وزارة التعليم العالـــي والبحث العلمـــي
جامعة محمد خيضر – بسكرة –
كليــة الحقوق والعلوم السياسية
قسم الحقوق

التحكيم في المنازعات المصرفية

– دراسة مقارنة –

أطروحة مقدمة لنيل شهادة دكتوراه في العلوم

تخصص قانون أعمال

إعداد الطالبة: العلواني سهام

إشراف الدكتـــــور خـــــان فضيـــل

أعضاء لجنة المناقشة

عزري الزيـــــن	أستـــــــاذ	رئيســـــا	جامعة بسكـرة
خان فضيـــــل	أستاذ محاضر أ	مشرفا ومقررا	جامعة بسكـرة
شعيب محمد توفيق	أستاذ محاضر أ	مناقشـــــا	جامعة بسكـرة
قسوري فهيمـــة	أستـــــــاذ	مناقشـــــا	جامعة باتنة 1
بن نولـــي زرزور	أستاذ محاضر أ	مناقشـــــا	جامعة الطارف
خيرجة ميلـــود	أستاذ محاضر أ	مناقشـــــا	جامعة الوادي

السنة الجامعية: 2024-2025

التحكيم في المنازعات المصرفية
-دراسة مقارنة-

إهـــــداء

إهـــــــداء

إلى روح أبي الطاهرة رحمه الله وأسكنه فسيح جناته

إلى بركتي وقوتي، إلى الكفاح الذي لا يتوقف

إلى المجاهدة الشامخة أمي حفظها الله ورعاها

لكل العائلة الكريمة التي ساندتني ولا زالت:

زوجي، إخوتي وأخواتي حفظهم الله ورعاهم

إلى من أزهرت بهما حياتي

ابني احمد رضا، وابنتي تسنيم

إلى كل من خط في مسيرتي العلمية حرفا أو علمني عملا أو لقنني

درسا في الحياة

وأخص بالذكر

أخي وأستاذي الفاضل الدكتور محمد الطيب مسعودي،

الأستاذ المحامي نويوي علي و الدكتورة وناس عقيلة

لكل هؤلاء أهدي عملي هذا

راجية من الله أن يكون في ميزان حسنات كل من ذكرت

شکر و عرفان

شكر و عرفان

قال رسول الله صلى الله عليه و سلم :

" من لم يشكر الناس لم يشكر الله، ومن أهدى إليكم معروفاً فكافئوه، فإن لم تستطيعوا فادعوا له"

وعملاً بهذا الحديث واعترافاً بالجميل، أحمد الله عزّ وجل على توفيقه لي على إتمام هذا العمل

ثم أتوجه بالشكر الجزيل وعظيم الامتنان إلى مشرفاي:

الأستاذ الدكتور عزري الزين، الدكتور خان فضيل، لتفضلهما الكريم بالإشراف على عملي هذا وّبما تفضلا به علي من نصاح قيمة و وفيرة و بما جادا به علي من وقتهما الثمين.

ولا أنسى أن أتوجه بالشكر الجزيل لجميع الطاقم الإداري لكلية الحقوق و أخص بالذكر عميدها أ.د دبابش عبد الرؤوف، أ.د مشري عبد الحليم، أ.د لعور بدرة، أ.د هرون حسينة كل فيما قدمه لي من مساعدة.

فألف شكر للجميع

بسم الله الرحمن الرحيم

{ فلا و ربك لا يؤمنون حتى يحكموك فيما شجر
بينهم ثم لا يجدوا في أنفسهم حرجا مما قضيت و
يسلموا تسليما }

صدق الله العظيم

سورة النساء: الآية 65

مقدمـــــــة

كانت العمليات التجارية في العصور القديمة تتم بين البائع والمشتري عن طريق المقايضة؛ أي استبدال سلعة بسلعة أخرى مغايرة، وكانت هذه العمليات تتم على نطاق ضيق قبل اكتشاف النقود، حيث كان يشترط في هذا النوع من المبادلات التجارية أن تكون السلعتان محل المبادلة متواجدة في نفس المكان، أو أن تكون في مكان يسهل نقلها منه بوسائل النقل البدائية المتاحة آنذاك. وبذلك كان الإنسان يشبع حاجاته بصورة محدودة للغاية بسبب عدم تطور وسائل الاتصال والمواصلات، وعدم معرفة الشعوب بثروات الشعوب الأخرى.

وقد أدى التطور المتسارع الذي شهدته معظم بلدان العالم إلى تقدم وتطور واضح وتغيير في ملامح الحياة الاقتصادية والتكنولوجية والاجتماعية، الأمر الذي دفع غالبية المجتمعات إلى الإسراع والتسابق إلى توفير مستلزماتها المادية والبشرية للنهوض بواقعها بما يخدم رفاهيتها ورخائها. وبسبب تفاوت الثروات والموارد الطبيعية من بلد آخر، فقد نمت التجارة الخارجية بين البلدان لغرض تلبية إحتياجاتها عن طريق استيراد ما يلزمها من سلع وخدمات موجودة في بلدان أخرى.

وقد أثبت الواقع العملي أن مشكل التمويل يعد من أصعب المشاكل التي تواجهها التجارة بصفة عامة، والتجارة الدولية بصفة خاصة في كل دول العالم، وهو ما يؤثر كنتيجة حتمية على تنميتها الاقتصادية، الشيء الذي استوجب تدخل المؤسسات المصرفية وبعض المؤسسات المالية للتقليل من هذه المشاكل، عن طريق تطوير وسائلها وتقنياتها التمويلية، ووسائل الدفع لتسهيل حركة التبادلات التجارية ولاسيما الدولية منها، بما يواكب التطورات الحديثة.

فالتجارة الدولية تتطلب تدفق البضاعة من البائع إلى المشتري، وبالمقابل، تسديد ثمنها من المشتري إلى البائع، فالبائع يرغب بتصدير بضاعته، إلاّ أنه يحتاج إلى وسيلة تضمن له تسديد قيمة هذه البضاعـة، والمشتري يرغب في استيراد هذه البضاعة إلاّ أنه يحتاج إلى وسيلة تضمن له وفاء البائع بالتزامه تجاهه، أي بتسليم البضاعة. وهنا يبرز دور البنوك في الحياة الاقتصادية والتجارية، حيث وبالرغم من تعدد أعمالها إلا أن النشاط الائتماني كان وما يزال يحتل موقع القلب من الجسد من بين سائر أنشطتها المصرفية الأخرى.

وفي مجال التجارة الدولية غالبا ما يجهل طرفي المعاملة التجارية بعضهما، نتيجة التباعد الجغرافي من جهة، ولعدم إمكانية معرفة المركز المالي للطرف الآخر من جهة أخرى، ومن أجل ذلك دعت الضرورة إلى وجود ضمانات لازمة وملازمة للتجارة الدولية، وأيضاً للتجارة الداخلية. لهذا، أوجد العرف

مصرفي بعض الضمانات التي تكفل تنفيذ العمليات التجارية الدولية وتمويلها في الوقت ذاته، بطرق سهلة وسريعة وبتكاليف قليلة.

ويعتبر الإعتماد المستندي واعتماد الضمان المصرفي، وأيضا الكفالة المصرفية أهم أشكال الإئتمان التي ابتكرها العرف المصرفي، وخصوصا مع تزايد حجم المعاملات التجارية، وتزايد المخاطر، مثل خطر عدم تنفيذ العقد، أو تنفيذه تنفيذا معيباً، أو عجز المورد عن تنفيذ التزاماته...الخ.

وهذه الضمانات بشكل عام عبارة عن عقود يضع البنك بمقتضاها تحت تصرف المستفيد وسائل دفع معينة، في حدود مبالغ معينة تخضع لشروط يحددها العقد، وبموجبها تمنح البنوك لعملائها التسهيلات اللازمة لإجراء معاملاتهم وصفقاتهم التجارية بوسائل آمنة ومضمونة.

ويقتضي هذا النوع من العقود المصرفية توسيط كفيل مؤتمن يثق فيه أطراف العمليات التجارية لكي توكل إليه مهمة الضمان، وهو الدور الذي تكفلت البنوك التجارية بالقيام به عن طريق قيامها بضمان عملائها لدى الجهات المختلفة. ذلك أن البنك يعد ملتزما ذا مركز مالي متين، أي أن الضامن يتمتع بقدرة مؤكدة على الوفاء، فيطمئن المستفيد كما لو كان مودعاً لديه مبلغ نقدي يتساوى مع مبلغ الضمان الوارد في الخطاب.

ومن هنا يبرز الدور الحيوي الذي تلعبه البنوك ومدى تأثيرها على الاقتصاد الوطني والدولي على السواء. الشيء الذي أدى تباعا إلى تطور أعمال البنوك وأدواتها المالية بما يواكب حركة التجارة ولاسيما الدولية منها. فإلى جانب العمليات المصرفية التقليدية ظهرت عمليات مصرفية وأدوات مالية جديدة وجِدُّ متطورة ومعقدة في نفس الوقت، الهدف منها توسط البنك بين طرفين أو أكثر لتقديم تسهيلات مصرفية تتضمن إئتمانا أو ضمانا أو كفالة لأحد أو بعض أطراف العملية التجارية لضمان إتمامها وأداء كل طرف لالتزامه على أكمل وجه.

وبطبيعة الحال قد ينشأ عن المعاملات المصرفية منازعات عديدة سواء فيما بين البنوك وعملائها أو فيما بين البنوك وبعضها بشأن تنفيذ إحدى العمليات المصرفية. فقد يخل أحد أطراف العملية التجارية والتي تتخللها عملية أو عمليات مصرفية بالتزامه، وهذا الإخلال بدون شك له ضحايا ومتضررين، فقد يكون أحد أطراف العملية التجارية (البائع أو المورد...الخ)، كما قد يكون البنك الوسيط. وفي كل الأحوال

سنكون أمام نزاع، غالبا ما يكون معقدا نتيجة تعدد العلاقات [1]و العمليات و تداخلها، خصوصا إذا تمت بالطرق الإلكترونية الحديثة، و أيضا إذا تعددت القوانين التي يخضع لها كل طرف من أطرافها.

هنا سيضطر أطراف هذه العلاقة التجارية، أو التجارية المصرفية في آن واحد، إلى التوجه إلى القضاء العادي للفصل في نزاعهم، وبهيئة محكمة مكونة من قضاة تكونوا تكوينا قانونيا بحتا، وليس لهم الخبرة والدراية الكافية بما يجول في القنوات المصرفية من عمليات متطورة ومعقدة ومتشعبة العلاقات والأطراف، وسينتهي بها الأمر إلى إصدار حكم تمهيدي بتعيين خبير في المجال المصرفي لإعداد تقرير خبرة للإستئناس به في الحسم في النزاع المطروح أمامها.

إلى هذه المرحلة، و في أحسن الأحوال ستكون قد مرت مدة أقلها تسعون (90) يوما، أي ثلاثة أشهر على تسجيل الدعوى، تليها نفس المدة تقريبا وأحيانا تزيد للحصول على هذا التقرير الذي يعود به الأطراف مرة أخرى إلى المحكمة في دعوى الرجوع في السير في الدعوى بعد الخبرة، هذه الأخيرة – أي الخبرة– التي قد يرفضها أحد الأطراف أو جميعهم، و ينتهي الأمر إلى تعيين خبير ثان أو ثالث، ثم حكم ابتدائي في النزاع، و يكون في أحسن الأحوال قد مر على النزاع ما يزيد عن السنة أو السنتان، تليها طعن في الحكم بالطرق المتاحة للأطراف، ثم يستتبعها إشكالات في التنفيذ و .... الخ.

وهكذا نجد أن الأطراف المتضررة من هذه الخصومة قد أضاعت وقتا طويلا في أروقة المحاكـــــم، وهو ما يسبب خسارة كبيرة للأطراف، ولا سيما البنوك، فالحقيقة أن الوضع المصرفي الحالي يعاني من الوقت الكبير الذي يهدر في إجراءات التقاضي أمام المحاكم. فقد أصبح العملاء المتعثرون في سداد ديونهم متخصصون في التحايل على البنوك واللعب على الأوتار التي تؤخر أداء التزاماتهم، حيث يلجأ هؤلاء إلى الخوض في منازعات طويلة الأمد أمام القضاء بوجه حق في بعض الأحيان، وبدون وجه حق في أحيان أخرى، وذلك باستعمال كافة الأساليب والوسائل لإطالة أمد النزاع

---

[1]- ففي الكفالة المصرفية مثلا يوجد عقدان الأول يربط الدائن والمدين والثاني يعرف بعقد الكفالة يربط بين البنك بصفته كفيل لعميله المدين وبين الدائن.

–وفي خطاب الضمان يوجد عقد الأساس بين العميل الآمر والمستفيد من الخطاب وعقد آخر بين العميل الآمر والبنك مصدر الخطاب وقد يتدخل بنك ثالث في العملية فيوجد عقد ثالث بين البنكين وهكذا قد تتعدد العقود.

–وفي الاعتماد المستندي يوجد عقد الأساس الذي يربط بين العميل الآمر (المستورد) والمستفيد (المصدر) والعقد الثاني يربط بين البنك والعميل الآمر ويسمى بعقد فتح الاعتماد وقد يتدخل بنك ثان لتعزيز الاعتماد فينشأ عقد ثالث بين البنكين وهكذا.

أمام درجات التقاضي المختلفة ربحا للوقت. وهو الشيء الذي يحول دون تحقيق البنوك لدورها الجوهري في حلقة التجارة الوطنية والدولية على السواء.

فإذا افترضنا مثلا أن عميلا ما للبنك قد استفاد منه بمبلغ مليون دينار بأي طريقة مصرفية [1]وقام بتوظيفها في تجارته، ثم أخذ يماطل في سداد ديونه أو تنفيذ التزاماته للبنك لمدة عشر سنوات. فهذا المليون سيتحول في تجارة العميل إلى عدة ملايين خلال العشر سنوات، وفي النهاية يرد المبلغ للبنك وفوائده القانونية بواقع النسبة المئوية التي يحددها البنك سلفا.

وفي الأخير نجد أن هذا المبلغ الذي يسترده البنك بعد فوات العشر سنوات يكون تافه القيمة إذا أخذنا في الإعتبار نسبة التضخم التي تكون قد أصابته خلال هذه المدة. وهذا الأثر الخطير يبدو واضحا أكثر في البنوك التجارية عنه في البنوك الإسلامية. لأن البنوك الإسلامية تدخل من أبواب المضاربة والمشاركة والمرابحة وتحتفظ في كثير من الأحيان –إن لم نقل في معظمها– بحقوق على السلع التي يتم الإتجار فيها، وهذا يساعدها على تجنب الآثار التضخمية التي تصيب النقود ولا تصيب البضائع إلا قليلاً.

ولما كان التأخير في الفصل في المنازعات يؤدي إلى تأخير حصول البنوك على مستحقاتها من هؤلاء العملاء، وحيث أن مصدر معظم موارد البنوك تعتبر أموالاً للمودعين الذين قد يطالبون بها في أي وقت شاءوا، لذلك فإن تجميدها لفترة طويلة دون إعادة توظيفها يضر لا محالة بالبنوك، كما أنه يعطل هذه الأموال من المساهمة في تنمية الاقتصاد الوطني، مما يجعل البنوك تعاني وضعا خاصًا لا يحتمل الانتظار لعدة سنوات للفصل في المنازعات التي تكون طرفا فيها.

وتزداد خطورة هذه المعوقات إذا أخذنا في الاعتبار الطبيعة الدولية لعمليات البنوك والتي تحكمها أعراف وممارسات دولية قد لا تلاحقها القوانين الوطنية أحيانا، الأمر الذي يتحتم معه العمل على تهيئة المناخ المناسب، وتوفير الضمانات، وخلق الأدوات الاقتصادية والقانونية لاضطلاع البنوك بدورها.

لهذا ينبغي الأخذ في الاعتبار أن آليات حل النزاعات التي لابد أن تنشأ بين متعاملين في أسواق أبعادها التريليونات والبليونات، يجب أن تكون على قدر من التنوع والتسهيل والمرونة بحيث تتجاوب مع متطلبات التجارة الدولية والعمليات المالية المتطورة.

---

[1]– عن طريق القرض أو الحصول على تسهيلات مصرفية مباشرة (كمبيالة مثلا) أو غير مباشرة . (كفالة، خطاب ضمان ،.....)

وقد اتضح– مما سبق ذكره– عدم قدرة القضاء العادي على مجاراة هذا التطور السريع، والطبيعة الخاصة للعمليات المصرفية والمالية. وهو الأمر الذي حذا بنا إلى التفكير في دراسة إمكانية أو بالأحرى ضرورة اللجوء إلى التحكيم في المنازعات المصرفية وحلها كأداة – غير متداولة حاليا في هذا النشاط – من شأنها توفير مساعدة كبيرة على انسياب العمليات المصرفية والمالية بسهولة ويسر، وذلك بالنظر إلى المزايا التي يحققها هذا القضاء الخاص والذي يتسم بالسرعة في الفصل في القضايا والسرية والتخصصية والتحرر من ربقة القواعد القانونية المعقدة، سواء كانت تلك القواعد موضوعية أو إجرائية.

ولما كان النشاط الرئيسي للبنوك – كما سبق الذكر– هو التعامل في النقود وما تتعرض له من تقلبات في سعر الصرف أو ارتفاع أسعار الفوائد فإن التحكيم كوسيلة لحل المنازعات التي تنشأ عن عمليات البنوك تكون هي الأنسب لفض تلك المنازعات لما يتميز به التحكيم من بساطة في الإجراءات وقصر مدته مما قد يقلل الضرر عن البنوك والمتعاملين معها.

فإذا كان من الجائز اللجوء إلى التحكيم في عقود المعاملات ذات الطبيعة الفنية المعقدة مثل عقود نقل التكنولوجيا وعقود الإنشاءات الكبيرة، فمن باب أولى تحتاج عمليات البنوك والعقود الناشئة عنها ومنازعاتها إلى التحكيم نظرا لما تحتاج إليه المنازعات المصرفية من خصوصية فنية ونوع من السرية وهذا ما لا يتوافر في قضاء الدولة وهو ما يوفرهما التحكيم.

إلا أنه وبالرغم من مزايا التحكيم باعتباره أسلوبا بديلا لحل النزاعات فقد وجهت له عدة انتقادات، ولعل أهمها تتمثل في أن قرار التحكيم بعد صدوره قد يصطدم بعقبة هامة، وهي تنفيذه. وتعتبر هذه المسألة من أخطر المشاكل التي تواجه قرار التحكيم من الناحية العملية. فرابح الدعوى، لا يعنيه كسبها لمجرد الكسب بقدر ما يعنيه الحصول على ما حكم له به. إذ أنه في حال رفض الطرف الأخر تنفيذ القرار طوعا، سيضطر الطرف الذي كسب الدعوى إلى اللجوء إلى القضاء الوطني لتنفيذ قرار التحكيم جبرا، وهذا ما يكثر وقوعه في الحياة العملية. ومختلف القوانين الوطنية، أو بعض منها، تتطلب لتنفيذ القرار إقامة دعوى عادية موضوعها تنفيذ قرار التحكيم الصادر في الخارج. ومثل هذه القوانين تجيز عدم التنفيذ إذا توفرت إحدى الحالات المنصوص عليها فيها. وهنا يصطدم كاسب الدعوى بوجود إجراءات قضائية تلافاها في البداية، ولكنها فرضت عليه في النهاية. بالإضافة إلى تخوفه من توفر إحدى حالات عدم التنفيذ المنصوص عليها في القوانين الوطنية، مما يعني رجوعه عمليا لنقطة الصفر.

أضف إلى ذلك أن الطرف الآخر (الذي خسر الدعوى) قد يلجأ هو نفسه للقضاء الوطني للطعن في القرار من حيث بطلانه أو فسخه، بحجة توفر إحدى الحالات التي تؤدي إلى ذلك استنادا لقانون

وطني معين. وتجدر الإشارة هنا إلى أن حالات الطعن بالقرار على هذا النحو، وحالات عدم تنفيذه على النحو ذاك، قد تضيق أو تتسع حسب اختلاف التشريعات الوطنية ونظرتها للتحكيم.

ومن هنا وأمام التعقيدات التي تتسم بها المنازعات المصرفية، وعجز القضاء بمفرده على مجاراتها – كما سبق الذكر– من ناحية، وأمام ما يعانيه التحكيم بعدم الفاعلية في كثير من الأحيان من ناحية أخرى، كون الأحكام الصادرة عن المحكمين لا تحظى بقوة التنفيذ الجبرية كالأحكام الصادرة عن القضـــــاة، فهي صادرة عن أشخاص عاديين لا يمثلون دولة ما أو إحدى سلطاتها العامة ولا يتمتعون بولاية القضاء، وليس لهم سلطة الأمر بتنفيذ ما يصدرونه من أحكام.

ومن هنا نجد أن تدخل قضاء الدولة للأمر بتنفيذ هذه الأحكام ضرورة لا غنى عنها لإعطائها القوة التنفيذية، وبالتالي فإن طرفي النزاع المصرفي ولا سيما الطرف المتضرر من طول أمد النزاع – والذي هو غالبا البنك– لن يجد في التحكيم سبيله إلى استيفاء حقوقه من الطرف الأخر. الشيء الذي يجعل التحكيم بدون فاعلية.

ومن هنا كانت إشكالية أطروحتنا:

كيف يمكن للتحكيم أن يكون البديل المفضل لدى أطراف المنازعات المصرفية، وبالتالي كيف يمكن تجنب مساوئه التي تجعل البنوك تعزف في معظم الأحيان عن اتخاذه بديلا للقضاء العادي في فض منازعاتها؟

أهداف الدراسة: يمكن تلخيص أهداف هذه الدراسة في النقاط التالية:

- تسليط الضوء على نظام التحكيم المصرفي وأهميته، ومبررات اللجوء إليه لحسم المنازعات بين البنوك وعملائها.
- معرفة مدى تأثير وجود اتفاق التحكيم في العقود المصرفية.
- دراسة أسباب عزوف المؤسسات المصرفية عن اتخاذ التحكيم كنظام بديل عن القضاء العادي في حسم منازعاتها مع عملائها أو فيما بينها، ومحاولة إيجاد حلول لها عن طريق المقترحات والتوصيات المقدمة في آخر هذه الدراسة.
- الرد على بعض الإنتقادات التي وجهت للتحكيم في المجال المصرفي.
- توضيح سير العملية التحكيمية في المنازعات المصرفية في القانون الجزائري وبعض اللوائح المتخصصة في هذا النوع من المنازعات.

أهمية الدراسة:

تكمن أهمية هذه الدراسة في إبراز دور التحكيم في فض النزاعات المصرفية، وما يحققه هذا الطريق البديل من مزايا عديدة لأطراف النزاع، تطغى على سلبياته التي كانت ولازالت سبب عزوف العاملين في القطاع المصرفي في اتخاذه بديلا عن قضاء الدولة العادي لفض منازعاتهم، لهذا ارتئينا من خلال هذه الدراسة إلقاء الضوء على مبررات اللجوء للتحكيم باعتباره الوسيلة الأمثل لفض المنازعات المصرفية. حيث أن التحكيم بمزاياه العديدة – كما ذكرنا– يتوافق مع طبيعة البيئة المصرفية واحتياجاتهـــا، وهو ما يحتمٌ على العاملين في القطاع المصرفي والمتعاملين معه إعطائه عناية خاصة واعتماده كوسيلة ناجعة في فض منازعاتهم.

أسباب الدراسة:

1– أسباب ذاتية: لقد تطرقت في دراستي التي قدمتها في مذكرة الماجستير لموضوع " الرقابة المصرفية على عمليات غسيل الأموال" وقد تجولت من خلال هذه الدراسة في أدغال العمل المصرفي وتعرفت على جزء لا بأس به في هذا المجال. وهو مازاد من شغفي في التعرف أكثر عنه.

لهذا، ورغبة مني في استكمال ما بدأته – أي في البحث في مجال البنوك والأعمال المصرفية– بالإضافة إلى رغبتي الكبيرة في التعرف على التحكيم باعتباره أسلوبا بديلا فاعلا لحل المنازعات بمختلف أنواعها وقطاعاتها، ارتأيت اختيار موضوع يربط بين ما بدأت وبين ما أرغب البحث فيه فكان موضوع " التحكيم في المنازعات المصرفية".

2– أسباب موضوعية:

أصبح التحكيم التجاري يحتل مكانة هامة ويقف على قدم المساواة مع النظام القضائي في الدولة حيث يساند التحكيم النظام القضائي في مهمته في تحقيق العدالة والتخفيف عن كاهل القضاء، وذلك مع ازدياد القضايا التي ترفع أمامه، وإرهاق العاملين بالنظام القضائي بتلك القضايا ومع وجود التعقيدات الإدارية، وطول مدة التقاضي والطعن في الأحكام القضائية على درجتين، بالإضافة في بعض الأحيان عدم تفهم القاضي أو المحامي للمشكلة المثارة والحكم في بعض القضايا بحكم لا يرضي رغبة الطرفين المتنازعين ولا يأخذ بعين الاعتبار مصالحهما المتبادلة، ولا سيما إذا تعلق الأمر بنزاعات يغلب عليها الطابع التقني عن الطابع القانوني، وهو الأمر الذي يؤدي إلى ضرورة تنوع الإختصاص والخبرة في الهيئة التي تفصل في مثل هذه النزاعات و ذلك بأن يكون أحد أعضائها أو أكثر، شخص له الخبرة التقنية أو الفنية –على حسب الحال– في مجال الخصومة القائمة.

ولا يخفى على أحد طبيعة العمل المصرفي التي يتطلب البت في المنازعات الناشئة عنه درجة من التخصص والفنية، بالإضافة إلى جانب السرعة، وهنا نجد أنه من المفترض لجوء أطراف الخصومة المصرفية ولا سيما البنك إلى التحكيم كوسيلة فعالة لتسوية الخلافات وفضّ المنازعات، قوامها انتفاع أطراف الخصومة بالعديد من المزايا التي ينطوي عليها، وليس أقلّها توفير الوقت واعتماد الحيدة والاستعانة بالخبرة وخفض التكاليف وتقليص المصاريف. هذا من ناحية.

ومن ناحية أخرى، نجد أنه في بعض الحالات يكون أطراف الخصومة من جنسيات مختلفة، ولا يقبل أحدهم الخضوع للاختصاص القضائي والتشريعي للآخر، فهو يجهل قانون الدولة الثانية، وقد يكون غير مطمئن إلى القضاء فيها، فليس أمام الطرفين إلا اللجوء إلى التحكيم كوسيلة لفض المنازعات بينهما دون خضوع أحدهما لقانون الآخر. وهو ما يوفر قضاء خاص يحكم بتجرد وموضوعية بمنأى عن الاعتبارات الشخصية.

لهذا، نرى أن اللجوء إلى التحكيم في المعاملات المصرفية بات يمثل ضرورة ملحة، من جهة لمواجهة إشكالات المعاملات التجارية السريعة التطور، ولا سيما الدولية منها، ومن جهة أخرى لتدخل إرادة أطراف التحكيم في اختيار الهيئة التحكيمية التي ستوكل لها مهمة الفصل في النزاع، واختيار القانون الواجب التطبيق على النزاع وحتى لغة المحاكمة ومكانه.

لكن وبالرغم من كل المزايا التي يوفرها اللجوء إلى التحكيم لفض النزاعات في مختلف المجالات وفي مجال المنازعات المصرفية بصفة خاصة، لاحظنا عزوف البنوك عن اللجوء إليه في عقودها، وهو ما فسره البعض بوجود مآخذ عديدة عليه ترفع من نسبة المخاطر القضائية والقانونية والتي تعتبر من مخاطر العمل المصرفي. ولعل أهم هذه الأسباب الاضطرار إلى العودة إلى القضاء العادي في حالة الطعن بالإستئناف أو بطرق الطعن المتاحة في أحكام التحكيم أو امتناع المحكوم ضده عن التنفيذ وبالتالي الرجوع إلى نقطة الصفر.

وقد نشر فريق عمل بغرفة التجارة الدولية المعني بالمؤسسات المالية والتحكيم الدولي، برئاسة الرئيسين المشاركين Georges Affaki et Claudia Salomon جورج أفاكي وكلوديا سالومون تقريرًا عن استخدام التحكيم كوسيلة لتسوية المنازعات. والذي تضمنت توصياته ضرورة استخدام التحكيم على نطاق أوسع بكثير مما هو عليه، كونه يجلب العديد من الفوائد للمؤسسات المالية والمصرفية في حل نزاعاتهم. وقد تم إنشاء مجموعة عمل خاصة للمحكمة الجنائية الدولية بشأن هذا الموضوع لدراسة وفهم التحكيم الدولي من قبل المؤسسات المالية والمصرفية، وأيضًا تحطيم المفاهيم الخاطئة بأن التحكيم

غير مناسب لقطاعات معينة من الصناعة المصرفية. وكانت النتيجة النهائية لمدة عامين من العمل تقريرًا يحتوي على مجموعة من التوصيات لتكييف إجراءات التحكيم مع احتياجات القطاع المصرفي والمالي[1].

لهذا، ارتأيت من خلال هذه الأطروحة دراسة أسباب هذا العزوف والبحث في مدى إمكانية تلافي وتجنب القصور الذي تعانيه عملية التحكيم في المجال المصرفي، واقتراح الحلول المناسبة لتجنب سلبياته.

منهج الدراسة:

سألجأ في دراسة هذه الإشكالية إلى استخدام منهج مزدوج يجمع بين التحليل والمقارنة، وذلك على النحو التالي:

المنهج المقارن: حيث لم تقتصر دراستنا على تناول موضوع التحكيم في المنازعات المصرفية في ظل نظام قانوني واحد، بل تناولناه في العديد من القوانين الوطنية، بالإضافة إلى التعرض لما جاءت به الإتفاقيات الدولية ولوائح التحكيم المتخصصة بشأن موضوع بحثنا والمقارنة بينها.

المنهج التحليلي: حيث اعتمدنا على طرح المشكلة ودراستها كما هي موجودة فعلا بالواقـــــــــــع، ووصفها وصفا دقيقا مع تحليل كل جزئية من جزئياتها وفقا للنصوص القانونية والأحكام القضائية، وعرض الآراء الفقهية وموقف القضاء الوطني والإتفاقيات الدولية وقواعد التحكيم الدولي منها ومناقشتها واستخلاص النتائج و ذلك من خلال الإطلاع على عدد متنوع من المراجع العامة و المتخصصة، وكذا الدراسات و الأبحاث التي لها علاقة بهذا الموضوع.

و يظهر استعمالنا لهذا المنهج بالخصوص، في عرضنا لبعض أنواع النزاعات المصرفية التي يمكن حدوثها في أنواع العمليات المصرفية التي تناولناها بالدراسة، و تحليل العلاقات المتداخلة بين أطرافها وتفكيكها و إسقاط قوانين التحكيم عليها.

الصعوبات:

بالرغم من مشكلة قلة المراجع المتخصصة في مجال التحكيم المصرفي، وكون الكثير منها مجرد معلومات مركبة جمعت تحت عنوان التحكيم في المنازعات المصرفية، إلا أن الصعوبة الحقيقية التي واجهتني هي الحصول على منازعات فعلية عرضت على مراكز تحكيم، وبالتالي صعوبة الحصول على

[1] -Arbitrages bancaires et financiers – Rapport ICC , 14/11/2016 par Arbitrage internationalhttps://www.international-arbitration-attorney.com/fr/banking-and-finance-arbitrations-icc-report/ disponible le 17-08-2018 .

قرارات تحكيمية في هذا المجال، وهو الأمر الذي يمكن تفسيره بالسرية التي يتسم بها هذا النوع من المنازعات، وبالتالي فإن أحكامه لا يتم نشرها، وهو ما حال دون إمكانية الحصول عليها.

نطاق الدراسة:

نظرا لتعدد و تشعب العمليات المصرفية واستحالة التطرق إليها جميعا، قمنا بحصر نطاق هذا البحث حول إدراج شرط التحكيم في بعض عقود التسهيلات المصرفيـــة (الكفالة المصرفية، خطاب الضمان و الإعتماد المستندي)، و مدى فاعلية ذلك على الفصل في تلك المنازعـــات، وذلك من خلال الإجابة على إشكالية البحث بصورة علمية، حيث رأينا أن نحصر موضوع البحث في التحكيم المصرفي في المنازعات التي تدور بين المصارف و عملائها بخصوص ما يحصل عليه هؤلاء العملاء من تسهيلات ائتمانية عبر العمليات المصرفية السالفة الذكر، و يكون ذلك من خلال التعرض لمختلف التشريعات الوطنية و القوانين والإتفاقيات الدولية السارية في هذا الصدد والمتصلة بموضوع البحث.

الدراسات السابقة:

- **التحكيم في المعاملات المصرفية، أطروحة دكتوراه من إعداد: محمد صالح علي العوادي، منشورة بدار النهضة العربية، القاهرة، 2010.**

كانت هذه الدراسة من أهم الدراسات التي ناقشت موضوع التحكيم في المنازعات المصرفية، وتعتبر من أهم المراجع للباحثين في هذا الموضوع، حيث تناولت معظم جوانبه، مع تخصيص دراسة نظام التحكيم في نوعين من المعاملات المصرفية، الكفالات المصرفية وخطاب الضمان المصرفي، حيث أنه لا يمكن أن يلم بجميع أنواع المعاملات المصرفية في دراسة واحدة، وفي نفس الوقت لم يترك دراسته عامة وفضفاضة.

- **التحكيم في المعاملات المصرفية الإلكترونية " دراسة مقارنة": رسالة دكتوراه من إعداد شعيب ضيف، أطروحة دكتوراه من إعداد شعيب ضيف، جامعة محمد خيضر، بسكرة، 2018.**

وهذه الدراسة وإن كان عنوانها " التحكيم في المعاملات المصرفية الإلكترونية"، إلا أن مضمونها اقتصر على التعريف بالمصارف الإلكترونية وعملياتها ثم انتقل إلى الحديث عن التحكيم الإلكتروني وإجراءاته، وهو ما لا يترجم المضمون المتوقع من عنوان الأطروحة؛ أي أنه لم يربط بين عناصر الدراسة، ولم يتحدث عن تضمين العقود المصرفية لاتفاق التحكيم وآثار ذلك على النزاعات المستقبلية، وهو ما يعد ضرورة حتمية في هذه الدراسة، ناهيك عن أن الدراسة جاءت فضفاضة وعامة.

- **التحكيم في العمليات المصرفية –دراسة قانونية مقارنة–، دراسة مقدمة من طرف : م م اخلاص حميد حمزة الجوراني، منشورة بمجلة الجامعة العراقية، عدد 01/38 ، ص ص 514-535.**

اقتصرت هذه الدراسة على إبراز خصائص العمليات المصرفية وقواعدها التي تعتبر من أهم مبررات اللجوء إلى التحكيم في هذا المجال، كما تطرقت إلى مزايا التحكيم المصرفي ودوافع اللجوء إليه، دون الخوض في تفاصيل و جزئيات الموضوع، ولا تخصيص نوع من أنواع العمليات المصرفية و منازعاتها بالدراسة، بل كانت دراسة عامة.

- **دور التحكيم التجاري في حسم المنازعات المصرفية – دراسة مقارنة –، دراسة من إعداد: مصطفى ناطق صالح مطلوب، منشورة بمجلة الرافدين للحقوق، المجلد 15، عدد 53، سنة 17، ص ص35- 91.**

تناول الباحث في هذه الدراسة التعريف بالتحكيم التجاري وأنواعه، ومدى إمكانية حسم المنازعة المصرفية عن طريق التحكيم، وذلك بالتطرق إلى التعريف بالمنازعات المصرفية وبيان مزايا التحكيـــــــــم، ثم أسهب في الحديث عن مراكز التحكيم المتخصصة في الفصل في القضايا المصرفية. دون التطرق إلى إمكانية ادراج اتفاق التحكيم في العقود المصرفية، وأثره على النزاع المصرفي.

- **التحكيم في عقود التسهيلات المصرفية " دراسة مقارنة " : رسالة ماجستير من إعداد همام محمد فهد الأعرج، جامعة القدس، 2017.**

ألمت هذه الدراسة ببعض التعاريف المتعلقة بالدراسة، التسهيلات المصرفية و أنواعها، اتفاق التحكيم، وشروطه و أنواعه، كما تطرقت لمزايا التحكيم في المنازعات المصرفية و معوقات اللجوء إليه على أن الباحث لم يقم بمناقشتها تأكيدا أو تفنيدا، أما الجديد الذي لم تتطرق إليه الدراسات السابقة فتمثل في التعرض لبعض المشكلات العملية في بعض عقود التسهيلات المصرفية، والتي بالرغم من أهمية وجودها في البحث من حيث إثراء الدراسة إلا أن الباحث لم يقم بإسقاط موضوع البحث؛ أي التحكيم عليها ولم يناقش دور اتفاق التحكيم فيما لو أخذ به في مثل هذه العقود. كما أن الباحث في هذه الدراسة خلط بين الكفالة المصرفية وخطاب الضمان المصرفي، واعتبرهما مصطلحين مختلفين لنفس العمليـــــة، وهذا غير صحيح لكون العمليتين (الكفالة المصرفية وخطاب الضمان) تخضعان لقواعد قانونية مختلفة. ناهيك عن أن الخطة التي اتبعها الباحث – بالرغم من كم المعلومات المهمة الت تضمنتها الرسالة – كانت مبعثرة وغير مرتبة ترتيبا تسلسليا.

وفي الدراسة التي سأخوضها من خلال هذه الأطروحة، سأحاول الإلمام بجوانب الموضوع الضرورية، وذلك بإيراد التعريفات للمصطلحات اللازمة لموضوعنا، كما سأقوم بالتحليل حيث يجب والمقارنة فيما تتطلبه الجزئية المدروسة، وإسقاط النصوص القانونية على الإشكالات المطروحة على بعض صور المنازعات المصرفية التي أخذناها عينة في دراستنا، وهذا وفق التقسيم والخطة التالية:

خطة البحث:

لمعالجة ودراسة مختلف جوانب موضوعنا الموسوم بعنوان: " التحكيم في المنازعات المصرفية" ارتئينا تقسيم هذه الأطروحة إلى ثلاثة أبواب كالآتي:

البـــاب الأول: حتمية التحكيم في المنازعات المصرفية بين مؤيد ومعارض

الفصل الأول: ماهية التحكيم المصرفي

الفصل الثاني: مبررات اللجوء إلى التحكيم في المنازعات المصرفية

الفصل الثالث: مزايا التحكيم في المنازعات المصرفية

الفصل الرابع: الإنتقادات الموجهة للتحكيم في المنازعات المصرفية

الباب الثاني: اتفاق التحكيم وأثره على بعض المعاملات المصرفية

الفصل الأول: التعريف باتفاق التحكيم

الفصل الثاني: أثر اتفاق التحكيم على الكفالة المصرفية

الفصل الثالث: أثر اتفاق التحكيم على خطاب الضمان

الفصل الرابع: أثر اتفاق التحكيم على الإعتماد المستندي

الباب الثالث: الخصومة التحكيمية المصرفية والحكم المنهي لها

الفصل الأول: الخصومة التحكيمية وفقا للائحة نظام مركز الوساطة والتحكيم لدى اتحاد المصارف العربية

الفصل الثاني: الخصومة التحكيمية وفقا لقواعد نظام تحكيم دوكدكس

الفصل الثالث: الخصومة التحكيمية وفقا لمقتضيات القانون 08-09 المتضمن قانون الإجراءات المدنية والإدارية الجزائري.

الفصل الرابع: حكم التحكيم وآثاره على بعض المنازعات المصرفية

الباب الأول:

حتمية التحكيم في المنازعات المصرفية بين مؤيد و معارض

تمهيد وتقسيم:

ينشأ عن المعاملات المصرفية منازعات عديدة سواء فيما بين البنوك وعملائها أو فيما بين البنوك نفسها بشتى أنواعها. فقد يخل أحد أطراف العملية التجارية والتي تتخللها عملية أو عمليات مصرفية بالتزامه، وهذا الإخلال بدون شك له ضحايا ومتضررين سيتوجهون لطرق باب القضاء للحصول على حقوقهم.

وقد أكد الواقع العملي لتكفل قضاء الدولة العادي بمثل هذه القضايا عجزه عن مجاراة تطورها المستمر والسريع، وبالتالي عن إيجاد حلول مرضية لأطراف النزاع المصرفي، حيث أن قضاء الدولة بات متخماً بالقضايا، وتكبله قيود إجرائية تجعله بطيئا في أدائه، مكلفا في نفقاته، غير ملائم في حلوله، وهو ما لا يتناسب مع طبيعة وخصوصية العمليات المصرفية، التي يتطلب الفصل في منازعاتها قضاءً خاصاً يتسم بالسرية والسرعة والخبرة.

لذلك نرى مع جانب كبير من الفقه أن اللجوء إلى التحكيم قد يوفر لهم عدالة أفضل من تلك التي توفرها محاكم الدولة، فالتحكيم قضاء خاص يُنشِئه الأطراف باتفاقهم، ويختارون تشكيلته بأنفسهم، ويعهدون إليه بتسوية منازعاتهم على نحو لا يؤجج نار القطيعة بينهم، وبالتالي يحفظ استمرارية العلاقة والتعامل فيما بينهم.

كما يوفر نظام التحكيم ظروفا أفضل يستطيع المتخاصمون في ظلها الوصول إلى النتيجة المرجوة، وذلك عن طريق عرض قضاياهم على محكمين يتمتعون بخبرة فنية وتقنية لا يتمتع بها عادة القضاة العامون للدولة، مما يساعد على حل المنازعة المصرفية بطريقة أكثر سرعة، وبتكاليف أقل، وبإجراءات مرنة وأقل تعقيدا وبطريقة تحفظ سرية حساباتهم المصرفية، وأسرار معاملاتهم التجارية.

وللحديث عن التحكيم ومبررات اللجوء إليه في المنازعات المصرفية ارتأينا تقسيم هذا الباب إلى أربعة فصول كالآتي:

الفصل الأول: ماهية التحكيم المصرفي

الفصل الثاني: مبررات التحكيم في المعاملات المصرفية

الفصل الثالث: مزايا التحكيم في المنازعات المصرفية

الفصل الرابع: الإنتقادات الموجهة للتحكيم في المنازعات المصرفية

الفصل الأول

ماهية التحكيم المصرفي

الفصل الأول: ماهية التحكيم المصرفي

يعد التحكيم أقدم وسيلة لجأ إليها الإنسان لفض ما ينشأ بينه وبين أقرانه من نزاعات، حيث عرفه القدماء في جميع الحقب الحضـــارية المتعاقبة حتى قال عنه أرســـطو: " إن الأطراف المتنازعة يســـتطيعون تفضـــيل التحكيم على القضـــاء ذلك لأن المحكم يرى العدالة بينما لا يعتد القاضـــي إلا بالتشـــريع"[1]، فازدهر التحكيم قبل الإســـلام عند العرب وبرز عديد من المحكمين، حيث كان لكل قبيلة محكميها. ولعل أبرز قضية قبل الإسلام حكم فيها رسولنا العظيم عليه الصلاة والسلام في مسألة رفع الصخرة المشرفة إلى مكانها حين اختلفت قبائل قريش في أيهم أحق برفعها.

ثم جاء الإسلام ليضع التحكيم في أهم العلاقات الإنسانية وهي العلاقة الزوجية في قوله تعالى: "وإن خفتم شقاق بينهما فابعثوا حكما من أهله وحكما من أهلها إن يريدا إصلاحا يوفق الله بينهما إن الله كان عليما خبيرا".[2]

وأيضـــــا في غير العلاقات الزوجية في قوله تعالى:" فلا وربك لا يؤمنون حتى يحكموك فيما شجر بينهم ثم لا يجدوا في أنفسهم حرجا مما قضيت ويسلموا تسليما".[3]

وازدهر التحكيم في العصـــر الحديث وتشـــعبت مجالاته وتزايدت أهميته منذ منتصـــف القرن العشرين وحتى نهايته بصورة كبيرة.

ومن أجل بيان ماهية التحكيم المصرفي سنقوم بتقسيم هذا الفصل إلى أربع مباحث كما يلي:

المبحث الأول: التعريف بالتحكيم المصرفي وطبيعته القانونية

المبحث الثاني: التطور التاريخي للتحكيم

المبحث الثالث: التمييز بين التحكيم المصرفي وما يشتبه به

المبحث الرابع: أنواع التحكيم المصرفي

المبحث الأول: التعريف بالتحكيم المصرفي وطبيعته القانونية

[1]– أبو زيد رضوان، **الأسس العامة للتحكيم التجاري الدولي، دار الفكر**، الإسكندرية، 1981، ص 3.

[2]– الآية 35 من سورة النساء.

[3]– الآية 65 من سورة النساء.

لا شــك أن المصـــارف من خلال ما تقدمه لعملائها من قروض وتســهيلات إئتمانية وخدمات مصـرفية متنوعة، تسـعى في المقابل إلى اسـترداد حقوقها من قبل هؤلاء العملاء بصـورة سـريعة تتفق وطبيعة هذه العمليات، وبما يسمح في نفس الوقت في إعادة تمويل عملاء جدد.

ويثور التســـاؤل هنا عن الوســـيلة التي يمكنها تحقيق تلك الغاية عند حدوث نزاعات مع هؤلاء العملاء.

وللإجابة عن هذا التساؤل نجد أنفسنا نطرح افتراضين، أحدهما اللجوء إلى طريق القضاء العادي والذي أثبت عجزه عن إيجاد حلول سـريعة ومرضـية لمثل هذه النزاعات. والفرضـية الثانية هو سـلوك طريق بديل عن القضاء العادي يضمن سرعة وسرية البت في هذه المنازعات.

وهنا يبرز دور التحكيم كأحد أهم الوسـائل البديلة للبت في المنازعات المصـرفية، لما يحققه من مزايا أهمها السرعة والسرية والتخصص.

وللحديث عن التحكيم المصـــرفي ينبغي علينا في البداية تحديد المفاهيم الأســـاســـية له، إذ أن تحديد المفاهيم هو المدخل الأســـاســـي لأي بحث. لهذا قســـمنا هذا المبحث إلى مطلبين تطرقنا من خلالهما إلى التعريف بالتحكيم المصرفي وبيان طبيعته القانونية.

المطلب الأول: تعريف التحكيم المصرفي

من أجل الوصـول إلى تعريف محدد للتحكيم المصـرفي، وتكييف قانوني خاص به، يتطلب منا الأمر بيان المقصود بالتحكيم بشكل عام، حتى نصل إلى تعريف محدد للتحكيم المصرفي.

الفرع الأول: تعريف التحكيم بصفة عامة

لقد أثار التحكيم جدلا واسـعا وتباينا بين الفقهاء الذين تصـدوا لتعريفه. فلم يحظ التحكيم بتعريف جامع مانع، سـواء كان التعريف فقهيا أو قانونيا من خلال التشـريعات المختلفة وذلك نظرا لعدم تحديد المفهوم الشامل والجامع لطبيعة التحكيم والمانع لغيره من الإشتراك معه.

وعليه سـوف نتناول التحكيم لغة ومن ثم نقوم باسـتعراض بعض التعريفات الفقهية له ثم نتعرض بعد ذلك للتعريفات الواردة في بعض التشريعات العربية والدولية وأخيرا نعرض تعريف القضاء له.

أولا/ التعريف اللغوي للتحكيم

التحكيم في اللغة معناه التفويض في الحكم. فالتحكيم مصدر حكَّم بتشديد الكاف مع الفتح، يقال حكَّمت فلانا في مالي تحكيمًا، أي فوضت إليه الحكم فيه فاحتكم عليَّ في ذلك. ويقول ابن منظور" .

حكَّموه بينهم: أمروه أن يحْكُم بينهم، ويقال حكَّمْنا فلانا فيما بيننا أي أجزنا حُكْمه بيننا". فمن حكَم بالأمر فقد قضي به. ومن حكَّم فلانًا في الأمر و الشيء جعله حكمًا.[1]

ويقصـد به " تولية الخصـمين حكماً يحكم بينهما" أي اختيار ذوي الشـأن محكما أو أكثر ليحكم فيما تنازعوا فيه دون أن يكون للمحكم ولاية القضـــاء بينهم، ومن ثم فإن التحكيم شـــرعا يعني توليةً وتقليدا من طرفي الخصومة لثالث ليفصل فيما تنازعاه.[2]

وكلمة تحكيم Arbitrage في اللغة الفرنسية من فعل حكم Arbitrer وهي من الأصل اللاتيني من كلمة Arbitrare وتعني التدخل والحكم بصفته حَكَم والتحكيم في خلاف أو نزاع و الفصل فيه.[3]

والعرب تقول حكَمت وأحكمت وحكَّمت بمعنى منعت ورددت ومن هذا قيل للحاكم بين الناس حاكم لأنه يمنع من الظلم وأصل الحكومة هو رد الرجل عن الظلم.[4]

ثانيا/ التعريف الفقهـي للتحكيم:

يعرف فقهاء المسلمين التحكيم بأنه " تولية الخصمين حكما يحكم بينهما".[5]

ولم يخرج فقهاء القانون في تعريفاتهم للتحكيم عما سبقهم به فقهاء المسلمين من حيث مضمون تعريفاتهم، حيث عرفه الأسـتاذان (Robert) و (J.Moreau) من الفقه الغربي بأنه:" نظام للقضـاء الخاص يتم بموجبه إخراج المنازعة من القضـــاء العادي ليتم الفصـــل فيها من أفراد يكتســبون مهمة القضاء فيها".[6]

كما اقترح الأســـتاذ Rene David اعتماد تعريف اوســـع للتحكيم و الذي من المحتمل أن يسـتوعب مختلف تعريفات التحكيم الواردة في الأنظمة القانونية المختلفة حيث عرفه كالتالي :" التحكيم

---

[1]. عباس ناصر مجيد، **الطعن بالبطلان على أحكام التحكيم التجاري الدولي– دراسة قانونية مقارنة**–، مكتبة السنهوري، منشورات زين الحقوقية، د ب ن، 2011.بغداد، ص 19 –20.

[2]– محمد علي بني مقداد، **الطريق القويم للإتفاق على التحكيم – دراسة نظرية تطبيقية مقارنة–**، مؤسسة حمادة للدراسات الجامعية والنشر والتوزيع، عمان، الأردن، الطبعة العربية الأولى 2013، ص19.

[3]– مناني فراح، **التحكيم طريق بديل لحل النزاعات**، دار الهدى، عين مليلة، الجزائر، 2010، ص15.

[4]– أسعد فاضل منديل، **أحكام عقد التحكيم وإجراءاته (دراسة مقارنة)**، منشورات زين الحقوقية، دار نيبور للطباعة والنشر والتوزيع، العراق، 2011، ص 15.

[5]. عبد الباسط محمد عبد الواسع الضراسي، **النظام القانوني لاتفاق التحكيم –دراسة تحليلية مقارنة**–، المكتب الجامعي الحديث، الطبعة الثانية، 2008، ص 16.

[6]– حسان نوفل، **التحكيم في منازعات عقود الإستثمار**، دار هومة، الجزائر، 2010، ص 16.

هو أسلوب يهدف إلى إيجاد حل لمسألة تتعلق بالعلاقات بين شخصين أو أكثر، يقدمها شخص أو أكثر، المحكم أو المحكمون، الذين يستمدون صلاحياتهم من اتفاق خاص و اتخاذ قرار على أساس هذا الاتفاق، دون تكليف هذه المهمة من قبل الدولة.[1] وبالنسبة لتشارلز جاروسون Charles Jarrosson التحكيم هو: " المؤسسة التي من خلالها يقوم طرف ثالث بتسوية نزاع بين طرفين أو أكثر، من خلال ممارسة المهمة القضائية الموكلة إليه من قبلهما" .[2]

ولكن بصرف النظر عن حقيقة أن هذا التعريف لا يؤكد على المصدر التعاقدي للتحكيم، فإنه يفتقر إلى الدقة في التمييز بوضوح بين التحكيم والطرق البديلة الأخرى لتسوية المنازعات.

وعرف البعض التحكيم بأنه: " النظام الذي بمقتضاه يخول أطراف النزاع مهمة الفصل فيه إلى محكمين يعينونهم بمحض مشيئتهم " ومع اعتراف أصحاب هذا التعريف بأنه تقليدي، إلا أنه يتسم بالإيجاز ويكشف عن الطبيعة الإنشائية للتحكيم المستمدة من طابعه العقدي، إذ يُولَد التحكيم من اتفاق التحكيم.[3]

وذهب رأي آخر إلى أن التحكيم هو " اتفاق أطراف علاقة قانونية معينة عقدية أو غير عقديـــة، على أن يتم الفصل في المنازعة التي ثارت بينهم بالفعل أو التي يحتمل أن تثور عن طريق أشـــخاص يتم اختيارهم كمحكمين، ويتولى الأطراف تحديد المحكمين أو يعهدون لهيئة أو مركز من الهيئات أو مراكز التحكيم الدائمة لتولي تنظيم عملية التحكيم وفق قواعدها الخاصة.[4]

فبمقتضى التحكيم ينزل الخصوم عن الإلتجاء إلى القضاء، مع التزامهم بطرح النزاع على محكم Arbitre أو أكثر، ليفصلوا فيه بحكم ملزم للخصوم، وقد يكون هذا الإتفاق تبعا لعقد معين يذكر في صلبه، ويسمى شرط التحكيم (clause compromissoire)، وقد يكون بمناسبة نزاع معين قائم

[1]– JEAN Baptiste Racine, **Droit de L'arbitrage**, Edition point Delta, Liban, 2017.P 3.

[2] - CHRISTOPHE SERAGLINI , JEROME ORTSCHEIDT , **DROIT DE L'ARBITRAGE INTERNE ET INTERNATIONAL** , Montchrestien lextenso éditions, édition Alpha, Edition juridiques SADER, PARIS, 2013. P14.

[3]– حسني المصري، **التحكيم التجاري الدولي في ظل القانون الكويتي والقانون المقارن، منشورات الحلبي الحقوقية**، بيروت، لبنان، 1996، ص 3.

[4]– معوض عبد التواب، **المستحدث في التحكيم التجاري الدولي**، دار الفكر الجامعي، الطبعة الأولى 1997، ص11.

بالفعل بين الخصوم، ويسمى في هذه الحالة " مشارطة التحكيـــــم أو اتفاق التحكيم (compromis)."[1]

كما عرفه الأستاذان Jean Robert et Mebertand Moreau بأنه: "عبارة عن تكوين قضاء خاص أو حالة خاصة تخرج المنازعات من جهات القضاء المعتادة، لتحل أو تحسم فيها بواسطة أفراد خولت لهم مهمة القضاة".[2]

بينما ذهب جانب آخر من الفقه العربي إلى أن التحكيم بالمعنى الإصطلاحي الذي تعرفه النظم القانونية يضم بين دفتيه معنيين أولهما: أنه فعل المتنازعين الذين يختاران طرفا محايدا للفصل فيما شجـر بينهما من خلاف، ويرتضيان مقدما النزول على حكمه أيا كان من يحكم له منهما. وثانيهما: أنه فعل هذا الطرف المحايد الذي حكمه المتنازعان في نزاعهما، وهو قيامه بالحكم في النزاع الذي يطرحانه عليه.[3]

وبمعنى آخر فإن التحكيم عبارة عن متوالية من الأعمال، تبدأ بعمل من المتنازعين يتمثل في اختيار طرف محايد يكلان إليه مهمة الفصل في نزاعهما وتراضيهما مقدما على النزول عندما يراه هذا الطرف حلا قانونيا أو عادلا لهما، ويتواصـــل بقبول هذا الطرف للمهمة التي انتدب لها وتحريه لوقائع النزاع ولقواعد القانون أو العدالة الواجبة التطبيق عليه، وينتهي بحكم منه يجســـد القانون والعدالة بشأنـــه، مثله في ذلك مثل الحكم القضائي.[4]

من خلال اســتعراضــنا لبعض التعريفات التي أوردها الفقه للتحكيم نرى بوضــوح أنها ســعت لتعريف التحكيم من خلال كونه أحد المســـارات البديلة لفض المنازعات الناشـــئة عن علاقة قانونية عقدية أو غير عقدية، وقـــــــد ركزت هذه التعريفات على عنصرين جوهريين فـــــي العمليـــة التحكيميـــــــة، العنصر الأول أنه مسار بديل يسلكه الخصوم لحل النزاعات الناشئة بينهم أو التي قد

[1]– جعفر مشيمش، **التحكيم في العقود الإدارية والمدنية والتجارية، منشورات زين الحقوقية**، الطبعة الأولى 2009، ص38.

[2]– JEAN Robert, **L'arbitrag Droit interne, Droit international privé**, Dalloz, Paris,6 eme Édition, 1993, P3.

[3]– محمد علي بني مقداد، **الطريق القويم للإتفاق على التحكيم – دراسة نظرية تطبيقية مقارنة–**، مرجع سابق، ص 19.

[4]– محمد علي بني مقداد، **الطريق القويم للإتفاق على التحكيم – دراسة نظرية تطبيقية مقارنة–**، مرجع سابق، ص 19.

تنشأ مستقبلا بعيدا عن القضاء العادي، أما العنصر الثاني أن التحكيم مسار اتفاقي اختياري مرهون بإرادة الخصوم، فإرادتهم هي أساس التحكيم ومصدر سلطة المحكمين.

وعليه أرى بأنه يمكن تعريف التحكيم على أنه: " الإتفاق على عرض النزاعات الحالية أو المستقبلية على شخص أو أشخاص يختارهم أطراف الخصومة ليفصلوا فيه دون المحكمة المختصة".

ثالثا/ تعريف الأنظمة القانونية الوضعية للتحكيم:

نظراً لأهمية تعريف التحكيم، فقد حرصت بعض القوانين على إدراجه في نصوصها. فنجد المادة 1442 من قانون المرافعات المدنية الفرنسي بالمرسوم رقم 81-500 لسنة 1981 قد عرفت التحكيم على أنه: " اتفاق يتعهد بمقتضاه الأطراف في عقد من العقود بإخضاع المنازعات التي يمكن أن تنشأ بينهم في المستقبل للتحكيم".[1]

ويلاحظ من صياغة هذا التعريف أن المشرع الفرنسي لم يدرج المنازعات الحالية تحت نطاقه. فهو وإن أبرز الطبيعة الإختيارية للتحكيم، إلا أنه لم يتوخ الدقة في وصف المنازعات بكونها قد تكون حالية أو مستقبلية.

أما المشرع الهولندي فقد عرف التحكيم في المادة (1/1020) من قانون التحكيم لسنة 1986 على أنه:" اتفاق الأطراف على إحالة المنازعات التي نشأت أو قد تنشأ مستقبلا نتيجة علاقة قانونية معينة، عقدية أو غير عقدية، إلى التحكيم".[2]

وهذا التعريف بالرغم من اتسامه بشيء من الدقة، بحيث أشار إلى الطبيعة الإختيارية للتحكيم وأوضح المنازعات التي يمكن إحالتها للتحكيم وهي الحالية والمستقبلية وأضاف إلى ذلك أن هذه المنازعات يمكن أن تنشأ من علاقة قانونية عقدية كانت أم غير عقدية. إلا أنه أهمل الحديث عن الطرف المنوط به البت في المنازعة المطروحة وهو المحكّم باعتباره طرف محايد يفصل في النزاع دون المحكمة المختصة به. وبالتالي يكون قد أهمل في تعريفه للتحكيم أهم حلقاته التي تميزه عما يشتبه به من طرق فض المنازعات الأخرى.

---

[1]- عباس ناصر، **الطعن بالبطلان على أحكام التحكيم التجاري الدولي، -دراسة قانونية مقارنة-**، منشورات زين الحقوقية، بغداد، الطبعة الأولى 2011، ص 28.

[2]- عباس ناصر، **الطعن بالبطلان على أحكام التحكيم التجاري الدولي، -دراسة قانونية مقارنة-**، مرجع سابق، ص 29.

أما قانون التحكيم المصـــري فقد عرف التحكيم في الفقرة الأولى من المادة 4 من قانون التحكيم المصري رقم 27 لسنة 1994 و المعدل بالقانون رقم 9 لسنة 1997 والتي نصت على أنه:" ينصرف لفظ التحكيم في حكم هذا القانون إلى التحكيم الذي يتفق عليه طرفا النزاع بإرادتهما الحرة سـواء كانت الجهة التي تتولى إجراءات التحكيم بمقتضـــى اتفاق الطرفين منظمة أو مركزا دائما للتحكيم أو لم يكن كذلك".[1]

ويلاحظ أن المشـرع المصـري هنا لم يعرف التحكيم بل اكتفى بإبراز دور الإرادة التي ينبغي أن تكون حرة، وبالإشارة إلى التحكيم المؤسسي.

أما قانون التحكيم الفلسطيني رقم 3 لسنة 2000م فقد عَرّف التحكيم في المادة الأولى منه بأنه: "وسيلة لفض نزاع قائم بين أطرافه وذلك بطرح موضوع النزاع أمام هيئة تحكيم للفصل فيه"[2].

وهذا التعريف أيضـــا جاء قاصـــرا، بحيث لم يتطرق لكون هذا الطريق لفض النزاعات يخضـــع لإرادة أطرافه أي له الطابع الإختياري، كما لم يرد في هذا التعريف ما يفيد أن هيئة التحكيم الموكل لها مهمة الفصـل في النزاع ليسـت تابعة للهيئة القضـائية العادية في الدولة وهو لب نظام التحكيم والهدف الرئيسي من وجوده.

ولم تعرف بعض التشـــريعات الأخرى التحكيم، كالتشـــريع الجزائري الذي ترك ذلك للفقه، كون التعريفات هي من اختصاص الفقه.

رابعا/ تعريف القضاء للتحكيم:

عرّفت محكمة النقض المصرية التحكيم في أحد أحكامها بأنه: "طريق إستثنائي لفض الخصومات قوامه الخروج عن طريق التقاضي العادية وما تكفله من ضمانات، ومن ثم فهو مقصور على ما تنصرف إرادة المحكمين إلى عرضه على هيئة التحكيم يستوي في ذلك أن يكون الإتفاق على التحكيم في نزاع معين بوثيقة خاصة أو انصرف إلى جميع المنازعات التي تنشأ من تنفيذ عقد معين" [3].

---

[1]– عبد الحميد الأحدب، **موسوعة التحكيم في البلدان العربية**، الكتاب الأول، منشورات الحلبي الحقوقية، بيروت، لبنان، 2008، ص 1129.

[2] - قانون التحكيم الفلسطيني رقم 03 لسنة 2000، متحصل عليه من الموقع الإلكتروني: https://maqam.najah.edu/legislation/12/

[3] - طعن رقم 52 لسنة 60 ق، جلسة 27 فبراير 1994م، مكتب فني 45 ج1 ق 92، ص 445.وثيقة متحصل عليها من الموقع الإلكتروني: https://ahmedazimelgamel.blogspot.com/2019/02/52-60-27-2-1994-45-1-92-445.html

ما عرفته محكمة استئناف القاهرة بأنه:" طريق استثنائي لفض الخصومات قوامه الخروج عن طرق التقاضي العادية وما تكفله من ضمانات فهو يكون مقصورا حتما على ما تنصرف إرادة المحتكمين إلى عرضه على هيئة التحكيم".[1]

كما أشـارت المحكمة الدسـتورية العليا في مصـر إلى تحديد المقصـود بالتحكيم بأنه: " عرض النزاع المعين بين طرفين على محكم من الأغيار يعين باختيارهما أو بتفويض منهما في ضـوء شـروط يحددانها، ليفصـــل هذا المحكم في ذلك النزاع بقرار يكون نائيا عن شـــبهة الممالأة مجردا من التمايل وقاطعا لدابر الخصـــومة في جوانبها التي أحالها الطرفان إليه بعد أن يدلي كل منهما بوجهة نظره تفصيلا من خلال ضمانات التقاضي الرئيسية"[2]

وأيضـا عرفت محكمة التمييز الأردنية التحكيم بأنه:" طريق اسـتثنائي لفض المنازعات، ويقتصـر على ما انصـرفت إليه إرادة طرفي التحكيم، وعلى المحكمة أن لا تتوسـع في تفسـير العقد المتضـمن شرط التحكيم لتحديد المنازعات الخاضعة للتحكيم".[3]

وفي حكمها الصـادر بتاريخ 17 ديسـمبر 1994م، عرّفت المحكمة الدسـتورية العليا المصـرية التحكيم بأنـه: "عرض لنزاع معين بين طرفين على محكم من الأغيـار يعين بـاختيـارهمـا، أو بتفويض منهما، على ضـوء شـروط يحددانها، ليفصـل هذا المحكم في ذلك النزاع بقرار يكون نائياً عن شـبهة الممالأة، مجرداً من التحامل، وقاطعاً لداء الخصـــومة في جوانبها، التي أحال الطرفان إليه، بعد أن يدلي كل منهما بوجهة نظره تفصيلاً من خلال ضمانات التقاضي الرئيسية ".[4]

---

[1]– نقض مصري مدني، جلسة 1980/06/10 في الطعن رقم 935 لسنة 44ق، مجموعة أحكام محكمة النقض، ج2، سنة 31، ص 1707. المشار إليه نور محمود خليل شيخة، **التحكيم في الشيك في مجال التجارة الدولية**، أطروحة مقدمة استكمالا لنيل شهادة الماجستير في الحقوق، كلية الحقوق، جامعة الأزهر، غزة، السنة الجامعية 2016، ص 6.

[2]– أنظر حكم المحكمة الدستورية العليا في الدعوى رقم 13 لسنة 15 ق جلسة 1994/12/17 أشارت إليه، حفيظة السيد الحداد، **الموجز في النظرية العامة للتحكيم التجاري الدولي**، منشورات الحلبي الحقوقية، بيروت، 2007، ص 42. و أيضا: أحمد مصطفى الدبوسي السيد، **التحكيم في العمليات المصرفية بين الواقع و المأمول– دراسة تحليلية مقارنة**– ، مكتبة وفاء القانونية، الإسكندرية، الطبعة الأولى 2015، ص 184.

[3]– حكم محكمة التمييز الأردنية رقم (94/1774) منشور في مجلة نقابة المحامين الأردنية السنة 43، ع8–1995،7، ص 1985.

[4] - حكم المحكمة الدستورية العليا في الدعوى رقم 13 لسنة 15 ق دستورية، جلسة 1994/12/17 م، سنة المكتب الفني 6 مجموعة الأحكام الصادرة عن المحكمة الدستورية العليا، ج 6، ص 414. و كذا حكم المحكمة الدستورية العليا الصادر بتاريخ: 2001/01/16م، في الدعوى رقم 92 لسنة 21ق دستورية، سنة المكتب الفني 9، ج1، ص843. متحصل عليها من الموقع الإلكتروني: https://ahmedazimelgamel.blogspot.com/2019/02/52-60-27-2-1994-45-1-92-445.html

الفرع الثاني: السمات المميزة للتحكيم المصرفي

بعد تناولنا فيما سبق للتعريفات المختلفة للتحكيم سواء ما جاء بها الفقه أو القضاء، فإن التساؤل يثور عما إذا كان التحكيم المصرفي يختلف في تعريفه عن التحكيم بصفة عامة؟

والإجابة على هذا السؤال هو أنه لا يوجد ثمة اختلاف في هذا الصدد بين التحكيم بصفة عامة والتحكيم المصرفي بصفة خاصة إلا في شقين:

أولا/ الشق الأول: أطراف عملية التحكيم

إن وجود مؤسسة مصرفية في اتفاق التحكيم، يعتبر شرطا لوجود التحكيم المصرفي، وذلك بغض النظر عن الطرف الآخر، سواء أكان شخصا طبيعيا أم مصرفيا.

ثانيا/ الشق الثاني: محل النزاع المصرفي:

يشترط أيضا لكي يكون التحكيم مصرفيا أن يدور النزاع حول عملية مصرفية. و بناء على هذين الإختلافين بين التحكيم العادي و التحكيم في العمليات المصرفية، عرف الدكتور محمد صالح العوادي التحكيم المصـــرفي بأنه:" نظام قانوني يجيز لأطراف العملية المصـــرفية اللجوء إليه عند حدوث نزاع سواء في مستقبل العلاقة أو حاضرها، وفقا لشرط يتضمنه العقد أو مستقلا عنه، ويسعى أطرافه إلى حل نزاعهم وفقا لمقتضيات القانون والعدالة، و قد يعهدوا بذلك لمؤسسة أو مركز أو أشخاص مستقلين، ويتمتع ما يصدر عنهم بحجية الأمر المقضي به".[1]

كما عرفه الدكتور أحمد مصـــطفى الدبوســـي الســـيد بأنه: " هي عملية قانونية تقوم على اتفاق العملية المصـرفية على إحالة ما نشـأ من نزاع بينهم، أو ما ينشـأ بينهم مسـتقبلا بمناسـبة هذه العملية المصـرفية، إلى مؤسـسـة أو أشـخاص معينين و متخصـصـين في بيئة العمل و المنازعات المصـرفية ليفصـــلوا فيها، على ضـــوء القواعد و المبادئ التي تم الاتفاق عليها لتحكم نزاعهم، مع التعهد بقبول الحكم الصـادر، و الذي يحوز حجية الأمر المقضـي به، و يصـدر أمر تنفيذ هذا الحكم من السـلطة القضائية في الدولة المراد التنفيذ فيها".[2]

ومن جهتنا نقترح تعريف التحكيم المصـرفي كالتالي: " **هو نظام قانوني خاص يلجأ إليه أطراف العمليات المصرفية بناء على اتفاق سابق أو لاحق لحدوث أي نزاع بشأن أية علاقة قانونية ناشئة**

[1] - محمد صالح العوادي، **التحكيم في المعاملات المصرفية**، دار النهضة العربية، القاهرة، الطبعة الأولى، ص 16.

[2] – أحمد مصطفى الدبوسي السيد، **التحكيم في العمليات المصرفية بين الواقع و المأمول– دراسة تحليلية مقارنة**–، مرجع سابق، ص ص 186، 187.

عن هذه العمليات المصرفية، والذي بموجبه يعهد لأشخاص أو لمؤسسات متخصصة دون قضاء الدولة لفض المنازعات الحالية أو المســتقبلية التي تنشــأ بينهم على ضــوء القانون أو المبادئ المتفق على تطبيقها على نزاعاتهم، والتي يصدر عنها حكما يحوز حجية الأمر المقضي به "

المطلب الثاني: الطبيعة القانونية للتحكيم المصرفي

تعددت الآراء والاتجاهات الفقهية، حول تحديد الطبيعة القانونية للتحكيم، فالبعض غلب الطبيعة التعاقدية للتحكيم، في حين غلب البعض الآخر الطبيعة القضـائية، وأخذ البعض الآخر موقف الوسـط عن طريق تبني حل توفيقي مقتضـاه اعتبار التحكيم ذو طبيعة مختلطة، في حين تبنى جانب أخر من الفقه نظرية الطبيعة الذاتية أو ما يسميه البعض الطبيعة المستقلة للتحكيم. وعليه سوف نتناول في هذا المطلب هذه الآراء في أربعة فروع على النحو التالي:

الفرع الأول: الطبيعة التعاقدية للتحكيم

يرى أنصـــار هذا الإتجاه أن التحكيم ذو طبيعة تعاقدية وليس قضـــاء بمعنى الكلمة، لأنه عقد رضـــائي ملزم للجانبين، وأن اتفاق التحكيم من وجهة نظر هؤلاء الفقهاء يســـتغرق عملية التحكيم برمتها،[1] وبناء عليه يتم إخراج النزاع من ولاية القضـــاء، وإســناده إلى المحكم، كما أن الإتفاق يشـمل تعيين المحكم وتحديد ولايته، وتحديد الإجراءات الواجبة الإتباع أمامه، ويحدد القانون الذي يحكم موضـوع النزاع، وحكم التحكيم هو المحصـلة أو النتيجة النهائية لاتفاق التحكيم، وبالتالي يدخل التحكيم برمته في نطاق العقـــــــد.[2]

وعليه، فطالما أن نظام التحكيم يقوم على أســـاس إرادة الأطراف، فإن له طابعا تعاقديا، فالأطراف باتفاقهم على التحكيم يتخلون عن بعض الضـــمانات القانونية والإجرائية التي يحققها النظام القضـــائي، وذلك بهدف تحقيق مبادئ العدالة وتطبيق العادات التجارية، واتباع إجراءات ســريعة وأقل رسمية من إجراءات المحاكم القضائية، وإذا كان في هذا التخلي بعض المخاطر فهي ولا شك مخاطر محسوبة.[3]

---

[1] – خالد عبد العظيم أبو غابة، **التحكيم وأثره في فض المنازعات**، دار الفكر الجامعي، الإسكندرية، 2011، ص 29.

[2] – لزهر بن سعيد، **التحكيم التجاري الدولي – وفقا لقانون الإجراءات المدنية و الإدارية و القوانين المقارنة**–، دار هومة، الجزائر، 2012، ص20.

[3] – محمد نعيم علوه، **موسوعة القانون الدولي العام، التحكيم الدولي، الجزء الثاني عشر**، منشورات زين الحقوقية، بيروت، 2012، ص 56.

ويعتبر أنصـــار هذه النظرية التعاقدية بأن الحجر الأســـاس للتحكيم هو اتفاق الأطراف وحتى القرار التحكيمي الذي يصـدره المحكم للفصـل في النزاع فإنه يسـتند في قوته الملزمة والتنفيذية إلى ذلك الإتفاق وما يعتبر هذا القرار إلا انعكاسا له. [1]

وقد أيدت محكمة التمييز الفرنسـية الطبيعة التعاقدية للتحكيم بشـكل صـريح في حكمها الصـادر في 27 تموز (جويلية) 1937، حيث قالت " إن قرارات التحكيم، الصـــادرة على أســـاس عقد تحكيم تكون وحدة واحدة مع هذا العقد وتنسـحب عليها صـفته التعاقدية، (les sentences arbitrales qui ont pour base un compromise, font corps avec lui et participant de son caractère conventionnel) بيد أن محاكم الأساس لم تتبع هذا الإتجاه إلا في القليل من أحكامها. ولم يلق هذا الإتجاه تأييدا حاسما في الإجتهاد الفرنسي.[2]

وفي إيطاليـــا فإن جانبـــا من الفقـــه القانوني، يرى بأن اتفاق التحكيـــم ذو طبيعـــة إجرائية عامـــة، بمعنى أنه من قبيل الإجراءات، وذلك على أساس أن عقد التحكيم يمنع من عرض النزاع على القاضي ويعطي المدعى عليه حق الدفع بوجود اتفاق التحكيم. وهذا الرأي منتقد، ذلك لأن عقد التحكيم هو من العقود التي لها طبيعة خاصـــة وليســـت طبيعة إجرائية، كون هذا الإتفاق يبرم قبل قيام الخصـومة، وعليه فإنه لا يعتبر عنصـرا من عناصـرها، وبالتالي فإن هذا العقد يخضـع للأحكام التي تخضع لها عقود القانون الخاص ولا يخضع للأحكام التي ينظمها القانون للأعمال الإجرائية. أما الرأي الراجح في إيطاليا على صـعيد الفقه هو أن التحكيم يسـتند إلى الإرادة التصـرفية للخصـوم وهو بهذا الرأي يأخذ بالطبيعة التعاقدية للتحكيم ويستبعد الطبيعة القضائية.[3]

أما الحال في مصـر، فقد ذهب جانب من الفقه إلى الأخذ بهذه النظرية حيث يرى أصـحاب هذا الرأي بأن الأحكام التي يصـــدرها المحكمون ليس لها أدنى قوة ملزمة بل على العكس أن هذه الأحكام تستمد قوتها الملزمة من إرادة الخصوم والإتفاق على الخضوع لقضاء المحكمين، وما أمر التنفيذ الذي

---

[1]– أسعد فاضل منديل، **أحكام عقد التحكيم وإجراءاته(دراسة مقارنة)**، مرجع سابق، ص52.

[2]– محمد نعيم علوه، **موسوعة القانون الدولي العام، التحكيم الدولي، الجزء الثاني عشر**، مرجع سابق، ص 56 . أنظر أيضا : صادق محمد محمد الجبران، **التحكيم التجاري الدولي – وفقا للإتفاقية العربية للتحكيم العام 1987**، منشورات الحلبي الحقوقية، بيروت، الطبعة الأولى 2006، ص 27.

[3]– أسعد فاضل منديل، **أحكام عقد التحكيم وإجراءاته(دراسة مقارنة)**، مرجع سابق، ص53.

تصدره المحكمة المختصة إلا هو نوع من السلطة التي ترتفع بقرار المحكمين إلى مرتبة أحكام القضاء العادي.[1]

ويترتب على الطبيعة التعاقدية للتحكيم ما يأتي:[2]

أولا/ ضـرورة إطلاق مبدأ "سـلطان الإرادة " وترك الأمر لأطراف النزاع وقضـاتهم الذين اختاروهم بمحض إرادتهم وارتضوا سلفا الخضوع لما يصدر عنهم من أحكام، زمن ثم لا يجوز للدولة أن تتدخل إلا لمنع المساس بالنظام العام، أو لضمان سير عملية التحكيم، وذلك بوضع قواعد مقررة تسد الثغرات التي تشـوب اتفاق التحكيم، ولا تلجأ لوضـع قواعد آمرة إلا في حدود ما يمس الأسـس الإجتماعية والإقتصادية لكيان الدولة.

ثانيا/ إن تنفيذ معظم أحكام التحكيم يتم طواعية ودون الالتجاء للقضاء، للحصول على أمر التنفيذ، وحتى لو تم الالتجاء للقضـاء، فلا يعدو الأمر أن يكون مشـابها لعقود الصـلح التي تخضـع لتصـديق القضاء، ولم ينازع أحد في الطبيعة العقدية لعقد الصلح في مثل هذه الحالات.

ثالثا/ إن التحكيم غير المسـتمد من اتفاق أطراف التحكيم والذي يطلق عليه التحكيم الإجباري أو الإلزامي، يخرج من نطاق المفهوم الفني للتحكيم.

تقييم الطبيعة التعاقدية للتحكيم:

رغم وجاهة هذه النظرية في كون التحكيم يقوم بداءة على إرادة الأطراف، إلا أنها تعرضـت للهجوم والنقد من جانب من الفقه وذلك على سند من القول:[3]

1. إن أنصـار هذا الاتجاه قد أفرطوا في إعطاء الأولوية والأهمية لاتفاق التحكيم واتخذوا من العنصـر الإرادي الأسـاس في تحديد الطبيعة القانونية للتحكيم، والذي لا يكفي لوحده لإقامة نظام التحكيم، كم لا يصلح العنصر الإرادي وحده لإضفاء الحجية على أحكام التحكيم، لأن التشريعات التي تجيز اللجوء للتحكيم، وهي كذلك تنظم إجراءاته وإجراءات تنفيذ أحكام المحكمين والآثار التي تترتب على أحكام المحكمين.

---

[1]– أسعد فاضل منديل، **أحكام عقد التحكيم وإجراءاته(دراسة مقارنة)**، مرجع سابق، ص54.

[2]– أيسر عصام داؤد سليمان، **الأثر المانع لاتفاق التحكيم في عقود التجارة الدولية، دار الفكر الجامعي**، الإسكندرية، 2014، ص ص 47، 48.

[3]– أيسر عصام داؤد سليمان، **الأثر المانع لاتفاق التحكيم في عقود التجارة الدولية، دار الفكر الجامعي**، مرجع سابق، ص ص 48، 49.

2. إن أنصار هذا الإتجاه، يرون في التحكيم إعمالا لمبدأ سلطان الإرادة، أي اعتباره عقدا لكنهم لم يستطيعوا أن يتفقوا على طبيعة هذا العقد. هل هو عقد من عقود القانون العام أم هو عقد من عقود الخاص؟ وكذلك هل هو عقد ينظم الشكل أم الموضوع؟ وإذ قالوا أنه عقد من عقود القانون الخاص، فتارة يرون فيه عقد مقاولة وتارة أخرى يرونه عقد عمل أو وكالة أو عقد من نوع خاص.

3. إن أنصار هذا الإتجاه، قد أخطئوا باعتقادهم أن إقامة العدالة هو حكر للدولة، فهم يخلطون بين القاعدة الملزمة وكيفية تنفيذها، لأنه إذا كان صحيحا أن إقامة العدالة بين الأفراد من وظائف الدولة، إلا أن هذا العمل لا يعتبر على الإطلاق احتكارا لها، إذ يستطيع الأفراد عن طريق اتفاق بينهم أن يختاروا حكما ليقضي فيما نشب بينهم من نزاع.

وأمام هذه الإنتقادات التي تعرضت لها هذه النظرية، ظهرت نظرية أخرى ترى بأن التحكيم ذو طابع قضائي وليس اتفاقي أو تعاقدي، بل أن هناك عددا من الفقهاء قد عدل عن رأيه بعد أن كان ينادي بالطبيعة التعاقدية، وأصبح من أنصار الطبيعة القضائية.

الفرع الثاني: الطبيعة القضائية للتحكيم

تقوم هذه النظرية على أساس مستمد من أن أصل الوظيفة التي يقوم بها المحكم هي في ذاتها التي يقوم بها القاضي وبالتالي فإن عمله يكون عملا قضائيا، ويتم نظر النزاع أمامه على ذات المراحل التي تتم أمام القضاء. وكون إتفاق التحكيم هو الأداة المنشأة لهذا النظام فإن ذلك لا يؤثر على أصل وظيفة المحكم كونها وظيفة قضائية، كما أنه لا يغير من طبيعتها. والإرادة يمكن لها أن تلعب أدوارا متعددة أمام قضاء الدولة دون أن يؤدي ذلك إلى نفي الطابع القضائي لهذا الأخير.[1]

وقد سادت هذه النظرية في الفقه والقضاء الفرنسي حيث يرى أنصار هذه النظرية أن التحكيم يستجمع عناصر العمل القضائي الثلاثة، وهي الإدعاء والمنازعة والعض. وأن المحكم يعد قاضيا بحكم وظيفته وهي الفصل في المنازعات وهو لا يستمد سلطته من عقد التحكيم وحده، وإنما من إرادة المشرع التي تعترف به، وأن إرادة الأفراد لا تكفي لخلق التحكيم لولا منح المشرع لهذه الصفة.[2]

[1]– نبيل اسماعيل عمر، **التحكيم في المواد المدنية و التجارية الوطنية والدولية**، دار الجامعة الجديدة، الإسكندرية، الطبعة الأولى، 2004، ص 33.

[2] – عبد الباسط محمد عبد الواسع الضراسي، **النظام القانوني لاتفاق التحكيم**، مرجع سابق، ص 23.

فالتحكيم من وجهة نظر أنصار هذه النظرية قضاء إجباري يلزم الخصوم في حالة اتفاقهم على اللجوء إلى التحكيم كوسيلة لحل خلافاتهم يحل محل قضـاء الدولة الإجباري، وأن عمل المحكم عمل قضـائي، ومهمته قضـائية، وحكمه يرتب نفس الآثار التي يرتبها الحكم القضـائي، وأن الإتفاق على التحكيم لا يعدو أن يكون مجرد فتيل لوضع هذا النظام موضع الحركة، فشأن العمل الإرادي للخصوم في الإلتجاء إلى التحكيم يطابق شأن العمل الإرادي للخصوم في الإلتجاء إلى قضاء الدولة.[1]

وقد ذهب بعض أنصار هذا الإتجاه إلى قصر الطبيعة القضائية للتحكيم على التحكيم التجاري الدولي باعتباره قضـاءً أصـيلاً للتجارة الدولية، ويرى أنه إذا كان من المقبول التردد في الوقوف على طبيعة التحكيم الداخلي، باعتباره بطانة للنظام القضـائي للدولة فإن الأمر لا يصـح أن يكون كذلك بالنسبة للتحكيم التجاري على الصعيد الدولي لأن التطور الحالي على المستوى العالمي قد مكن من الصبغة القضائية لهذا النظام، وهو يعتبر التحكيم قضاءً أصيلا للتجارة الدولية لأنه يسعى إلى تحقيق عدالة تتسق مع طبيعة هذه التجارة وتختلف عن فكرة العدالة لدى المحاكم الوطنية.[2]

وتحظى اليوم الطبيعة القضائية للتحكيم بتأييد واسع من أحكام القضاء الفرنسي، فقد اعتبر أن التحكيم يعد قضاء استثنائيا يملك فيه المحكم سلطة ذاتية مستقلة للفصل في النزاعات التي يطرحها عليه الخصوم. وقد ذكرت محكمة التمييز الفرنسية في قرار صادر في 25 تموز (جويلية) 1962، أن أطراف الخصومة بلجوئهم إلى التحكيم، إنما يعبرون عن إرادتهم بإعطاء الغير سلطة قضائية. كما أكدت محكمة استئناف باريس على أن " القرار التحكيمي ليس عملا عاديا، ولكن يجب مقابلته بالحكم القضـائي الحقيقي والذي يرتب نفس النتائج مع الاحتفاظ بالمقابل للصـفة التنفيذية التي لا يتخذها إلا من خلال الأمر بالتنفيذ " [3]

---

[1]– خالد عبد العظيم أبو غابة، **التحكيم وأثره في فض المنازعات**، مرجع سابق، 30.

[2]– أيسر عصام داؤد سليمان، **الأثر المانع لاتفاق التحكيم في عقود التجارة الدولية، دار الفكر الجامعي**، مرجع سابق، ص 51.

[3] –« la sentence arbitrale n’est pas un acte ordinaire , mais doit assimilée à un véritable jugement d’ont elle comporte les effets, toutefois le caractère executoire, qu’elle ne prend qu’avec l’ordonner d’exécution »

راجع محمد نعيم علوه، **موسوعة القانون الدولي العام، التحكيم الدولي، الجزء الثاني عشر**، مرجع سابق، ص 59.

وقد أكدت محكمة النقض المصـــرية الطبيعة القضـــائية لمهمة المحكم، وذلك في أحد أحكامها.[1]حيث قررت أن حكم المحكم هو عمل قضائي شأنه في ذلك شأن العمل القضائي الصادر من السلطة القضائية للدولة.

وعليه، ومما سبق ذكره نجد أن الحجج التي استند إليها أنصار هذا الإتجاه تتلخص فيما يلي:

أولا/ أن الدولة تعترف بالتحكيم كنوع من أنواع القضاء والفصل في بعض المنازعات، وذلك من خلال اعترافها لبعض الأشخاص بالقيام بهذه المهمة في صورة التحكيم في نطاق معين.

ثانيا/ إن جوهر الأعمال القضائية هو الفصل في نزاع معروض وتطبيق حكم القانون علي، وهذا الدور يمكن أن يتم عن طريق القضاء، وعن طريق التحكيم أيضا.

ثالثا/ إن وجود بعض الفوارق بين القضاء والتحكيم وتميز كل منهما ببعض القواعد الخاصة به لا يحول دون الإعتراف بالصفة القضائية للتحكيم، لأن ذلك لو صح فإن ذلك سيعني أن الحكم الأجنبي أيضا لا يعد قضاء لأنه ينطبق عليه نفس الحكم، وهو ما لم يقل به أحد.

رابعا/ إن القرار الصادر عن الهيئة التحكيمية والفاصل في النزاع، يحوز حجية الأمر المقضي به، ومن المعروف أن هذه الحجية لا تتمتع بها إلّا القرارات القضائية.

تقييم الطبيعة القضائية للتحكيم:

اســتقر معظم الفقه القانوني على اعتبار الطبيعة القضـــائية هي المســيطرة والغالبة في تكييف الطبيعة القانونية للتحكيم، وتركت بصـــماتها على نظام التحكيم في الوقت الراهن، وقد أثرت هذه الطبيعة على التشـــريعات الوطنية التي تنظم التحكيم، وترتب عليها تطبيق قواعد قانون المرافعات المنظمة للنشاط القضائي للمحكم وآثاره على خصومة التحكيم وأحكام المحكمين.

لكن هذه النظرية أيضـا انتقدت من جانب من الفقه، ومن أبرز الإنتقادات التي وجهت إليها، أن هناك فرق بين القاضي والمحكم، فمهمة القاضي ليست الفصل في النزاع فحسب، بل له سلطة ولائية (الجبر والأمر) بخلاف المحكم الذي يقتصر دوره على حل نزاع معين، ويمنح مهمة القاضـي بصفة مؤقتة وبخصوص نزاع معين، وأيضا أن القواعد المنظمة للقضاء لا تنطبق على التحكيم.[2]

[1]– الطعن رقم 2186 لسنة 52 قضائية، الصادر في جلسة 6 فبراير(فيفري) 1986، منشور في مجلة القضاة، السنة 21 عدد يناير (جانفي) 1988، ص 234. مشار إليه في، أيسر عصام داؤد سليمان، مرجع سابق، ص 51.

[2]– عبد الباسط محمد عبد الواسع الضراسي، **النظام القانوني لاتفاق التحكيم** ، مرجع سابق، ص 24.

وجدير بالإشـــارة أن مؤيدي هذه النظرية لا يعممون الطبيعة القضـــائية على كل مكونات التحكيـــم، فهم يرون أن الطبيعة القضائية هي للعمل القضائي الذي يصدر عن المحكم أو المحكمين، أما مكونات عملية التحكيم كالعقد المبرم بين المحتكمين تبقى له الطبيعة التعاقدية، وتخضع في إبرامها وآثارها للقواعد العامة في العقد.[1]

الفرع الثالث: الطبيعة المختلطة للتحكيم:

نظرا لعدم كفاية التبرير المنطقي والقانوني لكل من نظرية الطبيعة العقدية ونظرية الطبيعة القضائية لخصومة التحكيم، وخاصة لدى الإتجاه المتطرف في كل منهما، ظهرت نظرية ثالثة تنادي بالطبيعة المختلطة للتحكيم.

وقد اتخذ أنصار هذه النظرية موقفا وسطا بين النظريتين السابقتين، فهم أكثر اعتدالا وواقعية، إذ يوازون بين الطبيعة التعاقدية والطبيعة القضـــائية للتحكيم، فيرون بان له طبيعة مختلطة أو مركبة، أو مزدوجة، فيقولون أن الطبيعة المركبة للتحكيم تبرز وجها تعاقديا بسبب اتفاق التحكيم الذي ينشئه، وتبرز وجها قضائيا بسبب حكم التحكيم الذي يفصل في النزاع.[2]

والحقيقة أنه يرجع الفضـــل في إبراز هذه النظرية إلى الوجود في الفقه الفرنســـي إلى الفقيه موتولسكي H.MOTOLSKY حيث بدأ بالقول بأننا بصدد طبيعة مختلطة فالمحكم يعتبر قاضيا يقوم بنشاط قضائي يعتمد على عناصر ثلاثة: إدعاء، وتحقيق فيه، وعضو يقوم به، وهذا هـــــو شأن المحكـــــم الذي يقـــــــــوم بالتحكيم كقضـــــــــاء خاص بنـــــــــاء على أصـــــــل اتفاقي" [3] « L’arbitrage est une justice privée d’origine normalement conventionnelle »

وبناء عليه فإن التحكيم يعد ذو طبيعة مزدوجة، وأن كل من النظرية التعاقدية والنظرية القضائية قد أصـابتا جزء من الحقيقة، وإن إطلاق الأخذ بأحدهما دون الآخر يثير كثيرا من الصـعوبات، ولهذا كان من الأصـوب الجمع بينهما، واعتبار التحكيم له طبيعة مزدوجة تعاقدية وقضـائية. فأطراف اتفاق التحكيم من وجهة نظر أنصار هذا الإتجاه يختارون المحكمين، ويحددون سلطاتهم، ثم يتحول التحكيم

---

[1]– عبد الباسط محمد عبد الواسع الضراسي، **النظام القانوني لاتفاق التحكيم**، المرجع نفسه، ص 24.

[2]– لزهر بن سعيد، **التحكيم التجاري الدولي – وفقا لقانون الإجراءات المدنية و الإدارية و القوانين المقارنة**–، دار هومة، الجزائر، 2012. سابق، ص 23.

[3]– طلعت محمد دويدار، **ضمانات التقاضي في خصومة التحكيم– دراسة مقارنة في التشريعات الدولية و أنظمة مراكز التحكيم و التشريعات الوطنية العربية**–، منشورات الحلبي الحقوقية، بيروت، لبنان، 2009، ص 15.

بعد ذلك إلى قضاء عندما يأمر قضاء الدولة بتنفيذ الحكم، فيصبح حكم التحكيم حكما قضائيا، ومن ثم فإنه تتعاقب عليه صـــفتان: الأولى وهي الصـــفة التعاقدية، والتي تبدو وتظهر في اختيار الأطراف لقضـاء التحكيم كوسـيلة لفض منازعاتهم، غير أن هذه الصـفة تتحول إلى الصـفة القضـائية، بفضـل تدخل الدولة عندما يلجأ أحد أطراف اتفاق التحكيم لإعطاء قرار التحكيم القوة التنفيذية، وبأمر التنفيذ يتحول التحكيم ثانيا إلى عمل قضائي.[1]

وعلى الرغم مما جاء به هذا الإتجاه من حل وسـط وتوفيقي لمشـكلة طبيعة عمل المحكم إلا أنه لم يسلم من النقد الذي يمكن تلخيصه في النقاط التالي:[2]

أولا/ أن في هذا الإتجاه خلاف آخر مع الخلاف الأصـــلي لطبيعة عمل المحكم يكمن في عدم اتفاق أنصار النظرية على الحد الزمني الفاصل الذي ينحصر فيه الطابع الإتفاقي لعمل المحكم ليبرز الجانب القضائي له.

ثانيا/ الطبيعة المختلطة لعمل المحكم من (عقد وقضـــاء) هي في حد ذاتها منتقدة ولا تقوم على أسـاس متين، لأن أنصـار هذه النظرية لم يتصـدوا للمشـكلة نفسـها، فهو بمثابة العجز والهروب من مواجهة الحقيقة بأبعادها المتعددة، فالواجب مواجهة مثل هذه الحقائق المركبة ومحاولة تحليلها لردها إلى عناصرها المميزة وتحديد دور كل عنصر فيها.

ثالثا/ كذلك إن هذه النظرية خلطت ما بين حجية حكم المحكم والقوة التنفيذية له، فحجية حكم المحكم تثبت له لمجرد صـدوره من قبله، أما القوة التنفيذية فلا يحوزها ما لم يصـدر أمر بالتنفيذ من قضاء الدولة العادي.

الفرع الرابع: الطبيعة المستقلة للتحكيم:

يبدأ أنصـــار هذه النظرية بالرفض القاطع لنظرية الطبيعة العقدية، لأن العقد ليس جوهر التحكيم بدليل انه لا يوجد في التحكيم الإجباري، ثم مناقشة تفنيد الحجج التي قامت عليها النظرية السائدة وهي نظرية الطبيعة القضـائية، واسـتطرادا لذلك تكون نظرية الطبيعة المختلطة مرفوضـة، فلا يبقى إلا القول باسـتقلال التحكيم بطبيعة خاصـة، وينعكس ذلك بوضـوح على مفهوم ضـمانات التقاضـي الأسـاسـية

[1]– أيسر عصام داود سليمان، **الأثر المانع لاتفاق التحكيم في عقود التجارة الدولية، دار الفكر الجامعي** ، مرجع سابق، 54.

[2]– مصطفى ناطق صالح مطلوب الناصري، **المحكم التجاري الدولي – دراسة مقارنة–**، المكتب الجامعي الحديث، الإسكندرية، 2013، ص ص: 60 –61.

الواجبة التطبيق على خصـــومة التحكيم، ابتداء من تحديد مفهومها وبيان موقعها وكيفية تطبيقها من الناحية العملية.[1]

فالتحكيم وفقا لأنصـار هذه النظرية هو أداة قانونية لحل المنازعات تختلف عن العقد والقضـاء، وهو يرمي إلى تحقيق العدالة بطرق مختلفة عن القضـــاء، فهو يهدف في نظرهم إلى تحقيق وظيفة اجتماعية واقتصادية متميزة، وهي التعايش السلمي بين أطراف النزاع في المستقبل، فضلا عن تحقيق العدالة.[2]

ويفرق البعض في هذا الخصوص بين التحكيم الداخلي والتحكيم الدولي، ويرون أنه وإن كان من المقبول التردد في طبيعة التحكيم الداخلي إلا أن الأمر ليس كذلك بالنســـبة للتحكيم التجاري الدولي، فهو نظام أصيل ومستقل للتجارة الدولية.[3]

الرأي المختار:

بعد اســـتعراض أراء الفقهاء حول الطبيعة القانونية للتحكيم، والإتجاهات المتعددة في هذا الشـــــأن، يمكن القول أننا نميل إلى النظرية القائلة بأن نظام التحكيم ذو طبيعة قضائية و هو التوجه الذي يميل إليه غالبية الفقه القانوني، إذ يجب التفرقة بين الإتفاق على التحكيم في أي صـــورة له (اتفاق، شـرط أو مشـارطة) وبين العملية التحكيمية التي يقوم بها المحكم وهي الفصـل في النزاع بين متخاصـــمين، والحكم الذي يصـــدر عنه هو حكم بالمعنى الفني للكلمة، ويترتب عليه ما يترتب على الأحكام من آثار، وأهمها حجية الأمر المقضي فيه.

وبالرغم من انحيازنا للطبيعة القضـائية لعملية التحكيم، فإننا نرى بأن التحكيم لا يماثل القضـاء في كل شـيء، بل له بعض الخصـوصـية التي تستلزمها اعتبارات التحكيم باعتباره طريقا بديلا للقضـاء العادي في فض النزاعات.

ختاما، وبعد تناولنا لتعريف التحكيم المصرفي وتوضيحنا بشكل موجـــــز للطبيعـــة القانونية لـــــــــــه، مشيرين بإيجاز إلى وجهة نظر أصحاب كل نظرية والنقد الموجه إليهم، وبعد أن أدلينا برأينا الخاص بهذا الشأن، ارتأينا التطرق إلى التطور التاريخي للتحكيم لما لهذا الموضوع من أهمية.

---

[1]– طلعت محمد دويدار ، **ضمانات التقاضي في خصومة التحكيم– دراسة مقارنة في التشريعات الدولية وأنظمة مراكز التحكيم والتشريعات الوطنية العربية**–، مرجع سابق ، ص17.

[2]– عبد الباسط محمد عبد الواسع الضراسي، **النظام القانوني لاتفاق التحكيم**، مرجع سابق، ص26.

[3]– عبد الباسط محمد عبد الواسع الضراسي، **النظام القانوني لاتفاق التحكيم**، مرجع سابق، ص 27.

المبحث الثاني: تطور التحكيم عبر التاريخ

عرف نظام التحكيم في المراحل الأولى لتكوين الفكر القانوني عند الإنســان كوســيلة لتســوية المنازعات التي تنشأ بين الأفراد مع بعضــهم بعضــا، أو بين القبائل أو بين الدول، وقد تفتحت أذهان الجماعات البشرية إلى التحكيم بمرور الزمن ورأت أنه وسيلة فعالة لتسوية المنازعات بينها.

و قد تطور التحكيم التجاري على نطاق أوســـع بعد الحرب العالمية الثانية، لغرض مواكبة نمو التجارة الدولية، و لقد حدث هذا التطور تدريجياً بفضـــل مســـاعدة المحامين و مراكز التحكيم و المؤسسات الدولية، كما ساعد في ذلك النشاط التشريعي المكثف من سلطات بعض الدول لتحديث قوانين التحكيم الوطنية الخاصة بها.[1]

وعليه، ســـوف نقســـم هذا المبحث إلى ثلاث مطالب لنتكلم في أولها عن تطور التحكيم في العصور القديمة ثم نستتبعه بتطور التحكيم في العصور الوسطى والحديثة وذلك كما يلي:

المطلب الأول: التحكيم في العصور القديمة

سنتعرض في هذا المطلب لنشأة التحكيم في العصور القديمة لدى السومريين والإغريق والرومان في ثلاثة فروع كما سيأتي.

الفرع الأول: التحكيم لدى السومريين

يمكن القول أن أول من عرف نظام التحكيم بشكل بسيط تقليدي هي الجماعات البشرية التي كانت تســـكن بلاد وادي الرافدين وهم الســـومريون، فقد عثر علماء الآثار في العقد الأول من القرن الماضـــي على لوح حجري خطت فيه معاهدة صـــلح بين مدينة(أوما) ومدينة (لجش) الســـومريتين في جنوب العراق حيث نصت هذه المعاهدة على وجوب احترام الحدود بين المدينتين. والإحالة على شرط التحكيم لفض أي نزاع ينشأ بينهما حول الحدود. وهذا الشاهد يدل على أن بلاد وادي الرافدين هي أول من عرفت فكرة التحكيم قبل حوالي خمسة آلاف سنة. وخير دليل على ذلك، هو ما نص عليه تشريع (اورنمو) وهو أقدم تشريع قانوني اكتشف في بلاد وادي الرافدين لحد الآن إذ نصت المادتان (العاشرة و الحادية عشـــر) منه على ضـــرب من ضـــروب التحكيم البدائي الذي كان ســـائدا في ذلك الوســـط

[1] - Mireille Taok, **La résolution des contrats dans l'arbitrage commercial international**, DELTA BRUYLANT L.G.D.J, PARIS, 2009, p 18.

الاجتماعي ألا وهو تحكيم النهر واعتباره حكما في إثبات براءة أو إثبات جرم من يمارس السحر أو زنا الزوجة.[1]

بالإضافة إلى هذا الضرب من ضروب التحكيم فقد عرفت تلك الجماعات أنواعا أخرى للتحكيم وهو الإحتكام إلى الآلهة التي كانوا يعبدونها أو الإحتكام إلى القوة مثل نظام المحنة. وهذا ما أشار إليه قانون حمورابي الذي عد أهم تشريع قانوني ظهر في بلاد وادي الرافدين في المادة 120 منه على أنه" إذا أودع شخص حبوبا في مستودع شخص آخر وقام خلاف بينهما على الكمية المودعة فإن المدعي أي مالك الحبوب يحلف أمام الإله ويصدق يمينه ويدفع المدعى عليه الضعف".[2]

أما بالنسـبة إلى الإحتكام للقوة أي ما يسـمى بنظام المحنة فقد كان لدى أكثر الشـعوب البدائية اعتقادا بأن القوة كانت تكمن في أشياء معينة مثل السم ويدعى هذا السم بسم الإختبار فعلى الشخص المتهم بجرم أن يتناول طعاما مســـموما فإن مات فهو مذنب وإلا فهو بريء. وكذلك الإحتكام إلى ما يســـمى بنظام المبارزة بين الطرفين فأي من الطرفين يفوز في المبارزة يعتبر هو صـــاحب الحق أما الطرف الخاسر فهو المذنب. أو الإحتكام إلى ما يسمى بالمساجلات الشعرية بين الخصمين فإن خسر أحد الخصوم فهو مذنب.[3]

الفرع الثاني: التحكيم لدى الإغريق

عرف الإغريق كغيرهم من الشعوب نظام التحكيم كوسيلة لتسوية المنازعات منذ بداية العصور الكلاســيكية في الفترة ما بين القرن الرابع والســادس قبل الميلاد، فكان هناك مجلس دائم للتحكيم يقوم بالفصل في المنازعات التي تنشب بين دويلات المدن اليونانية في ذلك الوقت.[4]

[1]– أسعد فاضل منديل، **أحكام عقد التحكيم وإجراءاته (دراسة مقارنة)**، مرجع سابق، ص 31–32.

[2]– أسعد فاضل منديل، **أحكام عقد التحكيم وإجراءاته (دراسة مقارنة)**، مرجع سابق، ص 32.

[3]– أسعد فاضل منديل، **أحكام عقد التحكيم وإجراءاته (دراسة مقارنة)**، مرجع سابق، ص33.

[4]– أيسر عصام داؤد سليمان، **الأثر المانع لاتفاق التحكيم في عقود التجارة الدولية**، مرجع سابق، ص ص:21، 22.

ومن الدلائل على ذلك قول الفيلسوف اليوناني " أرسطو طاليس " بأن الجدل الأسطوري الذي كان محتدما بين الآلهة قد سوى لصالح الآلهة أفروديت من جانب المحكم باريس ولم يسوى بواسطة القاضي الألومبي جوبير" وقوله أيضا " إن أطراف النزاع يستطيعون تفضيل التحكيم عن القضاء ذلك لأن المحكم يرى العدالة بينما القاضـــي لا يعتد إلا بالتشـــريع. وكذلك فقد فرق أرســـطو بين المحكم والقاضي بقوله " إن المحكم يسعى إلى العدالة، والقاضي يسعى إلى تطبيق القانون، حيث أن التحكيم ابتكر لتطبيق العدالة".[1]

الفرع الثالث: التحكيم لدى الرومان

استخدم الرومان التحكيم الإختياري الداخلي، فقد كانوا يدفعون دعوى لملاحقة الممتنع عن تنفيذ قرار التحكيم، و يتم معاقبته إمّا بدفع غرامة مالية، أو بعقوبة بمقتضـــى اشـــتراط اتفاق التحكيم، و يتم معاقبته إما بدفع غرامة مالية، أو بعقوبة بمقتضى اشتراط اتفاق التحكيم.[2] ولم يعرف المجتمع الروماني التحكيم الدولي، لأنه كان ينكر مبدأ المساواة بين الدول آنذاك.[3]

و قد انتشر التحكيم في تلك الفترة في العقود الرضائية؛ مثل البيع و الشراء و الإجارة و الوكالة و الشركة؛ حيث كانوا يتفقون على اختيار شخص يسمى (Arbitrator)، و ذلك لكي يكمل شروط العقد، أو يشـــرف على تنفيذه، لا لكي يفصـــل فيما قد ينشـــأ عن العقد من خلاف. وقد كان من حق القاضـــي تعديل قرار التحكيم إذا كان مجحفًا لأحد الأطراف، و بالتالي فالعقود الرضـــائية غير مقيدة بشكل معين، فقرار التحكيم غير ملزم لأطراف النزاع، حيث أن الإمتناع عن تنفيذه لا يتعدى دفع غرامة مالية بقيمة الشرط الجزائي المتفق عليه في الإتفاق (مشارطة التحكيم).[4]

وعلى الرغم من تطور القانون الروماني على مَرِّ الزمان، فقد بقيت آثـــــــار التحكيم واضحة فيـــه، وخاصة في إجراءات التقاضي، فقد كان البريتور (Préteur) يحيل المتنازعين في قضية معينة إلى محكم يعينه هو، وكان هذا المحكم يوجه اليمين إلى كل من المتنازعين لكي يتأكد من صـــحة ادعائهما، ثم بعد ذلك يقضي لصالح أحدهما، وهذا ما كان يسمَّى بدعوى القسم القانونية. و حتَّى بعد

---

[1]– أيسر عصام داؤد سليمان، **الأثر المانع لاتفاق التحكيم في عقود التجارة الدولية**، مرجع سابق، ص 22، وأسعد فاضل منديل، **أحكام عقد التحكيم وإجراءاته (دراسة مقارنة)**، مرجع سابق، ص 34.

[2]–خالد محمد العميرة، **التحكيم المؤسسي– دراسة مقارنة بين التحكيم المؤسسي الدولي والتحكيم المؤسسي الوطني–** ، الطبعة الأولى، دار النهضة العربية للتوزيع والنشر، الكويت، 2013، ص 23.

[3]– مصطفى ناطق صالح مطلوب الناصري، **المحكم التجاري الدولي –دراسة مقارنة–**، مرجع سابق، ص ص: 15،16.

[4] – طه عوض غازي، **مشارطة التحكيم في القانون الروماني**، دار النهضة العربية، مصر، 2002، ص 140.

نشوء المحاكم العامة في العهد الإمبراطوري، فقد بقي نظام التحكيم قائماً في الأمور المدنية، حيث كان الطرفان المتنازعان يتفقان على عرض النزاع على محكم يفصـــل فيه، فإذا حكم المحكم لأحد الطرفين وامتنع الطرف الآخر عن تنفيذ الحكم، جاز للذي صدر الحكم لصالحه أن يرفع دعوى إلى القاضي " البريتور" و الذي كان يحكم بها دون النظر في أصـــل النزاع، و في عهد الإمبراطور " جســتنيان" فقد تطور الأمر أكثر و أصـــبح حكم المحكم واجب التنفيذ مباشـــرة، دون الحاجة إلى رفع دعوى إذا كان التحكيم بناءً على اتفاق الطرفين.[1]

المطلب الثاني: التحكيم في العصور الوسطى والحديثة

سنقسم هذا المطلب إلى فرعين نتحدث في الأول عن التحكيم في العصور الوسطى أما الفرع الثاني فسنخصصه للحديث عن التحكيم في العصر الحديث.

الفرع الأول: التحكيم في القرون الوسطى:

سنتحدث في هذا الفرع عن التحكيم عند العرب قبل وبعد ظهور الإسلام ثم نعرج على الحديث عن التحكيم في أوروبا في القرون الوسطى.

أولا: التحكيم عند العرب قبل عصر الإسلام:

لم يعرف العرب قبل الإســـلام الســـلطة المركزية التي تعمل على حفظ النظام و حماية حقوق الأفراد؛ نظرا لحياة التنقل و الترحال بحثاً عن أســـباب الحياة التي كانوا يعيشـــونها في تلك الفترة، و بالتالي لم تكن هناك سلطة قضائية حقيقية تفصل في النزاعات، وتفرض احترام الحقوق، وتضع حَدًّا للظلم و التسلط، فكان شيخ القبيلة هو المسؤول عن الفصل في النزاع الذي ينشأ بين أفرادها.[2] و كان التحكيم في الجاهلية اختياريًا؛ حيث يتم اختيار المحكمين وفقاً لرغبة المتخاصـــمين، وعادة يكون المحكمون من شيوخ القبائل، ورجال الدين أو أشخاصاً بسداد الرأي و الحكمة.[3]

---

[1] – أسعد فاضل منديل، **أحكام عقد التحكيم وإجراءاته (دراسة مقارنة)**، مرجع سابق، ص ص 35-36.

[2] – محمود سلام زياتي، **أنظمة العرب في الجاهلية وصدر الإسلام**، مكتبة النهضة المصرية، القاهرة، 1996، ص 55 وما بعدها.

[3] – خالد محمد العميرة، **التحكيم المؤسسي– دراسة مقارنة بين التحكيم المؤسسي الدولي والتحكيم المؤسسي الوطني–** ، مرجع سابق، ص 25.

والتاريخ القبلي حافل بالأمثلة التحكيمية، حيث برز عدد من الأشخاص الذين اشتهروا بالتحكيم، نذكر منهم على سبيل المثال لا الحصر: أكثم بن صيفي[1]، وحاجب بن زرارة[2]، وهند بنت الخس[3]،وكان

[1]– هو أكثم بن صيفي بن رباح الأسيدي العمروي التميمي أشهر حكام العرب في الجاهلية على الأطلاق واحد المعمرين فيها وكان يلقب حكيم العرب كان أكثم سيد من سادات العرب شريفا حكيما وفارس شجاعا، ومستشارا خبيرا، أشار على قومه بني تميم في يوم الكلاب الثاني فانتصروا نصر كبيرا على مذحج وحلفائها من أهل اليمن وشارك في الغارات والمعارك والأيام مع قومه وخرج في وفد بني تميم والعرب إلى ملوك فارس وكان كل العرب تتقاضى عند أكثم بن صيفي ولا ترد حكمه لشرفه ونزاهته وحكمته وأكثم كان كاتب خطيب كانت الملوك تكاتبه وتبادل معهم الرسائل التي تحمل في سطورها الحكمة والنصيحة ومن هؤلاء ملك هجر، وملك نجران، وكسرى وغيرهم من الملوك كما أشترك في وفد العرب إلى كسرى عندما أستنقص الفرس من شأن العرب فخطب أمام كسرى وأبهره بفصحاته وحكمته وقد عاش هذا الرجل ونشأ بين أفراد قبيلته وولد في قبيلة بني أسيد أحد قبائل بني تميم التي اشتهرت بالحكمة والشرف وتعد قبيلة تميم من أكبر وأشهر قبائل العرب في الجاهلية وأشدها بأس وقوة وامتازت بمكانة عالية لدى القبائل العربية الأخرى لكثرة عدد أفرادها حتى امتلأت منهم البلاد وهي قبيلة مضرية انتشرت في مناطق واسعة وكبيرة وعندما بعث النبي محمد صلى الله عليه وسلم كان في ذلك الوقت شيخا كبيرا أرسل إلى مكة وفد من قومه فيهم أبنه ورجلان من تميم ليأتوه بخبر النبي الجديد فلما عادوا بخبر أثلج صدر أكثم بن صيفي جمع قومه وخطب فيهم يحثهم على اتباع النبي الجديد فخرج قاصد مكة وتبعه مئة من قومه، فلما كان في الطريق قبل مكة جهد أكثم من شدة العطش ونفاد الماء وأشهد قومه أنه أسلم وأوصاهم بإتباع النبي ثم توفي فأنزل الله تعالى في سورة النساء: " وَمَن يُهَاجِرْ فِي سَبِيلِ اللهِ يَجِدْ فِي الأَرْضِ مُرَاغَمًا كَثِيرًا وَسَعَةً وَمَن يَخْرُجْ مِن بَيْتِهِ مُهَاجِرًا إِلَى اللهِ وَرَسُولِهِ ثُمَّ يُدْرِكْهُ الْمَوْتُ فَقَدْ وَقَعَ أَجْرُهُ عَلى اللهِ وَكَانَ اللهُ غَفُورًا رَّحِيمًا (100)" متحصل عليه بتاريخ: 2013/04/13 من الموقع الإلكتروني: https://ar.wikipedia.org

[2]– هو حاجب بن زرارة بن عُدس الدارمي التميمي من سادات العرب في الجاهلية، كان رئيس بني تميم في عدة مواقع، ورهن ذات مرة قوسه عند كسرى على مال عظيم ووفى به. أدرك الإسلام، وأسلم، وبعثه النبي محمد على صدقات بني تميم لجبايتها. متحصل عليه بتاريخ: 2013/04/13 من الموقع الإلكتروني: https://ar.wikipedia.org

[3]– هند بنت الخس (التي يشار إليها كبنت الخص كذلك)، والتي تذكرها المصادر كفصيحة جاهليّة عرفت بذكائها وكانت من أشهر من عرفوا كحكماء عند العرب (يمكن الرجوع لموسوعة الإسلام، النسخة الثالثة، مدخل "هند بنت الخس"). تذكر كتب التراث هند بن الخس، أو هند بن الخص، أو ابنة الخص، في أخبار كثر عن الحكمة والمحاججة، وعن مواضيع فيها فصل في خصامات حول الحقوق والحيوانات والمراعي، فكما يبين د. ياسر عبد الحسيب رضوان في كتابه "هند بنت الخس الإيادية نثرها ونظمها"، يرد ذكرها في بلوغ الأرب للألوسي، وفي الأمالي لأبي علي القالي، وكتاب الإبل للأصمعي، والبيان والتبيين للجاحظ وغيرها من أشهر كتب الأدب. وهناك إجماع على فصاحتها، فأصبح اسمها مضرباً للمثل بين الناس فإذ أراد أحدهم وصف شخص بالدهاء، كان يقال: "يا ابن الخس أو ابنة الخس!"، كما عرفت بقوة شخصيتها وفصاحتها، فكما قال الألوسي: "وكانت تُحاجي الرجال". شهد الأديب العربي الكبير الجاحظ بحكمة هند، فقال: "ومن أهل الدهاء والنكراء (الفطنة) ومن أهل اللسن واللقن، والجواب العجيب، والكلام الفصيح والأمثال السائرة، المخارج العجيبة، هند بنت الخس، وجمعة بنت حابس". كما ذكرها الميداني في مجمع الأمثال كإحدى حكيمات العرب .متحصل عليه بتاريخ: 2013/04/13 من الموقع الإلكتروني:https://raseef22.net/article/120178

التحكيم اختياريا متروكا إلى رضـــا المتنازعين، وكان الحكم يأخذ العهد على المتخاصـــمين بغية الإطمئنان إلى تنفيذ حكمه، لأن قرار التحكيم لم يكن ملزما. وقد مارس الكهنة وظيفة التحكيم في المجتمع الجاهلي، حتى أن العرب كانوا يلجئون إليهم للفصـــل في النزاعات. ولعل أهم القضـــايا التحكيمية التي حدثت قبل عهد النبوة مسألة التحكيم في شأن الحجر الأسود الذي يشكل أحد أركان الكعبة الشريفة وكان مقدسا عند العرب، والتي تولى الحكم فيها محمد الأمين كما كان يسمى وقتها(رسولنا الكريم عليه الصلاة والسلام).[1]

ثانيا: التحكيم عند العرب في صدر الإسلام:

منذ بزوغ فجر الرســـالة المحمدية، جاء القرآن الكريم موافقا ومقرا لنظام التحكيم، حيث جاء في محكم التنزيل قوله تعالى " وإن خفتم شـــقاق بينهما فابعثوا حكما من أهله وحكما من أهلها إن يريدا إصلاحا يوفق الله بينهما إن الله كان عليما خبيرا"،[2] فقد تضمنت هذه الآية حكماً صريحا في مشروعية التحكيم بين الزوجين عند اختلافهما، وهذا النوع من النزاع من أهم النزاعات وأدقها، وقد اختصه الشرع بهذا النوع من التقاضي لأهميته، حيث جاءت هذه الآية كنهاية لسلسلة وسائل علاج تصدع الأسرة.[3] ومن الآيات الكريمة أيضـــا قوله تعالى:" فلا وربك لا يؤمنون حتى يحكموك فيما شـــجر بينهم ثم لا يجدوا في أنفسهم حرجا مما قضيت ويسلموا تسليما"،[4] ويتضح من هذه الآيات البينات مشروعية التحكيم بنص الكتاب.

ومن السنة الشريفة:

لقد كان التحكيم موجودا في عصر النبوة، و الدليل على ذلك تولي رسولنا الكريم عليه الصلاة والسلام الكثير من المهام التحكيمية، حيث أورد القرطبي في تفسيره أنه كانت هناك خصومة بين رجل من المنافقين و رجل من اليهود، و أراد المنافق الإحتكام إلى كاهن، و أصـــر اليهودي الإحتكام غلى رسول الله صلى الله عليه و سلم، فحكم رسول الله عليه الصلاة و السلام لليهودي، فلم يرض المنافق

---

[1]– سميرة الزعيم المنجد، **التحكيم الإسلامي في نظام غير إسلامي**، منشورات الحلبي الحقوقية، بيروت، 2013، ص ص: 54، 55.

[2]– سورة النساء الآية 35.

[3]– أيسر عصام داؤد سليمان، **الأثر المانع لاتفاق التحكيم في عقود التجارة الدولية**، مرجع سابق، ص 25 و26.

[4]– سورة النساء الآية 65.

بما حدث و انطلق إلى عمر ابن الخطاب رضي الله عنه، فلما علم الفاروق بالأمر أخذ سيفه و ضرب به المنافق وقال: " هكذا أقضي على من لم يرض بقضاء الله و رسوله".[1]

ومن هنا فقد قرن الإيمان بالتسليم بحكم رسول الله صلى الله عليه و سلم في قوله تعالى: " فلا و ربّك لاَ يُؤمنونَ حتى يُحَكِّمُوكَ فيمَا شَجَرَ بَيْنَهُمْ ثمَّ لاَ يَجدُوا في أَنْفُسِهِمْ حَرجاً مِمَّا قَضيْتَ و يُسَلِّمُوا تَسْلِيماً".[2]

كما أن إجماع الأمة انعقد على جواز التحكيم، حيث أن الصـــحابة لجؤوا إلى التحكيم فيما هو أبعد من منازعات الأحوال الشـــخصـــية أو المعاملات المالية كما حدث عند تعيين خليفة لعمر ابن الخطاب(رضـــي الله عنه) فقد عين الصـــحابة عبد الرحمان بن عوف حكما مهمته تعيين خليفة يختاره من بين الذين تم ترشيحهم للخلافة.[3]

من خلال ما سبق يتضح لنا أن التحكيم مشروع بالكتاب والسنة النبوية وبالإجماع، ولقد عمل به الفقهاء المعاصرين.

ثالثا/ التحكيم في أوروبا في العصور الوسطى:

إن الملفت للنظر في نظام التحكيم في أوروبا إبان القرون الوسـطى هو انتشـار وسـيطرة نفوذ البابا وبعض الملوك، حيث أن الدولة المسيحية آنذاك كانت تحتكم إلى البابا أو الإمبراطور، حيث كانا يتنافسان على السلطة العليا في العالم المسيحي، والملاحظ أيضا أنه كان يعين أحد رجال القانون في هيئة التحكيم وكان يتبع في اختيار المحكم (مبدأ الاقران)، وإن هذا المبدأ كان يقوم على اختيار الأمراء المتنازعين حكاما من بين الأمراء الآخرين، وكذلك تحتكم المدن المتنازعة إلى مدن أخرى، ولقد لجأ الأفراد بعد ضـعف دور البابا والإمبراطور خلال القرن السـادس عشـر إلى الإحتكام لدى رئيس الدولة، حسب فكرة الأقران السابقة، وان الاتجاه للتحكيم بدأ يظهر أكثر في العلاقات الأنكلو أمريكية حيث كان الأطراف يلجئون إلى حَكَم منفرد حيث كان يقوم بذلك رئيس الدولة أو فقيها معروفا أو دبلوماســـيا أو

[1] – سميرة الزعيم المنجد، **التحكيم الإسلامي في نظام غير إسلامي**، منشورات الحلبي الحقوقية، بيروت، لبنان، الطبعة الأولى 2013، ص 30.

[2] – سورة النساء، الآية 65.

[3]– أيسر عصام داؤد سليمان، **الأثر المانع لاتفاق التحكيم في عقود التجارة الدولية**، مرجع سابق، ص 25.

قاضـــيا أو اللجوء إلى لجنة مختلطة. وظهر هذا النوع من التحكيم في القرن الثامن عشـــر، ومر هذا النوع من التحكيم بمرحلتين:[1]

الأولى: لجنة مختلطة دبلوماسية وتتشكل من عضـوين يمثل كل منهما الطرف الذي عينه. أما الثانية: فقد اكتسبت من خلالها اللجنة المختلطة صفة التحكيم بعد أن يتم إضـافة عضـو آخر أجنبي يكون له القول الفصـل في حسم النزاع عند الإختلاف بين الأعضـاء الوطنيين، وشـهد النصـف الثاني من القرن التاسع عشر إدخال الوزراء إلى جانب رئيس الدولة في إعداد قرار التحكيم.[2]

الفرع الثاني: التحكيم في العصر الحديث:

تعد مرحلة ما بعد الحرب العالمية الثانية مرحلة أسـاسـية و حاسـمة في تبلور نظام التحكيم في صورته الحالية، ففي هذه المرحلة أضـحى التحكيم التجاري في تعاظم مستمر قد يصبح معه ليس فقط قضـــاء ضـــروريا للتجارة الدولية، بل انه كما يرى جانب من الفقه قضـــاء ثنائيا بجانب قضـــاء الدولة الواحدة، حيث شهد العالم في هذه الفترة قيام العديد من دول العالـــــم الثالث واستقلالهـــــا مـــن الاســـتعمار، وبدئها في إعداد خطط تنمية اقتصـــادية واجتماعية، أدى كل ذلك إلى اللجوء للشـــركات الأجنبية لتنفيذ مشـروعاتها الإنمائية الطموحة، وظهور صـور جديدة للتحكيم التجاري عن طريق غرف التجارة الدولية، وبعض الهيئات التحكيمية المتخصـــصـــة الأخرى، كما عقدت عدة اتفاقيات جماعية وثنائية بين الدول لمعالجة مسائل التحكيم ومعوقاته وكيفية تنفيذ قراراته. ومن هذه الاتفاقيات الجماعية، اتفاقية نيويورك بشـــأن الإعتراف بأحكام المحكمين الأجنبية و تنفيذها، والتي أبرمت عام 1958، وعقبها إبرام الإتفاقية الأوروبية الخاصة بالتحكيم التجاري الدولي في جنيف عام 1961، كما قام البنك الدولي للإنشـاء والتعمير بإعداد اتفاقية تسـوية المنازعات المتعلقة بالإسـتثمار بين الدول و بين الأفراد التابعين لدول أخرى حيث أبرمت عام 1965، ونود الإشـــارة في هذا المضـــمار إلى أن لجنة القانون التجاري الدولي التابعة للأمم المتحدة قد وضـعت قانونا نموذجيا للإسـترشـاد به في مجال التحكيم على النطاق الداخلي لمختلف دول العالم، حيث وضـــع القانون عام 1985، والذي ســـبقه وبفترة ليســـت

[1]– مصطفى ناطق صالح مطلوب الناصري، **المحكم التجاري الدولي –دراسة مقارنة–**، مرجع سابق، ص 18.

[2]– مصطفى ناطق صالح مطلوب الناصري، **المحكم التجاري الدولي –دراسة مقارنة–**، مرجع سابق، ص ص: 18–19.

بالبعيدة القواعد المســماة بقواعد اليونســترال المتعلقة بالتحكيم التجاري الدولي، والتي وضــعتها لجنة القانون التجاري الدولي اليونسترال عام 1976.[1]

ونود الإشــارة إلى أن مرحلة ما بعد الحرب العالمية الثانية كانت لها انعكاســاتها الإيجابية على القوانين الداخلية لمختلف دول العالم ومنها الدول العربية، وهذه الأخيرة قد تباينت مواقفها حيال تنظيم مسـائل التحكيم بين إصـدار قانون خاص بالتحكيم التجاري، وبين إبقاء النصـوص المنظمة له ضـمن قوانين المرافعات المدنية، ونذكر من هذه القوانين قانون التحكيم المصـــري رقم 28 لســـنة 1994، وقانون المرافعات المدنية العراقي رقم 83 لســـنة 1969 ، وقانون الإجراءات المدنية الذي تبنت من خلاله الجزائر أحكام جديدة تخص هذا النظام في حل المنازعات الناتجة عن العلاقات التجارية الدولية وتجسـدت في تعديل قانون الإجراءات المدنية لسـنة 1966 وإصـدار المرسـوم الشـريعي رقم 93-09 المتعلق به وهذا نظرا للتحولات الاقتصـادية والتجارية وتوجه الجزائر نحو اقتصـاد السـوق، الأمر الذي جعلها تغير الكثير من مواقفها الرســـمية، فبعدما كانت تعارض فكرة التحكيم التجاري الدولي وإعطاء الاختصـــاص للمحاكم الوطنية والقانون الجزائري، أصـــبحت تســمح اليوم باللجوء إلى التحكيم التجاري الدولي بنصـوص صـريحة منصـوص عليها في القانون، فتجد قانون الإجراءات المدنية والإدارية 08-09 المؤرخ في 25 فبراير 2008 خص التحكيم التجاري الدولي بأحكام هامة كما سنراه لاحقا .

ونجد أن التحكيم أخذ بالتطور أكثر فأكثر وإلى مدى أوســـع مما كان عليه ســـابق، حيث أن المحكم بدأ يعمل على الحاسوب وعبر فضاء الأنترنت، وتيسرت الكثير من الأدوات لخدمة عمله الذي تم تدعيمه من طرف التشريعات والقواعد الدولية الخاصة بالأنترنت لإعطاء الحجية القانونية لما يصدر عنه من قرارات وإجراءات في إطار التحكيم الإلكتروني، وان مهمة المحكم حاليا أصـــبحت تتم عبر الأنترنت والبريد الإلكتروني أو ما يســمى (E-mail) وعن طريق ربط مجموعة حواســيب مع بعضــها البعض لممارسـة الإجراءات التحكيمية بين المحكم وأطراف النزاع، فحاليا مهمة المحكم وبهذا الأسـلوب أصـبحت أكثر يسـرا من التحكيم التقليدي، خصـوصـا أمام التشـجيع الغربي لهذا النمط من التحكيم عن طريق استحداث مواقع إلكترونية.[2] على الشبكة الدولية للأنترنت لحسم النزاعات عن طريق التحكيم.[3]

---

[1]- أيسر عصام داؤد سليمان، **الأثر المانع لاتفاق التحكيم في عقود التجارة الدولية**، مرجع سابق، ص ص 62-63.

[2]- كموقع CYBER SETTLE وهو: www.cybersettle.com.

[3]- مصطفى ناطق صالح مطلوب الناصري، **المحكم التجاري الدولي -دراسة مقارنة-**، مرجع سابق، ص ص 20-21.

المبحث الثالث: التمييز بين التحكيم وما يشتبه به:

هناك العديد من التصـــرفات القانونية التي تتشـــابه في طبيعتها مع نظام التحكيم، و يصـــعب التمييز بينها مثل القضـــاء والصـــلح والوكالة والخبرة، على الرغم من أن لكل من هذه الأنظمة الأحكام القانونية الخاصة بها، والتي تختلف عن الأحكام الخاصة بالتحكيم، الأمر الذي ينبغي معه التمييز بين التحكيم وهذه الأنظمة حتى تتضـح اسـتقلاليته عنها، خاصـة وأن الخصـوم قد يسـتخدمون أحيانا ألفاظا مبهمة وغير واضحة يصعب معها إعطاء تكييف محدد لمهمة الشخص المختار.

وعليه سـوف نتناول الفرق بين التحكيم والنظم المشـابهة له وذلك بتقسـيم هذا المبحث إلى أربعة مطالب، لنميز فيها بين التحكيم وكل من القضاء والصلح والخبرة ثم الوكالة.

المطلب الأول: تمييز التحكيم عن القضاء

الأصـل أن يكون الفصـل في المنازعات من اختصـاص القضـاء العادي، إلا أن هذه المسـألة ليسـت من النظام العام وبالتالي يجوز مخالفتها، فالذي يقصـد بالقضـاء هو الحكم والأداء أو هو عمل القاضـي، أما في اصـطلاح الفقهاء فيعرفه بعضـهم بأنه " قول ملزم يصـدر عن ولاية عامة والقضـاء يفصل في الخصومة بالحق والعدل " في حين عرفه آخرون بأنه " فصل الخصومات وقطع المنازعات علة وجه مخصـوص". وتأسـيسـا على هذا فإن القضـاء يقترب كثيرا من التحكيم لأن كليهما يؤدي إلى فض الخصـــومات وإظهار حكم العدالة فيها، إلا أنه في الوقت نفســـه يبتعد القضـــاء عن التحكيم في بعض الجوانب و التي نذكر منها:[1]

1. أن القاضـــي يســـتمد ولايته وســـلطانه من قانون الدولة التي عُين فيها في حين يكون المحكم مسـتمدا سـلطاته من عقد التحكيم، وبما أن الأصـل هو القضـاء والتحكيم هو فرع منه، لذا فإن ولاية المحكم تقتصر على الفصل في النزاع المعروض أمامه فقط دون غيره من النزاعات حتى وإن كانت لها صلة بالنزاع المعروض عليه، بينما تكون ولاية القاضي عامة وله الحق في النظر والفصل في أي نوع من النزاعات التي تقع بين الأفراد.[2]

[1]– أسعد فاضل منديل، **أحكام عقد التحكيم وإجراءاته (دراسة مقارنة)**، مرجع سابق، ص 42.

[2] – أسعد فاضل منديل، **أحكام عقد التحكيم وإجراءاته (دراسة مقارنة)**، مرجع سابق، ص 42.

2. يتطلب التحكيم وجود اتفاق بين الخصوم أو نص خاص في القانون، أما القضاء العادي فهو حق عام يستعمله الخصم تلقائيا دون حاجة إلى الحصول على موافقة من خصمه أو استناد إلى نص خاص.[1]

3. أن المحكم يتم تعيينه من قبل أطراف النزاع أو من قبل المحكمة المختصة في بعض الحالات المعنية، في حين أن القاضـي يتم تعيينه من قبل الدولة وهو يمثل سيادة الدولة وسلطة من سلطاتها. وتبعا لذلك قد يتقاضى المحكم أجره من أطراف النزاع في حين أن القاضي يتقاضى أجره من الدولة.[2]

4 ـ أن طبيعة عمل المحكم مؤقتة ومخصصة بنزاع معين، أما طبيعة وظيفة القاضي فهي عامة ودائمة.[3]

5 ــ يصدر المحكم حكمه بناء على قواعد العدالة والإنصاف إذا أعفاه الخصوم من التقيد بقواعد القانون، أما القاضي فإنه يلتزم بمراعاة قواعد القانون الموضوعية والإجرائية.[4]

المطلب الثاني: تمييز التحكيم عن الصلح

الصلح في اللغة هو قطع النزاع. وفي الشرع هو العقد الذي يرفع به النزاع بالتراضي.[5]

عرف المشرع العراقي الصلح في المادة 698 من القانون المدني العراقي رقم 40 لسنة 1951 بأنه "عقد يرفع النزاع ويقطع الخصومة بالتراضي". كما عرفه المشرع المصري في المادة 549 من القانون المدني المصري بأنه عقد يحسم به الطرفان نزاعا قائما أو يتقيان به نزاعا محتملا، وذلك بأن ينزل كل منهما على وجه التقابل عن جزء من ادعاءاته".[6]

---

[1] – قمر عبد الوهاب، **التحكيم في منازعات العقود الإدارية في القانون الجزائري، دراسة مقارنة**، دار المعرفة، الجزائر، 2009، ص 34.

[2]– علي عوض حسن، **التحكيم الإختياري والإجباري في المنازعات المدنية والتجارية**، دار الفكر الجامعي، 2004، ص16.

[3]– محمد علي بني مقداد، **الطريق القويم للإتفاق على التحكيم – دراسة نظرية تطبيقية مقارنة–**، مرجع سابق، ص 167.

[4]– محمد علي بني مقداد، **الطريق القويم للإتفاق على التحكيم – دراسة نظرية تطبيقية مقارنة–**، مرجع سابق، ص 167.

[5]– أسعد فاضل منديل، **أحكام عقد التحكيم وإجراءاته (دراسة مقارنة)**، مرجع سابق، ص 43.

[6]– أيسر عصام داؤد سليمان، **الأثر المانع لاتفاق التحكيم في عقود التجارة الدولية**، مرجع سابق، ص 41.

فالصلح هو عقد يحسم به الطرفان نزاعا قائما أو يتوقيان به نزاعا محتملا، لقطع الخصومة بين المتصـالحين بتراضـيهما، أو بتفويض شـخص من الغير في إجرائه، لحسـم المنازعات التي يتناولها ويترتب عليه انقضاء الإدعاءات التي نزل عنها كل من المتصالحين نزولا نهائيا، ولا يجوز لأيهما بعد أن انحسـم النزاع صـلحا أن يجدده ولا يمضـي في الدعوى التي كانت مرفوعة بما حسـمه الطرفان صلحا.[1]

ومن هذه التعاريف يتضح لنا أن الصلح يتطلب ثلاثة عناصر هي:

1- وجود نزاع قائم أو محتمل.

2- نية حسم النزاع.

3- نزول كل من الطرفين عن جزء من ادعاءاته.

ويتشابه التحكيم مع الصلح الناشئ عن عقد الصلح في أن كلا منهما ينشأ عن عقد، يجد أصله في اتفاق يعبر عن رضـا أطرافه في حل النزاع بعيدا عن قضـاء الدولة، سـواء أكان ذلك الإتفاق سـابقا لنشـأة النزاع موضـوع الإتفاق على التحكيم، كما يقترب من مشـارطة التحكيم إذا كان لاحقا على نشـأة النزاع موضوع الإتفاق على التحكيم.[2]

وبالرغم من أن لهذين النظامين أوجه تشابه كثيرة إلا أن الصلح يختلف عن التحكيم فيما يلي:

1- عقد الصـلح لا يتم إلاَّ بين أطراف الخصـومة أو من يمثلهم قانوناً، أما في عقد التحكيم فإن أطراف الخصـومة يتفقون على إحالة النزاع إلى أشـخاص آخرين وهم المحكمين. [3] فإرادة الأطراف في التحكيم تنصـرف إلى تخويل المحكم دور القاضـي في حسـم النزاع، على خلاف الصـلح الذي يحل باتفاق إرادي محض.

---

[1]- عبد الله عيسى علي الرمح، **حكم التحكيم وفقا لقانون المرافعات المدنية والتجارية وقانون التحكيم القضائي**، دراسة في القانون الكويتي والقانون المصري مقارنا بالفقه الإسلامي، مؤسسة دار الكتب، الكويت، 2009، ص61.

[2]- عبد الله عيسى علي الرمح، **حكم التحكيم وفقا لقانون المرافعات المدنية والتجارية وقانون التحكيم القضائي**، مرجع سابق، ص 62.

[3] - محمد نعيم علوه، **موسوعة القانون الدولي العام، التحكيم الدولي، الجزء الثاني عشر**، مرجع سابق، ص 34.

2- ينتهي التحكيم بصـدور حكم يفصـل في النزاع ويكون ملزما للأطراف وقابل للتنفيذ الجبري. أما في الصـــلح فينتهي النزاع بمجرد التنازل المتبادل بين الأطراف و يكون الاتفاق قابلا للتنفيذ بذاته بعد تصديق القضاء عليه.[1]

3- الصـــلح نظام توفيقي قد لا يصـــل الأطراف فيه إلى نتيجة ولا يكون ملزما لهم إلا بعد الوصـول إلى الحل وقبوله من كل الأطراف المتخاصـمة بعكس نظام التحكيم، الذي يُعد نظاما قضـائيا ذو طبيعة خاصـة نظمه القانون، وتطبق قواعده بمجرد إدماج شرط التحكيم في العقد الأساسـي، فتلتزم الأطراف بنتائجه وآثاره القانونية.[2]

4- ويذهب بعض الفقه إلى اعتبار نظام التحكيم أشـــد خطورة من الصـــلح، وذلك لأن حكم المحكم يحوز حجية الأمر المقضـي به ويجب تنفيذه قسـرا في حالة عدم التنفيذ الطوعي، متى صـار الحكم نهائيا، أما الصـــلح فهو أقل خطورة من ســـابقه، لأن الأطراف من خلاله يعلمون عن ماذا سيتنازلون من حقوق، بل قد لا تتوصل الأطراف إلى أي حل من خلاله، كما أنه في مجال التحكيم لا ينتهي النزاع بمجرد إبرام اتفاق التحكيم و إنما ينتهي بممارســة المحكم لمهمته و إصـــداره حكما قابلا للتنفيذ الجبري بعكس الصلح الذي ينتهي النزاع فيه بمجرد التنازل المرضـي لكلا الطرفين، وهذا الإتفاق لا يكون قابلا للتنفيذ بذاته ما لم يتم بصورة عقد رسمي، أو يتم أمام المحكمة.[3]

5- يوجد اختلاف بين التحكيم والصـلح من ناحية طرق الطعن، فعقد الصـلح يطعن به بعيوب الإرادة فقط، أمـا اتفـاق التحكيم فيطعن بـه بعيوب الإرادة بـاعتبـاره عقدا ويطعن بقراره التحكيمي بكل طرق الطعن المقررة في قانون المرافعات المدنية باعتباره حكما قضـــائيا، باســتثناء طريق الإعتراض. كذلك فإنه يمكن القول أن القرار التحكيمي في بعض القوانين يملك قوة تنفيذية تسـمح بتنفيذه جبرا على

[1] – لزهر بن سعيد، **التحكيم التجاري الدولي وفقا لقانون الإجراءات المدنية والإدارية والقوانين المقارنة**، مرجع سابق، ص43.

[2]– أيسر عصام داؤد سليمان، **الأثر المانع لاتفاق التحكيم في عقود التجارة الدولية**، مرجع سابق، ص 41.

[3]– أيسر عصام داؤد سليمان، **الأثر المانع لاتفاق التحكيم في عقود التجارة الدولية**، مرجع سابق، ص 42.

المحكوم عليه إذا امتنع عن تنفيذه اختيارا، أما عقد الصـلح فلا يجوز تنفيذه جبرا إلا إذا تم التصـديق عليه من قبل المحكمة،[1] أو إذا تم عن طريق عقد رسمي موثق.[2]

المطلب الثالث: تمييز التحكيم عن التوفيق (الوساطة):

سـنقوم في البداية بتعريف التوفيق أو كما تسـميها بعض الأنظمة القانونية الوسـاطة ثم نتحدث عن أوجه التشابه والاختلاف بينه وبين التحكيم.

الفرع الأول: تعريف التوفيق (الوساطة):

يعني بالتوفيق محاولة تضـييق شـقة الخلاف بين طرفين متنازعين باقتراح حل وسـط يقبلونه"، فهو طريق ودي لفض المنازعات جرت عليه الأعراف السائدة لدى القبائل العربية القديمة.[3]

كما يعرف التوفيق بأنه: " قيام فرد أو أكثر من تلقاء نفسه أو بناء على طلب الأطراف المتنازعة بالتوسـط أو التوفيق بينهم وذلك بتقديم عرض أو اقتراح لتسـوية ما بينهم من خلاف تاركين للأطراف حرية الأخذ به أو رفضه".[4]

كما يعرفه البعض بأنه:" طريق ودي لفض المنازعات الناشـــئة بين الأطراف عن طريقه يقوم الخصـوم بأنفسـهم أو بواسـطة شـخص من الغير بالإجتماع والتشـاور للوصـول إلى حل ينهي النزاع ويرضـــى عنه الأطراف. فإذا انتهى التوفيق إلى حل يحرر محضـــر بذلك و يوقع عليه الخصـــوم والشخص الذي قام بالتوفيق" [5].

و تعرف المادة 3/1 من القانون النموذجي التجاري الدولي للتوفيق التوفيق بأنـــــه " عملية ... يطلب فيها الطرفان إلى شـــخص ثالث أو أشـــخاص آخرين (الموفق) مســـاعدتهما في ســـعيهما إلى التوصل إلى تسوية ودية لنزاعهما الناشئ عن علاقة قانونية عقدية أو غير عقدية أو لنزاع متصل بهذه العلاقة".[6]

---

[1]– أسعد فاضل منديل، **أحكام عقد التحكيم وإجراءاته (دراسة مقارنة)**، مرجع سابق، ص 46.

[2]– محمد علي بني مقداد، **الطريق القويم للإتفاق على التحكيم – دراسة نظرية تطبيقية مقارنة–**، مرجع سابق، ص 160.

[3]– عبد الله عيسى علي الرمح، **حكم التحكيم وفقا لقانون المرافعات المدنية والتجارية وقانون التحكيم القضائي**، مرجع سابق، ص 59.

[4]– أيسر عصام داؤد سليمان، **الأثر المانع لاتفاق التحكيم في عقود التجارة الدولية**، مرجع سابق، ص 43.

[5]– نبيل إسماعيل عمر، **التحكيم في المواد المدنية والتجارية الوطنية والدولية**، مرجع سابق، ص8.

[6]– فتحي والي، **قانون التحكيم في النظرية والتطبيق**، منشأة المعارف، الإسكندرية، 2007، ص 21.

ويحقق نظام التوفيق مزايا عديدة منها تحقيق عدالة ناجزة للأفراد و إيصال الحقوق إلى أصحابها في أسرع وقت، و الحد من إجراءات التقاضي الكيدية و تخفيف العبء عن القضاء.[1]

الفرع الثاني: أوجه التشابه والإختلاف بين التوفيق (الوساطة) والتحكيم:

من خلال التعريفين السابقين للتوفيق والوساطة، يتضح بجلاء أنهما يشتركان مع التحكيم في الهدف المتوخى، وهو فض النزاع بين الأطراف بتدخل شخص أو أكثر من الغير، في علاقة الخصوم العقدية أو غير العقدية. إلا أنه بالرغم من هذا التقارب يوجد تباين واختلاف بين التحكيم من جهة والتوفيق والوساطة من جهة أخرى في النقاط الآتية:

1. الفارق بينهما في الآلية المتبعة لفض النزاع، فالتوفيق والوساطة يتمان عن طريق اختيار أو تعيين شخص أو أكثر لمحاولة حصر نقاط الخلاف بين الطرفين ومداومة الإتصال مع الأطراف حتى يلتقي الطرفان عند حل توفيقي وسط ولا يعقد الوسيط أو الموفق جلسات مرافعة كما هو الحال عليه في التحكيم، وإنما يعقد اجتماعات خاصة مشتركة بين جميع الأطراف، حيث يعرضون فيها حججهم ومستنداتهم، كما أن الموفق أو الوسيط يعقد اجتماعات منفصلة مع بعض الأطراف دون البعض الآخر، هدفها الإستماع والإطلاع وفحص المستندات و التشاور.[2]

2. التحكيم تنظيم قضائي ينتهي بحكم له آثار الأحكام القضائية قابل للتنفيذ الجبري بشروط خاصة، ملزم للخصوم وله آثار محددة ويعتبر سند تنفيذي. أما الوسيط فلا ينتهي عمله بحكم، بل باقتراح لتقريب وجهات النظر. والمحضر الذي يحرره الموفق لا تكون له آثار أو حجية الأحكام القضائية.[3] وبالتالي فالوسيط لا يفصل في النزاع وإنهما يساعد على تسويته وديا أو على الفصل فيه من قبل الجهة المختصة.[4]

---

[1] – علي عوض حسن، **التحكيم الإختياري والإجباري في المنازعات المدنية و التجارية**، مرجع سابق، 2004، ص 17.

[2] – عبد الباسط محمد عبد الواسع الضراسي، **النظام القانوني لاتفاق التحكيم**، مرجع سابق، ص33.

[3] – نبيل اسماعيل عمر، **التحكيم في المواد المدنية والتجارية الوطنية والدولية**، مرجع سابق، ص 8.

[4] – محمد علي بني مقداد، **الطريق القويم للإتفاق على التحكيم – دراسة نظرية تطبيقية مقارنة–**، مرجع سابق، ص 168.

3. هناك فارق أخير هو أن التوفيق والوساطة تتضمنان بعض التنازلات من الطرفين لكي يمكن التوصل إلى حل وسط، بينما المحكم يصدر حكما قد يستجاب فيه لطلبات أحد الأطراف ويرفض فيه طلبات الطرف الآخر، فهو لا يبحث عن حل وسط أو حل توفيقي،[1] بل مهمته إصدار حكم في النزاع.

أما الموفق أو الوســـيط فلا يملك إلا إنهاء الإجراءات وتعود للأطراف حريتهم في اللجوء إلى القضاء.[2]

المبحث الرابع: أنواع التحكيـــم المصرفي

لا يتخذ التحكيم بصفة عامة والتحكيم المصرفي بصفة خاصة صورة واحدة، وإنما يأخذ صورا متعددة، وذلك بحسب المنطلق الذي ينطلق منه الإتفاق وبحسب الزاوية التي ينظر منها إلى التحكيم.

ورغم تعدد أنواع التحكيم التي نحن بصدد التعرض لها، فإن هذا لا ينفي أن أساس التحكيم هو واحد، ولكن عملا على تحديد المفاهيم والمصطلحات، سنقسم أنواع التحكيم من حيث إرادة المحتكمين إلى تحكيم اختياري وتحكيم إجباري، ومن حيث طبيعة العقد الذي تضـــمنه ونطاقه إلى تحكيم وطني وتحكيم دولي، ومن حيث التقيد بالإجراءات القضائية إلى تحكيم بالصلح وتحكيم بالقانون، ومن حيث مدى حرية المحكم وسلطاته إلى تحكيم حر وتحكيم مؤسسي وسوف نتناول هذه الأنواع على النحو التالي:

المطلب الأول: التحكيم الإختياري والتحكيم الإجباري

ينقســـم التحكيم بالنظر إلى إرادة أطرافه في اللجوء إليه من عدمها إلى تحكيم اختياري وتحكيم إجباري. وسنتناول كل منهما فيما يلي:

الفرع الأول: التحكيم الإختياري

يكون التحكيم اختياريا إذا كان اللجوء إليه يتم بمحض إرادة المحتكمين (المصرف والخصوم) أي أن اللجوء إلى التحكيم لم يكن مفروضا عليهم. والأصل في التحكيم أنه اختياري وليس إجباري لأنه لا يجب كقاعدة أن تتخلى الدولة عن القيام بواجبها في تحقيق العدل لمواطنيها وذلك بالتخلي عن

[1]– عبد الباسط محمد عبد الواسع الضراسي، **النظام القانوني لاتفاق التحكيم**، مرجع سابق، ص ص: 34، 35.

[2]– عبد الباسط محمد عبد الواسع الضراسي، **النظام القانوني لاتفاق التحكيم**، مرجع سابق، ص ص: 34، 35.

وظيفتها القضـائية ومن ثم توجب على الأطراف الإلتجاء إلى التحكيم وإلا اعتبر ذلك تنصـلا من قبل الدولة من القيام بواجبها، وتخليا عن القيام بوظيفتها.[1]

ويعتبر التحكيم الإختياري هو الغالب في منازعات التجارة الدولية، ذلك لأنه يكفل تحقيق الثقة للأطراف، إذ يتم لجوء الأطراف المتعاقدين – بإرادتهم الحرة المختارة بموجب الإتفاق– إلى التحكيم، حيث يختارون المحكمين، وكذلك القانون الواجب التطبيق، وإجراءات التحكيم.[2]

ويقوم التحكيم الإختياري على أساسين هما الإرادة الذاتية الحرة للخصوم في اللجوء إلى التحكيم، وإقرار المشروع لهذه الإرادة بذلك.[3]

الفرع الثاني: التحكيم الإجباري

إذا كان الأصل أن يكون التحكيم اختياريا، فإن هذا لا يمنع الدولة من أن تجعل من التحكيم في بعض المنازعات، أمرا واجبا لا يملك معه الخصـوم رفع هذه المنازعات إلى قضـاء الدولة، وإنما يتعين على الأفراد إن أرادوا حســـم النزاع، اللجوء إلى التحكيم، وهذا النوع من التحكيم هو ما يعرف بالتحكيم الإجباري.[4]

فالتحكيم الإجباري هو الذي ينص المشرع على الإلتزام باللجوء إليه كطريق لحل النزاع وهو غالبا ما تسـبقه إجراءات للتفاوض نص عليها القانون حتى إذا تعذرت التسـوية الودية تعين طرح النزاع على هيئة التحكيم التي نص القانون على تشـــكيلها، والتي تصـــدر أحكاما تصـــدر أحكاما يجري تنفيذها بالطرق الجبرية بعد وضـع الصـيغة التنفيذية عليها، فهذا النوع من التحكيم هو بمثابة قضـاء اسـتثنائي قدر المشـــرع أنه الأجدر والأقدر على حل بعض أنواع من المنازعات لها طبيعة خاصـــة كمنازعات العمل ومنازعات الضـــرائب والجمارك. وفي التحكيم الإجباري لا تكون هيئة التحكيم مشـــكلة بكامل

---

[1]– عبد الباسط محمد عبد الواسع الضراسي، **النظام القانوني لاتفاق التحكيم**، مرجع سابق، ص 40.

[2]– محمد نعيم علوه، **موسوعة القانون الدولي العام، التحكيم الدولي**، مرجع سابق، ص 43.

[3]– محمد نعيم علوه، **موسوعة القانون الدولي العام، التحكيم الدولي**، مرجع سابق، ص 43.

[4]– أشرف عبد العليم الرفاعي، **اتفاق التحكيم والمشكلات العملية والقانونية في العلاقات الخاصة الدولية**، دار الفكر جامعي، الإسكندرية، 2003، ص 14.

أعضـــائها من قضـــاة وإنما يكون بها أعضـــاء يمثلون الأطراف المتنازعة وأعضـــاء يمثلون الجهات الإدارية. [1]

ومن أمثلة التحكيم الإجباري: التحكيم الإجباري الذي ورد النص عليه في المواد 56 إلى 69 من القانون 97 لسنة 1983 بشأن هيئات و شركات القطاع العام بمصر، حيث لا زالت بنوك القطاع العام الأربعة (بنك مصـر، البنك الأهلي المصـري، بنك الإسـكندرية، بنك القاهرة) تخضـع للتحكيم الإجباري.[2] وذلك بالرغم من أنَّ المحكمة الدستورية العليا قد قضت بعدم دستورية[3] كل أنواع التحكيم الإجباري المنصـــوص عليه في القوانين المختلفة. إلا أنها غضـــت الطرف عن بنوك القطاع العام السالفة الذكر.

المطلب الثاني: التحكيم الوطني والتحكيم الدولي:

ينقسم التحكيم من حيث الإطار الجغرافي إلى نوعين وطني(داخلي) ودولي وسنتناول كل منهما فيما يلي:

الفرع الأول: التحكيم الوطني (الداخلي):

يكون التحكيم وطنيا إذا اتصـلت جميع عناصـره بدولة معينة دون غيرها، وهذه العناصـر هي أربعة: موضوع النزاع وجنسية المحكَّمين والقانون الواجب التطبيق والمكـــــان الـــــذي يجري فيه التحكيـــم،[4] فالتحكيم الوطني هو ذلك الذي يتعلق بنزاع وطني في جميع عناصره، ويعين له محكمون

[1] – علي عوض حسن، **التحكيم الإختياري والإجباري في المنازعات المدنية والتجارية**، دار الفكر الجامعي، 2004، الإسكندرية، ص 20.

[2] – جاء في حكم محكمة النقض: " ولما كانت شركات التأمين والبنوك التي كانت تابعة للقطاع العام لم تأخذ شكل شركات قابضة أو تابعة فمن ثم تسري عليها أحكام القانون رقم 97 لسنة 1973م سالف البيان ومنها اللجوء إلى التحكيم الإجباري متى توافرت شروطه – راجع حكم محكمة النقض في الطعن رقم: 239 لسنة 69 ق جلسة 2005/6/14. مشار إليه لدى: خالد عبد العظيم أبو غابة، **التحكيم وأثره في فض المنازعات**، دار الفكر الجامعي، الإسكندرية، 2011، ص 109.

[3] – راجع: حكم المحكمة الدستورية العليا، جلسة 2003/5/11 في القضية رقم 380 لسنة 23 ق دستورية، جلسة 2003/7/3 في القضية 104 لسنة 20 ق دستورية مشار إليها لدى: معتصم محمود إسماعيل عيد، **التحكيم في المنازعات المصرفية (دراسة إجرائية)**، دار الجامعة الجديدة، القاهرة، 2017، ص 32.

[4]– سميرة الزعيم المنجد، **التحكيم الإسلامي في نظام غير إسلامي**، منشورات حلبي الحقوقية، بيروت، لبنان، الطبعة الثانية، 2013، ص71.

وطنيون يصـــدرون أحكامهم داخل الدولة وفقا لإجراءات وطنية مع تطبيق القانون الوطني. ولا يثير التحكيم الوطني أية صعوبة لأنه يخضع للقانون الوطني، ولا ينفذ خارج إقليم الدولة.[1]

الفرع الثاني: التحكيم الدولي:

هو الذي ينتمي بعناصـــره المختلفة لأكثر من دولة، ويثير عدة صـــعوبات مثل تحديد القانون الواجب التطبيق على اتفاق التحكيم، وإجراءاته، وموضـــوع النزاع، وتحديد مكان التحكيم، وأســـماء وجنسيات المحكمين، وهذه لا وجود لها في التحكيم الوطني. وهذا التحكيم يصعب تحديد انتمائه لدولة بعينها دون الدولة الأخرى.[2]

وهناك عدة معايير لتمييز التحكيم الدولي عن غيره، وقد ســـاد اعتماد مقياســـين للتفريق بين التحكيم الدولي والتحكيم الداخلي هما المعيار الجغرافي والمعيار الإقتصادي:

أولا- المعيار الجغرافي: إن مكان التحكيم، حين يكون في الخارج، هو المقياس والأســـاس، وهكذا فالتحكيم يكون أجنبيا إذا تم في بلد أجنبي أو كان أحد أطرافه أجنبيا، وكذلك فإن تطبيق قانون أجنبي أو قواعد إجراءات محاكمة أجنبية أو وجود فريق أجنبي، يجعـــل من التحكيـم، تحكيما أجنبيـا، وبالتالي: يجعل من القرار التحكيمي قرارا أجنبيا.

هذا هو المقياس الذي أخذت به اتفاقية نيويورك بعين الإعتبار، وهي اتفاقية تطبق على القرارات التحكيمية" الصـــادرة في دولة غير الدولة التي يطلب إليها الإعتراف وتنفيذ هذه الأحكام (أي القرارات التحكيمية) على إقليمها.[3]

وقد تراجع دور مكان التحكيم في المقياس الجغرافي وأصـــبح المقياس الجغرافي يأخذ بعين الإعتبار مكان إقامة الأطراف، فإذا كانوا مقيمين خارج الدولة التي يجري فيها التحكيم فالتحكيم أجنبي عن هذا البلد(القانون البلجيكي) وإذا كانوا مقيمين في أماكن مقيمين في أماكن أو بلدان مختلفة فالتحكيم دولي(القانون النموذجي) وإذا كان أحد طرفي النزاع على الأقل غير مقيم في ســـويســـرا هو دولي (القانون السويسري سنة 1987- والقانون الهولندي سنة 1986).[4]

---

[1]- محمد نعيم علوه، **موسوعة القانون الدولي العام، التحكيم الدولي، الجزء الثاني عشر**، مرجع سابق، ص 48.

[2]- محمد نعيم علوه، **موسوعة القانون الدولي العام، التحكيم الدولي، الجزء الثاني عشر**، مرجع سابق، ص 48-49.

[3]- عبد الحميد الأحدب، **موسوعة التحكيم في البلدان العربية**، ملحق الكتاب الأول، مرجع سابق، ص 11.

[4]- عبد الحميد الأحدب، **موسوعة التحكيم في البلدان العربية**، ملحق الكتاب الأول، مرجع سابق، ص12.

كذلك فإن اتفاقية جنيف الأوروبية لعام 1961،[1] والمتعلقة بالتحكيم الدولي، قد ســـبق وطرحت شرطا، وهو أن يكون النزاع ناشئا عن عملية تجارية دولية، إلا أنها فرضت في الوقت نفسه أن يكون النزاع قائما ما بين" أشـــخاص لهم محل إقامة معتاد أو مركز عمل في دول مرتبطة تعاقديا بهذه الإتفاقية".

وأخيرا، فإن هذا المقياس هو الذي أُخذ بعين الإعتبار في القانون النموذجي للجنة الأمم المتحدة للقانون التجاري الدولي (UNCITRAL) الذي اعتمد في 21 حزيران1985،[2] وقد ذهب هذا المقياس إلى أن التحكيم يكون دوليا، إذا كانت مؤســـســـات الفرقاء في اتفاقية تحكيمية، عند إجراء هذه الإتفاقيـــــة، تقع في بلدان مختلفة، أو إذا كان أحد الأماكن المذكورة لاحقا، يقع خارج الدولة التي تقع فيها مؤسسات الفرقاء. وهكذا يؤخذ بعين الإعتبار:[3]

1. مكان التحكيم، إذا كان محددا في اتفاقية التحكيم أو محدد بموجب هذه الإتفاقية.
2. كل مكان يتم فيه تنفيذ جزء أساسي من الموجبات الناشئة عن العلاقة التجارية، أو المكان الذي يكون للنزاع علاقة أوثق به.
3. أو إرادة الطرفين إذا اتفقا صراحة.

وقد أخذ بهذا المفهوم كثير من القوانين الحديثة منها القانون المصري والقانون التونسي والقوانين السويسرية والهولندية والبلجيكية وغيرها...

ثانيا- المعيار الإقتصـــادي: إن طبيعة النزاع هي التي تؤخذ بعين الإعتبار، فيعتبر تحكيما دوليـــا، ذلك الذي يتعلق بمصالح تجارية دولية، دون أخذ مكان التحكيم أو قانون إجراءات المحاكمة المطبق أو جنسية الفرقاء بعين الإعتبار.[4]

---

[1]- الإتفاقية الأوروبية للتحكيم التجاري الدولي المنعقدة في جنيف بتاريخ 21 نيسان 1961، راجع نص الإتفاقية لدى: عبد الحميد الأحدب، **موسوعة التحكيم في البلدان العربية**، الكتاب الثالث، منشورات الحلبي الحقوقية، بيروت، الطبعة الثالثة، 2008، ص ص: 567- 579.

[2]- راجع الموقع الإلكتروني: https://uncitral.un.org/ar/texts/arbitration، متاح بتاريخ: 12/03/ 2018.

[3]- عبد الحميد الأحدب، **موسوعة التحكيم في البلدان العربية**، ملحق الكتاب الأول، مرجع سابق، ص ص: 12، 13.

[4]- عبد الحميد الأحدب، **موسوعة التحكيم في البلدان العربية**، الكتاب الثاني، منشورات الحلبي الحقوقية، بيروت، الطبعة الثالثة، 2008، ص13.

وهو المعيار الذي أخذت به بعض التشـريعات العربية ومن بين هذه التشـريعات القانون اللبناني (م809 أصول محاكمات). وسلطنة عمان حيث تنص المادة 03 من قانون التحكيم العماني، على أن التحكيم " يكون دوليا إذا كان موضوعه نزاعا يتعلق بالتجارة الدولية وذلك في الأحوال الآتية:[1]

1. إذا كان المركز الرئيسـي لأعمال كل من طرفي التحكيم يقع في دولتين مختلفتين وقت إبرام اتفاق التحكيم، فإذا كان لأحد الطرفين عدة مراكز للأعمال، فالعبرة بالمركز الأكثر ارتباطا بموضـــوع اتفاق التحكيم. وإذا لم يكن لأحد طرفي التحكيم مركز أعمال، فالعبرة بمحل إقامته المعتاد.
2. إذا اتفق طرفا التحكيم على اللجوء إلى منظمـة تحكيم دائمـة، أو مركز للتحكيم يوجد مقره داخل سلطنة عمان أو خارجها.
3. إذا كان موضوع النزاع الذي يشمله اتفاق التحكيم يرتبط بأكثر من دولة واحدة.

رابعا: إذا كان المركز الرئيســـي لأعمال كل من طرفي التحكيم يقع في نفس الدولة وقت إبرام اتفاق التحكيم، وكان أحد الأماكن التالية، واقعا خارج هذه الدولة.

1. مكان إجراء التحكيم كما عينه اتفاق التحكيم أو أشار إلى كيفية تعيينه.
2. مكان تنفيذ جانب جوهري من الإلتزامات الناشئة عن العلاقة التجارية بين الطرفين.
3. المكان الأكثر ارتباطا بموضوع النزاع.

ويأخذ القانون الفرنسي بالمقياس الإقتصادي، فيعرف التحكيم الدولي في المادة الثانية من قانون التحكيم بأنه:" يعتبر تحكيما دوليا، التحكيم الذي يضع في الميزان مصالح التجارة الدولية".[2]

وقد أخذت بعض التشـريعات بالمقياسـين معا. فبمقتضـى المادة 48 من مشـروع مدونة التحكيم للمملكة المغربية: " يعتبر دوليا، التحكيم الذي يتعلق بمصـالح التجارة الدولية، والذي يكون لأحد أطرافه على الأقل، موطن أو مقر اجتماعي بالخارج".[3]

أما عن المشرع الجزائري في قانون التحكيم القديم فقد اعتبر التحكيم يصـبح دوليا حين " يختص بالنزاعات المتعلقة بالمصـالح التجارية الدولية" ويضـيف نفس القانون شرطا آخر لدولية التحكيم هو "أن

---

1. [1]– إلياس ناصيف، **العقود الدولية، التحكيم الإلكتروني**، منشورات الحلبي الحقوقية، بيروت، لبنان، 2012، ص ص: 36–37.

[2]– Art 2 «Est international، l’arbitrage qui met en cause، les intérêts du commerce international»

[3]– إلياس ناصيف، **العقود الدولية، التحكيم الإلكتروني**، مرجع سابق، ص 37.

يكون مقر أو موطن أحد الطرفين على الأقل في الخارج". ويكون بذلك قد اعتمد معيارين وليس معيارا واحدا لتحديد دولية التحكيم.

وقد حســم القانون الجديد الأمر باعتماد معيار واحد يجمع بين المعيارين بطريقة فذة وجديدة إذ نص على أنه".[1] يعد التحكيم دوليا بمفهوم هذا القانون التحكيم الذي يخص النزاعات المتعلقة بالمصالح الإقتصـــادية لدولتين على الأقل "فيكون القانون الجديد قد تخلى عن المعيار الإقتصـــادي الذي هو "النزاعات المتعلقة بمصـالح التجارة الدولية". إلى تعدد الإسـتثمارات الدولية، بحيث يكون التحكيم دوليا حين يكون أحد طرفيه منتم إلى المصـالح الإقتصـادية للدولة الفرنسـية مثلا بينما الطرف الآخر ينتمي إلى المصـالح الإقتصـادية للدولة الجزائرية، وهذا التعريف يتجاوز المعيار الإقتصـادي (مصـالح التجارة الدولية) والمعيار القانوني (تعدد أماكن الإقامة أو تعدد الجنســيات) إلى مقياس فيه معيار اقتصــادي يتعلق بمصالح التجارة الدولية وفيه معيار قانوني يتعلق بتعدد الدول والجنسيات والإقامات.[2]

المطلب الثالث: التحكيم بالقانون والتحكيم بالصلح:

ينقســـم التحكيم من حيث القواعد الإجرائية المتبعة فيه إلى نوعان، تحكيم بالقانون وتحكيم بالصلح، وسنتناول كل منهما فيما يلي:

الفرع الأول: التحكيم بالقانون:

يقصـــد بالتحكيم بالقانون التحكيم الذي يتقيد فيه المحكم بأحكام القانون، فلا يكون للمحكم إلاّ سـلطة القضـاء في النزاع المطروح عليه متقيدًا في حكمه بقواعد القانون الموضـوعي.[3] فيطبق أحكام القانون على التحكيم في جميع مراحله، وكما يتصـــور إخضـــاع كل هذه المراحل لقانون واحد، فمن الممكن إخضاع كل هذه المراحل لقانون واحد، فمن الممكن إخضاع كل مرحلة لقانون مختلف، و أمر مرده إرادة الأطراف.[4]

---

[1]– المادة 1039 من القانون رقم 08–09 المؤرخ في 18 صفر عام 1429 هـ الموافق لـ 25 فبراير سنة 2008 م المتضمن قانون الإجراءات المدنية والإدارية الجزائري. جريدة رسمية رقم 21 المنشورة في 17 ربيع الثاني عام 1429 هـ الموافق لـ 23 أبريل سنة 2008م.

[2]– عبد الحميد الأحدب، **موسوعة التحكيم في البلدان العربية**، ملحق الكتاب الأول، مرجع سابق، ص ص: 8–9.

[3] – قمر عبد الوهاب، **التحكيم في منازعات العقود الإدارية في القانون الجزائري– دراسة مقارنة–**، مرجع سابق، ص58.

[4] – إبراهيم أحمد إبراهيم، **التحكيم الدولي الخاص**، دار النهضة العربية، القاهرة، الطبعة الرابعة، 2005، ص361.

ويطلق غالبية الفقه على هذا النوع من التحكيم – التحكيم بالقضـــاء – حيث يمارس المحكم فيه دور القاضـــي في تطبيق أحكام القانون، والالتزام بالحدود المرســومة لســلطته فيتقدم كل من الطرفين بادعاءاته أمام المحكم، وتكون مهمة المحكم هي تحقيق مدى صـــحة الإدعاءات المتبادلة من خلال التعرف على وقائع النزاع وإنزال حكم القانون عليها، والإســـتجابة لما يثبت لديه منها ورفض ما عداه، وإيداع كل ذلك حكمه، بصـــرف النظر عن تقديره لمدى عدالة النتائج التي توصـــل إليها كما يفعل القاضي سواء بسواء.[1]

والأصـــل العام إذن في التحكيم بالقانون أو التحكيم بالقضـــاء كما يطلقه عليه البعض هو التزام هيئة التحكيم بتطبيق القانون الذي يتم تحديده من قبل الأطراف المحتكمين، أو من قبل هيئة التحكيم ذاتها عند ســـكوت الأطراف، ومن ثم فعلى هيئة التحكيم أن تعلم أنها مقيدة بأحكام القانون، وبالتالي تلتزم بالبحث عن قواعد القانون التي يجب عليها تطبيقها، ســواء على إجراءات خصــومة التحكيم، أو على موضوع النزاع. وهذا الأصل العام يقوم على عدة اعتبارات منها:[2]

- أن التزام المحكم بقواعد القانون هو ضـمانة ليس فقط للخصـوم أنفسـهم الذين اختاروا التحكيم طريقا، بل هو كذلك للمحكم من هوى نفسه.

- أن التحكيم مازال طريقا فرعيا لحســم المنازعات، وهو مقيد بالقانون الموضـــوعي والإجرائي اللازم لتحقيق الحماية للحقوق والمراكز القانونية المتنازع عليها، مثل قضاء الدولة المقيد بتلك القواعد.

وينبغي ملاحظة أنه في التحكيم بالقانون لا يملك المحكم إجراء الصـــلح بين الأطراف، إلا إذا فوض في ذلك من المحتكمين صراحة.

الفرع الثاني: التحكيم بالصلح:

في هذا النوع من أنواع التحكيم، يعفى المحكم من تطبيق قواعد القانون وأصـــول المرافعة ويحكم بموجب قواعد العدالة والإنصـاف، مع مراعاة القواعد المتعلقة بالنظام العام والمبادئ الأساسـية لأصـول المحاكمات ولا ســيما تلك المتعلقة بحق الدفاع وتحديد أســباب الحكم، ولا بد من تحديد اســم المحكم المصـــالح في صـــلب اتفاق التحكيم، ولا بد من الإشـــارة في عقد التحكيم إلى أن هؤلاء المحكمين مفوضين بالصلح.[3]

---

[1]– محمد علي بني مقداد، **الطريق القويم للإتفاق على التحكيم**، مرجع سابق، ص 128.

[2]– لزهر بن سعيد، **التحكيم التجاري الدولي**، مرجع سابق، ص 30.

[3]– مصطفى ناطق صالح مطلوب الناصري، **المحكم التجاري الدولي**، مرجع سابق، ص 46.

المطلب الرابع: التحكيم الحر والتحكيم المؤسسي:

إن اتفاق أطراف النزاع على اختيار التحكيم كوسيلة لتسوية نزاعاتهم، ينشئ نوعين من التنظيم لهذه الوسيلة المختارة لحل النزاع، وهما:

الفرع الأول: التحكيم الحر AD Hoc:

وهو التحكيم الذي يقوم فيه الأطراف أنفسهم – وفقا لما يخوله لهم القانون– باختيار المحكمين واختيار قواعد التحكيم وإجراءاته بعيدا عن أي مركز دائم أو مؤسسة دائمة للتحكيم. وللتحكيم الحر ميزاته المستمدة من الثقة التي يوليها الطرفان في المحكم الذي يختارانه ومن إمكانية الإتفاق على إجراءات تحكيم مناسبة للنزاع.[1]

وفي هذا النوع من التحكيم يحدد فيه الأطراف المواعيد والمهل ويعينون المحكمين ويقومون بعزلهم أو ردهم، ويقومون بتحديد الإجراءات اللازمة للفصل في قضايا التحكيم. ويعتبر التحكيم حرا حتى ولو تم الإتفاق بين طرفي النزاع على تطبيق إجراءات وقواعد منظمة أو هيئة تحكيمية طالما أن التحكيم يتم خارج إطار تلك المنظمة.[2]

ومن ذلك على سبيل المثال، أن يختار الطرفان تطبيق القواعد الصادرة عن لجنة الأمم المتحدة لقانون التجارة الدولية المعروف (باليونسترال) للتحكيم. فالعبرة في هذا النوع من التحكيم بما يختاره طرفا النزاع من إجراءات وقواعد تطبق على التحكيم و خارج أية هيئة أو منظمة تحكيمية حتى وإن استعان الطرفان بالإجراءات والقواعد والخبرات الخاصة بتلك المنظمة.[3]

وقد كان هذا التحكيم أول نوع من أنواع التحكيم ومازال مستمرا، وما زالت له مكانة هامة في حقل التحكيم، ولاسيما في المنازعات التي تقع بين الدول، أو بين مؤسسات الدولة ذاتها ومصالحها الحكومية.[4]

---

[1]– فتحي والي، **قانون التحكيم في النظرية والتطبيق، منشأة المعارف**، مرجع سابق، ص 38.

[2]– مناني فراح، **التحكيم طريق بديل لحل النزاعات، حسب آخر تعديل لقانون الإجراءات المدنية والإدارية**، مرجع سابق، ص50.

[3]– مناني فراح، **التحكيم طريق بديل لحل النزاعات، حسب آخر تعديل لقانون الإجراءات المدنية و الإدارية** ، مرجع سابق، ص50.

[4]– مناني فراح، **التحكيم طريق بديل لحل النزاعات، حسب آخر تعديل لقانون الإجراءات المدنية و الإدارية**، مرجع سابق، ص50.

الفرع الثاني: التحكيم المؤسسي أو النظامي:

وفيه يلجأ الأطراف إلى منظمات دائمة للتحكيم، وذلك للإســـتفادة مما تقدمه هذه الهيئات من تسهيلات وخدمات لإجراء التحكيم، وفقا للقواعد المنصوص عليها في لوائح التحكيم الخاصة بها.[1]

وفي العصـــر الحديث تم إنشـــاء العديد من مراكز التحكيم الدائم الذي يقوم في إطار تنظيم قانوني، وذلك لكي يتيح الفرصـة لأطراف العقود الدولية للإسـتفادة من خدماتها بقبول اختصـاصـها، سواء تم تحديد ذلك في بنود التحكيم الواردة في العقد، أو بعد ظهور النزاع بالنص في مشارطة التحكيم على إحالة النزاع إلى مركز من مراكز التحكيم المؤسسي.[2]

ومن مراكز التحكيم ما هو وطني مثل" غرفة التحكيم بباريس" و محكمة التحكيم بالغرفة التجارية بمانشستر "ومنها ما هو دولي مثل " محكمة التحكيم لغرفة التجارة الدولية بباريس" و " المركز الإقليمي للتحكيم التجاري الدولي بالقاهرة" و" محكمة لندن للتحكيم الدولي" وجمعية التحكيم الأمريكية " A.A.A وجمعية اليابان للتحكيم التجاري.[3]

وتجدر الإشارة إلى أن هناك مراكز متخصصة في مجالات معينة مثل " المركز الدولي لتسوية الاســـتثمار"، والمحكمة الدائمة للتحكيم بلاهاي، والجمعية الأوروبية للصـــلح والتحكيم في منازعات السينما، والغرفة الدولية للفيلم.[4]

وقد أضـحى هذا النوع من التحكيم – التحكيم المؤسـسـي أو النظامي أو المنظم– هو الغالب في منازعات التجارة الدولية، نظرا لما يحققه من مزايا للمحتكمين تتمثل في الآتي: [5]

أولا/ تجنب المشـقة للبحث عن المحكم المناسـب: وذلك مرجعه إلى أنه لدى هيئات ومنظمات ومراكز التحكيم قوائم بأسـماء المحكمين المتخصـصـين في مختلف أنواع المنازعات، مما من شـأنه تمكين المحتكمين من اختيار محكميهم منها. وهذا بدوره يجنبهم مشـقة البحث عن المحكم المناسـب لا سيما إذا تعلق الأمر بمسائل فنية تحتاج إلى خبرة خاصة لفهمها.

---

[1]– خالد محمد العميرة، **التحكيم المؤسسي**، مرجع سابق، ص 48.

[2]– خالد محمد العميرة، **التحكيم المؤسسي**، مرجع سابق، ص48.

[3]– محمد علي بن مقداد، **الطريق القويم للإتفاق على التحكيم**، مرجع سابق، ص 135.

[4]– محمد علي بن مقداد، **الطريق القويم للإتفاق على التحكيم**، مرجع سابق، ص 134.

[5]– محمد علي مقداد، **الطريق القويم للإتفاق على التحكيم**، مرجع سابق، ص 135 –136.

ثانيا/ تجنب مؤونة الإنفاق على الإجراءات الواجبة الإتباع أمام المحكم: وذلك مرجعه إلى أنه لدى هيئات ومنظمات التحكيم لوائح معدة بالإجراءات التي يجري التحكيم لديها على أســاســها. وهي إجراءات بسـيطة وسـريعة وغير مكلفة من شـأنها تيسـير مسـيرة التحكيم دون الإخلال بأسـاسـيات التقاضي.

ثالثا/ تجنب الإنفاق على مؤونة مكان التحكيم: وذلك مرجعه إلى أنها تُجري التحكيم في مقـــــرها، ما لم يتبين الحاجة إلى اختيار مكان آخر بالنظر لظروف النزاع. ولا شك في أنه قد يكون للمكان المختار أثر على مسـيرة التحكيم. باعتبار أن قضـاء البلد الذي يتم فيه التحكيم يكون مختصـا بالفصل في العوارض التي قد تقابل مسيرته أو بالطعن على حكم التحكيم.

رابعا/ توفر الخدمات الإدارية التي تتطلبها عملية التحكيم: كأعمال السكرتارية، والترجمة وحفظ الملفات والمســتندات وغيرها، فضــلا عن تقديم المكان اللازم لعقد جلســات المحكمين، وتوفير ما قد يحتاجونها من وثائق ومعلومات متعلقة بالقانون الواجب التطبيق على النزاع.

خامسا/ توفر المساعدة: وهي المساعدة التي قد يحتاجها من صدر التحكيم لصالحه في تنفيذ هذا الحكم.

الفصل الثاني: مبررات اللجوء للتحكيم في المنازعات المصرفية

الفصل الثاني: مبررات اللجوء للتحكيم في المنازعات المصرفية

تتميز العمليات المصرفية المحلية والدولية على السواء، بمجموعة من الخصائص الجوهرية التي تضفي عليها خصوصية تؤدي إلى تميزها عن مختلف العمليات المالية والاقتصادية التي تتم في إطار العلاقات التجارية بين الأفراد أو الأشخاص الإعتبارية على اختلاف أنواعها.

فالصبغة التقنية والفنية الدقيقة التي تميز العمليات المصرفية، وكذا الألفاظ والمصطلحات التي استقر العمل بها في هذا الميدان، وأيضا القواعد الموحدة المعتمدة دوليا في مجال المعاملات المصرفية – خصوصا في مجال الاعتمادات المستندية وخطابات الضمان وكذا التحويلات الإلكترونية والقيود المحاسبية–، وكذا التطور المستمر والسريع في هذه العمليات، تجعل النزاعات التي تثور بشأنها تستعصي على القاضي العادي لاستحالة مواكبتها وفهمها، وهو الشيء الذي يجعلنا نقول بضرورة اللجوء للتحكيم في المنازعات المصرفية.

وقد أظهر الواقع العملي أن القضاء العادي يعاني من صعوبات جمة في فهم العمليات المصرفية الحديثة، ولعل هذه الصعوبات تتجلى في ثلاثة مظاهر مهمة وأساسية تتعلق في تطبيق خصائص العمل المصرفي وقواعده والقوانين المنظمة له، وفي مفهوم الفائدة، وفي العمليات المصرفية الإسلامية.

وللحديث عن مبررات اللجوء إلى التحكيم في القضايا المصرفية ارتئينا تقسيم هذا الفصل إلى أربعة مباحث على النحو التالي:

المبحث الأول: مفهوم العمليات المصرفية ومنازعاتها

المبحث الثاني: خصائص القانون المصرفي وقواعده

المبحث الثالث: الصعوبات التطبيقية أمام القضاء العادي

المبحث الرابع: خصوصية المعاملات المصرفية الإسلامية

المبحث الأول: مفهوم العمليات المصرفية ومنازعاتها

يلعب العمل المصـرفي دورا هاماً ووظيفة رئيسـية في الاقتصـاد الوطني، إذ تعمل البنوك على توفير مصادر وسبل تمويل الشركات والمؤسسات الاقتصادية عن طريق منح القروض ومختلف أنواع التسهيلات، ويعتبر أيضا وسيلة ادخار مهمة للأفراد والشركات.

للحديث عن المنازعات المصـرفية وتعريفها، لا بد لنا في البداية التعريف بالعمليات المصـرفية التي تكون محلاً لهذه المنازعات وهو ما سـنتطرق له في المطلب الأول ثم نسـتطرد ذلك بتعريف المنازعات المصرفية في المطلب الثاني.

المطلب الأول: التعريف بالعمليات المصرفية

نظرا لأن الخدمات المصرفية مرنة ومتجددة و متنوعة ومتطورة، وليس لها شكل ثابت، فإن الفقه القانوني لم يفلح في وضـع تعريف جامع مانع لها، إلاّ أنه عمل على إبراز أهم معالمها وعناصـرها وخصائصها لتمييزها عن سائر الأنشطة المصرفية الأخرى.[1]

وقد تعرض المشـرع الجزائري للعمليات المصـرفية في المادة 66 من الأمر 11/03 المؤرخ في:27 أوت 2003 المتعلق بالنقد والقرض والتي تنص هذه المادة على ما يلي: " تتضـمن العمليات المصـرفية تلقي الأموال من الجمهور وعمليات القرض، وكذلك وضـع وسـائل الدفع تحت تصـرف الزبائن وإدارة هذه الوسائل".

وقد وضع الباب الثالث من قانون التجارة المصري رقم 17 لسنة 1999 تعدادا لعمليات البنوك، ونظاما لكل منها، وإن كان ذلك لا يمنع من إضـافة أعمال أخرى لها، كلما قضـى تطور الجهاز المصـرفي ذلك. ومن أمثلة العمليات التي اسـتقر الفقه والعديد من القوانين على اعتبارها عمليات مصـرفية (الودائع المصـرفية، الحسـاب الجاري، الإعتمادات المصـرفية، الكفالة المصـرفية، خطابات الضمان ...).[2]

وعليه فمن خلال هذه المادة يتضـح لنا أن العمليات المصـرفية وفقا للتشـريع الجزائري ونظيره المصري يمكن تصنيفها ضمن ثلاث مجموعات رئيسية هي:

---

[1]– رشاد نعمان شايع العامري، **الخدمات المصرفية الائتمانية في البنوك الإسلامية – دراسة مقارنة في القانون و الفقه الإسلامي**–، دار الفكر الجامعي، الإسكندرية، 2013، ص 57.

[2]– موسى خليل متري، **التحكيم في العمليات المصرفية في الدول ذات الاقتصاد المتحول، ورقة عمل مقدمة إلى المؤتمر السادس عشر بعنوان التحكيم التجاري الدولي**، مركز الإمارات للدراسات والبحوث، 2008، ص ص: 85–122، ص90.

1. تلقي الأموال من الجمهور (ودائع).
2. عمليات القرض.
3. تقديم وسائل الدفع للزبائن وإدارة هذه الوسائل.

والبحث عن تعريف قانوني شامل للعمليات المصرفية عمل غير مضمون النتائج، خاصة وأن الصناعة المصرفية كنشاط اقتصادي في تطور مستمر والابتكارات المصرفية مستمرة من يوم إلى آخر، فما المقصود بالعمليات المصرفية؟

أولا / تقليديا: في مدرسة السوابق القانونية Common Law حاولت عدد من الإجتهادات تعريف العمليات المصرفية والمصارف، و لعل أكثر هذه التعاريف دقة هو التعريف الذي قدمه اللورد دينغ Lord Denning في الدعوى التي قامت بين United Dominions Trust Ltd.Vs Kirkwood حيث ذهبت المحكمة إلى تحديد الصفات الواضحة للعمل المصرفي التقليدي بقولها: " توجد صفتان عادة في المصارف حاليا ."[1]

- تقبل المصارف الأموال من العملاء وتدفع لهم الشيكات وتضعها في الإعتمادات الممنوحة لهم.
- يسددون قيمة الشيكات أو أوامر الدفع المسحوبة عليهم من قبل عملائهم.
- هاتان الصفتان تحملان معهما صفة أخرى تتمثل في مسك الحسابات الجارية أو ما يشابهها في دفاترهم حيث يتم تسجيل الدفعات الداخلة والخارجة من الحساب.

مما تقدم نستنتج أن عمل المصارف تقليديا يقوم على:

- الحصول على مال من الجمهور.
- إقراض المال للغير.
- تنفيذ أوامر الدفع من شيكات وحوالات وغيرها.

ثانيا/ الوظائف الحديثة للمصـــرف التجاري: تطورت وظيفة البنوك على مر الزمن و بتطور تكنولوجيات الاتصال فزاد مجال الخدمات التي تقدمها لزبانها، نذكر منها ما يلي:[2]

[1] - موسى خليل متري، **التحكيم في العمليات المصرفية في الدول ذات الاقتصاد المتحول**، مرجع سابق، ص90.

[2] - مروان محمد أبو عرابي، **الخدمات المصرفية في البنوك الإسلامية والتقليدية**، دار تسنيم للنشر والتوزيع، عمان، 2006، ط1، ص ص: 22 -23.

1. تقديم خدمات استشارية للعملاء فيما يتعلق بأعمالهم ومشاريعهم التنموية لنيل ثقتهم بالمصرف وشراء وبيع الشيكات الأجنبية، إدارة ممتلكات العملاء، خدمة بيع وشراء العملات.
2. المساهمة في دعم وتمويل المشاريع التنموية التي تخدم المجتمع بالدرجة الأولى.
3. المساهمة في دعم وتمويل المشاريع السكنية وتحصيل الأوراق التجارية للعملاء.
4. شراء وبيع الأوراق المالية وحفظها لحساب العملاء وإصدار خطاب الضمان واستخدام الكمبيوتر.
5. تأجير الخزائن الحديدية للعملاء، خدمات البطاقة الإئتمانية Credit Card.
6. تقديم خدمات " تسديد الفواتير" كوكيل مالي.

المطلب الثاني: التعريف بالمنازعات المصرفية

بالرغم من عدم وجود تعريف خاص بالمنازعات المصرفية إلا أنه يمكن القول بأنها : " الخلاف الذي يقع بين طرفين أحدهما بنك وعميله أو بنك وآخر نتيجة ممارسة البنك عملا مصرفيا، سواء كان عملا تقليديا كفتح الحسابات، وتلقي الودائع، وإصدار خطابات الضمان، وفتح الإعتمادات المستندية، وتقديم القروض بأنواعها، أو كان عملا غير تقليدي مثل طائفة الأعمال التي ظهرت نتيجة للتطورات المتلاحقة في المجالات الإقتصادية والمالية المحيطة، وما تتطلبه من ضرورة تقديم سلسلة خدمات متنوعة لا تعتمد على رصيد، كعملية المبادلات والخيارات والعقود الآجلة واتفاقيات أسعار الفائدة الآجلة، وكل ما يتعلق بالخدمات المصرفية الشخصية، وكذلك الأعمال التي تقوم على أساس تبني المشروعات الإستثمارية في مختلف القطاعات ودعمها ماليا وإداريا من توفير ما يلزمها من تمويل أو ضمانها لدى الغير أو توفير القروض طويلة الأجل وتقديم كافة الخدمات للشركات كعمليات التسنيد وإدارة المحافظ و القيام بدور بيوت الخصم وغيرها متى كانت تلك المنازعات التي تتعلق بعمل مصرفي.[1]

المبحث الثاني: خصائص القانون المصرفي وقواعده

يقصد باصطلاح القانون المصرفي بشكل عام مجموعة القواعد القانونية التي تحكم العمليات المصرفية، سواء أكان مصدرها التشريع أم العرف أم المعاهدات أم العقود النموذجية أم اللوائح والتعليمات التي تضعها البنوك. وقد تقدم أن البنوك تقوم بنشاط هام في الحياة الإقتصادية

[1]– عرفات أحمد المنجي، **التحكيم في منازعات الإعتمادات المستندية في الفقه والقانون المقارن**، المركز القومي للإصدارات القانونية، الطبعة الأولى، 2017، القاهرة ، ص 187.

والإجتماعية، وهذا النشـــاط يتعدد و يختلف حســـب نوع البنك ذاته، فهناك البنوك الدولية التي تخدم المجتمع الدولي، وهناك البنوك الإقليمية الدولية التي تخدم منطقة معينة من العالم، و هناك بنوك متعددة ومتنوعة داخل كل دولة، كالبنوك المركزية والتجارية والعقارية والصناعية وغيرها، وكل نوع من هذه البنوك له نشاطه الذي يهدف أساسا لخدمة الغرض من إنشائه.[1]

وتمتاز قواعد القانون المصـرفي بخصـائص تفرضـها نوعية العمليات التي تتضـمنها. وهذا ما سنوضحه في على النحو الآتي:

المطلب الأول: خصائص القانون المصرفي

تعد قواعد القوانين التجارية وقوانين المصـارف والأعراف المصـرفية من المصـادر القانونية التي تنظم العمل المصـرفي، وهذه القواعد تتميز بخصـائص تفرضـها طبيعة الموضـوع والعمل الذي تنظمه هذه القواعد، وهذا ما سنوضحه على النحو الآتي:

الفرع الأول: الصفة التجارية

إن أغلب، إن لم تكن كل دول العالم منحت العمليات المصـرفية الصـفة التجارية بحكم ماهيتها بغض النظر عن القائم بها.[2] (المادة 2 /13 من القانون التجاري الجزائري، المادة 6/د من قانون التجارة السوري،.....).

الفرع الثاني: تنظم موضوعا فنيا خاصا

من أهم خصـائص القانون المصـرفي أنها تنظم موضـوعا فنيا خاصـا، لذا تصـاغ بطريقة فنية دقيقة، ويبدو ذلك في أن هذه القواعد التي تصـل – أحيانا – إلى تنظيم التفصـيلات ولا تقتصـر على الأصـول، وتسـتخدم ألفاظا ومصـطلحات اسـتقرت في العمل على معان معينة قد لا تتفق مع معناها اللغوي.[3]

الفرع الثالث: نمطية العمليات المصرفية

إن جميع البنوك تتبع أسـلوبا موحدا في تنظيم العملية المصـرفية الواحدة، فلو نظرنا إلى القواعد العامة والشـــروط التي تتبعها البنوك الوطنية في مختلف دول العالم في الحســـابات المصـــرفية

[1]– عزيز العكيلي، **شرح القانون التجاري، الأوراق التجارية وعمليات البنوك**، دار الثقافة للنشر والتوزيع، عمان، 2007، ص296، 297.

[2]– موسى خليل متري، **بحث بعنوان التحكيم في العمليات المصرفية في الدول ذات الإقتصاد المتحول**، مرجع سابق، ص ص: 85– 122، ص90.

[3]– عزيز العيكلي، **شرح القانون التجاري، الأوراق التجارية وعمليات البنوك**، مرجع سابق، ص 297.

والإعتمادات المستندية والكفالات المصرفية، نجدها لا تختلف غالبا من بنك إلى آخر، لذا تعد عقود العمليات المصرفية من قبيل عقود الإذعان التي لا يسمح لعملاء البنك مناقشة شروطها، وما يؤكد صفة الإذعان في عقود العمليات المصرفية، أن الأحكام العامة التي تخضع لها جميع حسابات العميل التي وضعتها البنوك التجارية الأردنية تجيز للبنك تعديل هذه الأحكام أو أي جزء منها في أي وقت من الأوقات واعتبار التعديل نافذا بحق العميل اعتبارا من تاريخ إشعاره بكتاب يوجه إليه بالبريد العادي على عنوانه المبين في طلب فتح الحساب.[1]

هذا الأسلوب الموحد في تنظيم العمليات المصرفية يفرغ دائما بمحررات يطبعها البنك تنظم علاقاته بعملائه، لذا فإن الجزء الأكبر من مضمون العقود المصرفية يتحدد بالعبارات التي تشتمل عليها هذه المحررات وتكملها القواعد والعادات المصرفية. وهذه الطريقة تحقق لأصحاب العلاقة البساطة وبالتالي السرعة في التعامل إذ لا يحتاجون إلى مناقشة كل عملية.

الفرع الرابع: دولية العمليات المصرفية

تمتاز العمليات المصرفية في أنها تخضع لنظم موحدة ليس فقط على المستوى الداخلي وإنما على المستوى الدولي، لأن بعض العمليات قد تتجاوز في آثارها حدود الدولة كما هو شأن الإعتمادات المستندية وخطابات الضمان وكل ما يتعلق بالتجارة الخارجية. وتوحيد هذه النظم يسهم في زيادة التبادل التجاري بين الدول ما دامت المنازعات التي تثار بشأن هذه العمليات تخضع لقواعد موحدة، لا تكاد تختلف من دولة إلى أخرى، فعلى سبيل المثال فإن القواعد الموحدة بشأن الإعتمادات المستندية التي وضعتها غرفة التجارة الدولية في باريس هي التي تنظم هذه العملية في أغلب الدول.[2] و كذلك الحال بالنسبة للحساب الجاري الذي له مفهوم واحد في كافة المؤسسات المصرفية أياً كان البلد الذي يوجد فيه.[3]

الفرع الخامس: الإعتبار الشخصي

يلعب الإعتبار الشخصي بين البنك والعميل دورا هاما في إبرام العمليات المصرفية، ذلك لأن هذه العمليات تقوم على الثقة بين أطرافها، وهذا الإعتبار يؤثر في مضمون العملية وبقائها. ففي جميع

[1] - عزيز العكيلي، **شرح القانون التجاري، الأوراق التجارية وعمليات البنوك**، مرجع سابق، ص ص: 296- 297.

[2] – عزيز العكيلي، **شرح القانون التجاري، الأوراق التجارية وعمليات البنوك**، مرجع سابق، ص298.

[3] - أحمد مصطفى الدبوسي السيد، **التحكيم في العمليات المصرفية بين الواقع والأمول، دراسة تحليلية مقارنة**، مرجع سابق، 2015. ص 35.

البنوك يوجد قسم مختص بالاستعلام عن العملاء للتأكد من قدراتهم المالية وحسن تعاملهم ومدى تنفيذ التزاماتهم، فالبنك لا يقبل التعامل مع العميل إلا بعد التحري عن سمعته في الأوساط التجارية وأخلاقه وإمكاناته، فإذا طرأ ما يخل بثقة البنك بالعميل أدى ذلك إلى انهيار العلاقة بينهما. [1]

ومن ناحية المصـــرف فإنه عند تعامله مع العميل تكون شـــخصـــية الأخير محل اعتبار عند التعامل خصوصاً إذا ما تعلق الأمر بمنح تسهيلات ائتمانية أو قروض مصرفية، حيث يقوم المصرف بإجراء اسـتعلام مصـرفي عن هذا العميل يتضـمن إمكانياته المالية و سـمعته التجارية وسـلوكياته و طبيعة تعاملاته مع المصارف الأخرى ودى انتظامه في سداد التزاماته إليها.[2]

وقد صـــدر حكم في هذا الشـــأن[3] بأن " البنك الصـــناعي ســـلطته في رفض أو منح قروض لاعتبارات يقدرها حفاظا على أمواله يعد استعمالاً لحق مشروع له قصد منه الحفاظ على أمواله ومنع إهدارها، فيجوز للبنك الطاعن الإمتناع عن تمويل اختراع المطعون ضده بسبب سوء حالته المادية، و تعثره في سداد قروض تسهيلات سابقة بما يجعل هذا العميل من العملاء الممنوع التعامل معهم وفقاً لتعليمات البنك المركزي التي تحظر على البنوك منح أية تسهيلات لهؤلاء العملاء المتعثرين، حتى ولو كانت بضمانات كافية، واستدل البنك على صحة مسلكه في هذا الصدد بإقامة العديد من القضايا المقامة للمطالبة بمستحقاته قبل المطعون ضده ".[4]

المطلب الثاني: قواعد القانون المصرفي

تخضع العمليات المصرفية بحسب الأصل للقواعد القانونية العامة، سواء فـــــي إبرامهـــا أو إثباتهـــا، أو تفسيرها، ولكن لظروف خاصة، طوِّعت هذه القواعد، بحيث جعلت لتطبيقها على العمليات المصرفية أسلوبا خاصا، من أهم هذه القواعد ما يلي:

الفرع الأول: إبرام العمليات المصرفية

المبدأ العام في التعاقد يقتضي توافر رضا الطرفان كأحد أهم أركان العقد وهو وجود إيجاب من طرف يقابله قبول الطرف الآخر.

---

[1] – عزيز العكيلي، **شرح القانون التجاري، الأوراق التجارية وعمليات البنوك**، مرجع سابق، ص297.

[2] – معتصم محمود إسماعيل عيد، **التحكيم في المنازعات المصرفية (دراسة إجرائية)**، دار الجامعة الجديدة، القاهرة، 2017، ص 37.

[3] – الطعن رقم 15906 لسنة 80 ق جلسة 2012/2/9، متحصل عليه بتاريخ: 2019/07/15، من الموقع الإلكتروني : https://ahmedazimelgamel.blogspot.com/2016/08/15906-80-9-2-2012-63-34-238.html

[4] – معتصم محمود إسماعيل عيد، **التحكيم في المنازعات المصرفية (دراسة إجرائية)**، مرجع سابق، ص 38.

ولكن الوضع يختلف في العمليات المصرفية، فلا يمكن القول بصدور إيجاب من المؤسسة المصرفية إلا في حالة تقديمها عقودا إلى العملاء، تتضمن عناصر التعاقد تفصيلا. فالإعلانات التي تقدمها المؤسسات المصرفية للعملاء لا تعتبر إيجابا، بل هي مجرد دعـــــــوة للتفـــاوض بهدف التعاقد، فعبارة الإعلان قد تكون غير محددة، بحيث لا تشمل كل عناصر التعاقد. ويتحقق الرضا من جانب العميل في حالة موافقته على العقود المحررة من جانب المؤسسة المصرفية، لذلك ذهب جانب من الفقه، إلى أن هذه العقود هي عقود إذعان، لتعذر مناقشـــة الشـــروط الجوهرية في العقد، ولكونها تتشابه بين مؤسسة مصرفية وأخرى، فرضا العميل غالبا ما يستفاد من مجرد تنفيذه والتزامه الناشئ عن العقد، وليس لأنه اطلع على شـــروط معينة وأنه قبلها، في حين أنه لم يطلع عليها فعلا، أو أنه اطلع ولم يفهم المراد منها، ولكن وإن صـــح هذا الأمر فإن عدم علم العميل ببعض الشـــروط، أو عدم فهمه لها، لا يجعل من قبوله إذعانا، بل إن هذا الأمر يعتبر عيبا من عيوب الرضا.[1]

ولكن يجب التفرقة بين العقود المصـــــرفية، والنظر إلى كل عقد على حدا، إذ أن الواقع العملي أثبت أن كثيرا من العقود المصرفية تقع على إذعان العملاء لشروط تفرضها المؤسسة المصرفية عليهم مع اضـــــطرارهم لقبولها واللجوء إليها في معاملاتهم وتجارتهم، لعدم وجود بديل عنها، كما أن هناك عقود مصرفية أخرى لا تعد من عقود الإذعان كعقد فتح الإعتماد.

الفرع الثاني: إثبات العمليات المصرفية

تقدم أن العمليات المصـــرفية تعد أعمالاً تجارية بالنســـبة إلى البنك، لذا فإن إثباتها في مواجهته يخضـــع لقواعد إثبات الأعمال التجارية التي يجوز إثباتها بكافة طرق الإثبات، عملا بأحكام المادة 30 من القانون التجاري الجزائري.[2]

وإذا كان الأصـــــل في إثبات العمليات التجارية أن يتم بكافة طرق الإثبات، إلاّ أن الإتجاه إلى قبول الشـهادة أو حلف اليمين أمر نادر. والغالب أن يحصـل الإثبات بطريقتي النماذج المطبوعة التي توقعها المؤسسة المصرفية والعميل معا، أو بالقيود التي تحصل في حساب العميل وترد في الكشوف

[1]– أحمد مصطفى الدبوسي السيد، **التحكيم في العمليات المصرفية بين الواقع والمأمول– دراسة تحليلية مقارنة–**، مرجع سابق، ص 35.

[2] – الأمر رقم 75–59 المؤرخ في 20 رمضـان عام 1395 الموافق 26 سـبتمبر 1975، جريدة رسـمية رقم 101، السـنة 1975، المتضـمن القانون التجاري الجزائري، المعدل والمتمم، وآخر تعديل له تم بموجب القانون رقم 22–09 المؤرخ في 04 شوال 1443 الموافق 05 ما 2022، الجريدة الرسمية، العدد 32، السنة 2022.

الحسابية التي ترسل إليه دوريا، فقد يكون لبعض هذه القيود قوة القرينة علـــــى وجـــــود تصرف معيـــــن، كتقاضي المؤسسة المصرفية فوائد عما قدمته للعميل من قرض على سبيل المثال، كذلك أيضا يلتزم الدائن في الحساب الجاري بتقديم الدليل على وجود الإتفاق أو القاعدة التجارية التي تقضي بسريان الفوائد الإتفاقية بعد قفل الحساب.[1]

وفي المقابل فإن هناك بعض التصرفات لا يتم إثباتها إلاّ بصورة معينة، نذكر منها على سبيل خطابات الضمان حيث تنص المادة 15 من القواعد الموحدة لخطابات الضمان تحت الطلب الصادرة عام 2010 من غرفة التجارة الدولية بباريس على أنه: " يتوجب أن تدعم المطالبة على خطاب الضمان بأية مستندات أخرى حددها خطاب الضمان، و في جميع الأحوال، بإفادة من قبل المستفيد تبين بأي وجه حق أخفق طالب الإصدار بالتزاماته بموجب العلاقة الأساسية، وهذه الإفادة قد تكون ضمن المطالبة أو بمستند منفصل موقع و مرفق بالمطالبة أو عائد للمطالبة".[2]

وقد دخلت الأدوات الحديثة في مجال الإثبات فيما بين البنوك وعلى سبيل المثال، ما ورد في القواعد الموحدة للإعتمادات المستندية التي وضعتها غرفة التجارة الدولية بباريس لعام 1994، من أن تبليغ الإعتماد من المصرف فاتح الإعتماد على المصرف مبلغ الإعتماد بطريق البرق ويقصد بإثباته بطريق الإرســـال عن بعد،[3] وكذلك ما جاء في القواعد الدولية لخطاب الضـــمان لدى الطلب التي وضعتها غرفة التجارة الدولية بباريس. [4]

الفرع الثالث: تفسير العمليات المصرفية

الأصـــل أن يخضـــع تفســـير العمليات المصـــرفية للقواعد العامة المتبعة في تفســـير الأعمال القانونية، لكن مع مراعاة ظروف إبرام هذه العمليات والأهداف الاقتصادية المقصودة منها، وهو ما قد

---

[1]– أحمد مصطفى الدبوسي السيد، **التحكيم في العمليات المصرفية بين الواقع والمأمول– دراسة تحليلية مقارنة–**، مرجع سابق، ص 37.

[2] - معتصم محمود إسماعيل عيد، **التحكيم في المنازعات المصرفية (دراسة إجرائية)**، مرجع سابق، ص ص: 42–43.

[3]– أنظر نص المادة (11) من القواعد الموحدة للاعتمادات المصرفية رقم 400 لسنة 1994. متاح بتاريخ 27 مارس 2019 بالموقع الإلكتروني: https://www.mohamah.net/law/

[4]– أنظر نص المادة (2) من القواعد الدولية لخطاب الضمان، متاح بتاريخ 27 مارس 2019 بالموقع الإلكتروني: http://www.unistral.org/ unistral /ar/index

يؤدي في كثير من الأحيان إلى جعل عملية التفسير هنا أصعب من تفسير العقود المدنية. [1] فالقضاء قد يجد صعوبة في تفسير العمليات المصرفية، عندما يكون أمام حلقات متتابعة التنفيذ لعملية واحدة تشارك في تنفيذها عقود متعددة، فيضطر في مجموع هذه العقود لتفسير كل منها على حدى، مع تقديره لوحدة الهدف الاقتصادي (كما هو الحال في الإعتماد المستندي). [2]

لهذا نجد أن القضاء كثيرا ما يستعين بالعادة المصرفية وظروف إبرام العقود، والهدف الإقتصادي الذي يستهدفه الطرفان للوصول إلى التكييف الصحيح للعمل، وبالتالي تحديد آثاره طبقا للقواعد القانونية التي يجب أن تحكمه. فالقاضي ينظر إلى التزام المؤسسة المصرفية، ويحدد مداه في نطاق عقد فتح الإعتماد، وفي شروط الإعتماد الصادر عن هذه المؤسسة المصرفية، ويقدر مدى التزام كل طرف من الأطراف دون أن يغفل التزامات الطرف الثاني. وبالرغم من أن هذه العلاقات تكون من الناحية القانونية مستقلة، إلا أن تعدد العمليات المصرفية، وتعقيد الأسلوب المتخذ لتحقيق الأهداف المطلوبة منها يجعل تكييفها وتفسيرها مختلفا من حيث الاعتبارات التي يجب على القاضي الوصول إليها واحترامها، حتى لو خالف في ذلك القواعد العامة في التفسير. [3]

المبحث الثالث: الصعوبات التطبيقية أمام القضاء العادي

إذا كانت التشريعات الموضوعية هي موطن العدل ومضمونه وفحواه، فإن التشريعات الإجرائية هي إلى العدل الطريق والأداة، وعن العدل قال أحد الفقهاء " ليس أمَسُ لصالح المواطن العادي أفيَد من النظام القضائي في الدولة، إذ أن كفاءة هذا النظام تجعله مستقرا في إحساسه بأن العدالة تأخذ مجراها في دقة ويقين" . [4]

[1] – أحمد مصطفى الدبوسي السيد، **التحكيم في العمليات المصرفية بين الواقع والأمول، دراسة تحليلية مقارنة**، مرجع سابق، ص39.

[2] – موسى خليل متري، **بحث بعنوان التحكيم في العمليات المصرفية في الدول ذات الإقتصاد المتحول**، مرجع سابق، ص 90.

[3]– علي جمال عوض، **عمليات البنوك من الوجهة القانونية**، دار النهضة العربية، الطبعة الثالثة، 2000، ص10.

[4]– محمد حلمي أبو العلا، **البطء في التقاضي – الأسباب والحلول دراسة تحليلية انتقادية**– دار الجامعة الجديدة، الإسكندرية، 2015، ص7.

وقد ظلت العلاقة بين فكرة الوقت وقانون المرافعات– باعتباره قانونا إجرائيا هدفه الوصـــول إلى الحماية القضـــائية للحقوق والمراكز الموضـــوعية– علاقة حميمة وأصـــيلة، ومع ذلك لم تلق العناية الواجبة والمتناسبة مع أهميتها المتزايدة، وخاصة في ظل ظاهرة بطء التقاضي.

والواقع أن الوقت هو جزء من العدالة، فالعدالة ليســـت إعطاء كل ذي حق حقه فقط، و لكنها إعطاء كل ذي حق حقه في الوقت المناسب، لذلك قيل إن " العدل البطيء هو والظلم سواء"، وإذا كان هذا القول يصدق في كل زمن فهو في زمننا أصدق، لا سيما بعد كثرة المنازعات، ودقة طبيعتها وتعقد الإجراءات، وما انطوت عليه كثير من النفوس على سـوء النوايا التي تحرك في الممارسـات القضـائية كثيرا من السلوكيات الإجرائية التعسفية بما يعوق سير الدعوى، ويستنفذ وقتا وجهدا بغير طائل.[1]

وقد أظهر الواقع العملي أن القضاء في الدول ذات الإقتصاد المتحول عانت من صعوبات جمة في فهم العمليات المصـرفية الحديثة، وتجلت هذه الصـعوبات في ثلاثة مظاهر مهمة تتعلق في تطبيق خصـائص العمل المصـرفي و تفسيرها، وفي مفهوم الفائدة التي تختلف من دولة إلى أخرى، ومن نظام إلى آخر.[2]

المطلب الأول: صعوبات في تطبيق الخصائص المصرفية

لاحظنا من خلال تعرضـنا في المبحث الثاني من هذا الفصـل أن العمليات المصـرفية تتسـم بطبيعة خاصـــة تميزها عن باقي العمليات التجارية، وكذلك الحال بالنســـبة للمنازعات التي تنشـــأ عنهـــــــا، وذلك لتعلقها بعمليات ذات تقنيات معقدة ودائمة التطور، الأمر الذي قد يجعل الفصل في هذه المنازعات من الصـعوبة بمكان على القضـاة الوطنيين، ولاسـيما من حيث تفسـير وإثبات العمليات محل النزاع المصرفي.

الفرع الأول: في التفسير

أثبت الواقع العملي الكثير من الحالات التي جانب فيها القضـــاء الصـــواب في بعض أحكامه المتعلقة ببعض المنازعات المصرفية، وخاصة تلك التي تحكمها العادات المصرفية المنظمـــــــــــة

[1]– طلعت دويدار، **الإعلان القضائي بين قيمة الوقت في الدعوى ومبدأ سلطان الإرادة في الخصومة– دراسة مقارنة–** ، منشأة المعارف، الإسكندرية، 2003، ص3.

[2] - موسى خليل متري، **بحث بعنوان التحكيم في العمليات المصرفية في الدول ذات الإقتصاد المتحول**، مرجع سابق، ص 95.

دوليـــــــا، حيث لجأت بعض المحاكم بسوريا عند النظر بدعوى تتعلق باعتماد مستندي إلى ربط عقد الإعتماد بعقد التوريد أو البيع الذي فتح من أجله، علما بأن المادة 03 من القواعد الموحدة للإعتمادات المستندية والتي تطبق في جميع دول العالم تنص على استقلال الإعتماد المستندي عن أي عقد آخر تم فتح الإعتماد من أجله مما أربك المتخاصمين في بعض الأحيان.[1]

والســـؤال الذي طرح نفســـه أمام القضـــاء يتعلق بالتكييف القانوني للقواعد الموحدة للإعتماد المستندي فهي ليست باتفاقية دولية، لكنها مطبقة من الغالبية العظمى لمصارف دول العالم إن لم تكن جميعها. لذلك وجد القضـاء نفسـه مضـطرا إلى تكييف القواعد الموحدة للاعتماد المسـتندي على أنها عرف دولي يختص بالاعتمادات المســـتندية. ومع ذلك كانت هنالك تطبيقات خاطئة للإعتمادات المستندية وتفسيرها.[2]

الفرع الثاني: في الإثبـــــــات

إن إثبات العمليات المصـرفية بحد ذاتها لم يكن يشكل أي صـعوبة في القديم، و لكن مع ظهور ما يسـمى بالعمليات المصـرفية الإلكترونية كونها إحدى أنواع التجارة الإلكترونية، نشـأت مشـكلة إثبات هذا النوع من العمليات المصرفية و ذلك بسبب ما تتمتع به من خصوصية من حيث الزمان و المكان ووســـائل الإتصـــال بين الأطراف، بالإضـــافة إلى طبيعة المســـتندات المنبثقة عن هذه العملية مثل الخدمات الإلكترونية، حيث أن العميل لا يلجأ للبنك للقيام بما يريد، و إنما يقوم بها عن طريق الأنترنت، وهذا ما يزيد الأمور تعقيدا، كونها تبرم دون وجود مادي لأطرافها لكونها تتم عن بعد، حيث يصطدم إثبات هذه العمليات بالمبادئ العامة التي تقوم عليها فكرة الإثبات في المواد التجارية من حيث عدم جواز اصطناع الشخص دليلا لنفسه.[3]

المطلب الثاني: صدور أحكام متضاربة بشأن نفس النزاع

[1] - موسى خليل متري، **بحث بعنوان التحكيم في العمليات المصرفية في الدول ذات الإقتصاد المتحول**، مرجع سابق، ص ص: 95-96.

[2] - موسى خليل متري، **بحث بعنوان التحكيم في العمليات المصرفية في الدول ذات الإقتصاد المتحول**، مرجع سابق، ص 96.

[3] – همام محمد فهد الأعرج، **التحكيم في التسهيلات المصرفية، دراسة مقارنة**، رسالة قدمت استكمالا لمتطلبات الحصول على درجة الماجستير، تخصص قانون خاص، جامعة القدس، 2017، ص 38.

في إطار عمل تم على مستوى اتحاد بنوك مصر عام 1987، كثرت الشكاوى من عدم قيام البنوك بدفع مبالغ الضمان الصادرة منها إلى المستفيدين، وكثيرا ما يضطر هؤلاء إلى الإلتجاء إلى القضاء لنيل حقوقهم، ومن ناحية أخرى كان الآمر بإصدار الضمان يلجأ بدوره إلى القضاء طالباً تسييل الخطاب. وكان ذلك يتم أحيانا بأوامر على العرائض تصدر دون حضور البنك الذي يفاجأ بإعلان من المستفيد أن قاضيا يأمره بدفع قيمة الخطاب، وإعلان آخر في نفس الوقت من الآمر بالإصدار ينبه عليه بأنه طبقا لقرار قاضي آخر يتعين عليه ألاَّ يدفع إلى المستفيد قيمة الخطاب، فأي الأمرين ينفذ البنك؟ [1]

وتزداد حدة المشكلة عندما يكون كل من العميل والمستفيد يقيم في دولة مختلفة، حيث يجد البنك نفسه أمام أحكام وأوامر قضائية متضاربة من دول مختلفة.

وأمام هذا الوضع المعقد نجد أن اختيار التحكيم كوسيلة لفض مثل هذه النزاعات سيجنبنا كل هذه الإشكالات، لأنه في حالة اللجوء إلى التحكيم سيتفق الأطراف على هيئة تحكيمية تفصل في نزاعهم، طبعاً ما لم يتم الاتفاق عليها في العقد الذي تضمن شرط التحكيم أو عقد لاحق له.

المطلب الثالث: عدم وضوح مفهوم الفائدة المصرفية في قوانين كثير من الدول

حيث إن الفائدة المصرفية هي التكلفة المادية الدورية التي يتم اقتطاعها كبدل عن الإنتفاع من العمليات المصرفية، كما أن العديد من القوانين الوطنية في عدة دول لم تبحث موضوع الفائدة المصرفية، بل الكثير منها لم يتطرق إلى مفهومها ولم يعالجها بالشكل الصحيح، وهذا ما يتنافى مع القواعد والمبادئ التي تسير على هداها العملية المصرفية، حيث أن العديد من المنازعات المصرفية حول الفائدة المصرفية يكون السبب الرئيسي فيها هو عدم وجود نص محدد في القانون يلتزم القضاء بالحكم فيه من حيث سعر الفائدة المصرفية ونسبتها ونسبة اقتطاعها، مما استدعى تلك المؤسسات المصرفية أن تلجأ لغير القضاء العادي لحل هذا المنازعات سيما أنه قد صدرت أحكام من القضاء متناقضة بعض الشيء بخصوص الفائدة المصرفية لعدم وجود مبدأ موحد بخصوص الفائدة

[1] - محي الدين إسماعيل علم الدين، **التحكيم الدولي والمحلي ومدى تناسبه لحل منازعات المصارف**، مقال منشور بمجلة التحكيم التي تصدر عن المركز اليمني للتوفيق والتحكيم، العدد 11، جانفي 2000، ص ص: 16-17.

المصرفيـــــــــة، فإن الإختلاف بالأحكام القضائية الصادرة في مقدار الفائدة المحتسبة مسألة تقلق المصارف والعملاء لعدم وجود نصوص قانونية صريحة لتحديد نسبة الفوائد.[1]

المبحث الثالث: خصوصية المعاملات المصرفية الإسلامية

إن البيئة التشـريعية التي تعمل بها الصـناعة المالية الإسـلامية هي في عمومها بيئة مخالفة للشـريعة الإسـلامية، و الملامح العامة لهذه البيئة تتجلى بتجذر قيم المالية التقليدية في المجتمع على الصـعيد القانوني والإجتماعي، وكذلك الطبيعة السـياسـية لكل بلد لها تأثير كبير، فهناك بلدان ترفض منح تراخيص لهذه الصـناعة، وهناك بلدان أقدمت على إصـدار تشـريعات خاصـة في هذه الصـناعة لكنها تشـريعات قاصـرة عن تلبية احتياجاتها، وبلدان تقدمت كثيرا في هذا المجال، حيث توجد ثلاث أطر تشريعية وقانونية يخضع لها عمل المالية الإسلامية:[2]

أولا: الإطار القانوني والقضائي التقليدي القائم على مبادئ القانون والنظم الوضعية فقط.

ثانيا: الإطار القانوني والقضـائي التقليدي الذي يسـمح بتقديم خدمات مالية إسـلامية من خلال إصدار قوانين خاصة لتنظيم هذه المؤسسات.

ثالثا: الإطار القانوني والقضـائي الذي يلتزم بمبادئ الشـريعة الإسـلامية في تنظيمه لعمل هذه المؤسسات.

وبالنسـبة للتحديات التي تواجه التطبيقات المصـرفية الإسـلامية في الإطار الأول، يأتي في مقدمتها الإعتراف القانوني بالمؤسـسـات المالية التي تعمل وفقا لأحكام الشـريعة، حيث إن القانون لا يصنفها مؤسسات مصرفية، بل يعتبرها مؤسسات تجارية تخضع لنظمها، مما يعيق نموها وتقدمها.[3]

أما التحديات التي تواجه المؤسـسـات التي تعمل في الإطار الثاني الذي يخص المؤسـسـات الإسـلامية بتنظيمات ولوائح خاصـة، فتتلخص في أن القوانين والنظم الرقابية تركز في كثير من

---

[1]– أحمد مصطفى السيد، **التحكيم في العمليات المصرفية بين الواقع والمأمول– دراسة تحليلية مقارنة–**، مرجع سابق، ص54.

[2]– عبد الحنان العيسى، **القضايا القانونية بشأن الصناعة المالية الإسلامية وتسوية نزاعاتها من خلال التحكيم**، بحث مقدم بمناسبة الندوة العالمية الخامسة عن الفقه الإسلامي في القرن الحادي والعشرين 2014م، قسم الفقه وأصول الفقه، الجامعة الإسلامية العالمية، ماليزيا. ص 195. متحصل عليه بتاريخ: 25 مارس 2019 من الموقع الإلكتروني: https://kantakji.com/media/175548/8776.pdf

[3]– عبد الحنان العيسى، **القضايا القانونية بشأن الصناعة المالية الإسلامية وتسوية نزاعاتها من خلال التحكيم**، مرجع سابق، ص 194.

الأحيان على الإجراءات فقط، ولا تتعرض للأحكام التفصـــيلية لتطبيق المعاملات الموافقة لأحكام الشريعة، التي يتم الحصول عليها من القرارات والفتاوى ذات الصلة.[1]

وبالنسبة للإطار الثالث وهو الإطار القانوني والقضـائي الإسـلامي العام الذي ينص على قواعد وأحكام توافق المعاملات المصـــرفية مع أحكام الشـــريعة، إنما الذي ينقصـــها هو عدم اكتمال هذه التشريعات من جهة وعدم تناولها للقضـايا التفصـيلية للمعاملات المصـرفية والمالية الإسـلامية الحديثة من جهة أخرى. ويظهر هذا في حالة النزاعات والخصومات حيث يتم تحويل القضية إلى المحاكم، مما يؤدي لصدور قرارات متناقضة، كما يعاب عليها عدم تدوين الأحكام الصادرة والأسباب الشرعية للحكم بحيث يمكن الرجوع إليها، ويؤدي هذا إلى مزيد من الغموض أمام الأطراف المتعاقدة، مما يجعل اللجوء إلى القانون الوضـعي الخيار المفضـل بالنسـبة لهم، لذلك كان لا بد لهذه الصـناعة أن تختار أسلوبا لفض نزاعاتها يتناسب مع الطبيعة القائمة عليها وهي مبادئ الشريعة، وتبرز هنا أهمية التحكيم كأسلوب مفضل لفض هذا النوع من النزاعات.[2]

ويمكن تلخيص أهم التحديات التي تواجهها البنوك الإسلامية في معاملاتها ونزاعاتها في:

المطلب الأول : التحديات الشرعية : تتجلى فيما يلي:[3]

1. عدم توحيد الأسس والأحكام الشرعية التي ينبني عليها النشاط المصـرفي والمالي، وخاصـة في مجال تطبيق قاعدة الضرورة، وإن تحقق الضرورة، لا يجعل ارتكاب المحرم لضرورة حلال ونسبتَه إلى الشريعة.

2. بتعدد الفتوى في الموضوع الواحد، الذي يصل إلى التعارض، ويتجلى ذلك في صيغ التمويل في المؤسـسـات المالية المسـوغة باعتبار شـكلية العقد والمناقضـة في جوهرها لمقاصـد الشـريعة (بيع العينة وبيع الدين والتورق المنظم، والمشتقات).

---

[1]– عبد الحنان العيسى، **القضايا القانونية بشأن الصناعة المالية الإسلامية وتسوية نزاعاتها من خلال التحكيم**، مرجع سابق، ص 195.

[2] – عبد الحنان العيسى، **القضايا القانونية بشأن الصناعة المالية الإسلامية وتسوية نزاعاتها من خلال التحكيم**، مرجع سابق، ص 196.

[3]– عبد الحنان العيسى، **القضايا القانونية بشأن الصناعة المالية الإسلامية وتسوية نزاعاتها من خلال التحكيم**، مرجع سابق، ص208.

3. الإزدواجية التي نشأت تاريخيا في تكوين هذه الهيئات بين مختصين كثيري المعرفة بجوانب التمويل الفنية مع ضعف في المعرفة الشرعية، وعلماء شرعيون يعوزهم الإلمام بكامل خبايا الجوانب الفنية، أدى لضعف دور هيئات الرقابة الشرعية، وقدرتها على النمو السريع، من حيث الكم والنوع.

المطلب الثاني: التحديات القانونية: تتجلى فيما يلي:[1]

1. أن البيئة التشريعية القائمة غير ملائمة، وقد تتعارض أحيانا مع أحكام الشريعة الإسلامية، فتحول دون تطورها ونموها.

2. عدم وجود أطر تشريعية وقانونية موحدة تساعد في تسهيل عمل الصيرفة والمالية الإسلامية بصفة عامة، وتطوير عملها للوصول إلى نماذج عمل موحدة تحكم التمويل الإسلامي.

3. عدم التوصل لصيغ موحدة للعقود التي تبرم في ظل الصناعة المالية الإسلامية.

4. عدم حسم المسائل الخلافية (التورق المنظم، بيع الدين بالدين، وبيع العينة) وهي نقطة ضعف تعاني منها الصناعة المالية الإسلامية، بمواجهة الصناعة المالية التقليدية، التي تتذرع بأنه يعمل بهذه العقود في بعض الدول الإسلامية، رغم وجود قرارات بتحريمها من مجمع الفقه الإسلامي.

5. وفي هذا الصدد سنصطدم بعدم فهم عمليات الصيرفة الإسلامية: نذكر هنا مثالين على عدم قدرة القضاء في فهم عمليات المصارف الإسلامية.[2]

6. المثال الأول: عندما حاول أحد المصارف الإسلامية الخليجية توريق الدين الممنوح لأحد السوريين، فعمد القاضي إلى عرض المشكلة أمامه بطريقتين:

7. الطريقة الأولى: الربط بين الدين الأصلي قبل توريقه، وبين الدين بعد توريقه، دون فهم سبب التوريق بالمصرف الإسلامي.

8. الطريقة الثانية: عدم الربط بينهما وبالتالي مضاعفة مقدار الدين، حيث يمكن للمصرف الإسلامي المطالبة بالدين وبالسندات الصادرة به.

9. المثال الثاني: عندما قامت أحد المصارف الإسلامية بتمويل اعتماد لاستيراد سيارات. حيث ترد البوالص والمستندات باسم المصرف الذي يظهرها للعميل (وفقا لقواعد عمل المصارف الإسلامية).

---

[1]– عبد الحنان العيسى، **القضايا القانونية بشأن الصناعة المالية الإسلامية وتسوية نزاعاتها من خلال التحكيم**، مرجع سابق، ص 195.

[2]– عبد الحنان العيسى، **القضايا القانونية بشأن الصناعة المالية الإسلامية وتسوية نزاعاتها من خلال التحكيم**، مرجع سابق، ص ص: 195 – 196.

10. وقد استلم العميل السيارات وامتنع عن سداد الدين، فرفع المصرف الإسلامي دعوى طلب من خلالها إجراء حجز احتياطي (تحفظي) على أموال العميل، فرفض القاضـــي ذلك بحجة أن السيارات وصلت إلى سورية باسم المصرف الإسلامي وفقا للمستندات التي سلمها للعميل بالتظهير، وبالتالي فالمستورد لم يكن العميل، والإعتماد لم يفتح باسمه.

11. شـــرح عملية تمويل التجارة الدولية للقاضـــي الناظر في النزاع أخذت بعض الوقت، حيث استطاع العميل بيع السيارات في العراق قبل الحجز عليها.

12. هذا التطبيق العملي يظهر صعوبة حماية العمليات المصرفية الإسلامية أمام القضاء، مما يستدعي البحث عن حلول بديلة.

الفصل الثالث: مزايا التحكيم في المنازعات المصرفية والإنتقادات الموجهة إليه

الفصل الثالث: مزايا التحكيم في المنازعات المصرفية والإنتقادات الموجهة له

ليســت المنازعات جميعها من طبيعة واحدة، بل على العكس، تختلف في تعقيداتها وتفاصــيلها وحيثياتها، وبعبارة أخرى فإن طبيعة النزاع قد لا تسمح – من منظور المتنازعين– بعرضـها على الجهة ذات الإختصاص العام في القضاء، وهي السلطة القضائية في الدولة أو القضاء الدولي. إذ أن أطراف النزاع لا سيما الدولية، كثيرا ما يتفادون طرحها على القضاء بالنظر لما تتسم به إجراءات التقاضي من بطء وتعقيد في جميع مراحله.

لذلك فقد يقدر أطراف النزاع المتعلق بإحدى العمليات المصـرفية اللجوء إلى التحكيم، وذلك نظرا لما يوفره هذا النظام من ظروف أفضل للمتخاصمين، وذلك عن طريق عرض قضاياهم على محكمين متمتعين بخبرة فنية لا يتمتع بها عادة القضاة العامون في الدولة،[1] بالإضافة إلى تجنب مشاكل التنازع الدولي للقوانين المطبقة على النزاع، و كذا علانية الجلســات، كما لا يخفى على أحد ما يوفره التحكيم من ســرعة الفصــل في النزاع و البعد عن بطء الإجراءات القضــائية و تعقيداتها، كون الإجراءات التحكيمية أكثر مرونة من تلك التي تتضمنها القوانين الوطنية.

ولا شك في أن اللجوء إلى التحكيم في المنازعات المصرفية – التي لها طبيعة خاصة كما سبق الإشــارة إليه– يحقق مزايا متعددة لأطراف النزاع إذا ما قورن بالقضــاء العادي، وذلك من الناحيتين، الإجرائية والموضوعية.

وبـالرغم من الإيجـابيـات والمزايـا الكثيرة التي يحققهـا نظـام التحكيم في المنـازعـات المتعلقـة بالعمليات المصـرفية، إلا أن انتهاج هذا النظام في الفصـل في مثل هذه المنازعات لقي رفضـا من قبل جانب كبير من القائمين على إدارة المؤسسات المصرفية وبعض المتعاملين معها.

وقد أســس هؤلاء رفضــهم لنظام التحكيم في المنازعات المصــرفية على أســاس حجج وأســانيد مفادها أن لهذا النظام مآخذ عديدة ترفع من نسبة المخاطر القانونية والقضـائية، والتي تعد من مخاطر العمل المصرفي.

وتجدر الإشــارة هنا إلى أنه على الرغم من وجود أصــوات رافضــة للتحكيم كوســيلة لحســم المنازعات المصرفية، ظهر اتجاه مضاد يرد على هؤلاء مؤسسا موقفه على حجج وأسانيد عديدة يأتي

[1] - RENE DAVID , **L'arbitrage dans le commerce international** ,op cit. p 15 .

على رأسها أن طبيعة العمل المصرفي لا تتحمل البطء الذي يتصف به القضاء العادي ولا الإجراءات المعقدة التي لا تتماشى مع مستلزمات التجارة الدولية.

وعليه سنقوم بتقسيم هذا الفصل لثلاث مباحث كما يلي:

المبحث الأول: مزايا التحكيم المصرفي من الناحية الإجرائية

المبحث الأول: مزايا التحكيم المصرفي من الناحية الموضوعية

المبحث الثالث: التحكيم المصرفي بين مؤيد ومعارض

المبحث الأول: مزايا التحكيم المصرفي

لا شك في أن اللجوء إلى التحكيم في المنازعات المصرفية – التي لها طبيعة خاصة كما سبق الإشارة إليه– يحقق مزايا متعددة لأطراف النزاع إذا ما قورن بالقضاء العـــــــــادي، وذلك مـــن الناحيتيـــن، الإجرائية والموضوعية.

المطلب الأول: مزايا التحكيم المصرفي من الناحية الإجرائية

يحقق التحكيم المصـــرفي عدة مزايا من الناحية الإجرائية، تعود بالنفع على أطراف المنازعة المصرفية، ولعل أبرز هذه المزايا ما يلي:

الفرع الأول: السرعة ومرونة الإجراءات

تعد المصـارف مركزا حيويا هائلا أو سـلسـلة من العمليات المركبة المرتبطة بعضـها ببعض، والترتب بعضـها على بعض بصـورة مباشـرة أو غير مباشـرة، بحيث يمكن القول أنها تمثل بهذا غرفة عمليات اقتصـادية بالمعنى الصـحيح، فأي خلل تتعرض له أعمال المصـارف يؤثر بصـورة خطيرة على كافة العمليات المرتبطة بهذه الأعمال، ومن ثم، باتت سـرعة الحسـم فيما ينشـأ عن هذه العمليات من نزاع أمرا حيويا لضمان حسن سير العمليات المصرفية.[1] ومن هنا تأتي مزية اللجوء إلى التحكيم كبديل عن التقاضـي العادي الذي تتسم إجراءاته بالبطء والتعقيد الشديدين، واحتمال استطالة أمد النزاع بسبب تعدد درجات التقاضـــي وإمكانية الطعن في الأحكام، ســواء من جانب المصـــرف أو العميل، وتقديم إشكالات في التنفيذ، إلى غير ذلك[2].

فســـرعة الفصـــل في النزاع تعتبر عاملا مهما في المعاملات المصـــرفية، حيث أنها تقوم في الأســاس على جوانب مالية، لذا فإن ما يمتاز به التحكيم من سـرعة السـير في إجراءات الخصـومة والســـير فيها، يجعله يتوافق مع طبيعة البيئة المصـــرفية. حيث أن ارتباط هذه المنازعات بالنقود و متغيرات قيمتها ودورانها أمر يتطلب سرعة الفصل في المنازعات وحسمها بأحكام تجد أقصـر الطرق لتنفيذها والإعتراف بحجيتها.[3]

ومن أجل ذلك نجد أن قواعد التحكيم حاولت تحقيق هذه الميزة عن طريق تحديد مدة معينة لتشكيل هيئة التحكيم، ومدة معينة لإصدار حكم التحكيم.

---

[1]– معتصم محمود اسماعيل عيد، **التحكيم في المنازعات المصرفية، دراسة إجرائية**، مرجع سابق، ص 51.

[2]– معتصم محمود اسماعيل عيد، **التحكيم في المنازعات المصرفية، دراسة إجرائية**، مرجع سابق، ص 51.

[3]– محمد صالح علي العوادي، **التحكيم في المنازعات المصرفية**، مرجع سابق، ص ص: 61 –62.

فنجد المادة 17 من قانون التحكيم المصري رقم 27 لسنة 1994 نصت على أنه: " إذا كانت هيئة التحكيم مشكلة من ثلاثة محكمين، اختار كل طرف محكما، ثم يتفق المحكمان على اختيار المحكم الثالث، فإذا لم يعين أحد الطرفين محكمه خلال الثلاثين يوما التالية لتسلمه طلبا بذلك من الطرف الآخر، أو إذا لم يتفق المحكمان المعينان على اختيار المحكم الثالث خلال الثلاثين يوما التالية لتاريخ تعيين آخرهما، تولت المحكمة المشار إليها في المادة 09 من هذا القانون اختياره بناء على طلب أحد الطرفين. ويكون للمحكم الذي اختاره المحكمان المعينان أو الذي اختارته المحكمة رئاسة هيئة التحكيم، وتسري هذه الأحكام في حالة تشكيل هيئة التحكيم من أكثر من ثلاثة محكمين.[1]

ونصت المادة 08 من قرار البنك المركزي المصري 202 لسنة 2005 بشأن قواعد التوفيق والتحكيم الإختياري السريع بين البنوك وعملائها المتعثرين على أن: " يتم اختيار المحكمين وفقا لقواعد التحكيم للجنة الأمم المتحدة للقانون التجاري الدولي في خلال أسبوع من تاريخ الإحالة إلى التحكيم، وفي حالة امتناع أحد الطرفين عن تسمية محكمه بعد إعلامه بأسبوع، أو في حالة فشل الإتفاق على اختيار المحكم الرئيسي خلال أسبوع من تاريخ تعيين المحكم الأخير، يتولى مركز القاهرة الإقليمي للتحكيم التجاري الدولي التعيين وفقا لقواعده في خلال أسبوع من قائمة المحكمين بالبنك المركزي".[2]

كما نصت المادة 45 من قانون التحكيم المصري رقم 27 لسنة 1994 على أنه: "على هيئة التحكيم إصدار الحكم المنهي للخصومة كلها خلال الميعاد الذي اتفق عليه الطرفان، فإن لم يوجد اتفاق وجب أن يصدر الحكم خلال 12 شهرا من تاريخ بدء إجراءات التحكيم، وفي جميع الأحوال يجوز أن تقرر هيئة التحكيم مد الميعاد، على ألا تزيد مدة المد على ستة أشهر، مالم يتفق الطرفان على مدة تزيد على ذلك. وإذا لم يصدر حكم التحكيم خلال الميعاد المشار إليه في الفقرة السابقة، جاز لأي طرف من طرفي التحكيم أن يطلب من رئيس المحكمة المشار إليها في المادة 09 من هذا القانون ميعاد إضافي أو بإنهاء إجراءات التحكيم، ويكون لأي من الطرفين عندئذ رفع دعواه إلى المحكمة المختصة أصلا بنظرها. [3]

---

[1]– عبد الحميد الأحدب، **موسوعة التحكيم – وثائق تحكيمية–**، الكتاب الثالث، مرجع سابق، ص265.

[2]– أحمد مصطفى الدبوسي السيد، **التحكيم في العمليات المصرفية بين الواقع والمأمول– دراسة تحليلية مقارنة–**، مرجع سابق، ص 242.

[3]– عبد الحميد الأحدب، **موسوعة التحكيم – وثائق تحكيمية–**، الكتاب الثالث، مرجع سابق، ص 273.

وفي نفس السياق وحرصا على السرعة في الفصل في النزاعات عن طريق التحكيم، نص المشرع الجزائري في المادة 1018 من قانون الإجراءات المدنية والإدارية بأنه: " يكون اتفاق التحكيم صحيحا ولو لم يحدد أجل لإنهائه، وفي هذه الحالة يلزم المحكمون بإتمام مهمتهم في ظرف 04 أشهر تبدأ من تاريخ تعيينهم أو من تاريخ إخطار محكمة التحكيم، غير أنه يمكن تمديد هذا الأجل بموافقة الأطراف، وفي حالة عدم الموافقة عليه، يتم التمديد وفقا لنظام التحكيم.....".[1]

فنلاحظ من خلال هذه المادة أن المشرع الجزائري كان أكثر صرامة فيما يتعلق بآجال البت في خصومة التحكيم، إذ منح للمحكمة التحكيمية أجل 04 أشهر للبت في النزاع لا يمكن تجاوزها إلا في حالة التمديد، إلا أنه للأسف لم يتطرق إلى أقصى أجل للتمديد خلافا للمشرع المصري.

وذهب المشرع الفرنسي إلى تحديد مهلة التحكيم بستة (06) أشهر، بنصه في المادة 1456 من قانون المرافعات المدنية الجديد (مرسوم 81/500 الصادر في:1981/05/12) أنه: " إذا لم يحدد العقد التحكيمي مهلة التحكيم، فإن مهمة المحكمين تنتهي في خلال ستة أشهر على الأكثر من تاريخ قبول آخر محكم لمهمته. ويجوز تمديد المهلة القانونية أو التعاقدية إما باتفاق الأطراف أو بقرار من رئيس المحكمة الإبتدائية أو بقرار من رئيس المحكمة الإبتدائية أو من رئيس محكمة التجارة...." [2]

وبغض النظر عن تفاوت الآجال التي ذهب إليها كل مشرع، فإننا نلاحظ إجماع هذه التشريعات على قصر هذه المدة مقارنة بما هو عليه الحال في القضاء العادي، وبالتالي الإجماع على الحرص على سرعة إنهاء النزاع والفصل فيه تحكيميا، وفي آجال لا تضر بمصالح أطراف النزاع عموما والنزاع المصرفي بصفة خاصة نظرا لخصوصية هذا الميدان وتأثره الشديد بعامل الوقت كما سبق الذكر، وذلك طبعا إذا ما تم مقارنتها باللجوء إلى القضاء العادي.

الفرع الثاني: السرية

إن النشاط المصرفي يرتكز أساسا على الثقة والإئتمان. فالثقة هي التي تشد الزبائن إلى المصارف، وهي وحدها تجلب الودائع إليه. والزبون، بقدر ما يعتمد على الثقة التي يوحيها إليه

[1]- القانون رقم 08-09، الصادر بتاريخ 18 صفر عام 1429 الموافق لـ 25 فبراير سنة 2008، المتضمن قانون الإجراءات المدنية والإدارية، الجريدة الرسمية، العدد 21، السنة 2008.

2- عبد الحميد الأحدب، **موسوعة التحكيم – وثائق تحكيمية**-، الكتاب الثالث، مرجع سابق، ص474.

مصرفه، فإنه يستند أيضا إلى محافظة مصرفه على الأسرار التي يسلمها إليه، ولولا هذه الميزة لما أقدم الزبون على التعامل معه، ولفضل دفن رؤوس أمواله في الأقبية أو في الحدائق أو في أماكن يضمن فيها عزلتها، لأن رؤوس الأموال لا تحب الأضواء، وتتوقى والتخفي.[1]

ويقصد بسر المهنة المصرفية، التزام موظفي المصارف بالمحافظة على أسرار عملائهم وعدم الإفضاء بها للغير باعتبار المصرف مؤتمنا عليها بحكم مهنته خاصة وأن علاقة المصرف مع عملائه تقوم على الثقة التي يكون عمادها كتمان المصرف لأسرار عملائه المالية.[2]

وتعرف السرية المصرفية أيضا بأنها:" إلتزام البنك وكل شخص منسوب إليه ويزاول الأعمال المصرفية بصفة أساسية بعدم إفشاء أي أمر واجب الكتمان وصل إلى علمه بمناسبة ممارسته لمهنته إلا لشخص له صفة معينة".[3]

ويعتر داخلا في نطاق الأسرار المصرفية رقم حساب العميل، المبالغ المقيدة في حساباته سواء دائنة أم مدينة، ودائع العميل، الخزينة الحديدية للعميل، التسهيلات الإئتمانية والقروض الممنوحة له، مدى التزاماته بتسديد الأقساط ومقدارها، مديونيات العميل، الضمانات المقدمة من العميل في التسهيلات والقروض، والشيكات التي يسحبها العميل على البنك، وغيرها من الأمور التي تتصل بأعمال ونشاط العميل مع البنك.[4]

لهذا، تعتبر السرية إحدى مميزات التحكيم في المنازعات المصرفية، فالحفاظ على سرية الإجراءات يعتبر مبدأ أساسيا من مبادئ نظام التحكيم التجاري، والذي يعد نظاما محاطا بالسرية، وهذا بلا شك يختلف عن القضاء العادي الذي يتسم بالعلانية، وقد نجد بعض المسائل المعروضة أمامه متاحة لأجهزة الإعلام، فإن علانية الجلسات تعد من الضمانات الأساسية للتقاضي، لأنها تبث الطمأنينة، وتبعث الثقة تجاه القضاء، إلا أن هذه العلانية لا تتماشى مع طبيعة المنازعات المصرفية

---

[1]– نعيم مغبغب، **نظريات في القوانين المصرفية والإدارية والمدنية**، منشورات الحلبي الحقوقية، بيروت ،2008، ص ص: 11–12.

[2]– سمير فرنان بالي، **السرية المصرفية**، منشورات الحلبي الحقوقية، بيروت، 2002، ص 12.

[3]– سعود ذياب العتيبي، **أثر السرية المصرفية على مكافحة جرائم غسيل الأموال**، دراسة تأصيلية تطبيقية مقارنة استكمالا لمتطلبات درجة الماجستير في العدالة الجنائية، جامعة نايف العربية للعلوم الامنية، تخصص السياسة الجنائية، قسم العدالة الجنائية، 2007، ص15.

[4]– جلال وفاء محمدين، **دور البنوك في مكافحة غسيل الأموال**، دار الجامعة الجديدة، الإسكندرية، 2001، ص79.

التي تقوم دائما على مقتضى السرية التامة، حفاظا على أسرار العملاء أولا، وأسرار المؤسسات المصرفية ثانيا، إذ قد تتسبب إذاعة هذه الأسرار في حدوث بلبلة في الأسواق، وانهيار الشركات واضطراب الإقتصاد بوجه عام، فإفشاء أسرار المعاملات المصرفية قد يرتب أبلغ الأضرار بأصحابها الذين يتنافسون في السوق.[1]

إن مخاوف الإفصاح هي من الأسباب الرئيسية التي تحفز الأطراف لاختيار التحكيم بدلا من التقاضي الإعتيادي، حيث أن الأطراف المتنازعة تفترض أن واجب السرية هو مسألة متأصلة في الإجراءات ومن السمات المميزة للتحكيم، جنبا إلى جنب مع ضمانات تنفيذ أحكام التحكيم. وعلى هذا الأساس فإن السرية كميزة في التحكيم لها طبيعة خاصة، وليس فقط إبعاد الغرباء من الإستماع في جلسات التحكيم، ولكن عن طريق دخول الأطراف في اتفاق التحكيم بشروط تحدد التزاما متبادلا بعدم الكشف عن أي وثائق يتم إعدادها أو تقديمها أثناء عملية التحكيم أو استخدامها لأي أغراض أخرى مستقبلا، وهذا يشمل الأدلة المتحصلة، ووثائق التحكيم. لذلك فإن معظم قواعد التحكيم الدولية المنظمة لعمل هيئات ومنتديات التحكيم، تنص على أن كل من جلسات الإستماع وقرارات التحكيم سرية، إلا ما استثني بقرار قضائي.[2]

والإحتفاظ بسرية هذه العمليات يعد التزاما على المؤسسات المصرفية، وهذا الإلتزام يجد أساسه القانوني في العرف المصرفي، وفي العقد المبرم بين المؤسسات المصرفية وعملائها، في حالة ما إذا ورد النص عليه صراحة في أحد بنود هذا العقد، ولا يجوز لأي من الأطراف خرق هذا الإلتزام لأنه يمس مباشرة بمبدأ أساسي من مبادئ التحكيم، سواء الداخلي أو الخارجي.[3]

وتتجسد إحدى مزايا التحكيم في أنه عملية خاصة بين الأطراف وأعضاء هيئة التحكيم، وتعقد جلسات الإستماع في أجواء مغلقة، ولا توجد أطراف خارجية إلا بالقدر الذي تحتاجه القضية ويتفق عليه الطرفان. كما أن هنالك واجب عام بالسرية – وإن كان ذلك رهنا باستثناءات وحالات محددة – إلا أنه ومن حيث المبدأ لا يجوز للطرف أن يكشف عن أي معلومات عن التحكيم وأي معلومات

[1]– أحمد مصطفى الدبوسي السيد، **التحكيم في العمليات المصرفية**، مرجع سابق، ص243.

[2]– نظام جبار طالب، **استكشاف السرية كالتزام جوهري في التحكيم التجاري الدولي: دراسة تحليلية مقارنة لآراء الرفض والقبول**، مقال منشور بمجلة القادسية للقانون والعلوم السياسية، العدد الثاني، المجلد الثامن، كانون الأول، 2017. ص 12.

[3]– أحمد مصطفى الدبوسي السيد، **التحكيم في العمليات المصرفية**، مرجع سابق، ص 244.

مستقاة من إجراءات التحكيم أو القرار الذي يصدر من هيئة التحكيم. فالتحكيم يحافظ على الخصوصية والسرية في كل من الإجراءات والقرارات، وفي الواقع، فإن هذه الحيثيات يترجمها المبدأ القائل بأن واجب السرية موجود – على الأقل–، في الشكل المطلق الشائع والذي تفهمه معظم الأطراف وهو، أن التحكيم محكمة خاصة لتسوية المنازعات في أجواء سرية – وهذا يمثل تصور أكثر واقعية من التركيز على أسئلة أخرى تتمثل بطبيعة ونطاق ومدى الزامية مبدأ السرية.[1]

وفي هذا السياق نصت المادة 28 فقرة 03 من قانون الأونسيترال للتحكيم بصيغتها المنقحة لسنة 2010 على أن: " تكون جلسات الاستماع مغلقة، مالم يتفق الأطراف على خلاف ذلك، ويجوز لهيئة التحكيم أن تطلب من أي شاهد، أو من الشهود، بمن فيهم الشهود الخبراء، مغادرة الجلسة أثناء إدلاء الشهود الآخرين بشهاداتهم).[2]

والسرية قانونا التزام بامتناع ، فحواه إجمالا أن يلتزم أطراف التحكيم، وكل من يحضر جلساته من المعنيين به من محامين وشهود وخبراء ومحكمين ومعاونيهم بعدم إفشاء ما يتصل بعلمهم من بسبب التحكيم– من معلومات ومستندات متعلقة به، كما يمنع على غير المعنيين بالتحكيم حضور جلساته، إلا بموافقة كافة أطرافه.[3]

مبررات سرية التحكيم المصرفي: ذكرت أسباب عديدة لمبدأ سرية التحكيم التجاري الدولي بصفة عامة والتحكيم المصرفي بصفة خاصة، وتتمثل أهم هذه المبررات في ما يلي: [4]

1. مراعاة مصالح الأطراف وعلاقات الأعمال.
2. تعلق النزاع بأسرار تجارية وفنية يخشى لو اطلع عليها الغير إلحاق الضرر بأحد الأطراف.
3. الحفاظ على العلاقات الودية بين الأطراف.

---

[1]– نظام جبار طالب، **استكشاف السرية كالتزام جوهري في التحكيم التجاري الدولي: دراسة تحليلية مقارنة لآراء الرفض والقبول**، مرجع سابق. ص 12.

[2] – قانون الأونسيترال للتحكيم متحصل عليه من الموقع الإلكتروني:
http://www.uncitral.org/pdf/arabic/texts/arbitration/arb-rules-revised/pre-arb-rules-revised-a.pdf

[3]– مريم محمد سليم العوا، **التحكيم بين السرية والعلانية**، بحث منشور بمجلة التحكيم العالمية، عدد 17، سنة 2013، ص 52.

[4]– نظام جبار طالب، **استكشاف السرية كالتزام جوهري في التحكيم التجاري الدولي: دراسة تحليلية مقارنة لآراء الرفض والقبول**، مرجع سابق، ص 14.

4. حماية المعلومات التي قد تعرض أمام هيئة التحكيم.

والتحكيم بذلك يتناسب مع حرص المؤسسات المصرفية وعملائها من الشركات والأفراد، على سرية المعلومات المتعلقة بمنازعتهم، لذا فهم يفضلون اللجوء إليه عادة لتسوية المنازعات المصرفية الناشئة عن النشاط التجاري للمشروعات والكيانات الإقتصادية التي تقوم على عناصر تتعلق بحجم الأعمال والمركز المالي للمشروع، والتي يعتبر أصحاب المشروعات فيها أن كل المعلومات والبيانات المتعلقة بتلك العناصر أمور سرية ينبغي أن تظل في الكتمان، وإفشاؤها يرتب أبلغ الأضرار بهم في مجال المنافسة الدولية.[1]

وللسرية المصرفية أهميتها بالنسبة للعميل والمصرف معا، إذ أن من مصلحة عميل المصرف أن تبقى كافة معاملاته المصرفية ولو وصلت إلى مرحلة النزاع مع المصرف سرية، حتى يكون الأمر بمنأى عن علم منافسيه، وذلك خشية من استغلالهم لفترات الضائقات المالية التي يمر بها استغلالا غير مشروع؛ فيعمدون إلى شراء ديون مترتبة عليه، علهم يصلون به إلى مرحلة الإفلاس، وإزالته عن طريقهم، فضلا عن اللجوء إلى الكشف عن الأزمات المالية التي يمر بها إلى الجمهور بالشكل الذي قد يزعزع الثقة به، ومن ثم؛ التمكن من صرف عملائه عنه أو عدم إقبال عملاء جدد عليه، وهذا بلا شك سيلحق بعميل المصرف ضررا بالغا، لأن العملاء هم العنصر الجوهري للمحل التجاري أو المنشأة التجارية، وكلما ازداد عددهم كان ذلك دليلا على نجاح النشاط التجاري وازدهاره، كما أن للسرية أهميتها أيضا بالنسبة للمصرف، لأن إفشاء المصرف لأسرار عملائه من شأنه أن يهز الثقة به، ويزعزع الطمأنينة التي ينشدها العملاء في المصرف، وما يترتب عليه من نفور العملاء من التعامل معه، وينطبق ذلك الأمر على كثرة الدعاوى القضائية التي يرفعها المصرف على عملائه أمام المحاكم فلا ريب أن تداول إسم المصرف بكثرة على أروقة المحاكم من شأنه أن يؤدي بالتأكيد إلى خسارة المصرف على الصعيدين المالي والتجاري. فالمصرف يعتمد في الأساس على زيادة المتعاملين معه وتوسيع حركة معاملاتهم، وهو الأمر الذي يتوقف على مدى تمكن المصرف من المحافظة على أسرار عملائه. لذلك فإن التحكيم وما يتسم به من السرية في إجراءاته سيكون للجوء المصرف إليه مع عميله في مصلحة كل منهما.[2]

[1]– أحمد مصطفى الدبوسي السيد، **التحكيم في العمليات المصرفية بين الواقع والمأمول– دراسة تحليلية مقارنة–**، ص 250.

[2]– معتصم محمود إسماعيل عيد، **التحكيم في المنازعات المصرفية – دراسة إجرائية –**، مرجع سابق، ص 56.

وقـــد عرض في هذا الصدد على القضاء في السويد، قضيـــة نظـــرت فيها محكمـــة ستوكهولـــــــــــم، تخلص وقائعها في أنه قد تم توقيع عقد قرض بين المؤسسة البلغارية بولبانك (Bilbank)، وبنك (جيروكريديت Giro crédit)، وكان العقد يتضـــمن شـــرط تحكيم وفقا لقواعد تحكيم اللجنة الاقتصـــادية التابعة للأمم المتحدة، وفي عام 1994 قامت مؤسـســـة بنك(جيروكريديت Giro crédit) بتحويل دائنيها نظير تســـديد جزء من قروضـــها إلى (بولبانك) إلى مؤســـســـة (AII) دون إخطار (بولبانك)، وقد نشب النزاع بين الأطراف، وطلبت مؤسسة (AII) اللجوء إلى التحكيم في مواجهة (بولبانك). وفي 1997/07/05 أعلنت محكمة التحكيم أنها غير مختصـــة بنظر النزاع، وأن شـــرط التحكيم ســارياً، ونشــر هذا الحكم الجزئي في مجلة أمريكية، بواســطة (AII). فطلبت (بولبانك) إلغاء شـرط التحكيم بسـبب ذلك النشـر، لأن هناك التزاما على الأطراف باحترام مبدأ سـرية الإجراءات، وقد خالفت مؤسسة (AII) هذا المبدأ، وانتهكت الإلتزام بالسرية الذي ينبغي احترامه طوال فترة التحكيم وذلك بنشـرها لحكم التحكيم. وقد قدرت المحكمة في حكمها بأن النشـر لحكم جزئي في مجلة يتسـاوى مع الإخلال الموضـــوعي للعقد واتفاق التحكيم، الأمر الذي يخول للطرف الآخر أن يرفض الخضـــوع للتحكيم، وذلك لأنه يجب احترام الحفاظ على مبدأ السـرية طوال سـريان إجراءات التحكيم، ما لم يتفق الأطراف على خلاف ذلك، وانتهت المحكمة إلى أن النشر الجزئي للحكم يعد مخالفا لمبدأ السرية.[1]

وعلى ذلك يعد مبدأ السـرية أحد أهم المميزات التي تدفع بأصـحاب الخصـومة المصـرفية إلى اللجوء إلى التحكيم بدلا من القضـاء العادي الذي تتسـم إجراءاته بالعلانية، التي لا تتوافق مع طبيعة المعاملات المصرفية التي تتسم بالسرية والكتمان.

الفرع الثالث: الطابع الرضائي للتحكيم

التحكيم هو عدالة طوعية حيث يتفق الطرفان على إزالة نزاعهما من معرفة قضاء الدولة وتقديمه إلى شـــخص خاص أو أكثر. يســـتند التحكيم أولاً وقبل كل شـــيء إلى اتفاق تحكيم، يمنح الأطراف بموجبه تكليفًا لواحد أو أكثر من المحكّمين، الذين سيشكلون هيئة التحكيم، لتسوية النزاع.[2]

[1]– معتصم محمود إسماعيل عيد، **التحكيم في المنازعات المصرفية – دراسة إجرائية –**، المرجع نفسه، ص 56.

[2] - CHRISTOPHE SERAGLINI, JEROME ORTSCHEIDT, DROIT DE L'ARBITRAGE INTERNE ET INTERNATIONAL, Montchrestien lextenso éditions, édition Alpha, Edition juridique SADER, PARIS, 2013, P14.

أي قبول الأطراف خضوعهم لحل منازعتهم إلى قضاة من اختيارهم هم أنفسهم، وبعبارة أخرى، الإتفاق على سحب الإختصاص من القضاء العادي للدول، أو الأشخاص الطبيعية والمعنوية الخاصة والعامة الأخرى والموقعة على الإتفاق وإسناده إلى جهة خاصة (أفراد خواص) يفصلون فيه حسب قواعد موضوعية (تتمثل في أحكام الإتفاقية) وإجرائية متفق عليها من قبل الأطراف.[1]

فالتحكيم ينشأ ويصبح له وجود باتفاق الخصوم على اللجوء إليه لفض النزاع الذي نشأ أو قد ينشأ فيما بينهم في المستقبل، كما أن حياته تبقى وتستمر ببقاء هذا الإتفاق، أما إذا نزل الخصوم عن هذا الإتفاق وفضلا عدم الاستمرار فيه واتجها إلى القضاء العادي ليفص في نزاعهم، فإن التحكيم أصبح لا وجود له، وبالتالي فإن التحكيم يدور مع اتفاق الخصوم عليه وجودا وعدما، فإن وجد الإتفاق وجد معه التحكيم وانعقد له الإختصاص بالفصل في نزاع الخصوم، وإن لا يوجد هناك اتفاق أو انقضى في أي مرحلة كانت عليها الدعوى التحكيمية انعدم اختصاص التحكيم بالفصل في النزاع، ليس هذا فقط بل إن اتفاق أطراف التحكيم (الخصوم) يلعب دورا بارزا فيما يتعلق بنطاقه وآثاره.[2]

الفرع الرابع: المرونة في الإجراءات وقلة الشكلية

تعتبر الشكلية سمة من سمات قوانين المرافعات عامة، حيث يحدد المشرع في هذه القوانين، بشكل واضح ودقيق، الإجراءات الواجب اتباعها، والمواعيد المحددة لمباشرة الدعوى أمام القضاء، ويترتب على خرق هذه الإجراءات البطلان. حيث إنها قد تستغل من قبل الأطراف لإطالة أمد النزاع أمام القضاء، في حين أن أهم ما يميز إجراءات نظام التحكيم هو قلة الإجراءات الشكلية. فالثابت على سبيل المثال أن التحكيم يعطي للخصوم إمكانية مناقشة نزاعهم بلغة فنية، دون حاجة إلى اللجوء إلى استعمال اللغة القضائية، فإذا كانت المعالجة القضائية للنزاع تتسم بالإلتزام بالمبادئ الشكلية المعينة، فإن المعالجة التحكيمية تختلف عن ذلك أثناء تسوية النزاع، فالتحكيم يتسم بالحرية والسعة.[3]

---

[1]– هاني أحمد عبد الفتاح عطاي، **التحكيم في الضمانات المصرفية، دراسة مقارنة**–، مركز الدراسات العربية، الجيزة، مصر، 2018، ص 42.

[2]– عرفات أحمد المنجي، **التحكيم في منازعات الإعتمادات المستندية في الفقه والقانون المقارن**، مرجع سابق، ص189.

[3]– أحمد مصطفى الدبوسي السيد، **التحكيم في العمليات المصرفية بين الواقع والمأمول – دراسة تحليلية مقارنة**–، مرجع سابق، ص251.

وفي نفس السياق، وطبقا لأحكام المادة 01 من قانون الأونيسترال يجوز لأطراف التحكيم تعديل هذه القواعد كيفما يرون،[1] وبالتالي يكون للأطراف مطلق الحرية في إملاء الإجراءات التي يرونها مناسبة لحسم خلافاتهم.

كما تمنح المادة 15 من قواعد تحكيم الأونيسترال لهيئة التحكيم أوسع نطاق ممكن من الحرية في سبيل ممارسة التحكيم بالكيفية التي تراها مناسبة، دون أية قيود أو محظورات، اللهم إلا ضرورة احترام القواعد الآمرة في القانون الواجب التطبيق وشريطة أن يعامل الطرفان على قيد المساواة، وأن تهيئ هيئة التحكيم لكلا الطرفين في جميع مراحل النظر في الخصومة الفرصة الكاملة لعرض قضيته ودفوعه.

نجد كذلك لائحة نظام مركز الوساطة و التحكيم لدى اتحاد المصارف العربية، تضع نصوصا تمنح لمجلس إدارة المركز إمكانية استبدال هيئة التحكيم، فنصت المادة 17 من اللائحة على أنه: " تطبق هيئة التحكيم القواعد الإجرائية التي اتفق عليها الفريقان، وإلا فالمستمدة من هذا النظام، وإلا فالقواعد الإجرائية التي يعينها جهاز التحكيم نفسه"، ونصت كذلك المادة 22 من ذات اللائحة على أنه: " إذا تبين لمجلس الإدارة، أو اللجنة أن هناك تقاعسا من قبل هيئة التحكيم في إصدار الحكم، يحق له – بعد الإستماع إلى ملاحظات الهيئة– استبدالها كليا أو جزئيا، حسب الظروف، ويعطي المجلس أو اللجنة مهلة جديدة للهيئة التي يكون قد تم تعيينها، على أن تتابع الهيئة الجديدة التحكيم من النقطة التي وصلت إليه".[2]

فالطبيعة المرنة للتحكيم تجعل منه أنسب الوسائل المتاحة لفض المنازعات، وذلك نظرا لما يتمتع به من قدرة على مواجهة أوجه القصور والمستحدثات التي تظهر مع مرور الزمن، وبخاصة في تلك العقود الطويلة المدى.

وباختصار، نجد أن مرونة التحكيم تسمح للمتنازعين بتشكيله على النحو المناسب لهم، لأنه ينفر من القوالب الجامدة، حيث يملك الأطراف أولاً اختيار نوع التحكيم، فلهم أن يختاروا إما أن يكون

[1]– تنص هذه المادة على أنه: " إذا اتفق الأطراف على إحالة ما ينشأ بينهم من منازعات بشأن علاقة قانونية محددة، تعاقدية كانت أم غير تعاقدية، إلى التحكيم بمقتضى قواعد الأونيسترال للتحكيم، سويت تلك المنازعات عندئذ وفقا لهذه القواعد، رهنا بما قد يتفق عليه الأطراف من تعديلات...."، قواعد الأونيسترال للتحكيم، مرجع سابق.

[2] – أحمد مصطفى الدبوسي السيد، **التحكيم في العمليات المصرفية بين الواقع و المأمول – دراسة تحليلية مقارنة–**، مرجع سابق، ص 252.

التحكيم خاصا Ad hoc أو تحكيما مؤسسيا. كما أن لهم أن يختاروا سواء كان التحكيم خاصا أو مؤسسياً، أن يكون هذا التحكيم تحكيما بالقانون أو بالصلح. كما يفسح التحكيم المجال أمام إرادة الأطراف في اختيار مكان انعقاد التحكيم وزمانه، والقانون الذي يطبقه المحكمون على اتفاق التحكيم وإجراءات التحكيم وموضوع المنازعة محل التحكيم.[1]

الفرع الخامس: التحكيم يعلي من شأن إرادة الأطراف

منح التحكيم حرية اختيار المحكم من قبل الأطراف، سواء قبل النزاع بواسطة ما يسمى بشرط التحكيم، أو بعده، بما يسمى بمشارطة التحكيم، فلهم كامل الحرية في تحديد موضوع النزاع، وتعيين الهيئة التحكيمية أو التنصيص على طريقة تعيينها، بالإضافة إلى الإستقلالية من حيث المبدأ، من أي شبهة انحياز أو خضوعه لسلطة دولة ما، مع جواز عدم استبعاد القضاء كوسيلة أخرى يلجأ إليها الأطراف المتنازعة في حالات معينة، وبصدد منازعات يتم تحديدها بين الأطراف مسبقا.[2]

الفرع السادس: قابلة تنفيذ الأحكام التحكيمية دوليا

إذ كان التحكيم له مزاياه على الصعيد الوطني، إلا أن أهميته تزداد تجاه المنازعات ذات الطابع الدولي، لأن أطراف عقود التجارة الدولية في الغالب ينتمون إلى جنسيات مختلفة وأنظمة قانونية متباينة مما يجعل خضوع طرف لقانون بلد الطرف الآخر، الذي هو ثمرة ثقافة وحضارة وتقاليد غريبة عنه أمرا صعبا.

لكل دولة سيادتها وسلطتها القضائية على إقليمها، ذلك من المبادئ الأساسية التي تسود التشريعات، لهذا كان في الأصل أن الأحكام الأجنبية لا تنفَّذ بقوة القانون في بلد آخر، غير البلد الذي صدرت فيه، إلاّ أنّ إعمال ذلك بصفة مطلقة يؤدي إلى الإضرار بالعدالة، وضياع الحقوق، خصوصا بعد زيادة المعاملات بين الأشخاص الطبيعية والاعتبارية من دول مختلفة في العصر الحديث؛ الأمر الذي أصبحت معه الضرورة ملحة إلى أن يجري تنفيذ تلك الأحكام الأجنبية دون حاجة إلى رفع دعوى

---

[1]– بشار محمد الأسعد، **الفعالية الدولية للتحكيم في منازعات عقود الإستثمارات الدولية – دراسة في ضوء أحكام التحكيم والإتفاقيات الدولية والتشريعات الوطنية**–، منشورات الحلبي الحقوقية، الطبعة الأولى، بيروت، لبنان، 2009، ص 20.

[2]– هاني أحمد عبد الفتاح عطاى، **التحكيم في الضمانات المصرفية، دراسة مقارنة**، مركز الدراسات العربية للنشر والتوزيع، الجيزة، مصر، 2017، ص 45.

جديدة بذات الحق في الدولة الأولى، وفي ذلك توفير للوقت و صون للجهد والنفقات،[1] وهو الأمر الذي يوفره نظام التحكيم، حيث يكتفى بمراجعة الحكم التحكيمي أو القضائي الأجنبي قبل أن يؤمر بتنفيذه.

ويذهب البعض من الفقه، إلى أن اتفاق التحكيم الذي قبلته الدولة يجب أن يمتد في آثاره ليشمل تنفيذ حكم التحكيم. بمعنى أن وجود هذا الإتفاق في ذاته يعتبر تنازلا منهـــــا عن حصانتهـــا ضد التنفيذ، وذلك تحقيقا لاسـتقرار المعاملات وتحقيقا لفاعلية اتفاق التحكيم، إذ أن قبول الدولة اللجوء إلى التحكيم بالرغم من حصـانتها سيكون فارغاً من أي معنى إذا هي استطاعت أن تدفع بحصـانتها لتعيق تنفيذ حكم التحكيم.[2]

ويذهب البعض الآخر، بأن اتفاق التحكيم بذاته لا يفيد في الدلالة على تنازل الدولة عن حقها في التمسك بالحصانة في مواجهة إجراءات التنفيذ، على اعتبار أن هذه الأخيرة تتمتع باستقلالية وذاتية تحول دون اختلاطها واندماجها في الحصـانة القضـائية، فتنازل الدولة عن حصـانتها ضـد إجراءات التنفيذ لا يُفترض ولا يمكن اســتخلاصــه من قبولها للتحكيم، وإنما يلزم أن يكون تنازل الدولة عن حصانتها ضد التنفيذ واضحا ومؤكدا.[3]

والرأي الذي نميل إليه، هو أن موافقة الدولة على التحكيم تعتبر بمثابة تنازل ضـــمني عن حصـــانتها ضـــد تنفيذ حكم التحكيم، حيث يمثل ذلك خطورة كبيرة على ضـــمان تنفيذ الأحكام التحكيميـــة، وهو ما يعرقل استقرار المعاملات، ويجعل العملية التحكيمية دون جدوى.

وعلى الصـــعيد العملي نجد أن أحكام التحكيم تتميز بنطاق أوســـع بكثير من حيث التنفيذ على المسـتوى الدولي، مقارنة بالأحكام الصـادرة من المحاكم القضـائية، فالأحكام التي تصـدر من المحاكم القضـائية لا يتم تنفيذها في الغالب خارج البلد الصـادر فيها الحكم بطريقة مباشـرة، ومن هذا المنطلق يفضل الأطراف اللجوء مباشرة إلى التحكيم، حيث يسهل تنفيذ حكم التحكيم الصادر في الخارج.[4]

---

[1]– أحمد بن سليمان بن محمد البوصافي، (سلطنة عمان)، **إشكال تنفيذ أحكام التحكيم الأجنبية وفقا للنظام القانوني في سلطنة عمان**، بحث منشور في المجلة العالمية للتحكيم، العدد 29، كانون الثاني (يناير)، 2016، ص 123.

[2]– بشار محمد الأسعد، **الفعالية الدولية للتحكيم في منازعات عقود الاستثمارات الدولية** –، مرجع سابق، 68.

[3]– بشار محمد الأسعد، **الفعالية الدولية للتحكيم في منازعات عقود الاستثمارات الدولية** – مرجع سابق، ص 69.

[4]– أحمد مصطفى الدبوسي السيد، **التحكيم في العمليات المصرفية بين الواقع والمأمول – دراسة تحليلية مقارنة–**، مرجع سابق، ص 254.

ولأجل ذلك، قامت اتفاقية نيويورك في عام 1958 الصـــادرة بشـــأن الإعتراف وتنفيذ أحكام المحكمين الأجنبية بتوفير نظام ميســـر إجرائي لتنفيذ أحكام التحكيم الأجنبية في محاولة منها لإزالة العقبات أمام تنفيذ أحكام المحكمين خارج البلاد التي صـــدرت فيها، أو التي طبقت قانونها على النزاع أو إجراءات التحكيم، وكذلك نصـــت الفقرة الأولى من المادة (54) من اتفاقية واشـــنطن عام 1965، على أن " تعترف كل دولة متعاقدة بالحكم الذي يصـدر بناء على أحكام هذه الإتفاقية، وتضـمن تنفيذ الإلتزامات المالية التي يفرضـها الحكم، كما لو كان نهائياً صـادرا عن محكمة محلية "، وقد نشـأ عن هذه الإتفاقية المركز الدولي لتسوية منازعات الإستثمار(ICSID)[1]، وهكذا يجنب الأطراف – المؤسسة المصـرفية وعملائها– صـعوبات تنفيذ حكم قضـائي في بلد غير الذي صـدر فيه، باللجوء إلى التحكيم لدى هذا المركز الذي يمكن تنفيذ حكمه في غير بلد صدوره، دون صعوبة تذكر.[2]

الفرع السابع: نهائية حكم التحكيم

تعد نهائية حكم التحكيم من أهم مميزات التحكيم في مجال المنازعات المصـرفية، فبالنظر إلى السرعة التي يقتضـيها الفصـل في تلك المنازعات، فإن الحكم الذي يصـدر عن هيئة التحكيم ينبغي ألاَّ يكون قابلا للطعن فيه، على خلاف الحال بالنســبة للأحكام التي تصـــدر من المحاكم الوطنية. ولذلك فالمصـرف وعميله يحق لهما الإتفاق على عدم جواز الطعن على حكم التحكيم الذي يصـدر من هيئة التحكيم إذا كان قانون التحكيم في البلد الذي يتم فيه التحكيم يتيح الطعن، وذلك ما لم يكن قانون بلد التحكيم ينص في الأصـل على ذلك، كما في القانون المصـري رقم 27 لسـنة 1994 الذي ينص في المادة 52 منه على أنه:" لا تقبل أحكام التحكيم التي تصـدر طبقا لأحكام هذا القانون الطعن فيها بأي طريق من طرق الطعن المنصـوص عليها في قانون المرافعات المدنية والتجارية، وكذا نص المادة 23

---

[2]– يُعتبر المركز الدولي لتسوية منازعات الاستثمار The International Centre for Settlement of Investment Disputes (ICSID)مؤسسة تحكيمية دولية أنشئت عام 1966 لتسوية المنازعات القانونية والتوفيق بين المستثمرين الدوليين. كجزء من مجموعة البنك الدولي، مقرها في واشنطن. ويُعد المركز مؤسسة متخصصة ومتعددة الأطراف متخصصة لتشجيع التدفق الدولي للاستثمار وتخفيف المخاطر غير التجارية بموجب معاهدة أعدها المديرون التنفيذيون للبنك الدولي لإعادة البناء والتنمية بعد توقيع الدول الأعضاء عليها في مايو / أيار 2016 حيث وافقت153 دولة عضواً متعاقداً على تنفيذ قرارات التحكيم ودعمها وفقاً لاتفاقية المركز الدولي لتسوية المنازعات.

[2]– أحمد مصطفى الدبوسي السيد، **التحكيم في العمليات المصرفية بين الواقع والمأمول – دراسة تحليلية مقارنة–**، مرجع سابق، ص 255.

من لائحة نظام مركز الوساطة والتحكيم لدى اتحاد المصارف العربية التي تنص على أنه " يلتزم الفريقان، نتيجة إخضاع نزاعهما للتحكيم وفقا لهذا النظام، بتنفيذ مضمون الحكم الذي يصدر دون أي تأخير، ويعتبر الحكم الصادر نهائياً، وغير قابل لأي طريقة من طرق المراجعة والطعن".[1]

ولا ريب في أن عدم قابلية حكم التحكيم المصرفي للطعن، يعزز من ثقة أطراف النزاع في سرعة حسمه بدلاً من إعادة طرح النزاع على درجات التقاضي العادية سواء كانت استئناف أو نقض، على النحو الذي تجيزه أغلب النظم القضائية.

المطلب الثاني: مزايا التحكيم المصرفي من الناحية الموضوعية

بالإضافة إلى المزايا التي يحققها التحكيم من الناحية الإجرائية، للتحكيم أيضا مزايا يحققها من الناحية الموضوعية للنزاع، أبرزها ما يلي:

الفرع الأول: الخبرة والتخصص

قد يكون القاضي بارعاً في مجال اختصاصه، ولكنه في أغلب الأحيان يكون قليل الخبرة في بعض المعاملات التي قد تطرح أمامه كنزاع، كالعمليات المصرفية وما تنطوي عليه من تعقيدات وفنيات، معرفتها غير متاحة للجميع. الأمر الذي قد يتعذر معه الفصل في المنازعات المتعلقة بها إلا بعد الإستعانة بخبير فني يعينه في كشف ما كان غامضا عليه من جوانب النزاع، ما يؤدي لإضاعة الوقت وتحمل نفقات إضافية. لذلك يكون من الأجدر اللجوء إلى الخبير مباشرة، واختياره محكماً، حيث يتيح نظام التحكيم للأطراف اختيار من يشاؤون من خبراء مختصين ليفصلوا في النزاع في أسرع وقت، حيث إن تعدد المحكمين يتيح فرصة لوجود أكثر من خبير في الهيئة المختصة في الفصل في النزاع، الأمر الذي يؤدي للفصل في النزاع على نحو أفضل.[2] لاسيما إذا أنيط التحكيم بأحد المراكز المتخصصة.

فالتحكيم يكفل المعرفة والخبرة القانونية المتخصصة والفنية اللازمة لتسوية منازعات العمليات المصرفية، التي تتطلب البت في منازعاتها معارف اقتصادية وفنية حديثة وخبرة تتلاءم مع توسع وتطور المعاملات المصرفية ولا سيما الالكترونية منها.

---

[1]– معتصم محمود إسماعيل عيد، **التحكيم في المنازعات المصرفية – دراسة إجرائية–**، مرجع سابق، ص 61.

[2]– لزهر بن سعيد، **التحكيم التجاري الدولي– وفقا لقانون الإجراءات المدنية والإدارية والقوانين المقارنة–**، دار هومة، 2012، الجزائر، ص38.

ويكون المحكمون في الأغلب على أعلى مستوى من الكفاءة العلمية والقانونية للفصل في المنازعات المسندة إليهم، فضلا عن تمتعهم غالباً بالخبرة العلمية والعملية في المنازعات التي يتم اختيارهم للفصل فيها، وما يمتازون به من الإحاطة بأعراف وعادات العقود محل النزاع، وكذلك اللغات التي تحرر بها العقود وتجري بها المراسلات بين الأطراف. ومما لا شك فيه أن وجود قضاء متخصص من شأنه أن يحقق عدالة تحقق رغبات الأطراف. ولعله مما يساعد على ذلك أن الأطراف عموماً هم الذين يختارون المحكمين، وهم بالتأكيد سيعمدون إلى اختيار أنسب المحكمين الذين تحتاجهم خصوصية القضية محل النزاع.[1]

الفرع الثاني: تطبيق القانون الأكثر ملائمة للنزاع

حرصت معظم التشريعات الوطنية في قانون التحكيم على مبدأ رضائية التحكيم منذ بدايته وأثناء سير إجراءاته فتضمنت أحكامه التأكيد على حرية طرفي التحكيم، في تحديد القانون الواجب التطبيق إجراءاته على النزاع التحكيمي، وبالتالي فإنه في هذه الحالة تلتزم هيئة التحكيم باحترام إرادة أطراف الخصومة التحكيمية وعدم مخالفة أحكام سير التحكيم لاتفاقها.

وبسبب أن مصدر التحكيم هو الإرادة ، فقد أعطى مشرعو الدول وواضعوا الاتفاقيات الدولية هذه الإرادة دورا مهما وحاسما في تحديد القانون الواجب التطبيق، ويجري الفقه في غالبيته نحو هذا الاتجاه، كما أن هذا هو ما يجري عليه العمل في التحكيم التجاري الدولي،[2] بمعنى إن لهيئة التحكيم في هذه الحالة أن تضع بنفسها ولنفسها القواعد الإجرائية التي ترى أنها الأنسب لظروف النزاع التحكيمي،[3] مع وجوب احترام الضمانات الأساسية في التقاضي.

وفي ظل الصلاحية الواسعة الممنوحة للأطراف، فيما يتعلق باختيار القواعد الإجرائية التي تنظم عملية التحكيم، نجد أن للأطراف الحق في ممارسة هذه الحرية، بالطريقة التي يرونها مناسبة، وذلك وفقا للاحتمالات التالية:

أولا: قد يتولى الأطراف في إتفاقهم، عملية تحديد إجراءات التحكيم من خلال الإفصاح فيما بينهم وبالطرق القانونية عن الإجراءات الواجب إتباعها في حال حدوث نزاع فيما بينهم.

---

[1] -Bouchez (L.J): **The prospects for international Arbitration Disputes Between States and Privates Entreprises**,- J.I.A Vol 8, 1991, p 82.

[2] – سميحة القليوبي، **الأسس القانونية للتحكيم التجاري الدولي وفقا للقانون رقم 27 لسنة 1994**، دار النهضة العربية القاهرة ،2013، ص192.

3 - Philippe Pinsolle et Richard Kreindler, **Les limites du rôle de la volonté des parties dans la conduite l'instance arbitrale. DALLOZ**, 1999, p49.

ثانيا: قد يتفق الأطراف على إسناد هذه المهمة لهيئة التحكيم بالنيابة عنهم أي الإحالة إلى هيئة التحكيم كل ما يتعلق بإجراءات التحكيم بغض النظر عن أي تفصيل لهذه الإجراءات فيعتبر الأطراف أن ما تتخذه هيئة التحكيم من إجراءات أمر متفق عليه بإرادتهم ابتداء.

ثالثا: قد يتفق الأطراف على إتباع الإجراءات المنصوص عليها في قانون وطني معين، ومن المتصور أن أطراف الخصومة التحكيمية يختارون قانوناً وطنياً معين لحكم إجراءات التحكيم لغايات عديدة منها، إعتقاد الأطراف أن هذه الإجراءات هي المناسبة للتحكيم أكثر من غيرها مثل بساطة الإجراءات وبعدها عن التعقيد، وقد يختار الأطراف نفس القانون لحكم موضوع النزاع، وقد يختارون القانون نفسه ليطبق على الإجراءات، بل من الممكن لأطراف الخصومة التحكيمية الاتفاق على إخضاع التحكيم، لإجراءات كان ينص عليها قانون ملغي وبالتالي فمن الممكن الاتفاق على إخضاع إجراءات التحكيم للإجراءات والمواعيد التي كان ينص عليها بالرغم من إلغاء هذه النصوص بصدور قانون التحكيم.[1]

رابعا: أن ينتقي الأطراف القواعد الإجرائية من بين مجموعه من القوانين الوطنية ولوائح هيئات التحكيم الاقليمية، أو الدولية، بحيث تكون مزيجا منها جميعا، ويلجأ أطراف الخصومة التحكيمية أحياناً لهذه الطريقة بهدف الوصول إلى إجراءات سريعة بعيدة عن التعقيد فعلى سبيل المثال" قاعدة تشكيل هيئة التحكيم، قد يرى أطراف الخصومة التحكيمية أخذها من قانون التحكيم الإنجليزى لأنهم يرونها الأنسب، وقواعد المرافعات أمام هيئة التحكيم قد يختارونها من قانون التحكيم الفرنسي، وهكذا حتى تكتمل قواعد الإجراءات: وهذه كلها من صور التعبير الصريح عن الإرادة في مجال القانون الواجب التطبيق على إجراءات التحكيم التجاري الدولي.

وهو مايطلق عليه "التحكيم المطلق " أو " تحكيم بلا قانون " وهذه التسمية أخذت من كونه لا يتقيد بنظام قانونى أو قواعد إجرائية معينة وإنما هو مزيج من جميع القوانين والقواعد المختارة من الأطراف.[2]

ويجدر بنا هنا الإشارة إلى أنه يجوز للأطراف الإتفاق على مخالفة القواعد الآمرة، التي لاتمس النظام العام، والتي تنظم أمورا يقصد بها حماية مصالح الأطراف ولا تحد من حريتهم، وهذا يعني أنه

[1]– فتحي والي، **التحكيم**، دار المعارف، القاهرة، 2014، ص 384.

2- Caprioli (e) Arbitrage et médiation dans le commerce électronique (l'experience du cyber tribunal)، rev. arb , 1999.p 232.

يحق للأطراف عند اختيارهم للقواعد أو القانون الواجب التطبيق على موضوع النزاع، أن يتضمن هذا القانون في طياته مخالفة للقواعد الآمرة التي تهدف إلى حماية مصالح الأطراف، أما تلك القواعد الآمرة التي تمس النظام العام، فلا يجوز للأطراف الإتفاق على مخالفتها.[1]

الفرع الثالث: توفير الثقة والطمأنينة وتفادي النتائج السلبية والتقلبات التشريعية

من مزايا التحكيم الرئيسية أنه يؤدي إلى الوصول إلى حل مميز ومرضي لأطرافه، بخلاف الحل الذي يصدر عن القاضي، فالحل الذي يصدر عن المحكمين يحقق الرضا لأطراف العلاقة دون أن تعكير صفو العلاقات فيما بينهم، فالمحكم يلعب دوراً هو مزيج من الدور التوفيقي وإحقاق الحق. فهو عند نظره في النزاع ينظر بروح العدالة والإنصاف بعيداً عن التطبيق الجامد لنصوص القانون، حيث أنه يغوص في أعماق النص ليستخرج منه روحه ويسقطها على النزاع المعروض عليه. كما أنه يسعى للتوفيق بين المصالح المتعارضة من أجل استمرار العلاقة بين الخصوم بعد ذلك النزاع أكثر من اهتمامه بالتطبيق الصارم للقانون، وهذا يؤدي بالضرورة إلى تحقيق وظيفة اجتماعية واقتصادية متميزة أكثر منها قانونية، وهي التعايش السلمي بين أطراف النزاع في المستقبل.[2]

والتحكيم يعد وسيلة للإبقاء على العلاقات الثنائية بين أطراف العملية التحكيمية، حيث أنه يخلق جواً من التسامح بينهم نتيجة اتفاقهم المسبق للوصول إلى حل مرضي، وأيضا لقصر أمد النظر في النزاع بخلاف القضاء الذي تطول فيه فترات النظر في النزاع، مما يؤدي في كثير من الأحيان إلى زيادة الضغينة والعداوة بين الأطراف المتنازعة.[3]

الفرع الرابع: مزايا التحكيم بالنسبة للمعاملات المصرفية الإسلامية

يمكن بإيجاز تلخيص مزايا التحكيم في المنازعات المصرفية الإسلامية في النقاط التالية:

1- أصبح الإحتكام للشريعة الإسلامية أمراً واقعاً، سواء من خلال الدراسات القانونية الأكاديمية التي ترى في الشريعة منهجا عادلا لفض النزاعات، أو من قناعة رجال الأعمال، بمرونة، وعدالة، وإنصاف قواعد الشريعة الإسلامية، وذلك لقدرة الشريعة الإسلامية، وذلك لقدرة الشريعة الإسلامية على

---

[1]- أحمد بشير الشرايري، **بطلان حكم التحكيم ومدى رقابة محكمة النقض (التمييز) عليه** – دراسة مقارنة–، دار الثقافة للنشر والتوزيع، الطبعة الأولى، عمان، الأردن ،2011، ص94.

[2] – محمد صالح علي العوادي، **التحكيم في المعاملات المصرفية**، مرجع سابق، ص66.

[3]- محمد صالح علي العوادي، **التحكيم في المعاملات المصرفية**، مرجع سابق، ص66.

تحقيق التوازن في الحقوق والواجبات، وتشبثها بمبدأ العدل، والإنصاف كأمر ثابت، وهو مبتغى كل الجهات العاملة في الحقل المالي.

2- بعد أكثر من ثلاثين سنة من ممارسة الصناعة المالية الإسلامية عموما، والعمل المصرفي الإسلامي المنظم خصوصاً، وبعد صدور مئات الفتاوى في مجالات شتى من فقه المعاملات، توافرت في الوقت نفسه طاقات متمرسة في استيعاب القضايا المصرفية المعاصرة، واقتراح الحلول الشرعية المناسبة لها.

3- برزت الحاجة في السنوات الأخيرة، إلى فض النزاعات الخاصة بالمعاملات التجارية عموماً، والمالية خصوصاً، إلى إيجاد آليات تعتمد على الشريعة الإسلامية، وذلك لتعاظم دور المؤسسات المالية الإسلامية على الساحة الدولية، وعدم مواكبة القوانين الوضعية لاستيعاب بعض خصائص العمل المصرفي الإسلامي.[1]

4- تجدر الإشارة بأنه قد صدرت في السنوات الأخيرة عن المحاكم البريطانية، وغيرها من المحاكم، بعض الأحكام تميزت بعدم الدقة في توصيفها للمعاملات المالية الإسلامية، وهذه الأحكام بالرغم من عدم دقتها، فإنها ستشكل مراجعاً وسوابقاً قد تؤثر في فقه القضاء في السنوات المقبلة، ما دعا إلى إيجاد بدائل عملية تأخذ بعين الإعتبار خصائص فقه المعاملات، وتستجيب للطلب المتزايد على الخدمات المالية الإسلامية عبر العالم.

هناك مزايا بالنسبة للمؤسسات المالية التي تحتكم لنظم ولوائح المركز الإسلامي الدولي للمصالحة والتحكيم في دبي[2] منها:[3]

- مطابقة قرارات هيئات التحكيم لأحكام الشريعة الإسلامية، وذلك بصدور أحكام مطابقة للشريعة الإسلامية من متخصصين في المعاملات المالية الإسلامية بشقيها الفني والشرعي.
- قطع الطريق على المماطلين: الأصل إن تكون المؤسسات المالية الإسلامية، أحرص من غيرها من المؤسسات المالية، على اختيار التحكيم، كصيغة لفض النزاعات، لأن الضرر عليها أكبر من المؤسسات التقليدية.

---

[1]- راجع تقرير مجموعة العمل غرفة التجارة الدولية بباريس الباب الثاني لسنة 2016.

[2] - للاطلاع على لوائح المركز راجع الموقع الإلكتروني: https://iicra.com/ar/arbitration/

[3] - عبد الحنان العيسي، **التحكيم في نزاعات المؤسسات المالية الإسلامية**، دراسة فقهية مقارنة مع قانون التحكيم السوري، مجلة التحكيم العالمية العدد 20، 2013، ص 225،226.

فالمؤسسات المالية التي يحرم عليها تقاضي غرامات التأخير تعويضا عن فرص الإستثمار التي ضاعت بسبب التأخير، تحتاج إلى صدور حكم في وقت وجيز لاسترجاع حقوقها، وهذه الوظيفة يؤديها مركز التحكيم. أما المؤسسات المالية التقليدية التي تتقاضى غرامات التأخير، فسرعة بث القضايا ليست لها أهمية بنفس الدرجة لأن في غرامات التأخير، بالنسبة للمؤسسات المالية التقليدية تعويضا ولو جزئيا.

ᘐ – مدى قدرة المحاكم على معالجة المسائل المستجدة في مجال المعاملات المالية: أثبتت بعض المحاكم التي نظرت في قضايا تخص المعاملات المالية الإسلامية عدم قدرتها على فهم طبيعة، وأبعاد المعاملات المالية الإسلامية.

ᘐ – الإلمام بالجوانب الشرعية موضوع النزاع: إن سوء فهم بعض أحكام الفقه قد يؤدي في بعض الحالات إلى الحكم بصحة المعاملة من الناحية القانونية، رغم بطلانها من الناحية الشرعية أو إلى إعادة تكييفها، لتستجيب لقوالب القانون الوضعي، بالرغم من صحتها من الناحية الشرعية.

ᘐ – تقييد المحكمين المطلق بتطبيق أحكام الشريعة، كما هو منصوص عليه في بند التحكيم، لأن المحكم يستمد نفوذه من اتفاق التحكيم، أما المحاكم لا تتقيد بهذا البند.

ᘐ عدم تأثر المحكم بالمحيط القانوني، لأنه يتقيد باتفاقية التحكيم خوفا من تعرض حكمه للبطلان. أما المحاكم فهي عادة ما تكون حريصة على عدم التناقض في إصدار أحكامها، ومن أمثلة ذلك، إذا كان القانون يأخذ بمبدأ الفائدة أخذا وعطاء، فيتوقع أن يلتزم القاضي بشرط تطبيق أحكام الشريعة المنصوص عليها في العقد، وهذا ما يفسر الإجتهاد أحياناً في استبعاد أحكام الشريعة، وذلك بالإستناد إلى إعادة التكييف حتى تنصهر في منظومة القانون الوضعي، أو الإحتجاج بالعرف، أو بالنظام العام.

ᘐ التأثير على التصنيف: وجود نزاعات عالقة أمام المحاكم لفترة طويلة، دون البت فيها يؤثر سلبا على برنامج المؤسسات المالية الإسلامية، في استقطاب موارد إضافية.

ᘐ التحكيم وجه من أوجه عدالة الصلح: في المؤسسات المالية يجب أن لا تكون الخصومة قطيعة بين المؤسستين المتنازعتين، وإنما خلاف عابر يتم طيه بعد صدور الحكم، ليستأنف الأطراف التعامل، وهذا المناخ يوفره التحكيم بسرعته وسريته وثقة أطراف النزاع في المحكمين، وفي المركز الذي يدير التحكيم.

المبحث الثالث: التحكيم في المنازعات المصرفية بين مؤيد ومعارض

على الرغم من وجود أصوات رافضة للتحكيم كوسيلة لحسم المنازعات المصرفية، ظهر اتجاه مضاد يرد على هؤلاء مؤسسا موقفه على حجج وأسانيد عديدة يأتي على رأسها أن طبيعة العمل المصرفي لا تتحمل البطء الذي يتصف به القضاء العادي ولا الإجراءات المعقدة التي لا تتماشى مع مستلزمات التجارة الدولية.

وفيما يلي سنتعرض للإنتقادات التي وجهت للتحكيم باعتباره أسلوبا بديلا للقضاء العادي في فض المنازعات المصرفية من طرف معارضيه، ثم ننتقل بعد ذلك لمناقشة هذه الإنتقادات مستعرضين رأي الموقف القائل بضرورة وحتمية التحكيم في مثل هذه المنازعات.

المطلب الأول: الإنتقادات الموجهة لنظام التحكيم في المنازعات المصرفية

إذا كان المتعاملون في مجال عقود التجارة الدولية يفضلون عادة اللجوء إلى التحكيم، فمجال المعاملات المصرفية يشكل بخصوصيته استثناءً، إذ أن المتعاملين فيه يفضلون استعمال الطرق الأخرى لاسيما القضاء العادي لفض منازعاتهم، ويرجعون في ذلك لأسباب عدة نذكر أهمها فيما يلي:

الفرع الأول: إلزامية القرارات القضائية

يرى البعض أن التحكيم سلطة بلا أنياب، وذلك لعدم فاعلية أو كفاية السلطات الممنوحة لمحكمة التحكيم، فتلك المحكمة لا تستطيع إجبار الشهود للمثول أمامها وتوقيع العقوبة عليهم في حال عدم امتثالهم للشهادة.[1] فالمحكمون يفتقدون للكثير من السلطات التي يتمتع بها القضاة، فقرار التحكيم على سبيل المثال بعد صدوره قد يصطدم بعقبة هامة، وهي: كيف يمكن تنفيذ هذا القرار؟ فعندما لا يستطيع الطرف الذي كسب الدعوى تنفيذ الحكم، فإنه يلجأ للقضاء الوطني لتنفيذ قرار التحكيم جبراً. وهنا يجد المتنازعون أنفسهم ملزمين باللجوء للقضاء الوطني إلى جانب التحكيم، للحصول على قرارات تصدر عن القضاء بصفته الملزمة لتنفيذ قرار التحكيم الصادر من هيئة التحكيم.[2]

---

[1]– حمادة عبد الرزاق حمادة، **التحكيم في عقود البوت (B.O.T)**، مرجع سابق، ص 109.

[2]– موسى خليل متري، **التحكيم في العمليات المصرفية في الدول ذات الإقتصاد المتحول**، مرجع سابق، ص 114. أنظر أيضا: أحمد مصطفى الدبوسي السيد، **التحكيم في العمليات المصرفية بين الواقع والمأمول – دراسة تحليلية مقارنة**–، مرجع سابق، ص266 ومعتصم محمود إسماعيل عيد، **التحكيم في المنازعات المصرفية، دراسة إجرائية**، مرجع سابق، ص 71.

بالإضـــافة إلى أن هناك بعض القوانين الوطنية التي لا تجيز التنفيذ، إلا إذا توافرت شـــروط محددة منصوص عليها فيها، كحالة ضرورة إقامة دعوى لتنفيذ قرار التحكيم الصادر في الخارج، وهنا يصطدم صاحب حكم التحكيم بوجود إجراءات قضائية تلافاها في البداية، ولكنها فرضت عليه في النهاية، كما قد يلجأ الطرف خاسر نزاع التحكيم للقضاء للطعن في القرار من حيـــــــث بطلانه أو فسخـــــه، استنادا للقانون الوطني، وهنا نجد أن أكثر ميزات التحكيم أهمية وهي السرعة والسرية تفقد أهميتها عند إعطاء قرار المحكمين صيغة التنفيذ أمام القضاء الوطني، الذي يطلب منه غالباً البت في صحة أو بطلان قرار المحكمين وينظر القضاء الوطني في النظام العام وعدم مخالفة القرار التحكيمي له مما يتطلب وقتاً وجهداً إضافيين. لذا لا تفضل المؤسسات المصرفية النص على شرط التحكيم في العقود التي يبرمونها وتلجأ للقضاء. [1]

الفرع الثاني: ارتفاع نفقات التحكيم

بالعودة إلى موضـــوع التكاليف، غالباً ما يعتبر التحكيم أكثر كلفة من القضـــاء العادي، حيث تتطلب الكفاءات القانونية والتقنية التي تحتاجها عملية التحكيم نفقات مالية قد تكون باهظة، حيث يدفع الخصوم أتعاب المحكمين ومصاريف تنقلهم وإقامتهم ورسوم مراكز التحكيم،[2] إضافة إلى المصاريف الإدارية للتحكيم التي يجب دفعها كنســـبة من قيمة النزاع المنظور به. وإذا كان التحكيم لا يتم وفق قواعد مؤسســة تحكيمية فإنه يجب على المتنازعين تحمل مصــاريف إدارية مختلفة كاســتئجار مكان الاجتماع والأدوات اللازمة لإجراءات التحكيم (مصاريف تنقل الشهود .... الخ). كما قد يكون التحكيم أكثر تكلفة، خاصة إذا اتفق الطرفان على التحكيم أمام مؤسسة دولية بالرغم من قلة قيمة النزاع،[3] مما يكبد المواطن مصاريف باهظة قد تدفعه في بعض الأحيان إلى التنازل عن حقوقه.

كما تزيد غالبا تكلفة التحكيم عندما يكون دوليا. ففي هذه الحالة، قد يكون كل من أعضـــاء هيئة التحكيم (الثلاثة مثلا) وأطراف النزاع والمحامين من جنسيات مختلفة، أو مقيمين في دول مختلفة، مما

---

[1]– أحمد مصطفى الدبوسي السيد، **التحكيم في العمليات المصرفية بين الواقع والمأمول – دراسة تحليلية مقارنة**–، مرجع سابق، ص266.

[2]– ختير مسعود، **بن الطيبي مبارك، إسهام مركز التحكيم التجاري لدول مجلس التعاون الخليجي في تسوية المنازعات المصرفية**، بحث منشور بمجلة المستنصرية للدراسات العربية والدولية، العدد السادس 06، ص ص: 214–239.

[3]– أحمد مصطفى الدبوسي السيد، **التحكيم في العمليات المصرفية بين الواقع والمأمول – دراسة تحليلية مقارنة**–، مرجع سابق، ص 267.

يعني زيادة مصاريف التحكيم بالنسبة لتنقلاتهم واجتماعاتهم في مكان معين. هذا بالإضافة لأتعاب المحكمين والمصاريف الإدارية الخاصة بالمركز الذي ينظم التحكيم حين يكون التحكيم مؤسسيا. وعلى الأغلب، فان هذه الأتعاب والمصاريف تتناسب طرديا مع قيمة النزاع، بحيث يزداد مقدارها كلما زادت هذه القيمة.

الفرع الثالث: عدم توافر الضمانات القضائية في التحكيم

إن اللجوء إلى التحكيم يحرم الأطراف من الكثير من الضمانات التي أحاط بها القانون نظام القضاء، فالقاضي الوطني يتمتع بقدر واسع من الحيدة والنزاهة، والعمل القضائي يخضع لتعدد الدرجات، فيستطيع الصادر ضده الحكم أن يطعن فيه أمام المحكمة الأعلى درجة، حتى يتم تدارك ما وقع فيه الحكم الأدنى من خطأ.[1]

فإذا كان حق الفرد في اللجوء إلى قاضيه الطبيعي، وحقه في الطعن على الأحكام هما من الحقوق الدستورية التي كفلها الدستور، فإن التحكيم يحرم المتنازعين من هذين الحقين، فلا يحق لمن صدر في غير صالحه حكم التحكيم أن يلجأ إلى القضاء لرفع دعوى جديدة، كما أن قرارات التحكيم ملزمة، ولا يجوز الطعن فيها إلا بدعوى البطلان ولأسباب محددة على سبيل الحصر.[2]

الفرع الرابع: اعتماد المصارف على الحصول على ضمانات من العملاء وتفادي النزاعات

يرى أنصار الفريق المعادي لفكرة إخضاع المنازعات المصرفية للتحكيم أن المصارف لا تضع نفسها في موضع المتقاضي سواء أمام القضاء أو التحكيم، بل يفضل المصرف أن يحتفظ لديه بالوسائل التي تمكنه من استرداد أمواله بصورة مباشرة، فالمصارف ترى أن اللجوء إلى التقاضي يعد تعطيلا لأموالها من الإستغلال الأمثل لذلك، فهي تكون شديدة الحرص على تجنب هذه الوسائل لتسوية منازعاتها.[3]

فالمصارف تميل في العادة إلى أن تعتمد في تمويل عملائها على الحصول منهم على ضمانات عينية كالرهون بأنواعها المختلف (عقارية، حيازية، تجارية) و كذا الكفالات بأنواعها (الشخصية و

[1] – حمادة عبد الرزاق حمادة، **التحكيم في عقود البوت (B.O.T)**، مرجع سابق، ص 108.

[2] – حمادة عبد الرزاق حمادة، **التحكيم في عقود البوت (B.O.T)**، مرجع سابق، ص 108.

[3] - محي الدين علم الدين إسماعيل، **حسم المنازعات المصرفية التقاضي بـ التحكيم**، بحث مقدم إلى " مؤتمر إدارة مخاطر المصارف و إعادة هيكلتها ووسائل حسم منازعاتها " الذي نظمه مركز القاهرة الإقليمي للتحكيم التجاري الدولي، 6 و7 ديسمبر 2016، ص 7.

العينيـــة)، وهذه العقود يتم إبرامها بعقود رسمية لا تحتاج إلى حكم لتنفيذها،[1] فهي تتمتع بقوة السندات التنفيذية وقابلة للتنفيذ على حالها دون الحاجة للجوء لأي إجراء إضافي لمنحه الصيغة التنفيذية.

الفرع الخامس: اقتصار التحكيم على الأطراف المتفقة عليه

يفتقد المحكمون أيضـــاً ســـلطة ضـــم الملفات التحكيمية أو إدخال شـــخص آخر في الدعوى التحكيمية، لأن التحكيم يقتصـــر على الأطراف المتفقة عليه وهذه النقطة لها أهمية كبيرة في العقود المصـــرفية، التي لها أطراف متعددة ولا يكون التحكيم صـــحيحاً إلا بمواجهة الجميع، الكفيل والمكفول، أو المســتفيد من الاعتماد وفاتح الاعتماد والمصــرف المراســل. وحتى لو اتفق الجميع على التحكيم إلا أن وجود إجراءات تحكيم متعددة للبت بنزاع واحد توجد جذوره في عقود مختلفة يؤدي إلى إصـــــدار قرارات متعارضة في مضمونها. وبالتالي لابد من إيجاد نظام يسمح بالتحكيم المتعدد الأطراف وبالجمع بين القضايا التحكيمية المتعددة لوحدة الموضوع.[2]

الفرع السادس: الحل الرضائي والتوفيقي

تخشى المصارف أن يؤدي التحكيم إلى تطبيق مبادئ العدالة دون تطبيق أحكام القانون الواجب التطبيق أو اتفاق المتعاملين. و يرى أنصـــــار هذا الرأي أن هيئات التحكيم تميل إلى التوفيق بين المصالح المتعارضة، وهو ما قد يؤدي إلى ضياع حقوق المصارف و المؤسسات المالية الدائنة.[3] أي أن هنالك مآخذ على المحكمين بأنهم قد يتوصلون في بعض الأحيان إلى تقسيم الخسائر أو المكاسب بين المتنازعين بصورة رضائية دون الرجوع إلى القانون الواجب التطبيق وحقوق الأطراف وفقه.[4]

الفرع السابع: قلة الكفاءة والخبرة المتخصصة في المحكمين

رغم أن التحكيم في الغالب يساعد على اختيار محكمين من ذوي الخبرة، إلاّ أنه قد يؤدي أيضا لتولي أشخاص تنقصهم الكفاءة أو الخبرة التخصصية في القضية نتيجة لاختيار الأطراف محكميهم لاعتبارات مرتبطة بالعلاقات الشخصية، خوفا من عدم الحياد، في حين يتولى أمر قضاء الدولة قضاة

[1] - معتصم محمود إسماعيل عيد، **التحكيم في المنازعات المصرفية، دراسة إجرائية**، مرجع سابق، ص 73.

[2] – موسى خليل متري، **التحكيم في العمليات المصرفية في الدول ذات الإقتصاد المتحول**، مرجع سابق، ص 114، 115.

[3] – معتصم محمود إسماعيل عيد، **التحكيم في المنازعات المصرفية، دراسة إجرائية**، مرجع سابق، ص 72.

[4] – موسى خليل متري، **التحكيم في العمليات المصرفية في الدول ذات الإقتصاد المتحول**، مرجع سابق، ص 115، 116.

محترفون، ولهذا قد نجد كثيرا من الطعون على حكم التحكيم، ترجع لعدم اختيار محكمين من ذوي الخبرة أو الدراية القانونية.[1] أو الفنية أو التقنية أحيانا، بحسب طبيعة النزاع.

المطلب الثاني: مناقشة الإنتقادات الموجهة لنظام التحكيم المصرفي

رد مؤيدو اللجوء إلى التحكيم في العمليات المصـــرفية على الانتقادات الموجهة له من طرف معارضيه، موضحين أن الحجج التي قدمها هؤلاء ليست كافية لحرمان الجهاز المصرفي من الاستفادة من المزايا التي يحققها التحكيم في فض منازعات هذا القطاع، خصوصا وأن التحكيم حاليا معتمد من طرف العديد من القطاعات ذات الطابع الفني، كعقود الإنشاءات، وعقود نقل التكنولوجيا، وقد كان الرد على هذه الإنتقادات على النحو التالي:

الفرع الأول: الرد على الخشية من البعد عن تطبيق أحكام القانون وتطبيق مبادئ العدالة بدلا منه

كان الرد بالقول أن هيئات التحكيم عند نظرها لموضـوع النزاع تفصـل فيه طبقا للقانون الواجب التطبيق باتفاق الأطراف و ليس على أساس قواعد العدالة والإنصـاف، أما إذا لم يحدد الأطراف قانوناً واجب التطبيق على موضوع النزاع، فإن هيئة التحكيم لن يكون أمامها مناص من أن تفصل في النزاع طبقا لقواعد العدالة والإنصـاف أو على أساس العادات والأعراف المصرفية السائدة، إلاّ أن ذلك رهين على حصـول هيئة التحكيم على موافقة الأطراف، ومن ثم ؛ فإن هيئة التحكيم لن تقضـي في النزاع إلا بناء على قانون يتسم برضا الأطراف.[2]

الفرع الثاني: الرد على الإعتقاد بأن القضـــاء أقدر من التحكيم على تســـوية المنازعات المصرفية

بالنســـبة للإنتقادات التي ذهبت إلى أن المحاكم أقدر من التحكيم على تســـوية المنازعات المصـــرفية على أســـاس أن أحكام التحكيم غير قابلة للمراجعة، فالرد عليها يتمثل في القول بأن الأمر يتوقف على حسن اختيار المحكمين المكلفين بالفصل في المنازعة، باختيار عناصر مؤهلة للفصل في

[1] - معتصم محمود إسماعيل عيد، **التحكيم في المنازعات المصرفية، دراسة إجرائية**، مرجع سابق، ص 74.

[2] – أحمد مصطفى الدبوسي السيد، **التحكيم في العمليات المصرفية بين الواقع والمأمول – دراسة تحليلية مقارنة**–، مرجع سابق، ص .275

مثل هذه الأنواع من النزاعات، لما لهم من علم وتجربة في مثل هذه المجالات، فضلا عن أن المنازعات المصرفية تحتاج بطبيعتها إلى خصوصية معينة ونوع من السرية، يوفرها نظام التحكيم[1].

وقد أثبت الواقع العملي أن رجال القضاء لا يتوافر لديهم الخبرة بالعمليات المصرفية ودقائقها، وأنهم في الغالب الأعم ما يلجؤون إلى إحالة المنازعات المصرفية إلى خبير متخصص في هذا الشأن، وهو الأمر الذي يكون من شأنه إطالة أمد النزاع، وهذا بخلاف التحكيم الذي يكون لأطرافه الحرية في اختيار محكمهم الذي عادة ما يكون من أصحاب الخبرة الفنية في موضوع النزاع، فالقضاة مهما تكن خبرتهم بالمسائل المالية المصرفية لا يقارنون في هذا الخصوص بالمصرفيين ذوي التخصص في مجال عملهم.[2]

الفرع الثالث: الرد عن القول بعدم قدرة هيئات التحكيم على إصدار إجراءات تحفظية

بالنسبة للقول بعدم قدرة هيئات التحكيم على إصدار إجراءات تحفظية، فيمكن القول أن هذا الأمر أيضا يتوقف على إرادة الأطراف[3]، وهذا ما يمكن استقراؤه من نص المادة 17 من القانون النموذجي للتحكيم التجاري الدولي:(يجوز لهيئة التحكيم أن تأمر أياً من الطرفين بناء على طلب أحدهما باتخاذ أي تدبير وقائي أو مؤقت تراه ضرورياً بالنسبة إلى موضوع النزاع ما لم يتفق الطرفان على خلاف ذلك، ولهيئة التحكيم أن تطلب من أي من الطرفين تقديم ضمان مناسب فيما يتصل بهذا التدبير)، كما نصت المادة 26 من قواعد التحكيم للجنة الأمم المتحدة للقانون التجاري الأونيسترال على (1- لهيئة التحكيم أن تتخذ بناء على طلب أحد الطرفين، ما تراه ضرورياً من تدابير مؤقتة بشأن

---

[1]- محمود سمير الشرقاوي، التحكيم **في المنازعات المصرفية، ورقة عمل مقدمة لمؤتمر الأعمال المصرفية الإلكترونية بين الشريعة والقانون**، المنظم من طرف غرفة تجارة وصناعة دبي بتاريخ: 9 و11 ربيع الأول 1428 الموافق لـ 10 و12 ماي 2003، بحوث المؤتمر، المجلد الخامس، ص2328. منشور بالموقع الإلكتروني: ومتاح بتاريخ: 14جوان 2015 http://iefpedia.com/arab/wp-content/uploads/2009/0

[2]- معتصم محمود إسماعيل عيد، **التحكيم في المنازعات المصرفية، دراسة إجرائية**، مرجع سابق، ص 76.

[3]- أحمد مصطفى الدبوسي السيد، **التحكيم في العمليات المصرفية بين الواقع و المأمول – دراسة تحليلية مقارنة**- ،مرجع سابق، ص 276 .

الموضوع محل النزاع، بما في ذلك إجراءات المحافظة على البضائع المتنازع عليها، كالأمر بإيداعها لدى الغير أو بيع السلع القابلة للتلف).

بالإضافة إلى أن العديد من القوانين التي تعطي لأطراف عملية التحكيم الحق في الاتفاق على تخويل هيئة التحكيم سلطة إصدار مثل هذه الإجراءات التحفظية، ومن ذلك قانون التحكيم المصري رقم 27 لسنة 1994 والذي ينص في المادة 24 منه، على أنه: (يجوز لطرفي التحكيم الاتفاق على أن يكون لهيئة التحكيم، بناء على طلب أحدهما، أن تأمر أيا منهما باتخاذ ما تراه من تدابير مؤقتة أو تحفظية تقتضيها طبيعة النزاع، وأن تطلب تقديم ضمان كاف لتغطية نفقات التدبير الذي تأمر به)، بالإضافة إلى المادة 1046 من قانون الإجراءات المدنية والإدارية الجزائري والتي تنص على مايلي: (يمكن لمحكمة التحكيم أن تأمر بتدابير مؤقتة أو تحفظية بناء على طلب أحد الأطراف، ما لم ينص اتفاق التحكيم على خلاف ذلك).

إذا لم يقم الطرف المعني بتنفيذ هذا التدبير إراديا، جاز لمحكمة التحكيم أن تطلب تدخل القاضي المختص، ويطبق في هذا الشأن قانون بلد القاضي.

يمكن لمحكمة التحكيم أو للقاضي أن يخضع التدابير المؤقتة أو التحفظية لتقديم الضمانات الملائمة من قبل الطرف الذي طلب هذا التدبير).

ومن خلال استعراض النصوص القانونية السابقة، نخلص إلى القول بأن اختصاص سلطة التحكيم باتخاذ القرار المستعجل اختصاص أصيل. بمعنى أن لهيئة التحيكم أن تصدر أمراً مستعجلاً حتى ولو لم يكن هناك اتفاق بين الأطراف على تخويل هيئة التحكيم صلاحية اتخاذ مثل هذا الإجراء.

وفي هذا الشأن صدر حكم نهائي دون إحالة في الطعن رقم 1455829 الصادر عن المحكمة العليا بتاريخ: 2020/11/12، حيث جاء تأسيس المحكمة العليا لقرارها كالآتي: " **عن الوجه التلقائي المثار من طرف المحكمة العليا: والمأخوذ من مخالفة القانون**، حيث من الثابت من القرار المطعون فيه أن القضاة لتأسيس قضائهم بإلغاء الأمر المستأنف القاضي برفع الحجز التحفظي الصادر عن رئيس المحكمة بتاريخ 23/05/2019 رقم 4075-19 الواقع على حساب المدعية شركة " كابي-أم-جي "الجزائر والمفتوح لدى بنك "ب-أن -بي -باريبا" وكالة حيدرة رقم 00700 في حدود مبلغ الدين والقضاء من جديد بعدم الاختصاص النوعي لقاضي الاستعجال بدعوى أن المدعى عليها في الطعن

لم يقدم ما يثبت توافر إحدى الحالات المذكورة على سـبيل الحصـر بنص المادة 663 قانون إجراءات مدنية وإدارية مما يجعل قاضي الاستعجال غير مختص.[1]

رد المحكمة العليا على الوجه المرتبط بالمبدأ:

حيث أنه من جهة أولى فإنه بالرجوع إلى نص المادة 663 قانون إجراءات مدنية وإدارية فإنها حددت الحالات التي يتم رفع الحجز التحفظي متى توافرت بدعوى استعجالية ولم تحدد اختصاص قاضي الاستعجال الذي يظل قائما متى توافرت يقضي برفع الحجز وإذا لم تتوافر فإنه يقضي برفض الدعوى وعليه فإن قضاة المجلس بما ذهبوا إليه يكونون قد خالفوا القانون.

حيث من جهة ثانية وطبقا للمادة 1045 قانون إجراءات مدنية وإدارية يكون القاضي غير مختص للفصل في موضوع النزاع إذا كانت الخصومة التحكيمية قائمة، أو إذا تبين له وجود اتفاقية تحكيم، على أن تثار من أحد الأطراف.

كما أنه من المقرر قانونا بنص المادة 1046 من نفس القانون، يمكن لمحكمة التحكيم أن تأمر بتدابير مؤقتة أو تحفظية بناء على طلب أحد الأطراف ما لم ينص اتفاق التحكيم على خلاف ذلك.

حيث وطالما أن القضاة قد عاينوا بأن الطرفين اتفقا على أن حل النزاعات المنبثقة على العقد الرابط بينهما تكون من اختصاص مركز التحكيم للغرفة الجزائرية التجارية والصناعية، وأن النزاع الخاص بفسخ العقد واسترداد المبالغ المدفوعة لا زال قائما ولم يتم الفصل فيه أمام محكمة التحكيم المشكلة قانونيا فإن هاته الأخيرة تظل الجهة المختصة للفصل في جميع النزاعات المثارة بين الطرفين وكذا في الإجراءات والتدابير المؤقتة أو التحفظية، وعليه فإن القضاة بما ذهبوا إليه يكونون فعلا قد خالفوا القانون وعرضوا بذلك قرارهم هذا للنقض والإبطال.

[1] - الطعن رقم 1455829 الصادر عن المحكمة العليا بتاريخ: 2020/11/12، متحصل عليه بتاريخ: 2021/09/11 من الموقع الرسمي للمحكمة العليا بالجزائر: https://www.coursupreme.dz/-1455829-12-11-2020/

حيث أنه لم يعد ما يتطلب الفصل فيه لذا فإن النقض يكون دون إحالة طبقا لنص المادة 365 قانون إجراءات مدنية وإدارية. " [1].

هذا وقد قضـــت إحدى المحاكم الأمريكية في حكم لها، بأن اتفاق الأطراف على تطبيق قواعد تحكيم معينة، تجيز لهيئة التحكيم اتخاذ تدابير وقائية مؤقتة، يحول دون اتخاذ المحاكم الوطنية لمثل هذه التدابير، لذا يجوز ـــــ على سبيل المثال ـــــ الاتفاق على تخويل هيئة التحكيم المصرفية سلطة إصدار الأمر في طلب الحجز على خطاب الضمان.[2] أو على قيمة الإعتماد المستندي.

ومتى ورد في اتفاق التحكيم المصـرفي بند ينص على أن هيئة التحكيم يجوز لها إصـدار أوامر بإجراءات تحفظية، ففي هذه الحالة سـيكون من حق المؤسـسـة المصـرفية أو العميل، متى تخوف من وجود مخاطر قد تؤدي إلى عدم استيفائه حقوقه من العميل اللجوء إلى هيئة التحكيم طالبا الحجز على ما لديه تحت يد الغير، أو ما لدى المؤسسة المصرفية أو العميل.[3]

الفرع الرابع: الرد عن القول بأن المؤسـسـات المصـرفية تمتلك بعض الوسـائل التي تكفل لها الحصول على أموالها بطريقة مباشرة

فيما يتعلق بميل البنوك إلى الضـــمانات العينية، لاســتيفاء حقوقها من المدينين نقول أن الواقع العملي أثبت أن إجراءات التنفيذ على أموال المدين المقدمة كضـمان للدين بموجب عقد رسـمي تسـبقها منازعات كثيرة، تتخللها أحكام تمهيدية تقضي بتعيين خبراء مختصين للتدقيق فـــــي تفاصيـــــل الحســـــابات، ثم طعون وأحيانا إشكالات في التنفيذ، وغيرها من القضايا التي تستغرق وقتا كبيرا يؤدي إلى حدوث ضــرر كبير للبنوك أو للعملاء. وبالمقابل نجد أن التحكيم يغني عن انتظار هذه الســنوات

[1] – الطعن رقم 1455829 الصادر عن المحكمة العليا بتاريخ: 2020/11/12، متحصل عليه بتاريخ: 2022/09/11 من الموقع الرسمي للمحكمة العليا بالجزائر: https://www.coursupreme.dz/-1455829-12-11-2020/

[2] – أحمد مصطفى الدبوسي السيد، **التحكيم في العمليات المصرفية بين الواقع والمأمول – دراسة تحليلية مقارنة**–، مرجع سابق، ص 277.

[3] – أحمد مصطفى الدبوسي السيد، **التحكيم في العمليات المصرفية بين الواقع والمأمول – دراسة تحليلية مقارنة**–، مرجع سابق، ص 277.

لأنه ينتهي عادة في بضعة أشهـــــر[1] فالإعتماد على الضمانات العينية خاصة العقارية، من شأنه أن يعرقل اقتضـــاء البنك لحقوقه لدى العملاء لأن مراحل التنفيذ العقاري طويلة و شـــاقة و تكثر فيها المنازعات الكيدية و التسويفية، مما يعتبر طريقا غير مناسب لاسترداد أموال البنك.[2]

الفرع الخامس: الرد عن القول بأن القضــاة في المحاكم العادية أقدر من هيئات التحكيم على فهم طبيعة المنازعات المصرفية

أما الرد المتعلق بالقول بأن القضاة في المحاكم العادية أقدر من هيئات التحكيم على فهم طبيعة المنازعات المصـــرفية فمردود عليه بأن الواقع العملي أثبت أن رجال القضـــاء لا يتوافر لديهم الخبرة بالعمليات المصــرفية ودقائقها، وأنهم في الغالب الأعم ما يلجئون إلى إحالة المنازعات المصــرفية إلى خبير متخصـــص في هذا الشـــأن، وهو الأمر الذي يكون من شـــأنه إطالة أمد النزاع، وهذا بخلاف التحكيم الذي يكون لأطرافه الحرية في اختيار محكمهم الذي عادة ما يكون من أصـــحاب الخبرة الفنية في موضـــوع النزاع، فالقضـــاة مهما تكن خبرتهم بالمســـائل المالية والمصـــرفية لا يقارنون في هذا الخصوص بالمصرفيين ذوي التخصص في مجال عملهم.[3]

الفرع السادس: الرد عن القول بأن أحكام التحكيم غير قابلة للطعن فيها أ أمام جهة أعلى

أما عن الاعتراض بأن أحكام التحكيم غير قابلة للطعن فيها أو المراجعة أمام جهة أعلى مما يتيح للمصرف تجاوز ما قد يقع من أخطاء في الحكم الذي يصدر ـ فإن ذلك مردود عليه ـ طبقا للآراء المؤيدة للتحكيم المصــرفي بأن طبيعة المعاملات المصــرفية تقتضــي الســرعة في الفصــل في هذه المنازعات لأنها في غالب الأحيان تدور حول مسـائل مالية، فلا شـك أن التأخير في حسـم موضـوع النزاع سيؤدي إلى خسائر لطرفي النزاع بغض النظر عن الطرف الذي سيصدر لصالحه الحكم، فعامل الوقت يعد مسألة حاسمة في المنازعات المصرفية، هذا بالإضافة إلى أن هيئة التحكيم يتم اختيارها من قبل أطراف العملية التحكيمية، إذ من المفترض أن كل طرف ســـيختار المحكم الكفء الذي يتمتع بالخبرة والكفاءة والنزاهة في موضوع النزاع .[4]

---

[1]– أحمد مصطفى الدبوسي السيد، **التحكيم في العمليات المصرفية بين الواقع والمأمول – دراسة تحليلية مقارنة**–، مرجع سابق، ص 277.

[2] - محمد صالح علي العوادي، **التحكيم في المعاملات المصرفية**، مرجع سابق، ص 58.

[3]– معتصم محمود إسماعيل عيد، **التحكيم في المنازعات المصرفية، دراسة إجرائية**، مرجع سابق، ص 76.

[4]– معتصم محمود إسماعيل عيد، التحكيم **في المنازعات المصرفية، دراسة إجرائية**، مرجع سابق، ص 76.

الفرع السابع: الرد عن القول بارتفاع تكلفة اللجوء للتحكيم مقارنة بالقضاء

أما بشأن ارتفاع تكلفة اللجوء للتحكيم مقارنة بالقضاء، فلا شك أنه لا توجد مقارنة بين تكاليف الدعوى التحكيمية مقارنة بتكلفة الدعوى القضائية، إلا أن هناك عاملا آخر يبدو مؤثرا في الأمر وهو السرعة في حسم النزاع مقارنة بالقضاء العادي، ذلك أن ارتفاع التكلفة يقابله السرعة في حسم النزاع، مما سيوفر على طرفي النزاع أموالا طائلة كانت ستكون مجمدة لسنوات طويلة إذا تم النظر في النزاع أمام المحاكم.[1] فاحتمال استمرار نظر الدعوى أمام القضاء إلى عدة سنوات في بعض الدول، قد يؤدي إلى ضياع مزية قلة النفقات ، إذا ما قورن بالتحكيم الذي يتعين إنهاؤه خلال فترة محددة يوجبها القانون، أو يتفق عليها الأطراف، [2] بالإضافة إلى أن مجموع المصروفات المدفوعة خلال كافة المراحل القضائية (أتعاب المحامين، والمحاسبين والخبراء وجهات التبليغ ....)، تمثل مبالغ كبيرة لا يمكن الإستهانة بها على الإطلاق.

الفرع الثامن: الرد عن خوف المتنازعين من الإخلال بمبدأ المساواة بين الخصوم

أما فيما يتعلق بخوف المتنازعين من الإخلال بمبدأ المساواة بين الخصوم في حالة اللجوء إلى التحكيم، كحالة وجود إحدى مؤسسات الدولة طرفا في المنازعة ، فيمكن القول بأن تحقيق المساواة التامة بين الخصوم يستلزم أن يتوافر في المحكم بعض الصفات، مثل الشجاعة والحياد والإستقلال، بالإضافة إلى الحصانة اللازمة لممارسة العمل، وهو مالا يتوافر لكثير من المحكمين، خاصة في التحكيم الداخلي، وقد قضت محكمة استئناف القاهرة في حكم لها، بأن ضمانتي الحيدة والإستقلال اللتين لاغنى عنهما لمباشرة السلطة القضائية أيا كان مصدرها يتعين توافرهما في المحكم أسوة بالقاضي. لذا يمكن مواجهة هذا العائق عن طريق توفير الحماية والحصانة للمحكم، كالتي يتمتع بها القاضي،[3] وذلك بالنص صراحة في التشريعات الوطنية على كفالة هذه الحصانة، إذ أن الأمر لا يختلف بين القاضي والمحكم، فكلاهما يسعى للوصول إلى العدالة، لكن لكل طريقته وإجراءاته.

الفرع التاسع: الرد عن القول بصعوبة نظر المنازعات متعددة الأطراف

[1]– محمد صالح العوادي، مرجع سابق، ص 178.

[2]– ابراهيم أحمد إبراهيم، **التحكيم الدولي الخاص**، دار النهضة العربية، الطبعة الثانية، القاهرة، 1997، ص 5.

[3]–أحمد مصطفى الدبوسي السيد، **التحكيم في العمليات المصرفية بين الواقع و المأمول – دراسة تحليلية مقارنة**– ،مرجع سابق، ص282.

أما بالنسبة للقول بصعوبة نظر المنازعات متعددة الأطراف، وأن اللجوء إلى التحكيم فيها لا يكون صحيحا إلا بمواجهة جميع الأطراف، فنرى أن هذا الأمر لا يمثل صعوبة في المنازعات المصرفية الناشئة عن العمليات المصرفية، نتيجة لاستقلال كل جزء من أجزاء العملية الواحدة متعددة العقود والأطراف عن باقي الأجزاء، فالتزام المؤسسة المصرفية يستقل عن باقي الإلتزامات المتعلقة بذات العملية، بحيث إذا شاب الخلل أحد أجزاء العملية، فلا يؤثر على التزام المؤسسة المصرفية بتنفيذ باقي أجزاء العملية.[1] لهذا نجد أن جانبا من الفقه ذهب إلى ضرورة عرض كافة المنازعات متعددة الأطراف على هيئة تحكيم واحدة، وأن يصدر بشأنها حكماً واحدا، لما يحققه ذلك من توفير الوقت والنفقات، بالإضافة إلى تجنب صدور أحكام متعارضة. [2]

الفرع العاشر: الرد عن القول بضعف الثقافة والتكوين القانوني للمحكمين

أما بشأن الرد على الانتقاد المتمثل في ضعف الثقافة والتكوين القانوني للمحكمين، فإننا بالرجوع إلى الواقع نجد أن معظم المحكمين ولا سيما العرب هم في الأصل إما قضاة أو محامين أو أساتذة جامعيين ... وهؤلاء جميعا، لا تنقصهم الثقافة القانونية، ناهيك عن أن هيئة التحكيم يجب أن تكون منوعة، أي ينبغي أن يكون هناك تكاملا بين أعضائها لخدمة النزاع، خصوصا إذا ما تعلق النزاع بأمور لها طابع فني أو تقني خاص، ففي مجال المنازعات المصرفية، لا بد من أن تكون هيئة التحكيم مكونة على الأقل من ثلاثة محكمين، يكون أحدها مختص في القانون و الثاني له خبرة في مجال المعاملات المصرفية، كأن يكون مدير سابق أو مكلف بالمنازعات ببنك، والثالث قد يكون محاسبا أو خبير في المالية أو ماشابه ذلك.

هذا طبعا، مع ضرورة سعي المحكمين دائما إلى توسيع دائرة مداركهم ومهاراتهم ومواصلة التكوين المستمر، ومواكبة التشريعات الدولية والوطنية، من أجل جعل وظيفة التحكيم ترقى لأن تكون أفضل وسيلة لفض النزاعات.

خلاصة الباب الأول:

[1]– عادل إبراهيم، **مدى استقلال التزام البنك في خطاب الضمان والإعتمادات المستندية**، دار النهضة العربية، القاهرة، 1993. ص167.

[2]– أحمد مصطفى الدبوسي السيد، **التحكيم في العمليات المصرفية بين الواقع و المأمول – دراسة تحليلية مقارنة**– ،مرجع سابق، ص 280.

تطرقنا في هذا الباب إلى التعريف بالتحكيم المصـــرفي وأنواعه وقمنا بالتمييز بينه وبين الأنظمة المشابهة لـــــــه، ثم انتقلنا لدراسة مبررات تطبيقه على المنازعات المصرفية بأنواعها، وقد مهدنا لذلك بالتعريف بالمعاملات المصـرفية وبيان خصـائصـها وقواعد العمل المصـرفي، ثم اسـتطردنا ذلك ببيان مزايا التحكيم في المنـازعات المصـــرفية بتعددها، وأخيرا تطرقنـا للإنتقادات التي جعلت من بعض القطاعات تعزف عن اللجوء إليه ومن بينها القطاع المصـرفي، وأنهينا هذا الجزء من الدراسـة بمناقشـة هذه الإنتقادات ودحض معظمها.

وكانت خلاصـتنا من هذا الجزء من الدراسـة أن التحكيم أضـحى آلية أسـاسـية من آليات تسـوية المنازعات المصرفية بالنظر إلى انسجام مزاياه العديدة مع الأسس التي تقوم عليها العمليات المصرفية بصـفة عامة، وخصـوصـية قواعده والقوانين المنظمة له. بل وأصـبح مطلبا ملحا لا غنى عنه في مثل هذا النوع من المنازعات.

ولعل أهم المزايا التي يوفرها نظام التحكيم هي ســـرعة البت في المنـازعات ومرونـة إجراءاتـه مقارنة بالقضاء العادي.

وعموما، لا يتم اللجوء إلى التحكيم في العمليات المصـرفية إلا بعد رضـا الأطراف واتفاقهم على ســلوك هذا الطريق في فض نزاعهم بدلا من اللجوء إلى القضـــاء، ويتطلب ذلك الاتفاق مجموعة من الشـــروط والإجراءات، كما يترتب عليه مجموعة من الآثار على حســـب العملية المصـــرفية محل النـــزاع، وهو ما سنتطرق له في الباب الثاني.

الباب الثاني:

إتفاق التحكيم وآثاره

على بعض صور المعاملات

المصرفية

تمهيد وتقسيم:

نحن نعلم بأن اتفاق التحكيم في المعاملات المصرفية، ما هو إلا تراضٍ بين أطرافه على اللجوء إلى التحكيم، وذلك بغرض حل المنازعات التي نشأت أو قد تنشأ بينهم، فاتفاق التحكيم في المعاملات المصرفية شأنه أي اتفاق تحكيمي آخر، هو تلاقي إرادتين أو أكثر بغرض إحداث أثر قانوني معين.

فتضمين أي عقد مصرفي أو معاملة مصرفية شرط التحكيم يرتب آثارا قانونية، يتمثل أولها في إقصاء المحكمة المختصة أصلا بالنظر في النزاع والفصل فيه، وهذا ما يعرف بالأثر السلبي لاتفاق التحكيم، أما الأثر الثاني فيتمثل في انعقاد الإختصاص لهيئة التحكيم، للفصل في النزاع، وهو ما يعرف بالأثر الإيجابي لاتفاق التحكيم.

وإذا كان التحكيم في منازعات البنوك عموماً لا يتمتع بخصوصية معينة تفرقه عن التحكيم في أية منازعة أخرى، إلاَّ أن الأمر يختلف إذا تعلق التحكيم بنزاع يخص بعض الخدمات والضمانات التي تمنحها البنوك لعملائها، إذ يوجد تأثير متبادل بينها وبين التحكيم.

وسيدور الحديث في هذا الباب عن شرط التحكيم في العقود المصرفية ذات العلاقة ثلاثية الأطراف، وهي الكفالة المصرفية، خطاب الضمان والإعتماد المستندي، ويطلق على هذه العقود تلك التسمية نظراً لأنها ذات أطراف ثلاثة، هم المصرف، العميل الآمر والمستفيد. كما يطلق أيضا على هذه العقود تسمية " الضمانات المصرفية المستقلة "ويرجع ذلك إلى طبيعة التزام المصرف القائم بتنفيذ تلك العملية، حيث يعد التزامه مستقلا عن باقي أجزاء العملية بحيث لو شاب بعضها خللا فإن ذلك لا يؤثر على التزام المصرف.

وتظهر خصوصية التحكيم في تلك المنازعات الناشئة عن العمليات المصرفية – والتي تميزه عن التحكيم في أية منازعة أخرى – في العمليات المصرفية ذات العلاقة ثلاثية الأطراف، حيث تتكون كل عملية من هذه العمليات والتي يمكن أن تعتبر محلا للنزاع المصرفي، من مجموعة عقدية، قد ترتبط ببعضها البعض، وقد يستقل كل عقد منها بذاته، فهذه العمليات هي عمليات لها طابعها الخاص من حيث أطراف العلاقة و تعددهم من جهة، ومن حيث استقلالهم من جهة أخرى، ومن ثم تثور مشكلة مدى إمكانية مد شرط التحكيم لغير أطراف العملية التي يتفق أطرافها على اللجوء إلى التحكيم لتسوية المنازعات الناشئة عنها.

فالمشكلة التي يثيرها أي تجمع عقدي هي التأثير المتبادل لكل عقد من العقود الداخلة في هذا التجمع على العقود الأخرى، بالإضافة إلى تعدد وتشابك العقود وكثرة أطراف العملية الواحدة، وإمكانية إدراج اتفاق التحكيم في كل عقد من هذه العقود، قد يصل بنا إلى درجة لا يمكن فيها تحديد من هم أطراف اتفاق التحكيم الذين لهم الحق في التمسك بهذا الاتفاق. ولا شك أن ارتباط أو استقلال العمليات المصرفية سيكون له انعكاس واضح على دور نظام التحكيم في تسوية المنازعات الناشئة عن هذه العمليات.

وعليه، و لكون المجال لا يتسع للحديث عن التحكيم في جميع المعاملات المصرفية، لتعددها و تشعبها، سنكتفي في هذا الباب بالحديث عن التحكيم في بعض و أهم صور المعاملات المصرفية التي تعرف انتشارا واسعا في مجال التجارة بصفة عامة و الدولية بصفة خاصة، متعرضين في ذلك إلى أثر اتفاق التحكيم عليها، والتي يمكن من خلالها توضيح ذاتية هذه العمليات.

وقد ارتأينا تقسيم هذا الباب إلى أربعة فصول كالآتي:

الفصل الأول: التعريف باتفاق التحكيم

الفصل الثاني: أثر اتفاق التحكيم على الكفالة المصرفية

الفصل الثالث: أثر إتفاق التحكيم على خطاب الضمان

الفصل الرابع: أثر إتفاق التحكيم على الإعتماد المستندي

الفصل الأول:

تعريف اتفاق التحكيم

الفصل الأول: تعريف اتفاق التحكيم

إن اختصاص جهة التحكيم بالنظر في النزاع وإن كان يرتكز أساسا إلى حكم القانون الذي أجاز استثناءا سلب اختصاص جهة القضاء ليوكله إلى هيئة التحكيم، إلا أنه ينبني مباشرة في كل حالة على حدى على اتفاق الطرفين، وهو ما يستلزم معه ضرورة وجود اتفاق للتحكيم.

فاتفاق التحكيم المصرفي هو أول خطوة لولوج العملية التحكيمية، وهو اتفاق أطرافه على اختيار التحكيم كوسيلة لفض المنازعات القائمة أو التي ستنشأ بينهم في المستقبل حول تعاملاتهم المصرفية.

وتتعدد آليات انعقاد اتفاق التحكيم المصرفي، حسب الاتفاق الذي تم بين الأطراف، فإن كان الاتفاق قد تم قبل حدوث النزاع فنحن أمام شرط تحكيم مصرفي، وإن كان الاتفاق قد تم بعد حدوث النزاع، فنحن أمام مشارطة تحكيم مصرفية، وإن اتفق الأطراف على إحالة تسوية المنازعات بينهم إلى لائحة أو اتفاق آخر متضمن التحكيم كوسيلة لفض النزاع فنحن أمام تحكيم بالإحالة.

ولكي يقوم اتفاق التحكيم المصرفي صحيحا وسليما، لا بد من أن يتوافر فيه الشروط الموضوعية والشكلية الواجب توافرها في أي عقد كالرضا والأهلية والسبب والمحل والكتابة.

ولبيان كل هذه المسائل قمنا بتقسيم هذا الفصل إلى ثلاثة مباحث كالآتي:

المبحث الأول: مفهوم اتفاق التحكيم وطبيعته القانونية

المبحث الثاني: صور اتفاق التحكيم ومبدأ استقلاليته

المبحث الثالث: شروط صحة اتفاق التحكيم

المبحث الأول: مفهوم اتفاق التحكيم وطبيعته القانونية

من المسلم به ومن القواعد الراسخة في مجال التحكيم أنه يبتدئ بوجود اتفاق، وتتخلله ثلة من الإجراءات وفي الأخير يتوج بإصدار حكم تحكيمي. غير أن أهم عنصر في هذه العناصر الثلاث يبقى اتفاق التحكيم، لأن هذا الأخير هو الذي يؤسس عليه نظام التحكيم والخطوة الأولى لإعمال قواعد التحكيم كوسيلة لتسوية المنازعات، وهو الأمر الذي أدى بجل التشريعات إلى تنظيمه وفق قواعد خاصة تتباين باختلاف تلك التشريعات.

وسنقوم بتقسيم دراسة هذا المبحث إلى مطلبين نتحدث في أولهما عن مفهوم اتفاق التحكيم، أما المطلب الثاني فسنعرض من خلاله للحديث عن مبدأ استقلال شرط التحكيم لما له من أهمية في هذه الدراسة.

المطلب الأول: تعريف اتفاق التحكيم

يعد اتفاق التحكيم هو المحور الأساسي لعملية التحكيم، وبمعنى آخر يعتبر مصدر سلطة المحكمين. فاتفاق التحكيم يعد المرحلة الأولى والأساسية من مراحل التحكيم.

يهدف التعريف باتفاق التحكيم في المقام الأول إلى بيان ذاته، أو الحقيقة التصورية التي تنظم مفرداته، بحيث تتكون له في الذهن صورة واضحة.[1] و للتعريف باتفاق التحكيم، لا بد من التعرض لتعريفه لدى علماء اللغة، و الإصطلاح الفقهي، و أخيرا لدى مختلف التشريعات.

الفرع الأول: التعريف اللغوي

التحكيم في اللغة معناه التفويض في الحكم. فالتحكيم مصدره حكَّمَ بتشديد الكاف مع الفتح، يقال حكَّمت فلانا في مالي تحكيمًا، أي فوضت إليه الحكم فيه فاحتكم عليَّ في ذلك. ويقول ابن منظور" حكَّموه بينهم: أمروه أن يحْكُم بينهم، ويقال حكَّمْنا فلانا فيما بيننا أي أجزنا حُكْمه بيننا". فمن حكم بالأمر فقد قضي به. ومن حكَّم فلانًا في الأمر و الشيء جعله حكمًا[2]. وفي كتاب الله عز و جل نجد قوله

[1] – أيسر عصام داؤد سليمان، **الأثر المانع لإتفاق التحكيم في عقود التجارة الدولية**، مرجع سابق، ص 27.

[2] – عباس ناصر مجيد، **الطعن بالبطلان على أحكام التحكيم التجاري الدولي– دراسة قانونية مقارنة–**، مرجع سابق. ص ص: 19–20.

سبحانه و تعالى:" فلا و ربك لا يؤمنون حتى يحكموك فيما شجر بينهم ثم لا يجدوا في أنفسهم حاجة مما قضيت و يسلموا تسليما "[1] أي جعلوك حكما لما وقع بينهم من خلاف.[2]

الفرع الثاني: التعريف الفقهي

اختلف الفقهاء في تعريفهم لاتفاق التحكيم بسبب اختلاف الزوايا التي ينظر من خلالها إلى التحكيم، فعرف جانب من الفقه المصري اتفاق التحكيم بأنه: " هو الاتفاق على طرح النزاع على شخص معين أو أشخاص معينين ليفصلوا فيه دون المحكمة المختصة به".[3]

كماعرفه الدكتور عبد الرزاق السنهوري بأنه : " ذلك الاتفاق الذي يحرره الخصوم فيما بينهم على عرض ما نشأ أو ما قد ينشأ من نزاع بخصوص عقد معين على التحكيم"[4]

أما في الفقه الفرنسي فقد عرفه الفقيه الفرنسي رينيه دافيد " Rene david" بأنه :" تقنية ترمي إلى إعطاء حل لمسألة تكون محل اهتمام علاقات بين شخصين أو أكثر، و الذي يتولاه شخص أو أكثر– محكم أو أكثر– يستمدون سلطتهم من اتفاق خاص، يحكمون على أساسه دون أن تقلدهم الدولة هذه المهمة "[5].

و عرفه الدكتور الياس ناصيف بأنه:" اتفاق الطرفين على اللجوء إلى التحكيم، لتسوية كل أو بعض المنازعات التي نشأت أو يمكن أن تنشأ بينهما، بمناسبة، علاقة قانونية معينة، عقدية كانت أو غير عقدية " [6]

الفرع الثالث: التعريف التشريعي

إن المطلع على مختلف تشريعات التحكيم الحديثة يدرك أنها تتشابه فيما بينها بشأن تعريف اتفاق التحكيم، وقد يرجع هذا التشابه إلى كون أن مختلف التشريعات قد استمدت قواعدها من قانون الأونسترال

---

[1] – سورة النساء الآية 65.

[2]– قمر عبد الوهاب، **التحكيم في منازعات العقود الإدارية في القانون الجزائري– دراسة مقارنة–**، دار المعرفة، الجزائر، 2019.

[3]– أحمد أبو الوفا، **التحكيم الإختياري و الإجباري**، الطبعة الخامسة، منشأة المعارف، الإسكندرية، 2005، ص15.

[4]– عبد الباسط محمد عبد الواسع الضراسي، **النظام القانوني لاتفاق التحكيم**، مرجع سابق، ص 62.

[5] – RENE DAVID , l'arbitrage dans le commerce international, Economica Paris,1982 ,P9 .

[6] – الياس ناصيف، العقود الدولية، **التحكيم الإلكتروني**، منشورات الحلبي الحقوقية، بيروت، لبنان، 2012، ص 53.

النموذجي للتحكيم التجاري الدولي[1] الذي عرف اتفاق التحكيم في الفقرة الأولى من المادة 07 بأنه: " اتفاق بين الطرفين على أن يحيلا إلى التحكيم جميع أو بعض المنازعات المحددة، التي نشأت أو قد تنشأ بينهما بشأن علاقة قانونية محددة، تعاقدية كانت أو غير تعاقدية. ويجوز أن يكون اتفاق التحكيم في صورة شرط تحكيم وارد في عقد أو في صورة اتفاق منفصل ".[2]

وعرفت بعض التشريعات العربية اتفاق التحكيم[3]، بينما لم تعرفه بعض التشريعات الأخرى كما هو الحال في نظام التحكيم السعودي، وقانون التحكيم الأردني والتي أخذت بالإتجاه القائل أن التعريفات هي من عمل الفقه لا المشرع. [4]

وبالرجوع إلى أحكام المادة 10 من قانون التحكيم المصري رقم 27 لسنة 1994[5]، نجدها قد عرفت اتفاق التحكيم بأنه: " اتفاق الطرفين على الإلتجاء إلى التحكيم لتسوية كل أو بعض المنازعات التي نشأت، أو يمكن أن تنشأ بينهما، بمناسبة علاقة قانونية معينة عقدية كانت أو غير عقدية ".

1- توفِّر قواعد الأونسيترال للتحكيم مجموعة شاملة من القواعد الإجرائية التي يمكن للأطراف الاتفاق عليها من أجل تسيير إجراءات التحكيم التي قد تنشأ عن علاقتها التجارية، وتُستخدم على نطاق واسع في عمليات التحكيم المخصَّص وكذلك في عمليات التحكيم التي تديرها مؤسسات. وتتناول القواعد جميع جوانب عملية التحكيم، حيث تشمل شرط تحكيم نموذجيًّا، وتضع قواعد إجرائية لتعيين المحكَّمين وتسيير إجراءات التحكيم، وتُرسي قواعد تتعلق بشكل قرار التحكيم وأثره وتفسيره. وفي الوقت الراهن، توجد ثلاث نسخ مختلفة من قواعد التحكيم، ألا وهي: '1' نسخة عام 1976؛ و'2' نسخة عام 2010 المنقَّحة؛ و'3' نسخة عام 2013 التي تتضمن قواعد الأونسيترال بشأن الشفافية في التحكيم التعاهدي بين المستثمرين والدول.

لمزيد من المعلومات وللإطلاع على قواعد القانون راجع:
https://uncitral.un.org/ar/texts/arbitration/contractualtexts/arbitration

2 – لزهر بن سعيد، **التحكيم التجاري الدولي، وفقا لقانون الإجراءات المدنية والإدارية والقوانين المقارنة**، مرجع سابق، ص ص: 50-51.

3 – نذكر منها على سبيل المثال: قانون التحكيم اليمني في المادة 02 والقانون النموذجي البحريني للتحكيم التجاري الدولي لعام 1985 في المادة 1/7، وكذا الفصل 02 من مجلة التحكيم التونسية، وقانون التحكيم لسلطنة عمان في المادة 1/10.....الخ

4 – عبد الباسط محمد عبد الواسع الضراسي، **النظام القانوني لاتفاق التحكيم**، مرجع سابق، ص63.

5 - القانون رقم 27 الصادر عن رئاسة الجمهورية المصرية بتاريخ 07 ذي القعدة لسنة 1414 هـ الموافق لـ 18 أفريل 1994 م، المتضمن قانون التحكيم في المواد المدنية والتجارية. متحصل من الموقع الإلكتروني/
https://www.wipo.int/edocs/lexdocs/laws/ar/eg/eg020ar.pdf

فتوافق إرادة الطرفين هو أساس التحكيم و مصدر سلطة المحكمين، سواء بالنسبة للإجراءات أو بالنسبة للقانون الواجب التطبيق[1].

أما المشرع الجزائري فقد عرف شرط التحكيم في المادة 1007 من الباب الثاني من قانون الإجراءات المدنية والإدارية[2] كالتالي:" شرط التحكيم هو الإتفاق الذي يلتزم بموجبه الأطراف في عقد متصل بحقوق متاحة بمفهوم المادة 1006أعلاه، لعرض النزاعات التي قد تثار بشأن هذا العقد على التحكيم"[3] .

كما عرف اتفاق التحكيم في المادة 1011 من نفس القانون كالتالي: " اتفاق التحكيم هو الإتفاق الذي يقبل الأطراف بموجبه عرض نزاع سبق نشوؤه على التحكيم" .[4]

ويتضح لنا من نص المادة السالفة الذكر أن المشرع الجزائري قد نقل التعريف الذي وضعه المشرع الفرنسي لاتفاق التحكيم في المادة 1442[5] من قانون المرافعـات القديم[6]، والذي يعتبر في الحقيقة تعريفا لمشارطة التحكيم، وليس لاتفاق التحكيم بمفهومه الواسع، ومن هنا نرى ضرورة تدخل المشرع الجزائري

---

[1] – فتحي والي، **قانون التحكيم في النظرية و التطبيق**، مرجع سابق، ص 83.

[2] - القانون رقم 08-09، الصادر بتاريخ 18 صفر عام 1429 الموافق لـ 25 فبراير سنة 2008، المتضمن قانون الإجراءات المدنية والإدارية، الجريدة الرسمية، العدد 21، السنة 2008.

[3] – العرباوي نبيل صالح، **اتفاق التحكيم**، بحث منشور بمجلة دفاتر السياسة والقانون الصادرة عن كلية الحقوق و العلوم السياسية بجامعة قاصدي مرباح ورقلة ، العدد الخامس عشر ،جوان 2016، ص262.

[4] – سائح سنقوقة، **شرح قانون الإجراءات المدنية و الإدارية – نصا، شرحا، تعليقا- قانون 08-09 المؤرخ في 18 صفر عام 1429 الموافق لـ 25 فبراير 2008 المتضمن قانون الإجراءات المدنية و الإدارية، المواد من 584 إلى 1065، الجزء الثاني**، دار الهدى، عين مليلة، الجزائر، 2015، ص 1198.

[5] – إلاّ أن المشرع الفرنسي تدارك الخطأ الذي وقع فيه بشأن تعريف اتفاق التحكيم و تم تعديل المادة 1442 من قانون الإجراءات المدنية بموجب: القانون رقم 48 لسنة 2011 الصادر، بتاريخ 2011/5/1 بحيث أصبح نصها كالتالـي: "الاتفاق بشأن التحكيم يأخذ شكل شرط تحكيمي أو اتفاق تحكيم. شرط التحكيم هو اتفاق الأطراف في عقد أو أكثر على خضوع النزاعات الناشئة عن تلك العقود للتحكيم. اتفاق التحكيم هو اتفاق الأطراف المتنازعة على خضوع النزاع القائم إلى التحكيم". ونصها الأصلي بالفرنسية:

Article 1442 :« La convention d'arbitrage prend la forme d'une clause compromissoire ou d'un compromis. La clause compromissoire est la convention par laquelle les parties à un ou plusieurs contrats s'engagent à soumettre à l'arbitrage les litiges qui pourraient naître relativement à ce ou à ces contrats. Le compromis est la convention par laquelle les parties à un litige né soumettent celui-ci à l'arbitrage »

[6] - Codifié par Décret n° 75-1123 du 5 décembre 1975 Modifié par Décret n°2011-48 du 13 janvier 2011 - art. 2

لتصحيح الخطأ الذي وقع فيه، وذلك باستبدال لفظ " اتفاق التحكيم "الوارد في نص المادة السالفة الذكر بلفظ "مشارطة التحكيم"، كما نرى ضرورة وضع تعريف جامع لاتفاق التحكيم.

ويمكن الأخذ بالتعريف التالي لاتفاق التحكيم والقول بأنه:

" اتفاق الطرفين على اللجوء إلى التحكيم، لتسوية كل أو بعض المنازعات التي نشأت أو يمكن أن تنشأ بينهما، بمناسبة، علاقة قانونية معينة، عقدية كانت أو غير عقدية ".[1]

ويستخلص مما ورد من تعريفات واستنادا إلى نقاط رئيسيـــــــة، يجـــــب أن يتضمنهـــــــــا اتفاق التحكيـــم، أن هذا الإتفاق هو عبارة عن " اتفاق بين شخصين أو أكثر، قد يرد في عقد مستقل، أو في بند وارد في عقد ما بينهم، على أن يحيلوا النزاع أو النزاعات الناشـــئة أو التي قد تنشـــأ بينهما إلى التحكيم للبت فيه بدلا من اللجوء إلى المحكمة المختصـــة، ســواء كان النزاع ناشـئا عن علاقة قانونية تعاقدية أو غير تعاقدية ".[2]

المطلب الثاني: الطبيعة القانونية لاتفاق التحكيم

من المتفق عليه أن الإتفاق على التحكيم هو عقد يتم بين الأطراف، ويعد مظهرا لمبدأ ســـلطان الإرادة، والذي من نتائجه حرية الأفراد في إبرام ما يشـــاؤون من العقود شـــريطة عدم مخالفتها للنظام العام أو الآداب العامة، على أن بعض الفقهاء في إيطاليا، ومع تســـليمهم بأن اتفاق التحكيم يعـــــــد عقـــــــدا، إلا أنهم يرون أنه عقد ليست له الطبيعة الخاصة للعقود، وإنما له طبيعة إجرائية عامة، و يستند هذا الرأي إلى أن عقد التحكيم يؤثر في وجود وتنظيم الخصومة.[3]

وقد أُنتقد هذا التكييف من طرف أنصـــــار الرأي القائل: أن عقد التحكيم عقد خاص من عقود القانون المدني، مبررين ذلك بأن عقد التحكيم لا يدخل في عداد الأعمال الإجرائية، لأنه يبرم غالبا قبل بدء الخصـومة فلا يمكن اعتباره عنصـرا من عناصـرها، ولا يخضـع للشـروط التي ينظمها القانون للأعمال الإجرائية، وإنما يخضـــــع لقواعد البطلان المنظمة في القانون المدني. ويتعين بالتالي تكييفه على أنه عقد تتولد عنه التزامات شـــأنه في ذلك شـــأن أي عقد آخر، فاتفاق التحكيم عقد يســـبق الإجراءات ولا يشكل مرحلة من مراحلها.[4] وهو الرأي الذي تؤيده الباحثة.

---

[1]– الياس ناصيف، **العقود الدولية التحكيم الإلكتروني**، مرجع سابق، ص 53.

[2]– الياس ناصيف، **العقود الدولية التحكيم الإلكتروني** ، مرجع سابق، ص 56.

[3]– عبد الباسط محمد عبد الواسع الضراسي، **النظام القانوني لاتفاق التحكيم**، مرجع سابق، ص 65.

[4]– عبد الباسط محمد عبد الواسع الضراسي، **النظام القانوني لاتفاق التحكيم**، مرجع سابق، ص 65.

المبحث الثاني: صور اتفاق التحكيم ومبدأ استقلال شرط التحكيم

يأخذ اتفاق التحكيم صيغا وصوراً مختلفة، فصورة من صوره تتم قبل وقوع النزاع، كشرط التحكيم في العقد الأصلي محل النزاع، أو في اتفاق منفصل عن العقد، أو قد تأخذ في بعض العقود صورة الإحالة لعقد آخر، وأيا كان اتفاق التحكيم فإنه يتمتع بخاصية تميزه عن بقية العقود وهي استقلاليته عن العقد الأصلي.

وفيما يلي سنتكلم عن صور اتفاق التحكيم مع شرحها، ثم نعرج إلى التعريف بمبدأ استقلالية اتفاق التحكيم مع بيان مبرراته وآثاره.

المطلب الأول: صور اتفاق التحكيم

الأصل أن يتخذ اتفاق التحكيم المصرفي إحدى صورتين، شرط يدرج في العقد الأصلي، أو مشارطة تبرم عادة بعد نشأة النزاع، إلا أن الواقع الدولي أفرز صورة ثالثة تعرف بشرط التحكيم بالإشارة أو بالإحالة. وسوف نتعرف على هذه الصور، ثم نقارن بينها فيما يلي:

الفرع الأول: شرط التحكيم

يقصد بشرط التحكيم الاتفاق الذي يتم عند إتمام العقد و قبل حدوث النزاع. و فيه يسبق الأطراف الأحداث بالإتفاق قبل حدوث النزاع على اللجوء إلى التحكيم فيما قد يحتمل نشوئه من نزاعات مستقبلا. وهذا الاتفاق إما أن يدرج مقدما في العقد المبرم أو يتم إدراجه في اتفاق مستقل لاحق على العقد، سابق على النزاع.[1]

عرف الفقه شرط التحكيم بأنه: " بند وارد ضمن نصوص عقد معين يقضي بالإلتجاء إلى التحكيم كوسيلة لحل المنازعات التي قد تثور مستقبلا بين المتعاقدين حول العقد وتنفيذه".[2]

أما المشرع الجزائري فقد عرف شرط التحكيم في المادة 1007 من قانون الإجراءات المدنية والإدارية بأنه: " الإتفاق الذي يلتزم بموجبه الأطراف في عقد متصل بحقوق متاحة بمفهوم المادة 1006 أعلاه، لعرض النزاعات التي قد تثار بشأن هذا العقد على التحكيم ".

في حين أن المشرع المصري لم يضع تعريفا لشرط التحكيم، وإنما أورد ما يدل عليه و ذلك بنص الفقرة الثانية من المادة العاشرة من قانون التحكيم بقوله: " يجوز أن يكون اتفاق التحكيم سابقا

[1]– محمد علي بن مقداد، **الطريق القويم للإتفاق على التحكيم، دراسة نظرية تطبيقية مقارنة**، مرجع سابق، ص 104.

[2]– شحاته غريب شلقامي، **إشكالات اتفاق التحكيم، –دراسة مقارنة–**، مرجع سابق، ص18.

على قيام النزاع سواء قام مستقلا بذاته أو ورد في عقد معين بشأن كل أو بعض المنازعات التي تنشأ بين الطرفين".

كما نصت المادة السابعة عشر (17) من قانون الأونسيترال النموذجي على شرط التحكيم دون أن تعرفه وذلك بالقول بـ: " جواز أن يكون اتفاق التحكيم في شكل بند تحكيم وارد في عقد أو في شكل اتفاق منفصل".

ومما سبق يمكن القول بأن شرط التحكيم هو:" الإتفاق الذي يرد كبند في العقود بوجه عام، بمقتضاه يلتزم أطراف هذا العقد بعرض ما قد ينشأ بينهم من منازعات، بخصوص هذا العقد تنفيذا أو تفسيرا، لواحد أو أكثر، يختارونهم للحكم فيها، بدلا من المحكمة المختصة بنظر النزاع، بشرط أن يكون موضوعه أحد المنازعات الجائز اللجوء للتحكيم للفصل فيها بدلا من اللجوء إلى القضاء العام في الدولة، و ذلك لأن إخراج النزاع من ولاية القضاء العام الذي تتولاه السلطة القضائية في الدولة، وإخضاعه لمحكمين، سواء كانوا من الأفراد العاديين، أو هيئات غير قضائية، لا يكون إلا كاستثناء، لا يتقرر إلا بنص قانوني.[1]

ومن التعاريف السابقة لشرط التحكيم يمكننا أن نستنتج ما يلي:

1- لكي نكون بصدد شرط التحكيم، يجب أن يكون اتفاق الأطراف سابقا على نشوء النـزاع، وهذا أمر جوهري يمثل الفارق الأساسي بين شرط ومشارطة التحكيم.

2- لشرط التحكيم صورتين، الأولى أن يدرج في صلب العقد أو المعاملة الأصلية بين الأطراف، ويكون شرطا ضمن باقي شروط أو بنود العقد، والصورة الثانية له هو أن يرد في اتفاق مستقل عن العقد أو المعاملة القانونية الأصلية.

الفرع الثاني: مشارطة التحكيم

يراد بمشارطة التحكيم، ذلك الإتفاق الذي يتم بين الطرفين بعد قيام النزاع بينهما لعرض هذا النزاع على التحكيم"[2] بدلا من المحاكم العادية، صاحبة الولاية العامة.

[1]– أيسر عصام داؤد سليمان، **الأثر المانع لاتفاق التحكيم في عقود التجارة الدولية**، مرجع سابق، ص 66.

[2]– فتحي والي، **قانون التحكيم بين النظرية والتحكيم**، مرجع سابق، ص 103.

وقد أقر المشرع المصري مشارطة التحكيم دون تعريفها في الفقرة الثانية من المادة 10 من قانون التحكيم حيث نص على ما يلي: " .... كما يجوز أن يتم اتفاق التحكيم بعد قيام النزاع، ولو كانت أقيمت في شأنه دعوى أمام جهة قضائية".

كما نصت المادة السابعة عشر من قانون الأونسيترال النموذجي على شرط التحكيم دون أن تعرفه وذلك بالقول بـ: " جواز أن يكون اتفاق التحكيم في شكل بند تحكيم وارد في عقد أو في شكل اتفاق منفصل".

وقد عرف جانب من الفقه شرط التحكيم بأنه: " بند وارد ضمن نصوص عقد معين يقضي بالإلتجاء إلى التحكيم كوسيلة لحل المنازعات التي قد تثور مستقبلا بين المتعاقدين حول العقد وتنفيـــذه ".[1]

أما المشرع الجزائري فقد عرف شرط التحكيم في المادة 1007 من قانون الإجراءات المدنية و الإدارية بأنه: " الإتفاق الذي يلتزم بموجبه الأطراف في عقد متصل بحقوق متاحة بمفهوم المادة 1006 أعلاه، لعرض النزاعات التي قد تثار بشأن هذا العقد على التحكيم ".[2]

في حين أن المشرع المصري لم يضع تعريفا لشرط التحكيم، وإنما أورد ما يدل عليه وذلك بنص الفقرة الثانية من المادة العاشرة من قانون التحكيم بقوله: "يجوز أن يكون اتفاق التحكيم سابقا على قيام النزاع سواء قام مستقلا بذاته أو ورد في عقد معين بشأن كل أو بعض المنازعات التي تنشأ بين الطرفين".

ومما سبق يمكن القول بأن شرط التحكيم هو:" الإتفاق الذي يرد كبند في العقود بوجه عام، بمقتضاه يلتزم أطراف هذا العقد بعرض ما قد ينشأ بينهم من منازعات، بخصوص هذا العقد تنفيذا أو تفسيرا، لواحد أو أكثر، يختارونهم للحكم فيها، بدلا من المحكمة المختصة بنظر النزاع، بشرط أن يكون موضوعه أحد المنازعات الجائز اللجوء للتحكيم للفصل فيها بدلا من اللجوء إلى القضاء العام في الدولة، وذلك لأن إخراج النزاع من ولاية القضاء العام الذي تتولاه السلطة القضائية في الدولة، وإخضاعه

[1]– شحاته غريب شلقامي، **إشكالات اتفاق التحكيم** ، مرجع سابق، ص 18.

[2] – لزهر بن سعيد، **التحكيم التجاري الدولي، وفقا لقانون الإجراءات المدنية والإدارية والقوانين المقارنة**، مرجع سابق، ص 52.

لمحكمين، سواء كانوا من الأفراد العاديين، أو هيئات غير قضائية، لايكون إلا كاستثناء، لايتقرر إلا بنص قانوني.[1]

ومن التعاريف السابقة لشرط التحكيم يمكننا أن نستنتج ما يلي:[2]

3-لكي نكون بصدد شرط التحكيم، يجب أن يكون اتفاق الأطراف سابقا على نشوء النزاع، وهذا أمر جوهري يمثل الفارق الأساسي بين شرط ومشارطة التحكيم.

4-لشرط التحكيم صورتين، الأولى أن يدرج في صلب العقد أو المعاملة الأصلية بين الأطراف، ويكون شرطا ضمن باقي شروط أو بنود العقد، والصورة الثانية له هو أن يرد في اتفاق مستقل عن العقد أو المعاملة القانونية الأصلية.

الفرع الثاني: مشارطة التحكيم

يقصد بمشارطة التحكيم كل اتفاق تحكيم يتم بعد قيام النزاع ولو كانت قد أقيمت في شأنه دعوى أمام جهة قضائية، وفي هذه الحالة يجب أن يحدد الإتفاق المسائل التي يشملها التحكيم و إلا كان الإتفاق باطلا.[3]

وقد تطرق المشرع الجزائري لمشارطة التحكيم من خلال المادة 1011 من قانون الإجراءات المدنية و الإدارية التي نصت على أن:" اتفاق التحكيم هو الإتفاق الذي يقبل الأطراف بموجبه عرض نزاع سبق نشوءه على التحكيم " وقد سبق و أن أشرنا إلى أن هذا التعريف هو تعريف لمشارطة التحكيم وليس لاتفاق التحكيم ، والدليل على ذلك ما جاء بنص الفقرة الثانية من المادة 1012 من نفس القانون والتي مفادها: " .... يجب أن يتضمن اتفاق التحكيم، تحت طائلة البطلان، موضوع النزاع وأسماء المحكمين، أو كيفية تعيينهم". وهي الشروط التي تتطلبها مشارطة التحكيم.

كما أشار المشرع المصري لمشارطة التحكيم دون تعريفها في الفقرة الثانية من المادة 10 من قانون التحكيم حيث نص على ما يلي : " .... كما يجوز أن يتم اتفاق التحكيم بعد قيام النزاع، ولو كانت أقيمت في شأنه دعوى أمام جهة قضائية ".

---

[1]– أيسر عصام داؤد سليمان، **الأثر المانع لاتفاق التحكيم في عقود التجارة الدولية**، مرجع سابق، ص 66.

[2]– لزهر بن سعيد، **التحكيم التجاري الدولي، وفقا لقانون الإجراءات المدنية والإدارية والقوانين المقارنة**، مرجع سابق، ص 53.

[3]– شحاته غريب شلقامي، **إشكالات اتفاق التحكيم –دراسة مقارنة–**، مرجع سابق، ص 21.

وقد أجاز القانون الفرنسي التجاء الأفراد والجماعات إلى إبرام مشارطة التحكيم، للفصل في منازعاتهم، ما دام أن التحكيم يرد على أحد المنازعات الجائز الفصل فيها عن طريق نظام التحكيم، وكان متعلقا بعلاقة قانونية محددة، وذلك من خلال المادة 1447 قانون المرافعات الفرنسي.[1]

فلا يتم الإتفاق على مشارطة التحكيم إلا بعد نشوء النزاع، ووقوع الخلاف بين أطراف العلاقة القانونية،[2] وتصح المشارطة ولو كان النزاع قد أقيمت بشأنه دعوى قضائية المادة (2/10 تحكيم مصري) و(1013 ق إ م إ الجزائري).

ويجب أن تتضمن مشارطة التحكيم، نقاط الخلاف بين الأطراف، حيث نص المشرع المصري على ضرورة تحديد المسائل التي يشملها التحكيم، وإلا كان الإتفاق باطلا[3]. وهو نفس ما ذهب إليه المشرع الجزائري في الفقرة الثانية من المادة 1012 ق إ م إ الجزائري التي أوجبت تحديد موضوع النزاع وأسماء المحكمين وكيفية تعيينهم في مشارطة التحكيم وإلا كانت باطلة. [4]

فالمشارطة بهذا المعنى تختلف عن شرط التحكيم. فإذا كان الأخير يتم الإتفاق عليه قبل نشوء النزاع، فإن المشارطة يتم الإتفاق عليها بعد نشوء النزاع وفي اتفاق لاحق ومستقل عن العقد الأصلي، كما أنها لا تقتصر على تقرير الإلتجاء إلى التحكيم في شأن نزاع معين، وإنما تتضمن فوق ذلك تنظيم كل ما يتعلق بالتحكيم، كتشكيل هيئة التحكيم، ورسم حدود ولايتها، واختيار الإجراءات التي تتبعها، وتحديد القواعد الموضوعية الواجبة التطبيق على موضوع النزاع.[5]

وهكذا فإن مشارطة التحكيم تعد اتفاقا قائما بذاته ومستقلا عن العقد الأصلي، ويبرم بعد نشوب النزاع بين أطراف العلاقة القانونية، ولا يصح إبرام المشارطة بصدد ما قد ينشأ بين الأطراف من منازعات في المستقبل لأن ذلك سيقود إلى انعقاد شرط تحكيم وليس مشارطة[6].

---

[1]– محمود السيد عمر التحيوي، **التحكيم بالقضاء والتحكيم مع التفويض بالصلح**، مرجع سابق، ص 133.

[2]– لزهر بن سعيد، **التحكيم التجاري الدولي، وفقا لقانون الإجراءات المدنية والإدارية والقوانين المقارنة**، مرجع سابق، ص 55.

[3]– تنص المادة 2/10 تحكيم مصري على أنه :"... وفي هذه الحالة يجب أن يحدد الإتفاق المسائل التي يشملها التحكيم و إلا كان الإتفاق باطلا "

[4]– لزهر بن سعيد، **التحكيم التجاري الدولي، وفقا لقانون الإجراءات المدنية والإدارية والقوانين المقارنة**،مرجع سابق، ص 55.

[5] – أيسر عصام داؤد سليمان، **الأثر المانع لاتفاق التحكيم في عقود التجارة الدولية**، مرجع سابق، ص 74.

[6]– أيسر عصام داؤد سليمان، **الأثر المانع لاتفاق التحكيم في عقود التجارة الدولية**، مرجع سابق، ص 74.

الفرع الثالث: شرط التحكيم بالإحالة

يعتبر شـرط التحكيم بالإحالة من الصـور الحديثة لاتفاق التحكيم بعد الصـورتين التقليديتين له: شـرط التحكيم ومشـارطة التحكيم. والفرض في هذه الصـورة أن العقد الأصـلي المبرم بين الأطراف لم يتضـمن شـرطا صـريحا للتحكيم، بل اكتفى الأطراف بالإشـارة أو الإحالة إلى عقد سـابق بينهم أو عقد نمطي، أو شـروط عامة معروفة في مجال التعامل بينهم، و ذلك لتكملة النقص أو سـد الثغرات التي تعتري عقدهم، وكان ذلك العقد النمطي أو تلك الشروط العامة، يتضمن بين بنوده، أو شروطه بندا أو شـرطا يقضـي بتسـوية المنازعات، التي تنشـأ عنه بطريق التحكيم، دون أن يسـتطيع أولئك الأطراف التنصل من ذلك بالقول باستقلال ذلك العقد الأصلي عن العقد أو الشروط العامة المحـــــال إليها والمحتوية على شرط التحكيم.[1]

وقد أشار المشرع الجزائري لشرط التحكيم بالإحالة بنصه في المادة 1008 ق إ م إ بأنه:" يثبت شرط التحكيم، تحت طائلة البطلان، بالكتابة في الإتفاقية الأصلية أو في الوثيقة التي تستند إليها ".

كما تبنى المشـرع المصـري و نظيره الفرنسـي صـورة التحكيم بالإحالة، فنصـت المادة 10 من قانون التحكيم المصـــري على الآتي: " يعتبر اتفاق على التحكيم، كل إحالة ترد في العقد إلى وثيقة تتضـمن شـرط التحكيم، إذا كانت الإحالة واضـحة في اعتبار هذا الشـرط جزءا من العقد"، وبالمقابل نصـت المادة 1443 من قانون أصـول المحاكمات المدنية الفرنسـي على أن: " يكون شـرط التحكيم مكتوبا، سواء ورد هذا الشرط في عقد الأساس، أو في وثائق أخرى أحال إليها العقد".[2]

المطلب الثاني: مبدأ استقلال شرط التحكيم

يتضـح مما سـبق بأن شـرط التحكيم يعد عقداً نهائياً ولا يحتاج إلى عقد آخر يكمله، وذلك رغم وجوده كبند في العقد، إلاّ أن الفقه والقضـاء قد اسـتقر على مبدأ اسـتقلال شـرط التحكيم عن العقد الأصلي. وسنعرف فيما يلي بهذا المبدأ مع بيان مبرراته وآثاره.

[1]– أيسر عصام داؤد سليمان، **الأثر المانع لاتفاق التحكيم في عقود التجارة الدولية**، مرجع سابق، ص 80.

[2]– أحمد مصطفى الدبوسي السيد، **التحكيم في العمليات المصرفية بين الواقع والأمول، دراسة تحليلية مقارنة**، مرجع سابق، ص 331.

الفرع الأول: مفهوم مبدأ استقلال شرط التحكيم

سبقت الإشارة إلى أن اتفاق التحكيم قد يكون في صورة مشارطة، أو في صورة شرط مدرج ضمن عقد أو كبند من بنوده، والسؤال الذي قد يتبادر إلى ذهننا ما هي العلاقة بين الشرط التحكيمي والعقد الأصلي؟ وهو أثر تعرض العقد الأصلي إلى سبب يؤدي إلى بطلانه أو فسخه أو إنهائه على شرط التحكيم الموجود فيه؟

بإعمال المبادئ العامة في القانون المدني من تبعية الجزء للكل، وقاعدة ما بني على باطل، فإننا نتصور منطقيا أن أثر العقد يزول بكل ما تضمنه، وبالتالي إذا بطل العقد الأصلي بطل الشرط الذي تضمنه. ولكن تطور فقه وقضاء التحكيم انتهى إلى نتيجة أخرى مفادها، استقلال شرط التحكيم عن العقد الأصلي الذي ورد فيه، فلا يؤدي يؤدي بطلان أو فسخ أو إنهاء العقد الأصلي – بغير طريق التنفيذ– إلى التأثير على شرط التحكيم، إذ يظل الشرط صحيحا طالما له وجود قانوني باستكمال أركانه.[1]

ومبدأ استقلال اتفاق التحكيم، لا يعني فقط استقلال هذا الإتفاق عن العقد الموضوعي. خاصة أن المسلم به جواز التحكيم في العلاقات القانونية غير العقدية. وهكذا فاتفاق التحكيم مستقل، سواء كان موضوع النزاع علاقة قانونية عقدية أو غير عقدية، أي بصرف النظر عن موضوع النزاع. وهو بهذا مستقل تماماً عن موضوع النزاع.[2]

وعلى ذلك فإذا أبرم المصرف مع عميله عقدا بشأن عملية مصرفية معينة وتضمن ذلك العقد في أحد بنوده شرطا يتضمن اللجوء إلى التحكيم في حالة نشوب نزاع يتعلق بموضوع العقد، فإن بطلان العقد المصرفي لأي سبب كان، لا يؤثر على صحة شرط التحكيم الوارد به، وذلك ما لم يتفق الطرفان على أن هذا الشرط يدور وجودا وعدما مع العقد الأصلي، إذ في هذه الحالة يبطل شرط التحكيم أيضا ويخرج الأمر عندئذ عن نطاق التحكيم، وينعقد الإختصاص في هذا الشأن للقضاء العادي.[3]

---

[1]–عبد الباسط محمد عبد الواسع الضراسي، **النظام القانوني لاتفاق التحكيم، –دراسة تحليلية مقارنة–**، مرجع سابق، ص 86.

[2]– أحمد محمد حشيش، **طبيعة المهمة التحكيمية**، دار الكتب القانونية، مصر، 2007، ص 245.

[3]– معتصم محمود اسماعيل عيد، **التحكيم في المنازعات المصرفية، دراسة إجرائية**، مرجع سابق، ص 101.

واستقلال شرط التحكيم عن العقد الأصلي يحقق مزايا متعددة خصوصا في الاستفادة من عاملي الوقت و الإجراءات، وهو ما يناسب المنازعات في المعاملات المصرفية، إذ أنه لا يمكن وقف المحكم عن النظر في النزاع المصرفي إلى حين فصل القضاء في صحة العقد محل المعاملة المصرفية، إذ أن المحكم و بفضل الإستقلالية التي يتمتع بها اتفاق التحكيم، يمكنه الفصل بنفسه هذه المسألة.[1]

كما أنه لا يمكن القول باستقلالية شرط التحكيم في حالة ما إذا اتفق أطراف العقد على ربط مصير التحكيم بمصير العقد الأصلي من حيث الوجود والعدم، فاتفاق التحكيم يقوم في أساسه على اتفاق، وبالتالي فمتى اتفق أطرافه على ربط مصيره بالعقد احترمت إرادتهم، ولا يلزمون إلاّ بما ارتضوه.

إذن فالعلاقة بين بين شرط التحكيم والعقد الأصلي، علاقة عقد داخل عقد آخر يبرمه نفس الأطراف. ومن ثم فقاضي الأصل هو قاضي الفرع، وقاضي العقد هو قاضي شرط التحكيم لأن قضاء التحكيم هو قضاء شامل.[2]

الفرع الثاني: موقف المشرع الجزائري وبعض التشريعات المقارنة من مبدأ استقلال اتفاق التحكيم

بدأ ظهور هذا المبدأ في فرنسا عندما حكمت محكمة النقض الفرنسية باستقلال شرط التحكيم عن العقد الأصلي في قضية (GOSSET) بتاريخ 27 مايو 1963، وأكدت على هذا المبدأ في

[1]– محمد صالح علي العوادي، **التحكيم في المعاملات المصرفية**، مرجع سابق، ص 103.

[2]– محمد صالح علي العوادي، **التحكيم في المعاملات المصرفية**، مرجع سابق، ص 104.

قضية أخرى (IEMPEX)[1] بتاريخ 18 مايو 1971،[2] كما استقرت القوانين الوضعية، ولوائح التحكيم، وأحكام القضاء، على أن اتفاق التحكيم يتمتع بذاتية خاصة ومتميزة عن العقد المصرفي الأصلي.

ومن الجدير بالذكر أن القضـــاء الفرنســـي في تقريره لمبدأ اســـتقلال شـــرط التحكيم عن العقد الأصـــلي قد تأثر بالقضـــاء الهولندي الذي يعتبر أول من قرر هذا الاســـتقلال صـــراحة، فقد قضـــت المحكمة الهولندية في 27 ديسمبر 1935 بأنه " في حالة تنازع الأطراف حول صحة أو بطلان العقد فإن ذلك لا يمنع من اختصاص المحكم بالفصل في النزاع رغم احتمال عدم صحة العقد الذي ورد به شرط التحكيم"[3].

ولم يتضمن القانون الفرنسي نصاً صريحاً يكرس مبدأ استقلال شرط التحكيم، ولكنه كرس مبدأ الاختصـــاص بالاختصـــاص، حيث جاء في نص المادة (1466) من القانون التحكيم الفرنســـي قانون المرافعات المدنية الجديد مرسوم (1980/5/14) الكتاب الرابع – التحكيم " إذا نازع أحد الأطراف في مبدأ، أو في مدى صـلاحية المحكم لنظر القضـية المعروضـة عليه، يعود لهذا الأخير أن يفصـل في صـحة أو مدى صـلاحيته"، ويسـتند الفقه الفرنسـي إلى هذا النص للقول بأن الأخذ به يؤدي إلى تقرير مبدأ استقلال شرط التحكيم من الناحية العملية، لأن المحكم طالما له سلطة البت في بطلان أو صحة العقد الأصلي بمقتضى اتفاق التحكيم، فإن هذا يعني أن الاتفاق المتمثل في شرط التحكيم يمكن فصله عن موضوع العقد الأصلي وبالتالي يكون متمتعا بالاستقلالية.

كما أكد المشـــرع المصـــري في قانون التحكيم رقم 27 لســـنة 1994 على اســـتقلال اتفاق التحكيـــم، حيث نصت المادة 03 منه على أنه: " يعتبر شرط التحكيم اتفاقا مستقلا عن شروط العقد

---

[1]– التي ذهبت فيها المحكمة إلى تأييد قاضي الموضوع فيما ذهب إليه في اعتبار شرط التحكيم مستقلاً من الناحية الموضوعية القانونية وفقاً للقانون الدولي الخاص الفرنسي بالعقد الوارد على تصدير الحبوب إلى إيطاليا والذي صور على أنها عملية بيع إلى البرتغال وسويسرا ومنه إلى إيطاليا للاستفادة من القواعد الواردة والمقررة في السوق الأوربية المشتركة بهدف التصدير لدول أخرى خارج السوق فرفضت السلطات الجمركية الفرنسية ترخيص التصدير بسبب الغش وعندما أثيرت مسألة بطلان العقود نظراً لعدم مشروعية السبب ومدى تأثر شرط التحكيم بهذا البطلان انتهى القضاء الفرنسي إلى أن بطلان العقود الأصلية بسبب عدم مشروعية سببها لتوافر الغش لا يؤثر على صحة شرط التحكيم نزولاً عند مبدأ الاستقلالية التي يتمتع بها هذا الشرط بالنسبة للعقد الأصلي.

[2]– راجع وقائع القضيتان في: عبد الباسط محمد عبد الواسع الضراسي، **النظام القانوني لاتفاق التحكيم (دراسة تحليلية مقارنة)**، مرجع سابق، ص 86 و 87.

[3]– أحمد مخلوف، **اتفاق التحكيم كأسلوب لتسوية منازعات عقود التجارة الدولية**، **دار النهضة العربية**، القاهرة، 2003، ص 118.

الآخر ولا يترتب على بطلان العقد أو فسخه أو إنهائه أي أثر على شرط التحكيم الذي يتضمنه إذا كان هذا الشرط صحيحا في ذاته ". وقد جاء أيضا في التشريع المصري أن هيئة التحكيم لها الحق في الفصل في الدفوع المبنية على عدم وجود اتفاق التحكيم أو سقوطه أو بطلانه أو عدم شموله لموضوع النزاع.

ومن جانبه، المشرع الجزائري، فقد أكد مبدأ استقلالية اتفاق التحكيم بالنص على ذلك صراحة في الفقرة الرابعة والأخيرة من المادة 1040 ق ا م إ بالقول أنه:" لا يمكن الإحتجاج بعدم صحة اتفاقية التحكيم، بسبب عدم صحة العقد الأصلي". ويتبين لنا من خلال نص هذه المادة أن المشرع الجزائري قد أبرز الفعالية المهمة للتحكيم من خلال استقلال شرط التحكيم عن العقد الأصلي وما يمكن أن يلحق هذا العقد من بطلان أو فسخ أو إنهاء.

وتجدر الإشارة إلى أن المشرع الجزائري يفرق بين التحكيم الداخلي والتحكيم التجاري التجاري الدولي، وإن كان قد تطرق لمسألة استقلال اتفاق التحكيم في مجال التحكيم التجاري الدولي، فإنه لم يتطرق لها في مجال التحكيم الداخلي، حيث لم يورد نص صريح ولا حتى إشارة تدعونا إلى اعتناق المبدأ السالف الذكر في مجال التحكيم الداخلي.[1]

ومن هذا المنطلق ندعو المشرع الجزائري إلى اتخاذ موقف حاسم اتجاه مبدأ استقلالية اتفاق التحكيم عن العقد الأصلي في مجال التحكيم الداخلي.

المبحث الثالث: شروط صحة اتفاق التحكيم

يعتبر الاتفاق على التحكيم عقد من عقود القانون الخاص يسوده مبدأ سلطان الإدارة وتسري عليه القواعد العامة في العقود. وبناء على ذلك فلا بد لقيام إتفاق التحكيم أن يتوفر فيه جميع الشروط الشكلية والموضوعية، التي أوجب المشرع مراعاتها عند إبرام أي تصرف قانوني، إذ تتمثل الشروط الموضوعية في ضرورة توافر التراضي الصحيح، وأن يرد التراضي على محل ممكن ومشروع، وأن يستند إلى سبب مشروع، والشروط الشكلية هي أن يكون اتفاق التحكيم مكتوبا. [2] وسنقوم بدراسة هذا المبحث حسب بتقسيمه إلى أربع مطالب، حيث سنتحدث في المطلب الأول عن الشروط العامة بأطراف التحكيم المصرفي، أما المطلب الثاني فنخصصه للشروط المتعلقة بهيئة التحكيم

[1]– لزهر بن سعيد، **التحكيم التجاري الدولي**، مرجع سابق، 79.

[2]– فوزي محمد سامي، **التحكيم التجاري الدولي –دراسة المقارنة الأحكام التحكيم التجاري الدولي–**، .ط1، دار الثقافة للنشر والتوزيع، الأردن، 2008، ص06.

(المحكين)، فيما سنخصص المطلب الثالث للحديث عن الشروط الخاصة بموضوع النزاع محل التحكيم، أما المطلب الرابع فسنخصصه للحديث عن الشروط الخاصة بشكلية اتفاق التحكيم.

المطلب الأول: الشروط العامة بأطراف التحكيم

سبقت الإشارة إلى أن اتفاق التحكيم أيا كانت صورته فإنه لا يعدو أن يكون عقدا يعبر من خلاله الطرفان عن إرادتهما في عرض النزاع على محكمين بدلا من القضاء العادي، وعليه وبما أن هذا النظام يبدأ بعقد، فلا بد أن يخضع للشروط الموضوعية التي تخضع لها العقود، والتي حددها غالبية فقهاء القانون بالتراضي والمحل والسبب. وسنكتفي في هذا المطلب بدراسة ركن الرضا مع شيء من التوسع في الأهلية. ونؤجل بقية الأركان إلى المطالب الآتية احتراما للتقسيم الذي أخذنا به، وذلك كما يلي:

الفرع الأول: التراضي في اتفاق التحكيم

المقصود بالرضا من الناحية القانونية هو: " اتفاق إرادتين على إحداث أثر قانوني" وقد يكون هذا التراضي مشروطا بأن يكون على صيغة معينة فتكون الشكلية هنا ركنا في العقد.[1]

ولا يكون هذا إلا بالإتفاق على جميع المسائل الجوهرية التي يشتمل عليها العقد. بالإضافة إلى وجوب توافر الأهلية اللازمة لإبرام العقد في الأطراف وأعضاء هيئة التحكيم على السواء.

فمتى ما أفصح أحد أطراف العلاقة المصرفية عن إرادة جدية، متجهة إلى اتخاذ التحكيم سبي لا لتسوية النزاع، واقترنت بها إرادة أخرى مطابقة، فعندئذ نقول بوجود الرضا على التحكيم.[2]

لهذا إذا لم يتحقق التوافق بين المصرف و العميل على اللجوء للتحكيم، كأن يرفض الأخير صياغة الإيجاب المعروض من جانب المصرف لتسوية المنازعات التي تنشب بينهما من خلال التحكيم، أو يصدر من هذا العميل قبولا ينم عن تعديله لمفاد هذا الإيجاب، فإن شرط التحكيم لا يعد بالتالي موجودا.[3]

---

[1]– أسعد فاضل منديل، **أحكام عقد التحكيم و إجراءاته دراسة مقارنة**، مرجع سابق، ص 84.

[2]– أحمد عبد الكريم سلامة، **قانون التحكيم التجاري الدولي و الداخلي، تنظير و تطبيق مقارن**، مرجع سابق، ص 378.

[3]– معتصم محمود إسماعيل عيد، **التحكيم في المنازعات المصرفية**، مرجع سابق، ص 121.

كما يلزم ألا يشوب إرادة الطرفين أي عيب من عيوب الرضا، كالغلط أو الإكراه أو الإستغلال أو التدليس. فإذا ما كان رضا أحد الطرفين معيباً في اتفاق التحكيم بعيب من عيوب الإرادة، فإن ذلك يؤدي إلى قابلية هذا الإتفاق للإبطال لمصلحة من شاب العيب رضاه.[1]

وعلى ذلك فإنه يلزم حتى يتم سريان أثر شرط التحكيم الوارد في عقد سابق على العقد اللاحق بين المصرف والعميل أن تتجه إرادة الطرفين الحرة الخالية من عيوب الرضا صراحة إلى ذلك على نحو يمكن معه الإطمئنان على أنهم قد قصدوا بالفعل اللجوء إلى التحكيم كآلية لتسوية المنازعات التي نشأت أو ستنشأ بينهم.[2]

وعليه فإنه يترتب على غياب ركن الرضا في اتفاق التحكيم اعتباره باطلا وهو ما أكدت عليه المحكمة الدستورية العليا في حكمها الشهير بالقضية رقم 13 لسنة 15 ق دستورية عليا، الصادر بجلسة 1994/12/17، بعد أن تبين لها وجود إكراه واستغلال صريح في اللجوء إلى التحكيم، حيث قضت فيه بعدم دستورية إجبار أحد الطرفين على اللجوء إلى التحكيم و بعدم دستورية الفقرة الثانية من المادة (18) من قانون إنشاء بنك فيصل الإسلامي المصري والتي توجب عرض كافة المنازعات التي تنشأ بين المصرف وعملائه على التحكيم، مؤكدة في هذا الشأن أنه لا يجوز للمشرع أن يفرض التحكيم قسرا على أشخاص لا يسعون إليه.[3]

الفرع الثاني: أهلية أطراف اتفاق التحكيم

تنص المادة (11) من قانون التحكيم المصري رقم 27 لسنة 1994 على أنه: لا يجوز الإتفاق على التحكيم إلا للشخص الطبيعي أو الإعتباري الذي يملك التصرف في حقوقه " ويتضح من هذا النص أنه يشترط لصحة اتفاق التحكيم أن يتمتع أطراف هذا الإتفاق بالقدرة على التصرف في حقوقهم، أي يجب أن يكون كل طرف متمتعا بكامل الأهلية، وأن يملك حرية التصرف في الحق محل النزاع.[4]

وكما هو واضح من النص السالف الذكر، يجب أن تتوافر الأهلية لكل من الأشخاص الإعتبارية سواء كانت عامة أو خاصة، والأشخاص الطبيعية على السواء.

---

[1]– سميحة القليوبي، **الأسس القانونية للتحكيم التجاري**، مرجع سابق، ص 36.

[2]– نبيل اسماعيل عمر، **التحكيم في المواد المدنية والتجارية والوطنية والدولية، دار النهضة العربية**، الطبعة الثانية، 2005، ص 47.

[3]– معتصم محمود إسماعيل عيد، **التحكيم في المنازعات المصرفية**، مرجع سابق، ص 124.

[4]– شحاته غريب شلقامي، **إشكالات اتفاق التحكيم – دراسة مقارنة –**، مرجع سابق، ص65.

أما المشرع الجزائري فقد استلزم أن يكون التراضي في اتفاق التحكيم ويكون صادرا عن أطراف أهل للتصرف حيث تنص المادة (1006) ق ا م إ على أنه: " يمكن لكل شخص اللجوء إلى التحكيم في الحقوق التي له مطلق التصرف فيها".

فهذه المادة تقصر حق اللجوء إلى التحكيم بالنسبة للأشخاص الطبيعيين في من تتوفر لهم الأهلية القانونية لمباشرة التصرفات القانونية وفقا لنصوص القانون المدني الجزائري.[1]

حيث يتضح أن اتفاق التحكيم يقع باطلا إذا قام به شخص لا يملك حق التصرف في حقوقه، فمن لم يبلغ سن الرشد الذي حدده المشرع الجزائري بـ 19 سنة لا يجوز له إبرام اتفاق التحكيم، و كذلك المحجور عليه والمعتوه والسفيه، لا يمكنه الإتفاق على اللجوء للتحكيم وكذلك المحروم من حقوقه المدنية، ومن أشهر إفلاسه لا يمكنه كذلك الإتفاق على اللجوء للتحكيم كوسيلة لفض ما قد يثور من نزاع بينه وبين خصمه.[2]

وبالنسبة للأشخاص المعنوية فقد نص المشرع الجزائري في الفقرة الثالثة من المادة (1006) ق ا م إ على أنه: " ولا يجوز للأشخاص المعنوية العامة أن تطلب التحكيم، ماعدا في علاقاتها الإقتصادية الدولية أو في إطار الصفقات العمومية ".

فيظهر من هذا النص أن الأشخاص المعنوية الخاصة، كالشركات التجارية التي تخضع للقانون الجزائري إذا كانت تمارس نشاطها في الجزائر، فهي تكتسب الشخصية القانونية، وبالتالي لها حق اللجوء إلى التحكيم بعد قيدها في السجل التجاري، أما الأشخاص المعنوية العامة، فقد وضع لها المشرع الجزائري شرطين حتى يمكن لها الإتفاق على التحكيم وهما كالآتي:

أولا: في إطار العلاقات الدولية الاقتصادية: أعطى المشرع الجزائري الأشخاص المعنوية العامة، والمتمثلة في مؤسسات الدولة والشركات العمومية والمؤسسات الاقتصادية العامة الحق في اللجوء إلى التحكيم فيما يتعلق بعلاقاتها الإقتصادية الدولية لتسوية المنازعات التي قد تنشأ عن هذه العلاقات، خصوصا مع تزايد هذه المعاملات.

[1]– راجع المواد 40 و41 من الأمر 59/75 المعدل والمتمم المتضمن القانون المدني الجزائري.

[2]– لزهر بن سعيد، **التحكيم التجاري الدولي**، مرجع سابق، ص58.

ثانيا: في إطار الصـفقات العمومية:[1] فقد أجاز كذلك المشـرع الجزائري للأشـخاص المعنوية العامة إمكانية اللجوء إلى التحكيم فيما يتعلق بإبرام الصفقات العمومية وما ينشأ عنها من منازعات.

وتجدر الإشارة إلى أن المشرع الجزائري كان يحظر على الأشخاص المعنوية العامة اللجوء إلى التحكيم وذلك وفقاً لنص المادة (3/442) من الأمر 154/66 المتضـمن قانون الإجراءات المدنية القديم والتي تنص على أنه: " لا يجوز للدولة و الأشخاص العامة اللجوء إلى التحكيم" ولكن بالرغم من هذا الموقف التشريعي الواضح، والرافض للتحكيم، إلا أنه من الناحية العملية كان الوضع مختلفاً، فقد أبرمت الجزائر عدة عقود في مجال البترول مع الشركات الأجنبية الخاصة تضمنت شرط التحكيم، نذكر منها العقد الذي أبرم بتاريخ: 1968/10/19 مع شركة (GETTY) الأمريكية والذي استمر حتى بعد تأميم المحروقات سنة 1971. [2]

والمثال الثاني هو نظام التحكيم الجزائري – الفرنسي الموقع في 1983/03/27 والذي يعتبر تجسيدا للإتفاق الإطار المبرم بين الحكومتين بتاريخ: 1982/06/21 والمتعلق بالتعاون الاقتصادي بين البلدين.[3]

ولكن يبدو أن القانون الجزائري جسد المبدأ الذي وصلت إليه محكمة النقض الفرنسية، بحيث ربط لجوء هذه الأشخاص إلى التحكيم بشرط تعلق المنازعة بمسائل التجارة الدولية في القانون الجديد.

أما فيما يخص الأشخاص المعنوية العامة التي يمكن لها اللجوء إلى التحكيم فقد حددها في المادة (975) من ق ا م إ الجديد التي نصت على أنه: " لا يجوز للأشخاص المذكورة في المادة (800) أعلاه أن تجري تحكيما إلا في الحالات الواردة في الاتفاقيات الدولية التي صادقت عليها الجزائر وفي مادة الصفقات العمومية " وبالرجوع إلى نص المادة (800) يتضح لنا أن هذه الأشخاص المعنوية هي: الدولة أو الولاية أو البلدية أو إحدى المؤسسات العمومية ذات الصبغة الإدارية "

فإذا كانت الدولة إحدى طرفي التحكيم، فإن اللجوء إليه يتم بمبادرة من الوزير المعني أو الوزراء المعنيين.

---

[1]– والتي نظمها المشرع الجزائري بموجب المرسوم الرئاسي رقم 15-247 مؤرخ في 16 سبتمبر سنة 2015، المتضمن تنظيم الصفقات العمومية وتفويضات المرفق العام المعدل والمتمم. (ج. ر رقم 50 المؤرخة في 20 سبتمبر 2015).

[2]– لزهر بن سعيد، **التحكيم التجاري الدولي**، مرجع سابق، ص 60.

[3]– لزهر بن سعيد، **التحكيم التجاري الدولي**، مرجع سابق، ص 60.

أما إذا تعلق أمر التحكيم بالولاية أو البلدية فيتم اللجوء إليه بمبادرة من الوالي أو رئيس المجلس البلدي.

وعندما يتعلق التحكيم بمؤسسة عمومية ذات صبغة إدارية، يتم اللجوء إلى التحكيم بمبادرة من ممثلها القانوني، أو من ممثل السلطة الوصية التي تتبعها.

ويجب الإشارة إلى أن قواعد الأهلية الخاصة بالأشخاص الإعتبارية ليست من قواعد النظام العام الدولي، لذا يجوز للأطراف الإتفاق على مخالفتها، وهذا ما يظهر جليا فيما قضت به محكمة النقض الفرنسية في حكم لها، بقولها: بأن قاعدة الأهلية ليست من قواعد النظام العام الدولي، وأكدت أيضا على أن الإخلال بأحكام عدم الأهلية في التصرف لا يتعارض مع النظام العام الداخلي أو الدولي، وبالعكس فإن حكم محكمة الاستئناف له منطقه القانوني العادل تماما، وذلك عندما رفض إضفاء طبيعة النظام العام الدولي والتعقيب على أهلية أحد المتنازعين، وكانت وقائع حكم محكمة الإستئناف تتلخص في الآتي:

حيث أن شركة (أورال هيدسون) قد شطبت من السجل التجاري في (دبلن)، لأنها لم تراع بعض الإجراءات الرسمية ولم تعد قيدها في السجل التجاري إلا بعد النطق بحكم تحكيم صدر لصالحها، إلا أن شركة (إيتون) طعنت على هذا الحكم، واستندت من جهة إلى غياب أهلية شركة (أورال هدسون)، ومن جهة أخرى استندت إلى وجود إخلال بالنظام العام الدولي مستنداً على واقعة أن الحكم صدر لصالح شركة فاقدة الأهلية ولم تستعد أهليتها الكاملة إلا بعد صدور الحكم، كما أن الحكم لا يعد مخالفة للنظام العام الدولي. وقد رفضت محكمة الإستئناف هذا الحكم و قررت عدم قبول الطعن القائم على عدم الأهلية، وأسست حكمها على أن إعادة تسجيل شركة (أورال هدسون) في السجل التجاري، قد مسح بطريقة رجعية عدم الأهلية لهذه الشركة.[1]

والشخصية الإعتبارية للمؤسسة المصرفية قد تتعدد وتختلف، فقد تتخذ صورة شركة مساهمة، وقد تتخذ صورة أحد الأشخاص الإعتبارية العامة، ولكنها تباشر عملا من الأعمال المصرفية، وقد تتخذ صورة فرع لمؤسسة مصرفية أجنبية يتمتع مركزه الرئيس بجنسية محددة، وتخضع لرقابة السلطة النقدية في الدولة، كما هو الحال بالنسبة للبنك المركزي في الجزائر والمسمى " بنك الجزائر"، وفي كل الأحوال تخضع هذه المصارف للقوانين المنظمة للنقد والقرض.

المطلب الثاني: الشروط الخاصة بشكلية اتفاق التحكيم (شرط الكتابة)

[1] -Cass.com ,01 décembre 1999, disponible le/ 17/05/2017 a / https://www.legifrance.gouv.fr

لا شك في أن الكتابة تتبوأ المركز الأول في ترتيب أدلة الإثبات، سواء في الشريعة الإسلامية، أو في القانون الوضعي، فالشريعة الإسلامية تبرز هذا المركز المتقدم للكتابة وذلك في قوله تعالى: " **يا أيها الذين آمنوا إذا تداينتم بدين إلى أجل مسمى فاكتبوه**".[1] وهذا إرشاد من الله تبارك وتعالى لعباده المؤمنين إذا تعاملوا بمعاملات مؤجلة أن يكتبوها ليكون ذلك أحفظ لمقدارها وميقاتها، فالكتابة هنا للتوثقة.

ويقصد بالإثبات إقامة الدليل أمام القضاء بالطرق التي حددها القانون، فهو قوام الحق الذي يتجرد من كل قيمة ما لم يقم الدليل عليه[2].

كما تطرق المشرع الجزائري إلى الكتابة باعتبارها أهم وسيلة لإثبات الإلتزام في المواد من 323 إلى 333 من القانون المدني.

وهكذا، تعد الكتابة شرعا وقانونا من أهم طرق الإثبات. فهي دليل يعد عند إبرام التصرف وقبل حصول النزاع بشأنه.

وإذا كان مبدأ ثبوت التصرف بالكتابة لم يثر خلافا يذكر في المواد المدنية، إلا أن الرأي قد اختلف ولا يزال حول شرط الكتابة في اتفاق التحكيم.

فبينما ترى بعض التشريعات مؤيدة من بعض الفقه وأحكام القضاء أن اشتراط الكتابة في اتفاق التحكيم للإثبات. في المقابل ذهبت بعض التشريعات الأخرى يناصرها بعض الفقه وأحكام القضاء إلى اعتبار اشتراط الكتابة في اتفاق التحكيم للإنعقاد، ولعل عدم اتفاق الرأي حول شرط الكتابة في اتفاق التحكيم يرجع إلى اختلاف الآثار التي قد تترتب على تبني هذا الإتجاه أو ذاك.

وفيما يلي سنتعرض لوجهتي النظر السابقتين، ثم ندلي برأينا في هذا الشأن.

الفرع الأول: الكتابة كشرط إثبات

ذهب أنصار هذا الإتجاه إلى القول بأن الكتابة هي وسيلة إثبات، وهذا الإتجاه تبناه المشرع في بعض الدول، وهذا ما نصت عليه المادة 252 من قانون المرافعات المدنية العراقي التي جاء فيها: " لا يثبت الإتفاق على التحكيم إلا بالكتابة"، وبنص مماثل تضمنت ذلك المادة 190 من قانون المرافعات المدنية والتجارية القطري لعام 1990، والمادة 2/203 من قانون الإجراءات المدنية

[1]– سورة البقرة، الآية 282.

[2]– أحمد صدقي محمود، **مفهوم الكتابة في اتفاق التحكيم**، دار النهضة العربية، ط1، القاهرة، 2004، ص 21.

الإماراتي رقم 11 لسـنة 1992، والمادة 173 من قانون المرافعات المدنية والتجارية الكويتي رقم 38 لسنة 1980.[1]

وقد تبنى المشرع المصري سابقا هذا الإتجاه حيث كانت تنص على ذلك م 2/501 من قانون المرافعات المصري رقم 13 لسنة 1968[2] على "أن التحكيم لا يثبت إلا بالكتابة ".

وتطبيقا لذلك قضـت محكمة النقض المصـرية "أن الكتابة شـرط لإثبات قبول المحكم مهمة التحكيم و ليسـت شـرطا لانعقاد مشـارطة التحكيم، وإذ كان الحكم المطعون فيه قد خالف هذا النظر وأقام قضاؤه على أن توقيع المحكمين على العقد يعتبر ركنا لانعقاده، إذ استلزم أن يكون توقيع المحكم على ذات العقد وإلا اعتبر باطلا، واستبعد على هذا الأساس الإقرار الصادر من المحكم والذي ضمنه سـبق موافقته على مهمة التحكيم – وهو محرر له قوة الكتابة في الإثبات – ورتب على ذلك بطلان المشارطة لعدم انعقادها فإنه يكون قد خالف أحكام القانون".[3] فإذا اختار أحد طرفي الخصومة محكما وحضر الطرف الآخر أمامه وأدلى بطلباته ودفاعه، فإن هذا الرضا الصريح بتحكيمه يغني عن كتابة تؤكده، مالم يتحفظ هذا الطرف قبل الإدلاء بدفاعه أمام هيئة التحكيم.[4]

وفي ذات الإتجاه قُضي في ظل قانون المرافعات الفرنسي السابق بأن " الكتابة ليست شرطا لصـحة اتفاق التحكيم، بل إنها شـرط لإثباته"، وعلى ذلك فإن إثبات اتفاق التحكيم يمكن أن يتم وفقا للقواعد العامة، أو وفقا لطرق الإثبات المقررة في المادة 109 من قانون التجارة الفرنسي. والحجة التي استند إليها القضاء عندئذ هو أن نص المادة 1005 مرافعات وردت بصيغة الجواز pourra être fait، وليس الوجوب فلم يقل devra être fait. وقد كانت هذه المادة تنص على أنه: " يجوز أن يبرم pourra être fait الإتفاق على التحكيم سواء في محضر أمام المحكمين، أو بعقد أمام الموثق، أو بعقد عرفي".[5]

---

[1]– محمد صالح علي العوادي، **التحكيم في المعاملات المصرفية**، مرجع سابق، ص209 وأيسر عصام داؤد سليمان، **الأثر المانع لإتفاق التحكيم في عقود التجارة الدولية**، مرجع سابق، ص 109.

[2] - قانون المرافعات المصري لسنة 1968 مع آخر التعديلات متحصل عليه من الموقع الإلكتروني: https://lawyeregypt.net

[3]– أحمد صدقي محمود، **مفهوم الكتابة في اتفاق التحكيم**، مرجع سابق، ص 25.

[4]– محمد صالح علي العوادي، **التحكيم في المعاملات المصرفية**، مرجع سابق، ص 210.

[5]– أحمد صدقي محمود، **مفهوم الكتابة في اتفاق التحكيم**، مرجع سابق، ص 26.

ووفقا لهذا الإتجاه تعتبر الكتابة مجرد وسيلة لإثبات اتفاق التحكيم فقط، وليس شرطا لصحته أو لانعقاده، وذلك لأن اتفاق التحكيم لا يعدو أن يكون عقدا رضائيا ينعقد بمجرد تبادل الإيجاب والقبول بين الطرفين، دون الحاجة إلى أي إجراء آخر، فهو ليس عقدا شكليا، لأن الكتابة ليست ركنا في العقد ولا شرطا لصحته، وإنما هي وسيلة لإثباته. ومعنى ذلك أن تخلف " الكتابة " كدليل إثبات وجود اتفاق التحكيم، لا يؤدي إلى بطلان اتفاق التحكيم، إذ يظل اتفاق التحكيم سليما تماما من الناحية القانونية، ويجوز إثباته بأية وسيلة من وسائل الإثبات تقوم مقام الكتابة كاليمين، والإقرار....الخ.[1]

الفرع الثاني: الكتابة كشرط انعقاد

اتجهت معظم التشريعات[2] إلى إخراج اتفاق التحكيم من دائرة التصرفات القانونية الرضائية، وجعلته تصرفا شكليا، شأنه شأن الهبة والوصية و...الخ.

وعليه وطبقا لهذه التشريعات فإن اتفاق التحكيم لا ينعقد بمجرد تراضي الأطراف، وإنما لابد من توافر عنصر الكتابة باعتباره ركنا لازما لانعقاده.

فاتفاق التحكيم يدور وجودا وعدما مع توافر عنصر الكتابة، بحيث يترتب على تخلفها بطلان اتفاق التحكيم. فالكتابة ليست مجرد وسيلة إثبات، ولكنها مطلوبة لانعقاد العقد.

فالتحكيم وفقا لهذه التشريعات إنما هو استثناء من الأصل العام في التقاضي، وهو القضاء العام في الدولة، لذلك يتعين إحاطته بالقدر الكبير من الحيطة للتأكد من أن إرادة الأطراف قد اتجهت بالفعل إلى التحكيم كوسيلة لحسم منازعاتهم الحالة، أو المستقبلية، ولا يتأتى ذلك إلا بجعل الكتابة ركنا لانعقاد اتفاق التحكيم[3].

وهذا ما اتجه إليه المشرع المصري حيث نصت المادة 12 من قانون التحكيم على أنه: " يجب أن يكون اتفاق التحكيم مكتوبا وإلا كان باطلا..."، وكذلك نصت المادة (1/10) من قانون التحكيم

---

[1]– علي الصادق القناص، عبد الرحيم أبو القاسم الحريزي، **اتفاق التحكيم بين الرضائية والشكلية في ظل القانون الليبي**، مجلة العلوم القانونية والشرعية، العدد الثامن، ص165.

[2]– ومنها التشريع اليمني مادة (15) تحكيم يمني رقم (1992/22) المادة (12 /ج) من قانون التحكيم المصري رقم (1994/27) والمادة (10) من قانون التحكيم الأردني رقم (2001/31) المادة 12 للمرسوم السلطاني رقم (97/47) التحكيم لسلطنة عمان. المادة 763 من قانون أصول المحاكمات المدنية المتعلقة بالبند التحكيمي في القانون الداخلي لدولة لبنان.

[3]– أيسر عصام داؤد سليمان، **الأثر المانع لا تفاق التحكيم في عقود التجارة الدولية**، مرجع سابق، ص 109.

الأردني على أنه: " يجب أن يكون اتفاق التحكيم مكتوبا وإلا كان باطلا ". وهو ما ذهب إليه المشـــرع الفرنسي من خلال استقراء المادة 1443 من قانون المرافعات.

وقد اسـتلزم المشـرع الجزائري الكتابة لوجود شـرط التحكيم وإلا كان باطلا، ويسـتوي في ذلك أن ترد كتابة شـرط التحكيم في العقد الأصـلي، أو في الوثيقة التي يسـتند إليها، أي الإتفاق اللاحق المبرم في وثيقة مســـتقلة عن العقد الأصـــلي، وذلك وفقا لنص المادة 1008 من قانون الإجراءات المدنية والإدارية الجزائري، والتي تنص على أنه: " يثبت شـــرط التحكيم تحت طائلة البطلان بالكتابة في الاتفاقية الأصلية أو الوثيقة التي يستند إليها " كما اشترط المشرع الجزائري أن يتضـمن شرط التحكيم تعيين المحكم أو المحكمين أو تحديد كيفية تعيينهم وإلا كان باطلا.

أما بالنسبة لمشـارطة التحكيم فالكتابة شـرط لوجودها وليست شـرطا لإثباتها حيث نصـت المادة 1012 من ق.إ.م.إ الجزائري على أنه: " يحصل الإتفاق على التحكيم كتابيا، ويجب أن يتضمن اتفاق التحكيم تحت طائلة البطلان موضوع النزاع وأسماء المحكمين أو كيفية تعيينهم ".

وسواء أكانت الكتابة مطلوبة لانعقاد اتفاق التحكيم، أو كانت مطلوبة لإثباته، فإن اشتراط توافرها في كلتا الحالتين له ما يبرره، إذ أن التحكيم يعد من التصـرفات القانونية التي لها خطرها بالنظر للآثار التي تترتب عليه:[1]

فمن ناحية أولى: إن اتفاق التحكيم يمثل تصـرفا قانونيا له خطره بالنسبة للدولة، إذ أن من شـأنه نزع الإختصـاص بالفصـل في النزاع المتفق بشـأنه على التحكيم من القضـاء العام في الدولة، وتخويل سلطة الفصل فيه إلى قضاء خاص يتشكل من أفراد عاديين يختارهم أطراف اتفاق التحكيم.

ومن ناحية ثانية: إن اتفاق التحكيم له خطره على حق أطراف اتفاق التحكيم أنفسـهم. إذ قد يترتب عليه المخاطرة ببعض الحقوق، إذ ليس بمقدور الأطراف تقدير النتائج التي ســـتترتب على التحكيم، وخاصـــة إذا كان التحكيم قد منع التفويض بالصـــلح حيث لا يتقيد المحكم بقواعد قانونية محددة، ويقضي تبعا لمبادئ العدل والإنصاف.

[1]– أحمد عبد الكريم سلامة، **قانون التحكيم التجاري الدولي والداخلي، تنظير وتطبيق مقارن**، ط1، دار النهضة العربية، القاهرة، 2004، ص 423 وما بعدها.

ومن ناحية ثالثة: أن للتحكيم أثره بالنسبة للغير، وذلك حينما يمتد اتفاق التحكيم إلى أطراف آخرين، أو عقود أخرى تتصل بذات المعاملة أو بالعقد الأصلي. كما هو الحال بالنسبة لاتفاق التحكيم الذي تبرمه الشركة الوليدة، حيث تمتد آثاره إلى الشركة الأم.[1]

الفرع الثالث: صور الكتابة في اتفاق التحكيم

نظرا للأهمية البالغة لعامل الوقت في مجال المعاملات التجارية ولا سيما الدولية منها، كان من الضروري الإستعانة بالتكنولوجيا الحديثة في مجال الإتصال، والتي تتناسب وتتلاءم مع طبيعة هذه المعاملات، شريطة أن تجمع هذه الوسائل بين الأمان القانوني من ناحية، وسرعة إنجاز العمل المطلوب من ناحية أخرى.

وتحقيقا لذلك ذهب المشرع المصري في نص المادة 12 من قانون التحكيم رقم 27 لسنة 1994 إلى القول على أنه: " ... ويكون اتفاق التحكيم مكتوبا إذا تضمنه محرر وقعه الطرفان، أو إذا تضمنه ما تبادله الطرفان من رسائل أو برقيات، أو غيرها من وسائل الإتصال المكتوبة ".

وكذا نص المادة 1040 من قانون الإجراءات المدنية والإدارية الذي جاء فيها:" .... يجب من حيث الشكل، وتحت طائلة البطلان، أن تبرم اتفاقية التحكيم كتابة، أو بأية وسيلة اتصال أخرى تجيز الإثبات بالكتابة ".

وبصورة أكثر اتساعا نصت المادة 2/7 من القانون النموذجي للتحكيم التجاري الدولي (UNCITRAL) على أنه: " ..... ويعتبر اتفاق التحكيم مكتوبا إذا ورد في وثيقة موقعة من الطرفين أو في تبادل رسائل أو تلكسات أو برقيات أو غيرها من وسائل الإتصال السلكي واللاسلكي تكون بمثابة سجل للإتفاق أو في تبادل المطالبة والدفاع التي يدعي فيها أحد الطرفين وجود اتفاق ولا ينكره الطرف الآخر".

كذلك نصت المادة 2/2 من اتفاقية نيويورك على أنه: " ويقصد " باتفاق مكتوب" شرط التحكيم في عقد أو اتفاق التحكيم الموقع عليه من الأطراف أو الإتفاق الذي تضمنته الخطابات المتبادلة أو البرقيات".

1

وعليه، وعلى ضوء ما تقدم، يمكن القول أن الكتابة في اتفاق التحكيم لم تعد تقتصر على ورق يوقعه الطرفان بالمفهوم التقليدي، بل أخذت صورا أخرى، مثل تبادل الرسائل أو البرقيات، أو ادعاء أحد الطرفين بوجود اتفاق لا ينكره الطرف الآخر، أو غيرها من وسائل الإتصال المكتوبة الأخرى.

وسوف نتعرض إلى هذه الصور وذلك فيما يلي:

أولا- التوقيع: تتحقق هذه الصورة التقليدية لاتفاق التحكيم في وجود وثيقة كتابية، أو محرر موقع من الأطراف أو من يمثلهم ، يتضمن توافق إرادة الأطراف للخضوع للتحكيم.[1] ويستوي الأمر سواء كان التوقيع خطيا أو إلكترونيا.

وهذه الصورة هي الصورة التقليدية الغالبة لوجود الإتفاق والاعتداد به، سواء على المستوى الداخلي (الوطني)، أم على المستوى الخارجي (الدولي) حيث يتطلب الأمر وجود محرر أو وثيقة كتابية موقع عليها من أطراف النزاع أنفسهم أو من يمثلهم، وتكون ذات دلالة حقيقية وكافية على العلم الصحيح بوجود اتفاق التحكيم المشار إليه، فتعد الكتابة في هذه الحالة إعلانا صريحاً على اتجاه إرادة طرفي النزاع إلى قضاء التحكيم باعتبارها هي الوسيلة الأفضل، والأكمل للإثبات، فإعداد الطرفين للدليل الكتابي في وقت مبكر قبل نشوب النزاع من شأنه أن يؤدي على زرع الثقة والاطمئنان في نفوس الأطراف جميعهم.[2]

ويندرج تحت هذه الصورة أيضا إحالة الأطراف عند تعاقدهم إلى شروط نموذجية معدة سلفا يلتزمون بها، وتتضمن هذه الشروط شرط التحكيم.[3]

ويتحقق الأمر أيضا، إذا اتفق الطرفان على التحكيم أمام المحكمة، وتم تدوين هذا الاتفاق في محضر الجلسة، على الرغم من من التوقيع عليه لكونه حرر تحت إشراف القاضي، الشيء الذي يعطيها طابعا رسميا.[4]

ثانيا- تبادل الرسائل أو الخطابات أو المستندات كتابة: نظرا للتطور الهائل الذي عرفه مجال وسائل الإتصالات، فقد استقر العرف التجاري الدولي على إمكان إبرام العقود دون أن يلتقي الطرفان، وبمجرد وجود تبادل مستندات مكتوبة، أيا كانت وسيلة هذا التبادل في صور رسائل، أو برقيات، أو

---

[1]- أيسر عصام داؤد سليمان، **الأثر المانع لإتفاق التحكيم في عقود التجارة الدولية**، مرجع سابق، ص 111.

[2]- محمد علي بن مقداد، **الطريق القويم للإتفاق على التحكيم، دراسة نظرية تطبيقية مقارنة**، مرجع سابق، ص 95-96.

[3]- محمد صالح علي العوادي، **التحكيم في المعاملات المصرفية**، مرجع سابق، ص 214.

[4]- أيسر عصام داؤد سليمان، **الأثر المانع لإتفاق التحكيم في عقود التجارة الدولية**، مرجع سابق، ص 112.

تلكســـات، أو رســـائل الفاكس أو كانت عبر الأنترنت،[1] عن طريق البريد الإلكتروني، أو الوســـائط الإلكترونية أو الرقمية، والتي من خلالها يتم وضـــع المعلومات في صـــورة رقمية وتخزينها كبيانات إلكترونية على شـــرائط ممغنطة أو أقراص، والإحتفاظ بها في قواعد أجهزة الحاســـب الآلي وما في شاكلتها [2].

وقد اعتمدت الاتفاقيات الدولية، والقوانين المحلية هذه الوســائل الحديثة، فهذه الوســائل وغيرها تعد بمثابة سجل للإتفاق[3].

ويشترط لتحقق هذه الصورة، التأكد من حدوث تبادل للمستندات الكتابية، على نحو يمكن القول معه، إن إيجابا كتابيا قد تلاقى مع قبول افرغ التعبير عنه في وثيقة كتابية.[4] على اختيار التحكيم كوسيلة لفض ما ينشأ بينهم من نزاعات، ويستوي الأمر إن كانت الكتابة تقليدية أو إلكترونية.

المطلب الثالث: أن يكون النزاع قابلا للتحكيم (ركن المحل)

يقصـــد بمحل اتفاق التحكيم، تلك المنازعة التي يراد حســـمها عن طريق التحكيم، والتي يجب أنتقبل التســـوية بواســـطته، والذي يرتبط وجوده بوجودها. غير أن المنازعة التي تكون محلا لاتفاق التحكيم، قد توجد مستقبلا في شرط التحكيم، وقد تكون موجودة حالا في عقد التحكيم، الذي يتم إبرامه بسبب نزاع قائم بالفعل[5].

وطالما أن اتفاق التحكيم، هو عقد كسائر العقود، فلا بد من أن يتوافر في محله الشروط العامة المتطلبة في محل الإلتزامات التعاقدية بوجه عام، والمتمثلة في أن يكون محل اتفاق التحكيم موجودا وممكنا ومعينا أو قابلا للتعيين، وأن يكون مشروعا.

وقابلية النزاع للتحكيم موضـــوع في غاية الأهمية، لأن الفكرة من ورائه هي رســـم الحدود التي يضـــعها النظام العام للتحكيم كنظام لحســـم الخلافات. فكل دولة لها ســـياســـتها ونظامها الاقتصـــادي

---

[1]. احمد صدقي محمود، **مفهوم الكتابة في اتفاق التحكيم**، مرجع سابق، ص 49.

2- محمد علي بن مقداد، **الطريق القويم للإتفاق على التحكيم، دراسة نظرية تطبيقية مقارنة**، مرجع سابق، ص 98.

[3]. أنظر المادة 07 من القانون النموذجي للتحكيم الدولي لليونيسترال.

[4]- أيسر عصام داؤد سليمان، **الأثر المانع لا تفاق التحكيم في عقود التجارة الدولية**، مرجع سابق، ص 113.

[5]- ناريمان عبد القادر، **اتفاق التحكيم وفقا لقانون التحكيم في المواد المدنية والتجارية رقم:27 لسنة 1994**، دار النهضة العربية، القاهرة، ط 1 ،1996، ص 240.

والإجتماعي اللذان يحددان ما هي المسائل القابلة للتحكيم وما هي المسائل غير القابلة للتحكيم. ومن هنا إذا كان موضوع العقد التحكيمي لا يقبل التحكيم فإن الشرط التحكيمي يكون خاليا من أي أثر لأنه يكون غير قابل للتنفيذ .[1]

وقد أخرجت بعض التشـــريعات الوطنية والإتفاقيات الدولية بعض المنازعات عن نطاق التحكيم لطبيعتها الخاصـــة أو لأهميتها وخطورتها، فقد أكدت اتفاقية نيويورك لعام 1958 على عدم الإعتراف باتفاقيات التحكيم إلا إذا كان موضوع النزاع، أي تلك الاتفاقيات مما يجوز تسويته بطريق التحكيم.[2]

نصت المادة 11 من قانون التحكيم المصري على أنه: " لا يجوز التحكيم في المسائل التي لا يجوز فيها الصلح" وقد نصت المادة 551 من القانون المدني المصري على أنه " لا يجوز الصلح في المسائل المتعلقة بالحالة الشخصية أو بالنظام العام، ولكن يجوز الصلح على المصالح المالية التي تترتب على الحالة الشخصية أو التي تنشأ عن ارتكاب إحدى الجرائم ".[3]

وعليه فلا يجوز أن يكون محلا للتحكيم المنازعات المتعلقة بالأحوال الشخصية كالزواج والطلاق والميراث والبنوة وثبوت النسب والحجر والحضانة والأهلية، أما الآثار المالية لهذه المسائل مثل أجر الحضانة أو المهر أو النفقة أو التعويض عن الطلاق، فإنها تصلح أن تكون محلاً للتحكيم.[4]

وهو نفس ما ذهب إليه المشرع الجزائري في الفقرة الثانية من المادة 1006 ق ا م إ التي نصت على أنه : " لا يجوز التحكيم في المسائل المتعلقة بالنظام العام أو حالة الأشخاص وأهليتهم"، وانطلاقا من هذا النص نجد أن المشـــرع الجزائري قد أخرج بعض المســـائل من مجال التحكيم الداخلي، وهي المتعلقة بالنفقة والإرث والحقوق المتعلقة بالمســـكن وكذلك المتعلقة بالنظام العام، وحالة الأشـــخاص وأهليتهم، وجسد بذلك الحل الكلاسيكي المعتمد في جل التشريعات الداخلية للدول رغم اختلافها في بعض المسائل.[5]

ففكرة النظام العام فكرة مرنة ليس لها ضابط محدد، فهي فكرة معيارية نسبية تختلف من دولة إلى أخرى، بل من زمن إلى آخر داخل نفس الدولة،[6] كما أن النظام العام الداخلي يختلف عن النظام

---

[1]– عبد الحميد الأحدب، **التحكيم الدولي**، الجزء الثاني، مرجع سابق، ص 161.

[2]–خالد عبد العظيم أبو غابة، **التحكيم و أثره في فض المنازعات**، مرجع سابق، ص 43.

[3]– لزهر بن سعيد، **التحكيم التجاري الدولي**، مرجع سابق، ص 62.

[4]– خالد عبد العظيم أبو غابة، **التحكيم و أثره في فض المنازعات**، المرجع نفسه، ص 43.

[5]– لزهر بن سعيد، **التحكيم التجاري الدولي**، مرجع سابق، ص 63.

[6]– لزهر بن سعيد، **التحكيم التجاري الدولي**، مرجع سابق، ص 63.

العام الدولي، ولهذا فقد يبطل الإتفاق على التحكيم إذا كان وطنيا، ويكون هو نفسه صحيحا إذا كان دوليا. فالقواعد المقررة لبطلان التعامل على أساس الذهب أو عملة أجنبية هي من قواعد النظام العام الداخلي، وعند تطبيق مثل هذه القواعد على المعاملات الدولية فإنها ستعطي آثاراً سلبية، حيث ستحجم الشركات الأجنبية في مختلف مجالات تجارة السلع والخدمات عن التعامل مع الأطراف الوطنية، مما يؤدي إلى نتائج سلبية ويلحق الضرر بالمصالح الوطنية والاقتصاد القومي. وهذا بطبيعة الحال ينال من الأهداف التي تسعى إلى تحقيقها السياسة التشريعية من وضع القواعد المشار إليها.[1]

ومادامت العمليات المصرفية تعتبر جد حساسة نظرا لعلاقتها بالاقتصاد الوطني وتأثيرها عليه سلبا أو إيجابيا، فإنها غالبا تظل خاضعة للتشريعات الداخلية ومراقبة القضاء الوطني، لذلك فهي تعتبر حسب البعض من المسائل المتعلقة بالنظام العام، والتي تتطلب عدم التساهل والتسامح بشأنها لذلك نتساءل عن مدى تعلقها فعلا بالنظام العام؟ وما هي المنازعات المصرفية القابلة للتحكيم وتلك غير القابلة للتحكيم؟

الفرع الأول: مدى تعلق العمليات المصرفية بالنظام العام

لا يوجد نظام قانوني خال من الحد الأدنى من القواعد التي تحمي كيان المجتمع ونظامه، هذه القواعد التي لا يجوز لأي كان المساس بها أو تجاهلها، وهي تلك القواعد التي يطلق عليها النظام العام.

ويتسم تحديد نطاق المسائل التي لا يجوز فيها التحكيم في كثير من الأنظمة القانونية في العالم بالغموض وعدم تحديد حدود ما يجوز فيه وما لا يجوز فيه، وإذا كان الاتجاه العام لتشريعات دول العالم أن مسائل النظام العام تخرج من دائرة التحكيم فإن تحديد النظام العام كأمر يتسم في بعض الأحيان بصعوبة بالغة خاصة مع اختلاف نطاق النظام العام في كل دولة عن الأخرى، وكذلك مع التغيير المستمر للمفهوم في كل دولة وفقا لسرعة تغير المعايير التي تحدده وسرعة التطور فيها.[2]

وتختلف وظيفة النظام العام بين المنهج التشريعي عنه في منهج القواعد ذات التطبيق الضروري، حيث ذهب البعض إلى بلورة هذا الدور في المنهجين بقوله "إن النظام العام في منهجية التنازع هو نظام حمائي بينما في منهجية القواعد ذات التطبيق الضروري هو نظام وقائي، وإن تشابه الدور في

[1]– محمد صالح علي العوادي، **التحكيم في المعاملات المصرفية**، مرجع سابق، ص ص : 157–158.

[2] – محمد أبو العينين، **قابلية المنازعات للتحكيم، سلسلة دفاتر المجلس الأعلى العدد 6، سنة 2005**، مركز النشر والتوثيق القضائي، ص 87.

الحالتين إلا أنهما بالقطع غير متطابقين، فثمة بينهما اختلاف مرحلي، فبينما تكون الوقاية في مرحلة متقدمة وبحيث تصبغ بعض القواعد بصبغة النظام العام بما يمنع دخولها في أية منازعة مع أية قوانين أخرى أجنبية لحكم العلاقة المطروحة ذات الطبيعة الدولية، تعرض للحماية في مرحلة لاحقة بوصفها علاجا لمساوئ تطبيق منهجية التنازع.[1]

وانطلاقا من الدور الذي يلعبه النظام العام في حماية الاقتصاد الوطني والذي نعالج من خلاله العمليات المصرفية يمكن القول إن هذه العمليات ليست وحسب مجرد عقود عادية يقتصر أثرها على العلاقة بين أطرافها، وإنما هي عمليات لها وظيفة اقتصادية ومالية غاية في الأهمية داخل الدولة، مما أدى إلى تنظيم هذه العمليات بقواعد آمرة لا يمكن للأفراد الاتفاق على مخالفتها مما يستتبع وصفها بأنها تتعلق بالنظام العام، والتي تهدف إلى حماية الحرية الاقتصادية من جانب، وحماية الطرف الضعيف اقتصاديا في بعض العلاقات العقدية من جانب آخر، لذلك فالعمليات المصرفية هي من المجالات التي شهدت تدخلا واسعا من جانب الدولة نظرا لأهمية هذه الوظيفة التي تؤديها وارتباطها بمرفق حيوي هو مرفق الاقتصاد الوطني.[2]

وقد رافق هذا التطور ظهور ما يسميه البعض بالعقد المصرح أو المأذون به وهو العقد الذي يلزم لانعقاده بالإضافة إلى تلاقي إرادات أطرافه، الحصول على إذن الإدارة التي تدخل في العقد كما لو كانت طرفا ثالثا. ويظهر ذلك بوضوح في المعاملات المصرفية الدولية والتي يلزم القيام بها الحصول على ترخيص من الإدارة.[3]

إلا أن هناك بعض العمليات المصرفية لا يمكن إحالة النزاعات الناشئة عنها على أنظار المحكمين وخاصة المنازعات المتعلقة بتنظيم النقد الأجنبي، حيث أنه من الأمور المسلم بها أن استخدام النقود على المستوى الوطني أو الدولي ليس هدفا في حد ذاته وإنما وسيلة لتسهيل تبادل السلع والخدمات والأصول المالية، وتتميز هذه الوسيلة بأنها ذات تأثير قوي في المتغيرات الاقتصادية الدولية وبخاصة في مجال التمويل التجاري، ويقوم البنك المركزي بمراقبة تنفيذ عمليات النقد الأجنبي التي

---

[1]– حسام الدين فتحي، "**مركز قانون القاضي في حكم المنازعات الخاصة الدولية" – دراسة مقارنة رسالة دكتوراه–**، حقوق عين شمس، 1990، ص 52.

[2]– نجيب أحمد عبد الله، **التحكيم في القوانين العربية – دراسة مقارنة في الفقه الإسلامي والأنظمة الوضعية–**، مكتب الجامعي الحديث، الإسكندرية، مصر، 2006، ص 506.

[3]– عكاشة محمد عبد العال ومصطفى محمد الجمال، **التحكيم في العلاقات الخاصة الدولية والداخلية**، منشورات الحلبي الحقوقية، بيروت، 1998، ص 204.

تقوم بها المصـارف، وتشـمل تشـغيل أرصـدة المصـارف المعتمدة وكيفية التعامل الآجل في هذا النقد ووســائل الدفع مع الخارج، والقواعد المنظمة للموضـــوعات المتعلقة بالتجارة الخارجية، وعلى ذلك لا يكون محلا للتحكيم النزاع الناتج عن عملية مصـــرفية حول التعامل بالنقد الأجنبي ومنها المنازعات الناشــئة حول عقد مصــرفي داخلي أو دولي ربطه القانون بالحصــول على إذن أو ترخيص من جهة الإدارة لإبرامه، وهذا إذن لا يمنح إلا إذا تأكدت هذه الجهة من أن مضــمون العقد يتفق مع المصــلحة العامة.[1]

كما أن المنازعات الناشئة حول تنظيم العمليات المصرفية وشروط عمل المؤسسات المصرفية لا تقبل التحكيم، فمعاملات البنوك مع عملائها المقيدة بقواعد آمرة (وبشـــروط البنك)، وهي القواعد التي تفرضــها الســلطة العامة في الدولة وغيرها من الأحكام المتعلقة بالســياســة الاقتصــادية والنقدية التي يفرضها المشرع في هذا الشأن، فالتحكيم في جميع هذه المنازعات يتسرب إليه البطلان، بالنظر إلى ما يترتب على ذلك من آثار خاصة في مجال التنفيذ،[2] لذلك يفصل القضاء في جميع المنازعات المتعلقة بالنظام العام وهي المنازعات الواجب فضــها وفقا لقواعد النظام العام، لأن هذه القواعد مقررة لمصــلحة البنك والعميل والمصـــلحة العامة المتمثلة في حماية المجتمع، رغم أن الواقع التحكيمي يظهر جليا أن التحكيم لم يتجاهل قط مفاهيم النظام العام بمختلف مفاهيمه الوطنية، حرصــا منه على إعطاء نوع من الفاعلية لحكام التحكيم وغلق الباب أمام القضاء الوطني خلال بسطه لرقابته علـــــــــــــى أحكام التحكيـــــم، وبالتالي تظل فكرة النظام العام حاضرة أمام المحكم كما القاضي لا يمكن تجاهلها[3].

ومن هنا نؤكد على ضــرورة إعطاء مفهوم ومضــمون ضــيقين لفكرة النظام العام بشــكل يســمح لنظام التحكيم بتحقيق فاعليته وهدفه، خاصــة بعد دخول الجزائر اقتصــاد الســوق وفتح باب الإســتثمار أمام الشركات الأجنبية.

الفرع الثاني: العمليات المصرفية وقابليتها للتحكيم

---

[1]– عبد الواحد القهار، **أحكام التعاون الدولي في مجال التنمية الاقتصادية**، عالم الكتب، القاهرة، ص 33.

[2]– صلاح الدين جمال الدين، **التحكيم وتنازع القوانين في عقود التنمية التكنولوجية**، دار الفكر الجامعي، 2005، الطبعة 1، ص 166.

[3]– السالك كروم، **دور استقلال شرط التحكيم**، أطروحة لنيل شهادة الدكتوراه في القانون الخاص، وحدة التكوين والبحث قانون الأعمال، جامعة الحسن الأول . كلية العلوم القانونية والاقتصادية والاجتماعية، سنة 2014.2015.

العمليات المصـرفية هي جميع الخدمات المصـرفية أي الأعمال التي تقوم بها البنوك عادة من صرف وائتمان وتسليف النقود بضمان أو بدون ضمان، وشراء وبيع الأوراق المالية والتعامل بالأوراق التجارية وخصـمها أو إعادة خصـمها وفتح الاعتمادات العادية أي المالية، والاعتمادات المسـتندية والحسابات الجارية، وقبول الودائع النقدية بفائدة أو بدون فائدة.[1]

والسـؤال المطروح هنا، هل يمكن للأعمال المصـارف على تعددها وتنوعها أن تكون قابلة للتحكيم؟

من الصـعب تحديد قائمة شـاملة بالنزاعات التي قد تنشـأ بين البنوك وعملائها،[2] فهي تتزايد مع تزايد وتطور العمليات التجارية والتي تلعب فيها البنوك دورا بارزا.

وقد أكدت التشـريعات على مفهوم واسـع في العلاقات التي يمكن أن تكون موضـوعا للتحكيم التجاري تشـمل العلاقات القانونية أو الأعمال التي تثبت لها الصـفة التجارية بالمعنى الدقيق. والتحكيم في العلاقات المالية المدنية على السـواء، إذا كان كل منها له طابع اقتصـادي ولا يخرج منه بالتالي سوى المنازعات التي تتعلق بخصومة مدنية غير مالية[3] والتي لا يحول النظام العام دون النظر فيها.

وبناء على ذلك نقول إن جميع المنازعات الناشئة بين العميل والمصرف بشأن عقود الاستثمار والمنازعات ذات الطابع التجاري، ونقل التكنولوجيا وتلك المتعلقة بالتعهدات الحاصـلة بين المصـرف والعميل يجوز فيها التحكيم.

وما دمنا في صـدد الحديث عن التحكيم في العمليات المصـرفية الدولية وخاصـة خطابات الضـمان الدولية، نسـجل عمل تم في إطار اتحاد بنوك مصـر عام 1987 حيث كثرت الشـكاوى من عدم قيام البنوك بدفع مبالغ خطابات الضـمان الصـادرة منها إلى المسـتفيدين، وكثيرا ما يضـطر هؤلاء إلى الالتجاء إلى القضـاء لنيل حقوقهم، ومن ناحية أخرى كان الآمر بإصـدار الضـمان يلجأ بدوره إلى القضاء طالبا تسييل مبلغ الخطاب.

---

[1]– أكرم ياملكي، **الأوراق التجارية وفقا لاتفاقية جنيف الموحدة والعمليات المصرفية وفقا للأعراف الدولية**، دار الثقافة والنشر والتوزيع، عمان الطبعة الأولى، 2001، ص 287.

[2]– نريمان عبد القادر، **اتفاق التحكيم وفقا لقانون التحكيم في المواد المدنية والتجارية رقم:27 لسنة 1994**، مرجع سابق، ص 50.

[3]– عكاشة محمد عبد العال ومصطفى محمد الجمال، **التحكيم في العلاقات الخاصة الدولية والداخلية**، مرجع سابق، ص 173.

وكان ذلك يتم أحيانا بأوامر على العرائض تصـدر دون حضـور البنك ويفاجأ البنك بإعلان من المسـتفيد أن قاضـيا يأمره بدفع قيمة الخطاب، وإعلان آخر في نفس الوقت من الآمر بالإصـدار ينبه عليه بأنه طبقا لقرار قاضـي آخر يتعين عليه ألا يدفع إلى المسـتفيد قيمة الخطاب، فأي الأمرين ينفذ البنك؟

وتزداد حدة المشكلة عندما يكون كل من العميل والمستفيد أحدهما يقيم في دولة مختلفة، إذ تقدم للبنك أحكام أو أوامر متضـاربة من دول مختلفة وقد يقوم المسـتفيد باتخاذ إجراءين آخرين: أولهما الشـكوى إلى البنك المركزي والثاني هو تهديد البنك بعدم قبول خطابات الضـمان التي تصـدر منه مستقبلا ودعوة السلطات وقف نشاطه.

الفصل الثاني: التحكيم في الكفالة المصرفية

الفصل الثاني: التحكيم في الكفالة المصرفية

تعد الكفالة المصرفية أكثر الكفالات ذيوعا وانتشارا، حيث يرغب الدائنون عادة من مدينهم تقديم كفالة أحد البنوك لضمان الوفاء بديونهم عندما يتخلف هؤلاء المدينين عن السداد، وذلك لما يتمتع به البنك من ملاءة مالية تبث الطمأنينة دائما في نفوس الدائنين، فيتقدم البنك بضمان وفاء ما على المدين لدائنه.[1]

وهكذا، فإن الكفالة المصرفية تفترض وجود عقدين، العقد الأول يربط بين الدائن و المدين و يسمى العقد الأصلي، والعقد الثاني يربط بين البنك الكفيل ودائن المدين ولا يكون الأخير طرفا فيه، وهو عقد الكفالة المصرفية.[2]

وقد يتفق الدائن والمدين في العقد الأصلي على شرط التحكيم ليحجبان بموجبه نظر المنازعات الناشئة عن هذا العقد عن قضاء الدولة لينتقل الإختصاص إلى التحكيم.

ومن هنا يأتي التساؤل، ما أثر التحكيم على التزام البنك الكفيل ومدى إمكانية تمسك البنك الكفيل بالتحكيم؟

وللإجابة عن هذا التساؤل لا بد لنا في البداية من التعريف بالكفالة المصرفية ثم نستتبع ذلك بالحديث عن أثر التحكيم على الكفالة المصرفية معتمدين في ذلك على التقسيم التالي:

المبحث الأول: مفهوم الكفالة المصرفية وبيان خصائصها.

المبحث الثاني: أثر اتفاق التحكيم على التزام البنك الكفيل.

المبحث الأول: مفهوم الكفالة المصرفية وبيان خصائصها

[1]– خالد عبد العظيم أبو غابة، **التحكيم و أثره في فض المنازعات**، مرجع سابق، ص 123.

[2]– هاني عطاى، **التحكيم في الضمانات المصرفية، دراسة مقارنة**، مرجع سابق، ص107.

الكفالة المصرفية هي أحد التسهيلات الإئتمانية غير المباشرة التي تقدمها البنوك لعملائها، إذ يقوم هذا النوع من التسهيلات على عدم تقديم دعم مباشر للمتعامل و إنما التيسير له في تنفيذ أعماله، وذلك عن طريق قيام البنك بضمان المتعامل لتنفيذ الإلتزامات المادية عليه.[1] فالغاية من الكفالة المصرفية هي إفساح المجال أمام المعتمد له (المكفول) لعدم دفع المبالغ التي يطلب إليه دفعها ضمانا لتنفيذ تعهداته.[2]

وقبل الولوج في الحديث عن التحكيم كأحد الطرق البديلة لفض المنازعات المتعلقة بالكفالة المصرفية باعتبارها إحدى العمليات التي تقوم بها البنوك، فلا بد لنا من التعريج بداية على التعريف بهذه العملية المصرفية (الكفالة المصرفية) ليسهل علينا بعد ذلك الحديث عن الإشكالات التي يتعرض لها أطرافها في حالة وجود شرط التحكيم.

ومن أجل ذلك قمنا بتقسيم هذا المبحث إلى مطلبين نعرف في أولهما بالكفالة المصرفية ثم نستتبع ذلك بمطلب ثان نتطرق فيه لبيان خصائها.

المطلب الأول: تعريف الكفالة المصرفية

الكفالة أداء ابتكرها العرف المصرفي خدمة للعمليات المتعلقة بالإقتصاد عموما، حيث أن تقديمها يمثل البديل المقبول عن النقد المطلوب دفعه من المكفول تأمينا للإلتزام بعمل معين.[3]

وفي الواقع، الكفالة هي واحدة من أقدم الضمانات، التي تميزت ببساطة إجراءاتها ، فقد عبرت هذه الوسيلة القرون و الحدود إذ ترجع إلى العهد الروماني، حيث كانت فكرة ضمان الديون ليست بملكية، بل بشخص ثالث سلم نفسه رهينة للدائن إذا فشل المدين في تنفيذ التزاماته.[4]

وتعرف **الكفالة في اللغة بأنها:** " الضم، وتكفل الشخص بالشيء أي إلزامه به".

---

[1]– مروان محمد أبو عرابي، **الخدمات المصرفية في البنوك الإسلامية والتقليدية**، مرجع سابق، ص 30.

[2]– أنس العلبي، **النظام القانوني لبطاقات الإعتماد**، الطبعة الأولى، منشورات الحلبي الحقوقية، بيروت، لبنان، 2005، ص 28.

[3]– خالد وهيب الراوي، **العمليات المصرفية الخارجية**، دار المناهج للنشر والتوزيع، الطبعة الثانية، 2005، ص 121.

[4]- Samira Habbassi-Mebarkia , La protection de la caution , Thèse de doctorat Pour obtenir le grade de Docteur de l'Université de VALENCIENNES ET DU HAINAUT CAMBRESIS Droit privé Présentée et soutenue par Samira HABBASSI-MEBARKIA Le 09 février 2016, à Valenciennes, publier sur le site/ https://tel.archives-ouvertes.fr/tel-01320694/document

أما الكفالة **بوجه عام في الإصطلاح القانوني هي:** " عقد يتم بين شخص يسمى الكفيل و دائن شخص آخر، بموجبه يلتزم الكفيل أن يضمن للدائن الوفاء بالدين الذي على المديـــــن".[1]

كما عرفها البعض بأنها: " ضم ذمة الكفيل إلى ذمة الأصيل مطالبة، دون الدين، فيكون الدين باقيا في ذمة الأصيل كما كان ".[2]

وقد أورد المشرع الجزائري في نص المادة 644 من القانون المدني تعريفا للكفالة بقوله: "**الكفالة عقد يكفل بمقتضاه شخص تنفيذ التزام بأن يتعهد الدائن بأن يفي بهذا الالتزام إذا لم يف به المدين نفسه**"[3]، يستخلص من نص المادة أنظر في الكفالة هما الكفيل والدائن، أما المدين فليس طرفا في العقد، فيصح أن تتم الكفالة دون علم هو رغم إرادته.[4] مع أنها لا تتصور بغير وجود الالتزام الذي يقع على عاتق هذا المدين.

هذا عن الكفالة بصفة عامة أما **الكفالة المصرفية فقد عرفت بأنها:**[5]

" **عقد بمقتضاه يكفل البنك بتنفيذ الإلتزام، بأن يتعهد للدائن بالوفاء بهذا الإلتزام إذا لم يف به المدين نفسه وذلك مقابل أجر**"

كما عرفت بأنها:" **التصرف الذي يتعهد بموجبه البنك في مواجهة الغير (الدائن) بتأدية الإلتزام الذي يتحمله عميله المدين (المكفول) تجاه هذا الغير، إذا لم يقم العميل بتأديته عن نفسه و ذلك مقابل عمولة.**"

فالكفالة المصرفية تعني التزام المصرف بتنفيذ موجبات عميله، تجاه دائن هذا العميل الذي يتأخر عن تنفيذها.[6] وذلك من خلال ضم ذمة البنك الكفيل إلى ذمة عميله في ضمان الوفاء بالإلتزام المكفول، كون البنك بقدرته المالية التي تفوق قدرة الأفراد يتدخل ليكفل أحد عملائه في مواجهة دائنيه.[7] مقابل

---

[1]– هاني عطاى، **التحكيم في الضمانات المصرفية، دراسة مقارنة**، مرجع سابق، ص 84.

[2]- عادل عبد الفضيل عيد، **الإئتمان والمداينات في البنوك الإسلامية**، دار الفكر الجامعي، الإسكندرية، 2011، ص 186.

3– المادة 644 من الأمر 75–58 المتضمن القانون المدني المعدل والمتمم، مرجع سابق.

[4]– تنص المادة 647 من القانون المدني: " تجوز كفالة المدين دون علمه، وتجوز أيضا رغم معارضته "

[5]– هاني عطاى، **التحكيم في الضمانات المصرفية، دراسة مقارنة**، مرجع سابق، ص 87.

[6]– إلياس ناصيف، **العقود المصرفية، المجلد الثاني، التحويل المصرفي، الحساب المشترك، الكفالة المصرفية**، الطبعة الأولى، منشورات حلبي الحقوقية، بيروت، 2014.

[7]– محمد صالح علي العوادي، **التحكيم في المعاملات المصرفية**، مرجع سابق، ص 254.

عمولة معينة يتقاضاها لقاء الخدمة المقدمة لعميله والتي تتناسب عادة ومبلغ الكفالة ومدتها ومقدار الخطر المرتبط بها.

على أن الكفالة المصرفية تتحول إلى التزام بالدفع الفعلي عندما يحل أجل الدين أو التعهد المكفول ويمتنع المعتمد له (المدين) أو يعجز عن الوفاء.[1]

والكفالة في المجال البنكي لا تخرج عن القواعد العامة المنصوص عليها في القانون المدني، رغم أنها تستمد بعض القواعد من الممارسة العقدية طبقا لمبدأ العقد شريعة المتعاقدين.[2]

ويترتب على عقد الكفالة المصرفية **عدة آثار أهمها:** [3]

1- عند عجز المدين عن الوفاء بالدين فإن البنك الكفيل يلتزم بالوفاء بالذي مع مراعاة أن البنك الكفيل يستطيع أن يستخدم في مواجهة الدائن كافة الدفوع التي يستطيع المدين أن يدفع بها في مواجهة الدائن وذلك طبقا للقواعد العامة.

2- إذا قام البنك بالوفاء للدائن، فإن الدائن يجب عليه تسليم وثائق الدين للبنك الذي قام بالوفاء لكي يتمكن من الرجوع على المدين ومطالبته بجميع المبالغ التي دفعها عنه.

المطلب الثاني: خصائص الكفالة المصرفية

ومن خلال التعريفات السابقة للكفالة المصرفية يتضح أنها تمتاز بخصائص تميزها عن غيرها من أنواع الكفالات والتي سنذكرها فيما يلي:

الفرع الأول: الكفالة عقد رضائي

عقد الكفالة المصرفية لا يخرج عن الأصل العام في إبرام العقود، ألا وهو مبدأ رضائية العقود، بحيث يتم انعقاد الكفالة بمجرد تراضي أو تطابق إرادة طرفيها، الكفيل والدائن.

والرضا في الكفالة لا يفترض، وإنما لا بد أن يكون رضا البنك الكفيل بالكفالة صريحا، بعكس الحال بالنسبة للدائن الذي يمكن أن يستشف رضاه ضمنا لأن الكفالة غالبا ما تعقد لمصلحته، أما المدين فلا أهمية لرضاه فيجوز أن تعقد الكفالة دون علمه، سواء رضي أو لم يرض بها، فهو أجنبي عن عقد

---

[1]- أنس العلبي، **النظام القانوني لبطاقات الإعتماد**، الطبعة الأولى، مرجع سابق، ص 28.

[2]- محمد الكيلاني، **عمليات البنوك**، الجزء الأول، دار الحبيب، الطبعة الأولى، الأردن، 1992، ص25.

[3]- بسام حمد الطراونة، باسم محمد ملحم، **شرح القانون التجاري، الأوراق التجارية والعمليات المصرفية**، الطبعة الأولى، دار المسيرة للنشر والتوزيع والطباعة، عمان، 2010، ص 440، 441.

الكفالة، وهي تقوم لمصلحة الدائن وليس فيها ضرر على المدين. و يشترط في الرضا أن يكون سليما من العيوب المؤثرة فيه كالغلط و التدليس والإكراه.[1]

وإذا كانت المادة 645 من القنون المدني الجزائري وتقابها المادة 773 من القانون المدني المصري تقضي بوجوب الكتابة في الكفالة، فهذا لا يعني أن عقد الكفالة أصبح عقدا شكليا لا يتم إلا بالكتابة بل أن الكتابة هنا اشترطت للإثبات وليس للإنعقاد.[2]

الفرع الثاني: الكفالة عقد ملزم لجانب واحد:[3]

الكفالة عقد ملزم لجانب واحد، لأنه لا ينشأ التزامات إلا في ذمة الكفيل، الذي يلتزم بالوفاء بدين المدين إذا لم يقم هذا الأخير بتنفيذه،[4] أما الدائن فلا يلتزم بشيء، وذلك لأن العقد لا ينشئ إلا إلتزاما واحداً يقع على عاتق الكفيل، أمَّا الدَّائن وهو الطرف الآخر في عقد الكفالة، فلا يلتزم بشيء مقابل التزام الكفيل، وهو مؤداه أنه ليس من العقود المتبادلة الملزمة لكل من الطرفين.[5]

الفرع الثالث: الكفالة المصرفية عقد تجاري

إذا كان الأصل العام أن الكفالة عمل مدني و لو كان الكفيل تاجرا أو كان الدين المكفول تجاريا، فإن الكفالة المصرفية تجارية دائما بالنسبة للبنك باعتبارها عملا من أعمال البنوك.[6] وذلك طبقا لنص المادة الثانية من القانون التجاري الجزائري التي تقضي بتجارية جميع عمليات الصرف والمصارف، فيمكن أن تثبت الكفالة المصرفية في مواجهة المصرف بكافة الطرق وتعد هذه الكفالة تضامنية عملا

---

[1]– محمد صالح علي العوادي، **التحكيم في المعاملات المصرفية**، مرجع سابق، ص 256.

[2]– نصت المادة 645 ق م ج على أنه: لا تثبت الكفالة إلا بالكتابة، ولو كان من الجائز إثبات الإلتزام الأصلي بالبينة" ونفس النص ينطبق على المادة 773 قانون مدني مصري.

[3]– العقد الملزم لجانب واحد: هو العقد الذي لا ينشئ الإلتزامات إلا في جانب أحد المتعاقدين، فيكون مدينا غير دائن، ويكون المتعاقد الآخر دائنا غير مدين. أنظر: عبد الرزاق السنهوري، **الوسيط في شرح القانون المدني، الجزء الأول**، ص 132.

[4] - Francine Macorig-Venier , **Droit civil : les suretés** , L'Hermès éditeur, Paris, 1ere édition, 1999 , P161 .

[5]– هاني عطاى، **التحكيم في الضمانات المصرفية**، مرجع سابق، ص 91.

[6] – عبد الفضيل محمد أحمد، **عمليات البنوك**، دار الفكر والقانون، المنصورة، جمهورية مصر العربية، 2010، ص 132.

بقاعدة افتراض التضامن في المواد التجارية،[1] فلا يمكن للمصرف الدفع بالتجريد، والتقسيم المقرر للكفيل العادي للتحلل من التزاماته.

الفرع الرابع: الكفالة المصرفية تقوم على الإعتبار الشخصي

تستمد الكفالة المصرفية هذه الخاصية من ميزة الإئتمان الذي ساد الميدان التجاري والتي تعني الثقة، فالتعامل في المجال التجاري يغلب عليه تأجيل الوفاء، وتعتبر الضمانات البنكية أحد الآليات الهامة لتقوية الإئتمان.[2]

والكفالة كضمانة بنكية لا يمكن أن تخرج عن الإعتداد بالإعتبار الشخصي، وذلك من وجهين، الوجه الأول هو وجود شخص معنوي يتدخل ككفيل يجعل الكفالة محل اعتبار من طرف الغير المتعاقد مع المكفول وذلك لما للبنك من ملاءة مركزه المالي، ومن الجهة الأخرى أثناء منح البنك الكفالة لعميله (المدين) يتحرى عنه خصوصاً من ناحية ما عليه من خصوم وما له من أصول وضمانات للدين المكفول ومدى حسن نيته وكفاءته. عموماً: فالإعتبار الشخصي أساس تدخل البنك ككفيل، ولولا هذا الإعتبار ما كان للبنك أن يوافق على منح توقيعه للكفيل.[3]

الفرع الخامس: الكفالة المصرفية تقدم بمقابل (عمولة)

من البديهي أن البنك عندما يقوم بدور الكفيل فيضمن عميله المدين (المكفول) فهو يقدم تلك الكفالة بمقابل أجر، حيث أن المقابل فيها عنصر جوهري يستقيم وطبيعتها القانونية و ذلك أن الكفالة المصرفية من العمليات البنكية، وهي من طبيعة تجارية، سواء كان المكفول تاجراً أو غير تاجر، مما يعني أنه لا يمكن أن نتصور المجانية في الأعمال التجارية، والتي تستهدف الربح دائما، وهكذا فإن تقديم البنك كفالته لعميل من العملاء يكون لقاء عائد معين يحصل عليه المصرف من المقترض و يتمثل في الفوائد و العمولات و المصاريف التي تتحدد تبعاً لمدى المخاطر و أهمية الإلتزام المكفول.[4]

---

[1] - محمد السيد الفقي، **القانون التجاري،الأوراق التجارية، الإفلاس، العقود التجارية، عمليات البنوك**، منشورات التسجيل الحقوقية، مصر، 2003، ص 809.

[2] - هاني عطاى، **التحكيم في الضمانات المصرفية**، مرجع سابق، ص97.

[3] - هاني عطاى، **التحكيم في الضمانات المصرفية**، مرجع سابق، ص 98.

[4]– هاني عطاى، **التحكيم في الضمانات المصرفية**، مرجع سابق، ص 98.

الفرع السادس: عقـد الكفالــة عقـد تـابع(تبعـي)

الأصل في الكفالة هو التزام المدين الأصلي. والتزام الكفيل تابع لالتزام المدين الأصلي، هذا الإلتزام ليس قائما بذاته، بل يقوم استنادا على التزام شخص آخر بقصد تأمين هذا الإلتزام.[1]

وعليه تفترض الكفالة المصرفية وجود عقدين، الأول يربط بين الدائن والمدين (العقد الأصلي)، والثاني: يربط بين البنك بصفته كفيلا لعميله المدين والدائن، ولا يكون المدين طرفا فيه، ويسمى (عقد الكفالة).

ووفقا لتبعية عقد الكفالة فإن التزام المكفول يدور وجودا وعدماً مع التزام المدين الأصلي، فالكفالة المصرفية لا تنعقد إلا إذا كان التزام المدين المكفول صحيحا. وهذا ما نص عليه المشرع الجزائري في المادة 648 من القانون المدني الجزائري والمشرع المصري في المادة 776 من القانون المدني المصري.

فعقد الكفالة عقد ثانوي تابع لعقد أصلي، لضمان تنفيذه، ولذلك لا يجوز أن تعقد الكفالة بمبلغ يزيد على مبلغ الدين المطلوب من المدين، ولا بشروط أشد قساوة من شروط الدين المكفول. فإذا انعقدت الكفالة بأكثر من الدين الأصلي، أو بشروط أشد، فلا تعتبر باطلة، وإنما يجوز اعتبارها صحيحة في حدود الدين الأصلي المكفول. كما لو التزم الكفيل بتجميد الفوائد، واعتبارها ملحقة برأس المال، لتنتج أرباحا وهي ما يعبر عنها باللغة الفرنسية (Capitalisation des intérêts) أي رسملة الفوائد، بينما لم يتعهد المدين الأصلي بذلك، وفي هذه الحالة يكون تعهد الكفيل باطلاً، لأنه يخرج عن التزام المدين الأصلي.[2]

لكن يجوز للكفيل أن يلتزم التزاماً أخف عبئاً من التزام المدين الأصلي فيكفل مثلاً جزءاً من الدين ، وهو ما جاءت به المادة 652 من القانون المدني الجزائري.3 والتي تقابلها المادة 20134 من القانون المدني الفرنسي.

---

[1]– محمد ابن إبراهيم الموسى، **نظرية الضمان الشخصي (الكفالة)**، الجزء الأول، إدارة الثقافة والنشر بجامعة الأمام محمد بن سعود الإسلامية، المملكة العربية السعودية، 1991، ص 131.

[2]– الياس ناصيف، **العقود المصرفية، المجلد الثاني**، مرجع سابق، ص 166.

[3]– التي تنص على أنه: لا تجوز الكفالة في مبلغ أكبر مما هو مستحق على المدين، ولا بشرط أشد من شروط الدين المكفول . ولكن تجوز الكفالة في مبلغ أقل و بشروط أهون"

[4]- Art 2013 : « Le cautionnement ne peut excéder ce qui est dû par le débiteur, ni être contracté sous des conditions plus onéreuses.
Il peut être contracté pour une partie de la dette seulement, et sous des conditions moins onéreuses.
Le cautionnement qui excède la dette, ou qui est contracté sous des conditions plus onéreuses, n'est point nul : il est seulement réductible à la mesure de l'obligation principale.

والصفة التبعية لعقد الكفالة لا تنفي عنه بعض الإستقلالية، إذ أن أطراف العقد (الكفيل و الدائن) يختلفان عن أطراف العقد الأصلي أو الإلتزام الأصلي (الدائن والمدين). كما إن التزام الكفيل بدفع الدين المكفول يجد مصدره من خلال عقد منفصل عن العقد الأصلي وله ذاتية خاصة تتجلى في عقد الكفالة، فتبعية عقد الكفالة للعقد الأصلي تنحصر فقط في الدين المكفول من حيث صحته وبطلانه وشروطه ونطاقه ومداه وتنفيذه وانقضائه، وماعدا ذلك من شروط وأحكام ورد النص عليها في العقد الأصلي فلا أثر لها على الكفالة ولا تتبعها الكفالة بشأنها.

إلا أن الإشكال الذي قد يطرح في هذا الصدد يتعلق بمركز الكفيل بالنسبة للالتزامات الواردة بالعقد الأصلي (عقد الدين). فهل يعد الكفيل طرفا في هذا العقد، أم نعتبره من الغير؟ وبالتالي وفي حالة تم الاتفاق بين المدين والدائن في عقد الدين الأصلي على اللجوء إلى التحكيم في حالة أي نزاع يتعلق بتنفيذ الإلتزامات الواردة بالعقد، وبما أن البنك الكفيل ليس طرفا في عقد الكفالة، هل يمكن التمسك بشرط التحكيم في مواجهته؟ ومن جهة أخرى هل يمكن للبنك الكفيل التمسك بهذا الشرط في مواجهة الدائن؟

كل هذه الأسئلة سنحاول مناقشتها من خلال المبحث التالي والذي سنتحدث فيه عن أثر شرط التحكيم على الكفالة المصرفية.

المبحث الثاني: أثر اتفاق التحكيم على التزام البنك الكفيل

قد يأتي شرط التحكيم كأحد بنود العقد الأصلي الذي يربط بين الدائن والمدين، وقد يأخذ شكل اتفاق مستقل عن العقد الأصلي، كما قد يكون الاتفاق على التحكيم قبل نشوب النزاع أو بعده. وأيًا ما كان الشكل الذي يتخذه اتفاق التحكيم أو الوقت الذي اتفق عليه فيه، فإن وجود شرط التحكيم في عقد الدين الأصلي المبرم بين المدين والدائن يثير التساؤل حول أثره بالنسبة للبنك الكفيل ومدى انطباق القبول الضمني للتحكيم على عقد الكفالة المصرفية؟ وهل يعتبر شرط التحكيم المتعلق بالدين دفعا يجوز للبنك الكفيل التمسك به؟ وما هو أثر الحكم الصادر عن هيئة التحكيم بالنسبة للكفيل؟

وللإجابة عن هذه التساؤلات سنقسم هذا المبحث إلى مطلبين لنتكلم في أولها عن التمسك بشرط التحكيم في مواجهة البنك الكفيل، أما المطلب الثاني سنتطرق فيه إلى تمسك البنك الكفيل بشرط التحكيم في مواجهة الدّائن والمدين.

المطلب الأول: التمسك بشرط التحكيم في مواجهة البنك الكفيل

إن مسألة التمسك بشرط التحكيم الوارد في العقد الأصلي ضد الكفيل تعد من أكثر المسائل القانونية التي ثار حولها جدل فقهي وتباينت بشأنها أحكام القضاء. وفيما يلي سنتحدث عن الأسس

والمعايير التي وضعها الفقه كسبب لإمكانية تمسك الدائن بشرط التحكيم في مواجهة البنك الكفيل. حيث سنتناول مبدأ نسبية أثر العقد على التمسك بشرط التحكيم ضد الكفيل، ثم نستتبعه بالحديث عن تبعية عقد الكفالة بالعقد الأصلي كأساس للتمسك بشرط التحكيم ضد الكفيل، ثم أخيرا سنتحدث عن مدى اعتبار الكفيل منضما أو مصدقا على العقد الأصل.

الفرع الأول: مدى سريان شروط العقد الأصلي المبرم بين الدائن والمدين على البنك الكفيل بخصوص شرط التحكيم

ذهب جانب من الفقه إلى أن موقف البنك الكفيل من الإلتزامات التي يكفلها مساو لالتزامات المدين بخصوص الدين، فمحل التزام البنك الكفيل هو تنفيذ الإلتزام الأصلي في حالة عدم قيام المدين بالوفاء به، وعليه فالبنك الكفيل على نفس درجة المدين تجاه الدّائن، والبنك الكفيل والمدين على قدم المساواة، فيكون البنك الكفيل ملزماً (مثل المدين الأصلي) بشرط التحكيم، فيجوز الإحتجاج باتِّفاق التحكيم على البنك الكفيل طالما نشأ الإلتزام المكفول صحيحا ولم تبرأ منه ذمة البنك الكفيل، لأن هذا الإلزام يزيد فاعلية الكفالة المصرفية في تحقيق المقصود منها.[1]

إلا أن هذا الرأي تعرض للنقد من طرف جانب آخر من الفقه وفقا لمبدأ نسبية العقد، إذ يرى هؤلاء أن البنك الكفيل لا يعتبر طرفاً في العقد بل يُعد من الغير في العقد المبرم بين الدَّائن والمدين.

فالقاعدة العامة أن العقد إذا نشأ صحيحا طبقا للأركان والشروط الواجب توافرها فيه انعقد العقـــــد، وتوفرت له قوته الملزمة ورتب جميع آثاره من الحقوق والالتزامات التي اتجهت إرادة المتعاقدين إلى إنشائها، والأصل أن هذه الآثار تنصرف إلى طرفيه دون غيرهما سواء تعاقدا بطريقة مباشرة أو بواسطة نائب تعاقد باسم الأصيل، وهذا ما يعرف بمبدأ نسبية أثار العقد، على أن الغير الأجنبي عن العقد الذي لم يكن طرفا فيه لا يلتزم بمقتضاه ولا يكتسب حقا بموجبه.[2]

إلا أن آثار العقد لا تقتصر على العاقدين في كل الأحوال، إذ قد يتوفى الشخص فيخلفه في ماله غيره من الورثة وبالتالي فإننا نجد أشخاص آخرين لم يكونوا طرفا في العقد وقت إبرامه يتأثرون به، و هم الخلف العام وكذلك الحال بالنسبة للخلف الخاص، فتنصرف إليهم أثار العقود التي ابرمها أسلافهم وفق ضوابط معينة، كما تتأثر طائفة أخرى لا علاقة لها بالعقد وهم دائني المتعاقد على اعتبار أن

[1]– هاني عطاى، **التحكيم في الضمانات المصرفية**، مرجع سابق، ص ص: 110-111.

[2]– فتحي عبد الرحيم عبد الله، **شرح النظرية العامة للالتزامات**، الكتاب الأول، مصادر الالتزام، منشأة 1 المعارف بالإسكندرية، ط 3 ،2001، ص 281.

التصرفات القانونية التي يجريها مدينهم من وراء إبرام أي عقد تعود عليهم سلبا أو إيجابا، لاسيما وأن للدائنين ضمان عام على كافة أموال المدين ومن مصلحتهم أن تبقى قدرة المدين على دفع ما ترتب عليه من ديون، ولا يخرج المال من بين يديه، لذلك كله فإن مبدأ الأثر النسبي لا يقتصر على المتعاقدين فقط ومن يمثلانهما بل يشمل الخلف العام و الخلف الخاص وأيضا الدائنين وبضوابط معينة، أما ما عدا هؤلاء فهم من الغير ومن ثم لا يرتب العقد اتجاههم أي أثر.[1]

بناء على ما تقدم فان كلمة المتعاقدين الواردة في المادة 106 ق.م.ج وما بعدها لا تعني المتعاقدين فحسب بل المراد بها كذلك من يمثلانهما في التعاقد، فالعقد تنصرف آثاره إلى المتعاقدين أولا ثم إلى الخلف العام ثانيا (م 108 ق.م.ج)، وكذلك إلى الدائنين، ومصطلح الانصراف من الناحية القانونية يتسع ليشمل كل هؤلاء في حدود معينة وكذلك الدائنين إذ ينصرف إليهم العقد **في أثره**.

ويقصد بمبدأ نسبية أثر العقد، أن آثار العقد تنصرف إلى المتعاقدين والخلف العام دون الإخلال بالقواعد المتعلقة بالميراث، وإذا أنشأ العقد التزامات وحقوقاً شخصية تتصل بشيء انتقل بعد ذلك إلى خلفه الخاص فإن هذه الحقوق تنتقل إلى خلفه الخاص في الوقت الذي ينتقل فيه الشيء إذا كان من مستلزماته وكان الخلف الخاص يعلم بها وقت انتقال الشيء إليه. وبتطبيق هذا المبدأ يتبين لنا أن العقد لا يرتب آثارًا إلا فيما بين طرفيه وخلفهما العام و الخاص،[2] بالشروط التي تقررها المادة 108[3] من القانون المدني الجزائري التي تنص على أنه: " ينصرف العقد للمتعاقدين والخلف العام ما لم يتبين من طبيعة التعامل أو من نص القانون، أن هذا الأثر لا ينصرف إلى الخلف العام، كل ذلك مع مراعاة القواعد المتعلقة بالميراث"، وهو ما يقصد منه أن الأصل العام هو أن القوة الملزمة للعقد تنحصر في المتعاقدين، أي لمن اتجهت إرادتهم إلى إبرامه وينصرف أثر اتفاق التحكيم إلي الخلف العام ويسري في حقه ما يسري في حق السلف في خصوص هذا العقد، غير أن انصراف أثر اتفاق التحكيم إلى الخلف العام لا يتعلق بالنظام العام، ولذا يجوز الاتفاق على عدم انصراف أثر هذا الاتفاق إلى الخلف العام.[4]

---

[1]– أمجد محمد منصور، **النظرية العامة للالتزامات، مصادر الالتزام**، دار الثقافة للنشر والتوزيع، عمان، الأردن، 2009، ص183.

[2]– خالد عبد العظيم أبو غابة، **التحكيم وأثره في فض المنازعات**، مرجع سابق، ص 123–124.

[3]– تقابلها المادة 145 من القانون المدني المصري، والمادة 146 من القانون المدني السوري، والمادة 152 من القانون المدني الفلسطيني، والمادة 1134 من القانون المدني التونسي، والمادة 142 من القانون المدني العراقي ..... الخ

[4]– هاني عطاى، **التحكيم في الضمانات المصرفية**، مرجع سابق، ص 112.

كما قد يتعلق العقد بشخصية الأطراف والتي تكون محل إعتبار في التعاقد كما هو الشأن بالنسبة لعقود أصحاب المهن الحرة أو الخبراء في مجال معين، فلا ينصرف كذلك أثر اتفاق التحكيم إلى الخلف العام.[1]

وتجدر الإشارة أن لفظ طرف العقد ينصرف إلى: " كل شخص شارك بإرادته سواءً بالأصالة أو الإنابة في تكوين العقد"،[2] أو بتعبير آخر هو: "من يصدر عنه التعبير عن إرادة ما تم الإلتزام به، بحيث تشارك إرادته في إبرامه بذاتها أو بمن يمثلها " [3]، ويعد من الغير كل من دون ذلك.

ويؤدي هذا التعريف إلى اعتبار الكفيل من الغير بالنسبة للعقد الأصلي المبرم بين الدائن والمدين، وحيث أن شرط التحكيم يعد أحد بنود العقد الأصلي فإن الكفيل يعد أيضا من الغير بالنسبة لشرط التحكيم، ولا يجوز بالتالي التمسك به ضده حتى ولو كان شرط التحكيم في اتفاق مستقل تابع للعقد الأصلي،[4] حيث أنه لم يساهم بإرادته في خلق العقد المنشئ للدين المكفول، ولهذا السبب لا يكون طرفا في شرط التحكيم الوارد في العقد، فالأمر هنا يتعلق بكفيل وليس بمدين متضامن، ومما يعزز ذلك اختلاف أشخاص العقد الأصلي عن عقد الكفالة، وكذا اختلاف محل الإلتزام في كل من هذين العقدين، حيث أن محل التزام الكفيل يتمثل في تغطية الخطر الناشئ عن عدم وفاء المدين بدينه عند حلول أجله وتعويض الدائن عما أصابه من جراء هذا الخطر من أضرار، أما التزام المدين فهو الوفاء بالدين عند حلول أجله.[5]

وذهب رأي آخر من المشككين في صفة الغير بالنسبة للكفيل خصوصا الكفيل المتضامن إلى أن المدين الأصلي، والكفيل يعدان بمثابة المدينين المتضامنين ويمثلان بعضهما تبادليا، ونستنتج من هذا الرأي أن الكفيل المتضامن لا يعد أجنبيا عن العقد الأصلي ومن ثم يستفيد هذا الكفيل ويتحمل نتائج الشروط المنصوص عليها في هذا العقد والتي وافق عليها المدين الأصلي، وبالتالي فإن شرط التحكيم يسري على الكفيل المتضامن.[6]

---

[1]– هاني عطاى، **التحكيم في الضمانات المصرفية**، دراسة مقارنة، مرجع سابق، ص 112.

[2]– خالد عبد العظيم أبو غابة، **التحكيم وأثره في فض المنازعات**، المرجع نفسه، ص 124.

[3]– عبد الباسط محمد عبد الواسع الضراسي، **النظام القانوني لاتفاق التحكيم**، مرجع سابق، ص 189.

[4]– خالد عبد العظيم أبو غابة، **التحكيم وأثره في فض المنازعات**، **المرجع نفسه**، ص 124.

[5]– محمد صالح علي العوادي، **التحكيم في المعاملات المصرفية**، مرجع سابق، ص 264.

[6]– خالد عبد العظيم أبو غابة، **التحكيم وأثره في فض المنازعات**، **المرجع نفسه**، ص 124.

ولبيان وجهة النظر هذه والتعليق عليها فلا بد أولا من بيان المقصود بالكفالة التضامنية، حيث عرفها الفقه بأنها تلك التي يكون فيها الكفيل متضامنا مع المدين بحيث يجوز للدائن أن يطالب أياً منهما بكل الدين، دون أن يستطيع الكفيل أن يدفع بالتجريد أو بالتقسيم أو بضرورة مطالبة المدين قبله.[1]

فمركز الكفيل المتضامن في حقيقة الأمر لا يختلف عن مركز الكفيل البسيط تجاه العقد الأصلي، كما أن الكفيل لو كان متضامنا لا يستوي مع المدين المتضامن لأنه يلتزم التزاما تبعيا. فالبنك الكفيل يظل محتفظا بصفته ككفيل، ولا يتحول إلى مدين، وعندما يتعلق الأمر بدفوع خاصة بالدين المكفول فإن قواعد الكفالة هي التي تطبق وليست قواعد التضامن ويظهر ذلك من عدة وجوه:[2]

1. يجوز للكفيل المتضامن التمسك بتقادم الدين المكفول ولا يجوز ذلك للمدين المتضامن إلا بقدر حصة المدين الأصلي.[3]

2. يجوز للكفيل المتضامن أن يتمسك بالمقاصة التي تحقق شروطها بين الدين المكفول ودين المدين في ذمة الدائن، فيترتب على ذلك انقضاء الدين المكفول كله أو بعضه، فينقضي تبعا لذلك التزام الكفيل، بل يجوز للكفيل المتضامن التمسك بالمقاصة، حتى ولو لم يتمسك بها المدين الأصلي باعتباره صاحب مصلحة في ذلك، ولكن لا يجوز للمدين المتضامن أن يتمسك بالمقاصة التي تقع بين الدائن ومدين متضامن آخر إلا بقدر حصة هذا المدين.

3. يجوز للكفيل المتضامن التمسك بالدفوع الخاصة بشخص المدين، كعيوب الرضا، ولا يجوز أن يتمسك المدين المتضامن بذلك.

ومما سبق يتضح لنا أن الكفالة لا تحول الكفيل إلى مدين متضامن في مواجهة الدائن بل أنه يظل كفيلا، وهذا ما أكدته محكمة النقض المصرية حيث قضت بأنه: " لا يجوز أن يسوى في الحكم بين الكفيل المتضامن و المدين المتضامن لأن تضامن الكفيل مع المدين لا يصيره مدينا أصليا بل يبقى التزامه تبعيا ...." .[4]

---

[1]– محمد صالح علي العوادي، **التحكيم في المعاملات المصرفية**، مرجع سابق، ص 265.

[2] –هاني عطاى، **التحكيم في الضمانات المصرفية– دراسة مقارنة–**، مرجع سابق، ص 143 – 144.

[3]– راجع المادة 292 قانون مدني مصري التي تنص على أنه:" 1– إذا انقضى الدين بالتقادم بالنسبة إلى أحد المدينين المتضامنين، فلا يستفيد من ذلك باقي المدينين إلا بقدر حصة هذا المدين. 2– وإذا انقطعت مدة التقادم أو وقف سريانه بالنسبة إلى أحد المدينين المتضامنين، فلا يجوز للدائن أن يتمسّك بذلك قبل باقي المدينين".

[4]– محمد صالح علي العوادي، **التحكيم في المعاملات المصرفية**، مرجع سابق، ص 269.

ومن خلال ما سبق نخلص إلى أنه يعد طرفا في العقد كل شخص شارك بإرادته أو بإنابة الغير في تكوين العقد، ويعد من الغير ما دون ذلك، ومن ثم يعتبر البنك الكفيل من الغير بالنسبة للعقد الأصلي، ولا ينزع التضامن عنه هذه الصفة في عقد الكفالة، فالتزام الكفيل في هذا العقد لا يعتبر إلا التزاما تابعا لالتزاماته في العقد الأصلي لا يدخل في نطاق تبعية الكفالة لهذا العقد، ومن ثم لا يستطيع الدائن التمسك باتفاق التحكيم في مواجهة البنك الكفيل.[1]

الفرع الثاني: أثر تبعية عقد الكفالة الأصلي على التمسك بشرط التحكيم ضد الكفيل

يقصد بتبعية عقد الكفالة أن التزام الكفيل يدور وجودا وعدما مع التزام المدين الأصلي، فلا تنعقد الكفالة صحيحة إلا إذا كان التزام المدين المكفول صحيحاً، كما أن التزام الكفيل بأخذ ذات أوصاف الإلتزام المكفول من حيث التعلق على شرط أو الإضافة إلى أجل، وتبعية الكفالة للعقد الأصلي تظهر بوضوح بدفع الدين المكفول حيث تؤدي تلك التبعية إلى أن الدين محل إلتزام الكفيل يعد بمثابة نسخة من الدين محل التزام المدين الوارد في العقد الأصلي.[2]

إلا أن الفقه يرى أن شرط التحكيم الوارد في العقد الأصلي لا يدخل في نطاق تبعية عقد الكفالة للعقد الأصلي، ومن ثم فإنه لا ينتقل للكفيل ولا يجوز التمسك به في مواجهته، فهذا الشرط لا يدخل ضمن شروط صحة أو بطلان الدين ولا مداه أو نطاقه أو تنفيذه أو انقضائه،[3] وهذا ما يفهم من النصوص الواردة في القانون المدني والتي مفادها أن أثر التبعية ينحصر فقط في الدين المكفول من حيث صحته وبطلانه وشروطه ونطاقه ومداه وتنفيذه وانقضائه أما ماعدا ذلك من الشروط والأحكام التي وردت في العقد الأصلي فإنه لا أثر لهما على الكفالة. [4]

كما أن هناك أمرا آخر يزيد من التباعد بين شرط التحكيم الوارد في العقد الأصلي ويؤكد عدم تأثر هذا العقد بالشرط المذكور أو تبعيته له وهو أن شرط التحكيم يتمتع باستقلالية تامة عن العقد الأصلي الذي يتضمنه ولا يعتبر تابعا له رغم أنه يمثل أحد بنوده، وذلك للإختلاف الجوهري بين محل

---

[1]– أحمد مصطفى الدبوسي السيد، **التحكيم في العمليات المصرفية، بين الواقع والمأمول**، مرجع سابق، ص 137.

[2]– خالد عبد العظيم أبو غابة، **التحكيم وأثره في فض المنازعات**، المرجع نفسه، ص 125.

[3]– محمد صالح علي العوادي، **التحكيم في المعاملات المصرفية**، مرجع سابق، ص 270.

[4] – خالد عبد العظيم أبو غابة، **التحكيم و أثره في فض المنازعات**، المرجع نفسه، ص 125.

الإلتزام وشرط التحكيم ومحل الإلتزام في العقد الأصلي، حتى أن البعض أطلق على شرط التحكيم بأنه عقد داخل عقد، ويعتبر بمثابة عقد إجرائي.[1]

ومن خلال ما سبق نخلص إلى أن شرط التحكيم الوارد في عقد الدين الأصلي بين الدائن والمدين لا يمتد إلى الكفيل وفقا لتبعية عقد الكفالة، وذلك بفضل خاصية الإستقلالية التي يتمتع بها شرط التحكيـم، والتي فصلناها في الباب الأول. وهو ما يؤدي إلى عدم قابلية الإحتجاج به على البنك الكفيل.

الفرع الثالث: مدى اعتبار الكفيل منضما أو مصدقا على العقد الأصلي

ذهب القضاء الفرنسي في العديد من أحكامه بإلزام الغير بشرط التحكيم رغم عدم توقيعه على العقد الذي يتضمنه، وذلك استناداً إلى فكرة الإنضمام إلى هذا العقد أو التصديق عليه أو قيام قرينة على أن هذا الغير قد وافق ضمناً على هذا الشرط، كعلمه بوجوده أو اشتراكه في المفاوضات الخاصة به أو في تنفيذه، وقد أطلق القضاء على ذلك الشرط الضمني، أو كما يعرف بالقبول الضمني.

إلا أن الفقه والقضاء الفرنسي تنازعه بخصوص هذه المسألة رأيان:

الرأي الأول: عدم الإعتداد بالقبول الضمني لشرط التحكيم:

تمسك أنصار هذا الإتجاه بالطابع التعاقدي للتحكيم والتعبير الصريح للإرادة في عقد التحكيم، وعدم مد شرط التحكيم إلى أشخاص لم يوقعوا عليه، إلا إذا أرادوا الخضوع لشرط التحكيم عن إرادة حرة واعية بمكنون شرط التحكيم أو انضموا فعليا إلى العقد الذي يتضمنه، وغير ذلك يخالف صحيح القانون الذي اشترط الكتابة كدليل على الانضمام أو الموافقة على شرط التحكيم، فيجب أن تكون إرادة الأطراف في عقد الإختصاص (التحكيم) واضحة لا لبس فيها، وأن يفسر اتفاق التحكيم تفسيرا ضيقـــا، بحيث لا يسري إلا على من قبلوه صراحة.[2]

وقد ذهب القضاء الفرنسي في بعض أحكامه إلى عدم مد شرط التحكيم إلى الغير الذي لم يوقع عليه، ويتجلى هذا الموقف من خلال ما ذهبت إليه في حكمها الصادر في النزاع الذي دار حول تمسك الكفيل بشرط التحكيم الوارد في العقد الأصلي، مستندا إلى أن التزام الكفيل تابـع للالتزام المكفـول، وتتلخص وقائع النزاع في عقد أبرم بين شركة مدينة (x) وشركة أخرى دائنة (y) وقد تضمن هذا العقد شرطا تحكيميا، إلا أنه كان قد أبرم في وقت سابق عقد كفالة، حيث إن مدير الشركة المدينة قد كفلها لدى الشركة الدائنة، ولم يكن عقد الكفالة متضمنا شرط التحكيم، إلا أن الشركة المدينة

[1]– خالد عبد العظيم أبو غابة، **التحكيم وأثره في فض المنازعات**، مرجع سابق، ص ص: 125– 126.

[2]– هاني عطاى، **التحكيم في الضمانات المصرفية–دراسة مقارنة–**، مرجع سابق، ص 149.

تعرضت لصعوبات مالية ترتب على ذلك تصفيتها تصفية ودية، دون أن تدفع الدين المستحق عليها للشركة الدائنة، مما أدى بالشركة الدائنة إلى مطالبة الكفيل قضائيا بأداء هذا الدين، إلا أن الكفيل دفع بعدم قبول الدعوى وتمسك بشرط التحكيم الوارد في العقد الأصلي مستندا على أن التزام الكفيل هو التزام تابع للالتزام المكفول، ولا يجوز منعه من التمسك باختصاص التحكيم بنظر المنازعات المتعلقة بالعمليات التي نشأ عنها التزامه، غير أن محكمة الاستئناف رفضت هذا الدفع، وطعن في الحكم أمام محكمة النقض، ورفضته المحكمة حيث جاء في حكمها: " أن قضاة الموضوع استندوا في حكمهم على أن دعوى الدائن ضد الكفيل ترتكن ليس على التزام المدين الأصلي، ولكن على العقد الذي سبق وأبرمه الكفيل مع الدائن، وأن هذا العقد الذي بموجبه التزم الكفيل بصفة شخصية ومطلقة بتغطية خطر عدم الوفاء بالدين الأصلي، لم يشمله شرط التحكيم و لو بصورة ضمنية. لذا فهؤلاء القضاة كانوا على صـــواب، عندما قرروا أن الكفيل لا يستطيع أن يتمسك بشرط التحكيم الذي لم يكن طرفا فيه".[1]

فمن خلال حيثيات الحكم يتضح لنا بأن عقد الكفالة كان سابقا للعقد الأصلي الذي تضمن شرط التحكيم، وهنا يكون من البديهي القول بأن الكفيل كان يجهل وجود شرط التحكيم كونه جاء لاحقا لعقد الكفالة، لهذا لا يمكن بأي حال من الأحوال الإحتجاج بشرط التحكيم تجاهه أو التمسك بـــــه في مواجهته، حيث أن المشرع كما أشرنا سابقا يشترط اتجاه إرادة الأطراف بشكل صريح لقبول اختيار طريق التحكيم للفصل في منازعاتهم، وهو ما لم يتحقق في هذه القضية.

ومن ثم فمتى ما قام الدليل على أن الطرف الثالث لم يشارك في تنفيذ العقد المتضمن لشرط التحكيم، ولم يكن مدركا بأي طريقة وجود اتفاق التحكيم، فلا يحتج عليه بهذا الشرط.[2]

الرأي الثاني: الإعتداد بالقبول الضمني لشرط التحكيم:

القبول الضمني هو: " **هو التعبير الذي يكون المظهر الذي اتخذه ليس في ذاته موضوعا للكشف عن الإرادة، فالتعبير الضمني يكشف عن الإرادة بطريق غير مباشر وذلك عن طريق استنباط**

---

[1] .cass.civ. Du 22 nov.1977 , rev.arb.1978,p465- أشار إليه: هاني عطاى، **التحكيم في الضمانات المصرفية، – دراسة مقارنة–**، مرجع سابق، ص 155 ومحمد صالح علي العوادي، **التحكيم في المعاملات المصرفية**، مرجع سابق، ص 270.

[2] – محمد صالح علي العوادي، **التحكيم في المعاملات المصرفية**، مرجع سابق، ص 278.

التعبير عن الإرادة من أفعال يقوم بها الشخص، وهذه الأفعال لا تعد بذاتها تعبيرا مباشرا عـــــن الإرادة " [1]

فالتعبير الضمني يكشف عن الإرادة بطريق غير مباشر وذلك عن طريق استنباط التعبير عن الإرادة من أفعال يقوم بها الشخص، وهذه الأفعال لا تعد بذاتها تعبيرا مباشرا عن الإرادة ولكنها مجرد إشارة تكشف عن تلك الإرادة وتنطوي عليها. ومثال ذلك أن يبقى المستأجر في العين المؤجرة بعد انتهاء مدة الإيجار بعلم المؤجر ودون اعتراضه فيستفاد من ذلك إرادة المستأجر تجديد الإيجار لمدة أخرى وموافقة المؤجر على ذلك، وكالوكيل يقبل الوكالة بتنفيذها.[2]

وهذا التعبير أخفض رتبة من التعبير الصريح، فإذا تعارضا أو تزاحما كانت الأولوية للتعبير الصريح، وهو ما تنص عليه القاعدة الفقهية:" لا عبرة بالدلالة في مقابلة التصريح " فالعبرة في ذلك أن الدلالة أضعف من التصريح، وهو أقوى منها فلا تقدم عليه؛ لأنها بدل عن اللفظ والتصريح، ولا يصار إلى البدل مع وجود الأصل.[3]

وقد اهتم أصحاب هذا الإتجاه بإعطاء الفاعلية المرجوة من التحكيم، خصوصا على المستوى الدولي، وغلبوا افتراض الرضا لدى الغير الذي لم يوقع على اتفاق التحكيم وذلك بالاكتفاء بمشاركته في المفاوضات أو تنفيذ العقد.[4]

حيث نجد أن القضاء يذهب في بعض الأحكام إلى أن الغير يعد خاضعا لشرط التحكيم الوارد في العقد الأصلي، رغم عدم توقيعه على العقد الذي يتضمن هذا الشرط، استنادا إلى فكرة الانضمام إلى العقد أو التصديق عليه، أو قيام قرينة على أن هذا الغير قد وافق ضمنا على هذا الشرط، كعلمه بوجوده أو اشتراكه في المفاوضات الخاصة به أو في تنفيذه أو غير ذلك من الظروف والوقائع التي تعطي لنا

---

[1]– عبد الرزاق السنهوري، **الوسيط في شرح القانون المدني**، الجزء الأول، مرجع سابق، ص 147.

[2]– أحمد ياسين القراولة، **التعبير الضمني عن الإرادة في الفقه الإسلامي دراسة مقارنة بالقانون المدني وقانون الأحوال الشخصية الأردني**، بحث منشور لإجازة التفوق العلمي، بمجلة دراسات، الجامعة الأردنية، علوم الشريعة والقانون، المجلد 44، عدد 3، 2017، ص 341، متاح بتاريخ: 12-04-2018 بالموقع الإلكتروني:
https://dirasat.ju.edu.jo/SLS/Article/FullText/10569?volume=44&issue=4

[3]– أحمد ياسين القراولة، **التعبير الضمني عن الإرادة في الفقه الإسلامي دراسة مقارنة بالقانون المدني وقانون الأحوال الشخصية الأردني**، مرجع سابق، ص 341.

[4]– هاني عطاى، **التحكيم في الضمانات المصرفية– دراسة مقارنة–**، مرجع سابق، ص 150.

قرينة تثبت علم الغير بهذا الشرط، ويمكن أن يطلق على هذا الشرط في هذه الحالة " شرط التحكيم الضمني ".

وفي هذا الشأن نفرق بين ثلاث حالات:

الحالة الأولى: قد ترد الكفالة المصرفية في العقد الأصلي المنشئ لعلاقة الدائن بالمدين والمتضمن في الوقت ذاته لشرط التحكيم، وفي هذا الفرض يعتبر البنك الكفيل طرفا في اتفاق التحكيم بمجرد توقيعه عليه ويكون هذا الاتفاق ملزما له.

الحالة الثانية: قد تكون الكفالة المصرفية لاحقة على إبرام العقد الأصلي المتضمن لشرط التحكيم،[1] ولكن تتم في هذه الصورة إحالة في عقد الكفالة إلى شرط التحكيم المدرج في العقد الأصلـــــــي، ففي هذه الحالة يعتبر الكفيل طرفا في اتفاق التحكيم وملزما به، متى توافرت شروط الإحالة.[2] ومثال هذه الحالة القرار الصادر في القضية رقم:439517 فهرس 005768_08 بتاريخ:9-4-2008 عن المحكمة العليا، الغرفة التجارية و البحرية، و الذي مفاده: " عقد إيجار سفينة – اتفق فيه الأطراف على اختصاص غرفة التحكيم بباريس- وثيقة الشحن ذكر فيها شروط النقل الرجوع إلى جميع البنود والشروط المتواجدة في عقد ايجار السفينة – الإشارة لعقد إيجار السفينة في وثيقة الشحن تجعل المرسل إليه طرفا في العقد وله الحق في استعمال البند التحكيمي المتواجد في عقد إيجار السفينـــــة." [3]

الحالة الثالثة: وتتجلى هذه الحالة في عقد الكفالة الخالي من شرط التحكيم أو الإحالة إلى شرط التحكيم الوارد في العقد الأصلي. فهذه الصورة تعتبر الأبرز في إثارة الخلاف سواء في الفقه أو القضـــــاء، حيث ذهب بعض الفقه إلى القول بأن الكفيل لا يعد من الغير في العلاقة بين الدائن والمدين الأصلي، ومن ثم فهو يستطيع التمسك في مواجهة دائن مدينه، بكل الدفوع التي للمدين، فيما عدا ما ارتبط منها بشخص هذا الأخير. وبما أن اتفاق التحكيم هو دفع إجرائي، لا يرتبط بشخص المدين فإنه يمكن للكفيل التمسك به، شريطة أن يكون على علم بهذا الشرط، وفي غير هذه الحالة فإنه لا يمكن التمسك به في مواجهته.[4]

---

[1]– هاني عطاى، **التحكيم في الضمانات المصرفية–دراسة مقارنة–**، مرجع سابق، ص 157.

[2]– محمد صالح علي العوادي، **التحكيم في المعاملات المصرفية**، مرجع سابق، ص 276.

[3]– قرار منشور بمجلة التحكيم، العدد الرابع، تشرين الأول، أكتوبر، 2009، منشورات الحلبي الحقوقية، ص 248.

[4]– محمد صالح علي العوادي، **التحكيم في المعاملات المصرفية**، مرجع سابق، ص 276.

وقد ذهب القضاء الفرنسي في بعض أحكامه إلى أن علم الغير باتفاق التحكيم الوارد في العقد الأصلي، يعطي قرينة على قبول هذا الغير لشرط التحكيم والتزامه به، وذلك على أساس انضمامه إلى العقد الأصلي بكل بنوده، بما في ذلك شرط التحكيم، فقد جاء في أحد أحكامه أنه بما أن: " لشرط التحكيم المنصوص عليه في عقد دولي مشروعية وفعالية خاصة به تؤديان إلى مد تطبيقه على الأطراف الضالعين مباشرة في تنفيذ العقد الذي يتضمنه وفي المنازعات التي يمكن أن تنشأ عنه، وطالما أنه ثبت أن مركزهم العقدي وأنشطتهم قد أقامت قرينة على أنهم وافقوا على شرط التحكيم، الذي يعلمون بوجوده ومداه، وذلك على الرغم من أنهم لم يوقعوا العقد الذي تضمنه " وجاء في الحكم أنه " بموافقة الناقل على التدخل في تنفيذ العقد الأصلي بموجب اتفاق ملحق بهذا العقد، فإنه يلتزم بالضرورة بالإلتزامات المنصوص عليها في هذا العقد وأوصافها، ويرد شرط التحكيم من بينها".[1]

وخلاصة القول بشأن مدى اعتبار الكفيل منضما أو مصدقا على العقد الأصلي يتلخص في أن الفقه الفرنسي تنازعه اتجاهان، حيث يرى **الاتجاه الأول** عدم مد شرط التحكيم إلى الأشخاص الذين لم يوقعوا عليه إلا إذا أرادوا حقيقة الخضوع لهذا الشرط أو انضموا فعلياً إلى العقد الذي يتضمنه، وقد يتمسك هذا الإتجاه بالطابع التعاقدي للتحكيم وصفته الإرادية.[2]

أما **الإتجاه الثاني** فقد غلَّب افتراض الرضا لدى الغير الذي لم يوقع على اتفاق التحكيم ما دام أنه قد اشترك في مفاوضات إبرام العقد الأصلي أو اشترك في تنفيذه. إلا أن موقف القضاء الفرنسي وبعض الفقهاء من مد شرط التحكيم إلى الكفيل الذي لم يوقع على العقد الأصلي لم تلق قبولا لدى فقهاء القانون المصري لما في ذلك من مخالفة صريحة للقانون الذي يشترط أن يكون شرط التحكيم مكتوباً أي موقعا عليه من قبل الملتزم به، ومن ثم فلن يتأتى التزام الكفيل بشرط التحكيم الوارد في العقد الأصلي إلاَّ إذا صادق كتابة على هذا العقد، إذ أنه بالمصادقة يكون قد انظم إليه بإرادته الصريحة وأصبح طرفا فيه، وهذا ما ذهبت إليه محكمة استئناف " فرساي" عندما قضت ببطلان حكم محكِّم أدان شخصا بصفته كفيلا نظرا لأنه لم يوقع على اتفاق التحكيم.[3]

رأي الباحثة:

[1]– محمد صالح علي العوادي، **التحكيم في المعاملات المصرفية**، مرجع سابق، ص 277.

[2]– خالد عبد العظيم أبو غابة، **التحكيم وأثره في فض المنازعات**، مرجع سابق، ص 126.

[3]– خالد عبد العظيم أبو غابة، **التحكيم وأثره في فض المنازعات**، مرجع سابق، ص 126.

من جانبنا نرى بأن مجرد علم الكفيل بوجود شرط التحكيم في العقد الأصلي ليس سببا كافيا لمد أثر هذا الشرط على الكفيل، لأن ذلك يخالف صريح القانون الذي يشترط أن يكون شرط التحكيم مكتوبـــا، أي موقعاً عليه من قبل الملتزم به. فقد استلزم المشرع الجزائري الكتابة لوجود شرط التحكيم وإلا كان باطلا.[1]

وما يبرر رأينا هو أن التحكيم يعد من التصرفات القانونية التي لها خطرها بالنظر للآثار التي تترتب عليه:

_ فمن ناحية أولى: إن اتفاق التحكيم يمثل تصرفا قانونيا له خطره بالنسبة للدولة، إذ أن من شأنه نزع الإختصاص بالفصل في النزاع المتفق بشأنه على التحكيم من القضاء العام في الدولة، وتخويل سلطة الفصل فيه إلى قضاء خاص يتشكل من أفراد عاديين يختارهم أطراف اتفاق التحكيم.

ومن ناحية ثانية: أن اتفاق التحكيم له خطره على حق أطراف اتفاق التحكيم أنفسهم. إذ قد يترتب عليه المخاطرة ببعض الحقوق، إذ ليس بمقدور الأطراف تقدير النتائج التي ستترتب على التحكيم، وخاصة إذا كان التحكيم قد منع التفويض بالصلح حيث لا يتقيد المحكم بقواعد قانونية محـــــددة، ويقضي تبعا لمبادئ العدل والإنصاف.

ومن ناحية ثالثة: أن للتحكيم أثره بالنسبة للغير، وذلك حينما يمتد اتفاق التحكيم إلى أطراف آخرين، أو عقود أخرى تتصل بذات المعاملة أو بالعقد الأصلي[2]. كما هو الحال بالنسبة لاتفاق التحكيم الذي تبرمه الشركة الوليدة، حيث تمتد آثاره إلى الشركة الأم.

وبناء على ذلك فإن اتفاق التحكيم الذي أبرمه الدائن مع المدين لا يسري في حق الكفيل إلا إذا قبله أو أجازه، حيث يصبح في هذه الحالة طرفا في اتفاق التحكيم.[3]

1- وفقا لنص المادة 1008 من قانون الإجراءات المدنية و الإدارية الجزائري، والتي تنص على أنه :" يثبت شرط التحكيم تحت طائلة البطلان بالكتابة في الاتفاقية الأصلية أو الوثيقة التي يستند إليها " والمادة 1012 من ق.إ.م.إ الجزائري التي نصت على أنه : " يحصل الإتفاق على التحكيم كتابيا، ويجب أن يتضمن اتفاق التحكيم تحت طائلة البطلان موضوع النزاع و أسماء المحكمين أو كيفية تعيينهم ".

2- أحمد عبد الكريم سلامة، **قانون التحكيم التجاري الدولي والداخلي، تنظير وتطبيق مقارن**، مرجع سابق، ص 423 وما بعدها.

3- طالب سمير طلبة دويدار، **الأبعاد القانونية لامتداد شرط التحكيم**، مركز الدراسات العربية للنشر والتوزيع، جمهورية مصر العربية، 2016، ص 237.

المطلب الثاني: مدى جواز تمسك البنك الكفيل بالتحكيم المتضمن في العقد الأصلي

نظرا لما سبق ذكره وأمام عدم جواز التمسك بشرط التحكيم الوارد في العقد الأصلي على البنك الكفيل، يطرح السؤال، هل يمكن للبنك الكفيل التمسك بشرط التحكيم والإحتجاج به في مواجهة الدائن والمدين؟

تثور مسألة تمسك الكفيل بشرط التحكيم في حالتين:

أولاهما: حالة أن يرفع الدائن ضد الكفيل دعوى أمام قضاء الدولة لمطالبته بسداد الدين المكفول فيتمسك الكفيل بشرط التحكيم لينعقد الإختصاص بالتحكيم.

ثانيهما: حالة أن يسدد الكفيل ويرفع دعوى على المدين أمام هيئة التحكيم لاقتضاء قيمة الدين.

وسوف نتناول كل من الحالتين بشيء من التفصيل فيما يلي:

الفرع الأول: تمسك الكفيل بشرط التحكيم ضد الدائن

لقد ثار الجدل حول الأساس الذي يمكن أن يعتمد عليه البنك الكفيل في تمسكه بشرط التحكيم ضد الدّائن، فهل يجوز له أن يتمسك بهذا الشرط على أساس أنه أحد الدفوع الناشئة عن العقد الأصلي؟ أم يمكن أن يتقرر له هذا الحق استنادًا لفكرة الإشتراط لمصلحة الغير؟

وسوف نتعرض لهذين الأساسين، وبيان إمكانية الإستناد إليهما فيما يلي:

أولا/ اعتبار شرط التحكيم دفعا متعلقا بالدين

أعطى المشرع الجزائري و مثله المشرع المصري والفرنسي الحق للكفيل بالتمسك بكافة الدفوع المتعلقة بالدين المكفول في مواجهة الدَّائن، عدا ما تعلق منها بنقص أهلية المدين متى ما كانت الكفالة قد تمت بسبب نقص أهلية المدين وكان الكفيل على علم بذلك، حيث نصت المادة 654 [1]من قانون الإجراءات المدنية الجزائري على ذلك بقولها: " يبرأ الكفيل بمجرد براءة المدين، وله أن يتمسك بجميع

[1]– وتقابلها في التشريعات العربية المادة 782 من التقنين المدني المصري، والمادة 748 من التقنين المدني السوري، والمادة 791 من التقنين المدني الليبي، والمادة 1077 قانون الموجبات والعقود اللبناني، وفي القانون الفرنسي المادة 2036 قانون مدني فرنسي التي تنص على ما يلي:

"la caution peut opposer au créancier toutes les exceptions qui appartiennent au débiteur principal, et qui sont inhérentes à la dette ; mais elle ne peut opposer les exceptions qui sont purement personnelles au débiteur "

الأوجه التي يحتج بها المدين. غير أنه إذا كان الوجه الذي يحتج به المدين يتمثل في نقص أهليته وكان الكفيل عالما بذلك وقت التعاقد، فليس له أن يحتج بهذا الوجه".

وطبقا لنص المادة السابقة يطرح التساؤل الآتي: إذا كان من حق الكفيل أن يتمسك في مواجهة الدائن بالدفوع التي يستطيع المدين التمسك بها ضده، فما مدى جواز تمسكه باتفاق التحكيم في مواجهة الدائن؟

وللإجابة عن هذا السؤال ينبغي في البداية أن نوضح المقصود بالدفوع المتعلقة بالدين المكفول، والتي يجوز للكفيل التمسك بها في مواجهة الدائن، لكي يتسنى لنا بعد ذلك الحكم في إمكانية إدراج شرط التحكيم ضمنها.

ويقصد بالدفوع المتعلقة بالدين كل ما من شأنه التأثير في الدين المكفول ذاته، سلبا أو إيجابا، كالدفوع المتعلقة بانقضائه مثل الدفع بالمقاصة أو التقادم أو اتحاد الذمة أو الإبراء أو الوفاء، ويعد أيضا من الدفوع الشروط التي تجعل التزام الكفيل أشد من التزام المكفول.[1]

وهنا ذهب الاتجاه الرائج في الفقه إلى أن الكفيل لا يجوز له أن يتمسك بشرط التحكيم في مواجهة الدائن، لأن المقصود بتلك الدفوع هي الدفوع التي تؤدي إلى انقضاء الدين أو تخفيض مقداره، ولا ينطبق ذلك على الدفع بالتحكيم.[2]

فطالما أن اتفاق التحكيم لا يؤدي إلى هذه النتائج، ولا يتعلق بالدين المكفول نفسه، فلا يجوز للكفيل أن يتمسك به في مواجهة الدائن، على اعتبار أن الدفع المتعلق بشرط التحكيم هو مجرد دفع إجرائي لا يؤثر سلبا ولا إيجابا على الدين.[3]

فالدفوع التي تمس الحقوق الموضوعية تؤدي إلى انقضائها، ويكون الحكم بالمثل بالنسبة للديون التي تمس الحق في الدعوى. ومن المسلم به أن الحق في الدعوى يجب تمييزه عن الحق الشخصي الذي يكون محلا لها. وبناء على ذلك فإن الدفوع الإجرائية ليست دفوع للدين، وهي لا تتعلق إلا بالدعوى وليس بالحق ذاته، ولهذا السبب فإن الدفوع المرتبطة بالدين لا تتعلق بدفوع الإجراءات التي لا تؤدي إلى تخفيف أو انقضاء الكفالة. وهذه حالة شرط التحكيم الذي يكون محايدا بالنسبة لوجود الحق الموضوعي.[4]

---

[1]– خالد عبد العظيم أبو غابة، **التحكيم وأثره في فض المنازعات**، مرجع سابق، ص 127.

[2]– طالب سمير طلبة دويدار، **الأبعاد القانونية لامتداد شرط التحكيم**، مرجع سابق، ص 237.

[3]– طالب سمير طلبة دويدار، **الأبعاد القانونية لامتداد شرط التحكيم**، مرجع سابق، ص 238.

[4]– محمد صالح علي العوادي، **التحكيم في المعاملات المصرفية**، مرجع سابق، ص 282.

ثانيا/ مدى اعتبار الاشتراط لمصلحة الغير أساسا لتمسك الكفيل بشرط التحكيم

يعتبر الإشتراط لمصلحة الغير من بين الإستثناءات التي قررها القانون المدني على مبدأ نسبية أثر العقد الذي يقضي – كما سبق وأن ذكرنا– بأن أثر العقد يقتصر على عاقديه – أطرافه– وخلفهما العام والخاص.[1] فقد يحدث أن يتفق الدّائن والمدين في العقد على أن يستفيد البنك الكفيل من شرط التّحكيم الوارد بالعقد الأصلي، وتكون صيغة الاشتراط لمصلحة البنك الكفيل على هذا النحو: " اتفق الطرفان على اختصاص التَّحكيم بنظر كافة المنازعات الناشئة عن هذا العقد، ويجوز للبنك الكفيل أن يتمسك بهذا الحق في مواجهة الدّائن عند الرجوع عليه ".[2]

وقد نص المشرع الجزائري في المادة 116 من القانون المدني على أنه " يجوز للشخص أن يتعاقد باسمه على التزامات يشترطها لمصلحة الغير، إذا كان له في تنفيذ هذه الالتزامات مصلحة شخصية مادية كانت أو أدبية. ويترتب على هذا الاشتراط أن يكتسب الغير حقا مباشرا قبل المتعهد بتنفيذ الاشتراط يستطيع أن يطالبه بوفائه، ما لم يتم الإتفاق على خلاف ذلك، ويكون لهذا المدين أن يحتج ضد المنتفع بما يعارض مضمون العقد. ويجوز كذلك للمشترط أن يطالب بتنفيذ ما اشترط لمصلحة المنتفع إلا إذا تبين من العقد أن المنتفع وحده هو الذي يجوز له ذلك "

فالاشتراط لمصلحة الغير هو عقد يتعهد طرف من طرفيه، يطلق عليه المتعهد، بأن يؤدي مباشرة إلى شخص ثالث أجنبيّ عن العقد، يطلق عليه المنتفع أداءً معينًا اشترطه لصالحه الطرف الآخر الذي أطلق عليه المشترط. [3] فالغير – أي المستفيد – يكتسب بذلك حقاً مباشراً من عقد لم يكن طرفا فيه، إذ لم يبرم العقد بنفسه.[4]

وتطبيقا لهذا الإشتراط فإنه قد يتفق الدائن والمدين في العقد الأصلي على استفادة الكفيل من شرط التحكيم الوارد فيه. وبناء على القاعدة العامة للإشتراط لمصلحة الغير، فإن هذا الإشتراط يقوم على أساس أنه يرتب حقوقا فقط للغير ولا يلقي عليه التزامات.[5] وهنا يطرح التساؤل عما إذا كان هذا الأمر ينطبق على شرط التحكيم؟

---

[1]– خالد عبد العظيم أبو غابة، **التحكيم و أثره في فض المنازعات**، مرجع سابق، ص 129.

[2]– هاني عطاى، **التحكيم في الضمانات المصرفية**، دراسة مقارنة، مرجع سابق، ص 196.

[3]– معتصم محمود إسماعيل عيد، **التحكيم في المنازعات المصرفية– دراسة إجرائية–**، مرجع سابق، 146.

[4]– هاني عطاى، **التحكيم في الضمانات المصرفية، –دراسة مقارنة–**، مرجع سابق، ص 196.

[5]– محمد صالح علي العوادي، **التحكيم في المعاملات المصرفية**، مرجع سابق، ص 283.

ذهب جانب من الفقه إلى أن اشتراط التحكيم لمصلحة الغير لا يرتب لهذا الغير إلا أثرا إيجابيا يتجلى من خلال إعطائه الحق في اللجوء إلى التحكيم إذا أراد، ولا يرتب عليه أثراً سلبيا، حيث أنه لا يجبر على اللجوء إلى التحكيم. وعليه فإذا كانت ثمة هناك التزامات تقع على عاتق الغير من جراء هذا الإشتراط فما هي إلا نتاج استعمال حقه في هذا اللجوء.[1]

وعليه، فإن اشتراط التحكيم لمصلحة الغير يفتح مجال الإختيار أمام هذا الغير المستفيد، بأن يلجأ إلى التحكيم ويخضع لكل الإلتزامات الناشئة عنه، أو أن يرفض اللجوء إليه وبالتالي لا يتحمل تلك الإلتزامات. وهذا ما يعتبر نوعا من الشروط الإختيارية الجائزة قانونا.[2]

ومن جانبنا فإننا نؤيد هذا الإتجاه، حيث أن الإشتراط لمصلحة الغير كقاعدة عامة لا يرتب التزامات منذ البداية على الكفيل لأنه لا يجبره على اللجوء إلى التحكيم، بل يترك له الخيار بين اللجوء إلى التحكيم من عدمه.

الفرع الثاني: تمسك الكفيل بشرط التحكيم ضد المدين

نصت المادة 671 [3]من القانون المدني الجزائري على أنه:" إذا وفى الكفيل الدين، كان له أن يحل محل الدَّائن في جميع ما له من حقوق تجاه المدين. ولكن إذا لم يوف إلا بعض الدين، فلا يرجع بما وفاه إلا بعد أن يستوفي الدّائن كل حقه من المدين".

وعليه تظهر مسألة تمسك البنك الكفيل ضد المدين بشرط التحكيم المنصوص عليه في العقد الأصلي، عندما يقوم البنك بسداد الدين المكفول، ويرفع دعوى على المدين مطالبا إياه بما أدَّاه عنه أمام التحكيم، متمسكا بشرط التحكيم.

فالبنك الكفيل يلتزم بضمان الدين دون أن يكون صاحب مصلحة في الدين، ولذلك فهو إذا وفَّى به، كان موفِّيا بدين غيره، وحقَّ له الرجوع على صاحب المصلحة في هذا الدين وهو المدين. والقانون

[1]– محمد صالح علي العوادي، **التحكيم في المعاملات المصرفية**، مرجع سابق، ص 283.

[2]– V.G.I GOITAL , L'arbitrage et les tiers , le droit des cotrats, rev.arb , 1988 , P 448 .

[3]– و تقابلها المادة 799 من القانون المدني المصري

المدني لا يُعطي للكفيل المصرفي حق الرجوع على المَدين، إلا إذا كان قد وفَّى بالدين فعلا.[1] وللبنك الكفيل الموفي أن يرجع على المدين بدعوى شخصية ناشئة عن ذات الوفاء، أو بدعوى الحلول، لأنه بنص القانون يحل محل الدَّائن في حقوقه قِبل المدين المكفول.[2]

أولا/ رجوع الكفيل بالدعوى الشخصية: إذا كان رجوع الكفيل على المدين بموجب الدعوى الشخصية، حيث يستند الكفيل على المدين لاستيفاء ما وفاه للدائن على حقه الشخصي المستمد من عقد الكفالة، أو كان رجوعه على المدين لاستيفاء ما وفاه للدائن على حقه الشخصي المستمد من عقد الكفالة، أو كان رجوعه بموجب دعوى الإثراء بلا سبب، والتي تكون على أساس المسؤولية التقصيرية، والتي لا شأن لها بشرط التحكيم الوارد في العقد الأصلي،[3] وفي كلتا الحالتين لا يجوز للكفيل التمسك في مواجهة المدين بشرط التحكيم المبرم بين المدين والدَّائن الوارد في العقد الأصلي، إذ أنه لا يزال من الغير بالنسبة لهذا العقد ولم يحدث ما من شأنه سريان بنود العقد عليه.[4]

ثانيا/ رجوع الكفيل بدعوى الحلول: المقصود بدعوى الحلول هو حلول الغير (وهو هنا البنك الكفيل) الذي يقوم بوفاء الدين عن المدين محل الدّائن في نفس الدين الذي قام بوفائه، أي إنَّها دعوى يقررها القانون، ليحل بموجبها الغير الذي يقوم بوفاء الدين عن المدين محل الدّائن بما يكون لهذا الدين من خصائص وصفات، فإذا كان الدَّين الذي قام بأدائه تجاريًّا فإنه ينتقل للموفى بهذه الصفة وينتقل إليهِ الحق بما يشمله من توابع كالفوائد، وما يخصه من تأمينات، وما يرد عليه من دفوع، كالدَّفع بالبطلان.[5]

ويعني ذلك أن الموفِّي يحل محل الدائن ليس فقط في حقه، ولكن أيضاً في كل ما يتمتع به هذا الحق من خصائص وما يلحقه من توابع،[6] حيث نصت المادة نصت المادة 671 [7]من القانون المدني الجزائري على أنه:" إذا وفَّى الكفيل الدين، كان له أن يحل محل الدَّائن في جميع ما له من حقوق تجاه

---

[1]– هاني عطاى، **التحكيم في الضمانات المصرفية–دراسة مقارنة–**، مرجع سابق، ص 173 .

[2]– أحمد عبد التواب محمد، **أحكام الضمانات الخاصة للوفاء بالدين، الجزء الأول، الكفالة والرهن الرسمي**، مكتبة النصر بالزقازيق، الطبعة الأولى، 1999، ص 480.

[3]– طالب سمير طلبة دويدار، **الأبعاد القانونية لامتداد شرط التحكيم**، مرجع سابق، ص 239.

[4]– خالد عبد العظيم أبو غابة، **التحكيم وأثره في فض المنازعات**، مرجع سابق، ص 131.

[5]– أحمد عبد التواب محمد، **أحكام الضمانات الخاصة للوفاء بالدين، الجزء الأول، الكفالة والرهن الرسمي**، مكتبة النصر بالزقازيق، الطبعة الأولى، 1999، ص 840.

[6]– شحاته غريب الشلقامي، إشكالات **اتفاق التحكيم – دراسة مقارنة –**، مرجع سابق، ص 98.

[7]– تقابلها المادة 799 من القانون المدني المصري.

المدين. ولكن إذا لم يوف إلا بعض الدين، فلا يرجع بما وفاه إلاَّ بعد أن يستوفي الدّائن كل حقه من المدين".

وعليه، فوفاء الكفيل بالدين المكفول يخوله الحق في أن يحل محل الدّائن لاسترداد ما وفَّى به عن طريق دعوى الحلول، وفيها يحل الكفيل محل الدَّائن في مواجهة المدين، في كل حقوقه بقوة القانون.[1] طالما أن الكفالة عقدت صحيحة و نشأ عنها التزام الكفيل بالوفاء بدين غيره.[2]

وجدير بالذكر أيضا أن الكفيل يحل محل الدَّائن في كل حقوقه أيًا كانت الظروف التي عقدت فيها الكفالة، أي سواءً عقدت لمصلحة الدّائن أو لمصلحة المدين وحده، أو عقدت بعلم المدين أو دون علمه، برضاه، أو رغم معارضته، والحق في الدعوى يعد الوسيلة التي يستطيع عن طريقها أن يحصل الدّائن على حقه من المدين، فعندما يتفق في العقد الأصلي على التحكيم كوسيلة لفض المنازعات فإن حق لجوء الدّائن للتحكيم يعدّ أحد توابع حقه الموضوعي، ومن ثم فإن حلول الكفيل محل الدّائن في هذا الحق يؤدي إلى حلوله أيضا محله في الحق في الدعوى التحكيمية.[3]

[1]– أحمد مصطفى الدبوسي السيد، **التحكيم في العمليات المصرفية، بين الواقع والمأمول**، مرجع سابق، ص 141.

[2]– شحاته غريب الشلقامي، إشكالات **اتفاق التحكيم – دراسة مقارنة –**، مرجع سابق، ص 98.

[3]– خالد عبد العظيم أبو غابة، **التحكيم وأثره في فض المنازعات**، مرجع سابق، ص 131.

الفصل الثالث: أثر اتفاق التحكيم المصرفي على خطاب الضمان المصرفي

الفصل الثالث: التحكيم على خطاب الضمان المصرفي

تعد خطابات الضمان التي تصدرها البنوك نوعاً من التسهيلات المصرفية غير المباشرة[1] التي تمنحها البنوك للعملاء، فهي لا تؤدي إلى خروج النقود من خزينة البنك، كما هو الحال في الإعتماد المالي والإعتماد المستندي، بل يكتفي فيها البنك بتوقيعه على هذه الخطابات ليمنح عملاءه ثقة واطمئناناً بحيث يستطيعون من خلال هذا التوقيع أن يحصلوا على الإئتمان اللازم.[2]

ويعتبر خطاب الضمان في مجمله أحد صور الكفالة المصرفية، إلا أن خطاب الضمان يتميز عن الكفالة المصرفية في بعض الأحكام، منها أن التزام البنك في خطاب الضمان يكون التزاما نهائيا مستقلا عن التزام العميل المضمون بالخطاب.[3]

ولما كانت خطابات الضمان تأميناً انتشر حديثاً في التجارة الدولية، لذا فقد وضعت غرفة التجارة الدولية بباريس بتاريخ 1986/05/23 قواعد موحدة ثم تم تعديلها إلى أن أصدرت الغرفة في 2010/07/01 القواعد الموحدة لخطابات الضمان عند الطلب وذلك بالكتيب رقم 758 وهي القواعد السارية والمعمول بها حالياً، إلاَّ أن هذه القواعد لم يتبناها الواقع العملي بصورة نهائية على عكس الحال بالنسبة للقواعد الدولية الموحدة للإعتماد المستندي. كما أصدرت الأمم المتحدة اتفاقية الأمم المتحدة المتعلقة بالكفالات المستقلة وخطابات الإعتماد الضامنة عام 1995. وهذه الاتفاقية قريبة الشبه في قواعدها من القواعد التي وضعتها غرفة التجارة الدولية.[4]

وتكمن الصعوبة والأهمية في آن واحد في موضوع التحكيم في خطاب الضمان في عاملين اثنيـــن، الأول يكمن في أن التحكيم بطبيعته عقد اتفاقي بين الأطراف التي اتفقت عليه، في حين أن خطاب الضمان المصرفي يتدخل فيه عدة أطراف – من ثلاثة إلى أربعة–، لا تربط بينهم اتفاقية

---

[1]– و يطلق عليها أيضا: الضمانات المستقلة (la garantie indépendante)، الضمان المجرد (la garantie abstraite)، أو الضمان واجب الدفع لدى أول طلب (la garantie première demande) أو ضمان العقد (la garantie cotracteelle)

[2]– عزيز العكيلي، **شرح القانون التجاري – الجزء الثاني– الأوراق التجارية وعمليات البنوك**، دار الثقافة للنشر ولتوزيع، عمان، 2006.

[3]– بسام حمد الطراونة، باسم محمد ملحم، **الأوراق التجارية و العمليات المصرفية**، دار المسيرة للنشر والتوزيع والطباعة، عمان، الأردن، 2010.

[4]– معتصم محمود إسماعيل عيد، **التحكيم في المنازعات المصرفية،–دراسة إجرائية–**، مرجع سابق، 325.

واحـــــدة، [1] إذ تنشأ عن خطاب الضمان ثلاثة علاقات، الأولى بين العميل الآمر (عميل المصرف طالب إصدار الضمان) والمستفيد (الصادر لصالحه الضمان) ويحكمها العقد المبرم بينهما (عقد الأساس)، أما العلاقة الثانية فهي التي تربط بين العميل الآمر والمصرف مصدر الضمان ويحكمها طلب أو عقد إصدار خطاب الضمان، أما العلاقة الأخيرة فهي التي تربط المصرف بالمستفيد الصادر لصالحه الضمان ويلتزم فيها المصرف بالوفاء بقيمة الضمان دون الإعتداد بأية معارضة من جانب عميله الآمر.[2]

وتتنوع و تتعدد العلاقات القانونية التي تنشأ عن خطاب الضمان نتيجة لتنوع وتعدد أطرافه، وهذه العلاقات قد تكون بين العميل الآمر والمستفيد (عقد الأساس)، أو بين العميل الآمر والبنك الضامن، أو بين البنك المؤيد والمستفيد، كما قد تنشأ علاقة بين البنك الضامن ضمان مقابل والبنك الضامن كذلك.

ويثير اتفاق التحكيم الوارد في أي من هذه العلاقات العديد من الإشكالات التي سنتناولها في هذا الفصل وفقا للتقسيم التالي:

المبحث الأول: ماهية خطاب الضمان والعلاقات الناشئة عنه

المبحث الثاني: أثر شرط التحكيم الوارد في عقد الأساس

المبحث الثالث: أثر شرط التحكيم الوارد في عقد الضمان

[1]– Yves Herinckx Avocat (Bruxelles), Solicitor (England and Wales) Conseiller suppléant à la cour d'appel de Bruxelles Vice-président du comité d'appel du Single Resolution Board , Garanties bancaires et arbitrage, étude publiée sur : http://www.herinckx.be/publications/Y._Herinckx,_Garanties_bancaires_et_arbitrage.pdf. Disponible le 15/08/2019.

[2]– معتصم محمود إسماعيل عيد، **التحكيم في المنازعات المصرفية– دراسة إجرائية–**، مرجع سابق، 324.

المبحث الأول: ماهية خطاب الضمان والعلاقات الناشئة عنه:

أصبحت خطابات الضمان التي توسعت البنوك في إصدارها تلعب دورا هاما في الحياة الاقتصادية والمالية نظرا لما تؤديه من خدمة كبيرة لعملاء البنك والمتعاملين الإقتصاديين ولا سيما في عقود التجارة الدولية، كما أصبحت إحدى أهم وسائل الإئتمان المصرفي التي يستثمر فيها البنك أمواله.

وسنتناول مفهوم خطاب الضمان المصرفي في ثلاث مطالب، خصصنا أولها لتعريف خطاب الضمان وبيان أهميته، أما المطلب الثاني فسنتناول فيه خصائص خطاب الضمان، ونختم هذا المبحث بمطلب أخير نتحدث فيه عن العلاقات الناشئة عن خطاب الضمان.

المطلب الأول: تعريف خطاب الضمان وبيان أهميته

تجدر الإشارة البداية إلى تعدد التعريفات القانونية والقضائية والفقهية لخطابات الضمان، إلا أن هذا لا يعني اختلافها، فهي وإن اختلفت من حيث الصيغة فإنها تتفق في جوهرها ومبادئها وأحكامهـــــــــا، وأهم هذه المبادئ الالتزام بالوفاء لدى الطلب دون التمسك بدفوع مستمدة من علاقات أخرى.

وسنعمل على جرد أهم هذه التعريفات في الفقرة الأولى، على أن نتطرق في الفقرة الثانية إلى أهمية خطاب الضمان.

الفرع الأول: تعريف خطاب الضمان المصرفي

للتعريف بخطاب الضمان المصرفي سنتعرض إلى التعريف الفقهي ثم التعريف التشريعي على التوالي:

أولا/ التعريف الفقهي: دأبت الدراسات الفقهية على إعطاء بعض التعاريف لخطاب الضمان، إذ عرفه البعض بأنه: " تعهد خطي صادر عن البنك بناء على طلب أحد العملاء يتضمن التزام البنك بدفع مبلغ معين خلال مدّة محدَّدة لشخص ثالث هو المستفيد عنـــــد الطلب ".[1]

كما عرف جانب آخر من الفقه خطاب الضمان بأنه:" تعهد مكتوب يصدره البنك الضامن بناءً على طلب عميله الآمر بشأن عملية محددة أو غرض محدد، يلتزم بموجبه البنك بأن يدفع إلى طرف ثالث " المستفيد" مبلغا معينا من النقود عند أول طلب منه سواء كان طلبا مجردا أو مبرراً أو مصحوبا

[1]– بسام حمد الطراونة، باسم محمد ملحم، **الأوراق التجارية والعمليات المصرفية**، دار المسيرة للنشر والتوزيع والطباعة، عمان، الأردن، 2010، ص443.

بتقديم مستندات محددة في الخطاب، يقدمها المستفيد خلال أجل محدد أو غير محدد في أثناء سريان أجله، رغم أي معارضة من العميل المضمون أو البنك الضامن".[1]

ثانيا/ التعريف التشريعي: تناولت العديد من التشريعات القانونية هذه الخدمة في إطارها العام، ومن ذلك قانون التجارة المصري في المادة 1/355 منه التي عرفت خطاب الضمان بأنه: " تعهد مكتوب يصدر من البنك بناء على طلب شخص (يسمى الآمر)، بدفع مبلغ معين أو قابل للتعيين لشخص آخر يسمى (المستفيد)، إذا طلب ذلك منه خلال المدة المعينة في الخطاب، ودون الإعتداد بأية معارضة ".[2] ويماثل ذلك المادة 408 تجاري يمني، والمادة 392 تجاري كويتي، والمادة 392 تجاري عماني، والمادة 414 تجاري إماراتي.[3]

في حين نجد المشرع الفرنسي عرف الضمان المستقل في نص المادة 2321[4] من القانون المدني الفرنسي بأنه : " الضمان المستقل التزام من الضامن بناء على التزام مكتتب من الغير بدفع مبلغ نقدي سواء عند أول طلب، أو وفقا للأوضاع المبينة . لا يلتزم الضامن بالدفع في حالة التعسف أو غش ظاهر من قبل المستفيد أو في حالة تواطئه مع الآمر. لا يتبع الضمان الإلتزام المضمون ما لم يوجد اتفاق مخالف"[5].

---

[1]– علي جمال الدين عوض، **خطابات الضمان المصرفية**، دار النهضة العربية، القاهرة،1991، ص3.

[2]– عبد الفضيل محمد أحمد، **عمليات البنوك (الودائع المصرفية– الحسابات المصرفية–عمليات الإئتمان، القروض، القبول، الخصم، الإعتماد المصرفي البسيط، الإعتماد المستندي)**، دار الفكر والقانون، المنصورة، مصر، 2010، ص134.

[3]– عرفت المادة 414 من قانون المعاملات التجاري الإماراتي خطاب الضمان بأنه: " تعهد يصدر من المصرف الضامن بناء على طلب عميل له (الآمر) بدفع مبلغ معين أو قابل للتعيين لشخص آخر (المستفيد) دون قيد أو شرط، مالم يكن خطاب الضمان مشروطا إذا طلب منه ذلك خلال المدة العينة في الخطاب، ويوضح في خطاب الضمان الغرض الذي صدر من أجله" أما المشرع الكويتي فقد نص في المادة: 382 من قانون التجارة الصادر سنة 1980، على أن خطاب الضمان: " تعهد يصدر من بنك بناء على طلب عميل له (الأمر) بدفع مبلغ معين أو قابل للتعيين لشخص أخر (المستفيد)، دون قيد أو شرط إذا طلب منه ذلك خلال المدة المعينة في الخطاب، ويوضح في الخطاب الغرض الذي صدر من أجله "....

[4]– article 2321 : " la garantie autonome est l'engagement par lequel le garant s'oblige, en considération d'obligation, souscrite par un tiers, à verser une somme soit à première demande, soit suivant des modalités convenues. Le garant n'est pas tenu en cas d'abus ou de fraude manifestes du bénéficiaire ou de collusion de celui-ci avec le donneur d'ordre. Le garant ne peut opposer aucune exemption tenant à l'obligation garantie, sauf convention contraire, cette sureté ne suit pas l'obligation garantie"

[5] - Philippe Neau-Leduc, Droit bancaire, Dalloz, Paris-France, 4ème édition ،2010, p261-262.

ويلاحظ أن بعض التشريعات التجارية لبعض الدول لم تتناول خطابات الضمان كالتشريع التجاري الأردني والسوري والقطري، إلا أن ذلك لا يعني عدم مشروعيتها في ظل تلك القوانين، فالعرف المصرفي وأحكام الكفالة في القانون المدني يؤديان دورا محوريا في تنظيمه و بيان أحكامه.[1]

ورغم انتشار التعامل بخطابات الضمان بين المصارف الجزائرية، إلاَّ أنه لم يحظ بتنظيم تشريعي على غرار تشريعات العديد من الدول،[2] فالقانون التجاري الجزائري لم ينظِّم خطاب الضمان ولم يعط له أيَّ تعريف كما فعلت أغلب الدول.

إلاَّ أنه يمكن تصنيفه ضمن الإلتزام بالتوقيع الذي نصت عليه المادة 01/68 من الأمر الرئاسي 11/03 المؤرخ في 26 أوت 2003 المتعلق بالنقد والقرض المعدل بالأمـــــــر 03-04 المؤرخ في 26 أوت 2010 والتي تنص على ما يلي: " يشكل عملية قرض في مفهوم هذا الأمر، كل عمل لقاء عوض يضع بموجبه شخص ما أو يعد بوضع أموال تحت تصرف شخص آخر، أو يأخذ بموجبه لصالح الشخص الآخر التزاما بالتوقيع كالضمان الاحتياطي والكفالة أو الضمان."

فخطاب الضمان يعد من بين الالتزامات التي تنشأ عن مجرد توقيعا لمصرف استنادا إلى مركزه المالي[3].

وقد أصدر بنك الجزائر باعتباره السلطة النقدية في الجزائر التنظيم رقم 02/93 المؤرخ في 1993/01/03 المتعلق بإصدار خطابات الضمان والضمانات المقابلة من قبل البنوك الوسيطة المعتمدة في المادة الثالثة منه.[4]

كما تم إصدار التعليمة رقم 05/94 المؤرخة في 1994/02/02[5] والتي حظرت التعامل بالضمانات المباشرة، فلا يمكن لأي مصرف إصدار أي نوع من الضمانات قبل أن يحصل على ضمانات مقابلة من مصرف أجنبي من الدرجة الأولى معترف به دوليا لتجنب المنازعات بين الدول.

---

[1]- رشاد نعمان شايع العامري، **الخدمات المصرفية الائتمانية في البنوك الإسلامية**، دار الفكر الجامعي، الإسكندرية، 2012، ص 425.

[2] _ كالمشرع المصري الذي نظم أحكامه في قانون التجارة المصري رقم 17 لسنة 1999 بالمواد 355 إلى 360 من الباب الثالث.

[3]- أمقران راضية، **خطابات الضمان المصرفية وموقف الشريعة الإسلامية منها**، أطروحة دكتوراه في الحقوق، تخصص قانون خاص، تحت إشراف الأستاذ الغوتي بن ملحة، كلية الحقوق، جامعة الجزائر 1، السنة الجامعية 2013-2014.

[4]- الجريدة الرسمية رقم 17المؤرخة في 14مارس1993 الموافق لـ 20 رمضان 1413 هـ.

[5]- https://www.bank-of-algeria.dz/html/legist10_5.htm

كما أن غرفة التجارة الدولية (ICC) بباريس قد أصدرت قواعد موحدة لخطابات الضمان في الكتيب رقم (458) علن 1992،[1] وعرفته المادة 2 بأنه: " أي ضمان أو سند أو تعهد بالدفع أيا كان مسماه أو وصفه، صادر من بنك أو شركة تأمين أو أية جهة أو شخص، يتعهد فيه كتابة بأن يدفع مبلغا محددا من المال عند تقديم ما يتفق مع شروط الضمان بناءً على تقديم طلب كتابي بالدفع أو أي مستند آخر أو مستندات حسب ما هو منصوص عليه في الضمان، وهذا التعهد يصدر بناءً على طلب أو تعليمات وبموجب طلب صادر من شخص)، وهذه القواعد ملزمة لكل الأطراف فيما عدا ما ينص عليه خلاف ذلك بوضوح في خطاب الضمان أو في أية تعديلات تدخل عليه.[2]

ويتضمن خطاب الضمان اسم البنك المصدر، واسم المستفيد، واسم العميل، وموضوع العملية التي صدر الخطاب بشأنها لضمان تنفيذها، والمبلغ، والمدة التي يمكن للمستفيد خلالها مطالبة البنك بالدفع. وموضوع خطاب الضمان دائما مبلغ من النقود، فإذا ورد التزام البنك على غير ذلك لم نكن بصدد خطاب ضمان.[3]

تصدر خطابات الضمان بأنواع مختلفة ولأغراض كثيرة ومتعددة، منها ما يتعلق بالنشاطات الاقتصادية المختلفة كالتعهدات والمقاولات وأعمال توريد الآلات والمعدات وأعمال الصيانة، كما تصدر بعضها لأغراض عمليات الإستيراد، وبعضها الآخر يصدر لتسهيل مصالح الأفراد والمؤسسات مثل خطابات الضمان ووكلاء السياحة والأسفار، وهذه الأنواع تستند إلى الغرض من إصدارها، وهناك تقسيمات أخرى لخطابات الضمان منها ما يستند إلى أسلوب الوفاء بقيمتها، فتقسم إلى خطابات مشروطة وخطابات غير مشروطة، ومنها ما يستند إلى محل إقامة الآمر والمستفيد، فتقسم إلى خطابات محلية وخطابات أجنبية.[4]

الفرع الثاني: أهمية خطاب الضمان

---

[1]– وبعد عدة سنوات من إصدار هذه القواعد، وفي يوليو2010، أصدرت غرفة التجارة الدولية التنقيح الجديد للقواعد الموحدة للضمانات لأول طلب لسنة .1992 تحت رقم جديد وهو758 .

[2]– رشاد نعمان شايع العامري، **الخدمات المصرفية الإئتمانية في البنوك الإسلامية**، مرجع سابق، ص ص: 425 – 426.

[3]– عبد الفضيل محمد أحمد، **عمليات البنوك (الودائع المصرفية– الحسابات المصرفية–عمليات الإئتمان، القروض، القبول، الخصم، الإعتماد المصرفي البسيط، الإعتماد المستندي)**، مرجع سابق، ص 135.

[4]– عزيز العكيلي، **شرح القانون التجاري، الجزء الثاني، الأوراق التجارية وعمليات البنوك**، مرجع سابق، ص 453.

مما لا شك فيه أن لخطاب الضمان دورا بالغ الأهمية في مجال النشاط الاقتصادي بصفة عامة وفي مجال الاستثمار بصفة خاصة، حيث يؤدي إلى تعزيز مركز العميـــل الائتماني تجاه من يتعاملون أو يتعاقدون معه، ويترتب على ذلك فائدة عملية كبيرة لأطرافه الثلاثة، العميل " المورد أو المقاول ..." والمستفيد والبنك مصدر الضمان.

فبالنسبة للعميل فإنه يجنبه تجميد المبالغ المالية المساوية لقيمة الخطاب ويمكنه استثمارها في أوجه استثمار أخرى تدر عليه عائدا يغطي أو يفوق ما قد يدفعه للبنك من عمولة مقابل إصدار خطاب الضمان، بل أنه حتى في حالة اقتراضه من البنك التقليدي لذلك المبلغ المطلوب من المستفيد كتأمين نقدي، فإن الفائدة عليه ستكون أكبر بكثير من مقدار العمولة التي يدفعها للبنك مقابل إصداره لخطاب الضمان لصالح الجهة المتعاقدة مع العميل، وبالتالي فخطاب الضمان يحقق فائدة كبيرة للعميل في كل الأحوال، وهذا من شأنه أن يشجع المقاولين والموردين على التقدم للمناقصات وما يصاحب ذلك من آثار إيجابية على الجانب الاقتصادي بشكل عام.[1]

هذا فضلا عما إذا كان العميل مقيما في الخارج، فإن خطاب الضمان يغني عن تحويل عملات أجنبية موازية بقيمة التأمين الواجب تقديمه، ثم إعادته ثانية عند انتهاء العملية أو عدم رسو العطاء عليه وما يترتب على ذلك من آثار تغير أسعار الصرف بين تقديم التأمين وسحبه، كما يلاحظ أن عملية إصدار خطاب الضمان كثيرا ما تتضمن تسهيلا إئتمانيا يمنحه البنك لعميله، وذلك في حالة ما يكون الغطاء لذلك الخطاب جزئيا أو لا غطاء له اكتفاء من البنك بثقة العميل وسمعته الطيبة.[2]

أما بالنسبة للبنك فخطابات الضمان تعود بالفائدة عليه، إذ يتقاضى أجرا نظير قيامه بإصدار خطاب الضمان، فضلا عن أن العميل يلتزم غالبا بتزويد البنك بمبلغ نقدي كغطاء للخطاب في صورة وديعة نقدية يحتفظ بها البنك لحين انتهاء مدة الخطاب، وهذه الوديعة يمكن للبنك استخدامها. وخطابات الضمان ليست مكلفة عادة للبنك بالمقارنة بغيرها من عمليات البنوك، إذ لا يفعل سوى إصدار الخطاب في الغالب.[3] كما لا يتحمل البنك في النهاية خسارة إذا دفع قيمتها إذ يحتفظ البنك عادة بغطاء ويأخذ

---

[1]– رشاد نعمان شايع العامري، **الخدمات المصرفية الإئتمانية في البنوك الإسلامية**، مرجع سابق، ص 427.

[2]– رشاد نعمان شايع العامري، **الخدمات المصرفية الإئتمانية في البنوك الإسلامية**، مرجع سابق، ص 427.

[3]– عبد الفضيل محمد أحمد، **عمليات البنوك (الودائع المصرفية– الحسابات المصرفية–عمليات الإئتمان، القروض، القبول، الخصم، الإعتماد المصرفي البسيط، الإعتماد المستندي)**، مرجع سابق، ص 135.

على العميل تعهدات كافية تضمن له سداد هذه القيمة، هذا فضلا عن أن كل أموال العميل لدى البنك تكون ضامنة لتصرف البنك.[1] وإذا كان العميل أجنبيا فإن البنك يحصل على عمولته بالنقد الأجنبي.[2]

و بالنسبة للمستفيد فإن خطاب الضمان يقدم له ضمانا معادلا للتأمين النقدي تماما، وهو فضلا عن ذلك يتجنب المشاكل الناجمة عن إيداع التأمين النقدي وسحبه.[3]

المطلب الثاني: خصائص خطاب الضمان

يتميز خطاب الضمان المصرفي بمجموعة من الخصائص أهمها استقلالية الخطاب عن الإلتزام الأصلي، ومضمونه دائما مبلغ نقدي يدفع فورا مع أول طلب بالإضافة لكفايته الذاتية.

الفرع الأول: استقلال الإلتزام في خطاب الضمان

يقصد باستقلال الإلتزام في خطاب الضمان المصرفي، إنفصال الإلتزام الناشئ عن الخطاب واستقلاله عن الإلتزام الأصلي، رغم أن الدين المضمون هو سبب نشوئه، إذ يترتب على ذلك إستقلالية التزام البنك اتجاه المستفيد، فلا يمكنه التمسك بأي دفع لسبب يعود للإلتزام الأصلي المضمون، كما يجب على البنك الدفع للمستفيد مع أول طلب خلال المدة المحددة في الخطاب، فالوفاء الفوري يعد المظهر العملي لمبدأ الإستقلالية.[4]

غير أنه يمكن للبنك التمسك في مواجهة المستفيد بالدفوع الناشئة عن إرادته المنفردة إذا وقع في غلط في شخصية المستفيد أو انعدمت إرادته في الخطاب كالتوقيع المزور، ذلك أن هذه الدفوع لا تمس باستقلالية التزامه اتجاه المستفيد.[5]

الفرع الثاني: خطاب الضمان عقد تجاري

---

[1]– سليمان رمضان محمد عمر، **النظام القانوني لخطابات الضمان المصرفية**، دار الفكر الجامعي، الإسكندرية، 2009، ص44.

[2]– عبد الفضيل محمد أحمد، **عمليات البنوك (الودائع المصرفية– الحسابات المصرفية–عمليات الإئتمان، القروض، القبول، الخصم، الإعتماد المصرفي البسيط، الإعتماد المستندي)**، مرجع سابق، ص 135.

[3]– عبد الفضيل محمد أحمد، **عمليات البنوك (الودائع المصرفية– الحسابات المصرفية–عمليات الإئتمان، القروض، القبول، الخصم، الإعتماد المصرفي البسيط، الإعتماد المستندي)**، مرجع سابق، ص 135.

[4]– يوسفي نور الدين، الباحث سامي كحلول، **النظام القانوني لخطاب الضمان المصرفي**، مقال منشور بمجلة الباحث للدراسات الأكاديمية، المجلد 05، العدد 03، السنة 2018، ص 363.

[5]– يوسفي نور الدين، الباحث سامي كحلول، **النظام القانوني لخطاب الضمان المصرفي**، مرجع سابق، ص 363.

يعد خطاب الضمان عقداً تجارياً حيث يكون كذلك بالنسبة للبنك مصدر الخطاب لكونه يعتبر عملا من أعمال المصارف وهذه الأعمال تعتبر تجارية، أما بالنسبة للعميل فيكون تجاريا إذا كان العميل تاجرا وكان العمل لغايات تجارته.[1]

الفرع الثالث: محل خطاب الضمان مبلغ من النقود

وهذه الخاصية يمتاز بها خطاب الضمان عن الكفالة العادية، لأن التزام البنك في خطاب الضمان المصرفي يكون دائما مبلغا معينا أو قابلا للتعيين من النقود يدفع بمجرد المطالبة به. وإذا كان الأصل للمستفيد إمكانية المطالبة بقيمة الضمان من البنك في أي وقت، إلا أن لهذا الأخير الإمتناع عن الوفاء إذا كان المستفيد متعسفا في استعمال حقه، أو استخدم إحدى أساليب الغش البين.[2]

الفرع الرابع: الكفالة الذاتية

إن خطابات الضمان التي تصدرها البنوك أو المصارف بناء على طلب زبائنها لصالح شخص المستفيد، هي تعهد مستقل من جانب البنك، وهذا التعهد يعد التزاما في مواجهة المستفيد، فلا يتوقف التزام البنك بالوفاء بمبلغ الضمان على عنصر خارجي لا يتحقق الوفاء إلا به، بل يتم الوفاء وفق الشروط المحددة في الخطاب، فلو كان التزام البنك متوقف على تحقق واقعة خارجية عن مضمون الخطاب لفقد هذا الأخير وظيفته الإئتمانية.[3]

الفرع الخامس: خطاب الضمان يقوم على الإعتبار الشخصي للعميل

من أهم مميزات خطاب الضمان أنه من الضمانات التي تقوم على الإعتبار الشخصي، حيث أن ملاءة العميل وثقة البنك به ذات أهمية بالغة في الموافقة على إصدار خطاب الضمان من البنك.[4]

الفرع السادس: خطاب الضمان عقد رضائي

[1]– بسام حمد الطراونة، باسم محمد ملحم، **الأوراق التجارية والعمليات المصرفية**، مرجع سابق، ص 443.

[2]– يوسفي نور الدين، سامي كحلول، **النظام القانوني لخطاب الضمان المصرفي**، مرجع سابق، ص 364.

[3]– يوسفي نور الدين، سامي كحلول، **النظام القانوني لخطاب الضمان المصرفي**، مرجع سابق، ص 364.

[4]– بسام حمد الطراونة، باسم محمد ملحم، **الأوراق التجارية والعمليات المصرفية**، مرجع سابق، ص 443.

خطاب الضمان عقد رضائي حيث لا يستلزم انعقاده سوى تراضي الطرفين على الشروط المتفق عليها بينهما.[1]

الفرع السابع: لا يجوز تحويله أو تظهيره

لا يمكن للمستفيد الأول أن يحيله لمستفيد ثان. كذلك لا يجوز تظهير خطاب الضمان، وإنما يمكن فقط تعديل الإسم في حالة حدوث خطأ عند إصدار الضمان.

الفرع الثامن: غير قابل للتداول

خطاب الضمان غير قابل للتداول، بعكس الكمبيالة فهي قابلة للتداول بحيث يمكن للمستفيد منها أن يخصمها من أحد البنوك قبل تاريخ استحقاقها والبنك بدوره يمكن أن يعيد خصمها من بنك آخر أو مع مؤسسة النقد،[2] كما أن الشيك أيضا قابل للتداول. أما خطاب الضمان فالمستفيد منه لا يمكن أن يقدمه لبنكه ويطلب قيمته.[3]

المطلب الثاني: العلاقات الناشئة عن خطاب الضمان

يُنشئ خطاب الضمان المصرفي علاقات قانونية بين البنك والعميل من ناحية، وبين البنك والمستفيد من ناحية أخرى. وهناك علاقة ثالثة تربط العميل بالمستفيد. ويحكم علاقة البنك والعميل عقد الإعتماد بالضمان، ويحكم علاقة البنك بالمستفيد خطاب الضمان، ويحكم علاقة العميل بالمستفيد العقد الذي يقوم بينهما والذي قد يكون توريدا أو مقاولة، وكل علاقة من هذه العلاقات الثلاث مستقلة عن العلاقتين الأخريين. وسنتناول شرح هذه العلاقات فيما يلي:

الفرع الأول: علاقة البنك بالعميل الآمر

يحكم هذه العلاقة عقد الإعتماد بالضمان أو عقد الإعتماد بالتوقيع، وتبدأ هذه العلاقة بطلب يقدمه العميل إلى البنك لإصدار خطاب ضمان لصالح المستفيد بمبلغ معين أو قابل للتعيين، مع ذكر

---

[1]– بسام حمد الطراونة، باسم محمد ملحم، **الأوراق التجارية والعمليات المصرفية**، مرجع سابق، ص 443.

[2]– يقصد بها البنك المركزي.

[3]– حسين محمد سمحان، **أسس العمليات المصرفية الإسلامية**، دار المسيرة للنشر والتوزيع والطباعة، عمان، 2013، ص 314.

الغرض الذي صدر الخطاب من أجله، ومدة صلاحيته، كما يتضمن تصريحا للبنك بالدفع لدى أول طلب يتلقاه من المستفيد دون حاجة إلى موافقة العميل بل ورغم معارضته.[1]

ويعتبر هذا الخطاب إيجابا من العميل، ويكون للبنك مطلق الحرية في القبول أو الرفض، ذلك أن إصدار الخطاب فتح لاعتماد بالتوقيع، ومن المقرر أن للبنك مطلق الحرية في رفض الإعتمادات، كما أنه مقيد بحدود معينة وهي تلك التي يضعها له البنك المركزي.[2]

الفرع الثاني: علاقة العميل الآمر والمستفيد

ينظم هذه العلاقة عقد الأساس الذي يربط البائع أو المصدر أو المقاول أو.... بالمستفيد، وقد يكون عقد بيع أو توريد أو تصدير أو مقاولة أو غير ذلك، وعلى أساسه تتحدد التزامات وحقوق طرفيه استنادا إلى الاتفاق المبرم بينهما، وتتحدد أيضا القواعد القانونية المنظمة لتلك العقود تبعا لنوعها وطبيعتها.[3]

وفي حالة اشتراط المستفيد على العميل تقديم خطاب ضمان بشأن العقد المبرم بينهما فيفترض أن هذا الضمان لا يصادَر إلاَّ في حالة عدم تنفيذ هذا العميل لالتزاماته بشكل صحيح، إلاَّ أنه يلاحظ أن هذه القاعدة لا تنطبق إلاَّ في علاقة طرفي عقد الأساس، أما أمام البنك – مصدر خطاب الضمان– فالضمان مستقل ينطبق أيا كان مصير تنفيذ العقد، إلاَّ في حالة الغش الواضح من قبل المستفيد.[4]

الفرع الثالث: علاقة البنك بالمستفيد

علاقة البنك بالمستفيد ما هي إلا أثر من الآثار التي تولدت عن العلاقة السابقة بين العميل الآمر والبنك والتي أدت إلى أن يصدر البنك خطاب الضمان لمصلحة المستفيد. فإصدار الخطاب من قبل البنك يعد تعهدا نهائيا من قبله بدفع مبلغ الضمان المطلوب من عميله. فإذا لم يعترض المستفيد على الخطاب الموجه إليه أو لم يرفضه في وقت مناسب من وصوله إليه يعد قابلا به، وبالتالي فإن هذا الخطاب بما يتضمنه من شروط هو الذي يحكم العلاقة بين البنك والمستفيد.[5]

---

[1]– علي جمال الدين عوض، **خطابات الضمان المصرفية**، مرجع سابق، ص 90.

[2]– سليمان رمضان محمد عمر، **النظام القانوني لخطابات الضمان المصرفية**، مرجع سابق، ص 89.

[3]– رشاد نعمان شايع العامري، **الخدمات المصرفية الإئتمانية في البنوك الإسلامية**، مرجع سابق، ص 435.

[4]– رشاد نعمان شايع العامري، **الخدمات المصرفية الإئتمانية في البنوك الإسلامية**، مرجع سابق، ص 435.

[5]– عزيز العكيلي، **شرح القانون التجاري، الجزء الثاني، الأوراق التجارية وعمليات البنوك**، مرجع سابق، ص 453.

ختاما، وبعد أن تناولنا ماهية خطاب الضمان المصرفي وخصائصه والعلاقات الناشئة عنه، ومن أجل موضوع أطروحتنا بقي لنا أن نتناول أثر اتفاق على هذه العلاقات وهذا ما سنتناوله في المبحث الثاني والثالث.

المبحث الثاني: أثر شرط التحكيم الوارد في عقد الأساس

ذكرنا أن خطاب الضمان هو عقد يقوم على مجموعة من العلاقات القانونية بين الأطراف المعنية به، وهي العلاقة بين العميل الآمر والمستفيد والتي يحكمها عقد الأساس، و العلاقة العقدية بين البنك و عميله الآمر بإصدار خطاب الضمان لصالح المستفيد، وأخيرا العلاقة القانونية المباشرة بين البنك و المستفيد و التي يحددها خطاب الضمان ذاته.

وكثيرا ما يحدث في الواقع العملي اتفاق العميل الآمر والمستفيد على إدراج شرط التحكيم في عقد الأساس بحيث يتم الفصل في كافة ما ينشأ بينهما من نزاعات بمناسبة تنفيذ هذا العقد عبر آلية التحكيم.

وقد يبادر المستفيد إلى مطالبة المصرف الضامن بقيمة خطاب الضمان، و يعترض العميل الآمر على ذلك لسبب أو لآخر فيثور النزاع بينهما، و عندئذ تطرح عدة تساؤلات، هل يمتد أثر شرط التحكيم الوارد في علاقة الأساس إلى النزاع الناشئ بخصوص هذا العقد عن مطالبة المستفيد بقيمة الخطاب؟ وهل يحتج على المستفيد بشرط التحكيم الوارد في علاقة الأساس التي تربطه بالعميل ومن ثم يطرح النزاع على التحكيم؟

وسنتناول الإجابة عن هذه التساؤلات في ثلاثة مطالب حيث سنتناول في أولها إلى مدى جواز تمسك العميل الآمر والمصرف المصدر بشرط التحكيم في مواجهة المستفيد ثم سنتطرق في المطلب الثاني إلى الحديث عن أثر شرط التحكيم على تنفيذ المصرف لإلتزاماته، أما المطلب الثالث والأخير فسنتناول فيه مدى خضوع حق المستفيد من الضمان للتحكيم.

المطلب الأول: عدم جواز تمسك العميل الآمر والمصرف المصدر بشرط التحكيم في مواجهة المستفيد.

لا خلاف في أن مجرد وجود شرط التحكيم في العلاقة التي تربط بين العميل (المدين) والمستفيد (الدائن) لا يمنع هذا الأخير من المطالبة بقيمة خطاب الضمان وفقا للشروط التي حددها خطاب الضمان ذاته، كما أنه لا خلاف في عدم جواز الإحتجاج بشرط التحكيم الوارد في عقد الأساس في

مواجهة المستفيد (الدائن) في خصوص نزاع ناشئ عن المطالبة بقيمة الضمان،[1] ذلك أن شرط التحكيم لا يؤثر على حق المستفيد في حصوله على مبلغ الضمان، ولا على اتباع العميل الآمر طريق القضاء بهدف إيقاف تسييل الخطاب.[2]

وعليه، فإن إدراج شرط التحكيم ضمن عقد الأساس بين العميل الآمر والمستفيد لا يمنع الأخير من مطالبة المصرف بالوفاء بقيمة الضمان، بمعنى أن هذا الشرط لا يعد قيداً على حق المستفيد في المطالبة بقيمة الضمان. باعتبار أن الدفوع التي تستند إلى عقد الأساس ومنها شرط التحكيم تكون غير قابلة للإحتجاج بها قبل المستفيد وذلك نظرا للطابع الفوري للوفاء بهذه الضمانة إذ أنها " بمجرد الطلب " وتتمتع بالإستقلال عن عقد الأساس.[3]

وفي هذا الخصوص قضت محكمة النقض المصرية بجلسة 2004/01/13 أن: " خطاب الضمان و إن صدر تنفيذًا للعقد المبرم بين البنك و عميله، إلاّ أن علاقة البنك بالمستفيد الذي صدر خطاب الضمان لصالحه هي علاقة منفصلة عن علاقته بالعميل يحكمها خطاب الضمان وحده بشروطه و قيوده و تضمن اتفاق طرفيه على الالتجاء إلى التحكيم لتسوية الخلافات بشأنه، إمّا أن يرد بنص صريح فيه أو بالإحالة إلى وثيقة تتضمنه تقطع بأنه جزء من شروط هذا الخطاب. لما كان ذلك، وكان خطاب الضمان – موضوع الدعوى – قد خلت بنودهما من شرط التحكيم أو الإحالة الواضحة إلى اعتبار شرط التحكيم الوارد بالعقد المؤرخ 11 إبريل سنة 1985 المحرر بين العميل الآمر والمستفيد جزءاً من بنود هذين الخطابين. فإن النزاع بين الطاعن والمطعون ضدها بشأن صرف قيمتهما تتولى نظره المحاكم ".[4]

وبالرغم من الإجماع المنعقد فقهاً وقضاءً حول هذا الأمر، إلاَّ أن هناك اختلافاً حول الأساس القانوني لعدم الإحتجاج بشرط التحكيم، فجانب يرى أن أساس المنع هو مبدأ الإستقلالية والذاتية التي يتمتع بها النظام القانوني لخطاب الضمان عن عقد الأساس، وآخر يرى أن الأساس القانوني يجد سنده في فكرة أخرى ألا وهي نسبية أثر العقد.

وسنقوم بعرض هذين الإتجاهين فيما يلي:

---

[1]– خالد عبد العظيم أبو غابة، **التحكيم وأثره في فض المنازعات**، مرجع سابق، ص 135.

[2]– هاني عطاى، **التحكيم في الضمانات المصرفية – دراسة مقارنة–**، مرجع سابق، ص 232، أنظر أيضا: Bruno leurrent, **Garanties bancaires et arbitrage** , revue de droit des affaires internationales ,1990, p5.

[3] -Louis Goutal, **L'arbitrage et les tires le droit des contrats**, Rapport genéral, rev arb, 1988 , p 439 .

[4] – قرار صادر عن محكمة النقض رقم 495 لسنة 72 ق جلسة 2004/01/13، مشار إليه في: سميحة القليوبي، أثر اتفاق التحكيم على المنازعات التي تنشأ عن كل من تحرير شيك دون رصيد وعلى خطاب الضمان والإعتماد المستندي، مقال منشور بالمجلة الدولية للفقه والقضاء والتشريع، المجلد 2، العدد 1، سنة 2021، ص ص: 05 – 15.

الفرع الأول: استقلال علاقة الأساس عن خطاب الضمان

إن أهم ما يميز الضمانات المصرفية المستقلة كخطاب الضمان، هو استقلال علاقة الأساس القائمة بين المستفيد والعميل الآمر عن تلك الضمانات. وهذا الإستقلال يعد من الأمور الجوهرية لذلك النظام القانوني (خطابات الضمان البنكية) بالمعنى الفني الذي يميزه عن غيره من أنظمة الضمان الأخرى التي قد تتشابه معها، وعلى الأخص نظام الكفالة، وهذا الإستقلال له ما يبرره في مجال العمليات التجارية الدولية على وجه الخصوص، ويجد هذا الإستقلال أساسه في نص المادة 358 من القانون التجاري المصري حيث تنص على أنه : " لا يجوز للبنك أن يمتنع عن الوفاء للمستفيد لسبب يرجع إلى علاقة البنك الآمر أو إلى علاقة الآمر بالمستفيد"[1].

ويترتب عن ذلك، أن التزام البنك بناء على إرادته المنفردة قبل المستفيد، يعد ملتزماً بصفته أصيلا، وليس وكيلا عن العميل، أو نائباً، أو متعهداً في عقد اشتراط لمصلحة الغير، ونتيجة ذلك، هو استقلال التزام البنك عن أية علاقة أخرى قد تثور بمناسبة الخطاب، كعلاقة البنك بالعميل، أو هذا الأخير بالمستفيد،[2] لأنه بإصدار خطاب الضمان وقبول المستفيد له، أصبح التزام البنك التزاما باتًا مجردًا لا يستطيع البنك أو غيره أن يطلب وقف صرف قيمته، حتى ولو كان العميل نفسه، فالهدف الرئيس من هذا الضمان المستقل (الضمان بمجرد الطلب)، هو أن يتجنب المستفيد أيّة إجراءات قضائية قبل طلب الضمان.[3]

وتعني هذه الإستقلالية لبعض الشراح والفقهاء الفرنسيين أن تعهد البنك هو تعهد نهائي لا يقبل الرجوع فيه "Irrévocable".[4]

وبناء على هذا ذهبت بعض أحكام القضاء المصري والفرنسي إلى اعتناق هذا الأساس والقول بعدم الإحتجاج بشرط التحكيم الوارد في عقد الأساس في مواجهة المستفيد بشأن المطالبة بقيمة

---

[1]– هاني أحمد عبد الفتاح عطاى، **التحكيم في الضمانات المصرفية – دراسة مقارنة–**، مرجع سابق، ص 233.

[2]– هاني أحمد عبد الفتاح عطاى، **التحكيم في الضمانات المصرفية – دراسة مقارنة–**، مرجع سابق، ص 234.

[3]– أنظر: سميحة القليوبي، **الوسيط في شرح قانون التجارة المصري (العقود التجارية– عمليات البنوك)**، دار النهضة العربية للنشر والتوزيع، القاهرة، 1998، ص 848 و – عبد الفضيل محمد أحمد، **عمليات البنوك (الودائع المصرفية– الحسابات المصرفية–عمليات الإئتمان، القروض، القبول، الخصم، الإعتماد المصرفي البسيط، الإعتماد المستندي)**، مرجع سابق، ص 140.

[4] –Gavalda (C.) , et Stoufflett (J.), " **la lettre de garantie international ", revue Trimestrielle de droit commercial et de droit économique**, p 350. No 711. Roblot (R.), in Ripert (J.), " Traite, de droit commercial ", L.G.D.J , paris,1992, p 455 .No . 2408.

الضمـــان، فقد ذهبت محكمة النقض الفرنسية في حكمها الصادر في قضية CREUOST-LOIRE بتاريخ 20 ديسمبر 1982.[1] إلى تبني هذا الإتجاه، حيث قضت بأن اتفاق التحكيم الوارد في العقد الأصلي (عقد الأساس)، لا يؤثر على تطبيق خطاب الضمان، وأنَّ عدم تنفيذ شرط التحكيم ليس مرتبطاً بصفة الشخص الذي يتمسك به (العميل الآمر). وإنما يرجع ذلك لطبيعة خطاب الضمان، فهو مستقل عن العقد الأصلي، ويجب الدفع عند الطلب الأول. وبناء عليه فإن الدفوع المستمدة من هذا العقد، والتي من بين أجزائه وبنوده شرط التحكيم، غير نافذة وليس لها حجية.[2]

وقد قضت محكمة النقض المصرية في هذا الصدد بأنه: " يترتب على التزام البنك بناء على إرادته المنفردة قبل المستفيد، أنه يلتزم بصفته أصيلا و ليس وكيلا عن عميله".[3]

كما أقرت المحكمة الإدارية العليا المصرية ذلك بقولها: " ولذا فإن البنك يلتزم بما تعهد به دون تأخير بغض النظر عن سائر العلاقات الأخرى التي نشأت بين البنك و عميله أو بين الجهة الإدارية

---

[1]– تتلخص وقائع هذه القضية في أن شركة CREUSOT –LOIRE عقداً من الباطن مع شركة أخرى مصنع الصلب في العراق والشركة الثانية Siegfried أوكلت إليها القيام ببعض أعمال ذات الصلة بعقد التشييد وفي 12 أغسطس 1976 تم تعديل هذا العقد من الباطن بمقتضى ملحق أطلق عليه البروتوكول رقم 7 وفي ذات التاريخ سلم بنك (باريس وهولندا) Paribasإلى شركة Creusot خطاب ضمان يتعهد بموجبه بدفع المبلغ بمجرد الطلب، وقد طلبت الأخيرة له وفقا لشروط ونصوص العقد المعدل بالبروتوكول سابق الذكر وذلك بمبلغ (....) إلاّ أن شركة Creusot قامت في ذات اليوم بناء على البروتوكول بمطالبة البنك المذكور بتسييل خطاب الضمان والحصول على قيمته مخلة بذلك بالالتزامات التي على عاتقها. ولمَّا كان بنك (باريس وهولندا) قد تحصل على ضمان من آخرين لضمان تعهده الصادر لصالح شركة Creusot فقام بمقاضاتهم وكذلك مقاضاة شركة Siefried في الدعوى المقامة ضد شركة Creusot. وقد أثارت شركة Siefried عند الطعن بالنقض على الحكم ضدها لصالح شركة Creusot بإلزام بنك فرنسا وهولندا بدفع قيمة الضمان إلى هذه الشركة، وكذلك بإلزام الآخرين الضامنين للبنك وشركة Siefried بدفع المبالغ المحكوم بها إلى البنك لصالح شركة .Creusot بأن الحكم قضى بأن شرط التحكيم المدرج في عقد الأساس (المقاولة من الباطن)، عقد لا صلة له بالإلتزامات الواقعة على عاتق بنك باريس وهولندا في مواجهة الشركة المستفيدة Creusot. في حين أن العلاقة بين كل من عقد الأساس وخطاب الضمان، تكشف عن إرادة البنك الموقع على هذا الخطاب في الخضوع لشرط التحكيم. إلا أن محكمة النقض الفرنسية أصدرت حكمها الذي انتهت فيه إلى عدم جواز الإحتجاج بشرط التحكيم الوارد في العقد الأصلي المبرم بين العميل الآمر والمستفيد في مواجهة البنك.

[2]– أنظر: هاني أحمد عبد الفتاح عطاى، **التحكيم في الضمانات المصرفية – دراسة مقارنة–**، مرجع سابق، ص 242. أحمد مصطفى الدبوسي السيد، **التحكيم في العمليات المصرفية بين الواقع والمأمول**، مرجع سابق، ص 161. و محمد صالح العوادي، **التحكيم في المعاملات المصرفية**، مرجع سابق، 313.

[3]– طعن رقم 5411 لسنة 64 جلسة 2001/6/8. محكمة النقض المصرية، مشار إليه في: معتصم محمود إسماعيل عيد، **التحكيم في المنازعات المصرفية**، دراسة إجرائية، مرجع سابق، ص 330.

والمتعاقد معها، وبالتالي لا يجوز للبنك التمسك في مواجهة الجهة الإدارية بالحقوق الناشئة لعميله من العقد الإداري..."."[1]

الفرع الثاني: نسبية أثر العقود

إذا كان الأمر على عدم قابلية الإحتجاج بشرط التحكيم الوارد في عقد الأساس تجاه المستفيد في مطالبته البنك مصدر الضمان بتسييل الخطاب على هذا النحو ليس محل خلاف فإن التباين في الرأي قائم حيال تحديد الأساس القانوني لعدم الإحتجاج بوجود شرط التحكيم في عقد الأساس.[2] إذ أنه وخلافا للرأي القائل بأن استقلال العلاقات بين العميل الآمر و البنك و المستفيد هو الأساس القانوني لذلك، فقد ذهب اتجاه آخر في الفقه إلى القول بأن الأساس القانوني لعدم الإحتجاج بشرط التحكيم الوارد في عقد الأساس في المنازعات المتعلقة بخطاب الضمان، يجد ذاته في شرط التحكيم باعتباره اتفاق تحكمه القاعدة العامة في العقود وهي النسبية في آثار العقود، حيث أنه وفقا لها فإن آثار العقد لا تمتد إلا لأطرافه، وبما أن شرط التحكيم طبيعته عقد، فإنه لا يرتب آثارا إلا على أطراف العلاقة التي أبرمت هذا الشرط،[3] وفي حالتنا هذه فإن أطراف العقد هما العميل الآمر والمستفيد اللذان أبرما عقد الأساس المتضمن شرط التحكيم، ومن ثم فإنه عندما يثور نزاع بين العميل الآمر والمستفيد يتعلق بالمطالبة بقيمة الضمان ، فإنه لا يجوز للعميل الآمر التمسك بشرط التحكيم لعرض هذا النزاع على هيئة التحكيم لأن هذا النزاع نشأ عن علاقة أخرى لم تتضمن شرط التحكيم، وبناء على ذلك فإنه لا يجوز للعميل الآمر التمسك بهذا الشرط في مواجهة البنك لأنه لم يكن طرفا في عقد الأساس الوارد به هذا الشرط.[4]

وهذا ما عبرت عنه محكمة استئناف باريس في حكمها الصادر بتاريخ: 14 ديسمبر 1987 عندما قضت بأنه: " لا يجوز للعميل الآمر التمسك بإجراء التحكيم المنصوص عليه في عقد الأساس لإخضاع المنازعات الناشئة عن دفع قيمة الضمان أو الضمان المقابل للتحكيم، حيث أن التزام البنك الضامن المقابل تجاه البنك الضامن يقع على عاتق الأول بصفة شخصية وأصيلة، وكل من البنكين

---

[1]– الطعن رقم 7632 لسنة 45 ق الإدارية العليا المصرية، جلسة 2003/5/27 مشار إليه في: معتصم محمود إسماعيل عيد، التحكيم في المنازعات المصرفية، دراسة إجرائية، مرجع سابق، ص 330.

[2]– معتصم محمود إسماعيل عيد، **التحكيم في المنازعات المصرفية–دراسة إجرائية–**، مرجع سابق، ص 330.

[3]– محمد صالح العوادي، **التحكيم في المعاملات المصرفية**، مرجع سابق، 317.

[4]– محمد صالح العوادي، **التحكيم في المعاملات المصرفية**، مرجع سابق، 317.

أجنبي بالنسبة لعقد الأساس، ومن ثم ليس طرفا في اتفاق التحكيم، الأمر الذي ينعدم معه كل أثر لهذا الاتفاق على وضع الضمانات المصرفية موضع التنفيذ". [1]

كذلك ما قضت به محكمة التحكيم لدى غرفة التجار الدولية في عام 1990، حيث قضت بأنها:

" لا تملك سلطة الحكم إلا في مواجهة الأطراف دون الحكم على البنك الضامن الذي لا يعتبر طرفًا في الإجراءات، وعلة ذلك أن العقد المبرم بين البنك الضامن والمستفيد مستقل تمامًا عن العقد الأصلي، لأن ضمان البنك يجد أساسه في العقد الأصلي، فإن المحكمين يكونون مختصين بنظر تلك المنازعات الناتجة عن العلاقات المرتبطة بين العميل الآمر والمستفيد، مما يترتب عليه أن ضمان البنك يرتبط بصحة وبطلان فسخ العقد الأصلي".[2]

---

[1]– وتتمثل الوقائع التي صدر فيها الحكم كالتالي: في 29 ديسمبر 1982 أبرمت شركة S.E.E.C عقدين مع ولايتي الجزائر وبويرة بشأن إقامة مجموعات ووحدات سكنية. ولقد نص في كل عقد من هذه العقود على أن تتعهد شركة C.S.E.E بتقديم خطابات ضمان لصالح الأطراف الجزائرية المتعاقد معها. وبناء على التعليمات الصادرة من هذه الشركة إلى بنك B.N.P قام هذا الأخير بمطالبة بنك القرض الشعبي الجزائري بإصدار خطاب ضمان لصالح الأطراف الجزائرية (ولايتي الجزائر وبويرة) وتعهد البنك الفرنسي بالضمان المقابل غير المشروط وغير القابل للرجوع فيه لبنك القرض الشعبي الجزائري، وبأن يدفع له بمجرد الطلب قيمة خطابات الضمان التي سوف يقوم بدفعها إلى الأطراف الجزائرية و تعهد أيضا بأن لا يتمسك بأي دفع يستمد من العقد المبرم بين الأطراف الجزائرية و شركة C .S.E.E. وبناء على ما تقدم تعهد البنك الشعبي الجزائري، بتقديم الضمانات المقابلة من الدرجة الأولى إلى الأطراف الجزائرية وعلى إثر قيام المنازعات بين الأطراف في عقد الأساس، قام القرض الشعبي الجزائري بمطالبة البنك الفرنسي بقيمة خطابات الضمان بناء على طلب الشركة الجزائرية المستفيدة من الضمان، وقد توجهت الشركة الفرنسية إلى قاضي الأمور الوقتية وطلبت منه إصدار أمر على عريضة بمنع البنك الفرنسي من الدفع للبنك الجزائري. وقد تمسكت الشركة الفرنسية من أجل تأييد طلبها بمنع البنك الفرنسي من الدفع للبنك الجزائري مستندة في ذلك إلى أن المطالبة بقيمة الخطاب من قبل الأطراف الجزائرية المستفيدة ليس له ما يبرره إذ أن الإلتزام بالوفاء بتلك القيمة قد انقضى وهو ما يجعل مطالبة الأطراف المستفيدة تنطوي على غش وتعسف من جانبها، وقد تمسكت أيضا الشركة الفرنسية بشرط التحكيم الوارد في عقد الأساس والذي يعطي الإختصاص لهيئة تحكيم يتم تشكيلها وفقا لقواعد غرفة التجارة الدولية بباريس. وعندما أصدر قاضي الأمور الوقتية قراره برفض طلب الشركة الفرنسية طعنت على هذا القرار أمام محكمة استئناف باريس والتي أصدرت حكمها السابق الإشارة إليه، والذي قام على أساس عدم الإحتجاج بشرط التحكيم الوارد في عقد الأساس على الضامن المقابل والضامن الأصلي باعتبارهما من الغير في العقد الأصلي الذي ورد فيه شرط التحكيم. أشار إليه: د. محمد صالح العوادي، التحكيم **في المعاملات المصرفية**، مرجع سابق، ص 318.

[2]– حكم تحكيم صادر عن غرفة التجارة الدولية C.C.I رقم 5721 لسنة 1990 مجلة CLUNET ص 102، مشار إليه في: هاني أحمد عبد الفتاح عطاى ، **التحكيم في الضمانات المصرفية – دراسة مقارنة–**، مرجع سابق، ص 246.

كما قضى مركز القاهرة الإقليمي للتحكيم التجاري الدولي في منازعة عرضت عليه، بأن الغير الذي لم يكن طرفًا في العقد، ولا خلفًا لأحد من المتعاقدين، يسمى بالغير الأجنبي أصلا عن العقد، لذا لا ينصرف إليه أثر العقد، ما دام بعيدا عن دائرة التعاقد، ولم يجز القانون امتداد أثر العقد للغير إلا في حالات محدودة ولاعتبارات ترجع إلى العدالة، أو إلى استقرار التعامل.[1]

وبناء على ذلك، فإنه لا يجوز للعميل الآمر التمسك بشرط التحكيم الوارد بعقد الأساس عندما يثور نزاع بينه وبين المستفيد بسبب مطالبة الأخير بقيمة الضمان، وذلك على أساس أن هذا النزاع قد نشأ عن علاقة أخرى هي خطاب الضمان، وهي علاقة قائمة بين المصرف المصدر والمستفيد، ولا تشير إلى شرط التحكيم، وبمعنى آخر فإن تمسك العميل الآمر بشرط التحكيم في مواجهة المستفيد يقتصر فحسب على الخلافات التي تنشب بينهما وتكون متعلقة بعقد الأساس ذاته.[2]

ويرى الدكتور هاني أحمد عبد الفتاح عطاى، أن أساس عدم الإحتجاج بشرط التحكيم الوارد في عقد الأساس ضد المستفيد، هو أن استقلال الضمان أساسه نصوص القانون التي نظمت خطاب الضمان ذاته، حيث جاءت نصوص القانون صريحة بعدم الاعتداد بأي معوق أو مانع يحول دون أخذ المستفيد قيمة الضمان.[3]

فبالرجوع إلى نص المادة 355 من قانون التجارة المصري نجدها تنص على أن: " خطاب الضمان تعهد مكتوب يصدر من البنك، بناء على طلب شخص يسمى الآمر، بدفع مبلغ معين أو قابل للتعيين، لشخص آخر يسمَّى المستفيد، إذا طلب منه خلال المدة المعينة في الخطاب، ودون اعتداد بأية معارضة "كما أن المادة 358 من نفس القانون نصت على أنه: " لا يجوز للبنك أن يمتنع عن الوفاء للمستفيد، لسبب يرجع إلى علاقة البنك بالآمر، أو إلى علاقة الآمر، أو إلى علاقة الآمر بالمستفيد ". أي أن البنك لا يملك الرفض، حتى بسبب وجود منازعة بين المستفيد و العميل الآمر، أو حتَّى بطلب من الأخير، وكذلك أحكام القضاء السابقة التي تؤكد ذلك المبدأ.[4]

---

[1]– القضية التحكيمية رقم 234 لسنة 2001، مجلة التحكيم العربي، العدد الخامس، سبتمبر 2002، ص 189، ص 190.

[2]– معتصم محمود إسماعيل عيد، **التحكيم في المنازعات المصرفية– دراسة إجرائية–**، مرجع سابق، ص 333.

[3]– هاني أحمد عبد الفتاح عطاى، **التحكيم في الضمانات المصرفية – دراسة مقارنة–**، مرجع سابق، ص ص: 246–247.

[4]– هاني أحمد عبد الفتاح عطاى، **التحكيم في الضمانات المصرفية – دراسة مقارنة–**، مرجع سابق، ص 247.

وعليه، ومن خلال ما سبق نجد أن شرط التحكيم الوارد في عقد الأساس لا يمكن أن يمتد إلى البنك الضامن وذلك بسبب طبيعة شرط التحكيم، وبالتالي فإن البنك الضامن والبنك الضامن ضمانا مقابلا يعدان من الغير بالنسبة لعلاقة التحكيم ولا يجوز الإحتجاج في مواجهتهما بشرط التحكيم من جانب العميل الآمر، كما أنه لا يجوز لهما التمسك بشرط التحكيم الوارد في عقد الأساس.[1]

المطلب الثاني: أثر شرط التحكيم على تنفيذ المصرف لالتزاماته

بالرغم من شبه الإجماع على استقلالية التزام البنك في خطاب الضمان عن عقد الأساس، وعدم إمكانية الإحتجاج ببنوده تجاه المستفيد، فإن مبدأ عدم الاعتراض من قبل العميل ليس مسلما به على إطلاقه، فللعميل، أن يعترض على سلوك البنك في الدفع إلى المستفيد إذا تجاوز شرطا من شروط خطاب الضمان، كعدم التثبت من إخلال العميل بالتزاماته، أو ظهور غش من المستفيد أو ما شابه ذلك، وبالتالي فإن بعض الفقه يرى ضرورة التزام البنك بإخطار العميل قبل الدفع.[2]

لهذا فقد أقر الفقه والاجتهاد الفرنسي خاصة وبعض الاجتهاد الأنجلو ساكسوني إلى جانب مبدأ استقلال التزام البنك في خطاب الضمان عن جميع الروابط العقدية الأخرى، استثناء مفاده أن هذه الاستقلالية تتعطل عند توفر الغش أو التعسف تماشيا مع قاعدة الغش يفسد كل شيء، إذ أنَّ هذه القاعدة استقرت في جميع الأنظمة القانونية وفي مجال التجارة الدولية.[3]

يفترض في هذه الحالة أن ينشأ نزاع بين المستفيد (الدائن) بشأن علاقة الأساس ويتم عرض هذا النزاع على هيئة التحكيم وفقا للاتفاق المبرم بينهما، ولكن لا ينتظر المستفيد (الدائن) الحكم في هذا النزاع ويبادر بمطالبة البنك بقيمة خطاب الضمان ثم يتبين للعميل الآمر(المدين) أن تلك المطالبة تنطوي على غش أو تعسف ظاهر من جانب المستفيد (الدائن)، وهنا يكون أمام العميل الآمر سلوك أحد الطريقين ليحول بين المستفيد ووصوله لمبتغاه.

الطريق الأول: طلب تجميد قيمة خطاب الضمان تحت يد البنك

---

[1]– محمد صالح العوادي، **التحكيم في المعاملات المصرفية**، مرجع سابق، ص 318.

[2]– محي الدين إسماعيل علم الدين، **موسوعة أعمال البنوك من الناحيتين القانونية والعملية**، الجزء الثاني، 1987، مطابع الطناني للنشر والتوزيع، مصر، دون سنة نشر، ص 585.

[3]– عكوش سهام، **الغش كاستثناء على مبدأ استقلال خطاب الضمان الدولي وفقا لاتفاقية الأمم المتحدة للكفالات المستقلة وخطابات الاعتماد الضامنة لسنة 1995**، مقال منشور بمجلة دفاتر السياسة والقانون دورية دولية متخصصة محكمة في الحقوق والعلوم السياسية تصدر عن جامعة قاصدي مرباح ورقلة، عدد 19 جوان 2018.

وفي هذا الطريق يستطيع العميل الآمر(المدين) أن يطالب البنك بتجميد قيمة خطاب الضمان وعدم دفعه للمستفيد (الدائن) حتى يتم الفصل في النزاع التحكيمي وذلك متى أثبت أن مطالبة المستفيد انطوت على غش أو تعسف ظاهر، وذلك استنادًا إلى قاعدة (إن الغش يفسد كل شيء)، وذلك لأن الغش يؤدي إلى قطع الإستقلال القائم بين عقد الأساس، والضمان المستقل.[1]

وقد يثور التساؤل بشأن تحديد الجهة التي يقدم إليها العميل الآمر طلب تجميد قيمة الضمان إستنادا إلى صدور غش من المستفيد في مطالبة المصرف بأداء تلك القيمة إليه؟ فهل يقدم العميل الآمر طلبه هذا إلى هيئة التحكيم التي تنظر في النزاع القائم بين طرفي عقد الأساس؟ أم إلى القضاء العادي المختص؟

قبل الإجابة عن هذا السؤال، لا بد من القول بأن طلب تجميد قيمة الضمان تحت يد المصرف في الفرض المذكور تعد من أمور القضاء المستعجل. ويقصد بالأخير القضاء الوقتي الذي يهدف إلى توفير حماية قضائية وقتية لا تمس أصل الحق وإنما لدرء خطر حقيقي محدق به، احترامًا للحقوق الظاهرة حماية لمصالح الأطراف. ولا شك في أن طلب تجميد قيمة خطاب الضمان ينطوي على حماية للحق لدرء خطر محيط به يتجسد في غش المستفيد من أجل الحصول على قيمة الخطاب.[2]

وعليه، فإن طلب التجميد يقدم إلى قاضي الأمور المستعجلة إذ هـــو المختص باتخاذ إجراء التجميد، كما تجدر الإشارة إلى أن قاضي الأمور المستعجلة عندما يقضي بمنع البنك الضامن من الوفاء بقيمة خطاب الضمان لا يستند في هذا المنع على وجود الدعوى التحكيمية القائمة والتي لم يفصل فيها حتى تاريخ تقديم الطلب، و هي الدعوى الناشئة عن علاقة الأساس، إنما يستند في حكمه على انطواء مطالبة المستفيد بقيمة الضمان على غش أو تعسف ظاهر في جانبه.[3]

وتجدر الإشارة إلى تمسك القضاء بضرورة ثبوت الغش بما لا يدع مجالا للشك والذي يعبر عنه "بضرورة كون الغش واضحًا وثابتًا يفقأ العين"، بمعنى أن مجرد الادعاء بوجود غش دون سند أكيد، لا

---

[1]– خالد عبد العظيم أبو غابة، **التحكيم وأثره في فض المنازعات**، مرجع سابق، ص 137.

[2]– أسيل باقر جاسم، **أثر التحكيم على خطاب الضمان المصرفي، دراسة تحليلية**، بحث منشور بمجلة الحلي للعلوم القانونية والسياسية، جامعة بابل، العدد الأول، السنة الخامسة، ص 191.

[3]– خالد عبد العظيم أبو غابة، **التحكيم وأثره في فض المنازعات**، مرجع سابق، ص 137.

أثر له على مبدأ استقلال التزام البنك في السداد عند أول طلب. ومن أمثلة وضوح الغش أو التعسف، الإهمال الجسيم، والتزوير، والتواطؤ الذي يستوجب تجميد قيمة الضمان.[1]

وتجدر الإشارة إلى أن المحكمة التي تنظر في أمر تجميد خطاب الضمان وهي المحكمة الإستعجالية، تنظر في الطلب وتبت فيه بحكم نهائي، أي غير قابل للطعن به بطريق الإستئناف بل فقط بطريق التمييز (النقض) أمام محكمة التمييز (النقض).[2]

أما في ظل قانون التحكيم المصري رقم 27 لسنة 1994، فتجيز المادة .24 [3] منه لهيئة التحكيم التي تنظر في النزاع اتخاذ الإجراء الخاص بتجميد قيمة الضمان بناءً على اتفاق خاص بين طرفي النزاع. إلا أن ذلك لا يعني أن لهيئة التحكيم إصدار أمر التجميد إلى المصرف. إذ أن المصرف ليس طرفًا في الخصومة أو النزاع التي تنظره هيئة التحكيم. وعليه، يكون لزامًا على العميل الآمر التقدم بطلب التجميد إلى القاضي المختص بإصدار مثل هذا الإجراء وهو قاضي الأمور المستعجلة.[4]

وتطبيقا لذلك فقد عرض على محكمة استئناف القاهرة دعوى تتلخص وقائعها في أن العميل الآمر قد تقدم إلى رئيس محكمة استئناف القاهرة بصفته قاضيًا للأمور الوقتية بطلب لاستصدار أمر على عريضة بوقف صرف قيمة خطاب الضمان الصادر من المصرف المتظلم ضده لحين الفصل في النزاع المعروض على غرفة التجارة الدولية، حيث أن الشركة المتظلمة (المستفيد) حاولت تسييل خطاب الضمان بطريقة الغش، مما حدا بالشركة المتظلم ضدها (العميل الآمر) إلى التقدم بطلبها لاستصدار أمر على عريضة بوقف صرف قيمة الخطاب إعمالا لحكم المادة 14 من قانون التحكيم رقم 27 لسنة 1994، ورغم أن محكمة الإستئناف قد قامت بإلغاء هذا الأمر عندما تظلم منه المستفيد إلا أن الإلغاء لم يكن بسبب عدم تأثير الغش على استقلال التزام المصرف، وإنما كان مرده كما جاء في حيثيات الحكم إلى أنه لا محل للإعتصام بحق المحكمة في اخاذ تدابير مؤقتة وتحفظية استنادا إلى نص المادة

---

[1]– هاني أحمد عبد الفتاح عطاى، **التحكيم في الضمانات المصرفية – دراسة مقارنة–**، مرجع سابق، ص 261.

[2]– أسيل باقر جاسم، **أثر التحكيم على خطاب الضمان المصرفي– دراسة تحليلية–**، مرجع سابق، ص 191.

[3]– والتي تنص على أنه:" 1– يجوز لطرفي التحكيم الاتفاق على أن يكون لهيئة التحكيم بناء على طلب أحدهما أن تأمر أيا منهما باتخاذ ما تراه من تدابير مؤقتة أو تحفظية تقتضيها طبيعة النزاع، وأن تطلب تقديم ضمان كاف لتغطية نفقات التدبير الذي تأمر به .2– وإذا تخلف من صدر إليه الأمر عن تنفيذه، جاز لهيئة التحكيم بناء على طلب الطرف الآخر أن تأذن لهذا الطرف في اتخاذ الإجراءات اللازمة لتنفيذه، وذلك دون إخلال بحق هذا الطرف في أن يطلب من رئيس المحكمة المشار إليها في المادة 9 من هذا القانون الأمر بالتنفيذ".

[4]– أسيل باقر جاسم، **أثر التحكيم على خطاب الضمان المصرفي، –دراسة تحليلية–**، مرجع سابق، ص 191.

14 من قانون التحكيم،[1] لأن سلطة هذه المحكمة مرهونة إعمالا بوجود نص قانوني يجيز اتخاذ التدابير المذكورة في صورة أمر على عريضة، وإذا لم يرد نص في القانون يتيح وقف تسييل خطاب الضمان عن طريق الأمر على عريضة، فإنه لا يجدي الحكم المطعون فيه الركون إلى المادة 14 من قانون التحكيم".[2]

الطريق الثاني: وقف الدعوى القضائية بين البنك والمستفيد

ويفترض هذا الطريق أن هناك دعوى تحكيمية بين العميل الآمر (المدين) وبين المستفيد بشأن عقد الأساس، و يقوم المستفيد بمطالبة البنك بسداد قيمة الضمان فيعترض البنك لأسباب تتعلق بتنفيذ شروط الضمان ذاته، كعدم المطالبة به في الميعاد، فيرفع المستفيد دعوى قضائية ضد البنك ليتم نظرها أمام قضاء الدولة.[3]

وعليه، سيكون المستفيد طرفًا في دعوى قضائية في مواجهة المصرف متعلقة بأداء قيمة الضمـــان، وطرفًا في دعوى تحكيمية في مواجهة العميل الآمر في نزاع ناشئ عن عقد الأساس.[4]

وفي هذه الحالة فإنه وفقا لنص المادة 129 من قانون المرافعات المصري تأمر المحكمة المكلفة بالنظر في النزاع القائم بين البنك والمستفيد حول أحقية هذا الأخير في قيمة خطاب الضمان بوقف الخصومة متى رأت أن حكمها في تلك الأحقية يتوقف على الحكم في الدعوى التحكيمية، والتي سوف يتم الفصل فيها بصدور حكم تحكيمي بين العميل والمستفيد بشأن علاقة الأساس، بحيث لو صدر هذا الحكم بعد ثبوت أي حق للمستفيد (الدائن) في مواجهة العميل الآخر (المدين) في عقد الأساس كانت مطالبة المستفيد بالخطاب منطوية على غش مما يؤدي إلى عدم أحقيته في تسييل قيمة الخطاب.[5]

---

[1]– و التي تنص على أنه :" يجوز للمحكمة المشار إليها في المادة 9 من هذا القانون أن تأمر، بناء على طلب أحد طرفي التحكيم، بأخذ تدابير مؤقتة أو تحفظية سواء قبل البدء في إجراءات التحكيم أو أثناء سيرها " وقد نصت المادة 9 من نفس القانون والمشار إليها في المادة 14 السالفة الذكر على ما يلي: " 1– يكون الإختصاص بنظر مسائل التحكيم التي يحيلها هذا القانون إلى القضاء المصري للمحكمة المختصة أصلا بنظر النزاع أما إذا كان التحكيم تجاريا دوليًا سواء جرى في مصر أو في الخارج فيكون الإختصاص لمحكمة استئناف القاهرة ما لم يتفق الطرفان على اختصاص محكمة استئناف أخرى في مصر 2– وتظل المحكمة التي ينعقد لها الإختصاص وفقا للفقرة السابقة دون غيرها صاحبة الإختصاص حتى انتهاء جميع إجراءات التحكيم".

[2]– معتصم محمود إسماعيل عيد، **التحكيم في المنازعات المصرفية، –دراسة إجرائية–**، مرجع سابق، ص 338.

[3]– خالد عبد العظيم أبو غابة، **التحكيم وأثره في فض المنازعات**، مرجع سابق، ص ص: 137– 138.

[4]– أسيل باقر جاسم، **أثر التحكيم على خطاب الضمان المصرفي، –دراسة تحليلية–**، مرجع سابق، ص 192.

[5]– خالد عبد العظيم أبو غابة، **التحكيم وأثره في فض المنازعات**، مرجع سابق، ص 138.

المطلب الثالث: مدى خضوع حق المستفيد من الضمان للتحكيم

تقوم العلاقة ما بين البنك والمستفيد في أساسها على خطاب الضمان الصادر من البنك، ومن ثم فإن السؤال الذي يُطرح هو ما مدى تأثر هذا الضمان بشرط التحكيم الوارد في عقد الأساس بين المستفيد والعميل الآمر؟ بمعنى، هل يحق للمستفيد في حالة حدوث نزاع بينه وبين البنك التمسك بشرط التحكيم الوارد في عقد الأساس أو العكس بأن يتمسك البنك بذاك الشرط، وذلك بحجة أن الخطاب قام في أساسه على ضوء هذا العقد؟

والإجابة على هذا السؤال تعود بنا إلى ما سبق لنا الحديث عنه بشأن قاعدة نسبية أثر العقـــــود، إذ بات من المسلم به قانونا أن المنازعات المتعلقة بالضمان المستقل و التي تنشأ بين البنك الضامن والمستفيد (الدائن) وذلك استنادا إلى نسبية أثر اتفاق التحكيم المنصوص عليه في عقد الأساس، إذ أن تلك النسبية تمنع مد أثر هذا الاتفاق إلى منازعات بين أطراف آخرين غير أطرافه.[1]

ولكن تبقى هناك إشكالية أخرى تفرزها الحياة العملية، وتتمثل هذه الإشكالية في حالة إذا ما حدث نزاع بين العميل الآمر والمستفيد حول الضمان، كتمسك العميل الآمر ببطلان الضمان أو سقوطه متمسكا بشرط التحكيم الناشئ عن عقد الأساس، كأن تقضي هيئة التحكيم ببطلان عقد الأساس، أو فسخه ويتمسك المستفيد (الدائن) بمبدأ الاستقلال الذي بين عقد الأساس وخطاب الضمان. فهل يمتد شرط التحكيم إلى الضمان في هذه الحالة، أم أن استقلال عقد الأساس عن الضمان يقف حائلا دون ذلك؟

والإجابة عن هذا التساؤل تستدعي منا الرجوع إلى ما ذهبت إليه أحكام القانون وآراء الفقهاء والأحكام القضائية والتي نعرضها فيما يلي:

أولاً: إن أثر الإستقلال المقرر بين عقد الأساس وعقد الضمان يتعلق بالتزام المصرف بأداء قيمة الضمان إلى المستفيد، وليس بحق ذلك المستفيد في تلك القيمة. فالتزام المصرف هو المستقل عن عقد الأساس، أما حق المستفيد فإنه ليس مستقلا عنه مطلقًا منذ نشوئه وحتى بعد الحصول عليه من المصرف.[2]

---

[1]– خالد عبد العظيم أبو غابة، **التحكيم و أثره في فض المنازعات**، مرجع سابق، ص 138.

[2]– أسيل باقر جاسم، **أثر التحكيم على خطاب الضمان المصرفي، –دراسة تحليلية–**، مرجع سابق، ص 193.

ثانيًا: أن المحكمين في هذا الفرض لن يتعرضوا لفحص الشروط التي على أساسها قام البنك الضامن بالوفاء بالتزامه بالدفع إلى المستفيد، ولكن دورهم ينحصر في تقدير ما إذا كان طلب المستفيد لقيمة الضمان المستقل في العلاقة بينه وبين العميل الآمر (المدين) له سند في الواقع أو القانـــــــون أم لا .[1]

ثالثًا: أنه من المستقر عليه فقها وقضاء أن الإستقلال بين عقد الأساس والضمان المستقل بوضع أساس لمنع العميل الآخر(المدين) من التمسك بأي دفع ناشئ عن عقد الأساس لتعطيل أو عرقلة تنفيذ البنك لالتزاماته بدفع قيمة الضمان، واحترام تعهده بذلك. فأثر الإستقلال هنا ينصرف إلى البنك الضامن ويجعله ملزماً التزاما أصليا بالوفاء بقيمة الضمان، بصرف النظر عما يطرأ على عقد الأساس من أوجه فسخ أو بطلان، حيث أن الضمان المستقل يتضمن عبارة " ادفعوا إلى (المستفيد) ودون معارضة منا مبلغ قدره ....."، وعلى ذلك لا يستطيع البنك الإمتناع عن الوفاء استنادًا إلى أي دفع يثيره العميل الآمر (المدين).[2]

رابعًا: وجود اعتبارات عملية يصعب إغفالها تتجسد في أن طرح المنازعات التي تربط بينها روابط وثيقة أمام جهة واحدة من شأنه تجنب إصدار أحكام متعارضة. فعرض بعض تلك المنازعات على التحكيم، والبعض الآخر على القضاء قد يؤدي إلى وجود تناقض في الاحكام التحكيمية والقضائية.[3]

ذهب الدكتور رضا السيد إلى القول أن الضمان إنما هو انبثاق لاتفاق سابق في عقد الأساس بين العميل الآمر والمستفيد، ومن ثم فإن تسييل مثل هذا الخطاب من قبل المستفيد إنما يعود إما لإخلال من قبل العميل الآمر لالتزاماته أو أن المستفيد سيل ما لم يكن له بحق، وبالتالي فإن النزاع هنا حول الضمان الذي تم تسييله من قبل المستفيد، يرتبط من حيث الإطار العام بعقد الأساس ومن ثم فإن العميل الآمر في استناده للمطالبة بحقه فإنه يستند في ذلك إلى عقد الأساس المبرم بينهما والمحدد دور كل منهما فيه. [4] كما أنه يجب الإشارة أيضا إلى أن أطراف العلاقة (العميل الآمر و المستفيد) هم

---

[1]– خالد عبد العظيم أبو غابة، **التحكيم و أثره في فض المنازعات**، مرجع سابق، ص 140.أنظر أيضا: أسيل باقر جاسم، **أثر التحكيم على خطاب الضمان المصرفي، –دراسة تحليلية–**، مرجع سابق، ص 193.

[2]– خالد عبد العظيم أبو غابة، **التحكيم وأثره في فض المنازعات**، مرجع سابق، ص 139. أنظر أيضا: محمد صالح العوادي، **التحكيم في المعاملات المصرفية**، مرجع سابق، ص 325.

[3]– أسيل باقر جاسم، **أثر التحكيم على خطاب الضمان المصرفي، –دراسة تحليلية–**، مرجع سابق، ص 193. أنظر أيضا: محمد صالح العوادي، **التحكيم في المعاملات المصرفية**، مرجع سابق، ص 329.

[4]– محمد صالح العوادي، **التحكيم في المعاملات المصرفية**، مرجع سابق، ص 330.

ذاتهم أطراف علاقة عقد الأساس ومن ثم فنحن نتفق مع هذا الإتجاه وذلك بامتداد التحكيم ليشمل المنازعات الدائرة بين العميل الآمر والمستفيد حول خطاب الضمان.

بقي أن نشير إلى أثر إجراءات التحكيم المتعلقة بعقد الأساس إذا تمت قبل أن يقوم المستفيد بالمطالبة بقيمة الضمان. حيث أنه مما لا شك فيه أن للعميل الآمر مكسب من مد هذه الإجراءات على الضمانة، حيث أنه قد يجدها الوسيلة المثلى لمنع المستفيد من الحصول على قيمة الضمان، ومن ثم فإنه يتوصل بذلك إلى وقف دفع قيمة خطاب الضمان للمستفيد، ومن جهة البنك الضامن وكذا البنك الضامن ضمان مقابل، فإنه على الرغم من أنهما يرفضان التدخل بين أطراف علاقة الأساس، إلا أنهما قد يستحسنان مثل هذا التدخل التحكيمي. إلا أن أثر هذه الإجراءات يظل محصورا في إطار عقد الأساس دون الإمتداد إلى الضمانة المصرفية، ومن ثم فإنه متى ما اتخذت إجراءات تحكيم سابقة فهي لا تؤدي إلى وقف أو شل حركة الضمانة المستقلة.[1]

لكن يجب الإشارة، على أن تسييل خطابات الضمان من قبل المستفيد لا يعني أنه قد صار ملكًا له لا يحق للعميل الآمر منازعته فيه، لأن طبيعة الإستقلال التي يتمتع بها الخطاب ومصدر قوته في التعامل التجاري، لا تعني بتاتا أنها تحجب حق العميل الآمر بالمطالبة بحقوقه قبل المستفيد، ومن ثم فإذا قام العميل الآمر بتنفيذ التزاماته، ثم قام المستفيد بتسييل خطاب الضمان، فإنه يكون له حق اللجوء إلى القضاء لاستعادة حقه المسلوب من المستفيد.[2]

المبحث الثالث: أثر شرط التحكيم الوارد في عقد الضمان

إذا ما تضمن خطاب الضمان شرطًا للتحكيم، فإنه من البديهي أن كافة المنازعات التي تنشأ بسبب هذا الخطاب ستختص بها هيئة التحكيم،[3] ولما كانت أطراف خطاب الضمان لا تقتصر في كثير من الأحيان على ثلاثة، البنك الضامن، والعميل، والمستفيد، إذ قد يتدخل بنك ثان في عملية الضمان وغالبا ما يكون في بلد المستفيد، فيصبح أطراف الضمان أربعة،[4] إذ قد يشترط المستفيد أن يتم تعيين مصرف في بلده للرجوع عليه بقيمة الضمان تجنبا للنفقات والجهود التي قد يتحملها في الرجوع على مصرف العميل، وفي الفرض المتقدم، يكون المصرف الموجود في بلد المستفيد هو **الضامن الأصلي**

---

[1]– محمد صالح العوادي، **التحكيم في المعاملات المصرفية**، مرجع سابق، ص 330.

[2]– أحمد مصطفى الدبوسي السيد، **التحكيم في العمليات المصرفية بين الواقع والمأمول – دراسة تحليلية مقارنة –**، مرجع سابق، ص 167.

[3]– معتصم محمود إسماعيل عيد، **التحكيم في المنازعات المصرفية –دراسة إجرائية–**، مرجع سابق، ص 341.

[4]– هاني أحمد عبد الفتاح عطاى، **التحكيم في الضمانات المصرفية – دراسة مقارنة–**، مرجع سابق، ص 279.

حيث يرجع عليه المستفيد مباشرة للمطالبة بقيمة الضمان. ويرجع هذا المصرف بدوره على مصرف العميل الآمر للحصول على ما دفعه للمستفيد من قيمة الضمان. وبعبارة أخرى، فإن مصرف العميل الآمر يعد ضامنًا لمصرف المستفيد ويسمى مصرف العميل الآمر هنا، مصرف الضمان المقابل.

بناءً على ما تقدم، فإننا نكون أمام نوعين من الضمان: الأول هو الضمان الذي يحكم العلاقة بين المستفيد و المصرف الضامن الأصلي، والثاني هو الضمان بين المصرف الضامن المقابل (مصرف العميل الآمر) والمصرف الضامن الأصلي (مصرف المستفيد) و يسمى بالضمان المقابل.[1]

وقد يتفق جميع الأطراف – نقصد الأطراف الأربعة– على اتفاق تحكيم واحد يتم وفقا له إحالة جميع المنازعات التي تنشأ عن خطاب الضمان على التحكيم، كما قد يحدث أن تتفرد كل علاقة قائمة بين طرفين أو أكثر باتفاق تحكيم يحكمها بانفراد، ويتفق الأطراف على ضم كل المنازعات التحكيمية التي تنشأ بينهم أمام هيئة تحكيم واحدة لتجنب حصول تضارب أو تعارض في الأحكام التحكيمية. ويسمى هذا النوع من التحكيم بالتحكيم متعدد الأطراف.[2]

ولهذا سنتناول دراسة أثر اتفاق التحكيم في خطاب الضمان في العلاقة بين المصرف المصدر والمستفيد في فرع أول، ثم نعرض في الفرع الثاني لأثر هذا الاتفاق في حالة الضمان المقابل، ونتطرق في الفرع الثالث إلى أثر التحكيم متعدد الأطراف.

المطلب الأول: أثر شرط التحكيم في علاقة المصرف المصدر والمستفيد

إذا ما اتفق المصرف الضامن مع المستفيد على إحالة ما ينشب بينهما من منازعات بخصوص خطاب الضمان إلى التحكيم، فإن أثر هذا الشرط على التزام المصرف بالوفاء بقيمة الضمان إلى المستفيد يختلف بحسب ما إذا كان الاتفاق على التحكيم سابقًا على نشوء النزاع أو لاحقًا عليه، وهو ما سنتعرض له فيما يلي:

الحالة الأولى: اتفاق التحكيم السابق على نشوء النزاع

يكون اتفاق التحكيم سابقًا على قيام أية منازعات بين المصرف الضامن والمستفيد عندما يتضمن عقد الضمان اتفاقهما على اللجوء للتحكيم لتسوية أية منازعات تنشأ بينهما عن مطالبة المستفيد للمصرف الضامن بالوفاء بقيمة الضمان.

---

[1]– أسيل باقر جاسم، **أثر التحكيم على خطاب الضمان المصرفي–دراسة تحليلية–**، مرجع سابق، ص 194.

[2]– معتصم محمود إسماعيل عيد، **التحكيم في المنازعات المصرفية– دراسة إجرائية–**، مرجع سابق، ص 341.

وعندئذ يثور التساؤل عن مدى أحقية المصرف الضامن في الإمتناع عن الوفاء بقيمة الضمان للمستفيد ومطالبته للأخير باللجوء إلى التحكيم للفصل في مدى أحقيته في مطالبة المصرف الضامن بقيمة الضمان.

يذهب الرأي الراجح – ونتفق معه في ذلك – إلى أنه ليس للمصرف الضامن الإمتناع عن أداء قيمة خطاب الضمان إلى المستفيد في الفرض المتقدم. فمن جانب يبدو أن طلب المصرف من المستفيد اللجوء إلى التحكيم والحصول على حكم لصالحه للوفاء بقيمة الضمان من شأنه أن يجعل الحصول على الحكم التحكيمي شرط للوفاء بقيمة الخطاب إلى المستفيد. فكأنما المصرف قد قام بتحويل أو تغيير الخطاب بإرادته المنفردة من خطاب غير مشروط إلى خطاب مشروط، وهذا ما يتعارض – دون شك – مع قاعدة العقد شريعة المتعاقدين ، وبالتالي لا يجوز نقضه ولا تعديله إلا باتفاق الطرفين.[1]

ومن جانب آخر، فإن اعتبار مجرد الاتفاق بين المصرف والمستفيد على اللجوء إلى التحكيم سببًا كافيًا لامتناع المصرف عن أداء قيمة الضمان إلى المستفيد يبدو منافياً للمنطق القانوني السليم. إذ أن قيام الطرفين باختيار التحكيم كوسيلة لفض النزاعات التي قد تنشب بينهما ما هو إلا اختيار أو تحديد للوسيلة التي سوف يتم الإعتماد عليها في حماية الحق الموضوعي للطرفين.[2]

وقد أيدت محكمة النقض المصرية ضرورة الوفاء بقيمة الضمان بمجرد طلب المستفيد حيث قضت بأنه: " لما كان خطاب الضمان – مشروطاً أو غير مشروط – هو تعهد نهائى يصدر من البنك بناء على طلب عميله (الآمر) بدفع مبلغ نقدى معين أو قابل للتعيين للمستفيد بمجرد طلبه خلال مدة محددة، دون أن يتعلق ذلك بإرادة العميل الآمر، وذلك لاستقلال العلاقة ببين البنك والمستفيد من جهة وبين العميل (الآمر) والبنك من جهة أخرى، كما لا يعد تنفيذاً لعقد بين العميل (الآمر) والمستفيد وإنما يلتزم البنك بهذا الضمان التزاماً نهائياً بمجرد إصداره ووصوله إلى علم المستفيد منه وبذلك فإن البنك في تنفيذه له لا يعد نائباً أو وكيلاً عن العميل (الآمر) أو كفيلاً له وإنما هو أصيل في الالتزام به، ومن ثم فإن كل من العميل (الآمر) والبنك يكونا ملتزمين قبل المستفيد كل بدين مستقل ومنفصل عن دين الآخر بحيث يخضع كل منهما للعلاقة التي نشأ عنها دينه ولأحكام هذه العلاقة. وأن لا تقبل

[1]– معتصم محمود إسماعيل عيد، **التحكيم في المنازعات المصرفية– دراسة إجرائية–**، مرجع سابق، ص 343. أنظر أيضا: أسيل باقر جاسم، **أثر التحكيم على خطاب الضمان المصرفي–دراسة تحليلية–**، مرجع سابق، ص 195.

[2]– أسيل باقر جاسم، **أثر التحكيم على خطاب الضمان المصرفي– دراسة تحليلية–**، مرجع سابق، ص 195 .

الدعاوى التي يقصد بها الحيلولة دون الوفاء للمستفيد بمبلغ الضمان أو وقف صرفه لأسباب ترجع إلى علاقة البنك بعميله (الآمر) أو إلى علاقة الأخير بالمستفيد وهو ما أكدته الفقرة الأولى من المادة 358 من قانون التجارة سالف الذكر بما قررته من وجوب وفاء البنك بمبلغ الضمان دون اعتداد بأية معارضـــــة، إذ القول بغير ذلك من شأنه أن يقوض نظام خطابات الضمان من أساسها ويضعف الثقة بها ويقضي على الفائدة المرجوة منها والتي تضطلع بها في كثير من المعاملات التجارية وهى في جملتها أمور أولى بالرعاية من حماية المتضرر من حصول المستفيد دون وجه حق على مبلغ الضمان والذي يكون مجال استرداده دعوى مستقلة لاحقة، لا شأن لها بعلاقة البنك بالمستفيد. لما كـــــــان ذلك، وكان البين من خطاب الضمان رقم ... لسنة 1986 والمؤرخ 27 من نوفمبر سنة 1986 والصادر من الطاعن لصالح المطعون ضدها أن أجله ينتهي في 26 نوفمبر سنة 1987 إلا أن الطاعن قام بمد أجله حتى 26 نوفمبر سنة 1993 بناء على طلب المستفيد وكان الثابت أن المطعون ضدها أخطرت البنك الطاعن بإشارات مؤرخة 1993/9/18، 1993/10/27 بمصادرة خطاب الضمان موضوع الدعوى قبل انتهاء أجله وامتنع البنك عن سداد قيمته ، فإن الحكم المطعون فيه المؤيد للحكم الابتدائى، إذ قضى بإلزام البنك بأن يؤدى للمطعون ضدها قيمة خطاب الضمان سالف البيان، فإنه يكون قد التزم صحيح القانون، ويكون النعى عليه في هذا الخصوص على غير أساس".[1]

وعلى ذلك، فإنه لا يجوز للمصرف الإمتناع عن سداد قيمة الضمان لمجرد وجود اتفاق مع المستفيد على تسوية ما ينشأ بينهما من منازعات تتعلق بالوفاء بقيمة خطاب الضمان عبر آلية التحكيـــــم، مالم تكن لديه أسبابًا للإمتناع، كوجود غش أو تعسف من جانب المستفيد كما سبق الحديث عنه.

الحالة الثانية: إتفاق التحكيم اللاحق على نشوء النزاع

وهذه الحالة تفترض أن يطالب المستفيد بقيمة خطاب الضمان ويمتنع البنك عن الوفاء لأسباب تتعلق بخطاب الضمان، فيتفق البنك مع المستفيد على عرض النزاع الناشئ بينهما على التحكيم، فلا خلاف في أن للبنك أن يمتنع عن دفع قيمة الخطاب إلا بعد صدور حكم التحكيم لصالح المستفيد، ذلك لأن المستفيد قد وافق على أن يكون حكم التحكيم لصالحه شرطا لحصوله على قيمة الضمان.[2]

[1]– الطعن 4167 لسنة 68 ق جلسة 22 /11/ 2010 مكتب فني 61 ق 155 ص 922، قرار منشور بالموقع الإلكتروني:https://ahmedazimelgamel.blogspot.com/2017/10/4167-68-22-11-2010-61-155-922.html

[2]– خالد عبد العظيم أبو غابة، **التحكيم و أثره في فض المنازعات**، مرجع سابق، ص 143.

وتطبيقا لذلك، فإن البنك لن يقوم بالوفاء بقيمة الضمان، إلا بعد صدور حكم لصالح المستفيد – كما ذكرنا–.

وعليه، يكون اتفاق التحكيم الذي وقعه وقبل به المستفيد، هو السند القانوني الذي يجيز للبنك الإمتناع عن دفع قيمة الضمان حتى صدور حكم لصالحه، حيث أجازت محكمة النقض المصرية في حكم لها[1] وقف الوفاء بقيمة الضمان إذا ارتبط تنفيذه بواقعة ترجع إلى المستفيد.

المطلب الثاني: أثر شرط التحكيم في حالة الضمان المقابل

بعد إبرام عقد الأساس و كذا عقد فتح إعتماد بالضمان، وبعد تلقي بنك العميل أمرا بضرورة مراسلة بنك المستفيد في بلد هذا الأخير، يلجأ البنك الضامن في هذه الحالة إلى البحث عن بنك معتمد لدى بلد المستفيد ليقوم بمهمة إصدار ضمان مثبت لمصلحة المستفيد، وعليه نكون أمام بنكين ضامنين كل منهما متعهد شخصيا بصفة باتة وقطعية، ويتضمن هذا التعهد نصا يستوجب الدفع الفوري لقيمة الضمان لدى أول طلب من جانب البنك المثبت، أو لدى تقديم المستندات المطلوبة حسب نوع التعهـــــــد، وهذا النوع من الضمان والذي يتدخل فيه عادة بنكين يسمى بالضمان المقابل، قد يكون خطاب الضمان في بلد آخر خلاف البلد الذي يقيم فيه بنك العميل الآمر، فيتوجه العميل الآمر إلى البنك طالبًا منه إصدار خطاب ضمان لذلك المستفيد، فيسمى بنك العميل الآمر في هذه الحالة الضامن المقابل la contre garantie. حيث يصدر تعليماته إلى بنك آخر يقع في بلد المستفيد؛ لكي يصدر الأخير خطاب ضمان، ويسمى هذا البنك بالضامن الأصلي أو من الدرجة الأولى la garantie à premier rang[2]، وقد تعرض المشرع الجزائري إلى هذه الحالة حيث اشترط ذلك في النظام رقم 07-01 في المادة 42 الفقرة الثانية الثالثة منه 43 ، ويعد هذا النوع من الضمان هو الأكثر استعمالا في العلاقات الدولية، وقد نصت عليه المادة السادسة من اتفاقية الأمم المتحدة المتعلقة بالضمانات المستقلة.

وفي هذه الحالة قد يتم الاتفاق بين الضامن الأصلي (مصرف المستفيد)، والضامن المقابل (مصرف العميل الآمر)، على إحالة النزاعات التي تنشب بينهما إلى التحكيم، والضامن الأصلي يلجـــــأ عادة، إلى التحكيم عندما ينازع الضامن المقابل في مطالبته برد قيمة ما دفعه للمستفيد.[3]

---

[1]– طعن رقم 1342 لسنة 49 قضائية تاريخ الجلسة 12-12-1980، طعن رقم 1013 لسنة 51 ق مصري تاريخ الجلسة 30-12-1985 متحصل عليه من الموقع الإلكتروني: www.laweg.net

[2]– هاني أحمد عبد الفتاح عطاى، **التحكيم في الضمانات المصرفية – دراسة مقارنة**–، مرجع سابق، ص 288.

[3]– أسيل باقر جاسم، **أثر التحكيم على خطاب الضمان المصرفي، –دراسة تحليلية–**، مرجع سابق، ص 195 .

أما عن أثر هذا الاتفاق – أي اتفاق التحكيم – بين البنكين فإنه نادر الحدوث، لأن الضامن الأصلي (بنك المستفيد) لن يلجأ إلى التحكيم إلا إذا نازع الضامن المقابل (بنك العميل الآمر) في مطالبته برد قيمة ما دفعه للمستفيد، وقلما ينازع الضامن المقابل في هذا الطلب، إذ ليس له مصلحة جدية في الإمتناع عن الدفع و غالبا ما يكون موقفه سلبيا.[1]

وفي هذه الحالة، أي في حالة إدراج اتفاق التحكيم في العقد المبرم بين بنك العميل الآمر وبنك المستفيد، يطرح التساؤل التالي: هل يجوز للعميل الآمر أو المستفيد التمسك بهذا الاتفاق؟

والإجابة عن هذا السؤال هي أنه لا يجوز للعميل الآمر أو المستفيد التمسك باتفاق التحكيم الوارد في عقد الضمان المقابل ما بين البنك الضامن الأصلي، والبنك الضامن المقابل، وذلك لعدم امتداد اتفاق التحكيم لغير أطرافه، نتيجة لاستقلال عقد الأساس عن عقد الضمان المقابل، تطبيقا لمبدأ نسبية العلاقات العقدية[2]، وهذا ما أكدت عليه محكمة النقض الفرنسية في حكم لها، بقولها: بأن الضمان المقابل يعتبر ضمانا مستقلا عن عقد الأساس، وعن الضمان الأول.[3]

وعليه، فإن أثر إدراج شرط التحكيم في حالة الضمان المقابل ينحصر في العلاقة بين المصرف الضامن الأصلي والمصرف الضامن المقابل وهم أطراف الضمان المقابل، وأن أثر ذلك الشرط لا يطال بأي حال من الأحوال المستفيد أو العميل الآمر.

المطلب الثالث: أثر التحكيم متعدد الأطراف

تفترض هذه الحالة وجود أكثر من بنك ضامن للوفاء بقيمة دين المستفيد على العميل الآمر (المدين)، وهذا من شأنه أن يوجد عدة علاقات عقدية مرتبطة بعضها ببعض، يتفق طرفا كل علاقة من هذه العلاقات على التحكيم كوسيلة لفض المنازعات التي تنشأ بينهما، و قد كان الوضع التقليدي في مثل تلك الحالة أنه إذا نشأ نزاع عن كل علاقة منها تعرض على هيئة تحكيم مختلفة، الشيء الذي أدى إلى تعدد الأحكام التي تصدر بشأنها وإمكانية وجود تعارض بينها.[4]

---

[1]– خالد عبد العظيم أبو غابة، **التحكيم و أثره في فض المنازعات**، مرجع سابق، ص 143.

[2]– أحمد مصطفى الدبوسي السيد، **التحكيم في العمليات المصرفية بين الواقع والمأمول – دراسة تحليلية مقارنة** –، مرجع سابق، ص 170.

[3] – Cass .com 10 novembre 1989 , DALLOZ , Note Gaveled et Stofflet, p 213 .

[4]– هاني أحمد عبد الفتاح عطاى، **التحكيم في الضمانات المصرفية – دراسة مقارنة**–، مرجع سابق، ص 293.

ونظرا لذلك برز اتجاه ينادي بعرض كافة المنازعات التي تنشأ عنها على هيئة تحكيم واحدة، وتصدر بشأنها حكم واحد، مما يحقق ذلك من توفير للوقت والنفقات التي يتكبدها المحتكمون، وأيضا تجنبا لتضارب الأحكام ، وهذا ما يعرف بالتحكيم متعدد الأطراف.[1]

لكن تطبيق هذا الإتجاه المعاصر لقي صعوبة في التطبيق، لأن جميع أطراف العلاقات الناشئة عن خطاب الضمان – عدا العميل الآمر– يحرصون دائمًا على الإحتفاظ بالعلاقات مستقلة بعضها عن بعض وعدم ربطها بأي وجه من الوجوه.[2]

[1]– خالد عبد العظيم أبو غابة، **التحكيم و أثره في فض المنازعات**، مرجع سابق، ص 143.

[2]– خالد عبد العظيم أبو غابة، **التحكيم و أثره في فض المنازعات**، مرجع سابق، ص 143.

الفصل الرابع: التحكيم في الإعتماد المستندي

الفصل الرابع: التحكيم في الإعتماد المستندي

يحتل الإعتماد المستندي – باعتباره من بين أهم أشكال التسهيلات المصرفية– مكانة هامة بين العمليات الإئتمانية البنكية، ومرد ذلك إلى أنه يمكِّن من إتمام صفقات المعاملات التجارية بين الأطراف المنتمين لدول مختلفة، مما جعله النظام الغالب في التجارة الدولية وفي البيوع البحرية بشكل خـــــــــاص، ومع ذلك لم تعمل أغلب التشريعات على معالجة هذا النوع من عمليات الإئتمان البنكـــــي، تاركة الأمـــر في ذلك للقواعد والأعراف الموحدة الموضوعة بهذا الخصوص من قبل غرفة التجارة الدولية والمتمثلة في النشرة 600 حسب آخر تحديث لها في سنة 2007، والمصادق عليها من طرف لجنة الأمم المتحدة للقانون التجاري.

وبالرغم من أن الإعتماد المستندي يعد نظاماً له أهميته في نطاق التجارة الدولية والاقتصاد العالمـــــــي، إلاَّ أنه نظام لا يخلو من التعقيد نظراً لتعدد أطرافه، وبالتالي تعدد وتشابك العلاقات القانونية التي تنشأ فيما بينها، ومما لا شك فيه أن هكذا نظام ينشأ عنه العديد من الخلافات والمنازعات بين أطرافه نظرا لاختلاف مصالحها وأهدافها[1]. وأيضا نظرا لارتباط هذا الإعتماد بالأطراف المتعاملة بالتجارة الخارجية مما يثير كثيرا من المنازعات بسبب تدخل علاقات تتعدد فيها النظم القانونية، تجعل التحكيم الطريق الأمثل للفصل فيها لما يتميز به من سرعة وبساطة في الإجراءات مقارنة بالقضاء العادي.

ونظرا للطبيعة الدولية و الفنية لعمليات الإعتماد المستندي فقد وضعت غرفة التجارة الدولية نظامًا خاصا لتسوية المنازعات التي تنشأ عنها أطلق عليه نظام (دوكدكس) للتحكيم، كما وضعت غرفة التجارة الدولية من ناحية أخرى قواعد بشأن الإعتماد المستندي الإلكتروني نظرا لأهمية العمليات المصرفية الإلكترونية والتي تعد نوعا من أنواع التجارة الإلكترونية.[2] وسنتناول دراسة التحكيم على الإعتمادات المستندية وفقا للتقسيم التالي:

المبحث الأول: التعريف بالإعتمادات المستندية

المبحث الثاني: أثر اتفاق التحكيم على الإعتمادات المستندية

---

[1]–عرفات أحمد المنجي، **التحكيم في منازعات الإعتمادات المستندية في الفقه والقانون المقارن**، المركز القومي للإصدارات القانونية، القاهرة، 2017، ص 10.

[2]– معتصم محمود إسماعيل عيد، **التحكيم في المنازعات المصرفية، –دراسة إجرائية–**، مرجع سابق، ص 371.

المبحث الأول: التعريف بالإعتماد المستندي

يعد الإعتماد المستندي وسيلة دفع مضمونة لطرفي البيع وهو واسع الإستعمال، إذ يلجأ إليه المتعاملون لضمان المخاطر المحتملة في البيوع الدولية،[1] وذلك لنجاحه كأداة وفاء سريعة وقليلة التكاليف هذا إذا نظرنا إليه كأداة وفاء، ولكن الإعتماد المستندي يستخدم أيضا كأداة ائتمان تستخدم من قبل كل من المصدِّر والمستورد لتمويل عملياتهم التجارية.[2]

فعدم اطمئنان البائع والمشتري في صفقتهما المبرمة وهما في مكانين مختلفين لهما حدود، أدى إلى اختيار الإعتماد المستندي كوسيلة للدفع في مثل هذه الصفقات والتي تعتبر من عمليات التجارة الدولية، حيث إذا كان المشتري في الجزائر مثلا والبائع في فرنسا، فالبائع يريد أن يطمئن على أن البضاعة التي سيصدرها سيصله ثمنها، وفي الوقت ذاته فللمشتري أن يطمئن على أنه إذا دفع ثمن البضاعة فإنها ستصله، وبالتالي كان هذا الإختيار موفقا خاصة عندما لا يكون هناك أي معرفة فيما بينهما، ذلك أن هذه الصيغة المصرفية أوجدت حلا وسطا مقبولا للجميع.

وسنتناول في هذا الفصل ماهية الإعتماد المستندي، وذلك من خلال تعريفه لغويا واصطلاحاً وذلك من خلال استعراض تعريف كل من الفقه والقانون والقضاء المقارن له، وبيان موقف الفقه الإسلامي منه، ثم التطرق بعد ذلك لأنواعه وأطرافه، و في الأخير سنتعرض للتفرقة بين الإعتماد المستندي وباقي الأنظمة المصرفية الشبيهة به.

المطلب الأول: تعريف الإعتماد المستندي

سنستعرض في هذا الفرع إلى مختلف التعريفات الفقهية، ثم نتطرق إلى التعريف الذي جاءت به القواعد والأعراف الدولية الموحدة للإعتمادات المستندية الصادرة عن غرفة التجارة الدولية، والتعريف الذي جاء به المشرع الجزائري والمصري والفرنسي.

---

[1]– Rodiere et Rives- lange , droit bancaire 3 ed, Dalloz, 1980, p 412 .

[2]– زيد حسين العفيف، **أنواع الإعتمادات المستندية**، ورقة بحثية مقدمة استكمالا لمتطلبات مادة الإعتمادات المستندية في برنامج الدكتوراه، بإشراف أ.د أكرم ياملكي، قسم القانون الخاص، للفصل الدراسي الثاني من السنة الجامعية، 2005.

الفرع الأول: التعريف الفقهي

إن أول من قدّم تعريفا للإعتماد المستندي هما الإقتصاديان **Le jeune et Terrel حيث عرفاه بأنه:** " كل فتح لاعتماد – أيا كانت الصورة التي يأخذها– يتم لمن كانت مرسلة إليه بضاعة في الطريق، ويكون مضمونا بواسطة المستندات المتعلقة بهذه البضاعة".[1]

وفي كتاب المفردات الاقتصادية والمالية لبرنارد وكولي (bernard et colli)، عرف الإعتماد المستندي كما يلي: " الائتمان المستندي هو تقنية ابتكرها المصرفيون للإشارة إلى الثقة الضرورية في تنفيذ معاملة تجارية بين أطراف وهمية، يتم إعلامهم بشكل غير كامل ببعضهم البعض. سيوافق البائع في الواقع على التخلي عن البضائع فقط إذا كان مضمونًا بالدفع عند تحميلها. ولن يقبل المشتري الدفع إلا إذا كان لديه يقين من التسليم وفقًا لأمره "[2]

و قد عرفها البعض بوصف العملية وذلك من خلال إعطاء المراحل الزمنية التي تمر بها عملية الإعتماد المستندي وتحديد أطرافها كما يلي:" الإعتماد المستندي ترتيب بين مصرفين أو أكثر في شكل تعهد مكتوب، تعمل فيه البنوك مصدرة الإعتماد بناءاً على تعليمات عملائها، وتلتزم البنوك القابلة له والمتدخلة فيه بالدفع إلى المستفيد من هذا الإعتماد مقابل مستندات شحن أو مستندات تنفيذ أو أداء خدمات منصوص عليها في الإعتمادات".[3]

وحاول البعض الآخر تعريفه من خلال التركيز على التعريف القانوني الذي يركز على الوصف القانوني لمختف العلاقات التي تنتجها هذه العملية بين أطرافها.

حيث عرفه الدكتور علي البارودي أنه: " تعهد صادر من البنك بناءً على طلب العميل (يسمى الآمر أو معطي الأمر) لصالح الغير (المستفيد) يلتزم بمقتضاه بدفع أو قبول أو خصم كمبيالات مسحوبة عليه من هذا المستفيد، وذلك بشروط معينة واردة في هذا التعهد ومضمون برهن حيازي على المستندات الممثلة للبضاعة".[4]

---

[1]- Henry Terrel et Henry Le Jeune, **Traité Des opération commerciales de banque**, 5eme Edition, p 222.

[2]- kamal CHEHRIT, **LES CREDITS DOCUMENTAIRES** , seconde édition, revue et augmentée, Collection Guide-plus, Edition Grande Alger Livres , Alger, 2007, p 7 .

[3]– بلعيساوي محمد الطاهر، **التزامات البنك في الإعتمادات المستندية**، منشورات الحلبي الحقوقية، الطبعة الأولى، بيروت، لبنان، 2012، ص 8.

[4]– علي البارودي، **العقود التجارية وعمليات البنوك التجارية**، منشأة المعارف، بدون سنة نشر، الإسكندرية، مصر، ص 374.

ومن خلال هذه التعاريف يتبين أن الإعتماد المستندي لا يعدو أن يكون اعتماداً عادياً يخضع لقواعد الإعتماد البسيط، مع فارق هو أنه وإن كان الإعتماد في صورته البسيطة يتضمن وضع مبلغ من المال تحت تصرف العميل، إلاّ أن هذا الإعتماد مقترن بعملية تقديم مستندات من جانب شخص يتعامل معه العميل، ويكون الإعتماد مضمونا بهذه المستندات.[1]

الفرع الثاني: التعريف التشريعي للإعتمادات المستندية

عرفت الفقرة (1) من المادة 141 من قانون التجارة المصري الإعتماد المستندي على الوجه التالي: " الإعتماد المستندي عقد يتعهد البنك بمقتضاه بفتح اعتماد بناءً على طلب أحد عملائه و يسمى (لآمر) لصالح شخص آخر ويسمى (المستفيد) بضمان مستندات تمثل بضاعة منقولة أو عدة للنقل".[2]

نلاحظ من نص المادة السابقة أن قانون التجاري المصري جاء موضحاً من خلال التعريف بمزايا أساسية يتمتع بها عقد الإعتماد المستندي بأنه وسيلة ائتمان مضمونة بحيازة البنك للمستندات ويميزه استقلال أطراف العلاقة التعاقدية في الإعتماد بعضهم عن بعض وهذا جيد وذلك بخلاف القانون التجاري المصري الذي لم يذكر ميزة الاستقلال باعتبارها من الخصائص المهمة التي يقوم عليها عقد الإعتماد.

وفي التعريف الذي أعطته لجنة القانون التجاري بفرنسا للاعتماد المستندي نص على أن: "الاعتماد المفتوح بواسطة بنك بناء على طلب الآمر لصالح المراسل لهذا الأخير ومضمون بحيازة مستندات ممثلة لبضاعة منقولة أو معدة للنقل".[3]

أما المشرع الجزائري فقد نص على نظام الإعتماد المستندي في المادة 69 من قانون المالية التكميلي لسنة 2009، واعتبرها الوسيلة الإجبارية في عمليات الإستيراد في مجال التجارة الدولية.

كما أن المشرع الجزائري نص على الأخذ بالقواعد والأعراف الموحدة للإعتمادات المستندية، وذلك بموجب المادة 32 من نظام الصرف رقم 07/95 المؤرخ في 23 ديسمبر 1995، وهو ما ذهب إليه نظام بنك الجزائر رقم 01/07 المؤرخ في 2007/02/03 بموجب المادة 46 منه، التي تم تعديلها بموجب المادة 44 من القانون رقم 01/10 المؤرخ في 2010/08/26 المتضمن قانون المالية التكميلي

---

[1]– عبد الفضيل محمد أحمد، **عمليات البنوك الودائع المصرفية– الحسابات المصرفية – عمليات الإئتمان (القروض– القبول– الخصم– الإعتماد المصرفي البسيط – الإعتماد المستندي)**، دار الفكر والقانون، مصر، 2010، ص 155.

[2]– إلياس ناصيف، **العقود المصرفية، المجلد الثالث – الإعتماد المستندي–**، منشورات الحلبي الحقوقية، الطبعة الأولى، 2014، بيروت، لبنان، ص 23.

[3] – محي الدين إسماعيل علم الدين، **موسوعة أعمال البنوك من الناحيتين القانونية والعملية**، (د/ط)، دار النهضة العربية، القاهرة، 1993 ، ص743.

لسنة 2010، واستثنى المشرع بعض الواردات الخاصة بمواد الصنع وقطع الغيار وكذا الواردات الخاصة بالخدمات، وعدلت أيضا بموجب المادة 23 من قانون المالية التكميلي لسنة 2011 بموجب القانون رقم 11-11 المؤرخ في 2011/07/18، ونص المشرع الجزائري على الاعتماد المستندي تحت مسمى الائتمان المستندي بموجب المادة 69 من القانون رقم 01/09 المؤرخ في 2009/07/22 المتضمن قانون المالية التكميلي لسنة 2009، واعتبرها الوسيلة المعتمدة إجباريا في الدفع مقابل الواردات في التجارة الخارجية لكل بنصها: " يتم الدفع مقابل الواردات إجباريا بواسطة الائتمان المستندي".[1]

ويمكن أن نلاحظ في هذا المجال أيضا أن البنك الوطني الجزائري حاول إعطاء تعريف للإعتماد المستندي بحيث عرفه بأنه: " هو العملية التي من خلالها يقوم البنك المصدر بناء على طلب زبونه المستورد، بالتعهد مباشرة نحو البنك المراسل (بنك المصدر)، بالدفع لصالح المصدر، مقابل مستندات تثبت إرسال البضاعة أو إنجاز الخدمة تكون مطابقة للشروط الواردة في الإعتماد".[2]

وقد حددت معنى الاعتماد المستندي المادة 2 من مدونة الأصول والأعراف الدولية الموحدة للإعتمادات المستندية النشرة 600 الصادرة عن غرفة التجارة الدولية لسنة 2007 وعرفته بأنه:" أي ترتيب مهما كانت تسميته أو وصفه يجوز بمقتضاه للمصرف (البنك المنشئ) الذي يتصرف إما بناءً على طلب وتعليمات أحد عملائه (الآمر) أو بالأصالة عن نفسه:

1- بدفع إلى /أو لأمر طرف ثالث (المستفيد) أو يقبل ويدفع سحباً أو سحوبات مسحوبة من المستفيد.[2]

2- يفوض مصرفاً آخر بدفع أو قبول ودفع هذا السحب أو السحوبات أو ...الخ

3- يفوض مصرفاً آخر بالتداول مقابل مستند/ مستندات منصوص عليها شريطة أن تكون هذه المستندات مطابقة تماما لشروط الاعتماد." [3]

ومن خلال التعاريف المعروضة للإعتمادات المستندية، يتضح أنه بالرغم من اختلافها إلا أنها تجتمع في جوهر هذا الاعتماد من حيث أنه يعني الائتمان.

---

[1]- فهيمة قسوري، **المسؤولية المدنية في الاعتماد المستندي**، أطروحة مقدمة لنيل شهادة دكتوراه العلوم في الحقوق تخصص قانون خاص، إشراف الأستاذ الدكتور شيتور جلول، جامعة محمد خيضر، كلية الحقوق والعلوم السياسية، بسكرة، 2013/2014، ص21.

[2]- Banque National d'Algerie, **les crédits documentaires- import- export**, (guide utilisateur), janvier, Année 2007, p 02 .

[3]- بلعيساوي محمد الطاهر، **التزامات البنك في الإعتمادات المستندية**، مرجع سابق، ص 9.

ومن خلال التعاريف السابقة للإعتمادات المستندية يتضح لنا ما يلي:

1- أن الإعتمادات المستندية عمليات تتضمن ثلاثة أطراف هم:[1]

أ- **الآمر:** وهو المشتري الذي يصدر تعليماته إلى البنك من أجل قيام هذا الأخير بفتح اعتماد مستندي لصالح شخص ثالث ويحدد الشروط الواجبة التوافر في المستندات محل الدفع.

ب- **البنك المنشئ:** وهو البنك الذي يقوم بفتح الإعتماد وإصدار خطاب الإعتماد وإبلاغه إما مباشرة أو عن طريق بنك مراسل آخر والذي يسمى البنك المبلغ أو المعلن إلى المستفيد. ويقوم بفحص المستندات والتأكد من مطابقتها لما اشترطه العميل بشأنها.

ت- **المستفيد:** وهو الشخص الذي فتح الإعتماد لصالحه تسوية لثمن البضاعة التي يقوم بإرسالها وتقديم مستنداتها إلى البنك.

ث- وقد يتضمن الإعتماد أطرافاً أخرى حيث قد يشترط أن يتم تأييد الإعتماد من قبل بنك – قد يكون البنك المراسل أو بنك آخر-. كما أن إبلاغ الإعتماد إلى المستفيد قد يكون بطريقة غير مباشرة مما يستدعي تدخل بنك مراسل وهذا الأخير يقتصر دوره على مجرد الإبلاغ فيكون البنك مبلِّغاً. وقد يفوض بالقيام بدفع قيمة الإعتماد لصالح المستفيد في مقابل مجموعة المستندات المطابقة لما اشترط في الإعتماد.

2- أن الإعتمادات المستندية عمليات مركبة من عدة تصرفات قانونية، أولها عقد البيع الدولي الذي يربط بين البائع (المستفيد) والمشتري (الآمر). وثانيهما هو عقد فتح الإعتماد المستندي وهو المنظم لعلاقة الآمر (المشتري) بالبنك المنشئ. وثالثها هو خطاب الإعتماد المستندي وهو الذي يحكم العلاقة بين البنك المنشئ والمستفيد(البائع).[2]

3- أن العلاقات التي تنشأ عن الإعتماد المستندي مستقلة عن بعضها البعض. فعقد البيع مستقل عن عقدي فتح الإعتماد وخطاب الإعتماد، كما أن هذا الأخير مستقل عن عقد فتح الإعتماد وتعد هذه الخاصية أهم ما يميز عملية الإعتماد المستندي عن باقي العمليات البنكية الأخرى.[3]

---

[1]- بلعيساوي محمد الطاهر، **التزامات البنك في الإعتمادات المستندية**، مرجع سابق، ص 10. و أيضا: عبد الفضيل محمد أحمد، **عمليات البنوك الودائع المصرفية- الحسابات المصرفية – عمليات الإئتمان (القروض- القبول- الخصم- الإعتماد المصرفي البسيط – الإعتماد المستندي)**، مرجع سابق، ص 156.

[2]- بلعيساوي محمد الطاهر، **التزامات البنك في الإعتمادات المستندية**، مرجع سابق، ص 10- 11.

[3]- بلعيساوي محمد الطاهر، **التزامات البنك في الإعتمادات المستندية**، مرجع سابق، ص 11.

4- أن للبنك في الإعتماد المستندي حق رهن حيازي على المستندات الممثلة للبضاعة، وهو الضمان الذي يمكنه من استيفاء حقوقه في مواجهة الآمر إذا ما امتنع عن تعويض البنك لما يكون قد أداه إلى المستفيد تنفيذاً لالتزامه الناتج عن خطاب الإعتماد.[1]

المطلب الثاني: خصائص الاعتماد المستندي

تقوم تقنية الاعتماد المستندي على عدة مبادئ أساسية تجعلها تنفرد بخصائص تميزها عن غيرها من وسائل تمويل معاملات التجارة الدولية، وهذه الخصائص نصت عليها القواعد الموحدة لأعراف الاعتمادات المستندية الصادرة عن غرفة التجارة الدولية والمتمثلة في الاستقلالية (أولا) المطابقة الظاهرية للمستندات (ثانيا) التعامل بالسندات(ثالثا) والالتزام (رابعا).

الفرع الأول: الاستقلالية

ينشأ عن الإعتماد المستندي ثلاث علاقات، أولها علاقة بين المشتري (العميل) والبائـــع (المستفيد)، وثانيهما علاقة بين المشتري والبنك، يحكمها عقد الإعتماد المبرم بينهما، وثالثها علاقة بين البنك والبائع ويحكمها خطاب الإعتماد الذي أرسله البنك للبائع. وتعتبر هذه العلاقات مستقلة عن بعضها البعض، فلا يمكن أن يتمسك طرف في علاقة ما بالدفوع التي يتمسك بها الطرف الآخر في علاقة أخرى ليس طرفا فيها.[2]

الفرع الثاني: خاصية الخروج على قاعدة نسبية أثر العقد

يعني " مبدأ نسبية أثر العقد" اقتصار آثار هذا الأخير على طرفيه أو خلفهم العام أو الخاص دون الغير الأجنبي عن هذا العقد، ذلك أن العقود لا تنفع ولا تضر إلا أطرافها. ونصت على هذه القاعدة كل من المادتين 108 و113 من القانون الجزائري، وعقد الإعتماد المستندي يتضمن تعهدا مباشرا صادرا من البنك تجاه المستفيد بالوفاء بقيمة البضاعة مقابل قيام المستفيد بتقديم المستندات في المهلة المتفق عليها. هذا التعهد من البنك يشير إلى أن تعهد البنك هو التزام أصيل وليس التزاما تابعاً، ترتب نتيجة العقد المبرم بين البنك والعميل الآمر المتمثل في عقد الإعتماد المستندي، بمعنى أنه استثناء عن

[1]- بلعيساوي محمد الطاهر، **التزامات البنك في الإعتمادات المستندية**، مرجع سابق، ص 11.

[2]- أمين خالدي، **النظام القانوني للإعتمادات المستندية (مدعم بالإجتهاد القضائي الجزائري)**، دار بلقيس، دار البيضاء، الجزائر، دون سنة نشر، ص 23.

قاعدة النسبية، فالمستفيد لم يكن طرفاً في هذا العقد. والبنك لم يكن ليصبح في علاقة مع المستفيد لولا الخروج عن قاعدة النسبية للعقد المبرم بينه وبين المشتري. ونجد تطبيقا لهذه الخاصية أنّ البنك غير ملزم بأداء الثمن للمستفيد مالم يتقيد الأخير حرفيا بشروط خطاب الإعتماد إذ لا محل هنا لتطبيق نظرية النسبية في تنفيذ المستفيد لالتزامه، لأن هذا التطبيق يتناقض جوهريا مع قاعدة التنفيذ الحرفي لالتزامات الأطراف في الإعتمادات المستندية.[1]

الفرع الثالث: المطابقة الظاهرية للمستندات

وتقوم على أن جميع الأطراف المعنية بعمليات الاعتماد تتعامل بالمستندات ولا تتعامل ببضائع وخدمات أو غير ذلك من أوجه التنفيذ التي قد تتعلق بها تلك المستندات (العمل القضائي). وبناء على المطابقة الظاهرية للمستندات يتحقق (عمليا) استقلال عقد الاعتماد المستندي عن العقد الذي فتح بسببـــه، وهذا ما يشجع البنوك على فتح الاعتماد وقبولها بشروط أبسط مما لو كانت عليها فحص البضاعة نفسها بدلا من فحص المستندات الممثلة لها. من هنا يبرز لنا أهمية الاعتماد المستندي في كونه ضمان قانوني يهدف إلى حسن وضمان تنفيذ الإلتزامات كما يبرز أهميته في اعتباره آلية ناجعة في مجال الصفقات التجارية وتمويلها.[2]

الفرع الرابع: قصر التعامل بالمستندات

إن البنوك لا تتعامل بالبضائع أو الخدمات أو الأداء المتعلق بهذه المستندات، وهذا ما نصت عليه المادة الخامسة من الأصول والأعراف الموحدة للاعتمادات المستندية،[3] على أنه: " تتعامل جميع

---

[1]– أمين خالدي، **النظام القانوني للإعتمادات المستندية (مدعم بالإجتهاد القضائي الجزائري)**، مرجع سابق، ص ص: 22-23.

[2]– فيصل محمود مصطفى النعيمات: **مسؤولية البنك في قبول المستندات في نظام الاعتماد المستندي**، ط1، دار وائل للنشر، الأردن، 2005، ص33.

[3]– عبد الحميد الشواربي، **إدارة المخاطر الائتمانية من وجهتي النظر المصرفية والقانونية**، منشأة المعارف، الإسكندرية،2002، ص1025.

الأطراف المعنية بعمليات الاعتماد بالمستندات ولا تتعامل ببضائع أو خدمات أو غير ذلك من أوجه التنفيذ التي تتعلق بها المستندات".[1]

الفرع الخامس: الالتزام بالوفاء

الإلتزام بالوفاء يقوم على احترام الشروط المكتوبة في الاعتماد المستندي حرفيا حتى لو كانت شروطه مغايرة لعقد البيع. وهذا ما تضمنته المادة الخامسة من الأصول والأعراف الموحدة للإعتمادات المستندية.[2]

المطلب الثالث: أنواع الإعتماد المستندي

حاول بعض المؤلفين تعداد أوصاف هذه الإعتمادات والتي تتصف بكثرتها وفقا للظروف الخاصة بكل نوع، غير أنه في الحقيقة فإن الأوصاف الأكثر استخداما، هي التي تستند إلى قوة تعهد البنك، وتدخل بنك آخر لتأييد تعهد البنك، وعن التقسيمات الأخرى فهي ليست أوصافا جديدة تضاف لهذه الأخيرة، وإنما هي شروط تضاف إليها تعطيها تسمية أخرى، هذا بالإضافة إلى الخاصية التي تتميز بها الإعتمادات التي تقوم بها البنوك الإسلامية، والتي يتوجب علينا التطرق إليها نظرا لأهميتها.

وعليه، يمكن أن نعدد أنواع الإعتمادات المستندية إلى الإعتمادات المستندية الرئيسية، الإعتمادات المستندية المشروطة، والإعتمادات المستندية في البنوك الإسلامية، وذلك كالآتي:

الفرع الأول: الإعتمادات المستندية الرئيسية

وهي تلك الإعتمادات التي ترتكز على قوة تعهد البنك المصدر لها، وتتنوع إلى اعتماد قطعي (غير قابل للإلغاء) واعتماد غير قطعي (قابل للإلغاء):

أولا/ الإعتماد المستندي القطعي (غير قابل للإلغاء) (le crédit documentaire irrévocable): الإعتماد المستندي غير قابل للإلغاء هو الذي يصدره البنك بناء على طلب عميله لصالح المستفيد، بحيث لا يجوز للبنك الرجوع فيه مهما تغيرت وضعية زبونه، إلاّ بعد موافقة أطراف

[1]– محي الدين إسماعيل علم الدين، **موسوعة أعمال البنوك من الناحيتين القانونية والعملية**، دار النهضة العربية، 3 القاهرة، 1993، ص1137.

[2]– انظر: المادة الرابعة من النشرة 600 من الأصول والأعراف الموحدة للاعتمادات المستندية.

العملية (العميل، المستفيد)، ولا ينقض هذا الإعتماد سوى تدخل تشريعي أو أمر من سلطة الدولة التي صدر فيها الإعتماد.[1]

ثانيا/ الإعتماد المستندي القابل للإلغاء أو للرجوع (الغير قطعي) (le crédit documentaire révocable): ويقتصر المصرف فاتح الإعتماد على إشعار البائع المستفيد بأنه تلقى تعليمات من عميله بدفع الأسناد التي يسحبها عليه البائع، ويبقى له حق رفض قبول السند المسحوب عليه أو دفعه. ومع ذلك لا يمكن لذلك المصرف إلغاء الإعتماد إلا إذا كانت لديه أسباب مشروعة تبرر ذلك، كامتناع العميل عن تنفيذ التزاماته.[2]

الفرع الثاني: الإعتمادات المستندية المشروطة

تتعدد الإعتمادات المستندية المشروطة وتتنوع بدورها بحسب الشروط المقترنة بها كما يلي:

أولا/ الإعتماد المستندي بالدفع عند الإطلاع (le crédit documentaire réalisable) : وهو الإعتماد الذي تدفع قيمته فوراً إلى المستفيد من قبل البنك المبلغ بمجرد تقديمه مستندات مطابقة لشروط الإعتماد، بالإضافة أنه حين وصول المستندات المقدمة من المستفيد إلى البنك فاتح الإعتماد يستحق الإعتماد للدفع بمجرد اطلاع المشتري على المستندات المطابقة لشروط الإعتماد.[3]

ثانيا/ اعتماد الدفعة المقدمة (crédit documentaire avec- red clause-): ويسمى أيضا الإعتماد المستندي ذو البند المسطر بالأحمر، وترجع هذه التسمية لكونه يحتوي على بند مميز مسطر باللون الأحمر أو مكتوبا بهذا اللون للفت الإنتباه. وهو في الأصل كان يستخدم لضمان صادرات مادة الصوف من أستراليا إلى بريطانيا. وحالياً لا يزال يستخدم في تجارة النفط الخام.[4] وهذا الشرط يسمح للمصرف المراسل أو المؤيد بأن يدفع للمستفيد مقدما دفعات على الحساب قبل استلامه الوثائق والمستندات المطلوبة، ويدرج في الإعتماد بناء على طلب صريح من العميل الآمر وعلى مسؤوليتـــــــه، نتيجة لذلك وفي حال امتنع البائع المستفيد عن تقديم المستندات للمصرف المؤيد يحق لهذا الأخير أن يعود على المصرف مصدر الإعتماد والذي يعود بدوره على العميل الآمر بقيمة ما

---

[1]- أمين خالدي، **النظام القانوني للإعتمادات المستندية (مدعم بالإجتهاد القضائي الجزائري)**، مرجع سابق، ص ص: 28- 29.

[2]- أنس العلبي، **النظام القانوني لبطاقات الإعتماد**، منشورات الحلبي الحقوقية، بيروت، لبنان، 2005، ص 29.

[3]- خالد وهيب الراوي، **العمليات المصرفية الخارجية**، مرجع سابق، ص 221.

[4]- أمين خالدي، **النظام القانوني للإعتمادات المستندية (مدعم بالإجتهاد القضائي الجزائري)**، مرجع سابق، ص 30.

دفعه، وهذا الأخير لا يجد أمامه سوى الرجوع على المستفيد المخل بالتزامه تجاهه ليس فقط بقيمة ما دفع له من مبالغ بل بالتعويض أيضا عما لحقه من أضرار جراء تعنته.[1]

ثالثا/ الإعتماد المستندي المعزز (المؤيد) crédit documentaire a condition conformité:

قد لا يكتفي البائع (المصدر) بتعهد البنك الذي فتح الإعتماد لصالحه، وإنما يتطلب زيادة في الحيطة والاطمئنان لاستيفاء ثمن سلعته أن يؤيد بنك آخر من بلد البائع هذا الإعتماد، وهذا ما يسمى بالاعتماد المعزز أو المؤيد.[2]

ويترتب على تأييد الإعتماد المستندي من قبل بنك آخر أن يصبح ذلك البنك المؤيد مديناً متضامناً مع البنك فاتح الإعتماد قبل المستفيد، ويكون للبنك المؤيد ذات التزامات البنك فاتح الإعتماد.[3] ويعني هذا النوع من الإعتماد اشتراط تقديم وثيقة تضمن مطابقة البضائع لشروط خطاب الإعتماد المستمدة من الشروط المحددة في عقد الأساس المبرم بين المستفيد و العميل.[4]

رابعا/ الإعتماد المستندي بالدفع عند الإطلاع (الإعتماد المنجز) (le crédit documentaire réalisable ou par paiement à vue): وهو الإعتماد الذي يجب الوفاء به فور تقديم المستندات المطابقة لشروط الإعتماد، فهذه الصورة من صور الإعتماد المستندي تتحقق فقط بالوفاء بمبلغ الإعتمـــاد، أو بقبول خصم كمبيالة مسحوبة على الآمر لصالح المستفيد، وذلك فور تقديم المستفيد للمستندات وبمجرد الإطلاع عليها من البنك الملزم بالدفع (أي البنك المصدر إن كان الإعتماد غير معزز أو البنك المعزز في حال تعزيز الإعتماد من بنك آخر).

خامسا/ الإعتماد المستندي القابل للتحويل (le crédit documentaire transférable): نصت عليه القواعد والأعراف الموحدة للإعتمادات المستندية في المادة 38 فقرة " ب " فعرفته بأنه: " هو الإعتماد الذي ينص صراحة على أنه قابل للتحويل والذي يمكن أن يكون متاحا إما كليا أو جزئيا لمستفيد

---

[1]– عرفات أحمد المنجي، **التحكيم في منازعات الإعتمادات المستندية في الفقه و القانون المقار** ، مرجع سابق، ص 92.

[2]– وقد نص قانون التجارة المصري على أنه: " يجوز تأييد الإعتماد المستندي البات من بنك آخر يلتزم بدوره بصورة قطعية ومباشرة قبل المستفيد".

[3]– عرفات أحمد المنجي، **التحكيم في منازعات الإعتمادات المستندية في الفقه والقانون المقارن**، مرجع سابق، ص 88.

[4]– أمين خالدي، **النظام القانوني للإعتمادات المستندية (مدعم بالإجتهاد القضائي الجزائري)**، مرجع سابق، ص 33.

آخر – المستفيد الثاني – بناء على طلب المستفيد الأول". وهو لا يعتبر أداة قابلة للتداول كالأوراق التجارية. فتحويل الإعتماد لا يعتبر تداولا له، بل هو أشبه بتجديد الدين عن طريق تغيير الدّائن(المستفيد الأصلي) ولا يتم ذلك إلاَّ بموافقة المدين (البنك) صراحة على ذلك، بينما يتم تحويل الأوراق التجارية و انتقالها بإرادة الحامل المنفردة دون موافقة الموقعين عليه.[1]

سادساً / الإعتماد المستندي الإحتياطي (stand-by crédits)

وهي في حقيقتها ليست اعتمادات مستندية بمعناها المتعارف عليه، بل هي إلى الضمانة أقرب منه إلى الإعتمادات المستندية، فهذا النوع لا يتعلق بعقد بيع ولا توجد فيه بضاعة، وإنما يتعلق بضمان تنفيذ التزامات معينة.[2] ويشكل هذا النوع من الإعتمادات المستندية وسيلة دفع احتياطية لمصلحة البائع المستفيد، وفيه يلتزم المصرف مصدر الإعتماد، تجاه المستفيد، بالأمور الآتية:[3]

- أن يعيد دفع الأموال المقترضة من العميل الآمر أو المدفوعة سلفاً له أو لحسابه.
- أن يسدد أي دين بذمة العميل الآمر.
- أن يعوض مالياً عن أي عجز أو إخفاق واقع على عاتق الآمر في أثناء تنفيذه لموجباته.

سابعاً/ الإعتماد المستندي الدائري (Back to Back): تتحقق هذه الصورة للإعتماد المستنـــدي عندما يكون هذا الإعتماد غير قابل للتحويل، ويكون المستفيد غير قادر على تأمين البضاعة، ويحتاج لشرائها جزئيا أو كليا من مورّد آخر. ففي هذه الحالة يمكن للبائع المستفيد من الإعتماد، أن يستعمل وثيقة الإعتماد المستندي غير القابلة للإلغاء، كوثيقة ائتمان لدى مصرفه لكي يطلب منه إصدار كتاب اعتماد مستندي لصالح بائع ثان.[4]

ثامنا / الإعتماد الثابت والإعتماد المتجدد (revolving): يكون الإعتماد المستندي، عادة، ثابتاً ومحدداً. كما لو كان بمبلغ إجمالي قدره مئة ألف دولار ولمدة محددة، سنة مثلا. أما الإعتماد المستندي الدوري فهو الذي يتم الاتفاق بشأنه على إمكان تجديد قيمته المالية دون الحاجة إلى تعديل بنوده. فإذا

---

[1]– أمين خالدي، **النظام القانوني للإعتمادات المستندية (مدعم بالإجتهاد القضائي الجزائري)**، مرجع سابق، ص 32.

[2]– عرفات أحمد المنجي، **التحكيم في منازعات الإعتمادات المستندية في الفقه والقانون المقارن**، مرجع سابق ، ص 106.

[3]– إلياس ناصيف، **العقود المصرفية، المجلد الثالث – الإعتماد المستندي**–، مرجع سابق، ص 53– 54.

[4]– إلياس ناصيف، **العقود المصرفية، المجلد الثالث – الإعتماد المستندي**–، مرجع سابق، ص 54.

كانت الموجبات الملقاة على عاتق البائع المصدر للبضاعة تتجدد دورياً من دون أن تنفذ دفعة واحـــــــدة، كعقد التوريد الذي يتكرر دورياً.[1]

الفرع الثالث: الإعتمادات المستندية في البنوك الإسلامية

أصبحت البنوك الإسلامية تتعامل بالاعتمادات المستندية بعدما خلصتها من الفوائد الربوية المحرمة شرعا والتي تستخدمها البنوك التقليدية، وتنقسم على هذا الأساس إلى ثلاث أنواع وهي:

أولا/ اعتماد الوكالة (الإعتماد المستندي بالتمويل الذاتي): يتم استخدام هذا النوع من الإعتمادات عندما يقوم العميل الآمر بفتح الإعتماد بتقديم تغطية كاملة لقيمة الإعتماد، وذلك في شكل وديعة أو حساب جار، بمعنى أن المعاملة لا تتضمن تقديم تمويل من قبل البنك، بحيث يقوم هذا الأخير بدور الوكيل عن العميل الآمر في طلب المواصفات وتحديد الشروط المتعلقة بالبضاعة، ويدفع الثمن إلى المستفيد أو البنك المراسل بمجرد ورود المستندات مطابقة للمواصفات المشروطة، وهنا يستحق البنك الإسلامي مبلغا مقطوعا تتفق عليه الأعراف المصرفية، واستحقاق البنك هذه العمولات المقطوعة بوصفه وكيلا أو أجيرا.[2]

ثانيا/ اعتماد المرابحة: يكون دور البنك الإسلامي في هذا النوع من الإعتمادات هو دور المستـورد، حيث يتم استيراد البضاعة باسم البنك بناء على رغبة الآمر بالشراء، ويتم احتساب تكلفة البضاعة حتى لحظة وصولها وبيعها للآمر بالشراء، إضافة إلى ربح معين حسب الوعد المبرم بين الطرفين، وفي هذه الحالة:[3]

أ- يكون البنك الإسلامي مسؤولاً عن تسليم بضاعة ومستندات مطابقة لشروط فتح الإعتماد، ولا تنحصر مسؤوليته بتسليم مستندات مطابقة فقط كما هو الحال في البنوك التقليدية، أو في الإعتماد بالتمويل الذاتي.

ب- لا يجوز أن يكون موضوع الإعتماد المستندي مخالف لأحكام الشريعة الإسلامية.

---

[1]- إلياس ناصيف، **العقود المصرفية، المجلد الثالث – الإعتماد المستندي**-، مرجع سابق، ص 51-52.

[2]- أمين خالدي، **النظام القانوني للإعتمادات المستندية (مدعم بالإجتهاد القضائي الجزائري)**، مرجع سابق، ص 34.

[3]- حسين محمد سمحان، **أسس العمليات المصرفية الإسلامية**، دار المسيرة للنشر والتوزيع والطباعة، عمان، الأردن، الطبعة الأولى 2013، ص 324.

ثالثا: اعتماد المشاركة: وفي هذا النوع من الإعتمادات يقوم البنك بتغطية باقي قيمة الإعتماد بصفته شريكاً لا كفيلاً ولا ضامناً، وبالتالي فإنه يكون شريكا في الربح الناتج عن بيع البضاعة، فلا تنحصر مسؤولية البنك هنا في المستندات فقط بل يكون مسؤولاً عن البضاعة مع شريكه.[1]

المطلب الثالث: مراحل الإعتماد المستندي

هناك أربعة مراحل أساسية يمر بها الإعتمادات المستندي، أولها مرحلة انعقاد عقد الأساس والتوطين المصرفي ثم تليها مرحلة فتح الإعتماد، ثم تتبعها مرحلة التبليغ – أي تبليغ الإعتماد للمستفيـــد–، ثم مرحلة تنفيذ الإعتماد. وفيما يلي سنقوم بشرح هذه المراحل.

الفرع الأول: مرحلة العقد الأصلي (عقد الأساس)

إن التزام المشتري بفتح الإعتماد المستندي ينشأ نتيجة إبرامه لعقد تجاري معين مـــع المستفيـــد، والغالب أن يكون ذلك العقد "عقد بيع دولي"، بحيث يتم الاتفاق بين الطرفين على نوع البضاعة المباعة أو الخدمة، وتحدد كافة المستندات التي تمثل البضاعة أو تأدية الخدمة، كما يتضمن الاتفاق على كيفية تسوية الثمن، حيث يتفقان على الكيفية التي يقدم بها البنك التزامه للمستفيد من الإعتماد، فقد يكون بالدفع نقدا عند ورود المستندات، وقد تكون بقبول السفتجة، كما يتفقان على المدة التي يبقى فيها البنك ملتزما أمام المستفيد، والمكان الواجب فيه تقديم المستندات، والذي يتم فيه وفاء البنك بالتزامه، وغيره من التفاصيل التي تهمهما.[2] والجدير بالذكر أن الإعتماد المستندي ليس مقصورا على عقود البيع فقط، بل إنه قد يرد على عقد إجارة أو وكالة بأجرة أو غيرها من العقود.[3]

الفرع الثاني: مرحلة عقد فتح الإعتماد

[1]– حسين محمد سمحان، **أسس العمليات المصرفية الإسلامية**، مرجع سابق، ص 324.

[2]– أمين خالدي، **النظام القانوني للإعتمادات المستندية (مدعم بالإجتهاد القضائي الجزائري)**، مرجع سابق، ص 38.

[3]– عرفات أحمد المنجي، **التحكيم في منازعات الإعتمادات المستندية في الفقه والقانون المقارن**، مرجع سابق، ص 75.

و هي المرحلة التي يقبل فيها البنك الوسيط المعتمد فتح إعتماد مستندي لصالح المستفيد وذلك بناء على تعليمات عميله الآمر، ولا يستجيب البنك لتعليمات هذا الأخير إلا بعد أن يطمئن لمركزه المالي وسمعته.[1]

الفرع الثالث: مرحلة إصدار الإعتماد (خطاب الإعتماد) وتبليغه

خطاب الإعتماد هو عبارة عن " رسالة يبعث بها البنك إلى أحد فروعه أو إلى أحد مراسليه تتضمن طلب وضع مبلغ معيَّن تحت تصرف شخص معيَّن يسحب منه ما يشاء – ضمن المقدار المقرّر في الرسالة– ولحد تاريخ معين".[2] وعليه فمتى انعقد الإعتماد تعين على البنك إصدار خطاب الإعتماد إلى المستفيد، والذي يتضمن كافة العناصر التي تحدد حقوق المستفيد والواجبات التي يتعين عليه تنفيذها للمطالبة بالحق الثابت به. [3]

يعتبر خطاب الإعتماد من وسائل الدفع الخارجية المعتمدة في الجزائر،[4] والتي لا يجوز للمقيمين بالجزائر اقتنائها أو تداولها أو إيداعها إلاَّ لدى البنوك الوسيطة المعتمدة (وفقا لنص المادتين 17 و 18 من نظام بنك الجزائر رقم 01-07).

وتبليغ خطاب الإعتماد إلى المستفيد قد يقوم به البنك فاتح الإعتماد مباشرة بنفسه، وقد يكلف بنكاً آخر يكون فرعاً له أو بنكاً يتعامل معه في بلد المستفيد ليقوم بتبليغ خطاب الإعتماد إلى الأخير دون أن يكون مسؤولا عن تنفيذه و دون ترتيب أي التزام عليه.[5]

ويلتزم المشتري بفتح الإعتماد في الميعاد المتفق عليه بين الطرفين وإلاَّ يحق للبائع أن يفسخ العقد وأن يطالب بالتعويض عند الإقتضاء أو أن يمتنع في تنفيذ التزامه في شحن السلعة، ويجوز الاتفاق

---

[1]– وضاح نسيمة، **التحكيم في الإعتماد المستندي**، أطروحة مقدمة استكمالا لنيل شهادة الدكتوراه في الحقوق، قانون أعمال، جامعة الجيلالي اليابس، سيدي بلعباس، السنة الجامعية: 2016-2017، ص 148.

[2]– أمين خالدي، **النظام القانوني للإعتمادات المستندية (مدعم بالإجتهاد القضائي الجزائري)**، مرجع سابق، ص 41.

[3]– عرفات أحمد المنجي، **التحكيم في منازعات الإعتمادات المستندية في الفقه والقانون المقارن**، مرجع سابق، ص 76.

[4]– المادة 18 من نظام بنك الجزائر رقم 07-01، المؤرخ في 03 فبراير سنة 2007، المتعلق بالقواعد المطبقة على المعاملات الجارية مع الخارج والحسابات بالعملة الصعبة، الجريدة الرسمية لسنة 44، العدد 31، المعدل بنظام بنك الجزائر رقم 11-06 المؤرخ في 19 أكتوبر 2011، الجريدة الرسمية لسنة 49، العدد08، والمعدل بنظام بنك الجزائر رقم 16-01، المؤرخ في 06 مارس 2016، الجريدة الرسمية لسنة 53، العدد 17.

[5]– مازن عبد العزيز ناعور، **الإعتماد المستندي والتجارة الإلكترونية في ظل القواعد والأعراف الدولية والتشريع الداخلي، منشورات الحلبي الحقوقية**، بيروت، 2006، ص ص: 139- 140.

على اعتبار العقد مفسوخا دون حاجة إلى حكم قضائي أو إعذار إذا لم ينفذ المشتري التزامه في فتح الإعتماد لصالح البائع في الميعاد المتفق عليه.[1]

الفرع الرابع: مرحلة فحص المستندات المقدمة ودفع قيمة الإعتماد

بمجرد وصول خطاب الإعتماد للمستفيد تبدأ مرحلة تلقي المستندات، وهي المرحلة التي يتلقى فيها البنك المصدر من المستفيد المستندات المحددة في خطاب الإعتماد ولا يمكن للبنوك الوسيطة المعتمدة المقيمة في الجزائر أن تنفذ عمليات تسديد أثمان السلع أو الخدمات المترتبة عن الصفقات الدولية إلاَّ بعد تسلم الوثائق التي تثبت إرسال السلع باتجاه الإقليم الجمركي الوطني والفواتير النهائية الخاصة بها حسب المادة 48 من نظام بنك الجزائر 01-07 السابق الذكر.

ومن ثم يبدأ البنك الذي يتولى تنفيذ الإعتماد في فحص الوثائق والمستندات للتأكد من مطابقتهـــــا، وبعد إتمام عملية الفحص يتم قبول المستندات. في حال المطابقة، يقوم البنك المكلف بتنفيذ الإعتماد وفق الطريقة المحددة في خطاب الإعتماد، أي عن طريق دفع مبلغ الإعتماد الوارد في الخطاب أو بقبول الكمبيالة أو خصمها، وبعد إتمام البنك لعملية الدفع يقوم بنقل هذه المستندات إلى المشتري الذي يرد إليه ما دفعه، بالإضافة إلى المصاريف إذا لم يكن قد عجل له بها، وعن طريق هذه المستندات يستطيع المشتري تسلم البضاعة.[2]

تعتبر هذه المرحلة من بين مراحل الإعتماد المستندي الأكثر تعقيدا وإثارة للمشاكل والنزاعـــــــات، وهو ما سيأتي الحديث عنه لاحقا.

المبحث الثاني: أثر اتفاق التحكيم على الإعتماد المستندي

[1]- أمين خالدي، **النظام القانوني للإعتمادات المستندية (مدعم بالإجتهاد القضائي الجزائري)**، مرجع سابق، ص 42.

[2]- عرفات أحمد المنجي، **التحكيم في منازعات الإعتمادات المستندية في الفقه والقانون المقارن** ، مرجع سابق ، ص 79.

من المعروف أن معظم العقود التجارية وخصوصا الدولية منها تتضمن بندا خاصاً بالاعتماد المستندي كوسيلة للوفاء بالثمن، كما أنه من المستقر عليه كذلك أن تلك العقود تتضمن شرطاً للتحكيم يتم بموجبه عرض أية منازعات تنشأ عنها على التحكيم، وعلى ذلك يبدو التلازم الواضح بين التحكيم والإعتمادات المستندية.[1]

وشرط التحكيم بوصفه عقدا شأنه شأن أي عقد آخر، يحكمه مبدأ النسبية، أي أن آثاره لا تمتد إلى غير أطرافه، ومن ثم لا يمتد إلى غيرهم من الذين لم يشاركوا في انعقاده، إعمالا لمبدأ نسبية العقود السالف الحديث عنه.

وبالرغم من التشابه الكبير بين القواعد التي تسري على خطاب الضمان بشأن التحكيم والتي تقابلها في الإعتماد المستندي، إلا أنه تبرز في هذا الصدد عدد من المسائل التي يختص بها الإعتماد المستندي عن خطاب الضمان بالنظر إلى طبيعته، وهو ما سنتناوله بشيء من التفصيل في هذا المطلب، وذلك من خلال الحديث عن اتفاق التحكيم الوارد في عقد الأساس وكذا الوارد في خطاب الإعتماد.

المطلب الأول: أثر اتفاق التحكيم الوارد في عقد الأساس

قد ينشب نزاع بين العميل الآمر والمستفيد، فيعرض النزاع على التحكيم نظرا للنص عليه في أحد بنود عقد الأساس، ولكن المستفيد يكون قد بادر قبل الفصل في النزاع إلى المطالبة بقيمة الإعتماد، وهنا يطرح التساؤل التالي: ما مدى تأثير اتفاق التحكيم على التزام المصرف في مواجهة المستفيد؟ وهل يجوز للمؤسسة المصرفية أن تحتج بهذا الاتفاق للتخلص من التزامها، أو للمماطلة في الوفاء بالتزامها في مواجهة المستفيد؟

يمكن القول كإجابة عن هذه التساؤلات، بأن اتفاق التحكيم لا يتعدى طرفيه، خاصة إذا تم إدراجه في عملية من العمليات المصرفية الذي يكون عمل المؤسسة المصرفية فيه مستقلا عن باقي أجزاء العملية، وبالتالي فاتفاق التحكيم الوارد في عقد الأساس ليس له تأثير على التزام المؤسسة المصرفية في مواجهة المستفيد[2]. وعليه، فمجرد وجود شرط التحكيم في العلاقة التي تربط بين العميل الآمر والمستفيـــد، لا يمنع هذا الأخير من المطالبة بقيمة الإعتماد وفقا للشروط التي حددها الخطاب، بحيث أن شرط التحكيم الوارد في عقد الأساس لا يمثل قيدا على حق المستفيد في المطالبة بقيمة الإعتماد.

---

[1]– معتصم محمود إسماعيل، **التحكيم في المنازعات المصرفية – دراسة إجرائية –**، مرجع سابق، ص 371.

[2]– أحمد مصطفى الدبوسي سيد، **التحكيم في العمليات المصرفية بين الواقع والمأمول، دراسة تحليلية مقارنة**، مرجع سابق، ص ص: 145-146.

وبالرغم من إجماع الفقه والقضاء على عدم جواز التمسك بشرط التحكيم الوارد في عقد الأســـــــاس، إلا أنه ثار خلاف بشأن الأساس القانوني لعدم إمكانية الإحتجاج بهذا الشرط.

فقد ذهب البعض إلى اعتبار الأساس القانوني لعدم الإحتجاج هو مبدأ الاستقلالية والذاتية الذي يتمتع به الإعتماد المستندي، بينما ذهب الرأي الآخر إلى أن ذلك يرجع إلى طبيعة شرط التحكيم ذاته.

وسنتناول كل رأي على حدة فيما يلي:

الفرع الأول: الأخذ بخاصية استقلال علاقة الأساس عن الإعتماد المستندي كسبب لعدم الإحتجاج

تنص المادة 04 فقرة " أ " من النشرة 600 على أن: " الإعتماد بطبيعته عملية مستقلة عن عقد البيع أو غيره من العقود التي قد يستند إليها، المصارف بأي حال غير معنية بمثل ذلك العقد حتى لو تضمن الإعتماد أي إشارة بأي شكل إلى ذلك العقد..."

وعليه، يعتبر البنك المصدر للإعتماد المستندي أجنبيا عن عقد البيع، فهو غير مطالب أن يتحقق من أن البائع والمشتري قد نفذا الإلتزامات المترتبة عليهما بموجب العقد الأساسي، فهذا يخرج عن نطاق الوظيفة التي أسندت إليه. ذلك أن البنك مطالب بدفع قيمة الإعتماد للمستفيد إذا قدم هذا الأخير مستندات مطابقة لشروط الإعتماد، لذا لا يلزم المستفيد أن يثبت للبنك أنه نفذ عقد البيع (العقد الأساسي) كي يستحق مبلغ الإعتماد.[1]

ومن نتائج هذا الإستقلال أنه لا يجوز التمسك بأي دفع ناشئ عن تلك العلاقة للتأثير على التزام البنك بالوفاء بقيمة الإعتماد، أو على مطالبة المستفيد به. وهذا بخلاف الكفالة التي يجوز فيها للكفيل أن يتمسك بدفع ناشئ عن العقد الأصلي المبرم بين المدين المكفول والدائن، للتخلص من التزام تغطية خطر عدم الوفاء للدين المكفول.[2]

وبالتالي فإن اتفاق التحكيم الوارد في عقد الأساس ليس له تأثير على التزام المؤسسة المصرفية في مواجهة المستفيد، لأنه يعتبر أجنبيا على هذا الاتفاق، وفي ذلك قضت محكمة باريس في حكم لهـــــا، بأنه لا يجوز للعميل الآمر التمسك بإجراء التحكيم المنصوص عليه في عقد الأساس، لإخضاع

---

[1]– معزي صونية، **الغش و أثره على الإلتزام المصرفي المستقل في عقد الإعتماد المستندي في القانون الجزائري**، مجلة المفكر، العدد العاشر، مجلة المفكر، مجلة علمية أكاديمية دولية نصف سنوية تصدرها كلية الحقوق والعلوم السياسية بجامعة محمد خيضر بسكرة، ص 400.

[2]– وضاح نسيمة، **التحكيم في الإعتماد المستندي**، مرجع سابق، ص 176.

المنازعات الناشئة عن دفع قيمة الإعتماد للتحكيم، الأمر الذي ينعدم معه كل أثر لهذا الاتفاق على وضع الضمانات المصرفية موضوع التنفيذ.[1]

ويمكننا توضيح هذا الأمر من خلال عرض منازعة ناشئة عن إحدى العمليات والتي تضمن عقد الأساس فيها اتفاقا على اللجوء إلى التحكيم أمام مركز القاهرة الإقليمي للتحكيم التجاري الدولي، وتمثلت وقائع المنازعة فيما يلي:[2]

اتفقت إحدى الشركات الإفريقية المتخصصة في صناعة الأدوية، والتي تريد أن تنشئ في أحد مصانعها منطقة معقمة تستلزمها صناعة بعض الأنواع من منتجاتها، مع شركة أوروبية على تصميم وتوريد واختبار وإنشاء وتشغيل وتسليم المنطقة المشار إليها، وتضمن هذا الاتفاق شرطا ينص على اللجوء إلى التحكيم أمام مركز القاهرة الإقليمي للتحكيم التجاري الدولي إذا وقع خلاف بين الطرفيـــــــن، ويكون حكمه نهائيا وملزما.

وبعد قيام النزاع بينهما، عرضت المنازعة على مركز القاهرة الإقليمي للتحكيم التجاري الدولـــــــي، وكانت ادعاءات الطرفين تدور حول عدم الوفاء بما نص عليه العقد من التزامات، فالشركة المدعية تقول إنها نفذت التزاماتها، حيث كان متفقا على فتح اعتماد مستندي تدفع منه قيمة المعدات التي يتم شحنها من أوروبا، وذلك بنسبة معينة من قيمة الإعتماد، حيث ينص الإعتماد على نسبة أخرى تدفع عند تقديم تقرير عن تقدم الأعمال، وباقي قيمته عند التسليم النهائي، ويكون هذا الإعتماد مؤيداً من بنك أوروبي معين، وقد نفذت الشركة المدعية ذلك، ولكنها لم تحصل على تأييد البنك المذكور، بل حصلت على تأييد إحدى المؤسسات المصرفية في دولة الكويت.

ولكن الشركة المدعى عليها لم تبدأ تنفيذ العقد نهائيا، وتمسكت بأن العقد لم يكن نافذاً بين الطرفين، لأنه كان متفقاً على ألا يبدأ نفاذه إلاّ من الوقت الذي يتم فيه فتح الإعتماد المستندي طبقا لما نص عليه العقد، بالإضافة إلى أن الإعتماد كان بمبلغ يختلف عن المتفق عليه، وكان غير مؤيد من البنك المتفق عليه، ثم تلقت من المؤسسة المصرفية الكويتية رسالة، تطلب فيها الإمتناع عن شحن المعدات إلى الشركة المحتكمة.

---

[1] – Cour d'appel de paris, 14 décembre 1987, publier et disponible le : 13/04/2021 a : https://www.legifrance.gouv.fr/juri/id/JURITEX

[2] – أحمد مصطفى الدبوسي سيد، **التحكيم في العمليات المصرفية بين الواقع و المأمول، دراسة تحليلية مقارنة**، مرجع سابق، ص 146-147.

وناقشت هيئة التحكيم ادعاءات الطرفين، وقالت إن تأييد الإعتماد لم يأت من البنك المتفق عليه بين الطرفين في العقد، وإنما من مؤسسة مصرفية كويتية تعهدت بأن تدفع للبنك الأوروبي الذي قام بتبليغ الإعتماد أية مبالغ يؤديها إلى الشركة الموردة، ورغم أن هذا لم يرد في عقدهما، إلاّ أن الشركة الأوروبية لم تعترض عليه.

ونخلص من عرض هذه المنازعة إلى أن اتفاق التحكيم الوارد في عقد الأساس، هو عقد محدد بطرفيه، ولا يؤثر على التزام المؤسسة المصرفية في القيام بتنفيذ التزاماتها في عملية الإعتماد المستنـــــدي إلا إذا طلب منه ذلك. فالمؤسسة المصرفية فاتحة الإعتماد لا تملك أية سلطة في تقدير أو تفسير مستندات الإعتماد. حيث تقتصر إلتزامات المصارف في عقد الإعتماد المستندي على فحص المستندات المقدمة من المستفيد وحدها لتحديد ما إذا كانت تشكل في ظاهرها مستندات مطابقة لشروط الإعتماد أم لا. ويقصد بالصحة الظاهرية للمستندات أن يتحقق البنك من سلامة المستندات نوعا وصنفا وعددا، فلا مسؤولية على البنك إذا لم يتحقق من تطابق المستندات مع الواقع أي ما يعبر عنه بمضمون المستندات أو فعاليتها، فلا سلطة للبنك في التحقق من صدق المستند، بل يكفي أن يكون المستند صادقا في ظاهره كي يستحق المستفيد مبلغ الإعتماد وهو ما ذهبت إليه المادة 34 من النشرة 600، وأكدته المادة 28 من نظام بنك الجزائر رقم 07-01 التي تلزم الوسيط المعتمد أن يتأكد من صحة الوثائق المقدمة، والطابع القانوني للعقد التجاري وإنجازه.[1]

إلاّ أنه يرى جانب آخر من الفقه أن الأساس المذكور لعدم الإحتجاج ليس كافياً، فمبدأ الإستقلال بين الإعتماد المستندي وعلاقة الأساس لا يكفي للقول بعدم الإحتجاج بشرط التحكيم الوارد في تلك العلاقة بشأن نزاع ناشئ عن الإعتماد، ذلك أنه حتى في حالة الكفالة المصرفية لا يجوز الإحتجاج بشرط التحكيم الوارد في العقد المبرم بين المدين والدائن على الكفيل، بالرغم من عدم وجود مبدأ الإستقلال بين هذا العقد والكفالة المصرفية، إضافة إلى أنه يجوز الإحتجاج في مواجهة الكفيل بالدفوع الناشئة عن هذا العقد. وعليه فلو كان استقلال علاقة الأساس هو السبب في عدم الإحتجاج بشرط التحكيم الوارد في هذه العلاقة لكان من الممكن الإحتجاج بهذا الشرط إذا ورد في العقد المبرم بين الدائن والمدين على الكفيل أخذا بمفهوم المخالفة، وهذا ليس بصواب.[2]

---

[1]– معزي صونية، **الغش وأثره على الإلتزام المصرفي المستقل في عقد الإعتماد المستندي في القانون الجزائري**، مرجع سابق، ص401.

[2]– وضاح نسيمة، **التحكيم في الإعتماد المستندي**، مرجع سابق، ص 177.

وهذا ما يدفعنا للبحث عن أساس آخر يمكن الإعتماد عليه لتسبيب عدم الإحتجاج بشرط التحكيم الوارد في علاقة الأساس في منازعة ناشئة عن المطالبة بقيمة الإعتماد.

الفرع الثاني: الأخذ بمبدأ نسبية أثر شرط التحكيم كسبب لعدم الإحتجاج

لقد ذهب هذا الإتجاه إلى القول بأن الأساس القانوني لعدم الإحتجاج بشرط التحكيم الوارد في عقد الأساس بشأن المطالبة بقيمة الإعتماد يجد ذاته في شرط التحكيم باعتباره اتفاق تحكمه القاعدة العامة في العقود و المتمثلة في مبدأ نسبية أثر العقود بصفة عامة، والذي بموجبه لا يرتب العقد أي التزامات ولا يكسب أي حقوق لغير أطرافه، فلا يرتب شرط التحكيم الوارد في علاقة الأساس آثارا إلاَّ بالنسبة لطرفيه و خلفهما العام، وهما العميل الآمر والمستفيد، والأثر الملزم لهذا الشرط هو التزام الطرفين باللجوء إلى التحكيم عند نشوب نزاع عن تنفيذ أو تفسير أحد بنود عقد الأساس.[1]

ومن ثم فعندما يثور نزاع بين العميل الآمر والمستفيد بشأن مطالبة المستفيد بقيمة الإعتماد، فإنه لا يجوز للعميل الآمر التمسك بشرط التحكيم لعرض هذا النزاع على التحكيم، لأن النزاع المذكور نشأ عن علاقة أخرى لم تتضمن شرط التحكيم، كما لا يجوز للعميل التمسك بهذا الشرط في مواجهة البنك لأنه لم يكن طرفا في عقد الأساس.

الفرع الثالث: الإستثناءات الواردة على مبدأ استقلالية الإعتماد المستندي

مما لا جدال فيه أن التوجه الكلاسيكي المنادي بإضفاء الصبغة المستقلة على التزام البنك في الإعتماد المستندي، أصبح اليوم توجها مهجورا أو متجاوزا، لا سيما إذا أخذنا بعين الاعتبار قصوره على إيجاد صيغة توافقية في اكتساب الحقوق وتحمل الإلتزامات بين الأطراف المتدخلة في تنفيذ الإعتماد المستندي. لذا فإن تلاشي أواصر الثقة بين أطراف الإعتمادات المستندية تتطلب تجاوز التفسير الجامد لمبدأ إستقلالية الإلتزام المصرفي، وإقرار إمكانية خضوعه لمؤثرات استثنائية.

وسنتعرض في هذا الإطار لمسألة وجود نزاع تحكيمي بين الآمر والمستفيد بسبب العيوب الخفية في المبيع، ومدى جواز التمسك بعدم الوفاء بقيمة الإعتماد، كما نتعرض كذلك لمدى جواز الحجز على قيمة الإعتماد تحت يد المصرف لحين الفصل في النزاع التحكيمي بين الآمر والمستفيد وذلك فيما يلي:

[1]– وضاح نسيمة، **التحكيم في الإعتماد المستندي**، مرجع سابق، ص 178.

أولاً / مدى جواز التمسك بعدم الوفاء للمستفيد لوجود نزاع تحكيمي بسبب الغش[1]

يدور التساؤل في هذا الشأن حول مدى جواز تمسك العميل الآمر (المشتري) قبل المصرف الضامن بعدم الوفاء بقيمة الإعتماد للمستفيد (البائع) بعد اكتشافه غش أو تعسف ظاهر من قبل هذا الأخير–المستفيد–. فهل يجوز للعميل الآمر التمسك بهذا الغش استنادا إلى قاعدة أن الغش يفسد كل شيء، ليوقف دفع قيمة الإعتماد لحين الفصل في النزاع التحكيمي؟

تجدر الإشارة إلى أن الغش الواضح والمؤكد الذي يقع على عاتق العميل الآمر إثباته على المستفيد، فالقاعدة العامة تقضي بأن البينة على من إدَّعى، والغش يؤدي إلى سقوط الإستقلال القائم بين عقد الأساس والإعتماد، ليصبح من الجائز التمسك بالدفوع المستمدة من عقد الأساس لتعطيل تنفيذ البنك لهذا الإعتماد، بحيث إذا تمكن العميل الآمر من إثبات الغش من جانب المستفيد، يستطيع مطالبة البنك بتجميد قيمة الإعتماد و عدم دفعه للمستفيد دون أن يستند إلى وجود نزاع تحكيمي بين العميل الآمر والمستفيد، فنشوء هذا النزاع لا يعد سببا للتجميد، بل لا بد أن يستند على وجود غش مـــن المستفيد، ما دام الغش يفسد كل شيء. وهذا الغش من شأنه أن يقضي على استقلالية الإعتماد المستندي عن عقد الأساس، ويتيح الفرصة للعميل الآمر أن يتمسك بدفوع ناشئة عن هذا العقد لتعطيل تنفيذ البنك لالتزامه بدفع قيمة الإعتماد.[2]

ثانياً/ مدى جواز حجز الآمر والمستفيد على مبلغ الإعتماد بسبب النزاع التحكيمي بينهما

[1] -- عرف بعض الفقه الغش بأنه: " استخدام المستفيد للضمان بقصد الإضرار بالعميل المتعاقد استخداما يؤدي إلى الانحراف بآلية تلك الضمانات المصرفية عن الغاية التي وجدت من أجلها، وبما يتنافى مع مبدأ حسن النية" كما عرفه البعض الآخر بأنه" : " الغياب الواضح لحق المستفيد في الحصول على مبلغ الضمانة، أو استخدام المستفيد للقواعد القانونية بطريقة تؤدي إلى حصوله على فائدة غير مشروعة "

ويقصد بالتعسف الخروج عن حدود حسن النية الواجب استعماله في الحقوق، كأن يهدف الشخص من وراء استعماله للحق إلى تحقيق مصلحة غير مشروعة، أو أن يقصد فقط من استعماله للحق الإضرار بالغير أو أن تكون المصلحة من وراء هذا الاستعمال أقل بكثير من الضرر الذي يصيب الغير" . لأكثر تفاصيل راجع: عكوش سهام، **الغش كاستثناء على مبدأ استقلال خطاب الضمان الدولي وفقا لاتفاقية الأمم المتحدة للكفالات المستقلة وخطابات الاعتماد الضامنة لسنة 1995**، مقال منشور بمجلة دفاتر السياسة والقانون دورية دولية متخصصة محكمة في الحقوق والعلوم السياسية تصدر عن جامعة قاصدي مرباح ورقلة، عدد 19 جوان 2018، ص 4.

[2]– وضاح نسيمة، **التحكيم في الإعتماد المستندي**، مرجع سابق، ص 180.

إذا ما وقع نزاع بين العميل الآمر والمستفيد حيال تنفيذ التزامات كل طرف تجاه الآخر، وعرض هذا النزاع على التحكيم استنادا لعقد الأساس المبرم بينهما، فإن التساؤل يثور عن مدى جواز قيام كل طرف منهما بتوقيع الحجز على مبلغ الإعتماد المستندي تحت يد المصرف. ونفرق هنا بين حالة اتخاذ هذا الإجراء من طرف الآمر أو المستفيد.

1_ مدى جواز حجز المستفيد على قيمة الإعتماد لوجود نزاع تحكيمي:

ذهب رأي من الفقه،[1] إلى أنه بشأن أحقية المستفيد (البائع) في توقيع الحجز على قيمة الإعتماد لوجود نزاع تحكيمي مع العميل الآمر (المشتري) إلى التفرقة بين فرضيتين:

أولهما: إذا كان المبلغ المراد الحجز عليه قدمه الآمر كغطاء لقيمة الإعتماد، فإن هذا المبلغ يجوز الحجز عليه باعتباره مملوك للمشتري المدين للمستفيد بقيمة البضاعة.

ثانيهما: إذا كان المبلغ المراد الحجز عليه لم يقدمه الآمر كغطاء لقيمة الإعتماد ففي هذه الحالة لا يجوز الحجز على هذا المبلغ لأنه يعد في هذه الحالة مملوكا للمصرف. وطالما أن الأخير ليس طرفاً في اتفاق التحكيم الناشئ عن عقد الأساس فلا يجوز الحجز على قيمة هذا الضمان.

إلا أن رأياً آخر في الفقه انتقد هذه التفرقة وذهب إلى أن الحجز يرد على حق لا على نقود مفـــرزة. وعليه، فإنه يجوز توقيع الحجز شريطة أن يكون المال المراد الحجز عليه حقا للمشتري في ذمة المصرف.[2]

وتجدر الإشارة في هذا الصدد إلى أن اتفاقية الأمم المتحدة بشأن الكفالات المستقلة وخطابات الإعتماد الضامنة التي أقرتها الجمعية العامة للأمم المتحدة في 11 ديسمبر 1995 أقرت حق العميل – وحده – في الحجز على الإعتماد المستندي دون المستفيد، وفي طلب اتخاذ مثل هذه التدابير التحفظية إذا كان لديه من الأدلة ما يؤكد شكوكه في أن مطالبة المستفيد تمثل غشا أو سوء قصد للإضرار به والحصول على قيمة الإعتماد المستندي دون وجه حق. وعلى ذلك فإن الآمر المشتري يملك وحده حق طلب اتخاذ تدابير تحفظية بشأن الإعتماد المستندي أمام هيئة التحكيم .[3]

2_ مدى جواز حجز العميل الآمر على قيمة الإعتماد لوجود نزاع تحكيمي

[1]– معتصم محمود إسماعيل عيد، **التحكيم في المنازعات المصرفية – دراسة إجرائية –**، مرجع سابق، ص 376.

[2]– معتصم محمود إسماعيل عيد، **التحكيم في المنازعات المصرفية – دراسة إجرائية –**، مرجع سابق، ص ص: 376–377.

[3]– معتصم محمود إسماعيل عيد، **التحكيم في المنازعات المصرفية – دراسة إجرائية –**، مرجع سابق، ص 377.

رغم أن المشرع المصري لم يتعرض إلى مسألة الحجز على قيمة الإعتماد المستندي، إلاّ أن الفقه والقضاء استقر على عدم جواز توقيع ذلك الحجز تحت يد المصرف، لأنه من شأن ذلك منع المصرف من الوفاء بالتزامه المستقل البات في مواجهة المستفيد، باعتبار أن خطابات الإعتماد هي أوراق مصرفية لها طابعها الخاص وتصرف قيمتها لمن حررت لمصلحته عند توافـر المستندات المحددة عند طلبهـــــــا، وبذلك تستقل عن عقد الأساس.[1]

واستنادا للنصوص القانونية السارية المفعول في التشريع الجزائري لا يوجد نص قانوني أو مبدأ قضائي أو تنظيم ما يمنع المشتري من اللجوء إلى المحكمة وطلب إجراء حجز توقيفي لقيمة الإعتماد بين يدي البنوك بسبب الغش.[2]

المطلب الثاني: أثر اتفاق التحكيم الوارد في خطاب الإعتماد

قد يبرم البنك والمستفيد اتفاقا للتحكيم يتضمن إحالة أي نزاع ينشأ بينهما بمناسبة هذه العلاقة إلى التحكيم، أي أن خطاب الاعتماد الصادر من المصرف بطلب عميله الآمر إلى المستفيد يتضمن شرطا مفاده الاتفاق على اللجوء إلى التحكيم حال نشوب نزاع بينهما بشأن خطاب الإعتماد.

وهذا الاتفاق يثير تساؤلين أولهما: هل يحق للعميل الآمر التمسك بهذا الاتفاق في مواجهة المستفيد؟ أما السؤال الثاني الذي يطرح نفسه يكون في حالة تعدد البنوك: ما مدى جواز تمسك البنك فاتح الإعتماد باتفاق التحكيم المدرج بين البنك المؤيد والمستفيد؟

الفرع الأول: مدى حق العميل الآمر في التمسك باتفاق التحكيم المبرم بين البنك المستفيد

ذهب جانب من الفقه إلى أن الإنابة في الدفع تعتبر الأساس القانوني لمدى جواز تمسك العميل الآمر باتفاق التحكيم المدرج بخطاب الإعتماد إن جاز له ذلك، حيث تعد علاقة البنك فاتح الإعتماد بالعميل الآمر هي علاقة إنابة في الدفع، واعتبر أن الإنابة في هذه الحالة تعتبر إنابة ناقصة،[3] لأن

---

[1]–معتصم محمود إسماعيل عيد، **التحكيم في المنازعات المصرفية – دراسة إجرائية** –، مرجع سابق، ص 376.

[2]– معزي صونية، **الغش و أثره على الإلتزام المصرفي المستقل في عقد الإعتماد المستندي في القانون الجزائري**، مرجع سابق، ص 409.

[3]– "هي الإنابة التي تتحقق عندما يلتزم مدينان بمقتضى رابطتين مختلفتين أمام الدائن بكل أو بجزء من الدين." أنظر: ريم عدنان عبد الرحمن الشنطي، **الإنابة في الوفـاء دراسة مقارنة بين القانون المدني المصري والقانون المدني الأردني ومشروع القانون المدني الفلسطيني**، أطروحة قدمت استكمالاً لمتطلبات الحصول على درجة الماجستير في القانون الخاص، تحت إشراف: د. علي السر طاوي، كلية الدراسات العليا في جامعة النجاح الوطنية في نابلس، فلسطين 2007.ص 102.

المنيب يلتزم بتعهده تجاه المناب إليه فقط، وقد قضت محكمة النقض المصرية في حكم لها، بأنه إذا لم تتضمن الإنابة تجديدا بتغيير المدين، بل بقي المنيب مدينا للمناب لديه إلى جانب المناب، وصار للمناب لديه مدينان بدلا من مدين واحد، سميت الإنابة في هذا الحال بالإنابة القاصرة.[1]

والإنابة في الوفاء هي: "عمل قانوني يفترض وجود ثلاثة أشخاص المنيب والمناب والمناب لديـــه، بحيث ينيب المنيب المناب للوفاء بالدين الذي في ذمته للمناب لديه،[2]" ولا توجد في قانون التجارة المصري ولا الجزائري نصوص تتعلق بالإنابة في الوفاء، ولكن بالرجوع إلى التقنين المدني فإننا نجد أن المادة 359 قانون مدني مصري و تقابلها المادة 294 قانون مدني جزائري تنصان على أن: " تتم الإنابة إذا حصل المدين على رضاء الدائن بشخص أجنبي، يلتزم بوفاء الدين مكان المدين".

ووفقا لهذا النص يتبين أنّ الإنابة في الوفاء تفترض وجود أشخاص ثلاثة وهم المنيب (وهو المدين الأصلي الذي ينيب الشخص الأجنبي ليفي الأخير بالدين للدائن) والمناب (وهو الذي ينيبه المدين ليفي بالدين للدائن) والمناب لديه (وهو الدائن الذي يُناب الشخص الأجنبي للوفاء له) وغني عن البيان أنّ المناب يسمى بالشخص الأجنبي ليس لأنّه أجنبيٌ عن الإنابة في الوفاء فهو طرف من أطراف الإنابة بل يقصد من كلمة أجنبي أنّه أجنبي عن العلاقة الأصلية بين المدين الأصلي والدائن.[3]

والراجح أن فكرة الإنابة لا تصلح أن تكون أساساً يستند عليه للإحتجاج باتفاق التحكيم المدرج في خطاب الإعتماد المبرم بين البنك والمستفيد، فلا توجد إنابة في الوفاء فيما بين البنك والعميل الآمر في خطاب الإعتماد، ويؤكد ذلك ما نصت عليه الفقرة (2) من المادة 341 من قانون التجارة المصري من أن (عقد الإعتماد المستندي مستقل عن العقد الذي فتح الإعتماد بسببه، ويبقى البنك أجنبيا عن هذا العقد)، وهذا النص أولى بالتطبيق من نصوص الإنابة في التقنين المدني؛ فهو الخاص بطبيعة إلتـــــزام البنك في الإعتماد المستندي، حيث يقوم البنك بالوفاء للمستفيد بصفته مدينا يوفي بالتزام يقـــــع

---

[1]– أحمد مصطفى الدبوسي سيد، **التحكيم في العمليات المصرفية بين الواقع والمأمول، دراسة تحليلية مقارنة**، مرجع سابق، ص 150.

[2]– ريم عدنان عبد الرحمن الشنطي، **الإنابة في الوفـاء دراسة مقارنة بين القانون المدني المصري والقانون المدني الأردني ومشروع القانون المدني الفلسطيني**، أطروحة قدمت استكمالاً لمتطلبات الحصول على درجة الماجستير في القانون الخاص، تحت إشراف: د. علي السرطاوي، كلية الدراسات العليا في جامعة النجاح الوطنية في نابلس، فلسطين 2007. ص81.

[3]– ريم عدنان عبد الرحمن الشنطي، **الإنابة في الوفـاء دراسة مقارنة بين القانون المدني المصري والقانون المدني الأردني ومشروع القانون المدني الفلسطيني**، مرجع سابق، ص 84.

عليـــــه، وليس بصفته نائبا عن العميل الآمر؛ لذلك فلا يحق للعميل الآمر أن يتمسك باتفاق التحكيم الوارد في خطاب الإعتماد استنادا إلى فكرة الإنابة.[1]

الفرع الثاني: مدى جواز تمسك البنك فاتح الإعتماد باتفاق التحكيم المدرج بين البنك المؤيد والمستفيد

اختلف الفقه[2] حول الأساس القانوني لمدى إمكانية تمسك البنك الفاتح باتفاق التحكيم المدرج بين البنك المؤيد والمستفيد، فذهب جانب من الفقه إلى اعتبار البنك المصدر أصيلا عن نفسه في طلب تأييد الإعتماد وليس وكيلاً، فالبنك المصدر يلتزم بمقتضى عقد الإعتماد بمخاطبة البنك المؤيد، وفي سبيل ذلك فهو يتعاقد باسمه ولحسابه الشخصي مع البنك المؤيد تنفيذا لالتزاماته تجاه العميل، وذهبت كذلك محكمة النقض الفرنسية في حكم لها،[3] إلى أن العلاقة التعاقدية لا تنشأ مباشرة بين العميل الآمر والبنك الثاني الذي أبلغ الإعتماد، أو أيده، أو دفع قيمته، فعقد الإعتماد ليس وكالة، والبنك المصدر لا يعتبر وكيلا عن عميله، حتى يقال أنه وكيل من الباطن عن البنك الثاني .[4]

بينما يذهب الرأي الراجح في الفقه إلى اعتبار العلاقة بين البنك المؤيد والبنك فاتـــــح الإعتمـــــاد علاقة وكالة؛ فالبنك فاتح الإعتماد، وبناء على توكيل له من العميل، تعاقد مع البنك المؤيد لفتح اعتماد لحساب العميل وتأييد الإعتماد.

ومن ثمة يجوز للبنك فاتح الإعتماد التمسك باتفاق التحكيم المدرج بين البنك المؤيـــــد والمستفيـــد، فالبنك المؤيد ما هو إلا وكيل عن البنك فاتح الإعتماد، إلاَّ أن هذا الأمر يتطلب منا أن نطبق الأحكام الخاصة المتعلقة بالوكالة التجارية على علاقة البنك المؤيد بالبنك فاتح الإعتماد، فإذا كانت علاقة البنك المؤيد بالبنك فاتح الإعتماد هي علاقة وكالة مخصصة بمعاملة تجارية معينة وهي الإعتماد المستندي، فيجوز للبنك المؤيد باعتباره وكيلا للبنك فاتح الإعتماد أن يقوم بجميع الأعمال

---

[1]– أحمد مصطفى الدبوسي سيد، **التحكيم في العمليات المصرفية بين الواقع و المأمول، دراسة تحليلية مقارنة**، مرجع سابق، ص 151–152.

[2]– علي جمال الدين عوض، **عمليات البنوك من الوجهة القانونية**، مرجع سابق، ص 287.

[3]– CASS.COM , 22 Octobre 1985 -أنظر : أحمد مصطفى الدبوسي سيد، **التحكيم في العمليات المصرفية بين الواقع و المأمول، دراسة تحليلية مقارنة**، مرجع سابق، ص 153.

[4]– أحمد مصطفى الدبوسي سيد، **التحكيم في العمليات المصرفية بين الواقع و المأمول، دراسة تحليلية مقارنة**، مرجع سابق، ص 153.

اللازمة لإجراء هذه المعاملة ومنها التمسك باتفاق التحكيم مع المستفيد دون إذن من الموكل وهو البنك فاتح الإعتماد، وذلك تطبيقا لنص الفقرة (2) من المادة 149 من قانون التجارة المصري رقم 17 لسنة 1999 والتي نصت على: "إذا أعطيت الوكالة التجارية مخصصة بمعاملة تجارية معينة جاز للوكيل القيام بجميع الأعمال اللازمة لإجراء هذه المعاملة دون حاجة إلى إذن من الموكل ".

وبالرجوع إلى أحكام عقد الوكالة التجارية نرى عدم إمكانية عدم جواز تمسك البنك الفاتح باتفاق التحكيم المدرج بين البنك المؤيد والمستفيد، ويرجع ذلك لما يلي:[1]

أولا/ انعدام فكرة الوكالة التجارية بين البنك فاتح الإعتماد والبنك المؤيد، فقد نصت المادة 163 من قانون التجارة المصري رقم 17 لسنة 1999 على أنه (يجوز لكل من طرفي عقد الوكالة التجارية إنهاء العقد في كل وقت، ولا يستحق التعويض إلا إذا وقع إنهاء العقد دون إخطار سابق، أو في وقت غير مناسب، وإذا كان العقد معين المدة أن يستند إنهاؤه إلى سبب جدي ومقبول، وإلا استحق التعويـــض"، و في نفس السياق نصت المادة 34 من القانون التجاري الجزائري على: " إذا كان عقد الوكالة التجارية غير محدد بمدة معينة فلا يجوز لكلا الطرفين فسخه دون إخطار مسبق و مطابق للأعراف، إلاّ في حالة صدور خطأ من أحد الطرفين ". وقضت محكمة النقض المصرية في حكم لها[2]، بأن إنهاء الموكل لعقد وكالة غير محدد المـــدة شرطه خطأ الوكيل، فإذا كانت القواعد العامة للوكالة التجارية تجيز للموكل وفقا لما يقضي به نص المادة 163 من قانون التجارة المصري رقم 17 لسنة 1999 إنهاء الوكالة غير محددة المدة في أي وقت دون استلزام صدور خطأ من الوكيل، فإن المشرع قد خالف هذه القواعد في عقد الوكالة في العقـــود المصرفية، فاعتبره من العقود التي تنعقد لمصلحة الطرفين المشتركة، ورتب على ذلك أنه لا يجوز للموكل إنهاء العقد غير محدد المدة بإرادته المنفـــــــردة، إلا إذا صدر خطأ من الوكيل.

وبناء عليه، فلا يمكننا قبول ذلك الأمر في خطاب الإعتماد المستندي الصادر من البنك المؤيد للمستفيد، حيث ينشئ هذا الخطاب التزاما أصليا على البنك المؤيد في مواجهة المستفيد، ومن ثمة لا

---

[1]– أحمد مصطفى الدبوسي سيد، **التحكيم في العمليات المصرفية بين الواقع و المأمول، دراسة تحليلية مقارنة**، مرجع سابق، ص ص: 154– 156.

[2]– الطعن رقم 14435 لسنة 79 قضائية، جلسة 2012/01/10، المجموعة المدنية (المستحدث) مجموعة من المبادئ التي قررتها الدوائر التجارية في الفترة من الأول من أكتوبر 2011 لغاية سبتمبر 2012، ص 70. أشار إليه: أحمد مصطفى الدبوسي سيد، **التحكيم في العمليات المصرفية بين الواقع و المأمول، دراسة تحليلية مقارنة**، مرجع سابق، ص155.

يجوز للبنك المؤيد أو البنك فاتح الإعتماد إنهاؤه بالإرادة المنفردة إلاَّ في حالة خطأ، وليس في أي وقت أراد كما هو الحال في الوكالة التجارية.

ثانيا/ أن القول باعتبار العلاقة بين البنك المؤيد والبنك فاتح الإعتماد، علاقة وكالة في العقود، ينشأ عن التزام البنك المؤيد بإصدار خطاب مستقل عن باقي العلاقات الأخرى المرتبطة بالعملية المصرفية، فهو التزام أصيل يقع على عاتق البنك المؤيد، وهذا الإستقلال ينفي أن تكون علاقة البنك المؤيد بالبنك المصدر علاقة وكالة، ومن ثمة فلا يمكن لنا القول بجواز تمسك البنك فاتح الإعتماد باتفاق التحكيم المدرج في خطاب الإعتماد بين البنك المؤيد والمستفيد، استنادا لعلاقة الوكالة بينهما.

ثالثا/ نصت المادة 20 من القواعد العرفية الموحدة للإعتمادات المستندية على أن: " البنوك التي تكلف بنكا آخر أو بنوكا أخرى بخدمات بغرض تنفيذ تعليمات الآمر، إنما تقوم بذلك لحساب الآمر، وتحت مسؤوليته"، ويتضح لما من خلال هذا النص أن عملية تكليف بنك آخر لتأييد الإعتماد تتم كلها لحساب العميل الآمر ولمصلحته، سواء كان ذلك هو خطاب الإعتماد الصادر من البنك فاتح الإعتماد، أو خطاب الإعتماد المؤيد الصادر من البنك المؤيد، ولا يمكن قبول أن البنك المؤيد يعد وكيل عن العميل الآمر، لأنه لا علاقة مباشرة بينهما، وكذلك فهو لا ينفذ تعليماته مباشرة، بل ينفذ تعليمات البنك المصدر. وهذا بالتأكيد يخالف فكرة الوكالة التجارية التي تفترض أن الأعمال التجارية تتم لحساب الموكل، وليس لحساب العميل الآمر، وهذا ما قضت به محكمة النقض المصرية في حكم لها[1]، بأن الوكالة في العقود هي عقد يلتزم بمقتضاه الوكيل بممارسة الترويج والتفاوض، والتعاقد باسم الموكل، ولحسابه في منطقة معينة مقابل أجر.

خلاصة الباب الثاني:

كان هذا الباب دسما بالمعلومات حيث تضمن زبدة مضمون بحثنا، فقد تعرضت في بدايته إلى التعريف باتفاق التحكيم باعتباره أساس العملية التحكيمية ونقطة بدايتها، كما سلطت الضوء على بعض المسائل الهامة التي يثيرها هذا الاتفاق والتي تعلقت بكيفية صياغته من ناحية ومن ناحية أخرى بالشروط الواجب توافرها فيه لكي ينشأ صحيحا منتجا لآثاره.

وانتقلت بعد ذلك للحديث عن أثر اتفاق التحكيم على عقد الكفالة المصرفية، فقمت بالتعريف بهذا العقد المصرفي –الكفالة المصرفية– مع بيان خصائصه وأنواعه، ثم اسهبت في الحديث عن مدى

[1]– الطعن رقم 14435 لسنة 79 قضائية، جلسة 2012/01/10، مرجع سابق.

انطباق شروط العقد الأصلي على المصرف الكفيل، وذلك في حالة ما تضمن العقد الأصلي شرطا للتحكيم.

واستتبعت ذلك بالتعرض إلى موقف القضاء المقارن من مبدأ نسبية العقد، ومدى انطباق هذا المبدأ على إتفاق التحكيم الوارد في عقد الدين الأصلي بالنسبة للبنك الكفيل، واتضح لنا أن مبدأ نسبية اتفاق التحكيم مثار خلاف على الصعيد الفقهي.

تطرقت بعد ذلك لمسألة القبول الضمني لشرط التحكيم، معرجة على موقف الفقه والقضاء في هذا الجانب. ثم استطردت ذلك بالحديث عن تمسك البنك الكفيل بشرط التحكيم ضد الدائن، وهل يعتبر شرط التحكيم من الدفوع المتعلقة بالدين المكفول؟ وأعقبت ذلك ببيان مدى اعتبار شرط التحكيم من الدفوع المتعلقة بالدين من عدمه، كما تحدثت عن الإشتراط لمصلحة الغير كأساس لتمسك البنك الكفيل بشرط التحكيم.

ثم انتقلت بعد ذلك لدراسة أثر اتفاق التحكيم الوارد في خطاب الإعتماد المصرفي باعتباره أحد أهم عقود الإئتمان المصرفي، بحيث أسهبت في الحديث عن شرط التحكيم الوارد في عقد الأساس وأعقبت ذلك بالحديث حول استقلال علاقة الأساس عن خطاب الضمان كأساس لعدم الإحتجاج بشرط التحكيـــــم، وكذلك نسبية أثر شرط التحكيم كسبب لعدم الإحتجاج على المستفيد بذلك الشرط. متعرضة في كل حالة لموقف الفقه والقضاء.

وفي الأخير، تطرقت إلى حالة ورود اتفاق التحكيم في خطاب الإعتماد الصادر عن البنك بطلب من عميله الآمر لفائدة المستفيد، وما مدى جواز تمسك كل طرف تجاه الآخر باتفاق التحكيم، حيث تطرقنا لحالة تعدد البنوك (البنك فاتح الإعتماد و البنك المؤيد) و أشرنا إلى الأساس القانوني الذي اعتمد عليه الفقه المقارن لتبرير جواز التمسك باتفاق التحكيم من عدمه كفكرة الإنابة في الوفاء والوكالة.

الباب الثالث

الخصومة التحكيمية في المنازعات المصرفية والحكم المنهي لها

تمهيد وتقسيم:

يقصد بإجراءات التحكيم مجموعة الخطوات التي يتخذها طرفا العقد وهيئة التحكيم من خطوات وإجراءات لنظر النزاع والفصل فيه، وهذه الإجراءات تكون بناء على إرادة الطرفين في الإحتكام إلى قانون أو قواعد تحكيم خاصة.

وقد اهتم المشرع في مختلف الدول بتنظيم الإجراءات الواجبة الإتباع أمام هيئة التحكيم، ووضع نصب عينيه أن التحكيم طريق يحيطه الود ويرمي إلى سرعة حسم النزاع، ويقوم به أشخاص يثق فيهم أطراف النزاع لذلك نظم المشرع هذه الإجراءات بطريقة تختلف عن تنظيمه للإجراءات المتبعة أمام المحاكم.[1]

كما عالج قانون الإجراءات المدنية والإدارية الجزائري موضوع انعقاد الخصومة بأحكام عديـــــــدة، مرة بقواعد مكملة لحرية الأطراف ومرة أخرى بأحكام آمرة.

وكأي خصومة عند غالبية التشريعات حكم التحكيم غير قابل للإستئناف كما الأحكام التي تصدر من المحاكم تقديرا لعامل السرعة وحرية إرادة الطرفين، لكنه عند معظم التشريعات قابل للطعن بالبطـــلان، ويكون ذلك بعد صدور الحكم بتقديم طلب للمحكمة المختصة لإبطال الحكم بشأن مسائل أغلبها من حيث الشكل لا من حيث الموضوع.

أما تنفيذ حكم التحكيم فيتم أمام المحكمة المختصة كالأحكام القضائية وكل ذلك وفقاً للقانون الواجب التطبيق وهو القانون الوطني الذي ينظم إجراءات التنفيذ، فإذا تأكد قاضي التنفيذ بسلامة الحكم ومضت فترة الطعن أو المراجعة يقوم بتصريح دعوى تنفيذ وإعلام المنفذ ضده للحضور أمام المحكمة لتنفيذ الحكم.

وفي هذا الباب سنتحدث عن الخصومة التحكيمية من بدايتها إلى غاية صدور حكم فيها وتنفيذه، وهذا وفق التقسيم الآتي:

الفصل الأول: الخصومة التحكيمية وفقا لنظام مركز الوساطة والتحكيم لدى اتحاد المصارف العربية

الفصل الثاني: الخصومة التحكيمية وفقا لقواعد نظام تحكيم دوكدكس

الفصل الثالث: الخصومة التحكيمية وفقا لمقتضيات القانون 08-09 المتضمن قانون الإجراءات المدنية الإدارية الجزائري

الفصل الرابع: حكم التحكيم المصرفي وآثاره على بعض العمليات المصرفية

[1]– أحمد هندي، **التحكيم دراسة إجرائية**، دار الجامعة الجديدة، الإسكندرية، 2013، ص 11.

الفصل الأول: الخصومة التحكيمية وفقا للائحة نظام مركز الوساطة والتحكيم لدى اتحاد المصارف العربية

ارتأينا في هذا الفصل أن نتعرض للقواعد الإجرائية المعتمدة لدى أحد مؤسسات التحكيم الدولية والمتخصصة في التحكيم المصرفي، ولتعددها أخذنا نموذجا عنها وهو مركز الوساطة والتحكيم لدى إتحاد المصارف العربية لكونه أكبر المنظمات العربية الجامعة لأكبر عدد من المؤسسات المصرفية ولكونها الأكثر تطبيقا في المنازعات المصرفية في الوسط العربي.

وقبل التطرق لإجراءات الخصومة التحكيمية لدى هذا المركز وجب علينا في البداية التعريف به ثم الحديث عن قواعده في المطلب الأول، ثم عن آلية اللجوء إليه في مطلب ثان، وفي المطلب الثالث والأخير سنتطرق إلى مراحل سير الخصومة التحكيمية المصرفية حسب قواعد هذا المركز التحكيمي الدولي. وذلك وفق التقسيم التالي:

المبحث الأول: قواعد التحكيم طبقا لنظام اتحاد المصارف العربية

المبحث الثاني: آلية اللجوء للتحكيم طبقا لنظام اتحاد المصارف العربية

المبحث الثالث: مراحل سير الخصومة طبقا لنظام اتحاد المصارف العربية

المبحث الأول: قواعد التحكيم طبقا لنظام اتحاد المصارف العربية

سنتناول في هذا المبحث دور اتحاد المصارف العربية بالتحكيم المصرفي، وذلك من خلال نظام مركز الوساطة والتحكيم لدى اتحاد المصارف العربية رقم (200) لسنة 1980، بحيث سنقوم بشكل موجز بالتعريف بهذا الإتحاد من حيث نشأته وأهدافه والعضوية فيه، ثم ننتقل للحديث عن إجراءات التحكيم التي نظمتها لوائحه.

المطلب الأول: التعريف باتحاد المصارف العربية

اتحاد المصارف العربية (UAB) هي منظمة مسؤولة عن تعزيز التعاون بين البنوك العربية، وتنمية الأعمال المالية العربية وتعزيز الدور التمويلي للمصارف العربية في العالم العربي. تأسس اتحاد المصارف العربية في 13 مارس 1974، خلال اجتماع لمجموعة من النخبة من البنوك العربية وقادة الإدارة تحت مظلة المنظمة العربية للتنمية الإدارية. توصل الاجتماع إلى ختام لتأسيس منظمة عربية تعمل في إطار النقابات المنبثقة عن جامعة الدول العربية.[1]

يقع مقر الاتحاد في المنطقة الوسطى في بيروت (لبنان)، ولديه ثلاثة مكاتب إقليمية رئيسية في مصر والسودان والأردن. هذا إلى جانب شبكة من العلاقات الاستراتيجية مع المؤسسات المصرفية والمالية الكبرى في البلدان العربية الأخرى، حيث يوفر الاتحاد أنواعًا مختلفة من الخدمات للقطاعات المصرفية المحلية.[2]

يهدف إلى توطيد العلاقات وتعزيز التعاون بين أعضائه، وتنسيق أنشطتهـــــم، والتأكيد على هويتهم العربية لتأمين المصالح المشتركة. هذا إلى جانب العمل على تطوير القطاع المصرفي والمالي في الدول العربية، وتعزيز دور المؤسسات المصرفية والمالية العربية في دعم التنمية الاجتماعية والاقتصادية في المنطقة العربية. ويسعى الاتحاد إلى أن يكون الداعم الرئيسي والحقيقي للممارسة الاقتصادية العربية المشتركة، وحجر الزاوية في عملية بناء وتنمية التعاون المصرفي لصالح التنمية الاقتصادية والمالية والمصرفية في العالم العربي.[3]

ضم الاتحاد في أسرته اليوم أكثر من 320 مؤسسة تشتمل على أبرز وأكبر المؤسسات المصرفية والمالية العربية. وهذا يجعل الإتحاد أكبر تجمع مصرفي ومالي في المنطقة. وأعضاء الإتحاد فئتان:

[1]– الموقع الإلكتروني لـ: ويكيبيديا، الموسوعة الحرة، https://ar.wikipedia.org تاريخ الزيارة: 2019/10/11.

[2]– الموقع الإلكتروني لـ: ويكيبيديا، الموسوعة الحرة، https://ar.wikipedia.org تاريخ الزيارة: 2019/10/11.

[3]– المرجع نفسه.

الفئة الأولى: تضم الأعضاء العاملين وتشمل المؤسسات المصرفية وصناديق التنمية العربية والمصارف العربية المشتركة مع الأجانب، ومؤسسات التمويل والإستثمار العربية. والفئة الثانية: تضم الأعضاء المراقبين وتشمل المصارف المركزية والإتحادات والجمعيات المصرفية العربية والمصارف والمؤسسات المالية العربية المشتركة التي تقل نسبة المساهمة العربية فيها عن51% وتزيد عن 25%.[1]

وقد أعلن اتحاد المصارف العربية في مؤتمر صحفي.[2] عُقد في مقرّ الأمانة العامة للاتحاد تفعيل وإطلاق " مركز الوساطة والتحكيم" لدى الاتحاد، الذي تم تعديل نظامه الأساسي والموافقة عليه من مجلس إدارة الإتحاد (20 دولة عربية) في اجتماعه الـ 106 الذي عُقد في بيروت بتاريخ 2018/11/14، وفق قواعد الـ" أونسيترال" المعتمدة دولياً.[3]

وخلال هذا المؤتمر تم التعريف بـ"مركز الوساطة والتحكيم" وبيان أهميته، كونه الأول– حسب القائمين عليه – الموثوق والمتخصص في تأمين الوسائل البديلة من حلّ النزاعات المصرفية، ويعمل على تسوية كافة المنازعات المحلية والدولية في إطار متميّز بالسرعة والفعالية وبتوفير العدالة بين المتخاصمين، وذلك من خلال نخبة مميزة من كبار المحكمين العرب والأوروبيين الذين وصل عددهم حتى الآن إلى38 محكماً معتمداً دولياً، كما أن نظام المركز يسمح بإمكانية الاستعانة بمحكّمين من خارج اللائحة المعتمدة لديه للتحكيم بين الفرقاء بعد موافقة المجلس الأعلى للتحكيم، إضافة إلى أن إجراءات الوساطة والتحكيم أمام هذا المركز هي الأقل كلفة .[4]

ويعتمد المركز على السرية في كل ما يدور خلال جلساته التحكيمية، وتتمثل هذه الضمانة في أن مجلسه الأعلى يتمتع بالحياد التام تجاه المصارف والمؤسسات المالية أو الأفراد، ما يعطي للمركز المصداقية اللازمة لعملية التحكيم. وتم تحديد إجراءات الوساطة والتحكيم أمام المركز بصورة مبسطة

[1]– نشأة اتحاد المصارف العربي: مقال منشور بالموقع الإلكتروني: https://www.aljazeera.net/encyclopedia/2016 تاريخ الزيارة: 2020/08/11

[2]– شارك فيه رئيس جمعية مصارف لبنان ورئيس اللجنة التنفيذية لاتحاد المصارف العربية جوزف طربيه، رئيس الهيئة العربية للتحكيم الدولي وعضو المجلس الأعلى للتحكيم التابع لمركز الوساطة والتحكيم عبد الحميد الأحدب، رئيس مجلس القضاء الأعلى السابق في لبنان وعضو المجلس الأعلى للتحكيم التابع لمركز الوساطة والتحكيم القاضي غالب غانم، نقيب الصحافة عوني الكعكي، الأمين العام لاتحاد المصارف العربية وسام فتّوح.

[3]– مقال بعنوان: إطلاق "**مركز الوساطة والتحكيم**" لدى اتحاد المصارف العربية منشور على الموقع الإلكتروني: https://www.almarkazia.com/ar/news/show/ زيارة الموقع بتاريخ: مارس 2019.

[4]–مقال بعنوان: إطلاق "**مركز الوساطة والتحكيم**" لدى اتحاد المصارف العربية ، مرجع سابق.

جداً من أجل تمكين جميع المصارف والمؤسسات المالية أو الأفراد من اللجوء إليه والاستفادة من خدماته بشكل ميسّر ومن دون أي تعقيدات[1].

المطلب الثاني: خدمات مركز الوساطة والتحكيم لدى اتحاد المصارف العربية

تتوجه خدمات مركز الوساطة والتحكيم إلى المصارف والمؤسسات المالية الأعضاء وغير الأعضاء في الاتحاد، ومن ثم إلى سائر مكوّنات مجتمع المال والأعمال والاستثمار والاقتصاد العربي والإقليمي والدولي، من أجل البتّ في المنازعات والفصل في الخلافات المصرفية والمالية والتجارية التي قد تنشأ بين المصارف الأعضاء، أو في ما بينهم وبين الشركات والمؤسسات والأفراد ذوي الصلة، ومن أهم هذه الخدمات:[2]

1- نشر ثقافة الوساطة والتحكيم بين المصارف وال
2- مؤسسات والشركات التجارية والاستثمارية على المستوى المحلي والإقليمي والدولي.
3- حل وتسوية المنازعات المصرفية والتجارية.
4- عقد المؤتمرات والندوات وحلقات البحث والتدريب حول الوساطة والتحكيم.
5- تقديم الاستشارات والخدمات القانونية في مجال الوساطة والتحكيم.

المبحث الثاني: آلية اللجوء للتحكيم وفق إتحاد المصارف العربية

إن لجوء أطراف النزاع المصرفي (المدعي والمدعى عليه) الى هذا النظام يعني إطلاعهما على أحكامه وقبولهما والتزامهما بها. حيث نظم مركز اتحاد المصارف العربية كيفية اللجوء إليه بوضع شروط وإجراءات خاصة به في مجموعة من اللوائح[3]، نظمت هياكله وحددت شروط شكلية وموضوعية للإحتكام إليه في الفصل في النزاعات. وفيما يلي سنتحدث عن هذه الشروط.

[1]- مقال بعنوان: إطلاق "**مركز الوساطة والتحكيم**" لدى اتحاد المصارف العربية ، مرجع سابق.

[2]- مقال بعنوان: إطلاق "**مركز الوساطة والتحكيم**" لدى اتحاد المصارف العربية، مرجع سابق.

[3] - نظام مركز الوساطة و التحكيم لدى اتحاد المصارف العربية: متحصل عليه بتاريخ: 24 ماي 2021، من الموقع الإلكتروني: https://www.mohamah.net/law/

المطلب الأول: شروط اللجوء إلى التحكيم عن طريق اتحاد المصارف العربية

تضمنت لوائح مركز الوساطة والتحكيم لدى اتحاد المصارف العربية مجموعة من الشروط التي يلزم توافرها للإحتكام إليه للنظر في النزاع، منها ما يتعلق بأطراف الخصومة التحكيمية ومنها ما يتعلق بشكلية الإجراءات و موضوع الدعوى. وهو ما سنتطرق له فيما يلي.

الفرع الأول: الشروط العامة للجوء إلى التحكيم عن طريق اتحاد المصارف العربية

تضمنت المادة 09 [1] من نظام المركز شروط اللجوء إلى التحكيم عن طريق اتحاد المصارف العربية والتي يمكن تلخيصها على النحو الآتي:

1- أن يكون الخلاف حاصل بين عضوين أو أكثر من أعضاء الاتحاد أو بين عضو أو أكثر من الإتحاد وطرف أو أكثر من خارجه.

2- أن يكون هناك عقد بين الطرفين يتضمن بندا تحكيميا بإحالة النزاعات الناتجة عن العقد لحلها بشكل نهائي وفقا لنظام الوساطة والتحكيم لدى الإتحاد، أو في حالة عدم وجود نص على ذلك في العقد ووافق الأطراف بعد نشوب الخلاف أن يتم حله عن طريق التحكيم وفق هذا النظام.

الفرع الثاني: الشروط الشكلية والموضوعية لطلب التحكيم

تطرق نظام مركز الوساطة والتحكيم لدى اتحاد المصارف العربية إلى محتوى طلب التحكيم[2] المقدم خطيا إلى الأمانة العامة من إسم المدعي وعنوانه، وإسم المدعى عليه وعنوانه، والبند التحكيمي الذي يستند إليه إن وجد أو رغبته بالتحكيم وفقا لهذا النظام، وشرح القضية موضوع

[1]- نصت المادة (09) من نظام الوساطة والتحكيم لدى إتحاد المصارف العربية على: " يحل كل خلاف ينشأ بين عضوين أو أكثر من أعضاء الاتحاد أو بين عضو أو أكثر من الاتحاد وطرف أو أكثر من خارجه عن طريق التحكيم وفقا لهذا النظام في إحدى الحالتين التاليتين: 1- إذا كان المدعي والمدعى عليه مرتبطين بعقد يتضمن بندا تحكيميا، ينص على أن جميع الخلافات الناجمة عن هذا العقد تحل نهائيا، وفقا لنظام الوساطة والتحكيم لدى الاتحاد، بواسطة محكم منفرد أو ثلاثة محكمين يتم تعيينهم طبقا لهذا النظام. 2- وفي حال عدم وجود مثل هذا البند التحكيمي، وإذا وافق المدعي والمدعى عليه، بعد نشوب-خلاف، أن يعرضا حله عن طريق التحكيم طبقا لهذا النظام."

[2]- نصت المادة (10) من النظام على ما يلي:" على المدعي الذي يريد أن يلجأ إلى التحكيم، أن يقدم طلبا خطيا إلى الأمانة العامة يتضمن ما يلي: 1- إسم المدعي وعنوانه - 2 - إسم المدعى عليه وعنوانه، 3- البند التحكيمي الذي يستند إليه إن وجد، أو رغبته وفقا لهذا النظام، 4- شرح القضية موضوع النزاع مع تحديد طلباته، 5- المستندات والوثائق الثبوتية المؤيدة لطلبه، 6- موقفه حول عدد المحكمين واختيارهم وفقا لأحكام المادة (13) أدناه، 7- الرسم المتوجب وفقا

النـــــزاع، والمستندات والوثائق الثبوتية المؤيدة لطلباته، وموقفه حول عدد المحكمين واختيارهم وفقا لأحكام المادة (13)[1]، والرسم المتوجب وفقا للتعريفة، إذ يعتبر تلقي الأمانة العامة لهذا الطلب تاريخا لبدء التحكيم، وعليه يتوجب على الأمانة أن تبلغ المدعى عليه صورة من الطلب ومرفقاته للرد عليه .

وحددت المادة (11)[2] من اللائحة الفترة الزمنية التي يجب على المدعي الرد خلالها حيث حددتها بثلاثين (30) يوما من تاريخ تبليغه بالطلب، قابلة للتمديد لمدة (20) يوما بصورة استثنائية، على أن

للتعريفة. يعتبر تلقي الأمانة العامة هذا الطلب، تاريخ البدء في التحكيم. وعلى الأمانة العامة أن تبلغ فورا المدعى عليه صورة الطلب ومرفقاته للرد عليه".

[1]– المادة (13) من النظام نصت على: " يتولى مجلس الإدارة أو لجنة يختارها منه، بناء على ترشيح من الأمين العام للإتحاد، تعيين هيئة التحكيم، وفق القواعد التالية: أ– إذا اتفق المدعي والمدعى عليه على أن يفصل في النزاع محكم واحد، فلهما تعيينه خطيا، باتفاق يبلغ إلى الأمانة العامة وإذا لم يتفقا على هذا التعيين خلال مهلة ثلاثين يوما من تاريخ إبلاغ المدعى عليه طلب التحكيم، قام مجلس الإدارة أو اللجنة بتعيين المحكمة الفرد، ب– إذا لم يتفق الفريقان على أن يفصل في النزاع محكم فرد، عاد الفصل في النزاع إلى ثلاثة محكمين. وفي هذه الحالة، يقوم كل من الفريقين في طلب التحكيم وفي الجواب عليه بتعيين محكم عنه.

ثم ترفع الأمانة العامة إلى مجلس الإدارة أو اللجنة ملف القضية، فيقوم مجلس الإدارة أو اللجنة بتعيين المحكم الثالث، الذي تعهد إليه رئاسة هيئة التحكيم، ما لم يكن الفريقان قد خولا المحكمين المعينين منهما اختيار المحكم الثالث، خلال مهلة محددة .فإذا لم يتمكن المحكمان من الاتفاق على اختيار المحكم الثالث خلال المهلة المذكورة. قام مجلس الإدارة بتعيين هذا المحكم الثالث، ج– أما إذا امتنع أحد الفريقين عن تعيين المحكم كما هو مذكور في الفقرة(ب) أعلاه، قام مجلس الإدارة أو اللجنة مكانه بتعيينه، د– يتم اختيار المحكم الواحد أو رئيس هيئة التحكيم من دولة عربية غير التي ينتمي إليها الفريقان، غير أنه يجوز بصورة استثنائية، اختيار المحكم الواحد أو رئيس هيئة التحكيم من إحدى الدول التي ينتمي إليها أحد الفريقين، إذا اقتضت الظروف ذلك ولم يعترض على هذا الأمر أحد الفريقين. يحق لأي من الفريقين أن يطلب رد محكم، بموجب استدعاء يقدمه إلى الأمانة العامة التي ترفعه بدورها إلى مجلس الإدارة أو اللجنة يعود لمجلس الإدارة أو اللجنة حق الفصل في هذا الطلب، حسب تقديره المطلق، وبقرار معلل غير قابل للطعن. وأن المحكم الذي ينقطع أو يعتزل مهمته لأي سبب كان، يستبدل بمحكم آخر يعينه الفريق الذي عين المحكم السابق. وإذا كان المحكم الذي انقطع عن القيام بمهمته هو المحكم الثالث، تولى الفريقان بتعيين خلفه. إذا امتنع فريق عن تعيين محكم بدلا من المحكم المعين منها وإذا لم يتفق الفريقان على تعيين محكم ثالث عاد أمر هذا التعيين إلى مجلس الإدارة أو اللجنة".

[2]– تنص المادة 11 من اللائحة من النظام على أنه:

1– على المدعى عليه، خلال ثلاثين يوما من تاريخ تبليغه الطلب، أن يقدم جوابا خطيا إلى الأمانة العامة يبدي فيه رأيه في المقترحات المقدمة من المدعي حول عدد المحكمين واختيارهم، وأن يعين عند الإقتضاء، المحكم الذي اختاره، وأن يعرض أيضا أوجه دفاعه و يقدم مستنداته.

2– ويحق للمدعى عليه، بصورة استثنائية أن يطلب من الأمانة العامة مهلة إضافية لا تتعدى العشرين يوما لعرض أوجه دفاعه وتقديم مستنداته على أنه يجب أن يتضمن طلب التأجيل رده على المقترحات المقدمة حول عدد المحكمين واختيارهم وعند الإقتضاء تعيين المحكم الذي اختاره.

يقوم بتقديم رده على الطلب إلى الأمانة العامة للاتحاد خلال هذه الفترة، على أن يتضمن الرد رأي الجهة المدعى عليها حول عدد المحكمين واختيارهم مع إبداء دفاعها على المستندات.

وفي حالة وصول الرد من قبل المدعى عليه للأمانة العامة فإن الفقرة الثالثة من ذات المادة نصت على أن تقوم الأمانة بإخطار المدعي برد المدعى عليه للعلم فقط.

كما تعرضت الفقرة الرابعة من ذات المادة حالة تجاوز المدعى عليه المهلة القانونية دون تقديم جوابه على ادعاءات الجهة المدعية، إذ في هذه الحالة تقوم الأمانة العامة بعرض الأمر على مجلس الإدارة والذي يقرر بدور هو بناء على طلب المدعي السير بإجراءات التحكيم، وذلك في حالة كان النزاع مرتبطاً ببند تحكيمي وموافق على حل النزاع عن طريق هذا النظام.

ونظمت المادة (12)[1] من اللائحة ما يتعلق بتقديم الطلب المقابل من قبل المدعى عليه، حيث أعطته الحق في تقديمه إلى الأمانة العامة، في الوقت الذي يبدي فيه أوجه دفوعه وفقا لنص المادة السابقة، فحددت للمدعي مهلة 30 يوما قابلة للتمديد إلى 20 يوما إضافيا بصورة استثنائية لتقديم مذكرة جوابية.

في حين أن المادة (14)[2] تضمنت الحديث عن اللجوء إلى اتفاقية التحكيم، وذلك من حيث اتفاق الفريقين على اللجوء إلى التحكيم يعني وبالنتيجة قبولهم تنفيذ أحكامها، أما في حالة رفض أحد الفريقين اللجوء إلى التحكيم رغم وجود اتفاق بذلك فإنه يتم رغم رفض هذا الفريق أو امتناعه.

3- تبلغ الأمانة العامة المدعي صورة الجواب والمستندات المرفقة به، وذلك لأخذ العلم.

4- أما إذا انقضت المهل المذكورة أعلاه، وامتنع المدعى عليه من تقديم جوابه بالشكل المذكور أعلاه، فيترتب على الأمانة العامة أن تعرض الأمر على مجلس الإدارة بواسطة رئيسه، الذي يقرر السير بالتحكيم بناء على طلب المدعي، إذا كان أطراف النزاع مرتبطين ببند تحكيمي أو موافقة على حل النزاع عن طريق التحكيم طبقا لهذا النظام.

5- أما إذا لم يتقدم المدعي بطلب للسير بالتحكيم وفقا لما هو مذكور أعلاه خلال شهر من تاريخ إبلاغه عدم جواب المدعى عليه على طلب التحكيم، فيعاد طلب تحكيم المدعي مع رسومه المدفوعة".

[1]- نصت اللائحة 12 من النظام على أنه: " يحق للمدعى عليه، إذا شاء تقديم طلب مقابل، أن يقدمه إلى الأمانة العامة في نفسا لوقت الذي يبدي فيه أوجه دفاعه وفقا لأحكام المادة (11) أعلاه مع الرسم المتوجب وفقا للتعرفة.[2] حق للمدعي خلال الثلاثين يوما من تاريخ تبلغه الطلب المقابل، تقديم مذكرة –تتضمن جوابه. ويحق له بصورة استثنائية، أن يطلب من الأمانة العامة مهلة إضافية لا تتعدى العشرين يوما لتقديم هذا الجواب".

[2]- نصت اللائحة 14 من النظام على أنه:" 1- إذا اتفق الفريقان على اللجوء إلى التحكيم وفقا لهذا النظام، فإنهما يقبلان بذلك تنفيذ أحكامه ، 2- إذا رفض أحد الفريقين، رغم وجود اتفاق التحكيم ، المشاركة في التحكيم أو امتنع عن ذلك، تم التحكيم رغم رفضه أو امتناعه، 3- إذا أثار أحد الفريقين دفعا يتعلق بوجود اتفاق التحكيم أو بصحته، كان

أما في حالة تم إثارة دفع بوجود اتفاق تحكيم أو صحته يكون لمجلس الإدارة أو اللجنة بعد التأكد من وجود ذلك الإتفاق أن يقرر أن يكون التحكيم سيتم دون المساس بأساس الدفوع المثارة، وبالتالي فإن هيئة التحكيم هي وحدها من يتخذ القرار الخاص باختصاصها من عدمه.

في حين أن بطلان العقد أو انعدامه يُبقي البند التحكيمي صحيح، وعليه تبقى هيئة التحكيم مختصة لتحديد حقوق الفريق ينول لفصل في ادعاءاتهما وطلباتهما، وفي ذات الوقت يحق للمدعي والمدعى عليه أن يطلب من السلطة القضائية اتخاذ تدابير احتياطية دون إخلال هذا الطلب باتفاق التحكيم الذي يربط كلا الطرفين، ودون المساس باختصاص هيئة التحكيم على أن يتم إبلاغ الأمانة العامة بذلك.

وقد أجازت اللائحة لأطراف العلاقة المدعي والمدعى عليه الطلب من أي سلطة قضائية مختصة باتخاذ التدابير الإحترازية، مع اشتراطها على ضرورة إشعار الأمانة العامة بتلك التدابير حتى تقوم بإبلاغ هيئة التحكيم.

المطلب الثاني: إجراءات التحكيم وفقا لنظام اتحاد المصارف العربية

نظمت لوائح اتحاد المصارف العربية مرحلة البدء في إجراءات التحكيم وفقا لنظام الإتحاد حيث نصت في اللائحة 16 منه على ما يلي: "مع مراعاة أحكام المادة 15 أعلاه، تقوم الأمانة العامة بتسليم هيئة التحكيم ملف القضية، بعد تبليغها جواب المدعى عليه على طلب التحكيم أو بعد انقضاء المهلة الممنوحة له لتقديم جوابه."

ومن خلال هذا النص يتبين أن الجهة المختصة باستلام طلب التحكيم و كذا تبليغه للرد عليه هي الأمانة العامة لاتحاد المصارف العربية، ويناط إلى هذه الجهة بالإضافة إلى استلام ملف القضية التأكد

لمجلس الإدارة أو اللجنة ، بعد التأكد من وجود ذلك الاتفاق أن يقرر أن التحكيم سيتم دون المس بأساس الدفوع المثارة ، وفي هذه الحالة يعود لهيئة التحكيم وحدها اتخاذ أي قرار يتعلق باختصاصها ، 4- إن ادعاء أحد الفريقين ببطلان العقد أو انعدامه لا ينفي اختصاص هيئة التحكيم، إذا ارتأى أن البند التحكيمي صحيح، وحتى في حالة بطلان العقد أو إعلان انعدامه، تظل هيئة التحكيم مختصة لتحديد حقوق كلا الفريقين و للفصل في ادعاءاتهم أو طلباتهم . 5- يحق للمدعى عليه أن يطلب إلى أية سلطة قضائية مختصة، اتخاذ تدابير احتياطية، دون أن يشكل طلبها مخالفة لاتفاق التحكيم الذي يربطهما، ودون المساس باختصاص هيئة التحكيم في هذا الصدد. على أنه يجب إبلاغ الأمانة العامة عن التدابير المتخذة لتقوم بدورها بإعلام هيئة التحكيم بها "

من أن أطراف العملية التحكيمية قد دفعوا الرسوم المقررة عليهم وفقا للمادة 15[1] والتي حددت آلية دفع الرسوم وفقاً لأسس معينة، حيث أشارت إلى أن الجهة المختصة بتحديد مبلغ الرسوم المعدة لتغطية مصاريف التحكيم هو مجلس إدارة الإتحاد، وتشمل مصاريف التحكيم رسوم التحكيم وأتعاب هيئة التحكيـــم، وأتعاب الخبراء ومصاريفهم في حالة اللجوء إلى الخبرة، والمصاريف العادية التي أنفقها الطرفان، وإن كان التقدير النهائي لهذه المصاريف يحدد بعد صدور الحكم، إلا أن مجلس الإدارة يقوم بتحديد مبلغ أولي على أن يتم تحديد المبلغ النهائي والطرف الملزم به عند انقضاء المهمة التحكيمية.

وتناولت المادة 15 آلية دفع هذه الرسوم في مرحلة ما قبل بدء الهيئة عملها بقولها: " تدفع الرسوم من حيث المبدأ بالتساوي بين المدعي والمدعى عليه، غير أنه يحق لأي من الفريقين أن يدفع الرسم بكامله، إذا امتنع الفريق الآخر عن دفع نصيبه". فالأصل وفقا للنص أن يتم تقسيم الرسوم بين الأطراف بالتساوي، فإذا امتنع أحد الأطراف عن دفع رسومه، فإنه يمكن للطرف الآخر دفع مبلغ الرسوم كاملاً. وحسنا فعل واضعوا هذه اللائحة وذلك حتى لا يتسبب أحد الأطراف بعرقلة مسار العملية التحكيمية بحجة امتناعه عن دفع الرسوم. فبإمكان الطرف الآخر دفع الرسوم وستضع الهيئة ذلك في اعتبارها عند صدور الحكم، فقد نظمت اللائحة ذلك من خلال نص اللائحة 25 من النظام والتي تناولت مصاريف التحكيم بعد صدور حكم التحكيم، حيث أشارت الفقرة الأولى إلى أن هيئة التحكيم تحدد مصاريف التحكيم وما يتحمله كل طرف من أطراف العملية، سواء أكان أحدهما أو تم تحديد نسبة على كل طرف أو ارتأت الهيئة توزيعها بالتساوي بين الطرفين. وخولت الفقرة الثالثة من ذات المادة الأمانة العامة الحق في الإمتناع عن تسليم ملف القضية لهيئة التحكيم في حالة امتناع أحد الأطراف أو كلاهما عن دفع الرسوم الواجبة عليهم. كما أن الفقرة الرابعة من ذات المادة ألزمت الهيئة بعدم البت في أي طلبات لم تدفع لها الرسوم. ويتضح من خلال سياق هذه المادة إجمالا حرص واضعي اللائحة على الحفاظ على حقوق هيئة التحكيم وكذا مركز التحكيم، بحيث لا يتعرضوا فيما بعد لمماطلة أطراف العملية التحكيمية.[2]

---

[1]– نصت اللائحة 15 من النظام على ما يلي: التعريفة/242

–يحدد مجلس الإدارة الرسم المتوجب والمعد لتغطية مصاريف التحكيم.

– تدفع الرسوم من حيث المبدأ بالتساوي بين المدعي والمدعى عليه ، غير أنه يحق لأي من الفريقين ان يدفع الرسم بكامله، اذا امتنع الفريق الآخر عن دفع نصيبه.

–يحق للأمانة العامة ان تعلق تسليم هيئة التحكيم ملف القضية على قيام الفريقين او أحدهما بدفع الرسوم المتوجبة.

–لا تبت هيئة التحكيم إلا بالطلبات التي أديت عنها الرسوم.

[2]– محمد صالح العوادي، **التحكيم في المعاملات المصرفية**، مرجع سابق، ص 348.

ونرى أن هذا الإتجاه صائب لكونه يضمن للهيئة التحكيمية حقوقها ويحميها من مماطلة المتنازعيـــن، فتغطية مصاريف العملية التحكيمية قبل البدء فيها يجعل الهيئة تعمل وفق استقلالية كاملة إدارية ومالية في نفس الوقت.

تطرق النظام في اللائحة (17)[1] للقواعد الإجرائية المطبقة على التحكيم، إذ تعطى الأولوية لقواعد الإجراءات التي اتفق عليها الفريقان، وإلا فالمستمدة من هذا النظام، وإلا فيكون للقواعد الإجرائية التي يعينها جهاز التحكيم ذاته، أما من الناحية الأخرى فقد حددت المادة(18)[2] مكان التحكيم الذي تحدده هيئة التحكيم آخذة بعين الاعتبار ظروف القضية، ذلك ما لم يكن قد اتفق الأطراف على تحديد المكان.

وسنتناول فيما يلي إجراءات التحكيم حتى صدور قرار التحكيم، ومدى إمكانية الطعن فـــي إجراءاتـــــه:

نصت المادة (19) على مهام جهاز التحكيم، فقبل ممارسته لعمله يضع محضر لتحديد مهامـــــــــه، وذلك بالإستناد على المستندات المقدمة، وعلى كلا الفريقين التوقيع على المحضر وتبليغ الأمانة العامة صورة عن ذلك، وفي حالة امتنع أحد الفريقين عن القيام بذلك يتم تبليغ الأمانة العامة لإعطائه مهلة للتوقيع، أما في حالة انقضاء هذه المدة دون توقيع المحضر فيتم السير بإجراءات التحكيم للنهاية.

وقد حددت اللائحة من خلال المادة 2/19 البيانات التي يجب أن يتضمنها هذا المحضر وهي:

أ- اسم كل من الفريقين وعنوانه.

ب - بيان موجز لادعاءات الفريقين.

ج- تحديد نقاط النزاع الواجب الفصل فيها.

د- اسم المحكم الواحد أو المحكمين الثلاثة وعناوينهم وجنسيتهم وصفتهم.

هـ- مكان التحكيم.

و- الإيضاحات المتعلقة بالقواعد الواجب تطبيقها على إجراءات التحكيم، مع الإشارة عند الإقتضاء، إذا كانت هيئة التحكيم مفوضة في الصلح.

[1]- نصت اللائحة 17 من النظام على ما يلي: " تطبق هيئة التحكيم القواعد الإجرائية التي اتفق عليها الفريقان، وإلا فالمستمدة من هذا النظام، وإلا فالقواعد الإجرائية التي يعينها جهاز التحكيم نفسه".

[2]- نصت اللائحة 18 من النظام على ما يلي:" تحدد هيئة التحكيم مكان التحكيم آخذة بعين الاعتبار مختلف ظروف القضية مالم يكن قد اتفق الأطراف على تحديد هذا المكان".

ولا شك أن فكرة المحضر الإبتدائي الذي نصت عليه اللائحة، تحدد معالم مسار القضية التحكيمية من حيث الأطراف وموضوع النزاع وإسم الهيئة ومكان التحكيم والقانون الواجب التطبيق، بحيث أن مثل هذا المحضر يحسم أي خلاف قد يحدث مستقبلا حول أي من هذه المسائل، بل أننا نجد أن بعض الفقهاء كان قد اقترح تحرير مثل هذا المحضر في منازعات التحكيم بشكل عام حيث يعد وثيقة حاسمة في تحديد بدء الإجراءات[1].

وفقا لنص الفقرة 3 من اللائحة 19 فإنه يتعين على أطراف العملية التحكيمية من هيئة وأطراف التوقيع على هذا المحضر، وإرسال صورة منه بعد التوقيع إلى الأمانة العامة للاتحاد.

وفي المقابل تقوم هيئة التحكيم بعرض صلح على الفريقين، فإذا ما تم الأمر يثبت في محضر ويوقعه الفريقان، على أنه يسري ذات الأمر في حالة الصلح أثناء السير في التحكيم وهذا ما أكدته أيضا المادة (21) من النظام.[2]

أما من جهة القانون المطبق على النزاع، فقد حددت المادة سالفة الذكر أن الفريقين يحددان القانون الواجب التطبيق، وفي حالة لم يحددا هذا القانون فهيئة التحكيم تطبق قاعدة تنازع القوانين.

أما صدور حكم التحكيم فيكون خلال 6 أشهر من تاريخ توقيع المحضر المعد من جهاز التحكيم المشار إليه في المادة (19) على أنه يجوز بناء على طلب مسبب مقدم للمجلس أو للجنة تمديد هذه المدة على ألاَّ يزيد هذا التمديد عن ثلاث مرات.

في حين أنه و في حال تقاعس الهيئة عن القيام بعملها فللمجلس أو اللجنة الحق بعد الاستماع إلى ملاحظات الهيئة أن يتم استبدالها كليا أو جزئيا، على أن تعطى الهيئة الجديدة مهلة للقيام بعملها مع الأخذ بعين الاعتبار السير من النقطة التي وصلتها الهيئة القديمة وهذا ما نصت عليه المادة 22 [3] من النظام.

[1]– محمد صالح العوادي، **التحكيم في المعاملات المصرفية**، مرجع سابق، ص 350.

[2]– نصت اللائحة 21 من النظام على ما يلي:

" إذا اتفق الفريقين أثناء السير في التحكيم على حل خلافهما، يثبت ذلك الاتفاق في حكم يصدر عن هيئة التحكيم ويوقع عليه الفريقان".

[3]– نصت اللائحة (22) من النظام على:" المهلة التي يحث خلالها صدور حكم التحكيم: 1– على هيئة التحكيم إصدار حكمها خلال مهلة ستة أشهر اعتبارا من تاريخ توقيعها المحضر المذكور في المادة 19أعلاه.

2– لمجلس الإدارة أو اللجنة بناء على طلب معلل من هيئة التحكيم، أو من تلقاء نفسها عند الاقتضاء، أن تمدد هذه المهلة إذا ارتأى ضرورة لذلك، على ألا يحصل هذا التمديد أكثر من ثلاث مرات.

ومن الجدير بالذكر أن المادة (23) قد اشترطت صدور القرار بالإجماع أو الأغلبية، وفي حالة لم تتوفر كلا الحالتين يصدر القرار من الرئيس منفردا، على أن يكون هذا الحكم مسبباً وموقعاً، ويوضع لدى الأمانة العامة مع احتفاظ الفريقين بحقهم بالحصول على صورة عنه، وبالنتيجة يلتزم الفريقين بتنفيذ مضمون الحكم الذي يعتبر نهائي وغير قابل بأي طريقة من طرق المراجعة والطعن.[1]

وتتولى الهيئة التي فصلت بالنزاع تفسير أي غموض به أو تصحيح أي خطأ مادي فيه وذلك بناء على طلب أحد الفريقين، وفي حالة تعذر اجتماع الهيئة كاملة، يتولى مجلس الإدارة أو اللجنة اختيار بديل عمـــن يعتـــــذر، بحيث يكون القرار المفسر أو المصحح متمما للقرار المطلوب تفسيره أو تصحيحه لا يصدر هذا القرار إلا بعد سماع أقوال الفريقين، وهذا ما أشارت إليه المادة 24 من النظام.

وعليه، وبالنتيجة فإن نظام مركز الوساطة والتحكيم لدى اتحاد المصارف العربية متفق وقواعد التحكيم الدولية من حيث إجراءات التحكيم وتشكيل الهيئة والأحكام المتعلقة بصدور القرار، وإشارته لبعض المبادئ التي تعد من ميزات التحكيم خاصة التحكيم الدولي. ومنها إدعاء أحد الفريقين ببطلان العقد أو إنهائه يُبقي هيئة التحكيم مختصة بالنظر في النزاع إذا ورد هناك اتفاق تحكيم صحيح، وذات الأمر في حال تضمن العقد شرط تحكيم باطل فلا يكف يد الهيئة عن الاختصاص لتحديد حقوق الأطراف والفصل في ادعاءاتهما وطلباتهما، هذا بالإضافة إلى حق الفريقين في الطلب من الجهة القضائية المختصة اتخاذ تدابير احتياطية كالحجز التحفظي دون المساس والتأثير بالعملية التحكيمية.

ونرى أن نظام مركز الوساطة والتحكيم لدى اتحاد المصارف العربية يمتاز بالمرونة النسبيـــة، حيث أنه يشترط أن يكون أحد المحتكمين من أعضاء الاتحاد مع قبول الطرف الآخر غير العضو، ولا نرى ضيرا بأن يقوم الإتحاد بفتح الباب لغير الأعضاء باللجوء إليه كمهمة ثانوية له بالتحكيم المصرفـي.

ويمتاز هذا النظام بالتخصص في المنازعات المصرفية من حيث آلية معالجة الخصومات واختيار المتخصصين في الفصل في هذه المنازعات، وتمتاز أيضاً بخضوع المهمة التحكيمية لرقابة الاتحاد، حيث أعطى النظام الحق لمجلس الاتحاد في استبدال هيئة التحكيم في حال تقاعسها عن إصدار قرارها

3- إذا تبين لمجلس الإدارة أو اللجنة أن هناك تقاعسا من قبل هيئة التحكيم في إصدار الحكم، يحق له، بعد الاستماع إلى ملاحظات الهيئة، استبدالها كليا أو جزئيا، حسب الظروف . ويعطي المجلس أو اللجنة مهلة جديدة، للهيئة التي يكون قد تم تعيينها، على أن تتابع الهيئة الجديدة التحكيم من النقطة التي وصلت إليها".

[1] - نظام مركز الوساطة و التحكيم لدى اتحاد المصارف العربية: متحصل عليه بتاريخ: 24 ماي 2021، من الموقع الإلكتروني: https://www.mohamah.net/law/

في الوقت المحدد. ومن أفضل ما يميز نظام الاتحاد تضمنه عرض الصلح قبل المسارعة بالبت بالخصومة، منوهين لما قد يتضمنه الصلح من مقترحات قد تسوي النزاع لاسيما أن تكون من قبل أهل الخبرة مما يجعلها الأقرب للعدالة.

إلا أنه يؤخذ على نظام الإتحاد من وجهة نظرنا عدم شموله لأطراف غير الأعضاء، كما يؤخذ عليه إطلاق العنان للأطراف باتخاذ التدابير من خلال القضاء بمعزل عن الإتحاد، كما يلاحظ تضمن النظام الكثير من الإجراءات التي من الممكن وفي حال غياب أي منها أن تفتح المجال للطعن فيه قضائيا لإبطاله.

الفصل الثاني:

الخصومة التحكيمية وفقا لنظام تحكيم دوكدكس (DOCDEX)

الفصل الثاني: الخصومة التحكيمية وفقا لنظام تحكيم دوكدكس (DOCDEX)

قامت غرفة التجارة الدولية بإصدار نظام خاص للتحكيم في المنازعات التي تطرأ بين الأطراف عند استخدامها للوائح المنظمة للإعتمادات المستندية والضمانات المصرفية وكذلك أنظمة التسويات الموحدة بين البنوك وأنظمة التحصيل الموحدة. ونظام التحكيم المسمى " دوكدكس " خاص بالتحكيم في المنازعات الخاصة بهذه المعاملات المستندية فقط، ولا يتعداها أو ينظر في غيرها وإلا تجاوز الاختصاص وسقط لعدم الاختصاص. ونظام التحكيم هذا يسمي اختصارا بنظام "دوكدكس" الصادر من غرفة التجارة الدولية بباريس.[1]

يعد نظام دوكدكس للتحكيم في منازعات الإعتمادات وخطابات الضمان أحد الأنظمة المتخصصة في المنازعات المصرفية، وتحديدا المنازعات المتعلقة بالتسهيلات الغير مباشرة وذلك نظرا لما قد يعتريها من مشاكل بسبب تعدد أطرافها وتعدد العلاقات وإستقلالها، وأيضا نظرا لأهميتها البالغة لمنظومة الإستيراد والتصدير والعلاقات التجارية التي تمثل أهم ركائز المعاملات الاقتصادية.

وفيما يلي سنتناول الخصومة التحكيمية وفقا نظام تحكيم دوكدكس **(DOCDEX)** وذلك وفقا للتقسيم التالي:

المبحث الأول: التعريف بنظام تحكيم دوكدكس (DOCDEX)

المبحث الثاني: النظام الإجرائي لتحكيـــــم دوكدكس

[1]–عبد القادر ورسمه غالب، المستشار القانوني ومدير أول لدائرة الشؤون القانونية لبنك البحرين والكويت وأستاذ قوانين الأعمال والتجارة بالجامعة الأمريكية بالبحرين، **نظام تحكيم دوكدكس (DOCDEX)** ، مقال متحصل عليه بتاريخ: 15–12–2019. منشور بالموقع الإلكتروني: http://www.drmoiz.com/vb/showthread.php?t=20407

المبحث الأول: التعريف بنظام تحكيم دوكدكس (DOCDEX) والقواعد المنظمة له

نظام دوكدكس (DOCDEX) اختصارا لـ (Documentary Résolution Instruments Dispute Expertise) هو أحد النماذج الشهيرة للتحكيم في منازعات الأعمال المصرفية المؤسسي التابع لغرفة التجارة الدولية ICC، وللتعريف بهذا النموذج لا بد من بيان ماهيته، وهو ما سنتعرض له في المطلب الأول، ثم ننتقل بعد ذلك للحديث عن نشأته و تطوره ضمن المطلب الثاني، وفي المطلب الثالث والأخير سنتحدث عن القواعد و الأعراف الدولية الموحدة للإعتمادات المستندية (UCP).

المطلب الأول: ماهية نظام تحكيم دوكدكس (DOCDEX)

يطلق مصطلح دوكدكس (DOCDEX) اختصارا لـ (Documentary Instruments Dispute Résolution Expertise) والذي يعني قرار الخبرة التابع لغرفة التجارة الدولية بباريس، وهو المختص بتسوية منازعات الإعتمادات المستندية.[1] ويطلق على عملية التحكيم وفق نظام دوكدكس بقواعد دوكدكس (DOCDEX Rules)، وهي تعني ما وضعته غرفة التجارة الدولية من قواعد التحكيم دوكدكس (DOCDEX)، وذلك لغرض رئيس وهو تزويد الأطراف المتنازعة بشأن تنفيذ عملية الإعتماد المستندي بإجراءات محددة تؤدي إلى قرار خبير مستقل ونزيه ومحايد لتسوية المنازعات التي تطبق القواعد والأعراف الموحدة للإعتمادات المستندية (UCP) Practice for Documentary Crédits القواعد الموحدة لخطاب الضمان Uniform Rules for Demand Garantees(URDG) ، وكذلك تطبق القواعد الموحدة لتسويات البنوك فيما بينها Uniform Rules for Bank-to-BankReimbursements(URR)، وأيضا تطبق على القواعد الموحدة للتحصيل Uniform Rules for Collection (URC)، وهذا ما أكدته المادة الأولى من قواعد دوكدكس.[2]

المطلب الثاني: نشأته وتطوره

وقد ظهر نظام دوكدكس في البداية سنة 1997 ليطرح نظاما بديلا ومتخصصا لقواعد غرفة التجارة الدولية، حيث كان مقتصرا بداية على النزاعات التي تنشأ عن تطبيق القواعد الموحدة للإعتمادات المستندية ليتسع نطاقه في عام 2002 ليشمل النزاعات التي تنشأ عن تطبيق القواعد الموحدة للتحصيل

[1]– عرفات أحمد المنجي، **التحكيم في منازعات الإعتمادات المستندية في الفقه والقانون المقارن**، مرجع سابق، ص 252.

[2] – عرفات أحمد المنجي، **التحكيم في منازعات الإعتمادات المستندية في الفقه والقانون المقارن**، مرجع سابق، ص ص: 252 – 253.

(URC) والقواعد الموحدة لخطاب الضمان (URDG) الصادرة عن غرفة التجارة الدولية، ، والتي تم مواءمتها حديثا لتنسجم مع آخر إصدارات الأعراف والقواعد الموحدة للإعتمادات المستندية رقم 600 وآخر إصدارات أعراف وقواعد خطابات الضمان رقم 758 بالإضافة إلى انطباقها على جميع المنازعات المتعلقة بالإصدارات السابقة من هذه القواعد.[1]

ولم يلق هذا النظام في بدايته رواجاً كافياً، بحيث اقتصرت القرارات الصادرة عنه منذ نشأته عام 1997 ولغاية سنة 2003 على 34 قراراً فقط، إلاّ أنه قد ازداد اللجوء لنظام دوكدكس من عام 2004 حتى عام 2008 حيث صدر ما يعادل 43 قراراً تقدر قيمتها بمبلغ 22 مليون دولار، كما شهدت الفترة ما بين عام 2009 و2012 أي خلال ثلاث سنوات اتخاذ 40 قرارا بما قيمته 134 مليون دولار،[2] ويعزى تزايد اللجوء لنظام دوكدكس إلى تزايد وضوح نظام دوكدكس وشموله لكافة أنواع المنازعات و تفاصيلها، مما أدى إلى تزايد الثقة في هذا النظام.[3]

ولقد أصبح الآن نظام دوكدكس من الأنظمة الراسخة وبات له مكانة بين مختلف الخيارات المتاحة للأطراف التي تسعى للوضوح والدقة في حل منازعاتها.[4]

المطلب الثالث: القواعد والأعراف الموحدة للإعتمادات المستندية (UCP)

يتكون نظام دوكدكس من اثني عشر مادة تتضمن بيان لكافة الإجراءات المتبعة فيها للوصول إلى الحكم، بحيث تتعرض المادة الأولى منه للتعريفات، أما الثانية تتعرض لكيفية تقديم الطلب للإحتكام بعد نشوء المنازعة أو ما يعني تقديم الادعاء، والمادة الثالثة تناولت موضوع المدد الزمنية للرد ومدة تقديم المستكملات، والمادة الرابعة تناولت موضوع رد المدعى عليه ومرفقاته، بينما تضمنت المادة الخامسة إيضاحاً للبيانات والمعلومات والوثائق المطلوب تقديمها للإحتكام، وقد تناولت المادة السادسة آلية إيداع المستندات و تقديم البيانات واختتام المرافعات، وتناولت المادة السابعة موضوع تعيين الخبراء حيث أن مسائل الإعتمادات المستندية تعتمد على الخبرة بشكل كبير نظراً لتضمنها الكثير من الأمور التي تستلزم الخبرة في شتى المجالات، سواء على صعيد التجارة أو القانون، ونظرا لتضمن الإعتمادات المستندية

[1] – عرفات أحمد المنجي، **التحكيم في منازعات الإعتمادات المستندية في الفقه والقانون المقارن**، مرجع سابق، ص ص: 253-254.

[2] – عبد القادر ورسمه غالب، مرجع سابق.

[3] – همام محمد فهد الأعرج، **التحكيم في عقود التسهيلات المصرفية – دراسة مقارنة –**، مرجع سابق، ص 75.

[4] – عرفات أحمد المنجي، **التحكيم في منازعات الإعتمادات المستندية في الفقه والقانون المقارن**، مرجع سابق، ص255.

العديد من العلاقات والعقود سواء على صعيد تخمين وتقدير الأضرار أو حتى على صعيد التأمين، ومن ثم تضمنت المادة الثامنة الإجراءات التي تقوم بها هيئة التحكيم لغاية إصدار القرار، فيما تضمنت المادة التاسعة كيفية إصدار القرار وتبليغه ونشره للأطراف، أما المادة العاشرة فقد تعرضت لبيان تكاليف الإحتكام، والمادة الحادية عشر تعرضت لنطاق المسؤولية في إطار إصدار النظام، حيث يتوفر لدى غرفة التجارة الدولية قائمة بالخبراء يوقعون على تصريح باستقلاليتهم وعدم وجود أية علاقة لهم في موضوع النزاع و ذلك لأن أغلب الخبراء هم من أصحاب المراس في ذات المجال، ومن الوارد أن يكون لأي منهم علاقة في موضوع النزاع.[1]

المبحث الثاني: النظام الإجرائي لتحكيم دوكدكس (DOCDEX Rules)

إذا نشب خلاف بين أطراف عملية الإعتماد المستندي الإلكتروني (المصرف أو العميل أو المستفيد أو المصرف المعزز) وكان قد تم الاتفاق بينهم على اللجوء عند وقوعها إلى التحكيم عن طريق نظام دوكدكس للتحكيم في الإعتمادات المستندية الذي وضعته غرفة التجارة الدولية بباريس، فإنه ينبغي المرور على عدة مراحل وإجراءات تبدأ بتقديم طلب التحكيم وتنتهي بصدور القرار التحكيمي. وفيما يلي سنتطرق إلى إجراءات الدعوى التحكيمية حسب نظام دوكدكس.

المطلب الأول: تقديم الطلب

تبدأ إجراءات دوكدكس بتقديم طلب الإحتكام من أحد أطراف النزاع أو من كليهما إلى المركز باستخدام نموذج معين، ويجب أن يكون الطلب مصحوب بجميع المستندات التي يعتبرها المدعي ضرورية، وينبغي أن يكون الطلب والمستندات المرفقة به في شكل إلكتروني، مع نسخة ورقية واحدة لكل مدعى عليه.[2] ويكون ذلك بعد سداد الرسم كاملا.[3]

يكون الطلب مختصرا يحتوي على كل المعلومات الضرورية، معروضة بوضوح لا لبس فيه، وبصفة خاصة ما يلي:[4]

1- اسم الطالب (المدعي) بالكامل وعنوانه، مع تحديد دوره في الإعتماد المستندي بوضوح.

[1]- همام محمد فهد الأعرج، **التحكيم في عقود التسهيلات المصرفية- دراسة مقارنة-**، مرجع سابق، ص 76.

[2] -ICC DOCDEX RULES In force as from 1 May 2015 : ARTICE 3\1-2 :
https://iccwbo.org/content/uploads/sites/3/2015/06/2015-DOCDEX-Rules-in-English-1.pdf

[3] - ICC DOCDEX RULES , ARTICE 3\3 ,op cit -

[4]- عرفات أحمد المنجي، **التحكيم في منازعات الإعتمادات المستندية في الفقه و القانون المقارن**، مرجع سابق، ص258.

2- الإسم الكامل للطرف الآخر في المنازعة (المطلوب ضده/المدعى عليه)، مع تحديد دوره في الإعتماد المستندي بوضوح.

3- بيان من الطالب يطلب فيه قرار دوكدكس وفقا لقواعد دوكدكس الصادرة من غرفة التجارة الدولية.

4- ملخص للنزاع و طلبات الطالب (المدعي)، الذي يحدد بوضوح جميع المائل محل النزاع المتعلقة بالإعتماد المستندي.

5- نسخ من الإعتماد المستندي محل النزاع، وكل التعديلات الملحقة به، وكافة المستندات الضرورية ذات الصلة به.

6- يقدم الطالب نسخ من طلبه تشتمل على كل المستندات المرفقة به بعدد المطلوب ضدهم (المدعى عليهم) المذكورين في الطلب، ليتم إرسالها لكل منهم.

يجوز للمركز أن يطلب من المدعي أو المدعى عليه تقديم معلومات تكميلية أو نسخ من المستندات التي يعتبرها المركز ذات صلة بإصدار القرار، وعندها يجب تقديم هذه المعلومات أو المستندات باستخدام (النموذج 3).[1] ويجب تقديم الملحق إلى المركز في غضون 14 يومًا من طلبه، في شكل إلكتروني فقط. يقوم المركز بإرسال الملحق إلى كل من المدعي والمدعى عليه.[2]

يجب تقديم الملحق إلى المركز فقط بناءً على طلب من المركز. سيتم تجاهل أي تقديم غير مرغوب فيه إلى المركز من قبل أي مدعي أو مدعى عليه. يجوز للمركز، وفقًا لتقديره، الموافقة على طلب من المدعي أو المدعى عليه للحصول على إذن لتقديم طلب جديد أو إضافي، وعندها يجب تقديم هذا الطلب في شكل ملحق خلال الفترة المحددة من قبل المركز.[3]

لن يتم قبول أي تقديم من قبل أي شخص بخلاف المدعي أو المدعى عليه في الإجراءات وأي تقديم من هذا القبيل يتسلمه المركز سيتم تجاهله.[4]

المطلب الثاني: تشكيل هيئة تحكيم دوكدكس (لجنة الخبرة)

[1]- ICC DOCDEX RULES , ARTICLE 5\1 ,op cit.
[2]- ICC DOCDEX RULES , ARTICLE 5\2 ,op cit.
[3] - ICC DOCDEX RULES , ARTICLE 5\3 ,op cit.
[4]- ICC DOCDEX RULES , ARTICLE 5\4 ,op cit.

بمجرد عرض النزاع على المركز بموجب هذه القواعد، فإن المركز يقوم بتعيين ثلاثة أفراد متخصصين في موضوع النزاع يتم اختيارهم عبر لجنة الممارسات المصرفية التابعة لغرفة التجارة الدولية لباريس[1] حيث تحتفظ اللجنة المصرفية بقائمة من الخبراء من ذوي الخبرة والمعرفة بمعاملات التمويل التجاري[2]، وهناك حوالي 90 خبيرا مسجلين لدى مركز الخبراء التابع لغرفة التجارة الدولية من أجل نظام دوكدكس، وهم في العادة مصرفيين ومحامين مصرفيين.[3] يجب على المركز إرسال نسخة من المطالبة إلى المستشار الفني بعد التحقق من إستقلاليته فيما يتعلق بالأطراف المشار إليها في المطالبة.[4]

يقدم المستشار الفني، عند الطلب، إرشادات إلى المركز حول ما إذا كانت المطالبة تندرج في نطاق القواعد،[5] كما يقدم أيضا إرشادات حول مجال أو مجالات الخبرة التي تتطلبها المطالبة والتي يجب أن يمتلكها الخبراء المعينون. مع مراعاة هذا التوجيه، يقوم المركز بتعيين لجنة الخبراء واختيار أحدهم لممارسة مهمة الرئيس.[6]

ومن أجل ضمان حياد واستقلالية المحكم فطبقا لقواعد المركز، وقبل أي تعيين، يجب على الخبراء المحتمل تعيينهم التوقيع على بيان القبول، والتوافر، والحياد، والاستقلالية، ويجب عليهم الإفصاح كتابةً للمركز عن أية حقائق أو ظروف قد تكون ذات طبيعة تشكك في استقلاليتهم في نظر أي مدعي أو مدعى عليه، وكذلك أية ظروف يمكن أن تثير شكوكًا معقولة بشأن حيادهم. يجب على المركز أن يأخذ أي إفشاء من هذا القبيل في الاعتبار قبل تحديد الموعد. كما يجب على الخبير المعين أن يكشف على الفور كتابيًا للمركز عن أية حقائق أو ظروف ذات طبيعة مماثلة لتلك المشار إليها في المادة 7 فقرة 7 من القواعد المتعلقة بحياد أو استقلال الخبير المعين الذي قد ينشأ أثناء الإجراءات.[7]

يجب على الخبير المعين الذي يصبح غير قادر على القيام بالمهام الموكلة إليه من قبل المركز إبلاغ المركز بدون تأخير. وعندما يرى المركز أن الخبير المعين غير قادر على أداء دور الخبير المعين

[1]– معتصم محمود إسماعيل عيد، **التحكيم في المنازعات المصرفية**، مرجع سابق، ص 403.

[2] - ICC DOCDEX RULES , ARTICE 7\1 ,op cit.

[3]– عرفات أحمد المنجي، **التحكيم في منازعات الإعتمادات المستندية في الفقه و القانون المقارن**، مرجع سابق، ص259.

4 - ICC DOCDEX RULES , ARTICE 7\2 ,op cit.
5 - ICC DOCDEX RULES، ARTICE 7\3 ,op cit.
6- ICC DOCDEX RULES, ARTICE 7\4, op cit.

[7] - ICC DOCDEX RULES, ARTICLE 7\7-8, op cit.

بموجب القواعد، فإنه يجب على الفور إرسال إشعار الإنهاء إلى هذا الخبير، مع إبلاغ بقية الخبراء أعضاء اللجنة بهذا الإنهاء.[1]

المطلب الثالث: الإخطارات

بمجرد استلام المركز للنسخ الإلكترونية والورقية من المطالبة والرسوم، يجب عليه إرسال نسخة ورقية من المطالبة وأية مستندات مصاحبة إلى كل مدعى عليه تم تحديده في المطالبة من أجل إجابتها، على النحو المنصوص عليه في المادة 1/11 من القواعد.[2]

مع مراعاة الفقرة 1 من القاعدة 11، يجب إجراء جميع الإخطارات أو الاتصالات من وإلى المركز عن طريق البريد الإلكتروني أو بأية وسيلة اتصالات أخرى، باستثناء الفاكس، ويجب أن يتم إرسال هذه الإخطارات إلى آخر بريد إلكتروني للمدعي أو المدعى عليه، أو ممثله. وإذا فشل المدعى عليه في إخطار المركز ببريد إلكتروني أو عنوان إلكتروني آخر، فيجوز للمركز استخدام عنوان المدعى عليه الذي قدمه المدعي.[3] ويعتبر الإخطار أو الإتصال قد تم في اليوم الذي تم استلامه من قبل المدعي أو المدعى عليه أو ممن يمثله، أو كان سيتم استلامه وفقا للمادة 11 فقرة 2 من قواعد المركز.[4] ويبدأ حساب الآجال والفترات الزمنية في اليوم الموالي ليوم استلام الإخطار، وفي حالة صادف هذا اليوم يوم عطلة رسمية في بلد المبلغ له وجب تمديد الآجال إلى أول يوم عمل يليه.[5]

المطلب الرابع: رد المطلوب ضده (المدعى عليه) في الدعوى التحكيمية

طبقا لقواعد دوكدكس (DOCDEX Rules)، فإن المطلوب ضده (المدعى عليه) يقوم بتقديم رده على الطلب، وقد يكون المطلوب ضده واحد أو أكثر من أطراف النزاع المذكورين في الطلب كمطلوب ضدهم، وقد يقدم كل رد بشكل منفرد، وقد يقدم كافة الردود مجتمعة لتكون بمثابة رد واحد.[6] ويجب أن تكون الإجابة – إن وجدت– مصحوبة بأي مستندات إضافية يعتبرها المدعى عليه ضرورية لدعم إجابته.[7]

كما يجب تقديم الإجابة وجميع المستندات المرفقة إلى المركز في شكل إلكتروني فقط.

---

[1] - ICC DOCDEX RULES، ARTICLE 7\10 ,op cit.

[2] - ICC DOCDEX RULES، ARTICLE 3\5 ,op cit.

[3] - ICC DOCDEX RULES , ARTICLE11\2 ,op cit.

[4] - ICC DOCDEX RULES , ARTICLE 11\3 ,op cit.

[5] - ICC DOCDEX RULES , ARTICLE 11\4 ,op cit.

[6]– عرفات أحمد المنجي، **التحكيم في منازعات الإعتمادات المستندية في الفقه والقانون المقارن**، مرجع سابق، ص260.

7- ICC DOCDEX RULES , ARTICLE 4\1 ,op cit.

يجب أن يتلقى المركز إجابة خلال الفترة التي يحددها عند إرسال الدعوى إلى كل مدعى عليـــــــــه، والتي يجب ألا تتجاوز 30 يومًا، باستثناء الظروف الاستثنائية. يتم تجاهل أي إجابة يتلقاها المركز بعد انتهاء المدة المحددة.[1] إذا لم يقدم المدعى عليه إجابة، يجب أن تستمر الإجراءات مع ذلك.[2]

المطلب الخامس: مباشرة الخبراء المعينين لمهامهم

ما لم يرفض المركز المطالبة وفقا للمادة 3 فقرة 6، يقوم المركز بإرسال المطالبة وأي إجابة وأي ملحق (ملاحق) إلى الخبراء المعينين. ويجوز لرئيس لجنة الخبراء أن يطلب من المركز مطالبة أي طرف سواء المدعي أو المدعى عليه بتقديم أي ملحق طبقا لمقتضيات المادة 3 فقرة 6 من قواعد المركز.[3]

إذا اعتبر الخبراء المعينون أن المطالبة خارج نطاق القواعد، فيجـــب عليهـــم إبلاغ المركـــز بذلك، والذي يقوم برفض المطالبة وفقا للمادة 3 فقرة 6 من قواعد المركز. وبغض النظر عن أي خلاف بين المدعي والمدعى عليه فيما إذا كانت المطالبة تندرج في نطاق القواعد، يجب على الخبراء المعينين الإستمرار في الإجراءات وإصدار قرار إلى الحد الذي يعتبرون فيه أن المطالبة تقع ضمن نطاق القواعد.[4]

بعد المداولات بين الخبراء المعينين، يقوم الرئيس بإعداد مشروع القرار وتقديمه إلى المركز للتدقيق وفقا للمادة 9 فقرة 2 من قواعد المركز، ويجب تقديم مشروع القرار في غضون 30 يوما من استلام الخبراء المعينين لجميع المعلومات والوثائق التي يرونها ضرورية لتحديد القضايا المتنازع عليها.[5]

في الظروف الإستثنائية، وبناء على طلب مسبب مقدم من الرئيس، يجوز للمركز تمديد المهلة الزمنية للخبراء المعينين لتقديم مشروع قرارهم.[6]

ونظرا لكون الإجراءات تتم إلكترونيا لن تكون هناك جلسة استماع شفوية أمام الخبراء المعينين.[7]

المطلب السادس: إصدار قرار دوكدكس DOCDEX DECISION ونشره

عند استلام مشروع القرار من الرئيس، يحيله المركز على الفور إلى المستشار الفني للتدقيق. يجوز للمستشار الفني وضع تعديلات على شكل مشروع القرار، ودون التأثير على حرية اتخاذ القرار للخبراء

[1]- ICC DOCDEX RULES , ARTICLE 4\4 ,op cit.
[2] - ICC DOCDEX RULES , ARTICLE 4\5 ,op cit.
[3] - ICC DOCDEX RULES, ARTICLE8 \1-2, op cit.
[4] - ICC DOCDEX RULES, ARTICLE8 \3-4, op cit.
[5] - ICC DOCDEX RULES, ARTICLE 8\4, op cit.
[6] - ICC DOCDEX RULES, ARTICLE 8\6, op cit.
[7]- ICC DOCDEX RULES، ARTICLE 8\7 ,op cit.

المعينين، قد يلفت انتباههم أيضاً إلى النقاط الجوهرية. وعليه، لا يجوز إصدار أي قرار من قبل الخبراء المعينين حتى يتم اعتماده من قبل المستشار الفني فيما يتعلق بشكله.[1]

يجوز اتخاذ القرار بالإجماع أو بالأغلبية ويجب توضيح ذلك، ويعتبر القرار متخذاً في التاريخ المذكور فيه. ويكتب باللغة الإنجليزية [2]، ويجب على الخبراء المعينين إصدار القرار حصريًا على أساس المطالبة[3] والردود والإضافات الملحقة بها، واستنادا على الإعتماد المستندي والقواعد والأعراف الموحدة للإعتمادات المستندية[4]. وبمجرد اتخاذ القرار، يجب على المركز إتاحته لكل مدعي ولأي مدعى عليه قدم إجابة وفقًا للمادة 4 من القواعد.[5]

يجوز للمركز أن يأذن بنشر أي قرار، بشرط عدم الكشف عن هويات الأطراف أو أي شخص أو كيان آخر ورد اسمه في الدعوى أو الردود أو في أي ملحق.[6]

[1] -- ICC DOCDEX RULES، ARTICLE 9\2 ,op cit.
[2] -- ICC DOCDEX RULES، ARTICLE 9\2 ,op cit.
[3] -- ICC DOCDEX RULES، ARTICLE 9\3-4-5 ,op cit.
[4]– عرفات أحمد المنجي، **التحكيم في منازعات الإعتمادات المستندية في الفقه والقانون المقارن**، مرجع سابق، ص 263.
5- ICC DOCDEX RULES , ARTICLE 9\6 ,op cit.
6 - ICC DOCDEX RULES , ARTICLE 12\1 ,op cit.

الفصل الثالث:

الخصومة التحكيمية وفقا للقانون 08-09 المتضمن قانون الإجراءات المدنية والإدارية الجزائري

الفصل الثالث: إجراءات الخصومة التحكيمية وفقا للقانون 09-08 المتضمن قانون الإجراءات المدنية والإدارية الجزائري

في نطاق النظم القضائية الداخلية، يعتبر بيان إجراءات سير الخصومة من صميم تنظيم الدولة لمرافقها الحيوية، وهو مرفق القضاء الذي يعد أحد سلطاتها العامة، وأحد مظاهر سيادتها، وتطبق هذه الإجراءات على جميع القضايا التي ينظرها قضاءها، سواء كان أطرافه مواطنين أو أجانب، وسواء كانت ذات طابع وطني أو ذات طابع دولي.[1]

بيد أن هذه المبادئ تنهار أمام خصوصية قضاء التحكيم، كونه قضاء خاص يستمد سلطته من اتفاق الأطراف، الذين يقررون اللجوء إلى التحكيم لتسوية منازعاتهم بدلا من قضاء الدولة، فهم يختارون قضاتهم و يحددون قواعد عملهم و كيفية فصلهم في النزاع، والقانون الواجب التطبيق على موضوع النزاع.[2]

وقد عالج قانون الإجراءات المدنية والإدارية الجزائري موضوع انعقاد الخصومة بأحكام عديدة، مرة بقواعد مكملة لحرية الأطراف، ومرة أخرى بأحكام آمرة في حال غياب اتفاق على ذلك.

وتبدأ إجراءات التحكيم باختيار هيئة التحكيم، ويلي ذلك اختيار القانون الواجب التطبيق على الخصومة ثم تحديد مكان التحكيم ولغته، حتى إذا ما انعقدت هيئة التحكيم، فثمة إجراءات معينة يتعين عليها اتباعها للوصول إلى حكم يفصل في النزاع.

وسنتحدث من خلال هذا الفصل عن إجراءات التحكيم طبقا لقانون 09-08 المتضمن قانون الإجراءات المدنية والإدارية الجزائري، وذلك بتقسيمه إلى أربعة مباحث كالآتي:

المبحث الأول: تشكيل هيئة التحكيم

المبحث الثاني: تحديد القانون الواجب التطبيق على إجراءات التحكيم

المبحث الثالث: تحديد مكان ولغة التحكيم

المبحث الرابع: بدء إجراءات التحكيم

المبحث الأول: تشكيل هيئة التحكيم

[1]-لزهر بن سعيد، **التحكيم التجاري الدولي**، مرجع سابق، ص 241.

[2]- لزهر بن سعيد، **التحكيم التجاري الدولي**، مرجع سابق، ص 242.

لا وجود لتحكيم دون هيئة تحكيم توكل لها مهمة الفصل في الخصومة التي اختار أطرافها اللجوء إلى هذه الوسيلة البديلة عن القضاء العادي للفصل فيها، وبالتالي فإن مسألة تشكيل هذه الهيئة، وكيفية اختيار أعضائها تمثل جوهر العملية التحكيمية. وفيما يلي سنتحدث الشروط التي حددها المشرع الجزائري لتشكيل هذه الهيئة.

المطلب الأول: الشروط الواجب توفرها في المحكمين

ينبغي أن يكون المحكم مؤهلاً قانوناً لتولي منصة التحكيم،[1] لهذا اشترط القانون في المحكم عدة شروط قبل اعتلائه منصة التحكيم، وذلك بغرض ضمان حياده واستقلاله، كي يمكن الإطمئنان إلى قراره في حسم النزاع.[2] وهناك شروط اتفق الفقه، وكذلك مراكز التحكيم على وجوب توفرها في المحكم لا تكاد تخلو منها كافة كتب التحكيم، كما أن هناك شروطا مُختَلَفٌ فيها، تُرِكت لتقدير الخصوم، وفيما يلي سنتناول الشروط القانونية الواجب توافرها في المحكم ونستتبعها بسرد الشروط الإتفاقية.

الفرع الأول: الشروط القانونية (الوجوبية)

تطلب المشرع ضرورة تمتع المحكم بالأهلية المدنية، وكذلك اشترط في المحكم مبدأ الإستقلال والحياد، وتعد هذه الشروط من النظام العام نظرا لأن المشرع لم يترك أمر تقديرها لأطراف التحكيم،[3] وهي شروط متعلقة بشخص المحكم، بصرف النظر عن نوع وملابسات خصومة التحكيم،[4] وتتموحر هذه الشروط في صفتين اثنين.

أولا _ تمتع المحكم بالأهلية المدنية:

لم تختلف معظم التشريعات القانونية الخاصة بالتحكيم حول ضرورة توافر الأهلية المدنية والقانونية فيمن يتولى مهمة التحكيم، إذ أنه لا يصح أن يكون المحكم قاصراً سواء كان مأذوناً له بالإدارة أو غير

[1]– أبو العلا النمر، **المركز القانوني للمحكم في خصومة التحكيم**، **ط1**، **دار أبو المجد للطباعة**، القاهرة، مصر، 2006، ص 11.

[2]– لزهر بن سعيد، **التحكيم التجاري الدولي**، مرجع سابق، ص 145.

[3]– لزهر بن سعيد، **التحكيم التجاري الدولي**، مرجع سابق، ص 146.

[4]– Ahmed OURFELLI , **L'ARBITRAGE DANS LA JURISPRUDENCE TUNISIENNE**, Edition Latrach LGDJ PARIS, 2010, P 227- 228.

مأذون له بها. كما لا يصح لمن بلغ سن الرشد وخضع للقوامة بسبب الحجر عليه أن يكون محكماً، فإذا انعدمت الأهلية أو كانت ناقصة لدى المحكم كان حكم التحكيم باطلا أو قابلا للإبطال.[1]

وبصفة عامة، يجب على المحكم أن يكون راشدا، وقادرا على ممارسة التزاماته ويتمتع بكامل حقوقه المدنية. ولا يمكن للقاصر المرشد أن يعين محكما لأنه رشِّد من أجل إدارة شؤونه الخاصة، لا شؤون الغير.[2]

وقد اشترط المشرع الجزائري شرط توفر الأهلية في المحكم، إن كان شخصا طبيعياً، كما ألزم الشخص المعنوي في حال اتجهت إرادة الأطراف إلى اختياره، بضرورة تعيين محكم من أعضائه تتوفر فيه شرط الأهلية، وهو ما نصت عليه المادة 1014 ق إ م إ التي نصت على ما يلي: " لا تسند مهمة التحكيم لشخص طبيعي، إلا إذا كان متمتعاً بحقوقه المدنية".[3]

وهذا ما ذهب إليه أيضا المشرع المصري حيث تشترط المادة 1/16 من قانون التحكيم 27 لسنة 1994 الأهلية الكاملة في المحكم، وذلك لخطورة مهمته، والثقة المفروضة في حكمه، وألا يكون به عارض من عوارض الأهلية كالحجر عليه، أو الحرمان من الحقوق المدنية نتيجة الحكم عليه في جناية أو جنحة مخلة بالشرف، أو نتيجة لشهر إفلاسه طالما لم يرد إليه اعتباره.[4]

أما المشرع الفرنسي لم يضع شروطا في المحكم سوى هذا الشرط، حيث نص صراحة في المادة 1/1450[5] من قانون الإجراءات المدنية على أن مهمة التحكيم لا يجوز أن تعهد إلا إلى شخص طبيعي يتمتع بالأهلية الكاملة لمباشرة كافة حقوقه المدنية. [6]

[1]– سرحاني عبد القادر، مزاولي محمد، **الضوابط القانونية لإختيار المحكم التجاري الدولي في التشريعين الجزائري والمصري**، مقال منشور بمجلة القانون والمجتمع، مجلة دورية سداسية محكمة تصدر عن مخبر القانون والمجتمع بجامعة دراية بأدرار، الجزائر، المجلد 07، العدد:02، السنة :2019، ص 73.

[2]– Ahmed OURFELLI، **L'ARBITRAGE DANS LA JURISPRUDENCE TUNISIENNE**, Edition Latrach LGDJ PARIS, 2010, P 227- 228.

[3]– شعيب ضيف، **التحكيم في المعاملات المصرفية الإلكترونية – دراسة مقارنة**–، أطروحة مقدمة لنيل شهادة دكتوراه علوم في الحقوق، تخصص قانون أعمال، جامعة محمد خيضر بسكرة، الموسم الجامعي 2017–2018، ص 196.

[4]– لزهر بن سعيد، **التحكيم التجاري الدولي**، مرجع سابق، ص 148.

[5]–Article 1450\01 : « La mission d'arbitre ne peut être exercée que par une personne physique jouissant du plein exercice de ses droits »

[6]– شعيب ضيف، **التحكيم في المعاملات المصرفية الإلكترونية – دراسة مقارنة**–، مرجع سابق، ص 197.

ويعتبر شرط الأهلية المدنية الكاملة لدى المحكم هو الشرط الوحيد الذي أجمعت عليه الأنظمة القانونية الوضعية على اختلاف اتجاهاتها ومذاهبها. وحتى يحق للشخص أن يكون محكما يشترط التشريع ما يلي:[1]

- أن يكون المحكم بالغا سن الرشد.
- ألاّ يكون المحكم محجورا عليه.
- ألاّ يكون المحكم محروما من حقوقه المدنية.
- ألاّ يكون حكم عليه بجناية أو جنحة مخلة بالشرف.
- ألاّ يكون قد أشهر إفلاسه ما لم يرد اعتباره.

ثانيا _ ضرورة استقلال المحكم وحياده

إن أساس التحكيم هو قيامه على الثقة المتبادلة بين أطرافه في محكميهم، لذلك يجب أن يتوافر في المحكم الحياد والاستقلالية عن[2] الخصوم[3]، ويقصد بالحياد هو أن يقوم المحكم بمهمته في الخصومة التحكيمية بكل نزاهة فلا يميل ولا يتحيز لأي من الأطراف أو ضده.[4]

أما الإستقلال فيقصد به أن لا يربطه أي روابط من أي نوع، سواء أكانت سرية، أو اشتراكا في عمل حر، أو تربطه رابطة وظيفية بأحد الطرفين أو كليهما.[5]

وقد جعل المشرع الجزائري على عاتق المحكم التزاما مهما، ألا وهو إخطار الأطراف بالظروف التي من شأنها أن تثير الشكوك حول حيدته واستقلاله من تلقاء نفسه، بحيث لا يمكنه مباشرة مهامه إلاّ بعد إبلاغهم بهذه الظروف، وقبل الأطراف صراحة قيامه بالمهمة. وهذا ما نصت عليه المادة 1015 من ق إ م إ بأنه: " إذا علم المحكم أنه قابل للرد، يخبر الأطراف بذلك، ولا يجوز له القيام بالمهمة إلاّ بعد موافقتهم"[6] وبذلك جعل المشرع الجزائري من الإستقلالية أحد الأسباب التي تسمح لأطراف التحكيم

[1]– سرحاني عبد القادر، مزاولي محمد، **الضوابط القانونية لإختيار المحكم التجاري الدولي في التشريعين الجزائري والمصري**، مرجع سابق، ص 74. ولتفاصيل أكثر راجع: أحمد بشير الشرايري، **بطلان حكم التحكيم ومدى رقابة محكمة النقض(التمييز) عليه – دراسة مقارنة** –، مرجع سابق، ص ص: 136 –141.

[2] -Jean-François Poudret & Sébastien Besson: **Droit Compare de L'arbitrage International**, L.D.G. J, Montchrestien, paris, 2002, P 336.

[4]– أسعد فاضل منديل، **أحكام عقد التحكيم وإجراءاته**، مرجع سابق، ص 113.

[5]– نبيل محمد عباس، محمد ماجد عباس خلوصي، **المطالبات ومحكمة التحكيم وقوانين التحكيم العربية**– دراسة مقارنة– ، دار الكتب القانونية، مصر، 2006، ص 55.

[6]– لزهر بن سعيد، **التحكيم التجاري الدولي**، مرجع سابق، ص 155.

طلب رد المحكم الذي تحوم حوله شبهة عدم الإستقلال من خلال الفقرة 03 من المادة 1016 من قانون الإجراءات المدنية و الإدارية.

وأيضا على نفس الشرط أكد القانون المصري وأوجب على المحكم الإفصاح في حالة قبوله مهمة التحكيم، عن أي ظرف من الظروف التي قد تثير الشكوك حول حياده.[1] وقررت المادة 18 فقرة 01 أن فقدان المحكم للحيدة والإستقلال يجيز رده عند نظر الدعوى.

غير أن هناك بعض العناصر والشروط المعينة التي يمكن من خلالها معرفة حياد المحكم من عدمه. فقد اشترط المشرع الفرنسي في المحكم بأنه لا يجب أن تربطه أية قرابة أو صلة نسب مع أي من الخصوم حتى الدرجة الرابعة.[2]

ثالثا_ قبول المحكم لمهمته

يعتبر قبول المحكم لمهمته أول ارتباط له في خصومة التحكيم، إذ بهذا القبول ينعقد العقد بين طرفي اتفاق التحكيم من جهة، وبين المحكم من جهة أخرى، والحقيقة إن شرط قبول المحكم لمهمته هو أثر لمبدأ أساسي يقوم عليه التحكيم، وهو أن المحكم قاض خاص، مهمته عرضية وخاصة بكل نزاع على حده، وهذه المهمة تكون برضا الأطراف المحتكمين من جانب ورضا المحكم من جانب آخر.[3]

تنص المادة 1015 من قانون الإجراءات المدنية والإدارية على أنه لا يعد تشكيل محكمة التحكيم تشكيلا صحيحا، إلا إذا قبل المحكم أو المحكمين بالمهمة المسندة إليهم، والملاحظ أن المشرع لم يضع ولم يحدد شكلا معينا لتوثيق هذا القبول، غير أن المؤكد، طالما تعلق الأمر بصفة تشكيل المحكمة، أن يكون القبول بالمهمة عن طريق الكتابة،[4] ويكون ذلك من خلال ورود القبول في عقد التحكيم ذاته، أو في صورة خطاب مرسل من المحكم للخصوم، أو في أي صورة مكتوبة يمكن إثباتها.

---

[1]– أنظر المادة 16 فقرة 03 من قانون التحكيم المصري.260

[2] – أسعد فاضل منديل، **أحكام عقد التحكيم و إجراءاته**، مرجع سابق، ص 113.

[3]– أحمد بشير الشرايري، **بطلان حكم التحكيم و مدى رقابة محكمة النقض(التمييز) عليه – دراسة مقارنة** –، مرجع سابق، ص 126 و 127.

[4]– سامي بلعابد، **انعقاد الخصومة التحكيمية في القانون الجزائري**، مقال منشور بمجلة الحوار الفكري، مجلة علمية دولية محكمة، تصدر من مخبر الدراسات الإفريقية للعلوم الإنسانية والعلوم الاجتماعية، جامعة أحمد دراية، أدرار، الجزائر، ص 120.

وبخصوص كيفية قبول المحكم، نصت المادة16 فقرة 03 من قانون التحكيم المصري على ما يلي: " يكون قبول المحكم القيام بمهمته كتابة، ويجب عليه أن يُفصح، عند قبوله، عن أية ظروف من شأنها إثارة شكوك استقلاله أو حيدته.[1]

وأكّد المشرع الفرنسي أيضا هذا الشرط حينما اعتبر قبول المحكم للمهمة المسندة إليه شرطا لتشكيل هيئة التحكيم من جهة، وتاريخ مباشرة مهمته من جهة أخرى، وهو ما نصّت عليه المادة 1456 الفقرة01 من قانون الإجراءات المدنية.[2]

الفرع الثاني: الشروط الإتفاقية الواجب توافرها في المحكم

هناك عدد من الشروط التي تُرِك أمر تقديرها وتَطلُّب توافرها في شخص من يتولى مهمة التحكيم لإرادة الأطراف، ووفقا لأحكام القوانين المتعلقة بالتحكيم لكل دولة أو مركز تحكيم على حده، نذكر منها على سبيل المثال لا الحصر ما يلي:

أولا_ شرط الجنس والجنسية

لم ينص المشرع الجزائري بخصوص هذا المعيار على أي بند يخص جنس أو جنسية المحكم، وهو ما يعني أن لا مانع من أن يكون المحكم ذكرا أو أنثى، جزائرياً أو أجنبياً.

كما ذهبت في نفس الإتجاه المادة 16 فقرة 2 من قانون التحكيم المصري، والتي نصت على ما يلي: " لا يشترط أن يكون المحكم من جنس أو جنسية معينة إلاّ إذا اتفق طرفا التحكيم، أو نص القانون على غير ذلك". إذ يجوز ألاّ يكون المحكم مصريا، فيمكن أن يكون ممن يحملون جنسية أجنبية، والمقصود بالجنس هنا، هو نوع المحكم، فيجوز وفقا لهذا النص أن يكون رجلا أو امرأة، متى توافرت في أي منهما الشروط الواجب توافرها في المحكم، وإن كان ذلك يخالف الشريعة الإسلامية، حيث لا يجوز تحكيم المرأة إلا فيما يجوز لها الشهادة فيه، وفقا لما ذهب إليه الأحناف.[3]

[1] –شعيب ضيف، **التحكيم في المعاملات المصرفية الإلكترونية – دراسة مقارنة–**، أطروحة مقدمة لنيل شهادة دكتوراه علوم في الحقوق، تخصص قانون أعمال، جامعة محمد خيضر بسكرة، الموسم الجامعي 2017–2018، ص 199.

[2] -Article 1456/ 01 : « Le tribunal arbitral est constitué lorsque le ou les arbitres ont accepté la mission qui leur est confiée. A cette date, il est saisi du litige ».

[3] – شعيب ضيف، **التحكيم في المعاملات المصرفية الإلكترونية – دراسة مقارنة–**، مرجع سابق، ص 198.

وهو نفس الإتجاه الذي ذهب إليه المشرع الفرنسي، وهذا ما يمكن استقراؤه من نص المادة 1450 فقرة 01 التي نصت على ما يلي: " لا يمكن أن تسند مهمة التحكيم إلا لشخص طبيعي يتمتع بممارسة كل حقوقه"، وهو ما يعني أن جنس المحكم لا يؤثر على صحة اختياره.[1]

ولا بد من الإشارة هنا أن هناك من القوانين ما يمنع المرأة من أن تكون محكماً، كالقانون اليوناني.[2]

ثانيا _ خبرة المحكم وكفاءته:

من الخيارات المتروكة للأطراف، إمكانية اتفاقهم على اشتراط الخبرة والكفاءة في المحكم الذي سوف يختارونه للقيام بإدارة العملية التحكيمية، ولم تشترط أغلب التشريعات خبرة معينة في المحكم، أو تمتعه بدرجة معينة من الثقافة،[3] لكن البعض منها اشترط أن يكون المحكم من ذوي الخبرة، وحسن السيرة والسلوك.[4]

وقد سكتت أغلب الأنظمة والتشريعات عن هذا الشرط، وتركت الأمر لتقدير طرفي التحكيم، ومنها التشريعين الجزائري والمصري، اللذين لم يشترطا في المحكم خبرة معينة، رغم أهمية هذا الشرط في مجال التحكيم، لأنه يغني عن الإستعانة بالخبراء كإجراء قد يؤخر الفصل في الدعوى، ولا يحقق الهدف المبتغى من التحكيم، وهو سرعة الفصل في المنازعات.[5]

وإذا لم تكن الأنظمة قد نصت على هذا الشرط، فذلك لأنه شرط بديهي واجب التحقق لا يحتاج النص عليه، فمن غير المقبول ولا المعقول أن توكل مهمة التحكيم لشخص لا يملك الدراية الكافية بالطبيعة القضائية لمهمته، وما يترتب عنها من ضياع لحقوق الأطراف.

الفرع الثالث: الشروط الخاصة بالمحكم المصرفي

أهم ما يميز المحكم المصرفي عن القاضي وباقي المحكمين بصفة عامة، هو التخصص في مجال العمليات المصرفية، فكل مهنة أو اختصاص له قوانين وأنظمة تضبط عمله، كما هو الحال بالنسبة للمؤسسات المصرفية، لذلك يشترط أن يتوافر في المحكم المصرفي شرط الخبرة والإختصاص في مجال

[1]– شعيب ضيف، **التحكيم في المعاملات المصرفية الإلكترونية – دراسة مقارنة**–، مرجع سابق، ص 198.

[2]– مصطفى ناطق صالح مطلوب الناصري، **المحكم التجاري الدولي – دراسة مقارنة**–، المكتب الجامعي الحديث، الإسكندرية، 2013، ص 76.

[3]– لتفاصيل أكثر راجع: أحمد أبو الوفا، **التحكيم الإختياري والإجباري**، مرجع سابق، ص 154–155.

[4]– لزهر بن سعيد، **التحكيم التجاري الدولي**، مرجع سابق، ص 173.

[5]– لزهر بن سعيد، **التحكيم التجاري الدولي**، مرجع سابق، ص 173.

العمليات المصرفية، وهو ما يوفر الوقت والجهد، ومن ثمة تخفيض التكلفة على أطراف النزاع، وذلك بالنظر لما يمتلكه هذا المحكم من علم وخبرة تساعده على فهم هذه المنازعات وما فيها من تعقيـد، فالمحكمون المصرفيون قد امضوا حياتهم في هذا المجال، وهو ما لا يمكن أن نجده عند غيرهم.[1]

يمكن للأطراف الاتفاق في بند تسوية المنازعات على أن المحكمين يجب أن يكون لديهم خبرة خاصة فيما يتعلق بالقطاع المصرفي أو المالي بشكل عام، أو أية أداة مصرفية محددة. ومع ذلك، تُظهر التجربة أنه كلما كانت المتطلبات المحددة أكثر تحديدًا، زادت مخاطر التحديات بسبب الافتقار أحيانا إلى الخبرة المطلوبة.[2]

ففي إطار تشكيل هيئة التحكيم في المنازعات المصرفية ومنازعات التسهيلات، فإن أهم ما يميز المحكمين في إطار المنازعات المصرفية هو خبراتهم في المجال المصرفي، بحيث إن لكل تخصص أنظمته وقوانينه التي من المفترض مراعاتها، فوجود محكم متخصص في العمليات المصرفية يلعب دوراً كبيرا في التسريع في عملية التحكيم، وباختصار التكاليف والجهد، بحيث من الممكن على المحكم المتخصص في الشؤون المصرفية فهم المنازعة بشكل أسرع من غيره من المحكمين، ويتم اختيار المتخصصين في العمل المصرفي من أصحاب الخبرة والمراس سندا للحرية الممنوحة في قانون التحكيم لأطراف النزاع، كما أن اللجوء لأصحاب الخبرة يعطي المحتكمين نوعا من الراحة و الطمأنينة.[3]

ونظرا لأهمية توافر شرط التخصص في المحكم الذي يقوم بالفصل في المنازعات المصرفية، نص المشرع المصري في المادة 07 من قرار مجلس إدارة البنك المركزي المصري رقم 202 لسنة 2005 بشأن قواعد التوفيق والتحكيم الإختياري السريع بين البنوك وعملائها المتعثرين – على ضرورة أن يكون لدى المحكمين الخبرة القانونية والمصرفية والمالية وذلك بالنص على الآتي: " يقوم التحكيم السريع على حسم النزاع والفصل في شروط التسوية، بواسطة ثلاثة محكمين، تتوافر فيهم الخبرة القانونية والمصرفية

[1]– أحمد مصطفى الدبوسي السيد، **التحكيم في العمليات المصرفية بين الواقع والمأمول – دراسة تحليلية مقارنة–**، مرجع سابق، ص ص: 390 –391.

[2] – ICC COMMISSION REPORT financial institutions and international arbitration 2018 , https://cdn.iccwbo.org/content/uploads/sites/3/2016/11/icc-financial-institutions-and-international-arbitration-icc-arbitration-adr-commission-report.pdf
The parties can agree in their dispute resolution clause that the arbitrators must have particular expertise relating to the financial sector generally, or a specific financial instrument. That said, experience shows that the more specific the requirements laid down, the greater the risk of challenges for alleged lack of the required expertise. Moreover, it is advisable that at least one member of the arbitral tribunal, normally the president, has arbitration experience.

[3]– همام محمد فهد الأعرج، **التحكيم في التسهيلات المصرفية – دراسة مقارنة–**، مرجع سابق، ص 62.

والمالية اللازمة، وذلك ما لم يتفق الطرفان أو ترى أمانة التوفيق والتحكيم بالبنك المركزي أفضلية تعيين خمسة محكمين." [1]

وينبغي الإشارة في مجال الحديث عن تخصص وكفاءة المحكم، إلى البنوك المتخصصة في منتجات الصيرفة الإسلامية، حيث نجد هذه الأخيرة تعاني بشأن النزاعات التي تنشأ بمناسبة ممارستها لعملياتها، فقد يحدث أن لا يتم النص بشكل واضح وصريح على الجهة التي يتم اللجوء إليها لحل النزاع بين أطراف العقد في حال حصوله وتعذر حله ودياً، أو أن يتم النص في العقد على اللجوء إلى جهة قضائية غير ذات تأهيل شرعي وقانوني للبت في ذلك النزاع لكونه ذا طبيعة خاصة؛ لأنه يتعلق بمعاملة مصرفية إسلامية لها خصوصيتها المتميزة عن معاملات البنوك التقليدية ونزاعاتها أيضًا، فمثلا نجد أنه في عقد البيع بالمرابحة الصادر عن بنك البلاد السعودي تم النص على أنه " في حال تعذُّر الحل الودي يكون الفصل في النزاع من قبل المحاكم الشرعية في الرياض بالمملكة العربية السعودية"، علمًا بأن المحاكم الشرعية في المملكة العربية السعودية ليست مختصة بالفصل في النزاعات ذات الطبيعة المصرفية، وإنما هناك جهة أخرى مختصة بذلك وهي (لجنة المنازعات المصرفية). [2]

ويعد هذا الشرط خروجا عن القواعد العامة في التحكيم المنصوص عليه في القانون 27 لسنة 1994، الذي لم ينص على مثل هذا الشرط في المحكمين. ولا شك أن مسلك القرار المشار إليه يعتبر أفضل من موقف القانون المذكور لأن توافر تلك الخبرة في المحكمين ستمكنهم من الفصل في النزاع وفقاً للأصول القانونية والمصرفية والمالية الصحيحة. [3]

هنا نرى ضرورة اللجوء إلى التحكيم، وفي هذه الحالة، من المستحسن أن يكون عضوًا واحدًا على الأقل في هيئة التحكيم، لديه خبرة في المجال المصرفي بصفة خاصة والمجال المصرفي الإسلامي بصفة أدق، أما بقية أعضاء لجنة التحكيم فيستحسن أن يكون أحدهما على الأقل من أهل الفتوى الشرعية، وذلك حتى يتأتى لهذه اللجنة التحكيمية الإحاطة بموضوع النزاع من جميع جوانبه، التقنية

[1]– أحمد مصطفى الدبوسي السيد، **التحكيم في العمليات المصرفية بين الواقع والمأمول – دراسة تحليلية مقارنة**–، مرجع سابق، ص 391.

[2]– خالد عقيل سليمان العقيل، **المخاطر القانونية في عقود المصرفية الإسلامية: المرابحة نموذجا**، بحث منشور بمجلة بحوث ودراسات الصادرة عن الجامعة الإسلامية العالمية بماليزيا، مجلد 19، عدد 38، ص 130.

[3]– أحمد مصطفى الدبوسي السيد، **التحكيم في العمليات المصرفية بين الواقع والمأمول – دراسة تحليلية مقارنة**–، مرجع سابق، ص ص: 391– 392.

والفنية والشرعية أيضا. وهذا ما سيتمخض عنه بالضرورة عملا متكاملا وكفاءة عالية في الفصل في هذا النوع من الخصومات.

وتزيد الحاجة إلى توفر شرط التخصص في المحكم المصرفي في مجال المنازعات الناشئة عن العمليات المصرفية الإلكترونية، وذلك لحداثة مثل هذا النوع من العمليات من جانب، ومن جانب آخر لما تتمتع بها هذه العمليات من أمور و فنيات دقيقة من جانب آخر.[1]

ونوافق رأي الأستاذ لزهر بن سعيد، الذي يرى أن كفاءة المحكم وخبرته هي الأهم عنـــــد اختياره، مقارنة بغيرها من الشروط الاتفاقية الأخرى، ليخرج الأطراف من العملية التحكيمية بحكم صحيح ينفذ بسرعة كما أرادوا دون أن يتعرض للبطلان، كذلك إلى أن طبيعة النزاع هو الذي يوجه الأطراف نحو اختيار محكم كفء قادر على إدارة العملية التحكيمية بمهارة خاصة عندما يثير النزاع مسائل تتطلب درجة عالية من التخصص،[2] كما هو الحال في المجال المصرفي، وبالتالي يختار الأطراف المحكم المناسب الذي يملك الكفاءة القانونية والمهنية المصرفية.

المطلب الثاني: طرق تعيين المحكمين

الأصل أن يقوم الأطراف بتعيين المحكمين، وهذا تجسيدا للطابع الإتفاقي للتحكيم، خصوصا في التحكيم الحر، كما يمكن لهم اللجوء إلى أحد مراكز ومؤسسات التحكيم الدائمة مما يستوجب في هذه الحالة احترام لوائح هذه المراكز في موضوع تشكيل هيئة التحكيم، كما يمكن للقضاء التدخل لمساعدة الأطراف في تشكيل هيئة التحكيم عند تقاعس أحد الأطراف عن تعيين محكمه أو اختلافهما حول تعيين المحكم المرجح، وعليه سنتعرض لكل حالة على حده فيما يلي:

الفرع الأول: تشكيل هيئة التحكيم بواسطة الأطراف

لما كانت الثقة في حسن تقدير المحكم وفي حسن عدالته هي مبعث الاتفاق على التحكيم، تركت الحرية في تعيين المحكم أو المحكمين لأطرافه، فبمراجعة المادة 1008 من قانون الإجراءات المدنية والإدارية الجزائري فقرة 02 نجدها تنص على وجوب أن يتضمن شرط التحكيم تحت طائلة البطلان

[1]– أحمد مصطفى الدبوسي السيد، **التحكيم في العمليات المصرفية بين الواقع والمأمول – دراسة تحليلية مقارنة–**، مرجع سابق، ص 392.

[2]– لزهر بن سعيد، **التحكيم التجاري الدولي**، مرجع سابق، ص 178 و ص 179.

تعيين المحكم أو المحكمين أو تحديد كيفية تعيينهم، كما جاء نص المادة 1012 من نفس القانون في فقرتها 02 واضحا عندما اشترط أن يحدد في اتفاق التحكيم أسماء المحكمين أو كيفية تعيينهم.[1]

هذا بخصوص التحكيم الداخلي، أما في التحكيم الدولي فالأمر سواء وهو ما يمكن استقراؤه من خلال المادة 1041 من قانون الإجراءات المدنية والإدارية الجزائري والتي نصت على ما يلي: " يمكن للأطراف مباشرة أو بالرجوع إلى نظام التحكيم، تعيين المحكم أو المحكمين أو تحديد شروط تعيينهم وشروط عزلهم أو استبدالهم" وبهذا يكون المشرع الجزائري قد أعطى للأطراف الحرية الكاملة في اختيار المحكم أو المحكمين الذين ستوكل إليهم مهمة الفصل في النزاع، ويعد هذا تجسيدا للطابع الإتفاقي الذي يقوم عليه نظام التحكيم، حيث جعل إرادة الأطراف في المركز الأول فيما يتعلق بتنظيم العملية التحكيمية، كما أعطاهم الحق في اللجوء إلى أحد هيئات ومراكز التحكيم الدائمة لتشكيل محكمة التحكيم، ولم يكتف المشرع الجزائري بذلك، و إنما أعطى لأطراف اتفاق التحكيم الحرية الكاملة في وضع الشروط الواجب توافرها في المحكم حتى توكل إليه مهمة الفصل في النزاع. كما منحهم إمكانية تحديد الشروط التي بتحققها يمكن للأطراف عزل المحكم أو استبداله، مع مراعاة متطلبات المادة 1018 ق إ م إ.[2]

ونصت المادة 1/17 من قانون التحكيم المصري على أنه: " لطرفي التحكيم الاتفاق على اختيار المحكمين وعلى كيفية ووقت اختيارهم فإذا لم يتفقا ...".

يتبين من هذه النصوص أنه يمكن للأطراف تعيين المحكمين في الشرط التحكيمي الخاص قبل قيام النزاع أو انتظار قيام المنازعة، ومن ثم تعيين المحكمين.[3] كما نلاحظ بأنهما قد سمحا لطرفي اتفاق التحكيم الاتفاق على تشكيل هيئة التحكيم من أي عدد فردي قد يرون فيه تحقيقا لمصالحهم، إذ يمكن أن تتكون هيئة التحكيم من محكم واحد أو ثلاثة أو خمسة ...الخ. وهو ما نص عليه المشرع الجزائري من خلال المادة 1017 من ق إ م إ والتي نصت على ما يلي: " تتشكل محكمة التحكيم من محكم واحد أو عدة محكمين بعدد فردي " وهو ما يعد تكريساً لقاعدة الوترية في تشكيل هيئة التحكيم، لتحقيق الأهداف المبتغاة من اللجوء إلى نظام التحكيم، بكل سهولة ويسر.[4]

[1]– سامي بلعابد، **انعقاد الخصومة التحكيمية في القانون الجزائري**، مرجع سابق، ص 117.

[2]– لزهر بن سعيد، **التحكيم التجاري الدولي**، مرجع سابق، ص: 96 – 97.

[3]– وضاح نسيمة، **التحكيم في الإعتماد المستندي**، مرجع سابق، ص 217.

[4]– لزهر بن سعيد، **التحكيم التجاري الدولي**، مرجع سابق، ص 99 و ص 100.

والواقع يثبت أنه كلما كان النزاع مهماً ومعقداً، كلما كانت رغبة الأطراف المتخاصمة أميل إلى تعدد المحكمين، لأن التعدد يمكنهم من الاضطلاع بما يتطلبه فحص النزاع من وقت وجهد، كما أنه يوزع المسؤولية بينهم، أضف إلى ذلك أن تعقيد النزاع يتطلب خبرات مختلفة لا يمكن توفيرها إلاّ إذا تعدد المحكمون.[1]

وأعطى المشرع الفرنسي أطراف اتفاق التحكيم حرية الاتفاق على تشكيل هيئة التحكيم، وقد تقرر ذلك في المادة 1451 من قانون المرافعات والتي مفادها أن تشكل هيئة التحكيم من محكم واحد أو من عدة محكمين على أن يكون عددهم وترا.[2]

ويلاحظ أن القانون الفرنسي لا يبطل اتفاق التحكيم، في حال أن اتفق أطراف اتفاق التحكيم على أن يتم تشكيل هيئة التحكيم من عدد زوجي، إلاّ أنه يجب أن يتم اختيار المحكم الذي يكمل العدد ليصبح العدد فردي، فإذا كان هناك اتفاق بين الأطراف على ذلك، فإن هذا الاتفاق هو الذي يطبق في إجراءات تعيين المحكم الذي يكمل العدد ليصبح العدد فردي.[3]

نخلص من خلال ما سبق أنه من حيث المبدأ، مسألة تشكيل المحكمة التحكيمية هو الأمر الحصري الوحيد العائد لأطراف النزاع، وبالتالي وكما رأينا فإن حريتهم مطلقة في تعيين المحكمين، بالعدد الذي يرونه مناسبا، وبالمواصفات التي يحددونها والطريقة التي يرسمونها. حيث لاحظنا أن معظم القوانين التحكيمية تمنح مرونة كبيرة للأطراف في تشكيل الهيئة التحكيمية.

الفرع الثاني: تشكيل هيئة التحكيم بواسطة مراكز التحكيم

هناك نوع آخر من أنواع التحكيم، وهو ما يسمى " تحكيم المؤسسات أو التحكيم المنظم" والذي يعرف بأنه: "التحكيم الذي يلجأ فيه الأطراف إلى منظمات دائمة للتحكيم، وذلك للاستفادة مما تقدمه

[1]– محسن شفيق، **التحكيم التجاري الدولي**، دار النهضة العربية، القاهرة، 1997، ص 219.

[2]– Article 1451 : « Le tribunal arbitral est composé d'un ou de plusieurs arbitres en nombre impair.
Il est complété si la convention d'arbitrage prévoit la désignation d'arbitres en nombre pair.
Si les parties ne s'accordent pas sur la désignation d'un arbitre complémentaire, le tribunal arbitral est complété dans un délai d'un mois à compter de l'acceptation de leur désignation par les arbitres choisis ou, à défaut, par le juge d'appui mentionné à l'article 1459».

[3]– أحمد بشير الشرايري، **بطلان حكم التحكيم و مدى رقابة محكمة النقض(التمييز) عليه – دراسة مقارنة –**، مرجع سابق، ص 127.

هذه الهيئات من تسهيلات و خدمات لإجراء التحكيم، وفقا للقواعد المنصوص عليها في لوائح التحكيم الخاصة بها".[1]

ويجنب اللجوء إلى مركز أو مؤسسة تحكيم منتظمة أو دائمة الأطراف الكثير من المشكلات الإجرائية للتحكيم، والتي من أهمها مشكلة تشكيل هيئة التحكيم المؤسسي، حيث إن لائحة أو نظام ذلك المركز أو تلك المؤسسة تتضمن القواعد المنظمة لكيفية تشكيل هيئة التحكيم.[2] كما أنه يوفر أفضل المحكمين من حيث درجة الكفاءة والخبرة والجدارة في إدارة عملية التحكيم وحسم النزاع.[3]

وقد أشار المشرع المصري إلى هذه الكيفية في تشكيل هيئة التحكيم صراحة في المادة 1/17 وكذا المشرع الجزائري في المادة 1014 من ق إ م إ اللتين أعطتا لطرفي التحكيم إمكانية الاتفاق على كيفية اختيار المحكم، كما أجازت صراحة المادة 06 من قانون التحكيم المصري لجوء أطراف التحكيم إلى مؤسسات، أو منظمات دائمة، أو مراكز التحكيم.[4]

ولا يجوز لمركز التحكيم أن يعد قائمة محكمين تنحصر سلطة الأطراف في الإختيار من بينهم، فإن فعل، فإنها لا تقيد الأطراف في الإختيار، ولكن تقوم سلطة التعيين بالمركز بالإختيار منها فقط عندما لا يباشر الأطراف سلطتهم في الإختيار.[5]

ونذكر من بين المراكز التحكيمية المتخصصة في الفصل في المنازعات المالية والمصرفية، مركز التحكيم التابع لاتحاد المصارف العربية بلبنان، وكذا المركز الإسلامي الدولي للمصالحة والتحكيم بدبي، أيضا غرفة البحرين لتسوية المنازعات الاقتصادية والمالية والإستثمارية بالبحرين، ومركز كوالالمبور الإقليمي للتحكيم التجاري بماليزيا وغيرها من المراكز التحكيمية.

ولا تختلف أنظمة ولوائح مؤسسات التحكيم عن بعضها اختلافا كبيراً في الإجراءات والضوابط التي تطبقها لتعيين المحكمين سواء من قبل الأطراف، أو من قبل المراكز والهيئات ذاتها، حيث أنها تعطي للأطراف حرية كاملة للإتفاق على اختيار المحكمين وتحديد عددهم، ولا تتدخل إلاّ في حالة عدم الإتفاق. والجدير بالذكر أنه حالة لجوء الخصوم إلى إحدى المؤسسات التحكيمية لا يكون من الضروري الاتفاق

[1]– خالد محمد العميرة، **التحكيم المؤسسي –دراسة مقارنة–**، مرجع سابق، ص 48.

[2]– خالد محمد العميرة، **التحكيم المؤسسي –دراسة مقارنة–**، مرجع سابق، ص 48.

[3]– مصطفى ناطق صالح مطلوب الناصري، **المحكم التجاري الدولي – دراسة مقارنة–**، مرجع سابق، ص 80.

[4]– لزهر بن سعيد، **التحكيم التجاري الدولي**، مرجع سابق، ص ص: 109 – 110.

[5]– فتحي والي، **قانون التحكيم بين النظرية والتطبيق**، مرجع سابق، ص209.

على كيفية اختيار المحكمين، ذلك أن القواعد المتبعة في تلك المؤسسة التحكيمية هي التي تعالج هذا الأمر وفقاً لأهمية و طبيعة النزاع.[1]

الفرع الثالث: تشكيل هيئة التحكيم بواسطة القضاء

إذا كان المشرع قد ترك للطرفين الحرية الكاملة في اختيار هيئة التحكيم ، فإنه لم يجعل عدم الاتفاق على الإختيار بذاته مانعا من إتمام التحكيم، وقرر لذلك إحلال القضاء محلهما في الإختيار[2]. هذا الأخير الذي له دور احتياطي في تشكيل هيئة التحكيم، فلا يتم اللجوء إليه إلاّ في حالة اختلاف الأطراف، وعدم اتفاقهم على تشكيل هيئة التحكيم.[3]

ويمكن تلخيص حالات اللجوء إلى القضاء في تعيين هيئة التحكيم في النقاط التالية:

1- حالة غياب تشكيل هيئة التحكيم أو نقص هذا التشكيل.[4]

2- إذا اتفق الطرفان على تشكيل هيئة التحكيم من محكم واحد ولم يتفقا على اختياره، أو عجزا عن هذا الإختيار بعد إبرام الاتفاق على التحكيم.[5]

3- إذا اتفق الطرفان على تشكيل الهيئة من ثلاثة محكمين، وذلك دون تحديد سلطة أو إجراءات اختيار أي محكم، فعندئذ يقوم كل طرف باختيار محكم، ويختار المحكمان المحكم الثالث. فإذا لم يقم أي من الطرفين باختيار محكمه خلال الثلاثين يوماً التالية لتسلمه طلبا بذلك من الطرف الآخر، أو اختار الطرفان محكميهما ولم يتفق المحكمان على اختيار المحكم الثالث خلال ثلاثين يوما التالية لتاريخ اختيار آخر المحكمين، قامت المحكمة باختيار المحكم الثالث.[6]

4- تحقق مانع أو ظروف في جانب المحكمين، تحول دون قيامهم بالتحكيم، مثل الوفاة أو العزل أو الإعتزال أو الرد، أو امتناع المحكم عن العمل أو غير ذلك.[7]

5- حالة تشكيل الهيئة بالمخالفة لأحكام القانون؛ كأن يكون عدد أعضائها زوجيا أو يتم تعيين محكماً لم تتوافر فيه الشروط المطلوبة.

---

[1]- لزهر بن سعيد، **التحكيم التجاري الدولي**، مرجع سابق، ص: 108 – 109.

[2]- سامي بلعابد، **انعقاد الخصومة التحكيمية في القانون الجزائري**، مرجع سابق، ص 119.

[3]- لزهر بن سعيد، **التحكيم التجاري الدولي**، مرجع سابق، ص ص: 123 – 124.

[4]- لزهر بن سعيد، **التحكيم التجاري الدولي**، مرجع سابق، ص 129.

[5]- فتحي والي، **قانون التحكيم في النظرية والتطبيق**، مرجع سابق، ص 211.

[6]- فتحي والي، **قانون التحكيم في النظرية والتطبيق**، مرجع سابق، ص 211.

[7]- نبيل إسماعيل عمر، **التحكيم في المواد المدنية والتجارية الوطنية و الدولية**، مرجع سابق، ص 89.

وجميع هذه الصعوبات التي قد تعترض تشكيل هيئة التحكيم و تبرر اللجوء إلى قضاء الدولة لتشكيل هيئة التحكيم، هي مجرد أمثلة لهذه الصعوبات، ويمكن القول أن كل سبب يؤدي إلى إعاقة تشكيل هيئة التحكيم يبيح اللجوء إلى القضاء، وهذا ما نصت عليه المادة 1444.[1] من قانون المرافعات الفرنسي التي أحالت إلى المادتين 1451[2] و 1453 [3]من نفس القانون.

وقد حدد المشرع الجزائري الجهة القضائية المنوط بها التدخل لاستكمال إجراءات تشكيل محكمة التحكيم، إذا تعذر على أطراف التحكيم تكوينها، من خلال المادة 1041 ق إ م إ والتي نصت على ما يلي: " في غياب التعيين، وفي حالة صعوبة تعيين المحكمين أو عزلهم أو استبدالهم، يجوز للطرف الذي يهمه التعجيل القيام بما يأتي: "

1- رفع الأمر إلى رئيس المحكمة التي يقع في دائرة اختصاصها التحكيم، إذا كان التحكيم يجري في الجزائر.

2- رفع الأمر إلى رئيس محكمة الجزائر، إذا كان التحكيم يجري في الخارج واختار الأطراف تطبيق قواعد الإجراءات المعمول بها في الجزائر".

ويتضح من النص السابق أن المشرع الجزائري ميز بين التحكيم الذي يجري في الجزائر والتحكيم الذي يجري خارجها، واختار أطرافه تطبيق أحكام القانون الجزائري. ففي حالة ما اعترضت أطراف التحكيم التجاري الدولي الذي يجري في الجزائر صعوبة بشأن تشكيل محكمة التحكيم، فإن للطرف المتضرر أن يلجأ إلى رئيس المحكمة التي يجري في دائرة اختصاصها التحكيم، أي رئيس محكمة مكان التحكيم.

أما في حالة التحكيم التجاري الدولي الذي يجري في الخارج، واختار أطرافه تطبيق أحكام القانون الجزائري، فقد أعطى المشرع الجزائري للطرف الذي يهمه أمر تعجيل تشكيل محكمة التحكيم حق اللجوء

[1] - Article 1444 :« La convention d'arbitrage désigne, le cas échéant par référence à un règlement d'arbitrage, le ou les arbitres, ou prévoit les modalités de leur désignation. A défaut, il est procédé conformément aux dispositions des articles 1451 à 1454 »

[2] - article 1451 :« Le tribunal arbitral est composé d'un ou de plusieurs arbitres en nombre impair.
Il est complété si la convention d'arbitrage prévoit la désignation d'arbitres en nombre pair.
Si les parties ne s'accordent pas sur la désignation d'un arbitre complémentaire, le tribunal arbitral est complété dans un délai d'un mois à compter de l'acceptation de leur désignation par les arbitres choisis ou, à défaut, par le juge d'appui mentionné à l'article 1459 ».

3-- article 1451 : « Lorsque le litige oppose plus de deux parties et que celles-ci ne s'accordent pas sur les modalités de constitution du tribunal arbitral, la personne chargée d'organiser l'arbitrage ou, à défaut, le juge d'appui, désigne le ou les arbitres. »

إلى رئيس محكمة الجزائر، الذي يقوم بتعيين محكم الطرف المتقاعس عن تعيين محكمه، أو تعيين المحكم المرجح الذي اختلف أطراف اتفاق التحكيم حول تعيينه.

وما يؤخذ على المشرع الجزائري في هذه المادة تحديده لمحكمة الجزائر باعتبارها المحكمة المختصة بتشكيل هيئة التحكيم في حالة تعذر ذلك من طرف المحتكمين، والإشكال المطروح هنا، ماذا يعني برئيس محكمة الجزائر؟ فإذا كان يقصد بها محكمة مقر المجلس، فالأحرى أن يقول محكمة سيدي امحمد، أما إذا قصد بها مجلس قضاء الجزائر فليستبدل لفظ محكمة بلفظ مجلس، أو محكمة الدرجة الثانية أو كما سماها المشرع المصري بمحكمة الإستئناف.

وبالنسبة للمشرع المصري فإن المادة 17 من قانون التحكيم تقضي بأن يكون القاضي المختص بالتدخل في تشكيل هيئة التحكيم، هو القاضي المختص أصلا بنظر النزاع لو لم يوجد الاتفاق على التحكيم، وذلك بالنسبة للتحكيم الداخلي وسواء كان القاضي الجزئي أو الإبتدائي أو الإستئنافي. فإذا كان التحكيم تجارياً دوليا، سواء جرى في مصر أو تم في خارجها، واتفق الأطراف على إخضاعه للقانون المصري في التحكيم فيكون الإختصاص بتشكيل هيئة التحكيم لمحكمة استئناف القاهرة، ما لم يتفق الأطراف على محكمة استئناف أخرى.[1]

ونص القانون الفرنسي من خلال المادة 1444 مرافعات، على اختصاص المحكمة الكلية نوعيا بحل صعوبات تشكيل هيئة التحكيم، فيما تنص المادة 1493[2] من نفس القانون على اختصاص رئيس محكمة باريس الكلية دون غيره من رؤساء المحاكم الكلية لأن أغلب عمليات التحكيم الدولية تتم في باريس، وكذلك تواجد رجال الأعمال ومراكز التحكيم بها.[3]

المطلب الثالث: رد المحكمين وعزلهم

حرصت الكثير من التشريعات والقواعد والإتفاقيات الدولية الخاصة بالتحكيم على منح أطراف النزاع ضمانات مهمة وذلك لتوفير الحد الأدنى من الحياد والنزاهة والإستقلالية في المحكم الذي تم اختياره، ومنها رد المحكم أو عزله، لتنتهي مهمته في نظر النزاع.

[1]– نبيل إسماعيل عمر، **التحكيم في المواد المدنية و التجارية الوطنية و الدولية**، مرجع سابق، ص 90.

[2]- Article 1493 : « Directement ou par référence à un règlement d'arbitrage, la convention d'arbitrage peut désigner le ou les arbitres ou prévoir les modalités de leur désignation.
Si pour les arbitrages se déroulant en France ou pour ceux à l'égard desquels les parties ont prévu l'application de la loi de procédure française, la constitution du tribunal arbitral se heurte à une difficulté, la partie la plus diligente peut, sauf clause contraire, saisir le président du tribunal de grande instance de Paris selon les modalités de l'article 1457. »

[3]– نبيل إسماعيل عمر، **التحكيم في المواد المدنية و التجارية الوطنية و الدولية**، مرجع سابق، ص 90.

الفرع الأول: رد المحكم

عرف الرد بأنه تعبير الخصم عن إرادته في منع المحكم من نظر الخصومة لسبب من الأسباب التي تثير الشكوك حول حياده أو استقلاليته.[1] فقد تتوفر في المحكم أو أحد المحكمين أحد أسباب الرد والتي هي ذات الأسباب التي تشترط لرد القاضي، فلا يجوز رد المحكم إلا إذا قامت ظروف تثير شكوكاً جدية حول حيدته أو استقلاله، ولا يجوز لأي من طرفي التحكيم رد المحكم الذي عينه أو اشترك في تعيينه إلاّ لسبب تبينه بعد أن تم هذا التعيين.[2]

بالرجوع إلى المادة 1/1016 ق.إ.م.إ نجد أن المشرع الجزائري قد حدد ثلاث أسباب تجيز رد المحكم وهي:

1- عدم توافره على المؤهلات المتفق عليها بين الأطراف: فعادة ما يتم الاتفاق على أن تتوفر في المحكم أو المحكمين صفة أو صفات معينة، كأن يكون حاملا لشهادات معينة مثلا، أو له خبرة معينة، فإذا نص اتفاق التحكيم على وجوب تشكيل هيئة التحكيم من رجال قانون مشهود لهم، فإن كل محكم لا يتوافر فيه هذا الشرط المهني سيكون معرض لإجراء الرد.[3]

2- وجود سبب رد منصوص عليه في نظام التحكيم الموافق عليه من قبل الأطراف، أي إذا اتفق الأطراف على اختيار تطبيق قواعد نظام تحكيم مؤسسي ما، فإنه يتم تطبيق القواعد المحددة في هذا النظام لأجل رد المحكم وتعيينه.

3- إظهار الظروف لشبهة مشروعة في استقلاليته، لا سيما بسبب وجود مصلحة أو علاقة اقتصادية أو عائلية مع أحد الأطراف، مباشرة أو عن طريق وسيط.

وقد أعقب المشرع الجزائري تحديده لحالات وأسباب رد المحكم بشرط تضمن عدم جواز طلب رد المحكم من الطرف الذي كان قد عينه، أو شارك في تعيينه، إلا لسبب علم به بعد التعيين.[4] إذ أن معرفة ذلك معناه تنازل الطرف عن حق الرد وقبوله ضمنيا بالمحكم رغم وجود سبب الرد. وعلمه هذا يجب أن

---

[1]- آمال يدر، **الرقابة القضائية على التحكيم التجاري الدولي – دراسة مقارنة**-، منشورات الحلبي الحقوقية، الطبعة الأولى، بيروت ،2012، ص 50.

[2]- حمادة عبد الرزاق حمادة، **التحكيم في عقود البوت (B.O.T)**، دار الجامعة الجديدة، الإسكندرية، 2013، ص 209.

[3]- نور الدين تركي، **تدخل القاضي في التحكيم التجاري الدولي في القانون الجزائري**، مقال منشور بمجلة التحكيم العالمية منشورات الحلبي الحقوقية، بيروت، عدد 21 لسنة 2014، ص187.

[4]- راجع المادة 1016/ 2 ق إ م إ جزائري.

يبنى على أساس معيار الرجل الحريص، ووجب عليه أن يتحرى انعدام أسباب الرد بجدية وصرامة، وألاَّ يتقاعس عن ذلك ثم يجعل من جهله هذا سببا لطلب الرد، وهذا الأمر في الحقيقة يعد ضمانا لفعالية التحكيم وتفاديا لعرقلته.

وخلافا للمشرع الجزائري الذي حدد حالات الرد في المادة 1016 ق إ م إ، فالمشرع المصري ومن خلال المادة 18 من قانون التحكيم، وضع سبب عام ومجمل للرد، وذلك إذا قامت ظروف تثير شكوكاً جدية حول حيدته واستقلاله، بعكس المادة 503 من قانون المرافعات الملغاة التي كانت تنص على تطبيق أسباب رد القضاة على المحكم.[1]

وتطبيقا للسبب العام الذي أشار إليه المشرع المصري في المادة 18 من قانون التحكيم، يجوز رد المحكم إذا كانت له مصلحة شخصية في القضية محل النزاع، أو إذا ثبت وجود عداوة أو مودة بين المحكم وأحد الأطراف تحول دون الحكم بغير ميل لأحدهم، أو كانت بين المحكم وأحد الأطراف قرابة مصاهرة تحول دون ذلك. كذلك يجوز رد المحكم إذا كانت هناك علاقة عمل أو وكالة بينه وبين أحد الطرفين، أو كان المحكم رئيس مجلس إدارة شركة طرف في التحكيم، إذ لا يمكن للمحكم عندئذ أن يحتفظ باستقلاله، أو كانت له صلة بأحد الطرفين على نحو يخل بحياده أو يشكك في هذا الحياد. أو كانت له مصلحة مالية متعلقة بالنزاع كما لو كان الطرف شركة و كان المحكم شريكاً أو مساهماً فيها أو مستشارا لها أو كان كفيلا أو دائنا أو مديناً لأحد طرفي الخصومة.[2]

ويرى هنري مارك أن ملاحظة هذه الإستقلالية لا تكون إلاّ بالنظر إلى معاملة المحكم ونتائج هذه المعاملة، تجاه الأطراف، فهي نظرة موضوعية للمحكم وليست شخصية. فالكشف عن نية المحكم مسألة نسبية، يرجع تقديرها إلى الطرف الذي يرى أن هناك مساساً وخطرا على مصلحته إذا نظر المحكم في النزاع.[3]

ولم يحدد المشرع الجزائري إجراءات معينة لطلب رد المحكم، بل تركها لاتفاق التحكيم أو نظام المركز التحكيمي الذي لجأ إليه أطراف الخصومة التحكيمية، وفي حالة عدم تحديد كيفيات تسوية رد

[1]– مصطفى ناطق صالح مطلوب الناصري، **المحكم التجاري الدولي – دراسة مقارنة** –، مرجع سابق، ص 192.

[2]– أحمد هندي، **التحكيم دراسة إجرائية**، مرجع سابق، ص ص: 70، 71. أنظر أيضا: فتحي والي، **قانون التحكيم في النظرية والتطبيق**، مرجع سابق، ص ص: 222، 223.

[3]– Marc Henry, **Les obligations d'indépendance et d'information de l'arbitre a la lumière de la jurisprudence récente**, ,Revue de l'arbitage, Comité Francais de l'arbitrage N02 Paris- 1999- p 194.

المحكم في نظام التحكيم، فإن المادة 4/1016 ق إ م إ أوكلت هذه المهمة إلى القاضي ليفصل فيها بموجب أمر بناء على طلب من يهمه التعجيل، ويكون هذا الأمر غير قابل للطعن.

وما نلاحظ على هذه المادة أنها فضفاضة، فلم تحدد المحكمة المختصة بالفصل في هذا النزاع أو الطلب، كما أنها لم تحدد مواعيد لتقديم طلب الرد والبت فيه، ما قد يسبب هدرا للوقت، الذي هو أهم عامل قد يراهن أطراف العملية التحكيمية عليه في لجوئهم إلى التحكيم كطريق أمثل لتسوية نزاعهم.

و طبقا للقانون المصري، تنظر المحكمة في طلب الرد وتحققه وفقا للقواعد العامة، ووفقاً للمادة 19[1] من قانون التحكيم المصري، ويكون الحكم غير قابل للطعن بأي طريق من طرق الطعن التي ينص عليها قانون المرافعات. ويكون الأمر كذلك، سواء صدر الحكم بقبول الطلب أو بعدم قبوله أو برفضه، وسواء صدر الحكم من محكمة الإستئناف أو من محكمة أول درجة.[2]

ولا يترتب على تقديم طلب الرد وقف إجراءات التحكيم، وإذا قبلت المحكمة طلب الرد وقضت برد المحكم، فإنه يترتب على حكمها اعتبار المحكم الذي حكم برده غير صالح للتحكيم في النزاع، فإن كانت الإجراءات قد بدأت، فإن ما تم من إجراءات التحكيم – بما في ذلك حكم التحكيم نفسه– تعتبر كأن لم تكن.[3]

الفرع الثاني: عزل المحكم

يمكن أن يتم عزل المحكم من مهمته إما باتفاق أطراف التحكيم أو بقرار من القضاء. ويختلف العزل عن الرد، ذلك أن الرد يتقرر عند عدم موافقة المحكم التنحي بحكم من المحكمة أو بقرار من مركز التحكيم بناء على طلب طرف واحد.[4]

---

[1]– المعدلة بموجب القانون رقم 8 لسنة 2000، والتي أصبح نصها كما يلي: 1– يقدم طلب الرد كتابة إلى هيئة التحكيم مبينا فيه أسباب الرد خلال خمسة عشر يوما من تاريخ علم طالب الرد بتشكيل هذه الهيئة.. أو بالظروف المبررة للرد.. فإذا لم يتنح المحكم المطلوب رده خلال خمسة عشر يوماً من تاريخ تقديم الطلب.. يحال بغير رسوم إلى المحكمة المشار إليها فى المادة (٩٨) من هذا القانون للفصل فيه بحكم غير قابل للطعن.

2– لا يقبل طلب الرد ممن سبق له تقديم طلب برد المحكم نفسه فى ذات التحكيم.

3 – لا يترتب على تقديم طلب الرد وقف إجراءات التحكيم. وإذا حكم برد المحكم ترتب على ذلك اعتبار ما يكون قد تم من إجراءات التحكيم. بما فى ذلك حكم المحكمين، كأن لم يكن.

[2]– فتحي والي، **قانون التحكيم في النظرية والتطبيق**، مرجع سابق، ص 265.

[3]– علي عوض حسن، **التحكيم الإختياري والإجباري في المنازعات المدنية والتجارية**، مرجع سابق، ص 121.

[4]– فتحي والي، **قانون التحكيم في النظرية والتطبيق**، مرجع سابق، ص ص:254 –255.

أولا_ العزل الإتفاقي: للأطراف الذين اختاروا المحكم أن يعزلوه. ولا يكون العزل إلاّ باتفاق صريح بين جميع الأطراف الذين اختاروا المحكم (المادة 20 تحكيم مصري). فليس لأي طرف وحده بإرادته المنفردة عزل محكم بعد اختياره، ولو كان هذا المحكم قد تم تعيينه بواسطة هذا الطرف، إعمالا لاتفاق التحكيم.[1]

ثانيا_ العزل القضائي: عادة ما يطلب عزل المحكم إذا امتنع عن مباشرة التحكيم، أو ثبت إهماله واستخفافه بمهمته، وفي ذلك يرى بعض الفقه، أنه يختص بإصدار الأمر بالعزل رئيس الدائرة، أو القاضي المختص بإصدار الأمر بالمحكمة المختصة وفقا للمادة 9 من قانون التحكيم المصري، وليس الهيئة بأكملها، وضرورة عدم اتباع الإجراءات المعتادة لرفع الدعوى، إذ من شأن هذه الإجراءات تعطيل الفصل في الطلب، فيقدم الطلب وفقاً لقواعد الأوامر على العرائض ضد كل من الطرف الآخر في التحكيم، والمحكم المطلوب عزله، وللقاضي قبل إصدار أمر العزل أن يكلف الطالب بإعلانهم أو إعلان أحدهما لسماع أقواله قبل إصدار الأمر بالعزل. و للمحكم المعزول أن يلجأ للقضاء للمطالبة بالتعويض إذا ما كان العزل مبنياً على أسباب غير صحيحة من شأنها المساس به.[2]

المبحث الثاني: القانون الواجب التطبيق على إجراءات التحكيم

تعتبر مسألة تحديد القانون أو القواعد التي تحكم موضوع النزاع من المسائل الحيوية التي تواجه المحكم والتي قد تطرح له إشكالات عديدة عندما يتصدى للحكم بين طرفي الخصومة التحكيمية.

إلاّ أن إشكالية تحديد القانون الواجب التطبيق على موضوع النزاع لن تطرح في حالة اتفاق الأطراف على تحديده صراحة، وهنا تصبح هيئة التحكيم ملزمة باحترام هذا الإختيار، حتى لو كانت القواعد المختارة ليس لها ارتباط بموضوع العقد، إذ أن اختيار قانون محايد أمر مبرر في التجارة الدولية، حتى لو كان العقد باطلاً، وفقاً للقواعد المختارة.[3]

لكن قد يغفل أطراف اتفاق التحكيم مسألة اختيار القانون الذي ينظم الإجراءات، أو يخولوا محكمة التحكيم سلطة تحديد هذا القانون؛ مما يجعل المحكمة تتصدى لتحديده وفقا لما تراه مناسباً.

---

[1]– فتحي والي، **قانون التحكيم في النظرية والتطبيق**، مرجع سابق ، ص ص:254 –255.

[2]– لزهر بن سعيد، **التحكيم التجاري الدولي**، مرجع سابق، ص 237.

[3]– أحمد مصطفى الدبوسي السيد، **التحكيم في العمليات المصرفية بين الواقع و المأمول – دراسة تحليلية مقارنة**–، مرجع سابق، ص 429.

المطلب الأول: تطبيق قانون إرادة الأطراف

اعترفت جل التشريعات الوطنية والإتفاقيات الدولية ولوائح مراكز التحكيم الدائمة، بحرية الأطراف في اختيار القانون واجب التطبيق على إجراءات التحكيم.

فسلطان الإرادة هو الذي يحدد الآجال والأوضاع، أي إجراءات المحاكمة التحكيمية الداخلية، فإذا لم يعبر سلطان الإرادة عن خيار، فإن الآجال والأوضاع المقررة أمام الجهات القضائية هي التـــي تطبق، وبالتالي تطبق إجراءات المحاكمة القضائية، هذا في التحكيم الداخلي.[1] وهو ما نص عليه المشرع الجزائري من خلال المادة 1019 من قانون الإجراءات المدنية والإدارية.

وعلى خطى القانون السابق للتحكيم الدولي فإن سلطان الإرادة هو الذي يحدد الإجراءات الواجب اتباعها في الخصومة، أو يحيل إلى نظام تحكيمي أو قانون إجراءات بلد ما، فإذا لم يعبر سلطان الإرادة عن خيار، فلا تطبق إجراءات المحاكمات القضائية، بل يعود ذلك لمحكمة التحكيم التي يمكن أن تضع الإجراءات هي بنفسها أو تحيل إلى نظام تحكيم كنظام غرفة التجارة الدولية أو إلى قانون تحكيم بلد معين،[2] وهو ما نصت عليه المادة 1043 من قانون الإجراءات المدنية و الإدارية وهذا نصها: " يمكن أن تضبط في اتفاقية التحكيم الإجراءات الواجب اتباعها في الخصومة مباشرة أو استناداً على نظام تحكيم، كما يمكن إخضاع هذه الإجراءات إلى قانون الإجراءات الذي يحدده الأطراف في اتفاقية التحكيم".

وما يلاحظ من خلال المادتين سالفتي الذكر أن المشرع الجزائري قد كرس ما جاء به القانون النموذجي للتحكيم التجاري الدولي لعام 1985، الذي نصت مادته (01/19) على أنه: " مع مراعاة أحكام هذا القانون، يكون للطرفين حرية الاتفاق على الإجراءات التي يتعين على هيئة التحكيم إتباعها عند السير في التحكيم". [3]

كما نلاحظ أن المشرع الجزائري قد ترك الحرية المطلقة لأطراف التحكيم لتحديد إجراءاته، وفي حالة غياب هذا الاتفاق فقد فرق بين التحكيم الداخلي والتحكيم الدولي، إذ لم يعط المشرع الجزائري في مجال التحكيم الداخلي لمحكمة التحكيم سلطة تحديد القانون واجب التطبيق على الإجراءات، وتصدى للفراغ الذي يخلفه غياب اتفاق الأطراف، حيث ألزم محكمة التحكيم بتطبيق قانون المرافعات الجزائري، و ذلك

[1]– عبد الحميد الأحدب، **موسوعة التحكيم – التحكيم في البلدان العربية الجزائر– الإمارات العربية المتحدة– السودان**، الكتاب الأول، مرجع سابق، ص 88.

[2]– عبد الحميد الأحدب، **موسوعة التحكيم – التحكيم في البلدان العربية الجزائر– الإمارات العربية المتحدة– السودان**، الكتاب الأول، مرجع سابق ، ص 89.

[3]– لزهر بن سعيد، **التحكيم التجاري الدولي**، مرجع سابق، ص 245.

من خلال نصه في المادة السالفة الذكر على أنه: " تطبق على الخصومة التحكيمية الآجال والأوضاع المقررة أمام الجهات القضائية ".

أما في مجال التحكيم الدولي فيظهر حسب نص المادة 1043 من قانون الإجراءات المدنية والإدارية السالفة الذكر، أن المشرع الجزائري أكد على ضرورة احترام إرادة الأطراف فيما يخص تحديد القانون الواجب التطبيق على إجراءات التحكيم، حيث يمكن للأطراف اختيار أي قانون إجرائي لدولة ما ليطبق على إجراءات التحكيم، كما يمكنهم تطبيق القواعد الإجرائية المنصوص عليها في أحد لوائح ومراكز ومؤسسات التحكيم الدائمة، وأخيراً يمكنهم وضع قواعد إجرائية من ابتكارهم، وتكون محكمة التحكيم ملزمة باحترام و تطبيق إرادة الأطراف فيما يخص تنظيم الإجراءات الواجب اتباعها أمامها لنظر النزاع.

وفي حالة افتقار اتفاق الأطراف على القانون المنظم لخصومتهم التحكيمية نصت المادة 1043 سالفة الذكر في فقرتها الثانية على أنه: " إذا لم تنص الإتفاقية على ذلك، تتولى محكمة التحكيم ضبط الإجراءات، عند الحاجة، مباشرة أو استناداً إلى قانون أو نظام تحكيم".

وفي هذا الشأن نؤيد الإتجاه الذي يدعو إلى ضرورة اختيار أطراف التحكيم للقانون الذي يحكم الإجراءات، لأنه يعد من أفضل السبل للإفلات من القواعد الإجرائية الوطنية، وكذلك عدم ترك مسألة تحديد القواعد الإجرائية في يد محكمة التحكيم التي قد تختار قواعد تخالف توقعات الأطراف، كما نحبذ أن يتضمن اتفاق التحكيم حلولاً للمشكلات الإجرائية التي يمكن أن تعترض سير عملية التحكيم.

ويجب ألاّ يترك أطراف التحكيم المسائل الإجرائية مفتوحة أمام هيئة التحكيم، ويهتموا شخصيا بتحديد المسائل الإجرائية التي تتبعها الهيئة؛ حيث أن غياب التنظيم الإجرائي الملائم للتحكيم في القوانين الوطنية يزيد من أهمية القواعد الإجرائية الإتفاقية، ويجب على المحتكمين الاتفاق على الأقل على اختيار قانون وطني ملائم، أو لائحة تحكيم تتميز قواعدها الإجرائية بنوع من الإتقان.[1]

المطلب الثاني: تصدي هيئة التحكيم لتحديد القانون الواجب التطبيق على الإجراءات

قد يتعذر أن يضع طرفا النزاع التنظيم الإجرائي الواجب اتباعه من قبل هيئة التحكيم خاصة وأنه يتطلب درجة من التخصص والتأهيل قد لا تتوافر لديهم، فعندئذ يتم الاتفاق على تفويض المحكم في وضع التنظيم الإجرائي.[2]

[1]– لزهر بن سعيد، **التحكيم التجاري الدولي**، مرجع سابق، ص 247.

[2]– محمد علي بن مقداد، **الطريق القويم للإتفاق على التحكيم**، مرجع سابق، ص 206.

والقاعدة في هذه الحالة أن المحكم يتمتع بحرية وسلطة تقديرية واسعة في اختيار القانون الواجب التطبيق، إلاّ أن هذه السلطات غير مطلقة، بل مقيدة بتطبيق قانون ملائم، ذو صلة قوية بالعقد موضوع النزاع.[1]

فقد تطبق هيئة التحكيم قانون مكان التحكيم ليحكم الإجراءات أمامها، وقد تطبق القانون الذي اختاره الأطراف ليحكم موضوع النزاع، كما قد تلجأ محكمة التحكيم إلى تطبيق قواعد أحد مراكز أو مؤسسات التحكيم الدائمة لينظم الإجراءات أمامها، كما يمكن لهيئة التحكيم أن تكمل القواعد الإجرائية التي اختارها الأطراف إذا ظهر عليها النقص أثناء النزاع.[2]

وقد تصدى المشرع الجزائري لمشكلة غياب أو انعدام اتفاق الأطراف على تحديد القانون الواجب التطبيق على إجراءات التحكيم؛ حيث خول محكمة التحكيم مهمة تحديد الإجراءات مباشرة، أو بالإستناد إلى أحد قوانين التحكيم الوطنية، أو الاتفاقيات الدولية، وكذلك أحد لوائح مراكز ومؤسسات التحكيم الدائمة؛ حيث نصت المادة 02/1043 من قانون الإجراءات المدنية والإدارية على أنه: " إذا لم تنص الإتفاقية على ذلك، تتولى محكمة التحكيم ضبط الإجراءات، عند الحاجة، مباشرة أو استناداً إلى قانون أو نظام تحكيم"، والمقصود بلفظ الإتفاقية هنا هو اتفاق التحكيم.[3]

وما يمكن استخلاصه مما سبق ذكره، أن العقد المصرفي في التحكيم الداخلي يخضع لأحكام القانون الوطني الذي أبرم في ظله، ومن ثم؛ فإن المحكم في هذه الحالة شأنه شـــأن القاضـــــي الوطني، يفصل في موضوع النزاع وفقا لأحكام القانون الوطني لو لم يتفق الأطراف على القانون واجب التطبيق، وذلك بحسبان أن هذا القانون هو الأكثر اتصالاً بموضوع النزاع.[4]

إلاّ أن الأمر يختلف في مجال التحكيم الدولي، ففي حالة عدم اتفاق الأطراف على اختيار القانون واجب التطبيق على موضوع النزاع، فإن هيئته تكون ملزمة بأن تفصل في موضوع النزاع طبقاً للقانون الأكثر اتصالاً بموضوع النزاع. وقد يكون هذا القانون هو قانون الدولة التي أبرم فيها العقد،[5] أو قانون

---

[1]– قمر عبد الوهاب، **التحكيم في منازعات العقود الإدارية في القانون الجزائري**، مرجع سابق، ص 267.

[2]– لزهر بن سعيد، **التحكيم التجاري الدولي**، مرجع سابق، ص 250.

[3]– لزهر بن سعيد، **المرجع نفسه**، ص 258.

[4]– معتصم محمود إسماعيل عيد، **التحكيم في المنازعات المصرفية – دراسة إجرائية –**، مرجع سابق، ص 115.

[5]– و قد طبق قانون مقر التحكيم في العديد من قضايا التحكيم، ومثال ذلك حكم التحكيم الصادر في النزاع بين الحكومة الليبية و شركة B.P exploration، في هذه القضية خلصت محكمة التحكيم إلى تطبيق القانون الدنماركي باعتباره قانون محل التحكيم. أنظر: لزهر بن سعيد، **التحكيم التجاري الدولي**، مرجع سابق، ص 253.

الدولة التي ينفذ فيها ذلك العقد، كما قد يكون قانون الدولة التي يتبعها أحد المتعاقدين بجنسيته أو غيرها، وهي مسألة تخضع لتقدير هيئة التحكيم وفقاً لما يتبين لها بشأن تحديد القانون الأكثر اتساقاً بموضوع النزاع و ذلك مع مراعاة مع ما تضمنه العقد من شروط. وما يتعلق بموضوع النزاع من أعراف جارية في شأن نوع المعاملة.[1]

ومن جانبنا، نرى أن نظام التحكيم المؤسسي يعتبر النظام الأنسب لتسوية المنازعات المصرفية، ويرجع ذلك إلى أنه أكثر وضوحاً من التحكيم الحر من ناحية الإجراءات، فالأطراف عند اختيارهم لإحدى منظمات التحكيم، فإنهم يختارون ضمنياً القواعد الإجرائية الخاصة بتلك المؤسسة، فالإتفاقات الدولية أو لوائح مراكز وهيئات التحكيم، تكرس مبدأ إطلاق حرية الأطراف أو هيئة التحكيم في تحديد القواعد الحاكمة لإجراءات التحكيم.[2]

المبحث الثالث : تحديد مكان التحكيم و لغة التحكيم

الأصل في اتفاق التحكيم هو اتفاق الأطراف على مكان التحكيم وتحديد اللغة التي يجري بها ضمن عقد التحكيم ذاته، أو في اتفاق لاحق بين الأطراف، ويلتزم المحكم بما اتفق عليه أطراف الخصومة التحكيمية. لكن إذا خلا اتفاق التحكيم من تحديد مكان التحكيم ولغته ولم يتفق الأطراف عليه، انتقل الإختصاص في تحديدها إلى هيئة التحكيم المكلفة بالنظر في الخصومة.

المطلب الأول: مكان التحكيم

إن تحديد مكان التحكيم يخضع في الأصل لعامل الإرادة، بحيث يكون للأطراف الحرية في تحديد المكان الذي يجري فيه التحكيم، وإلاّ تولت محكمة التحكيم ذلك، مالم يوجد اتفاق بشأنه، سواء تعلق الأمر بالتحكيم الحر أو تحكيم بعض مؤسسات التحكيم الدائمة الدولية.[3] ويوجد بعض الضوابط التي يمكن على ضوئها للهيئة اختيار مكان التحكيم، تتعلق بالطرفين وظروف القضية وفقا لطبيعة وظروف النزاع.[4]

[1]– معتصم محمود إسماعيل عيد، **التحكيم في المنازعات المصرفية** – **دراسة إجرائية** –، مرجع سابق، ص 115.

[2]– أحمد مصطفى الدبوسي السيد، **التحكيم في العمليات المصرفية بين الواقع و المأمول – دراسة تحليلية مقارنة**–، مرجع سابق، ص 440.

[3]– وضاح نسيمة، **التحكيم في الإعتماد المستندي**، مرجع سابق، ص 224.

[4]– لزهر بن سعيد، **التحكيم التجاري الدولي**، مرجع سابق، ص 260.

ويترتب على اختيار مكان التحكيم آثار إجرائية عديدة. فقانون مكان التحكيم يفرض رقابته على الإجراءات، وقد يمنح المحكم سلطات واسعة أو يضع قيودا على اختيار المحكمين وبصفة خاصة ما يتعلق بمؤهلات المحكمين وشروط تعيينهم، وشكل الإجراءات. فضلا عن الدور الذي يلعبه اختيار مكان التحكيم كمؤشر لتحديد القانون الإجرائي الواجب التطبيق، استنادا إلى الإختيار الضمني لهذا القانون بمقتضى اختيار هذا المكان لإجراء التحكيم فيه.[1]

وتحديد مكان معين للتحكيم لا يمنع هيئة التحكيم من أن تعقد بعض جلساتها في أماكن أخرى، مع مراعاة ظروف الدعوى وملاءمة المكان لأطرافها، على أن حرية هيئة التحكيم في ذلك مقيدة باتفاق الطرفين.[2]

ويستحسن أن يكون المكان قريباً من الخصوم وممثليهم، وقريبا من الشهود، مما يشجعهم على الإدلاء بشهادتهم، وقريباً من محل النزاع لتيسير معاينته إن لزم الأمر. كما يستحسن أن يكون التحكيم في بلد يسهل دخوله من المحكمين الأجانب والشهود والخبراء، وتتوافر فيه وسائل الإتصال والنقل الداخلية والخارجية، ويوجد به فندق مريح ومكان ملائم للإجتماعات، ولا يخضع لسلطة أو نفوذ أحد الطرفين، بحيث يكون مكانا محايداً، ويمكن تنفيذ الحكم الصادر فيه دون مشاكل أو صعوبات.[3]

ولم يتطرق المشرع الجزائري في قانون الإجراءات المدنية والإدارية إلى تحديد مكان التحكيم وما إذا كان لهيئة التحكيم دور في تحديده، وهو نقص تشريعي يقتضي تداركه.

المطلب الثاني: لغة التحكيم

يعود لفرقاء التحكيم أن يعينوا لغة التحكيم.[4] ولغة التحكيم يتم تحديدها بالإتفاق، وقد يتفق على عدة لغات يجري بها التحكيم، كما يجوز لهيئة التحكيم تحديد لغة أخرى. واللغة المحددة تسري على كل الأوراق والإجراءات الشفوية والكتابية، كما يجوز للمحكمين تحديد لغة أخرى بالنسبة لإجراء معين. وإذا كانت اللغة الأصلية للمستندات تختلف عن لغة التحكيم، وجب ترجمتها إلى اللغة المستخدمة في التحكيم، وإذا تعددت يجوز قصر الترجمة على بعضها فقط حسبما يراه المحكم مناسبا.[5]

[1]– محمد علي بني مقداد، **الطريق القويم للإتفاق على التحكيم**، مرجع سابق، ص 202.

[2]– لزهر بن سعيد، **التحكيم التجاري الدولي**، مرجع سابق، ص 264.

[3]– فتحي والي، **قانون التحكيم في النظرية والتطبيق**، مرجع سابق، ص311.

[4]– إلياس ناصيف، **العقود الدولية، التحكيم الإلكتروني**، مرجع سابق، ص 225.

[5]– نبيل إسماعيل عمر، **التحكيم في المواد المدنية والتجارية الوطنية والدولية**، مرجع سابق، ص 143.

ولم يتطرق المشرع الجزائري في قانون الإجراءات المدنية والإدارية إلى ذكر اللغة التي يستعملها الأطراف في إجراءات التحكيم وما إذا كان لهيئة التحكيم دور في تحديدها، سواء في المذكرات أو المرافعات أو في المستندات أو حكم التحكيم. كما لم يشر إن كان هذا الأمر من اختصاص القضاء، وهو ما يعد عيبا واضحا يستدعي تدخل المشرع من جديد لتعديل هذا القانون، بتحديد لغة التحكيم أو تحديد الجهة المختصة بتحديدها.

وقد عالج المشرع المصري في المادة 1/29 من قانون التحكيم المصري مسألة تحديد لغة الإجراءات، بأن يجري التحكيم باللغة العربية، ما لم يتفق الطرفان، أو تحدد هيئة التحكيم لغة أو لغات أخرى، فتقدم الطلبات والدفوع والمذكرات، وتحرر الرسائل و الإعلانات، ويتم الترافع شفوياً بهذه اللغة.[1]

كما تصدر قرارات الهيئة وتدون محاضر الجلسات ويصدر الحكم باللغة العربية. على أنه – على خلاف الخصومة القضائية أمام المحاكم– يجوز للطرفين الاتفاق على أن يجري التحكيم بلغة أخرى غير اللغة العربية. وذلك سواء جرى التحكيم في مصر أم في الخارج، وعندئذ يكون اتفاق الطرفين ملزما لهما ولهيئة التحكيم.[2]

كما يجوز لهيئة التحكيم – عند عدم اتفاق الطرفين بشأن اللغة– أن تقرر أن يجري التحكيم بلغة غير اللغة العربية، فيكون قرارها ملزما للطرفين، وإذا كان الطرفان مختلفي اللغة، وكان المحكم يجيد اللغتين، فمن العدالة – عند عدم الاتفاق على لغة واحدة– أن يجري التحكيم باللغتين معاً. فيكون لكل طرف استعمال لغته، مع تقديم ترجمة لما يقدمه أو موجز له إلى لغة الطرف الآخر.[3] وللمحكمين السلطة التقديرية في الأمر بترجمة المستندات الهامة الحاسمة في النزاع.[4]

ونؤيد الرأي الذي يرى بضرورة أن تكون اللغة العربية هي لغة التحكيم الأساسية بالنسبة للتحكيم الذي يجري أمام مراكز التحكيم الكائنة بالدول العربية،[5] وذلك لعدة أسباب؛ منها ترسيخ تواجد اللغة

[1]– فتحي والي، **قانون التحكيم في النظرية التطبيق**، مرجع سابق، ص 315.

[2]–فتحي والي، **قانون التحكيم في النظرية والتطبيق**، مرجع سابق، ص316.

[3]– فتحي والي، **قانون التحكيم في النظرية والتطبيق**، مرجع سابق، ص ص: 315– 316.

[4]– لزهر بن سعيد، **التحكيم التجاري الدولي**، مرجع سابق، ص 266.

[5]– تعتمد المملكة العربية السعودية اللغة العربية كلغة رسمية تستعمل أمام هيئة التحكيم، سواء في المناقشات، أو المكاتبات، ولا يجوز للهيئة، أو المحتكمين أ غيرهم، التكلم بغير اللغة العربية، وعلى الأجنبي الذي لا يستطيع التكلم باللغة العربية، اصطحاب مترجم موثوق به يوقع معه في محضر الجلسة على الأقوال التي يقولها. أنظر: إلياس ناصيف، **العقود الدولية، التحكيم الإلكتروني**، مرجع سابق، ص 227.

العربية بين اللغات الأخرى تأكيدا لهوية تلك المراكز، ومنها أن المراكز المعنية تعمل في دول عربية، وتنص سائر الدساتير و النظم العربية على أن اللغة العربية هي اللغة الرسمية للبلاد، ومنها كذلك تمكين أطراف خصومة التحكيم، وأحدهم غالباً من الدول العربية أفراد أو شركات، من فهم ما يجري أثناء التحكيم مما يساعدهم على مراقبة انتظام إجراءات التحكيم حفاظاً على حقوقهم الإجرائية والموضوعية.[1]

المبحث الرابع: مباشرة إجراءات التحكيم

لم يحدد المشرع الجزائري أية آلية من أجل إفتتاح إجراءات الخصومة التحكيمية، إذ جاء بالمادة 1010 من قانون الإجراءات المدنية والإدارية ما يفيد إمكانية عرض النزاع من قبل أطراف الخصومة التحكيمية معاً، أو من الطرف الذي يهمه التعجيل، كما نص بالمادة 1019 من نفس القانون، على أن تطبق على الخصومة التحكيمية الآجال والأوضاع المقررة أمام الجهات القضائية ما لم يتفق الأطراف على خلاف ذلك. ومن هذا المنطلق يكون المشرع الجزائري قد ترك الحرية المطلقة لأطراف التحكيم قصد تحديد الإجراءات الواجبة الإتباع من أجل طرح النزاع على هيئة التحكيم، وفي حال غياب هذا الاتفاق يتبع الإجراءات المرسومة والمتبعة في رفع الدعاوى.[2]

المطلب الأول: طلب التحكيم

عند نشوء النزاع الذي تم اتفاق التحكيم من أجله، فإن على أحد الطرفين عرضه على المحكم،[3] ويتم ذلك عن طريق طلب يوجهه أحد أطراف التحكيم للطرف الآخر، يقصد بطلب التحكيم ذلك الطلب الذي يسلم من خصم لآخر لإحالة نزاع نشأ بينهما متفق على التحكيم بشأنه إلى هيئة التحكيم. أو الطلب الذي يدعوه فيه لاتخاذ ما يلزم لتشكيل هيئة التحكيم. أو طلب دعوة المدعى عليه للإتفاق على إجراءات التحكيم. [4]

يجب أن يكون الطلب كتابياً ولا يتخذ في هذا الشأن شكلاً معيناً، بصرف النظر عن الصورة التي يأخذها، كإعلان على يد محضر قضائي أو برسالة مضمنة الوصول مع إشعار بالإستلام. وحضور الطرف الآخر يغني عن هذا الإجراء.[5]

---

[1]– لزهر بن سعيد، **التحكيم التجاري الدولي**، مرجع سابق، ص 266.

[2]– سامي بلعابد، **انعقاد الخصومة التحكيمية في القانون الجزائري**، مرجع سابق، ص ص: 113–150.

[3]– أسعد فاضل منديل، **أحكام عقد التحكيم و إجراءاته – دراسة مقارنة** –، مرجع سابق، ص 161.

[4]– نبيل إسماعيل عمر، **التحكيم في المواد المدنية والتجارية الوطنية والدولية**، مرجع سابق، ص 114.

[5]– سامي بلعابد، **انعقاد الخصومة التحكيمية في القانون الجزائري**، مرجع سابق، ص 130.

ولم ينص قانون التحكيم الجزائري على بيانات الطلب، ولكنه لكي يحقق الغرض منه يجب أن يتضمن: اسم الطالب وعنوانه، وذكر من يمثله قانوناً أمام هيئة التحكيم وعنوانه، واسم المدعى عليه وعنوانه، وموجز لموضوع النزاع، وإشارة إلى العقد الذي يتصل به النزاع، وإلى شرط التحكيم أو مشارطة التحكيم. وقد جرت العادة على أن يتضمن الطلب أيضاً إسم المحكم الذي عينه الطالب إذا كانت هيئة التحكيم من أكثر من شخص، وعنوان هذا المحكم ورقم هاتفه، لتيسير الإتصال به من محكم المدعى عليه.[1]

وتنص المادة 1445 من قانون المرافعات الفرنسي على أن طلب التحكيم يمكن أن يقدم من الخصمين معاً، وهو ما يقابله في القانون الجزائري المادة 1010 من قانون الإجراءات المدنية والإداريـــــة، وليس لهذا النص مقابل في التشريع المصري، ويقدم الطلب عندئذ من الطرفين معاً كتابة دون شكل خاص، مع تضمينه البيانات سالفة الذكر. و يجب أن يحمل الطلب توقيع الطرفين أو ممثليهما، ويوجه إلى المحكم أو رئيس هيئة التحكيم أو إلى مركز التحكيم المتفق عليه في شرط التحكيم أو مشارطة التحكيم، حسب الأحوال[2].

المطلب الثاني: تحديد وقت بدء إجراءات التحكيم

حسب رأي الدكتور إبراهيم أحمد إبراهيم فإن إجراءات خصومة التحكيم تبدأ بتقديم المدعي طلب التحكيم متضمناً الإفصاح عن الإعتداء على المركز القانوني له ويطلب حمايته[3]. وإذا رجعنا إلى نص المادة 27 من قانون التحكيم المصري فإننا نجدها تحدد بدء الإجراءات من يوم تسلم المدعى عليه طلب التحكيم مالم يتفق الأطراف على غير ذلك.[4]

ويتفق تحديد بدء الإجراءات بيوم إعلام المدعى عليه بطلب التحكيم مع ما نصت عليه المادة 21 من القانون النموذجي، ونص المادة 2/3 من قواعد اليونسترال الخاصة بالتحكيم.

أما المشرع الجزائري فلم يورد نصاً صريحاً يتعلق بتوقيت بدء إجراءات التحكيم، غير أنه يستخلص من المادة 1018 من قانون الإجراءات المدنية و الإدارية الجزائري، أن تحديد وقت بدء إجراءات التحكيم يبدأ من تاريخ تعيين المحكمين، أو إخطار محكمة التحكيم، حيث نصت على أنه: " يكون اتفاق التحكيم

[1]– فتحي والي، قانون **التحكيم في النظرية والتطبيق**، مرجع سابق، ص ص: 118-119.

[2]– فتحي والي، المرجع **نفسه**، ص ص: 119.

[3]– إبراهيم أحمد إبراهيم، **التحكيم الدولي الخاص**، دار النهضة العربية، القاهرة، 2005، ص 117.

[4]– نبيل إسماعيل عمر، **التحكيم في المواد المدنية والتجارية الوطنية والدولية**، مرجع سابق، ص 144.

صحيحا ولو لم يحدد أجلاً لإنهائه، وفي هذه الحالة يلزم المحكمون إتمام مهمتهم، في ظرف أربعة أشهر تبدأ من تاريخ تعيينهم، أو من تاريخ إخطار محكمة التحكيم". وعليه، فإن ميعاد بدء إجراءات التحكيم يحتسب من تاريخ قيام الأطراف بتشكيل هيئة التحكيم في التحكيم الحر، أو من تاريخ إخطار محكمة التحكيم في التحكيم المؤسسي.[1]

وباستقراء نص المادة 1015 و المادة 1018 من قانون الإجراءات المدنية والإدارية الجزائري يمكن القول بأن إجراءات التحكيم تبدأ من تاريخ إعلان المحكم، أو المحكمين بقبولهم المهمة المسندة إليهم، على اعتبار أن تعيين المحكم فقط دون قبوله لمهمته لا يعتبر تشكيلاً صحيحاً لهيئة التحكيم، وبالتالي لا يمكن اتخاذه كنقطة لبداية الإجراءات، لأن اعتباره كذلك قد يؤدي إلى بطلان حكم التحكيم بحجة أن تشكيل الهيئة لم يكن صحيحا، لعدم إبداء أعضائها لقبولهم مهمة التحكيم، وبالتالي فإن اعتبار تاريخ قبول المحكم، أو المحكمين لمهمتهم يعد الأكثر قبولاً لجعله نقطة بداية إجراءات التحكيم.[2]

وقد أحسن المشرع الجزائري عندما ربط بدأ الإجراءات بصدور موافقة آخر محكم إذا كانت الهيئة مشكلة من أكثر من محكم، وقبول المحكم الفرد لمهمته. وهذا ما ذهب إليه أيضا المشرع الفرنسي في المادة 1456 من قانون المرافعات التي تعتبر أكثر دقة و ملائمة مما نص عليه المشرع المصري، حيث يبدأ ميعاد التحكيم من تاريخ آخر قبول من المحكمين لمهمتهم، إذ به تكون الهيئة قد تشكلت قانوناً.[3]

المطلب الثالث: إجراءات الخصومة أمام المحكمين في التشريع الجزائري

كان قانون الإجراءات المدنية القديم ينص على أنه يفصل في التحكيم وفقا للقواعد القانونية، إلا إذا خول اتفاق التحكيم لهيئة التحكيم سلطة حسم النزاع كمحكمين مفوضين بالصلح. حيث أنه من الآثار الهامة لهذه القاعدة إعفاء المحكمين من اتباع القواعد الموضوعية والشكلية المقررة للخصومة القضائية كما تقتضيه المادة 1019 [4]من قانون الإجراءات المدنية والإدارية الجزائري، ولهم حرية تنظيم الإجراءات التي يرونها مناسبة، ويلزمون فقط باحترام القواعد الضرورية الجوهرية التي يخضع لها القضاة الرسميين

[1]– لزهر بن سعيد، **التحكيم التجاري الدولي**، مرجع سابق، ص 269.

[2]– لزهر بن سعيد، **التحكيم التجاري الدولي**، مرجع سابق، ص 270.

[3]– لزهر بن سعيد، **التحكيم التجاري الدولي**، مرجع سابق، ص 272.

[4] - المادة 1019 ق إ م إ : " تطبق على الخصومة التحكيمية الآجال والأوضاع المقررة أمام الجهات القضائية ما لم يتفق الأطراف على خلاف ذلك".

كاحترام حق الدفاع والوجاهية وغيرها. فيمكنهم حينئذ الفصل في النزاع المعروض عليهم حسبما يرتضيه ضميرهم وقناعاتهم الشخصية وحسب قواعد العدالة دون التقيد بأحكام القانون.

فيمكنهم مثلا استبعاد الدفع بالتقادم المكسب المثار من أحد الأطراف، أو توزيع حصص عقار مشاع بين الورثة دون اللجوء إلى القرعة وحتى وإن كان يوجد قُصَّرْ بين هؤلاء الورثة، كما يمكنهم سماع أشخاص على سبيل الاستدلال دون حضور الأطراف، أو كذلك سماع شهود تلقائيا.

والملاحظ هنا أن قانون الإجراءات المدنية والإدارية لم يمدد هذه القاعدة على بقية المواد فاكتفت المادة 1023 بالنص على أنه يفصل المحكمين وفقا لقواعد القانون، مما يفهم منه أنه يجب على المحكمين تطبيق هذه القواعد في كل الأحوال. وهو ما يتناقض مع نص المادة 1019 من قانون الإجراءات المدنية والإدارية، التي نصت على أن تطبق على الخصومة التحكيمية الأوضاع والآجال المقررة أمام الجهات القضائية ما لم يتفق الأطراف على خلاف ذلك.

ولكن قاعدة المادة 1019 من قانون الإجراءات المدنية والإدارية تطرأ عليها استثناءات يستنتج بعضها من القانون نفسه، والبعض الآخر من الطابع الخاص للتحكيم. فالتكليف بالحضور غير ضروري إذا اتفق الأطراف على شكل آخر. يحضر الأطراف أمام المحكمين بأنفسهم أو بواسطة وكلائهم. ولا مجال هنا لقيد القضية، أو التحقيق والفصل فيها في جلسة علنية.[1]

الفرع الأول: الطلبات المقابلة والتحكيم

إن الطلبات التي يتقدم بها المدعى عليه في الدعوى تأتي دائما بعد تحريك الخصومة وأثناء سيـــرها، وتسمى بالطلبات المقابلة لأن المدعى عليه يقابل بها طلبات المدعي أو يرد بها عليه، ومثال هذه الطلبات أن يطلب المدعي تنفيذ العقد فيقابل المدعى عليه الطلب بطلب الحكم بإبطال العقد نفسه.[2]

بالنسبة لتقديم وسائل الدفاع والمستندات، قرر القانون نظاما خاصا بموجب المادة 1022 من قانون الإجراءات المدنية والإدارية الجزائري، حيث يلزم كل طرف بأن يقدم دفاعه ومستنداته قبل انقضاء أجل التحكيم بخمسة عشرة يوما على الأقل، وإذا امتنع أحد الأطراف عن تقديم وسائل دفاعه ومستنداته يجوز للمحكمين – حسب نفس المادة– إصدار حكمهم بناء على ما قُدم إليهم خلال هذا الأجل كما هو مقرر

[1]– المحامي براهيمي محمد،**التحكيم في التشريع الجزائري**، بحث منشور بتاريخ: 2018/06/05، بالموقع الإلكتروني: https://www.brahimi-avocat.com/pages/billets-en-langue-arabe/1-19.html، متاح بتاريخ: 30 يوليو 2019.

[2]– سامي بلعابد، **انعقاد الخصومة التحكيمية في القانون الجزائري**، مرجع سابق، ص 130.

أمام الجهات القضائية الرسمية، ويجوز للأطراف أن يمثلوا أمام هيئة التحكيم من طرف وكيل[1] أو محام[2]. وفي هذه الحالة يجب أن يتضمن حكم التحكيم الإشارة إلى اسم ولقب المحامين أو من مثل أو ساعد الأطراف.[3]

يمكن للمحكمين مبدئيا الأمر بأي إجراء من إجراءات التحقيق المنصوص عليها في قانون الإجراءات المدنية والإدارية، ولكن إذا ادعي بالتزوير مدنيا في ورقة، أو إذا حصل عارض جنائي، يحيل المحكمين الأطراف إلى الجهة القضائية المختصة، ويستأنف سريان أجل التحكيم من تاريخ الحكم في المسألة العارضة[4]. أقر القانون هذه القاعدة نظرا لخطورة هذا الإجراء ولضرورة اطلاع النائب العام على القضية.[5]

الفرع الثاني: مضاهاة الخطوط

بالرجوع المادة 1021 من قانون الإجراءات المدنية والإدارية التي تمنع المحكمين النظر في الادعاء بالتزوير نجدها لا تشير إلى مضاهاة الخطوط. فهل يجوز إذا للمحكمين مضاهاة خطوط ورقة متنازع فيهـــــــا؟

في اعتقادنا، لا يوجد أي مانع يحول دون ذلك. إذ أن المحكمين حازوا سلطاتهم من إرادة الأطـــراف، ولهم مبدئيا كل السلطات لحل كل العوارض التي قد تطرأ أثناء نظرهم في النزاع، ولا يكون خلاف ذلك إلا في الحالات التي تستلزم فيها المصلحة العامة تدخل المحاكم الرسمية. فمضاهاة الخطوط لا تكتسي في تشريعنا[6] خطورة خاصة كما هو الشأن بالنسبة للادعاء بالتزوير، فلا تستلزم تدخل النيابة العامة بقوة القانون.

الفرع الثالث: إجراءات التحقيق الأخرى

[1]– يجوز للشخص كامل الأهلية توكيل غيره للتقاضي باسمه بمقتضى و كالة خاصة مثبتة بالكتابة، أو بموجب تفويض مكتوب لممثل الشخص المعنوي الذي يكون طرفا في الخصومة التحكيمية.

[2]– المحامي يقوم بتمثيل الأطراف تمثيلا فنياً و هو ما يعرف بالوكالة في الخصومة، وفي هذا الإطار فإنه يتعين التذكير بأن المحامي معفى من تقديم الوكالة و إن كان لا بد له من الناحية العملية أن يعلن تأسيسه في الملف

[3]– المادة 1028فقرة 05 من قانون الإجراءات المدنية و الإدارية الجزائري، مرجع سابق.

[4]– المادة 1021 فقرة 02 من قانون الإجراءات المدنية و الإدارية الجزائري، مرجع سابق.

[5]– المادة 260 من قانون الإجراءات المدنية و الإدارية الجزائري، مرجع سابق.

[6] – المادة 164 وما بعدها من قانون الإجراءات المدنية والإدارية الجزائري، مرجع سابق.

بالنسبة لإجراءات التحقيق الأخرى، فإنه يقوم بها المحكمين جميعا، إلا إذا كان اتفاق التحكيم قد خول لهم سلطة ندب أحدهم للقيام بها [1] وكون القانون لم يخول المحكمين سلطة إلزام الأطراف بتنفيذ أحكامهم، لا يجوز تنفيذ الأحكام التحضيرية الصادرة منهم إلا بأمر يصدره رئيس الجهة القضائية[2]. يمكن إذا للمحكمين الأمر بسماع الشهود، أو الأمر بإجراء خبرة، أو الانتقال للمعاينة، أو توجيه اليمين.

قد تطرأ أمام المحكمين نفس العوارض التي تنشأ أمام المحاكم. فيجوز مثلا للأطراف التمسك أمام المحكمين بالبطلان لعيب في الشكل، كما يمكن للمحكمين الفصل في اختصاصهم إذا أثيرت هذه المسألة أمامهم. أما الدفع بتدخل الضامن، فإنه يكون مبدئيا غير مقبول، لأنه لا يمكن إلزام الضامن بقبول محكمين لم يشارك في تعيينهم.[3]

بالنسبة للعوارض الموضوعية، يجوز بدون شك للمحكمين النظر في الطلبات الإضافية التي تكون بمثابة توابع طبيعية للطلب الأصلي، كالطلبات التي ترمي إلى الحصول على تعويضات أو طلب التنفيذ المعجل.[4] ولكن الطلبات الإضافية الأخرى تكون غير مقبولة لأنها أجنبية عن اتفاق التحكيم. ولنفس السبب، لا يجوز للمحكمين النظر في الطلبات المقابلة إلا إذا كانت بمثابة دفاعا في الدعوى الأصلية. أما التدخل، فلا يكون مقبولا إلا برضا كل الأطراف والمتدخل وكذا المحكمين، لأن من أثر التدخل تغيير شروط اتفاق التحكيم.

الفرع الرابع: اتخاذ التدابير الوقتية أو التحفظية: قد تقتضي طبيعة موضوع النزاع، أو ظروف وملابسات الدعوى المعروضة على هيئة التحكيم سرعة اتخاذ بعض التدابير المؤقتة أو التحفظية؛ تجنباً لأضرار بالغة قد تلحق بأحد الخصوم، نتيجة الإنتظار حتى صدور حكم التحكيم المنهي للخصومة.[5]

بالإطلاع على المادة 1046 من قانون الإجراءات المدنية والإدارية ، يتضح أن المشرع الجزائري قد فتح طريقين أمام الأطراف المحتكمين فيما يتعلق بطلب اتخاذ التدابير المؤقتة أو التحفظية؛ فيجوز

[1]– المادة 1020فقرة 02 من قانون الإجراءات المدنية والإدارية الجزائري، مرجع سابق.

[2]– المادة 1035فقرة 02 من قانون الإجراءات المدنية والإدارية الجزائري، مرجع سابق.

[3]– المحامي براهيمي محمد، **التحكيم في التشريع الجزائري**، بحث منشور بتاريخ: 2018/06/05، بالموقع الإلكتروني: https://www.brahimi-avocat.com/pages/billets-en-langue-arabe/1-19.html، متاح بتاريخ: 30 يوليو 2019.

[4]– المادة 1037من قانون الإجراءات المدنية و الإدارية الجزائري، مرجع سابق.

[5]– أحمد صدقي محمود، **التدابير التحفظية اللازمة للفصل في خصومة التحكيم**، الطبعة الأولى، دار النهضة العربية، القاهرة، 2005، ص 7.

لأي منهم أن يطلب من هيئة التحكيم اتخاذ هذه التدابير متى اتفقوا على ذلك صراحة في اتفاق التحكيم تطبيقاً لنص المادة 1046 فقرة 01 المذكورة أعلاه، وإذا لم يتفقوا على منح الإختصاص بهذه التدابير لهيئة التحكيم في اتفاق التحكيم جاز لأي منهم كذلك أن يطلب اتخاذ هذه التدابير من القضاء تطبيقاً لنص المادة 1046 فقرة 3 من قانون الإجراءات المدنية والإدارية.[1]

وبذلك تكون المادة 1046 فقرة 1 و2 من قانون الإجراءات المدنية والإدارية الجزائري قد أقرت نوعاً من الإختصاص المشترك بين التحكيم والقضاء في مجال الإجراءات المؤقتة أو التحفظية، وذلك لمنح نظام التحكيم أكبر قدر من الفعالية، وهذا ما دفع المشرع الجزائري إلى عدم إخضاع هذه التدابير إلى اختصاص القضاء وحده، وإنما منح هذا الإختصاص أيضاً لهيئة التحكيم متى اتفق الأطراف على ذلك.[2]

وحسناً فعل المشرع لأنه يوجد من المسائل ما يقتضي سرعة إسعاف الخصوم بإجراءات وقتية سريعة حتى لا تضار مصالحهم ضرراً بالغاً إذا ما انتظروا الحكم المنهي للخصومة. واتخاذ تدابير ما من التدابير المؤقتة أو التحفظية أو مسألة ما من المسائل الوقتية التي تقتضيها طبيعة النزاع، مسألة تقديرية لهيئة التحكيم.[3]

ومن أمثلة هذه التدابير طلب الحراسة القضائية، والحجز التحفظي على أموال المدين خوفا من التصرف فيها، وبيع البضائع المعرضة للتلف، وكافة التدابير الأخرى التي ترمي إلى حماية الأموال محل النزاع أو إنقاذ الحق أو حفظ الأدلة.[4]

المطلب الرابع: مجال تدخل قاضي الجهة القضائية الرسمية

قد تطرأ إشكالات أو صعوبات سواء في مرحلة تشكيل محكمة التحكيم، أو أثناء التحكيم. فإذا لم يتفق الأطراف على حل هذه الإشكالات، فإنه يلجأ إلى القاضي ليتخذ قرارا بشأنها.

فقد يتدخل في تعيين المحكم أو المحكمين أو تحديد كيفيات تعيينهم في حالة عدم تضمين اتفاق التحكيم ذلك.[5] ولكن قد يقع أن يرفض أحد الأطراف، بعد نشوء النزاع، تعيين المحكم أو المحكمين، ففي

1– أمال يدر، **الرقابة القضائية على التحكيم التجاري الدولي**، مرجع سابق، ص 96.

2– أمال يدر، **الرقابة القضائية على التحكيم التجاري الدولي**، مرجع سابق، ص 96.

3– لزهر بن سعيد، **التحكيم التجاري الدولي**، مرجع سابق، ص 296.

4– أحمد صدقي محمود، **التدابير التحفظية اللازمة للفصل في خصومة التحكيم**، مرجع سابق ، ص ص : 12–13.

5– المادة 1008 فقرة 2 من قانون الإجراءات المدنية والإدارية الجزائري، مرجع سابق.

هذه الحالة يرجع لرئيس المحكمة إجراء هذا التعيين. ونفس الإجراء يتبع إذا طرأ الإشكال بمناسبة تنفيذ إجراءات تعيين المحكم أو المحكمين.[1] وإذا كان شرط التحكيم باطلا أو غير كاف لتشكيل محكمة التحكيم، فإن رئيس المحكمة يعاين ذلك ويصرح بأن لا وجه للتعيين.[2]

هذه القواعد التي أقرتها المادة 1009 من قانون الإجراءات المدنية والإدارية وردت في الباب المتعلق بشرط التحكيم ولكن في نظرنا لا يمنع تمديدها لاتفاق التحكيم. يلجأ كذلك إلى رئيس المحكمة الذي يفصل في الصعوبة في حالة رفض المحكم المعين القيام بالمهمة المسندة إليه إذ يمكنه حينئذ استبداله بغيره .[3]

وفي مجال رد المحكم، فإذا وقع نزاع بشأن المحكم ولم يتضمن نظام التحكيم كيفية تسويته، أو لم يسع الأطراف لتسوية إجراءات الرد، فإن القاضي هو الذي يفصل في هذا النزاع بناء على طلب من يهمه التعجيل.[4] ويرجع كذلك لرئيس المحكمة تمديد الأجل المحدد لإنهاء اتفاق التحكيم في حالة عدم موافقة الأطراف على ذلك.[5]

الفرع الأول: القاضي المختص بتسوية العوارض والإجراءات

لم ينص قانون الإجراءات المدنية والإدارية على قاعدة عامة تحدد من هو القاضي المختص نوعيا للفصل في الإشكالات والصعوبات التي قد تطرأ أثناء التحكيم، ولكنه تطرق لهذه المسألة في نصوص مبعثرة، غير أنها كلها تشير إلى اختصاص رئيس المحكمة (م.1018،1012،1009، 1021، 1041، 1042 ق.إ.م.إ.)، مع أنه ورد نصا فريدا يشير إلى اختصاص القاضي وهو نص المادة 1016 فقرة 4 ق.إ.م.إ. وهذا النص لا يمكن الأخذ به لأنه جاء فضفاضا ولم يحدد أي قاض يقصد، ولذلك فإن رئيس المحكمة يكون هو المختص وحده للفصل في إشكالات التحكيم.

المادة 1009 من قانون الإجراءات المدنية والإدارية تنص عن اختصاصين إقليميين إذا تعلق الأمر بصعوبة تخص تشكيل محكمة التحكيم، أو تخص تنفيذ إجراءات تعيين المحكمين. في هذه الحـــــــالات، فإن رئيس المحكمة المختص هو رئيس المحكمة الواقع في دائرة اختصاصها مكان إبرام

[1]– المادة 1009 فقرة 1 من قانون الإجراءات المدنية والإدارية الجزائري، مرجع سابق.

[2]– المادة 1009 فقرة 2 من قانون الإجراءات المدنية والإدارية الجزائري، مرجع سابق.

[3]– المادة 1012 فقرة 3 من قانون الإجراءات المدنية والإدارية الجزائري، مرجع سابق.

[4]– المادة 1016 من قانون الإجراءات المدنية والإدارية الجزائري، مرجع سابق.

[5]– المادة 1018 فقرة 2 من قانون الإجراءات المدنية و الإدارية الجزائري، مرجع سابق.

العقد أو مكان تنفيذه. هذه القاعدة وردت في القسم الأول الخاص بشرط التحكيم، فهل تمدد للصعوبات الناشئة عن اتفاق التحكيم؟

النصوص الأخرى التي تشير إلى تدخل رئيس المحكمة تنص فقط على أن أي إشكال أو صعوبة يرفع إلى رئيس المحكمة المختص دون تحديد تفاصيل عن مجال الإختصاص، لهذا نعتقد أن قاعدة المادة 1009 تطبق في كل الحالات سواء تعلق الأمر بإشكال ناتج عن شرط التحكيم أو عن اتفاق التحكيم.

القاضي المختص إذاً لتسوية أي إشكال قد يطرأ أثناء التحكيم هو رئيس المحكمة. الأصل أن رئيس المحكمة يفصل في الطلبات المرفوعة إليه إما عن طريق أوامر على ذيل العريضة أي أوامر ولائية لا تستوجب حضور الخصم، وإما عن طريق أوامر استعجالية تستلزم تكليف الخصم بالحضور. فهل يرفع طلب تسوية الإشكال المتصل بإجراءات التحكيم إلى رئيس المحكمة عن طريق عريضة ليفصل فيه بأمر ولائي، أم يقدم له الطلب بصفته قاضي الأمور المستعجلة؟

قانون الإجراءات المدنية القديم كان واضحا إذ أسند الاختصاص إلى رئيس الجهة القضائية الذي يصدر أمره على عريضة تقدم له؛ أي بموجب أمر على عريضة وليس بأمر استعجالي[1].

أما قانون الإجراءات المدنية والإدارية الحالي فلم يفصل في المسألة بصفة قطعية واكتفى بالنص على أن القرار يتخذ من طرف رئيس المحكمة بموجب " أمر" [2]، وأن القاضي يفصل بأمر بناء على طلب من يهمه التعجيل.[3] هذا وأن المادة 1016 تنص كذلك أنه في حالة نزاع حول رد المحكم فإن الأمر الذي يصدره القاضي يكون غير قابل لأي طعن. كل هذا يوحي بأن رئيس المحكمة يفصل في الإشكالات التي قد تطرأ أثناء التحكيم بموجب أمر على العريضة وليس عن طريق الاستعجال. ويرفع الإشكال في تنفيذ إجراءات التحكيم إلى رئيس المحكمة من قبل الطرف الذي يهمه التعجيل، وهذا ما أكدته المادة 1016 من قانون الإجراءات المدنية والإدارية.

المادة 1016 من قانون الإجراءات المدنية والإدارية التي تحدد أسباب وإجراءات رد المحكم تنص صراحة أن الأمر الصادر في النزاع حول إجراءات الرد يكون غير قابل لأي طعن. هذا النص ورد في القسم الثالث المتعلق بالأحكام المشتركة، فهل يمدد لكل الأوامر التي يتخذها رئيس المحكمة في مجال

[1]– المادة 444 فقرة 4 من قانون الإجراءات المدنية والإدارية الجزائري، مرجع سابق.

[2]– المادة 1012 فقرة 3 من قانون الإجراءات المدنية والإدارية الجزائري، مرجع سابق.

[3]– المادة 1016 فقرة 4من قانون الإجراءات المدنية و الإدارية الجزائري، مرجع سابق.

التحكيم؟ نعتقد أن قاعدة المادة 1016 ليست قاعدة عامة تطبق على كل الأوامر، ولكنها تخص فقط النزاعات المتعلقة برد المحكم، وذلك لأن موضوع رد المحكم ذو طبيعة خاصة.

وأمام انعدام نص عام وصريح يمنع الطعن في الأوامر التي يصدرها رئيس المحكمة، فإنه يجب تطبيق القواعد المقررة للأوامر على العرائض في مجال الطعن والمنصوص عليها في المادة 312 من قانون الإجراءات المدنية والإدارية.

الفرع الثاني: عدم اختصاص المحكمة العادية في حالة وجود اتفاق التحكيم

إذا نشأ نزاع بين أطراف شرط التحكيم فقد تطرأ حالتين:

الحالة الأولى: هي الحالة التي يطلب فيها أحد طرفي شرط التحكيم من الطرف الآخر تنفيذ شرط التحكيم، فهذا الأخير يرفض أو يثير إشكالا. ففي هذه الحالة، يجب اللجوء إلى رئيس المحكمة الذي سيتخذ أمرا في ذلك.

الحالة الثانية: وهي الحالة التي تهمنا والتي تتمثل في لجوء أحد طرفي شرط التحكيم إلى طرح النزاع أمام المحكمة العادية خرقا للاتفاقية. فهل تكون المحكمة العادية مختصة للفصل في النزاع رغم شرط التحكيم؟

الواقع أن قانون الإجراءات المدنية والإدارية لم يتضمن نصا صريحا حول هذه المسألة ولكن لا شك أنه يجب على الجهة القضائية العادية التصريح بعدم اختصاصها إذا رفع إليها نزاع كان محل شرط التحكيم أو اتفاق التحكيم. على أنه لا يجب أن تقضي به المحكمة من تلقاء نفسها، بل يجب أن يثار من قبل أحد أطراف عقد التحكيم.

المطلب الخامس: نطاق خصومة التحكيم

إذا كان الأصل هو أن يكون لخصومة التحكيم طرفان، المحتكم والمحتكم ضده، فقد يتعدد الأطراف. فيمكن أن يتعدد المحتكمون أو يتعدد المحتكم ضدهم، كما هو الحال بالنسبة للخصومة التحكيمية المتعلقة بعقود التسهيلات المصرفية – مجال دراستنا– والتي تتعدد أطرافها كما سبق الإشارة إليه في الفصل الأول من الباب الثاني للأطروحة.

والسؤال الذي يطرح هنا، هل يمكن للبنك الكفيل أو الضامن – حسب الحالة – أن يتدخل في الخصومة التحكيمية لوجود مصلحة له في ذلك؟ وهل يمكن أن يتم إدخاله في الخصام من أحد الأطراف للدفاع عن حقوقه؟

فيما يلي سنتحدث عن كل حالة على حدا:

الفرع الأول: مدى إمكانية تدخل الغير في الخصومة التحكيمية

التدخل في الخصومة سواء كانت قضائية أم تحكيمية، يعني تدخل شخص من الغير بإرادته في خصومة قائمة، إمّا للمطالبة بحق خاص وهو ما يطلق عليه التدخل الأصلي أو الهجومي، أو منضماً لأحد الخصوم في طلباته وهو ما يطلق عليه التدخل الإختياري أو التدخل الإنضمامي. وهنا يشترك شخص من الغير في خصومة لم يرفعها ولم توجه إليه، متى رأى أن هذه الدعوى مرتبطة بمصلحة له أو مؤثرة على حق من حقوقه[1].

فإذا كان الاتفاق على التحكيم متعدد الأطراف، وبدأت خصومة التحكيم بين طرفين، فإنه لا يوجد ما يمنع طرف من أطراف اتفاق التحكيم من أن يتدخل منضماً إلى أحد الطرفين في طلباته إذا كانت له مصلحة في هذا. ذلك أن المتدخل انضماميا لا يطالب بحق له ويقتصر دوره على مساعدة من تدخل إلى جانبه، فهو مجرد طرف تابع له. ومن ناحية أخرى فإن للطرف في اتفاق التحكيم الذي لم يدخل في الخصومة أن يتدخل فيها تدخلاً هجومياً أو انضمامياً مستقلاً.[2]

والتدخل الهجومي، يطالب فيه المتدخل بشيء لنفسه، وهو يشغل دائما مركز المدعي، ويوجه طلباته إمّا إلى أحد الخصوم أو لهما معاً. والأصل أنه لا يجوز قبوله في خصومة التحكيم. حتى لو توافرت للمتدخل مصلحة من تدخله. وذلك لأن اتفاق التحكيم لا ينصرف إليه؛ كما أن تدخله يعني التعبير عن إرادته في الانضمام لاتفاق التحكيم على نحو يعتبر طرفاً فيه، ويشترط لذلك موافقة الخصوم على هذا الوضع. وتعبيرهم عن الموافقة قد يتخذ نص صريح في الاتفاق على التحكيم، وقد يتم هذا الاتفاق بعد بدء الخصومة، وفي هذه الحالة يجب موافقة هيئة التحكيم؛ لأن تدخل الغير يقتضي جهدا ووقتاً إضافياً من هيئة التحكيم، وهذا يؤثر في تقدير أتعابها. ومن جهة أخرى فهي مقيدة بإصدار حكمها في أجل معين وقد يسفر قبول التدخل عن التأثير في هذا الأجل. لذا يجب موافقتها. كذلك قد تتخذ موافقة الخصوم على قبول التدخل صورة عدم اعتراض الخصوم على التدخل، مما يعني الموافقة على انضمامه إلى الخصومة. وإذا ما تم التدخل والموافقة عليه فإن المتدخل يعتبر بمثابة طرف في اتفاق التحكيم.[3]

---

[1]– طارق سمير طلبة دويدار، **الأبعاد القانونية لامتداد شرط التحكيم**، مرجع سابق، ص 255.

[2]– فتحي والي، **قانون التحكيم في النظرية والتطبيق**، مرجع سابق، ص 343.

[3]– نبيل إسماعيل عمر، **التحكيم في المواد المدنية والتجارية الوطنية والدولية**، مرجع سابق، ص 122.

على أنه يلاحظ أنه إذا كان تعدد الخصـــوم وجوبيا، فإن للطرف في اتفاق التحكيم الذي لم يكن طرفاً في الخصـــومة عند بدئها التدخل فيها، وليس لهيئة التحكيم – عندئذ – ســـلطة عدم قبول هذا التدخل. إذ أن هذا التدخل لازم لصـــحة إجراءات الخصـــومة. وإذا قبل التدخل، فلا يجوز للمتدخل الإنضـــمامي أن يعين محكما جديدا عنه. أما إذا كان التدخل هجوميا فإن من حقه أن يعين محكما عنه، ويلزم عندئذ إعادة تشكيل الهيئة مع مراعاة أن يكون عددها وتراً.[1]

أما من لم يكن طرفاً في اتفاق التحكيم، فليس له التدخل إنضـــمامياً أو هجومياً في خصـــومة التحكيم، إلا إذا قبل الأطراف تدخله.[2]

الفرع الثاني: مدى إمكانية إدخال الغير في الخصومة التحكيمية

تعني فكرة إدخال الغير في الخصـــومة إجباره على أن يصـــبح طرفاً فيها، ويكون ذلك إمّا بنص قانوني أو بطلب من أحد الخصوم، أو بأمر تصدره المحكمة من تلقاء نفسها.[3]

أما بالنســبة لخصــومة التحكيم، فإن النشــأة الإتفاقية لها وربط النطاق الشــخصــي للخصــومة التحكيمية بأطراف اتفاق التحكيم، يحولان دون اختصــام الغير أمام هيئة التحكيم، إذا لم يكن هذا الغير طرفاً من أطراف اتفاق التحكيم، أو ممن يمتد إليهم هذا الاتفاق، ســواء كان هذا الإختصـــام ابتداءً أو عن طريق إدخاله في الخصومة، فإذا أدخل في الخصومة من لم يكن طرفاً في اتفاق التحكيم، ولا من الغير الذين يمتد إليهم هذا الاتفاق، فإن له أن يطلب إخراجه منها، ذلك أنّ ولاية الهيئة التحكيمية مستمدة من اتفاق التحكيم، وهذا الاتفاق نسبي الأثر. وعليه، لا يمكن إلزام الغير الذي لم يكن طرفاً في اتفاق التحكيم أو ممن يمتد إليه هذا الاتفاق بالخضوع لسلطة المحكمين.[4]

على أنه يمكن إدخال الغير الذي ليس طرفاً في اتفاق التحكيم بناء على طلب من طرفي التحكيم وموافقة الشخص المطلوب إدخاله. فإدخال شخص مـــن الغير بناءً علـــى طلب أحـــد طرفي الخصومـة، دون موافقة الطرف الآخر والغير المطلوب إدخاله لا يجوز إلاّ إذا كان هذا الغير طرفاً في

[1]– فتحي والي، **قانون التحكيم في النظرية والتطبيق**، مرجع سابق، ص 343.

[2]– فتحي والي، **قانون التحكيم في النظرية والتطبيق**، مرجع سابق، ص 344.

[3]– فهيمة أحمد علي القماري، **أثر اتفاق التحكيم بالنسبة للغير"دراسة مقارنة في التشريع المصري وتشريعات دول الخليج العربي**، دار النهضة العربية، القاهرة، 2005، ص 562.

[4]– طارق سمير طلبة دويدار، **الأبعاد القانونية لامتداد شرط التحكيم**، مرجع سابق، ص ص: 253، 254.

اتفاق التحكيم. ولا يجوز إدخال الغير، ولو كان مدينا متضـــامناً مع المحتكم ضـــده الطرف في اتفاق التحكيم، دون تلك الموافقة.[1]

ولا مانع من إدخال الغير في الخصـــومة التحكيمية، حيث يمكن للأطراف اختصـــام من لم ترفع الدعوى منهم أو عليهم وكانوا أطرافاً في اتفاق التحكيم، وذلك حيث تقوم خصـــومة التحكيم من أحد الأطراف المتعددة دون الآخرين، وترفع على واحد دون غيرهم. كذلك يجوز اختصـــام الغير الذين يمتد إليهم الاتفاق على التحكيم. أمّا غير هؤلاء ممن لا ينصـــرف إليهم الاتفاق على التحكيم فلا يجوز اختصامهم في خصومة التحكيم، وإن اختصموا جاز لهم الدفع بعدم جواز اختصامهم، والحكم الصادر في الخصـومة لا يكون حجة عليهم، بل أن الحكم الصـادر ضـد الغير هنا يكون باطلاً بطلاناً متعلقاً بالنظام العام، لصدور الحكم دون وجود اتفاق تحكيم بالنسبة للشخص المدخل، ممّا يعتبر عدوانا على ولاية المحاكم.[2]

ويلاحظ في هذا المقام أن الغير الذي يختصـــم بإرادة من اختصـــمه من أطراف الخصـــومة قد يحضـر ولا يبدي اعتراضـاً على اختصـامه ويكون ذلك منه بمثابة إرادة ضـمنية بالإنضـمام إلى اتفاق التحكيم، تلتقي بإرادة من اختصمه ويصير طرفاً في اتفاق التحكيم ويصير اختصامه صحيحاً.[3]

وعلة ما تقدم أن ولاية هيئة التحكيم مستمدة من اتفاق التحكيم، وهذا الاتفاق نسبي الأثر. ولهذا لا يمكن إلزام الغير أو من لا يمتد إليه الاتفاق بالخضـوع لسـلطة المحكمين. وتطبيقاً لهذا لا تقبل دعوى الضمان الفرعية في خصومة التحكيم إلاّ إذا كان الضامن طرفا في الاتفاق على التحكيم.[4]

وهيئة التحكيم ليس لها من تلقاء نفسها اختصام من لا تنصرف إليه آثار الاتفاق على التحكيم في الخصـومة، وإلاّ كان حكمها باطلاً. أمّا إذا كان اتفاق التحكيم يمتد إلى الغير فإنه يجوز لهيئة التحكيم أن تختصمه أي تدخله في الخصام. ويتم الإختصام أيا كان شكله و من قام به بالإجراءات ذاتها التي يتم بها تحريك الخصومة.[5]

[1]– فتحي والي، **قانون التحكيم في النظرية والتطبيق**، مرجع سابق، ص 342.

[2]– أحمد هندي، **التحكيم دراسة إجرائية**، مرجع سابق، ص 38.

[3]– نبيل إسماعيل عمر، **التحكيم في المواد المدنية والتجارية الوطنية والدولية**، مرجع سابق، ص 124.

[4]– فتحي والي، **قانون التحكيم في النظرية والتطبيق**، مرجع سابق، ص 341.

[5]– نبيل إسماعيل عمر، **التحكيم في المواد المدنية والتجارية الوطنية والدولية**، مرجع سابق، ص 124.

وإذا كانت هيئة التحكيم هي التي أمرت به فعليها تحديد الطرف الذي يقع على عاتقه عبء إدخال من تأمر باختصامه وأن تحدد له الموعد المناسب لاختصامه.[1]

وإذا كان موضـــوع النزاع محل التحكيم عبارة عن علاقة قانونية متعددة الأطراف وغير قابلة للتجزئة، فإنه إذا لم يشتمل اتفاق التحكيم أصلاً كل أطراف الرابطة القانونية جميعاً، ولم يقبل تدخل أو إدخال الطرف الذي لا يشـــمله الاتفاق على التحكيم، فإنه لا محل للإســـتمرار في خصـــومة التحكيم ويصبح النزاع من اختصاص القضاء العام في الدولة وحده.[2]

وخلاصـــة القول وكإجابة عن الســـؤالين المطروحين بشـــأن إمكانية تدخل أو إدخال البنك الكفيل أو الضامن للمدين الذي يجمعه بالدائن اتفاق تحكيم في الخصومة التحكيمية بين الدائن والمدين، نقول إن الأمر يتوقف عما إذا كان البنك الكفيل أو الضامن لالتزامات المدين طرفاً في اتفاق التحكيـــــــم أم لا، فإذا كان كذلك فإنه يمكنه التدخل في الخصـومة التحكيمية بكل حرية، كما يمكن ايضـاً اختصـامه من أطراف النزاع. أما إن كان ليس طرف في اتفاق التحكيم فإن تدخله أو إدخاله في الخصومة مرهون بموافقة أطراف النزاع، ثم هيئة التحكيم.

[1]– نبيل إسماعيل عمر، **التحكيم في المواد المدنية والتجارية الوطنية والدولية**، مرجع سابق، ص 124.

[2]– نبيل إسماعيل عمر، **التحكيم في المواد المدنية والتجارية الوطنية والدولية**، مرجع سابق، ص 124.

الفصل الرابع

حكم التحكيم و آثاره على بعض صور المنازعات المصرفية

الفصل الرابع : حكم التحكيم وآثاره على بعض صور المنازعات المصرفية

إذا كان التحكيم يبدأ باتفاق فإنه ينتهي بحكم يفصـــل في خصـــومة التحكيم. وحكم التحكيم هو الهدف الحقيقي والعملي لكل نظام التحكيم،[1] وهو القرار الصـــادر من محكم له الولاية بناء على اتفاق تحكيم، فاصـل في نزاع موضـوعي أو إجرائي مما يدخل في اختصـاصـه و ولايته بالشـكل الذي يحدده القانون أو المتفق عليه، ويجب أن يكون مكتوبا.[2]

ولإصـدار حكم التحكيم يجب أن تتبع الهيئة مجموعة من الإجراءات، تتعلق بشـكل الحكم والميعاد المحدد له.

و قد أخضـعت جميع التشـريعات الدولية والوطنية – التي نظمت التحكيم– حكم التحكيم للمراجعة القضـائية، سواء بالطعن فيه بعد صـدوره أو عند طلب الأمر بتنفيذه. وإذا كانت جميع التشريعات تتفق على ضـــرورة مراجعة حكم التحكيم أمام القضـــاء، فإنها تختلف في وســـيلة هذه المراجعة وطبيعتها ونطاقها.

وسوف نقسم هذا الفصل إلى ثلاث مباحث كالآتي:

المبحث الأول: المقتضيات الأساسية لحكم التحكيم المصرفي

المبحث الثاني: وسائل مراجعة حكم التحكيم المصرفي

المبحث الثالث: آثار الحكم التحكيمي على بعض صور العمليات المصرفية

المبحث الأول: المقتضيات الأساسية لحكم التحكيم المصرفي:

[1]– أحمد هندي، **التحكيم دراسة إجرائية**، مرجع سابق، ص 88.

[2]– نبيل إسماعيل عمر، **التحكيم في المواد المدنية والتجارية الوطنية والدولية**، مرجع سابق، ص 171.

تعد هذه المقتضـــيات بمثابة الأركان الجوهرية لحكم التحكيم، وقد يؤدي تخلف أحدها إلى إمكانية بطلان حكم التحكيم، فحتى ينتج الحكم التحكيمي آثاره القانونية، فلا بد من توفر شـــروط معينة وفقاً للقواعد التحكيمية، بالإضـافة إلى ضـرورة اكتسـائه شكلية معينة، وأن يصـدر في ميعاد يحدده الأطراف أو القانون، وهذا ما سنتحدث عنه فيما يلي:

المطلب الأول: الشروط السابقة لصدور حكم التحكيم المصرفي:

يمر الحكم قبل صـــدوره بعدة مراحل وإجراءات ومتطلبات، يؤدي تخلفها إلى إمكانية بطلان حكم التحكيم، وسنوردها فيما يلي:

الفرع الأول: المداولة

بداية من البديهي القول بأن المداولة لا تكون إلاّ إذا كانت هيئة التحكيم مشـــكلة من أكثر من محكم، فإذا لم يتعدد المحكمون فإما المحكم يصـــدر حكمه بطبيعة الحال بغير مداولة، وعليه فإن المداولة تكون بين أعضـاء هيئة التحكيم في حال تعددهم، للإتفاق على وجه الحكم في الدعوى، حينما تصـــبح مهيأة للحكم فيها بتمام تحقيقها، وانتهاء المرافعة فيها، وإبداء الخصـــوم طلباتهم الختامية.[1] ومعنى المداولة أن يتبادل المحكمون الرأي فيما بينهم بالنسـبة للوقائع، والقواعد واجبة التطبيق، والقرار الذي ينتهي إليه كل منهم بالنسبة لتطبيق القانون على تلك الوقائع، والنتيجة التي يخلصون إليها حسماً للنزاع.[2]

الفرع الثاني: وجوب صدور الحكم من الهيئة بكامل تشكيلها:

سبق وأن أشرنا إلى أن هيئة التحكيم تشكل من محكم واحد أو أكثر، فإذا لم يتفق الأطراف على عدد المحكمين كان عددهم ثلاثة وإذا تعدد المحكمون وجب أن يكون عددهم وتراً، وإلاّ كان التحكيم باطلاً، وذلك حتّى يتسنى الترجيح في حالة تساوي الأصوات.[3]

وقد أقرت المادة 40من قانون التحكيم المصـري وكذا المادة 1026 من قانون الإجراءات المدنية والإدارية الجزائري هذه القاعدة وأوجبت صدور الحكم التحكيمي بأغلبية الآراء إن تعددوا.

المطلب الثاني: الشروط الشكلية لصدور حكم التحكيم المصرفي

---

[1]– أحمد بشير الشرايري، **بطلان حكم التحكيم ومدى رقابة محكمة النقض(التمييز) عليه – دراسة مقارنة**–، مرجع سابق، ص 157.

[2]– فتحي والي، **التحكيم بين النظرية والتطبيق**، مرجع سابق، ص 428.

[3]– علي عوض حسن، **التحكيم الإختياري والإجباري في المنازعات المدنية والتجارية**، مرجع سابق، ص 170.

لحكم التحكيم شـــروط شـــكلية ينبغي توافرها وإلا كان الحكم قابلا للإبطال من طرف أطرافه. وهي كما يلي:

الفرع الأول: الكتابة:

يعتبر شرط الكتابة شرطاً جوهرياً لصحة الحكم بصفة عامة، فالكتابة كما هو معلوم وسيلة أساسية للإثبات، وتعد الكتابة من أهم الشروط التي تتطلبها القوانين الوطنية في حكم التحكيم، حيث لا يتصور صدور حكم تحكيمي بشكل شفهي من المحكمين نظراٍ لما يترتب على ذلك من ضياع لحقوق أطراف الخصـومة، ونشـوب خلافات كثيرة تعترض تنفيذ حكم التحكيم، وقد يكون عرضـة للنسـيان من قبل المحكـم الذي أصدره، وتعـــد مرحلة إصدار الحكم هـــي المرحلـــة النهائيـة لإجراءات خصومة التحكيم، وذلك لأن الحصول على حكم التحكيم كتابة هو هدف الأطراف وغايتهم، ففيه يتم الفصل في النزاع، وبموجبه يحصل كل ذي حق على حقه.[1]

ولا يغير من الأمر شـيئا إذا كان هناك اتفاق بين الأطراف على أن تصـدر هيئة التحكيم حكمها شـفاهة، وذلك لأن قانون التحكيم، وإن أعطى للأطراف الاتفاق على الإجراءات المتبعة دون التقيد بما ينص عليه، إلاّ أن هذه السلطة لا تشمل الاتفاق على عدم صدور الحكم كتابة.[2]

وقد اعتبرت المادة 43 فقرة 01 من قانون التحكيم المصـري الكتابة شـرطا لوجود حكم التحكيم لا لإثباته، فصـدوره شـفاهة لا يتحقق به وصـف الحكم مع ما يتضـمنه من آثار ولا يكتسـب هذا الحكم حجية الأمر المقضـي به، ولا يكون واجب النفاذ، وذلك لأن المشـرع تطلب لإصـدار أمر التنفيذ إيداع صورة من الحكم، ولا يتحقق ذلك إلاّ بالكتابة.[3]

ونلاحظ أن بعض القوانين لم تنص صـراحة على وجوب أن يكون حكم التحكيم مكتوبا[4] كالمشـرع الجزائري الذي اكتفى بالإشارة إلى وجوب أن يكون حكم التحكيم مكتوباً و ذلك من خلال استقراء نص المادة 1027 من قانون الإجراءات المدنية و الإدارية الجزائري التي نصـت على وجوب أن يتضـمن

---

[1]– فضل محمد أحمد الفهد، **شروط وإجراءات تنفيذ أحكام التحكيم – دراسة مقارنة**–، دار الفكر الجامعي، الإسكندرية، 2020، ص ص: 26– 27.

[2]– محمد نعيم علوة، **موسوعة القانون الدولي العام، التحكيم الدولي**، الجزء الثاني عشر، الطبعة الأولى، منشورات زين الحقوقية، بيروت، 2012، ص 125.

[3]– فضل محمد أحمد الفهد، **شروط و إجراءات تنفيذ أحكام التحكيم – دراسة مقارنة**– ، مرجع سابق، ص 27.

[4]– واكتفت بأن يتضمن حكم التحكيم بعض البيانات اللازمة كالقانون اللبناني، والسعودي والفلسطيني لتفاصيل أكثر راجع: محمد نعيم علوة، **موسوعة القانون الدولي العام، التحكيم الدولي**، مرجع سابق، ص 126.

حكم التحكيم عرضا موجزا لادعاءات الأطراف و أوجه دفاعهم، وكذا نصه في المادة 1028 من نفس القانون على البيانات التي يجب أن يتضمنها حكم التحكيم، حيث أنه لا يمكن أن تذكر هذه المعلومات شفاهة وإنما لا بد من أن تدون في وثيقة مكتوبة، ناهيك عن اشتراط المشرع الجزائري في المادة 1029 من نفس القانون أن توقع أحكام التحكيم من قبل جميع المحكمين. وبالتالي فإن حكم التحكيم لا بد أن يرد مكتوبا ليتم التوقيع عليه.

أما المشرع الفرنسي فقد نص بالمادة 1471 من قانون المرافعات على أنه: " يجب أن يتضمن حكم التحكيم على ملخص لادعاءات الأطراف، ويجب أن يكون حكم التحكيم مسببا"[1] والحكم هنا لكي يتضمن هذه المعلومات والبيانات، لا بد أن يكون مكتوباً.

الفرع الثاني: بيانات حكم التحكيم المصرفي

يتضمن حكم التحكيم حسب المادة 1028 من قانون الإجراءات المدنية والإدارية الجزائري البيانات التالية:

1- إسم ولقب المحكم أو المحكمين.

2- تاريخ صدور الحكم.

3- مكان إصداره.

4- أسماء وألقاب الأطراف وموطن كل منهم وتسمية الأشخاص المعنوية ومقرها الاجتماعي.

5- أسماء وألقاب المحامين أو من مثل أو ساعد الأطراف عند الإقتضاء.

الفرع الثالث: تسبيب الحكم

تنص المادة 43 فقرة 02 من قانون التحكيم المصري على وجوب أن يكون حكم التحكيم مسبباً إلاّ إذا اتفق أطراف التحكيم على غير ذلك، أو كان القانون الواجب التطبيق على إجراءات التحكيم لا يشترط ذكر أسباب الحكم.[2] إلا أن المشرع الجزائري لم يترك المجال للأطراف للإتفاق على عدم تسبيب الحكم حيث نص في المادة 1025 من قانون الإجراءات المدنية و الإدارية في فقرتها الثانية على أنه: "يجب أن تكون أحكام التحكيم مسببة".

---

[1]- محمد نعيم علوة، **موسوعة القانون الدولي العام، التحكيم الدولي**، مرجع سابق، ص 126.

[2]- نبيل إسماعيل عمر، **التحكيم في المواد المدنية والتجارية الوطنية والدولية**، مرجع سابق، ص 171.

ونفس الشـــيء ذهب إليه المشـــرع الفرنســـي الذي يلزم أن يكون حكم التحكيم مســـبباً، ولا يســـمح للأطراف الاتفاق على إعفاء هيئة التحكيم من التسبيب.[1]

الفرع الرابع: ميعاد إصدار الحكم

إذا كان لهيئة التحكيم سـلطة الفصـل في النزاع محل التحكيم، فإن هذه السـلطة يجب أن تمارس خلال الميعاد المحدد، ولهذا فإن حكم التحكيم المنهي للنزاع كله يجب أن يصدر خلال هذا الميعاد.

ويلاحظ أن المدة التي حددها المشـرع الجزائري (4 أشـهر) تتماشـى مع مزايا نظام التحكيم، ألا وهي السرعة، على عكس الميعاد الذي حدده المشرع المصري (12 شهر) الذي يبدو طويـــلا نوعـــاً ما،[2] ولا يتناسب مع أهم خاصية يتميز بها نظام التحكيم، وهي السرعة.

الفرع الخامس: التوقيع على الحكم التحكيمي

استلزم المشرع في المادة 1/43 من قانون التحكيم المصري توقيع المحكم على حكم التحكيم يقوم المحكم بتوقيع حكم التحكيم بمفرده، مالم تكن هيئة التحكيم تتكون من مجموعة من المحكمين، فإنهم يوقعون جميعهم على حكم التحكيم، وفي حالة امتناع بعضـهم عن التوقيع فإنه يكتفي بتوقيع غالبيتهم، على أن يثبت في الحكم الدواعي التي أدت إلى عدم توقيع الأقلية، وبالتالي فلا يشـترط توافر الإجماع لصدور حكم التحكيم، بل يكتفي بتوافر الأغلبية.[3]

وهذا ما نصـت عليه المادة 1029 من قانون الإجراءات المدنية والإدارية الجزائري بقولها: " توقع أحكام التحكيم من قبل جميع المحكمين. وفي حالة امتناع الأقلية عن التوقيع يشير بقية المحكمين إلى ذلك، ويرتب الحكم أثره باعتباره موقعا من جميع المحكمين.

الفرع السادس: تسليم صورة الحكم وإيداع أصله

إذا صـــدر حكم التحكيم المنهي للخصـــومة وجب على هيئة التحكيم أن تسـلم صـورة من هذا الحكم، لا تحمل توقيعات جميع المحكمين أو أغلبيتهم، على النحو السـابق تفصـيله لكل طرف، وقد حدد المشرع المصري مدة 30 يوماً من تاريخ صدور الحكم ميعاداً لإتمام هذا التسليم. ولم يورد المشرع الجزائري أي نص بشـأن تسـليم الحكم. ولكن يسـتخلص من نص المادة 1035 من قانون الإجراءات

[1]– Jaen-Louis Devolve, **Essai sur la motivation des arbitrales**, Rev. Arb, 1989, n° 2, P1 149.

[2]– لزهر بن سعيد، **التحكيم التجاري الدولي**، مرجع سابق، ص 137.

[3]– فضل محمد أحمد الفهد، **شروط وإجراءات تنفيذ أحكام التحكيم – دراسة مقارنة**–، مرجع سابق، ص 33.

المدنية والإدارية الجزائري أن الهيئة ملزمة بتسليم صورة من الحكم للأطراف حيث نصت على أنه: " .... ويودع أصل الحكم في أمانة ضبط المحكمة من الطرف الذي يهمه التعجيل".

المبحث الثاني: وسائل مراجعة حكم التحكيم في بعض التشريعات الدولية والوطنية

أخضعت جميع التشريعات الدولية والوطنية – التي نظمت التحكيم– حكم التحكيم للمراجعة القضائية، سواء بالطعن فيه بعد صدوره أو عند طلب الأمر بتنفيذه. وإذا كانت جميع التشريعات تتفق على ضرورة مراجعة حكم التحكيم أمام القضاء، فإنها تختلف في وسيلة هذه المراجعة وطبيعتها ونطاقها.

وفيما يلي سنتعرض لوسائل مراجعة حكم التحكيم في أهم التشريعات الدولية والوطنية.

المطلب الأول: وسائل مراجعة حكم التحكيم في بعض التشريعات الدولية

نكتفي هنا بالتطرق لوسائل مراجعة حكم التحكيم حسب كل من اتفاقية نيويورك لسنة 1958 بشأن الإعتراف بقرارات التحكيم الأجنبية وتنفيذها، وقانون الأونيسترال النموذجي للتحكيم.

الفرع الأول: وسائل مراجعة حكم التحكيم حسب اتفاقية نيويورك لسنة 1958 بشأن الإعتراف بقرارات التحكيم الأجنبية وتنفيذها:[1]

نصت الفقرة (3) من المادة الثانية من هذه الإتفاقية على أن: على المحكمة في أية دولة متعاقدة، عندما يعرض عليها نزاع في مسألة أبرم الطرفان بشأنها اتفاقاً بالمعنى المستخدم في هذه المادة، أن تحيل الطرفين إلى التحكيم بناء على طلب أيهما، ما لم يتبين أن هذا الاتفاق لاغ وباطل أو غير نافذ أو غير قابل للنفاذ.

ونصت المادة الخامسة من هذه الإتفاقية على أنه:

1- لا يجوز رفض الإعتراف بالقرار التحكيمي، وتنفيذه، بناء على طلب الطرف المحتج ضده بهذا القرار، إلاّ إذا قدم ذلك الطرف إلى السلطة المختصة التي يطلب إليها الإعتراف ولتنفيذ ما يثبت:

أ- أن طرفي الاتفاق المشار إليه في المادة الثانية كانا بمقتضى القانون المنطبق عليهما، في حالة من حالات انعدام الأهلية، أو كان الاتفاق المذكور غير صحيح بمقتضى القانون

[1] – صادقت الجزائر بتحفظ على اتفاقية اتفاقية نيويورك لسنة 1958 بشأن الإعتراف بقرارات التحكيم الأجنبية وتنفيذها بموجب المرسوم رقم: 88-233 المؤرخ في: 1988/11/05.

الذي أخضع له الطرفان الاتفاق، أو إذا لم يكن هناك ما يشير إلى ذلك، بمقتضى قانون البلد الذي صدر فيه القرار، أو

ب- أن الطرف الذي يحتج ضده بالقرار لم يخطر على الوجه الصحيح بتعيين المحكم أو بإجراءات التحكيم أو كان لأي سبب آخر غير قادر على عرض قضيته، أو

ج- أن القرار يتناول خلافا لم تتوقعه أو لم تتضمنه شروط الإحالة إلى التحكيم، أو أنه يتضمن قرارات بشأن مسائل تتجاوز نطاق الإحالة إلى التحكيم، أو أنه يتضمن قرارات بشأن مسائل تتجاوز نطاق الإحالة إلى التحكيم، على أن يراعى في الحالات التي يمكن فيها فصل القرارات المتعلقة بالمسائل التي تخضع للتحكيم عن المسائل التي لا تخضع له أنه يجوز الإعتراف بجزء من القرار الذي يتضمن قرارات تتعلق بمسائل تخضع للتحكيم و تنفيذ هذا الجزء، أو

د- أن تشكيل هيئة التحكيم أو أن إجراءات التحكيم لم تكن وفقاً لاتفاق الطرفين أو لم تكن، في حالة عدم وجود مثل هذا الاتفاق، وفقاً لقانون البلد الذي جرى فيه التحكيم، أو

هـ- أن القرار لم يصبح بعد ملزماً للطرفين أو أنه نقض أو وقف تنفيذه من قبل سلطة مختصة في البلد الذي صدر فيه أو بموجبه قانون هذا البلد.

2- يجوز كذلك رفض الإعتراف بقرار التحكيم ورفض تنفيذه إذا تبين للسلطة المختصة في البلد الذي يطلب فيه الإعتراف بالقرار وتنفيذه:

أ- أنه لا يمكن تسوية موضوع النزاع بالتحكيم طبقا لقانون ذلك البلد، أو

ب- أن الإعتراف بالقرار أو تنفيذه يتعارض مع السياسة العامة لذلك البلد.

ونصت المادة السادسة على أنه:

" إذا قدم طلب بنقض القرار أو وقف تنفيذه إلى السلطة المختصة – المشار إليها في المادة الخامسة (1) (هـ)- جاز للسلطة التي يحتج أمامها بالقرار متى رأت ذلك مناسبا، أن تؤجل اتخاذ قرارها بشأن تنفيذ القرار، وجاز لها أيضا بناء على طلب الطرف الذي يطالب بتنفيذ القرار – أن تأمر الطرف الآخر بتقديم الضمان المناسب ".

وما يستشف من هاتين المادتين أن اتفاقية نيويورك أقرت – بموجب المادة 5 منها- مراجعة حكم التحكيم أمام القضاء الوطني، عند طلب الإعتراف به والأمر بتنفيذه، كما أنها أجازت الطعن فيه ولكنها عبرت عن وسيلة الطعن أو المراجعة في المادة (6) بطلب نقض القرار.

والملاحظ هنا أن اتفاقية نيويورك 1958 لم تجز الطعن في قرارات التحكيم ابتداءً، وإنما أجازت للقضاء الوطني نقضها، أو رفض الإعتراف بها و تنفيذها – بناء على طلب الطرف المحتج ضده بالقرار– إذا أثبت توافر أحد الأسباب الواردة في المادة الخامسة.[1]

وتجدر ملاحظة أن الأسباب التي أوردتها هذه الإتفاقية لرفض الإعتراف بقرارات التحكيم أو رفض طلب تنفيذها أو نقضها تكاد تكون نفس الأسباب التي نصت عليها معظم التشريعات الوطنية لإبطال حكم التحكيم.

الفرع الثاني: قانون اليونيسترال النموذجي للتحكيم

اعتمدت لجنة الأمم المتحدة للقانون التجاري الدولي اليونيسترال (UNISTRAL)[2] القانون النموذجي للتحكيم التجاري الدولي في يونيه 1985.

وقد جاء نص المادة 34 من الفصل السابع المعنون بـ – الطعن في قرار التحكيم– من هذا القانون النموذجي على النحو التالي:

طلب الإلغاء كطريقة وحيدة للطعن في قرار التحكيم:

(1) لا يجوز الطعن في قرار تحكيم أمام إحدى المحاكم إلا بطلب إلغاء يقدم وفقاً للفقرتين (2) و (3) من هذه المادة.

وتحدد الفقرتين (2) و (3) من هذه المادة الحالات التي يجوز فيها طلب الإلغاء وإجراءات تقديم الطلب، وهو ما نعرض له في موضع آخر من هذا البحث.

ويستشف من هذا النص أن قانون اليونيسترال النموذجي للتحكيم التجاري الدولي قد حظر الطعن في أحكام التحكيم، ولم يجز مراجعتها إلا بوسيلة واحدة هي دعوى الإلغاء.[3]

المطلب الثاني: وسائل مراجعة حكم التحكيم في بعض التشريعات الوطنية

تأثرت كثير من التشريعات الوطنية بالقانون النموذجي، غير أنها اختلفت في تحديد وسيلة مراجعة حكم التحكيم ونطاقها على نحو ما سنرى فيما يلي.

---

[1] – محمد نصر محمد، **حجية أحكام التحكيم، دراسة مقارنة**، مكتبة القانون و الاقتصاد، الرياض، 2013، ص 14.

[2] - وهذا المصطلح اختصار لاسم اللجنة بالإنجليزية وهو: United Nations Commission on International Trade Law

[3] – ليس المقصود بدعوى الإلغاء هنا دعوى الإلغاء التي ترفع أمام القضاء الإداري للطعن في القرارات الإدارية، لأن الأمر لا يتعلق بمنازعات القانون العام وإنما ببعض منازعات القانون الخاص.

الفرع الأول: وسائل مراجعة حكم التحكيم في قانون المرافعات الفرنسي

أصدر المشرع الفرنسي المرسوم 354/80 في 4 مايو 1980 تضمن تنظيما شاملاً لكافة قواعد التحكيم، والمرسوم رقم 500/81 في 12 مايو 1981 الذي تناول تنظيم قواعد التحكيم التجاري الدولي. وقد أضيفت نصوص هذين المرسومين إلى قانون المرافعات في المواد 1442 إلى 1507. وفيما يتعلق بمراجعة أحكام التحكيم، فرق المشرع الفرنسي بين التحكيم الداخلي والتحكيم الدولي، وذلك على النحو التالي:

أولا_ وسائل مراجعة حكم التحكيم الداخلي:

أخضع المشرع الفرنسي حكم التحكيم الداخلي لكل وسائل مراجعة الأحكام القضائية، عدا الطعن بطريق المعارضة و بطريق النقض مباشرة.[1]

1- **الطعن بالإستئناف:** نصت المادة 1482 من قانون المرافعات الفرنسي على أنه[2]: يقبل حكم التحكيم الطعن بالإستئناف إلاّ إذا تنازل الأطراف على الحق في استئنافه في اتفاق التحكيم. ومع ذلك، وطبقا للمادة 1483 من نفس القانون، لا يكون قابلا للإستئناف عندما يكون المحكم مفوضا بالصلح، إلاّ إذا احتفظ – صراحة- بالحق في استئنافه في اتفاق التحكيم.

ووفقا للمادة 1486 من نفس القانون تختص بالنظر في استئناف حكم التحكيم محكمة الإستئناف التي صدر في دائرتها الحكم. ويكون الحكم الصادر عنها قابلاً للطعن بالنقض طبقاً للقواعد العامة للطعن بالنقض في الأحكام القضائية.

2- **اعتراض الخارج عن الخصومة:** أجاز المشرع الفرنسي الطعن في حكم التحكيم من الغير الخارج عن الخصومة أمام المحكمة التي كانت مختصة أصلا بنظر النزاع. فقد نصت الفقرة الثانية من المادة 1481 من قانون المرافعات على ما يلي[3]: ويمكن الطعن فيه باعتراض الغير أمام المحكمة التي كانت مختصة في حالة عدم التحكيم، بمراعاة أحكام الفقرة الأولى من المادة 588. والفقرة الأولى

---

[1]- هو ما ورد بالمادة 1481 من قانون المرافعات التي نصت على ما يلي:
La sentence arbitrages n'est pas susceptible d'opposition ni de pourvoi en cassation.

[2]- ونصها بالفرنسية هو :
La sentence arbitrale est susceptible d'appel à moins qu'es parties n'aient renoncé à l'appel dans la convention d'arbitrage Toutefois, elle n'est pas susceptible d'appel lorsque l'arbitre a reçu mission de statuer comme amiable compositeur, à moins que les parties n'aient expressément réservé cette faculté dans la convention d'arbitrage.

[3] - ونصها بالفرنسية هو:
Elle peut être frappé de terce opposition devant la juridiction qui eut été compétence à défaut d'arbitrage, sous réserve des dispositions de l'article 588 al1.

من المادة 588 تنظم الطعن في الحكم القضـــائي عن طريق اعتراض الغير الخارج عن الخصـــومة. ويستخلص من ذلك، أن المشرع الفرنسي اعتبر حكم التحكيم، بالنسبة للغير، حكماً يجوز الطعن فيه بطريق اعتراض الخارج عن الخصومة، ويعمل في شأنه بالقواعد التي تنظم هذا الطريق. ولذلك تملك المحكمة التي تنظر في الطعن تعديل حكم التحكيم بما قضى به بالنسبة للغير الطاعن[1]، ويكون الحكم الصادر عنها قابلاً للطعن فيه بالطرق المقررة للطعن في الأحكام القضائية الصادرة عن هذه لمحكمة.[2]

3- **الطعن بالتماس إعادة النظر**: نصت المادة 1491 من قانون المرافعات الفرنسي على أنه: يقبل حكم التحكيم الطعن فيه بالتماس إعادة النظر، وذلك في الحالات وبالشروط المعمول بها بالنسبة للأحكام القضائية. ويرفع الإلتماس أمام محكمة الإستئناف المختصة بنظر الطعون الأخرى في حكم التحكيم. وعلى ذلك يجوز طعن بالتماس إعادة النظر في حكم التحكيم إذا توافرت إحدى الحالات التي نصـــت عليها المادة 595 مرافعات. و بنفس الإجراءات التي تطبق بالنســـبة لالتماس إعادة النظر في الأحكام القضـــائية, ولا يملك الأطراف النص في اتفاق التحكيم على التنازل عن هذا الطريق من طرق الطعن.[3]

4- الطعن بدعوى البطلان الأصلية: نصت الفقرة الأولى من المادة 1484 مرافعات على أنه: " تبعاً للتفرقة المنصوص عليها في المادة 1482، إذا تنازل الأطراف عن الحق في الإستئناف، يجوز الطعن بالبطلان في حكم التحكيم حتى ولو وجد شرطاً مخالفاً لذلك".

وترفع الدعوى أمام محكمة الإستئناف التي صدر في دائرة اختصاصها حكم التحكيم طبقاً للمادة 1486 مرافعات. وفي كل حالات الطعن السابقة يكون الحكم الصادر من محكمة الطعن قابلاً للطعن فيه بالنقض، إذا توافرت أسبابه، طبقاً للقواعد العامة.[4]

ثانيا- وسـائل مراجعة حكم التحكيم الدولي: لم يخضـع المشـرع الفرنسـي حكم التحكيم الدولي الصـادر في فرنسـا لذات وسـائل مراجعة حكم التحكيم الداخلي، فقد اسـتبعده من كل وسـائل المراجعة، إلاّ بدعوى البطلان.

---

[1] - راجع المادة 591 من قانون المرافعات الفرنسي.

[2] - راجع المادة 592 من قانون المرافعات الفرنسي.

[3]- محمد نصر محمد، **حجية أحكام التحكيم، دراسة مقارنة**، مرجع سابق، ص 18.

[4]- محمد نصر محمد، **حجية أحكام التحكيم، دراسة مقارنة**، مرجع سابق، ص 18.

الفرع الثاني: وسائل مراجعة حكم التحكيم في قانون التحكيم المصري

تأثر المشرع المصري بقانون التحكيم النموذجي الصادر عن لجنة الأونيسترال، حيث حصر وسائل مراجعة حكم التحكيم – سواء كان داخلياً أو دولياً– في وسيلة واحدة هي دعوى البطلان[1].

فقد نصت المادة 1/52 من قانون التحكيم رقم 27 لسنة 1994 على أنه: " لا تقبل أحكام التحكيم التي تصدر طبقا لأحكام هذا القانون الطعن فيها بأي طريق من طرق الطعن المنصوص في قانو ن المرافعات المدنية والتجارية". ونصت الفقرة الثانية من ذات المادة على أنه: " يجوز رفع دعوى بطلان حكم التحكيم وفقاً للأحكام المبينة في المادتين التاليتين".

وبذلك تكون دعوى البطلان هي الوسيلة الوحيدة لمراجعة حكم التحكيم في القانون المصري.

الفرع الثالث: وسائل مراجعة حكم التحكيم في قانون التحكيم الجزائري

يفرق المشرع الجزائري بين التحكيم الداخلي والتحكيم الدولي، والأصل أن أحكام التحكيم الداخلي تقبل الطعن بالإستئناف، إلاّ في حالة ما إذا تضمن اتفاق التحكيم ما يفيد نزول الأطراف عن هذا الحق (المادة 1033 من قانون الإجراءات المدنية والإدارية).

أولا– طرق مراجعة أحكام التحكيم في التحكيم الداخلي

ذهب المشرع الجزائري إلى إجازة الطعن في حكم التحكيم الداخلي أمام القضاء، غير أنه حصر طرق الطعن في الإستئناف، واعتراض الغير الخارج عن الخصومة، بينما نص صراحة على استبعاد المعارضة والطعن بالنقض.

1– **الطعن بالإستئناف:** نصت المادة 1033 من قانون الإجراءات المدنية على أن حكم التحكيم يقبل الإستئناف مبدئيا في أجل شهر واحد من تاريخ النطق به، وذلك أمام المجلس القضائي الذي صدر في دائرة اختصاصه هذا الحكم، غير أن هذه المادة سمحت بتنازل الأطراف عن حق الإستئناف صراحة في اتفاق التحكيم.

2– **الطعن بطريق إعتراض الغير الخارج عن الخصومة:** إلى جانب الإستئناف سمح المشرع الجزائري بالطعن في حكم التحكيم الداخلي عن طريق اعتراض الغير الخارج عن

[1]- كان قانون المرافعات السابق رقم 77 لسنة 1949 يجيز الطعن في حكم التحكيم بالإستئناف (م847/1) وبالتماس إعادة النظر (م848/1) فضلا عن دعوى البطلان الأصلية (م 849) ولما صدر قانون المرافعات الحالي رقم 13 لسنة 1968 ألغي الطعن بالإستئناف (م 510) وأبقى على الطعن بالإلتماس بإعادة النظر (م 511) و الطعن بدعوى البطلان الأصلية (م 512). ثم ألغيت المواد المنظمة للتحكيم في قانون المرافعات بصدور قانون التحكيم 27 لسنة 1994.

الخصـــومة، الذي يعتبر من طرق الطعن غير العادية ويهدف إلى مراجعة أو إلغاء الحكم الذي فصـل في أصـل النزاع، ويؤدي إلى الفصـل من جديد في الوقائع والقانون. وهو ما نص عليه المشـــرع الجزائري في الفقرة الثانية من المادة 1032 من قانون الإجراءات المدنية والإدارية، وجعل الإختصاص بالنظر فيه للمحكمة المختصة أصلا بالنظر في موضوع النزاع لولا الاتفاق على التحكيم.

رأينا مما سبق أن القاعدة العامة في مجال التحكيم تقتضي بأن تكون أحكام المحكمين نهائية لا تقبل الطعن فيها، وذلك حتى تتحقق الحكمة الأساسية من نظام التحكيم، وهي سرعة الفصل في المنازعات بين الأطراف، ولاسيما أطراف المنازعات المصرفية.

من هذا المنطلق يتجلى لنا أن اعتماد المشرع الجزائري على رقابة الإستئناف على حكم التحكيم الداخلي لا يشجع على اختياره لحل النزاعات، فنرى أنه كان من الأفضل تكريس رقابة البطلان فقط نظرا لانسجامها مع طبيعة التحكيم والغرض من اختياره، والدليل على ذلك اعتمادها في القانون المقارن.

فالطعن بالإستئناف ضد أحكام التحكيم – كما ذكرنا– يؤدي إلى إعادة النظر فيما توصلت إليه هيئة التحكيم كحل للنزاع المطروح أمامها، كون قاضي الدرجة الثانية سيفصل من جديد من حيث القانون والوقائع نفسها التي عرضت على هيئة التحكيم. وإعادة النظر في حكم التحكيم بهذه الطريقة لا تتوافق مع طبيعة نظام التحكيم والغرض منه، لأن الخصوم قصدوا باتفاقهم على التحكيم استبعاد القضاء، بما ينطوي عليه من إجراءات معقدة وعلانية وأحكام تصدر طبقا للقانون، واللجوء إلى عدالة أخرى أكثر سرعة وسرية.

ولا شك أن نفس الإعتبارات السابقة هي التي دفعت بالمشرع إلى استبعاد هذا الطريق من طرق الطعن ضد حكم التحكيم التجاري الدولي، والذي قصد منه بدون شك تشجيع نظام التحكيم في هذا المجال وتخفيف رقابة القضاء التي من الممكن أن تكون عائقا أمام فعاليته في حل النزاعات[1]، لذلك لا نرى ما يمنع من استبعاد الطعن بالإستئناف ضد الأحكام الصادرة في مجال التحكيم الداخلي أيضا حتى نشجع اللجوء إليه و نضمن فعاليته.

[1] – وقد اكتفى المشرع الجزائري بالنص على طريق الطعن بالبطلان فقط في المادة 1058 ق.إ.م.إ وحدد حالاته في المادة 1056 من نفس القانون.

وبشأن إمكانية اتفاق الأطراف على استبعاد طريق الطعن بالإستئناف[1] نقول أن الأطراف عادة لا يقومون بتنظيم هذه المسائل في اتفاق التحكيم، وبالتالي سيتمسك من صدر الحكم في غير صالحه بحق مراجعته عن طريق الإستئناف لإلغائه أو حتى بغرض المماطلة في التنفيذ، وحبذا لو أن المشرع الجزائري جعل المبدأ في عدم قابلية الحكم للإستئناف، والاستثناء هو إمكانية إتفاق الأطراف على قابليته للإستئناف.

وبشأن اعتراض الغير الخارج عن الخصومة، فإننا نرى أنه ضروري في المعاملات التي تتعدد فيها الأطراف وتتشعب فيها العلاقات، وتتأثر مصالح الأطراف فيها ببعضها، كما هو الشأن بالنسبة لخطاب الضمان المصرفي والإعتماد المستندي، وأيضا الكفالة المصرفية، حيث أن اتفاق التحكيم قد يكون بين طرفي الإلتزام الأصلي والخصومة تكون بينهما أيضا، ولكن هناك طرف ثالث وهو الكفيل الذي سيتأثر بطريقة أو بأخرى بحكم التحكيم الصادر في الخصومة التي تتعلق بالدين المكفول من طرفه، لهذا نرى أنه من الأفضل الإبقاء على طريق الطعن في أحكام التحكيم عن طريق اعتراض الغير الخارج عن الخصومة لأنه يتلاءم مع هذه الخصومات، لكونه يضمن للغير الذين لم يكونوا طرفا في الخصومة وتتوفر لديهم المصلحة الدفاع عن حقوقهم.

ثانيا- طرق مراجعة أحكام التحكيم في التحكيم الدولي

بالنسبة لطرق مراجعة حكم التحكيم الدولي في التشريع الجزائري فرق المشرع الجزائري بين حالتين، وهما صدور حكم التحكيم الدولي داخل الجزائر أو خارجها، وهو نفس موقف المشرع الفرنسي[2].

1- طرق مراجعة أحكام التحكيم الدولية الصادرة خارج الجزائر:

حكم التحكيم الدولي الصادر خارج الجزائر لا يقبل الطعن لا بالإستئناف ولا بالبطلان، وإنما الأمر القضائي القاضي برفض منح الصيغة التنفيذية لحكم تحكيم دولي صادر خارج الجزائر أو الإعتراف به هو الذي يكون قابل للإستئناف. وهو ما نصت عليه المادة 1055 ق.إ.م.إ جزائري.

[1] – راجع : المادة 1033 قانون الإجراءات المدنية والإدارية، مرجع سابق.

[2] – أنظر المادة 1504 من قانون الإجراءات المدنية و الإدارية الفرنسي الجديد.

وهنا نلاحظ أن المشرع الجزائر أخذ أصلا بمبدأ الإعتراف وتنفيذ حكم التحكيم الصادر خارج أراضيها، وأن أي أمر مخالف لذلك يكون قابل للإستئناف، فالأصل إذا هو الإعتراف وعدم المماطلة في تنفيذ أحكام التحكيم الدولية، والاستثناء هو الرفض.

ويكون الإستئناف أمام الجهة القضائية العادية العليا للمحكمة الآمرة برفض التنفيذ حيث تنص المادة 1057 ق.إ.م.إ جزائري على أنه: " يرفع الإستئناف أمام المجلس القضائي خلال أجل شهر واحد ابتداء من تاريخ التبليغ الرسمي لأمر رئيس المحكمة.

وبالمقابل وحرصا على مبدأ ضرورة فعالية التحكيم فقد أكد المشرع الجزائري على عدم جواز استئناف الأمر الصادر بالموافقة على الإعتراف والتنفيذ لحكم التحكيم الدولي إلا إذا توافرت فيه شروط محددة على سبيل الحصر في المادة 1056 ق.إ.م.إ والتي نصت على ما يلي: " لا يجوز استئناف الأمر القاضي بالإعتراف أو التنفيذ إلا في الحالات التالية:

أ- إذا فصلت اتفاقية التحكيم دون اتفاقية تحكيم أو بناء على اتفاقية باطلة، أو انقضاء مدة الإتفاقية.

ب- إذا كان تشكيل محكمة التحكيم أو تعيين المحكم الوحيد مخالفا للقانون.

ج- إذا فصلت محكمة التحكيم بما يخالف المهمة المسندة إليها.

د- إذا لم يراع مبدأ الوجاهية.

هـ-إذا لم تسبب محكمة التحكيم حكمها، أو وجد تناقض في الأسباب.

و- إذا كان حكم التحكيم مخالف للنظام العام الدولي. "

وهذه الحالات هي نفسها الحالات التي يجيز توافرها الطعن بالبطلان في أحكام التحكيم الدولية الصادرة بالجزائر، حيث تنص المادة 1058 من قانون الإجراءات المدنية والإدارية على أنه: " يمكن أن يكون حكم التحكيم الدولي الصادر في الجزائر موضوع طعن بالبطلان في الحالات المنصوص عليها في المادة 1056 أعلاه ".

وأول ما يلاحظ على حالات الطعن بالبطلان التي نص عليها المشرع الجزائري هو استيعابها لأكبر عدد من الفرضيات التي يمكن أن يؤسس عليها طلب الطعن بالبطلان في حكم التحكيم الدولي. كما تجدر الإشارة هنا إلى أن الطعن بالبطلان في حكم التحكيم الدولي يتعلق بالنظام العام، فلا يجوز لطرفي التحكيم الاتفاق على عدم إمكانية الرجوع على حكم التحكيم بالبطلان.

2-طرق مراجعة أحكام التحكيم الدولية الصادرة داخل الجزائر:

يشترك حكم التحكيم الدولي الصادر داخل الجزائر مع ذلك الصادر خارج الجزائر في أن كليهما غير قابلين للإستئناف مباشرة أمام الجهات القضائية الجزائرية، إلاّ أنهما يختلفان في أن حكم التحكيم الدولي الصادر خارج الجزائر لا يقبل الطعن فيه بالبطلان أمام القضاء الجزائري في حين أن حكم التحكيم الدولي الصادر داخل الجزائر يقبل الطعن بالبطلان أمام القضاء الجزائري وفقا لنص المادة 1058 ق.إ.م.إ والتي نصت في فقرتها الأولى على ما يلي: "" يمكن أن يكون حكم التحكيم الدولي الصادر في الجزائر موضوع طعن بالبطلان في الحالات المنصوص عليها في المادة 1056 أعلاه ".

ويرفع النظر في الطعن ببطلان حكم التحكيم الصادر في الجزائر إلى المجلس القضائي الذي صدر حكم التحكيم في دائرة اختصاصه، أي أن المشرع الجزائري عامل حكم التحكيم الدولي الصادر في الجزائر كالحكم القضائي واعتبر محكمة التحكيم كدرجة أولى، ولكن المجلس القضائي عند نظره لدعوى البطلان لا ينظرها كقاضي استئناف يستطيع الإلغاء والتعديل، وإنما يعالجها كقاضي بطلان، إما يقبلها ويقضي ببطلان حكم التحكيم أو يرفضها ويثبّت الحكم.

ويذهب البعض إلى أن اختلاف التعامل بين حكم التحكيم الدولي الصادر في الجزائر، وذلك الصادر خارج الجزائر، بأن الأول يصبح جزء من النظام القانوني المطبق في الجزائر مما يحتم طلب بطلانه لاستبعاده. أما الحكم الصادر في الخارج فيكفي منع دخوله وتطبيقه في ظل النظام القضائي الجزائري وذلك بمنع الإعتراف به أو تنفيذه.[1]

الفرع الرابع: رأي الباحثة في طرق الطعن التي أخذ بها المشرع الجزائري في أحكام التحكيم

رأينا مما سبق أن القاعدة العامة في مجال التحكيم تقتضي بأن تكون أحكام المحكمين نهائية لا تقبل الطعن فيها، وذلك حتى تتحقق الحكمة الأساسية من نظام التحكيم، وهي سرعة الفصل في المنازعات بين الأطراف، ولاسيما أطراف المنازعات المصرفية.

من هذا المنطلق يتجلى لنا أن اعتماد المشرع الجزائري على رقابة الإستئناف على حكم التحكيم الداخلي لا يشجع على اختياره لحل النزاعات، فنرى أنه كان من الأفضل تكريس رقابة البطلان فقط نظرا لانسجامها مع طبيعة التحكيم والغرض من اختياره، والدليل على ذلك اعتمادها في القانون المقارن.

[1] – العرباوي نبيل صالح، **الطعن بالبطلان في أحكام التحكيم الدولي في القانون الجزائري**، بحث منشور في مجلة الأستاذ الباحث للدراسات القانونية ، العدد التاسع، المجلد الأول، 2018. ص ص: 263-278.

فالطعن بالإستئناف ضد أحكام التحكيم – كما ذكرنا– يؤدي إلى إعادة النظر فيما توصلت إليه هيئة التحكيم كحل للنزاع المطروح أمامها، كون قاضي الدرجة الثانية سيفصل من جديد من حيث القانون والوقائع نفسها التي عرضت على هيئة التحكيم. وإعادة النظر في حكم التحكيم بهذه الطريقة لا تتوافق مع طبيعة نظام التحكيم والغرض منه، لأن الخصوم قصدوا باتفاقهم على التحكيم استبعاد القضاء، بما ينطوي عليه من إجراءات معقدة وعلانية وأحكام تصدر طبقا للقانون، واللجوء إلى عدالة أخرى أكثر سرعة وسرية.

ولا شك أن نفس الإعتبارات السابقة هي التي دفعت بالمشرع إلى استبعاد هذا الطريق من طرق الطعن ضد حكم التحكيم التجاري الدولي، والذي قصد منه بدون شك تشجيع نظام التحكيم في هذا المجال وتخفيف رقابة القضاء التي من الممكن أن تكون عائقا أمام فعاليته في حل النزاعات[1]، لذلك لا نرى ما يمنع من استبعاد الطعن بالاستئناف ضد الأحكام الصادرة في مجال التحكيم الداخلي أيضا حتى نشجع اللجوء إليه و نضمن فعاليته.

وبشأن إمكانية اتفاق الأطراف على استبعاد طريق الطعن بالإستئناف[2] نقول أن الأطراف عادة لا يقومون بتنظيم هذه المسائل في اتفاق التحكيم، وبالتالي سيتمسك من صدر الحكم في غير صالحه بحق مراجعته عن طريق الإستئناف لإلغائه أو حتى بغرض المماطلة في التنفيذ، وحبذا لو أن المشرع الجزائري جعل المبدأ في عدم قابلية الحكم للإستئناف، والاستثناء هو إمكانية إتفاق الأطراف على قابليته للإستئناف.

وعليه، فإنّ تشجيع التحكيم الداخلي وضمان فعاليته يقتضيان حصر الطعن ضد الأحكام الصادرة في ظله في منازعة البطلان واستبعاد طرق الطعن الأخرى التي تهدف إلى إعادة النظر في مضمون هذه الأحكام، فطريق البطلان يتماشى وطبيعة نظام التحكيم، لأنّ دعوى البطلان ليست طريقاً للطعن في حكم التحكيم، كما أنّها ليست درجة ثانية من درجات التقاضي ضد هذا الحكم، وإنّما هي طريق خاص لمراجعة أحكام التحكيم قصد مواجهة ما يمكن أن يعتري الحكم من عيوب من شأنها أن تمس صحته بوصفه عملا قانونياً بصرف النظر عمَّا قضى به في موضوع النزاع.

المبحث الثالث: آثار حكم التحكيم على أطراف بعض العمليات المصرفية

[1] – وقد اكتفى المشرع الجزائري بالنص على طريق الطعن بالبطلان فقط في المادة 1058 ق.إ.م.إ وحدد حالاته في المادة 1056 من نفس القانون.

[2] – راجع: المادة 1033 قانون الإجراءات المدنية والإدارية، مرجع سابق.

كأصل عام يقتصر أثر الحكم التحكيمي على أطراف الخصومة التي صدر فيها الحكم. والذين أعلنوا بها وتمكنوا من المشاركة في كل إجراءاتها. فهذا الحكم لا يستفيد منه إلاّ من صدر لصالحه، ولا يحتج به إلاّ على من صدر ضده، ولذلك فلا حجية لأحكام التحكيم في مواجهة الغير، إنما التمسك بها يكون بين أطراف الحكم أي المحكوم له والمحكوم عليه[1]. إلا أن ذلك لا يمنع أن حكم التحكيم باعتباره وورقة رسمية، لها قوتها الإثباتية بما تقرره من وقائع، قد تفيد أو تضر الغير عند استعمالها كوسيلة إثبات.

وقد أشـــرنا عند معالجة حجية الحكم التحكيمي إلى وجود طائفة يمكن أن نطلق عليها " طائفة الغير ذوي المصالح المرتبطة بمصالح أحد الأطراف في اتفاق وخصومة التحكيم" ويأتي في مقدمة هذه الطائفة " الكفلاء"، ومُصْـــدِروا الضـــمانات واجبة الدفع عند أول طلب، فيما اتجهت بعض الأحكام بالنســـبة للكفلاء إلى نفي صـــفة الغير عنهم، والإحتجاج عليهم بحكم التحكيم، رغم أنهم لم يمثلوا ولم يشاركوا في خصومة التحكيم، وهو أمر يصعب تبريره.[2]

وفيما يلي سنتحدث عن أثر حكم التحكيم على بعض العمليات المصرفية ثلاثية الأطراف ونخص منها عقد الكفالة المصرفية وهو ما سنتطرق له في المطلب الأول وعقد خطاب الضمان المصرفي الذي سنتناوله في المطلب الثاني من هذا المبحث.

المطلب الأول: أثر حكم التحكيم على أطراف عقد الكفالة المصرفية

لا شـــك أن خصـــومة التحكيم التي تنعقد بين المدين والدائن للمطالبة بالدين المكفول لا تشـــمل الكفيل من البداية، ولا يمكن أن ينضـــم إليها لاحقاً لا مدخلاً ولا متدخلاً نظرا لأنه لم يكن طرفاً في اتفاق التحكيم الذي بموجبه تم اللجوء إلى القضاء. ولكن لما كان الكفيل ليس من الغير ذوي الشأن، إذ أنه ملزم بموجب عقد الكفالة بتغطية خطر عدم قيام المدين بالوفاء بالدين المكفول؛ وعلى ذلك فإن صدور حكم تحكيم بثبوت الدين في ذمة المدين أو براءة ذمته لن يكون عديـــــــم الأثر بالنسبـــــة للكفيـــــل، ولما كان من الثابت قانوناً أن أحكام التحكيم في الغالب تصدر نهائية حائزة لحجية الشيء المقضـــي به ولا تقبل الطعن بطرق الطعن العادية، فتطبيقاً لقاعدة نســـبية الأحكام لا يجوز أن يتأثر بالأثر الملزم للحكم سوى الخصوم الذين كانوا أطرافاً في الدعوى. ولا شأن مطلقاً لهذا الأثر بالنسبة

[1]– طارق سمير طلبة دويدار، **الأبعاد القانونية لامتداد شرط التحكيم**، مرجع سابق، ص 309.

[2]– طارق سمير طلبة دويدار، **الأبعاد القانونية لامتداد شرط التحكيم**، مرجع سابق، ص 326.

للغير الذي لا يجوز له أن يتمسك به لا سلباً ولا إيجابا، أي لا يكسب الكفيل أية حقوق، ولا يرتب عليه أية التزامات.[1]

وعليه سنتحدث فيما يلي عن أثر حكم التحكيم على كل طرف على حدا.

الفرع الأول: أثر حكم التحكيم على الدائن

نتيجة للخصوصية التي يتميز بها حكم التحكيم والتي سبق الحديث عنها، فإنه إذا صدر حكم التحكيم لصالح الدائن بإلزام المدين بدفع الدين، فإن الدّائن يستطيع التمسك بالحكم الصادر لصالحه بدفع الدين فإن الدائن يستطيع التمسك بالحكم الصادر لصالحه بدفع الدين أمام قضاء الدولة واختصام الكفيل في الدعوى لاستصدار حكم ضده بإلزامه بدفع الدين مستنداً في الدعوى المقامة ضد الكفيل على الحكم التحكيمي كدليل إثبات للدين في ذمة المدين.[2]

الفرع الثاني: أثر حكم التحكيم على الكفيل

إذا صدر حكم التحكيم ضد الدائن وذلك بإبراء ذمة المدين من الدين المكفول تطبيقاً للأثر النسبي لحجية الشيء المقضي به، فلا يستطيع الكفيل التمسك بهذا الحكم لإبراء ذمته هو الآخر من الدين المكفول، إنما يكون حقه فقط الإستناد إلى الحكم التحكيمي كدليل إثبات لبراءة ذمته من الدين، وإذا أراد الكفيل اتخاذ زمام المبادرة ليبرئ ذمته من الدين المكفول، فلا يستطيع أن يتمسك في مواجهة الدائن بالحكم التحكيمي، ولكن عليه أن يرفع ابتداءً دعوى أمام القضاء ببراءة ذمته و يستند فيها إلى حكم التحكيم المبرئ لذمة المدين.[3]

وعليه، فإنه حينما يتم التمسك بالحكم لإثبات وقائع معينة، فإن الحكم يكون حجة على الكافة بما أثبته من وقائع إلى أن يثبت العكس. أمّا إذا تم التمسك بالحكم كمصدر للحقوق والإلتزامات، فإن الحكم لا يكون حجة إلاّ فيما بين الخصوم؛ فآثار الحكم لا يمكن إلاّ أن تكون نسبية، أي أنّ الحكم وإن كان حجة على الغير بما أثبته من وقائع، إلاّ أنه لا يكون ملزماً له؛ لاقتصار الأثر الملزم للحكم على من توجه إليهم خطاب الإلتزام، وهم أطراف الدعوى.[4]

---

[1]– خالد عبد العظيم أبو غابة، **التحكيم وأثره في فض المنازعات**، مرجع سابق، ص 144.

[2]– خالد عبد العظيم أبو غابة، **التحكيم وأثره في فض المنازعات**، مرجع سابق، ص 144.

[3]– خالد عبد العظيم أبو غابة، **التحكيم وأثره في فض المنازعات**، مرجع سابق، ص ص: 132–133.

[4]– هاني عطاى، **التحكيم في الضمانات المصرفية – دراسة مقارنة**–، مرجع سابق، ص221.

وبناءً على ما سبق نرى أن الأثر المترتب على إمكانية الإحتجاج بحكم التحكيم سواءً من قبل الكفيل، أو الدائن على حسب ما ورد في الحكم من أدلة ثبوتية هو وضع قواعد الكفالة والآثار المترتبة عليها موضع التنفيذ، إذ لو صدر حكم التحكيم بإلزام المدين بالدفع فإنه يعد دليلاً على صحة الدين المكفول ووجوده في ذمة المدين، وعندما يقوم الكفيل مختاراً بالوفاء بالتزامه تجاه الدّائن، فهو لا يفعل سوى تنفيذ التزامه الناشئ عن عقد الكفالة، وإذا لم يف بهذا الإلتزام اختياراً واقتضى الأمر أن يرفع الدائن دعوى ضده، ويستند فيها إلى حكم التحكيم فإن الحكم الصادر في هذه الدعوى بإلزام الكفيل، ما هو إلاّ تطبيق لآثار عقد الكفالة، ونفس الكلام يصدق على الوضع العكسي عندما يقضي التحكيم ببراءة ذمة المدين من الدين فهنا يستند الكفيل إلى هذا الحكم ليطبق أحكام الكفالة أيضاً[1].

المطلب الثاني: أثر حكم التحكيم على أطراف خطاب الضمان المصرفي

سبق القول بأن خطاب الضمان يتميز بذاتيته المميزة، خصوصاً فيما يتعلق باستقلاله عن عقد الأساس، فتنفيذ العميل الآمر لكل التزاماته الناشئة عن علاقة الأساس أو بطلان تلك العلاقة أو فسخها ليس سبباً يستند إليه العميل الآمر (المدين) لمنع البنك من الدفع إلى المستفيد، إلاّ أن تلك الإستقلالية الإيجابية التي يحققها هذا المبدأ للمستفيد، هي حماية وقتية، لأن حصوله على قيمة الخطاب لغير وجه حق إنما هو وضع مؤقت، إذ يستطيع العميل الآمر الرجوع على المستفيد استناداً لأحكام علاقة الأساس لاسترداد ما قبضه.[2]

فعادة ما يحدد العميل الآمر للمصرف شروط الوفاء بقيمة الخطاب إلى المستفيد عند تقدمه – العميل الآمر– إلى المصرف مطالباً بإصدار خطاب ضمان لمصلحة المستفيد. وغالباً ما تتعلق تلك الشروط بمبلغ الخطاب ومدة الوفاء. إلاّ أن العميل الآمر قد يدرج شرطاً يقضي بوجوب قيام المستفيد بتقديم حكم تحكيمي لصالحه في مواجهة العميل الآمر بشأن نزاع ناجم عن عقد الأساس.[3] فيكون تنفيذ البنك لالتزامه بالدفع مشروط بتقديم المستفيد للحكم المذكور كمستند.[4]

وإذا كان صدور حكم تحكيم بين جميع أطراف خطاب الضمان لا يطرح إشكالاً من حيث حجيته على جميع أطرافه، فإن الأمر يختلف بالنسبة لحكم التحكيم الذي يصدر بين أطراف عقد

---

[1]– خالد عبد العظيم أبو غابة، **التحكيم و أثره في فض المنازعات**، مرجع سابق، ص 133.

[2]– خالد عبد العظيم أبو غابة، **التحكيم و أثره في فض المنازعات**، مرجع سابق، ص 144.

[3]– أسيل باقر جاسم، **أثر التحكيم على خطاب الضمان – دراسة تحليلية** –، مرجع سابق، ص 200.

[4]– خالد عبد العظيم أبو غابة، **التحكيم وأثره في فض المنازعات**، مرجع سابق، ص 144.

الأساس، وهو الحكم الذي سيؤثر على التزام البنك الضامن. ويختلف الأمر في هذا الشأن بحسب توقيت صدور هذا الحكم، والذي قد يصدر قبل طلب المستفيد الوفاء بقيمة الضمان أو بعد هذا الطلب. وللحديث عن هذين الحالتين ينبغي علينا أن نلقي نظرة على حكم التحكيم باعتباره مستند لتسييل خطاب الضمان. وهو ما سنتعرض له من خلال الفروع الثلاثة التالية:

الفرع الأول: حكم التحكيم كمستند لتسييل خطاب الضمان

إن الشرط الذي يقضي بوجوب قيام المستفيد بتقديم حكم تحكيمي لصالحه في مواجهة العميل الآمر بشأن عقد الأساس، يؤدي بنا إلى ضرورة البحث عن الأحكام الخاصة باشتراط تقديم الحكم التحكيمي كمستند لتسييل أو صرف خطاب الضمان، وعن السلطات التي يملكها البنك الكفيل تجاه هذا الحكم التحكيمي الذي هو ليس بطرف فيه. وهو ما سنتحدث عنه فيما يلي:

أولا: الأحكام الخاصة باشتراط تقديم حكم التحكيم لتسييل خطاب الضمان

إن قيام العميل الآمر باشتراط تقديم المستفيد حكم تحكيمي إلى المصرف يثبت أحقيته في مواجهة العميل الآمر لتسييل أو صرف قيمة خطاب الضمان يضع هذا الحكم في موقع متميز ويضفي عليه مجموعة من الخصائص، لعل أهمها:

1- ضرورة أن يصدر هذا الحكم في منازعة قائمة بين العميل الآمر والمستفيد وناشئة عن عقد الأساس، وليس في منازعة بين البنك الضامن والمستفيد.[1]

2- على المستفيد تقديم الحكم التحكيمي إلى المصرف مع طلب تسييل خطاب الضمان وليس بعد تقديم ذلك الطلب. إذ أن تقديم الحكم المذكور يعد شرطا لازما لقيام المصرف بتنفيذ التزامه في مواجهة المستفيد وصرف قيمة الضمان إليه.[2]

3- البنك الضامن هو من الغير بالنسبة لشرط التحكيم الوارد بالعقد الأصلي، لذلك فحكم التحكيم كما ذكرنا ليس له قوة إلزامية تجاه البنك، كما أن العميل الآمر الصادر لصالحه الحكم في مواجهة المستفيد لا يمكنه الإحتجاج به في مواجهة البنك الضامن، وعليه فالحكم إنما يقدم في هذه الحالة كمستند يجب على المستفيد استفاؤه للحصول على قيمة الضمان.[3]

---

[1]- خالد عبد العظيم أبو غابة، **التحكيم وأثره في فض المنازعات**، مرجع سابق، ص 145.

[2]- أسيل باقر جاسم، **أثر التحكيم على خطاب الضمان – دراسة تحليلية** –، مرجع سابق، ص 201.

[3]- هاني عطاى، **التحكيم في الضمانات المصرفية –دراسة مقارنة**–، مرجع سابق، ص338.

4- يجب أن يصدر الحكم لصالح المستفيد بحيث يثبت أن المستفيد دائن للعميل الآمر في علاقة الأساس، وبالتالي يكون الحكم دليلاً على حق المستفيد في قيمة الخطاب.[1]

5- حكم التحكيم الذي يقدمه المستفيد لتسييل الضمان – كما ذكرنا- يثبت أو ينفي كون المستفيد دائناً للعميل الآمر؛ فلا يتعرض لمسألة الضمان بشكل مباشر، فلا يقرر كون الضمان واجب التنفيذ أم لا فهذه المسألة يقدرها البنك الضامن على ضوء فحصه للحكم باعتباره مستنداً لازماً لتسييل الضمان.[2]

ثانياً: سلطات البنك تجاه حكم التحكيم

إن تقديم المستفيد (الدائن) حكم التحكيم للبنك لكي يحصل على مقابله سيولة (تسييل قيمة الضمان)، يعطي للبنك حق فحص الحكم واشتراط أن يكون نهائيا، وقابلاً للتنفيذ. وسنتحدث عن هذه السلطات فيما يلي:

1- **حق البنك في فحص حكم التحكيم:** لمّا كان الهدف من اشتراط تقديم حكم التحكيم الصادر في منازعة بين العميل الآمر (المدين) والمستفيد إلى البنك الضامن التحقق من أن الحكم يثبت بطريقة مؤكدة حق المستفيد في الضمان، لذا فإن هذا الهدف يعطي للبنك حق فحص مضمون الحكم ليتأكد من أنه يحقق الهدف من صدوره، وهذا التأكد قد يحدث بطريق مباشر وميسر ولذلك فلا بد وأن تكون عبارة الحكم واضحة وقاطعة في ثبوت حق المستفيد، كما قد يحدث التأكد بطريق غير مباشر متى كان الأمر يحتاج إلى تمحيص لاستخلاص هذا الحق حينما يضطر للتمحيص الجيد والتفسير للعبارات، وجدير بالذكر أن التمحيص يجب أن يقتصر فقط على حكم التحكيم ولا يمتد إلى عقد الأساس، كما يجب ألاّ يقود هذا الفحص إلى تقدير بنود عقد الأساس من عدمه.[3]

2- **اشتراط نهائية حكم التحكيم و قابليته للتنفيذ:** إذا نص الأطراف لأداء قيمة خطاب الضمان على ضرورة تقديم حكم للتحكيم يقضي بأحقية المستفيد، على أن يكون هذا الحكم التحكيمي نهائي وقابل للتنفيذ، فلا بد من احترام هذا النص،[4] وبالتالي التأكد من أن الحكم المقدم كسند لتسييل خطاب الضمان حاز قوة الشيء فيه، وكل تقصير من طرف البنك الضامن يعد تقصيرا يحسب عليه.

---

[1]- خالد عبد العظيم أبو غابة، **التحكيم وأثره في غض المنازعات**، مرجع سابق، ص 145.

[2]- هاني عطاى، **التحكيم في الضمانات المصرفية –دراسة مقارنة–**، مرجع سابق، ص ص: 338-339.

[3]- خالد عبد العظيم أبو غابة، **التحكيم وأثره في فض المنازعات**، مرجع سابق، ص 146.

[4]- خالد عبد العظيم أبو غابة، **التحكيم وأثره في فض المنازعات**، مرجع سابق، ص 147.

الفرع الثاني: صدور حكم التحكيم قبل طلب المستفيد الوفاء بقيمة الضمان

تتحقق هذه الحالة إذا ما صدر حكم تحكيمي في نزاع قائم بين المستفيد والعميل الآمر استناداً لعقد الأساس المبرم بينهما يقضي بانعدام أي حق للمستفيد في ذمة العميل الآمر، كلى أساس أن هذا الأخير قد قام بتنفيذ كافة التزاماته التعاقدية المتعلقة بقيمة خطاب الضمان، ومن ثم؛ لا يحق للمستفيد مطالبة العميل الآمر بأية حقوق.[1] فإن السؤال الذي يطرح في هذه الحالة يدور حول أثر هذا الحكم على تنفيذ البنك لالتزاماته بالوفاء بقيمة الضمان للمستفيد – رغم عدم أحقية المستفيد– الذي قد يعتمد في مطالبة البنك للوفاء بالتزامه على خاصية الإستقلالية التي يتمتع بها الضمان عن باقي العلاقات، وهل يختلف الأمر في الدول التي لا يكون فيها حكم التحكيم نهائياً؟

ومن جانب آخر هل يختلف الأمر بحسب ما إذا المصرف مصدراً مصرفاً أو مصدراً مقابلاً. كما يثور التساؤل هل يلزم أن يكون حكم التحكيم نهائيا غير قابل للطعن، أم يكفي مجرد صدور حكم تحكيم ليتولى المصرف تنفيذ التزاماته؟

وسنحاول الإجابة على هذه الأسئلة فيما يلي:

أولا: أثر صدور حكم التحكيم على التزام المصرف المصدر

استناداً على مبدأ نسبية أثر الأحكام، فالحكم التحكيمي ليس له حجية إلاّ على أطرافه، وبالتالي فالعميل الآمر لا يجوز له الإحتجاج بالحكم التحكيمي الصادر بينه وبين المستفيد في مواجهة المصرف مصدر الضمان، فلا يرتب هذا الحكم للمصرف حقوقاً ولا يحمله التزامات.

إلاّ أن حكم التحكيم يتمتع – كالحكم القضائي– بالإضافة إلى قوته الإلزامية القاصرة على أطرافه بقوة أخرى تسمى القوة الثبوتية. ويتمتع الحكم التحكيمي بهذه القوة في مواجهة الجميع. وتعني القوة الثبوتية للحكم التحكيمي أنه يعد دليلا على ثبوت حصول واقعة معينة أو عدم حصولها.[2]

بناءً على ما تقدم، فإن للعميل الآمر الإحتجاج بالقوة الثبوتية للحكم التحكيمي الصادر لصالحه لمنع المصرف عن أداء قيمة خطاب الضمان إلى المستفيد، وذلك على اعتبار أن الحكم المذكور قد صدر ضد المستفيد وأثبت انعدام أي حق لهذا الأخير لدى العميل الآمر. وعليه، فإن مطالبة المستفيد المصرف بأداء قيمة الخطاب إليه، في الفرض المذكور، ستنطوي على سوء نية أو غش من جانبه.[3]

[1]– معتصم محمود إسماعيل عيد، **التحكيم في المنازعات المصرفية – دراسة إجرائية** –، مرجع سابق، ص 349.

[2]– معتصم محمود إسماعيل عيد، **التحكيم في المنازعات المصرفية – دراسة إجرائية** –، مرجع سابق، ص 349.

[3]– أسيل باقر جاسم، **أثر التحكيم على خطاب الضمان – دراسة تحليلية** –، مرجع سابق، ص 204.

والقاعدة العامة أن الغش يفسد العمل، ومنه فإن مطالبة المستفيد بتنفيذ خطاب الضمان إذا كان طلبه ينطوي على غش[1] بيّن وتوافرت للبنك أدلة ثابتة على وقوعه، جاز له الإمتناع ورفض الوفاء بخطاب الضمان رغم قطعية التزام البنك.[2]

ولكن هل يلزم كي يمتنع المصرف المصدر عن الوفاء بقيمة الضمان أن يكون حكم التحكيم نهائياً، خصوصاً وأن هناك دولاً عديدة مثل الجزائر[3]، فرنسا، قطر، البحرين، فلسطين، وبعض دول أمريكا اللاتينية وغيرها تجيز الطعن بالإستئناف على حكم التحكيم، ومن ثم؛ فإن الحكم الذي يصدر عن هيئة التحكيم الأولى لا يعد نهائياً.[4]

وللإجابة على ذلك نشير إلى أن حكم التحكيم في أغلب دول العالم ومنها مصر يعد حكماً نهائياً غير قابل للطعن عليه بأي طرق من طرق الطعن، ويحوز الحجية بمجرد صدوره. وعلى ذلك فإن المصرف إذا ما تم إخطاره من قبل العميل الآمر – قبل الوفاء بقيمة الضمان – بحكم التحكيم الصادر لصالحه ضد المستفيد فإنه يتعين عليه الإمتناع عن الوفاء للمستفيد بقيمة الضمان.[5]

أما بشأن الدول الأخرى التي لا يعد حكم التحكيم فيها نهائياً فقد ذهب رأي من الفقه إلى أنه لا يشترط أن يكون حكم التحكيم نهائياً حتى يقوم المصرف بالوفاء بقيمة الضمان، ومن ثم، يجب الوفاء يقيمة الضمان دون اشتراط نهائية الحكم، و يقيم هذا الرأي سنده على أن:[6]

---

[1]– يقصد بالغش في خطاب الضمان المصرفي إستخدام المستفيد حقه دون وجه حق بهدف الإضرار بالآمر أو بالبنك الضامن. أنظر: يوسفي نور الدين وسامي كحلول، **النظام القانوني لخطاب الضمان**، مقال منشور بمجلة الباحث للدراسات الأكاديمية، مجلة فصلية تصدر عن جامعة العقيد الحاج لخضر، باتنة، عدد خاص بأشغال الملتقى الوطني حول: ضمانات الحماية القانونية للعمليات المصرفية من جرائم الفساد المالي في التشريع الجزائري، مجلد:05، العدد:03، السنة :2018، العدد التسلسلي:14، ص ص: 360–373. ص 367.

[2]– يوسفي نور الدين وسامي كحلول، **النظام القانوني لخطاب الضمان**، مرجع سابق، ص 367.

[3]– حيث تنص المادة 1033 من قانون الإجراءات المدنية والإدارية الجزائري على ما يلي:" يرفع الإستئناف في أحكام التحكيم في أجل شهر واحد من تاريخ النطق بها، أمام المجلس القضائي الذي صدر في دائرة اختصاصه حكم التحكيم، ما لم يتنازل الأطراف عن حق الإستئناف في اتفاقية التحكيم"

[4]– معتصم محمود إسماعيل عيد، **التحكيم في المنازعات المصرفية – دراسة إجرائية** –، مرجع سابق، ص 350.

[5]– معتصم محمود إسماعيل عيد، **التحكيم في المنازعات المصرفية – دراسة إجرائية** –، مرجع سابق، ص 350.

[6]– معتصم محمود إسماعيل عيد، **التحكيم في المنازعات المصرفية – دراسة إجرائية** –، مرجع سابق، ص ص: 350–351.

1- حكم التحكيم بالنسبة للمصرف ليس سوى مستند ولا يعد سنداً تنفيذياً، ذلك أن هذا الحكم لم يصدر ضد المصرف، كما أن المصرف لم يكن طرفاً فيه. فأهمية هذا المستند أنه يثبت أحقية المستفيد في طلب تسييل قيمة الضمان.[1]

2- اشتراط صيرورة الحكم نهائيا سيفقد الحكم فاعليته وسيعوقه عن تنفيذ المهمة المناطة به، هذا بخلاف أن العميل الآمر قد يلجأ إلى استخدام طرق الطعن في الحكم كوسيلة لتعطيل حصول المستفيد على قيمة الضمان.

3- قيام المصرف بالوفاء بقيمة الضمان لا يمنع العميل من الطعن على حكم التحكيم، وإذا ما صدر حكم لصالحه فإنه يرجع على المستفيد دون المصرف بقيمة الضمان.

وحسب تقديرنا، وما ذهب إليه جانب من الفقه أنه بالرغم مما ساقه الرأي السابق من مبررات، فإنه يظل معيباً لإغفاله ما تضمنه اتفاق التحكيم بين الآمر والمستفيد من اشتراط أن يكون حكم التحكيم نهائياً لتسييل خطاب الضمان، وبالتالي فإن هذا الرأي قد خالف مبدأ الرضائية الذي يقوم عليه اتفاق التحكيم، فإذا كان طرفا الاتفاق قد ارتضيا ذلك فلا يجوز للمصرف أن يخالف ذلك الاتفاق ويقوم بتسييل قيمة خطاب الضمان للمستفيد بمجرد صدور حكم تحكيم اشترط أطرافه أن يكون نهائياً.[2]

ورغم ما ساقه الرأي السابق من أسباب ذات وجاهة، إلاّ أننا نرى وجوب التمييز بين فرضيتين:[3]

1- إذا اتفق الأطراف على أن حكم التّحكيم الذي يجب تقديمه من قبل المستفيد للبنك أن يكون نهائيا، وجب على البنك عند القيام بمهمته بفحص المستند أن يتأكد بأنه حكم نهائي وفق الشروط التي أملاها عليه العميل الآمر في عقد الضمان؛ لذا فإن البنك بقيامه بتسييل الضمان بحكم غير نهائي، كان للعميل الآمر أن يواجهه بالمسؤولية لإخلاله بالشروط التي اشترطها الأخير.

---

[1]- وقد قضي في هذا الصدد بأن خطاب الضمان تحدده وحدة علاقة البنك بالمستفيد مطالبة البنك بالوفاء أثناء سريان الضمان مع تحقق شروطه وتقديم مستنداته. أثره وجوب سداد البنك لقيمة خطاب الضمان في تلك الحدود" – نقض، الطعن رقم 10613 لسنة 65 ق جلسة 2002/8/5، مشار إليه في: معتصم محمود إسماعيل عيد، **التحكيم في المنازعات المصرفية – دراسة إجرائية** –، مرجع سابق، ص ص: 350-351.

[2]- معتصم محمود إسماعيل عيد، **التحكيم في المنازعات المصرفية – دراسة إجرائية** –، مرجع سابق، ص ص: 351-352.

[3]- هاني عطاى، **التحكيم في الضمانات المصرفية –دراسة مقارنة**–، مرجع سابق، ص 333.

2- إذا لم يتفق الأطراف على طبيعة حكم التحكيم الذي يقوم المستفيد بتقديمه للبنك هنا يجب التفرقة بين فرضيتين:[1]

أ- إذا كان القانون واجب التطبيق بشأن تنفيذ حكم التحكيم يتضمن جواز تنفيذ الحكم بمجرد صدوره (كما في مصر وأغلب دول العالم)، ففي هذه الحالة لا يلزم أن يكون الحكم نهائياً حتى يقوم المصرف بالوفاء للمستفيد.

ب- أن يكون القانون واجب التطبيق بشأن تنفيذ حكم التحكيم يشترط أن يكون هذا الحكم نهائياً (كما في الجزائر، فرنسا، قطر، فلسطين، أمريكا اللاتينية ...) ففي هذه الحالة يلزم أن يكون الحكم نهائياً حتى يقوم المصرف بالوفاء بقيمة الضمان للمستفيد.

ثانياً: أثر صدور حكم التحكيم على التزام المصدر المقابل

قد يصدر حكم تحكيمي لصالح العميل الآمر يقضي بقيام هذا الأخير بتنفيذ كافة التزاماته تجاه المستفيد، إلاّ أن هذا الأخير يتوجه إلى المصرف الضامن الأصلي طالباً تسييل قيمة الضمان، فيقوم المصرف بأداء تلك القيمة إليه، ويرجع بدوره على المصرف الضامن المقابل بقيمة ما دفعه للمستفيد، فنكون هنا أمام طلبين: الطلب الأول موجه من المستفيد إلى المصرف الضامن الأصلي، والثاني موجه من المصرف الضامن الأصلي إلى المصرف الضامن المقابل.

فبالنسبة للطلب الأول عادة ما يقوم المصرف الضامن الأصلي بالوفاء بقيمة الخطاب إلى المستفيد، دون بحث عن توافر أو عدم توافر غش المستفيد، إذ أن المصرف الضامن الأصلي مطمئن إلى أنه سيرجع بمبلغ الضمان على المصرف الضامن المقابل. أما بالنسبة للطلب الثاني عن مدى إمكانية قيام العميل الآمر بالإعتراض لدى المصرف الضامن المقابل ومنعه من الوفاء بقيمة الخطاب إلى المصرف الضامن الأصلي، مستنداً إلى صدور غش من المستفيد أو انطواء تصرفه على سوء نية عند مطالبة المصرف الضامن الأصلي بأداء قيمة الضمان رغم صدور حكم تحكيمي ضده ينفي وجود أي حق له في ذمة العميل الآمر، مما يفند بالتالي حقه في قيمة خطاب الضمان.[2]

ذهب الرأي الغالب في الفقه والقضاء في مصر و فرنسا إلى أن المصرف المقابل يجب عليه الإمتناع عن الوفاء بقيمة الضمان للمصرف المصدر الأصلي في حالة وجود تواطؤ من جانب الأخير

---

[1]- معتصم محمود إسماعيل عيد، **التحكيم في المنازعات المصرفية – دراسة إجرائية** –، مرجع سابق، ص ص:352.
أنظر أيضا: هاني عطاى، **التحكيم في الضمانات المصرفية – دراسة مقارنة**–، مرجع سابق، ص 334.

[2]- أسيل باقر جاسم، **أثر التحكيم على خطاب الضمان – دراسة تحليلية** –، مرجع سابق، ص 205.

مع المستفيد، وذلك عندما يكون المصدر الأصلي على علم ودراية – وقت الوفاء بقيمة الضمان– بأن هذا الطلب ينطوي على غش من جانب المستفيد من خلال معرفة المصدر الأصلي بصدور حكم تحكيم لصالح الآمر.[1]

ويعد البنك الضامن الأصلي سيئ النية وشريك في الغش إذا كان يعلم بغش المستفيد، ولديه ما يثبت حتماً علمه بغش المستفيد، واعتباره شريك في الغش إذا دفع للمستفيد رغم علمه بالغش الصادر منه – لغياب ظاهر لحق المستفيد–، كما قد يعد شريكا فعلياً بأن كان عالماً بمقاصد ونوايا المستفيد وظروفه.[2]

ونشير هنا إلى أن غالبية حالات الغش في خطاب الضمان المقابل لا يتم إلاّ بالتواطؤ فيما بين المستفيد، و البنك الضامن الأصلي[3].

وقد قضت محكمة النقض الفرنسية بتاريخ: 24 مارس 1994: " أن حكم الإستئناف يكون صحيحا إذا قضى بأن الضمان لدى أول طلب مستقبل عن الضمان المقابل، وأن الغش، على فرض ثبوته في الضمان المباشر من جانب المستفيد لا يكون مؤثراً ابتداء على الضمان المقابل. بل يجب فوق ذلك أن يكون ثابتاً أنه عند طلب وفاء الضمان المقابل كان هناك تواطؤ واضح وظاهر بين المستفيد والضامن المباشر، ويقع إثبات هذا التواطؤ على عاتق الآخر".[4]

إلاّ أن رأيا آخر[5] ذهب إلى أن إثبات التواطؤ بين المصرف المصدر والمستفيد يبدو صعباً من الناحية العملية إذ أن أحكام التحكيم تتسم بالسرية، كما لا توجد علاقة مباشرة بين العميل الآمر والمصرف المقابل، لذلك يلتزم الأخير بأداء قيمة الضمان إلى المصدر الأصلي، ولا يبقى أمام العميل الآمر سوى أن يتمسك بحكم التحكيم للرجوع على المستفيد لمطالبته برد ما حصل عليه دون وجه حق، مستنداً في ذلك إلى حكم التحكيم الصادر لصالحه، بل إن العميل الآمر له الأحقية أيضا في مطالبة المستفيد بالتعويض إن أصابه ضرر من فعل المستفيد.[6]

---

[1]– معتصم محمود إسماعيل عيد، **التحكيم في المنازعات المصرفية – دراسة إجرائية** –، مرجع سابق، ص 354.

[2]– سليمان رمضان محمد عمر، **النظام القانوني لخطابات الضمان المصرفية**، مرجع سابق، ص257.

[3]– هاني عطاى، **التحكيم في الضمانات المصرفية –دراسة مقارنة**–، مرجع سابق، ص 334.

[4]– هاني عطاى، **التحكيم في الضمانات المصرفية –دراسة مقارنة**–، مرجع سابق، ص 345.

[5]– علي جمال الدين عوض، **خطابات الضمان المصرفية**، مرجع سابق، ص ص: 49–50.

[6]– معتصم محمود إسماعيل عيد، **التحكيم في المنازعات المصرفية – دراسة إجرائية** –، مرجع سابق، ص 354.

ونرى أن التعويض عن الأضـــرار من طرف المســـتفيد والجهة المتواطئة معه يجب أن تكون معتبرة وذلك للأسباب التالية:

1- الضـــرر ثابت في جميع الأحوال، فالوقت المهدور والمصـــاريف التي أنفقت في التقاضـــي، وفوات فرص للربح بسبب حبس مال العميل الآمر في يد الغير، كلها أضرار ثابتة ومفترضة وبالتالي واجبة التعويض.

2- الضرر الذي تسبب فيه المستفيد للبنك الضامن الأصلي كأن يتهم بالتواطؤ خطأ بسبب غش المستفيد.

3- الحكم بتعويض معتبر يفوق الأرباح التي قد يحققها حبس مال العميل الآمر لدى المســـتفيد، ســيؤدي إلى ردع كل من يفكر في التحايل على الغير باســتعمال الغش تحت غطاء القوانين التي وضعت في الأساس لحماية المتعاملين حسني النية، والمحافظة على استقرار المعاملات المالية والمصرفية.

4- هذا الأمر ســيؤدي بالضــرورة إلى اطمئنان المتعاملين بمثل هذه العقود المصــرفية، ويشــجع التعامل بها، ويعطي ثقة أكبر في المؤسسات المصرفية.

الفرع الثالث: صدور حكم التحكيم بعد طلب المستفيد الوفاء بقيمة الضمان

لاحظنا أنه من أهم النتائج التي تترتب على اســتقلال خطاب الضــمان عن عقد الأســاس هو قدرة المســتفيد على الحصــول على قيمة الخطاب من المصــرف الضــامن عند أول مطالبة، بصــرف النظر عن طبيعة العلاقة بين العميل الآمر والمستفيد.[1] فلا يمكن للبنك الضامن التمسك بأي دفع لسبب يعود للإلتزام الأصلي المضمون، فالوفاء الفوري يعد المظهر العملي لمبدأ الاستقلالية الذي يتمتع به خطاب الضمان.[2]

والفرض الذي نحن بصدده هو أن المستفيد قد استوفى قيمة خطاب الضمان بالفعل من البنك، ثم صدر حكم تحكيمي لصالح العميل الآمر، يقطع بعدم وجود أي حق في مواجهة العميل الآمر للمستفيد وبأن العميل الآمر قد نفذ كافة الإلتزامات في مواجهة المستفيد.[3]

---

[1]- أسيل باقر جاسم، **أثر التحكيم على خطاب الضمان – دراسة تحليلية** –، مرجع سابق، ص 206.

[2]- محمود الكيلاني، **الموسوعة التجارية والمصرفية – عمليات البنوك**–، المجلد الرابع، دار الثقافة للنشر والتوزيع، عمان،2009، ص 339.

[3]- هاني عطاى، **التحكيم في الضمانات المصرفية –دراسة مقارنة**–، مرجع سابق، ص 346.

أما العميل الآمر، فإنه إن أراد الإعتراض على الوفاء بالخطاب لا يكون أمامه سوى إقامة الدعوى ضد المستفيد لاسترداد ما قبضه دون وجه حق. وعندئذ يكون العميل الآمر هو المدعي الذي يقع عليه عبء الإثبات الأكبر، أما المستفيد فهو المدعى عليه.[1] ويكون الحكم التحكيمي الذي صدر لفائدة (العميل الآمر) هو سنده في إثبات حقه، بأنه نفذ كافة التزاماته في مواجهة المستفيد، ذلك أن الحكم التحكيمي يتمتع بقوة إلزامية، لذا فإن الدعوى التي يرفعها العميل الآمر على المستفيد تدور حول قيمة الضمان الذي حصل عليه المستفيد – دون وجه حق –ولا تتعلق بعقد الأساس.[2]

والإستناد على الحكم التحكيمي القاضي بتنفيذ العميل الآمر بالتزاماته تجاه المستفيد في دعوى استرداد مبلغ الضمان الذي حصله المستفيد من المصرف الضامن – بغير وجه حق– تنفيذا لخطاب الضمان، يؤدي إلى الربط بين عقد الأساس وخطاب الضمان في منازعة واحدة تدور أساساً حول ظروف تنفيذ الضمان وليس ظروف تنفيذ عقد الأساس التي حسمها حكم التحكيم، وهذا الربط من شأنه قيام المسؤولية العقدية للمستفيد عن رد قيمة خطاب الضمان على اعتبار الإلتزام بالرد هنا قائم على أن العميل الآمر لم يعد مديناً للمستفيد وفقاً لعقد الأساس.[3]

وتجدر الإشارة إلى أن ثمة ميزة أخرى يحققها اللجوء إلى التحكيم في المنازعات المرتبطة بخطابات الضمان المصرفية لا سيما في حالة صدور الحكم التحكيمي لصالح العميل الآمر، إذ أن المستفيد غالباً ما يكون من رعايا دولة أخرى أو مقيماً في الخارج، وفي حالة عدم وجود اتفاق بين الطرفين لإحالة النزاعات التي قد تنشب بينهما إلى التحكيم، فإن العميل الآمر سيكون مضطراً للتوجه إلى القضاء الوطني لدولة المستفيد لمقاضاته. ولا شك في أن الوضع المتقدم سينطوي على مخاطر وسلبيات كثيرة بالنسبة إلى العميل الآمر لعل أهمها عدم ضمان حياد القضاء الوطني لدولة المستفيد في مواجهة العميل الآمر الذي سيكون أجنبياً وليس وطنياً، وتأثر القضاء الوطني لدولة المستفيد بالظروف الاقتصادية المحلية. هذا بالإضافة إلى ما يثيره الإنتقال إلى دولة المستفيد وإقامة الدعوى أمام قضائها من تكبد للوقت والجهد والنفقات بالنسبة للعميل الآمر.[4] وهي أمور لا شك في أن التحكيم يغني عنها.

---

[1]– أسيل باقر جاسم، **أثر التحكيم على خطاب الضمان – دراسة تحليلية** –، مرجع سابق، ص 206.

[2]– هاني عطاى، **التحكيم في الضمانات المصرفية –دراسة مقارنة**–، مرجع سابق، ص ص: 346 – 347.

[3]– خالد عبد العظيم أبو غابة، **التحكيم و أثره في فض المنازعات**، مرجع سابق، ص 148

[4]– أسيل باقر جاسم، **أثر التحكيم على خطاب الضمان – دراسة تحليلية** –، مرجع سابق، ص 206.

خاتمة

قد لاحظنا مما تقدم من دراســـتنا، أنه بالرغم من زيادة اللجوء إلى التحكيم باعتباره وســـيلة لفض المنازعات في مجال التجارة الدولية، إلاّ أن البنوك لا زالت تنظر إليه بعين الريبة والحذر، ســـواء في مجال المعاملات المصـــرفية الداخلية أو في مجال المعاملات المصـــرفية الدولية، إذ تفضـــل البنوك الطريق التقليدي لفض المنازعات التي تنشـــأ عن معاملاتها، دون أن تدرك أهمية وفاعلية التحكيم كوسيلة لفض المنازعات.

ولمعرفة سبب عزوف البنوك عن اللجوء لهذا الطريق الخاص للفصل في مختلف المنازعات التي تكون طرفا فيها، كانت دراستنا هذه تحت عنوان " التحكيم في المنازعات المصرفية – دراسة مقارنة–"، والتي تعرضـنا فيها إلى دراسـة نظام التحكيم في نوع خاص ودقيق من المنازعات، وهي تلك المنازعات التي تنشـأ بين البنوك فيما بينها، أو بين البنوك وعملائها، بمناسـبة علاقات قانونية، تختلف باختلاف العملية أو الخدمة المصرفية المؤداة.

ونظرا لتعدد وتشعب المعاملات المصرفية واستحالة التطرق لجميعها في هذه الأطروحة خصصنا مجال الدراســـة في عينة تمثلت في ثلاثة أنواع من العقود المصـــرفية، الكفالة، خطاب الضـــمان المصـرفي، والإعتماد المستندي والتي تعتبر أكثر العقود المصـرفية استعمالا في مجال التجارة ولاسيما الدولية منها.

وقد قمنا بتقســـيم هذه الدراســـة إلى ثلاثة أبواب، بحيث تناولنا في الباب الأول التعريف بالتحكيم ومبررات اللجوء إليه في المنازعات المصرفية، وقد قسمنا هذا الباب إلى أربعة فصول تناولنا في أولها ماهية التحكيم المصـــرفي وبيان طبيعته القانونية، مرورا بالتطورات التي شـــهدها هذا النظام عبر التاريـــــخ، كما قمنا بالتمييز بين التحكيم وما يشتبه به من أنظمة مماثلة وختمنا الفصل ببيان صور التحكيم المصرفي.

وفي الفصـــل الثاني من الباب الأول والذي جاء تحت عنوان " مبررات اللجوء للتحكيم في المنازعات المصـرفية" والذي قمنا من خلاله بالتعريف بالمعاملات المصـرفية ومنازعاتها، ثم انتقلنا إلى الحديث عن لب موضـــوع الدراســـة بحيث تكلمنا عن مبررات اللجوء إلى التحكيم في المعاملات المصـــرفية مع بيان مبررات مؤيدي هذا التوجه، ثم انتقلنا للحديث عن الســـلبيات التي تجعل البعض يحجم عن هذا النظام مبينة الحجج التي أسسوا عليها موقفهم.

وفي الفصـــل الثالث من الباب الأول تعرضـــنا إلى الحديث عن الأحكام العامة لاتفاق التحكيم المصرفي، حيث تحدثنا عن صياغته وطبيعته القانونية، وصوره معرجين على الحديث عن أهم المبادئ التي يتميز بها اتفاق التحكيم وهو مبدأ الإستقلالية، وفي آخر الفصل تعرضنا لشروط صحة اتفاق التحكيم المصرفي الموضوعية منها والشكلية.

ثم انتقلنا بعد ذلك إلى الباب الثاني والذي جاء تحت عنوان " اتفاق التحكيم وأثره على بعض المعاملات المصرفية"، حيث قسمنا هذا الباب إلى أربعة فصول تعرضنا في الفصل الأول منه إلى التعريف باتفاق التحكيم المصرفي وشروط صحته وصوره، باعتباره الأساس القانوني الذي يستند إليه أطراف العلاقة المصرفية في سبيل اللجوء إلى التحكيم، فلا تحكيم دون وجود هذا الاتفاق.

وفي بقية فصول الباب الثاني تعرضنا لأثر اتفاق التحكيم على بعض صور المعاملات المصرفية القابلة للتحكيم والتي أخذناها عينة للدراســـة لشـــيوع العمل بها في مجال التجارة الدولية، وهي الكفالة المصرفية، خطاب الضمان المصرفي، والاعتماد المستندي. ولعل أهم أثر يحدثه اتفاق التحكيم على هذه العقود المصرفية باعتباره طريق استثنائي لفض المنازعات، هو خروج النزاع من اختصاص الولاية العامة لمحاكم الدولة وهو ما يعرف بالأثر الســـلبي، وبالمقابل فإنه – أي اتفاق التحكيم – يرتب أثر إيجابي بالنسبة لهيئات التحكيم لكونه يمنحها الإختصاص في النظر في النزاع.

ثم انتقلنا بعد ذلك للباب الثالث والذي تناولنا فيه الإجراءات المتبعة في الخصومة التحكيـــــمية فـــي المنازعات المصرفية، حيث أخذنا ثلاث عينات للدراسة أولها سير الخصومة التحكيمية وفقا للوائح نظام اتحاد المصـــارف العربية باعتباره أكبر المنظمات العربية الجامعة لأكبر عدد من المؤســـســـات المصرفية، ولكونه الأكثر تطبيقا في المنازعات المصرفية في الوسط العربي، ثم استعرضنا في الفصل الثاني نظام" دوكدكس للتحكيم في منازعات الإعتمادات المســـتندية وخطابات الضـــمان، لكونه أحد الأنظمة المتخصـصـة في هذا النوع من المعاملات المصـرفية وذلك نظرا لما قد يعتريها من منازعات بسبب تعدد أطرافها وتعدد العلاقات بينهم وإستقلالها، بالإضافة إلى أهميتها البالغة بمنظومة الإستيراد والتصدير والعلاقات التجارية التي تمثل أهم ركائز المعاملات الاقتصادية، ثم انتقلنا في الفصل الثالث إلى التطرق إلى الإجراءات التي تبناها المشرع الجزائري وضمنها قانون الإجراءات المدنية والإدارية مع مقارنتها بين الحين و الآخر بالأحكام المقابلة في القانون المصري و الفرنسي.

وكان ختام هذا الباب فصله الرابع والأخير الذي تحدثنا فيه عن الحكم المنهي لخصـومة التحكيم المصـرفي ، والذي تعرضـنا فيه للشروط القانونية، الشكلية والموضـوعية، لحكم التحكيم المصـرفي، ثم

استتبعنا دراستنا بالحديث عن طرق مراجعة أحكام التحكيم في كل من التشريع الجزائري، المصري ثم الفرنسي وقمنا بمناقشتها، وأخيرا تطرقنا بشيء من التفصيل إلى آثار الحكم التحكيمي على بعض العمليات المصرفية التي كانت محل دراستنا في الباب الثاني.

وسنعرض فيما يلي إلى ما سجلناه وتوصلنا إليه من نتائج من خلال دراستنا مع عرض أهم الإقتراحات التي نوصي بالأخذ بها.

النتائـــج:

- كشفت الدراسة على ضعف الوعي بالتحكيم في الوسط المصرفي، والعزوف الشديد عن تبنيه في منازعاته، وهذا ما اكتشفناه من خلال ندرة الأحكام التحكيمية الصادرة في القضايا التي تدور بين المصارف فيما بينها وبين المصارف وعملائها.
- توصلنا إلى أن القضاء العادي لا يمكن أن يكون الحل المثالي لفض المنازعات المصرفية، نظرا للبطء والتعقيد الشديد في إجراءاته، هذه الأخيرة التي تؤدي في غالب الأحيان بعد نزاع دام لسنوات بقبول المصارف لتسويات مجحفة بحقوقها تتضمن إسقاط العوائد المستحقة، أو جزء كبير منها، وقد يصل الأمر إلى إسقاط جزء من الدين، أو يتم تسديد المديونية على آجال طويلة، تكون النقود فيها قد فقدت قيمتها بسبب التضخم أو لأسباب أخرى.
- خلصنا من خلال هذه الدراسة إلى أن الطبيعة الخاصة للبيئة المصرفية ودورها الهام في الحياة الاقتصادية، والتطور المستمر والسريع لعملياتها، يقتضي وجود آلية سريعة وناجزة للفصل في منازعاتها التي تتميز بالدقة والتعقيد، أي آلية بديلة عن القضاء العادي الذي أثبت عجزه أمامها، ولعل التحكيم هو أفضلها.
- توصلنا من خلال التعرف على الفرق بين التحكيم والوساطة والصلح باعتبارهم طرق بديلة لفض النزاعات، بأن التحكيم هو أنجعها ولا سيما في المنازعات المصرفية، لأنه يصدر أحكاماً حاسمة وقابلة للتنفيذ، أما الوساطة والصلح فتنحصر مهمتها ونتائجها في محاولة تقريب وجهات النظر بين أطراف الخصومة، ولا تصدر أحكاما ناجزة وملزمة للأطراف.
- إن ما يدعم الرأي الذي يذهب إلى ضرورة الإعتماد على التحكيم التجاري لحسم المنازعات المصرفية، هو وجود المراكز التحكيمية المتخصصة في مجال المعاملات المصرفية على الصعيدين العربي والدولي وانتشارها بشكل ملحوظ، وتطور قواعدها القانونية بين فترة وأخرى، لتواكب مسيرة التعامل المصرفي المتطورة بسرعة كبيرة.

- توصلنا من خلال هذه الدراسة إلى أن اللجوء إلى القضاء لمساعدة التحكيم، لا سيما في البحث عن الأدلة وتوفير عناصر الإثبات، وكذا في مجال تنفيذ أحكام التحكيم، أمر لا ينقص من قيمة وفعالية التحكيم، بل العكس من ذلك، لأنه في الواقع يعزز من قوة التحكيم ويزيد من نجاعته، وذلك نظرا لما يتمتع به القضاء من سلطات الجبر والإلزام والتي تفتقدها هيئة التحكيم.
- أظهرت الدراسة أن التحكيم، كوسيلة لتسوية المنازعات المصرفية تعد من أحسن الطرق لضمان سرية المعلومات المصرفية الضرورية لهيئة التحكيم في الفصل في النزاع، بفضل سرية الجلسات التي يضمنها نظام التحكيم، ولا يكفلها القضاء العادي الذي تتسم جلساته بالعلانية.
- أظهرت الدراسة أن نظام التحكيم في المعاملات المصرفية، ولا سيما الذي يتم عن طريق مراكز متخصصة، يوفر للمنازعة المصرفية محكمين على درجة عالية من الخبرة والكفاءة المصرفية، وهذا ما لا يقدمه القضاء العادي، إلا في حالة انتداب خبراء، وفي هذه الحالة ستكون المحكمة أضاعت الكثير من الوقت، المحسوب على أطراف الخصومة.
- أظهرت الدراسة أن بعض القواعد في العمليات المصرفية لها طابع آمر، وبالتالي فهي تخضع للنظام القضائي، ولا يجوز التحكيم فيها لتعلقها بالنظام العام، كالقواعد المنظمة لإنشاء المصارف والمنظمة لشروط عملها ونظام الصرف وغيرها.
- أكدت الدراسة على أن البنك الكفيل في عقد الكفالة المصرفية، يكون أجنبياً بالنسبة لاتفاق التحكيم الذي يبرمه الدّائن والمدين، ولا يمتد أثره إليه وفقاً لمبدأ نسبية العقود.
- أظهرت الدراسة قصور نصوص القوانين الوضعية في الدول العربية والجزائر بصفة خاصة فيما يتعلق بتنظيم عمليات التسهيلات المصرفية، والتي تنظمها العادات والأعراف الدولية التي أصبحت لا تواكب التطور الهائل في مجال الصناعة المصرفية، كما أن هذه الأعراف في أغلبها لا تتماشى مع قواعد الصيرفة الإسلامية.
- أظهرت الدراسة أن التحكيم هو الطريق الأمثل لفض النزاعات المصرفية المتعلقة بالصيرفة الإسلامية.
- أظهرت الدراسة أنه للسير في مسار التحكيم لتسوية المنازعات لا بد على الأطراف المتنازعة وضع اللبنات الأولى السليمة لخصومتهم المستقبلية في حال حدوثها، ومن أهم اللبنات المطلوبة لنجاح السير في التحكيم وجود الإتفاق المبدئي فيما بينهم على مبدأ اللُّجوء للتحكيم لتسوية المنازعات التي قد تنشأ بينهم؛ مع تضمين هذا الاتفاق للنقاط الجوهرية له؛ كأن يكون التحكيم فردياً أو مؤسسياً، و تحديد

القانون الواجب التطبيق على النزاع، ولغته و كيفية تعيين هيئة التحكيم، و غير ذلك من التفاصـــيل التي تمكن الأطراف من السير في الخصومة التحكيمية بطريقة سليمة وسلسة، لهذا يجب على البنوك تضمين اتفاق التحكيم في العقود التي تبرمها مع جميع تفاصيل العملية التحكيمية، لكي لا ينشأ خلاف فرعي يؤدي إلى تأخير الفصل في النزاع الأساسي.

التوصيات:

من خلال ما توصـــلنا إليه من نتائج في هذه الدراســـة، فإننا خلصـــنا إلى بعض التوصـــيات والمقترحات التي نوجه بعضها إلى المؤسسات المصرفية، وبعضها الآخر إلـــــــــــــى المتعاملين الإقتصـــاديين، وآخرها إلى المشـــرع الجزائري، والتي نرى بأن أخذها بعين الإعتبار قد يعطي دفعا قويا لنظام التحكيم في الجزائر، وأيضا للنظام المصرفي. وهذه التوصيات كالآتي:

- أول وأهم توصية لا بد من تضمينها هذه الأطروحة هو ضرورة نشر ثقافة التحكيم في المجال المصرفي.
- ضـرورة تدخل المشـرع الجزائري لإنشـاء جهة متخصـصـة لفض المنازعات المصـرفية بصـفة عامة عن طريق التحكيم، والتي قد تكون تابعة للبنك المركزي كما قد تكون لجنة مستقلة أو تابعة لوزارة المالية. ونقترح أن يكون محكميها متعددي الإختصـاصـات لضـمن تغطية التخصـصـات التي يتطلبها تنوع العمليات المصرفية، التقليدية منها والإسلامية.
- ضـرورة إخضـاع الهيئة التحكيمية المقترحة لبرامج تكوين وتدريب مستمر لتحيين معارفهم نظرا للتطور المسـتمر للعمليات المصـرفية ولا سـيما الإلكترونية منها، وتوسـيع مداركهم فيما يتعلق بالعملية التحكيمية.
- ضرورة إعداد نماذج صيغ قانونية محكمة لإتفاق التحكيم المصرفي بما يتناسب مـــــــع كـــل حالة، وكل عملية مصـــرفية، وكل نزاع مســـتقبلي قد ينشـــب بين أطراف العملية المصـــرفية، وهذا لغلق الطريق أمام العيوب والثغرات القانونية التي قد تشـوب الاتفاق على التحكيم، فتؤدي بعد رحلة تحكيمية طويلة إلى العودة إلى نقطة البداية من جديد لطرق باب القضاء.
- نقترح فتح أبواب إنشـاء مراكز للتحكيم في الجزائر تكون متخصـصـة في المنازعات المصـرفية الدولية، يكون لها قواعد مرنة ومشجعة للمتعاملين الأجانب، الذين أكثر ما يخشونه نزاعاتهم التي تحال غالبا إلى القضاء الجزائري، خصوصا وأن البيئة المصرفية بالجزائر يشوبها التعقيد والغموض.

- توصـي الدراسـة بضـرورة أن يكون أعضـاء هيئة التحكيم المصـرفي أو بعض أعضـائها من الخبراء المتخصصين وذوي المراس في العمل المصرفي، وأن يكـــــــون تخصصهم بحســـــب نوع النـــــــزاع، معاملة مصرفية الكترونية، أو عادية، أو معاملة إسلامية، وهذا لعدم هدر الوقت في تعيين خبراء لمساعدة هيئة التحكيم.
- نظرا لعامل الوقت الذي يؤثر كثيرا في عمل القطاع المصرفي، على هيئات التحكيم ومؤسساته مراعاة أهمية تحديد مدة نظر النزاع المصـــرفي، بحيث يتم تحديدها بثلاثين يوما قابلة للتجديد لمدة مماثلة يصدر خلالها الحكم، ما لم يتفق الأطراف على خلاف ذلك.
- ضـــرورة إفراد نظام التحكيم بتقنين خاص، يتعرض فيه المشـــرع إلى جميع تفاصـــيله وبكافة اختصاصاته، كأن يوضع تقنين يتكلم في بابه الأول عن الأحكام العامة المشتركة المتعلقة بجميع أنواع الخصـــومات التحكيمية ويليها أبواب، كل باب يتضـــمن الأحكام الخاصـــة بكل قطاع، كالتحكيم في المنازعات المصـــرفية، التحكيم في القضـــايا الاجتماعية، التحكيم في القضـــايا الإدارية، التحكيم في قضايا الأحوال الشخصية..... الخ، بحيث لكل نوع من أنواع النزاعات خصوصية تميـــــــزه عـــــن غيـــــــره، وبالتالي تتطلب إجراءات ومواعيد وآجال تختلف عن غيرها، وننوه هنا على ضرورة تنظيم قواعد التحكيم الإستعجالي، أو ما يطلق عليه البعض " تحكيم الطوارئ".
- ضرورة إلغاء المشرع الجزائري لرقابة الإستئناف على حكم التحكيم الداخلي لكونه لا يشجع على اختيار التحكيم كطريق بديل لحل النزاعات، فنرى أنه كان من الأفضل تكريس رقابة البطلان فقط نظرا لانسجامها مع طبيعة التحكيم والغرض من اختياره، والدليل على ذلك اعتمادها في القانون المقارن.
- ضـــرورة إيجاد نظام يســـمح بالتحكيم المتعدد الأطراف، وبالجمع بين قضـــايا التحكيم المتعددة لوحدة النزاع.
- ضرورة وضع قواعد خاصة بإشكالات تنفيذ حكم التحكيم، والتي يجب أن تتفق مع طبيعة هذا النظام والغاية المبتغاة من اللجوء إليه، وهي مرونة الإجراءات وسرعة الحسم في النزاع.
- ضرورة تطرق المشرع الجزائري في قانون الإجراءات المدنية والإدارية إلى تحديد مكان التحكيم وما إذا كان لهيئة التحكيم دور في تحديده، وهو نقص تشريعي يقتضي تداركه.
- ضـــرورة اتخاذ المشـــرع الجزائري موقفا حاســـما تجاه مبدأ اســـتقلالية اتفاق التحكيم عن العقد الأصلي في مجال التحكيم الداخلي.

قائمة المراجع والمصادر

المصادر والمراجـــــــع

المصادر :

أولا_ القرآن الكريم:

ثانيا_ النصوص القانونية:

أ- النصوص القانونية الدولية:

1. اتفاقية نيويورك للإعتراف بأحكام التحكيم الأجنبية وتنفيذها لسنة 1958. متحصل عليها من الموقع الإلكتروني:
https://uncitral.un.org/ar/texts/arbitration/conventions/foreign_arbitral_awards

2. القانون النموذجي للجنة الأمم المتحدة للقانون التجاري الدولي (UNCITRAL) الذي اعتمد في 21 حزيران 1985. متحصل عليه من الموقع الإلكتروني:
https://uncitral.un.org/ar/texts/arbitration و أيضا الموقع الإلكتروني:
http://www.uncitral.org/pdf/arabic/texts/arbitration/arb-rules-revised/pre-arb-rules-revised-a.pdf

3. الإتفاقية الأوروبية للتحكيم التجاري الدولي المنعقدة في جنيف بتاريخ 21 نيسان 1961. متحصل عليه من: عبد الحميد الأحدب، **موسوعة التحكيم في البلدان العربية**، الكتاب الثالث، منشورات الحلبي الحقوقية، بيروت، الطبعة الثالثة، 2008، ص ص: 567- 579.

4. اتفاقية الأمم المتحدة بشأن الكفالات المستقلة وخطابات الإعتماد الضامنة التي أقرتها الجمعية العامة للأمم المتحدة في 11 ديسمبر 1995 متحصل عليها من الموقع الإلكتروني:
https://uncitral.un.org/ar/texts/payments/conventions/independent_guarantees

5. الأصول و الأعراف الموحدة للإعتمادات المستندية Ucp 600 متحصل عليها من الموقع الإلكتروني: http://rapidshare.com/files/121362878/LC_600.pdf

6. لوائح مركز الوساطة و التحكيم لاتحاد المصارف العربية ، متحصل عليه من الموقع الإلكتروني:
https://www.mohamah.net/law/

7. نظم ولوائح المركز الإسلامي الدولي للمصالحة والتحكيم في دبي متحصل عليه من الموقع الإلكتروني: https://iicra.com/ar/arbitration/

8. إتفاقية تسوية منازعات الإستثمار(ICSID)، واشنطن عام 1965، متحصل عليه من الموقع الإلكتروني: chrome-extension://efaidnbmnnnibpcajpcglclefindmkaj/https://aifica.com /pdf/treatie-8.pdf

ب- النصوص القانونية الوطنية:

1. الأمر رقم 75-58 المؤرخ في 26 سبتمبر 1975، المتضمن القانون المدني، جريدة الرسمية عدد 78، السنة 1975، المعدل والمتمم بالقانون رقم 05-10 المؤرخ في 20 يونيو، الجريدة الرسمية عدد 44، السنة 2005.

2. القانون رقم 08-09، الصادر بتاريخ 25 فبراير سنة 2008، المتضمن قانون الإجراءات المدنية والإدارية، الجريدة الرسمية، العدد 21، السنة 2008.

3. الأمر رقم 75-59 المؤرخ في 26 سبتمبر 1975، جريدة رسمية رقم 101، السنة 1975، المتضمن القانون التجاري الجزائري، المعدل و المتمم، و آخر تعديل له تم بموجب القانون رقم 22-09 المؤرخ في 05 ماي 2022 ، الجريدة الرسمية، العدد 32، السنة 2022.

4. المرسوم رقم 03-11 المؤرخ في 26 أوت 2003 المتعلق بالنقد والقرض، الجريدة الرسمية العدد 52، السنة 2003.

5. التنظيم رقم 02/93 المؤرخ في 1993/01/03 المتعلق بإصدار خطابات الضمان والضمانات المقابلة من قبل البنوك الوسيطة المعتمدة، الجريدة الرسمية العدد 17، السنة 1993.

6. الأمر رقم 01/10 المؤرخ في 26 أوت 2010 المتضمن قانون المالية التكميلي لسنة 2010، الجريدة الرسمية العدد 49، السنة 2010.

7. الأمر رقم 11-11 المؤرخ في 18 يوليو 2011، المتضمن قانون المالية التكميلي لسنة 2011 جريدة رسمية رقم: 40، السنة 2011.

8. الأمر رقم 01/09 المؤرخ في 22 يوليو 2009 المتضمن قانون المالية التكميلي لسنة 2009، جريدة رسمية رقم: 44، السنة 2009.

9. نظام بنك الجزائر رقم 07-01، المؤرخ في 03 فبراير 2007، المتعلق بالقواعد المطبقة على المعاملات الجارية مع الخارج والحسابات بالعملة الصعبة، الجريدة الرسمية رقم: 44، العدد 31، السنة 2007.

10. نظام بنك الجزائر رقم 11-06 المؤرخ في 19 أكتوبر 2011، الجريدة الرسمية لسنة 49، العدد 08.

11. نظام بنك الجزائر رقم 16-01، المؤرخ في 06 مارس 2016، الجريدة الرسمية رقم :17، السنة 2016. لسنة 53، العدد 17.

12. المرسوم رقم: 88-233 المؤرخ في: 1988/11/05، المتضمن مصادقة الجزائر بتحفظ على اتفاقية اتفاقية نيويورك لسنة 1958 بشأن الإعتراف بقرارات التحكيم الأجنبية وتنفيذها.

13. التعليمة رقم 05/94 المؤرخة في 1994/02/02 الصادر عن البنك المركزي (حاليا بنك الجزائر). متحصل عليه من الموقع الرسمي لبنك الجزائر: https://www.bank-of-algeria.dz/html/legist10_5.htm.

14. نظام الصرف رقم 07/95 المؤرخ في 23 ديسمبر 1995، متحصل عليه من الموقع الرسمي لبنك الجزائر: https://www.bank-of-algeria.dz/html/legist10_5.htm

قوانين لدول مختلفة:

1-القانون رقم 27 الصادر عن رئاسة الجمهورية المصرية بتاريخ 07 ذي القعدة لسنة 1414 هـ الموافق لـ 18 أفريل 1994 م، المتضمن قانون التحكيم في المواد المدنية والتجارية. متحصل من الموقع الإلكتروني/ https://www.wipo.int/edocs/lexdocs/laws/ar/eg/eg020ar.pdf

2-قانون التجارة المصري رقم 17 لسنة 1999، متحصل من الموقع الإلكتروني/ https://manshurat.org/node/27015

3-قانون المرافعات المصري لسنة 1968 مع آخر التعديلات متحصل عليه من الموقع الإلكتروني: https://lawyeregypt.net

4-قانون التحكيم الفلسطيني رقم 03 لسنة 2000، متحصل عليه من الموقع الإلكتروني: https://maqam.najah.edu/legislation/12/

5-قانون التحكيم لدولة الإمارات رقم 06 لسنة 2018، متحصل عليه من الموقع الإلكتروني: https://www.mohamah.net/law

6-قانون التحكيم اليمني رقم 32 لسنة 1997، متحصل عليه من الموقع الإلكتروني: https://www.mohamah.net/law

7- قانون التحكيم اللبناني (المواد من 762 إلى 808) من قانون أصول المحاكمات المدنية، المرسوم 90/83، متحصل عليه من الموقع الإلكتروني: https://damascusbar.org/arabic/dbar/ar_law/lb.htm

فرنسا:

1- Décret n° 75-1123 du 5 décembre 1975 instituant un nouveau code de procédure civile Le nouveau code de procédure civile et son annexe . disponible le 30/01/2020 sur/ https://www.legifrance.gouv.fr/loda/id/JORFTEXT

2- Décret n° 80/354 du 4 mai 1980 contenant une réglementation complète de l'ensemble du règlement d'arbitrage, disponible le 30/01/2020 sur/ https://www.legifrance.gouv.fr/loda/id/JORFTEXT

3- Décret n° 81/500 du 12 mai 1981 réglementant le règlement de l'arbitrage commercial international. disponible le 30/01/2020 sur/
https://www.legifrance.gouv.fr/loda/id/JORFTEXT

4- Décret n°2011-48 du 13 janvier 2011 - portant réforme de l'arbitrage , disponible le 30/01/2020 sur/ https://www.legifrance.gouv.fr/loda/id/JORFTEXT

قائمة المراجع:

أولا/ الكتـــب :

1. ابراهيم أحمد إبراهيم، **التحكيم الدولي الخاص**، دار النهضة العربية، ، القاهرة، الطبعة الثانية 1997.

2. إبراهيم أحمد إبراهيم، **التحكيم الدولي الخاص**، دار النهضة العربية، القاهرة، الطبعة الرابعة، 2005.

3. أحمد أبو الوفا، **التحكيم الإختياري و الإجباري**، الطبعة الخامسة، منشأة المعارف، الإسكندرية، 2005.

4. أحمد بشير الشرايري، **بطلان حكم التحكيم و مدى رقابة محكمة النقض (التمييز) عليه – دراسة مقارنة**– ، دار الثقافة للنشر و التوزيع، الطبعة الأولى، عمان، الأردن ،2011.

5. **أحمد خليفة شرقاوي أحمد، القوة التنفيذية لحكم التحكيم – دراسة مقارنة بين الفقه الإسلامي و القانون الوضعي–، شركة ناس للطباعة، القاهرة، 2015.**

6. أحمد صدقي محمود، **مفهوم الكتابة في اتفاق التحكيم**، دار النهضة العربية، القاهرة ، الطبعة الأولى، 2004.

7. أحمد عبد التواب محمد، **أحكام الضمانات الخاصة للوفاء بالدين، الجزء الأول ، الكفالة و الرهن الرسمي**، بالزقازيق، مكتبة النصر 1999.

8. أحمد عبد الكريم سلامة، **قانون التحكيم التجاري الدولي و الداخلي، تنظير و تطبيق مقارن**، ط1، دار النهضة العربية، القاهرة، 2004.

9. أحمد مصطفى الدبوسي السيد ، **التحكيم في العمليات المصرفية بين الواقع والأمول، دراسة تحليلية مقارنة**، مكتبة الوفاء القانونية، الإسكندرية، 2015.

10. أحمد محمد حشيش، **طبيعة المهمة التحكيمية**، دار الكتب القانونية، مصر، 2007.

11. أحمد محمد حشيش، **القوة التنفيذية لحكم التحكيم**، دار الكتب القانونية، مصر ، المحله الكبرى، 2008.

12. أحمد مخلوف، **اتفاق التحكيم كأسلوب لتسوية منازعات عقود التجارة الدولية**، دار النهضة العربية، القاهرة، 2003.

13. آمال يدر، **الرقابة القضائية على التحكيم التجاري الدولي – دراسة مقارنة-**، منشورات الحلبي الحقوقية، الطبعة الأولى، بيروت ،2012.

14. أمجد محمد منصور، **النظرية العامة للالتزامات، مصادر الالتزام، دار الثقافة للنشر والتوزيع** ، عمان، الأردن ، 2009.

15. أمين خالدي، أمين خالدي، **النظام القانوني للإعتمادات المستندية (مدعم بالإجتهاد القضائي الجزائري)**، دار بلقيس، دار البيضاء، الجزائر، دون سنة نشر.

16. أنس العلبي، **النظام القانوني لبطاقات الإعتماد**، الطبعة الأولى، منشورات الحلبي الحقوقية، بيروت، لبنان، 2005.

17. التحيوي، محمود السيد عمر، **التحكيم بالقضاء والتحكيم مع التفويض بالصلح**، منشأة المعارف، الإسكندرية ، 2002.

18. أسعد فاضل منديل، **أحكام عقد التحكيم وإجراءاته(دراسة مقارنة)**، منشورات زين الحقوقية، دار نيبور للطباعة و النشر و التوزيع، العراق، 2011.

19. أشرف عبد العليم الرفاعي، **اتفاق التحكيم والمشكلات العملية و القانونية في العلاقات الخاصة الدولية**، دار الفكر جامعي، الإسكندرية، 2003.

20. أكرم يامالكي، **الأوراق التجارية وفقا لاتفاقيات جنيف الموحدة والعمليات المصرفية وفقا للأعراف الدولية**، الجزء الثاني، مكتبة دار الثقافة، عمان، 1999.

21. الياس ناصيف، العقود الدولية، **التحكيم الإلكتروني**، منشورات الحلبي الحقوقية، بيروت، لبنان، 2012.

22. الياس ناصيف، **العقود المصرفية، المجلد الأول، عقد الحساب الجاري- عقد وديعة الصكوك و الأوراق المالية في المصارف- عقد إيجار الصناديق الحديدية**، الطبعة الثانية، منشورات الحلبي الحقوقية، بيروت، 2012.

23.الياس ناصيف، **العقود المصرفية، المجلد الثاني، التحويل المصرفي، الحساب المشترك، الكفالة المصرفية** ، الطبعة الأولى، منشورات الحلبي الحقوقية، بيروت، 2014.

24.الياس ناصيف، **العقود المصرفية، المجلد الثالث، الإعتماد المستندي**، الطبعة الأولى، منشورات الحلبي الحقوقية، بيروت، 2014.

25.أيسر عصام داؤد سليمان، **الأثر المانع لإتفاق التحكيم في عقود التجارة الدولية**، الطبعة الأولى، دار الفكر الجامعي، الإسكندرية، 2013.

26.بسام حمد الطراونة، باسم محمد ملحم، **شرح القانون التجاري، الأوراق التجارية و العمليات المصرفية**، دار المسيرة للنشر و التوزيع و الطباعة، عمان، 2010.

27.بشار محمد الأسعد، **الفعالية الدولية للتحكيم في منازعات عقود الإستثمارات الدولية – دراسة في ضوء أحكام التحكيم و الإتفاقيات الدولية و التشريعات الوطنية**–، منشورات الحلبي الحقوقية، الطبعة الأولى، بيروت، لبنان، 2009.

28.بلعيساوي محمد الطاهر، **التزامات البنك في الإعتمادات المستندية**، منشورات الحلبي الحقوقية، الطبعة الأولى، بيروت، لبنان، 2012.

29.جعفر مشيمش، **التحكيم في العقود الإدارية و المدنية و التجارية** ، منشورات زين الحقوقية، الطبعة الأولى 2009.

30.جلال وفاء محمدين، **دور البنوك في مكافحة غسيل الأموال**، دار الجامعة الجديدة، الإسكندرية، 2001.

31.جمال عمارة، **المصارف الإسلامية**، دار النبأ، دب ن، 1996.

32.حسان نوفل، **التحكيم في منازعات عقود الإستثمار**، دار هومة، الجزائر، 2010، ص 16.

33.حسني المصري، **التحكيم التجاري الدولي في ظل القانون الكويتي والقانون المقارن**، منشورات الحلبي الحقوقية، بيروت، لبنان، 1996.

34. حسين محمد سمحان، **أسس العمليات المصرفية الإسلامية**، دار المسيرة للنشر والتوزيع والطباعة، عمان، الأردن، الطبعة الأولى 2013.

35.حفيظة السيد الحداد، **الموجز في النظرية العامة للتحكيم التجاري الدولي**، منشورات الحلبي الحقوقية، بيروت، 2007.

36. حمادة عبد الرزاق حمادة، **التحكيم في عقود البوت (B.O.T)**، دار الجامعة الجديدة، الإسكندرية، 2013، ص 209.

37. خالد عبد العظيم أبو غابة، **التحكيم وأثره في فض المنازعات**، دار الفكر الجامعي، الإسكندرية، 2011.

38. خالد محمد العميرة، **التحكيم المؤسسي، دراسة مقارنة بين التحكيم المؤسسي الدولي والتحكيم المؤسسي الوطني**، دار النهضة العربية للتوزيع و النشر، الكويت، الطبعة الأولى، 2013 .

39. سائح سنقوقة، **شرح قانون الإجراءات المدنية و الإدارية – نصا، شرحا، تعليقا– قانون 08-09 المؤرخ في 18 صفر عام 1429 الموافق لـ 25 فبراير 2008 المتضمن قانون الإجراءات المدنية و الإدارية، المواد من 584 إلى 1065، الجزء الثاني**، دار الهدى، عين مليلة، الجزائر، 2015.

40. سعيد عبد العزيز عثمان، **الإعتمادات المستندية**، الدار الجامعية، الإسكندرية، 2005.

41. سميحة القليوبي، **الأسس القانونية للتحكيم التجاري الدولي وفقا للقانون رقم 27 لسنة 1994**، دار النهضة العربية، القاهرة ،2013.

42. ــــــــــــ، **الوسيط في شرح قانون التجارة المصري (العقود التجارية– عمليات البنوك)**، دار النهضة العربية للنشر و التوزيع، القاهرة، 1998.

43. سميرة الزعيم المنجد، **التحكيم الإسلامي في نظام غير إسلامي**، منشورات حلبي الحقوقية، بيروت، لبنان، الطبعة الثانية، 2013.

44. سمير فرنان بالي، **السرية المصرفية**، منشورات الحلبي الحقوقية، بيروت ، 2002.

45. شحاته غريب شلقامي، **إشكالات اتفاق التحكيم**، دراسة مقارنة، دار الجامعة الجديدة، الإسكندرية، 2015.

46. صلاح الدين جمال الدين، **التحكيم وتنازع القوانين في عقود التنمية التكنولوجية**، دار الفكر الجامعي، الطبعة 1، 2005.

47. صادق محمد محمد الجبران، **التحكيم التجاري الدولي – وفقا للإتفاقية العربية للتحكيم العام 1987**، منشورات الحلبي الحقوقية، بيروت، الطبعة الأولى 2006.

48. طالب سمير طلبة دويدار، **الأبعاد القانونية لامتداد شرط التحكيم**، مركز الدراسات العربية للنشر والتوزيع، جمهورية مصر العربية، 2016.

49. طلعت محمد دويدار، **ضمانات التقاضي في خصومة التحكيم– دراسة مقارنة في التشريعات الدولية وأنظمة مراكز التحكيم والتشريعات الوطنية العربية–**، منشورات الحلبي الحقوقية، بيروت، لبنـــان، 2009.

50. طه عوض غازي، **مشارطة التحكيم في القانون الروماني**، دار النهضة العربية، مصـــــــــــر، 2002.

51.

52. عادل عبد الفضيل عيد، **الإئتمان والمداينات في البنوك الإسلامية**، دار الفكر الجامعـــــــي، الإسكندرية، 2011.

53. عادل إبراهيم، **مدى استقلال التزام البنك في خطاب الضمان والاعتمادات المستندية**، دار النهضة العربية، القاهرة، 1993.

54. عباس ناصر مجيد، **الطعن بالبطلان على أحكام التحكيم التجاري الدولي– دراسة قانونية مقارنة–**، مكتبة السنهوري، منشورات زين الحقوقية، بغداد، 2011.

55. عباس مصطفى المصري، **عقد الإعتماد المستندي في قانون التجارة الجديد– دراسة قانونية مقارنة بالشريعة الإسلامية–**، دار الجامعة الجديدة للنشر، الإسكندرية، 2005.

56. عبد الباسط محمد عبد الواسع الضراسي، **النظام القانوني لاتفاق التحكيم (دراسة تحليلية مقارنة)**، المكتب الجامعي الحديث، الطبعة الثانية، 2008.

57. ـــــــــــــــ، **موسوعة التحكيم – وثائق تحكيمية– الكتاب الأول**، منشورات الحلبي الحقوقية، ط3 منقحة ومحدثة، بيروت، 2009.

58. ـــــــــــــــ، **موسوعة التحكيم – وثائق تحكيمية– الكتاب الثاني**، منشورات الحلبي الحقوقية، ط3 منقحة ومحدثة، بيروت، 2008.

59. ـــــــــــــــ، **موسوعة التحكيم – وثائق تحكيمية– الكتاب الثالث**، منشورات الحلبي الحقوقية، ط3 منقحة ومحدثة، بيروت، 2008.

60. عبد الحميد الشواربي، **إدارة المخاطر الإئتمانية من وجهتي النظر المصرفية والقانونيـــــــة**، منشأة المعارف، الإسكندرية، 2002.

61. عبد الله عيسى علي الرمح، **حكم التحكيم وفقا لقانون المرافعات المدنية والتجارية وقانون التحكيم القضائي، دراسة في القانون الكويتي والقانون المصري مقارنا بالفقه الإسلامي**، مؤسسة دار الكتب، الكويت، 2009.

62. عبد الغفار حنفي، عبد السلام أبو قحف، **إدارة البنوك وتطبيقاتها**، دار المعرفة الجامعيـــــــــة، الإسكندرية، 2000.

63. عبد الفضيل محمد أحمد، **عمليات البنوك (الودائع المصرفية- الحسابات المصرفية-عمليات الإئتمان، القروض، القبول، الخصم، الإعتماد المصرفي البسيط، الإعتماد المستندي)**، دار الفكر والقانون، المنصورة، مصر، 2010.

64. عرفات أحمد المنجي، **التحكيم في منازعات الإعتمادات المستندية في الفقه والقانون المقارن**، المركز القومي للإصدارات القانونية، الطبعة الأولى، القاهرة.، 2017.

65. عكاشة محمد عبد العال ومصطفى محمد الجمال، **التحكيم في العلاقات الخاصة الدوليـــــــة والداخلية**، منشورات الحلبي الحقوقية، بيروت، 1998.

66. علاء الدين محي الدين مصطفى، **التحكيم في منازعات العقود الإدارية الدولية في ضوء القوانين الوضعية و المعاهدات الدولية و أحكام محاكم التحكيم**، دار الجامعة الجديدة، الإسكندرية، 2008.

67. عوض غازي، **مشارطة التحكيم في القانون الروماني**، دار النهضة العربية، القاهـــــــــــرة، مصر، الطبعة الأولى، 2002.

68. علي البارودي، **العقود التجارية وعمليات البنوك التجارية**، منشأة المعارف، بدون سنة نشر، الإسكندرية، مصر، بدون سنة نشر.

69. علي جمال الدين عوض، **خطابات الضمان المصرفية**، دار النهضة العربية، القاهرة،1991.

70. علي عوض حسن، **التحكيم الإختياري والإجباري في المنازعات المدنية والتجارية**، دار الفكر الجامعي، 2004.

71. عمار عمورة، **شرح القانون التجاري الجزائري**، دار المعرفة، الجزائر، 2000.

72. عزيز العكيلي، **شرح القانون التجاري- الأوراق التجارية وعمليات البنوك-**، الجزء الثاني، دار الثقافة للنشر، عمان، 2007.

73.فتحي عبد الرحيم عبد الله، **شرح النظرية العامة للالتزامات، الكتاب الأول، مصادر الالتزام**، منشأة 1 المعارف بالإسكندرية، ط 3 ،2001.

74.فتحي والي، **قانون التحكيم في النظرية والتطبيق**، منشأة المعارف، الإسكندرية، 2007.

75.فضل محمد أحمد الفهد، **شروط وإجراءات تنفيذ أحكام التحكيم – دراسة مقارنة**–، دار الفكر الجامعي، الإسكندرية، 2020.

76. فهيمة أحمد علي القماري، **أثر اتفاق التحكيم بالنسبة للغير"دراسة مقارنة في التشريع المصري وتشريعات دول الخليج العربي**، دار النهضة العربية، القاهرة، 2005.

77.فوزي محمد سامي، **التحكيم التجاري الدول (دراسة مقارنة لأحكام التحكيم التجاري الدولي)** ، ط1، دار الثقافة للنشر والتوزيع، الأردن،2008.

78.قمر عبد الوهاب، **التحكيم في منازعات العقود الإدارية في القانون الجزائري– دراسة مقارنة**– ، دار المعرفة، الجزائر، 2019.

79.لزهر بن سعيد، **التحكيم التجاري الدولي، وفقا لقانون الإجراءات المدنية والإدارية والقوانين المقارنة**، دار هومة، الجزائر، 2012.

80. مازن عبد العزيز ناعور، **الإعتماد المستندي والتجارة الإلكترونية في ظل القواعد والأعراف الدولية والتشريع الداخلي، منشورات الحلبي الحقوقية**، بيروت، 2006.

81.محمد ابن إبراهيم الموسى، **نظرية الضمان الشخصي (الكفالة)**، الجزء الأول، إدارة الثقافة والنشر بجامعة الأمام محمد بن سعود الإسلامية، المملكة العربية السعودية، 1991.

82.محمد السيد الفقي، **القانون التجاري، الأوراق التجارية، الإفلاس، العقود التجارية، عمليات البنوك**، منشورات الحلبي الحقوقية، مصر، 2003.

83.محمد الكيلاني، **عمليات البنوك**، الجزء الأول، دار الحبيب، الطبعة الأولى، الأردن، 1992.

84.محمد سعيد أنور سلطان، **إدارة البنوك**، دار الجامعة الجديدة، الإسكندرية،2005.

85.محمد صالح علي العوادي، **التحكيم في المعاملات المصرفية**، دار النهضة العربية، القاهرة، 2010، ص 254.

86.محمد علي بن مقداد، **الطريق القويم للإتفاق على التحكيم، دراسة نظرية تطبيقية مقارنة**، الطبعة الأولى، دار حمادة للدراسات الجامعية والنشر والتوزيع، عمان، الأردن، 2013.

87.محمد نعيم علوة، **موسوعة القانون الدولي العام، التحكيم الدولي**، الجزء الثاني عشر، الطبعة الأولى، منشورات زين الحقوقية، بيروت، 2012.

88.

89.محمود سلام زياتي، **أنظمة العرب في الجاهلية وصدر الإسلام**، مكتبة النهضة المصرية، القاهرة، 1996.

90.مصطفى كمال طه، **العقود التجارية وعمليات البنوك**، دار المطبوعات الجامعية، الإسكندرية، 2002.

91.مصطفى كمال طه، علي البارودي، **القانون التجاري- الأوراق التجارية- الإفلاس-العقود التجارية- عمليات البنوك-**، منشورات الحلبي الحقوقية، بيروت، 2001.

92.مصطفى ناطق صالح مطلوب الناصري، **المحكم التجاري الدولي – دراسة مقارنة-**، المكتب الجامعي الحديث، الإسكندرية، 2013.

93.مروان محمد أبو عرابي، **الخدمات المصرفية في البنوك الإسلامية والتقليدية**، دار تسنيم للنشر والتوزيع، عمان، 2006.

94.معتز عفيفي، **نظام الطعن على حكم التحكيم، دراسة متعمقة في ضوء آراء الفقه وأحكام القضاء وتشريعات ولوائح هيئات التحكيم المقارنة**، دار الجامعة الجديدة، الإسكندرية، 2012.

95.معوض عبد التواب، **المستحدث في التحكيم التجاري الدولي**، دار الفكر الجامعي، الطبعة الأولى 1997، ص 11.

96.معتصم محمود إسماعيل عيد، **التحكيم في المنازعات المصرفية (دراسة إجرائية)**، دار الجامعة الجديدة، القاهرة، 2017.

97. نادر عبد العزيز شافي، **المصارف والنقود الإلكترونية**، المؤسسة الحديثة للكتاب، لبنان، 2007.

98. ناريمان عبد القادر، **اتفاق التحكيم وفقا لقانون التحكيم في المواد المدنية والتجارية رقم:27 لسنة 1994**، دار النهضة العربية، القاهرة، ط 1، 1996.

99.نبيل اسماعيل عمر، **التحكيم في المواد المدنية والتجارية الوطنية والدولية**، دار الجامعة الجديدة، الإسكندرية، الطبعة الأولى، 2004.

100. نبيل اسماعيل عمر، **التحكيم في المواد المدنية والتجارية والوطنية والدولية**، دار النهضة العربية، الطبعة الثانية، 2005.

101. نجيب أحمد عبد الله، **التحكيم في القوانين العربية – دراسة مقارنة في الفقه الإسلامي والأنظمة الوضعية**–، مكتب الجامعي الحديث، الإسكندرية، مصر، 2006.

102. نعيم مغبغب، **نظريات في القوانين المصرفية والإدارية والمدنية**، منشورات الحلبي الحقوقية، بيروت ،2008.

103. هاني أحمد عبد الفتاح عطاى، **التحكيم في الضمانات المصرفية، دراسة مقارنة**، مركز الدراسات العربية للنشر والتوزيع، الجيزة، مصر، 2017.

104. يوسف حسن يوسف، **التحكيم الدولي**، الطبعة الأولى، مكتبة الوفاء القانونية، الإسكندرية، مصر، 2011، ص 98.

ثانيا/ الكتب المتحصل عليها عبر روابط الكترونية:

1. عبد الرزاق السنهوري، **الوسيط في شرح القانون المدني، الجزء الأول**، دار نهضة مصر، القاهرة، 2011. ISBN: غير متوفر، نسخة إلكترونية متحصل عليها بتاريخ 2020/01/19 عبر الرابط الإلكتروني:https://www.coursdroitarab.com/2018/01/alwasit-9anon-madani-Abd-El-Razzak-El-Sanhuri-pdf.html

2. محمد ابن إبراهيم الموسى، **نظرية الضمان الشخصي (الكفالة)**، الجزء الأول، إدارة الثقافة والنشر بجامعة الأمام محمد بن سعود الإسلامية، المملكة العربية السعودية، 1991، ص 131. ISBN: غير متوفر، نسخة إلكترونية متحصل عليها بتاريخ 2020/01/19 عبر الرابط الإلكتروني: https://down.ketabpedia.com/files/bkb/bkb-fi10201-ketabpedia.com.pdf

3. محمود سمير الشرقاوي، **التحكيم في المنازعات المصرفية**، ورقة عمل مقدمة لمؤتمر الأعمال المصرفية الإلكترونية بين الشريعة والقانون، المنظم من طرف غرفة تجارة وصناعة دبي بتاريخ:9 و 11 ربيع الأول 1428 الموافق لـ 10و 12 ماي 2003، بحوث المؤتمر، المجلد الخامس، ص.2328 منشور ومتاح بتاريخ: 04 جوان 2015 بالموقع الإلكتروني: http://iefpedia.com/arab/wp-content/uploads/2009/06/d985

ثالثا/ الرسائل والأطروحات الجامعية:

1- السالك كروم، **دور استقلال شرط التحكيم**، أطروحة لنيل شهادة الدكتوراه في القانون الخاص، وحدة التكوين والبحث قانون الأعمال، جامعة الحسن الأول . كلية العلوم القانونية والاقتصادية والاجتماعية، سنة 2014.2015.

2- أمقران راضية، **خطابات الضمان المصرفية وموقف الشريعة الإسلامية منها**، أطروحة دكتوراه في الحقوق، تخصص قانون خاص، تحت إشراف الأستاذ الغوتي بن ملحة، كلية الحقوق، جامعة الجزائر 1، السنة الجامعية 2013-2014.

3- حسام الدين فتحي، **مركز قانون القاضي في حكم المنازعات الخاصة الدولية**، أطروحة مقدمة استكمالا لنيل شهادة الدكتوراه في الحقوق، كلية الحقوق، جامعة عين شمس، السنة الجامعية 1990-1991.

4- فهيمة قسوري، **المسؤولية المدنية في الاعتماد المستندي**، أطروحة مقدمة لنيل شهادة دكتوراه العلوم في الحقوق تخصص قانون خاص، إشراف الأستاذ الدكتور شيتور جلول، جامعة محمد خيضر، كلية الحقوق والعلوم السياسية، بسكرة، 2013/2014.

2-وضاح نسيمة، **التحكيم في الإعتماد المستندي**، أطروحة مقدمة استكمالا لنيل شهادة الدكتوراه في الحقوق، قانون أعمال، جامعة الجيلالي اليابس، سيدي بلعباس، السنة الجامعية: 2016-2017.

3-سعود ذياب العتيبي، **أثر السرية المصرفية على مكافحة جرائم غسيل الأموال**، دراسة تأصيلية تطبيقية مقارنة استكمالا لمتطلبات درجة الماجستير في العدالة الجنائية، جامعة نايف العربية للعلوم الأمنية، تخصص السياسة الجنائية، قسم العدالة الجنائية، 2007.

4- همام محمد فهد الأعرج، **التحكيم في التسهيلات المصرفية، دراسة مقارنة**، رسالة قدمت استكمالا لمتطلبات الحصول على درجة الماجستير، تخصص قانون خاص، جامعة القدس، 2017.

5-نور محمود خليل شيخة، **التحكيم في الشيك في مجال التجارة الدولية**، أطروحة مقدمة استكمالا لنيل شهادة الماجستير في الحقوق، كلية الحقوق، جامعة الأزهر، غزة، السنة الجامعية 2016.

6- ريم عدنان عبد الرحمن الشنطي، **الإنابة في الوفاء دراسة مقارنة بين القانون المدني المصري والقانون المدني الأردني ومشروع القانون المدني الفلسطيني**، أطروحة قدمت استكمالاً لمتطلبات الحصول على درجة الماجستير في القانون الخاص، تحت إشراف: د. علي السرطاوي، كلية الدراسات العليا في جامعة النجاح الوطنية في نابلس، فلسطين 2007.

رابعا/ أبحاث ومقالات منشورة بمجلات ومؤتمرات وملتقيات:

1. أحمد بن سليمان بن محمد البوصافي، (سلطنة عمان)، **إشكال تنفيذ أحكام التحكيم الأجنبية وفقا للنظام القانوني في سلطنة عمان**، مقال منشور في **المجلة العالمية للتحكيم**، **العدد 29**، كانون الثاني (يناير)، 2016.

2. أحمد ياسين القراولة، **التعبير الضمني عن الإرادة في الفقه الإسلامي دراسة مقارنة بالقانون المدني وقانون الأحوال الشخصية الأردني**، بحث منشور لإجازة التفوق العلمي، بمجلة دراسات، الجامعة الأردنية، علوم الشريعة والقانون، المجلد 44، عدد 3، 2017، ص 237، ص 341، متاح بتاريخ: 12-04-2019 بالموقع:
https://dirasat.ju.edu.jo/SLS/Article/FullText/10569?volume=44&issue=4

3. العرباوي نبيل صالح، **اتفاق التحكيم**، بحث منشور بمجلة دفاتر السياسة والقانون الصادرة عن كلية الحقوق والعلوم السياسية بجامعة قاصدي مرباح ورقلة، مجلد 2016، العدد الخامس عشر، جوان 2016، ص ص: 261- 271. متاح بتاريخ: 2019/01/29 بالموقع الإلكتروني:
https://search.emarefa.net/detail/BIM-721367

4. العرباوي نبيل صالح، **الطعن بالبطلان في أحكام التحكيم الدولي في القانون الجزائري**، بحث منشور في مجلة الأستاذ الباحث للدراسات القانونية، العدد التاسع، المجلد الأول، 2018. ص ص: 263-278. متاح بتاريخ: 2019/01/29.

5. خالد عقيل سليمان العقيل، **المخاطر القانونية في عقود المصرفية الإسلامية: المرابحة نموذجا**، بحث منشور بمجلة بحوث ودراسات الصادرة عن الجامعة الإسلامية العالمية بماليزيا، مجلد 19، عدد 38، ص 130.

6. ختير مسعود، بن الطيبي مبارك، **إسهام مركز التحكيم التجاري لدول مجلس التعاون الخليجي في تسوية المنازعات المصرفية**، بحث منشور بمجلة المستنصرية للدراسات العربية والدولية، مجلد: 16، عدد 66، سنة 2019، ص ص: 214-239.

7. زيد حسين العفيف، **أنواع الإعتمادات المستندية**، ورقة بحثية مقدمة استكمالا لمتطلبات مادة الإعتمادات المستندية في برنامج الدكتوراه، بإشراف أ. د أكرم ياملكي، قسم القانون الخاص، للفصل الدراسي الثاني من السنة الجامعية، 2005.

8. سـامي بلعابد، **انعقاد الخصـومة التحكيمية في القانون الجزائري**، مقال منشـور بمجلة الحوار الفكري، مجلة علمية دولية محكمة، تصـــدر من مخبر الدراســـات الإفريقية للعلوم الإنســـانية والعلوم الاجتماعية، جامعة أحمد دراية، أدرار، الجزائر، ص 120.

9. سميحة القليوبي، **أثر اتفاق التحكيم على المنازعات التي تنشأ عن كل من تحرير شيك دون رصيد وعلى خطاب الضمان والإعتماد المستندي**، مقال منشور بالمجلة الدولية للفقه والقضاء والتشريع، المجلد 2، العدد 1، سنة 2021، ص ص: 05 – 15.

10. سرحاني عبد القادر، مزاولي محمد، **الضوابط القانونية لاختيار المحكم التجاري الدولي في التشريعين الجزائري والمصري**، مقال منشور بمجلة القانون والمجتمع، مجلة دورية سداسية محكمة تصدر عن مخبر القانون والمجتمع بجامعة دراية بأدرار، الجزائر، المجلد 07، العدد:02، السنة :2019، ص 73.

11. عبد الحنان العيسي، **التحكيم في نزاعات المؤسسات المالية الإسلامية**، دراسة فقهية مقارنة مع قانون التحكيم السوري، **مجلة التحكيم العالمية العدد 20**، 2013.

12. علي الصادق القناص، عبد الرحيم أبو القاسم الحريزي، **اتفاق التحكيم بين الرضائية والشكلية في ظل القانون الليبي**، **مجلة العلوم القانونية والشرعية، العدد الثامن**، السنة الرابعة، رمضان 1936هـ، يوليو 2016.

13. عكوش سهام، **الغش كاستثناء على مبدأ استقلال خطاب الضمان الدولي وفقا لاتفاقية الأمم المتحدة للكفالات المستقلة وخطابات الاعتماد الضامنة لسنة 1995**، مقال منشور بمجلة دفاتر السياسة والقانون دورية دولية متخصصة محكمة في الحقوق والعلوم السياسية تصدر عن جامعة قاصدي مرباح ورقلة، عدد 19 جوان 2018.

14. محمد أبو العينين، **قابلية المنازعات للتحكيم، سلسلة دفاتر المجلس الأعلى العدد 6**، مركز النشر والتوثيق القضائي، 2005.

15. محمود سمير الشرقاوي، **التحكيم في المنازعات المصرفية، ورقة عمل مقدمة لمؤتمر الأعمال المصرفية الإلكترونية بين الشريعة والقانون**، المنظم من طرف غرفة تجارة و صناعة دبي بتاريخ: 9 و 11 ربيع الأول 1428 الموافق لـ 10و 12 ماي 2003، بحوث المؤتمر، المجلد الخامس، ص 2328. منشور بالموقع الإلكتروني: ومتاح بتاريخ: 14جوان 2015 http://iefpedia.com/arab/wp-content/uploads/2009/0

16. محي الدين علم الدين إسماعيل، **حسم المنازعات المصرفية التقاضي بـ التحكيم**، بحث مقدم إلى " مؤتمر إدارة مخاطر المصارف وإعادة هيكلتها ووسائل حسم منازعاتها " الذي نظمه مركز القاهرة الإقليمي للتحكيم التجاري الدولي، 6 و7 ديسمبر 2016.

17. محي الدين إسماعيل علم الدين، **التحكيم الدولي والمحلي ومدى تناسبه لحل منازعات المصارف،** مقال منشور بمجلة التحكيم التي تصدر عن المركز اليمني للتوفيق والتحكيم، العدد 11، جانفي 2000.

18. مريم محمد سليم العوا، **التحكيم بين السرية والعلانية،** بحث منشور **بمجلة التحكيم العالمية، عدد 17،** سنة 2013.

19. مفتاح صالح، **إدارة النظام المصرفي الجزائري من قبيل الإستقلال إلى فترة الإصلاحات،** مقال ألقي في المؤتمر الدولي حول الأداء المتميز للمنظمات والحكومات، جامعة ورقلة، مارس 2005، ص ص: 103- 120.

20. نظام جبار طالب، **استكشاف السرية كالتزام جوهري في التحكيم التجاري الدولي: دراسة تحليلية مقارنة لآراء الرفض والقبول،** مقال منشور **بمجلة القادسية للقانون والعلوم السياسية،** العدد الثاني، المجلد الثامن، كانون الأول، 2017.

21. نور الدين تركي، **تدخل القاضي في التحكيم التجاري الدولي في القانون الجزائري،** مقال منشور بمجلة التحكيم العالمية منشورات الحلبي الحقوقية، بيروت، عدد 21 لسنة 2014، ص187.

22. يوسفي نور الدين، الباحث سامي كحلول، **النظام القانوني لخطاب الضمان المصرفي،** مقال منشور بمجلة الباحث للدراسات الأكاديمية، المجلد 05، العدد 03، السنة 2018، ص 363.

المجلات والدوريات العلمية:

1- مجلة التحكيم العالمية، منشورات الحلبي الحقوقية، بيروت، عدد 2، سنة 2009.

2- مجلة التحكيم العالمية، منشورات الحلبي الحقوقية، بيروت، عدد 04، سنة 2009.

3- مجلة التحكيم العالمية، منشورات الحلبي الحقوقية، بيروت، عدد 17، سنة 2013.

4- مجلة التحكيم العالمية، منشورات الحلبي الحقوقية، بيروت، عدد 20، سنة 2013.

5- مجلة التحكيم العالمية، منشورات الحلبي الحقوقية، بيروت، عدد 21، سنة 2014.

6- مجلة التحكيم العالمية، منشورات الحلبي الحقوقية، بيروت، عدد 22، سنة 2014.

7- مجلة التحكيم العالمية، منشورات الحلبي الحقوقية، بيروت، عدد 29، سنة 2016.

8- مجلة التحكيم العالمية، منشورات الحلبي الحقوقية، بيروت، عدد 30، سنة 2016.

9- مجلة التحكيم التي تصدر عن المركز اليمني للتوفيق والتحكيم، العدد 11، جانفي 2000.

10- مجلة الباحث للدراسات الأكاديمية، مجلة دولية محكمة نصف سنوية، تصدر عن جامعة الحاج لخضر، باتنة، كلية الحقوق والعلوم السياسية، المجلد 05، العدد 03، السنة 2018.

11- مجلة العلوم القانونية والشرعية، تصدر عن جامعة حلب، سورية، العدد الثامن، السنة الرابعة، رمضان 1936هـ، يوليو 2016.

12- مجلة القادسية للقانون والعلوم السياسية، المجلد الثامن، العدد الثاني، كانون الأول، 2017.

13- مجلة دراسات، الجامعة الأردنية، علوم الشريعة والقانون، المجلد 44، عدد 3، 2017.

14- مجلة المستنصرية للدراسات العربية و الدولية، مجلد 16 العدد 66، سنة 2019.

15- مجلة دفاتر السياسة والقانون الصادرة عن كلية الحقوق و العلوم السياسية بجامعة قاصدي مرباح ورقلة، مجلد 2016، العدد 15، جوان 2016.

16- مجلة دفاتر السياسة والقانون دورية دولية متخصصة محكمة في الحقوق والعلوم السياسية تصدر عن جامعة قاصدي مرباح ورقلة، مجلد 2018، عدد 19 جوان 2018.

17- المجلة الدولية للفقه و القضاء و التشريع، المجلد 2، العدد 1، سنة 2021.

الأحكام و القرارات القضائية:

1- الطعن رقم 1455829 الصادر عن المحكمة العليا بالجزائر بتاريخ: 2020/11/12، متحصل عليه بتاريخ: 2022/09/11 من الموقع الرسمي للمحكمة العليا بالجزائر: https://www.coursupreme.dz/-1455829-12-11-2020/

2- حكم المحكمة الدستورية العليا بالقاهرة في الدعوى رقم 13 لسنة 15 ق جلسة 1994/12/17. مشار إليه لدى، حفيظة السيد الحداد، **الموجز في النظرية العامة للتحكيم التجاري الدولي**، منشورات الحلبي الحقوقية، بيروت، 2007، ص 42.

3- حكم محكمة النقض في الطعن رقم: 239 لسنة 69 ق جلسة 2005/6/14. مشار إليه لدى: خالد عبد العظيم أبو غابة، **التحكيم وأثره في فض المنازعات**، دار الفكر الجامعي، الإسكندرية، 2011، ص 109.

4- حكم المحكمة الدستورية العليا، جلسة 2003/5/11 في القضية رقم 380 لسنة 23 ق دستورية، جلسة 2003/7/3 في القضية 104 لسنة 20 ق دستورية مشار إليها لدى: معتصم محمود إسماعيل عيد، **التحكيم في المنازعات المصرفية (دراسة إجرائية)**، دار الجامعة الجديدة، القاهرة، 2017، ص 32.

5- حكم محكمة التمييز الأردنية رقم (94/1774) منشور في مجلة نقابة المحامين الأردنية السنة 43، ع7-8، 1995، ص 1985.

6- الطعن رقم 2186 لسنة 52 قضائية مصر، الصادر في جلسة 6 فبراير(فيفري) 1986، منشور في مجلة القضاة، السنة 21 عدد يناير (جانفي) 1988، ص 234.

7- طعن رقم 1342 لسنة 49 قضائية تاريخ الجلسة 12-12-1980، طعن رقم 1013 لسنة 51 ق مصري تاريخ الجلسة 30-12-1985 متحصل عليه من الموقع الإلكتروني: www.laweg.net

8- نقض مصري مدني، جلسة 1980/06/10 في الطعن رقم 935 لسنة 44ق، مجموعة أحكام محكمة النقض، ج2، سنة 31، ص 1707. المشار إليه لدى، نور محمود خليل شيخة، التحكيم في الشيك في مجال التجارة الدولية، أطروحة مقدمة استكمالا لنيل شهادة الماجستير في الحقوق، كلية الحقوق، جامعة الأزهر، غزة، السنة الجامعية 2016، ص6.

9- الطعن رقم 14435 لسنة 79 قضائية، جلسة 2012/01/10، المجموعة المدنية (المستحدث) مجموعة من المبادئ التي قررتها الدوائر التجارية في الفترة من الأول من أكتوبر 2011 لغاية سبتمبر 2012، ص 70. أشار إليه: أحمد مصطفى الدبوسي سيد، **التحكيم في العمليات المصرفية بين الواقع والمأمول، دراسة تحليلية مقارنة**، مرجع مشار إليه أعلاه، ص155.

10- طعن رقم 52 لسنة 60 ق، جلسة 27فبراير 1994م، مكتب فني 45 ج1 ق 92، ص 445. متحصل عليها من الموقع الإلكتروني: https://ahmedazimelgamel.blogspot.com/2019/02/52-60-27-2-1994-45-1-92-445.html

11- حكم المحكمة الدستورية العليا مصر في الدعوى رقم 13 لسنة 15 ق دستورية، جلسة 1994/12/17 م، سنة المكتب الفني 6 مجموعة الأحكام الصادرة عن المحكمة الدستورية العليا، ج 6، ص 414. متحصل عليها من الموقع الإلكتروني: https://ahmedazimelgamel.blogspot.com/2019/02/52-60-27-2-1994-45-1-92-445.html

12- حكم المحكمة الدستورية حكم المحكمة الدستورية العليا الصادر بتاريخ: 2001/01/16م، في الدعوى رقم 92 لسنة 21ق دستورية، سنة المكتب الفني 9، ج1، ص843. متحصل عليها من الموقع الإلكتروني: https://ahmedazimelgamel.blogspot.com/2019/02/52-60-27-2-1994-45-1-92-445.html

13- الطعن رقم 15906 مصر لسنة 80 ق جلسة 2012/2/9، متحصل عليه بتاريخ: 2019/07/15، من الموقع الإلكتروني : https://ahmedazimelgamel.blogspot.com/2016/08/15906-80-9-2-2012-63-34238.html

14- قرار في القضية رقم:439517 فهرس 005768_08 بتاريخ:9-4-2008 صادر عن المحكمة العليا الجزائرية، الغرفة التجارية و البحرية، قرار منشور بمجلة التحكيم، العدد الرابع، تشرين الأول، أكتوبر، 2009، منشورات الحلبي الحقوقية، ص 248.

15- الطعن رقم 5411 لسنة 64 جلسة 2001/6/8. محكمة النقض المصرية، مشار إليه في: معتصم محمود إسماعيل عيد، **التحكيم في المنازعات المصرفية، دراسة إجرائية**، دار الجامعة الجديدة، القاهرة، 2017.

16- الطعن رقم 7632 لسنة 45 ق الإدارية العليا المصرية، جلسة 2003/5/27. مشار إليه في: معتصم محمود إسماعيل عيد، **التحكيم في المنازعات المصرفية، دراسة إجرائية**، دار الجامعة الجديدة، القاهرة، 2017.

17- الطعن رقم 10613 لسنة 65 ق جلسة 2002/8/5، مشار إليه في: معتصم محمود إسماعيل عيد، **التحكيم في المنازعات المصرفية – دراسة إجرائية –**، دار الجامعة الجديدة، القاهرة، 2017.

18- قرار صادر عن محكمة النقض رقم 495 لسنة 72 ق جلسة 2004/01/13، مشار إليه في: سميحة القليوبي، **أثر اتفاق التحكيم على المنازعات التي تنشأ عن كل من تحرير شيك دون رصيد وعلى خطاب الضمان والإعتماد المستندي**، مقال منشور بالمجلة الدولية للفقه والقضاء والتشريع، المجلد 2، العدد 1، سنة 2021، ص ص: 05 – 15.

19- قرار صادر في القضية التحكيمية رقم 234 لسنة 2001، مجلة التحكيم العربي، العدد الخامس، سبتمبر 2002، ص 189، ص 190.

20- حكم تحكيم صادر عن غرفة التجارة الدولية C.C.I رقم 5721 لسنة 1990، مجلة CLUNET ص 102، مشار إليه في: هاني أحمد عبد الفتاح عطاى، **التحكيم في الضمانات المصرفية، دراسة مقارنة**، مركز الدراسات العربية للنشر والتوزيع، الجيزة، مصر، 2017، ص 246.

21- قرار صادر في القضية رقم:439517 فهرس 005768_08 بتاريخ:9-4-2008 عن المحكمة العليا، الغرفة التجارية والبحرية، قرار منشور بمجلة التحكيم، العدد الرابع، تشرين الأول، أكتوبر، 2009، منشورات الحلبي الحقوقية، ص 248.

المراجع باللغات الأجنبية:

Ouvrages :

1- Ahmed OURFELLI, L'ARBITRAGE **DANS LA JURISPRUDENCE TUNISIENNE**, Edition Latrach LGDJ PARIS, 2010.

2- Bouchez (L.J) : **The prospects for international Arbitration Disputes Between States and Privates Entreprises**,- J.I.A Vol 8, 1991.

3- CHRISTOPHE SERAGLINI ,JEROME ORTSCHEIDT, **DROIT DE L'ARBITRAGE INTERNE ET INTERNATIONAL** , Montchrestien lextenso éditions, édition Alpha, Edition juridiques SADER, PARIS, 2013.

4- Eric Loquin, L'arbitrage du commerce international - pratique des affaire-, L.G.D.J lextenso éditions, édition Alpha, Edition juridique SADER, PARIS, 2015.

5- Francine Macorig-Venier **, Droit civil : les suretés** , L'Hermès éditeur, Paris, 1ere édition, 1999 .

6- Henry Terrel et Henry Le Jeune, **Traité Des opération commerciales de banque**, 5eme Edition.

7- Jean Baptiste Racine, Droit de **L'arbitrage**, Edition point Delta, Liban, 2017.

8- Jean Robert , **L'arbitrage**, Droit interne, Droit international privé, Dalloz, Paris,6 eme Édition, 1993.

9- Kamal CHEHRIT, **LES CREDITS DOCUMENTAIRES**, seconde édition, revue et augmentée, Collection Guide-plus, Edition Grande Alger Livres, Alger, 2007.

10- Mostefa TRARI TANI, **Droit algérien de l'arbitrage commercial international**, 1 ere Edition, BERTI Editions, Alger, 2007.

11- Mireille Taok, **La résolution des contrats dans l'arbitrage commercial international**, DELTA BRUYLANT L.G.D.J, PARIS, 2009.

12- Nathalie Najjar, L'arbitrage dans les pays arabes face aux exigences du commerce international, DELTA, Liban, L.G.D.J, PARIS, 2004.

13- Olivier Caprasse, **Les Sociétés et L'arbitrage**, BRUYLANT, Bruxelles, DELTA, Liban, L.G.D.J, PARIS, 2002

14- Pascal ancelle**, Cautionnement de dettes de l'entreprise**, Réussir en Affaire, Dalloz, 1989.

15- Philippe Pinsolle et Richard Kreindler , **Les limites du role de la volonté des parties dans la conduite l'instance arbitrale**. DALLOZ, 1999.

16- Philippe Neau-Leduc, **Droit bancaire**, Dalloz, Paris-France, 4ème édition ،2010.

17- RENE DAVID, **L'arbitrage dans le commerce international**, Economica Paris,1982 .

18- Rodiere et Rives- lange , **droit bancaire**, 3 ed, Dalloz, 1980.

19- Walid Ben Hamida et Thomas Clay, **L'argent dans l'arbitrage**, lextenso éditions, édition Alpha, Edition juridiques SADER, PARIS, 2015.

Recherches et articles publiés dans des revues, conférences et forums :

1. Alain Lacabarats, Conseiller à la Cour de cassation, **Les mesures provisoires demandées au juge français en matière d'arbitrage international**, actes de colloque organisé par le journal du droit international (Clunet) en partenariat avec la chambre de commerce international, sous la direction de, Jean-Michel JACQUET et de Emmanuel JOLIVET, Lexis Nexis Litec, Paris, 2007.

2. Bruno leurrent, **Garanties bancaires et arbitrage**, revue de droit des affaires internationales ,1990.

3. Caprioli **(e) Arbitrage et médiation dans le commerce électronique (l'expérience du cyber tribunal)**, rev.arb , 1999 .

4. Gavalda (C.), et Stoufflett (J.), " **la letter de garantie international ", revue Trimestrielle de droit commercial et de droit économique**, p 350. No 711.

5. Louis Goutal, **L'arbitrage et les tires le droit des contrats**, Rapport genéral, rev arb, 1988 .

6. Yves Herinckx Avocat (Bruxelles), Solicitor (England and Wales) Conseiller suppléant à la cour d'appel de Bruxelles Vice-président du comité d'appel du Single Résolution Board , Garanties bancaires et arbitrage, étude publiée sur : http://www.herinckx.be/publications/Y. Herinckx, Garanties bancaires et arbitrage.pdf. Disponible le 15/08/2019.
7. Roblot (R.), in Ripert (J.), " Traite, de droit commercial ", L.G.D. J, paris,1992, p 455. No. 2408.
8. V.G.I GOITAL , L'arbitrage et les tiers , le droit des cotrats, rev.arb , 1988 , P 448
9. **Arbitrages bancaires et financiers – Rapport ICC ,** 14/11/2016 par Arbitrage international. https://www.international-arbitration-attorney.com/fr/banking-and-finance-arbitrations-icc-report/ .
10. Banque National d'Algérie, **les crédits documentaires- import- export**, (guide utilisateur), janvier, Année 2007.

Thèses:

1- Samira Habbassi-Mebarkia **, La protection de la caution** , Thèse de doctorat Pour obtenir le grade de Docteur de l'Université de VALENCIENNES ET DU HAINAUT CAMBRESIS Droit privé Présentée et soutenue par Samira HABBASSI-MEBARKIA Le 09 février 2016, à Valenciennes, publier sur le site/https://tel.archives-ouvertes.fr/tel-01320694/documentvisté , consulté le :30/03/2019

Jurisprudences :

1- Cass.com ,01 decembre 1999, disponible le/ 17/05/2017 a /https://www.legifrance.gouv.fr.

2- Cass .com 10 novembre 1989, DALLOZ , Note Gaveled et Stofflet, p 213 .

3- CASS.COM , 22 Octobre 1985 مشار إليه في: أحمد مصطفى الدبوسي سيد، **التحكيم في العمليات المصرفية بين الواقع و المأمول، دراسة تحليلية مقارنة**، مرجع مشار إليه أعلاه

4- Cour d'appel de paris, 14 decembre 1987, publier et disponible le : 13/04/2021 a : https://www.legifrance.gouv.fr/juri/id/JURITEX.

المواقع الإلكترونية:

1- https://ar.wikipedia.org
2- https://www.bank-of-algeria.dz
3- https://www.almarkazia.com/ar/news/show/
4- https://uncitral.un.org/ar/texts/arbitration.
5- www.cybersettle.com.
6- https://www.mohamah.net/law/
7- https://www.legifrance.gouv.fr
8- https://ahmedazimelgamel.blogspot.com
9- https://search.emarefa.net/detail/BIM
10- https://dirasat.ju.edu.jo/SLS/Article
11- https://tel.archives-ouvertes.fr

12- https://www.international-arbitration-attorney.com/fr/banking-and-finance-arbitrations-icc-report/ .
13- http://www.unistral.org/ unistral /ar/index
14- https://dirasat.ju.edu.jo

فهرس المحتويات

العنـــــــــــاوين	رقم الصفحة
مقدمـــــــة :	
الباب الأول: حتمية التحكيم في المنازعات المصرفية بين مؤيد و معارض	**14**
الفصل الأول : ماهية التحكيم المصرفي	**15**
المبحث الأول: التعريف بالتحكيم المصرفي وطبيعته القانونية	**16**
المطلب الأول : تعريف التحكيم المصرفي	**16**
المطلب الثاني: الطبيعة القانونية للتحكيم المصرفي	**24**
المبحث الثاني: التطور التاريخي للتحكيم	**33**
المطلب الأول: التحكيم في العصور القديمة	**33**
المطلب الثاني: التحكيم في العصور الوسطى و الحديثة	**36**
المبحث الثالث: التمييز بين التحكيم وما يشتبه به	**42**
المطلب الأول: تمييز التحكيم عن القضاء	**42**
المطلب الثاني: تمييز التحكيم عن الصلح	**43**
المطلب الثالث: تمييز التحكيم عن التوفيق (الوساطة)	**46**
المبحث الرابع: أنواع التحكيم المصرفي	**48**
المطلب الأول: التحكيم الإختياري و التحكيم الإجباري	**48**
المطلب الثاني: التحكيم الوطني و التحكيم الدولي	**50**
المطلب الثالث: التحكيم بالقانون و التحكيم بالصلح	**54**

المطلب الرابع: التحكيم الحر و التحكيم المؤسسي	**55**
الفصل الثاني: مبررات التحكيم في المنازعات المصرفية	**59**
المبحث الأول: مفهوم العمليات المصرفية و منازعاتها	**60**
المطلب الأول : التعريف بالعمليات المصرفية	**60**
المطلب الثاني: التعريف بالمنازعات المصرفية	**62**
المبحث الثاني: خصائص القانون المصرفي و قواعده	**63**
المطلب الأول: خصائص القانون المصرفي	**63**
المطلب الثاني: قواعد القانون المصرفي	**66**
المبحث الثالث: الصعوبات التطبيقية أمام القضاء العادي	**69**
المطلب الأول: صعوبات في تطبيق الخصائص المصرفية	**69**
المطلب الثاني: صدور أحكام متضاربة بشأن نفس النزاع	**71**
المطلب الثالث: عدم وضوح مفهوم الفائدة المصرفية في قوانين كثير من الدول	**71**
المبحث الرابع: خصوصية المعاملات المصرفية الإسلامية	**72**
المطلب الأول: التحديات الشرعية	**73**
المطلب الأول: التحديات القانونية	**74**
الفصل الثالث: مزايا التحكيم في المنازعات المصرفية والإنتقادات الموجهة إليه	**76**
المبحث الأول: مزايا التحكيم في المنازعات المصرفية	**78**
المطلب الأول: مزايا التحكيم المصرفي من الناحية الإجرائية	**78**

المطلب الثاني: مزايا التحكيم المصرفي من الناحية الموضوعية	**91**
المبحث الثاني: التحكيم في المنازعات المصرفية بين مؤيد ومعارض	**97**
المطلب الأول : الإنتقادات الموجهة للتحكيم في المنازعات المصرفية	**97**
المطلب الثاني: مناقشة الإنتقادات الموجهة لنظام التحكيم المصرفي	**101**
الباب الثاني: إتفاق التحكيم و آثاره على بعض صـــور المعامـــلات المصرفية	**110**
الفصل الأول: التعريف باتفاق التحكيم	**112**
المبحث الأول: مفهوم اتفاق التحكيم و طبيعته القانونية	**113**
المطلب الأول: تعريف اتفاق التحكيم	**113**
المطلب الثاني: الطبيعة القانونية لاتفاق التحكيم	**117**
المبحث الثاني : صور اتفاق التحكيم و مبدأ استقلاليته	**118**
المطلب الأول : صور اتفاق التحكيم	**118**
المطلب الثاني : مبدأ استقلال شرط التحكيم	**124**
المبحث الثالث: شروط صحة اتفاق التحكيم	**127**
المطلب الأول: الشروط العامة بأطراف التحكيم (شرطي الرضا و الأهلية)	**128**
المطلب الثاني: الشروط الخاصة بشكلية اتفاق التحكيم (شرط الكتابة)	**132**
المطلب الثالث: أن يكون النزاع قابلا للتحكيم (ركن المحل)	**139**
الفصل الثاني: التحكيم في الكفالة المصرفية	**146**

المبحث الأول: مفهوم الكفالة المصرفية و بيان خصائصها	**147**
المطلب الأول: مفهوم الكفالة المصرفية	**147**
المطلب الثاني: خصائص الكفالة المصرفية	**149**
المبحث الثاني: اثر اتفاق التحكيم على التزام البنك الكفيل	**153**
المطلب الأول: التمسك بشرط التحكيم في مواجهة البنك الكفيل	**154**
المطلب الثاني: مدى جواز تمسك البنك الكفيل بالتحكيم المتضمن في العقد الأصلي	**165**
الفصل الثالث: التحكيم في خطاب الضمان المصرفي	**172**
المبحث الأول: تعريف خطاب الضمان و العلاقات الناشئة عنه	**174**
المطلب الأول: تعريف خطاب الضمان و بيان أهميته	**174**
المطلب الثاني: خصائص خطاب الضمان	**179**
المطلب الثاني: العلاقات الناشئة عن خطاب الضمان	**181**
المبحث الثاني: أثر شرط التحكيم الوارد في عقد الأساس	**183**
المطلب الأول: عدم جواز تمسك العميل الآمر والمصرف المصدر بشرط التحكيم في مواجهة المستفيد	**184**
المطلب الثاني: أثر شرط التحكيم على تنفيذ المصرف لالتزاماته	**190**
المطلب الثالث: مدى خضوع حق المستفيد من الضمان للتحكيم	**194**
المبحث الثالث: أثر شرط التحكيم الوارد في عقد الضمان	**197**
المطلب الأول: أثر شرط التحكيم في علاقة المصرف المصدر والمستفيد	**198**

المطلب الثاني: أثر شرط التحكيم في حالة الضمان المقابل	**199**
المطلب الثالث: أثر التحكيم متعدد الأطراف	**201**
العنـــــــــاوين	**رقم الصفحة**
الفصل الرابع: التحكيم في الإعتماد المستندي	**204**
المبحث الأول : التعريف بالإعتماد المستندي	**205**
المطلب الأول: تعريف الإعتماد المستندي	**205**
المطلب الثاني: خصائص الاعتماد المستندي	**210**
المطلب الثالث: أنواع الإعتماد المستندي	**212**
المطلب الرباع: مراحل الإعتماد المستندي	**217**
المبحث الثاني: أثر اتفاق التحكيم على الإعتماد المستندي	**220**
المطلب الأول: أثر اتفاق التحكيم الوارد في عقد الأساس	**220**
المطلب الثاني: أثر اتفاق التحكيم الوارد في خطاب الإعتماد	**227**
الباب الثالث: الخصومة التحكيمية في المنازعات المصرفية والحكم المنهي لها	**234**
الفصل الأول: الخصومة التحكيمية وفقا للائحة نظام مركز الوساطة و التحكيم لدى اتحاد المصارف العربية	**234**
المبحث الأول : قواعد التحكيم طبق النظام اتحاد المصارف العربية	**235**
المطلب الأول: التعريف باتحاد المصارف العربية	**235**
المطلب الثاني: خدمات مركز الوساطة والتحكيم	**237**

المبحث الثاني : آلية اللجوء للتحكيم وفقا لإتحاد المصارف العربية	237
المطلب الأول: شروط اللجوء إلى التحكيم عن طريق اتحاد المصارف العربية	238
المطلب الثاني: إجراءات التحكيم وفقا لنظام اتحاد المصارف العربية	241
الفصل الثاني: الخصومة التحكيمية وفقا لقواعد نظام تحكيم دوكدكس	247
المبحث الأول: التعريف بنظام تحكيم دوكدكس (DOCDEX) و القواعد المنظمة له	248
المطلب الأول: ماهية نظام دوكدكس (DOCDEX)	248
المطلب الثاني: نشأته و تطوره	248
المطلب الثالث: القواعد والأعراف الموحدة للإعتمادات المستندية (UCP)	249
المبحث الثاني: النظام الإجرائي لتحكيم دوكدكس (DOCDEX Rules)	250
المطلب الأول: تقديم الطلب	250
المطلب الثاني: تشكيل هيئة تحكيم دوكدكس (لجنة الخبرة)	252
المطلب الثالث: الإخطارات	253
المطلب الرابع: رد المطلوب ضده (المدعى عليه) في الدعوى التحكيمية	253
المطلب الخامس: مباشرة الخبراء المعينين (المحكمين) لمهامهم	254
المطلب السادس: إصدار قرار دوكدكس DOCDEX DECISION ونشره	255
الفصل الثالث: الخصومة التحكيمية وفقا لمقتضيات قانون الإجراءات المدنية الإدارية الجزائري	256
المبحث الأول: تشكيل هيئة التحكيم	257

المطلب الأول: الشروط الواجب توفرها في المحكمين	**257**
المطلب الثاني: طرق تعيين المحكمين	**265**
المطلب الثالث: رد المحكمين وعزلهم	**272**
المبحث الثاني: تحديد القانون الواجب التطبيق على إجراءات التحكيم	**275**
المطلب الأول: تطبيق قانون إرادة الأطراف	**276**
المطلب الثاني: تصدي هيئة التحكيم لتحديد القانون الواجب التطبيق على إجراءات التحكيم	**278**
المبحث الثالث: تحديد مكان ولغة التحكيم	**279**
المطلب الأول: مكان التحكيم	**280**
المطلب الثاني: لغة التحكيم	**281**
المبحث الرابع: مباشرة إجراءات التحكيم	**282**
المطلب الأول: طلب التحكيم	**283**
المطلب الثاني: تحديد وقت بدء إجراءات التحكيم	**284**
المطلب الثالث: إجراءات التحكيم	**285**
المطلب الرابع: مجال تدخل قاضي الجهة القضائية الرسمية	**289**
المطلب الخامس: نطاق خصومة التحكيم	**292**
الفصل الرابع: حكم التحكيم وآثاره على بعض صور المنازعات المصرفية	**297**
المبحث الأول: المقتضيات الأساسية لحكم التحكيم المصرفي	**298**
المطلب الأول: الشروط السابقة لصدور حكم التحكيم المصرفي	**298**

المطلب الثاني: الشروط الشكلية لصدور حكم التحكيم المصرفي	**299**
المبحث الثاني: وسائل مراجعة حكم التحكيم في بعض التشريعات الدولية و الوطنية	**302**
المطلب الأول: وسائل مراجعة حكم التحكيم في بعض التشريعات الدولية	**303**
المطلب الثاني: وسائل مراجعة حكم التحكيم في بعض التشريعات الوطنية	**304**
المبحث الثالث: آثار الحكم التحكيمي على أطراف بعض العمليات المصرفية	**313**
المطلب الأول: أثر حكم التحكيم على أطراف عقد الكفالة المصرفية	**313**
المطلب الثاني: أثر حكم التحكيم على أطراف خطاب الضمان	**315**
خاتمـــــــــــة	**326**
التوصيـــــــات	**330**
المصادر والمراجـــــــــع	**332**

ABSTRACT

Due to the brief time of arbitration and the simplicity of its procedures, it is considered the effective means and the finest way to resolve commercial disputes in general, and banking disputes that erupt between banks among themselves or between banks and their clients in particular, as these disputes are among the commercial disputes in need of the brief time of litigation and the simplicity of its procedures, because bank disputes mainly revolve around the money trade, which is exposed from time to time to fluctuations in exchange rates, and is usually associated with a high rate of interest, whether on the bank or the client.

If arbitration in bank disputes in general does not enjoy a certain specificity that distinguishes it from arbitration in any other dispute, however, the matter is different if the arbitration is related to a dispute regarding some services and guarantees granted by banks to their clients, as there is a reciprocal effect between them and arbitration.

The specificity of arbitration appears in those disputes arising from banking operations, in banking operations with a three-party relationship, such as a bank guarantee, letter of guarantee and documentary credit, where each of these operations, which can be considered a subject of banking dispute, consists of a nodal group, which may be linked to each other, and each contract could also be independent of the others. These operations have their own character in terms of the parties to the relationship and their plurality on the one hand, and in terms of their independence on the other hand, and then the problem arises with regard to the extent to which the arbitration clause can be extended to other than the parties to the operation whose parties agree to resort to arbitration to settle disputes arising therefrom.

Therefore, the problem raised by any nodal grouping is the mutual influence of each of the contracts included in this grouping on the other contracts, in addition to the multiplicity and intertwining of contracts and the large number of parties to a single transaction, and the possibility of including an arbitration agreement in each of these contracts, may lead us to a degree where it is not possible to determine which parties to the arbitration agreement have the right to uphold this agreement. There is no doubt that the interdependence or independence of banking operations will have a clear reflection on the role of the arbitration system in settling disputes arising from these operations.

الملخـــــــــــص

نظرا لما يتمتع به التحكيم من قصر أمده وبساطة إجراءاته، فإنه يعد الوسيلة الفعالة والطريق الأمثل لفض المنازعات التجارية بشكل عام، والمنازعات المصرفية التي تنشب بين البنوك فيما بينها أو ما بين البنوك وعملائها بشكل خاص، إذ أن تلك المنازعات تعد من أكثر المنازعات التجارية حاجة إلى قصر أمد التقاضي وبساطة إجراءاته، لأن منازعات البنوك تتمحور أساساً حول تجارة النقود التي تتعرض من وقت لآخر لتقلبات أسعار الصرف، كما أنها تقترن عادة بمعدل مرتفع من الفوائد سواءً على عاتق البنك أو العميل.

وإذا كان التحكيم في منازعات البنوك عموماً لا يتمتع بخصوصية معينة تفرقه عن التحكيم في أية منازعة أخرى، إلاَّ أن الأمر يختلف إذا تعلق التحكيم بنزاع يخص بعض الخدمات والضمانات التي تمنحها البنوك لعملائها، إذ يوجد تأثير متبادل بينها وبين التحكيم.

وتظهر خصوصية التحكيم في تلك المنازعات الناشئة عن العمليات المصرفية، في العمليات المصرفية ذات العلاقة ثلاثية الأطراف، كالكفالة المصرفية، خطاب الضمان والاعتماد المستندي، حيث تتكون كل عملية من هذه العمليات والتي يمكن أن تعتبر محلا للنزاع المصرفي، من مجموعة عقدية، قد ترتبط ببعضها البعض، وقد يستقل كل عقد منها بذاته، فهذه العمليات هي عمليات لها طابعها الخاص من حيث أطراف العلاقة وتعددهم من جهة، ومن حيث استقلالهم من جهة أخرى، ومن ثم تثور مشكلة مدى إمكانية مد شرط التحكيم لغير أطراف العملية التي يتفق أطرافها على اللجوء إلى التحكيم لتسوية المنازعات الناشئة عنها.