

أحكام منازعات التحويل الدولي للأموال

Provisions for international money transfer disputes

عرب لامية *

جامعة محمد لمين دباغين سطيف-2، مخبر دراسات وأبحاث حول المجازر الاستعمارية، الجزائر،

l.arab@univ-setif2.dz

بلمامي عمر

جامعة محمد لمين دباغين سطيف-2، الجزائر،

dr.belmami@yahoo.com

تاريخ الإرسال: 2021 / 02 / 27 * تاريخ القبول: 2021 / 06 / 20 * تاريخ النشر: 2021 / 06 / 21

ملخص:

إن تطبيق قواعد الاختصاص القضائي في منازعة البنوك كونها قواعد وطنية وجدت لتحكم معاملات تبرم وتنفذ في العالم المادي، الأمر الذي جعلها عاجزة عن حكم المعاملات البنكية الدولية التقليدية عموما والإلكترونية خاصة وعلى وجه الخصوص التحويل المصرفي. كما يتجلى أيضا أن تحديد القانون الواجب التطبيق على العلاقات العقدية ذات الطابع الدولي الخاص يتنازع منهجان: المنهج الأول والذي يتمثل في قاعدة التنازع التقليدية، والثاني منهج القواعد الموضوعية، وتبين أن كلاهما لم يستطعا تحديد القانون الذي يحقق الحماية الكافية للطرف الضعيف في العلاقة ذات الطابع الدولي، خصوصا في العمليات المصرفية الإلكترونية، ومنها التحويل المصرفي الإلكتروني.

الكلمات المفتاحية: التحويل الدولي للأموال، قانون الإرادة، الاختصاص القضائي الدولي، قانون دولة البنك، التشريع الجزائري.

Abstract:

The application of jurisdiction rules in a banking dispute is clearly national rules that exist to govern transactions concluded and implemented in the physical world, rendering them incapable of governing traditional international banking transactions in general and electronic in particular, like banking transfers. It is also evident that the determination of the law applicable to complex relationships of a particular international character is disputed in two approaches: The first is the rule of traditional conflict, the second is the objective approach of rules, and both have not been able to determine which law provides adequate protection to the weak party in the international relationship, particularly in electronic banking operations, including electronic banking transfer.

Keywords: : international transfer of funds, the law of the will, international jurisdiction, bank state law, algerian legislation.

* المؤلف المرسل

مقدمة:

يعتبر التحويل المصرفي من بين العمليات المصرفية المقترنة بالبنوك دون سواها، باعتبارها وسيلة من وسائل الدفع التقنية، وقد استمد قواعده من العرف البنكي والعادات التجارية، لكن نظرا للتطور الاقتصادي وقصد مواكبة العصر، كان لابد من ظهور قواعد قانونية تنظم هذه العملية، لذلك صدر القانون رقم 02-05 المتضمن القانون التجاري الذي يعتبر من القوانين الأولى التي عالجت عملية التحويل المصرفي في الجزائر، حيث حاول المشرع من خلاله إضفاء الصفة القانونية على هذه العملية محاولة منه لضبطها وتنظيم سيرها. يعرف التحويل المصرفي أنه: "عملية مصرفية تتضمن أمرا صادرا من العميل إلى البنك الذي به حسابه، لتحويل مبلغ معين من حسابه إلى حساب آخر له أو لشخص آخر، وقد يكون هذا في البنك نفسه أو في بنكين مختلفين"، كما يعتبر التحويل المصرفي من أبسط العمليات المصرفية وأقلها تكلفة، وتحقق هذه العملية انتقال مبلغ من النقود من شخص لآخر، بواسطة قيود يجريها البنك في حسابات العملاء لديهم وبناء على رغبة ذوي الشأن.

إن التحويل المصرفي له أهمية اقتصادية وقانونية، فمن الناحية الاقتصادية، يقلل من استخدام العملة المتداولة، إذ يخفف آثار التضخم النقدي كظاهرة ناشئة عن زيادة السيولة النقدية التقليدية المتداولة، أما من الناحية القانونية فإن التحويل المصرفي يعد من أهم صور الوفاء عن طريق القيود الحسابية دون استعمال النقود مثل الشيك، وقد حظي التحويل المصرفي بالترحيب المتزايد من البنوك لما تنسم به هذه العملية من تلقائية وسرعة في الانجاز.

وتطرح عملية التحويل إشكالية تتمثل في تحديد الأحكام التي يمكن تطبيقها على عملية التحويل المصرفي الدولي؟ أو بمعنى آخر: ما هي القواعد القانونية التي يمكن أن تحكم عملية التحويل المصرفي ذات الطبيعة الدولية؟

تهدف الدراسة إلى تسليط الضوء على أحكام منازعات التحويل الدولي للأموال، من خلال رصد مختلف التوجهات النظرية والتطبيقية ذات الصلة بالموضوع، من أجل معرفة مدى ملائمة هذه الأحكام وطبيعة منازعات التحويل المصرفي الدولي.

وتجدر الإشارة إلى أننا اعتمدنا على المنهج التحليلي، القائم على تحليل مختلف النصوص القانونية المنظمة لمنازعات التحويل الدولي للأموال وإبراز مدى فعاليتها.

ولمناقشة هذه الإشكالية وتحليل هذا الموضوع حاولنا تقسيمه إلى مبحثين: المبحث الأول: الاختصاص القضائي في عملية التحويل المصرفي الدولي، القانون الواجب التطبيق على عقد التحويل المصرفي الدولي المبحث الثاني.

المبحث الأول: الاختصاص القضائي في عملية التحويل المصرفي الدولي

قد تنشأ عن العمليات المصرفية عدة منازعات، خاصة في عملية تحويل الأموال سواء فيما بين البنك والعميل أو فيما بين البنوك التي تتعاون في تنفيذ هذه العملية، وهذه المنازعات قد تؤدي إلى طلب الفصل في هذا النزاع فيكون للمضروور الحق في المطالبة بالتعويض عما لحقه من ضرر جراء تنفيذ هذه العملية. ولا تثار المشكلة عندما يكون أطراف النزاع في هذه العملية (البنك والعميل) من نفس الجنسية وتم العقد بينهما ونفذت العملية في نفس دولة جنسية أطراف النزاع؛ لأن الاختصاص القضائي لمحاكم هذه الدولة هو الذي يتولى الفصل في هذا النزاع، وتطبق عليها القواعد العامة للاختصاص الاقليمي والمكاني المحددة في قانون الإجراءات المدنية والإدارية، ولكن المشكلة تثار عندما يكون هذا النزاع مشوبا بعنصر أجنبي، حيث أن عملية

التحويل المصرفي التي هي عملية لتحويل الأموال معرضة دائما بأن يدخل فيها العنصر الأجنبي خاصة عندما يتم التحويل إلى خارج البلاد أو يكون البنك مركزه الرئيس خارج البلاد، والذي نفذ العملية هو الفرع التابع له والموجود داخل الدولة أو غيرها من الأمثلة.

المطلب الأول: الاختصاص القضائي الدولي في عقد التحويل المصرفي التقليدي

إن القاعدة العامة في الاختصاص الدولي للمحاكم تجعل رفع الدعوى أمام محكمة موطن أو محل إقامة المدعى عليه؛ وذلك لما هو متعارف عليه أن المدعى يقيم دعواه في محكمة المدعى عليه (سلامة، 2004، صفحة 347)، حيث يعطي هذا المعيار الاختصاص القضائي الدولي في أي نزاع مشوب بعنصر أجنبي لمحكمة الدولة التي يكون فيها المدعى عليه في هذا النزاع متوطنا فيها أو مقيما فيها بصورة مؤقتة، لأن هذه المحاكم هي الأنسب للبت في هذا النزاع، ولأن الأصل أن ذمة المدعى عليه بريئة حتى يثبت عكس ذلك (الهداوي، دون تاريخ نشر، صفحة 175).

وهذا الضابط للاختصاص أخذت به معظم القوانين العربية والغربية حيث أخذ به قانون المرافعات المصري في المادة 29، والمادة 1/42 من قانون المرافعات الفرنسي لسنة 1975، والمادة 2/640 من قانون المرافعات الألماني لعام 1986، والمادة 2 من مجموعة القانون الدولي الخاص السويسري لعام 1987، والمادة 149 من القانون الروماني لعام 1992، والقانون الإيطالي لعام 1995، والمادة 2057 من القانون المدني البيروني لعام 1984 وأخذت به أيضا النظم القانونية في كل من كندا وانجلترا وأستراليا، وهذا الضابط يؤخذ به في العقود الدولية المبرمة عن طريق شبكة الإنترنت (سلامة، 2004، صفحة 59)، عكس التشريع الجزائري الذي لم ينص على مثل هذا الضابط.

لم ينص قانون الإجراءات المدنية والإدارية صراحة على الاختصاص الدولي للمحاكم للنظر في النزاعات التي يكون المدعى عليه فيها أجنبي الجنسية، إلا أنه أجاز من خلال المادتين 41 و 42 منه في القسم الأول الموسوم بـ "الدعاوى المرفوعة ضد أو من الأجانب".

حيث تنص المادة 41 على: يجوز أن يكلف بالحضور كل أجنبي، حتى ولو لم يكن مقيما في الجزائر، أمام الجهات القضائية الجزائرية، لتنفيذ الالتزامات التي تعاقدها عليها في الجزائر مع جزائري. كما يجوز أيضا تكليفه بالحضور أمام الجهات القضائية الجزائرية بشأن التزامات تعاقدها عليها في بلد أجنبي مع جزائريين.

وتنص المادة 42 على: "يجوز أن يكلف بالحضور كل جزائري أمام الجهات القضائية الجزائرية بشأن التزامات تعاقدها عليها في بلد أجنبي، حتى ولو كان مع أجنبي.

وهاتان المادتان منقولتان حرفيا من القانون الوضعي الفرنسي، فالمادة 41 تقابلها المادة 14 من القانون المدني الفرنسي، والمادة 42 تقابلها المادة 15 من نفس القانون، ولم يخصص المشرع الفرنسي هو أيضا غير هاتين المادتين للاختصاص القضائي الدولي.

وتجدر الإشارة إلى أن استعمال المشرع الجزائري للعبارة "حتى ولو كان مع أجنبي" في المادة 42 من قانون الإجراءات المدنية والإدارية تحتمل تعاقدها جزائري مع جزائري في بلد أجنبي وبالتالي يجوز تكليفهما بالحضور أمام الجهات القضائية الجزائرية، وكذلك الحال لو تعاقدها مع أجنبي كما جاء في نص المادة. وهذا يعني أن المشرع الجزائري لم يأخذ بالقاعدة العامة في الاختصاص الدولي للمحاكم، والتي تقضي بوجوب رفع الدعوى أمام محكمة موطن أو محل إقامة المدعى عليه، وإنما اعتمد قاعدة الجنسية الجزائرية وموئداها أن كل شخص حامل لها يجوز أن يسأل أمام محكمة موطنه أو جنسيته أي أن الاختصاص يؤول إلى المحاكم الوطنية.

بالرجوع إلى نص المادة 32 قانون إجراءات مدنية وإدارية (القانون رقم 09/08، 2008)، نجد أن المشرع الجزائري أقر صراحة بأن الاختصاص في منازعات البنوك يعود إلى الأقطاب المتخصصة التي تحدد مقراتها والجهات القضائية التابعة لها عن طريق التنظيم. وهذا يعد اعترافا صريحا من المشرع بخصوصية منازعات البنوك، إلا أن هذا الأمر لم يتم تجسيده في الواقع الذي يقضي بأن جميع منازعات البنوك يبت فيها أمام الجهات القضائية العادية أو الإدارية كل حسب طبيعة النزاع.

لكن باستقراء نصوص الأمر 11/03 المتعلق بالنقد والقرض وطبقا لنص المادة 83 نجد أن الطبيعة القانونية للبنوك سواء كانت عمومية أو خاصة باعتبارها شركات تجارية تتخذ قانونا شكل شركات مساهمة (الأمر رقم 03/11، 2003)، وبالتالي فإن المنازعات التي تنشأ ما بين البنوك وعملائهم، أو فيما بين هذه البنوك، أو ما بين ممثلي هذه الأخيرة وأحد العاملين فيها، تكون من اختصاص جهات القضاء العادي. وكذلك الأمر بالنسبة لبنك الجزائر الذي يعد تاجرا في علاقاته مع الغير (الأمر رقم 03/11، 2003).

المطلب الثاني: الاختصاص القضائي الدولي في عقد التحويل المصرفي الإلكتروني

يتطلب تحديد المحكمة المختصة للفصل في نزاع ما معرفة نوع وطبيعة العمل المتنازع بشأنه إضافة إلى معرفة مكان تنفيذ العمل، لذا يجب لتحديد المحكمة المختصة في نظر النزاع المتعلق بالتحويل الإلكتروني للنقود التمييز بين ما إذا كان أطرافه تابعين لدولة واحدة أو تابعين لأكثر من دولة، أي أن يكون في العقد عنصر أجنبي، ففي الحالة الأولى لا تنثور أي مشكلة لأنه سيكون الاختصاص القضائي الداخلي هو الواجب الإتياع حسب اختصاص كل محكمة، أي اختصاص المحكمة المكاني أو النوعي (الغانمي، 2016، صفحة 206).

أما الحالة الثانية سيكون الاختصاص القضائي الدولي هو المتبع، وهو ولاية قضاء الدولة على جميع الأشخاص المقيمين على إقليمها وعلى الأموال الموجودة في أرضها أو عليها والتصرفات القانونية التي تنشأ أو تنفذ فيها والوقائع المادية التي تحدث فيها، والقواعد التي تحكم الاختصاص القضائي الدولي لا تخرج عن إما محكمة موطن أو محل إقامة المدعى عليه وهو مبدأ يصلح في العقود الإلكترونية وتأخذ به الدول في قوانينها الإجرائية (الغانمي، 2016، صفحة 207).

وهذا المعيار يعطي الاختصاص القضائي الدولي في أي نزاع مشوب بعنصر أجنبي لمحكمة الدولة التي يكون فيها المدعى عليه متوطنا أو مقيما بصورة مؤقتة، لأن هذه المحكمة تعد الأنسب للبت في النزاع (الهداوي، دون تاريخ نشر، صفحة 175)، أو المحكمة التي اتفق الأطراف اللجوء إليها، وذلك من أجل التسيير على المدعي للحصول على الحماية القضائية المطلوبة (حجازي، 2010، صفحة 98)، ويرى الفقه بأن هذا الاتفاق حتى يكون منتجا لأثاره يجب أن توجد رابطة جدية بين المحكمة المنفق عليها وبين النزاع القائم، وأن يوفر الاتفاق مصلحة مشروعة كما أن لا يكون الاتفاق بسوء نية يخفي تحت طياته غشا أو تدليسا (سلامة، 2004، صفحة 61)، وأخيرا محكمة محل إبرام أو تنفيذ العقد، وعند تطبيق المبادئ أعلاه على التحويل الإلكتروني للنقود، نجد أن أنسبها للتطبيق عليه محكمة محل إقامة الأمر وذلك لأنه الطرف المتضرر فيه لما للتقدم العلمي التكنولوجي من تأثير فيه والبنك محترف مهني في هذا المجال.

ولما كان القضاء التجاري يختص بنظر المنازعات المتعلقة بالمواد التجارية والتحويل المصرفي الإلكتروني يعد تجاريا، لذا يكون النزاع الناشئ عنه من اختصاص القضاء التجاري، إلا أن المشرع الجزائري لم ينص اطلاقا على التحويل المصرفي الإلكتروني في القانون التجاري لجزائري واكتفى فقط بإيراد مادتين بخصوص التحويل المصرفي التقليدي.

هذا وباستقراء نصوص مواد القانون رقم 05/18 المتعلق بالتجارة الإلكترونية (القانون رقم 05/18، 2018) لا نجد ما ينص على التحويل المصرفي الإلكتروني سواء كان إشارة إليه أو بتعريفه أو وضع أحكام عامة تنظمه. حتى ان قانون الإجراءات المدنية والإدارية جاء خاليا من أي حكم ينص على الإختصاص القضائي الدولي في المعاملات المالية لإلكترونية وهذا يعد قصورا تشريعيًا واضحًا.

المبحث الثاني: القانون الواجب التطبيق على عقد التحويل المصرفي الدولي

لا تثار مشكلة تنازع القوانين في عقد التحويل المصرفي متى كانت العلاقة القانونية وطنية بكافة جوانبها، فإذا تدخل عنصر أجنبي في هذه العلاقة وعقد الإختصاص في نظر الدعوى للقاضي الوطني كان لزاما بعد ذلك تحديد القانون الواجب التطبيق على العقد.

ويتفقد القاضي الوطني عند تحديده للقانون الواجب التطبيق على العلاقة القانونية موضوع الدعوى بالأحكام التي وضعها المشرع لتنازع القوانين والواردة في القانون المدني، وتعرف القواعد الخاصة بحل مشكلة تنازع القوانين بقواعد الإسناد (المطلب الأول)، حيث يعرفها الفقه: "بأنها القواعد القانونية التي ترشد القاضي إلى القانون الواجب التطبيق على المراكز القانونية ذات العنصر الأجنبي"، وهي قواعد يضعها المشرع الوطني لاختيار أكثر القوانين المتراحة ملائمة لحكم العلاقة الخاصة المتضمنة عنصرا أجنبيا وأكثرها ايفاء بمقتضيات العدالة، أما إذا تعذر عليه تطبيق هذه القواعد يلجأ إلى ما يسمى بقانون دولة البنك سواء كان بنك المستفيد أو بنك الأمر (المطلب الثاني)، هذا كله إذا تم التحويل بالطريقة التقليدية وأحيانا أخرى يتم الكترونيا لذا أضافت معظم التشريعات الدولية القانون الموضوعي الإلكتروني الدولي (المطلب الثالث).

المطلب الأول: قواعد الاسناد

يعد ضابط الإسناد أهم عنصر من عناصر قاعدة الإسناد فهو الذي يربط بين موضوع الإسناد والقانون الواجب التطبيق، فضابط الإسناد يعني الأساس الذي يستند إليه المشرع في تحديد القانون الواجب التطبيق على موضوع الإسناد. الأصل في العقود وفقا للاتجاه التشريعي الحديث هو الرضائية، حيث ينعقد العقد بمجرد التقاء الإيجاب الصادر على أحد المتعاقدين بالقبول الصادر عن المتعاقد الآخر.

في حالة غياب إرادة صريحة أو ضمنية للمتعاقدين، اتجهت تشريعات بعض الدول إلى النص على ضوابط مفيدة من شأنها أن تسهل على القاضي مهمة تحديد القانون الذي يحكم العقد، وعادة ما تتمثل هذه الضوابط في الجنسية المشتركة للأطراف أو الموطن المشترك لهم، أو محل إبرام العقد أو تنفيذه، و قد تجمع بعض التشريعات بين أكثر من ضابط وقد تكتفي أخرى بضابط واحد عادة ما يكون محل انعقاد العقد.

و لقد اتجهت أغلب التشريعات الوطنية، على غرار المشرع الجزائري، إلى تبني هذا الاتجاه، وذلك باعتماد ضوابط إسناد تكون ذات صلة وثيقة بالعقد، والمتمثلة إما في قانون الدولة محل الإبرام أو دولة جنسية المتعاقدين أو موطنهما المشترك، قد يلجأ القاضي في حالة غياب قانون الإرادة إلى اعتماد قواعد التنازع باعتبارها القواعد المنظمة للعلاقات المتضمنة لعنصر أجنبي، فهي تحتوي على ضوابط إسناد تشير إلى القانون الواجب التطبيق على العلاقة التعاقدية محل النزاع، و من هذه الضوابط نجد ضابط الموطن المشترك، كذلك ضابط الجنسية المشتركة، و عليه نقسم المطلب إلى عدة فروع :

الفرع الأول: قانون الإرادة

يعد ضابط الإرادة من أهم ضوابط الإسناد وأشهرها في قواعد القانون الدولي الخاص، بل إنه يعد الضابط الرئيسي، ويقوم هذا الضابط على مبدأ سلطان الإرادة (Wang, 2010, p. 96) (الذي يعطي للأطراف إمكانية تحديد القانون الواجب التطبيق على عقودهم).

وقد كرس هذا الضابط المادة 18 في فقرتها الأولى من القانون المدني الجزائري: "يسري على الالتزامات التعاقدية القانون المختار من المتعاقدين إذا كانت له صلة حقيقية بالمتعاقدين أو بالعقد. كذلك كرس هذا الضابط العديد من الاتفاقيات الدولية، مثل اتفاقية لاهي للبيع الدولية للأشياء المنقولة المادية، الموقعة في 15 يونيو 1955 م، والنافذة ابتداء من أول سبتمبر عام 1964 م والتي تنص في المادة (1/2) على أنه: "يسري على البيع القانون الداخلي للبلد الذي تحدده إرادة الأطراف"، وكذلك المادة (1/5) من اتفاقية لاهي الموقعة في 14 مارس 1978 في شأن القانون الواجب التطبيق على عقود الوساطة التجارية، والتي تنص على أنه: "يسري على روابط الوكالة أو النيابة بين الموكل والوكيل القانون الداخلي الذي يختاره الأطراف" (http://www.hcch.net/index_fr.php?act=conventions.text&cid=89)، وكذلك المادة (1/13) من اتفاقية روما لعام 1980 م بخصوص القانون الواجب التطبيق على الالتزامات التعاقدية (http://eur-lex.europa.eu/legal-content/FR/TXT/?uri=CELEX:41998A0126(02)). كما نص على هذا المبدأ قانون الأونسيترال النموذجي للتحويلات الدائنة الدولية، حيث أضافت لجنة واضع القانون مادة في إطار الأحكام العامة للقانون (المادة عين) والتي تعالج مسألة تنازع القوانين، حيث نصت الفقرة الأولى منها على أنه: "تكون الحقوق والالتزامات الناشئة عن أمر الدفع خاضعة للقانون الذي يختاره الأطراف...".

وإذا كانت عملية التحويل ذاتها تكيف بأنها عملية مستقلة تحل محل النقود البيدوية، إلا أنه تسبقها العديد من العقود يفرغ فيها حقوق و واجبات أطرافها، وبالتالي يخضع لحكمها أوامر التحويل الصادرة من عملاء البنك، وقد تتضمن هذه العقود بندا أو شرطا صريحا يحدد القانون الواجب التطبيق على المنازعات الناشئة بينهم، ويسمى هذا الشرط "الاختصاص التشريعي"، إلا أنه قد يستشف هذا الارتباط بصورة ضمنية من ظروف التعاقد (طليان، 2017، صفحة 714، 713)، مثل اختيار المتعاقدين لغة معينة لتحديد العقد، أو استعمال مصطلحات قانونية معروفة في قانون معين، واشترط تنفيذ العقد في دولة معينة بما يفيد انصراف نية المتعاقدين إلى إخضاع العقد لقانون دولة التنفيذ، وغيرها من الأمارات والقرائن التي تحيط بالعقد والذي يستخلصها القاضي من ظروف وملابسات العقد (طليان، 2017، صفحة 714).

وعلى الرغم مما يحققه ضابط الإرادة من مزايا لأطراف العلاقة العقدية، أهمها معرفتهم المسبقة بالقانون الذي يحكم علاقتهم وتحديد حقوقهم و واجباتهم على ضوئه، إلا أنه قد تعرض للنقد كضابط إسناد رئيسي في قاعدة التنازع العامة التي تحكم العقود الدولية التي يكون أحد طرفيها ضعيفا كما هو الشأن في علاقة البنك بعميله في عمليات التحويل المصرفي التقليدي والإلكتروني، حيث يتعاقد الأخير مع البنك تحت وطأة الحاجة لخدماته، فيستغل البنك ذلك بفرض شروطه عليه، وذلك بتحديد القانون الذي يرى أنه الأصلح له على حساب مصلحة العميل الطرف الضعيف في الرابطة العقدية (طليان، 2017، صفحة 714).

هذا وقد يحصل أن لا يقوم طرفا العقد باختيار القانون الواجب التطبيق على العقد التجاري الدولي لذلك عمل الفقه والقضاء الدوليين لحسم هذا الأمر بإقرار معايير وضوابط يتم اللجوء إليها لتحديد القانون الواجب التطبيق.

الفرع الثاني: ضابط الموطن المشترك

يعد الموطن من أهم موضوعات القانون الدولي الخاص فهو الأداة والوسيلة التي تعمل إلى جانب الجنسية لتوزيع الأفراد جغرافيا عبر دول العالم لذلك كان من الضرورة بيان مفهومه من خلال التعرض إلى

تعريفه وكذا أنواعه، وكذلك تحديد قانون الموطن المشترك كضابط إسناد وفي السياق نفسه بيان موقف المشرع الجزائري من هذا الضابط .

ونجد أن المشرع الجزائري أيضا قد تبنى نفس الاتجاه لأنه منح للقاضي الحق في تطبيق ما يطبق للاستناد بمقتضى المادة 18 من القانون المدني (القانون رقم 10/05، 2005) وهما:

- قانون الموطن المشترك أو الجنسية المشتركة للمتعاقدين.
- قانون مكان إبرام العقد .

وقد فضل المشرع الجزائري إعطاء ضابط الموطن المشترك للمتعاقدين الموقع الأول في الترتيب قبل قانون الجنسية المشتركة وقبل قانون محل إبرام العقد رغم أهمية ووزن هذين الأخيرين .

ويستفاد من نص هذه المادة أنه يحدد القانون الواجب التطبيق من ضمن القوانين التي لها صلة وثيقة بالرابطة العقدية حيث أنها إسناد احتياطيين وقرر الأخذ بهما على سبيل التدرج مستبعدا في ذلك دور القاضي في تكملة إرادة المتعاقدين عند تخلف إرادتها الضمنية.

كما يلاحظ على نص المادة 18 من القانون المدني الجزائري أن المشرع هو الذي تولى عملية الإسناد والضوابط المذكورة بترتيب ورودها الذي يعد ذا قيمة في معاملات التجارة الدولية خاصة وأنها ضوابط إسناد احتياطية أوردتها المشرع كقرائن قانونية بسيطة لتسهيل مهمة القاضي في أعمال قانون الدولة الأوثق صلة بالعقد، حتى وإن اختلف موقف القانون المقارن في ترتيبها حسب أهميتها (زروتي، 2004، صفحة 244).

الفرع الثالث : ضابط الجنسية

إن فكرة الجنسية في حد ذاتها تعد فكرة قديمة على اعتبار أن الإنسان كائن اجتماعي يميل إلى الانتماء إلى جماعة معينة، و مع ذلك لم تلق الجنسية كمصطلح واضح المعالم و لم تكن معروفة بالمفهوم الحالي بل عرفت تحت اسم تسميات أخرى كانت تدل على الأسرة على أساس الانحدار من أصل معين .

اختلفت معظم التشريعات حول موقع الأفضلية لقانون الجنسية المتحدة للأطراف المتعاقدة، كما اختلف القضاء في شأن قانون الجنسية المشتركة، فاعتبرته بعض أحكام القضاء الفرنسي قرينة على الإرادة المفروضة، بينما اعتبرته أحكام أخرى دليلا على الإرادة الضمنية أو مركز الأعمال المشترك (بلاق، 2011/2010، صفحة 54)؛ فإسناد الرابطة العقدية إلى قانون دولة الجنسية المشتركة هو إسناد منتقد، ومن الصعوبة بما كان التعويل عليه في مجال العقود التجارية وعقود المعاملات المالية ذات الطابع الدولي، وما تأكيد الفقه على أن الجنسية الأجنبية لا تعد عنصرا مؤثرا في عقود المعاملات الدولية إلا دليل على ذلك (صادق، 1995).

الفرع الرابع : إسناد الرابطة العقدية لقانون محل إبرام العقد

تستعين العديد من التشريعات بضابط محل إبرام العقد لتعيين قانون العقد في حال انتقاء الإرادة الصريحة أو الضمنية للأطراف المتعاقدة، وقد قيل في تأييد هذا الإسناد الجامد بأنه:

- إسناد يعبر عن وجود صلة حقيقية وجادة بين القانون والعقد.
 - يكفل للمتعاقدين إمكانية عرض الحلول المطبقة بشكل مفصل.
 - يكفل للمتعاقدين ميزة العلم المسبق بالقانون الذي يحكم العقد.
 - يضمن وحدة الحلول القانونية التي تطبق على الرابطة العقدية.
- لكن رغم المزايا التي يتمتع بها هذا الإسناد إلا أنه لم يسلم من النقد، حيث قيل بشأنه :
- أن إبرام العقد بناء على ظروف عارضة لا يكفي لاعتماد هذا الضابط في تحديد قانون العقد.
 - أنه يؤدي إلى الإخلال بالأمان القانوني الذي ينشده الأطراف.

- أن اختلاف النظم حول تحديد المكان الذي يعتد به كمحل لإبرام العقد، قد يؤثر على تحديد قانون العقد (بلاق، 2011/2010، صفحة 54).

وتجدر الإشارة إلى أن المشرع الجزائري أقر في نصوص القانون المدني بتطبيق القانون الجزائري إذا تعذر إثبات القانون الأجنبي الواجب تطبيقه (القانون رقم 10/05، 2005).

كما أنه ينص على تطبيق المبادئ العامة للقانون الدولي الخاص إذا لم يرد نص في المواد الخاصة بتنازع القوانين (القانون رقم 10/05، 2005).

المطلب الثاني: قانون دولة البنك

يرى جانب من الفقه أن تحديد القانون الواجب التطبيق على عقد التحويل المصرفي مرتبط بالقانون الذي يخضع له البنك دون الالتفات إلى أي معيار آخر، فإذا تم التحويل لدى بنك واحد فإن قانون الدولة التي يوجد فيها هذا البنك هو الذي يكون واجب التطبيق على عقد التحويل أيا كانت جنسية أو موطن الأطراف، و أيا كان المكان الذي صدر فيه الأمر بالتحويل، فإذا تدخل في التحويل بنك ثان فإن القاعدة العامة -من وجهة النظر هذه - هي تطبيق قانون الدولة التي يوجد فيها بنك المستفيد.

الفرع الأول : قانون بنك المستفيد

إذا تدخل لتنفيذ عملية التحويل مصرفان، فإن العملية تتم من وقت قبول البنك الثاني أي بنك المستفيد، وبعبارة أخرى فإن العملية تتم من وقت قيدها في حساب المستفيد وليس قبل ذلك. و بديهي أن البنك عندما يجري هذا القيد إنما يعني بذلك قبوله لأن يكون مدينا أمام المستفيد وهو ما لا يتأتى إلا إذا كان قد تلقى قيمة القيد من بنك الأمر. و مقتضى ما تقدم أن التحويل يعتبر قد تم وأن الوفاء بمبلغ التحويل قد تحقق في المكان الذي يعبر فيه بنك المستفيد عن رضائه، أي في المكان الذي تم فيه التحويل (عكاشة، 1993، صفحة 268).

والحال كذلك فإن قانون بنك المستفيد هو الذي يكون واجب الأعمال ليحكم عملية التحويل المصرفي. فالوظيفة الاقتصادية للعملية واعتبارات التركيز المكاني لها وفكرة الأداء المميز كلها اعتبارات ترشح تطبيق هذا القانون بشدة (الهداوي ح.، دون تاريخ نشر، صفحة 248). فوق ذلك فإن كافة الآثار المترتبة على عملية التحويل والوظيفة الفذة له المتمثلة في عملية الوفاء تتحقق في هذا المكان، فإذا كان من المسلم به أن التحويل المصرفي يتم لحظة إجراء القيد بواسطة البنك في حساب ومكان المستفيد، و أن الوفاء قد تحقق في هذا التاريخ وذاك المكان، فمعنى ذلك أن قانون الجهة التي يوجد فيها المنقول (المعنوي المتمثل في القيد) وقت تحقق السبب الذي ترتب عليه كسب الملكية -هو قانون البنك- يكون هو الواجب التطبيق (عكاشة، 1993، صفحة 268).

وبما أن عملية التحويل المصرفي تتم من وقت قيدها في حساب بنك المستفيد، وهذا ما يعني أن الوفاء بمبلغ التحويل سيتم في المكان الذي سيعبر فيه بنك المستفيد عن رضائه في قيد قيمة التحويل في حساب المستفيد، وهذا ما يعني أن القانون الواجب التطبيق على هذه العملية هو قانون بنك المستفيد، فهو الذي سيتولى تنظيم عملية التحويل المصرفي، حيث تنص المادة 17 مكرر 01 من القانون رقم 10-05 على ما يلي: "يسري على الأموال المعنوية قانون محل وجودها وقت تحقق السبب الذي ترتب عليه كسب الحيازة، أو الملكية، أو الحقوق العينية الأخرى، أو فقدها" (القانون رقم 10/05، 2005).

وبالترتيب على ما تقدم فإن قانون بنك المستفيد هو الذي يحكم العلاقات المتولدة بين الأمر بالتحويل و دأنه (المستفيد)، فهذا القانون هو الذي يتحدد وفقا له الوقت الذي يثبت فيه حق المستفيد على مبلغ التحويل. كما

تضع له العلاقات المتولدة عن العملية بين المستفيد وبنكه، ويحكم هذا القانون أيضا العلاقة بين البنكين الذين يتم بينهما أمر التحويل، أي البنكين اللذين يتدخلان لإجراء عملية التحويل (عكاشة، 1993، صفحة 270).

الفرع الثاني: قانون دولة بنك الأمر

إذا كان قانون بنك المستفيد هو صاحب السلطان لحكم الجانب الأعظم في عملية التحويل المصرفي وبصفة خاصة في إطار العلاقة بين بنك الأمر و بنك المستفيد، وبين المستفيد نفسه وبنكه، فإن قانون دولة بنك الأمر هو الذي ينطبق ليحكم العلاقة بينهما، ذلك أنه متى تم تفسير العلاقة بين العميل الأمر والبنك الصادر إليه الأمر بالتحويل على أنها وكالة موضوعها قيام الأخير بنقل مبلغ من حساب العميل إلى المستفيد عن طريق القيد وذلك بأن يقيد المبلغ في الجانب المدين للعميل الأمر بالتحويل، فإن قانون مكان هذا البنك هو الذي يكون واجب التطبيق باعتباره قانون المكان (التنفيذ) الذي يتم فيه إجراء هذا القيد الأول، فهذا القانون هو الذي يحكم مسؤولية البنك عن عدم التنفيذ ومسؤوليته عن إجراء التحويل المصرفي الذي يتم بالمخالفة لتعليمات العميل الأمر، وعن الإهمال الذي يصدر عنه عند عدم التأكد من توقيع عميله في حالة تقديم أمر تحويل مزور إليه، كما يحكم هذا القانون مسؤولية البنك عن التأخير في تنفيذ أمر النقل إلى الخارج، وبالمثل فإن قانون دولة البنك الصادر إليه أمر التحويل هو المرجع لتقدير درجة الحيطة والحذر التي يجب أن يتوخاها البنك عند قيامه بتنفيذ أمر عميله (عكاشة، 1993، صفحة 271، 270).

ونظرا لعدم إمكانية تطبيق مثل هذه الضوابط على التحويل المصرفي الإلكتروني بدأ التفكير يتوجه نحو ضرورة ايجاد آليات قانونية وتنظيمية جديدة مستقلة عن القوانين الوطنية تتلاءم وطبيعة هذا العقد.

المطلب الثالث: تطبيق القانون الموضوعي الإلكتروني على التحويل المصرفي الإلكتروني

لقد بدأ التفكير يتوجه نحو ضرورة ايجاد آليات قانونية وتنظيمية جديدة مستقلة عن القوانين الوطنية نتيجة للمشاكل المتعلقة بتحديد القانون الملائم لمثل هذه العقود، وتكون موجهة أساسا للمعاملات التي تتم عبر الشبكة الدولية للمعلومات، وتقوم بتنظيم قواعد مهنية تظهر نتيجة الممارسات التجارية الدولية الإلكترونية (زمزمي، 2006، صفحة 233)، فحجم معاملات التجارة الإلكترونية في تزايد مستمر عبر العالم نظرا لتوسع استعمال الشبكة التقنية في إبرام العقود التجارية، كما يتوقف ازدهار التجارة الإلكترونية تطوير نظام قانوني يكفل الأمن للمعاملات ويحمي حقوق وحريات الأطراف (K.BENYEKHEF, 1997, p. 559).

ويؤكد غالبية أنصار التجارة الإلكترونية، ويقبلونها كسلوك لهم في مجال البيئة الافتراضية، وهم القادرون على تسيير شؤونهم في ظل عجز الأدوات القانونية الوطنية منها والدولية لتنظيم وحكم العلاقات التجارية الإلكترونية.

يعرف القانون الموضوعي أنه: "القانون الذي يضع مباشرة تنظيمًا موضوعيًا خاصًا للتطبيق على المعاملات القانونية ذات الصفة الدولية، وهو عبارة عن مجموعة القواعد التي تشكل قانونًا ذاتيًا مستقلا وغير مرتبط بالقوانين الوطنية (سلامة، 2004، صفحة 74).

يهدف القانون الموضوعي الإلكتروني إلى تقديم الحل الموضوعي مباشرة، دون الإحالة إلى قوانين أخرى، ولكن وعلى الرغم من وجود هذا القانون الذي يحكم العمليات التي تتم عبر شبكة المعلومات الدولية، يبقى الواقع يدفع إلى التشكيك في وجوده وقدرته على حسم المنازعات التي تثور بشأن التحويل المصرفي الدولي الإلكتروني، باعتبار أنه قانون لا يتصف بصفة النظام القانوني، نظرا لعدم توافره على عنصر الإلزام في القواعد المشكلة له، بالإضافة إلى نقص وقصور هذه القواعد (حوالف، دون سنة).

قواعد هذا القانون قواعد نوعية، أي وضعت لكي تحل نوعا معينا من المشكلات وهي تلك الناشئة عن هذا الوسط الافتراضي لهذا العالم غير المادي للمعالجة الآلية للمعلومات والبيانات، ونظام التعامل مع بنوك

المعلومات والعمليات البنكية الإلكترونية والبريد الإلكتروني وغيرها، وهذا التعامل يتمشى والطبيعة الذاتية للعلاقات والمعاملات عبر الشبكة ومعطياتها الفنية والتكنولوجية، ويتفق في النهاية مع توقعات المتعاملين في نطاقه (طليان، 2017، صفحة 747).

ويتميز هذا القانون بتلقائية نشأته، وينتج عن الطبيعة التلقائية للقانون الموضوعي الإلكتروني، أن يتطور باستمرار مع تطور حاجات المتعاملين مع الشبكة، لأنه ينشأ من خلال ممارساتها وعاداتهم المقبولة، ويجنبهم قصور القواعد الوطنية عن مجارات أنماط معاملاتهم (طليان، 2017، صفحة 747).

بالإضافة إلى ذلك فإن قواعد هذا القانون تضع حلولاً لمسألة المثارة مباشرة ولا تحيل إلى غيرها للتعرف على هذا الحل، فهو قانون موضوعي للإنترنت والشبكات الإلكترونية العالمية، فالعلاقة أو الصلة بين القاضي والقانون تكون مباشرة بخصوص منهج القواعد الموضوعية تماماً كما هو الحال في قضايا القانون الداخلي. وبذلك يشكل القانون الموضوعي الإلكتروني الدولي Lex electronic، كيان قانوني موضوعي ذاتي خاص بالعلاقات التي تنشأ عبر الشبكات الإلكترونية، وهو نظير القانون الموضوعي للتجارة الدولية Lax mercatoria (طليان، 2017، صفحة 748).

على الرغم من الحماس الشديد الذي يبديه أنصار هذا القانون الموضوعي الإلكتروني، إلا أن هذا القانون يواجه العديد من الانتقادات التي تشكك في إمكانية حله محل قواعد القانون الدولي الخاص في حل مشكلات علاقات التجارة الإلكترونية ذات الطابع الدولي (طليان، 2017، صفحة 750).

وتجدر الإشارة إلى أن المشرع الجزائري قد اعتمد على معايير إسناد جامدة في المادة 02 (القانون رقم 05/18، 2018) من قانون التجارة الإلكترونية رقم 05/08 سواء ما ارتبط منها بالعقد (محل إبرامه أو تنفيذه) أو بأطرافه (الجنسية أو الإقامة الشرعية، أو الشخص المعنوي الخاضع للقانون الجزائري).

خاتمة:

التحويل المصرفي الدولي عملية مهمة إذ أنها تتناسب وما تحتاجه الحياة التجارية من سرعة و إئتمان، فهي تغني طرفيها عن تسوية معاملاتهم المتعددة دون حاجة إلى التداول اليدوي للنقود، بأسلوب القيود الحسابية فقط، فهي تقنية محاسبية بسيطة لا ترتب تكلفة مع توفير الوقت وبغني عن النقل المتكرر للنقود. وعلى ضوء ما تقدم، نخلص إلى النتائج التالية:

- لم ينظم المشرع الجزائري عملية التحويل المصرفي، حيث اكتفى بالإشارة إليه في القانون التجاري من خلال المادتين: 543 مكرر 19 و 543 مكرر 20، في حين لم يرد ذكراً للتحويل المصرفي الإلكتروني.
- اختلاف قواعد الاختصاص القضائي الدولي من دولة إلى دولة أوسع منه في قواعد تنازع القوانين، ومن أجله أيضاً لا تتسم تلك القواعد بالشروع، فيما بين بلاد العالم بقدر ما تتسم به قواعد تنازع القوانين.
- جاء النص على قواعد الاختصاص القضائي الدولي للمحاكم الجزائرية في المادتين 41 و 42 من قانون الإجراءات المدنية والإدارية، وهاتان المادتان تقرران في عبارة صريحة عقد الاختصاص للمحاكم الجزائرية على أساس اعتبار شخصي هو جنسية الخصوم، فكلما كان أحد الخصوم في الدعوى جزائرياً، مدعياً أو مدعى عليه، ثبت الاختصاص لهذه المحكمة، وبصرف النظر عن نوع الدعوى.
- انتهت الدراسة إلى أن الاعتماد على منهج قواعد الإسناد التقليدية في تحديد القانون الواجب التطبيق على عمليات التحويل المصرفي ذات الطابع الدولي، باعتبارها لا تحقق الحماية لعلماء البنوك.

وخرجنا بمجموعة من التوصيات حول الحلول القانونية التي يمكن أن يسلكها المشرع من أجل إيجاد مخرج لمختلف العوائق التي من الممكن أن تحد أو تعرقل نمو وتطورات التعاملات بالتحويل المصرفي، تتمثل هذه التوصيات في:

- إن عقود الخدمات المصرفية التي تبرمها البنوك مع عملائها هي عقود مطبوعة على شكل نماذج تكون معدة مسبقاً من البنك فهي لا تمت لسلطان الإرادة بصلة، فيكون الطرف الأضعف فيها هو العميل الذي يكون مذعناً أمام شروط البنك التي من الممكن أن تعدل أو تخفف أو تعفي البنك من مسؤوليته، لذا يجب على المشرع التدخل لحماية العميل الذي يعد الطرف الأضعف والأولى بالحماية.
- العمل على إصدار تشريع خاص يتمثل في قانون بنكي جزائري يخصص جزء منه للتحويل المصرفي نظراً لأهميته في المعاملات المالية.
- يجب أن تساهم البنوك في إعداد القوانين التي تخص العمل المصرفي من أجل التوصل إلى نتائج قانونية سليمة، وذلك لما لها من خبرة علمية مهمة في هذا الصدد.
- على الصعيد التشريعي فإنه على المشرع إدراك طبيعة عصر المعلومات وأن هناك حاجة ملحة إلى حزمة متكاملة من القوانين التي يتعين سنّها لمعالجة كافة الآثار المترتبة على اختلاف البيئة الإلكترونية التي تعمل فيها البنوك عن البيئة التقليدية لها حيث تبدو كثير من القوانين الحالية غير صالحة لمواجهة المشاكل المختلفة والمتزايدة عن استخدام الكمبيوتر في المجال المصرفي.
- إعادة النظر في النصوص المتعلقة بالاختصاص القضائي الدولي للمحاكم الجزائرية، بحيث يتم صياغة أحكام قانونية مناسبة وملائمة تنظم مسألة الاختصاص الدولي للمحاكم، وإفراد عملية التحويل المصرفي التقليدي والإلكتروني بقواعد قانونية تتلاءم وطبيعة هذه العملية البنكية.

قائمة المراجع:

أولاً: الكتب

- حجازي، ع. أ. (2010). *التجارة عبر الإنترنت (دراسة مقارنة)*. (الطبعة الأولى). الإسكندرية: منشأة الإسكندرية. زروتي، أ. (2004). *القانون الدولي الخاص الجزائري - تنازع القوانين*. - الجزء الأول. مطبعة الكاهنة.
- زمزمي، إ. أ. (2006). *القانون الواجب التطبيق في منازعات عقود التجارة الإلكترونية - دراسة مقارنة*. - جامعة عين شمس، كلية الحقوق، قسم الدراسات العليا، مصر.
- سلامة، ح. ع. (2004). *الإنترنت والقانون الدولي الخاص*. مؤتمر القانون والكمبيوتر والإنترنت. (p. 347) جامعة الإمارات العربية المتحدة: الطبعة الثالثة.
- صادق، ه. ع. (1995). *القانون الواجب التطبيق على عقود التجارة الدولية*. الإسكندرية: منشأة المعارف.
- طليان، م. ح. (2017). *التحويل المصرفي الإلكتروني (دراسة مقارنة)*. - (دون طبعة). القاهرة: دار النهضة العربية.
- عكاشة، م. ع. (1993). *قانون العمليات المصرفية الدولية - دراسة في القانون الواجب التطبيق على عمليات البنوك ذات الطبيعة الدولية*. - بيروت، لبنان: الدار الجامعية.
- الغانمي، خ. م. (2016). *النظام القانوني للتحويل الإلكتروني للنقود (دراسة مقارنة)*. - (الطبعة الأولى). المركز القومي للإصدارات القانونية.
- الهداوي، ح. (دون تاريخ نشر). *القانون الدولي الخاص تنازع القوانين - المبادئ العامة والحلول الوضعية في القانون دراسة مقارنة*. - عمان، الأردن: دار الثقافة للنشر والتوزيع.
- الهداوي، غ. ع. (دون تاريخ نشر). *القانون الدولي الخاص - الجنسية في الموطن مركز الأجانب وأحكامه في القانون العراقي (دون طبعة)*. الجمهورية العراقية: وزارة التعليم العالي والبحث العلمي.

K.BENYEKHFLEF, V. G. (1997). droit du commerce électronique énormes applicable: l'émergence de la lex-électronica.

Wang, F. F. (2010). internet jurisdiction and choice of law-legal practices in the EU, US And China. Cambridge university.

ثانيا: الدوريات والملتقيات

بلاق م, (2010/2011). قواعد التنازع والقواعد المادية في منازعات عقود التجارة الدولية. جامعة أوبكر بلقايد- تلمسان -,كلية الحقوق والعلوم السياسية, الجزائر.

حوالف ع, (1). دون سنة. (القانون الواجب التطبيق على عقود التجارة الإلكترونية مجلة الحقيقة .)

ثالثا: المواقع الإلكترونية

(s.d.). Récupéré sur [http://eur-lex.europa.eu/legal-cintent/FR/TXT/?uri=CELEX:41998A0126\(02\)](http://eur-lex.europa.eu/legal-cintent/FR/TXT/?uri=CELEX:41998A0126(02)).

http://www.hcch.net/index_fr.php?act=conventions.text&cid=89. (s.d.)

رابعا: النصوص القانونية

الأمر رقم 11/03. (2003, 08 26). *المتعلق بالنقد والقرض*, العدد 52. الجمهورية الجزائرية الديمقراطية الشعبية : الجريدة الرسمية الجزائرية.

القانون رقم 09/08. (2008, 04 23). *تضمن قانون الإجراءات المدنية والإدارية*, العدد 21. الجمهورية الجزائرية الديمقراطية الشعبية: الجريدة الرسمية الجزائرية.

القانون رقم 05/10. (2005, 06 20). *المتضمن القانون المدني الجزائري المعدل والمتمم*, العدد 44. الجمهورية الجزائرية الديمقراطية الشعبية: الجريدة الرسمية الجزائرية.

القانون رقم 05 /18. (2018, 05 10). *المتعلق بالتجارة الإلكترونية*, العدد 28. الجمهورية الجزائرية الديمقراطية الشعبية: الجريدة الرسمية الجزائرية.