، وانما طبقت القانون الفرنسي قانون الدولة المفتوح فيها الحساب الجاري قولا منها بان هذا الحساب له ذاتيته الخاصة به واستقلاله الذي يجب معه اعمال قانون المصرف ، وفي عبارة اخرى فان المحكمة قدرت الخصوصية الفنية للحساب الجاري بما يلزم معه تطبيق قانون المصرف ولو كانت جملة الحسابات الجارية

(1) محكمة السين التجارية الذي طبقت فيه قانون المصرف بوصفه قانون الأرادة الصريحة حكمها في 1964/6/26 ، مجلة البنك الفرنسي 1964، ص 624 وقد ايدت محكمة استئناف باريس الحكم المتقدم وذلك في 18 ديسمبر 1965 ، مجلة البنك 1966 ، رقم 238 ص280 .

(2) محكمة السين المدنية 9 يوليو 1963 وللمزيد من تفاصيل هذا الحكم ، اقرا القانون الذي يحكم عقد الوديعة المصرفية الدولية ص34 ومابعدها.

المفتوحة لدى مختلف الفروع التابعة للمصرف الالماني تعمل وفق آلية واحدة ولم يكن في المقدور معرفة الدائن من المدين الا عند القفل النهائي لمجموع الحسابات .

3- في خصوص عقد القرض المصرفي.

أن السمة الدولية للقروض المصرفية لفرع المصرف الأجنبي كونها تتضمن طرفين مقرض ومقترض لكل منهما مصلحة يسعى في حمايتها من خلال اختيار القانون الذي يحقق مصلحتهم المشتركة سواء اكان القانون الوطني لأحد الطرفين أم كان قانون احد الدول التي تلعب دور عريق في سوق الاقراض المصرفي قانون سوق المال الدولي ، مثل القانون الانكليزي أو الامريكي كما يسعى البعض لاختيار هذه القوانين كونها اقل عرضة للتغيير والتعديل او التغيير في قيمة النقد وكونها تتناول هذه القروض بقواعد عرفية أو مكتوبة بشيء من التفصيل وتحاول المصارف قدر المستطاع تجنب اختيار القانون المحلي للمقترض خشية أن يكون معرضا للتغيير خاصة اذا كان المقترض هو الدولة التي تنفرد بتغيير قوانينها بارادتها المنفردة وفقا لمصالحها ، ففي حالة اذا كان قانون دولة المقترض لاتسمح بان تتجاوز اسعار الفائدة 12% بينما قانون دولة فرع المصرف الأجنبي يسمح بان تتجاوز اسعر الفائدة 25% كونها تتعامل بالربا ففي هذه الحالة سعى الفرع لتطبيق قانونه كونه يحقق مصلحة أكبر لها لهذ وتعد المصلحة الأهم لفرع المصرف الأجنبي بالحفاظ على امواله في حالة اخل المقترض بالتزاماته عن طريق اجبار المقترض على الوفاء بالتزاماته من خلال التنفيذ الجبري على الضمانات والرهون المقدمة من قبل المقترض ، لذلك نجد أن مصالح الفرع الأجنبي ومصالح المقترض متعارضة في اختيار القانون الواجب التطبيق ، ويعود الدور باختيار القانون الى الطرف الاقوى المقرض أو المقترض من حيث مركز الطرفين أو قدرة فرع المصرف الأجنبي على فرض شروطه داخل الدولة المضيفة ، وبالنسبة للقروض الوطنية لايجوز الاتفاق على استبعاد القضاء الوطني المختص اما في مجال القروض ذات الصفة الأجنبية فيكون للأرادة الحرية في اختيار القانون الواجب التطبيق ولكن هذه الارادة ليست مطلقة بل مقيدة بقيود تفرضها الروابط العقدية مثل جنسية اطراف النزاع أو موقع المال مثل أرصدة الحسابات المصرفية والضمانات المحلية المقدمة من قبل المقترض وتتباين الحلول عند القضاء وكلها تتم بأسم قانون الأرادة . فمرة يطبق قانون المصرف بوصفه صاحب الأداء المميز ، وأخرى يطبق قانون محل أبرام القرض ، وتارةً يطبق قانون محل التنفيذ ، وتارةً إخرى يطبق قانون محل وضع الأموال تحت تصرف المقترض أو محل استعمال الأموال المقترضة .[1]

وقد اصدر المشرع الفرنسي قواعد قانونية خاصة تحت مايسمى (الائتمان الاستهلاكي) من أجل تحقيق نوع من الحماية للمستهلك مما قد يترتب على تلك العملية المصرفية من مخاطر ائتمانية ، وتلك القواعد كانت

(1) لقد نصت المادة (24) من القانون المدني العراقي رقم (40) لسنة 1951 " ويسري بالنسبة للمنقول قانون الدولة التي يوجد فيها المنقول " وبقابلها المادة "18" من القانون المدني المصري

محلاً للتعديل مؤخراً بالقانون رقم 737- 2010 الصادر بتاريخ 1 يوليو 2010 الذي تبنى التوجيه الاوروبي الصادر بتاريخ 23 ابريل 2008 والمتعلق بعقود الائتمان للمستهلكين .[1]

4- وفي خصوص الاعتمادات المستندية.

نلاحظ أن القضاء وأن كان يسير على تطبيق قانون المصرف القائم بتنفيذ الأعتمادات المستندية، إلا أنه كثير ما يتم تطبيق قانون آخر أو أكثر حتى لو كان الأطراف متفقين على قانون آخر ، ويرجع ذلك إلى سبب بسيط هو الأعتمادات المستندية تطرح عدة روابط قانونية متعددة ولا يتصور إخضاعها الا لقانون وأحد وهو قانون المصرف والملحوظة ذاتها تعرض بالنسبة للتنازع القوانين بخصوص خطابات الضمان الدولية .

5- في عقد فتح الحساب المصرفي الدولي.

نجد أن أحكام القضاء تسير وبصفة آلية على تطبيق قانون فرع المصرف الأجنبي دون أن تبحث في قانون الأرادة، فهي تعمل هذا القانون نزولاً على حكم آليات العمل المصرفي وفنيته التي تكون محاطة بالسرية المصرفية ولايمكن من حيث المبدأ تصور تطبيق قانون آخر غير قانون المصرف المفتوح فيه الحساب ، والملحوظة نفسها شاهدناها بخصوص فتح الحساب الجاري ، وهما كثيراً ما يتدخلان .

ويلاحظ من جملة الأحكام القضائية الفرنسية بشأن العمليات المصرفية دولية مختلفة أن القضاء أحترم قانون الإرادة أي القانون الذي أختاره الأطراف إذا كان الأختيار منصباً على قانون المصرف أما إذا أختار أطراف قانون آخر غير قانون المصرف فان القضاء عادةً ما يعرض عن تطبيق هذا القانون ويعمل قانون المصرف.

والواقع ان مانراه نحن يختلف عن هذا التوجه نحن نرى في القانون العراقي التوجه منصباً الى ضرورة أحترام الأختيار الصريح لإرادة الإفراد ولو أختارا قانون آخر غير قانون المصرف القائم بالعملية . فأن لم يكن هناك أختيار صريح وجب تطبيق قانون المصرف مباشرة بوصفه إعمالاً لقاعدة إسناد مزدوجة الجانب مفادها تطبيق قانون المصرف كما سنرى تفصيلاً .

إن العمليات المصرفية ليست مجرد عمليات عادية وبسيطة ، يحتل فيها قانون الأرادة الدور الذي يشغله عادةً بشأن العقود العادية ، بل على العكس نحن بصدد عقود لها وظيفة اقتصادية وأجتماعية تخضع لتنظيم أمر في كثير من جوانبها تقوم بها المصارف وفق الية محددة وتعمل في مناخ فني فريد يجعل منها أداة لخدمة الإقتصاد القومي وعمليات التنمية الإقتصادية والأجتماعية . ومن هذا المنظور لا يمكن ان نقلل من دور العقود المصرفية ونعهد لقانون الإرادة بذات الدور الذي له بشأن العقود العادية .

---

(1) وبالرجوع الى تلك القواعد الخاصة يتضح بداية ان المشرع الفرنسي يبن نطاق تطبيقها من حيث تحديد العمليات الائتمانية الخاضعة لتلك القواعد فالمادة -311 -L" بانها العملية أو العقد الذي يلتزم بمقتضاه المقرض بمنح المقترض ائتمانا على شكل أجل للوفاء كالقرض ، والعمليات المكشوفه ، وتسهيلات الوفاء المشابهة .

ويترتب على هذا المعنى نتيجتان :-

أ- يجب الأخذ بقانون الأرادة متى ما تم الأختيار صراحةً، وكانت ثمة رابطة تربط العملية المصرفية بالقانون المختار بالمعنى المرن الذي حددناه . ويأخذ حكم الإرادة الصريحة الإرادة الضمنية المؤكدة اسوةً بما فعلته بعض التشريعات [1] ، وهي ارادة تتحقق متى أتخذ الأطراف موقفاً لا يدع مجالاً للشك في التعبير عن إختيار قانون معين .

ب- متى لم يكن ثمة إرادة صريحة أو ضمنية مؤكدة فإنه يمكن القول بأن هناك قاعدة إسناد مفادها تطبيق قانون المصرف القائم بالعملية ، قاعدة مزدوجة الجانب يمكن للقاضي العراقي أن يصوغها ويشدد دعائمها بالارتكان الى نص المادة (1) من القانون المدني العراقي النافذ التي تخوله بالرجوع الى مبادئ القانون الدولي الخاص حتى لا يغلق باب الإجتهاد أمام كل تطور يكشف عنه الواقع العملي ، والمشرع عندما يصوغ قاعدة الإجتهاد فهو لا يصوغها إستجابة لهوى عنده، وأنما من وحي فكرة جوهرية مفادها ربط العلاقة القانونية ذات الطابع الدولي بأكثر القوانين إتصالاً بها بحسبان هذا القانون هو الأكثر ملائمة لحكم المسألة المطروحة .

ونحن نرى بتطبيق قانون المصرف متى لم يكن ثمة إختيار صريح وضمني مؤكد ، انما نبني هذا الأختيار على جملة أُسس قانونية وواقعية ومنطقية .

الفرع الثاني

القانون الواجب التطبيق على المعاملات المالية لفرع المصرف الاجنبي

عهد المشرع العراقي وظيفة القضاء الى أكثر من جهة داخل المنظومة القضائية على وفق آلية تقسيم المهام على الجهات القضائية بموجب تجزئة المنازعات بحسب نوعها ومنح الصلاحية القضائية الى محاكم متخصصة للنظر بها، ولمقتضيات الحاجة لحل المنازعات التجارية للأشخاص الأجانب تشكلت المحكمة التجارية لتختص بنوع معين من المنازعات فضلاً عن جهة القضاء العادي.

لذلك سنبحث في هذا الفرع مدى خضوع المنازعات المصرفية لفرع المصرف الأجنبي للمحكمة التجارية وفق الآليات المتبعة في هذا النوع من المحاكم إذ اسند المشرع العراقي الى محكمة البداءة

(1) انظر المادة (16) من القانون السويسري الجديد الصادر في 18 ديسمبر 1987 التي تنص في فقرتها الأولى على " العقد يحكمه القانون الذي يختاره الطرفان " ويجب أن يكون الأختيار صريحا ومتولدا بصورة مؤكدة من نصوص العقد أو من ظروف المنازعة (الفقرة الثانية) كما يمكن تعديله في أي وقت إذا وقع الأختيار في تاريخ لاحق على ابرام العقد كان له اثر رجعي يرتد الى وقت الابرام عدم الاضرار بحقوق الغير حسن النية (اقرأ نصوص هذا القانون بالفرنسية بالمجلة الانتقادية للقانون الدولي الخاص 1988 ص 409 ومابعدها ومن الجدير بالذكر أن هذا القانون منقول حرفيا عن المادة 1/3و 2من اتفاقية روما لسنة 1980 والذي اقتضى أن يكون الأختيار صريحا ومتولدا بصورة مؤكدة أمر تطلبه القانون الألماني الجديد لسنة 1986 (م1/27) .

المتخصصة بالدعاوي التجارية سلطة الفصل في النزاعات التجارية والمتعلقة بالمسائل التجارية على وفق المادة (5، 6) من قانون التجارة العراقي رقم 30 لسنة 1984.[1]

أن محكمة البداءة بشكل عام هي صاحبة الأختصاص النوعي والقيمي سواءً كان في المسائل المدنية أو التجارية، إلا أنه ونتيجةً لتوسع التعامل التجاري في العراق والأنفتاح الأقتصادي ونشاط حركة السوق التجارية والأستثمارات الأجنبية ولصدور قانون الأستثمار رقم (13) لسنة 2006 ، ولغرض تشجيع جذب المستثمرين الأجانب للعمل في العراق ضمن بيئة إقتصادية صالحة للعمل المصرفي التجاري يطمأن فيها الطرف الأجنبي بوجود قضاء متخصص مستقل عن القضاء المدني يختص بالنظر في المنازعات ذات العنصر الأجنبي، إذ أتجه القضاء العراقي نحو التخصص في نظر الدعاوي التجارية لاسيما ذات العنصر الأجنبي لفض النزاعات التجارية لاسيما ذات العنصر الأجنبي لذلك فقد تم تكريس مبدأ ذاتية القانون التجاري وأستقلاليته عن القانون المدني وبما يساهم في تحقيق التنمية الأقتصادية للبلد.

لذلك تشكلت محكمة البداءة المتخصصة بالدعاوي التجارية لتنظر في الدعاوي التجارية التي يكون أحد اطرافها اجنبياً بموجب البيان الصادر من مجلس القضاء الاعلى بالعدد (74) في 2020/11/10 ، وأن اختصاص هذه المحكمة نوعياً محله عمل تجاري وشخصياً محله أن يكون أحد أطراف الدعوى أجنبياً.

وينعقد الأختصاص النوعي لمحكمة البداءة المتخصصة بالنظر بالدعاوي التجارية التي يكون أحد أطرافها أجنبياً وهم كل من المدعي والمدعي عليه الذين يخضعون لولاية المحكمة ، يشترط في أحداهما أن يكون غير عراقي الجنسية سواءً كان شخصاً طبيعياً أو معنوياً، وأن الأجنبي هو من لا يحمل الجنسية العراقية بحسب ما ورد في المادة (1/أ) من قانون الجنسية العراقي رقم (26) لسنة 2006النافذ.

وقد نص بيان مجلس القضاء المشار إليه آنفاً أنه يجب أن يكون موضوع الدعوى تجارياً والدعاوى التجارية تشمل جميع الأعمال التجارية التي أعتبرتها المادة (5) تجارية وبموجب الفقرة "13" تتضمن عمليات المصارف أي تشمل النظر في المنازعات المصرفية الخاصة بفروع المصارف الأجنبية.

وطبقاً لما جاء في بيان تشكيل هذه المحكمة فأن إختصاصها الوظيفي يتقيد بما إذا كان أحد أطراف النزاع أجنبياً، بصرف النظر عما إذا كان شخصاً طبيعياً أو معنوياً والشخص المعنوي الأجنبي هو كل من لا يملك الجنسية العراقية[2]. وبالنسبة لجنسية الشركات تتحدد فيما إذا كانت عراقية ام أجنبية تبعاً لمكان

---

(1) اعمام مجلس القضاء الاعلى الصادر بالعدد 74/ لسنة 2020 بتاريخ 2020/11/10 ، والذي اصدر استنادا الى أحكام المادة (22) من قانون التنظيم القضائي رقم (160) لسنة 1979 والمادة (3/تاسعاً) من قانون مجلس القضاء الاعلى رقم (45) لسنة 2017 (اولا :- تشكيل محكمة بداءة في كل منطقة استئنافية باسم (محكمة البداءة المختصة بالدعاوى التجارية) تختص بالنظر : 1- " الدعاوى التجارية التي يكون اطرافها من غير العراقيين " .

(2) لقد تصت الفقرة الثانية من المادة 10 من قانون الجنسية العراقي النافذ رقم (26) لسنة2006 على " تطبق المحاكم العراقية القانون العراقي بحق من يحمل الجنسية العراقية وجنسية دولة اجنبية " .

صدور شهادة تأسيسها طبقاً لنص المادة (23) من قانون الشركات العراقي رقم (21) لسنة 1997. والتي نصت "تكون الشركة مؤسسة وفق احكام هذا القانون عراقية" وإذ ان فرع المصرف الأجنبي يكون تابعا للمصرف الأجنبي الأم الذي يحمل جنسية دولة تخضع للتشريعات الوطنية كسائر المصارف المحلية الأخرى.

ومن التطبيقات القضائية العراقية على ذلك قرار محكمة بداءة الكرادة بالعدد 1314/ب/2020 والمؤرخ في 2021/1/11 والمقامة من قبل المدعي/ مصرف ملي ايران على المدعي عليه (س) وهو مواطن عراقي مقترض من هذا الفرع الأجنبي وقد أخل بالتزاماته بتسديد القرض، وقد أدعى وكيل المدعي (الممثل القانوني للفرع) أمام المحكمة أعلاه بأن موكله هو فرع لشركة أجنبية إيرانية الجنسية بموجب كتاب دائرة مسجل الشركات العراقية/ قسم الشركات الأجنبية بالعدد 2416 في 2006/10/3. وابرز صورة من كتاب البنك المركزي العراقي لمراقبة الصيرفة والأئتمان بعدد 2650 في 2005/9/28 بخصوص تسجيل الفرع أعلاه وقد قررت المحكمة بعد أن ثبت لها بإن المدعي هو فرع لمصرف أجنبي بإحالة الدعوى الى محكمة البداءة المتخصصة بالنظر بالدعاوي التجارية في جانب الكرخ إستنادا لأحكام المادة (87) من قانون المرافعات المدني العراقي مع الاحتفاظ للمدعي بالرسوم القضائية لأكمال نظرها حسب الأختصاص النوعي وعين يوم 2021/1/25 موعداُ للنظر فيها وأفهم القرار علناً في 2021/1/11.[1]

ومن التطبيقات القضائية الأخرى الصادرة بهذا الصدد القرار الصادر من محكمة البداءة المختصة بالدعاوي التجارية في الكرخ بالعدد (134/ تجارية /2020) والمؤرخ في 2020/12/28. والمقامة من المدعي (هـ 0 ع ج) ضد المدير المفوض لمصرف (أ) اللبناني فرع العراق ، والتي جاء فيها " لأدعاء المدعي امام محكمة بداءة الكرخ بانه سبق وان قام بايداع مبلغ وقدره (1،408،000) مليون واربعمائة وثمانية الف دولار امريكي لدى مصرف المدعي عليه ، بموجب كشف الحساب المرفق لديه ، وعند مراجعته لسحب المبلغ فقد امتنع المدعي عليه / اضافة لوظيفته عن تسلمه المبلغ ، وقد قررت المحكمة بالزام المدعي عليه ، المدير المفوض لمصرف (أ) اللبناني اضافة لوظيفته بتاديته للمدعي مبلغ مقداره (مليون واربعمائة وثمانية الف دولار امريكي) ، وتحميل المدعي عليه المصاريف القضائية والرسوم . وصدر الحكم استنادا لأحكام المواد (9) من تعليمات تسهيل قانون المصارف القضائية رقم (94) لسنة 2004 و (25 ، 140) من قانون الاثبات و (156 ، 159، 161، 166، 203) من قانون المرافعات المدنية و(63) من قانون المحاماة حكما حضوريا قابلا للأستناف والتمييز وافهم علنا، في 2020/12/28. [2]

(1) اثناء مراجعتنا الى محكمة البداءة المختصة بتاريخ 2021/1/24. قرار غير منشور .
(2) قرار غير منشور .

كذلك يحق لفرع المصرف الأجنبي من رفع الدعوى المدنية أمام هذه لمحاكم للنظر في نزاعاته وطلب التعويض المدني، ونحن نرى أنه يكمن الأساس القانوني لحق فرع المصرف الأجنبي في اللجوء الى المحاكم العراقية في المادة الثانية من قانون المرافعات المدنية التي نصت على أن الدعوى "طلب شخص حقه من أخر أمام القضاء " ، كذلك تعد مسألة تمكين فرع المصرف الأجنبي من اللجوء الى القضاء العراقي من القيود الدولية التي تفرض على المشرع وتقضيه النص على حق الأجانب من اللجوء الى القضاء وبخلاف ذلك تتعرض الدولة للمسؤولية الدولية وهذا ما استقر عليه العرف الدولي وهومن النتائج المترتبة على الاعتراف للأجنبي بالحد الادنى من الحقوق التي لا يجوز النزول عنه. [1]

كذلك يعد الاساس القانوني لمثول الأجنبي أمام القضاء الوطني بما يسمى بالخضوع الأرادي، والذي هو أحد مبادئ القانون الدولي الخاص ، التي نص عليها المشرع العراقي في حالة اتفاق الأطراف على الخضوع لمحاكم الدولة العراقية.[2]

ومن التطبيقات القضائية العراقية للمحكمة التجارية في بغداد/ الرصافة الثانية التي اصدرت قرارها بالعدد 325/اعتراضية/2018 بتاريخ 2021/1/25 والمقامة على مصرف الشرق الاوسط وافريقيا لبناني الجنسية من قبل المعترض (ع) والمتضمن استحقاق المعترض عليه مبلغا مقداره مليار وسبعمائة وخمسة وعشرون مليون وتسعمائة وسبعة وسبعون الف وثلاثمائة وخمسة واربعون دينار مع الفوائد المترتبة عليه بنسبة 20%" من تاريخ اقامة الدعوى 2018/1/1 ولحين التأدية الفعلية ولتقديم الخبراء ملحق تقريرهم المؤرخ في 2020/3/3 المتضمن استحقاق المعترض نفس المبلغ اعلاه وللأطلاع على كتاب وزارة التجارة/ قسم الشركات الأجنبية بالعدد (31586). وقد قررت المحكمة بأبطال الحكم الغيابي الصادر عن هذه المحكمة بالعدد 325/ب/2018. والحكم برد دعوى المدعي وتحميله المصارف وصدر الحكم استنادا لاحكام المواد 22و 25 من قانون الاثبات و80و177و179 و184و185و203 من قانون المرافعات المدنية حكما حضوريا قابلا للأستئناف والتمييز في 2021/1/25.

ومن الجدير بالذكر أن المشرع المصري اخذ بهذا النوع من المحاكم بما يسمى بالمحكمة الاقتصادية التي انشئت بموجب القانون رقم " 120" لسنة 2008 [3]

اما بالنسبة لموقف المشرع الفرنسي فقد نص على تشكيل(المحكمة التجارية الفرنسية) وتقوم هذه المحكمة التجارية بحل جميع المنازعات التجارية بما في ذلك المنازعات المصرفية الأجنبية والشركات

(1) Foustoucos (a)، l،arbitrage interne et international ، droit prive hellennique ، paris litec ، 1976. P.22.

(2) لمزيد من التفصيلات انظر المادة (15) من القانون المدني العراقي .

(3) د. سحر عبد الستار إمام يوسف، المحاكم الاقتصادية في القانون المصري، دار النهضة العربية، القاهرة ،2009، ص 35.
د. محمود السيد عمر ، تحضير الدعوى القضائية أمام المحاكم الاقتصادية، دار الجامعة الجديدة، بدون مكان نشر،2010، ص 28-29.

الأجنبية، وأحكام هذه المحكمة قابلة للتنفيذ في الأتحاد الأوربي، علماً إنها تستعين بالمحكمين من ذوي العقلية التجارية والذين تجاوز عددهم (14) محكم. [1]

المبحث الثاني
التحكيم في المنازعات المصرفية

يعترف التنظيم القانوني بأمكان تحقيق الحماية القضائية للأنشطة المصرفية لفرع المصرف الأجنبي بوسائل أخرى غير الالتجاء الى قضاء الدولة ومنها التحكيم، ويمثل التحكيم أهم وسيلة بمقتضاها يستغني الأطراف عن قضاء الدولة فمن خلاله يتفق الأطراف على عرض منازعاتهم على شخص أو أشخاص يختارونهم أو يحددون وسيلة أختيارهم لكي يتولوا الفصل في هذه المنازعة.[2]

ومن خلال الازمة المالية العالمية التي عصفت بالمؤسسات المصرفية والمالية والتي اندلعت شرارتها منذ بداية عام 2007 في الولايات المتحدة الامريكية، ثم دخلت الى دول العالم لتشمل الدول الاوروبية، والدول الآسيوية، والدول الخليجية التي يرتبط إقتصادها مباشرةً بالإقتصاد الامريكي، فلقد بلغت خسائر دول الخليج جراء الازمة المالية العالمية (250) مليار دولار أمريكي. وأهتزت ثقة البورصات والمصارف وأنخفض سعر النفط دون (30) دولار للبرميل والغيت العديد من المشاريع الاستثمارية مما دفع المستثمرون الاجانب الى سحب أموالهم من المصارف العالمية نتيجة فقدان الثقة بملاءة تلك المصارف [3] . واعادتها الى العالم العربي متى أنخفضت حصة العالم العربي من مجموعة الاستثمارات الأجنبية العالمية من (44%) عام 2006 الى (21%) عام 2008، كما بلغت خسائر بدرجات دول الخليج العربي أكثر من (150) مليار دولار وقدرت خسائر الرهن المصرفي العقاري أكثر من ترليون دولار ، إذ أن هذه الخسائر الهائلة الناجمة عن الازمات المالية وضعت التشريعات والانظمة. واللوائح للمصارف والمؤسسات المالية العالمية، على المحك لما خلفته من حجماً كبيراً من الخسائر المادية ، ومن البديهي أن تخلف هذه الخسائر وزرها منازعات

(1) د. محمود السيد عمر ، تحضير الدعوى القضائية أمام المحاكم الاقتصادية، دار الجامعة الجديدة، بدون مكان نشر،2010، ص 28-29. منشور على الموقع الالكتروني التالي ، تاريخ الزيارة 2020/2/17 .
www.international-arpitration-attorney.com1

(2) د. فتحي والي، التحكيم في المنازعات الوطنية والتجارية والدولية علما وعملا، مطبعة الناشر الثقافي في الاسكندرية، طبعة اولى، 2011، ص 12.

(3) د. هاني عطا، التحكيم في الضمانات المصرفية، مركز الدراسات العربية للنشر والتوزيع، القاهرة، ط1، 2011، ص23.

كبرى في المصارف وبغض النظر عن جهته، وبين المصارف وعملائها في جهة أخرى وهنا تبرز ضرورة اللجوء الى التحكيم المصرفي لفض هذه المنازعات.

ومن خلال ذلك سنقسم هذا المبحث الى مطلبين، سنتناول في المطلب الاول خصوصية التحكيم كوسيلة لتسوية المنازعات المتعلقة بالنشاط المصرفي لفرع المصرف الأجنبي ، والقواعد القانونية الواجبة التطبيق في المطلب الثاني.

المطلب الاول

التحكيم المصرفي كوسيلة لتسوية المنازعات

من خصائص القانون المصرفي والعمليات المصرفية أن لها صيغة فنية دقيقة، لأنها تنظم موضوعاً فنياً خاصاً إذ يستخدم الفاظ ومصطلحات أستقرت في العمل المصرفي عن معانٍ معينة، وبالاضافة الى ذلك نجد أن هذه القواعد تعتمد على أسلوب وأحد في العملية المصرفية الواحدة في كافة المصارف سواء كانت محلية أم اجنبية، كما أنها في الغالب واحدة على مستوى الدول كما هو الشأن في الاعتمادات المستندية إذ تقوم العمليات في المصارف في تنظيمها على الاعتبار الشخصي أو على اساس مبدأ الثقة بالعميل، وهذا الاعتبار مؤشر في مضمون العمل المصرفي وأستقراره وهو يبدو أكثر وضوحا من جانب نظرة المصرف الى عميله. [1]

لقد اضحى التحكيم بفضل ما يتميز به من قصر مدة الفصل في النزاع وبساطة اجراءاته هو الوسيلة الفعالة والطريق المفضل الذي يفضله المتنازعون للفصل في المنازعات التجارية، سواءً كان على المستوى الدولي أم المحلي، وقد أجاز المشرع العراقي للأشخاص الأتفاق على حل منازعاتهم عن طريق التحكيم سواءً نشبت تلك المنازعات قبل الاتفاق على التحكيم أم بعد حدوث النزاع بينهم.

ويعرف التحكيم بأنه " وسيلة من وسائل فض المنازعات بالطرق السلمية ، يلجأ إليها أطراف المنازعة حتى يتوصلوا الى حل ملزم لتسوية المنازعة التي تثار بينهم في صدد علاقاتهم الأقتصادية أو التعاقدية التي تربط بينهم وغير ذلك من المنازعات ، وذلك دون حاجة الى اللجوء الى القضاء المختص". والتحكيم نوعان

(1) وقد اعتمدت البنوك العالمية وفروعها الى تبني شرط التحكيم في بعض اتفاقات القروض المشتركة ومن امثالها عقد القرض المصرفي المشترك والذي اشترط حل النزاعات الناتجة في العقد عن طريق الوفاء بالصك متبعا لقواعد الانسترال بواسطة ثلاث محكمين يعين المصرف الوكيل احدهم ويعين العميل المفترض الثاني على ان يعين المحكمان المختاران المحكم الثالث فإذا لم يتم ذلك خلال 30 يوم تتولى محكمة لندن للتحكيم الدولي تعينيه ، للمزيد من التفاصيل انظر د فتحي والي ، التحكيم في المنازعات الوطنية والتجارية ، مصدر سابق ، ص166 .

التحكيم العادي والتحكيم المؤسساتي ويقصد به التحكيم المنظم عن طريق هيئات أو مؤسسات أو مراكز وطنية أو دولية دائمة مثل غرفة تجارة باريس أو لندن أو دبي للتحكيم.

إذ تطلع هذه الهيئات أو المؤسسات بالتحكيم وفق قواعد وإجراءات تتضمنها لوائحها وتكون معروفة سابقاً، وتكون لديها قوائم باسماء المعتمدين لديها من ذوي الخبرة والكفاءة والسمعة، ونظراً لازدهار التجارة الدولية يوجد عدد كبير من مؤسسات أو هيئات التحكيم متوزعة على انحاء العالم المختلفة وفقاً ما تختص في التحكيم في نزاع أو تجارة معينة والحقيقة ان الدول الكبرى لها السبق في الانفراد بتكفل مثل هذه المؤسسات التحكيمية، فهي تحاول جاهدة ان تدافع عن مصالحها عبر إنشاء مراكز للتحكيم، وفي هذا المجال يشار الى مصر إذ تمكنت من إنشاء مركز القاهرة الاقليمي للتحكيم عام 1978.

وكذلك مركز التحكيم للمنطقة العربية والاسيوية والافريقية الذي أستمد قواعد العمل على وفق قواعد اليونسترال[1] الا أن الأمر يزداد أهمية في مجال النزاعات المصرفية بما تمتاز به تلك المنازعات في بساطة الأجراءات وقصر مدة التقاضي أكثر من غيرها أو منازعات المصارف تدور في الأصل حول تجارة النقود [2]

وهذه المنازعات لا تخفى على أحد انها تتسم بالخطورة نظرا لتقلب الاسعار، كما أنها مرتبطة ايضاً بمعدل مرتفع من القواعد سواء على عاتق المصرف أو العميل، لذلك فيكون التحكيم الحل الافضل لتسوية النزاعات المصرفية نظرا لمميزاته التي سنوضحها كالاتي:

الفرع الاول

مزايا التحكيم المصرفي

يتسم التحكيم المصرفي بعدة مزايا ناتجة عن الخصوصية التي يتمتع فيها هذا النوع من المعاملات ذات الطابع التجاري والفني ، ويمكن أجمالها بالتالي:

1- الحصول على حل للخلافات بصورة أسرع و بشكل قطعي وبمحاكمات أكثر مرونة.

ان طبيعة العمليات والخدمات المصرفية مثل الحساب الجاري وعمليات التحويل أو الأعتمادات المستندية والقروض، قد تتأثر بعامل الوقت مما يؤدي بالحاق الضرر المباشر بالمصرف أو عملائه، بسبب

(1) قواعد الأونسيترال " هي مجموعة شاملة للقواعد الاجرائية التي يمكن للأطراف الاتفاق عليها من اجل تيسير اجراءات التحكيم التي قد تنشأ عن العلاقات التجارية وتستخدم على نطاق واسع في التحكيم التجاري وتم اعتماد قواعد الأونسترال من قبل الجمعية العامة للأمم المتحدة في عام 1976 "

(2) د. محمد سليم العواد، دراسات في قانون التحكيم المصري والمقارن، دار الكب القانونية، مصر، المجلة الكبرى، 2008، ص 286.

التغيير المفاجئ للأسعار، والذي يؤثر سلباً على عمل المصرف ويعرضه لخسائر مالية كبيرة [1] . اضافة الى السرعة في حسم النزاع إذ تتسم أجراءات التقاضي بالبطء والتعقيد.

فنظراً للسرعة التي يقتضيها الفصل في النزاع المصرفي ، إذ تسعى المصارف الأجنبية بشكل عام الى الحصول على حكم ذو حجية مطلقة، وذلك رغبة في إستقرار المعاملات المصرفية والمالية، لذلك فأن أهم مميزات التحكيم هو الحصول على حكم نهائي غير قابل للطعن فيه – خلافاً للأحكام التي تصدر من المحاكم القضائية إذ لا ريب أن نهائية حكم التحكيم المصرفي يعزز من ثقة الأطراف في النزاع في سرعة حسمه بدلاً من اعادة طرح النزاع على درجات التقاضي العادية سواءً كان استئناف أو نقض إذ ان الحكم التحكيم لا يمر باجراءات التقاضي العادية سوى صدور الامر القضائي بالتنفيذ في الدولة المراد تنفيذ الحكم من إذ كون الحكم التحكيمي مستوفياً للشروط المنصوص عليه في القانون .

2- **التحكيم وسيلة رضائية:-**

أي قبول الأطراف بخضوعهم في حل منازعاتهم الى قضاة من إختيارهم وبعبارة أخرى، الإتفاق على سحب الأختصاص من القضاء العادي للدول أو الاشخاص الطبيعية والمعنوية العامة والخاصة الأخرى الموقعة على الأتفاق، وأسناده الى جهة خاصة يفصلون فيه حسب قواعد موضوعية (تتمثل في أحكام الأتفاقية) وإجرائية متفق عليها من قبل الأطراف.

3- **ضمان الحياد:** لا تعول بعض المصارف والمؤسسات المالية التي تملكها دولة ما في عرف النزاعات على محاكم دول أخرى. كما أنه غالباً لا يعول الخصم فض النزاع عن طريق محاكم دولة معينة، وقد يكون الحل في عملية تحكيم محايد من دولة أخرى، إذ أنه بفضل المميزات التي يتمتع بها التحكيم لاسيما التحكيم المؤسسي الذي يعد الوسيلة المثلى لحل النزاعات المصرفية، إذ توفر للأطراف المتخاصمة الخبرة والثقة والتخصص في النزاع كونها مراكز متمرسة في حل النزاعات التجارية، وتضم خبراء مصرفيين متخصصين في حل القضايا المصرفية ، بالأضافة الى ذلك أن القواعد المصرفية والأعراف الموحدة ، تحدد طريقة تنفيذ مثل هذه العمليات ، إذ تسعى المصارف الكبيرة الى التقيد بها، وعند حدوث أي نزاع يفرض على المصرف اللجوء الى المحاكم أو التحكيم المحلي أو الدولي ، واي تأخير في تنفيذ الاحكام الصادرة تعرض المصرف المخالف الى الغاء الخطوط الائتمانية الممنوحة له وايقاف التعامل معه .

(1) هشام البساط، بحث مقدم لمؤتمر في التحكيم بعنوان التحكيم والعمليات المصرفية، مطبوعات مركز القاهرة التجاري، 2000، ص 13.

4- سرية التحكيم:

كذلك ما يعطيه التحكيم للخصم من مزية السرية، في المنازعات وعدم عرض تفاصيلها الا على غير المتنازعين، كذلك التحكيم ينقذ المصارف من سياسته الشدة التي يمارسها العميل من جانب المستفيد في عمليات خطابات الضمان أو غالباً تصفى حقوق جميع الأطراف أمام هيئة تحكيم واحدة.[1]

وأن كان يؤخذ على السرية قلة الإحصائيات المتعلقة بها، وندرة ما ينشر من قرارات المحكمين، الأمر الذي يعوق الدراسات النظرية بشأن التحكيم وبحث مدى انتشاره وطبيعة المنازعات التي يلائمها وهيئاتها.

5- اهمية التحكيم المصرفي:

التحكيم المصرفي كوسيلة لفض النزاعات المصرفية، وقد أصبحت الأن في قمة الاولويات التي يحتاج إليها المجتمع من أي وقت سابق لكونه وسيلة عاجلة وحاسمة بخلاف القضاء الذي يفتقر الخبرة في شؤون المصارف والعمليات التابعة لها بالاضافة الى المرونة والسرعة التي يضمنها التحكيم مما يخفف العبء عن المصارف والاقتصاد القومي بشكل عام.[2] خصوصاً وأن العالم يشهد تطوراً هائلاً لعمليات نظام التحكيم في القضايا الأستثمارية والتجارية والمصرفية في دول العالم اجمع باعتباره نظاماً قضائياً بديلاً من فض المنازعات التجارية والمدنية والاقتصادية وتزايد اللجوء الى مراكز الوساطة والتحكيم لحل النزاعات على الصعيد المحلي والدولي وأصبح التحكيم في السنوات الأخيرة طريقاً متميزاً لحل المنازعات عبر طريق اللجوء الى القضاء ، وتقبل عليه أغلب المؤسسات المصرفية والتجارية والاستثمارية لما له من مزايا ايجابية .

6- الزامية الفصل في الدعوى:

حكم التحكيم الزامي وينزل عليه كافة الأطراف ويعملون على تنفيذه، حتى لو رأى أحد الأطراف أن الحكم ليس في صالحه ، وذلك لأنه ارتضى مسبقاً باللجوء إليه وشارك في أختيار المحكم أو المحكمين والقانون الواجب على الواقعة وثقته في خبرة المحكمين الذين هم في غالب الأمر خبراء في الدعوى مجال النزاع.

وهذا الحكم الملزم للأطراف يعد حجر الزاوية التي تسعى كافة التشريعات الى تدعيمه وأحاطته بكافة وسائل الأمان الذي تحافظ عليه، لأن عنصر الزام هو الذي أعطى التحكيم قوته التنفيذية ومكانته كطريقة فعالة من طرق فض النزاع بالوسائل السلمية.

---

(1) د. أحمد محمد شتا، نطاق تطبيق أحكام قانون التحكيم في مصر ، دراسة مقارنة رسالة دكتوراه، حقوق القاهرة، 2002، ص 13.

(2) د. رجاء نظام حافظ: الأطار القانوني للتحكيم التجاري، دراسة مقارنة، اطروحة دكتوراه، كلية الدراسات العليا، جامعة النجاح الوطنية، نابلس فلسطين، ص2.

لقد أسفر مؤتمر نيويورك المنعقد في الفترة مابين 20 ايار الى يوم 10 من شهر حزيران 1958 عن ولادة اتفاقية نيويورك لعام 1958 بشأن الاعتراف وتنفيذ الاحكام الأجنبية ، إذ أعتبرت هذه الوثيقة نموذجاً قانونياً للقواعد الدولية التي تخص التحكيم من إذ الأجراءات والموضوع في العلاقات الدولية الخاصة ، خاصة بعد إنضمام العراق لهذه الاتفاقية بالقانون رقم (14) لسنة 2021 [1] ويخضع تنفيذ الاحكام التحكيمية لقانون المرافعات المدني العراقي رقم (83) لسنة 1969وفقا لنصوص القانون (251 الى 276) .

ومن الجدير بالذكر أن المشرع المصري انضم الى هذه الاتفاقية بموجب القرار رقم (171) لسنة 1959 في الثاني من شهر شباط [2] ويخضع تنفيذ الاحكام التحكيمية لقانون المرافعات المدني المصري في المواد 296 ومابعدها ، كذلك قد أنضمت بعض دول الخليج لهذه الاتفاقية واصبحت جزءاً لا يتجزء من النظام القانوني الوطني في أغلب الدول ، مما أعطى مركز التحكيم المصرفي دعماً دولياً من حيث إعطاء أحكامه القوة التنفيذية في الدول الموقعة على اتفاقية نيويورك ومنها دولة فرنسا التي وقعت عليها في 26 يونيو 1959 إذ نصت المادة (1/53) من لائحة اجراءات التحكيم على أنه " يجب أن يكون الصادر من الهيئة وفقا لهذه الأجراءات ملزما ونهائيا وله قوة النفاذ في الدول الأعضاء بعد الأمر بتنفيذه من قبل الجهة التحكيمية المختصة "، إذ أن نص هذه المادة يطمئن أطراف النزاع الى التحكيم المصرفي ويعطيهم ضمانة الاعتراف بتنفيذ الاحكام التحكيمية الصادرة بصفة نهائية وملزمة .

الفرع الثاني
التحكيم في التشريع العراقي والتشريعات المقارنة

بعد استعراض المزايا التي يتمتع بها التحكيم التجاري والذي يتم بموجب نظام قانوني باتفاق الأطراف على حل نزاع مالي بشأن علاقة قانونية بينهم ، بواسطة شخص أو أشخاص يختارونهم أو يحددون وسيلة اختيارهم والذي يمثل خطوة نحو تخفيف حدة النزاع ، إذ هو يستبدل بالنزاع القضائي المرهق أمام المحاكم إذ غالباً مايحرص الأطراف على استمرار علاقات العمل الودية بينهما ، وعلى الرغم من جواز التجاء هذه المؤسسات المصرفية الأجنبية الى أية قواعد أو مراكز تمارس التحكيم الإ أنه ظهر في الآونة الأخيرة التحكيم المتخصص وهو ما نعني به التحكيم التجاري المصرفي ، وذلك لأهمية وخصوصية العمليات المصرفية التي تكون بمبالغ طائلة اضافة الى دقة وصعوبة الأنشطة المصرفية التي تقتضي ان يكون

(1) قانون انضمام جمهورية العراق الى اتفاقية الاعتراف بقرارات التحكيم الأجنبية وتنفيذها نيويورك 1958 رقم (14) لسنة 2021 منشور في الوقائع العراقية بالعدد 4633 في 2021/5/31 .

(2) د.احمد محمد شتا ، نطاق احكام قانون التحكيم في مصر ، مصدر سابق ، ص 17.

المتصدي لحلها من المختصين بالشؤون المالية والقضايا والقوانين المصرفية ، ولاشك أن التحكيم يوفر للأطراف فرصة اختيار محكم مختص في جوانب فنية ومهنية وقانونية يمتلك مهارة مصرفية وله خبرة تحكيمية في مجال وقائع الدعوى المصرفية محل النزاع ، فالحاجة الى التأكد من توافر مهني متميز لدى الخبراء الذين يناط بهم حل تلك المنازعات ذات الطابع المالي سواء من إن قدرتهم على تفهم الخصائص المميزة لهذه الطائفة من المعاملات المالية ومايرتبط بها من عادات وأعراف ومصطلحات سائدة في المحيط المصرفي الدولي دون ان يكون لها مثيل في إطار التشريع المحلي والتطبيقات القضائية الوطنية التي لم تعد أصلاً لمواجهة متطلبات التعامل الدولي ويمثل هذا الأمر أهمية بالغة لصياغة أي حكم عادل في مجال العمليات المصرفية ، كذلك ان الاستثمارات الضخمة تحتاج الى التحكيم لأن يضم مجموعة من الحريات بدأ من اختيار القاضي وصولاً الى بلد التحكيم وقانون التحكيم الذي يختاره المتخاصمان خصوصا وأن ثقافة الوساطة البديلة لحل النزاعات ، وفي طليعتها ثقافة التحكيم ، اخذه في الانتشار حيثما كان ، وبخاصة في البلدان التي تتطلب نموها الاقتصادي تشجيعا أو اجتذابا لرؤوس أموال أجنبية ، عليه سنسلط الضوء في هذا الفرع على آلية ونوع التحكيم في التشريع العراقي والتشريعات المقارنة.

اولا:-التحكيم في التشريع العراقي

لما كانت ظروف القانون الداخلي والمحاكم الوطنية في الكثير من الدول وبخاصة الدول الراغبة في النمو، قد لا توحي الثقة بالمستثمر الأجنبي أما بسبب وجود نظام قانوني غير كافٍ للوفاء بمتطلبات النظام الاقتصادي الدولي الجديد وأما "لوجود إدارة غير منتظمة أو لعوامل سياسية أخرى" وتماشياً مع طبيعة المعاملات الدولية الاقتصادية وما ينجم من مشكلات دولية التي أوجدتها الاستثمارات العالمية ومتطلبات التعاون الدولي واتساع دائرة العلاقات الاقتصادية الدولية الأمر الذي ادى الى تجمع شعوب العالم في مؤسسات دولية للمحاولة في ذلك ايجاد حلول لتلك المشكلات من المستوى الدولي، وكذلك مشكلة الفصل في منازعات الاستثمارات بين الدول المضيفة والمستثمر الأجنبي، إذ توفر لهم المادة القانونية بمختلف اشكالها.

بالاضافة الى المرونة والسرعة التي يضمنها التحكيم مما يخفف العبء عن المصارف والاقتصاد القومي بشكل عام.[1]

ولقد نص المشرع العراقي في قانون المرافعات المدني رقم (83) لسنة 1969 على التحكيم ولم يتطرق الى التمييز بين التحكيم المحلي والدولي وبالتالي فان القضايا التي تتعلق بالتحكيم تكون جميعها سواء كانت محلية ام دولية، خاضعة للقانون العراقي مع مراعاة احكام التحكيم التي نص عليها قانون المرافعات المدنية

(1) د. ازاد صالح شكور ، الاستثمار الأجنبي سبل استقطابه وتسوية منازعاته ، دار الكتب القانونية ، بغداد ، 2011 ، ص 81 .

العراقي لم تفرق بين التحكيم الذي يجري داخل العراق أو خارج العراق وان نص المادة (253) من قانون المرافعات المدنية نصاً مطلقاً وان (المطلق يجري على اطلاقه ما لم يقم دليل التقييد نصا أو دلالة) (المادة 160 مدني عراقي).

إضافة الى أن إنضمام العراق الى الاتفاقيات الدولية الخاصة بالتحكيم يسهل من عملية تنفيذ احكام التحكيم مع تلك الدول على اعتبار ان تلك الاتفاقيات قد نظمت في ضمن نصوصها اجراءات التنفيذ والشروط المطلوبة، كما أخضع بعضها التنفيذ للتشريعات الداخلية للدولة المطلوب منها التنفيذ. أنضم العراق إلى مجموعة من الاتفاقيات الدولية بعضها جماعية والبعض الآخر ثنائية نظمت الأحكام المتعلقة بالتحكيم الأجنبي وكيفية تنفيذه. فعلى صعيد الاتفاقيات الدولية الجماعية نجد أن العراق قد انضم إلى اتفاقية واشنطن لتسوية النزاعات الناشئة عن الاستثمارات بين الدول المضيفة للاستثمار ومواطني الدول الأخرى بموجب القانون رقم (64) لسنة (2012)، وقد نظمت هذه الاتفاقية الجوانب المتعلقة باحترام الحكم التحكيمي وتنفيذه، وأن تعامله معاملة الحكم القضائي الصادر من محكمة وطنية.

وفي إطار الاتفاقيات الدولية الثنائية فقد أبرمت اتفاقية بين الجمهورية العراقية واتحاد الجمهوريات الاشتراكية السوفييتية المصادق عليها بالقانون رقم (104) لسنة (1973) [1] وقد وضعت هذه الاتفاقية بموجب مجموعة من الأحكام المتعلقة بالاعتراف وتنفيذ أحكام المحكمين.

وقدر تعلق الأمر في تنفيذ أحكام التحكيم في تسوية منازعات عقود الاستثمار، فقد أبرم العراق في الآونة الأخيرة العديد من الاتفاقيات الدولية الثنائية ذات الصلة بموضوع تشجيع وحماية الاستثمار، وقد نصت جميع هذه الاتفاقيات على أن الحكم الصادر من محكمة التحكيم يكون نهائياً وملزماً لطرفي النازع وبالتالي يجب تنفيذه في البلد المراد تنفيذ الحكم فيه. وأن هذه الاتفاقيات هي كل من اتفاقية تشجيع وحماية الاستثمار بين جمهورية العراق وحكومة اليابان المصادق عليها بالقانون رقم (34) لسنة (2013)، واتفاقية تشجيع وحماية الاستثمارات والبروتوكول الملحق بها بين حكومة جمهورية العراق وحكومة جمهورية ألمانيا الاتحادية المصادق عليها بالقانون رقم (60) لسنة (2012)، واتفاقية حوافز الاستثمار بين جمهورية العراق وحكومة الولايات المتحدة الأمريكية المصادق عليها بالقانون رقم (110) لسنة (2012)، واتفاقية تشجيع وحماية الاستثمار بين حكومة جمهورية العراق وجمهورية أرمينيا المصادق عليها وتكون تلك الاتفاقيات ملزمة للعراق وتقدم على القانون العراقي عند التعارض وهذا ما اشارت اليه المادة (29) من القانون المدني العراقي التي نصت على أنه (لا تطبق احكام المواد السابقة إذا وجد نص على خلافها في قانون خاص أو معاهدة دولية نافذة في العراق)، وعليه تقدم نصوص تلك الاتفاقيات في التطبيق على القانون العراقي في حالة

(1) انظر قانون تصديق معاهدة التعاون القضائي والقانوني بين الجمهورية العراقية واتحاد الجمهوريات الاشتراكية السوفيتية رقم (104) لسنة 1973 منشور على موقع (قاعدة التشريعات العراقية) تاريخ الزيارة 2021/4/7 .

التعارض الذي يحصل بينهما "القانون أختط طريقاً وسطاً يقوم على اعمال إرادة الخصوم، حيث إذا رفع النزاع الى أحد المحاكم حق للطرف الآخر أن يعترض على نظر الدعوى في الجلسة الاولى عملاً بعقد التحكيم أو شرطه، فان فعل ذلك وجب على المحكمة بعد ان تتحقق من مشروعيته تأمر بوقف نظر الدعوى".

وعلى أية حال وبالرغم من عدم وجود قانون يعالج التحكيم المحلي والدولي في العراق فأن بوادر انتشار التحكيم التجاري وثمراته بدات في العراق بافتتاح مركز التحكيم التجاري الدولي في النجف الأشرف وبدعم ومساندة المركز الدولي للقانون والتحكيم / لاهاي – هولندا وبتعاون مهني وفني من المؤسسة العربية للتدريب والاستشارات والتحكيم بيروت – لبنان ويمارس المركز العديد من الانشطة ومنها التحكيم التجاري سواءً كان على الصعيدين المحلي والدولي في مختلف المنازعات التجارية والاستثمارية ومن بينها منازعات المعاملات المصرفية ذات الطابع الأجنبي على اختلاف أنواعها وأشكالها ويقدم المركز الاستشارات المتنوعة من قبل العديد من خبراء القانون ، ويتألف المركز من هيئة عمومية تضم جميع الاعضاء من ذوي الخبرة والكفاءة والمشهود لهم بالنزاهة ويضم المركز حاليا 85 محكماً محلياً ودولياً ويمكن اضافة محكمين دوليين من خارج المركز وخبراء من ضمن قائمة لجان الخبراء التابعة للمركز ويقوم المركز باستلام طلبات التحكيم من الأشخاص والشركات الأجنبية ، ولقد وضع نظام قانوني خاص بالتحكيم بهذا المركز وهو متطابق الى حد كبير مع القواعد الخاصة بالاونسيترال لكي يتم تطبيقها في حسم النزاع وتتكون قواعد المركز من 21 مادة قانونية في التحكيم التجاري [1].

ويعد هذا المركز خطوة مهمة في سبيل تطوير التحكيم التجاري في بلدنا وهي دعوة للمشرع العراقي لضرورة الأسراع في تشريع التحكيم التجاري.

ثانيا:- التحكيم في التشريعات المقارنة

لقد أقر المشرع المصري التحكيم فقد نص في المادة (12) من قانون التحكيم المصري رقم (27) لسنة 1994، التي نصت على "يجب أن يكون اتفاق التحكيم مكتوباً والإ كان باطلاً ويكون اتفاق التحكيم مكتوبا إذا تضمنه محرر ووقعه الطرفان أو إذا تضمنه ما تبادله الطرفان من رسائل وبرقيات أو غيرها من وسائل الاتصال المكتوبة"[2] وكذلك نصت المادة (21) "يكون التحكيم تجاريا في حكم هذا القانون إذا نشأ النزاع حول علاقة قانونية عقدية كانت ام غير عقدية وشمل ذلك على سبيل المثال توريد السلع أو الخدمات

(1) للمزيد من التفاصيل راجع موقع المركز http//www .icacn .org

(2) عصام أحمد البهجي، التحكيم في منازعات عقود الاستثمار، ط1، دار الفكر الجامعي، الاسكندرية ،2014، ص 125.

(الوكالات التجارية، وعمليات المصارف ، والتأمين، والنقل..." والمادة (429) " يكون التحكيم دوليا عندما ينطوي على مصالح التجارة الدولية".

وبالنسبة لتنفيذ احكام التحكيم الدولية في القانون المصري قبل صدور قانون التحكيم لعام (1994) فلم يوجد في مصر سوى شروط تنفيذ الاحكام القضائية الأجنبية التي تقررت في المادة (299) من قانون المرافعات المصري سريانها على احكام المحكمين الصادرة في بلد اجنبي، ولكن بعد صدور قانون التحكيم وضع شروط مبسطة لتسري على تنفيذ احكام التحكيم الصادرة في مصر وكذلك الصادرة في الخارج واتفق الأطراف على خضوعها لقانون التحكيم المصري.

ويعد مركز التحكيم التجاري لاتحاد المصارف العربية من أهم المراكز التحكيمية في الدول العربية إذ يعتبر مركز الوساطة والتحكيم لدى المصارف العربية مركز متخصصا في تأمين الوسائل البديلة لحل النزاعات المصرفية بين المصارف في الدول العربية والعالم ويعمل على تسوية كافة المنازعات المحلية والدولية في إطار متميز للسرعة والفعالية وبتوفير الحيادية والعدالة بين المتخاصمين ، ويعمل المركز وفقاً لاجراءات وقواعد الاونسترال العالمية للتحكيم المعتمدة دولياً ، ويوفر قائمة واسعة من كبار المحكمين المعتمدين دوليا والذين يبلغ عددهم حاليا 31 محكم عالميا ودولياً ، وهو يستقبل كافة طلبات التحكيم من المصارف العالمية.

وقد أقرت على هامش اجتماع مجلس ادارة اتحاد المصارف العربية رقم (104) والذي بموجبه تم اطلاق عمل المركز في مقر جامعة الدول العربية في القاهرة بتاريخ 2019/9/17. [1]

وقد جاء في المادة الثانية من شروط نظام الاتحاد " ان لجوء المتخاصمين الى هذا النظام يعني اطلاعهما على أحكامه وقبولهما والتزامهما به " ، كذلك تضمنت قواعد هذا المركز كونه من أنظمة التحكيم التجاري المتخصصة في حل النزاعات المصرفية ومجموعة من القواعد الخاصة بوجوب طلب التحكيم وتقديمه من المدعي ولابد من الرد عليه من قبل المدعي عليه بعد ان يتم تبلغه به ، ويرد عليه خلال ثلاثين يوماً من تأريخ قيام الأمانة العامة بتبليغه وهذه المده قابلة للتمديد مرة واحدة خلال 20 يوم واحد فقط وبموافقة الأمانة العامة، ولابد ان يتضمن الرد دفاع المدعي عليه وأسم المحكم الذي يختاره وأن لم يقدم المدعي عليه دفاعه تستمر الأجراءات التحكيمية ضد المدعي عليه بناءً على طلب المدعي ، أما بالنسبة لما جاء به الاتحاد من قواعد تخص المحكمين فبالنسبة للمحكم المفرد يمنح الطرفان "30" يوم للاختيار والا تولى مجلس ادارة الاتحاد اختيار المحكم وعند عدم اتفاق الأطراف على التعيين يتم نظر النزاع من ثلاثة محكمين

(1) الموقع الالكتروني لاتحاد المصارف العربية تاريخ الزيارة 2021/7/2 ، https;//ar.mwikipedia .org ggl.d

يعين كل طرف محكمه أما المحكم الثالث يعين من مجلس الادارة أو اللجنة كرئيس لهيئة التحكيم ، ويمكن أن تطبق كل قواعد الرد والتنحي في حال توافرت اي من الشكوك حول حيادية أو نزاهة المحكم .

ومن القرارات التحكيمية التي اصدرتها اللجان التحكيمية في اتحاد المصارف العربية قرار رقم (147) لسنة 2010 " ان تراخي بنك بيروت لأكثر من ستة أيام في بيع الأسهم المرهونة بعد انتهاء العقد يرتب مسؤوليته المدنية عن الضرر الواقع على العميل لأنه حصيلة البيع تقل عن اجمالي التمويل المتفق عليه بين المصرف والعميل "

وقد جاء في نص قرار تحكيمي آخر صادر عنه بخصوص بطاقات الصراف الآلي والبطاقات الائتمانية القرار التحكيمي في القضية رقم (111) لسنة 2017 " حامل البطاقة الاصلي " العميل يكون مسؤولاً عن الديون الناشئة عن استخدام البطاقة الاصلية والاضافية حتى يستلم البنك (س) مصدر البطاقة الائتمانية الاخطار عن فقدان أو سرقة البطاقة . [1]

كذلك تلعب المصارف (البنوك) دوراً مهما في أنشاء هيئات أو لجان للوساطة والتحكيم لحسم المنازعات المصرفية ففي مصر نصت المادة (38) من قانون البنوك والأئتمان المصري المرقم (163) لسنة 1957، بأنه " يجوز للبنوك ان تكون فيما بينها اتحادا أو اكثر على ان يعتمد نظامه مجلس ادارة البنك المركزي "وحددت هذه المادة وظائف هذا الاتحاد ومن بينها نظم واجراءات موحدة لحسم المنازعات ولقد تأسس اتحاد بنوك مصر عام 1981 على شكل جمعية مركزية طبقاً للقانون، ثم عدلت المادة السابقة بالقانون المرقم (37) لسنة 1992 والخاصة بتعديل بعض احكام قانون البنوك والائتمان والنقد ونصت على حق البنوك الخاضعة له بتكوين اتحاد يصدر نظامه بقرار من وزير الاقتصاد وصدر القرار عام 1998 ، وحدد النظام الاساسي لاتحاد البنوك منذ تاسيسه عام 1981 الطرق الودية لحل ماينشأ بين المصارف الاعضاء من خلافات، وذلك عن طريق التحكيم ثم عدل النظام الاساسي القواعد للاتحاد واكد على اللجوء للتوفيق والتحكيم لحل المنازعات التي تتعلق بالنشاط المصرفي بين اعضاء الاتحاد ، وقد اعتمد اتحاد المصارف على التحكيم في خطابات الضمان المحلية والخارجية بهدف حلها في وقت قصير .

أما بالنسبة للمشرع الفرنسي فقد ورد في قانون المرافعات الفرنسي بعد التعديل في عام (2011) بنصوص واضحة بشأن تنفيذ احكام التحكيم الدولية سواءً كانت صادرة داخل فرنسا أو تلك الصادرة في الخارج، إذ لم يتطلب القانون تنفيذ تلك الأحكام سوى إثبات وجودها من الطرف الذي يتذرع بها وكذلك عدم مخالفتها للنظام العام الدولي. المادة 1504 "حكم التحكيم الصادر في فرنسا من التحكيم الدولي يقبل الطعن عن طريق الابطال في الحالات المنصوص عليها في المادة 1502".

(1) د. هاني عطا، التحكيم في الضمانات المصرفية، مصدر سابق ، ص 117 .

وهذا ما اشارت اليه المادة (1514) والتي تنص على أنه "يتم الاعتراف بالاحكام التحكيمية أو تنفيذها في فرنسا إذا اثبت الشخص الذي يتذرع بها وجودها، وإذا لم يكن هذا الاعتراف أو هذا التنفيذ مخالفاً بصورة واضحة للنظام العام الدولي، كما نصت المادة (1/1515) بانه "يثبت وجود الحكم التحكيمي بإبراز اصله مرفقاً باتفاق التحكيم أو بصورة عن هذين المستندين تستجمع الشروط المطلوبة لصحتها".

تتوافق مع طبيعته إذ جعل نوعاً من التوازن بنصه على أن اتفاق التحكيم يجوز أن ينشا من مكاتبات متبادلة أو من مستند وثيقة احال اليها الأتفاق الاساسي وهو ما يعني انه كلما دلت ظروف الحال على وجود اتفاق تحكيم فأنه يعتد به وهو ما يعد من قبيل القبول الضمني لشرط التحكيم.

اما عن المحكمة المختصة بالتنفيذ فقد فرق المشرع بشأن ذلك بين الاحكام الدولية الصادرة داخل فرنسا، إذ تختص بتنفيذها المحكمة الابتدائية التي صدر الحكم التحكيمي في نطاقها، وبين تلك الاحكام الصادرة في الخارج ، إذ تختص بتنفيذها المحكمة الابتدائية في باريس.

وهذا ما نصت عليه المادة (1/1516) بانه "لا يكون الحكم التحكيمي قابلا للتنفيذ الجبري الا بموجب أمر يقضي بمنحه الصيغة التنفيذية صادر عن المحكمة الابتدائية التي صدر الحكم وقد حرص واضعوا تعديل قانون التحكيم الفرنسي الجديد الصادر في 13/ يناير 2011 النص على وجوب أن يكون الاتفاق مكتوبا والا كان باطلا وذلك على حد سواء بخصوص شرط التحكيم أو مشارطة التحكيم ذلك أن اتفاق التحكيم تصرف خطير لأنه سيؤدي الى تنازل الأطراف عن حقهم الأصلي في اللجوء الى القاضي الطبيعي لمحاكم الدولة، لذلك فأن ضرورة الابقاء على الكتابة كشرط لصحة اتفاق التحكيم له ما يبرره في النطاق الداخلي للتحكيم. من هنا يتضح أن النص الجديد جاء اكثر شدة من النص القديم فالنص القديم لم يجعل الكتابة شرطا لصحة اتفاق التحكيم الا بالنسبة لشرط التحكيم دون مشارطة التحكيم. غير أن التعديل لم يشأ أن يضع نفسه في قالب جامد مجاف لمقتضيات التجارة بما تستلزمه من مرونة خاصة التحكيمي في نطاقها، أو عن المحكمة الابتدائية في باريس عندما يكون الحكم التحكيمي صادرا في الخارج".[1]

كما قضت محكمة النقض الفرنسية بأنه إذا اتفق الطرفان على الاحالة الى شروط عامة تتضمن التحكيم وكان الطرف الذي يتضمن شرط التحكيم عالما بهذه الشروط ، فان سكوته يعني بموافقته بهذه الشروط .

كما عرضت هيئة التحكيم بغرفة التجارة الدولية بباريس القضية المعروفة باسم صفقة الحافلات وتتلخص وقائعها بأنه في ديسمبر 1985 اتفقت احدى الوزارات في جمهورية بنين الشعبية مع احدى الشركات الرومانية ، على أن تشتري من هذه الاخيرة خمسين حافلة لنقل الركاب وتم تحديد مواعيد التسليم ،

(1) د. فتحي والي، التحكيم في المنازعات الوطنية والتجارية والدولية علما وعملا، مصدر سابق ، ص 242

وقد نص في هذا العقد على أن أي خلافات قد تثار عند تنفيذها يتم تسويتها ودياً بين الطرفين ، وإذا تعذر ذلك امكن الفصل بين في النزاع بواسطة محكم أو اكثر عن طريق غرفة التجارة الدولية وأن يطبق على النزاع القانون الفرنسي ، وكان أحد المصارف في فرنسا قد اصدر خطابي ضمان اشار فيهما الى العقد المبرم بين الطرفين (بنين وروما) وعندما ظهرت عيوب المبيع امتنعت بنين عن تسديد باقي الثمن وطالبت بالتعويض ، فتقدمت الشركة الرومانية بطلب التحكيم امام غرفة التجارة الدولية ضد المدعي عليه المصرف الممتنع عن تسديد واداء قيمة خطاب الضمان وقد تمسك المصرف بعدم خضوعه للتحكيم كونه ليس طرفا في العقد الذي يحتوي على شرط التحكيم ، وقد بحث المحكمون على مسألة اولية في مدى اختصاصهم بالنسبة للمصرف المعتمد والذي لايوجد لديه ارتباط بالعقد سوى الاشارة في خطاب الضمان الى ذلك العقد الذي يتضمن شرط التحكيم ، فقرروا ان الاشارة لاتكفي لاعتبار المصرف خاضعا لشرط التحكيم الوارد في العقد ، لأن نية التحكيم يجب أن تكون صريحة وواضحة لذلك قضوا بعدم اختصاصهم بنظر أي طلبات موجهة الى المصرف ، واختصاصهم في طلبات الشركة الرومانية والوزارة باعتبارهما طرفي العقد . [1]

المطلب الثاني

القانون الواجب التطبيق على منازعات العقود لفرع المصرف الأجنبي

تعد مسألة تحديد النظام القانوني الواجب التطبيق على منازعات عقود فرع المصرف الأجنبي من المسائل القانونية المهمة التي تثيرها دراسة هذه العقود، فعلى القاضي المعروض أمامه النزاع أن يحدد طبيعة هذا العقد، لمعرفة ما إذا كان أمام عقد وطني أم عقد دولي. فمشكلة تحديد القانون الواجب التطبيق لا تثار أصلاً في مجال العقود الوطنية، إذ تخضع للقانون الداخلي، أما العقود الدولية فنتيجةً لاتصالها بعنصر أجنبي فإن التساؤل يثار حول القانون الواجب التطبيق بشأنها.

والغالب في عقود فرع المصرف الأجنبي هو اتفاق الأطراف المتعاقدة على تحديد القانون الذي سيطبق على عقدهم، وبالتالي فإن على القاضي أو المحكم المعروض أمامه النزاع أن يقوم بإعمال هذا القانون، وفي حالة سكوت الأطراف عن تحديد القانون الواجب التطبيق فعلى القاضي أو المحكم أن يبحث عن الخيارات أو البدائل للوصول الى حل النزاع.

لذا سنتناول في الفرع الاول تحديد القانون الواجب التطبيق من خلال الإرادة للمتعاقدين أما الفرع الثاني سنخصصه في حالة سكون الأطراف المتعاقدة عن تحديد القانون الواجب التطبيق.

---

(1) حكم محكمة النقض الفرنسية الصادر في 1990/7/26 المشار اليه فـــــي، Omia Elwan، la garantic bancaire a primiér demand، Rocueil deslahv cours، 1998) 275).

الفرع الاول

دور الارادة في تحديد القانون الواجب التطبيق بإرادة المتعاقدين

من المبادئ المستقر عليها في القانون الدولي الخاص مبدأ خضوع العقد لقانون الإرادة سواء كانت صريحة أو ضمنية ، الأمر الذي تعد معه إرادة الأطراف هي ضابط الإسناد في قاعدة التنازع الخاصة بالعقود الدولية؛ لذا فإن الأطراف لهم الحق في إخضاع العقد المبرم بينهم للقانون الذي تتفق إرادتهم الصريحة على اختياره المادة (25) من القانون المدني العراقي .[1]

أما إذا أبرم فرع المصرف الأجنبي إتفاق تحكيم عن عمل يتعلق بالفرع ، فأنه يعتبر ملزماً لها وللمصرف الأم. إذ أن الفروع لا تتمتع بشخصية اعتبارية مستقلة، أما إذا أبرم الفرع اتفاق التحكيم وكان نظام المصرف الأجنبي الأم يجيز له ذلك فأنه في الواقع يبرمه نيابةً عن المصرف الام ، وتسري آثار الأتفاق في مواجهة المصرف[2] ، وليس للفرع أن يتمسك بالتحكيم النيابة عن المصرف، فيتفق الأطراف على القواعد القانونية التي يطبقها المحكم على موضوع النزاع وجب على المحكم تطبيقها، فكما أن الأطراف هم الذين اختاروا طريق التحكيم بدلاً من الالتجاء الى المحاكم، واختارا المحكمين للفصل فيما بينهم بالنزاع، ولهم اختيار إجراءات الخصومة أمام المحكمين ولهم أيضاً اختيار القواعد القانونية الموضوعية التي يطبقها المحكمون على هذا النزاع فانه يجوز للأطراف الاتفاق على قواعد قانونية غير قانون الدولة التي يجري فيها التحكيم لتحكم النزاع بينهم ، وتعتبر هذه القواعد هي القانون الذي يجب على المحكمين تطبيقه على النزاع دون أية قواعد قانونية أخرى، وللأطراف أن يتفقوا على تطبيق قانون دولة معينة، ولو لم يكن بين القانون الذي أختاره ومحل النزاع أي صلة بأن كان قانوناً اجنبياً عن مكان التحكيم أو جنسية أطرافه أو عن جنسية المحكمين، ويجوز لهم الأتفاق على تطبيق قانون دولة معينة ولو كان ينتمي إليها أحد الأطراف أو أحد المحكمين، ويلجأ الأطراف عادةً الى إختيار قانون دولة معينة يعتقدون أنه الأكثر لتحقيق العدالة أو لأنه قانون الدولة الذي وضع في ضوئه العقد النموذجي الذي حاكاه الأطراف عند التعاقد، أو لأنه قانون يختلف عن قانون أي من الأطراف فيتسم بالحياد ، ويلاحظ أنه إذا أتفق الأطراف على تطبيق قانون أجنبي فان هذا الاتفاق ينصب على قواعد القانون الأجنبي عند تطبيقه بواسطة المحكمين. وإذا أتفق الأطراف على تطبيق قانون دولة أجنبية أتبعت القواعد الموضوعية دون القواعد الخاصة بتنازع القوانين مالم يتفق على غير ذلك،

(1) د. نرمين محمد، مبدأ العقد شريعة المتعاقدين والقيود الواردة في علاقات التجارة الدولية ، القاهرة ، الطبعة الاولى ، 2002 ، ص57.

(2) زيارة الباحثة عدد من فروع المصارف الأجنبية والاطلاع على عقود المعاملات المصرفية المتضمنة شرط التحكيم في تسوية النزاعات المستقبلية وكذلك الاطلاع على التعليمات والضوابط الصادرة من المصرف الأم .

والأتفاق على تطبيق قواعد قانون دولة معينة يشمل تطبيق أحكام الاتفاقيات الدولية التي أبرمتها هذه الدولة باعتبارها جزءاً من النظام القانوني لهذه الدولة. [1]

تخضع العقود الدولية بصورة عامة إلى قانون الإرادة، إذ يتم تحديد القانون الواجب التطبيق على هذه العقود وفقاً لما يتفق عليه أطراف العلاقة العقدية. وقد مرت فكرة خضوع العقد الدولي لقانون إرادة المتعاقدين على عدة مراحل، فلم تكن هذه القاعدة هي السائدة في بادئ الأمر، إذ كان من المستقر عليه إخضاع العقد لقانون محل إبرامه سواءً من الشكل أم من الموضوع، فقد جرى الفقه الإيطالي القديم منذ القرن الثاني عشر على إخضاع العقد لقانون الدولة التي أُبرم فيها العقد؛ وذلك على اعتبار أن مكان انعقاد العقد هو بمثابة المكان الذي يولد فيه التصرف، وبالتالي يتعين إخضاع العقد لقانون هذا المكان بوصفه القانون الذي ينشأ في ظله التصرف.

ثم تطورت هذه القاعدة وأصبح العقد يخضع لقانون محل إبرامه؛ على أساس أن اختيار محل الإبرام إنما هو تعبير عن الإرادة الضمنية للمتعاقدين الذي قصدا اختيار قانون هذا المكان لحكم العقد. وأخيراً قام الفقيه الفرنسي(Damoulin) في القرن السادس عشر بوضع نظرية مفادها خضوع العقد لقانون الارادة، أي القانون الذي تتجه إرادة المتعاقدين إلى اختياره صراحةً أو ضمناً، وعليه يحق لأطراف العلاقة التعاقدية استبعاد اختصاص قانون محل إبرام العقد باتفاق صريح أو ضمني واختيار قانون آخر، وعند سكوتهم يفترض أنهم قد اختاروا محل إبرام العقد.[2] وهكذا استقرت منذ ذلك الوقت قاعدة خضوع العقد لقانون الإرادة.

إلا أن التساؤل الذي يثار بهذا الخصوص هو مدى إمكانية إعمال هذه القاعدة على عقود فرع المصرف الأجنبي، فهل تخضع هذه العقود إلى قانون الإرادة بالرغم من التفاوت في المركز القانوني لأطرافها؟

وهذا ما فعله المشرع المصري في المادة (1/19) من القانون المدني رقم (131) لسنة(1948)، والتي نصت على أنه: "يسري على الالتزامات التعاقدية قانون الدولة التي يوجد فيها الموطن المشترك للمتعاقدين إذا اتحدا موطناً، فإن اختلفا موطناً سرى قانون الدولة التي تم فيها العقد. هذا مالم يتفق المتعاقدان أو يتبين من الظروف أن قانوناً آخر هو الذي يراد تطبيقه".

---

(1) محكمة استئناف القاهرة – 7 تجاري -2011/1/4 في الدعوى رقم 10 لسنة 2011 ، وقد قضى بأن الأتفاق على تطبيق قواعد القانون المصري على موضوع النزاع لا تمنع هيئة التحكيم من تطبيق اتفاقية فينا للبيع الدولي للبضائع والمنضمة اليها مصر بوصفها جزءا لا يتجزأ من النظام القانوني المصري.

(2) د. فؤاد عبد المنعم رياض و د. سامية ارشد، الوسيط في تنازع القوانين وتنازع الاختصاص القضائي الدولي، دار النهضة العربية، القاهرة ،1987، ص 381.

- د. أحمد عبد الكريم سلامة، القانون الدولي الخاص، الجزء لثاني، التنازع الدولي للقوانين والمرافعات المدنية الدولية، دار النهضة العربية ،2002، ص 443-444.

إن عقود فرع المصرف الأجنبي تعد من ضمن العقود الدولية – طالما كان المستثمر أجنبياً عن الدولة المتعاقد معها – وبالتالي تسري عليها جميع الآثار المترتبة على هذه العقود، ومن ضمنها إعطاء المتعاقدين حرية اختيار القانون الناظم لعقدهم، وان وجود الدولة أو أحد الأجهزة التابعة لها لا يؤثر بطبيعة الحال على خضوع العقد المبرم بينها وبين المستثمر فرع المصرف الأجنبي لقانون الإرادة. ومن جانب آخر فإن فسح المجال في عقود الفرع المصرف الأجنبي لتطبيق قانون معين تقوم إرادة أطراف العلاقة باختياره ويعد من ضمن الوسائل المشجعة لجذب الاستثمارات الأجنبية إلى الدول المضيفة، لذلك يجب إعمال قاعدة قانون الإرادة على هذه العقود. ويتضح من النصوص السالف ذكرها وجود تدرج في تحديد القانون الواجب التطبيق، فقد تم النص على قانون الموطن المشترك للأطراف المتعاقدين أولاً، ومن ثم قانون المحل الذي تم فيه إبرام العقد، وأخيرا القانون المختار. وعلى الرغم من أن هذه النصوص جاءت بتقديم الموطن المشترك للأطراف المتعاقدين ومحل إبرام العقد على تطبيق القانون الذي يختاره الأطراف، إلا إن ذلك لا يعني لهما الأولوية على القانون المختار، بل إن اتفاق المتعاقدين على تحديد قانون معين يحكم علاقتهما التعاقدية يعطى للقانون المختار الأولوية، فكلما وجد اتفاق على تحديد قانون معين عمل بمقتضاه. وفي حالة انعدام الاتفاق على تحديد القانون يصار حينها إلى قانون الموطن المشترك، وفي حالة عدم وجود موطن مشترك يعطى الاختصاص إلى قانون محل إبرام العقد).[1]

وفيما يخص موقف المشرع العراقي فإن القاعدة العامة في جميع العقود الدولية هي خضوعها لقانون الإرادة، وبهذا نصت المادة (1/25) من القانون المدني العراقي رقم (40) لسنة (1951) المعدل على أنه: "يسري على الالتزامات التعاقدية قانون الدولة التي يوجد فيها الموطن المشترك للمتعاقدين إذا اتحدا موطناً، فإذا اختلفا يسري قانون الدولة التي تم فيها العقد، هذا مالم يتفق المتعاقدان أو يتبين من الظروف أن قانوناً آخر يراد تطبيقه".

وقد عالجت المادة (27) من قانون الاستثمار العراقي النافذ مبينة أن القاعدة العامة في هذا الخصوص هي خضوع عقود فرع المصرف الأجنبي للقانون الذي يتفق عليه الأطراف، إذ نصت على أنه "المنازعات الناشئة بين الأطراف الخاضعين لأحكام هذا القانون يطبق عليهم القانون العراقي ما لم يتفقوا على خلاف ذلك بغير الحالات التي تخضع لأحكام القانون العراقي حصراً أو أن يكون فيها الاختصاص للمحاكم العراقية. وعليه فإن المادة المذكورة لم تخرج عن الأسس العامة المثبتة في تحديد القانون الواجب التطبيق والواردة في المادة (25) من القانون المدني العراقي رقم (40) لسنة (1951) وهي حرية المتعاقدين في اختيار القانون الواجب التطبيق على عقدهم.

(1) د. حسن الهداوي، تنازع القوانين وأحكامه في القانون الدولي الخاص الأردني، ط1، دار المجد للنشر والتوزيع، عمان – الأردن، 1993، ص157.

ونصت الفقرة الثانية من ذات المادة على أنه: "إذا كان أطراف النزاع من غير العراقيين وفي غير المنازعات الناتجة عن جريمة يجوز للمتنازعين الاتفاق على القانون الواجب التطبيق" ويتجلى من فحوى هذا النص أن المشرع العراقي أعطى الحق لأطراف النزاع الناشئ عن عقد الفرع الأجنبي في الاتفاق على تحديد القانون الواجب التطبيق، ولكن بشرط أن يكون أطراف النزاع من غير العراقيين وخلو نزاعهم من العنصر الجرمي. وما يؤخذ على هذا النص أن المشرع العراقي نص في بداية الفقرة على أنه: "إذا كان أطراف النزاع من غير العراقيين"، وبالتالي فإن حكم هذه الفقرة ينصرف لغير العراقيين فقط، وفي المفهوم المخالف لهذه الفقرة نجد ان النزاع إذا كان فيه طرف عراقي لا يجوز فيه الاتفاق على تحديد قانون معين غير القانون العراقي، وهذا غير جائز؛ لأن تعاقد العراقي مع شخص آخر غير عراقي يجعل العقد فيه عنصر أجنبي ، وبالتالي يعتبر هذا العقد من عقود القانون الدولي الخاص التي تجيز أحكامه الاتفاق على تحديد القانون الواجب التطبيق.

وبخصوص قانون الاستثمار في إقليم كوردستان رقم (4) لسنة (2006) فيتضح أنه جاء خالياً من أية إشارة صريحة تجيز الاتفاق على تحديد القانون الواجب التطبيق، إلا إن هذا لا يعني عدم إمكانية اتفاق الأطراف على اختيار قانون معين يحكم عقدهم، فقد أجازت المادة من ذات القانون تطبيق القواعد العامة الواردة في القانون المدني.[1]

ويلاحظ أنه إذا اتفق الأطراف على تطبيق قانون أجنبي فأن هذا الأتفاق ينصب على قواعد القانون الأجنبي الموضوعية عند تطبيقه بواسطة المحكمين.

وتمتلك هيئة التحكيم سلطة تطبيق القواعد الموضوعية في القانون الذي ترى أنه الاكثر أتصالا بموضوع النزاع ، والواقع أن التزام المحكم بتطبيق القانون الأكثر انطباقا على موضوع النزاع بعد تكييفيها التكييف القانوني السليم .[2]

اما إذا لم يتفق الأطراف على القواعد القانونية واجبة التطبيق ، قامت هيئة التحكيم بأختيار القواعد القانونية الموضوعية التي تطبقها فالمحكمون هم الذين يختارون عند عدم اتفاق الأطراف القانون الذي يطبقونه ويمكن ان يكون هذا القانون قانون الدولة التي يجري بها التحكيم ، أو قانون الدولة التي جرت فيه وقائع النزاع أو اية قواعد قانونية نافذة في دولة أخرى.[3]

على أن هيئة التحكيم ليس لها سلطة مطلقة في هذا الأختيار فقد يطلب منها المشرع اختيار القواعد الموضوعية في القانون الذي ترى أنه اكثر اتصالا بالنزاع فإذا كان النزاع حول صحة العقد فان القانون

(1) د. طارق كاظم عجيل، شرح قانون الاستثمار العراقي، مكتبة السنهوري، بغداد ،2009، ص 115

(2) د . فتحي والي، التحكيم في المنازعات الوطنية والتجارية الدولية علما وعملا، مطبعة المعارف بالاسكندرية، ص537

(3) د. محمود سمير الشرقاوي، مجلة التحكيم العربي، العدد الثاني، 20014 ، ص 26 .

الاكثر اتصالا بالنزاع هو قانون الدولة التي تم فيها ابرام العقد إذا كان النزاع حول تنفيذ التزام معين بالعقد فالقانون الأكثر اتصالا بالنزاع هو قانون الدولة التي تم فيها تنفيذ الالتزام أو التي اتفق الأطراف فيها على تنفيذ الالتزام ، وقد قضت هيئة التحكيم في أحد قضايا مركز القاهرة الأقليمي أن هيئة التحكيم تلجأ في بحثها عن القانون الواجب التطبيق الى قانون مكان التحكيم، قانون مكان التوقيع على العقد الاصلي، قانون محل اقامة أطراف العقد، قانون بلد تنفيذ العقد ، قانون لغة العقد ، قانون لغة التحكيم إذا كانت مختلفة عن لغة العقد .

وإذا اختارت هيئة التحكيم قانوناً معيناً لتطبيقه ، فليس لها أن تختار بعض قواعده دون البعض الأخر، فهي لا تختار قواعد قانونية تراها مناسبة في قانون معين، وأنما تختار القانون بجميع قواعده المنطبقة على النزاع، فليس لهم تطبيق مجموعة من المبادئ والقواعد القانونية التي يختارونها من قوانين دول مختلفة.[1]

ويجب على هيئة التحكيم أن تراعي شروط العقد محل النزاع والنص على وجوب مراعاة شروط العقد محل النزاع هو تطبيق لقاعدة العقد شريعة المتعاقدين فالعقد هو الذي يحدد حقوق والتزامات الأطراف ويعتبر ما يتضمنه العقد مكملاً لأحكام القانون واجب التطبيق مادام ليس مخالفاً للنظام العام والأداب العامة، ويلزم مراعاة شروط العقد محل النزاع سواءً كان الأطراف قد أتفقوا على قواعد قانونية معينة على موضوع النزاع أم لا، وكذلك يجب على هيئة التحكيم أن تراعي أيضاً الأعراف الجارية وفقاً لنوع وطبيعة العملية المصرفية ويقع عليها هذا الواجب سواءً كان تطبق قواعد قانونية اختارها الأطراف أو تطبق قانوناً رأت هي تطبيقه، ولا يفترض علم هيئة التحكيم بالأعراف الجارية فأن على الطرف ذي مصلحة أن يتمسك بها ، وتقديم الدليل على وجودها مادام يرى أنه فيها سنداً قانونياً لما يقدمه من أدعاء أو دفاع.[2]

على أنه يلاحظ أن ما يجري عليه العرف باعتباره مصدراً من مصادر القانون يضل له المرتبة الثانية بعد التشريع وبعد القواعد القانونية التي أتفق الأطراف على تطبيقها على موضوع النزاع ، ويتضح مما تقدم أن أطراف عقد فرع المصرف الأجنبي يتمتعون بحرية مطلقة عند اختيارهم للقانون الواجب التطبيق على عقدهم، فلهم أن يختاروا القانون الوطني للدولة المضيفة أو قواعد قانون التجارة الدولية، وان هذا الأختيار أو التحديد لا يثير صعوبة طالما أفصح المتعاقدان صراحةً عن القانون المختار، في حين تكمن الصعوبة عند سكوتهم عن الأختيار الصريح، فهل يأخذ القاضي أو المحكم بالإرادة الضمنية للأطراف من خلال استنباط بعض الأمور التي تدل عليها، أم يلجأ مباشرةً إلى تطبيق قواعد الإسناد الاحتياطية؟

(1) د. حسام التلهوني، مدى التزام المحكم بمراعاة النظام العام في التجارة الدولية، مجلة التحكيم، 2009، العدد الثالث، ص 208

(2) مادة (35)/3 من قواعد مركز القاهرة" وتفصل الهيئة في النزاع. وبمراعاة الأعراف الجارية التجارية السارية على المعاملة"

يذهب غالبية الفقه [1] إلى وجوب التسوية بين الإرادة الصريحة والإرادة الضمنية للأطراف المتعاقدين عند اختيارهم لقانون العقد، إذ يتحتم على القاضي الوطني أو المحكم في حالة إنعدام الإرادة الصريحة للمتعاقدين أن يبحث في إرادتهم الضمنية التي قد تكشف عن تطبيق قانون معين على عقدهم. ويشير الفقه إلى وجود بعض الاعتبارات أو القرائن التي تعبر عن الإرادة الضمنية، ومن هذه القرائن ذاتية تستمد من الرابطة العقدية ، ومنها خارجية يمكن استخلاصها من ظروف وملابسات الحال[(2)]. ولعل أهم هذه القرائن وجود شرط الاختصاص القضائي والذي بمقتضاه يحرص المتعاقدين على إخضاع المنازعة لاختصاص قضاء او هيئة تحكيم معينة، وهذا يعد دلالة على ارادتهم الضمنية في تطبيق قانون هذه الدولة ، ومن ضمن القرائن أيضاً مكان إبرام العقد أو مكان تنفيذه المتفق عليه مسبقاً عند التعاقد، كذلك اللغة المستخدمة في تحرير العقد، ومن المؤشرات الأخرى أيضاً تضمين العقد أحكام وقواعد مستمدة من قانون دولة معينة لتنظيم جانب مهم من العقد.

وقد أكدت بعض التشريعات الوطنية على ضرورة الاعتداد بالإرادة الضمنية للمتعاقدين عند غياب الإرادة، وهذا ما نجده في القانون المدني المصري ، والقانون المدني اللبناني بالإضافة إلى القانون المدني العراقي.[3]

وفيما يخص موقف التشريعات الوطنية، فقد ألزم المشرع المصري هيئة التحكيم تطبيق قانون الدولة المضيفة عند غياب الإرادة عن تحديد القانون، وبهذا نصت المادة (2/39) من قانون التحكيم المصري رقم (27) لسنة 1994 على إنه "وإذا لم يتفق الطرفان على القواعد القانونية واجبة التطبيق على موضوع النزاع طبقت هيئة التحكيم القواعد الموضوعية في القانون الذي ترى أنه الأكثر اتصالاً بالنزاع".

وفيما يخص موقف المشرع العراقي فقد جاء في نص المادة (30/ثالثاً) من مشروع قانون التحكيم التجاري العراقي على أنه : " إذا لم يتفق الطرفان على القواعد أو القانون الواجب التطبيق طبقت هيئة التحكيم القواعد في القانون الذي ترى أنه الأكثر اتصالاً بموضوع النزاع" .

---

(1) ينظر كل من: د. حمادة عبد الرازق حمادة، التحكيم في عقود البوت(**B.O.T**)، دار الجامعة الجديدة، الاسكندرية ،2013، ص215. ود. أحمد عبد الكريم سلامة، القانون الواجب التطبيق على موضوع التحكيم محاذير وتوجيهات، بحث منشور في المجلة المصرية للقانون الدولي، المجلد 64، 2008، ص 52.

(2) ينظر نص المادة 30 /أولاً من مشروع قانون التحكيم التجاري العراقي، المنشور في الرابط التالي:**http://thejusticenews.com/?p**=1169

(3) تنظر المادة 1/19 من القانون المدني المصري رقم 131 لسنة 1948. لم يشر قانون الاستثمار الع ارقي رقم 13 لسنة 2006 إلى الإرادة الصريحة والضمنية، وعليه يمكن الرجوع إلى الأحكام العامة في القانون المدني العراقي رقم 40 لسنة 1951 وبالتحديد نص المادة 25 من هذا القانون.

ويتضح أن مشروع قانون التحكيم التجاري العراقي قد أجاز تطبيق قانون الدولة المضيفة للاستثمار باعتباره الأكثر صلة بموضوع النزاع، لكنه لم ينص على تطبيق القواعد الموضوعية دون القواعد الخاصة بتنازع القوانين، وقد أكتفى بعبارة القواعد في القانون، ونحن نرى أن المشرع كان يقصد من ذلك القواعد الموضوعية فقط، ويمكن قياس ذلك إلى نص الفقرة ثانياً من المادة نفسه.

اما بالنسبة المشرع الفرنسي[1] فهناك حالات طبق فيها القضاء الفرنسي قانون المصرف على أنه قانون الارادة الذي عينه الأطراف صراحة، من قبيل ذلك ما قالت به محكمة السين التجارية في حكم لها في 26 يونيو 1994 في خصوص حساب جاري بين شركة تابعه "هايبتي" وفرع في ولاية نيوروك تابع لمصرف فرنسي وقد طبقت المحكمة قانون ولاية نيوروك بوصفه قانون الأرادة المعين صراحة من قبل أطرافه وقد تأييد هذا الحكم من محكمة استئناف باريس في حكم لها في 18 ديسمبر 1995. وقد نص المشرع الفرنسي في المادة (1452) و المادة (1459) على انه " في حالة عدم وجود اتفاق بين الطرفان على شروط نعيين المحكم او المحكمين يقوم الشخص المكلف بتنظيم التحكيم أو القاضي المختص بتعيين المحكم أو المحكمين" ، والقاضي المختص بالتحكيم وفق احكام المادة (1459) من قانون المرافعات المدني الفرنسي هورئيس المحكمة الابتدائية ومع ذلك اذا كان الاتفاق ينص صراحة على اختصاص رئيس المحكمة التجارية بنظر الدعاوى المرفوعة وفقا للمواد من (1451 الى 1545) . وفي هذه الحالة يجوز تطبيق المادة 1455 القاضي المختص اقليميا هو الذي يعينه اتفاق التحكيم" .

الفرع الثاني

سكوت المتعاقدين عن تحديد القانون الواجب التطبيق

غالباً ما يتفق الأطراف في عقود فرع المصرف الأجنبي على تحديد القانون الواجب التطبيق على عقدهم المصرفي، في هذه الحالة يقوم القاضي أو المحكم بإعمال القانون المختار وتطبيقه على النزاع. أما لو سكت الأطراف عن تحديد هذا القانون فيلتزم القاضي المعروض أمامه النزاع أو المحكم بالكشف عن الإرادة الضمنية للأطراف من خلال بعض القرائن والمؤشرات التي تدل على ذلك، وفي حالة تعذر الكشف عن إرادة الأطراف الضمنية، فإنه يتعين تحديد القانون الواجب التطبيق من خلال آلية تنازع القوانين الواردة في القانون الدولي الخاص، أو أعتماد القواعد المعتمدة في المؤسسة التحكيمية المعروض عليها النزاع.

(1) د. علي عبد الجبار رحيم المشهدي ، قانون المرافعات الفرنسي مترجم ، 2020 منشور على الموقع الالكتروني www.sajplus. com .**تاريخ الزيارة 2021/10/9 .**

ويثار التساؤل في هذا الخصوص، هل يقوم المحكم بنفس ما يقوم به القاضي الوطني عند تحديد القانون الواجب التطبيق في حالة غياب الإرادة عن ذلك، من خلال إعمال قواعد الإسناد الواردة في قانون دولة القاضي، أم أن هنالك آلية أخرى يتبعها المحكم في تحديد القانون الواجب التطبيق على العقد؟

يتضح ممّا سبق أن المحكم أو هيئة التحكيم لا تخضع لسيادة أية دولة حتى لو كانت هذه الدولة طرفاً في النزاع، وبالتالي فإن هيئة التحكيم ليس لها قانون تحكم به ولا تصدر أحكامها باسم دولة معينة، وعليه فإنها لا تسترشد عند سكوت الأطراف عن تحديد القانون الواجب التطبيق بقواعد موضوعية يضعها المشرع، وهي المواد الخاصة بتنازع القوانين، والتي تستهدف تحديد القانون الواجب التطبيق على العقد الدولي.

لذا فإن هيئة التحكيم على خلاف القضاء الوطني يحق لها أن تفصل في النزاع وفقاً للقانون الذي تراه مناسباً لحكم هذا النزاع. وقد ظهرت اتجاهات مختلفة بشأن سلطة المحكم في تحديد القانون الواجب التطبيق على عقود الفرع الأجنبي عند غياب الارادة للمتعاقدين ، وفيما يأتي سنبين هذه الاتجاهات مع أبرز الانتقادات الموجهة لها، وذلك على النحو الآتي:

الاتجاه الأول:- تطبيق قانون العقد الذي أعده الطرفان:

ذهب جانب من الفقه[1] على أن القانون الواجب التطبيق على منازعات عقود الفرع الأجنبي القانون الذاتي للعقد، فعلى هيئة التحكيم أن تطبق أولاً وقبل كل شيء أحكام العقد المبرم بين الطرفين ذلك أن العقد نظام قانوني ذاتي.

وليس غريباً أن تعترف النظم القانونية ذاتها بأن العقد هو قانون أو شريعة المتعاقدين، فالعقد المبرم بين الدولة والمستثمر الأجنبي لفرع المصرف يعتبر بمثابة التشريع الصادر من البرلمان بالنسبة للمتعاقدين، إذ إن إعداد هذه العقود وصياغتها هي أشبه بعملية تشريع القوانين، وعليه فإن هذا العقد يكون بمثابة القانون الخاص الذي يحكم كل جوانب العلاقة بين أطرافه دون الحاجة إلى قانون المشرع، وهو نظام قانوني مستقل عن كل من القوانين الوطنية والقانون الدولي، فالعقد يكفي غالباً بذاته –وفقاً لأنصار هذا الرأي – للتعريف بحقوق والتزامات الأطراف دون حاجة إلى الالتجاء إلى أي نظام قانوني آخر.[2]

(1) ينظر كل من: د. أحمد عبد الكريم سلامة، القانون الواجب التطبيق على موضوع التحكيم، المرجع السابق، ص41. وفيصل عليان الياس الشديفات، المرجع السابق، ص349.

(2) د. عصام أحمد ، التحكيم في منازعات عقود الاستثمار، بغداد ، مطبعة المتنبي ، 2019 ، ص 118.

ويرى أنصار هذا الرأي[1] أن ما يضعه المتعاقدين من حقوق والتزامات في عقدهم المصرفي يعد في الواقع قواعد سلوكية اتفاقية تضبط علاقتهم، وهي قواعد قانونية خاصة تماثل القواعد لقانونية التي تصدر من السلطة التشريعية، إذ يتحقق فيها الهدفان اللذان يطمح إليهما أي تشريع وضعي وهما العدالة والأمان

والحقيقة أن عملية خضوع منازعات عقود فرع المصرف الأجنبي للقانون الذاتي للعقد لم تلاقي قبول مطلق من النظم القانونية ذات الصلة، ويمكن تعليل ذلك بأن قانون العقد غير قادر على مواجهة كافة المشاكل القانونية الناجمة عنه، لذا فإن بعض النظم القانونية قد تجاهلت هذه الفكرة تماماً، والبعض الآخر قد أخذ بها ولكن بصفة احتياطية ومن النظم القانونية التي تجاهلت هذه الفكرة تماماً اتفاقية واشنطن لسنة (1965) بشأن تسوية منازعات الاستثمار بين الدول ورعايا الدول الأخرى، إذ نصت المادة (1/42) على أنه وفي حالة عدم وجود مثل هذا الاتفاق تطبق المحكمة قانون الدولة المتعاقدة الطرف في النزاع بما في ذلك قواعد تنازع القوانين الخاصة بها وما ينطبق من قواعد القانون الدولي. لذا فإن المادة المذكورة لم تشترط على محكمة التحكيم أن تطبق أحكام العقد باعتباره هو القانون الواجب التطبيق.

أما النظم الأخرى التي أوجبت تطبيق الأحكام العقدية ولكن بصفة احتياطية، فهو ما جاء به قانون التحكيم المصري رقم (27) لسنة 1994 في المادة 3/39 والتي نصت على أنه: "يجب أن تراعي هيئة التحكيم عند الفصل في موضوع النزاع شروط العقد محل النزاع والأعراف الجارية في نوع المعاملة".

وفيما يخص موقف المشرع العراقي لم ينظم هذا الموضوع ولكن لو رجعنا الى مشروع قانون التحكيم التجاري بالمادة (30) الفقرة رابعا تجده قد نص على أنه: "يجب أن تراعي هيئة التحكيم عند الفصل في موضوع النزاع شروط العقد محل النزاع ".

الاتجاه الثاني:- تطبيق قانون الدولة المضيفة للفرع الأجنبي.

يذهب البعض من الفقه ، إلى أن القانون الواجب التطبيق على عقود الفرع الأجنبي في حالة غياب اتفاق الأطراف على تحديده هو القانون الوطني للدولة المضيفة، وبذلك يجب على هيئة التحكيم أن تقوم بتطبيق قانون الدولة المضيفة للأستثمار بإعتباره القانون الملائم لحكم النزاع.

ويرى أنصار هذا الاتجاه[2] أن تطبيق قانون الدولة المضيفة على عقود الأستثمار يمكن تبريره إلى عدة اعتبارات، من أهمها أرتباط العقد وأتصاله بدولة مقر المشروع: فالاستثمار وما ينتج عنه يتواجد مادياً على إقليم الدولة المضيفة ويرتبط ارتباطاً وثيقاً بالنمو الاقتصادي والاجتماعي للدولة، فإذا لم يتم الاتفاق بين الطرفين على تطبيق قانون معين، تلتزم هيئة التحكيم بتطبيق قانون الدولة المضيفة على اعتبار أنه القانون

(1) د. أحمد عبد الكريم سلامة، القانون الواجب التطبيق على موضوع التحكيم، المرجع السابق، ص41-44

(2) د. أحمد عبد الكريم سلامة، القانون الواجب التطبيق على موضوع التحكيم، المرجع نفسه ، ص41-44.

الأكثر ارتباطاً بالنزاع، فقواعد الإسناد الوطنية هي التي تحدد بأن القانون الوطني للدولة المضيفة هو القانون الواجب التطبيق ، والذي يعتبر أكثر صلة بالنزاع، خاصة وان موضوع الاستثمار يتعلق بالسياسة النقدية والمالية للبلد وبالتالي فإن هذا القانون يستجيب لطبيعة المنازعة المطروحة للدولة مع عدم تحديده للقانون الواجب التطبيق في العقد يمكن اعتباره قبولاً ضمنياً لتطبيق قوانين هذه الدولة الخاصة بالجوانب المتعلقة بالعملية الاستثمارية. ونحن نتفق بدورنا مع الرأي القائل بأن قانون الدولة المضيفة هو القانون الأكثر صلة بالعلاقة موضوع النزاع ،كما إن هذه الدولة غالباً ما تكون المكان الذي أبرم فيه العقد، ومكان تنفيذه.[1]

وقد أجازت أغلب النظم القانونية تطبيق قانون الدولة المضيفة للاستثمار في حالة غياب اتفاق الأطراف عن تحديد هذا القانون، إذ ألزمت اتفاقية واشنطن لسنة (1965) هيئة التحكيم بأن تطبق قانون الدولة المتعاقدة مع المستثمر، وهذا ما جاءت به المادة (1/42) والتي نصت على أنه: تفصل المحكمة في النزاع وفقاً للقواعد القانونية التي يتفق عليها الطرفان. وفي حالة عدم وجود مثل هذا الاتفاق تطبق المحكمة قانون الدولة المتعاقدة الطرف في النزاع بما في ذلك قواعد تنازع القوانين.

وما يلاحظ على هذا النص أن قيام هيئة التحكيم بتطبيق قانون الدولة المضيفة للاستثمار لم يقتصر على تطبيق القواعد الموضوعية فحسب، بل يمتد ذلك ليشمل تطبيق قواعد تنازع القوانين الخاصة بالقانون الوطني للدولة المضيفة، ولعل الحكمة من وراء ذلك هي سد النقص الذي قد يحصل بسبب عدم كفاية قانون الدولة المضيفة وحده لحل جميع المشاكل الناجمة عن عقد فرع المصرف الأجنبي. [2]

الأتجاه الثالث: تطبيق قواعد التجارة الدولية .

في حالة غياب الإرادة عن تحديد القانون الواجب التطبيق، فعلى هيئة التحكيم أن تقوم بإعمال قواعد قانون التجارة الدولية[3]. إذ إن هناك اتجاهاً حثيثاً نحو تحرير العقود المبرمة بين الدولة والمستثمرين الأجانب من القانون الوطني لهذه الدولة واخضاعها لقواعد القانون الدولي. وبما أن القانون الدولي العام لا يصلح – وفقاً لأنصار هذا الرأي– في حد ذاته للإعمال على عقود الاستثمار الأجنبي ،فإن الحل الأمثل لحكم هذه

(1) ينظر كل من: د. حمادة عبد الرازق، المرجع السابق، ص 235. و لما أحمد كوجان، التحكيم في عقود الاستثمار، منشورات زين الحقوقية، بيروت - لبنان ،2008، ص 140

(2) حسب رأي السيد قاضي محكمة البداءة المختصة بالدعاوى التجارية في محكمة الرصافة في بغداد تاريخ المقابلة 2021/1/24 .

(3) ويقصد بقواعد التجارة الدولية هي مجموعة قواعد تسري على العلاقات التجارية المتصلة بالقانون الخاص وتتكون من اتفاقيات واعراف دولية أو اعراف قانونية أو نماذج تعاقدية صدرت من منظمات دولية مثل (القواعد الموحدة للاعتماد المستندي أو نموذج منظمة الامم المتحدة للتجارة الدولية . وللمزيد من التفاصيل انظر د طالب حسن موسى ، قانون التجارة الدولية ، بغداد ، دار الثقافة للنشر والتوزيع ، 2017 ، ص 4 .

العقود يكون بالبحث عن نظام قانوني آخر لا ينتمي لا إلى القانون الداخلي ولا إلى القانون الدولي العام، وهو النظام الذي يسمى (بقواعد قانون التجارة الدولية).[1]

إذ تتمتع هذه القواعد بمصدرين مستقلين عن الأنظمة القانونية الداخلية وعن نظام القانون الدولي العام، فالمصدر الأول هو الأعراف والعادات التجارية الدولية والتي تعد من أهم مصادر قانون التجارة الدولية، إذ جرت الأوساط التجارية على اتباع عادات معينة في معاملاتهم الدولية، وذلك في إطار كل مهنة أو تجارة على حدة، كالعادات السائدة في تنظيم شؤون الأسواق المالية مثل أسواق الإقراض بالدولار واليورو، وكذلك العادات والأعراف التي قننتها العقود النمطية، والشروط العامة التي وضعتها بعض المؤسسات التجارية ذات الطابع الدولي مثل غرفة التجارة الدولية.[2]

أما المصدر الثاني فهو المبادئ القانونية المشتركة والتي يرغب الأطراف المتعاقدة في كثير من الأحيان على النص في عقودهم الدولية على إخضاعها للمبادئ القانونية المشتركة، أو المبادئ العامة للقانون، وهذا ما يعبر عن رغبتهم في تدويل عقودهم وتحريرها من سلطان الأنظمة الوطنية [3]

وتتميز قواعد قانون التجارة الدولية، بصفتها الدولية، فهي لا تهتم إلا بالعلاقات التي ترتبط بأكثر من دولة، وعليه تخرج من نطاق هذه القواعد القانونية العلاقات التي تتركز في ذات الدولة وتنتج آثارها فيها، كذلك فإن هذه القواعد لا تعتني إلا بعلاقات القانون الخاص ذات الطابع التجاري وبغض النظر عن صفة أطراف العلاقة سواءً أكانوا من أشخاص القانون العام أو الخاص، فالعبرة هنا في طبيعة العلاقة فقط وكونها من العلاقات التجارية ذات الطابع الخاص[4] . كما يتمتع القانون التجاري الدولي بخصائص معينة تميزه عن القوانين الوطنية للدول المضيفة، فهو قانون نوعي يخص فئة محددة من التجار والمستثمرين، بل قد يخص نوع محدد من أنواع التجارة، كتجارة السلع والخدمات، كما إنه قانون تلقائي النشأة والتطبيق، بالإضافة إلى أنه قانون موضوعي يعطي حلول موضوعية مباشرة لمنازعات التجارة الدولية.

وعلى الرغم من الخصائص التي تتمتع بها قواعد قانون التجارة الدولية، إلا إن ذلك لا يعني إمكانية تطبيق هذه القواعد بصورة مباشرة على عقود المصارف الأجنبية، وذلك لأن هذه القواعد لا تشكل نظاماً قانونياً متكاملاً، فهي لا تحتوي على قواعد كافية يمكن أن تشمل جميع المسائل التي تثور في مجال العقود المصرفية، فهي وان اشتملت على قواعد تتعلق بتفسير هذه العقود وابرامها إلا إنها تخلو من القواعد القانونية التي تنظم جوانب أخرى في غاية الأهمية، كالجوانب المتعلقة بأهلية الأطراف، والتراضي، والفوائد

(1) د. صادق صغير محيسن حسين، العقد الدولي ، بيروت ، منشورات زين اللبنانية ، 2017 ، ص 111-112.
(2) د. أحمد عبد الكريم سلامة، القانون الواجب التطبيق على موضوع التحكيم، المرجع السابق، ص73.
(3) د. محمود محمد ياقوت، حرية المتعاقدين في اختيار قانون العقد الدولي بين النظرية والتطبيق منشأة المعارف، الاسكندرية ،2004، ص319-320.
(4) تنظر المادة 3/39من قانون التحكيم المصري رقم27 لسنة 1994.

التأخيرية، والتقادم المسقط. فإعمال هذه القواعد لا تنسجم مع طبيعة منازعات فرع المصرف الأجنبي وبالتالي تعتبر حلاً سيئاً في نتائجه وفي آلياته الفنية أيضاً.[1]

وفي هذا السياق يمكن فهم موقف تشريعات التحكيم، التي قررت تطبيق عادات وأعراف التجارة الدولية، بصفة احتياطية وليس أصلية، إذ أعطت الأولوية في حكم موضوع النزاع القوانين الوطنية ومن ثم يكملها عادات وأعراف التجارة الدولية، وهذا ما فعله المشرع الفرنسي بالقانون المدني بالمادة 1766 [2] والمشرع المصري في قانون التحكيم المصري رقم27 لسنة 1994، فإذا تعارض العرف مع نص تشريعي واجب التطبيق أو مع قاعدة قانونية اتفق الأطراف على تطبيقها على موضوع النزاع فأن هيئة التحكيم تعتمد بنود الاتفاق ولا تطبق الأعراف فتطبيق الأعراف الجارية يكون تطبيقاً تكميلياً. وقد نص المشرع الفرنسي على ذلك في المادة (1766) من القانون المدني على تطبيق الاعراف التجارية.[3]

ان العمليات المصرفية هي في غالبيتها بمثابة عقود وأنه متى كان لهذه العقود الصفة الدولية كان بمقدور أطراف العلاقة أن يختاروا القانون الذي يمكن تطبيقه عليها، هذا الأتفاق قد يكون محدداً بطريقةً واضحة لا تثير لبساً ولا تخضع لأي تفسير من قبل القائم على تحديد هذا القانون الواجب تطبيقه.

وفي هذا الفرض لا توجد أي مشكلة إذا أختار الأفراد قانوناً لكي يحكم عقدهم ذا الطبيعة الدولية وكان الأختيار واضحا، ولذلك على القاضي ان يطبق القانون المختار من قبلهم ويستوي في ذلك أن يختار الأطراف قانون فرع المصرف الأجنبي القائم بتنفيذ العملية أم قانوناً أخر غيره، متى توافرت الأوصاف التي أوضحناها وأهمها أن تكون هناك رابطة – قوامها مصلحة حقيقة وجدية ومشروعة – بين العقد والقانون المختار.

وهكذا ينطبق قانون فرع المصرف الأجنبي بمقتضى قاعدة التنازع إذ يتفق فرع المصرف الأجنبي والعـــــميل صراحةً على أخضاع العملية المصرفية ذات الطبيعة الدولية المبرمة بينهما لقانون الدولة التي يوجد فيــها مقر المصرف الأجنبي، فقانون المصرف ينطبق في هذا الفرض بمقتضى قانون الأرادة المتفق عليها صراحة في المادة (25) من القانون المدني العراقي.

ويعد في رأينا من قبيل هذا الأختيار الصريح الأختيار الذي يتحقق على أثر انضمام العميل الذي يبرم العملية المصرفية الدولية للشروط العامة في المصرف "شروطاً مخصصة" لتنظيم كافة علاقات المصارف بعملائها وذلك بأخضاع هذه العلاقة للقانون الوطني للمصرف الذي قام بالعملية ، في مثل هذا الفرض إذا

(1) د. هشام علي صادق، المرجع السابق، ص 171.

(2) Lando (O): The Lex Mercatoria in International Commercial Arbitration ،I.C.L.Q. ،Vol. 34 ، Part 4 ،1985 ،P. 747.

(3) **Lando (O): .Ibid.p.748.**

أبرم العميل عقداً مع المصرف فأن العميل بقبوله لهذه الشروط التي يضعها المصرف ومنها شرط القانون الواجب التطبيق يكون بذلك قد رضي لحكم القانون المحدد فيها، في مثل هذا الفرض يستقل فرع المصرف الأجنبي بوضع الشروط العامة، لكن لا شبهة فيه أنه متى ما قبل العميل الخضوع للشرائط التي يستقل فرع المصرف الأجنبي بوضعها وكان عالماً يقينياً بها ومنها تطبيق قانون فرع المصرف الأجنبي، فهنا نكون بصدد أختيار صريح لقانون المصرف وليس أختيار قانون ضمني، فأشتراك العميل في وضع الشروط شيء وقبوله لها وأنضمامه اليها شيء آخر متى أنضم إليها عالماً بها عارفاً بحكمها كان الأختيار صريحاً .

والملاحظ أن الكثرة الغالبة من العمليات المصرفية لا يتم فيها هذا الأتفاق الصريح على تطبيق قانون المصرف أو حتى تطبيق قانون أخر غيره، إذ يندر أن يتم الأتفاق على ذلك صراحةً وغالباً ما يكون أدراج هذا الشرط المصرفي لجملة من الأسباب أهمها أنه في نطاق العمليات المصرفية الدولية بصفة خاصة تأتي عناية أطراف التعاقد بتحديد القانون الواجب التطبيق في مؤخرة أهتمامهم وتشغل مكانا قصيا في دائرة أتفاقاتهم، فالغالب أن يبرم هذه العقود نفر معين من الناس هم رجال الأعمال وليسوا رجال قانون ، ويكون جل أهتمامهم السرعة في أبرام الصفقات وقليلاً ما يتصدون للمشاكل ذات الطبيعة القانونية.

ويجري القضاء الفرنسي على تطبيق قانون فرع المصرف الأجنبي إذ يتفق الأطراف صراحة على ذلك، على أنه إذا أختار الأطراف قانوناً معيناً ليحكم علاقتهم المصرفية، فأن القضاء الفرنسي لا يعتد بهذا الأختيار أن رأى القاضي أنه غير ملائم لحكم العملية المصرفية موضوع النزاع. (1)

إذا لم يتفق الأطراف صراحةً على تحديد القانون الواجب التطبيق ولم يختاروا قانونا للمصرف القائم بالعملية أو قانونا أخر غيره ، تعين تطبيق قانون وهو تطبيق يتم اما حملا على تفسير الأرادة الضمنية بانها قد اختارت قانون هذا المكان وفق نظرية التركيز واما رأيا فقهيا يخلق قاعدة إسناد مفادها العهدة لقانون المصرف بحكم العمليات المصرفية في كل مرة يلوذ بها الأطراف بالصمت غير متصديين لتحديد القانون الذي يحكم العمليات ذات الطبيعة الأجنبية وسواء تم الأخذ بذلك أم لا فأن النتيجة واحدة وهي تطبيق قانون فرع المصرف الأجنبي ، وتطبيق هذا القانون يبرره جملة من الأسانيد ابرزها وضوحا ما يلعبه المصرف من دور بالغ الأهمية في العمليات المصرفية ، فهو الذي يضطلع بالأداء الجوهري والفذ أو المميز فيها، كما أن هذه العمليات تدخل في صميم مهنته ويحترف القيام بها ويصوغ اساليب ويبتكر اليات محددة لتنفيذها وهو صاحب اليد الطولى في العملية ومن هنا يتميز دوره عن دور العميل الأخر الذي يتعاقد معه.ويتم تطبيق قانون المصرف القائم بالعملية بمقتضى قاعدة إسناد مزدوجة الجانب مضمونها أن المبدأ هو ان العمليات

(1) Lando (O): The Lex Mercatoria in International Commercia… op,cit. p. 750..

المصرفية يحكمها قانون الدولة التي يوجد فيها مقر فرع المصرف القائم بها وذلك متى ما لم يكن ثمة الاتفاق على تطبيق قانون أخر بالمعنى الذي حددناه.

وهنا يظهر لنا نتيجتان :-

1- يجب الأخذ بقانون الأرادة متى تم الأختيار صراحة وكانت ثمة رابطة تربط العملية المصرفية بالقانون المختار بالمعنى المرن الذي حددناه، ويأخذ حكم الأرادة الصريحة أو الضمنية المؤكدة أسوة بما فعلته بعض التشريعات وهي إرادة تتحقق متى أخذ الأطراف موقفا لا يدع مجالا لأدنى شك في التعبير عن أختيار قانون معين.

2- إذا لم يكن ثمة إرادة صريحة أو ضمنية مؤكدة فأنه يمكن القول بأن هناك قاعدة إسناد مفادها تطبيق قانون المصرف القائم بالعملية، قاعدة مزدوجة الجانب يمكن للقاضي العراقي أن يصوغها ويشدد دعائمها بالارتكان الى نص المادة "30" من القانون المدني العراقي التي تخوله بالرجوع الى مبادئ القانون الدولي الخاص حتى لا ينغلق باب الأجتهاد أمام كل تطور يكشف عنه الواقع العملي ، والمشرع عندما يصوغ قاعدة الإسناد لا يصوغها أستجابة لهوى عنده وأنما من وحي فكرة جوهرية مفادها ربط العلاقة القانونية ذات الطابع الدولي بأكثر القوانين أتصالا بها، بحسب أن هذا القانون هو الأكثر ملائمة لحكم المسألة المطروحة.

الفصل الثالث

المنهج الموضوعي في تحديد القانون الواجب التطبيق على فرع المصرف الأجنبي

الفصل الثالث

المنهج الموضوعي في تحديد القانون الواجب التطبيق على فرع المصرف الأجنبي

أن تعدد المناهج في القانون الدولي الخاص في الوقت الحاضر أصبح حقيقةً واقعية يصعب إنكارها، بل أن الوضع الراهن للقانون الدولي الخاص والواقعية الدولية تقتضي التعاون والتعايش بين أساليب أو مناهج تنظيم العلاقات الخاصة الدولية حتى تتحقق الملائمة والعدالة للعلاقات الخاصة الدولية، كذلك سهولة ومرونة المبدأ الموضوعي، إضافةً الى ذلك الأسباب المتصلة بمبدأ التنازع التقليدي والتي يسيمها جانب من الفقه إزمة أو مشكلة تنازع القوانين، والتي أصبحت لا تلبي الواقع العملي للمصارف ذات العنصر الأجنبي سواءً من طبيعة النزاعات المصرفية أو جمود القواعد التقليدية، لذلك دعت الحاجة الى ظهور هذا المبدأ المرن الذي يمنح القاضي صلاحية تحديد القانون في ضوء ظروف النزاع المعروض ثم يختار القاضي القانون الأكثر صلة به [1] ، إذ أن القوانين الوطنية تختلف في تحديد العنصر الأهم من بين عناصر الإسناد والذي يعول عليه في تحديد القانون الواجب التطبيق والتي أصبحت عاجزة عن الإستجابة لطبيعة هذه المنازعات ومن جانب أخر فأن قصور المبدأ التقليدي عن تلبية المنازعات المصرفية لم يعد هو السبب الوحيد لظهور هذا النوع من القواعد على الصعيد الوطني العراقي، بل أن هناك أسباب قانونية وعملية تمثلت بحدوث تحولات إقتصادية كبرى في القطاع الأقتصادي العراقي من الأقتصاد المغلق الى الأقتصاد المفتوح الذي أدى بدوره الى حدوث تغيرات في القطاع المصرفي العراقي بدخول المصرف الأجنبي، وهذا مادفع بها الى الأقرار بوجود هذه القواعد والعمل على توحيد الحلول لأنواع معينة من العقود والتصرفات تحقيقاً لأهداف مشتركة فضلاً عما يجسده التحكيم من ركيزة أساسية في نشوء هذه القواعد فجاءت العقود النموذجية لكي تبلور تلك الحلول: وتكرر العمل بها الى الحد الذي ولد الشعور بإلزاميتها في أنماط معينة من العقود.

فظهرت الحاجة الى وجود القواعد المادية في القانون الدولي الخاص والتي تضع حلاً موضوعياً للمنازعات المصرفية الأجنبية دون أن تختلط بتلك الحلول المقررة للعلاقات الداخلية التي يتم تطبيقها على وفق مبدأ التنازع التقليدي.

---

(1) **Delga Le Droit Des Socit des socites – Dallazo –paris -1998.p.16.**

ومن خلال التطبيق العملي يظهر لنا أن قواعد مبدأ التنازع التقليدي غير سهلة الأعمال لأن ذلك يتطلب القيام بمجموعة من العمليات الفنية قبل التعرف على القانون الواجب التطبيق[1]، كما وصفها البعض بأن قواعد الإسناد قواعد جامدة أدت الى تضليل المحاكم ووصولها الى تطبيق قانون القاضي الأكثر تذرعاً بأفكار مختلفة كالإحالة والتكييف والغش نحو القانون والنظام العام، وذلك كله لتلافي النتائج السيئة لتلك القوالب الجامدة فضلاً عن احتمال عدم التوصل الى تحديد القانون الذي أشارت إليه قواعد الاسناد، ناهيك عن أن العلاقة القانونية قد لا تغطيها قاعدة إسناد واحدة بإن يكون من الضروري البحث عن قوانين أخرى تحكم باقي جوانب النزاع ، ولعل مبدأ القواعد الموضوعية هو الجدير بخصوصية هذه العلاقات. [2]

وسوف نقسم هذا الفصل الى مبحثين نتناول في المبحث الاول خصوصية عمليات فرع المصرف الأجنبي وحلها بالمبدأ الموضوعي، أما المبحث الثاني نتناول فيه تطبيق مبدأ الأداء المميز علـــى الالتزامات التعاقدية لفرع المصرف الاجنبي.

المبحث الأول

عمليات فرع المصرف الأجنبي وحلها بالمنهج الموضوعي

من الركائز الاساسية لنمو الاقتصاد وازدهاره وجود خدمات مصرفية تساعد وتدعم الأقتصاد الوطني وبالأخص فروع المصارف الأجنبية، لأن بعضها يمتلك ميزانيات دول أحياناً ممّا لها الأثر الكبير في أنعاش الأقتصاد الوطني، وقد أصبحت العمليات المصرفية الدولية سمة من سمات العصر وعلامة من علاماته البارزة، إذ تضطلع المصارف الأجنبية بدور بالغ الأهمية في الحياة الأقتصادية والتجارية، فهي المصدر الأول لتمويل التجارة الداخلية والخارجية وهي المحور الاساس الذي تدور عليه عمليات الأئتمان التجاري، وتمارس المصارف نشاطها عن طريق العديد من العمليات المصرفية التي ترتبط بها مع عملائها بطائفة من العقود التجارية التي أضفت عليها العادات والاعراف المصرفية طبيعة خاصة جعلت منها عقودا مسماة يستقل كل منها بخصائصه واحكامه على الرغم من أهمية هذه العقود وذيوعها في الحياة التجارية وأهتمام كثير من التشريعات بتقنينها وتنظيم أحكامها ولكن هناك تشريعات خالية حتى اليوم من أي تنظيم قانوني ويقوم الفقه بسد الفراغ التشريعي فضلاً عن ذلك فان غالبية الأعمال المصرفية التي لم ينظمها المشرع تنظيما تفصيليا هي من خلق العادات المصرفية والاعراف التجارية.

(1) د. احمد عبد الكريم سلامة، علم قاعدة تنازع القوانين، الطبعة الاولى، مكتبة الجلاء الجديدة، المنصورة، 1996، ص251.
(2) د. ابراهيم شحاته، المصرف الدولي والعالم العربي، منشورات دار الهلال، الطبعة الاولى، القاهرة، 1990،ص 474 .

ونود أن نشير الى أن العديد من التشريعات العربية قد نظمت في تقنينها العمليات المصرفية بأحكام تكاد تكون متماثلة في غالبية المسائل وعلى صعيد دولي، وهو العامل الذي ساعد على توحيد القواعد المتعلقة بهذا الموضوع على نطاق دولي.[1]

وقد ساعد هذا التوحيد قلة حالات تنازع القوانين في هذا المجال بحكم أن العمليات المصرفية محكومة في الغالب بقواعد واحكام واعراف مشتركة بين الدول، وما تبناه المشرعون في هذه الحلول لا يعدو أن يكون تقنينا لهذه الاعراف وتلك القواعد المستقرة، ولعل هذا الاعتبار قد أوجد نوعاً من التماثل عند ســائر التشريعات في القواعد التي تحكم العمليات المصرفية. [2]

كما ان هناك بعض العمليات المصرفية مثل الأعتمادات المستندية تنظمها قواعد وأعراف موحدة بين الدول ، وهو ما يعني أيضاً أن حالات تنازع القوانين محدودة ومحصورة فالمادة الأولى من القواعد المعدلة لغرفة التجارة الدولية لسنة 1983 تقول "ويجب أن ينص في كل أعتماد مستندي صراحة أنه خاضــع للقواعد العرفية الموحدة".

وإذا ما أحال الأطراف صراحةً الى اعمال هذه القواعد والعادات الموحدة بشأن الاعتمادات المستندية ذي الطابع دولي، فأن القاضي المنظور أمامه النزاع لا يطبق هذه القواعد مباشرةً وبصفة آلية كما يرى بعض الفقه،[3] وأنما يعوزه وجود قاعدة إسناد تشير بتطبيق قانون الارادة كشرط لاعمال القواعد الموضوعية المراد تطبيقها بوصفها من قبيل قواعد القانون التجاري الدولي، ويذهب أخرون الى العكس من ذلك[4] ، إذ يرون أن طبيعة هذه القواعد والهدف الذي يسعى إليه يقتضي تطبيقها على نحو مباشر، دون حاجة للألتجاء لقواعد الاسناد، وهو ما يتم عملياً فخصوصية الاعتماد المستندي هو من خلق الممارسة المصرفية المهنية، كما أن قواعده وعاداته المهنية قد صادفت توحداً دولياً له ثقله الذي تجسد في تطبيقه المتمثل في التنظيم الموحد لغرفة التجارة الدولية الى حد التطبيق الشبه عالمي في أطار الرابطة المصرفية الدولية، كما حرصت هذه المصارف على أتباعه كما لو كانت قانوناً ملزماً ، وينظر إليها من الوجهة العملية على أنها تقنين ذو طابع عالمي[5] . ومن ناحية أخرى فأن المنازعات التي تدور بين فروع المصارف الأجنبية وعملائها، وخاصة تلك التي تتعلق بمعاملات مالية هامة يتم تسويتها عادة على وجه الخصوص عن طريق التحكيم كوسيلة قضائية خاصة تتفق مع مقتضيات التجارة الدولية، ومع خصوصية هذه العقود ، إذ بات من المؤكد أن فكرة العقد المصرفي ذات العنصر الأجنبي ومتطلباته كانت من العوامل الأساسية التي مهدت للقواعد

(1) د - هشام خالد ، الوسائل الحديثة لحسم المنازعات ذات العنصر الأجنبي ، مجلة المحاماة المصرية ، يناير ،1990 ص 128- 137
(2) د- هشام خالد ، موقع المال كضابط للأختصاص القضائي الدولي ، منشأة المعارف ، الاسكندرية ،2008 ، ص99.
(3) دابراهيم احمد ابراهيم ، القانون الدولي الخاص ، دار النهضة العربية ، 2003 ، الطبعة الاولى ، ص 34 .
(4) د. احمد محمود الفضلي ، التحايل على القانون الدولي الخاص ، الطبعة الاولى ، دار المناهج للطبع والتوزيع ، 1998 ، ص 47 .
(5) د. ابراهيم شحاته ، المصرف الدولي والعالم العربي ، منشورات دار الهلال ،الطبعة الاولى ، القاهرة ، 1990 ، ص474.

الموضوعية وساعدت على الخروج من القيود الوطنية أو المزايا الاستثنائية أو التكيفات الضرورية التي أعترفت بها كثير من الدول أن لم يكن جميعها، لذلك العقد الدولي أداة للتعامل الدولي، سواءً فيما يتعلق بقيمة واستقلال شرط التحكيم المتولد عنه.

المطلب الاول

تطبيق المنهج الموضوعي على العمل المصرفي الأجنبي

أن أساس المنهج الموضوعي هو كرد فعل للمغالاة في دور مبدأ قواعد الإسناد في حل تنازع القوانين، باعتبار خصوصية الأولى تستلزم الأحترام الكامل لقواعد قانون دولة القاضي، التي تتسم بالطابع الأمر بفرض تطبيقها الضروري على تلك العلاقة القانونية أو المركز القانوني فهي تجلب الأختصاص الدولي للنظام القانوني الذي تنتمي اليه دون الحاجة الى مبدأ قواعد الإسناد فإذا كانت القاعدة العرفية ذات المبدأ الموضوعي تحدد حداً أقصى لسعر الفائدة (10%) فأنه يتعين تطبيقها على كافة العقود المصرفية التي يؤدي بموجبها مبلغ القرض الى فرع المصرف الأجنبي في اقليم الدولة التي تنتمي اليها هذه القاعدة، ولو كان القانون المختص بحكم الرابطة بمقتضى مبدأ الإسناد قد حدد سعر اعلى للفائدة يزيد عن ذلك.[1]

وسوف نقسم هذا المطلب الى فرعين نتناول في الفرع الاول، دور المبدأ الموضوعي في حل منازعات فرع المصرف الأجنبي، اما الفرع الثاني نتناول فيه، دور المبدأ الموضوعي في التحكيم المصرفي للفرع الأجنبي.

الفرع الاول

دور المنهج الموضوعي في حل منازعات فرع المصرف الأجنبي

للقواعد الموضوعية في المنهج الموضوعي دور كبير في معالجة أوجه القصور في القواعد الوطنية التقليدية ومناهج حلول تنازع القوانين أو المسائل التي لا تغطيها التشريعات الوطنية فلا يكاد يخلو أي نظام قانوني في الوقت الحاضر من وجود مثل هذه القواعد وتلك حقيقة ادركتها الدول، وايدها رجال الفقه والأعمال وقدروا جميعا ضرورة وجودها، اما بتطبيقها مباشرة استقلالا عن كل قواعد القانون الدولي الخاص بأن قانون هذه الدولة أو تلك حقيقة ادركتها الدول، وسلطاتها القضائية، وبصرف النظر عن القانون الواجب التطبيق، أو إذا قضت قواعد القانون الدولي الخاص بأن قانون هذه الدولة أو تلك هو القانون الواجب التطبيق فسوف

(1) د. عبد الهادي نجار، الشركات دولية النشاط في العلاقات الاقتصادية الدولية ، مجلة مصر ، المعاصرة عدد 383 -1980، ص 42.

يجد أطراف النزاع في انتظارهم قانونا وأن كان وطنيا فانه اعد خصيصا لهذه العلاقات المالية والمعاملات المصرفية.

لاشك أن اطمئنان المتعاملين في المجال المصرفي على حقوقهم وأموالهم لن يتأتى الا إذا كانوا على علم مسبق بالقيمة الحقيقة التي ستعود عليهم من ابرامهم وعقدهم صفقات دولية خصوصا في ظل التقلبات النقدية التي تهز مركز المتعاملين وقلقهم تجاه المتعاملين يدرجون في عقودهم شروطا تضمن لهم تحقيق هذه الغاية .[1]

ولغرض معرفة مصادر القواعد الموضوعية في المنهج الموضوعي سوف نتطرق الى دور العقود النموذجية لعمليات فرع المصرف الأجنبي في ارساء المنهج الموضوعي ومصادر العادات التجارية في الأتفاقيات الدولية.[2]

أولا:- دور العقود النموذجية لعمليات فرع المصرف الأجنبي في إرساء المنهج الموضوعي.

أن العقود النموذجية أياً كان نوعها ، لها دور مهم في خلق القواعد المادية كونها تعمل على تجنيب الطرفين الكثير من الخلافات والمشاكل التي قد تثير تنازع القوانين أو على الأقل لتخفيف حدته عند ظهوره باعتباره قواعد مفسرة أو مكملة وهي في الاصل قواعد عرفية مندمجة بالعقد . بالنظر الى أن احكام هذه العقود احكام متكاملة وقائمة بذاتها فهي أقرب في شكلها وفي تنظيم احكامها الى النصوص التشريعية من اي شي اخر ومن هنا قيل ان العقد النموذجي يعتبر المثل الفذ على التشريع التعاقدي إذ أصبح من الوسائل المهمة في تحقيق مبدأ الكفاية الذاتية للعقود الدولية وتجسيدا لمبدأ العقد شريعة المتعاقدين أي ان احكامها متكاملة وقائمة بذاتها وتنظم وتحدد الى حد كبير كافة المسائل الخلافية التي يمكن أن تنجم عن العقد ، بل تكاد مسألة خطورة مشكلة تنازع القوانين والقانون الواجب التطبيق غير قائمة وعديمة الجدوى لأي تدخل للقانون الدولي الخاص في حل النزاعات .[3]

ومن التطبيقات القضائية العراقية القرار التمييزي الصادر من محكمة التمييز الأتحادية الهيئة المدنية /2019 بالعدد 5 والمؤرخ في 2019/1/2 والمميز فيه (المدير الاقليمي لمصرف ملي ايران – فرع العراق – اضافة لوظيفته) والمتضمن "ادعاء المدعي في محكمة البصرة انه عمل في مصرف ملي ايران لسنة 2016 براتب شهري قدره (سبعمائة وخمسة وعشرون الف دينار) وتم فصله ولم يستلم كافه حقوقه من

(1) د. ممدوح عبد الكريم حافظ ، القانون الدولي الخاص ، بغداد ، دار الحرية ، ط2 ، 1977 ،ص 44.
(2) د. هشام علي صادق، الحماية القانونية للمال الأجنبي، الدار الجامعية، بيروت، 1981 ، ص26.
(3) د. احمد عبد الكريم سلامة ، نظرية العقد الطليق بين القانون الدولي الخاص وقانون التجارة الدولية " دراسة تأصيلية انتقادية " القاهرة ، دار النهضة العربية ، 1989 ، ص79 .

المصرف وطلب دعوة المدعي عليه للمرافعة والحكم له بأعادته العمل وصرف كافة مستحقاته التعاقدية وقد اصدرت محكمة الموضوع حكماً حضورياً بالغاء.

قرار الفصل والزام المدعي عليه باعادة المدعي الى عمله وبنفس وظيفته السابقة مع صرف جميع مستحقاته وعند طعن المدعي عليه قررت محكمة التمييز الاتحاديه ان الثابت من صورة عقد العمل المبرزة في الدعوى أن مدة العقد سنة وإذ ان العقد ينتهي بانتهاء مدته عملاً بأحكام المادة (43 /أولاً / من قانون العمل رقم 37 لسنة 2015 مما يكون قرار انهاء العمل من قبل المدير الاقليمي استند الى العقد المبرم بين الطرفين الذي يعد العقد شريعة المتعاقدين في كافة بنوده ويجب تنفيذ العقد طبقاً لما أشتمل علية لذا تكون دعوى المدعي واجبة الرد ".[1]

ولاشك أن تلك العقود والنصوص التي صيغت في غاية الدقة تعمل على اختصار الكثير من الوقت والجهد والنفقات حتى لا تستغرق المفاوضات في ابرام العقد الدولي، مما جعلها تنتشر انتشاراً واسع النطاق في المعاملات المصرفية الأجنبية حتى اصبحت ظاهرة عامة واستخدام العقود النموذجية اصبح مألوفا بالنسبة للمصرفيين، ولعل هذه الحقيقة هي التي تفسر لك الاتجاه المعاصر نحو خلق احكام موضوعية لتنظيم الروابط المصرفية الخاصة، فهي قواعد تنشأ في الأوساط المصرفية استجابة لمتطلبات الأعمال المصرفية.

وخير مثال على ذلك العقود النموذجية في الاعتمادات المستندية وهي من أشهر القواعد الموحدة نظراً لأهميتها العملية في البيوع الدولية، واهميتها الكبيرة على الصعيد المصرفي الأجنبي والتي تخص تسديد المصارف للأئتمان في البيوع الدولية، وعقود تسوية المدفوعات التي يبرمها المصرف الدولي للتعاون الأقتصادي والذي ابتدأ عمله عام 1964 والتي اصبحت عرفا مصرفيا.[(2)]

ومن القواعد والاعراف الدولية للاعتمادات المستندية (يو سي بي) وهي مجموعة نشرات أو نصوص أو صياغة عقود صادرة عن غرفة التجارة الدولية لتنظيم الاعتمادات المستندية كمحاولة لتوحيد الوضع القانوني وخلق بيئة قانونية واضحة ومتفق عليها للاعتماد المستندي في بيئة التجارة الدولية التي تخضع معاملتها لقوانين وطنية مختلفة واستخدم (اليو سي بي) اصحاب المصارف والاطراف التجارية في أكثر من 175 بلدا في تمويل التجارة وتعد انجح معالجة قانونية في توحيد القواعد الموضوعية والأعراف الدولية للاعتمادات المستندية حيث طورت المصارف الدولية التقنيات والطرائق للتعامل مع الاعتمادات المستندية في التمويل التجاري العالمي وقد قامت اللجنة المصرفية في غرفة التجارة الدولية في اجتماعها في باريس في 25 اكتوبر

[1] - قرار غير منشور .

(2) د. حمزة حداد، العقود النموذجية في قانون التجارة الدولية، دراسة في البيع الدولي، رسالة دكتوراه، القاهرة، ص97.

عام 2006 على التنقيح الاخير ، وبدأ العمل بالنسخة الاخيرة (القواعد رقم 600 لسنة 2007) هذه تحت اسم يو سي بي 600 بشكل رسمي في ا يوليو 2007 .[1]

على أن هذه القواعد الموحدة التي قامت بوضعها غرفة التجارة الدولية في باريس ليست ملزمة بل تستمد قوتها قوتها من اتفاق الطرفين على الاخذ بها لانها عبارة عن قواعد مفسرة لارادة المتعاقدين وفرع المصرف الأجنبي لايستطيع التمسك بها الا اذا اشير بها في عقد المصرف مع العميل ويجوز لعملاء المصرف الأجنبي أن يتمسكوا بها .

ثانيا:- دور الأتفاقيات الدولية في ارساء المبدأ الموضوعي

تتضمن اتفاقيات التحكيم التجاري الدولي ، وكذلك الأتفاقيات المقررة لقواعد مادية موحدة في مجالات التجارة الدولية نصوصا تشير الى عادات التجارة بوصفها تشكل الجزء الاساس من قانون التجارة الدولية وكمصدر لقانون المعاملات.

فقد نصت الاتفاقية الأوربية للتحكيم التجاري الدولي (جنيف 1961) في المادة 7 منها على حرية الأطراف في تحديد القانون المطبق على موضوع النزاع، وعند عدم الاشارة من قبل الأطراف الى القانون الواجب التطبيق يطبق المحكمون القانون الي تشير اليه قاعدة التنازع التي يراها المحكمون ملائمة للموضوع وفي كلتا الحاليتين يتقيد المحكمون بشروط العقد وعادات التجارة.

وقد ورد نص مماثل في اتفاقية نيوروك 1958 و(قواعد اليونسترال) في م 3/33 فضلاً عن قواعد التحكيم الصادرة عن غرفة التجارة الدولية لعام 1975 والمعدلة عام 1988 ، إذ جاء في الفقرة 3 من المادة (3/33) فضلا عن قواعد التحكيم الصادرة عن غرفة التجارة الدولية لعام 1975 والمعدلة عام 1988 ، إذ جاء فــي الفقرة (3) من المادة 13 ما يأتي "للطرفين كامل الحرية في تحديد القانون الذي يتعين على المحكم تطبيقه على موضوع النزاع، فإذا لم يحدداه طبق المحكم قاعدة تنازع القوانين التي يراها ملائمة في هذا الخصوص".

اما الفقرة (8) من المادة ذاتها فقد نصت " يراعي المحكم في جميع الاحوال شروط العقد وعادات التجارة" اما المادة (28) من القانون النموذجي للتحكيم التجاري الدولي فقد نصت على "أن حق الأطراف في

(1) د - القواعد والاعراف الدولية للاعتمادات المستندية منشورة على الموقع الالكتروني ar.m.Wikipedia.orj تاريخ الزيارة 2021/10/14.

اختيار القانون الواجب التطبيق على موضوع النزاع لا يقتصر على القانون الوطني لاحدى الدول وانما يشمل ايضا القواعد القانونية ذات الطبيعة أو العابرة للدول."[1]

كذلك اتفاقية جنيف لعام 1930 بخصوص تحديد القانون الواجب التطبيق على الشيك والأوراق التجارية. ولكن أهم الاتفاقيات التي اعترفت بالعادة التجارية ومنحتها تاثيراً اكبر في مصادر القانون الخـــاص بالمعاملات الدولية هي اتفاقية فينيا للبيع الدولي البضائع لعام 1980 وفي المادة (9) بفقرتيها، وقد سبقتها في ذلك أتفاقية لاهاي الموحدة للبيع الدولي للمنقولات المادية لعام 1964 وفي المادة 9 بفقرتيها الثلاث.

اذ تنص م1/9 من اتفاقية روما "يلتزم الطرفان بالأعراف التي اتفقا عليها وبالعادات التي استقر عليها التعامل بينهما" اما الفقرة (2) فقد نصت "مالم يوجد اتفاق على خلاف ذلك ، يفترض أن الطرفين قد طبقا ضمنا على عقدهما أو على تكوينه كل عرف كان يعلمان به أو ينبغي أن يعلمان به متى كان معروفا على نطاق واسع ومراعي بانتظام في التجارة الدولية بين الأطراف في العقود المماثلة السارية في فرع التجارة نفسه" والمثال الشائع على العادات المتفق عليها هو أشارة الأطراف الى احدى انواع عقود البيع الدولي. [2]

أما الفقرة الثانية فهي تقر بأن القواعد المادية التي لم تضعها دولة ما، يمكن أن تفرض على الأطراف ولهذا يرى هذا الفقه بان العادات التجارية هي قواعد قانونية حقيقية، فلم تقتصر تأثير الاتفاقية على الاقــرار بالعادات التجارية وجعلها على قدم المساواة مع سلطان الأرادة، بل انها قد جعلت للعادات مركزا يسـمو على قواعد الأتفاقية ذاتها كونها تعكس الممارسات المقبولة في فرع تجاري محدد مالم تتعارض مع القواعد الأمرة في القانون الواجب التطبيق.

الفرع الثاني

دور المحكم في تطبيق المنهج الموضوعي

يشغل التحكيم مكاناً بارزاً على الصعيد الوطني والدولي على السواء ولعل أنتشار التحكيم يرجع الى حرص المتعاملين على الصعيد الدولي في الهروب من مشكلة تنازع القوانين ورغبة المتعاملين في السوق الدولية في التحرر من القيود التي توجد في النظم القانونية لمختلف دول العالم، ومن القواعد التي استقر

(1) د فؤاد عبد المنعم رياض ، تنازع القوانين والأختصاص القضائي الدولي واثار تنفيذ الأحكام الأجنبية ، دار النهضة العربية ، القاهرة، 1994، ص84 .

(2) **Bonell(MG) the unidroit principles transnational law U .L.R. vol .5-2000 available at WWW . UNidroit .org P. (3-18)** تأريخ الزيارة للموقع 2020/1/11

عليها القضاء في هذا المضمار هي مشروعية أستقلال شرط التحكيم ومن هنا سنعالج مضمون قاعدة مشروعية وأستقلال شرط التحكيم ونتائجها في الفرعيين الآتيين:-

أولا:- مضمون قاعدة مشروعية وأستقلال شرط التحكيم في العقود المصرفية.

الأساس النظري والعملي لهذه القاعدة يستنتج بكل وضوح من ضرورات العمليات المصرفية الدولية ومزايا التحكيم، إذ أصبح التحكيم الوسيلة الطبيعية لفض المنازعات وكوسيلة ملائمة ومنفردة للعقود المصرفية الدولية كما أسلفنا في الفصل لثاني.

كما يجد أساسه أيضاً في تقرير مبدأ سلطان الارادة والخروج عن أحكام القوانين الآمرة في القانون المختار لحكم عقدهم ممّا يتعارض مع مقتضيات التجارة الدولية ،فقاعدة الاستقلال تزيل مخاوف المتعاملين وتحصن شرط التحكيم من كل أسباب البطلان التي تمس الأتفاق الرئيسي، أي أن شرط التحكيم يتمتع بأستقلال قانوني عام على نحو يكون بمنأى عن أي اثار محتملة لعدم صحة العقد الاصلي وذلك عندما نكون بصدد عقد دولي، وهذه النتيجة الاولى لقاعدة الأستقلال. [1]

أما النتيجة الثانية فتتمثل أن هذه القاعدة اكتسبت أثرا أكثر عمقا وأصالة وهو تحرير شرط التحكيم من كل أحالة الى قانون دولة معينة بواسطة مبدأ تنازع القوانين[2] . ونحن نرى ان الهدف من هذه القاعدة يتمثل في احترام النظام العام الدولي الطليق الحقيقي لأن قاعدة الاستقلال تبدو في النهاية كأداة لحماية شرط التحكيم من شروط عدم الصلاحية المستمدة من القوانين وحمايته كذلك من مناورات المتعاقد سيء النية التي يكشف عنها في وقت لاحق برفضه التحكيم بعد أن وافق عليه بحرية وأختيار. فقاعدة الأستقلال أصبحت تتمتع بمكانة مرموقة في أحترام الأخلاق في الروابط الدولية للقانون الدولي الخاص وهي تستند عموما على أول مبدا من المبادئ الاساسية للقانون وهو ضرورة حسن النية في تنفيذ الالتزام واحترام الالتزام التعاقدي المبرم قانوناً، وكذلك يترتب على هذه القاعدة أنه أصبحت عدد من القواعد الموضوعية للقانون الدولي الخاص الموضوعي أو المادي في اطار مبدأ القواعد الموضوعية لفض المنازعات الخاصة ذات الطابع الدولي أو كما يعتبرها البعض في قواعد النظام العام الدولي الطليق التي يترتب عليها عدد من النتائج التي تعمل على استنباط قاعدة ذي تطبيق مباشر على المنازعات الخاصة ذات الطابع الدولي دون اللجوء الى مبدأ الإسناد التقليدي. [3]

---

(1) د. حسام عيسى ، الشركات متعددة القوميات ، كتاب مجلة العلوم القانونية والاقتصادية ، العددان الاول والثاني ، القاهرة ، 1976 ، ص14

(2) د. عصام مصطفى بسيم ، الجوانب القانونية للمشروعات الدولية المشتركة في الدول الاخذ في النمو ، مكتبة المنهل ، الكويت ، 1978 ، ص 28

(3) د. محمد كمال فهمي ، اصول القانون الدولي الخاص ، بغداد ، دار الحرية ، ط2 ، 1977 ، ص80. د. عصام مصطفى بسيم، الجوانب القانونية للمشروعات الدولية المشتركة في الدول الاخذ في النمو، مرجع سابق، ص28.

ثانيا:- نتائج قاعدة مشروعية واستقلال شرط التحكيم.

يذهب جانبا من الفقه الى أن القانون الوضعي قد التقى مع القضاء في الوقت الحاضر على تقرير عدد لابأس به من الحلول الناجمة عن القاعدة الموضوعية لمبدأ الاستقلال وقد لخص هذه النتائج الآتية:-

1- الاعتراف للمحكم للفصل في أختصاصه:-

ونتيجةً لكون شرط التحكيم المدرج في عقد مصرفي أجنبي وكونه مشروعاً فهذا يمنح المحكم السلطة ليقدر وجوده وصلاحيته (أي يعلن عن تقليده منصب الفصل في النزاع)، ويؤكد ذلك قاعدة مدرجة في قانون التحكيم الدولي تنص عليها المادة (1466) من قانون المرافعات الفرنسي وبموجب أستقلال الشرط يجب أن يكون المحكم قاضياً على الأقل في المدة المقررة للفصل في النزاع المعروض عليه.

ويدعم هذا الرأي القاعدة السائدة في الوقت الحاضر في القانون الوضعي الدولي التي ساعدت على تنظيم التحكيم الدولي على المستوى العالمي من ذلك لجنة الامم المتحدة لقانون التجارة الدولية وغرفة التجارة الدولية، وتنظيم اللجنة الأقتصادية الأوربية، والمعاهدات الدولية منها الأتفاقية الأوربية في جنيف وأتفاقية واشنطن لسنة 1966 والاتفاقية العربية بعمان لسنة1987 وقد أخذ بها القانون الفرنسي في المادة (1514) من نصوص قانون المرافعات الفرنسي الجديد والمادة الخامسة من قانون التحكيم المصري الجديد رقم (27) لسنة1994[1] .

2- فعالية شرط التحكيم في مواجهة الغير:-

يرى جانب من الفقه[2] أنه قد أصبح من المؤكد أن في مقدور الأفراد في قانون التحكيم الدولي مكنة أجراء هذا الأتفاق ليكون مصدرا بعيدا عن كل قانون دولة، وهذا التحليل يكون في الأصل نتيجة طبيعية لأستقلال شرط التحكيم كقاعدة موضوعية تتميز بالتأمين الكامل للوضع الحالي لشرط التحكيم وفعاليته بالنظر الى كل الأطراف المشتركين أو الداخلين في نزاع خاضع للتحكيم حتى لو كان هولاء الأطراف غير موقعين في الأتفاق المشروط بشرط التحكيم .

---

(1) نصت المادة (5) من قانون التحكيم المصري اعلاه على "في الاحوال التي يجيز فيها هذا القانون لطرفي التحكيم اختيار الاجراء الواجب الاتباع في مسألة معينة تضمن ذلك حقهما في الترخيص للغير في اختيار الاجراء ويعتبر من الغير كل منظمة أو مركز للتحكيم في جمهورية مصر العربية أو خارجها " . اما المشرع الفرنسي فقد نص في المادة (1514) على " يتم الاعتراف بأحكام التحكيم ويتم تنفيذها في فرنسا اذا كانت لاتخالف النظام العام الدولي " منشور على الموقع الالكتروني " قانون التحكيم الفرنسي – شبكة قوانين الشرق " تاريخ الزيارة 2021/10/8 .

(2) د. هشام علي صادق، الحماية القانونية للمال الأجنبي، الدار الجامعية، بيروت، 1981، ص26.

المطلب الثاني

جنسية فرع المصرف الأجنبي كضابط اسناد

ان تجربة الانفتاح الاقتصادي العراقي وما يترتب عليه من السماح للمصارف الأجنبية بممارسة النشاط المصرفي في العراق، الى جانب المصارف الوطنية والتي أثارت جدلاً كبيراً من الناحية الأقتصادية ومدى تحقيقها للأهداف التي أنشأت من أجلها سواءً من ناحية جذب رؤوس الأموال الأجنبية، أو من ناحية الارتقاء بمستوى أداء الخدمة المصرفية لدى المصارف الوطنية نتيجة لتولد عنصر المنافسة، أو من ناحية اقتصادية، لذلك فأن هناك مجال مهم يتعلق بهذه المصارف لم يلقى عليه الضوء كافياً، خاصة بالمجال المصرفي الأجنبي .

فهناك مشكلة أساسية تتعلق بمدى ما يتمتع به المصرف الأجنبي وما يخضع له من التزامات في ممارسة العمل المصرفي وهذه المشكلة تتعلق بمركز الأجانب، ومن ناحية أخرى هناك مشكلة استعمال الحقوق وما يترتب عليها من وجوب تعيين القانون الذي يخضع له المصرف الأجنبي وبيان القانون الواجب التطبيق على العمليات المصرفية التي يباشرها.

وأخيراً فأن هناك مشكلة حماية هذه الحقوق ونعني بذلك مشكلة تنازع الأختصاص القضائي سواءً بتحديد المحكمة المختصة بالنزاع الذي يكون المصرف طرفاً فيه أو بإجراءاتها أو مسألة تنفيذ الحكم الصادر للمصرف أو عليه في دولة أخرى غير دولة المحكمة التي أصدرته.

مما لاشك فيه أن تحديد المركز القانوني للمصرف يتطلب بالضرورة أن يكون هناك معيار للتفرقة بين المصرف الأجنبي والمصرف الوطني، وهي مسألة تتعلق بالدرجة الأولى بجنسية هذا المصرف، كما لا يخفى أهمية تحديد هذه الجنسية في حل مشكلتي البحث عن القانون الواجب التطبيق، وتحديد المحكمة المختصة بالنزاع الذي يكون المصرف طرفاً فيه. وسوف نقسم هذا المطلب الى فرعين نتناول في الفرع الأول موقف الفقه من جنسية الفرع، أما الفرع الثاني نتناول فيه معايير جنسية فرع المصرف الأجنبي .

الفرع الأول

موقف الفقه من جنسية فرع المصرف الأجنبي

فرع المصرف الأجنبي كما نعلم شخص قانوني، والأصل أن لكل شخص قانوني جنسية واحدة هي جنسية الدولة التي يرتبط بها على أختلاف المعايير المطبقة لتحديد هذا الارتباط، وأعتبار الفرع يتبع الأصل أي أن فرع المصرف وأن أسس في دولة أخرى فأنه يظل يتمتع بجنسية المصرف الأجنبي (الشركة الأم)، إلا أن في بعض المسائل التي يخضع لها في قانون البلد المضيف كالضرائب والدعاوي وأتباع التعليمات

والأنظمة في ممارسة النشاط، ومن هذا المنطق فقد أتجه الفقه[1] في بداية الأمر الى معيار شخصي في تحديد جنسية الفرع والمتمثل في جنسية أغلب الشركاء، أو القانون المختار من قبل أغلبية الشركاء، أو القانون المختار من قبل الشركاء، إلا أن هذا المعيار لم يدم طويلاً، إذ يعاب عليه أنه متغير بتغير جنسية الشركاء أو القانون المختار من قبل الشركاء، وهذا ما يتعارض مع ثبوت شخصيتها وأستقلالها، هذا بالاضافة الى أنه يترك تحديد جنسية المصرف لإرادة الأفراد في حين تعتبر الجنسية رابطة قانونية بين الأشخاص والدولة يتم تحديدها وفقاً لقوانين الدولة، وعلى ذلك أتجه الفقه الى تحديد معيار آخر كبديل للمعيار الشخصي يتسم بالموضوعية والثبات في تحديد جنسية المصارف أو الشركات بشكل عام، إلا أنه أنقسم في هذا الصدد الى معايير أربعة، والتي تتمثل في معيار التأسيس ومعيار مركز الأستغلال بالأضافة الى معيار مركز الإدارة الرئيسي، ومعيار الرقابة والإشراف. فإذا كان المقصود بالمصرف الأجنبي هو كل مصرف يعمل في الدولة ولا يحمل جنسيتها، فهذا يقتضي أن يكون هناك معيار أو معايير ثابته تبنى على أساسها جنسية المصارف الأجنبية.

وإذا كنا نجد من الضروري البحث عن معيار تتحدد به جنسية المصرف الأجنبي في العراق، لابد من عرض مشكلة جنسية الأشخاص الأعتبارية بوجه عام.

ولاشك أن المصارف أو الأشخاص المعنوية بصورة عامة وأن كانت لا تقوم ببعض التكاليف الوطنية التي يقوم بها الأشخاص المعنوية دفاعاً عن كيان الدولة، إلا أنه يسهم بصورة فعالة في قوة الدولة من الناحية الاقتصادية، مما يقوم به من نشاط اقتصادي لا تتوافر مقوماته للأفراد، وفي ذلك يبرر شمول الدولة للأشخاص المعنوية بجنسيتها.

وتنقسم فكرة الجنسية بخصوص الشركة الى تيارين، أولهما، يرفض إعمال فكرة الجنسية بالنسبة للشركة، بالنظر الى طبيعة الشخصية المعنوية، وثانيهما يستند الى فكرة الجنسية ذاتها، أو بعبارة أخرى يؤيد الاتجاه الرافض لتطبيق مفهوم الجنسية على الشركات أستناداً الى طبيعة الشخصية المعنوية، بينما يركز الاتجاه الثاني على الطبيعة الخاصة لرابطة الجنسية.

إن المشرع عندما أوجد فكرة الشخصية المعنوية، أنما أستهدف تمكين التجمعات القانونية المختلفة من تحقيق الأهداف التي يبتغيها الأفراد المكونين لهذه التجمعات، ومن هذا المنطلق لا يجوز بأي حال من الأحوال التوسع في فهم مضمون الشخصية المعنوية أو تحديد نطاقها، فمن شأن منح الجنسية للشخص المعنوي الأنحراف بالتجمع القانوني المعني عن الهدف المحدد الذي قامت فكرة الشخص المعنوي من أجل تحقيقه.

(1) د. زكي الشعراوي، جنسية الشركات التجارية، دار النهضة العربية، 1997، ص18-442.

إن وجود الأشخاص في هذه الدولة ليس من شأنه أن يزيد عدد السكان في الدولة أو ينقص عدد السكان اذن فالاعتراف بالشخصية المعنوية أمر لا ترجى منه فائدة، ولا تدعو إليه أي ضرورة. (1)

إن أصحاب الاتجاه الرافض يرى أن أنصارهم يخلطون بين فكرتين متميزتين، هما الجنسية والموطن أو بعبارة أخرى، إن الفريق الأخير يقيس الشخص المعنوي على الشخص الطبيعي، فكما يكتسب الشخص الطبيعي جنسية الدولة التي يولد على ترابها، كذلك فأن الشركة تكتسب جنسية الدولة التي يتم تكوينها على ترابها، وهذا هو مقتضى القياس لديهم.

حيث يرى أنصار الاتجاه الرافض، إن القياس المتقدم خاطئ وأساس ذلك أنه لايمكن أن يكتسب الشخص جنسية الدولة التي تكون على ترابها، وهذا هو مقتضى القياس لديهم.

إذ أن الجنسية تقوم على مدلول أجتماعي، ومثل هذا لا يمكن أن يتحقق إلا بالنسبة للشخص الطبيعي فأساس الجنسية مجموعة من المقومات الأجتماعية والروحية، وهي تعبير عن الشعور للولاء للوطن.

أما الشركة فهي شخص معنوي مجرد من الشعور والأحساس فلا يتصور والأمر كذلك أن تقوم بينها وبين الدولة المعنية المشاعر المتقدمة، وإزاء ذلك لا يمكن للشركة ان تتمتع بجنسية دوله ما. فلا يمكن أن تقوم بينها بين الدولة المشاعر المتقدمة، وإزاء ذلك لا يمكن للشركة ان تتمتع بجنسية دوله ما. فالجنسية رابطة، يترتب على ثبوتها أمكان تمتع حاملها بمجموعة من الحقوق والالتزامات السابقة تجافي طابع الشركة بوصفها كائناً معنوياً.

إن حق الدم هو من الأسباب الموجبة لكسب الجنسية الأصلية للشخص الطبيعي، مثل هذا السبب يستحيل إعماله بالنسبة للأشخاص المعنوية على وجه العموم والشركات على وجه الخصوص، ومن هذا المنطلق لا يمكن أن تتمتع الشركة بجنسية دوله معينة. أن القياس المتقدم خاطئ، وأساس ذلك أنه لايمكن أن يكتسب الشخص المعنوي جنسية الدولة التي تكون على ترابها مثل الشخص الطبيعي، فهناك فرق بين ميلاد الكائن الحي وتكوين الكائن المعنوي، فحقيقة الأمر لدى أنصار الاتجاه المعروض أن المقصود هو موطن الشركة وليست جنسيتها، إذ لا يمكن ان تتمتع الأخيرة بجنسية. (2)

هذه هي أهم الحجج التي قال بها الاتجاه الرافض لإمكان تمتع الشركة بالجنسية، استناداً الى أن الشخصية المعنوية التي تتمتع بها الشركة مجرد وهم وخيال، والملاحظ إن أصحاب هذا الرأي إنما يقفون حد رفض تمتع الشركة بالجنسية، دون تقديم صيغة بديلة عن هذه الأخيرة أو بعبارة أخرى أن أصحاب هذا الاتجاه يكتفون بموقف الرفض السلبي لمفهوم جنسية الشركات ولا يقترحون بديلاً عنه.

(1) د. هشام خالد، جنسية الشركة، مصدر سابق، ص30.

(2) د. عكاشة محمد عبد العال ، الوسيط في احكام الجنسية ، منشورات الحلبي الحقوقية ، بيروت ، لبنان ، 2002 ، ص77.

فهل سيحاول أنصار الاتجاه الثاني تغيير النظرة السابقة. إذا كان أنصار الاتجاه السابق قد انتهوا الى عدم إمكان تمتع الشخص المعنوي (المصرف) بالجنسية فقد حاولوا جهدهم لتحديد الرابطة بين الجنسية والدولة، أو بعبارة أخرى قد بذلوا جهداً كبيراً لبحث الرابطة التي تربط الشركة أو المصرف بالدولة. ومن هذا المنطلق يرى أصحاب الاتجاه المؤيد لفكرة جنسية الشركة أن هناك نوعين من التبعية:

الأولى: التبعية القانونية وهي تلك التي يتحدد في ضوئها القانون الذي يحكم نظامها القانوني، وهو في غالب الأحوال قانون الدولة التي يوجد فيها مركز الإدارة الرئيسي للشركة المعنية.

الثانية: التبعية السياسية والتي بموجبها يتحدد مقدار الحقوق التي تحصل عليها الشركة المعنية في الدولة محل الاعتبار كذلك الحال بالنسبة لمقدار الالتزامات التي ستتحملها الأولى على تراب الأخيرة.

ومن البديهي أن يكون المصرف الأجنبي يحمل جنسية أجنبية وأن جنسية المصرف وفقاً لآراء فقهاء القانون الدولي الخاص في انكلترا هي جنسية الدولة التي تكونت فيها الشركة واكتسبت الشخصية المعنوية فيها بموجب هذا التكوين، ولعل إسناد جنسية المصرف الى جنسية الدولة التي تأسست فيها هو أعتبار هذا البلد موطناً للمصرف قياساً على فكرة المواطن بالنسبة للشخص الطبيعي، إذ يقوم فكرة الموطن في إنكلترا مقام الجنسية في حكم الحالة المدنية للأشخاص في مسائل تنازع القوانين.

وقانون الموطن بهذا العرض، يحكم النظام القانوني للشركة، ويشمل إنشائها ونوعها وأهليتها ورأس مالها، وأسهمها والقيمة الاسمية للأسهم وأنواع هذه الأسهم ، إن النتيجة التي تترتب على مفهوم الموطن في إنكلترا هو أن الشركة لا يمكن أن يكون لها إلا موطن وأحد وقانون وأحد طالما أن الشركة تتأسس وفقاً لقانون وأحد و في قضية تتعلق بشركة أجنبية، وقد نصت المادة الخامسة من قواعد المعهد العالي البريطاني، "ان المقر الفعلي للشركة هو المكان الذي يوجد فيه المركز الرئيسي للرقابة حتى وأن كانت القرارات التي تتخذ في هذا المكان إتباعاً لتوجيهات من حملة أسهم يقيمون في مكان آخر".

وكذلك ما جاء في المادة (9) "إذا كان للشركة مقر عمل دول في عدة عدا تلك التي تأسست فيها فان للدولة التي يقع فيها ذلك المقر الحق في فرض التزامات على الشركة".

أما الفقه والقضاء الفرنسي فقد ذهب الى أن إسناد الجنسية للشخص المعنوي يقصد منه في الواقع بيان علاقة ولاء قانونية أو سياسية بين شخص معنوي معين ودولة، وينتج عن هذا الإسناد المتميز بين الشخص المعنوي الوطني والشخص المعنوي الأجنبي، الذي ينتسب الى دولة معينة لتقرير إمكانية تطبيق عقد تاسيسه، على سبيل المثال أو تحديد القانون الذي يحكم كيانه (الإنشاء والتنظيم والإنحلال).[1]

(1) د. احمد مسلم، القانون الدولي الخاص الجنسية ومركز الاجانب وتنازع القوانين، الطبعة الاولى، مكتبة النهضة ،1954، ص388-389.

ومن المتفق عليه بصورة عامة أو وفقاً للفقه الفرنسي[1] الغالب هو أن الشخص المعنوي ليس له جنسية بالمعنى الخاص للجنسية التي يتمتع بها الشخص الطبيعي وان تعبير جنسية الشخص المعنوي قد فرض نفسه لملائمته في تعيين العلاقة أو الرابطة بين الشركة كشخص معنوي ودولة ما لغرض التمتع بالحماية الدبلوماسية والتمتع بالحقوق.

الفرع الثاني
معايير جنسية فرع المصرف الأجنبي

ظهرت في الجانب القانوني والعملي لتحديد التبعية السياسية والقانونية للشخص المعنوي عدة معايير يتم من خلالها معرفة تبعية هذا الشخص الى أي نظام قانوني بغية تحديد القانون الواجب التطبيق على نظامه القانوني أو تصرفاته مع الغير ، من جهة ومن جهة أخرى بيان طبيعة الخضوع لأي أختصاص قضائي، لذا سنحاول بيان هذه المعايير وحسب الآتي :-

المعيار الأول: جنسية الافراد المكونين للمصرف

إن المصرف يتكون من مساهمين (شركاء) وقد يكونوا من جنسيات مختلفة لذا فأن هذا المعيار ينصرف الى جنسية الأكثرية الذين يمارسون السيطرة على فرع المصرف الأجنبي. هذا المعيار صعب التطبيق بالنسبة للمصرف الأكثر نشاطاً في التجارة الدولية ونشاطاته منتشرة على نطاق واسع، كما أن عدد كبير من المساهمين في مثل هذا الفرع وأعمالها منتشرة على نطاق واسع كما ان عدد كبير من المساهمين في مثل هذه الحالة هم اشخاص معنويون في (شركات أخرى) وان الأسهم في تداول يومي مما يؤدي الى تغيير جنسية الشركاء كلما تغيرت الأكثرية في حملة الأسهم بالاستناد الى هذا المعيار.

المعيار الثاني:- معيار التأسيس أعتمد الفقه على هذا المعيار في تحديد جنسية الشخص المعنوي كما أخذت به الدول المتطورة (المصدرة للشركات) نظراً لما يتحقق به من مزايا تحقق مصالح هذه الدول أي القانون الذي تم بموجب قانون يعطيها شهادة الميلاد، وعلى هذا فأن الشركة التي تكونت وفقاً للقانون الفرنسي أو السويسري أو الإنكليزي تحمل جنسية الدولة التي تأسست بموجب قانونها، وهناك معيار قريب من معيار التأسيس هو مركز الإدارة الرئيسي النظامي الذي يعينه القانون الذي تأسست بموجبه الشركة الذي يكون عادة في نفس الدولة أو إذا سمح القانون باتخاذ المركز الرئيسي خارج دولة هذا القانون.

---

(1) Chantal Dupaspuier and Patrik Nqsiwe . op.cit. p.88.
BROCHER: cours de droit international privé. T. II. 1981 CHSEHIRE and NORTH: Private international law ،London ،1979 .

إن مؤسسي الشركة أحرار في تأسيس شركتهم في هذه الدولة أو تلك في تحديد حالتها وأختيار القانون الذي يحكم نشاطها، وأن هذا الأختيار يتوقف على نوعية النشاط وأختلاف التشريعات، فقد يكون أختيار تأسيس دولة معينة لتأسيس شركة فيها بغرض التهرب من القواعد الآمرة في الدولة التي ترتبط الشركة بها الارتباط الأوثق، أو قانون الدولة الأكثر تسامحاً أو أن المؤسسين يأملون بالتمتع بالحماية الدبلوماسية لدولة معينة كما أن تأسيس فرع في دولة أجنبية، قد يكون غطاءً لممارسة الأجانب نشاطاً قاصراً في هذه الدولة على مواطنيها، لكن هذه المحاذير لا تكفي لإنكار معيار التأسيس طالما يمكن معالجة السلبيات بالنصوص القانونية الكفيلة بالرقابة، ويبقى معيار التأسيس المرجع الأخير لبساطته ويقينه وهو معمول به في بلاد القانون العام وفي الدول العديدة من الدول الأكثر تجارة.[1]

فبموجب هذا المعيار تأخذ الشركة جنسية بلد تأسيسها أي البلد الذي منحها شهادة التأسيس والموافقات الاصولية ، فهو بمثابة مكان ميلادها الذي منحها الوجود القانوني [2] يعد المصرف وطنياً إذا ما تأسس وفقاً لشروط القانون المحلي، وإذا ما أقامت المركز الرئيسي فيه، وأحتفظت به في أقليم الدولة ذاتها وهنا يشترط أن يكون المركز الرئيسي في الوقت نفسه مركزاً قانونياً وفعلياً، ووفقاً لهذا المعيار جنسية الشركاء ليس لها أي أعتبار لجنسية المؤسسين أو الشركاء أو المركز الرئيسي أو الاستغلال.

فالقاعدة المسلم بها في الدول الانكلو أمريكية إن الشخص الأعتباري يأخذ جنسية الدولة التي تم تأسيسه فيها، ويتمتع بالشخصية القانونية وفق قانونها، وقيل في تبرير هذا الرأي أن الدولة التي تم تأسيسه فيها هي التي أخرجته الى حيز الوجود، فهي أولى الدول برعايته وحكم حياته، وأن قانون الدولة التي نما فيها أو تأسس فيها الشخص الأعتباري هو القانون الوحيد الذي يمكن أن يحكم نظامه القانوني في مجال تنازع القوانين، ذلك أن مشروع دولة التأسيس هو الذي يستطيع دون غيره منحه الشخصية القانونية لهذا الشخص [3]

وقد أخذ المشرع العراقي بمعيار التأسيس في تحديد جنسية الأشخاص المعنوية، فالشركة تعتبر عراقية إذا تأسست في العراق وأجنبية إذا تأسست خارج العراق استناداً الى نص المادة (49) من القانون المدني العراقي "يسري على النظام القانوني للأشخاص المعنوية الأجنبية من شركات جمعيات ومؤسسات وغيرها من قانون الدولة التي يوجد فيها مركز ادارتها الرئيسي الفعلي 2- ومع ذلك إذا باشر الشخص المعنوي نشاطه الرئيسي في العراق فإن القانون العراقي هو الذي يسري"، ولابد لأمكان ممارسة الشخصية المعنوية نشاطها

(1) د. زكي الشعراوي، جنسية الشركات التجارية، مرجع سابق، ص18-442.

(2) د. عبد الرسول عبد الرضا الأسدي ، القانون الدولي الخاص (الجنسية ، الموطن ، مركز الاجانب ، التنازع الدولي للقوانين ، التنازع الاختصاص القضائي ، مكتبة السنهوري ، بيروت 2015 ، ص 103 .

(3) د. عز الدين عبدالله، القانون الدولي الخاص، الجزء الاول (مركز الاجانب)، دار المطابع الهيئة المصرية للسكان 1986، ص412.

خارج حدود الدولة التي تنشئ فيها من الأعتراف لها بالشخصية القانونية إذا كان من مصلحتها جذب رؤوس الأموال الأجنبية، كما إن هذا يؤدي الى تبادل المنافع والمصالح بين الدول على أساس مبدأ المعاملة بالمثل فينبغي الاعتراف بالشخصية القانونية للمصارف الأجنبية، إذ تلعب الجنسية دوراً مؤثراً في الحالة القانونية للمصرف لأنها تفيد معنى انتساب المصرف الى نظام قانوني لدولة معينة، ومن خلال هذا الانتساب تتحدد للشخص جملة من الحقوق والالتزامات التي تقررها قوانين دولة المستثمر، وكذلك قوانين الدولة المضيفة للاستثمار) وقد نصت المادة (6) الفقرة / ثانيا من نظام فروع الشركات الأجنبية في العراق رقم (2) لسنة 2017 "الحصول على إجازة استثمار وفق لقوانين الأستثمار النافذة في العراق"، لقد أسندت الجنسية الى الشخص المعنوي بصورة عامة والى جنسية المصارف بصورة خاصة قياساً على جنسية الشخص الطبيعي فالذي يحكم الجنسية بالنسبة للشخص الطبيعي هما الحالة والاهلية وهي صفات لصيقة بالشخص، فحالة الشخص المعنوي وأهليته لا يمكن أن يكونا مطابقين لما يقابلها لدى الشخص الطبيعي فأسم المصرف والتكييف القانوني للمصرف أي نوع المصرف سواءً كان عقاري أم صناعي أم تجاري أم إسلامي، والشخصية المعنوية ورأس مالها، وتنظيم المصرف وخاصة فيما يتعلق بتكوينه وادارته والتصرف المنشئ له وكيفية انقضائه وحله".

ويؤخذ على هذا المعيار أنه يرتب بعض النتائج الضارة، منها أنه معيار أرادي على الرغم من الطبيعة الموضوعية التي قد تبدو منه لأول وهلة، فالشركاء سوف يختارون مركز إدارة المصرف بإتفاقهم، ثم يضمنون عقد شركتهم وتأسيسها في الدولة التي أتجهت إرادتهم لأكتساب مصرفهم جنسيتها، فالظاهر أن إرادة الشركاء حرة طليقة من أي قيد، وهكذا ينفتح باب الغش نحو القانون الذي لا تحمد عقباه.

المعيار الثالث:- معيار مركز الإدارة الرئيس:

بموجب هذا المعيار فإن جنسية الفرع هي جنسية المكان الذي يوجد فيه مركز إداراتها الرئيسي، ومركز الإدارة الرئيسي هو المكان الذي يباشر فيه المصرف الرئيسي الأجنبي (الشركة الأم)، نشاطاته القانونية والإدارية، وتوجد فيه الهيئات الأساسية للشركة، كمجلس إدارتها وهيئاتها العامة، إذ تصدر منه الأوامر والتوصيات والقرارات العامة للمصرف.[1]

وتجدر الأشارة الى أن مركز الإدارة يختلف عن مركز الإستغلال، فهذا الأخير يتمثل في المكان الذي يباشر فيه المصرف نشاطه المادي، فتوجد فيه فروعه مثلاً ، والذي يحدد الموطن هو مركز الإدارة وليس مركز الإستغلال، وبمقتضى هذا المعيار فإن جنسية المصرف هي جنسية المكان الذي يوجد فيه مركز

(1) د. حيدر سليمان حسن الجنابي، دمج الشركات، في القانون العراقي والانكليزي، جامعة البصرة، 1999. ص 27

إدارته الرئيسي، وأستمر الفقه والاجتهاد بنظرية عامة المتمثلة في حالة وجود فروع للشركة خارج مركز إدارتها الرئيسي، يكون لها مقام خاص في مركز الفرع بالنسبة للأعمال التي تباشر بها هذه الفروع، ويعد هذا المقام بمثابة مقام مختار، وقد أجاز الشارع تيسيراً للتعامل، إذا كان للشركة فروع متعددة بما أن المكان الذي يوجد فيه كل فرع موطناً خاصاً للأعمال المتعلقة به، ومن ثم يجوز رفع دعوى الى المحكمة التي يقع بدائرتها فرع المصرف، وذلك في المسائل المتعلقة بهذا الفرع، وطبق القانون المصري نفس الحكم فيما يتعلق بالمصارف أو الشركات التي يكون مركزها الرئيسي بالخارج ولها نشاط في مصر، فقضى أن يكون موطنها بالنسبة للقانون الداخلي يكون في المكان الذي توجد فيه الإدارة المحلية (م 53) فقرة 2، كما أعتمد المشرع المصري في الفقرة الثانية من المادة (11) من القانون المدني بالمعيار المتقدم كضابط يرشد الى القانون الواجب التطبيق في شأن النظام القانوني للأشخاص الأعتبارية، وذلك إذا باشر الشخص المعنوي نشاطه الرئيسي في مصر فان القانون المصري هو الذي يسري ولو كان مركز أدارته الرئيسي في الخارج. وأشترط لكي يعترف بالشخصية القانونية لفرع المصرف أن يكون قد تأسست تأسيساً صحيحاً وفقاً لقانون الدولة التي أتخذت فيها مركز إدارتها الرئيسي والفعلي هو الذي تستمد منه شخصيتها وجنسيتها في أن واحد، وهذا ما أشترطته الكثير من القوانين. [1]

وحكمة المشرع في ذلك التيسير على المواطنين المتعاملين مع فروع الشركات الأجنبية على أن الشركات التي يكون مركز الرئيسي في الخارج ولها نشاط في الأمارات، يعتبر مركز إدارتها بالنسبة للقانون الداخلي المكان الذي توجد فيه الإدارة المحلية[2].

وعلى ذلك حرص العديد من التشريعات الحديثة على أعتناق مركز الإدارة الرئيسي كضابط تحدد بموجبه جنسية المصرف، إلا أن هذا لاينفي ان المصرف أو الشركة الأم سواء كانت في مركزها الرئيسي أم لدى فروعها، فهي في حكم الشخص الواحد قانوناً، وتتمتع بالشخصية المعنوية الواحدة. [3]

إذا العبرة تكون دائماً بمركز الإدارة الفعلي لا بمركز الإدارة المحدد في العقد عندئذ يتحدد الموطن بالمركز الرئيسي دون الأعتداد بالمراكز الفرعية، وهذا ما قضى به الأجتهاد اللبناني الذي أعد أن الشركة التجارية الواحدة، سواءً كانت في مركزها الرئيسي أم في فروعها هي قانوناً في حكم الشخص الواحد، وتتمتع بالشخصية القانونية الواحدة، ويطبق هذا المبدأ في علاقات الغير بالشركة الواحدة ذات الفروع المتعددة بوجه المركز الرئيسي، كما أن لهذه الفروع الاستفادة من الحكم الذي صدر لمصلحة المركز الرئيسي الذي تتبعه.

---

(1) د. احمد زوكاني، جنسية الشركة والقانون المغربي، منشورات تنمية البحوث والدراسات، الطبعة الاولى، 1990، ص20

(2) د. طارق عبدالله المجاهدي، نتائج القوانين في عقود التجارة الدولية، اطروحة دكتوراه، كليه القانون، جامعة بغداد، 2001، ص7

(3) ومنها القانون الأماراتي في المادة (314) من قانون الشركات التجارية الأماراتي رقم (18) لسنة 1984، إذ نص على أن إذ نص على أن موطن الشخص الأعتباري هو المكان الذي فيه مركز إدارته، وإذا أختلف المكان الذي تباشر فيه الشركة نشاطها عن مركز إدارتها فأن المشرع الأماراتي يعد موطنها هو مركز نشاطها.

وقد ذهب القضاء الفرنسي الى تطبيق القاعدة السابقة على الفروع، كذلك بالنسبة للشركات الوليدة حال قيام الدليل المعتبر على أن مثل هذه الكيانات على الرغم من أستقلالها الظاهر إلا أنها ترتبط في الحقيقة إرتباطاً شديداً بالشركة الأم التي تمثل مصالح رعايا الأعداء. وقد تم اللجوء الى هذا الاتجاه الموسع بعد الحرب العالمية الأولى، وخير مثال على ذلك الحكم الصادر عن محكمة النقض الفرنسية بجلسة 1931/5/21.[1]

إن المصرف يسعى لتحقيق غرض اقتصادي وأن نشاطه له علاقة بالأغيار، لهذا فأن من المعقول أن ترتبط من الناحية الدولية بمنطقة جغرافية تمارس فيها نشاطاتها ونلاحظ في معيار الأرتباط ما يشبه التوطين أو المركز وهذا المعيار من مصلحة الأغيار الذين يرتبطون بعلاقات مع فرع المصرف،[2] وهم الدائنون من ناحية والمدخرون أو المودعين من جهة أخرى، فهؤلاء لا يجب أن يفاجئوا بتطبيق قانون أجنبي أقل حماية لهم من القانون المحلي.

وهناك تصوران لغرض تحديد مركز هذا الارتباط:-

الأول:- مكان الاستغلال الرئيس:-

وهو المكان الذي يظهر فيه النشاط الأعظم للفرع (أي أكثر أعمالها) أي المكان المندمج فيه عادةً، والمقصود من هذا النشاط الدولي أن هذا التصور ينقصه الأستقرار، إضافة الى أنه قد يحدد دولة لا تتفق مع المكان الذي ترتبط به الدولة الارتباط الأوثق، إذ لا تقوم الشركة فيه إلا بمهام تنفيذية تأتي حركتها الدافعة من مكان آخر.[3]

اما التصور الثاني:- مركز الإدارة:-

أي المكان الذي يمارس فيه التوجيه الحقيقي للمصرف أي مركز قيادتها إذ يجتمع مجلس الإدارة والمقصود اذن مركز الفرع الرئيسي وليس المركز المحدد في عقد تأسيس الشركة.

ومن الجدير بالذكر أن هذا (المعيار الذي يوجه الشخص المعنوي) منتشراً كثيراً في بلاد القانون المدني وتأخذ به أغلب دول أوربا الغربية بإستثناء هولندا وإيطاليا وسويسرا [4]

(1) **Chantal Dupaspuier and Patrik Nqsiwe . op. cit. p.89.**

(2) د.عبد الهادي حسن، الشركات دولية النشاط في العلاقات التجارية الاقتصادية الدولية، مجلة مصر المعاصرة عدد،38، 1980.

(3) الدكتور عماد الشربيني، موقف المشرع المصري في الشركات متعددة القومية، مجلة مصر المعاصرة، عدد، 38، 1980.

(4) د. فؤاد عبدالمعتصم رياض، مبادئ التعاون الدولي، بيروت،1969، ص182.

رابعا:- معيار ألاستغلال والنشاط الرئيسي:

يتلخص هذا المعيار في أن المصرف يكتسب جنسية الدولة الموجود بها مركز أستغلالها أو نشاطها الرئيسي كونه المكان الذي تتجمع فيه مصالحها الحقيقة، إذ بمقتضى هذا المعيار يكتسب المصرف جنسية الدولة التي يتمركز فيها نشاطه الرئيسي، وهو ما يقلل فرص التحايل والغش نحو القانون.

وإذا كان من المتصور أن يمارس الشخص المعنوي نشاطه في أكثر من دولة، فأن تبعيته السياسية تتحد وفقاً للمعيار السابق للانتماء الى الدولة التي يوجد فيها مركز نشاطه الرئيسي.[1]

وعليه قد يكون مركز إدارة المصرف في دولة ما، وتباشر نشاطها أو استغلالها في دولة أخرى، لذا فأنه يمنح جنسية تلك الدولة وليس جنسية مركز ادارتها الرئيسي بما أن هذا المكان يشكل المكان الذي تتجمع فيه المصالح الحقيقة للمصرف.

خامسا:- معيار الرقابة والسيطرة:-

مفاد هذا المعيار ان المصرف يكتسب جنسية الأفراد الذين يملكون رؤوس الأموال التي تحدد سياسة المصرف، ويلعبون دوراً في إتخاذ قراراتها والهيمنة عليها.

يذهب البعض الى أن معيار الرقابة قد نشأ لأول مرة في الحرب العالمية الأولى، إذ أخذ به المشرع الفرنسي أثناء الحرب العالمية الأولى عند إصداره المرسوم بتاريخ 27 سبتمبر 1914، بفرض الحراسة على أموال الأعداء، ومنع التعامل التجاري معهم، وقد أخذت به العديد من التشريعات الصادرة عن الدول المتحاربة الى أخضاع الشركات المعادية لإجراءات الحراسة والتصفية[2] ، أما البعض الآخر فيذهب الى ان القضاء الفرنسي قد أعتمد المعيار المتقدم قبل ذلك بموجب الحكم الصادر عن محكمة السين المدنية في 1884/5/26، إذ أفاد الأخير أن شركة التضامن التي يوجد مركزها في فرنسا، والتي تضم شركاء كلهم من جنسية أجنبية تعتبر شركة اجنبية " اذن فالحرب العالمية هي التي ولدت هذا المعيار الجديد". [3]

ألا أن هذا الأمر لم يثر صعوبة بالنسبة للأشخاص الطبيعيين فقد أدى الى صعوبة كبيرة بالنسبة للأشخاص المعنوية، إذ لا يخفى أن الشركة الفرنسية بحسب موطنها قد يكون الشركاء فيها أغلبيتهم من رعايا الدول المعادية، ومقتضى تمتع الشركة بكيان قانوني مستقل أن تكون لها جنسيتها لا تتأثر بجنسية الشركاء، والنتيجة الحتمية لذلك عدم إمتداد أوامر الحراسة والمصادرة الى الشركات المتوطنة في فرنسا،

(1) د. هشام علي صادق، الحماية القانونية للمال الأجنبي، الدار الجامعية، بيروت، 1981، ص177.

(2) SALAMA (A.A.): Les conflits de lois en matière de pret Internationax ،thèse ،Paris dacty. 1981. -

(3) Philippe Malaurie et Laurent AYne Laurent Aynes les suretes a publicite fonci ،. Op.cit.p. 34

وهكذا ظهرت فكرة الرقابة كمعيار لتحديد جنسية الاشخاص الأعتبارية، إذ تعد أجنبية مادامت خاضعة لرقابة الأعداء وأشرافهم وهو ما يبرر اخضاع أموالها لنظام الحراسة المعمول به في مواجهة رعايا الأعداء.[1]

ولقد أخذ القضاء الفرنسي بهذا المعيار المتمثل في الحراسة على الفروع، وذلك حال قيام الدليل المعتبر على أن مثل هذه الكيانات على الرغم من إستقلالها الظاهر، أنما ترتبط بالحقيقة ارتباطاً شديداً بالشركة الأم[2].

إلا أنه بأنتهاء الحرب العالمية الأولى عاد المركز الرئيسي في تحديد الجنسية الى نفوذه السابق كونه المعيار الأصلي الذي يعمل بصفة عامة في وقت السلم، وبذلك نجد القضاء قد أكتفى بمعيار الرقابة في المسائل المتعلقة بحالة الحروب أو المترتبة عليها كالتعويضات والحراسة والتجارة. ونرى أن معيار مركز الشركة معيار ابتدعه القضاء الفرنسي أبتداءً ثم تبناه تشريعاً مع تأييد من الفقهاء الفرنسيين فكان القضاء الفرنسي يأخذ بمعيار الرقابة ويتخلى عن معيار مركز الشركة عندما تكون الشركة قد تأسست في فرنسا غير أن مركزها قد حدد في مكان خارج فرنسا بشكل صوري أو أن الشركة فرنسية لكنها شركة وليدة أو تابعة لشركة اجنبية أو تعمل لحسابها، ومن هنا يظهر أن معيار مركز الشركة ليس له صفة الثبات، ويبنى على ذلك كما يبدو أن معيار مركز المصرف ليس له صفة الثبات، والذي يؤدي بدوره الى عدم ثبات جنسية المصرف، فالجنسية وفقا لمعيار التأسيس تعبر عن التبعية القانونية التي تربط جنسية المصرف بنظام قانوني وطني على الدوام، وهو نظام الدولة التي منحت المصرف وجودها القانوني وشخصيتها المعنوية واهليتها أما معيار مركز المصرف فهو معيار يقصد منه تعيين القانون الذي يبين مدى ما يتمتع به المصرف من حقوق وأمتيازات تبعاً لما يعتبره أجنبيا أم وطنياً. وقد نظم المشرع الفرنسي جنسية فرع الشركة الأجنبية في القانون التجاري في المادة (66-537)، إذ نصت على "الشركات التي يوجد مركز إدارتها على الأراضي الفرنسية تكون خاضعة للقانون الفرنسي" ويلاحظ بادئ الذكر أن النص أعلاه لم يذكر جنسية الشركة ولا موطنها وأوجب أنطباق القانون الفرنسي عليها شريطة تواجد مركز أدارتها على الأراضي الفرنسية تكون خاضعة للقانون الفرنسي "[3].

ومن ناحية أخرى لم يتحدث النص الفرنسي عن موطن الشركة كما ظن البعض بدليل أن الفقرة الثانية من نفس المادة تقضي بان للغير أن يتمسكوا بالمركز النظامي للشركة (أي المنصوص عليه في نظامها الأساسي) غير أن الشركة لا يجوز لها الأحتجاج به إذا كان مركز إدارتها الحقيقي يقع في مكان أخر.

(1) د. محمد كمال خماس، أصول القانون الدولي الخاص، الاسكندرية، 1990، ص162.

(2)BATTIFFOL (H.): Subjectivisme et objectivisme dans le droit international privé des contrars ،choix d'articles ،1976 ،P. 249-263.

(3) Chantal Dupaspuier and Patrik Nqsiwe . op.cit. p. 99.

ولتأييد فكرة الرقابة أو التبعية السياسية كمعيار لتحديد جنسية فرع المصرف الأجنبي يؤكد الفقهاء أنها هي الوحيدة التي تطابق الحقيقة، إذ أنها تنتج آثارها في حماية المصالح الوطنية في المعاملات الدولية الخاصة. [1]

وقد أخذ المشرع المصري بمعيار الرقابة، وذلك ابان الحرب العالمية الثانية بفرض الحراسة على اموال دول المحور، ومنها المانيا وايطاليا، وطبق هذا المعيار وقت تعرض مصر للعدوان الثلاثيني سنة 1956، على اموال الشركات المصرية التي كانت تعمل انذاك، تحت أشراف ورعاية الدول المعادية. [2]

إذ اصدر الأمر رقم (5) لسنة 1956 المتعلق بالتجارة مع رعايا الدول الأخرى، إذ أنه تم اتخاذ التدابير الخاصة بأموالهم ' وهذا ما جاء بالأمر: أن الشركات والمؤسسات والجمعيات المصرية أو الأجنبية التي يصدر وزير المالية والاقتصاد قرارا باعتبارها تعمل تحت الأشراف البريطاني أو الفرنسي أو باعتبارها تدخل فيها مصالح بريطانية أو فرنسية مهمة، وعليه يمكن أن نستخلص أن المشرع المصري لم يكتفي بأعمال الرقابة على اموال الأعداء عند تحديد جنسية الشركة، بل أمتد ذلك الى الشركة المصرية، والتي يسيطر عليها ألاعداء، اي أن الأجانب كانوا يحوزون أغلبية رأس مالها، ويتولون إداراتها، ويستقلون في امر توجيهها والأشراف عليها وذلك بقصد حماية الكيان السياسي والاقتصادي للدولة، إذ ينظر الى الاشخاص الطبيعية المتخفية خلف الشركة كشخص قانوني.

وقد نصت المادة (475) من قانون التجارة المصري المختلط على أن " شركات المساهمة التي تؤسس في مصر ذات جنسية مصرية ويجب أن يكون مركز أدارتها الرئيسي في مصر" وقد نصت المادة (53) على أنه الشركات التي يكون مركزها الرئيسي في الخارج ولها نشاط في مصر يعتبر مركز أدارتها ، بالنسبة للقانون الداخلي ، المكان الذي توجد فيه الإدارة المحلية "[3]

مما سبق ذكره وفقاً للمعايير السابقة، فقد يتم التصور أن المشرع الوطني وأن كان يستطيع تحديد القانون الواجب التطبيق على الشخص الأعتباري الأجنبي والألتجاء الى أكثر من شخص وأحد لتحديد جنسية الأشخاص الأعتبارية من المعايير السالفة الذكر للكشف عن تبعية الشخص الأعتباري الواحد للدولة، إلا أنه

(1) د. محمد كمال فهمي، اصول القانون الدولي الخاص دار الطالب، الاسكندرية، 1955، ص78-88.
(2) د. جمال الكردي ، التعديلات الجديدة على قانون الجنسية المصري في الميزان ، دار الجامعة الجديدة للنشر ، الاسكندرية ، 2005 ، ص 45 .
(3) كما أخذ المشرع اللبناني في القانون الصادر بتاريخ (1955/6/23) (مقاطعة اسرائيل)، إذ تضمن نص المادة الاولى من هذا القانون على: يحظر على كل شخص طبيعي أو معنوي أن يعقد بالذات أو بالواسطة اتفاقا مع هيئات أو اشخاص مقيمين في اسرائيل، أو منتمين اليها بجنسياتهم، أو يعملون لحسابهم أو مصلحتهم، وذلك متى كان موضوع الاتفاق صفقات تجارية أو عمليات مالية أو أي تعامل أخر أياً كان طبيعته، إذ تعد الشركات والمؤسسات الوطنية أو الأجنبية التي لها مصانع أو فروع تجميع أو توكيلات عامة في أسرائيل في حكم الهيئات أو الأشخاص المحظور التعامل معهم طبقاً للفقرة السابقة حسب ما يقرره مجلس الوزراء بقرار ينشر بالجريدة الرسمية .

لا يملك تقرير تمتع هذا الشخص بجنسية دولة أجنبية معينة، إذ أن ذلك واقف على ما يقرره مشرع الدولة الأجنبية التي لها وحدها حق تقرير من ينتمي اليها من الأشخاص الأعتبارية.

أما الأهلية فهي أما أهلية وجوب وتعني صلاحية الشخص للتمتع بالحقوق والالتزام بالواجبات، فهي بالنسبة للشركة ما تتمتع به من صلاحيات وأختصاصات وما يمكن أن تلزم به من واجبات، وأما أهلية أداء بإعتبارها صلاحية الشخص لمباشرة التصرفات القانونية، وهي بالنسبة للشركة أهليتها لمباشرة ما تتمتع به من صلاحيات وأختصاصات وما يمكن أن تلتزم به من واجبات، وأما أهلية أداء صلاحية الشخص لمباشرة التصرفات القانونية، وهي بالنسبة للشركة أهليتها لمباشرة ما تتمتع به من صلاحيات واختصاصات وأداء ما عليه من التزامات ومهما يكن معيار جنسية الشركة هل هو دولة التأسيس أو مركز الشركة أو جنسية اكثر الشركاء، فان ما يعتبر من حالة الشركة، ومنها (الأسم ونوع الشركة والشخصية المعنوية ورأس المال، وتنظيم الشركة وخاصة فيما يتعلق بتكوينها وإدارتها والتصرف المنشئ لها وكيفية انقضائها).

وكذلك أهلية أداء الشركة لا يمكن أن يخضعا الا لقانون وأحد وهو قانون الدولة التي تأسست فيها ووفقاً لقوانينها واكتسبت الشخصية المعنوية بناءً على هذا التأسيس، أي قانون البلد الذي ولدت فيه الشركة قانوناً، أما أهلية الوجوب فهو صلاحية الشخص للتمتع بالحقوق والالتزام بالواجبات، وهي بالنسبة للشركة ما تتمتع من صلاحيات واختصاصات وما يمكن أن تلتزم به من واجبات وأما أهليه أداء فهي صلاحية الشخص لمباشرة التصرفات القانونية، وهي بالنسبة للشركة ما تتمتع من صلاحيات وممارسة اختصاصات وأداء ما عليه من التزامات ومهما يكن معيار جنسية الشركة، هل هي دولة التأسيس أو مركز الشركة أو جنسية أكثر الشركاء فان ما يعتبر من حالة الشركة ومنها الاسم، ونوع الشركة، والشخصية المعنوية، ورأس المال وتنظيم الشركة وخاصة فيما يتعلق بتكوينها وإدارتها والتصرف المنشئ لها وطرق تعديل هذا التصرف وما يترتب من أثر قانوني على هذا التعديل وكيفية انقضائها)، وكذلك أهليه أداء الشركة لا يمكن أن يخضعا إلا لقانون وأحد وهو قانون الدولة التي تأسست فيها وفقاً لقوانينها وأكتسبت فيها الشخصية المعنوية بناء على هذا التأسيس، أي قانون البلد الذي ولدت فيه الشركة قانوناً أما أهليه الوجوب فهي تخضع بالنسبة للمصرف لقانون بلد التأسيس أيضا، إلا أنه بالنسبة للنشاط الذي تمارسه خارج بلدها فأن هذا النشاط قد يخضع لقوانين أخرى.[1]

ومن خلال دراسة التشريع الوطني العراقي يلاحظ أنه تأثر بالفقه والقضاء الفرنسيين عند وضع القانون المدني العراقي، بالنسبة لجنسية الشخص المعنوي (بصورة عامة)، وأن كان لم يستعمل تعبير جنسية بل أستعمل تعبير النظام القانوني بدلاً عنه لنفس الغرض، إذ جاء نص الفقرة (1) من المادة (49) من القانون

(1) يوسف عبد الهادي خليل، النظام القانوني لعقود نقل التكنولوجيا في مجال القانون الدولي الخاص، رسالة دكتوراه، كلية الحقوق-جامعة الزقازيق،2003، ص272-273.

المذكور "يسري على النظام القانوني للأشخاص المعنوية من شركات وجمعيات ومؤسسات وغيرها قانون الدولة التي يوجد فيها مركز إدارتها الرئيسي الفعلي).

ولكن القانون العراقي أخذ فيما بعد في قوانين الشركات بمعيار التأسيس، إذ نصت المادة (23) من قانون الشركات النافذ رقم (21) لسنة 1997 المعدل على ما يلي:-

"تكون الشركة المؤسسة في العراق وفق أحكام هذا القانون عراقية" وقد أخذ بهذا المعيار بالنسبة للشركات الأجنبية. إن معيار التأسيس بالنسبة للشركات الأجنبية يستخلص من مفهوم المخالفة استنادا لنص المادة (23) من قانون الشركات المشار إليه وهذا المعيار هو ما أخذت به إنكلترا والدول الانجلوامريكية ودول عربية مثل الأردن إضافة الى العراق كما بينا.

أن معيار جنسية الشركة هو بلد التأسيس أما معيار مركز الإدارة أو الرقابة الذي يستعمل لأغراض أقتصادية وقانونية معينة لا علاقة لها في الحقيقة بتعيين جنسية المصرف، تلك الجنسية التي هي واحدة ولا يجوز تعددها مع ملاحظة أن القانون الإنكليزي، يعتبر بلد التأسيس البلد الذي تكونت فيه الشركة قياساً على فكرة الموطن للشخص الطبيعي، إذ يقوم الموطن في إنكلترا مقام الجنسية في الحالة المدنية للأشخاص وذلك لغرض تعيين القانون الواجب التطبيق على الحالة المدنية.

المبحث الثاني

تطبيق مبدأ الأداء المميز على الالتزامات التعاقدية لفرع المصرف الاجنبي

أن مشكلة تنازع القوانين نادراً ما تثار في مجال العقود إذ يكون للمتعاقدين العلم المسبق بالنظام القانوني الذي يحكم تعاقداتهم، ولقد استقرت مختلف النظم القانونية على مبدأ العقد شريعة المتعاقدين في الحدود التي نشأ فيها وفق القانون ، وقد ترك القانون للأفراد حرية تنظيم عقودهم ومن ضمنها الشركات بما يكفل تحقيق مصالحهم وفقاً لمبدأ سلطان الأرادة في علاقات القانون الخاص.[1]

ونحن نؤيد الرأي الذي يذهب الى تحديد العمل بمبدأ سلطان الارادة في ميدان العلاقات الدولية والاتفاقات الخاصة ذات العنصر الأجنبي كما ان للمتعاقدين حرية بناء وانشاء عقيدتهم بخصوص العقود والقانون الذي يحكم تصرفاتهم الارادية.

ونلاحظ على هذا المبدأ انه يراعي تنوع العقود ويحدد القانون الذي يتماشى مع طبيعتها الذاتية فهو يستمد القانون المختص من العناصر الداخلية للعقد وبالذات من الأداء المميز فيه. وبذلك يراعي أيضا مبدأ الأمان القانوني وأحترام توقعات الأطراف المشروعة وبالتالي فان التعريف بهذا المبدأ ومن ثم فهم مضمونه يقضي

(1) د. ممدوح عبد الكريم حافظ ، القانون الدولي الخاص ، بغداد ، دار الحرية ، ط2 ، 1977 ،ص 44.

أولاً توضيح آلية مبدأ الأداء المميز في تحديد قانون العقد في حال غياب أختيار أرادة أطراف العقد وسيكون ذلك من خلال دراسة مضمون المنهج، ومن ثم لابد من بيان مزايا مبدأ الأداء المميز.

ويتمتع فرع المصرف الأجنبي عند ابرام العقود مع عملائهم بميزة نادرة وهي حرية أختيار القانون الواجب التطبيق على التزاماتهم التعاقدية وهي الوسيلة الأمثل لتحقيق الأمان القانوني أو أن القانون المختار ليس مفروضاً عليهم، ولكن يجب أن تكون هذه الارادة مقيدة بوجود صلة بين العقد والقانون المختار أو محل إبرام العقد أو محل التنفيذ، وقد تأتي الصلة بين العقد والقانون المختار من حاجة التجارة في المعاملات الدولية.[1]

ونلاحظ ان المشرع أختار الموطن المشترك للمتعاقدين كضابط إسناد احتياطي إذا ما تمتع كل من طرفي العقد بجنسية مشتركة، وإذا لم توجد جنسية مشتركة بين طرفين العقد انتقل المشرع بعدئذ الى العوامل ذات الصلة منها محل قيام العقد لتشخيص تمتعها بصفة أجنبية من عدمه.

ولقد أخذ المشرع العراقي معيار جنسية أطراف العقد صراحةً، وذلك بما أورده في المادة (25) من القانون المدني(2) وتعليمات تنفيذ العقود الحكومية رقم (2) لسنة 2014 ، إذ جاء بصدد تسوية المنازعات وهذا ما نصت عليه المادة (8) ثانيا "التحكيم الدولي" لجهة التعاقد أختيار التحكيم الدولي لتسوية المنازعات في حالات الضرورة وللمشاريع الاستراتيجية الكبرى وعندما يكون أحد طرفي العقد أجنبياً وهو المعيار نفسه الذي كان يعتمده المشرع في قانون الاستثمار رقم 13 لسنة 2006 قبل التعديل.

وقد نص قانون العقود الحكومية الصادر بموجب الامر رقم (87) لسنة 2004 والتعليمات الخاصة بتنفيذه رقم (8) على محل وجنسية أطراف العقد. كما ان المشرع قد أخذ صراحة بدور محل العقد في اضفاء الطابع الدولي على العقد إذ نصت المادة (294) من قانون التجارة العراقي النافذ على انه "البيع الدولي هو بيع يكون محله بضاعة منقولة أو معدة للنقل بين دولتين أو أكثر "وقد يكون العقد دوليا إذا تطرقت الصفة الأجنبية الى أحد العنصرين الأثنين وهما صفة أطراف العقد ومحل العقد، وتقابل فكرة جنسية الأطراف في القانون العراقي العناصر ذات الصلة بالعقد مثل مكان انعقاد العقد ومكان الأداء ومركز إدارة الشركة أو محل تأسيسها.

ونلاحظ من خلال نص المادة (25) من القانون المدني العراقي أنف الذكر والمواد المتفرقة على أن المشرع قد أورد قواعد إسناد مسبقة لتحديد القانون الواجب التطبيق على العلاقات العقدية.

(1) د. هشام علي صادق، الحماية القانونية للمال الأجنبي ، الدار الجامعية ، بيروت، 1981، ص26.

اما المشرع الفرنسي[1] فقد أخذ بالمعيار الاقتصادي إذ نص في قانون المرافعات الفرنسي المادة (1492) المعدلة على ما يلي "التحكيم الدولي ذلك المتعلق بمصالح التجارة الدولية".

ونحن نرى أن ثبات الصفة الدولية للعقد ينشأ حق للافراد في تحديد القانون الواجب التطبيق الامر الذي يثير اشكالية عند تحديد القانون الواجب التطبيق باعتبار ان الأختيار الصريح لأطراف العقد يمثل الإسناد الاول من معيار القانون الواجب التطبيق إذا كان الأختيار صريحا من قبل الأطراف كان ملزما للقاضي ولا يمكن تطبيق قانون اخر غير القانون الذي اختاره الأطراف الا إذا كان مخالفا للنظام العام والأداب العامه، اما في حالة سكوت الأطراف فيتم تطبيق القانون الأكثر ارتباطا بالنزاع أو العقد وذلك تحقيقا للأمان القانوني.

ولا يخلو النص المقدم من الايجابية في التسوية بين المركز القانوني للمستثمر العراقي والمستثمر الأجنبي وهو مبدأ تنظمه المادة (10) من هذا القانون".

ومن المؤكد ان حسم مسألة القانون الواجب التطبيق على العقد بين فرع المصرف الأجنبي والعميل يضمن مسيرة العلاقة بين أطراف العقد إذ يتوافر مصدر لإزالة الغموض لتحديد التزامات أطرافه والية حسم النزاع الذي يثور بين أطرافه .[2]

ان الصفة الأجنبية التي تثير تنازع القوانين حول الالتزامات العقدية يتعلق بأطراف العقد ومحله ويدعم ذلك ان المشرع اختار أداة الموطن المشترك للمتعاقدين كضابط إسناد احتياطي. إذا ما تمتع كل من طرفي العقد بجنسية مشتركة انتقلنا عندئذ الى العوامل ذات الصلة التي خص منها المشرع محل اتمام العقد لتشخيص تمتعها بصفة أجنبية من عدمه.

ونحن نرى عدم فاعلية "قاعدة الاسناد" التي نص عليها المشرع العراقي، وكذلك التشريعات المقارنة التي تناولتها الدراسة والتي تمثل بالموطن المشترك لأطراف العقد وقانون بلد الابرام في تحقيق الامان القانوني في اعتبارها ضوابط إسناد تمثل مركز ثقل العقد الامر الذي يدعو تخلي المشرع العراقي عن فكرة الإسناد المسبق وأعطاء الحرية للقاضي في التحقق من موطن المدين بالأداء المميز كونه مركز الثقل الذي يؤثر في العقد وفي حالة عدم قدرة القاضي في الكشف عن هذا الأداء يتم تحديد القانون الواجب التطبيق وفقاً لقواعد الإسناد التقليدية.

وهذا ما سنتناوله في هذا المبحث إذ سنقسم المبحث الى مطلبين نتناول في المطلب الاول مفهوم مبدأ الأداء المميز اما المطلب الثاني نتناول فيه اثر مبدأ الأداء المميز في تحديد القانون الواجب التطبيق على العمليات المصرفي.

---

(1) **Fronties, Droit Et lex mercatoria Arhvs de la droit ، paris 1964 p22.**

(2) د. عبد الهادي نجار، الشركات دولية النشاط في العلاقات الاقتصادية الدولية، مجلة مصر، المعاصرة عدد 383 -1980، ص42.

المطلب الأول
آلية العمل بمبدأ الأداء المميز

لغرض بيان الفكرة الاساسية لمبدأ الاداء المميز وآلية عمله بشكل عام، سنحاول بيان متى يكون قانون فرع المصرف الأجنبي هو الأوثق صلة بالعقد في فرعٍ أول ، وكيف يكون فرع المصرف الأجنبي القائم بالعملية هو صاحب الاداء المميز في فرع ثان.

الفرع الاول
قانون فرع المصرف الأجنبي هو الأوثق صلة بالعقد

يقوم مبدأ الأداء المميز على تحليل فئة من العقود ذات الطبيعة الواحدة وتحديد الأداء المميز فيها، إذ أن لكل عقد اداء مميز بميزة عن غيره من العقود ويعبر عن جوهره وخصوصيته، ثم يتم تحديد القانون الواجب التطبيق على كل فئة من تلك العقود المتشابهة، وذلك وفق الوزن القانوني والأهمية الواقعية للاداء الاساسي أو المميز في كل عقد أو فئة عقدية متشابهة ليكون المعيار الذي يسند اليه العقد بإعتباره المكان الذي يؤدي به العقد وظيفته الاقتصادية والاجتماعية وهو قانون مكان الاقامة المعتادة للمدين بالأداء المميز.[1]

لعل الناظر في أحدث تشريعات القانون الدولي الخاص يجد عزوفاً من جانبها عن الركون الى ضوابط جامدة أو الاعتماد على الحيلة والمجاز في تحديد القانون الواجب التطبيق على العقود بتفويض القاضي في مهمة تركيز العقد والكشف عن القانون الاوثق أتصالا بالنظر الى كل حاله على حدة وتبعا لظروف التعاقد وملابساته فالموقف الجديد لهذه التشريعات يعتمد على توزيع الإسناد وبإذ يتم رصد ضابط إسناد لكل طائفه من طوائف العقود والعمدة في تحديد هذا الضابط هو فكرة الأداء المميز وبإذ يعهد على بحكم العقد لقانون الدولة التي يوجد بها الطرف الذي يقدم الأداء الجوهري أو الفذ فيه .

وإذا كنا لم نجد تشريعا من التشريعات التي تعرف هذه النظرية قد تصدى لتعريف الأداء المميز فأن ذلك أمر منطقي فليست التعريفات من الامور الداخلة في عمل المشرع، وانما تلك هي وظيفه الفقه والقضاء.

وعديدة هي التشريعات التي تختط هذا المسلك، فهنالك القانون السويسري الذي يضع في حاله عدم وجود اتفاق صريح أو مؤكدة قاعدة ثم يصوغ – عبر فكرة الأداء المميز ففي المادة (117)/1 يصوغ المشرع

(1) د. هشام علي صادق، الحماية القانونية للمال الأجنبي، مصدر سابق ، ص26 .

مبدأ مفاده (ان العقد الذي يحكم قانون الدولة التي يرتبط بها بأوثق الروابط) فالفرض هنا ان العقد الدولي على أرتباط بأكثر من دولة، ويتأتى اختيار القانون الواجب التطبيق باختيار القانون الاكثر صله، من بين هذه القوانين، بالرابطة العقدية المعنية وبعد ذلك مباشرة، ومراعاة لمقتضيات الأمان القانوني، عول المشرع على فكرة الأداء المميز والذي يعتمد فيها على المعيار الذي يكون بمقتضاه تحديد القانون الواجب التطبيق وفي ذلك يتابع النص قوله " وتعد هذه الروابط موجوده مع الدولة التي يوجد بها محل الأقامة المعتاد للطرف الذي يجب عليه تقديم الأداء المميز أو التي يوجد فيها مقره (مقر هذا الطرف) إذا كان العقد أبرم في أطار ممارسه النشاط المهني وراح المشرع يحدد لنا في طوائف عديدة ما يعد من قبيل الأداء المميز المحدد للقانون الواجب التطبيق فيقرر مثلاً : أن الأداء المميز في عقود الضمان والكفالة وأداء مقدم الخدمة هو الأداء المميز في العقود المتعلقة بأداء الخدمات.

يتميز مبدأ الأداء المميز بعدة خصائص تميزه عن مناهج الإسناد التقليدية ومن اهم هذه المميزات:-

اولا:- يعتمد مبدأ "الأداء المميز" على دراسة طبيعة العقد من اجل الكشف عن الأداء المميز فيه والذي يتم من خلال ربط العقد بالنظام القانوني للدولة الذي يؤدي فيها هذا العقد وظيفته الاقتصادية والاجتماعية وهو قانون مكان الاقامة المعتادة للمدين بالأداء المميز وقت ابرام العقد من اجل الوصول الى القانون الاكثر ارتباطا بالعقد من خلال ذلك فلتحديد الأداء المميز في العقد الذي يبرمه فرع المصرف الأجنبي اهمية كبيرة في تحديد القانون الواجب التطبيق. إذ ان الأداء ليس وأحد في جميع العقود وهذا بدوره سيؤدي الى تعدد واختلاف القوانين الواجبة التطبيق على العقود المصرفية الأجنبية [1] ويلاحظ ان التشريعات الوطنية والاتفاقيات الدولية التي بينت مبدأ الأداء المميز لم تضع تعريفا للاداء المميز وايضا عرفه التقرير المفسر لاتفاقية روما لسنة 2008 ذلك الأداء الذي يكون مقتضاه دفع المقابل النقدي الواجب وعرفه البعض الاخر الأداء الجوهري في العقد.[2] إذ يتبين لنا أن التحديد المسبق لقانون العقد الدولي كقانون مكان الأقامة المعتادة للمدين بالأداء المميز، لا يعد بالضرورة انه محقق دائما العدالة في تحقيق القانون الاكثر ارتباطاً به فالوظيفة القانونية الأساسية لقاعدة الإسناد هي اختيار القانون الاكثر ارتباطا به بالعلاقة القانونية.[3]

(1) د. هشام خالد، محل الالتزام كضابط للأختصاص القضائي الدولي، مصدر سابق ، 114.

(2) شعبان احمد عبد العليم، دور المشروعات المصرفية في التنمية الأقتصادية، رسالة ماجستير، كلية التجارة، جامعة القاهرة، 1985، ص27 .

2- ابراهيم قادم، الشروط المقيدة في عقود نقل التكنلوجيا ودورها في تكريس التبعية التكنلوجية على المستوى الدولي، رسالة دكتوراه، كلية الحقوق، جامعة عين شمس، 2004، ص4.

(3) د. هشام خالد، محل الالتزام كضابط للأختصاص القضائي الدولي، مصدر سابق ،ص 114.

أن معيار الأداء المميز وضع اصلاً لضبط مبدأ التقرب أو الواقعية الذي يضمن تحديد القانون الأكثر أرتباطاً بالعقد ونلاحظ من أهم الاتفاقيات التي اخذت بهذا الرأي اتفاقية روما لسنة 1980 التي طبقت في فرنسا اعتبارا من 1991/4/1، وكذلك التوجيه الأوربي الامر رقم 2008/593 والمسمى روما وأحد .[1]

أن تحقيق العقد الامان القانوني واحترام توقعات الأطراف المشروعة يعد من الأهداف الاساسية لقواعد القانون الدولي الخاص التي تقوم على وضوح القاعدة القانونية وقابلية القانون للتوقع، والتوقع المشروع يعني به أن لا تصدر القاعدة القانونية بصورة مفاجئة، وبالتالي تقدم حلول شاذة لتصطدم مع النتائج التي يسعى الأطراف الى تحقيقها من وراء تصرفاتهم المشروعة ففكرة الأمان القانوني في تنازع القوانين تعني عدم مفاجئة أطراف العلاقة القانونية بالقانون الواجب التطبيق عن علاقاتهم من خلال إسنادها الى قانون ينسجم مع تطلعاتهم ومصالحهم ويحقق لهم الاستقرار في معاملاتهم القانونية إذ يقدم حلاً يتصف بالثبات والوضوح ويتفق مع توقعات الأطراف المشروعة، فهو يقوم على إسناد موضوعي يرتكز على طبيعة العلاقة التعاقدية ذاتها من اجل تفادي مشكلة التنازع المتحرك. مما يوفر الثبات والأستقرار في الحلول المطروحة لتطبق على عقود المعاملات المالية الدولية.[2]

ان الاتفاقية تلجأ الى هذا المبدأ من أجل توفير مرونة في تحديد قانون العقد وفي الوقت نفسه احترام توقعات الأطراف المشروعة وتحقيق مبدأ الأمان القانوني.

ثانيا:- الأداء المميز قاعدة إسناد حقيقية:

رغبة من المشرع الاوروبي في تعزيز فكرة الأمان القانوني وأحترام توقعات الأطراف المشروعة، فقد قام بعدة تعديلات على الحلول الواردة في نص المادة 4 من اتفاقية روما لسنة 1980 الملغية فبدأت الفقرة الاولى من المادة 4 من التوصية الأوروبية بتكريس عدة قواعد إسناد مباشرة لعدد معين من العقود الدولية حددت فيها وبشكل مسبق لقانون الواجب التطبيق على تلك العقود، ولم يترك للقاضي الحرية في البحث عن القانون الاكثر ارتباطاً بالعقد، إذ شملت الفقرة الأولى تعداد لأهم عقود التجارة الدولية وتحديد القانون الواجب التطبيق محل العقد منها ، ومن ثم نصت الفقرة الثانية من تلك المادة على انه يطبق قانون المدين بالأداء المميز على العقود التي لا تنتمي الى تلك الواردة في الفقرة الأولى من المادة الاولى .[3]

والملاحظ على نص المادة الرابعة من التوصية الأولى في إتفاقية روما أنها كرست معيار الأداء المميز من خلال وضع قاعدة إسناد مباشرة تشير الى تطبيق قانون المدين بالأداء المميز وقت العقد وعلى القاضي أن يطبق ذلك القانون مباشرةً.

---

(1) ابراهيم قادم، مصدر سابق، ص4.

(2) SALAMA (A.A.): Les conflits de lois en matière de pret Internationax ،thèse ،Paris dacty 1981 p .47.

(3)- www.international-arbitation-attorney.com.منشور على الموقع الالكتروني تأريخ الزيارة 2020/2/15

وقد تبنى القضاء الفرنسي هذا المعيار الذي بموجبه منح للقاضي بعض المرونة في تحديد القانون الواجب التطبيق من خلال إسناد العملية التعاقدية على اساس اداء الطرف المميز في العقد.[1]

ان المشرع الفرنسي قد تبنى الإسناد المرن للعملية التعاقدية الذي بموجبه منح للقاضي بعض المرونة في تحديد القانون الواجب التطبيق وذلك من خلال إسناد العملية التعاقدية على اساس اداء الطرف المميز في العقد وفي بعض الحالات يتم تحديد القانون الواجب التطبيق من خلال ظروف التعاقد وملابساته التي تشير الى الصفة المرتبطة بشكل أوثق مع أي قانون آخر وهذا المبدأ يشبه إتفاقية روما لسنة 1980 الملغية التي عدلت بموجب اللائحة التنفيذية رقم 2008/493 للبرلمان الاوروبي والمؤرخ في 17 يونيو 2008 بشأن القانون المطبق على الالتزامات التعاقدية النافذة في فرنسا. كما أن المشرع الفرنسي قد أخذ بمعيار أخر في حالة تنظيم الاختصاص القضائي وتنفيذ الأحكام الأجنبية في المجال المدني والتجاري بين دول الأتحاد الأوروبي وهو تأسيس الشركة داخل دول الأتحاد الأوروبي[2]، وبالتالي إذا كان المصرف الأجنبي الام تأسس في دولة من دول الاتحاد الاوروبي ،ويقيم على اقليم دولة تنتمي الى دول الاتحاد الاوروبي فيكون الاختصاص بنظر المنازعات المصرفية على الفرع الأجنبي الى قضاء هذه الدول من الأتحاد الأوروبي.[3]

وهذا ما نصت عليه اتفاقية بروكسل في 27/سبتمبر/1968، المتعلقة بالاختصاص القضائي وتنفيذا للأحكام الصادرة في المجال المدني والتجاري كترجمه لهذا التعاون، وتطبق نصوص هذه الاتفاقية بالأولوية على كل القواعد الوطنية التي تحدد الاختصاص القضائي الدولي في الدول الاعضاء بل بالأولوية على نصوص الاتفاقيات الثنائية المبرمة بين دول الاتحاد الاوروبي.[4] ففي حالة إذا كان فرع المصرف الأجنبي لا يحمل جنسية دولة الاتحاد الأوروبي ولا يقيم فيها ففي هذه الحالة لا تطبق عليه نصوص الاتفاقية ويخضع لقواعد الاختصاص القضائي.

يبرر بعض الفقهاء[5] هذا الموقف بأن عقود العمليات المصرفية تمثل العقود الأكثر شيوعاً في الحياة العملية، لذا يجب أن تخصص لها قواعد مادية موضوعية تتجنب اللجوء الى القانون الواجب التطبيق لتحديد مكان التنفيذ.[6]

---

(1) SALAMA (A.A.): op.cit. p.50.

(2) Giorio Bar Navaraatti and Anthony.gVenabls Multinational firms in the world Economy ،New grsey Princeton university press، 2004 .p.45.

(3) van Hecke confiscation expropriation and the conflict of law

(4) Foustoucos (a)، l,arbitrage interne et international ، droit prive hellennique ، paris litec ، 1976.p.17.

(5) د. ممدوح عبد الكريم حافظ، القانون الدولي الخاص، بغداد، دار الحرية، ط2، 1977، ص44.

(6) د. عماد الشربيني، موقف المشرع المصري في المشروعات المتعددة القومية، مجلة مصر المعاصرة، عدد1980،380، ص134.

إلا أن رأياً آخر[1] ينتقد موقف تنظيم بروكسل إذ ان كانت عقود البيع وأداء الخدمات تمثل العقود الأكثر شيوعاً في الحياة العملية، إلا أن المشكلة تبقى بالنسبة للعقود الأخرى التي يتم فيها تحديد الاختصاص القضائي طبقاً لضابط الالتزام الذي حصل الأخلال به، ولا يخفى ما لهذا الضابط من آثار سلبية في تحديد الاختصاص القضائي الدولي.

ونحن من جانبنا نؤيد هذا الرأي الاول في تبريره لموقف تنظيم بروكسل، لأن التوجه نحو القواعد المادية في الاختصاص القضائي قد يكون صعباً بالنسبة لجميع العقود الدولية غير المحصورة بعدد معين من العقود، وهذا ما كان صعباً بالفعل حتى بالنسبة الى العقود المحددة (البيع واداء الخدمات)، إذ رأينا كيف كانت الصعوبات التي أكتفت بتوجه تنظيم بروكسل ومحكمة العدل الاوروبية بالأكتفاء باحكام العقد، ما دعا الأخيرة الى الخروج عليها في بعض الأحيان عندما لا يتم الكشف عن مكان تنفيذ الأداء المميز من بنود العقد.

الفرع الثاني

فرع المصرف الأجنبي القائم بالعملية هو صاحب الأداء المميز

أن تحديد المقصود بالأداء المميز في التصرفات القانونية أمر لا يمكن أن تضع له تعريفاً جامعاً مانعاً أو أن نصوغ له قاعدة تجمع سماته لا يمكن ذلك، وأنما الأمر يعتمد على تحليل للعقود أو طوائف العقود للوقوف على الأداء المعتبر فيها أداء مميزاً ثم نبحث عن صاحب هذا الأداء، وهذا الحل لمسه القضاء في مناسبات عديدة وأخذت به صراحةً الكثير من التشريعات الحديثة كالسويسري والألماني وأخذت به أتفاقيه روما الخاصة الخاصة بالعقود الدولية لسنة 1980 الملغية بموجب لائحة روما الاولى لعام 2008.

هذا وقد أكدنا أن العملية المصرفية تتأثر بالواقع الاقتصادي الذي تتم فيه وينطبع على محياها التنظيم الأمر الاقتصادي والنقدي الذي تفرضه السلطات العامة في الدولة، وعلى ذلك فأن العملية المصرفية تتأثر بهذا الوسط، ففي هذا المكان يوجد الطرف الأساسي في العملية والذي يقع على عاتقه القيام بهذا الأداء المميز بحكم الوظيفة التي يقوم بها والمهنة التي يحترفها، وفي عبارة أخرى يجب التعويل على المهنة التي يقوم المصرف بوصفه عنصراً حاسماً في البحث عن الأداء المميز في العملية، وفوق ذلك أنه قد يحدث أن تتم العمليات المصرفية بين المصارف وفي هذه الحالة يتعين على الباحث أن يقوم بعملية تحليلية لموضوع

(1) د. عبد الهادي نجار، الشركات دولية النشاط في العلاقات الاقتصادية الدولية ، مجلة مصر ، المعاصرة عدد 383 -1980، ص42.

العقد حتى يمكنه الوقوف على الطرف الذي يقع على عاتقه القيام بهذا الأداء المميز هاتان المسألتان تستحقان أن نبسط لكل منهما معالجه خاصة. [1]

لذا نحاول بيان أن فرع المصرف هو صاحب الأداء المميز بالنظر الى المهنة التي يقوم بها:

لاشك أن تطبيق قانون فرع المصرف الأجنبي يستند كون فرع المصرف هو الطرف الرئيسي في العملية، هو صاحب الأداء المميز فيها بحكم وضعه المهني الذي يمارسه محترفاً في مواجهة أعداد من البشر لا تدخل تحت حصر، بعبارة أخرى أن جوهريه الأداء وتميزه تتأتى من النظر الى مهنه أحد طرفي العلاقة، نحن بصدد طرفين أحدهما عميل عادي شأنه شأن غيره من الناس الذين يدخلون في معاملات يوميه مع فرع المصرف دون حصر، والطرف الأخر هو المصرف بما له وضع وما يشغله من مركز في الأقتصاد الوطني في الدولة التي يمارس فيها نشاطه .[2]

مقتضى ذلك أن الأداء المميز يستقر بوضوح وجزم من خلال النشاط الذي يمارسه أحد طرفي العملية ففرع المصرف هو الطرف الرئيسي في العملية المصرفية والمهنة التي يمارسها ويحترف القيام بها من شأنه أن تضفي طابعا خاصا على العملية بإن يمكن القول بان فرع المصرف الأجنبي يستغرق جوهر العقد، فتنظيم العمل المصرفي لا يتم بعيداً عن الواقع الأقتصادي السائد فيها، ومن هنا فأن العملية المصرفية التي يتم أبرامها في دوله المصرف لا يمكنها أن تتحرر من تأثير طبيعة المهنة المصرفية عليها، فلا شبهة في أن قانون المصرف له جاذبيه خاصة يمارسها بقوة على العمليات المصرفية.

الى جانب ما تقدم فان أوصاف العملية المصرفية ومبالغ الأعتماد ومدتها هي مسائل يضطلع المصرف بحكم وظيفته بتحديدها على ضوء القواعد القانونية السائدة في الدولة التي يعمل فيها والأوضاع الاقتصادية بها فلا يجب أن نغفل ابدا أن العملية المصرفية التي يجريها فرع المصرف لا تنفصل عن الواقع الاقتصادي والنقدي في الدولة التي يعمل فيها المصرف.

وفي هذه الحالة يمكن صياغة المبدأ ببساطه على النحو الأتي: في العمليات المصرفية يكون الأداء المميز من إذ المبدأ هو الأداء المقدم من المصرف المنفذ لها ويقصد بهذا القانون قانون المصرف الذي ينجز العملية أياً كان المصرف الأساسي أو الفرع للمصرف الأجنبي الأم، في هذه الحالة يجب التحري وبدقة عن المصرف صاحب الأداء المميز والجوهري وفي هذه الحالة تخضع للتحري القائم على النظر على كل مسألة على حدة.[3]

(1) د.عصام مصطفى بسيم ، الجوانب القانونية للمشروعات الدولية المشتركة في الدول الاخذ في النمو، مصدر سابق، ص28.

(2) د. محمد كمال فهمي، اصول القانون الدولي الخاص، بغداد، دار الحرية، ط2، 1977، ص 20.

(3) د. حميد الجميلي، اليات الهيمنة والاحتكار الجديدة – بحث في ندوة بيت الحكمة من أجل عالم عادل وتقدم دائم، بغداد، 2001، ص64.

المبدأ أذن في هذا الخصوص يعني ببساطه أنه في أطار العلاقات العقدية بصفة عامة بين طرف عادي من أحاد الناس وطرف أخر يقوم بتنفيذ العقد بمقتضى المهنة التي يمارسها ويحترف القيام بها، يكون صاحب الأداء المميز ومن غير شك الطرف صاحب المهنة ومحترف ممارستها هذا المبدأ ينطبق على الطبيب المعالج المرضى من دول مختلفة ومقاول النقل الذي ينقل عملاء له من جنسيات متعددة وشركة التأمين التي تقوم بالتأمين على العديد من المؤمن عليهم المنتمين بجنسياتهم لدول متعددة أو المقيمين على أكثر من أقليم ودار النشر التي تطبع وتنشر لعديد من المؤلفين الذين ينتمون لجنسيات مختلفة وغير ذلك فمن اللازم أفساح الطريق امام قانون صاحب المهنة وعلى قانون العميل أن يتراجع امام الاول بوصفه قانون الطرف الجوهري في العملية المصرفية.

الاتجاه الحديث في القانون الدولي الخاص والوارد في الاتفاقيات الدولية ادناه ، يكاد يستقر على عقد الاختصاص لقانون المصرف لحكم العمليات المصرفية الدولية ، ففي كل مرة يتخلف فيها الأختيار الصريح أو المؤكد للقانون الواجب التطبيق على العقد يذهب الاتجاه الراجح الى تطبيق قانون الدولة التي يتوطن فيها الطرف الذي يقوم بالأداء المميز في العقد ذي الطبيعة الدولية ، وهذا ما تقضي به المادة الثالثة من أتفاقيه لاهاي في 15 يونيو 1955 الخاصة بالبيوع الدولية للمنقولات المادية من حكم مفاده "إذا لم يتفق الأطراف على اختيار القانون الواجب التطبيق فأن البيع يحكمه من إذ المبدأ قانون الدولة التي يوجد بها محل الاقامة المعتادة للبائع" وجريان المقاسة بين الأمرين (البيع الدولي والعمليات المصرفية الدولية)، يعني أن كل من المصرف والبائع كلاهما يقدم في العملية المصرفية التي يقوم بها الأداء المميز ومن ثم يكون الحكم واحدا خضوع كل من البيع والعملية المصرفية لقانون محل الاقامة المعتادة لمن يقدم الأداء الجوهري.[1]

وعين الحل نجده مكرساً في أتفاقية روما المبرمة في 19 يونيو 1980 الملغية والخاصة بالقانون الواجب التطبيق على الالتزامات التعاقدية [2]. فإذا لم يختر الأفراد صراحةً أو بصورة مؤكدة القانون الواجب التطبيق على عقدهم فان القانون الذي ينطبق وفقا لهذه الاتفاقية اعلاه هو القانون الدولة التي ترتبط بالعقد الروابط الأكثر صلة وقد جاءت الفقرة الثانية من المادة الرابعة لتضع لنا قرينة مفادها أن أوثق القوانين صلةً بالعقد تتحقق في الدولة التي يوجد بها وقت ابرام العقد محل الاقامة العادية للطرف الذي يلتزم بالأداء المميز في العملية وتتابع في الفقرة الثانية من المادة الرابعة قولها ومع ذلك فان العقد إذا كان داخلا في ممارسة النشاط المهني لهذا الطرف فان هذه الدولة التي على اتصال بالعقد بمقتضى الروابط الاكثر شدة تكون هي

(1) د. محمود الكيلاني ، عقود التجارة الدولية ونقل التكنلوجيا، رسالة دكتوراه، جامعة القاهرة 1988، ص62.
(2) د. محمد كمال فهمي، اصول القانون الدولي الخاص، بغداد، دار الحرية، ط2، 1977، ص 16.

تلك التي يوجد فيها مقر المنشآة الاساسية وإذا كان الأداء المميز واجبا تقديمه بمقتضى العقد من مؤسسه أخرى (غير المصرف الأم) فأن الدولة المعنية هي التي يوجد فيها الفرع .[1]

فإذا أخذنا في الحسبان هذه القواعد التي قننتها الأتفاقية بشأن الالتزامات التعاقدية بصفة عامة، واردنا ان نجري حكمها على العمليات المصرفية الدولية لأمكن لنا أن نرصد الحلول الأتية:-

1- لا شبهة لدينا في أن الطرف الذي يضطلع بالأداء المميز في العمليات المصرفية الدولية وهو المصرف، ومن الصعب أن تلحق هذه الصفة اداءات العميل وفي أطار العلاقات بين المصارف يجب على الباحث أن يستعين بموضوع العملية للوقوف على من الذي يأخذ مركز مقدم الأداء المميز في المصرفين ومن ذا الذي يظهر بمظهر العميل، على أن الامر لا يمضي هكذا في يسر وسهولة، وانما يعوزه التحليل الخاص بكل عملية.[2]

2- إذا قام بالعملية المصرفية الدولية فرع المصرف الأجنبي أو كيان تابع للفرع من الكيانات القانونية المستقلة (مكتب تمثيل) فأن القانون الواجب التطبيق على هذه العملية هو قانون الدولة التي يوجد فيها مقر هولاء.

3- موضوع العملية المصرفية وكيفية تحديد الطرف صاحب الأداء المميز :-

المبدأ في هذا الشأن ببساطة ينحصر موضوع العملية المصرفية الدولية المقدم من المصرف سواءً كان شيئاً أم خدمة يعد من غير شك هو الأداء الجوهري أو المميز للعملية إذا قورن بالأداء المقدم من العميل ولذا يجمع الفقهاء على تطبيق قانون فرع المصرف الأجنبي يدعمه بالدرجة الأولى كون الأداء المقدم من فرع المصرف هو الأداء المميز في العملية محل التعاقد.[3]

هذا هو المبدأ الغالب على أن ما نقول به ههنا ليس صياغة عامة مجردة وأنما استخلاص قائم على التحليل بحسب الغالب من الأحوال. وإذا كان ذلك هو الحال، فان من المتصور في عملية مصرفية ذات طبيعة دولية أن يكون الأداء المميز مقدما من العميل لا من فرع المصرف الأجنبي وعندئذ يكون قانون العميل هو الواجب التطبيق، متى لم يتفق على قانون أخر صراحة بحسبان أهمية الأداء المقدم من العميل بالنظر الى موضوع التزامه ومثال على ذلك عقد الكفالة المصرفية الذي يبرم بين عميل ومصرف معين لضمان تنفيذ احدى العمليات المصرفية الدولية ويكون المصرف وليس العميل هو المستفيد من الكفالة (المكفول) لا شبهة أن قانون الضامن وهو العميل بوصفه صاحب الأداء المميز هو الواجب التطبيق الا إذا اتفق الأطراف بصراحة على تطبيق قانون فرع المصرف الأجنبي.

---

(1) د. ابراهيم شحاته، المصرف الدولي والعالم العربي، منشورات دار الهلال ،الطبعة الاولى، القاهرة، 1990، ص474.

(2) د. حسام عيسى، الشركات متعددة القوميات، كتاب مجلة العلوم القانونية والاقتصادية، العددان الاول والثاني، القاهرة، 1976، ص14.

(3) د. حميد الجميلي، اليات الهيمنة والاحتكار الجديدة – مصدر سبق ذكره، ص64.

وبالنظر الى موضوع العملية المصرفي بوصفه شاهداً على أن فرع المصرف الأجنبي هو الطرف الذي يقوم بالعمل المميز أو الأداء الجوهري، ولكن يصعب الموضوع إذا تمت العملية المصرفية بين مصرفين، فمن البديهي أن صفة الباحث في هذه الحالة لا تسعف الباحث ذلك أن طرفين العملية المصرفية صفة واحدة، فكلاهما مصرف عند ذلك يجب النظر الى موضوع العملية المصرفية للوقوف على صاحب الأداء المميز، فالغالب أن تسفر عملية التحليل على أن يأخذ أحد المصرفين وضع العميل الأخر وضع المصرف المقدم للأداء المميز نحن هنا لا نضع مبدأ عاما وأنما نرصد حكماً غالباً قد تكذبه شواهد أخرى، والحال كذلك فالأمر يتوقف على البحث والنظر في كل مسألة على حدة خاصة خصوصا وأن تنفيذ العملية المصرفية الواحدة قد يتدخل فيه أكثر من مصرف وننتقل من هذا العموم الى الخصوص المتعلق بالعمليات المصرفية الدولية (ذات العنصر الأجنبي)-:[1]

اولهما: أن المصرف يتصرف في العمليات المصرفية بوصفه الطرف الذي يقوم بتقديم الأموال أو [2] الخدمات أو الأئتمان للعملاء الذين يطلبون منه الخدمة المصرفية[3] معناها الواسع فهو تبادل عمله بأخرى ويقرض مالا ويشتري ويبيع منقولا وينفذ أعتمادا مستنديا ويفتح حسابا ويحصل للعميل قيمة أوراق تجارية وغير ذلك من العمليات المختلفة وفي كل مرة يدخل فيها في علاقة من هذه العلاقات مع أحد العملاء فأن قانون المصرف يبدو هو أكثر القوانين تأهيلا لحكم هذه العلاقة بحسبان أنه قانون الدولة التي يوجد الطرف المقدم للأداء المميز في العملية وهو قانون دولة المصرف التي يوجد بها الطرف المقدم للأداء المميز في العملية وهو أداء جوهري أو مركز الثقل في العلاقة وهذه الأوصاف يكشف القائم عنها كون القائم بها أو مقدمها أنما يمارسها ويحترف العمل المصرفي وبعبارة أخرى فان الأداء المميز يتم الوقوف عليه من واقع الوظيفة أو المهنة التي يحترفها مقدم هذا الأداء ومن جانب أخر إذا تمت العملية المصرفية بين مصرفين فأن القانون الواجب التطبيق يتم الوقوف عليه من واقع الوظيفة أو المهنة التي يحترفها مقدم الأداء إذا تمت العملية المصرفية بين مصرفين فان القانون الذي يجب تطبيقه هو قانون دولة المصرف صاحب الأداء المميز بالنظر الى موضوع العقد أو العملية المصرفية فالقرض من مصرف الى مصرف أخر يحكمه قانون المصرف المقرض وبيع القيم المنقولة يحكمه قانون المصرف المقرض وبيع القيم المنقولة يحكمه قانون المصرف القائم بالبيع.

ثانيهما:- أن تطبيق قانون المصرف صاحب الأداء المميز بالنظر الى موضوع العملية المصرفية أو مهن مقدم العمل ذاتها أمر يستجيب أو يستوعب معايير أخرى قال بها الفقه والقضاء في كثير من الدول ومازال

(1) د. ابراهيم شحاته، المصرف الدولي والعالم العربي، منشورات دار الهلال، الطبعة الاولى، القاهرة، 1990، ص474.
(2) د. حميد الجميلي، اليات الهيمنة والاحتكار الجديدة، المصدر السابق، ص64.
(3) د. ابراهيم شحاته، المصرف الدولي والعالم العربي، المصدر السابق، ص475.

يرددها من ضرورة " تركيز " العلاقة في مكان معين وتطبيق قانون المكان الذي يتم فيه هذا التركيز أو تطبيق قانون الدولة التي يربطها بالعقد رباط وثيق وغير ذلك من المعايير المختلفة التي قبل بها والتي لا تخرج في معناها ضرورة وجود رابطه قويه ومتينه – توصف بأنها معبرة أو وثيقه بين الدولة والعقد وهي الرابطة التي يكشف عنها الأداء المميز.

اما بالنسبة لبعض العمليات المصرفية التي تقوم بها المصارف على أساس الارادة المنفردة كما هو الحال في الاعتمادات المستندية وبخاصة التزام المصرف في مواجهة البائع المستفيد ومن المعلوم أن التزام بالارادة المنفردة في القانون المدني العراقي مصدرا من مصادر الالتزام ولكن لايزال مصدرا ضيقا كمصدر للالتزام في المواد التجارية، ولكن هذا لا يمنع من الاعتداد به متى جرى العرف على ذلك.[1]

ونحن نرى انه لا يعد تدخل المشرع في شؤون فروع المصارف الأجنبية مناقضاً لمبدأ حريتها في ممارسة الاعمال المصرفية لأن هذا التدخل يحمي فروع المصارف الأجنبية من المخاطرة على نحو لا يفسح المجال للعبث والفوضى في مجال الاقتصاد الوطني، ولا يؤدي الى زعزعة الثقة والاستقرار في الاقتصاد الوطني والائتمان المصرفي بما ينعكس على الاقتصاد الوطني بوجه ايجابي.

ان المشرع العراقي قد اورد قواعد إسناد مسبقه لتحديد القانون الواجب التطبيق على العلاقات العقدية وقد يظهر التساؤل في مدى طبيعة القواعد التي أوردها في التطبيقات التجارية الدولية الحديثة. إذ نلاحظ عدم فاعلية قواعد الإسناد المسبقة لعملية التعاقد في التعاقدات المصرفية الأجنبية ومثالا على ذلك فمن الممكن لفرع المصرف الأجنبي أن يغير جنسيته عن طريق تغيير مركز أدارته الرئيس إذ يتبين لنا استناد المشرع العراقي وكذلك التشريعات المقارنة التي تناولتها الدراسة على معايير تقليدية في تحديد القانون الواجب التطبيق لا تلائم الواقع العملي خصوصا في النزاعات المصرفية . والمتمثلة بالموطن المشترك لأطراف العقد وقانون بلد الابرام في تحقيق الامان القانون أو في اعتبارها ضوابط إسناد تمثل مركز ثقل العقد الامر الذي يدعو الى تخلي المشرع العراقي عن فكرة الإسناد المسبق واعطاء بعض الحرية للقاضي بالبحث عن موطن المدين بالأداء المميز كون القانون الذي يؤثر فيه العقد ووظيفته الأساسية في حالة عدم قدرة القاضي عن الكشف عن هذا الأداء فيتم تحديد القانون الواجب التطبيق طبقا لقواعد الإسناد التقليدية.

وقد اعطى المشرع العراقي الاختصاص للمحاكم الوطنية النظر في الدعاوى التي ترفع على الأجنبي الموجود في الاقليم العراقي، ولم يشترط توطن المدعى عليه الأجنبي في العراق لانعقاد الاختصاص القضائي الدولي للمحاكم العراقية، وانما بمجرد الوجود العرضي المادي في العراق، وهذا من باب اولى ان يعقد الاختصاص للمحاكم العراقية إذا كان له موطن أو محل اقامة فيه .

(1) د. هشام خالد، توطن المدعي عليه كضابط للأختصاص القضائي الدولي للمحاكم العربية، دراسة فقهية قضائية مقارنة، منشأة المعارف، الاسكندرية، 2003،ص 397.

ويعد ضابط موطن المدعى عليه من الضوابط العامة في تحديد الاختصاص القضائي الدولي، إذ لا يقتصر على نوع معين من المنازعات، إذ يشمل جميع دعاوى الاحوال الشخصية والاحوال المالية، وبهذا فانه يتداخل مع تطبيق فكرة الأداء المميز إذ يشمل تحديد الاختصاص في المجال الذي تنطبق عليه الفكرة وهو (المجال العقدي)، فكيف يمكن ان يفض هذا التداخل؟ أيمكن نقل الحل نفسه الذي في تنظيم بروكسل بان نجعل الخيار للمدعي في الأختيار بين محكمة محل الأداء المميز ومحل موطن المدعى عليه؟ ام ان طبيعة قواعد الاختصاص في القانون العراقي تمنع من ذلك؟. قبل الاجابة عن هذا التساؤل لابد من بيان مجموعة من الحقائق الاتية:

1. بعد دراسة ضوابط الإسناد العامة في تحديد الاختصاص القضائي الدولي للمحاكم العراقية يتضح ان تطبيق فكرة الأداء المميز بشكل مباشر، تأتي تفسيرا لضابط مكان التنفيذ الخاص بالعقود الدولية، كون هذا الضابط فيه من العمومية في الصياغة ما يتسع لتطبيق الفكرة في نفس المجال.
2. يعد ضابط مكان التنفيذ في القانون العراقي ضابطا احتياطيا، يتم اللجوء اليه إذا لم يتحقق أحد الضوابط العامة في تحديد الاختصاص القضائي الدولي التي تكفي لتأسيس الاختصاص ايا كان موضوع الدعوى.
3. الاختصاص الاختياري (البديل) كما هو معروف في تنظيم بروكسل يعني تحقيق اختصاص اكثر من محكمة مختصة في نظر النزاع، احداهما استنادا الى الضابط العام (موطن المدعى عليه)، والاخرى مختصة استنادا الى الضابط الخاص المتمثل بفكرة الأداء المميز، وكل من هاتين المحكمتين تابعة لسيادة دولة مختلفة، وليس لمحاكم دولة واحدة.

في ظل هذه الحقائق نستطيع الاجابة عن السؤال اعلاه انه لا يمكن ان تكون محكمة محل تنفيذ الأداء المميز المختصة بموجب احكام القانون العراقي ان تمثل اختصاصا اختياريا للمدعي عن المحكمة المختصة بموجب ضابط موطن المدعى عليه، لانه القول بخلاف ذلك يعني ان المشرع العراقي سوف يوفر اختصاص اكثر من محكمة في المنازعة نفسها، احداهما للمحكمة العراقية والاختصاص الاخر للمحكمة الاجنبية، وهذا ما لا يملكه المشرع العراقي وعموما كل مشرع وطني، لسبب بسيط هو ان قواعد الاختصاص القضائي الدولي في القانون العراقي تعد قواعد أحادية الجانب، فما دام انه لا توجد جهة دولية تملك توزيع الاختصاص بالمنازعات ذات الطابع الدولي على محاكم دول معينة. فان كل دولة تحدد اختصاص محاكمها بالمنازعات المرتبطة بها، وهي من باب اولى لا تملك تحديد اختصاص المحاكم الأجنبية ويترتب على ذلك أحد امرين:

اما الأول تقرير الأختصاص لمحاكم الدولة بنظر المنازعة ، واما الثاني تقرير عدم اختصاص محاكمها بنظرها، دون ان يتخطى ذلك الى تقرير اختصاص محاكم دولة اجنبية، إذ ان الدولة لا تملك ان تلزم السلطة القضائية في دولة اجنبية بنظر منازعة معينة.

نستنتج مما سبق ان فكرة الأداء المميز في القانون العراقي تعد ضابطاً احتياطياً، إذ يتم اللجوء اليها عند عدم توافر ضابط موطن المدعى عليه، أو على نطاق أوسع (وجود المدعى عليه الأجنبي في العراق)، إذ لا يمكن للمشرع العراقي تخيير المدعي في رفع دعواه أمام أكثر من محكمة، لأن سلطته تقف عند حدود محاكمه فقط.

المطلب الثاني
أثر مبدأ الاداء المميز في تحديد القانون الواجب التطبيق على العمليات المصرفية

أن العمليات المصرفية هي في غالبيتها عقود أضفى عليها العرف والعمل المصرفي خصائص ذاتية جعلها تعمل في نطاق المصارف وفق آليات محددة وعلى مقتضى سياقات قانونية موحدة بوصفها عقودا في جانبها الأعظم تطرح على بساط البحث مسألة تعيين القانون الواجب التطبيق عليها متى كانت لها صفة الدولية .

والواقع أنه لا مشكلة إذا أختار أطراف العملية المصرفية صراحة قانونا للأنطباق وتوافرت صلة بين هذا القانون والعقد بالمعنى الذي اوضحنا ملامحه، على ان الصعوبة تكمن في الفرض الذي تنتفي فيه الأرادة المعلنه اي عملية الأختيار الصريح والذي نود التركيز عليه من مبدأ الامر هو أن الاتجاه السائد في الفقه يميل نحو تطبيق قانون المصرف والمقصود به هنا فرع المصرف الأجنبي القائم بالعملية وهو اتجاه له في القضاء تطبيقات عديدة وإذا كان ذلك هو الحل المعتمد في الفقه وعند غالبية احكام القضاء المقارن فهل يمكن عبر قانون الارادة تكريس هذا الحل ؟.

من ناحية أخرى لما كانت غالبية العمليات المصرفية ليست مجرد عقود عادية يقتصر أثرها على العلاقات بين اطرافها وأنما هي عمليات لها وظيفة اقتصادية ومالية غاية في الأهمية فانها تحظى بتنظيم أمر في كل دولة بما يجعل من القواعد الحاكمة لها صفة قوانين البوليس أو التطبيق المباشر والضروري وهذا التنظيم يتعايش مع منهجية التنازع ويتحقق الانسجام بين المنهجين ان اخضعا العمليات المصرفية لقانون واحد، ولاشك أن قانون المصرف هو الأكثر تأهيلا وملائمة لحكم هذه العمليات .

شبهة لدينا في أن الطرف الذي يضطلع بالأداء المميز في العمليات المصرفية الدولية وهو المصرف ومن الصعب أن تلحق هذه الصفة اداءات العميل وفي أطار العلاقات بين المصارف لذا يجب علينا أن نستعين بموضوع العملية للوقوف على من الذي يأخذ مركز مقدم الأداء المميز في المصرفين ومن ذا الذي يظهر بمظهر العميل، على أن الامر لا يمضي هكذا في يسر وسهولة، وانما يعوزه التحليل الخاص بكل عمليه.

إذا قام بالعملية المصرفية الدولية فرع المصرف الأجنبي أو كيان تابع للفرع من الكيانات القانونية المستقلة (مكتب تمثيل) فأن القانون الواجب التطبيق على هذه العملية هو قانون الدولة التي يوجد فيها مقر هولاء.

وفي ضوء ذلك سوف نقسم هذا المطلب الى فرعين نتناول في الفرع الأول، تطبيق قانون فرع المصرف الأجنبي بوصفه قاعدة إسناد أحتياطية مكملة لقانون الارادة المختارة صراحةً أو ضمناً، اما الفرع الثاني سيكون لطرح أهم القواعد الموضوعية التي تطبق على فرع المصرف الأجنبي.

الفرع الأول

تطبيق قانون المصرف بوصفه قاعدة إسناد أحتياطية

بدلا من الأستغراق في البحث عن الارادة الضمنية للأطراف وبدلاً من الجري وراء استنطاق العبارات والانحراف بها عن مقصودها حينا أو تحميلها أكثر مما تحتمل احياناً، وبدلاً من اللجوء الى الحيل القانونية وفي مقدمتها تفويض القاضي في خلق قاعدة ألإسناد الواجبة الاعمال تحت ستار الكشف عن الارادة الضمنية للأطراف، وبدلاً من بذل الجهد الجهيد لأقامة الحد الفاصل بين الأرادة المفترضة والارادة الضمنية عند من يعرف ذلك من التشريعات، وبدلاً من ذلك نرى أنه من الأفضل والأنسب من الوجهتين القانونية والواقعية إذا لم يتفق الأطراف صراحةً أو على نحو أكيد على تطبيق قانون معين ليحكم تصرفاتهم المصرفية ذات الطبيعة الدولية [1] ، فأن هناك من حيث المبدأ قاعدة إسناد تقضي بتطبيق قانون فرع المصرف الأجنبي على العمليات التي تجريها هذه المؤسسة المصرفية، ويجب أن يتم تحديد القانون الواجب التطبيق في ضوء النظر الى حقائق واقعية واعتبارات موضوعية وأقتصادية وقانونية ، وليس بالنظر الى قرائن يقوم الجمع بينهما على التخمين والظن والاحتمال أكثر مما يقوم على الحقيقة والواقع بين طبيعة العملية المصرفية ذاتها ووظيفتها الاقتصادية والأجتماعية، والحال كذلك في العراق فأن كل عملية مصرفية تتم في العراق من قبل فرع مصرف أجنبي فانها تخضع كمبدأ عام للقانون العراقي وقاعدة الإسناد المصاغة على هذا النوع

(1) محمد عبدة اسماعيل ، الشركات متعددة الجنسيات ومستقبلها في الدول النامية مع الاشارة الى مصر ، رسالة دكتوراه ، كلية الحقوق ، جامعة عين شمس ، 1986 ، ص 74 .

اشترك في صنع مكوناتها جملة من الأعتبارات القانونية والأقتصادية والواقعية والفنية تكاتفت جميعاً لتجعل من قانون فرع المصرف الأجنبي أكثر القوانين أتصالاً بهذه العمليات ومن أهم العوامل التي ساهمت في هذه الصياغة -:[1]

1- قانون فرع المصرف الأجنبي هو الأكثر القوانين ملائمة:-

مما لاشك فيه أن من بين الأعتبارات التي تدعو الى تطبيق قانون فرع المصرف الأجنبي على العملية المصرفية كون هذا القانون هو الأكثر ملائمه لحكمها أكثر القوانين ملائمة لها من زاوية محددة، أننا لو طبقنا قانون المصرف فأن هذا التطبيق يكون داخلاً في أطار توقعات الطرف الأخر من غير شك على عكس الحال فيما لو قلنا بإخضاع المصرف لقانون أخر مختلف، والحال كذلك فأن أخضاع المتعاقد مع المصرف لقانون هذا الأخير يكون أقل وطأة وأخف أثراً عما لو قلنا بإخضاع المصرف لقانون دولة العميل[2]

بعبارة أخرى فان تطبيق قانون المصرف يبدو أقل أزعاجاً بالنسبة لأطراف العملية المصرفية فيما لو تم تطبيق قانون آخر، قانون العميل مع فرع المصرف أو أي قانون أخر يكون على أتصال بالعملية المصرفية ذات الطبيعة الدولية.[3]

والذي نلفت النظر إليه تعليقاً على هذا المبدأ أن تطبيق قانون المصرف بوصفه الأكثر أنطباقاً والأقل ازعاجاً أمر لا يعني أنه القانون الذي يوفر حماية أكثر ورعاية أكبر لمصلحة فرع المصرف الأجنبي، فتطبيق قانون المصرف يتم بصرف النظر عن درجة الحماية التي يحققها للمصرف، بل أنه قد يحقق مصلحة أكبر للعميل، كما أنه لا يجب النظر أبداً الى المصرف على أنه الطرف القوي والعميل هو الطرف الضعيف ، فهناك من العملاء على المستوى الدولي ، من يتمتعون بمراكز مالية قوية جدا وبإن لا يقل مركز العميل أن لم يزد عن مركز المصرف ذاته دون أن يغير ذلك من كون قانون المصرف هو القانون المناسب والملائم لحكم العملية المصرفية .[4]

2- الواقع من الأمر أن العمليات المصرفية التي يجريها فرع مصرف أجنبي في العراق تتأثر بالواقع الأقتصادي والمالي فيها فالمصارف تتأثر بوظيفة هامة في الأقتصاد الوطني ، وهي وظيفة توزيع الأئتمان، فهي تتلقى الودائع النقدية من جمهور المدخرين بفائدة معينة وتستخدمها في منح القروض للتجار والصناع وغيرهم بفائدة معينة لتحقيق الربح بمقدار الفارق بين الفائدتين، وهي تعمل بذلك كوسيط بين المدخرين والمستثمرين أي بين المقرضين والمقترضين وبين عرض النقود وطلبها ، فتزود المشروعات

(1) د. هشام خالد، موقع المال والقانون الواجب التطبيق عليه وتسوية المنازعات التي تثور بشأنه ، مصدر سبق ذكره، ص502.
(2) د. هشام خالد، المصدر السابق، ص128-137.
(3) د. هشام علي صادق، المصدر السابق، ص502.
(4) شعبان احمد عبد العليم، دور المشروعات المصرفية في التنمية الأقتصادية ، رسالة ماجستير ، كلية التجارة ، جامعة القاهرة ، 1985 ، ص27 .

بالأموال اللازمة لتنميتها وتحول المدخرات من رأس مال نقدي خامل الى رأس مال نقدي الى رأس مال نشيط منتج للربح فتساعد بذلك على تمويل التجارة والصناعة وتنشيط الأقتصاد القومي مقتضى ذلك أن العملية المصرفية تتركز من الناحية الأقتصادية والمالية اي من الناحية الفنية والقانونية في دولة المصرف الذي يقوم بالعملية.[1]

لاسيما أن الوسط الذي تتم به العملية المصرفية ليحكم محل المنازعة وإذ ان القانون المحلي الذي يحكم الفعل المنشئ للالتزام هو الذي حدثت فية الواقعة القانونية التي ترتب عليها الألتزام غير العقدي.

وتطبيق قانون فرع المصرف الأجنبي بوصفه قانون البيئة التي يتم فيها العمل المصرفي أمر له ما يبرره ففي هذا المكان غالبا ما يتم أبرام العقد وكثيرا ما يتم تنفيذه فوق ذلك، فهو قانون الدولة التي يوجد بها الطرف الذي يقوم بالأداء المميز في العملية وهو المصرف .[2]

1- العملية المصرفية تتركز من الناحية الأقتصادية والمالية في قانون المصرف القائم بالعملية:-

نقصد هـ هنا هو التركيز الذي يكون تفسيراً لأرادة الأطراف وليس عملية أختيار القانون على أساس مقر العقد فلا يتحدد العقد بالنظر اليه في ذاته لأنه يقوم على التراضي وهو حدث مادي، وإنما يمكن أن يتحدد بالنظر الى الأحداث الخارجية كتبادل العبارات التي تم بها التراضي أو تحرير وثيقة تضمه أو تنفيذ التزامات المتولدة عنه.

نحن نتكلم عن عملية تركيز تتحدد من خلال النظر الى الوسط الأقتصادي والمالي والأجتماعي الذي يؤثر في العملية المصرفية ويتأثر بها ودورها في تنشيط الأقتصاد القومي، تركيز في بيئة معينة لا تركيزاً لإرادة الأطراف بمعنى التركيز القائم على إسناد العقد أو التصرف الى وسطه أو البيئة التي يرتبط بها ويؤثر فيها ويتأثر بها، ففي حالات كثيرة لا تقتصر أثار العمل المصرفي على أطرافه، وإنما تهم أقتصاد الدولة وسياستها النقدية خصوصاً مع أهمية العمليات المصرفية المتعلقة بالحساب الجاري ذي الطبيعة الدولية وخطابات الضمان الدولية والأعتمادات المستندية، ودور كل منهما الخطيرفي التجارة الخارجية وأنعكاسات ذلك في نهاية المطاف على الأقتصاد القومي في الدولة.[3]

إذن قانون الوسط الاقتصادي الذي يؤثر في العقد هو قانون بيئته التي يتركز فيها تركيزاً موضوعياً ويرتبط بها أرتباطاً عضوياً بما يبرر تطبيق هذا القانون فكل عملية مصرفية تجري على ضوء الممارسات

(1) ابراهيم قادم ، الشروط المقيدة في عقود نقل التكنولوجيا ودورها في تكريس التبعية التكنولوجية على المستوى الدولي ،مصدرسابق، ص4.

(2) شعبان احمد عبد العليم ، دور المشروعات المصرفية في التنمية الأقتصادية ، رسالة ماجستير ، كلية التجارة ، جامعة القاهرة ، 1985، ص27 .

(3) ابراهيم قادم، الشروط المقيدة في عقود نقل التكنلوجيا ودورها في تكريس التبعية التكنلوجية ، مصدر سابق ، ص4.

العملية السائدة في قانون المصرف، وهي ممارسات ينفتح فيها الوسط الأقتصادي من روحه ويؤثر فيها فمن العصي في الغالب الأعم من الأحوال عزل العملية المصرفية عن وسطها الأقتصادي.

2- الاعتبارات الفنية والقانونية التي تبرر فعالية الوسط الاقتصادي للعقد وتبرر تطبيق قانون المصرف.

الواقع من الأمر أن من يرصد آلية عمل المصارف والمناخ السائد والمراحل التي تتبع والأجراءات التي تتم من أول لحظة في الحياة العملية المصرفية المزمع ابرامها ولحين تنفيذها إذ تتركز العمليات المصرفية موضوعيا في الدولة التي يوجد بها فرع المصرف الأجنبي الطرف الاساسي في العملية، وهو تركيز يكون معه قانون دولة المصرف الواجب التطبيق.

فعادةً يبرم العقد في مقر فرع المصرف ذاته وهو الطرف الرئيسي في العقد، ويتم أبرام التصرف بصورة طبيعية إذ يكون أول حدث في حياة العملية المصرفية، وله صفه أساسية بمعنى أن له دلالة تركيزية تترجم أهميه دور المصرف في العملية المصرفية.

الفرع الثاني
تطبيق القواعد الموضوعية الخاصة بفرع المصرف الأجنبي

قرر المشرع قواعد قانونية وأحكاماً وضوابط خاصة بالأستثمار في فروع المصارف الأجنبي ، كما حظر تعامل فروع المصارف الأجنبية في الأراضي والعقارات ، ووضع ضوابط للتعامل بالنقد الأجنبي، كذلك خول المشرع للبنك المركزي سلطة اتخإذ الأجراءات المنصوص عليها في القانون، ومنها حق الرقابة على النقد والتفتيش في حالة مخالفة الفروع الأجنبية لأحكام هذا القانون أو لائحته التنفيذية أو القرارات المنفذة له، كما اعطى للمصرف المركزي حق اصدار القرار بإيقاف نشاط الفرع المخالف .

وقد أجاز القانون إيقاف نشاط الفرع بموافقة المصرف المركزي بشرط التثبت من أبراء ذمة المصرف نهائياً من التزاماته قبل أصحاب الودائع وغيرهم من الدائنين، ومن هذه القواعد الموضوعية التي أقرها المشرع في نطاق القانون الوطني وفي القوانين المقارنة:-

اولاً:- حظر ممارسة الفرع نشاطات معينة :

في كثير من الأحيان تتشابه قوانين الاستثمار من إذ الموضوعات التي تتناولها ولكنها تتباين من إذ الحلول التي تأخذ بها، إذ أن الدول المضيفة سواءً كانت متقدمة أم نامية تمنع المصارف بصورة عامة سواءً كانت أجنبية أم محلية من مزاولة بعض الانشطة مثل الصناعات العسكرية والتجارة والصناعة.

ولقد نص المشرع العراقي في المادة (28) من قانون المصارف رقم (94) لسنة 2004 "لا يمارس أي مصرف أو يشارك كوكيل أو شريك أو مالك مشترك في تجارة بالجملة أو بالقطاعي أو في عمليات تصنيع أو نقل أو زراعة أو مصايد أسماك أو تعدين أو بناء أو ضمان أو تأمين أو انشطة أعمال أخرى باستثناء الأنشطة المرخص بها بموجب المادة (27)" وبالرغم مما سلف يجوز للمصرف وبتفويض خطي مسبق من المصرف المركزي العراقي أن يمارس مؤقتاً أو يشارك في ممارسة هذه الأنشطة بقدر ما يكون ضرورياً لأداء المستحقات ويجوز للمصرف المركزي العراقي أن يطلب من المصرف وقف هذه الأنشطة في تأريخ محدد من التفويض.. ومن القرارات الصادرة بخصوص الوصاية على فرع المصرف الأجنبي (س) قرار محكم الخدمات المالية المرقم بالعدد 17/خدمات/2012 المؤرخ في 2013/1/20 (وقد ثبت للمحكمة بعد تدقيقها وتدقيق إقوال المدعي بوجود حالة التردي للسياسة الاقتصادية والأخطاء والممارسات غير السليمة التي ارتكبها المصرف وان قرار البنك المركزي جاء بهدف ضمان سلامة النظام المصرفي والمالي في العراق وان ماقام به المدعي عليه .. موافقا لأحكام القانون وموافقا لأشتراطات المادة (56) من قانون البنك المركزي وضمن حالة الجواز القانوني الممنوحة له لذا قررت المحكمة رد دعوى المدعي) .

وقد نص قانون المصارف الفرنسي النافذ لسنة 2013 على حظر ممارسة بعض الأنشطة المصرفية بعنوان " فصل الأنشطة المصرفية"

يتم منع مؤسسات الائتمان الفرنسية والشركات المالية والشركات المالية المختلطة كمسألة مبدأ من القيام ببعض الأنشطة التي تعتبر محفوفة بالمخاطر. ومع ذلك، فانه يُسمح لهم بإجراء هذه الأنشطة من خلال شركة تابعة مخصصة إذ تتجاوز المعاملات ذات الصلة عتبات السقوف المالية المحددة بقرار من وزير الاقتصاد (7.5٪ من حجم الميزانية العمومية في الجهة المعنية، بناءً على القيمة المحاسبية من الأصول المقابلة للأنشطة التجارية على الأدوات المالية). وتتضمن هذه الأنشطة:[1]

- التداول على الأدوات المالية للحساب الخاص، باستثناء بعض الأنشطة المتعلقة بـ:
  - تقديم خدمات الاستثمار للعملاء.
  - تصفية الأدوات المالية.

(1) Bellot ، traite de vente ،c .A .F le credit documentaire Bars 1951 . paris. p.16.

- التحوط للمخاطر التي تتكبدها المؤسسة الائتمانية أو مجموعتها بالمعنى المقصود في المادة L511–20 من قانون النقد والمال (باستثناء مخاطر التحوط التي تتكبدها الشركة التابعة المخصصة).
- أنشطة صنع السوق.
- الإدارة السليمة والحكيمة لخزينة المجموعة، والمعاملات المالية بين مؤسسات الائتمان والشركات المالية والشركات المالية المختلطة والشركات التابعة لها التي تنتمي إلى نفس المجموعة (على النحو المحدد في المادة L 511–20 من قانون النقد والمال).
- عمليات الاستثمار للمجموعة بالمعنى المقصود في المادة L511–20 من قانون النقد والمال.

– أي معاملة يتم الدخول إليها لحسابها الخاص، غير مضمونة بضمان يفي بخصائص معينة من إذ الحجم والجودة يحددها قرار من وزير الاقتصاد، مع:

- خطط الاستثمار الجماعي المدعومة.

يجب أن يكون فرع المصرف الأجنبي أو شركة الائتمان الأجنبية التي تم تشكيلها كمؤسسة ائتمان لأداء أنشطة التداول المعفاة مرخصة كمؤسسة استثمارية أو مؤسسة ائتمانية. بالإضافة إلى ذلك، لا يُسمح بتلقي الودائع من الجمهور التي تستفيد من نظام ضمان الودائع، أو تقديم خدمات الدفع للعملاء. كما يحدد القانون النقدي والمالي، من بين أمور أخرى، أن الشركة التجارية التابعة يجب أن تلتزم بالنسب الاحترازية على أساس فردي (أو تضامنية –فرعية) وأن مؤسسة الائتمان الأم (أو الشركة المالية والشركة المالية المختلطة) يجب أن تحصل على إذن مسبق من قبل هيئة الرقابة الاحترازية والقرارات قبل الاكتتاب في زيادة رأس مال الشركة التابعة التجارية .[1]

اما بالنسبة لموقف المشرع المصري فقد نص في المادة (60) من قانون البنك المركزي والجهاز المصرفي انف الذكر على حظر تعامل فرع المصرف الأجنبي بالعقار بيع أو شراء أو مقايضة ، وبخلافه يتعرض فرع المصرف الأجنبي للعقوبات المنصوص عليها قانونا (الغرامة ، ازاله المخالفة ،سحب الترخيص) .

– فرض التزامات معينة على فرع المصرف الأجنبي:

تخضع فروع المصارف الأجنبية الى الالتزامات الوارد ذكرها في قانون الاستثمار والأنظمة والتعليمات الصادرة بموجبه، فإذا لم يكن في الدولة تشريع خاص بتنظيم الاستثمار يخضع فرع المصرف الأجنبي الى الالتزامات المقررة في قانون المصارف الوطني، وكذلك كل القوانين التي تخضع إليها فروع المصارف

(1) كما نص المشرع الأماراتي في المادة (93) بقولها " يحظر على البنوك أن تمارس أعمالا غير مصرفية وبوجه خاص ألاعمال الاتية "1- ممارسة أعمال التجارة أو الصناعة أو امتلاك أو تملك البضائع أو المتاجرة لحسابها الخاص مالم يكن امتلاكها وفاء لدين على الغير، وعلية أن يقوم بتصفيتها خلال المدة التي يحددها المصرف المركزي 2- شراء العقارات لحسابها الخاص ماعدا مايلي: -لعقارات التي لا تتعدى النسب المحدودة من قبل مجلس ألادارة من مجموع رأس مالها وأحتياطاتها التي تمتلكها كتسوية مباشرة للديون والتي تتعدى النسبة المذكورة وعليها في هذه الحالة بيع العقارات خلال مدة 3 سنوات

الوطنية، إلا أن المشرع الوطني قد فرض هذه الالتزامات على المصارف الوطنية بقصد حماية دائنيها والمساهمين فيها وغيرهم من المتعاملين معها، ومن ثم فأن فرضها يكون أكثر لزوماً بالنسبة الى فرع المصرف الأجنبي خاصة وانها أجنبية يوجد مركزها خارج الدولة التي تستضيفه[1]

أضف الى ذلك عدم أخضاعها الى تلك الالتزامات يجعلها في مركز متميز عن المصارف الوطنية، وأن هذا لا تتقبله أي دولة، وتتمثل هذه الالتزامات بما يلي:-

1- تقديم الميزانية وحساب الأرباح والخسائر الى الجهة الإدارية المختصة.

تسعى الدول المضيفة الى الوقوف على حقيقة المركز المالي لفرع المصرف الأجنبي الذي يزاول نشاطه على اقليمها، فتفرض عليه الالتزام بتقديم ميزانيته السنوية وحساب الأرباح والخسائر الى الجهة المختصة، وهذا ما نصت عليه المادة (43) الفقرة (3) من قانون المصارف رقم (94) لسنة 2004 على البيانات المالية لفرع المصرف الأجنبي "يعد كل مصرف أجنبي لديه وأحد أو أكثر من المكاتب الفرعية في العراق حسابات وبيانات مالية عن عملياته في العراق وكانت هذه المكاتب تشكل معاً كيانا واحداً.

وأيضاً نصت الفقرة (4) من المادة أعلاه على " يقوم كل مصرف أجنبي ذات مكتب وأحد أو أكثر للفرع في العراق بتقديم نسخة من البيانات الموحدة المراجعة الى المصرف المركزي العراقي حال توافرها "

وقد نصت المادة (40) على السنة المالية بقولها "تبدأ السنة المالية للمصارف المحلية يوم 1 كانون الثاني وتنتهي يوم 31 كانون الأول من نفس السنة، وقد تختلف السنة المالية بالنسبة لفرع المصرف ألاجنبي"

وقد الزم المصرف المركزي العراقي في المادة (41) بالإبلاغ الدوري إذ يجب ان يزود فرع المصرف الأجنبي كشوفات تبين موجوداته ومطلوباته وكشوفات عن حجم القروض بالعملات الأجنبية ونسبة كفاية رأس المال ووضع ألاحتياطي والموجودات السائلة والانكشافات ألائتمانية الكبيرة، ومعلومات أو احصاءات عن مختلف حساباته وأنشطته بما في ذلك معلومات عن الودائع أو التسهيلات المصرفية أو الخطط الائتمانية أو الالتزامات الائتمانية أو الطارئة الممنوحة لعملائه.

كما ذهب المشرع المصري في المادة (181) من القانون رقم (159) لسنة 1981 الخاص بأصدار شركات المساهمة وشركات التوصية بالأسهم والشركات ذات المسؤولية المحدودة

"يجب أن يكون للحكومة ممثلاً على الأقل في مجلس أدارة الشركة المساهمة التي تضمن لها حداً أدنى من الأرباح التي حققتها أو الخسائر ويصدر بتعيين هؤلاء الممثلين بقرار من مجلس الوزراء بناءً على عرض الوزير المختص" ويعد أشتراط حضور ممثلين على الأقل من الحكومة في شركات المساهمة الى طبيعة الدور الوظيفي الذي تلعبه هذه الشركات في الحياة الاقتصادية والسياسية على المستويين الوطني والدولي،

(1) BATIFFOL (H.): Crédits et conflits de lois in Etude offertes á Roger Hauin ،Ed. Dalloz ،Sirey 1985 ، P. 233.

وذلك متى تسنى للحكومة الأطمئنان على حسن سير أدارة هذا المشروع، وأيضا مراقبة ما يمر به هذا المشروع من أزمات مالية أو عقبات أدارية حتى تتمكن من تقديم المساعدة الفعالة في الوقت المناسب، ومحاولة تيسير أرتباطاته وعقوده حتى تعينه على تحقيق الأرباح التي ضمن حدا أدنى منه[1]

كما في هذا الشأن أورد المشرع المصري نصاً خاصاً لفروع الشركات الأجنبية، بأن من الواجب أن يكون لها مراقب حسابات بنفس الشروط التي يتطلبها القانون في شركات المساهمة المصرية وذلك لأهمية وجود مراقب الحسابات في فروع الشركات الأجنبية، إذ تتلخص مهامه في مراجعة ومراقبة الحسابات طوال فترة نشاط الفرع وللمراقب في سبيل ذلك الحق في الاطلاع في كل وقت على جميع دفاتر الشركة وسجلاتها ومستنداتها، وفي طلب البيانات والايضاحات التي يرى ضرورة الحصول عليها لأداء مهمته كذلك له أن يتحقق من موجودات الفرع والتزاماته.

وفي هذا السياق نص المشرع العراقي في نظام فروع الشركات الأجنبية رقم (2) لسنة 2017 في المادة (8/ أولا) "تدقق حسابات الفرع الأجنبي ونشاطاته من مراقب حسابات قانوني مجاز في العراق"

ثانيا:- يقدم الفرع سنويا حساباته الختامية المدققة تقريراً عن نشاطاته في العراق الى المسجل خلال الأشهر الثمانية التالية لانتهاء تلك السنة."

وعلى ذلك فأن مهمة مراقب الحسابات تمثل دورا رقابيا أساسيا للدولة المضيفة من خلال المعلومات التي يمدها بها، والتي تتضمن حسابات الفرع والميزانية العامة وكشف حساب ألارباح والخسائر، وهي معلومات أساسية يمكن من خلالها معرفة الأمور الخاصة بالفرع ونشاطاته، وهذا ما جعل القوانين المختلفة تتوسع في أحكام مسؤولية المراقب وتفصيلها لما لمسته من أهمية المراقب المالي.

وقد نص المشرع العراقي في المادة العاشرة من القانون رقم (5) لسنة 1989 المتعلق بفروع ومكاتب الشركات والمؤسسات الاقتصادية الأجنبية "ترفق حسابات الفرع والمكتب ونشاطاته من قبل ديوان الرقابة المالية"

وتقوم الهيئة مختصة في ديوان الرقابة المالية بأجراء فحص وتدقيق المعاملات والتصرفات للتأكد من صحة البيانات الواردة في مسودة الحسابات الختامية التي قدمها الفرع أو المكتب هذا الحكم يسري على فرع الشركة الأجنبية بشكل عام أما فرع المصرف الأجنبي فتدقق بياناته ومعاملاته المالية من قبل المصرف المركزي العراقي (دائرة مراقبة الصيرفة).

---

(1) وقد نص المشرع اللبناني في المادة (3) " على كل مصرف عامل في لبنان أن ينشر في الجريدة الرسمية " الميزانية" ووضعية " خارج الميزانية " على كل سنة مالية محددة في المادة (146) من قانون النقد والتسليف وذلك وفق نموذج يضعه مصرف لبنان.
المادة 6- " يمكن أن تتمثل الأموال الخاصة لفروع المصارف الأجنبية في لبنان بنفقاتها التأسيسية الاولية وتجهيزاتها ومفروشاتها وبعقارتها المبينة في لبنان" وكذلك نصت المادة "7" على " في حال توقف فرع مصرف أجنبي عامل في لبنان عن الدفع أو تصفيته يكون لدائني الفرع العامل في لبنان أمتياز على موجوداته بالنسبة لسائر دائني المصرف الأجنبي المذكور"

وكذلك يلتزم الفرع بتقديم معلومات أو أي بيانات اخرى يطلبها البنك المركزي العراقي وفي هذا السياق يقوم المصرف المركزي العراقي بأعداد تقرير مفصل عن فرع المصرف الأجنبي وأهم ما يتضمن هذا التقرير هو تحديد الملاحظات والمخالفات التي أرتكبها فرع المصرف في العراق، كعدم مسك سجل تفصيلي بالموجودات الثابتة أو تأخره في تقديم الحسابات الختامية خلافاً لأحكام القانون، ويجب على الفرع تقديم قائمة تبين فيها أسماء وجنسيات أعضاء مجلس أدارة الفرع وتقديم جميع البيانات والمعلومات والايضاحات التي يراها البنك المركزي العراقي ضرورية لتسهيل مهمته في تدقيق حساب الفرع أو المكتب ومراقبة نشاطاته إذ نصت المادة (42) في الفقرة (ج) "أعداد بياناته المالية التي تضم الميزانية العمومية وحساب الأرباح والخسائر وكشف التدقيق النقدي وكشف بالتغيرات التي تطرأ على حساب رأس المال للمصرف على نحو واف يعكس حقيقة الأوضاع المالية للمصرف وفروعه ويتم أعداد الكشوفات المالية طبقا للمعايير المحاسبية الدولية وامتثالاً لأي متطلبات خاصة يحددها المصرف المركزي العراقي بهذا الشك Gacque و أن تعطي الكشوفات المالية صورة حقيقية وأمينه عن أوضاع لمصرف وستتضمن كشفا حول أنظمة الرقابة الداخلية للمصرف.

مفاد ما تقدم أن التزام الفرع بتقديم الحسابات الختامية وتقرير مجلس أدارة للمصرف الأم يزيد فعالية الرقابة التي يمارسها المصرف المركزي العراقي، إذ تمكنه من الوقوف على حقيقة المركز المالي للفرع أو المؤسسة الأم ومقدار أرباحها المتحققة وأصولها وخصومها خاصة ان المصرف المركزي العراقي أشترط على الفرع تقديم جميع البيانات والمعلومات التي يراها ضرورية لأتمام عمله.

وهذا ما نصت عليه المادة (15) من قانون المصارف العراقي رقم (94) لسنة 2004 "يحتفظ كل فرع من فروع أي مصرف أجنبي، إذا أصدر اليه المصرف المركزي العراقي توجيهات بذلك، بموجودات أي مبلغ يحدده المصرف المركزي العراقي على مطلوباته المستحقة لمقيمين في العراق.

اما فيما يخص المشرع المصري فقد نص في المادة "70 " من قانون البنك المركزي والجهاز المصرفي والنقد رقم " 88 " لسنة 2003 على " على كل بنك القيام بتقييم نصف سنوي على الأقل لمخاطر استثماراته ومحفظة الأئتمان لدية وماتم من اجراءات في شأنها ، وعليه اتخاذ مايلزم من الاجراءات لمواجهة مايستجد من مخاطر "

وكذلك نص المشرع الفرنسي في قانون المصارف الجديد على اهمية الرقابة على المؤسسات المالية والمصرفية الأجنبية [1] اذ نص قانون المصارف الفرنسي النافذ لسنه 2013 على حظر ممارسة بعض الأنشطة المصرفية بعنوان "فصل الأنشطة المصرفية " يتم منع مؤسسات الائتمان الفرنسية والشركات المالية والشركات المالية المختلطة كمسألة مبدأ من القيام ببعض الأنشطة التي تعتبر محفوفة بالمخاطر. ومع ذلك،

(1) **Gacque Delga Le Droit Des Socit des socites – Dallazo –paris -1998 p 14**

فانه يُسمح لهم بإجراء هذه الأنشطة من خلال شركة تابعة مخصصة، إذا تجاوزت المعاملات ذات الصلة عتبات السقوف المالية المحددة بقرار من وزير الاقتصاد (7.5٪ من حجم الميزانية العمومية في الجهة المعنية، بناءً على القيمة المحاسبية من الأصول المقابلة للأنشطة التجارية على الأدوات المالية.

2- أعداد بيان بعدد العاملين الوطنيين والاجانب ومستوى أجورهم:-

أن تشريعات الاستثمار في الدول المضيفة [1] تلزم فروع المصارف الأجنبية التي تقوم بالعمليات ألاستثمارية للنشاط المصرفي داخل أقاليمها بأعداد بيان بعدد العاملين فيها ومستوى أجورهم وتقديمه الى الجهات الإدارية المختصة وذلك بهدف الوقوف على مدى التأثير الذي يحدثه فرع المصرف الأجنبي في الدول المضيفة، أو بعبارة أخرى مدى فرص العمل التي توفرها هذه المصارف للموظفين الوطنيين ومستوى أجورهم أضافة الى معرفة عدد العمال الأجانب وأسمائهم وجنسياتهم ومستوى كفاءتهم ومقدار أجورهم ومدى مراعاتها لأحكام القوانين الوطنية في تشغيل وأستخدام هولاء العمال الأجانب.

فالهدف من الالتزام الذي تفرضه الدولة المضيفة على فروع المصارف الأجنبية ببان عدد العمال الوطنيين والأجانب، ومستوى أجورهم يتمثل أولاً في التعرف على عدد العمال الوطنيين الذين يعملون بالفرع، ومقدار أجورهم التي يتقاضونها، ثانيا الرقابة على صحة تنفيذ الشرط الذي تفرضه هذه الدول على فروع المصارف الأجنبية المتمثل في أشتراك مواطني الدولة المضيفة مع العاملين في نشاط الفرع وأدارته.

3- الرقابة على النقد:-

يلجأ المصرف الأم الى سياسة نقل الأرباح بين فروعه، للحد من الأعباء الضريبية وهو ما يعني ببساطة التهرب من الضرائب التي تفرضها الدول المضيفة على نشاط هذه الفروع العاملة على أقليمها وذلك من أجل الوصول الى هدفها الاستراتيجي وهو زيادة أرباحها وذلك باستخدام أساليب وأدوات فنية متنوعة من أجل الحد مما تدفعه من ضرائب للدول المضيفة، إذ تقوم على أستغلال الاختلافات والفروق القائمة بين الأنظمة الضريبية للدول المضيفة، فتختلف هذه النظم فيما بينها أختلافات واسعة من أسعار الضرائب المفروضة على دخول المصارف وعلى أيرادات القيم المنقولة، أو من الإعفاءات الضريبية التي تمنحها فروع المصارف العاملة على أراضيها أو تطبيق العقوبات الدولية المفروضة من قبل الهيئات الدولية على فرع المصرف الأجنبي في الدولة المضيفة .[(2)]

---

(1) انظر المادة (9/ الفقرة ثامنا) من قانون الاستثمار العراقي رقم (13) لسنة2006 والتي نصت " تهدف الهيئة على تشجيع الاستثمار من خلال العمل على ماياتي " 000 مع اشتراط ان يقوم المستثمر باستخدام عدد من العراقيين العاطلين عن العمل " وكذلك نصت المادة (14/ ثامنا) " تكون الأولوية لتوظيف واستخدام العامليين العراقيين " .

(2) لفد اصدر البنك المركزي العراقي/ دائرة مراقبة الصيرفة / قسم مراقبة المصارف التجارية اعمامه المرقم بالعدد (292/2/9) في 2018/8/7 بمنع التعامل المصرفي والمالي بالدولار مع فروع المصارف الأيرانية العاملة بالعراق بسبب العقوبات الأقتصادية المفروضة على ايران.

بناءً على ذلك تفرض الدول المضيفة نوعا من الرقابة " الرقابة على النقد " يتمثل في فرض قيود قانونية على حرية خروج رأس المال الأجنبي المستثمر والأرباح التي تحققها أو نسبة منها ومن ضمن هذه القيود يمنع تصدير رأس المال الأجنبي والأرباح إلا بموافقة السلطات الوطنية المختصة.

وهذا ما يقوم به المشرع العراقي من خلال فرض الرقابة على النقد من قبل المصرف المركزي العراقي/ مديرية التحويل الخارجي سابقا وفي الوقت الحالي تقوم به دائرة مراقبة الصيرفة، استنادا لأحكام المادة (40) من قانون المصرف المركزي العراقي رقم (56) لسنة2004.

كما تقوم البعض من هذه الدول بالخنق والتضييق على خروج رؤوس الأموال الأجنبية زيادة على موافقة الجهات المختصة، ومنها تشريع الاستثمارات السوري الصادر 1991 إذ يعلق تحويل رأس المال المستثمر على شرط أنقضاء خمس سنوات من تاريخ قيام المشروع بممارسة النشاط في الدولة.[1]

4- الرقابة الضريبية:-

يعد التشريع الضريبي وسيلة من وسائل الرقابة القانونية الأكثر فعالية التي تمارسها الدولة المضيفة على فروع المصارف الأجنبية، وذلك بأخضاع فروعها الى ضريبة على الأرباح التجارية في هذه الدولة كما يخضع لهذه الضريبة نصيب الشركة الأم من الأرباح التي يحققها الفرع، فمثلاً يقضي قانون الضرائب الفرنسي أنه عند قيام شركة فرنسية خاضعة لسيطرة أجنبية بتحويل نسبة من الأرباح الى المصرف الأم فأن هذه النسبة تدخل ضمن الأرباح التي حققها فرع المصرف، وذلك لتفادي التهرب الضريبي عن طريق تحويل الأرباح.

فالعبرة من خضوع المصارف الأجنبية وفروعها للضريبة هي تحقيق الأرباح، وما للتشريع الضريبي من أهمية كبيرة في الرقابة على فروع المصارف الأجنبية وشركات الاستثمار عموما وذلك على ما تتحصل عليه مصلحة الضرائب من معلومات مهمة حول الوضع المالي للفرع من خلال بمراجعة كامل حسابات المصرف الأجنبي وفروعه التي بموجبها تقوم بتقدير الضريبة اللازم دفعها من هذه المصارف الأجنبية وفروعه .[2]

---

(1) اما بالنسبة للمشرع اللبناني فقد الزم فروع المصارف الأجنبية بان تودع لديه اموالا احتياطية حتى نسبة معينه من التزاماتها بموجب المادة (76) من قانون النقد والتسليف اللبناني سالف الذكر.

(2) والمثال على ذلك ما جاء في مرسوم التشريعات اللبنانية المتعلق بضريبة الدخل رقم (144) الصادر بتاريخ 12 حزيران 1959 بأن " تلتزم الشركات الأجنبية بدفع الضريبة على دخلها الذي تجنيه من نشاطها في لبنان كالشركات اللبنانية تماما تطبيقا لهذا المرسوم " وتنص المادة الثالثة منه على " تفرض الضريبة باسماء الأشخاص الحقيقيين المقيمين في الأراضي اللبنانية أو في الخارج على مجموع الأرباح التي يحققونها في لبنان "

كما تخضع للضريبة الأجور المدفوعة من المصارف الأجنبية المقيمة في لبنان الى شخص يقيم في الخارج عن خدمات تمت في لبنان، وتضمن الباب الثالث من هذا المرسوم الضريبة على دخول رؤوس الأموال المنقولة مختلف ايرادات هذه الأموال وأرباحها وفوائدها وعائداتها أيا كان تسميتها أو جنسية المؤسسات التي انتجتها أو محل أقامة من تؤول اليه، متى حصلت في لبنان أو عادت الى مقيم فيه ".

وقد نص المشرع الفرنسي على شمول فروع المصارف الأجنبية الى قانون الضرائب العام استنادا لأحكام المادة (235) من قانون الضرائب إذ يعد تسجيل الفروع في هياة الضرائب امرا الزاميا في فرنسا، كما ينبغي التسجيل في هيئة ضريبة القيمة المضافة والضمان الاجتماعي وشؤون العمالة.[1]

بالإضافة إلى الأحكام الضريبية العامة، تخضع المؤسسات المصرفية لعدة ضرائب محددة، على النحو التالي:-

تعرف الضرائب لصالح صندوق دعم للسلطات الإقليمية التي تعاقدت على منتجات باسم "القروض السامة". وتنطبق هذه الضريبة على الكيانات التي يشرف عليها هيئة الرقابة الاحترازية والقرارات مثل مؤسسات الائتمان ومؤسسات الدفع بمعدل ثابت 0.0642٪ للسنوات القادمة على المبلغ المطلوب من الأموال الخاصة للمؤسسة. وان المؤسسات الائتمانية غير المقيمة (داخل المنطقة الاقتصادية الأوروبية) وفروعها تكون معفاة.

- الضريبة على الأجور. وهذه ضريبة تصاعدية بمعدلات تتراوح بين 4.25٪ و13،60٪ محسوبة على مبلغ الأجور التي تدفعها المؤسسة. وتنطبق هذه الضريبة على المؤسسات المعفاة من ضريبة القيمة المضافة.

- مساهمة صندوق القرار. ويعتمد مبلغ المساهمة على متوسط مبلغ الإيداع للمؤسسة. إذ يتم دفع المساهمة من قبل مؤسسات الائتمان وبعض مقدمي خدمات الاستثمار لتمويل:-

صندوق قرار وأحد (للمؤسسات الائتمانية التي يقع مقرها الرئيسي في فرنسا ، باستثناء أقاليم ما وراء البحار، كما يفسر بموجب قانون الاتحاد الأوروبي)، أو صندوق القرار الوطني (للمؤسسات الائتمانية التي يقع مقرها الرئيسي في أقاليم ما وراء البحار.[2]

وأما بالنسبة للمشرع العراقي فقد أخضع فروع المصارف الأجنبية للتحاسب الضريبي وذلك من خلال محاسبة تلك الفروع ضريبيا في المديرية العامة للضرائب .

وكذلك الحال بالنسبة للمشرع المصري والمشرع الإماراتي فقد فرضوا الضرائب على فروع المصارف الأجنبية العاملة لديهم بموجب التعليمات والأنظمة الصادرة من المصارف المركزية لديهم.

وتفرض الضريبة المحددة في هذه المادة ولوكانت الشركة أو المؤسسة أو الهيئة أو المصلحة معفاة من الضرائب قبل صدور هذا المرسوم ألاشتراعي بموجب اتفاق مع الدولة أو أحكام أشتراكية خاصة.

(1) Bernard AuDit Droit internanal prive Edition، Economica- -paris -2000-p-77

(2) Develop ment economic policy reform analysis progect (DeprA) 22nd interinanal conference for staticis computer sciencs for scientific and social applications cairo، 2011. P. 55.

5- التفتيش:-

يعد التفتيش من أساليب الرقابة القانونية على قرارات وأعمال فرع المصرف، وذلك للأطمئنان على سلامة ودقة المركز المالي للفرع ومدى التزام بأحكام القانون النافذ في الدولة المضيفة.

وتقوم بمهمة التفتيش في الدولة المضيفة جهة إدارية مختصة تتولى الكشف عن المخالفات التي تقع أثناء الإدارة، سواء تعلقت بمخالفة القانون أو العقد، ويمكن لهذه الجهة أن تمارس صلاحية التفتيش على فرع المصرف الأجنبي إذ نصت المادة (53) من قانون المصارف رقم (94) لسنة 2004 "يقوم المصرف المركزي بمراقبة المصارف وعلى أسس موحدة وعلى النحو الاتي:-

أ. يراجع البيانات والمستندات والمعلومات والايضاحات والبراهين المقدمة من المصارف لأغراض تطبيق هذا القانون.

ب. يجوز للبنك المركزي العراقي الدخول في مذكرة تفاهم مع سلطات الرقابة المالية في العراق أو مع سلطات الرقابة المصرفية في دول أخرى لتحديد نطاق وإجراءات وتفاصيل أكثر لتبادل المعلومات.

يتضح من المواد أعلاه ان البنك المركزي العراقي هو الجهة القطاعية الوحيدة التي تقوم بالأشراف والرقابة على فرع المصرف الأجنبي في العراق ومن مقتضيات الرقابة أجراء اعمال التفتيش على الفرع للتأكد من صحة وسلامة العمليات المالية التي يقوم بها فرع المصرف الأجنبي وله في سبيل انجاز مهامه الرقابية مفاتحة الجهات الرقابية المشرفة على المصرف الأم في سبيل متابعة والتأكد من سلامة الأنشطة المالية المصرفية التي يجريها الفرع.[1]

وبالنسبة للمشرع المصري[2] فقد نصت المادة (189) من قانون النقد والتسليف وانشاء البنك المركزي المصري نصت المادة (8) من القانون أعلاه "على المصارف والمؤسسات المالية والشركات الاستثمارية الإسلامية وكذلك فروع ومكاتب المصارف والمؤسسات والشركات الاستثمارية الإسلامية الأجنبية القائمة وقت العمل بهذا القانون، ان توفق أوضاعها وفقا لأحكام هذا القانون خلال مدة سنة من تاريخ العمل به"

كذلك الحال أيضاً بالنسبة لموقف المشرع الفرنسي [3] الذي نص في قانون النقد والمصارف "على كل مصرف أجنبي ان يعين لديه مفوض مراقبة على فروع المصارف الأجنبية ان تمسك حسابات منفصلة لمجموع عملياتها تشتمل على الميزانية وحساب الأرباح والخسائر رقابه والتفتيش ويقوم هولاء المفوضون مراقبة اعمال المصارف الأجنبية ضمن الشروط المحددة في هذا القانون مع مراعاة اختصاصات البنك

(1) أما المشرع الأماراتي فلقد نص القانون الاتحادي رقم (2) لسنة 2015 بشأن الشركات التجارية إذ نصت المادة (333) الرقابة على الشركات.

(2) د. صلاح السيسي، الرقابة على البنوك ومنظمات الاعمال ، الطبعة الاولى ، دار الكتاب الحديث ، القاهرة، 2010، ص47.

(3) Paul roubier droit de propriete industrielle T. 2-paris ،1954 .p .55

Kalderimis D Lmf ; condionally as investment regulation A the oretical and legal studies 2004. P .28.

المركزي، للوزارة وللهيئة والسلطة المختصة كل فيما يخصه حق مراقبة الشركات المساهمة والتفتيش على اعمالها ودفاترها أو اية أوراق أو سجلات لدى فروع الشركات الأجنبية وشركاتها التابعة داخل الدولة وخارجها أو لدى مدقق حساباتها أو لدى شركة أخرى ذات علاقة بالشركة محل التفتيش، ويجوز لها الاستعانة مع لجنة التفتيش بخبير أو اكثر من الجهات ذات الخبرة الفنية والمالية موضوع التفتيش، للتحقق من قيامها بتنفيذ احكام القانون والقرارات الصادرة تنفيذا له والنظام الأساسي للشركة، وللمفتشين طلب مايرونه من بيانات أو معلومات من مجلس الإدارة أو الرئيس التنفيذي أو من المديرين بالشركة أو مدققي حساباته.

ثانياً :- حل فرع المصرف الأجنبي

أوجب القانون على المصرف المركزي حل أي فرع مصرف أجنبي يخالف أحكام القانون الوطني المصرفي أو يخالف لائحته التنفيذية أو القرارات المنفذة له، وذلك في الأحوال المنصوص عليها كجزاء على عدم أزالة فرع المصرف لمخالفاته في المدة وبالكيفية التي يحددها المصرف المركزي كما يحق للبنك المركزي الغاء تسجيل وترخيص الفرع في حالة التعثر وعدم القدرة على الوفاء بمتطلبات المصرف المركزي لزيادة رأس المال المصرف المتعثر أو في حالة اندماج مصرف في مصرف أخر وذلك وفقا لأحكام القانون .

وقد نص قانون المصارف العراقي رقم (94) لسنة 2004 النافذ في المادة (13) منه على أنه "1- لا يجوز الغاء ترخيص أو اجازة ممارسة الاعمال المصرفية الا بقرار من المصرف المركزي العراقي يستند الى وأحد أو اكثر من المبررات التالية:-

أ- استناد الحصول على الترخيص الى قرارات كاذبة أو احتيالية أو مخالفات جوهرية اخرى قد تكون حدثت عند تقديم طلب الحصول على الترخيص .

ب- عدم أستخدام المصرف ترخيص ممارسة الأعمال المصرفية في غضون أثني عشر شهرا من تاريخ بدء نفاذه أو توقف المصرف لمدة تتجاوز ستة أشهر عن ممارسة الاعمال المتعلقة باستلامه من الجمهور ودائع نقدية أو اموال اخرى مستحقة السداد أو ايداع اموال أو استثمارات في الحساب الخاص به.

ت- أدارة المصرف لشؤونه الادارية أو عملياته بأسلوب غير سليم وتحوطي .

ث- أنتهاك المصرف لامر صادر من البنك المركزي العراقي .

ج- تصرف المصرف بطريقة تؤثر على السلامة المالية أو انتهاكه أي قوانين أو أنظمة صادرة من المصرف المركزي العراقي أو انتهاكه أي شرط أو تقييد مرفق بترخيص أو أجازة صادرة له من المصرف المركزي العراقي .

ح- ضلوع المصرف أو المصرف الأجنبي أو الشركة القابضة المصرفية التي يكون المصرف شركة تابعة لها أو ضلوع شركة تابعة للمصرف بانشطة اجرامية تتضمن الاحتيال وغسيل الاموال أو تمويل الارهاب.

خ- فقدان المصرف أو الشركة القابضة المصرفية والتي يكون فيها المصرف شركة تابعة لها ترخيص العمل الخاص بأي منهما .

د- مواجهة البنك المركزي العراقي عقبات في ممارسة الرقابة على المصرف لكون المصرف عضوا في مجموعة شركات أو لكون المصرف شركة تابعة لمصرف أجنبي أو شركة قابضة مصرفية لا يخضع أي منهما لرقابة كافية .

ذ- أن تكون السلطة الرقابية الأجنبية والمسؤولة عن ممارسة الرقابة على المصرف أو المصرف الأجنبي أو شركة قابضة مصرفية يكون فيها المصرف شركة تابعة قد عينت وصيا أو حارسا قضائيا للمصرف والمصرف الأجنبي أو شركة قابضة مصرفية .[1]

1- يقوم البنك المركزي العراقي بإلغاء الترخيص أو الأجازة:-

أ- اقامة دعوى أفلاس ضد المصرف بقرار صادر عن محكمة الخدمات المالية استنادا للمادة (78)

ب- استنادا للفقرة (3) من المادة (12).

وتكون القرارات التي تتخذ بموجب هذه المادة وتقضي بإلغاء ترخيص أو أجازة بممارسة الاعمال المصرفية قرارات خطية وتتضمن المبررات التي أتخذت بناء عليها. ويرسل كل قرار من هذا القبيل فورا الى المصرف المعني الا إذا حدد القرار موعدا اخر لبدء نفاذه لا يتجاوز 30 يوما بعد أرسال القرار. ويجوز استيفاء شرط أرسال هذا القرار الى مصرف أجنبي عن طريق ارسال القرار الى مكتبه الفرعي المعين أو مكتب تمثيله الموجه اليه القرار. وتتضمن القرارات التي تتخذ بموجب هذه المادة وتقضي بالغاء ترخيص أو أجازة استنادا للفقرة (1) تعيين وصي بما يتفق مع المادة (69) لتصفية المصرف .

اما بالنسبة لحالات الغاء أو شطب فرع المصرف الأجنبي فقد نص على هذه الحالات وهي كالاتي:-

(1) نصت المادة (100) من قانون المصارف رقم (94) النافذ على " اذا كان مصرف اجنبي تحت التصفية في البلد الذي يوجد فيه مركزه الرئيسي أو الذي يمارس فيه اعماله بصفة اساسية ، يجوز للمحكمة أن تاذن وبناء على طلب من البنك المركزي العراقي بتحويل مايراه البنك المركزي مستصوباً من موجودات المصرف الأجنبي وبما يحقق مصلحة دائني ذلك المصرف إلى القائم بعملية التصفية في ذلك البلد" .

(أولا:- مخالفة احكام القانون ولائحته التنفيذية دون أزالة المخالفة في الموعد المحدد وبالشروط الصادرة عن المصرف المركزي.

وقد اشترط القانون في هذه الحالة توافر عدة شروط هي:-

1- ثبوت مخالفة فرع المصرف لأحكام القانون أو لائحته التنفيذية أو القرارات الصادرة تنفيذا له.

2- انذار الفرع بازالة المخالفة خلال مدة محددة ، وبالشروط الصادرة عن المصرف المركزي.

3- عدم قيام فرع المصرف الأجنبي بإزالة المخالفات وفقا لانذار المصرف المركزي في الموعد المحدد .

ثانيا:- اتباع الفرع الأجنبي لسياسات تضر بالمصالح الاقتصادية للبلد أو المودعين أو المساهمين:-

1- الاضرار بالمصلحة الاقتصادية العامة للبلاد مثل اتباع سياسات تؤدي الى الحد من المنافسة في السوق المصرفية أو اضطراب العمل بها أو الاستثمار في مجال من المجالات التي يمتنع على المصارف الاستثمار فيها ، أو تمويل انشطة غير مشروعة .

2- الأضرار بمصالح المودعين ومثال على ذلك، إذا منح فرع المصرف الأجنبي ائتمان دون الالتزام بالضوابط والضمانات المقررة فعرض مدخرات المودعين للخطر. أو تلاعب بارصدة المودعيين .

ثالثاً:- توقف المصرف عن مزاولة نشاطه .

يتم حل فرع المصرف الأجنبي إذا توقف عن مزاولة نشاطه دون موافقة مسبقة من المصرف المركزي وفق احكام القانون، ولك كجزاء وعقوبة للفرع الأجنبي المخالف لما يترتب على ذلك من اخلاله بالتزامات قبل اصحاب الودائع وغيرهم من الدائنين وحقوق العاملين ، نظرا لأن القانون يحظر على اي مصرف وقف عملياته الا بموافقة مسبقة من المصرف المركزي واشترط عدم صدور هذه الموافقة الا بعد التثبت من ابراء ذمته نهائيا من التزاماته .

وقد نصت تعليمات البنك المركزي العراقي الخاصة بمنح التراخيص لفروع المصارف الأجنبية المرقمة بالعدد (136/2/9 والمؤرخة في (2019/4/1).في المادة (3) الفقرة (12) على " للبنك المركزي سحب اجازة الفرع في حالة شعوره بان الفرع لم يقدم اية اضافات على تقدم الاقتصاد الوطني ولم يقم بأنشاء مشاريع تخدم واقع المجتمع وبعد ثلاثة سنوات من مباشرة الفرع ".

الحالة الرابعة :- إذا اشهر افلاسه أو تقرر تصفيته:-

إذا تعثر فرع المصرف الأجنبي عن سداد التزاماته وديونه وهذا يعد مؤشرا على بداية دخله في حالة افلاس لذلك حرص المشرع على استخدام تعبير متعثرا وبالتالي يجوز للمصرف المركزي حله وهذا ما نص عليه المشرع المصري في المادة (80/د) من قانون البنك المركزي.[1]

ويعتبر ايضاً من حالات الافلاس وضع فرع المصرف الأجنبي تحت الوصاية لغرض التصفية بسبب افلاسه.[2]

اما بالنسبة للمشرع الفرنسي فقد نص على شطب فرع المصرف الأجنبي في حالة مخالفة للقوانين والتشريعات التي ينص عليها القانون الفرنسي وقوانين دول الاتحاد الأوربي وكذلك في حالة عدم ممارسة نشاطه وعملياته المصرفية لأكثر من ثلاثة اشهر أو ضلوعه بجرائم غسل اموال أو تمويل ارهاب . [3]

ومن ثم على مؤسسات الائتمان أن تستمر في تحقيق المطلوب منها حسب التعليمات اثناء الاستمرار بعملها ، وإذا ثبت مخالفة المؤسسة لهذه التعليمات ، فلهيأة الرقابة الاحترازية سحب الرخصة اما بناء على طلب المؤسسة ذاتها أو تحكم به هي عندما لا تتوفر في المصرف الشروط التي منحت الاجازة من اجلها أو عندما لا يستعمل المصرف اجازته ضمن مهلة ١٢ شهر أو عندما لا يمارس نشاطه 6 اشهر فاكثر ، وهذا ما جاءت به المادة (511 – 15) من القانون المذكور آنفا فنصت على ((تقوم هيأة الرقابة الاحترازية باصدار سحب الترخيص بناء على طلب المؤسسة . ويمكن لهذه الهيأة اقراره تلقائية إذا لم يعد بوسع المؤسسة من تنفيذ الشروط والالتزامات التي تخضع لها موافقتها أو ترخيصها اللاحق أو في حالة عدم استخدام المؤسسة لترخيصها ضمن مدة ١٢ شهرة أو إذا لم يعد بامكانها ممارسة نشاطها منذ ستة اشهر على الاقل ...)) [4]، أما الشطب فتقره الهيأة كعقوبة تأديبية تستلزم تصفية المصرف إذا كان مقره الرئيسي في فرنسا فقد نصت المادة (511 – ١٧) من القانون ذاته على انه ((يمكن لهيأة الرقابة الاحترازية من اقرار مسألة شطب مؤسسة ائتمانية من قائمة المؤسسات الائتمانية المخولة بصفة عقوبة تأديبية . ويوجب

(1) د. صلاح السيسي ، الرقابة على البنوك ومنظمات الاعمال ، الطبعة الاولى ، دار الكتاب الحديث ، القاهرة 2010.

(2) كتاب دائرة مراقبة الصيرفة / قسم مراقبة المصارف التجارية / شعبة التسجيل والتراخيص والامور الفنية بالعدد 5248/2/9، والمؤرخ في 2019/3/6 ." والذي قرر بموجبه المصرف المركزي العراقي قراره المرقم (19) لسنة2019 ، وضع مصرف (بارسيان) تحت الوصاية وتشكيل لجنة للقيام بمهام الوصاية.

(3) JASINSKI (P.): Les credits documentaries dont le paiement ou le remboursement est assuré par des organisms financiers internationaux ،Banque 1987،p 35.

(4) Article L511-15 ((Le retrait d'agrément est prononcé par l'Autorité de contrôle prudentiel à la demande de l'établissement. Il peut aussi être décidé d'office par l'Autorité si l'établissement ne remplit plus les conditions ou les engagements auxquels était subordonné son agrément ou une autorisation ultérieure ،ou si l'établissement n'a pas fait usage de son agrément dans un délai de douze mois ou lorsqu'il n'exerce plus son activité depuis au moins six mois)) .

الشطب تصفية الشخص المعنوي في حالة كون مقره في فرنسا. اما إذا كانت هنالك فروع للمؤسسات يقع مقرها خارج المنطقة الاقتصادية الأوربية، فأن الشطب يستلزم تصفية عناصر الميزانية العمومية وخارج ميزانية الفرع . وفي مسعى للمحافظة على مصالح العملاء ، يمكن لهيأة الرقابة الاحترازية من تأجيل أو ترحيل عملية التصفية الى أجل أو مدة تقوم بتعيينها ...)) [1]

اما بالنسبة لموقف المشرع المصري فقد نصت المادة (80) من قانون البنك المركزي والجهاز المصرفي والنقد آنف الذكر[2] على الحالات التي يتم فيها حل أو شطب فرع المصرف الأجنبي بقرار من مجلس إدارة البنك المركزي وحددتها بخمس حالات :-

الحالة الاولى :- مخالفة أحكام القانون ولائحته التنفيذية دون أزالة المخالفة في الموعد المحدد وبالشروط الصادرة عن البنك المركزي المصري .

الحالة الثانية :- قيام الفرع بإعمال تضر بالمصالح الأقتصادية للبلد أو المودعين أو المساهمين .

الحالة الثالثة :- توقف فرع المصرف الأجنبي عن مزاولة نشاطه .

الحالة الرابعة :- إذا أشهر أفلاسه أو تقرر تصفيته.

الحالة الخامسة :- اذا تبين أن الترخيص بإنشاء الفرع تم بناء على معلومات خاطئة .

(1) Article L511-17 ((La radiation d'un établissement de crédit de la liste des établissements de crédit agréés peut être prononcée à titre de sanction disciplinaire par l'Autorité de contrôle prudentiel. La radiation entraîne la liquidation de la personne morale ،lorsque celle-ci a son siège social en France. Dans le cas des succursales d'établissements ayant leur siège hors de l'Espace économique européen ،la radiation entraîne la liquidation des éléments du bilan et du hors-bilan de la succursale. Afin de préserver les intérêts de la clientèle ،l'Autorité de contrôle prudentiel peut reporter la liquidation au terme d'un délai qu'elle fixe))

(2) د . عبد الهادي مقبل ، التشريعات الاقتصادية ، مكتبة جامعة طنطا ، 2000 ، شرح وتحليل قانون البنك المركزي والجهاز المصرفي والنقد ، الجزء الاول ، دار النهضة العربية ، 2011 ، ص 265 ومابعدها .

الخاتمة

الخـاتمــة

بعد ان انتهينا من هذه الدراسة الخاصة بالقانون الواجب التطبيق على نزاعات فرع المصرف الأجنبي، تمخض لدينا جملة من الاستنتاجات ويقابلها بعض التوصيات وحسب الآتي:-

اولاً : الاستنتاجات:

1- من الملاحظ أنه لا يوجد تعريف متفق عليه يحدد المقصود بفرع المصرف الأجنبي فكل دولة لديها العديد من القوانين ما يحدد معالم تلك المصارف، بناءً على ذلك أختلفت وتعددت المفاهيم التي أعتمد عليها الباحثون في دراساتهم المختلفة، لذا نعرف الفرع المصرف الأجنبي " شركة وليده تمثل فرع لمصرف رئيسي بالخارج طبقاً لقانون البلد المضيف للأستثمار، ويخضع لنظامها القانوني من حيث الأنشاء والاستمرار والأنقضاء، مع بقاء تبعيتها وولائها الأقتصادي للمركز الرئيسي للمصرف الأجنبي ".

2- تأسيس فرع المصرف الأجنبي يتم طبقاً للنظام القانوني للدولة المضيفة، إذ كونه شركة تجارية يلزم لتكوينها ما يلزم لتكوين أي شركة تجارية وطنية، وكون الفرع يتبع الشركة الأم وتختلط أمواله بأموالها ويكتسب جنسيتها ويمارس ذات العمليات التي تقوم بها الشركة الأم كما سبقت الاشارة إليه، فان تكوينه لا يثير على المستوى العالمي أي صعوبة حقيقة من وجهة نظر القانون التجاري.

3- تعددت الأراء ووجهات النظر التي أكدت على أن تواجد أو مشاركة المصارف الأجنبية في الدول النامية، تواجد له من الفوائد والأثار الأيجابية على النظم المالية واقتصاديات لها.

4- تتفق معظم التشريعات على هذا الشرط وهو الحصول على ترخيص من البنك المركزي أو موافقة الهيئة العليا للاستثمار في الدولة المضيفة لممارسة العمل، اذ أن مسألة الرقابة على فروع المصارف الأجنبية وتنظيم اعمالها المصرفية والتعامل بالنقد أهمية حيوية في السياسة الأقتصادية العراقية وهي أهمية أوجبت تنظيمها من قبل المشرع العراقي.

5- استقر الفقه على أن قواعد التنظيم المصرفي هي من قبيل قواعد البوليس والأمن المدني ذات التطبيق الاقليمي فهذه القواعد التي تشكل مايسمى بالنظام العام الاقتصادي الذي يحكم كل نشاط مصرفي يمارس على ارض الدولة ، وقد خلص جانب من الفقه الحديث على أن قوانين البوليس تعد من قبيل القوانين المتعلقة

بالنظام العام ، وتطبق مباشرة دون الحاجة الى قواعد الإسناد الوطنية ، وهذا الاتجاه يطلق عليه نظرية القوانين ذات التطبيق المباشر.

6- ان المشرع العراقي قد ساوى بين المصارف الوطنية والأجنبية من حيث العقوبات والأجراءات الادارية والتعليمات، إذ جاء في نص المادة (56) من قانون البنك المركزي العراقي رقم (56) لسنة 2004 النافذ " للبنك المركزي أن يفرض أي عقوبة على المصرف المخالف " وجاء مصطلح المصرف بصفة عامة ومطلق والمطلق يجري على أطلاقه ما لم يتم تخصيصه .

7- ان التحدي القانوني الذي يواجه مشكلة تحديد القانون الواجب التطبيق على المنازعات المصرفية لفرع المصرف الأجنبي، يظهر لنا أن المنهج التقليدي الذي يحكم مسألة تحديد القانون في ظل القواعد التقليدية للقانون الدولي الخاص، لا ينسجم مع طبيعة النزاعات المصرفية للفرع الأجنبي نظراً لطبيعة نشاط العملية المصرفية ذات التأثير العالمي العابر للحدود.

8- أن تطبيق قانون فرع المصرف الأجنبي يستند كون فرع المصرف هو الطرف الرئيسي في العملية، هو صاحب الأداء المميز فيها بحكم وضعه المهني الذي يمارسه محترفاً في مواجهة أعداد من البشر لا تدخل تحت حصر، بعبارة أخرى أن جوهرية الأداء وتميزه تتأتى من النظر الى مهنة أحد طرفي العلاقة، نحن بصدد طرفين أحدهما عميل عادي شأنه شأن غيره من الناس الذين يدخلون في معاملات يومية، ومع فرع المصرف دون حصر، والطرف الأخر هو المصرف بما له وضع وما يشغله من مركز في الأقتصاد الوطني في الدولة التي يمارس فيها نشاطه.

9- أن المشرع قد أهدر ضابط الأسناد الأصيل بالنسبة للنظام القانوني للشركات الأجنبية، وهو مركز الادارة الرئيسي الفعلي وأعتد بضابط آخر هو مكان الأنشغال الرئيسي في العراق. وعلى ذلك فإذا باشر فرع المصرف الأجنبي نشاطه الرئيس في العراق فالقانون العراقي هو الذي يسري حتى لو كان مركز ادارتها الرئيسي الفعلي في الخارج.

10- قرر المشرع العراقي قواعد بوليسية حفاظاً على المصالح التجارية والاقتصادية في الدولة، حتى لا تتهرب فروع المصارف الأجنبية من الخضوع لأحكام القانون العراقي، بالرغم من مباشرة نشاطها الرئيسي في العراق، حيث جعل للقانون العراقي ولاية تشريعية على فروع المصارف الأجنبية العاملة فيه ويتبعه بغض النظر عن النظام القانوني والقانون الواجب التطبيق على فرع المصرف الأجنبي .

11- للقواعد الموضوعية دور كبير في معالجة أوجه القصور في القواعد الوطنية التقليدية ومناهج حلول تنازع القوانين أو المسائل التي لا تغطيها التشريعات الوطنية، فلا يكاد يخلو أي نظام قانوني في الوقت الحاضر من وجود مثل هذه القواعد وتلك حقيقة أدركتها الدول، وأيدها رجال الفقه .

12- أن العمليات المصرفية هي في غالبيتها بمثابة عقود ، وأنه متى كان بمقدور أطراف العلاقة المصرفية أن يختاروا القانون الذي يمكن تطبيقه عليها. إذ يتعين على القاضي أو المحكم احترام هذا الأختيار لأنه يمثل قانون إرادة الأطراف طبقاً للنظرية التي تبناها التشريع والفقه ، وأعتمدتها الكثير من أحكام التحكيم الدولي في القضايا التي نظرت فيها منازعات متعلقة بعقود الدولة .

13- تبين لنا لا يوجد مشكلة إذا اختار الأطراف قانوناً ليحكم عقدهم ذا الطبيعة الدولية وكان الأختيار واضحاً لذلك كان على القاضي أن يعمل بأختيارهم ويستوي في ذلك أن يختار الأطراف قانون المصرف القائم بتنفيذ العملية أم يختار قانوناً أخر غيره متى توافرت فيه الأوصاف التي اوضحناها وأهمها أن تكون رابطة قوامها مصلحة حقيقية جدية ومشروعة بين العقد والقانون المختار.

14- أن تطبيق قانون المصرف صاحب الأداء المميز بالنظر الى موضوع العملية المصرفية أو مهن مقدم العمل ذاتها أمر يستجيب أو يستوعب معايير أخرى قال بها الفقه والقضاء في كثير من الدول، ومازال يرددها ضرورة " تركيز" العلاقة في مكان معين وتطبيق قانون المكان الذي يتم فيه هذا التركيز أو تطبيق قانون الدولة التي يربطها بالعقد رباط وثيق، وغير ذلك من المعايير المختلفة التي قبل بها، والتي لا تخرج في معناها ضرورة وجود رابطة قوية ومتينة – توصف بأنها معبرة أو وثيقة بين الدولة والعقد وهي الرابطة التي يكشف عنها الأداء المميز.

15- تبين أن القانون العراقي قد أخضع عملية إنشاء فروع المصارف الأجنبية لموافقة البنك المركزي، بشروط وضوابط قانونية محددة ، وقد حدد القانون الشكل القانوني للأستثمار الأجنبي في القطاع المصرفي في شكلين الأول الاستثمار المشترك بين مساهمين وطنيين وأجانب في رأس المال ، والثاني الاستثمار المملوك بالكامل للفرع الأجنبي ويأخذ شكل فرع المصرف الأجنبي .

ثانياً: التوصيات:

من خلال هذه الدراسة نوصي المشرع العراقي بما يلي :-

1- تشكيل لجنة تحكيمية مختصة للنظر في المنازعات المصرفية مرتبطة بالمحكمة التجارية، وتتألف من المحكمين ذوي الخبرة في الشؤون المصرفية من المختصين في الاعمال المصرفية والأمور المالية، وممثل عن رابطة المصارف الخاصة كون أغلب فروع المصارف الأجنبية هي قطاع خاص أجنبي، ولها أثر كبير في المنافسة مع القطاع المصرفي المحلي من المصارف الأهلية الخاصة وممثل عن وزارة المالية وعن البنك المركزي ويرأس اللجنة قاضي مختص بالأمور المالية والمصرفية ، وذلك لسرعة البت في القضايا المصرفية مقارنة بالأجراءات القضائية، لأهمية عامل الوقت بالنسبة لقيمة النقد ، وتتولى اللجنة النظر في النزاع وفي حالة التسوية بين المتنازعين يصدر قرار بذلك ويصادق من قبل رئيس اللجنة وللمتضرر من قرار اللجنة اللجوء للقضاء.

2- ندعو المشرع الى تشريع قانون موحد منظم للعلاقات الدولية الخاصة لأهميته في الوقت الحاضر خصوصاً مع تزايد العمليات المصرفية والتجارية بشكل عام، وما يتمخض عنها من نزاعات لها أثر كبير على الأقتصاد الوطني يكون ملماً بالتشريعات التي تخص العلاقات الدولية الخاصة، ونرى أن يجمع فيه المشرع ماجاء في الباب التمهيدي من القانون المدني، وكذلك ماجاء في قانون تنفيذ الاحكام الأجنبية وقانون الأحوال الشخصية والاقامة للأجانب.

3- تعديل الفقرات الواردة في المادة الاولى في قانون المصارف العراقي بسبب الصياغة التشريعية كونه قانون مترجم، لذلك جاءت أغلب بنوده بصيغة مبهمة وخصوصاً الفقرة الواردة في المادة الأولى التي تعرف الشخص المحلي والشخص الأجنبي لتكون بالصيغة الآتية " المصارف غير العراقية هي المصارف التي تؤسس خارج العراق وفق أحكام القوانين الأجنبية " .

4- كذلك تعديل كلمة مصرف لتكون بالصيغة الاتية " شركة تحمل تصريحاً أو ترخيصاً بمقتضى هذا القانون لمباشرة الأعمال المصرفية " .

5- تعديل شروط رأس المال المطلوب لفروع المصارف الأجنبية بجعلة ضعف المبلغ المقر لرأس المال للمصارف المحلية، على أن تكون نسبة الأحتياطي القانوني لدى البنك المركزي العراقي بنسبة 50% وليس

10% كما معمول به بالنسبة للمصارف المحلية، وذلك لضمان دخول مصارف ذات كفاءة مالية عالية حماية للأقتصاد الوطني وحماية للمودعيين المتعاملين معه ورفداً للسيولة النقدية داخل البلد ودعم المشاريع التنموية .

6- تحديد نسبة تشغيل الأيدي العاملة الوطنية في قانون الاستثمار العراقي رقم (13) لسنة 2006 بنسبة 75%" من العاملين، وذلك لتشغيل الأيدي العاملة وأمتصاص البطالة داخل البلد .

7- سن قانون للتحكيم التجاري يعنى بتنظيم آلية اللجوء الى التحكيم التجاري الدولي داخل البلد دعماً وتشجيعاً للأستثمار المصرفي الأجنبي، خصوصاً بعد ان أصبح التحكيم التجاري آلية معتمدة في دول العالم لفض المنازعات المصرفية.

8- ضرورة أعتماد معايير المحاسبة الدولية من قبل فروع المصارف الأجنبية العاملة في العراق، لأن طبيعة العمل المصرفي تتطلب أن يكون نظام مؤسس العمل واحداً، ويتم هذا من خلال أستخدام معايير المحاسبة الدولية وبشكل موحد .

9- نقترح لجوء البنك المركزي العراقي الى قواعد التوفيق والتحكيم لحل مشكلات فروع المصارف الأجنبية مع عملائها المتعثرين خاصة مع افتتاح المركز الدولي للتحكيم التجاري في النجف الأشرف .

10- تعديل نص المادة (70) من قانون البنك المركزي العراقي بالسماح صراحةً باستئناف أحكام محكمة الخدمات المالية أمام محكمة الاستئناف، فضلاً عن الطعن تمييزاً وذلك لخطورة وأهمية القضايا المعروضة أمام محكمة الخدمات المالية، ومايصدر عنها من أحكام ترتبط بقطاع أقتصادي وحيوي مهم.

11- نقترح على المشرع العراقي صياغة المادة اللآتية ضمن مشروع قانون أشرنا اليه " تخضع المنازعات الناشئة عن العمل المصرفي التي تتضمن عنصر أجنبي الى المحاكم التجارية العراقية ما لم يتفقوا على خلاف ذلك ، كما يجوز للأطراف المتنازعة الحق في الرجوع عن الدعوى وأحالة النزاع الى لجنة التسوية ما لم يتم اصدار حكم بات فيها " .

12- ندعو المشرع العراقي الى منع فرع المصرف الأجنبي من أخراج الأرباح ورؤوس الأموال الى خارج العراق بصورة مطلقة، حيث نقترح النص الآتي " يمنع فرع المصرف الأجنبي من اخراج رأس المال الذي أدخله الى العراق، ويكون أخراج العوائد خارج العراق بنسب محدودة وفق تعليمات البنك المركزي العراقي، بعد تسديد التزاماته وديونه كافة للحكومة العراقية وسائر الجهات المحلية الأخرى، وفي حالة أفلاس الفرع الأجنبي داخل العراق يكون المصرف الأجنبي الأم مسؤولاً عن الديون المترتبة على الفرع" .

13- يكون للأطراف المتنازعة الحرية في اللجوء الى لجنة التسوية أو اللجوء الى محكمة البداءة التجارية ، ولكن يجب على فرع المصرف الأجنبي تنفيذ القرارات الصادرة عن القضاء العراقي وأحترام الأحكام الصادرة منه في حالة نشوب نزاع بين المتعاملين معه .

المصادر

المصـــــادر

القرآن الكريم

اولاً: المصادر باللغة العربية:

أ- الكتب القانونية :

1. د. ابراهيم احمد ابراهيم ، القانون الدولي الخاص ، الطبعة الاولى ، دار النهضة العربية ، 2003 .
2. د. ابراهيم شحاتة، الضمان الدولي للاستثمارات الأجنبية، دار النهضة العربية، القاهرة، 1972.
3. د. ابراهيم شحاته، المصرف الدولي والعالم العربي، منشورات دار الهلال، الطبعة الاولى، القاهرة،2012.
4. د. احمد خلف حسين الدخيل والباحث الحقوقي أحمد مشرف ، محكمة الخدمات المالية ، دراسة قانونية ، مكتبة القانون المقارن ، 2021.
5. د. احمد صبحي العياوس، ادارة العمليات المصرفية والرقابة عنها ، الطبعة الاولى، دار الفكر، ناشرون وموزعون، عمان، 2012.
6. د. أحمد عبد الكريم سلامة ، القواعد ذات التطبيق الضروري وقواعد القانون العام في القانون الدولي الخاص ، دراسة تحليلية ، الطبعة الاولى ، دار النهضة العربية ، 1988 ، ص17 .
7. د. احمد عبد الكريم سلامة ، نظرية العقد الطليق بين القانون الدولي الخاص وقانون التجارة الدولية " دراسة تأصيلية انتقادية " ، دار النهضة العربية ، القاهرة، 1989 .
8. د. احمد عبد الكريم سلامة ، نظرية العقد الطليق بين القانون الدولي وقانون التجارة العالمية ، دار النهضة العربية ، القاهرة، 1988 .
9. د. احمد عبد الكريم سلامة، القانون الدولي الخاص ، دار النهضة العربية، الطبعة الاولى ، 2000.
10. د. احمد عبد الكريم سلامة، علم قاعدة تنازع القوانين، الطبعة الاولى، مكتبة الجلاء الجديدة، المنصورة، 1996.
11. د. احمد مسلم، القانون الدولي الخاص الجنسية ومركز الاجانب وتنازع القوانين، الطبعة الاولى، مكتبة النهضة المصري،1954.
12. د. ازاد صالح شكور ، الاستثمار الأجنبي سبل استقطابه وتسوية منازعاته ، دار الكتب القانونية ، بغداد ، 2011.
13. د. اسامة كامل وحامد عبد الغني " النقود والبنوك " دار الوفاء لدنيا الطباعة ، الاسكندرية ، 2006
14. د. اشرف ابراهيم عطية ، اقتصاديات النقود والبنوك ، ط1، بغداد ، 2009 .
15. د. أمينة عز الدين عبد الله ، التدفقات المالية من الدول النامية الى الخارج ، القاهرة ، دار النهضة العربية ، ط1 ، 2014 .
16. باتيفول ولاجارد، المطول في القانون الدولي الخاص، الجزء الاول، ط2، المؤسسة الجامعية للنشر والطبع والتوزيع، بيروت، 1993.

17.د. جابر الراوي ، مبادئ القانون الدولي الخاص ، في الموطن ومركز الأجانب واحكامها في القانون العراقي ، بغداد ،1976.
18.د. جابر عبد الرحمن جاد ، القانون الدولي الخاص العربي ، الجزء الثالث ، جامعة الدول العربية ، معهد الدراسات العربية العالية ، 1960 .
19.د. جلال احمد امين ، النظام القانوني لحماية الأختراعات ونقل التكلنوجيا الى الدول النامية ، جامعة الكويت ،1983 .
20.د. جمال الكردي ، التعديلات الجديدة على قانون الجنسية المصري في الميزان ، دار الجامعة الجديدة للنشر ، الاسكندرية ، 2005.
21.د. حسام التلهوني، مدى التزام المحكم بمراعاة النظام العام في التجارة الدولية، دار المعارف ، القاهرة ، الطبعة الأولى ، 2009 .
22.د. حسام عيسى، الشركات متعددة القوميات، كتاب مجلة العلوم القانونية والاقتصادية، العددان الاول والثاني، القاهرة، 1976.
23.د. حسن الهداوي ، القانون الدولي الخاص (تنازع القوانين) ، دار الثقافة والنشر ، بغداد ، 1995.
24.د. حسن محمد هند ، النظام القانوني للشركات متعددة الجنسيات ، الطبعة الاولى، دار الكتاب الحديث، القاهرة، 2012.
25.د. حمادة عبد الرازق حمادة، التحكيم في عقود البوت(B.O.T)، دار الجامعة الجديدة، الاسكندرية ،2013.
26.د. حيدر سليمان حسن الجنابي، دمج الشركات، في القانون العراقي والانكليزي، جامعة البصرة، 1999.
27.د. زكي الشعراوي، جنسية الشركات التجارية، دار النهضة العربية، 1997.
28.د. سحر عبد الستار إمام يوسف، المحاكم الاقتصادية في القانون المصري، دار النهضة العربية، القاهرة ،2009.
29.د. شريف محمد غنام، أثر تغير الظروف في عقود التجارة الدولية ومساهمتها في توحيد شرطي القوة القاهرة واعادة التفاوض، دار النهضة العربية، القاهرة ،2000.
30.د. شمس الدين الوكيل، الجنسية ومركز الأجانب، الطبعة الثانية، الجنسية ومركز الاجانب ، الطبعة الثانية ، منشاة المعارف ، الاسكندرية ،1961.
31. د. شمس الدين الوكيل، الجنسية ومركز الاجانب، الطبعة الثانية، القاهرة، 1964.
32.د. صادق صغير محيسن حسين، العقد الدولي ، بيروت ، منشورات زين اللبنانية ، 2017.
33. د. صلاح الدين محمد امين وصادق الشمري تفعيل أنظمة الرقابة المصرفية وتطويرها وفق المعايير الدولية نظام **CRAFTL 2012**. الموصل، 2004.
34. د. صلاح السيسي، الرقابة على البنوك ومنظمات الاعمال، الطبعة الاولى، دار الكتاب الحديث، القاهرة، 2010.
35. د. صلاح عبد الحسن وهناء عبد الغفار السامرائي ، الاستثمار الأجنبي المسوغات والأخطار ، منشورات بيت الحكمة بغداد ، 1988 .
36.د. طارق كاظم عجيل، شرح قانون الاستثمار العراقي، مكتبة السنهوري، بغداد ،2009،
37.د. طالب حسن موسى ، قانون التجارة الدولية ، بغداد ، دار الثقافة للنشر والتوزيع ، 2017 .

38. عبد الرحمن العلام، شرح قانون المرافعات المدنية، رقم 83 لسنة 1969، مع قرارات محكمة التمييز الاتحادية، العاتك لصناعة الكتاب، 2008، ط2، 2008.
39.د. عبد الرسول عبد الرضا الاسدي ، القانون الدولي الخاص ، الجنسية الموطن مركز الاجانب ، بغداد ، مكتبة السنهوري ، الطبعة الاولى ، 2015 .
40.د. عبد السلام لفته ، ادارة المصارف وخصوصية العمل المصرفي ، بغداد، المتنبي ، 2017.
41.د. عبد المنعم السيد علي و نزار سعد، النقود والمصارف والاسواق المالية، ط1، دار اسحاق للنشر والتوزيع، عمان، 2009.
42. د. عبد الهادي حسن نجار، الشركات دولية النشاط في العلاقات الاقتصادية الدولية ، مجلة مصر 38 ، القاهرة ، 2014.
43.د. عبد الهادي مقبل ، التشريعات الاقتصادية ، مكتبة جامعة طنطا ، 2000 ، شرح وتحليل قانون البنك المركزي والجهاز المصرفي والنقد ، الجزء الاول ، دار النهضة العربية.
44.د. عز الدين عبدالله، القانون الدولي الخاص، الجزء الاول (مركز الاجانب)، دار المطابع الهيئة المصرية للسكان 1986.
45.د. عصام أحمد ، التحكيم في منازعات عقود الاستثمار، بغداد ، مطبعة المتنبي ، 2019.
46.د. عصام الدين أحمد اباضة ، العولمة المصرفية ، القاهرة ، دار النهضة العربية ، 2010 .
47.د. عصام الدين الفضيلي، المركز التعاوني للبنوك الأجنبية المشتركة في جمهورية مصر العربية ، مطبعة القاهرة ، 1994.
48.د. عصام الدين القصبي، المركز القانوني للبنوك الأجنبية، الطبعة الاولى ، مطبعة النسر الذهبي ، القاهرة ، 2001.
49. د. عصام مصطفى بسيم ، الجوانب القانونية للمشروعات الدولية المشتركة في الدول الاخذ في النمو، مكتبة المنهل، الكويت، 1978.
50. د. عكاشة محمد عبد العال ، الوسيط في احكام الجنسية ، منشورات الحلبي الحقوقية ، بيروت ، لبنان ، 2002 .
51.د. عكاشة محمد عبد العال ، قانون العمليات المصرفية الدولية ، دراسة في القانون الواجب التطبيق على عمليات البنوك ذات الطبيعة الدولية ، ط1، دار الجامعة الجديدة، الاسكندرية، 2007.
52. د. عماد الشربيني، موقف المشرع المصري في الشركات متعددة القومية، مجلة مصر المعاصرة، عدد، 28، القاهرة، 1980.
53. د. فتحي والي، التحكيم في المنازعات الوطنية والتجارية والدولية علما وعملا، مطبعة الناشر الثقافي في الاسكندرية، طبعة اولى، 2011.
54. د. فؤاد عبد المنعم رياض ، تنازع القوانين والأختصاص القضائي الدولي واثار تنفيذ الأحكام الأجنبية ، دار النهضة العربية ، القاهرة،2004.
55.د. فؤاد عبد المنعم رياض و سامية ارشد، الوسيط في تنازع القوانين وتنازع الاختصاص القضائي الدولي، دار النهضة العربية، القاهرة ،1987.
56. د. فؤاد مرسي ، النقود والبنوك ، دار المعارف ، القاهرة ، الطبعة الأولى ، 1958.

57. فودتياس ، نيكولاس ، تأثيرات اتفاقية بازل على الأنظمة المصرفية العربية ومقتضيات الالتزام به ، مجلة اتحاد المصارف العربية، 2003.
58.محمد الرازي ، مختار الصحاح ، ، طبعة جديدة ، دار احياء التراث العربي ، بيروت ، لبنان.
59.د. محمد سليم العوا، دراسات في قانون التحكيم المصري والمقارن، دار الكب القانونية، مصر، المجلة الكبرى، 2008.
60.محمد صبحي الاتربي ، مدخل الى دراسة الشركات الأحتكارية متعددة الجنسية ،دار الثورة للصحافة والنشر، بغداد ، 1977.
61.د. محمد كمال فهمي، اصول القانون الخاص، دار الطالب، اسكندرية،1955 .
62.د. محمد كمال فهمي، اصول القانون الدولي الخاص، بغداد، دار الحرية، ط1، 1977.
63.د. محمود السيد عمر ، تحضير الدعوى القضائية أمام المحاكم الاقتصادية، دار الجامعة الجديدة، بدون مكان نشر،2010.
64.د. محمود محمد ياقوت، حرية المتعاقدين في اختيار قانون العقد الدولي بين النظرية والتطبيق منشأة المعارف، الاسكندرية ،2004.
65.د. مصطفى رشيدي شيخة ، الاقتصاد النقدي والمصرفي ، دار النهضة، القاهرة،2000 .
66.د. ممدوح عبد الكريم حافظ، القانون الدولي الخاص العراقي والمقارن، بغداد، 1973.
67.د. ممدوح عبد الكريم حافظ، القانون الدولي الخاص، بغداد، دار الحرية، ط2، 1977.
68.د. هاني عطا، التحكيم في الضمانات المصرفية، مركز الدراسات العربية للنشر والتوزيع، القاهرة، ط1، 2011.
69.د. هشام خالد، الجنسية والموطن ومركز الأجانب، المجلد الأول، منشأة المعارف، الاسكندرية، 1974.
70.د. هشام خالد، الوسائل الحديثة لحسم المنازعات ذات العنصر الأجنبي، مجلة المحاماة المصرية، يناير، 1990.
71.د. هشام خالد، توطن المدعي عليه كضابط للأختصاص القضائي الدولي للمحاكم العربية، دراسة فقهية قضائية مقارنة، منشأة المعارف، الاسكندرية، 2003.
72.د. هشام علي صادق، الحماية القانونية للمال الأجنبي ، الدار الجامعية ، بيروت، 1981.
73.د. ئالان بهاء الدين عبد الله المدرس ، التنظيم القانوني لتأسيس المصارف الخاصة ، دراسة مقارنة، منشورات زين الحقوقية ، بيروت ، لبنان ، الطبعة الاولى ، 2016.
74.د. يونس صلاح الدين علي ، القانون الدولي الخاص دراسة تحليلية في تنازع القوانين وتنازع الاختصاص القضائي الدولي وتنفيذ الأحكام الأجنبية ،ج2، ط1، منشورات زين الحقوقية ، بيروت. 1999.

ب- الرسائل والاطاريح الجامعية :

1. ابراهيم قادم ، الشروط المقيدة في عقود نقل التكنولوجيا ودورها في تكريس التبعية التكنولوجية على المستوى الدولي ، رسالة دكتوراه، كلية الحقوق ، جامعة عين شمس ، 2004.

2. احمد بن عنتر، مدى تحفيز استثمارات الشركات متعددة الجنسية في القانون الجزائري، بحث مقدم لنيل شهادة الماجستير، قانون الاعمال، كلية الحقوق والعلوم التجارية، 2016.
3. احمد زوكاني، جنسية الشركة والقانون المغربي، منشورات تنمية البحوث والدراسات، الطبعة الاولى، 1990.
4. أحمد محمد شتا، نطاق تطبيق أحكام قانون التحكيم في مصر ، دراسة مقارنة رسالة دكتوراه، حقوق القاهرة، 2002.
5. ايمان عز الدين، أثر تواجد البنوك الأجنبية في مصر على دور القطاع المصرفي في التنمية، دراسة مقارنة، رسالة دكتوراه، جامعة عين شمس، كلية الادارة والاقتصاد، 2016.
6. ايمان عز الدين، أثر تواجد البنوك الأجنبية في مصر على دور القطاع المصرفي في التنمية، دراسة مقارنة، رسالة دكتوراه ، جامعة عين شمس، كلية الادارة والاقتصاد، 2016-.
7. حمزة حداد، العقود النموذجية في قانون التجارة الدولية، دراسة في البيع الدولي، رسالة دكتوراه، القاهرة. 2016.
8. رجاء نظام حافظ، الأطار القانوني للتحكيم التجاري، دراسة مقارنة، اطروحة دكتوراه، كلية الدراسات العليا، جامعة النجاح الوطنية، نابلس فلسطين. 2004.
9. سعد عبد الماجد، المركز القانوني للشركات الأجنبية، رسالة دكتوراه مقدمة الى كلية الحقوق جامعة الاسكندرية، 1969.
10. شعبان احمد عبد العليم ، دور المشروعات المصرفية في التنمية الأقتصادية ، رسالة ماجستير ، كلية التجارة ، جامعة القاهرة ، 1985 .
11. طارق عبد الله عيسى المجاهد، تنازع القوانين في عقود التجارة الدولية، اطروحة دكتوراه، كلية القانون، جامعة بغداد، 2001.
12. عبد الكريم محمد، الأستثمار الأجنبي وآثاره على الأقتصاد خلال الفترة 1996، 2005، رسالة دكتوراه في العلوم الاقتصادية تخصص النقود والمالية، كلية العلوم الاقتصادية تخصص النقود المالية، جامعة الجزائر، 2008.
13. فراس ياذر عبد القادر، جريمة الاخلال بواجبات الرقابة المصرفية، اطروحة دكتوراه، جامعة بغداد، كلية القانون، 2002.
14. محمد خميس حسن، دور الرقابة الاشرافية للمصرف المركزي تقرير الوعي الرقابي المصرفي دبلوم عالي معادل للماجستير، المعهد العالي للدراسات المحاسبية والمالية ، جامعة بغداد، 2013.
15. محمد عبدة اسماعيل ، الشركات متعددة الجنسيات ومستقبلها في الدول النامية مع الاشارة الى مصر ، رسالة دكتوراه ، كلية الحقوق ، جامعة عين شمس ، 1986.
16. محمود الكيلاني ، عقود التجارة الدولية ونقل التكنلوجيا، رسالة دكتوراه، جامعة القاهرة، 1988.
17. هشام خالد، القانون الواجب التطبيق على وتسوية المنازعات التي تثور بشأنه ، رسالة دكتوراه في الحقوق، جامعة الأسكندرية، 1986.
18. هيفاء محمد، أدارة المخاطر المصرفية في ضوء مقررات بازل (3، 2) مذكرة مقدمة لنيل الماجستير تخصص مالية وبنوك، كلية العلوم الادارية والتجارية، جامعة الجزائر، 2015.

19. يوسف عبد الهادي خليل، النظام القانوني لعقود نقل التكنولوجيا في مجال القانون الدولي الخاص، رسالة دكتوراه، كلية الحقوق- جامعة الزقازيق،2003.

جـ - البحوث :

1- أحمد عبد الكريم سلامة، القانون الواجب التطبيق على موضوع التحكيم محاذير وتوجيهات، بحث منشور في المجلة المصرية للقانون الدولي، المجلد 64، 2008.
2- جمان حسن علي. (2012). الأملاح المصرفي الحكومي... الواقع... الأفق، بحث مقدم الى ورشة العمل المنعقد بتاريخ 26-5-2012 تحت شعار القطاع المصرفي وسياسة الإصلاح في القطاع الحكومي والخاص، المعهد العربي للإصلاح الإقتصادي، بغداد، العراق.
3- حسن علي كاظم ، قواعد الاسناد واليات التطبيق في العراق ، مجلة أهل البيت عليهم السلام ، العدد 20 ، 2015 .
4- حمزة فائق وهيب، الأمتثال القسري للتشريعات المصرفية، دارسة تحليلية، بغداد، مجلة دراسات محاسبية ومالية، جامعة بغداد، المعهد العالي للدراسات المحاسبية والمالية، العدد4، المجلد 1 لسنة 2006.
5- حميد الجميلي، اليات الهيمنة والاحتكار الجديدة – بحث في ندوة بيت الحكمة من أجل عالم عادل وتقدم دائم، بغداد، 2001.
6- حميد الجميلي، اليات الهيمنة والاحتكار الجديدة – بحث في ندوة بيت الحكمة من أجل عالم عادل وتقدم دائم، بغداد، 2001.
7- دردال مفتاح، واقع وتحديات الأستثمارات الأجنبية المباشرة، الدول النامية، بحث منشور في مجلة البحوث الاقتصادية الجزائرية، العدد434، 2008.
8- عبد الهادي نجار، الشركات دولية النشاط في العلاقات الاقتصادية الدولية ، مجلة مصر ، المعاصرة عدد 383 -2008.
9- عبدالنبي، وليد عيدي و عبدالعزيز، اكرام. الإصلاح المصرفي في العراق، بحث مقدم إلى ورشة العمل المنعقدة بتاريخ 26-5-2012 تحت شعار القطاع المصرفي و سياسة الإصلاح في القطاع الحكومي والخاص، المعهد العربي للإصلاح الإقتصادي، بغداد، العراق. 2012.
10- عبدالنبي، وليد عيدي. الجهاز المصرفي العراقي: نشأته وتطوره وافاقه المستقبلية، المديرية العامة مراقبة الصيرفة والائتمان، المصرف المركزي العراقي. 2011.
11- محمد، أياد طاهر وأحمد، صلاح حسن. الاستثمار الأجنبي غير المباشر وانعكاسه على تداول الأسهم العادية: دراسة تطبيقية في سوق العراق للأوراق المالية، مجلة كلية بغداد للعلوم الاقتصادية الجامعة، العدد الخاص بمؤتمر الكلية، بغداد، العراق. 2013.
12- محمود سمير الشرقاوي، مجلة التحكيم العربي، العدد الثاني، النقود والبنوك ، دار المعارف ، القاهرة ، الطبعة الأولى ، 1979.

13- مظير محمد صالح ، السياسة النقدية والمالية والسيطرة على متغيرات التضخم واسعار الصرف ، بحث منشور في المجلة الاقتصادية العراقية ، العدد الرابع ، 2018.
14- موفق السيدية وسجي فتحي محمد ، استراتيجيات التغيير في العمل المصرفي بين تحديات العولمة ومتطلبات المهنة ، مجلة تنمية الرافدين، كلية الإدارة والاقتصاد في جامعة الموصل ، العراق، المجلد /٣٠، العدد/ ٩٢، ٢٠٠٨.
15- هاشم محمد العركوب. أهمية تقييم الأداء المالي للمصارف الخاصة في تمويل النشاط الاستثماري / مصرف كردستان الدولي أنموذجا، بحث مقدم الى الندوة العلمية السنوية المنعقدة بتاريخ 19-2-2012 تحت شعار القطاع المصرفي الخاص في العراق ودوره التنموي في الاقتصاد العراقي، قسم الدراسات الاقتصادية، مركز المستنصرية للدراسات العربية والدولية، الجامعة المستنصرية، بغداد، العراق. 2012.
16- هاشم محمد العركوب، اهمية تقييم الأداء المالي للمصارف الخاصة في تمويل النشاط الاستثماري بحث مقدم الى الندوة العلمية السنوية المنعقدة في 2018/2/19 قسم الدراسات الاقتصادية، مركز المستنصرية لدراسات العربية والدولية، الجامعة المستنصرية، بغداد. 2018.
17- هشام البساط، بحث مقدم لمؤتمر في التحكيم بعنوان التحكيم والعمليات المصرفية، مطبوعات مركز القاهرة التجاري، 2000.
18- هشام البساط، بحث مقدم لمؤتمر في التحكيم بعنوان التحكيم والعمليات المصرفية، مطبوعات مركز القاهرة التجاري، 2000.
19- هيفاء محمد، أدارة المخاطر المصرفية في ضوء مقررات بازل (3، 2) مذكرة مقدمة لنيل الماجستير تخصص مالية وبنوك، كلية العلوم الادارية والتجارية ، جامعة الجزائر، 2015.
20- وليد عيدي عبد النبي، مزاد العملة الأجنبية ودوره في استقرار سعر الصرف للدينار العراقي، دراسة مقدمة للمصرف المركزي العراقي المديرية العامة لمراقبة الصيرفة والائتمان. 2006.
21- وليد مصطفى شاويش ، السياسة النقدية بين الفقه الاسلامي والاقتصاد الوضعي ، المعهد العالمي لمفكر الاسلامي ، الولايات المتحدة الامريكية، 2015.

د- القوانين والاتفاقيات:

1. قانون المصارف العراقي رقم (94) لسنة 2004، الطبعة الاولى، منشور جريدة الوقائع العراقية بالعدد (3986)، ايلول 2004.
2. القانون المدني المصري رقم 131 لسنة 1948 المعدل.
3. نطام فروع الشركات الأجنبية العراقي رقم (2) لسنة 2017 منشور الوقائع العراقية بالعدد(4438)، 2017/3/13.
4. القانون العراقي رقم (5) لسنة 1989، بشأن نظام فروع مكتب الشركات والمؤسسات الاقتصادية.

5. أحكام الشركات الأجنبية العاملة في المملكة الاردنية من قانون التعديل المؤقت رقم (40) لسنة 2004 .
6. القانون اليمني رقم 23 لسنة 1998 المتعلق بتنظيم وكالات فروع الشركات والبيوت الأجنبية، وقانون الأستثمار اليمني رقم (22) لسنة 1991 المعدل بالقرار الجمهوري بالقانون رقم 014) لسنة 1995 وبالقانون رقم (29) لسنة 1997، والقانون رقم (23) لسنة 1997، الخاص بتنظيم وعلاقات فروع الشركات والبنوك الأجنبية بالجمهورية اليمينة.
7. قانون الشركات العراقي رقم (21) لسنة 1997 المعدل بالأمر (64) لسنة 2004.
8. الضوابط الرقابية الخاصة بفتح فروع للمصارف الأجنبية في العراق، منشورة على الموقع الالكتروني للبنك المركزي العراقي ، 2000.
9. قانون المصرف المركزي والجهاز المصرفي والنقد العراقي رقم (88) لسنة 2003.
10. قوانين المصارف والنقود في لبنان، منشورات زين الحقوقية، الطبعة الاولى، 2005.
11. قانون البنك المركزي العراقي لسنة 2004، منشور من الوقائع العراقية – العدد رقم(3982)، حزيران، 2004.
12. ترجمة نقدية قانونية لقانون المصارف الفرنسي لسنة 2013.
13. قانون المخدرات والمؤثرات العقلية العراقي رقم "50" لسنة2017 .
14. قانون انضمام جمهورية العراق الى اتفاقية الاعتراف بقرارات التحكيم الاجنبية وتنفيذها نيويورك 1958 رقم (14) لسنة 1921 منشور في الوقائع العراقية بالعدد 4633 في 2021/5/31 .
15. قانون المصرف المركزي الأماراتي وتنظيم المنشآت والانشطة المالية رقم (14) لسنة 2018.
16. القانون اللبناني رقم 67/28 الخاص بتنظيم عمل المصارف ". ترجمة قانونية لقانون المصارف الفرنسي لعام 2013 .

هـ- المواقع الالكترونية:

1- التشريع النقدي والمالي في فرنسا منشور على الرابط الاتي تاريخ الزيارة 2020/1/19.

https://eurlex.europa.eu/LexUriServ/LexUriServ.do?uri=OJ:L:1998:330:0032:0054:EN:PDF.

2- ضوابط تداول العملات الأجنبية بقانون البنك المركزي المصري منشورة على الموقع الألكتروني https//www.youm7. com تاريخ الزيارة يوم الجمعة 2021/7/30 .

3- Sorin Izrescu ، Banking Restructuring techniques in the Economical Crisis Context ، VasilDedu (5) the World Bank .

4- WWW . duei . de / de / Content / forschung / pdf / ap

5- www.international-arpitration-attorney.com1

6- موقع البنك المركزي العراقي : https://www.cbi.iq

ثانياً: المصادر الاجنبية:

1. Arminjon {P.): précis du droit interational privé commercial ،Dalloz ،1984.
2. BARTIN (E.): Principes de droit international privé selon la loi et ta jurispridence fraçaises ،T. II. Paris،2012.
3. BATIETOL (II.): Les conflits dc lois en matière de contruly dans la communaté économique euripéenne ،les problémes juridiques et économiques du Marché commun ،colloque de Faculté de droit ،Paris 1960.
4. BATIFFOI. HECKE (G.): Problemes juridiques des einpruntes internationaux ، 2éme éd. ،1974.
5. BATIFFOL (H.): Crédits et conflits de lois in Etude offertes á Roger Hauin ،Ed. Dalloz ،Sirey 1985.
6. BATIFFOL et LAGARDE: Droit international privé ،7cme. Paris ،T.1. jurispridence fraçaises ،T. II. Paris ،1982.
7. BATIFFOL et LAGARDE: Droit international privé ،7cme. Paris ،T.12014
8. BATTIFFOL (H.): Subjectivisme et objectivisme dans le droit international privé des contrars ،choix d'articles ،1976.
9. Bonell(MG) the unidroit principles transnational law U .L.R. vol .5-2000 available at WWW . UNidroit .
10. BROCHER: cours de droit international privé. CHSEHIRE and NORTH: Private international law ،ul. éd. ،London ،1979.
11. Chantal Dupaspuier and Patrik Nqsiwe "foreign Direct investmen in Africa performance challenges and Responsibilitis ، gournal of economics ،2016 .
12. CHAPELLE (A.): Les Fonctions de l'order public en droit international privé ، thèse ،Paris ،2 vol.dacty. 1979.
13. CHEMALY (T.): Conflits des fois en matère d'effets de commerce ،thiese ،Paris ، 1981..
14. DAIGRE (J.T.): Aspects de droit international et droit compare en matière de cartes de paiement et crédit ،in les nouveaus moyens de paiement ،Economica ، 1986.
15. DAYANTIR.: Rep. Dalloz drinl. Vo ،prescription civile. DELAUME (G. R.): What is an international contract Q. L. R Vol. 1979.

16. De J.M. BISCHTOFF. GOLDMAN (B.): Les conflits de lois en matère d'instruments négociables ،Rapport l'international Bar Assoiciation ،Third conference of the legal profession (London July La Haye ،1972 ،P. 300-316.
17. DE NOVA (R): Conflits de lois et normes fixant leur proper domaine d'application. Melanges J. Maury ،T. I ،Dalloz ،Sirey ،1960.
18. DESPAGNET (F.): Précis de droit intomational privé. Sen éd. ،par ch. DE BOECK ،Paris 2009. DICEY and MORRIS: The conflict of laws ،9th ed.). 1973.
19. Domke foreginnationalization Some aspects of contemporary international law،A.j.tl vol 2016.
20. DONELLI(F.): La convention de Rome du 19 Juin 1980 et la loi applicable aux opérations bancaires ،R. D. A. I ،1985
21. ESPAGNET (F.): Précis de droit intomational privé. Sen éd. ،par ch. DE BOECK ،Paris ،1909. DICEY and MORRIS: The conflict conflict of laws ،9th ed.2017..
22. FERRONNIERE (1.) Et CHILIAZ (D): Les opératious Banque ،6ème éd. Dalloz ، 1980.
23. FOUCHARD (Ph.): La loi Française et les opérations bancaires liées à l'activité internationale ،R. J. C. no special février 1984 ،P. 68 ets.
24. Foustoucos (a) ،l،arbitrage interne et international ،droit prive ellennique ،paris litec ،1976
25. Foustoucos (a)، larbitrage international ، droit prive hellennique ، paris litec ، 1976.
26. FOYER (1.): Entree en vigueur de la convention du 19 juin 1980 sur la loi applicable aux obligations contractuelles ،clunct 1991.
27. FRANCESCAKIS (Ph.): "Quelques précisions sur les lois d'application immediate et leur rapports avec les règles de conftits de loi" Rev. crit. 1966..
28. Fronties Droit Et lex mercatoria Arhvs de laproit ، paris 1964.
29. GAUDEMENT-TALLON (H.): La reconnaissance de jugements étrangers portant sur une somme d'argent en matiére civile et commerciale ،Revue international de droit compare ،1986.
30. GAVALDA (Ch.) et STOUFFLET (J.): Droit de la Bangi Thémis ،1974.
31. GAVALDA (Ch.): Banque et étaablissement Financiers Rép Dalloz dr. int. L'efficacité Juridique en France de l'excutive order to president carter (gelant" Les avoirs officieles iraniens ،Gaz pal. 1979 .
32. GAVALDA (Ch.): La carte de paiement ،Economico ،1984.

33.JOBARD – BACHELIER (M.N); L apparence en droit international prive , these, paris, 1984.
34.LAGARDE (P); Le nouveau droit international prive des contrats apres l enrtree en vicueur de la convention de Romedu. 19 Juin 1980, Rev. Crit. 1991.
35.Lando (O): The Lex Mercatoria in International Commercia Arbitration.L.C.L.Q.Vol.34.part 4. paris. 1985.
36.Philippe Malaurie et Laurent AYne Laurent Aynes les suretes a publicite fonciere ، Deferions, paris,2002.
37.ROBLOT (R.) et RIVES-LANGE (L.L.); Droit bancaire ،3 éd. Dalloz 1980. SAVATIER (R): Cours de droit international privé ،2ém éd. ،Paris ،1983.
38.SOTUFFLET (1): Le crcdit documentaire ،étude juridique d'un instrument Financier du commerce internatinal thes. Dijion ،Librairies lechniques ،1957.

Abstract

The goals that were sought by the Iraqi national economy can be summarized by allowing branches of foreign banks, including attracting foreign capital, and raising the level of banking service with foreign banks by creating a field for competition and applying appropriate means to raise the level of this service, in addition to creating a cash and banking market in Iraq to attract Foreign investment and strengthening the relationship between the banking system and global financial markets and providing the necessary banking facilities to finance foreign investments, as the foreign investor is usually reassured in dealing with foreign banks compared to local banks.

While other countries seek to develop the available financial services and create new banking services And gaining more experiences in the various fields of banking work through increasing integration with the international capital markets, and the ways and methods for foreign bank branches to enter the economies of developing countries have varied. Advanced technology and deeper experiences in international financial markets, which in turn creates a competitive environment that local banks must keep pace with so that they can maintain their position and their clients in the market.

Since the companies are subject to the supervision of the local regulatory authorities, the subsidiary company is an independent legal entity that is established in the host country in each partnership, and the foreign bank in the country of domicile has the majority ownership, so that it is difficult for it to adapt to the local conditions of the market and it also needs to make an effort to attract and acquire customers.

As national laws differ in determining the most important element among the elements of attribution, which is relied upon in determining the applicable law, which has become unable to respond to the nature

of these disputes, and on the other hand, the failure of the traditional principle to meet banking disputes is no longer the only reason for the emergence of this type of The rules are at the Iraqi national level, but there are legal and practical reasons for major economic transformations in the Iraqi economic sector from a closed economy to an open economy, which in turn led to changes in the Iraqi banking sector by entering the foreign bank, and this is what prompted it to acknowledge the existence of these rules And work to unify solutions for certain types of contracts and actions in order to achieve common goals, in addition to what arbitration embodies as a basic pillar in the emergence of these rules, so model contracts came to crystallize those solutions, as some of them sometimes have countries' budgets, which have a great impact on reviving the national economy, and operations have become International banking is a feature of the era and one of its prominent signs, as foreign banks play a very important role in economic life and merchants. It is the first source of financing for internal and external trade, and it is the main axis on which commercial credit operations revolve. Each of them has its own characteristics and provisions, despite the importance of these contracts and their popularity in commercial life, and the interest of many legislations in codifying them and regulating their provisions.

There is no doubt that banks or legal persons in general, although they do not undertake some of the national costs that legal persons undertake in defense of the entity of the state, yet they contribute effectively to the strength of the state in economic terms, through the economic activity that they do that are not available to individuals, and in that Justifies the state's inclusion of legal persons with its nationality.

Republic of Iraq

Ministry of Higher Education and scientific Research

University of Kerbala - College of law

Law applicable to foreign bank branch

(A Comparative study)

To the Council of the Faculty of law - University of Kerbala

It is part of the PhD requirements Philosophy in private law

Thesis submitted by the student

Ghaswa AdeI Hassen

Supervisor

Prof. Dr. Hasan ali kadhim

1443 A.H **2022 A.D**