الجامعة اللبنانيّة
كلّية الحقوق والعلوم السياسيّة والإدارية
-الفرع الأوّل-

التحكيم في العمليّات المصرفيّة

رسالة لنيل الماستر في قانون الأعمال

إعداد
لين جانبين

لجنة المناقشة

الدكتور علي رحال	الأستاذ المشرف	رئيساً
الدكتور غسان سلامة	أستاذ مساعد	عضواً
الدكتورة ماري لين كرم	أستاذ مساعد	عضواً

٢٠١٨

" الجامعة اللّبنانية غير مسؤولة عن الآراء الواردة في هذه الرّسالة وهي تعبر عن رأي صاحبها فقط".

الإهداء

إلى سكان قلبي....

إلى قدوتي الأولى، إلى من أعطاني و لم يزل يعطيني بلا حدود، إلى من رفعت رأسي عالياً افتخاراً به، اليك أهدي حبّي و قلمي . . . . و رسالتي . . . . . و جهدي و عمري...

والدي العزيز

إلى الّتي رآني قلبها قبل عينيها، و حضنتني أحشاؤها قبل يديها، إلى شجرتي الّتي لا تذبل، إلى الظل الّذي آوي إليه في كلّ حين . . . إليكي اهدي عباراتي . . . . و رسالتي.....

والدتي العزيزة

إلى أخي و رفيق دربي في هذه الحياة، إلى من رافقني منذ أن حملنا حقائب صغيرة و معك سرت الدّرب خطوة بخطوة و ما تزال ترافقني حتى الآن . . . . إلى شمعة متقدة تنير ظلمة حياتي . . .

أخي فراس

إلى حبيبي و خطيبي و صديقي، معك أكون أنا و بدونك أكون مثل أي شيء، إلى من أرى التفاؤل بعينيه و السعادة في ضحكته . . .

إلى محمد

إلى رمز الوفاء، إلى الصديقة الصّدوقة و رفيقة الدّرب و المشوار أهدي إليك رسالتي . . . وتعبي . . .

إلى أليسار

شكر و تقدير

"كن عالماً...

فإن لم تستطع فكن متعلّماً، فإن لم تستطع فأحب العلماء، فإن لم تستطع فلا تبغضهم"

لا يشكر اللّه من لا يشكر الناس، بعد رحلة بحث و جهد و اجتهاد تكللت بإنجاز هذا البحث، نحمد الله عز و جل على نعمته التي منّ بها علينا فهو العلي القدير، كما لا يسعنا بعد الإنتهاء من إعداد هذا البحث إلا أن أتقدّم بجزيل الشكر و عظيم الإمتنان إلى أستاذي الفاضل **الدكتور علي رحّال**

الّذي تفضل بالإشراف على هذا البحث، حيث قدم لي كل النّصح و الإرشاد طيلة فترة الإعداد فله مني كل الشكر و التقدير.

ملخص البحث

هذا البحث يتعلق بالتحكيم في العمليات المصرفية، والتي عادة ما تتعلق هذه المنازعات بأمور نقدية أو ضمانات مصرفية.

إنّ مشكلة البحث تتمثل في طول أمد إجراءات التقاضي أمام القضاء، مما يستلزم زمناً طويلاً للفصل القضاء، وما يصحب ذلك من تجميد للأموال محل النزاع مما يؤدي لتسبيب خسائر فادحة لطرفي الخصومة، فكان لا بد من إيجاد وسائل بديلة ومثلى لفض المنازعات المصرفية بسرعة وسرية ومرونة واحترافية في حسم هذه المنازعات بصورة تتماشى مع طبيعة العمل المصرفي، بسبب عدم تخصص القضاة بالشؤون المصرفية التي تتطلب الإلمام بكافة مستجدات ومعاملات الجهاز المصرفي المتجددة والمتطورة بإستمرار.

لذلك فإنّ الأمر يتطلب الإستعانة بخبراء في العمل المصرفي، لذا هدفت هذه الدراسة إلى إبراز دور التحكيم المصرفي كوسيلة مثلى لفض المنازعات المصرفية والتعريف به وبقواعده، و دوافع اللجوء إليه ومزاياه،عيوبه وطبيعته القانونية، و اجراءاته. إضافة الى تعريف العمليات المصرفية وخصائصها، القواعدالتي تخضع لها وكيفية نشوءها وأهم العمليات المصرفية التي ينتج عنها عمليات تحكيم، إضافة الى معرفة القوانين والنظم الأساسية لمراكز التحكيم المتخصصة في لبنان وبعض الدول العربية.

إن المنهج المتبع في هذا البحث هو منهجية البحث التحليلي والمقارن،حيث يعتمد هذا البحث على تحليل كل جزئية من جزئياته في القوانين المقارنة إضافة الى الآراء الفقهية والإجتهادات التي تناولت هذا الموضوع وموقف القضاء الوطني والتحكيم الدّولي وتناوله في العديد من القوانين إضافة الى الإتفاقيات الدّولية ولوائح مراكزالتحكيم المتخصصة.

توصلت الدراسة لعدة نتائج أهمها أن العمليات المصرفية عمليات معقدة ومتنوعة ومتجددة بإستمرار فينظمها ومعاملاتها، والفصل في منازعاتها يتطلب قدر عالي من الخبرة والإحتراف والدراية الفنية بأعمال المصارف، وأن التحكيم المصرفي له مزايا عديدة تجعله الأمثل لفض المنازعات المصرفية بديلاً للقضاء بما يوفره من سرعة وسرية ومرونة وخبرة فيحسم المنازعات لا تتوفر في قضاءالدولة.

Abstract

This research study is aware of the banking dispute that rises from money liquidation or its related grantees.

The problem of this research is the protracted proceedings before the judiciary، which requires a long period of judicial adjudication، and the accompanying freeze of the funds in dispute leads to causing heavy losses to the parties of the dispute.

That's why there was a need to find an alternative and ideal way to settle banking disputes quickly، due to the nature of these disputes، the lack of specialization of judges in banking matters that requires familiarity with all developments and evolving matters and of the banking systems.

Therefore، it requires expertise in banks، so this study aimed to shed the light on the role of banking arbitration as an ideal way to resolve banking disputes and its definition and rules، the reasons for resorting to it، its advantages and disadvantages، its legal nature and procedures، the definition of banking operations، the main banking processes that result in arbitration، in addition to the knowledge of the laws and regulations of specialized arbitration centers in Lebanon and some Arab countries.

The methodology used in this research is the methodology of analytical and comparative research. This research relies on the analysis of each of its parts in the comparative laws in addition to the jurisprudential opinions and jurisprudence that dealt with this subject and the position of the national judiciary، international arbitration، international agreements and regulations of specialized arbitration centers.

The study concluded that the banking operations are complicated، variable and constantly renewed in their systems and transactions. The separation of their disputes requires a high level of expertise to solve the banking disputes. Moreover، arbitration in banking system has many advantages that make it ideal for solving these disputes especially that experience and professionalism in resolving disputes are not available in the jurisdiction of the state.

التصميم

المقدمة ١

القسم الأول: قابلية التحكيم في العمليات المصرفية ٥

الفصل الأول: مميزات التحكيم المصرفي ٦

المبحث الأول: ماهية العمليات المصرفية ٦

المطلب الأول: خصائص العمليات المصرفية ٦

المطلب الثاني: قواعد العمليات المصرفية ١٥

المبحث الثاني: أهمية التحكيم في العمليات المصرفية ١٩

المطلب الأول: التحكيم نظام قضائي خاص ٢٠

المطلب الثاني: مزايا التحكيم المصرفي ٢٩

الفصل الثاني: الأصول الواجبة الإتباع في التحكيم المصرفي ٣٤

المبحث الأول:الشروط الواجبة الإتفاق في التحكيم المصرفي ٣٤

المطلب الأول: إتفاق التحكيم المصرفي ٣٤

المطلب الثاني: انعقاد التحكيم المصرفي ٤٢

المطلب الثالث: شروط اتفاق التحكيم المصرفي ٥٠

المبحث الثاني:تشكيل هيئة التحكيم في المنازعات المصرفية ٥٨

المطلب الأول: تشكيل هيئة التحكيم المصرفي بواسطة الأطراف و مراكز التحكيم ..٥٨

المطلب الثاني: تشكيل هيئة التحكيم بواسطة القضاء ٦٣

المطلب الثالث:حكم التّحكيم المصرفي ٦٦

القسم الثاني: آلية انعقاد التحكيم في العمليات المصرفية ٧٦

الفصل الأول: خصوصية التّحكيم في بعض العمليات المصرفية ٧٧

المبحث الأول: عمليات مصرفية رائجة في السوق المصرفية ٧٧

المطلب الأول: مفهوم الورقة التجارية و شروطها ٧٧

المطلب الثاني: مفهوم الكفالة المصرفية و شروطها ٨٧

المطلب الثالث: مفهوم خطاب الضمان والعلاقة الناشئة عنه ٩١

المطلب الرابع: مفهوم القروض المصرفية ١٠٠

المبحث الثاني: أثر اتفاق التحكيم على العمليات المصرفية ١٠٩
المطلب الأول: اتفاق التحكيم على الأوراق المصرفية..... ١٠٩
المطلب الثاني: شرط التحكيم على الكفالة المصرفي..... ١٢١
المطلب الثالث: اتفاق التحكيم على خطاب الضمان..... ١٣٤
المطلب الرابع: اتفاق على القروض المصرفية..... ١٤٨

الفصل الثاني: عوائق التحكيم المصرفي ١٥٥
المبحث الأول: الصعوبات في تطبيق خصائص العمل المصرفي أمام القضاء..... ١٥٥
المطلب الأول: الصعوبة في التفسير ١٥٥
المطلب الثاني: الصعوبة في الإثبات..... ١٥٧
المبحث الثاني: عيوب التحكيم المصرفي..... ١٥٩

الخاتمة ١٦٣

التحكيم في العمليات المصرفية

المقدّمة:

العمليات المصرفية هي من مظاهر النشاط المالي الذي تمارسه المصارف،و للمصارف دور حيوي وأثر بالغ الأهمية على الإقتصاد بصعيديه القومي و الدولي. فهي تلعب دورا هاما على الأقطار كافة و تسهم مساهمة فعالة في الحراك الإقتصادي. البيئة المصرفية من أكثر البيئات تعقيدا، وذلك لأنها تخضع لعوامل متعددة، ومن أهمها أنها تتأثر في كافة التقلبات التي تحصل على الساحة السياسية والإقتصادية، وما ينتج عنها من أزمات مالية و اقتصادية متصاعدة، الأمر الذي أدى الى ظهور منازعات بين المتعاملين على هذا الصعيد. هذه المنازعات تخلق هما" يؤرق العاملين والمتعاملين في البيئة المصرفية.

فعند حدوث هذه الأزمات و المشاكل بين المتعاملين فيما بينهم،فإنّ هذا الأمر يحتم اللجوء الى المحاكم لحل هذه المنازعات، وهو ما يشكل اشكالية كبرى للمصارف نظرا لما يرافق قضاء الدولة من عوائق و اشكاليات للمصارف. و لعل أبرز العوائق التي تتمثل في المحاكم كونها لا تواكب التطورات المتجددة على صعيد البيئة المصرفية، بالإضافة الى محدودية المعلومات المصرفية لدى الهيئات القضائية، الأمر الذي يؤدي الى اطالة امد النزاع من جهة، أما من جهة اخرى فالوقت التي تستغرقه المعاملات لا يتلاءم أبدا مع طبيعة العمل المصرفي الذي يسيطر عليه عامل السرعة و المرونة في العمل لحل هذه النزاعات، اضافة الى ان الزمن يعتبر عاملا" رئيسيا" ترتكز عليه المصارف لحل مشكلاتها.

من هنا كان من الضروري اللجوء الى وسائل بديلة عن محاكم الدولة لحل النزاعات التي تعترضها، فكان لا بد من اللجوء الى جهات متخصصة، و في هذا الشأن برز التحكيم كوسيلة بديلة لحسم المنازعات المصرفية.

لذلك لا بد من تعريف التّحكيم، أنه اتفاق بين الأطراف على حلّ النّزاع القائم أو الذي سيقوم من قبل شخص أو أشخاص يتم اختيارهم لهذا الغرض.[1] إنّ اللّجوء الى التّحكيم

[1]- اياد محمد بدران: التحكيم و النظام العام، منشورات الحلبي الحقوقية بيروت الطبعة الأولى سنة ٢٠٠٤ ص-٥-

معروف منذ القدم فقد عرفه المجتمع الروماني و اليوناني قبل الميلاد، و كذلك الشعوب العربية قبل ظهور الاسلام، و قد أكدت عليه الشريعة الاسلامية حيث جاء في قوله تعالى " و إن خفتم شقاق بينكم فابعثوا حكما من أهله و حكما من أهلها ان يريد اصلاحا يوفق اللّه بينهما إنّ اللّه كان عليما خبيرا".[٢]

للتحكيم مميزات عديدية يمتاز بها، فيتمثل بعضها في السرعة بالإجراءات، حيث يمكنه أن يفصل في المنازعات التي تعرض على القضاء العادي. فعامل الوقت يعتبر من العوامل الجوهرية التي تؤدي الى اللّجوء الى التّحكيم، كون المحكم يلتزم بمهلة معينة يعينها له الأطراف من أجل حلّ النّزاع، إضافة الى أن التحكيم يعتبر نظام للتقاضي من درجة واحدة.

أيضا من الخصائص التي يتميز بها التحكيم سرية قضاء التحكيم، فهو على خلاف قضاء الدولة الّذي تعد العلانية من أهم خصائصه. هذا بالإضافة الى الحرية التي يتمتّع بها أطرافه، و هذه الحرية الّتي تتحقق هنا لا تتحقق لهم في ظلّ قضاء الدّولة و هذه الحرية تمتد من لحظة الإتفاق و تستمر حتى بعد صدور الحكم. إضافة الى أنّه قضاء متخصّص، فالهيئات هي هيئات متخصصة في العمل الذي تقوم به و يمتاز أيضا بالمرونة حيث أن المحكم لا يتقيد كالقاضي بالعديد من القواعد الإجرائية التي لا يمكنه أن يتحلل منها.

بالنظر الى الخلفية التّاريخية للتحكيم المصرفي نرى أن أوّل من لجأ اليه كانت الولايات المتّحدة الأمريكية، و الأسباب الّتي أدّت الى ظهوره تعود الى الإبتعاد عن غلوّ أحكام المحاكم و العلنية المضرّة بأعمال المصارف. لذا معظم المصارف في الولايات المتّحدة الأمريكية استمرّت باستخدام التّحكيم في العمليات المصرفية الأمر الّذي يدلّ على إيجابيته على هذا الصّعيد،و ذلك نظرا للمزايا الّذي يتمتع بها و أوّل مصرف استخدم شرط التّحكيم في ثقافته التّجارية هو مصرف أمريكا "Bank Of America" منذ عام ١٩٨٦م عندها بدأت المصارف تتبنى التّحكيم في معاملاتها.

إلا أنّ الأمر يبدو خلاف ذلك في إطار محيطنا العربي، حيث إنّه عند التّأمل بالبيئة المصرفية و النّظر الى النّزاعات الّتي تنشأ و كيفية فضّها نجد أن هناك عزوفا عن التّحكيم في

[٢]- القرآن الكريم سورة النّساء آية رقم-٣٥-

العمليات المصرفية، و يبرر هذا السبب أن التحكيم لا يتلاءم و البيئة المصرفية، على الـرّغم من أن الأمر هو على خلاف ذلك تماما. و واقع الأمر يضعنا أمام حقيقة لا بد أن نقف أمامها. إنّ أهمية التّحكيم هنا تكمن من خلال الخصائص الذي يتميز بها و الّتي تتلاءم مـع طبيعـة العمليات المصرفية، حيث إنها تستوجب السّرعة و الثّقة و السّرية في إجراءاتها إضافة الـى ضرورة حسم نزاعاتها بصورة سريعة، و هذا الأمر من الأمور الجوهريـة الّتـي يحتاجهـا الطّرفين من أجل الحفاظ على الخصوصية. لذلك فإن للتّحكيم المصرفي أهمية كبيـرة سـواء كان من الناحية القانونية، حيث يعتبر أداة قانونية لفضّ المنازعات الدّاخلية و الدّولية، و مـن النّاحية الإقتصادية كون الإقتصاد يقوم على السّرعة و الثّقة و الإئتمان. و هـذا مـا يـوفره التّحكيم في معاملاته. إضافة الى أهميته على الصّعيدين الإجتماعي و السياسي. ففي التّحكـيم يستطيع الأطراف أن يختاروا شخصا ليكون محلّ ثقة لهما و يكون قاضيا ليحلّ النّزاع و على الصّعيد السّياسي يؤدي اللّجوء للتحكيم الى التّخفيف من المشاكل الّتي قد تنشأ بـين الدّولـة و الأشخاص الأجانب في إطار المعاملات التجارية.

و من خلال ما تقدّم لا بدّ من تعريف التحكيم المصرفي بشكل دقيق:

"نظام قانوني يجيز لأطراف العملية المصرفية اللّجوء اليه عند حدوث نزاع سواء فـي مستقبل العلاقة أوحاضرها،و فقا لنصّ يتضمّنه العقد أو مستقلا عنه، و يسعى أطرافه الى حلّ نزاعهم وفقا لمقتضيات القانون و العدالة، و قد يعدوا بذلك الى مؤسسة أو مركز أو أشخاص مستقلين و يتمتّع ما يصدر عنهم بحجية الأمر المقضي."[٣]

إنّ العمليات المصرفية تعدّ من أهم ركائز الإقتصاد الوطني الّتي ترتكز عليه كافة الـدّول، و كون المنازعات الّتي تنشأ عنها تتعلق بسيولة نقدية أو ترتبط بضـمانات معينـة كالإعتمـاد المستندي و خطاب الضّمان و غيرها من الضّمانات، و كون القضاء هو الّذي يعتبر المرجع في الدّولة لحلّ جميع النّزاعات، إلا أن المشكلة الّتي تكمن هي في طول أمد الإجراءات الّتـي

[٣]- محمد صالح علي العوادي، التحكيم في المعاملات المصرفية، دار النّهضة العربيّة ٢٠١٠، ص ١٦.

تتخذ في القضاء، إضافة الى قلة الخبرة على الصّعيد المصرفي الّتي لا يتمتع بهـــا القضـــاة، الأمر الّذي يؤدّي الى ضرورة استعانتهم بخبراء ملمين في البيئة المصرفية.

و لذلك لا بدّ من إيجاد حلول بديلة لهذه المشكلة فكان اللّجوء الى التّحكيم و هو أحد أهم الحلول من أجل حلّ هذه النّزاعات، حيث يوفر بيئة تتلاءم مع السرية و السرعة فـــي حســـم النّزاع.

تظهر أهمية البحث عن التّحكيم في العمليات المصرفية من خلال ما يحققه التحكيم من مزايا و تسهيلات و يمكّن الأطراف من وجود وسائل بديلة عن القضاء العادي لحلّ نزاعاتهم. إضافة الى إبراز ما لهذه المؤسسة من مميزات تساعد على حلّ النّزاعات كون أطرافها هـــم أشخاص متخصّصون في عملهم.

إنّ المنهج المتبع في هذا البحث هو منهجية البحث التّحليلي و المقارن، حيث يعتمد هذا البحث على تحليل كل جزئية من جزئياته في القوانين المقارنة إضـــافة الـــى الآراء الفقهيـــة والإجتهادات الّتي تناولت هذا الموضوع و موقف القضاء الوطني و التّحكيم الدّولي، و تناوله في العديد من القوانين اضافة الى الإتفاقيات الدولية.

هل كل العقود و العلاقات في المصارف تقبل التحكيم؟ و ما مدى وجـــود خصوصـــية للتحكيم في ميدان المعاملات المصرفية؟ و ماهو القانون الواجب التّطبيق لحـــلّ المنازعـــات المصرفية الدّولية؟؟

ما مدى قدرة نظام التحكيم على الحلول محل القضاء العادي للبت في المنازعات النّاشئة عن المعاملات المصرفية؟

ما صفة الأشخاص المخول لهم إبرام اتفاق التحكيم، و الشروط المطلوب توفرها فـــي أطراف الاتفاق؟؟ و هل يوجد استقلالية لشرط التّحكيم عن العقد موضوع النّزاع؟

ما هو التحكيم المصرفي و ما هي قواعده و دوافعه و مضاره، و مـــا هـــي طبيعتـــه القانونية، و ما هي إجراءات المنازعات المصرفية؟؟

ما هي العمليات المصرفية و ما هي خصائصها و القواعد التي تحكمها؟

القسم الأول: قابلية التحكيم في العمليّات المصرفيّة

يعد التّحكيم من أهم الوسائل البديلة لحسم المنازعات بشكل عام، فهو ذو أصول متجذّرة في تاريخ البشرية، فقد عرفه الإنسان في شتى العصور و جعل منه الوسيلة المثلى لحلّ النّزاعات، و مع تطوّر البشرية، و رغم الإندثار الّذي أصاب التّحكيم في فترة من الفترات، إلا أنّه عاد بقوة كوسيلة مثلى لفض المنازعات بين الأطراف بعيدا عن قضاء الدّولة.و لكن لا غنى لأي باحث يهدف للوصول الى حقائق محددة من الولوج إليها عبر طرقها الرئيسية ، و عند غوصنا في أغوار التّحكيم المصرفي يجب علينا ابتداء التوقف عند معرفة ماهية العمليات المصرفية لنعود و نغوص في أهمية التّحكيم فيها، لتمثل لنا المدخل الرئيسي الّذي سوف نسير عليه. و للإنطلاق الى التّحكيم لا بدّ من ولوج الخطوة الأولى، و الّتي تبدأ من خلال الولوج الى إجراءاته الأولية حيث تعتبر هذه الإجراءات الإطار التّنفيذي لتطبيق ما اتّفق عليه الأطراف من حلّ نزاعهم بواسطة التّحكيم.

ومن خلال هذا القسم سنسعى إلى بيان مميّزات التّحكيم المصرفي و ذلك في الفصل الأول من هذا القسم، لنعود و نتناول إجراءات التّحكيم في العمليات المصرفية و ذلك في الفصل الثّاني منه.

الفصل الأول: مميزات التّحكيم المصرفي

محور هذا البحث يدور حول التحكيم في العمليات المصرفية و لكن لا بد قبل الولـــوج في إتفاق التحكيم المصرفي و اجراءاته من التعرف على العمليّات المصرفيّة و الميزات التي لا توجد في غيرها من الأنشطة.تاريخيا كان يمكن تقسيم العمليات المصرفية الـــى عمليـــات مصرفية تقليدية و ما ينطوي تحتها من علاقات مختلفة و علاقات مستحدثة، و التي تقوم بها المصارف الشاملة.كما ظهرت حديثا العمليات المصرفية الالكترونية التي تقوم بها المصارف الالكترونية والتي تستخدم نظاما" خاصا" بها. لذا في هذا الفصل سوف نقوم بتحديد مفهوم هذه العمليّات التقليدية و الالكترونية من أجل تناول الخصائص التي تمتاز بها كل منهما، اضـــافة الى التطبيق القانوني الخاص بها في (المبحث الأول)، و أيضا سوف نتناول أهمية التّحكيم في العمليات المصرفية و ذلك في (المبحث الثّاني) من هذا الفصل.

المبحث الأول: ماهية العمليّات المصرفيّة:

سوف نتناول في المطلب الأول من هذا المبحث خصائص العمليات المصرفية (المطلب الأوّل)، و قواعد العمليات المصرفية في (المطلب الثّاني).

المطلب الأوّل:خصائص العمليّات المصرفيّة

نظرا للأهمية التي تمتاز بها هذه العمليات المصرفية سوف نقوم بتحديد مفهـــوم العمليـــات التقليدية قبل تناول خصائصها و ذلك في (الفقرة الأولى)، و كذلك الأمر بالنســـبة للعمليـــات المصرفية الالكترونية و ذلك في (الفقرة الثّانية).

الفقرة الأولى: العمليّات المصرفيّة التقليديّة:

ان البحث عن تعريف قانوني و شامل للعمليات المصرفية لا يجيده الكثير من فقهاء القانون خاصة و أن مثل هذا البحث للوصول الى تعريف محدّد عمل غير مضمون النّتائج،خاصّة و أن الصناعة المصرفيّة كنشاط اقتصادي في تطور مستمر و الابتكارات المصرفية في تقدم من يوم الى اخر. فما هو المقصود بالعمليات المصرفية ؟؟

هل يوجد تعريف واضح و شامل للعمليات المصرفية؟؟ هل عمل المصارف هو ثابت أم انّه بتطور مستمر؟؟

عدد من الاجتهادات حاولت تعريف العمليّات المصرفيّة والمصارف، وفي مدرسة السوابق القانونيّة common law كانت أكثر هذه التعاريف دقّة. ومن أهم هذه التعاريف هو ما قدّمه اللّورد دينيغ Lord Dining في الدعوى التي قامت بين United Dominions Trust vs. Kirkwood حيث ذهبت المحكمة إلى تحديد الصفات الواضحة للعمل المصرفي التقليدي بقولها: «توجد صفات عادةً في المصارف حالياً تقبل المصارف الأموال وتدفع من الشيكات للعملاء وتضعها في الاعتمادات الممنوحة لهم، يسدّدون قيمة الشيكات أو أوامر الدفع المسحوبة عليهم من عملائهم. هاتان الصفتان تحملان معهما صفة أخرى تتمثّل في مسك الحسابات الجارية أو ما يشابهها في دفاترهم، حيث يتمّ تسجيل الدفعات الداخلة والخارجة من الحساب)«[٤].(

[4] -Ross Cranstan: "Principles of Banking law". Oxford–1997, p.g 2... Therefore، two characteristics usually in bankers today (i) they accept money from، and collect cheques for، their customers and place them to their credit، (ii) They honour cheques or order drawn or them by their customers when presented for payment and debit their customs accordingly these two characteristic carry with them also a third، namely: (iii) They keep current account، or something of that nature، in their books in which the credit& debits are entered.

أما في القانون الفرنسي، فقد عرّفت المادة الأولى من القانون الصادر بتاريخ ١٩٤١/٦/١٣ «المصارف بأنّها الشركات والمؤسّسات التي تتّخذ مهنة لها إيداع الأموال للجمهور واستخدام الأموال لحسابات الغير في عمليّات قطع ومنح قروض عمليّات ماليّة)«[٥].

إلاّ أن المشترع المصري في القانون رقم ٨٨ لسنة ٢٠٠٣ قد أورد تعريفاً لعمليّات المصارف حيث جاء في نصّ م ٣١: «... ويقصد بأعمال المصارف في تطبيق أحكام هذه المادة كل نشاط يتناول بشكلٍ أساسي واعتيادي قبول الودائع والحصول على التمويل واستثمار تلك الأموال في تقديم التمويل والتسهيلات الائتمانيّة والمساهمة في رؤوس أموال الشركات، وكل ما يجري العرف المصرفي على اعتباره من أعمال المصارف». وقد كان هذا التعريف مثار نقدٍ حيث ذهب بعض الفقه إلى أن المشترع المصري لم ينجح في تحديد تعريف دقيق ومحدّد لعمليّات المصارف، فالتعريف غير جامع ولا مانع و استدلّوا على ذلك بنصّ المشرع ذاته عندما ترك الباب مفتوحاً لإضافة عمليّات أخرى يستقر عليها العرف المصرفي.[٦]

في لبنان ومصر وأي تشريع عربي أو أوروبي لا يوجد تعريف تشريعي دقيق للعمليّات المصرفيّة. وليس في التشريعات اللبنانيّة قانون موحّد أو نصوص متجانسة تستند إليها هذه العمليّات المصرفيّة اليوميّة، بل إنها تستند إلى نصوص وقوانين متفرّقة عامّة وخاصّة، أبرزها:

- قانون الموجبات والعقود (١٩٣٢)
- قانون التجارة البريّة (١٩٤٢)
- قانون النّقد والتسليف (١٩٦٣)
- قانون سريّة المصارف (١٩٥٦)
- قانون إنشاء الحساب المشترك (١٩٦١)
- قانون تطوير السوق الماليّة والعقود الائتمانيّة رقم ٥٢٠ (١٩٩٦)
- قانون مكافحة تبييض الأموال رقم ٣١٨ تاريخ ٢٠ نيسان ٢٠٠١ وتعديلاته ٢٠١٥.
- القانون رقم ٢٠٠٠/٢٣٤ بالوساطة المالية.

---

[٥]- J-h. Rive – Lange et M.contamine –Raynard: "Droit Bancaire". Dalloz –Delta -1995 p.1 ets.

[٦]–د.رضا السيد عبد الحميد ، النظام المصرفي و عمليات المصارف ، النهضة العربية ، القاهرة ٢٠٠٦ ، ص ١٥.

قانون النّقد والتسليف قام بتعريف المصرف في المادة ١٢١: «تُدعى مصرفاً المؤسّسة التي موضوعها الأساسي أن تستعمل لحسابها في عمليّات التسليف الأموال التي تتلقّاها من الجمهور».

أمام ضعف التعريف المعطى للمصرف لا بدّ من تحديد الخصائص التي تتميّز بها العمليّات المصرفيّة:

١. العمليات المصرفيّة هي عمليّات تجاريّة بطبيعتها ولو حصلت لمرّة واحدة استناداً إلى نصّ المادة (٦) فقرة (٤) من قانون التجارة.
٢. المصرف هو تاجر نظراً لكونه شركة مساهمة موضوعها تجاري وهو القيام بالعمليّات المصرفيّة بصورة متكرّرة. وذلك بالاستناد إلى نصّ (م ٩) من قانون التجارة اللبناني «التجار هم: أولاً، الأشخاص الذين تكون مهنتهم القيام بأعمال تجارية، ثانياً: الشركات التي يكون موضوعها تجاريّاً»[٧].
٣. إتباع المصارف من حيث الموضوع أسلوباً واضحاً في النماذج المصرفيّة كالعقود وغيرها من حيث الشكل والموضوع ،بحيث تكون العلاقة واضحة بين أطراف التعامل وتكون بعيدة عن الغموض، وتُصاغ بطريقة يسهل تفسير شروطها وتوضيح ما يصبو إليه أطرافها في تعاملهم بطريقة قانونيّة معتمدة على النظم التجارية والأعراف والعادات. ومن حيث الشكل، فلا شكل خاص تتبعه جميع المصارف للتعامل بالأوراق التجارية .
٤. إن العمليّات المصرفيّة تقدّم دائماً على الاعتبار الشخصي أي على ثقة أطرافها. وهذا يسهّل العمليات.
٥. تتميّز أيضاً بأنظمة موحّدة على المستوى الدولي بحيث لا تعطي العميل المجال لتغيير أو تعديل نصوصها لأنّها نظم عالميّة مقنّنة بواسطة مشرّعي غرفة التجارة الدوليّة وتطبّق بين كافة الدول العربيّة والأجنبيّة .

و نظرا" الى أهمية هذه الخصائص قامت بعض القوانين التجارية للدول العربية بتقنين العرف المصرفي بالاضافة للقرارات الهامة النّاشئة عن اتّحادات المصارف الّتي أصبحت مع الزّمن مستقرّة و قاعدة يستند اليها بكافة النّزاعات في غياب التّشريع الخاص بدلا" من أحكام القانون المدني أو التجاري.

[٧]- قانون التجارة اللبناني، المادة ٩.

من خلال التعاريف التي ذكرناها، لا بدّ ان نعرض أهم العمليّات المصرفيّة التي تقــوم بها المصارف، فهي تقسّم إلى ثلاث طوائف وهي عمليّات الإيداع، عمليّات الائتمان، عمليّات ترتبط بفكرة الوكالة.

يقوم المصرف بتلقّي الودائع من عملائه، الأفراد والمشروعات والهيئات.

وهذه كانت الوظيفة الأولى التي بسببها أنشأت المصارف في عصورها الأولى.

يمكن تعريف الوديعة المصرفيّة بأنّها الأموال المتقبلة من قبل الجمهور مع احتفاظ هذا الأخير بحقّ التصرّف بهذه الأموال.

وهناك عدّة أنواع من الودائع تختلف بحسب الغرض منها، فهناك ودائع يتمّ وضعها في المصارف للاحتفاظ بها، ونوع آخر يوضع لتوظيفها في مشاريع واستثمارات مختلفة.

إضافةً إلى تلقّي الودائع يقوم المصرف بمنح قروض، حيث يقوم بتجميع المدّخرات أو الودائع ليعيد توزيعها بشكل قروض على الأفراد والمؤسّسات والهيئات المحتاجة للتمويل .

كما يقوم المصرف بفتح الحسابات المصرفيّة، يعدّ فتح الحسابات المصــرفيّة ومســكها وإغلاقها من أهم العمليّات المصرفيّة، ولهذه الحسابات أنواع مختلفة منها: الحساب الجــاري، حساب الودائع، حساب التوفير، والحسابات المؤقّتة.

وكذلك يقوم المصرف بإصدار وسائل الدفع، وأقدم هذه الوسائل هو دفتر الشيكات الذي يكون مقدّماً من المصرف الذي يتعامل معه العميل ويدوّن عليه رقم معيّن ويستطيع صــاحبه الدفع من خلال الشيك .

يتبيّن من خلال ما تقدّم أن العمليّات المصرفيّة ما زالت تعتمد على نصوص معظمهــا قديم العهد وخصوصاً منها قانون النّقد والتسليف، ويُضاف إليها نوع خاص الأعراف والتقاليد المصرفية والاجتهادات القضائيّة التي تعرف تطوّراً نسبياً غير كاف.

إنطلاقاً ممّا تقدّم نرى بأنّ المصرف يقوم بالعمليّات التقليديّة التــي لا تســتدعي منــه التفتيش عن بدائل لتطوير عمله، إلاّ أن الثورة التكنولوجيّة التي حدثت علــى صــعيد العــالم

وانتشار الانترنت وتحديث وسائل الاتصال من عمليّات تقليديّة إلى إلكترونيّة، الأمـــر الـــذي استدعى المصارف إلى تطوير خدماتها وإلى الدول أن تنصّ تشريعات تتماشـــى مـــع هـــذا التطوّر .

الفقرة الثانية: العمليّات المصرفيّة الحديثة أو الإلكترونيّة :

ان العمليات الالكترونية في القطاع المصرفي هي مجموعة من الخـــدمات المصـــرفية المتنوعة ، الّتي تنشأ و تقدم من قبل النّظام المصرفي مـــن خـــلال الوســـائط التّكنولوجيـــة المتنوّعة.[٨] و نظرا" لقابلية القطاع المصرفي و المالي للتأثر بأي تطور يسهم في تأمين خدمات مصرفية ومالية متقدمة ، أدّى النمو المتسارع لتكنولوجيا المعلومات و الاتّصالات الى ظهور متغيرات جوهريّة في العالم ، سواء على صعيد الأعمال ، أو الحياة الشّخصية لعامة النّاس[٩]، أو على صعيد العمل في القطاع المصرفي و المالي بحدّ ذاته.

تزداد أهميّة هذه العمليّات يوماً بعد يوم، ويترسّخ دورها كواحد من أهم الإنجازات التي ظهرت في الحقلين المصرفي والمالي منذ أوائل القرن الحالي. أصبحت هذه العمليّات وســـيلة لا غنى عنها في المجتمعات المتطوّرة اقتصاديّاً وتقنيّاً .

يستخدم تعبير المصارف الإلكترونيّة للدلالة على المعـــاملات الماليـــة التـــي تتصـــل بالمصرف، والتي يقوم بها العملاء في أيّ مكان وفي أيّ وقت من خلال جهاز الكومبيوتر.

أحدث دخول الانترنت على العمل التجاري، وبروز ظاهرة المصـــارف الإلكترونيّـــة تطوراً كبيراً في مفهوم العمل المصرفي، الأمر الذي أدّى إلى وجود كامل للمصـــرف علـــى شبكة الانترنت، يوفّر إضافة إلى الخدمات المصرفيّة الاستشارات الماليّة وخدمات الاســـتثمار التي قد يحتاجها العميل .

---

[8] -Apostolos Ath. Gkoutzinis، Internet Banking and the Law in Europe، Cambridge University Press، UK، 2006 .P7.

9-Elie Khoury، "E-banking Thesis" PhD Thesis، Concordia University،2003، P1 (Not Published).

إلاّ أن هذا التطوّر لم يوازه بالمقابل التطوّر المطلوب في النواحي القانونيّة لرعاية هذه العمليّات، ونظراً لعدم وجود أي نصوص قانونيّة ترعى التجارة الإلكترونيّة بصورة عامّة والعمليات المصرفيّة الإلكترونيّة بصورة خاصّة، قامت المصارف اللبنانيّة، منذ عدّة سنوات، بتقديم هذه العمليّات إلى عملائها الذين يرغبون بذلك مستشهدة بما تمّ في الدول الغربيّة في هذا المجال.

في لبنان، وفي ظلّ غياب القانون الذي يرعى تنظيم العمليّات الإلكترونيّة والذي بقي مجرّد مشروع قانون صدر في المرسوم رقم ٣٥٥٣ بتاريخ ٣ آب ٢٠٠٠ بإحالة مشروع قانون إلى مجلس النواب بتعديل بعض نصوص أحكام أ.م.م. المتعلّقة بالإثبات لتشمل السند والتوقيع المنظّمين والقائمين على وسائط إلكترونيّة وقد ركّزت الأسباب الموجبة لاقتراح التعديل من أجل التعارض الواضح بين القانون والواقع.

في ظلّ غياب هذا القانون، لا بدّ من الإشارة إلى التعاميم والقرارات التنظيميّة التي يصدرها حاكم مصرف لبنان بشكل متتابع في سبيل إنشاء بنية قانونية وتنظيميّة ملائمة للخدمات الإلكترونيّة.

أقرّ مجلس النواب في ٢٦ تشرين الأول ١٩٩٩ القانون رقم ١٩٩٩/١٣٣ الذي وسّع مهام مصرف لبنان وأضاف مهمّة تطوير وتنظيم أنظمة الدفع والعمليّات المصرفيّة والإلكترونيّة إلى مهامه، وتشمل المهمّة الجديدة:

- «وسائل وأنظمة الدفع وبصورة خاصّة العمليّات المجراة عن طريق الصرّاف الآلي والبطاقات للإيفاء أو الدفع أو الائتمان.
- عمليّات التحاويل النقديّة بما فيها التحاويل الإلكترونيّة.
- عمليّات المقاصّة والتسوية العائدة لمختلف وسائل الدفع والأدوات الماليّة بما فيها الأسهم والسندات أو غيرها من السندات القابلة للتداول»[١٠].

إضافة إلى ذلك، أصدر مصرف لبنان بموجب آخر تعديل في المادة الأولى من القرار الوسيط رقم ٢٠١٥/١١٩٣٧ الذي عرّف في مادته الأولى «العمليّات الماليّة والمصرفيّة

[١٠]- القانون رقم ١٣٣ تاريخ ١٩٩٩/١٠/٢٦ المتعلق بمهام مصرف لبنان

بالوسائل الإلكترونيّة» العمليّات أو النشاطات كافة التي يتمّ عقدها أو تنفيذها أو الترويج لهـا بواسطة الوسائل الإلكترونيّة أو الضوئيّة (هاتف، حاسوب، إنترنت، صرّاف آلي...) من قبل المصارف أو المؤسّسات الماليّة أو مؤسّسات الوساطة المالية أو هيئات الاستثمار الجماعي أو أي هيئة أو مؤسّسة أخرى. و يشمل هذا التّعريف أيضا" العمليات الّتي يجريهـا مصـدّرو أو مروّجو بطاقات الايفاء أو الدّفع أو الائتمان الالكترونية على أنواعها كافة و المؤسسات الّتـي تتعاطى التّحاويل النّقدية الكترونيا" و مواقع العرض و الشّراء و البيع و تأدية سائر الخدمات المصرفية الالكترونية)«[١١].

في المادة الثانية منه نصّ على الإجراءات المتبعة في تلك العمليّات لتأمين أعلى درجات الأمان واتخاذ كل الاحتياطات المتوجبة لتحديد وحصد المسؤوليّات المختلفة.

أيضاً أصدر مصرف لبنان التعميم رقم ١٨١٠ الصادر في ٢٠٠٠/٣/٣٠، للمصـارف والمؤسّسات التي تتعاطى العمليّات الماليّة والمصرفيّة بالوسائل الإلكترونيّـة أو الضـوئيّة أو الصوتيّة من قبل المصارف أو المؤسّسات الماليّة أو مؤسّسات الوسـاطة الماليّـة أو هيئـات الاستثمار الجماعي أو أيّة هيئة أو مؤسّسة أخرى)[١٢].

هذه التعاميم وغيرها التي صدرت عن مصرف لبنان من أجل تنظيم ومواكبة العمليّات المصرفيّة الإلكترونيّة، حيث فرض المصرف في العقود المصرفيّة الحديثة موجبات وعواقب على عاتق العميل، بالإضافة إلى حماية حقوق المصرف ممّا من شأنه أن ينعكس سلباً عليـه كل هذا يبقى حبرا على ورق نتيجة غياب هذه العمليات في السوق المصرفية اللبنانية الأمـر الّذي يتطلب معالجة و تفعيل من قبل القيمين و الخبراء كون أصبحت العمليـات المصـرفية الالكترونية الأكثر رواجا" و أهمية في الحياة العملية و أكثر سهولة.

لا بدّ من الإشارة إلى الخصائص التي تتميّز بها العمليّات المصرفيّة الإلكترونيّة :

١. إنّها خدمات تتمّ عن بعد وبدون اتصال مباشر بين أطراف الخدمة .

---

[١١]- ادخل آخر تعديل على هذه المادة بموجب المادة الأولى من القرار الوسيط رقم ١١٩٣٧ تاريخ ٢٠١٥/١/٢٦ (تعميم وسيط رقم ٣٨٥).

[١٢]- تعميم رقم ١٨١٠ الصادر في ٢٠٠٠/٣/٣٠.

٢. إنها خدمات عبر الحدود ولا تعرف قيوداً جغرافيّة.
٣. إنها تقوم على التعاقد بدون مستندات ورقيّة، وهذا الأمر يطرح العديد من المسائل المتعلّقة بموضوع الإثبات الذي ما زال مشروع قانون في لبنان .

إنّ التشريع اللبناني ما زال خجولاً في الكلام عن العمليّات المصرفيّة الإلكترونيّة، فلا يوجد تشريع متخصّص بهذه الأمور، والنّقص لا يسدّ بالحدّ الأدنى التعاميم الصادرة عن مصرف لبنان ولجنة الرقابة على المصارف، فما زال القانون اللبناني يعتمد على مجموعة من القوانين مثل قانون النّقد و التسليف فيما يتعلق بالعمليات المصرفية ، المصرف المركزي، و صلاحياته لتنظيم القطاع المصرفي في لبنان؛ و قانون الموجبات و العقود في عقود الوكالة و الوديعة و الكفالة، لاسيما أن العمليات المصرفية عبر الوسائط الالكترونية تخضع بمعظمها لها؛ و قانون التجارة البريّة اللبناني في العقود التجارية و غيرها من القوانين الأخرى.

إلاّ أنّ بعض الدّول العربيّة شهدت تطورا" ملحوظا" في تشريعاتها بهذا الخصوص ، ففي المملكة العربية السعودية تقدم المصارف عددا" من الخدمات المصرفية الالكترونية ، عن طريق الهاتف أو شبكة الانترنت، أو عن طريق الهاتف النّقال عبر وسيلة الواب و تم تشغيل النّظام الآلي لتداول الأوراق المالية منذ تشرين الأوّل عام ٢٠٠١ ليقدّم خدمات متكاملة للمستثمرين عبر الانترنت و خلال فترة زمنية قصيرة. و في مملكة البحرين أيضا" كان هناك تطور ملحوظ للعمليات المصرفية عبر الانترنت حتّى وصلت الى ٢٠% من مستخدمي شبكة الانترنت فيها ويضع قانون التّجارة الالكترونية الأسس القانونية للعمليات التّجارية ذات الصّفة الالكترونية بعد اعتماده من قبل الحكومة البحرينية. أما دولة الامارات العربية المتّحدة فإنها تملك أفضل بيئة متطورة من تقنية المعلومات في المنطقة ، لذا شهدت ازديادا" كبيرا" للمواقع على الانترنت و٢٠% من المصارف المحلية تنفذ خدمات التحاويل المصرفية الالكترونية بالكامل، و هناك عدد كبير من المصارف في طريقه لاعتماد مثل هذه الخدمات[١٣] .

[١٣]- وائل الدبيسي، دليل العمليات المصرفية الالكترونية في القطاع المصرفي "الواقع والآثر القانوني"،٢٠١٠، ص ٢٠.

من خلال هذا العرض لبعض الدول التي تنصّ تشريعاتها على التشريع الالكتروني نرى أنها لاتزال تحتاج الى تطوير كبير من قبل فقهاء القانون كون هذا العصر هو عصر العولمة ويعتمد على العمليات الالكترونية بشكل أساسي.

المطلب الثاني: قواعد العمليات المصرفية

بالرغم من الخصائص التي تتمتّع بها القواعد القانونيّة المصرفيّة وعمليّاتها، إلاّ أن هذه العمليّات تخضع للقواعد القانونيّة العامّة في إبرامها وإثباتها وتفسيرها، لكن تطبيقها يخضع لقواعد خاصّة نذكر منها:

الفقرة الأولى: ابرام العقود المصرفيّة

إنّ العقود المصرفيّة تنعقد بالتراضي شأنها شأن كل عقد آخر، وهذا ما نصّت عليه المادة ١٧٦ من قانون الموجبات والعقود «إنّ رضى المتعاقدين هو الصلب والركن لكل عقد بل لكلّ اتفاق على وجه أعمّ»[١٤].

وفي العقود المصرفيّة يلزم توافر رضى المصرف ورضى العميل. ويكون رضى العميل غالباً بمجرّد الموافقة على النموذج الذي يجده المصرف، بحيث يراه البعض إذعاناً لتعذّر مناقشة الشروط الجوهريّة في العقد كونها تتشابه بين مصرف وآخر .

إنّ اعتبار العقود المصرفيّة عقود إذعان، يوجد فيه الكثير من الإجحاف، هو صحيح في بعض أنواع العقود وفي بعض الدول، ولكن في دول أخرى حيث هناك عدد كبير من المصارف المتنافسة والتي تعمل بأساليب مختلفة، فإنّه لم يعد صحيحاً القول بأن الخدمة المقدّمة واحدة ومتطابقة لدى جميع المصارف، وقد ذهبت محكمة النقض المصرفيّة في أحد

[١٤]- قانون الموجبات والعقود، المادة ١٧٦.

قراراتها أن عقد فتح الاعتماد لا يعتبر من عقود الإذعان[١٥].إضافة إلى العمليّات المصـــرفيّة التقليديّة فهناك مبادئ ترعى العقد المصرفي الإلكتروني من ناحية إبرامه.

يرتكز هذا المبدأ على الإرادة، ويعتبرها كافية لانعقاد العقد وتحديد محتـــواه، وإنشـــاء الغرامات أو موجبات صلاحيته، وترتب آثار عليه. وطرف العقد الذي شاء أن يعقد يجب أن يكون ما أراد الالتزام به والارتباط به قد جرى بمشيئة من دون إكراه أو إجبار. والعقد الذي يتولّد من مشيئة طرفيه يظهر بمظهر الشريعة التي يخضع لها الطرفان، لأنّهما اللّذان وضعاه لتنظيم علاقتهما[١٦].

إن العقود المصرفيّة الإلكترونيّة شأنها شأن العقود الأخرى يجب أن يتوفّر فيها العرض والقبول.

إن المصرف يوجه عرضه إلى الجمهور، ويلزم بالعقد عند قبول العميـــل ولا يصـــح الامتناع دون عذر مشروع عن التعاقد وإلاّ تعرّض للمسؤوليّة المدنيّة التقصيريّة، وهـــذا مـــا نصّت عليه المادة ١٨١ من قانون الموجبات والعقود: «من يوجه إليه العـــرض يكـــون فـــي الأساس حراً في رفض ولا يحمل تبعة ما بامتناعه عن التعاقد. بيد أن الأمر على خلاف ذلك إذا وجد هو نفسه حالة من شأنها أن تستدرج للعرض (كالتاجر تجاه الجمهـــور أو صـــاحب الفندق وصاحب المطعم، أو ربّ العمل تجاه العمّال). ففي هذه الحالة يجب أن يسند امتناعـــه عن التعاقد إلى أسباب جديّة بالقبول، وإلا لكان امتناعه استبدادياً وجاز أن تلزمه التبعة من هذا الوجه»[١٧].

والمادة ٢٢ من اقتراح قانون تكنولوجيا المعلومات، نصّت على شرط تضمين العرض المعلومات اللاّزمة لصحّته، عندما نصّت على «يجب أن تتضمّن آليّة العرض ما يلي: مختلف المراحل الواجب اتباعها لإبرام العقد بالوسيلة الإلكترونيّة، الوسائل التقنيّة التي تسمح لمتلقّـــي العرض بالتحقّق من الأخطاء المرتكبة في استعمال الوسائل الإلكترونيّة وبتصـــحيحها قبـــل

---

[١٥]- علي جمال الدين عوض: "عمليّات المصارف من الوجهة القانونيّة"، دار النهضة العربيّة،القاهرة،ص٣٧، ٢٠٠٨.

[١٦]- عاطف النقيب: النظرية العامة للموجبات، مجلس فرع الطلاب، الجامعة اللبنانيّة،كلية الحقوق و العلوم السياسية الفرع الأول، ص ٤٦٢ (سنة الإصدار غير محدّدة).

[١٧]- قانون الموجبات والعقود، م ١٨١.

الموافقة النهائيّة التي يبرم العقد بمقتضاها، ومدى إلتزام مقدّم العرض بالمحافظة على الآثار الإلكترونيّة للمفاوضة والعقد المبرم، وفي حال وجود هكذا التزام، تحديد مدّة هذا الالتزام وكيفيّة المحافظة على الآثار الإلكترونيّة وشروط الولوج إلى المستندات المحفوظة، ولغة العقد)«[١٨].

الفقرة الثانية: إثبات العمليّات المصرفيّة:

القاعدة أن تثبت الأعمال المصرفيّة بوصفها أعمالاً تجاريّة وذلك استناداً إلى أحكام المادة ٤/٦٠ من قانون التجارة اللبناني بكافة طرق الإثبات. القاعدة العامّة في الإثبات من المواد المدنيّة هي عدم جواز إثبات التصرف الذي تتجاوز قيمته ٥٠٠ ألف ليرة لبنانية إلاّ خطيّاً[١٩]، الأمر غير المطبّق في المعاملات التجارية لأنه يتعارض مع السرعة الموجودة في الأمور التجاريّة[٢٠]، يجوز إثبات التصرفات التجارية مهما بلغت قيمتها بشهادة الشهود والبنية الشخصيّة والقرائن والدفاتر التجاريّة والمراسلات والفواتير كما تستثنى من المواد التجارية قاعدة تعدّد النسخ ووجوب إثباتها تاريخها[٢١].

ومع ذلك فاللّجوء إلى الشهادة أو حلف اليمين أمر نادر. والإثبات يحصل غالباً من خلال العقود التي يبرمها المصرف مع عميله أو بالقيود التي تحصل في حساب العميل وترد في الكشوف الحسابيّة التي ترسل إليه. ورغم الحريّة في الإثبات في المواد التجاريّة إلاّ أن المشرع تشدّد في بعض الالتزامات واشترط الدليل الكتابي لإثبات بعض العقود ومنها:

١. عقد الشركة التجارية وعقد النقل البحري والبرّي والجوّي.

---

[١٨]- إقتراح قانون تكنولوجيا المعلومات، كما عدلته اللجنة الفرعية المنبثقة عن اللجان النيابيّة المشتركة، نسخة ٩ آذار ٢٠٠٩.

[١٩]- م. ٢٥٤/أ.م.م. المعدلة بالمرسوم الاشتراعي رقم ٢٤١١ تاريخ ١٩٩٢/٥/٧ وبموجب المادة الأولى من المرسوم رقم ٣٨٠٠ تاريخ ٢٠٠٠/٩/٦.

[٢٠]- إستئناف بيروت الغرفة المدنية الثانية، ١٩٤٨/١/١٣، مجموعة حاتم جزء ٢، ص ٣٣، رقم ٣، محكمة التمييز الغرفة المدنيّة الثانية ١٩٥٧/١٠/١٦، مجموعة حاتم، جزء ٥٤، ص ٢١، رقم ٩.

[٢١]- المادة ٢٥٧ أصول محاكمات مدنية المعدّلة بالمادة الأولى من المرسوم الاشتراعي رقم (٣) ٨٥/٢٠ والمادة ٢٥٤ من قانون التجارة اللبناني.

٢. الأسناد التجارية (مثل السند لأمر، الكمبيالة، الشيك).

وبالنسبة لإثبات العمليّات المصرفيّة الإلكترونيّة، فهناك جدل وصعوبة كبيرة في هذا المجال، هناك قوانين سبّاقة لاعتماد الإثبات الإلكتروني، فمعظم القوانين والإرشادات الأوروبيّة جعلت صحّة التوقيع الإلكتروني رهناً بموثوقيّة النظام المعلوماتي عن طريق حمايته من الخرق واعتماد تقنيّة التشفير .

أما في القانون اللبناني، فمشروع قانون تكنولوجيا المعلومات ساوى بين السند الإلكتروني والسند الورقي في المادة ١١ منه، لكنّه اشترط أن يكون مطابقاً للمعايير المفروضة من قبل هيئة التواقيع التي حدّد أصول إنشائها، نظراً لإمكانيّة الدخول غير المشروع إلى النظام المعلوماتي إذا لم يكن محصّناً.

في لبنان، لا يزال يوجد نقصٌ كبير في التشريع على صعيد العمليّات الإلكترونيّة، ومن هنا تبرز حاجة ملحّة إلى إصلاح تشريعي واسع لقانون الإثبات في لبنان من أجل تكييفه مع تكنولوجيا المعلومات الحديثة ومع التجارة الإلكترونيّة.

الفقرة الثّالثة: في تفسير العمليّات المصرفيّة:

يخضع تفسير العمليّات للقواعد العامّة المتّبعة في تفسير الأعمال القانونيّة، لكن مع مراعاة ظروف إبرام العمليّات والأهداف الاقتصاديّة المقصودة فيها، الأمر الذي يؤدّي إلى جعل عمليّة التفسير هنا أصعب من تفسير العقود المدنيّة.

لذلك نرى أنّ القضاء كثيراً من الأحيان يستعين بالعادة المصرفيّة وظروف إبرام العقود والهدف الاقتصادي الذي يستهدفه الطّرفان للوصول إلى التكييف الصحيح للعمل وبالتالي تحديد آثاره طبقاً للقواعد القانونيّة التي يجب أن تحكمه .

فالقاضي ينظر الى التزام المصرف و يحدّد مداه في نطاق عقد فتح الاعتماد و في شروط هذا الاعتماد الصادر عن المصرف، و أيضا" يقدّر مدى التزام كل من الأطراف دون

أن يغفل التزامات الأطراف الأخرى، و انّ هذه العلاقات كلّها تكون مستقلة عن بعضها البعض من النّاحية القانونية .

لذلك ونظراً لتعقّد هذه العمليات وأسلوبها و ظروف نشأتها من أجل تحقيق أهدافها يجعل تكييفها و تفسيرها مختلفا" من حيث الرّوح الّتي تسيطر على القاضي فيها و الاعتبارات الّتي عليه احترامها.

انّ الأستاذينRipert et Roblot [٢٢]اللّذين قاما بتفسير العقود و العمليات المصرفية وبخاصّة لجهة الزام القاضي بالنّظر أولا" في الارادة المشتركة للطرفين، سواء في تكييف العقد أو في تحديد مضمونه، و ثانيا" باعادة النّظر في اتّفاق الطّرفين لملاءمته مع الهدف الاقتصادي المطلوب من العقد و يفترض عندئذ أنهما قبلا كل الآثار المعتادة الّتي تقرّرها العادات المصرفية للأداة الّتي استخدمها، كما يراعى أن ثمة أدوات ترتّب أثارا" خاصة و حتمية كالأسناد التّجارية وهذه الآثار تتداخل مع ما أراده الطّرفان.

المبحث الثاني: أهمية التحكيم في العمليات المصرفية

يُعدّ التحكيم من أهم الوسائل البديلة لحسم المنازعات بشكلٍ عام، نظراً لما يمتاز به التحكيم من خصائص تميّزه عن القضاء العادي، بحيث أصبح يُعدّ بديلاً عن القضاء العادي يلجأ إليه الأطراف في القضايا التي تقبل التحكيم لحلّ نزاعاتهم.

من خلال هذا المبحث، سنسعى إلى بيان مفهوم التحكيم المصرفي كوسيلة بديلة لفضّ المنازعات في إطار البنية المصرفيّة، ونقف أمام الطبيعة القانونيّة له، إضافة إلى المزايا التي يتمتّع بها في حسم المنازعات المصرفيّة.

[22]-Rene Roblot et Georges Ripert: " Droit Commercial" Tome 2-LGDJ، 1986، P 258.

المطلب الأول: التحكيم نظام قضائي خاصّ:

تعدّدت تعريفات فقهاء القانون للتحكيم وتنوّعت. كلٌّ ينظر إلى التحكيم من زاوية معيّنة جعلها منطلقاً في تحديد المقصود بالتحكيم ومضمونه. هناك من ذهب إلى أنّ التحكيم هو نظام خاص للتقاضي ينشأ من الاتفاق بين الأطراف المعنيّة على العهدة إلى شخص أو أشخاص من الغير بمهمّة الفصل في المنازعات القائمة بينهم)[٢٣].(

وفي الفقه الغربي هناك من عرَّف التحكيم على أنّه وسيلة ونظام لحلّ المنازعات التي تتكوّن بصيغة خاصّة وبموجب اتفاقيّة من طرفين أو أكثر، والتي وافق الأطراف بناءً عليها أن يلتزموا بالقرار الذي يصدر من الحكم طبقاً للقانون)[٢٤].(

من خلال استعراضنا لهذه التعريفات للتحكيم، يبرز السؤال التالي: هل يختلف التحكيم المصرفي عن مفهوم التحكيم بشكلٍ عام؟

عند الحديث عن التحكيم المصرفي، فإنّ أول ما يتبادر إلى الذّهن هو أنّ الخلاف بين أحد أطراف العلاقة مصرف و الطرف الثاني هو العميل و لكن لا يقتصر الخلاف فقط على المصرف و عملائه إنما يتعدّاه في بعض الأحيان ليشمل المصارف مع بعضها البعض و ذلك من خلال علاقاتها التجارية المتبادلة ضمن أعمال التجارة الوطنية أو الدولية. لذا لا بدّ من إعطاء تعريف خاص بالتحكيم المصرفي وهو :

«نظام قانوني يجيز لأطراف العمليّة المصرفيّة اللّجوء إليه عند حدوث نزاع سواء في مستقبل العلاقة أو حاضرها، وفقاً لنصّ يتضمّنه العقد أو مستقلاً عنه، ويسعى أطرافه إلى حلّ نزاعهم وفقاً لمقتضيات القانون والعدالة، وقد

---

[٢٣]- حفيظة، حدّاد: الموجز في النظريّة العامّة للتحكيم التجاري الدولي، الطبعة الأولى، منشورات الحلبي، بيروت، ٢٠٠٤، ص ٤٤.

[24] -Ranbir Kristan: An overview of the Arbitration and Conciliation، Act 1996، Journal of International Arbitration 21 (3): 263-278، 2004، Kluwer Law International، printed in the Netherlands، p. 203.

يعهد بذلك لمؤسّسة أو مركز أو أشخاص مستقلّين ويتمتّع ما يصدر عنهم بحجيّة الأمر المقضي» [٢٥]

الفقرة الأولى: أنواع التحكيم:

يقسم التحكيم إلى عدّة أنواع، وفي هذه الفقرة سوف نتناول أنواعه.

أ- التحكيم الوطني والدولي:

ينقسم التحكيم وفقاً لطبيعة النّزاع أو محل إقامة الأطراف أو وفقاً لمكان التحكيم إلى تحكيم دولي وتحكيم وطني أو داخلي.

لهذا السبب ثبتت عدّة دول ومنها فرنسا وسويسرا نظاماً قانونياً خاصّاً للتحكيم الدولي دون التحكيم الداخلي. لا شكّ أن تقسيم التحكيم إلى دولي ووطني أهميّة خاصّة نظراً لما يحتاجه التحكيم الدولي من مرونة.

لا بدّ من تعريف التحكيم الدولي، فالقانون النموذجي لم يضع تعريفاً محدّداً للتحكيم الدولي، أمّا المشرّع الفرنسي قد نصَّ في ١٤٩٢/مرافعات فرنسي جديد على التعريف الأساسي التالي «يكون التحكيم دوليّاً عندما يتعلّق بمصالح التجارة الدوليّة«[٢٦].

في هذا المجال لا بدّ من نظرة شاملة إلى القانون اللبناني الذي خصّصّ للتحكيم الدولي ليس أقلّ من باب كامل بقسمين. عرّف في المادة ٧٦٢ من قانون أصول محاكمات مدنيّة التحكيم الداخلي «يجوز للمتعاقدين أن يدرجوا في العقد التجاري لا المدني المبرم بينهم بنداً ينصّ على أن تحلّ بطريق التحكيم جميع المنازعات القابلة للصّلح التي تنشأ عن صحّة هذا العقد أو تفسيره أو تنفيذه. يجوز للدولة ولأشخاص القانون العام أيّاً كانت طبيعة العقد موضوع النزاع اللّجوء إلى التحكيم، اعتباراً من تاريخ العمل بهذا القانون التعديلي، لا يكون البند التحكيمي أو اتفاق التحكيم نافذاً في العقود الإداريّة إلاّ بعد إجازته بمرسوم يتّخذ في مجلس

---

[٢٥]- محمد صلح علي العوادي: التحكيم في العمليّات المصرفيّة، الطبعة الأولى، دار النهضة العربيّة،القاهلرة، ٢٠١٠، ص ١٦.

[٢٦]-قانون التحكيم الفرنسي،قانون المرافعات المدنية الجديد- مرسوم ١٩٨٠/٥/١٤الكتاب الرابع.

الوزراء بناءً لاقتراح الوزير المختصّ بالنسبة للدولة أو سلطة الوصاية بالنسبة للأشخاص المعنويّين من القانون العام«

كذلك نصّت المادة ٨٠٩/أ.م.م. بتعريفها للتحكيم الدولي على أنّه «يعتبر دوليّاً التّحكيم الّذي يتعلّق بمصالح التجارة الدوليّة. يحقّ للدولة ولسائر الأشخاص المعنويّين العامّين اللّجوء إلى التحكيم الدولي .«

كذلك نصّ المشرّع المصري في المادة (٣) تحكيم مصري على أنه «يكون التحكيم دوليّاً في حكم هذا القانون إذا كان موضوعه نزاعاً يتعلّق بالتجارة الدوليّة، وذلك في الأحوال الآتية .«...

للتمييز بين التحكيم الوطني والدولي أسباب عدّة، أوّلها رغبة المتحاكمين بعدم تدخّل المحكمة الوطنيّة بإجراءات التحكيم، إذ غالباً ما يسمح القانون الوطني للقضاء بالتدخّل في التحكيم الوطني.

إضافةً إلى أنّ التحكيم الدولي يجمع في طيّاته جنسيّات ونظماً قانونيّة ومبادئ مختلفة يجب على أعضاء المحكمة التحكيميّة أخذها بعين الاعتبار، وأيضاً من أهم الأسباب أنّ طرق تنفيذ أحكام المحكمين تختلف عمّا إذا كانت القرارات داخليّة عندها تلتبس صيغة التنفيذ الداخلي وعمّا إذا كانت دوليّة، حيث يتمّ تنظيمها والاعتراف بها وتنفيذها اتفاقيّات دوليّة أهمّها اتفاقيّة نيويورك لعام ١٩٥٨ للاعتراف وتنفيذ القرارات التحكيميّة الأجنبيّة والدوليّة .

بعدما تطرّقنا إلى الأسباب، لا بدّ من معرفة المعايير التي يتمّ وفقها التمييز بين التحكيم الداخلي والتحكيم الدولي. لا يوجد معايير معترف بها في جميع أنحاء العالم ولكن هناك معياران أساسيّان مستعملان لبيان دوليّة التحكيم.

فالمعيار الأول يعتمد على طبيعة النّزاع، إذا كان النزاع دولياً كان التحكيم دولياً. فالمادة الأولى من قواعد التحكيم المعتمدة في محكمة التحكيم الدوليّة لغرفة التجارة الدوليّة ICC ذهبت إلى اعتماد هذا المعيار. والقانون الفرنسي للتحكيم الدولي الصادر عام ١٩٨٢ اتّخذ هذا المفهوم الواسع للتحكيم الدولي معتمداً على دوليّة النزاع.

يتّخذ النزاع معيارين لكي يكون دولياً، فإمّا أن يُتّخذ المعيار الاقتصادي و هــو وجــود مصالح أو تأثير النزاع في التجارة الدوليّة، وإمّا أن يُتّخذ المعيار القانوني، حيث إنّ أيّ نزاع أو عقد يمكن أن تطبق عليه قوانين عدّة دول، يعتبر العقد أو النزاع الناتج عنه دولياً. المعيار الثاني يتعلّق بجنسيّة أو مكان إقامة أو مكان ممارسة إدارة أو أعمال أطراف النزاع. هذا مــا اعتمده القانون السويسري الذي ذهب إلى اعتبار التحكيم دولياً فيما إذا كان الأطــراف مــن جنسيّات مختلفة أو في أماكن إقامة مختلفة عند توقيع اتفاقيّة التحكيم.

إنّ النموذج القانوني للتحكيم الصادر عــن قواعــد الأونيســترال UNCITRAL اعتمــد المعيارين السابقين .

إنّ اختلاف المعايير كما تبيّن يؤدّي إلى اختلافه من دولة إلى أخرى، فما يعتبر دوليــاً بالنسبة للدولة قد يكون داخلياً لدولةٍ أخرى، أي إن معيار الدوليّة ليس دولياً علمياً .

ففي مصر، نكون أمام تحكيم مصرفي دولي إذا ما توافرت الحالات التي حدّدها المشرّع المصري في المادة الثالثة[٢٧]، حيث حصر الحالات التي يكون فيها التحكيم دولياً وهي الآتية:

١. وقوع المركز الرئيسي لأعمال الطّرفين في دولتين مختلفتين .
٢. إذا اتّفق الأطراف على اللجوء إلى منظمة تحكيم دائمة أو مركز للتحكيم.
٣. إذا كان موضوع النزاع يرتبط بأكثر من دولة واحدة.
٤. إذا كان المركز الرئيسي لأعمال كل من طرفي التحكيم يقع في نفــس الدولــة وقت إبرام اتفاق التحكيم وكان أحد الأماكن التالية واقعاً خارج الدولة .

وبالتالي إذا أثير نزاع حول دوليّة نزاع تحكيمي يكون الجواب في القانون الوطني الذي يحكم كلّ دولة.

ب- <u>التحكيم المؤسّسي والتحكيم الحرّ</u>:

إنّ التحكيم الحرّ هو التحكيم الذي يختار فيه محكم أو مركز مباشرة بواسطة الأطراف في اتّفاق التحكيم دون أن يحيلوا هذا الأمر إلى هيئة أو منظّمة دائمة للتحكيم[٢٨].

[٢٧]- قانون التحكيم المصري رقم ٢٧ لسنة١٩٩٤.

بإختصار إنّ التحكيم الحرّ أو التوافقي يشبه تفصيل بدلة لدى الخيّاط تتناسب تماماً ومقاسات طالبها. فعلى كاتب شرط أو اتّفاقيّة التحكيم تحديد كيفيّة اختيار المحكمين والقانون الواجب التطبيق ومكان التحكيم وإجراءاته.

أمّا تحكيم المؤسّسات فتتم إدارته من قبل إحدى هيئات التحكيم المختصّة وفق قواعد التحكيم المعتمدة لديها.

لا بدّ من ذكر كل من الإيجابيّات والسلبيّات التي يتمتّع بها كلّ نظام. فالتحكيم المؤسّسي هو ذلك التحكيم الذي يعهد به إلى هيئة أو منظمة أو مركز تحكيم دولي من أجل حلّ النزاع القائم، فيكون لديها لائحة بأسماء المحكمين يستطيع المتحكمون اختيار محكميهم منها. كما لديها لوائح معدّة بالإجراءات التي يجري التحكيم لديها على أساسها. ويجري التحكيم في مقرّها، ما لم يتبيّن الحاجة إلى مقرّ آخر. إضافةً إلى الخدمات الإداريّة التي تتطلّبها عمليّة التحكيم، كأعمال السكرتارية والترجمة... وتوفّر المساعدة لمن صدر حكم التحكيم لصالحه في تنفيذه.

لكن ذلك لا ينفي أنّ هناك سلبيّات لهذا النّظام، أهمّها هو عدم معرفة المحتكمين بالحكم معرفة كافية توفّر لهم الثّقة في حيرته، كما أن هذا النوع يعتبر باهظ الكلفة خاصّة أن المؤسّسات تأخذ نسبة من قيمة النزاع كما هو الحال فيICC ،وهذا النزاع يحتاج وقتاً أكثر من التحكيم الحرّ .

أمّا بالنسبة للتحكيم الحرّ أو التوافقي، فإنّه يتمّ عند اتفاق الأطراف على التحكيم دون تحديد هيئة تحكيميّة أو العطف على قواعد أيّ من الهيئات، إضافةً إلى أنّه يتناسب مع رغبات الأطراف، إلاّ أن وضع قواعد وإجراءات من قبل المتنازعين يتطلّب وقتاً وجهداً كبيرين، لذلك غالباً ما يتمّ العطف على قواعد موجودة سابقاً .UNCITRAL RULES

---

[٢٨]- سيّد أحمد محمود: نظام التحكيم دراسة مقارنة بين الشريعة الإسلاميّة والقانون الوضعي الكويتي والمصري، النهضة العربيّة،القاهرة ٢٠٠٥، ص ١٥.

وهذا النوع أقلّ تكلفة من التحكيم المؤسّسي. أمّا سيئّاته فهي عديدة، إذ إنّ نجاحه يتوقّف على رغبة الأطراف، فإذا رفض أحد المتنازعين تعيين محكمة أو امتنع أو عرقل، فلا يوجد أيّ قواعد يمكن الاستعانة بها.

لا بدّ من ذكر بعض مؤسّسات التحكيم المصرفي العربيّة:

١. مركز الوساطة والتحكيم لدى اتّحاد المصارف العربيّة: أقرّ في عام ١٩٨٠، نظام مركز الوساطة والتحكيم لدى الاتحاد، حيث نصّت المادة ١/٩ من النظام على الشروط الواجب توافرها لكي يخضع النزاع لهذا النظام.
٢. مركز القاهرة الإقليمي للتحكيم التجاري (نظام التحكيم السريع في المنازعات المصرفيّة): وما يعنينا هو النّظام الذي أصدره لحسم المنازعات المصرفيّة، حيث جاء في المادة الأولى منه «ينطوي اتفاق التحكيم في المنازعات المصرفيّة طبقاً لقواعد المركز، على موافقة طرفي أو ملفّ النزاع على اللّجوء إلى التحكيم الصريح وفقاً لقواعد المركز، إذا طلب أحد أطراف النزاع ذلك، ولكن محاولات التوفيق تعدّ فشلت، أو إذا ارتأى أحد الأطراف عدم جدواها، ففي هذه الحالة تطبّق قواعد المركز .«...
٣. المصرف المركزي المصري (قواعد التوفيق والتحكيم السريع بين المصارف وعملائها المتعثّرين): تبنّى المصرف المركزي المصري في القرار رقم ٢٠٠٥/٢٠٢ التوفيق والتحكيم السريع كوسيلة فعّالة ومؤثّرة لمعالجة حالات التعثّر بين المصارف والعميل المتعثّر، حيث اشترط اتّفاق الأطراف للجوء إلى حسم النزاع المتعلّق بالديون المتعثّرة إلى نظام التحكيم السريع الذي وضعه المصرف لحسم هذا النّزاع.
٤. نظام المصالحة والتحكيم في لبنان: تمّ إنشاء المركز من قبل غرفة التجارة والصناعة في بيروت بالتعاون والتنسيق مع جميع الهيئات الاقتصاديّة في لبنان في ١٩٩٥/٥/٨، وبناءً على ذلك اتخذت الجمعيّة العموميّة لجمعيّة مصارف لبنان المنعقدة بتاريخ ١٩٩٥/١١/١٤ قرارها بإلغاء مركز الوساطة والتحكيم

التّابع للجمعيّة والانضمام مع سائر الهيئات الاقتصاديّة إلى المركز اللبناني للتحكيم الذي تمّ إنشاؤه في غرفة التجارة والصّناعة في بيروت)[٢٩].

كما قد تكرّس أيضا" مبدأ حرية اللّجوء الى التّحكيم في المواد و العقود المصرفية، في اتفاقية بعض المصارف اللّبنانية مع مصرف لبنان لإنشاء و تنظيم سوق التداول بالقيم المنقولة وسائر الأدوات المالية ، أي (سوق بيروت الثانوية) تاريخ ٢١ حزيران ١٩٩٤ و التي نصت في مادتها السابعة على إخضاع أي خلاف للتحكيم المطلق وفقا لنظام الوساطة و التحكيم المعمول به في غرفة التجارة و الصناعة في بيروت، بفعل قرار الإحالة اليه، الصادر عن جمعية المصارف[٣٠].

وقد أصبحنا نجد في مختلف العقود الائتمانيّة التي وضعتها جمعيّة المصارف، كنماذج يُعتدّ بها، بنداً تحكيمياً نصَّ على حرفيّته:

جميع الخلافات التي تنشأ عن هذا العقد يتمّ حسمها نهائياً وفقاً لنظام المصالحة والتحكيم لدى غرفة التجارة والصناعة في بيروت بواسطة محكم واحد يتمّ تعيينه طبقاً لهذا النّظام.«

ومن الواضح أنّ البند التحكيمي يحيل إلى تحكيم مؤسّسي، ولكن بدون اختيار القانون الواجب التطبيق .

الفقرة الثانية: الطبيعة القانونيّة للتحكيم:

إنّ التحكيم يتميّز أنّ له خاصّتين تتميّز بها طبيعته: أولاً إن له صفة قضائيّة، والثانية إنّ أساسه اتّفاقي.

---

[٢٩]- هشام صبحي البساط: التحكيم في العمليّات المصرفيّة، ندوة التحكيم في العمليّات المصرفيّة المنعقدة في البحرين،٢٠٠٧ ص ١٣٣.

[٣٠]-البروفسور إبراهيم النجار: حول مزايا التحكيم في القضايا المصرفية، العقود التحكيمية في القضايا المصرفية، ندوة جمعية المصارف في لبنان بتاريخ ٣٠ حزيران ١٩٩٨، المجلة اللبنانية للتحكيم العربي و الدولي، العدد التاسع.

أ- الصّفة القضائيّة للتحكيم:

إنّ أهمّ واجبات المحكم أو المحكمة التحكيميّة هي الفصل في النزاع، أي إعطاء قرار نهائي يتناول فيه جميع الدفوع المقدّمة من المتحاكمين للوصول بالنتيجة إلى قرار يبتّ في موضوع النزاع بين المتخاصمين، وهو بذلك يشبه القضاء ويختلف عن الخبرة والوساطة مثلاً لحلّ النزاع، ذلك لأنّ القرارات التي تصدر من الوساطة هي اختياريّة ليس لها صفة الإلزام، أمّا قرارات المحكمين فهي ملزمة للأطراف.

فالتحكيم هو اتفاق ثمّ إجراءات تحلّ محلّ الإجراءات القضائيّة بنصّ القانون، وكذلك إنّ الحكم الذي يصدر عن المحكمة التحكيميّة شأنه شأن الحكم الصادر من السلطة القضائيّة للدولة.

ولأنّ التحكيم يتميّز بهذه الصفة، فإنّ أنصار هذا الرأي يرون أنّ كلّ نشاط واقع في إطار إقليم الدولة يكون بالضرورة من اختصاص قضائها، وبناءً على ذلك فإنّ كل جوانب التحكيم بما في ذلك صحّة اتفاق التحكيم وسلطات المحكمين وتنفيذ حكم التحكيم تنفّذ بواسطة القوانين المحليّة، ويتمّ ذلك بواسطة قانون مقرّ التحكيم وقوانين الدولة التي يتمّ فيها التنفيذ، ومن ثمّ فإنّه لتحديد القانون الداخلي الذي يحكم الإجراءات أو الموضوع، فإن المحكمين يلجأون إلى القانون الداخلي شأنهم شأن القضاة، ولا يعني هذا منعهم من تطبيق القوانين الأجنبيّة، ولكن لا بدّ عليهم من اللجوء إلى قواعد تنازع القوانين، ومن ثمّ فإنّ القرار بشأن القواعد الآمرة ومدى تطبيقها يتمّ حسمه بقواعد تنازع القوانين التي تبدأ بقواعد تنازع القوانين في المقرّ)[٣١].(

ولقد كان لهذا الاتجاه فضل الكشف عن حقيقة الوظيفة التي يؤدّيها المحكم، بحسبانها وظيفة قضائيّة تتجاوز مجرّد تنفيذ شروط عقد التحكيم، وهذا ما سجّلته أحكام محكمة النّقض الفرنسيّة في الكثير من أحكامها، حيث سلمت بأن «أطراف الخصومة بالتجائهم إلى التحكيم إنّما يعبّرون عن إرادتهم في إعطاء الغير (الحكم) سلطة قضاء القضائي من حيث اكتسابه

[31] -Andrew Baffaclaigh and Jeff Waidcymer، op. Cit, p. 209.

الحجيّة منذ صدوره ومن حيث جواز استئنافه منذ صدوره ودون انتظار لإعطائه الصيغة التنفيذية[٣٢].

من خلال ما سبق ذكره، يتبيّن أنه عند اتفاق الأطراف على اللّجوء إلى التحكيم فهم لا ينزلون عن حقّهم في العودة إلى القضاء وإنّما ينزلون عن الالتجاء إلى القانون الرسمي لصالح قضاء آخر يختارون فيه قضاتهم.

ب- <u>الأساس الاتّفاقي للتحكيم</u>:

إنّ الأساس القانوني للتحكيم هو اتفاق الأطراف على ذلك ولا مجال لأيّ نقاش بهذا الصّدد وبهذا يختلف التحكيم عن القضاء بأنّه اختياري بينما القضاء إلزامي.

وحريّة الأطراف في الاتفاق على التحكيم تمتدّ إلى اختيار المحكمين وفي النزاعات الدوليّة إلى اختيار لغة ومكان التحكيم والقانون الواجب التطبيق في إجراءات التحكيم.

فكلّ هذه النتائج التي أساسها اتّفاق التحكيم تختلف عن القضاء العادي، فالتحكيم يرمي إلى تحقيق مصلحة خاصّة بأطرافه، أمّا القضاء فيرمي إلى تحقيق مصلحة عامّة .

إنّ أطراف اتفاق التحكيم هم الذين يتولّون تحديد جميع عناصر النزاع والتشريعات التي تضعها الدول والاتفاقيّات الدوليّة لا تضع أحكاماً آمرة إلاّ في أضيق الحدود ولخدمة وتحقيق إرادة الأطراف في الالتجاء الاختياري للتحكيم.

ولكن هناك من لم يعد يأخذ بالأساس الاتفاقي المحض، فاعتبر أن التحكيم ليس اتفاقاً محضاً ولا قضاءً محضاً، وإنّما هو نظام يمرّ بمراحل متعدّدة، يلبس في كلّ منها لباساً خاصّاً ويتخذ طابعاً مختلفاً، فهو في أول اتفاق وفي وسطه إجراء وفي آخره حكم[٣٣].

---

[٣٢]- نقض ١٩٥٨/١٠/٣٠، مجلة التحكيم، ١٩٥٩، ص ١٩. نقض ١٩٧١/٧/٦، دالوز، ١٩٧١، ٢، ٦١٤. نقض ١٩٧٢/٦/٧، دالوز، ١٩٧٣، ص ٧٣. نقض ١٩٨١/٢/٣ جاز. بال،١٩٨١، ١، ٧٣.

[٣٣]- وجدي راغب: هل التحكيم نوع من القضاء؟ مجلّة الحقوق الكويتية،العدد ٢، ١ مارس-يونيو ١٩٩٣، ص ١٣٥.

لذا فالتحكيم في أساسه وجوهره هو تصرّف إداري، على أنه في انطلاقه نحو تحقيق هدفه يفضي إلى تحريك نظام تتفاعل فيه عناصر ذات طبيعة مغايرة تدخل في عداد العمل القضائي)[٣٤].(

المطلب الثاني: مزايا التحكيم المصرفي

في هذا المطلب سوف نتناول الجانب المشرق للتحكيم المصرفي وكلّ ما يمتاز به من مزايا، تجعل اللجوء إليه في القضايا المصرفيّة والماليّة أمرا" مهمّا" جداً، خاصّة أنّ اللجوء إلى التحكيم يعود بالنّفع إلى طرفي النّزاع. يمكن اختصار هذه المزايا بالآتي:

الفقرة الأولى: السّرعة :

إنّ سرعة الفصل في النزاع تعتبر عاملاً مهمّاً في المنازعات المصرفيّة، حيث أنّها تقوم في الأساس على جوانب ماليّة، لذا فإنّ ما يمتاز به التحكيم سرعة السير في إجراءات الخصومة والفصل فيها، وهذا الأمر يتوافق مع طبيعة البيئة المصرفيّة، فارتباط هذه المنازعات بالتقدير ومتغيّرات قيمتها ودورانها أمر يتطلّب سرعة الفصل في المنازعات ومسحها بأحكام تجد أقصر الطّرق لتنفيذها والاعتراف بحجّيتها)[٣٥].(

لذلك فمن أهم ميّزات التحكيم بالمقارنة مع القضاء تتعلّق بسرعة الوصول إلى قرار تحكيمي نهائي، فكثيراً ما يصدر قرار المحكمين بأقلّ من سنة أو حتى في ستة أشهر من استلامهم مهمّة التحكيم، وحيث أنّ أغلب الدول بموجب قانونها الداخلي أو بموجب تصديقها على اتفاقيّة نيويورك لعام ١٩٥٨ لتنفيذ أحكام المحكمين، تعطي هذه القرارات صفة الإبرام وتكسبها صيغة التنفيذ المباشر.

---

[٣٤]- مصطفى محمد الجمال وعكاشة محمد عبد العال: التحكيم في العلاقات الخاصة الدولية والداخلية، الطبعة الأولى، الفتح للطباعة والنشر، الإسكندريّة، ١٩٩٨م، ص ٤٥.

[٣٥]- عصام القصيبي: خصوصيّة التحكيم في مجال العمليّات المصرفيّة الدوليّة، ورقة مقدّمة لدورة إعداد المحكم التي نظّمها مركز عين شمس للتحكيم، ص ٢.

وهذه المدّة عند مقارنتها بمحاكم الدولة الذي يستمرّ النزاع فيها لسنواتٍ عديدة فهي تعدّ ميزة مهمّة تساعد على الاستقرار في إطار البيئة المصرفيّة التي تتطلّب حسماً مباشراً وسريعاً في المنازعات الدائرة لديها .

الفقرة الثانية: السريّة :

تقوم العمليّات المصرفيّة دائماً على مقتضى السريّة التامّة، حفاظاً على أسرار العمـــلاء أوّلاً، وأسرار المصارف ثانياً، فإذاعة سرّ معيّن قد يتسبّب بحدوث بلبلة في الأسواق وانهيـــار الشركات واضطراب الاقتصاد بوجه عام)[٣٦].

إنّ العمليّات المصرفيّة تستدعي السريّة، فاللّجوء إلى التحكيم أمر ضروري نظراً لمـــا تمتاز به إجراءات التحكيم من سريّة على أطراف النزاع وممثّليهم، وإنّ هذه السريّة تعتبر من الأعراف التحكيميّة التي يجب مراعاتها سواء في التحكيم الدولي أو الداخلي.

لذا فاللجوء إلى التحكيم في القضايا المصرفيّة يقع في النّفع على أطراف النزاع، بحيث يستجيب لرغباتهم بعدم إفشاء أسرار النزاع، الأمر غير المتوفّر في قضاء الدولة .

كرّس هذا المبدأ الإجتهاد الفرنسي، إذ اعتبرت محكمة استئناف باريس أن تقديم مراجعة ابطال غير مقبولة و لا تستند لأي أساس أدى الى كشف كل ملف الدعوى في حين كان يجب أن يبقى سريا" و حكمت المحكمة على الطرف طالب الطعن بتعويض للمطلوب ضده.

---

[٣٦]- محمد مهنّا: حتميّة التحكيم لحسم منازعات المصارف، ورقة مقدّمة لندوة هل يكون التحكيم بديلاً للتقاضي في المنازعات المصرفيّة التي عقدها اتحاد مصارف مصر، يوم الأحد ٢٩ يونيو ١٩٩٦م، مطبعة النيل هيلتون، ص ٣.

الفقرة الثالثة: المرونة :

إنّ ما يميّز التحكيم هو سقف الحريّة الكبير الذي يمنحه لأطراف النزاع في اختيار المحكمين، ممّا يولد لديهم شعوراً بالاطمئنان نحو ما يصدرونه من أحكام. فهم عند اختيارهمللمحكمين يضعون نصب أعينهم صفات فنّية وخبرة في الأمور المصرفيّة والمالية تتوفّر في شخص المحكم[٣٧].

فالعمليّات المصرفيّة تحكمها علاقات تستند إلى أعراف وقواعد مهنيّة مشتركة ومستقرّة، الأمر الذي يجعل المحكم الخبير أقدر على استيعابها من القاضي، نظراً للخبرة التي تتوفّر فيه كخبير قبل أن يكون محكماً، وحرية أطراف العلاقة لا تتوقف عند اختيار المحكم وحسب، إنّما تمتدّ لتشمل اختيار القانون الواجب التطبيق على الإجراءات المتّبعة وموضوع النزاع، فإنّ هذا الاختيار قد يفيد أطراف العلاقة أي المصرف والعميل، إذا كانوا يعرفون الميزة الأساسيّة التي يسعون وراءها، فقد يكون باختيارهم قانون ما يحقّق لأطراف العلاقة مزايا لا تتوافر في قانون آخر، وبالتالي فهم يحرصون على تحقيق مصالحهم بشتّى الطرق الممكنة .

الفقرة الرابعة: خبرة وحياديّة المحكمين :

إنّ طبيعة النزاع بين المصرف والعميل لا تكون بالضرورة ذات طابع قضائي، بل غالباً ما يكون النزاع متعلّقاً بتنفيذ عمليّة مصرفيّة أو تطبيق لأعراف مصرفيّة، ومثل هذه المنازعات يصعب حلّها عن طريق المحاكم، بينما يستطيع المتخصّصون حسمها في يسر وسهولة[٣٨]. لذلك فإنّ اختيار المحكمين لا يتمّ بموجب معيار الحياديّة فقط بل إنّ لمعيار الخبرة حيّزا" كبيرا" في اختياره.

---

[37] -Enid، A. Marshal: Grill: The law of Arbitration،London: Sweet & Maxwell، 1983، p. 3.

[٣٨]- محمد مهنّا، المرجع السابق،ص ٥.

فالمحكم يكون في كثير من الأحيان شخص ماهر في موضوع النّزاع، وفي حالتنا هذه قد يكون مصرفيّاً أو خبيراً أو متابعاً للنشاط المصرفي، الأمر الذي يؤدّي إلى توفير الوقت والمصاريف.

الفقرة الخامسة: الوصول في الأغلب إلى حلّ مميّز ومرضي :

من مزايا التحكيم الرئيسيّة أنّه يتمّ بناءً عليه الوصول إلى حلّ مميّز ومرضي لأطرافه بخلاف الحلّ الذي يصدر عن القاضي، فالحلّ الذي يصدر عن المحكمين يحقّق الرضا لأطراف العلاقة دون أن يعكّر صفو العلاقات بينهم، فالمحكم يلعب دوراً هو مزيج من الدّور التوفيقي وإحقاق الحقّ"[٣٩].

والتحكيم يعد طريقة للإبقاء على العلاقات الثنائيّة بين أطراف العمليّة التحكيميّة، حيث أنّه يخلق جواً من التسامح بينهم نتيجة اتفاقهم المسبق للوصول إلى حلّ مرضي، وأيضاً يؤدّي إلى قصر أمد النزاع بعكس القضاء الذي تطول فيه فترات النّظر في النزاع، الأمر الذي يؤدّي إلى زيادة في الحقد والضغينة بين الأطراف المتنازعة .

ومن خلال ما تقدّم، بات من المؤكّد أنّ اللجوء إلى الطريق القضائي لحلّ المنازعات المصرفيّة صار شاقّاً ومجهداً ولا يتّفق مع مقتضيات العصر وحاجة المعاملات الدوليّة .

الفقرة السادسة: استقلالية المحاكمة التحكيمية

مبدأ أخر من المبادىء القانونية التي أصبحت ترعى اجراءات المحاكمة التحكيمية، وهي الإستقلالية التّامة للمحاكمة التحكيمية عن القضاء و عن مركز التحكيم الدولي، إذا كانت الدعوى التحكيمية محالة الى مركز تحكيمي، هذه الإستقلالية أحسن ما يصورها بضوء ساطع حكم قضائي صادر عن القضاء الفرنسي:

---

[٣٩]- ناريمان عبد القادر: اتفاق التحكيم والصيغة النموذجيّة له وأنواع عقود المصارف التي يمكن أن يدرج فيها، ورقة مقدّمة لندوة التحكيم كبديل للتقاضي،منشور في المجلة اللبنانية للتحكيم العربي،١٩٩٨ ص ٦.

صدر عن رئيس محكمة البداية في باريس بصفته قاضي الأمور العجلة في دعوى جمهورية غينيا، فقد أمر رئيس محكمة البداية بتعليق اجراءات التحكيم لأنه اعتبر أن هناك خطرا جديا" أن لا يحصل كل من الطرفين على الضمانات الأساسية الرامية لتأمين دعوى عادلة بمفهوم القانون الفرنسي الداخلي، و بموجب الإلتزامات الدولية التي أبرمتها فرنسا .

محكمة استئناف باريس أبطلت هذا الحكم و قضت:(أن ممارسة الإمتيازات القانونية المعطاة للقاضي للرقابة على المحكمة يجب أن تتم بطريقة مستقلة تماما"، بحيث لا يكون هناك تضارب مع مركز التحكيم الذي شكل المحمكة التحكيمية و الذي بعد ذلك يكون قد فقد كل سلطة له على هذه المحكمة ، دون أن يكون لقاضي الحق بأي تدخل)[٤٠].

[٤٠]- عبد الحميد الأحدب: المبادىء التي ترعى سير المحاكمة التحكيمية و قواعد الإثبات، المجلة اللبنانية للتحكيم العربي و الدولي، عدد خاص، صادرة عن المركز اللبناني للتحكيمو الجمعية اللبنانية للتحكيم.

الفصل الثّاني: اجراءات التحكيم في العمليات المصرفية

يعدّ اتفاق التحكيم المصرفي الطريق الأول لولوج العمليّة التحكيميّة، وهو عبارة عن اتفاق بين أطراف العمليّة التحكيميّة على اختيار التحكيم كوسيلة لفضّ المنازعات الدائرة بينهم حول نشاطهم المصرفي.إضافة الى الإتفاق على معايير التحكيم المصرفي و شروطه هنالك اجراءات التحكيم المصرفي، فالإتفاق عليه يعد المرحلة الأولى و لكي تدب الحياة فيه تأتي مرحلة الإجراءات لتحدد مسار هذا الإتفاق و خطواته.

إننا سنتناول هذا الفصل من خلال تقسيمه الى مبحثين، نتناول في الأول معايير إتفاق التّحكيم المصرفي و شروطه، و في الثاني تشكيل هيئة التحكيم المصرفي.

المبحث الأول: معايير اتفاق التحكيم المصرفي و شروطه

في هذا المبحث سوف نقوم ببيان مفهوم اتفاق التحكيم المصرفي (المطلب الأول)، على أن نتعرّض إلى آليّات انعقاد التحكيم المصرفي في (المطلب الثاني)، إضافةً إلى البحث في شروط اتفاق التحكيم في (المطلب الثالث).

المطلب الأول: اتفاق التحكيم المصرفي

إنّ الأطراف عندما يقرّرون الاتفاق على التحكيم، فهذا الاتفاق يعدّ تنازلاً منهم عن الالتجاء إلى القضاء الوطني لحلّ النزاعات التي تنشأ بينهم، فيكونوا قد اختاروا التحكيم كأسلوب لتسوية ما ثار أو قد يثور بينهم من منازعات .

من أجل بيان مفهوم اتفاق التحكيم المصرفي سنتناول من خلال هذا المطلب مفهوم اتفاق التحكيم (فقرة أولى)، وما يتمتّع به هذا الاتفاق من استقلاليّة عن العقد الأصلي (فقرة ثانية).

الفقرة الأولى: مفهوم اتفاق التحكيم المصرفي:

إتّفاق التحكيم يقوم في أصله على اتفاق أطرافه على الالتجاء إليه دون الرجوع إلى الهيئات القضائيّة لتسوية ما ثار أو قد يثور بينهم من منازعات.

إنّ كل نزاع يعرض على هيئة تحكيم مصرفي يكون قد استمدّ أساسه من اتفاق الأطراف باللّجوء إليه، حيث أنّ التحكيم يولد عن عقد ينزع اختصاص محاكم الدولة في النظر في النزاع القائم.

وبناءً على ذلك فاتفاق التحكيم هو حجر الزاوية للتحكيم ذاته، لأنّه يظهر إرادة الأطراف في اللجوء إلى التحكيم، وهو الذي يضفي عليه صفته الخاصّة ومداه، وهو الأساس الذي ترتكز عليه هيئة التحكيم في عملها، وبالتالي فهو الذي يضفي عليها الشرعيّة[٤١].

فاتفاق التحكيم اتفاق يلتزم بمقتضاه جميع الأطراف بالامتناع عن اللجوء إلى قضاء الدولة وطرح منازعتهم على محكم أو أكثر للفصل فيه بحكم ملزم[٤٢].

وقد نصّت عليه المادة ١/٢ من اتفاقيّة نيويورك لعام ١٩٥٨ بشأن الاعتراف بأحكام التحكيم الأجنبيّة وتنفيذها حيث أشارت إلى أنّ «الاتفاق المكتوب الذي يلتزم بمقتضاه الأطراف أن يخضعوا للتحكيم بعض المنازعات الناشئة أو التي قد تنشأ بينهم بشأن موضوع من روابط القانون التعاقدية أو غير التعاقديّة المتعلّقة بمسألة يجوز تسويتها عن طريق التحكيم.«

وقد عرّفته المادة ١/٧ من القانون النموذجي للتحكيم التجاري الدولي ١٩٨٥ حيث أشارت إلى أنّ "اتفاق التحكيم هو اتفاق بين الطرفين على أن يحيلا إلى التحكيم جميع أو بعض المنازعات التي نشأت أو قد تنشأ بينهما بشأن علاقة قانونيّة محدّدة، سواء أكانت تعاقديّة أم غير تعاقديّة ويجوز أن يكون اتفاق التحكيم في شكل بند تحكيم وارد في عقد أو في اتفاق منفصل».

---

[٤١]- ناريمان عبد القادر: اتفاق التحكيم وفقاً لقانون التحكيم في المواد المدنية والتجارية رقم ٢٤ لسنة ١٩٩٤، الطبعة الأولى، دار النهضة العربيّة، القاهرة، ١٩٩٦م، ص ٤٤.

[٤٢]- إبراهيم عبد التواب: اتفاق التحكيم والدفوع المتعلقة به، النهضة العربيّة، القاهرة، ٢٠٠٨م، ص ٣٣.

وفي القانون اللبناني، كان من الطبيعي أن يرافق المشرع هذا التطوير في مجال العقود المصرفيّة وذلك من خلال كيفيّة بتّ وحسم المنازعات الناشئة أو التي قد تنشأ. فلا بـــدّ مـــن دراسة العقود والبنود التحكيميّة في العقود والقضايا المصرفيّة، وفي هذا المجال لا بـــدّ مـــن التطرّق إلى قانون أصول محاكمات مدنيّة، حيث خصّص للتحكيم الداخلي والدولي ليس أقـــلّ من باب كامل بقسمين...

ففي هذا القانون أجازت النّصوص العامة التي تدعي أصـــول المحاكمـــات والقضـــايا المصرفيّة في لبنان اختيار التحكيم كوسيلة اختياريّة لبتّ المنازعات.

ففي القانون الداخلي، تنصّ المادة ٧٦٢ من قانون أصول المحاكمات المدنيّة الجديد على ان بند التحكيم جائز في العقد المدني أو التجاري، في جميع المنازعات القابلة للصلح التي تنشأ عن تنفيذ العقد أو تفسيره.

أما في مجال القانون الدولي، أي في التحكيم الذي يتعلّق بمصالح التجارة الدوليّة وفـــق ما ورد في المادة ٨٠٩/أصول مدنيّة، وأيضاً قد نصّت المادة ٨١٠ أصول مدنيّة على أن بند التحكيم جائز، وبصورة خاصّة. لقد أخبر ذلك صراحة للدولة ولسائر الأشخاص المعنـــويّين، وبالتالي يكون عقد التحكيم جائزاً .

أمّا المواد والعقود التي يجوز فيها الصّلح، بصورة عامّة، فهي كـــلّ المواضـــيع التـــي تخرج عن التعداد الوارد في قانون الموجبات والعقود، والذي ينظّم شروط الصلح في المـــواد ١٠٣٥ وما يليها، وبصورة خاصّة المادتان ١٠٣٧ و١٠٣٩ منه.

لكن الأمور التي تؤلّف «مصلحة ماليّة ناشئة عن أمر يتعلّق بالأحوال الشخصيّة أو عدا حد الجرائم» فهي خاضعة لإمكانيّة التحكيم.

لذلك، وانطلاقاً ممّا تقدم، يكون بوسعنا التأكيد أن التحكيم جائز في القضايا المصرفيّة، لكونها خاضعة على وجه العموم، وبالرغم من بعض عقود الإذعان لسلطان الإرادة .

ويمكن الاتفاق على أن يكون الحلّ وفق أحكام قانون أجنبي أو عرف أجنبي وفق مـــا نصّت عليه المادة ٧٦٧/مدنيّة .

وأيضاً، قد تناول المشرّع المصري في غالبيّة التشريعات تعريف التحكيم، حيث أشار إليه في المادة ١٠ من قانون التحكيم المصري التي نصّت على أن:

١. »اتفاق التحكيم هو اتفاق الطرفين الالتجاء إلى التحكيم لتسوية كلّ أو بعض المنازعات التي نشأت أو يمكن أن تنشأ بينهما بمناسبة علاقة قانونية معيّنة عقديّة أو غير عقديّة.
٢. يجوز أن يكون اتفاق التحكيم سابقاً على قيام النزاع سواء كان مستقلاً بذاته أو ورد في عقد معيّن بشأن كلّ أو بعض المنازعات التي قد تنشأ بين الطرفين، وفي هذه الحالة يجب أن يحدّد موضوع النزاع في البيان الدعوى المشار إليها في الفقرة الأولى من المادة ٣٠ من هذا القانون، كما يجوز أن يتمّ اتفاق التحكيم بعد قيام النزاع، ولو كانت قد أقيمت في شأنه دعوى أمام جهة قضائيّة، وفي هذه الحالة يجب أن يحدّد الاتفاق على المسائل التي يشملها التحكيم وإلاّ كان الاتفاق باطلاً.
٣. ويعتبر اتفاقاً على التحكيم، كلّ إحالة ترد في العقد إلى وثيقة تتضمّن شرط تحكيم إذا كانت الإحالة واضحة في اعتبار هذا الشرط جزءاً من العقد.«

ومن خلال نصّ المشرع المصري نرى أنّ اتفاق التحكيم المصرفي يمكن أن يكون قبل حدوث النزاع وهو ما يُسمّى بشرط التحكيم، أو أن يأتي في مرحلة لاحقة بعد حدوث النزاع وهو ما يعرف بمشارطة التحكيم، ويمكن أن يكون في صورة إحالة إلى عقد أو مستند يتضمّن شرط التحكيم وهو ما يُعرف بالتحكيم بالإحالة.

الفقرة الثانية: استقلال شرط التحكيم المصرفي:

تعتبر مسألة كون شرط التحكيم مستقلّ أو غير مستقلّ عن العقد الذي يتضمّنه مسألة حيويّة بالنسبة للتحكيم، باعتبار أنّ كثيراً من المنازعات تُحال إلى التحكيم عند انتهاء العقد، فالقول بأنّ شرط التحكيم لا يبقى بعد انتهاء العقد سيفسد الغرض الأساسي للاتفاق، وذات

الأمر ينطبق بالنسبة لعدم صحّة أو مشروعيّة العقد الأصلي، فلو قلنا بعدم استقلاليّة شرط التحكيم فإنّ عدم الصحة أو عدم المشروعيّة سيدمّر شرط التحكيم.

وقد جاء في حكم للمحكمة الاتحاديّة العليا بتاريخ ١٩٩٥/١/٢٢ في أبو ظبي «بأنّه يترتّب على بطلان العقد الأصلي، بطلان شرط التحكيم تبعاً لذلك، ويكون القضاء صاحب الولاية العامة في الفصل في هذا النزاع»[٤٣].

إلاّ أنّ هذا الاتجاه ما لبث أن تراجع حيث ذهب الفقه والقضاء للقول باستقلال شرط التحكيم، حيث أنّ لهذا المبدأ دورا" في حماية اتفاق التحكيم الصحيح وجعله في منأى عن أي عيب قد يلحق بالعقد الأصلي. فهذا المبدأ يقوم في أساسه على عدم ارتباط مصير اتفاق التحكيم بمصير العقد الأصلي الذي يتضمّنه. وبالتالي عدم تأثّره وجوداً وعدماً بمصير العقد الأصلي، فاتفاق التحكيم له ذاتيّة متميّزة ومستقلّة عن العقد الأصلي[٤٤].

والمفهوم القانوني لاستقلال شرط التحكيم يعني أن شرط التحكيم هو عقد مستقل ملازم أو ملحق بالعقد الرئيسي الذي تضمنه، وهذا المفهوم يُبنى على اعتبارات عمليّة وليس على اعتبارات منطقيّة، فمن النّاحية المنطقيّة إنّ عدم صحّة أو مشروعيّة العقد الرئيسي يجب أن تمتدّ إلى شرط التحكيم. ومع ذلك فإنّ أنصار استقلال شرط التحكيم يرون طالما أن الأطراف اختاروا التحكيم كوسيلة لحلّ منازعاتهم فإنّ هذه النيّة يجب احترامها.

وإنّ استقلال شرط التحكيم عن العقد الأصلي يحقّق مزايا متعدّدة وخصوصاً في الاستفادة من عاملي الوقت والإجراءات، فبدلاً من توقّف المحكم عن النظر في النزاع حتى يفصل القضاء في صحّة العقد، فإن المحكم وفقاً لهذه الاستقلاليّة يتولّى بنفسه الفصل في هذه المسألة[٤٥].

---

[٤٣]- المحكمة الاتحاديّة العليا أبو ظبي، طعن ٢٠٩، السنة القضائيّة ١٩٩٥، تاريخ ١٩٩٥/١/٢٢ سنة المكتب الفني ١٥، ص ٦٣.

[٤٤]- أنظر تفصيليّاً في هذا الجانب: أحمد عبد الكريم سلامة، قانون التحكيم التجاري الدولي والداخلي تنظير وتطبيق مقارن، الطبعة الأولى، النهضة العربيّة،القاهرة، ٢٠٠٤، ص ٤٦٦. حفيظة السيد حداد: الاتجاهات المعاصرة بشأن اتفاق التحكيم، دار الفكر العربي، الاسكندريّة، دون سنة نشر أو طبعة، ص ٢٠ وما بعدها. ناريمان عبد القادر، مرجع سابق، ص ٣١٠.

[٤٥]- ناريمان عبد القادر: مرجع سابق، ص ٣١١.

ومن أجل القول بأنّ هناك استقلاليّة بشرط التحكيم عن العقد الأصلي، لذا لا بـــدّ مـــن اتفاق التحكيم أن يستوفي أركانه وشروط صحّته، وإذا تخلّف أحد الأركان فلا مجـــال للقـــول بوجود اتفاق التحكيم الذي سوف نتناوله في المطلب المقبل .

كما أنّه لا يمكن القول باستقلال شرط التحكيم، إذا اتفق الأطراف على ربـــط مصـــير اتفاق التحكيم بالعقد الأصلي، فكما يكون مصير العقد الأصلي يكون كذلك اتفاق التحكيم، وذلك لأنّ إرادة الفرقاء هي التي اتجهت إلى ربط مصير الاتفاق بمصير العقد، لذلك يجب احترامها.

إلاّ أنّ الاستقلال المعترف به لاتفاق التحكيم هو استقلال متبادل، بمعنى أنّ بطلان العقد الأصلي أو فسخه أو إنهائه لا يؤثّر في وجوب اتفاق التحكيم، طالما قد أُبرم إبراماً صـــحيحاً ومستوفياً شروط صحّته ووجوده، كما أن بطلان هذا الاتفاق أيّاً كان سببه لا يؤثّر على العقد الأصلي، الذي يظلّ سليماً طالما استوفى أركانه وشروطه[٤٦] .

المشرع المصري أكّد على ذلك من خلال نصّ م-٢٣- تحكيم حيث نصّت علـــى أنّـــه «يعتبر شرط التحكيم اتفاقاً مستقلاً عن شروط العقد الأخرى ولا يترتّب على بطلان العقـــد أو فسخه أو إنهائه أي أثر على شرط التحكيم الذي يتضمّنه إذا كان هذا الشرط صحيحاً في ذاته.

وقد نصّت عليه الكثير من التشريعات[٤٧]، نجد أنّ المشرّع الفرنسي قد تبنّى هذا المبدأ حاسماً للجدل والخلاف الذي كان دائراً في أروقة القضاء والفقه الفرنسي، حيث أنّه كان فـــي بادئ الأمر لا يرى لهذا المبدأ بحيث ما يترتّب على العقد يترتب على اتفاق التحكيم، ولكـــن تراجع عن هذا الرأي متبيّناً مبدأ استقلاليّة شرط التحكيم من خلال ما نصّ عليه في م. ١٤٦٦ من قانون المرافعات الفرنسي والتي نصّت على أنه إذا نازع أحد الأطراف أمام المحكم فـــي أساس أو نطاق سلطته القضائيّة، فإنّ المحكم هو وحده الذي يفصل في صحّة ونطـــاق هـــذه السلطة.

---

[٤٦]- أحمد عبد الكريم سلامة، مرجع سابق، ص ٤٩٣.

[٤٧]- نصّ المشرع اليمنيفي قانون التحكيم الصادر سنة ١٩٩٢ بشأن التحكيم على استقلال شرط التحكيم من خلال نصّ م. ١٦ على «... يعامل شرط التحكيم باعتباره اتفاقاً مستقلاً عن شروط العقد الأخرى وإذا حكم ببطلان العقد ذاته أو بفسخه فإنّه لا يترتب على ذلك بطلان شرط التحكيم». ونصّ المشرع العماني في القانون رقم ٩٧/٤٧ الصادر في ٢٢ من صفر سنة ١٤١٨ه في م. ٢٣ على «يعتبر شرط التحكيم اتفاقاً مستقلاً عن شروط العقد الأخرى ولا يترتب على بطلان العقد أو فسخه أو إنهائه أي أثر على شرط التحكيم الذي يتضمّنه إذا كان هذا الشرط صحيحاً في ذاته».

هذا ما نصّ عليه قانون التحكيم الإنجليزي لعام ١٩٩٦ في م-٧- منه التي جاء فيها «ما لم يتفق الأطراف على غير ذلك، فإنّ الاتفاق الذي يشكّل أو كان مقصوداً أن يشكّل جزءاً من اتفاق آخر مكتوب أو غير مكتوب، لا ينبغي اعتباره غير صحيح أو غير موجود أو غير فاعل بسبب أنّ ذلك الاتفاق الأخير غير صحيح أو غير موجود أو أضحى غير فعّال، وينبغي أن يعامل من أجل ذلك الفرض كاتفاق مستقل.«

ذهب القضاء اللبناني إلى تبرير الاستقلال الذي يتمتّع به شرط التحكيم بأنّ هذا الاستقلال هو ما يمكن الفرقاء من تسوية الخلاف المتعلّق ببطلان العقد حيث ذهب إلى القول «باستقلال البند التحكيمي عن العقد الذي يتضمّنه، بحيث يبقى البند التحكيمي نافذاً بالرغم من بطلان العقد، ومبرّر ذلك يكمن في أنّ طرح مسألة بطلان العقد من قبل الفرقاء لا يمكن أن يجد حلاً إلاّ من خلال إعمال البند التحكيمي الذي يولي المحكم الاختصاص للبحث في المسألة المذكورة، بحيث أن البند التحكيمي يبقى متمتعاً بكيان قانوني مستقل عن العقد)«...[٤٨].

والفقه قد انتقد التبرير المتعلّق باختصاص البند التحكيمي في الفصل في مسألة البطلان، حيث أشار إلى أنّ القول بأن مسألة البطلان التي تمسّ العقد الأصلي لا يمكن حلّها إلاّ عن طريق التحكيم مسألة فيها نظر، لأنّه من الممكن إيجاد حلّ لمسألة البطلان خارج البند التحكيمي، خاصّة في الحالة التي يلجأ فيها أحد الأطرف إلى الحكمة العاديّة لإعلان بطلان العقد الأساسي دون أن يتذرّع الطرف الآخر بالبند التحكيمي، ففي هذه الحالة فإن المحكمة لا يمكن أن تتعذّر بعدم اختصاصها ومن ثمّ فهي تفصل في مسألة البطلان)[٤٩].

وقد ثار جدل فقهي حول إمكانيّة التمسّك باستقلال اتفاق التحكيم في حالة انعدام العقد الأصلي.

ذهب اتجاه في الفقه إلى القول بأنه إذا كان اتفاق التحكيم لا يتأثّر ببطلان العقد الأصلي، فإنّ مصيره يكون مرتبطاً بمصير العقد الأصلي في الفرض الذي يكون فيه هذا الأخير منعدماً.

---

[٤٨]- محكمة استئناف بيروت، الغرفة الثالثة، قرار رقم ٢٠٠٨/١٩٢، صدر في ٢٠٠٨/٢/٥ منشور بمجلة التحكيم، صادرة من لبنان، العدد الأول، يناير ٢٠٠١، ص ٩٧.

[٤٩]- تعليق البروفسور فايز الحاج شاهين على الحكم السابق، مجلة التحكيم، المرجع السابق، ص ١٠٨.

وذهب اتجاه آخر من الفقه إلى القول أنّ هذه التفرقة بين بطلان العقد وانعدامه تفرقة لا داعي لها، فاستبعاد مبدأ استقلاليّة اتفاق التحكيم بناءً على ادعاء أحد الأطراف عدم وجود العقد الأصلي، حيث أنّه كما هو معروف أن التفرقة بين البطلان والانعدام فيما يتعلّق باستقلال التحكيم، قبول المخاطرة والسماح لأحد الأطراف بالالتجاء إلى الحيل التسويقيّة التي يسعى مبدأ استقلال اتفاق التحكيم عن العقد الأصلي إلى تفاديها)[٥٠].(

المشرع المصري كان قد حسم الجدال وذلك من خلال ما نصّت عليه م. ٢٣ تحكيم مصري حيث أشارت صراحة إلى عدم تأثير اتفاق التحكيم بما قد يصيب العقد الأصلي من بطلان أو فسخ أو انقضاء، دون أن يذكر حالة الانعدام)[٥١].(

ذهبت محكمة النقض الفرنسية الى استقلال اتفاق التحكيم عن العقد الأصلي في قضية (Garapelliضدّ (Gosset و تتلخص وقائعها في نزاع حدث بين مستورد فرنسي و مصدر إيطالي، حول تنفيذ حكم تحكيم صدر في إيطاليا بناء على شرط تحكيم ورد في العقد، حيث قضى الحكم بتعويض للمصدر الإيطالي نتيجة خطأ المستورد الفرنسي في تنفيذ التزاماته التعاقدية، و قد تمسك المستورد الفرنسي بعدم جواز تنفيذ حكم التحكيم، و ذلك استنادا الى أن شرط التحكيم قام على أساس عقد باطل بطلانا" مطلقا لمخالفته النظام العام الفرنسي، نظرا لعدم مراعاته للقواعد الآمرة الخاصة بالإستيراد، و تأسيسا على بطلان العقد الأصلي، فإن الأمر يستلزم بطلان اتفاق التحكيم، و إهدار حكم التحكيم الذي صدر بناء عليه. على أن محكمة النقض الفرنسية رفضت هذا الدفع إعمالا لمبدأ استقلال اتفاق التحكيم عن العقد الأصلي[٥٢]،حيث أشارت محكمة النقض الفرنسية في هذا الصدد الى أن اتفاق التحكيم و إن أدرج في العقد، فإنه يرد على موضوع غير موضوع العقد، فإذا كان العقد بيعا مثلا أدرج فيه شرط التحكيم فإن العقد يتناول مسائل البيع من تعيين الثمن و غير ذلك من الأمور المتعلقة بالمبيع، بينما يرد اتفاق التحكيم على إجراء يتبع عند قيام نزاع بشأن البيع، فالعقد و الإجراء

---

[٥٠]- حفيظة السيد حداد: مرجع سابق، ص ٤٥.

[٥١]- سراج أبو زيد: التحكيم في عقود البترول، رسالة دكتوراه، جامعة عين شمس، كلية الحقوق، ١٩٩٨، ص ٢٢٥.

[52] -Cass.civ.7mai.1963، J.D.I، 1964.p83،not:j-denis Bredin. اشارة اليه د. سامية راشد، مرجع سابق، ص ٩٣-٩٤.

و إن كانا يسكنان وثيقة واحدة، فإنهما منفصلان و لا يتأثر أحدهما بالآخر و لا يؤثر فيه[٥٣].و يبرر هذا الاستقلال من الناحية القانونية أن لكل من الشرط و العقد الأصلي محـــلا مختلفـــا"، فمحل الشرط هو الفصل في منازعة يمكن أن تنشأ بشأن العقد، أما محل العقد فهو أمر يختلف حسب نوع العقد الذي قد يكون عقد خطاب ضمان أو كفالة. و هذا ما أكدته محكمة الـــنقض الفرنسية في حكم آخر لها في قضية (DALICO) الصادر في ٢ ديسمبر ١٩٩٣ بأنـــه" وفقـــا لقاعدة من القواعد المادية للقانون الدولي للتحكيم، فأن شرط التحكيم يعد مستقلا من الناحيـــة القانونية عن العقد الأصلي الذي يتضمنه سواء بشكل مباشر أو عن طريق الإشارة[٥٤]. و جاء في حكم آخر " إن للشرط التحكيمي استقلالية قانونية عن العقد الأساسي الوارد فيه، بالتالي لا يتأثر باحتمالات بطلان العقد الأساسي و لا بعدم قابليته للطعن[٥٥]

لذلك، فإنّ اتفاق التحكيم هو عقد حقيقي له تفرّده الذاتي عن العقد الأصلي الوارد فيـــه، فله موضوعه وله سبب وليس ظلاً للعقد الأصلي، وبالتالي فإنّ موضوع وسبب شرط التحكيم لا يختلط بموضوع وسبب العقد الأصلي الوارد فيه.

المطلب الثاني: آليّات انعقاد التحكيم المصرفي:

إنّ أطراف العلاقة في التحكيم هم من يحدّدوا متى وكيف يتمّ اللّجوء إلى التحكيم، كونه يقوم في أساسه على اتفاق أطراف العلاقة القانونيّة محلّ النزاع. ولذلك فإنّ آليّة انعقاد اتفـــاق التحكيم المصرفي لا تخرج عن إطار أحد الحالات التالية، فإمّا أن يتمّ قبل حدوث النزاع وهو ما يعرف بشرط التحكيم، أو أن نأتي بعد حدوث النزاع وهو ما يعرف بمشارطة التحكيم، وإمّا أن تتم الإحالة إلى وثيقة تتضمّن شرط التحكيم وهو ما يعرف بالتحكيم بالإحالة، ومن خلال ما سبق فإنّنا سوف نقسم هذا المطلب إلى ثلاث فقرات، نتناول شرط التحكيم في (الفقرة الأولى)، مشارطة التحكيم (الفقرة الثانية) والتحكيم بالإحالة (الفقرة الثالثة).

---

[٥٣]-أشار اليه د. محسن سفيق ، مرجع سابق، ص ١٩٦.

[54]-Cass.civ.20Decembre.1993،rev.arb،1994،p116،note:H.Gaudemet-Tallon.

[٥٥]- محكمة استئناف باريس (الغرفة الأولى-مدنية) ١٧ أيار ٢٠٠٨، Socie'te' syste'me Unordouest S.A Jeanniot، منشور في مجلة التحكيم الصادرة من لبنان العدد الأول، أيار ٢٠٠٩، ص ٦٢٠.

الفقرة الأولى: شرط التحكيم المصرفي:

يقصد بشرط التحكيم المصرفي ذلك الشرط الذي يكون سابقاً لقيام النزاع، فهو إمّا أن يكون في صلب العقد المصرفي أو أن يأتي مستقلاً عنه، ولكن كليهما لهما نفس الأثر القانوني حتى ولو كان الاتفاق على التحكيم بعد مضيّ فترة زمنيّة من توقيع العقد الأصلي. ولكن المهم أو العبرة هي بلحظة الاتفاق على التحكيم، فإذا جاءت قبل ولادة النزاع فنحن أمام شرط تحكيم مصرفيّ.

والواقع العملي يشير إلى أن شرط التحكيم هو الأكثر شيوعاً في التطبيق، لأنّه يطبق في مرحلة تسود العلاقة فيما بين أطرافه روح الودّ والانسجام، بعكس مشارطة التحكيم التي تبرم بعد وقوع النزاع، مما يصعب في بعض الحالات إبرام اتفاق التحكيم[٥٦].

ويحدّد شرط التحكيم المنازعات التي تخضع له، ويتنوّع نطاق شرط التحكيم وفقاً لصيغة الشرط وتحديدها لمعالم المنازعات التي تخضع له[٥٧].

والعديد من التشريعات قد نصّت على هذه الصورة ومنها المشرّع الفرنسي حيث نصّ من خلال م. ١٤٤٢ من قانون المرافعات المدنية الجديد الصادر في ١٩٨٠/٥/١٤ في الكتاب الرابع منه بقوله «الشرط التحكيمي هو الاتفاق الذي يتعهّد بموجبه المتعاقدون على إحالة المنازعات التي تنشأ عن العقد إلى التحكيم.«

وأيضاً نصّ المشرّع الإنكليزي على ذلك من خلال ما ورد في نصّ م. ١/٦ من القانون الإنجليزي لعام ١٩٩٦ بقوله: «... إنّ عبارة العقد التحكيمي تعني أيّ اتفاق يحيل إلى التحكيم المنازعات الناشئة أو التي ستنشأ سواء أكانت المنازعات عقديّة أو غير عقديّة.«

والمشرع اللبناني نصّ في م. ٧٦٢ من قانون أصول المحاكمات المدنيّة الجديد في الباب الأول منه على أنه «يجوز للمتعاقدين أن يدرجوا في العقد التجاري أو المدني المبرز

---

[٥٦]- ناريمان عبد القادر: اتفاق التحكيم وفقاً لقانون التحكيم في المواد المدنية والتجارية، رقم ٢٤ لسنة ١٩٩٤م، مرجع سابق، ص ٢٠٥.

[57] -Schmitt Hoff's : Export Trade the Law and Practice of International Trade، ed. Sweet and Maxwell، London، p. 658.

بينهم بنداً ينصّ على أن تحل بطريق التحكيم جميع المنازعات القابلة للصلح التي تنشأ عن تنفيذ هذا العقد أو تفسيره .«

يتبيّن من هذا النصّ أن البند التحكيمي يكون جزءاً من عقد قائم بين طرفين بموضوع مدني أو تجاري ويهدف إلى نزع اختصاصات المحاكم العادية في نظر المنازعات التي قد تنشأ عن هذا العقد وإلى إدخالها في ولاية محكم واحد أو عدّة محكمين. ولكن القانون يجيز أيضاًإنشاء البند التحكيمي في وثيقة مستقلة يحيل إليها العقد الأساسي وذلك وفق ما ورد في نصّ المادة ١/٧٦٣ محاكمات مدنيّة «لا يصحّ البند التحكيمي إلاّ إذا كان مكتوباً في العقد الأساسي أو في وثيقة يحيل إليها هذا العقد .«

ولا يشترط إنشاء البند التحكيمي بذات التاريخ الذي ينشأ فيه العقد الأساسي، بل يجوز إنشاؤه بتاريخ لاحق لتاريخ هذا الأخير بشرط ألاّ يكون النزاع ناشئاً بعد وإلاّ اعتبر هذا النزاع خارجاً عن نطاق البند التحكيمي وداخلاً في اختصاص المحاكم العادية، هذا ما لم يجد الفرقاء عقداً تحكيميّاً[٥٨].

وأيضاً المشرّع المصري قد نصّ عليه من خلال م ٧ تحكيم مصري والتي جاء فيها «يجوز أن يكون اتفاق التحكيم سابقاً على قيام النزاع سواء قام مستقلاً بذاته، وروده في عقد معين بشأن كل أو بعض المنازعات التي قد تنشأ بين الطرفين، وفي هذه الحالة يجب أن يحدّد موضوع النزاع في بيان الدعوى المشار إليه في الفقرة الأولى من المادة ٣٠ من هذا القانون.«...

ونلاحظ هنا أنّ المشرع المصري قد أوجب من خلال هذا النصّ تحديد موضوع النزاع في بيان الدعوى المشار إليها في م. ٣٠ من هذا القانون، وذلك حتى لا تستبعد ولاية القضاء بالدولة إلاّ في مسائل محدّدة، ويؤدّي تحديد موضوع النزاع إلى إمكانيّة تحديد ولاية المحكمين

[٥٨]- إدوار عيد: أصول المحاكمات والإثبات والتنفيذ، الجزء العاشر (التحكيم)، ١، دون ذكر دار النشر، صادر ١٩٩٨، ص ١٩١-١٩٢.

فتكون لهم ولاية التحكيم في المسائل المعنيّة التي أحيلت لهم دون غيرها. فإن خرجوا عليها كان قرارهم باطلاً وفقاً لصريح نصّ المادة ٢/١٠ تحكيم مصري)[٥٩].(

وقد عرفته م ١/٧ من القانون النموذجي للتحكيم، حيث أشارت إلى أن «اتفاق التحكيم هو اتفاق بين الطرفين على أن يحيلا إلى التحكيم جميع أو بعض المنازعات التي نشأت أو قد تنشأ بينهما بشأن علاقة قانونيّة محدّدة، سواء أكانت تعاقديّة أم غير تعاقديّة، ويجوز أن يكون اتفاق التحكيم في شكل بند وارد في عقد أو في شكل اتفاق منفصل.«

إنّ هذا النصّ هو مقارب إلى ما نصّت عليه اتفاقيّة نيويورك في م. ١/٢ منها، ومن خلال ما تقدّم من النصوص القانونيّة نستنتج أن معظم التشريعات نصّت على شرط التحكيم في عقودها.

الفقرة الثانية:عقد أو مشارطة التحكيم المصرفي:

إنّ اتفاق التحكيم قد يرد بعد حدوث النزاع في صورة مشارطة تحكيم تأتي في أيّة مرحلة من مراحل النزاع، سواء كانت قبل اللجوء إلى القضاء أو أثناء اللجوء إليه، متى ما رأى أطراف العلاقة أنّ مصالحهم تتفق مع ترك النزاع أمام القضاء وإبرام اتفاق التحكيم)[٦٠].(

والفرق بين شرط التحكيم أو بند التحكيم ومشارطة التحكيم، هو أن الأول يأتي قبل حدوث النزاع، أمّا الثاني فإنّ الأطراف يتفقوا إلى اللجوء إلى التحكيم بعد حدوث النزاع بينهم، وإذا كان الأطراف قد اتفقوا باللجوء إلى التحكيم كوسيلة لحلّ النزاع المصرفي الذي حصل، فإنّ مشارطة التحكيم يجب أن تتضمّن بيان المسائل التي تخضع للتحكيم وهذا ما يميّزها عن شرط التحكيم.

---

[٥٩]- ناريمان عبد القادر: اتفاق التحكيم والصيغة النموذجية له وأنواع عقود المصارف التي يمكن أن يدرج فيها، ورقة عمل مقدّمة لندوة التحكيم في المنازعات المصرفية والمالية، المنعقدة في البحرين في الفترة من ١٤-١٥ أبريل ١٩٩٧، والتي نظّمها مركز التحكيم التجاري الدولي لدول مجلس التعاون لدول الخليج العربية في جامعة البحرين، ص ٧.

[٦٠]- إبراهيم أحمد إبراهيم: التحكيم التجاري الدولي، دار النهضة العربية، ٢٠٠٠، ص ١٠٢.

شرط التحكيم المصرفي يقوم في أساسه على منازعات مستقبليّة وغير متضحة المعالم وقد تحدث وقد لا تحدث، بعكس مشارطة التحكيم التي تقوم على نزاع قائم وواضح المعـــالم، وبالتالي لا بدّ من بيان هذا النزاع وتحديد ملامحه في مشارطة التحكيم.

نجد أن المشرّع اللبناني قد نصّ على عقد أو مشارطة التحكيم في المـــادة ٧٦٥ مـــن قانون أصول محاكمات مدنية بأنه «عقد بموجبه يتفق الأطراف فيه على حلّ نزاع قابل للصلح ناشئ بينهم عن طريق تحكيم شخص أو عدّة أشخاص». من خلال هذا النّصّ نرى أنّ العقـــد التحكيمي يهدف إلى إخراج نزاع أو نزاعات قابلة للصلح وهي تكون من اختصاص المحاكم العادية وإدخالها في ولاية المحكمين. وإنّ عقد التحكيم ككلّ عقد، يجـــب أن يكـــون حاصـــلاً بإرادة سليمة من كلّ عيب، ولكي يصبح هذا العقد صالحاً لا بدّ من موافقته المحكـــم وقبـــول مهمته، إذا رفض هذه المهمة اعتبر العقد ساقطاً .

وقد نصّت المادة ١/٧٦٦ محاكمات مدنية على شكل العقد «لا يثبت عقـــد التحكـــيم إلاّ بالكتابة.«

وهذا النصّ اشترط الكتابة للإثبات بينما في البند التحكيمي اشترطت الكتابةصضذ مـــن أجل صحّته.

وفي المادة ٢/٧٦٦ تضمّنت مضمون عقد التحكيم حيث نصّت على ما يأتي: «ويجـــب أن يشتمل (عقد التحكيم) تحت طائلة بطلانه، على تحديد موضوع النزاع وعلى تعيين المحكم أو المحكمين بأشخاصهم أو بصفاتهم أو على بيان الطريقة التي يعين بها هؤلاء .«

من خلال هذا النصّ يتبيّن أن عقد التحكيم يجب أن يتضمّن ركنين أساسيّين هما:

تحديد موضوع النزاع، وتعيين المحكم أو المحكمين أو بيان الطريقة التي يعينون بها .

والمشرّع المصري قد نصّ في الفقرة الأخيرة من المادة ٧، على أنّه «... كما يجوز أن يتمّ اتفاق التحكيم بعد قيام النزاع ولو كانت قد أقيمت في شأنه دعوى أمام جهة قضائيّة، وفي هذه الحالة يجب أن يحدّد الاتفاق المسائل التي يشملها التحكيم وإلاّ كان الاتفاق باطلاً.«

فالمشرّع المصري أيضاً قد نصّ على بيانات محدّدة للمسائل التي تشـملها مشـارطة التحكيم. وإنّ المسائل التي لم تتضمّنها مشارطة التحكيم لا يمتدّ إليها أثـر اتفـاق التحكـيم، فالأصل هو ما تمّ الاتفاق عليه في مشارطة التحكيم المصرفي.

إنّ معظم التشريعات العربيّة اعتبرت أنّه يلزم لقيام مشارطة التحكيم توافر شرطين في آنٍ واحد، الأول هو وجود النزاع وجوداً موضوعيّاً، والثاني تجاه الإرادة الشخصيّة لطرفـي النزاع لتسويته عن طريق التحكيم)[٦١].(

وهذا ما أكّدته محكمة النقض الفرنسيّة، حيث أشارت إلى أنّه حتى لو أمكن الاعتـراف بوجود نزاع ذي طبيعة قضائيّة في الخلاف الدائر بين الطرفين حول مبلغ الأجـرة، فإنّـه لا يكفي ثبوت ذلك في وثيقة لاعتباره مشاركة تحكيم، وإنّما يلزم لاعتبارها كذلك ثبوت اتجـاه إرادة طرفيها إلى تخويل المعين من قبلهما في هذه الوثيقة مهمة الفصل في النزاع)[٦٢].(

الفقرة الثالثة: شرط التحكيم المصرفي بالإحالة:

يعدّ شرط التحكيم بالإحالة صورة معاصرة لاتفاق التحكيم، فهو وفقـاً لهـذه الصـورة يفترض أن العقد الأصلي جاء خالياً من اتفاق مباشر على تسوية المنازعات الناجمة عنه عن طريق التحكيم، ولم يتضمّن تحديد الآليّة التي يتمّ عبرها تسوية المنازعات الناشئة عنه، سواء عن طريق القضاء أو وفقاً للوسائل الأخرى لفضّ المنازعات، وإنّما اكتفى أطـراف العلاقـة بالإحالة إلى عقد نموذجي، أو شروط عامّة معروفة في مجال تعاملهم، وكان هذا العقد أو تلك الشروط التي تتضمّن آليّة لتسوية المنازعات عن طريق التحكيم)[٦٣].(

---

[٦١]- حسني المصري: التحكيم التجاري الدولي (دراسة مقارنة)، دار الكتب القانونيّة مصر، المحلة الكبرى، ٢٠٠٦، ص ١٥٧.

[٦٢]- أشار إليه د. حسن المصري، المرجع السابق، ص ١٥٧ نقلاً عن:
De Boissesson (M.) et du Juglart (M.) : Le droit Français de l'arbitrage (étude de l'arbitrage interne juridictionnelle)، July 1983. Cass، 23 mai 1962، rev. Arb. 1962، p. 103.

[٦٣]- ناجي عبد المؤمن: مدى جواز الاتفاق على التحكيم بطريق الإحالة في القوانين الوطنية وعلاقات التجارة الدوليّة، مجلة العلوم القانونية والاقتصاديّة، الصادرة عن جامعة عيش شمس، العدد الأول، السنة ٤٤، يناير ٢٠٠٢، ص ٤٠٩ وما بعدها. أحمد عبد الكريم سلامة: مرجع سابق ص ٢٥٨ وما بعدها. محمد عبد الفتاح ترك: شرط التحكيم بالإحالة وأساس التزام المرسل إليه بشرط التحكيم، دار الجامعة الجديدة، الطبعة الأولى، ٢٠٠٦، ص ٢٤٦ وما بعدها.

وعندما تتضمّن الورقة التجاريّة أو العقد المصرفي إحالة إلى أحد العقـود النموذجيّـة المتعامل بها من قبل المصرف، وتضمّن هذا العقد شرط التحكيم، فإنّ أثر هذا الشرط ينسحب إلى العقد الأصلي، بحيث تكون تسوية المنازعات الناشئة عن هذه الورقة أو العقد عن طريق التحكيم، دون أن يستطيع أحد الأطراف التنصّل من ذلك بحجّة استقلال ذلك العقد أو الورقـة التجارية عن العقد النموذجي أو الشروط العامة المحال إليها المحتوية على شرط التحكيم)[٦٤].(

إنّ شرط التحكيم بالإحالة يُخضع الأطراف لبعض القيود المهمة، التي تهدف إلى حماية إرادتهم من الدخول في غمار تسوية كانوا على جهل بها.

إنّ المشرع اللبناني نصّ على التحكيم بالإحالة في المادة ١/٨١٠ محاكمات مدنية على أنه «يجوز أن يعيّن في اتفاقيّة التحكيم، مباشرة أو بالإحالة إلى نظـام للتحكـيم، المحكـم أو المحكمون أو أن تحدد فيها طريقة تعين هؤلاء.«

وأيضاً نصّت المادة ١/٨١١ «يجوز أن تحدّد اتفاقيّة التحكيم، مباشرة أو بالإحالة إلـى نظام للتحكيم، الأصول التي تتّبع في الخصومة التحكيمية. ويجـوز أيضـاً إخضـاع هـذه الخصومة لقانون معيّن من قوانين أصول المحاكمة يحدّد في الاتفاقيّة .«

ونرى من خلال هذه النصوص أنّ المشرّع اللبناني قد نصّ على الإحالة فـي اتفاقيّـة التحكيم ولكنّه اشترط في الإحالة إلى هذا النظام أن يحدّد فيه النظام التحكيمي والمحكمون وأن تحدّد فيه طريقة تعيين هؤلاء، أي اشترط أن تكون الإجراءات واضحة منذ الإحالة إلى هـذا النظام.

كما قد نصّ المشرع المصري في المادة ٣/١٠ من قانون التحكيم على أنـه «ويعتبـر اتفاقا على التحكيم كلّ إحالة ترد في العقد إلى وثيقة تتضمّن شرط تحكيم إذا كانـت الإحالـة واضحة في اعتبار هذا الشرط جزءاً من العقد.«

فمن خلال هذا النص نجد أن المشرّع المصري قد اشترط في الإحالة أن تكون واضحة في اعتبار هذا الشرط جزءاً من العقد.

---

[٦٤]- أحمد عبد الكريم سلامة: مرجع سابق، ص ٢٥٩ وما بعدها.

والفقه يرى أنه يتطلّب أن تكون هناك إشارة خاصّة في العقد الأساسي إلى شرط التحكيم الذي تتضمّنه الوثائق المحال إليها، أمّا إذا كانت الإحالة مجرّد إحالة عامّة لنصوص هذه الوثيقة دون تخصيص شرط بالتحكيم بالذكر، تخصيصاً يفيد علم الطرفين بوجوده في الوثيقة كأن يتفق أطراف العلاقة على اعتبار الشروط العامة رقم ... في العقد النموذجي الصادر من الهيئة... جزءاً لا يتجزأ من عقدهما، أو مكملاً لأحكام هذا العقد... إلخ، فهذا النّمط من الإحالة لا يعتقد بأنّها كافية لجعل شرط التحكيم الوارد بهذه الوثائق جزءاً من العقد، ولا يكون التحكيم متفقاً عليه بين أطراف العقد)[٦٥].(

ونحن نتّفق مع هذا الرأي فمن خلال النصّ التشريعي نجد أنّه اشترط وضوح الإحالة للشرط التحكيمي، حتى لا يحدث التباس للطرف الآخر، وهذا الاتفاق على التحكيم كما كنّا قد ذكرنا أنّه لا ينتج آثاره القانونيّة إلاّ إذا توفّرت فيه شروط محدّدة يتطلّبها، ومن هذه الشروط أن يكون هناك رضا من قبل أطراف العلاقة في اللّجوء إليه فيكون لجوؤهم للتحكيم لتسوية المنازعة، عن علم بهذا الشرط وهذا الاتجاه هو ما أخذت به التشريعات الحديثة)[٦٦].(

وعندما يتفق الأطراف على شرط التحكيم بالإحالة، فالوثيقة المحال إليها تصبح جزءاً من العقد، وبالتالي لا يستطيع أحد الأطراف أن يدّعي بعدم علمه بعد ذلك في شرط التحكيم الوارد بها، وخاصّة إذا كان أطراف العقد مصرفين، لأنه يفترض بهما أن يكونا على علم ودراية بشروط التحكيم التي ترد في عقودهم، حيث أنّهما ممتهنان في مثل هذه العقود.

وفي حكمٍ لمحكمة النقض الفرنسيّة صادر في ٩ نوفمبر ١٩٩٣ أشارت إلى أنّه في مسائل التحكيم التجاري الدولي، فإنّ شرط التحكيم الذي يتمّ بالإحالة المكتوبة إلى وثائق تتضمّن هذا الشرط كالشروط العامّة والعقود النموذجيّة يكون جائزاً، دون الإشارة إلى اتفاق

---

[٦٥]- ناجي عبد المؤمن: المرجع السابق، ص ٤٢٦. مصطفى الجمال وعكاشة عبد العال، مرجع سابق، ص ٣٤٩.

[٦٦]- قانون التحكيم العماني م. ٣/١٠، حيث نصّت على أنه «يعتبر اتفاقاً على التحكيم كلّ إحالة ترد في العقد إلى وثيقة تتضمّن شرط تحكيم إذا كانت الإحالة واضحة في اعتبار هذا الشرط جزءاً من العقد». قانون التحكيم الأردني م. ٢٠/١٠ حيث نصّت على أنه «ويعد في حكم الاتفاق المكتوب كل إحالة في العقد إلى أحكام عقد نموذجي أو اتفاقيّة دوليّة أو أي وثيقة أخرى تتضمّن شرط تحكيم إذا كانت الإحالة واضحة في اعتبار هذا الشرط جزءاً من العقد». والقانون النموذجي المعدّل م. ٦/٧ نصّت «تشكل الإشارة في العقد إلى أي مستند يتضمن بنداً تحكيمياً اتفاق تحكيم مكتوباً، شريطة أن تكون الإشارة على نحو يجعل ذلك البند جزءاً من العقد». وقانون التحكيم الإنكليزي م ٢/٦ تنصّ على «أن الاتفاق الذي يتضمن إحالة إلى شرط تحكيمي مكتوب أو إلى وثيقة تتضمن شرطاً تحكيمياً، يعتبر عقداً تحكيمياً، إذا كانت الإحالة مكتوبة بشكل يجعل الشرط التحكيمي جزءاً من العقد».

الأساس، طالما كان الطرف الذي يحتجّ في مواجهته به قد علم بمحتوى الوثائق المحال إليها وقت انعقاد العقد، ولكن قبل اندماج هذه الوثائق بالعقد لتصبح جزءاً منه. وعلى ذلك فإنّه يلزم في التحكيم بالإحالة شرطان: الأول شكلي وهو ضرورة الكتابة، والثاني موضوعي يتمثّل في علم الطرف الذي يحتجّ عليه بشرط التحكيم بمضمون هذه الوثائق المُحال إليها، وقبوله اندماج هذه الوثائق بالعقد)[٦٧].(

وبالتالي فشرط التحكيم المصرفي بالإحالة يتطلّب أن يتضمّن العقد أو الورقة التجاريّة أو إحالة صريحة أو ضمنيّة، وأن تكون واضحة لا لبس فيها، فمتى ما ثبت أنّ الطرف الذي ينكر شرط التحكيم بالإحالة لم يكن على علم بذلك الشرط في الظروف المعتادة، أو يتعذّر أو يستحيل عليه أن يعلم به فلا يلزم به، ويبقى الاختصاص بتسوية النزاع للقضاء العادي)[٦٨].(

من خلال ما تقدّم نرى أن جميع التشريعات متشابهة فيما بينها وإن اختلفت بالصياغة، وهناك مبادئ أساسيّة تنصّ عليها جميع التشريعات العربيّة منها والأجنبيّة.

المطلب الثالث: شروط اتفاق التحكيم المصرفي:

إتفاق التحكيم عقد شأنه شأن أي عقد آخر، تحكمه النظريّة العامّة للعقود التي ينظّمها القانون المدني، لذا لا بدّ أن تتوافر في هذا العقد الشروط الموضوعيّة له، وهي الرضا والمحل والسبب والأهليّة، وإذا تخلّف أي منها في اتفاق التحكيم فإنّه لا ينعقد، ولا يلحقه البطلان.

في هذا المطلب سوف يقتصر بحثنا على الشروط الموضوعيّة لهذا الاتفاق في (الفقرة الأولى)، ثمّ عن الشكليّة لإبرام اتفاق التحكيم المصرفي في (الفقرة الثانية).(

---

[٦٧]- حكم محكمة النقض الفرنسيّة في قضيّة Bomar Oil. Etap منشور في مجلّة التحكيم ١٩٩٤، ص ١٠٨، تعليق Kessed Jian، أشار إليه د. ناجي عبد المؤمن، المرجع السابق، ص ٣٣.

[٦٨]- أحمد عبد الكريم سلامة: مرجع سابق، ص ٢٦٤.

الفقرة الأولى: الشروط الموضوعيّة للتحكيم المصرفي:

الاتفاق على التحكيم هو عقد من العقود، وبالتالي تسري عليه القواعد العامّة للعقود، فهو عقد يسوده مبدأ سلطان الإرادة، وهذه الإرادة تتجلّى من خلال تطابق إرادة واتجاههما إلى ترتيب آثار قانونيّة تبعاً لمضمون ما أتى عليه، فلا بدّ من إيجاب وقبول يتلاقيان على اختيار التحكيم اختياراً حرّاً كوسيلة لحسم المنازعات التي تثور بشأن العلاقة الأصليّة، ولا يكفي لصحّة الاتفاق على التحكيم توافر رضا الطرفين وإنّما يتعينّ أن يصدر هذا الرضا من أشخاص تتوفّر فيهم الأهليّة للقيام بهذا الاتفاق.

أ- الرّضى:

اتفاق التحكيم المصرفي، عقد كغيره من العقود، يتوجّب لصحّته أن يكون هناك رضا من كلا الطرفين المتعاقدين، مدركين الأثر المترتّب على هذا التصرّف، بحيث تتوجّه إرادتهم إلى اختيار التحكيم كوسيلة لحسم المنازعات المصرفيّة.

فالأصل في العقود رضى المتعاقدين لقوله تعالى «يا أيّها الذين آمنوا لا تأكلوا أموالكم بينكم بالباطل إلاّ أن تكون تجارة عن تراضٍ منكم»[٦٩].

إنّ القانون اللبناني قد نصّ في المادة ١٧٨ من قانون الموجبات والعقود على الرّضى على أنّه «اجتماع مشيئتين أو أكثر وتوافقهما على إنشاء علاقات إلزاميّة بين المتعاقدين وهو يتألّف من عنصرين:

١. العرض أو الإيجاب.
٢. القبول».

فالرضى إذاً يعبّر عنه بصيغة العقد وبتطابق الإرادتين (الإيجاب والقبول) في مجلس العقد، وهذه الصّيغة إمّا أن تكون باللّفظ أو الكتابة أو غير ذلك[٧٠]. فمتى تطابق الإيجاب والقبول بين المتعاقدين في الاتفاق التحكيمي، وكانت إرادة هؤلاء خالية من العيوب، وكانوا

---

[٦٩]- سورة النساء، من الآية ٢٩.

[٧٠]- عبد الرزاق السنهوري: مصادر الحقّ في الفقه الإسلامي، الجزء الأول، دار احياء التراث العربي،مصر، تاريخ النشر ١٩٩٧ ص ٨٤.

يتمتّعون بالأهليّة اللاّزمة لإجراء العقد، كان الاتفاق صحيحاً إذا كانت الموضوعات التي اشتمل عليها الاتفاق قابلة للتحكيم.

وكذلك فقد نصّت المادة ٤ تحكيم مصري إلى أنه «ينصرف لفظ التحكيم في حكم هذا القانون إلى التحكيم الذي يتّفق عليه طرفا النّزاع بإرادتهما الحرّة...». ومناط هذه الإرادة الحرّة هو توفّر شرط التراضي الصحيح[٧١]، القائم على إرادة متبصّرة بحقيقة موضوع اتفاق التحكيم، لا يتخلّلها الغلط أو التدليس أو الإكراه أو الاستغلال[٧٢]، ويتحقّق ذلك بتوافق الإيجاب مع القبول بين أطراف هذه العلاقة، واختيارهم للتحكيم كوسيلة لحسم المنازعات المصرفيّة فيما بينهم.

يعتبر الرّضى من مقوّمات اتفاق التحكيم، وتستمد هيئة التحكيم سلطتها من رضى الأطراف[٧٣].

فالتحكيم يستند إلى إرادة الأطراف الصريحة أو الضمنيّة والعلم الصريح والمفترض بشرط التحكيم[٧٤]، فمتى ما أفصح أحد أطراف العلاقة المصرفيّة عن إرادة جديّة، متجهة إلى اتخاذ التحكيم سبيلاً لتسوية النزاع، واقترنت بها إرادة أخرى مطابقة، فعندئذٍ نقول بوجود الرّضى على التحكيم[٧٥].

الغالب أن يكون التعبير عن الإرادة صريحاً، فيبرم الطرفان اتفاقاً خاصّاً على التحكيم، أو ينصّان في العقد الأهلي على الالتجاء إليه عند قيام النزاع[٧٦]، لكن هل يمكن التعبير عن إرادة اتفاق التحكيم ضمناً؟

---

[٧١]- باسمة لطفي دباس: شروط اتفاق التحكيم وآثاره، رسالة دكتوراه مطبوعة، جامعة عيش شمس، النهضة العربيّة، ٢٠٠٥، ص ٢٤.

[٧٢]- عبد الرزاق السنهوري، الوسيط في شرح القانون المدني، المجلد الأول، دار النهضة العربية، الطبعة الثالثة، ١٩٨١، ص ٣٧٩ وما بعدها.

[73] -Wellion W. Park: Arbitration in Banking and Finance، Year Book Int's Financial & Economic Law (1997)، n. 10، p. 49.

[74] -Cass. Civ. 1re، 6 Février 2001، n. 4، p. 675، note Daniel Cohen.

[٧٥]- أحمد عبد الكريم سلامة، مرجع سابق، ص ٣٨٨.

[٧٦]- محسن شفيق: القانون التجاري الكويتي، مطبوعات جامعة الكويت، ١٩٧٢، ص ١٧٤.

إنّ الرضى في التحكيم لا يفترض وإنما لا بد من وجود دليل عليه، وفي إطار معاملات المصارف وما ينتج عنها من سلسلة من الوثائق قد يتمّ الاتفاق في أحدها على التحكيم، فهل يسري هذا الاتفاق على جميع المعاملات اللاحقة، فلو افترضنا وجود تعامل مسبق بين العميل (أ) والمصرف (ب) على إدراج شرط التحكيم في خطابات الضمان التي تمّت بينهم في المرحلة السابقة، وقاما بعد ذلك بإبرام خطاب ضمان خلا من اتفاق التحكيم ولم يردّ فيه شرط التحكيم، فهل يمكن الاستناد على تكرار العمل فيما بينهما على تسوية المنازعات عن طريق التحكيم، للقول بوجود اتفاق ضمني عليه؟

يرى بعض الفقه جواز ذلك إلاّ إذا تبيّن من الخطاب الجديد أنّ الطرفين قد تعمّدا إسقاطه، ذلك لأنّهما يريدان الالتجاء إلى القضاء[٧٧].

وهناك رأي آخر يرى أنّ الرّضى يعد ركناً أساسياً في اتفاق التحكيم، فإنّ اختصاص جهة التحكيم بنظر النزاع وإن كان يرتكز أساساً على القانون الذي أجاز سلب اختصاص جهات القضاء، إلاّ أنه ينبني مباشرة وفي كلّ حالة على حدة على اتفاق الطرفين. وهذا الرّضى لا يفترض وإنّما لا بدّ من وجود الدّليل عليه[٧٨]، واستندوا في ذلك بقولهم أنّ اتفاق التحكيم يعدّ خروجاً على الأصل العام في التقاضي، ومن ثمّ فلا بدّ من التعبير عنه صراحة وعدم افتراضه، باعتباره نظاماً استثنائياً، فيجب تخصيصه بالذكر أو الإحالة إليه بوجه خاصّ[٧٩].

وعلى هذا الأساس فقد خلصت محكمة النقض الفرنسيّة إلى أنه «حتى نكون بصدد تحكيم حسب المفهوم المستقرّ عليه لنظام التحكيم، يتعيّن التحقّق من إرادة الأطراف ذوي الشأن، أنّها قد اتجهت بالفعل إلى تحويل ذلك الغير أو الشخص الثالث سلطة قضائيّة»[٨٠].

---

[٧٧]- محسن شفيق: المرجع السابق، ص ١٧٥.

[٧٨]- الطعن رقم ١٦٧ لسنة ٣١، جلسة ١٩٦٦/٥/٢٤م، مجموعة المكتب الفني س ١٧، ص ١٢٢٣.

[٧٩]- محمد التحيوي: الرضا بالتحكيم لا يفترض وإنما لا بدّ من وجود الدليل عليه، دار المطبوعات الجامعيّة، الإسكندريّة، ٢٠٠٠م، ص ١٢٨.

[٨٠]- حكم محكمة النقض الفرنسية، الدائرة المدنية، الصادرة في ٢٥ مايو ١٩٦٢، منشور في مجلة التحكيم الفرنسيّة ١٩٦٢، ١٠٣، أشارت إليه د. سامية راشد: مرجع سابق، ص ٣٥٥.

ومن ثمّ يجب التأكّد من أن إرادة الأطراف قد اتجهت بالفعل للالتجاء إلى التحكيم، على نحو يمكن معه الاطمئنان على أنهم قد قصدوا حقيقة اختيار التحكيم كوسيلة لحسم المنازعات التي نشأت أو ستنشأ بينهم[٨١].

ب-الأهليّة:

إنّ الاتفاق التحكيمي سواء كان بنداً أم عقداً، لا بدّ له من شروط يجب توفّرها حتى يكون صحيحاً، وهذه الشروط منها ما يتعلّق بالعاقد كالأهليّة والرضا، ومنها ما يتعلّق بموضوع النزاع[٨٢].

نصّ القانون المصري في المادة ١١ تحكيم منه على أنه «لا يجوز الاتفاق على التحكيم إلاّ للشخص الطبيعي أو الاعتباري الذي يملك التصرّف في حقوقه...».

فالشخص الذي لا يملك أهليّة التصرف في حقوقه، حتى ولو كان متمتعاً بأهليّة التقاضي أو بأهليّة التبرّع لا يجوز أن يكون طرفاً في اتفاق التحكيم. فالقاصر والمحجوز عليه أو السفيه لا يملك أن يكون طرفاً في اتفاق التحكيم، وكذلك الوليّ أو الوصيّ أو القيّم، لا يستطيع إبرام اتفاق التحكيم إلاّ بعد الحصول على إذن بذلك من المحكمة[٨٣].

واتفاقيّة نيويورك لعام ١٩٥٨ أيضاً قد تطلّبت توافر الأهليّة لإبرام اتفاق التحكيم، حيث نصّت على ذلك في م. ١/٥ أ بقولها: «يجوز رفض طلب الاعتراف بقرار التحكيم وتنفيذه وذلك بناءً على طلب المدعى عليه، شريطة أن يقدم هذا الأخير إلى الجهة المقدّم إليها ذلك الطلب إثباتاً بما يلي: أ- أن أطراف الاتفاق المنصوص عليه في المادة الثانية كانوا فاقدي الأهليّة طبقاً للقانون الذي ينطبق عليهم .«...

---

[٨١]- نبيل إسماعيل عمر: التحكيم في المواد المدنيّة والتجاريّة والوطنيّة والدوليّة، الطبعة الثانية، ٢٠٠٥، النهضة العربيّة، ص ٤٧.

[٨٢]- حكم القاضي المنفرد المدني في بيروت الصادر في ١٩٥٢/٧/٢٨، النشرة القضائيّة ١٩٥٤، ص ٤٥٤، حيث جاء فيه: عقد التحكيم خاضع في تكوينه وسقوطه وبطلانه للمبادئ العامّة المقرّرة في قانون الموجبات والعقود إلاّ في بعض الاستثناءات المنصوص عليها.

[٨٣]- أشرف عبد العليم الرفاعي: اتفاق التحكيم والمشكلات العمليّة والقانونية في العلاقات الخاصة الدوليّة، دراسة فقهيّة قضائيّة مقارنة، دار الفكر الجامعي، الإسكندريّة، ٢٠٠٣، ص ٢٥٦.

وطبقاً لهذا النصّ نرى أنّ شرط الأهليّة له دور بارز في إتمام حكم التحكيم، وأنّ اتفاق التحكيم يكون مصدره من قبل أطراف يتمتّعون بالأهليّة اللازمة لإبرامه.

أمّا على صعيد القانون اللبناني، يلاحظ أنّ قانون التحكيم المعدّل لم ينصّ على اشتراط توفّر أهليّة معيّنة لدى المتعاقدين، ومعنى ذلك أنّه يجب العودة إلى نصّ المادة ٢١٥ من قانون الموجبات والعقود التي تشترط سنّ البلوغ لصحّة الالتزام أي أن يكون الشخص قد بلغ ١٨ عاماً، وبالتالي فإنّ الأشخاص الذين لم يبلغوا هذه السنّ أو بلغوها ولكن توفّرت فيهم حالة من حالات عدم الأهليّة أو نقصانها فلا يحقّ لهم توقيع اتفاق تحكيمي لأنّهم ليس لديهم أهليّة للالتزام، لذا فالقانون يفرض وجوب توفّر أهليّة التصرّف لدى المتعاقدين في الاتفاق التحكيمي .

فمن خلال ما تقدّم يتبيّن لنا أنّ الشخص الطبيعي يمكنه أن يجري اتفاقاً. ولكن هل يمكن للمصرف أن يجري مثل هذا الاتفاق؟

يحقّ للشخص الاعتبارات على التحكيم وفقاً لصريح النصّ، حيث نصّت م ١ من قانون التحكيم المصري على أنه «مع عدم الإخلال بأحكام الاتفاقيّات الدوليّة المعمول بها في جمهوريّة مصر العربيّة تسري أحكام هذا القانون على كلّ تحكيم بين أطراف من أشخاص القانون العام أو القانون الخاص أياً كانت طبيعة العلاقة التي يدور حولها النّزاع .«...

وأيضاً نصّت المادة ٧٦٢ من قانون أصول المحاكمات اللبناني: «... يجوز للدولة ولأشخاص القانون العام أياً كانت طبيعة العقد موضوع النزاع اللجوء إلى التحكيم.«...

وبما أن موضوع بحثنا يتناول المصارف بشخص خاص، فإنّه يحقّ لها اللجوء إلى التحكيم عندما نقوم بكافة الموجبات المترتبة عليها كالتسجيل في السجل التجاري من أجل ان تكتسب الشخصيّة المعنويّة.

فالمصارف بتمتّعها بالشخصيّة المعنويّة، تتمتّع بذمّة ماليّة مستقلّة عن ذمّة أعضائها، وبالتالي فهي تتمتّع بالحقوق وتتحمّل الالتزامات، وتتمتع بكل مقومات الشخصيّة المعنويّة التي

تعطيها الحقّ في القيام بكافة الأعمال لتحقيق الأهداف التي من أجلها أنشـــأت، فعندئـــذٍ يعتـــد باتفاق التحكيم الذي أبرمته المصارف.

ونظراً لأهميّة توقيع اتفاق التحكيم، فإنّه لا بدّ من أن تقتصر صلاحيّة التوقيـــع علـــى بعض موظفي المصرف من درجة معيّنة، أو على عدد منهم مجتمعين، وأن يكون هذا التعيين وارداً في نظام المصرف أو في اللوائح، والنشرات التي يعلنها المصرف من حـــين لآخـــر، فعندئذٍ يجب مراعاة أن يصدر التوقيع ممّن له سلطة معيّنة، وإلاّ كان شرط عديم الجدوى[٨٤]. فرئيس مجلس الإدارة أو المدير العام للمصرف، الذي تمّ منحه بعبـــارة عامـــة ســـلطة إدارة المصرف، يجوز له إبرام اتفاق التحكيم نيابة عن المصرف، على الرغم من أنّه لم يوكل فـــي هذا العمل على وجه التعيين، لانّ التحكيم صار من مستلزمات إدارة المصارف خصوصاً فيما يتعلّق بعلاقات التجارة الدولية لفضّ منازعاتها مع الغير[٨٥] .(

الفقرة الثانية: الشروط الشكليّة للتحكيم المصرفي

كما كنّا قد ذكرنا أنّ التحكيم يقوم في أساسه على تلاقي إرادتين، لكن هذا لا يكفي وحده نظراً لما يترتّب عليه من آثار، فلا بدّ من إفراغه في محرّر مكتوب. وقد ظهر عدة اتجاهات، فمنهم من اعتبر الكتابة وسيلة للإثبات ومنهم من اعتبرها ركناً لانعقاد الاتفـــاق التحكيمـــي، سنتناول هذين الاتجاهين من خلال هذه الفقرة.

أ- الكتابة وسيلة للإثبات:

يذهب أنصار هذا الاتجاه إلى أن الكتابة وسيلة إثبات، وهذا الاتجاه تبنّاه المشـــرع فـــي بعض الدول[٨٦]، حيث ذهب إلى الأخذ بالكتابة مجرّد وسيلة لإثبات اتفاق التحكيم، والمشـــرع

---

[٨٤]- علي جمال الدين عوض: عمليّات المصارف من الوجهة القانونية، مرجع سابق، ص ٥٤٩ (قريب من هذا السياق).

[٨٥]- محسن شفيق: مرجع سابق، ص ١٧٨.

[٨٦]- ممّن تبنّوا هذا الاتجاه المشرع الإماراتي في قانون الإجراءات المدنيّة حيث نصّ في م. ٢/٢٠٣ على أنه "ولا يثبت الاتفاق إلى التحكيم إلاّ بالكتابة". وهو ما أشار إليه المشرع القطري في قانون المرافعات المدنيّة والتجارية رقم ١٣ في سنة ١٩٩٠ في م. ١٩٠ "ولا يثبت الاتفاق على التحكيم إلاّ بالكتابة". وذات النهج

المصري كان سابقاً قد تبنّى هذا الاتجاه في م. ٢/٥٠١ من قانون المرافعات المصري سنة ١٩٦٨ على «أن التحكيم لا يثبت إلاّ بالكتابة» ووفقاً لأنصار هذا الرأي، فالكتابة وسيلة من وسائل إثبات اتفاق التحكيم وليس ركناً أو شرطاً من شروط صحّته)[٨٧].(

وفي القانون اللبناني ميّز بين البند التحكيمي والعقد التحكيمي، ففي المادة ٧٦٦/أ.م.م. «لا يثبت عقد التحكيم إلاّ بالكتابة.«

فالقانون اللبناني اشترط الكتابة للإثبات في عقد التحكيم.

ب-<u>الكتابة ركن لانعقاد اتفاق التحكيم</u>:

أنصار هذا الاتجاه بخلاف الاتجاه السابق إذ يحسبون أن الكتابة هنا شرط لانعقاد اتفاق التحكيم، وهذا ما تبنّاه المشرع المصري من خلال نصّ م ١٢ تحكيم مصري، حيث أشار إلى أنه «يجب أن يكون اتفاق التحكيم مكتوباً وإلاّ كان باطلاً. ويكون اتفاق التحكيم مكتوباً لهذا تضمنه محرّر وقعه الطرفان أو إذا تضمنه ما تبادله الطرفان من رسائل أو برقيا وغيرها من وسائل الاتصال المكتوبة.«

وهذا الاتجاه أيضاً سار عليه المشرع من خلال ما نصّ عليه في المادة ١٤٤٣ مرافعات بأنه يجب أن يكون الشرط التحكيمي منصوصاً عليه كتابة في العقد أو في وثيقة يحيل إليها هذا العقد، وأن يشتمل على تعيين المحكم أو المحكمين أو النص على الطريقة التي يتعيّن بها هؤلاء، ما لم تذكر هذه الأمور فإن مصير هذا الاتفاق باطل)[٨٨].(

والقانون اللبناني قد نصّ في المادة ١/٧٦٣ أ.م.م. على أنه «لا يصحّ البند التحكيمي إلاّ إذا كان مكتوباً في العقد الأساسي أو في وثيقة يحيل إليها هذا العقد.«

انتهجه المشرع الكويتي في قانون المرافعات المدنيّة رقم ٣٨ لسنة ١٩٨٠ من خلال نصّ م. ١٧٣ "ولا يثبت التحكيم إلاّ بالكتابة".

[٨٧]- أحمد أبو الوفا: مرجع سابق، ص ٤٤. أحمد صدقي محمود: مفهوم الكتابة في اتفاق التحكيم، الطبعة الأولى، ٢٠٠٤، النهضة العربيّة، ص ٢٥.

[٨٨]- إن المشرع الفرنسي قد فرّق بين الشرط والمشارطة فيما يتعلّق بالكتابة فهو إذا عدّ الكتابة ركناً في شرط التحكيم، فإنه بالنسبة للمشارطة قد عدّ الكتابة شرطاً لإثباتها وليس له بعدها، وبالتالي يمكن إثباتها بمحضر يوقعه الأطراف وفقاً لنص المادة ١٤٤٩ مرافعات فرنسي حيث تنص على أنه "يجب أن تكون اتفاقيّة التحكيم مكتوبة، ويمكن أن تنتج عن محضر موقع من المحكم والأطراف".

فالقانون اللبناني كما المشرّع الفرنسي قد ميّز بين البند والعقد، وقد اشترط في البند التحكيمي الكتابة وفي حال تخلّف هذا الشرط اعتبر البند التحكيمي باطلاً.

المبحث الثّاني: تشكيل هيئة التحكيم المصرفي

في هذا المبحث سوف نتطرّق إلى اختيار هيئة التحكيم كما نظمتها التشريعات المقارنة واللوائح، وذلك من خلال تشكيل هيئة التحكيم بواسطة الأطراف و مراكز التحكيم (المطلب الأول)، تشكيل هيئة التحكيم بواسطة القضاء (المطلب الثاني)، حكم التحكيم المصرفي(المطلب الثّالث).

المطلب الأول: تشكيل هيئة التحكيم بواسطة الأطراف و مراكز التحكيم:

سنتناول في الفقرة الأولى من هذا المطلب تشكيل هيئة التحكيم بواسطة الأطراف، و في الفقرة الثانية منه تشكيل هيئة التحكيم بواسطة مراكز التّحكيم.

الفقرة الأولى: تشكيل هيئة التحكيم بواسطة الأطراف

إنّ هذا النّمط هو الأكثر انتشاراً في الحياة العمليّة، فأطراف العلاقة يقومون باختيار هيئة التحكيم سواء أكان الحكم فرداً أو أكثر شريطة أن يكون العدد مفرداً، فأطراف العلاقة التحكيميّة يفضّلون هذه الطريقة في الاختيار نتيجة ما قد ينتابهم من شكوك ومخاوف تتعلّق بنزاهة وعدالة بعض الهيئات، كما أنّهم يفضّلون اختيار الهيئة بأنفسهم تفادياً لبعض الإجراءات

المبهمة والمعقّدة في بعض اللّوائح المتعلّقة بمراكز التحكيم بخصوص تشكيل الهيئة[٨٩]. وكما هو معلوم فإنّ الإطراف لهم الحرّيّة في تحديد سلطات الحكم والمسائل القابلة للتحكيم[٩٠].

إلاّ أنّ السؤال الذي يُطرح في هذا الصّدد حول شخص المحكم المختار من قبل الأطراف بحيث لو افترضنا أنّ أطراف العمليّة التحكيميّة قد حدّدوا في شرط التحكيم المحكم المختصّ بنظر النزاع، فماذا إذا تعذّر له النّظر بالنزاع لأيّ سبب كالوفاة مثلاً.

إنّ اللّبناني ذهب إلى اعتبار أنّه «يقتضي تفسير معنى ومدى البند التحكيمي واستخلاص قصد الطرفين المشترك فيه بحيث يقتضي التحقّق ما إذا كان البند التحكيمي لم يوقّع بين الطرفين إلاّ بالاعتبار لشخص المحكم، حتى إذا طرأت في هذه الحالة أسباب عدلت في الشخصيّة كالتنحّي مثلاً وتعذّر تعيين محكم جديد محلّه باتفاق الطرفين، اعتبر الاختصاص التحكيمي منقضياً»[٩١].

ومن خلال الحكم السابق نجد أنّ القاضي قد تبيَّن له أنّ تعيين المحكمة باسمه، قبل نشوء النّزاع يشكّل قرينة على حصول هذا التعيين على أساس الاعتبار الشخصي[٩٢].

وفي بحثنا هذا فإنّ للخبرة المصرفيّة دوراً بارزاً في اختيار هيئة التحكيم، حيث إنّ أطراف العلاقة سواء كانت المنازعة بين مصرفين أم بين مصرف واحد وأحد العملاء سيفضّلون حتماً وجود متخصّصين في الشؤون المصرفيّة والروابط القانونيّة المتعلّقة بها للنظر في منازعاتهم، لأنّهم يثقون بأنّ الحكم الذي سيصدر هو صادر من أشخاص من ذوي دراية وعلمٍ تام بموضوع النزاع، وفي وقت قياسي بالمقارنة مع القضاء العادي الذي يغلب عليه عدم الإلمام بالتطوّر السريع الذي تشهده العمليّات المصرفيّة، والتي هي في حال تغيّر مستمرّ، الأمر الذي يتطلّب الاستعانة بذوي الخبرة في هذا المجال. وقد أجاز المشرّع المصرفي

---

[٨٩]- علي بركات: خصومة التحكيم في القانون المصري والقانون المقارن، دار النهضة العربيّة، القاهرة، ١٩٩٦م، ص ٦٤-٦٥.

[90] -Keneth R. Pierce: Dawn the Rabbit Hole: who decides what Arbitral is? Journal of International Arbitration، vol. 21، n° 3 (2004)، p. 299.

[٩١]- الغرفة الابتدائيّة في جديدة المتن، قرار رقم ٢٠٠٦/١٣ حكم صادر في ٢٠٠٦/٧/٣م، منشور مجلة التحكيم، العدد الأول، ص ١٥٧.

[٩٢]- علي رحّال: في تعليقه على الحكم السابق، مجلة التحكيم (العربيّة)، مرجع سابق، ص ١٦٤.

لأطراف العلاقة التحكيميّة حريّة اختيار هيئة التحكيم حيث نصّ على ذلك من خلال (م. ١٥) تحكيم مصري والتي نصّت على أنّه «١- تشكّل هيئة التحكيم باتفاق الطرفين من محكم واحد أو أكثر فإذا لم يتّفقا على عدد المحكمين لكان العدد ثلاثة؛ ٢- إذا تعدّد المحكمون وجب أن يكون عددهم وتراً وإلاّ كان التحكيم باطلاً.»

وكذلك نصّت المادة (٧٧١) من قانون أ.م.م: «إذا تعدّد المحكمون وجب في جميع الأحوال أن يكون عددهم وتراً، وإلاّ كان التحكيم باطلاً. إذا عُيِّن الخصوم محكمين اثنين أو محكمين بعدد زوجي وجبت إضافة محكم آخر إليهم يختار وفق ما حدّده الخصوم وإلاّ فباتّفاق المحكمين المعيّنين، وإذا لم يتّفقوا فيعيّن بقرار من رئيس الغرفة الابتدائيّة.»

ومن خلال نصوص اليونسترال نجدها قد أرست مبدأ سلطان الإرادة بترك الحريّة للأطراف في تحديد عدد المحكمين، ويلاحظ هنا الاختلاف عن نصّ القانون المصري واللبناني الذي نصّ أن يكون العدد وتراً وإلاّ بطل الحكم.

إنّ أهم ما يجب أن نشير إليه هو اختيار أطراف النزاع المصرفي لهيئة التحكيم بحيث يحقّق العديد من المزايا أبرزها أنّ الأطراف شديدو الحرص في اختيارهم لأشخاص يكون لديهم إلمام تام بالجوانب القانونيّة والمصرفيّة، وهذا الاختيار سيكون له دور في سرعة الإنجاز، وكذلك سيوفّر على أطراف العلاقة التكلفة الماليّة التي تطلبها بعض المؤسّسات وهيئات التحكيم.

<u>الفقرة الثانية: تشكيل هيئة التحكيم بواسطة مراكز التحكيم</u>

إنّ مراكز التحكيم تلعب الدور في انتشاره، والمقصود بمراكز التحكيم المؤسّسات التحكيميّة الخاصّة لها قواعدها وأنظمتها الخاصّة بالتحكيم، وقد أطلق الفقه على هذا النوع من التحكيم مصطلح التحكيم المؤسّسي)[٩٣].(

[٩٣]- محمود مختاري: المرجع السابق، ص ٦٩ وما بعدها.

يحقّق اللّجوء إلى التحكيم المؤسّسي لأطرافه مجموعة من الأهداف تتجلّى في تجاوز الأطراف الذين ينتمون لدول متعدّدة إشكاليّة الاختلاف على أسماء هيئة التحكيم التي ستفصل في النّزاع[٩٤]. كذلك الأمر يجنّب الأطراف العوائق الإجرائيّة التي قد تواجههم نتيجة الاتفاق على التحكيم.

أمّا وبالنسبة لتشكيل هيئة التحكيم وفقاً لنظم ولوائح هذه المراكز، فإنّنا نجدها تختلف من مركز إلى آخر، ولكنّها غالباً ما تندرج تحت إطار إحدى الطرق التالية:[٩٥]

١. ترك الحريّة للأطراف لتشكيل هيئة التحكيم في حالة اتفاقهم.
٢. ترك حريّة اختيار الهيئة للأطراف لكن من ضمن قوائم المحكمين المدرجة بالمركز.
٣. إقتراح الأطراف لعدد من الأسماء على أن يختار المركز المحكمين من بينهم.
٤. تعيين كلّ طرف لمحكم وترك المحكم الثالث للمركز .
٥. إسناد اختيار المحكمين إجمالاً للمركز أو للمؤسّسة التحكيميّة .

وفي إطار مؤسّسات التحكيم المصرفي، فإنّنا نجد أنّ اتحاد المصارف العربيّة والمصرف المركزي قد حدّدا اللّوائح المنظّمة للتحكيم فيهما آلية تشكيل هيئة التحكيم.

نصّت المادة (١٣) من نظام مركز الوساطة والتحكيم لدى اتّحاد المصارف العربيّة[٩٦] تشكيل هيئة التحكيم، فقد أسندت لمجلس إدارة اتحاد المصارف أو اللّجنة المختارة من قبله بناءً على ترشيح الأمين العام للاتحاد تعيين هيئة التحكيم. وقد حدّدت اللاّئحة القواعد الخاصّة بهذا الاختيار حيث أشارت إلى أنّه في حالة اتفاق المدعي والمدعى عليه على اختيار محكمة واحد للفصل في النزاع، فلهما أن يعيّناه خطيّاً باتفاق يتمّ إبلاغ الأمانة العامّة للاتحاد به، وفي حالة

---

[٩٤]- أشار إليه د. علي بركات، خصومة التحكيم في القانون المصري والقانون المقارن، النهضة العربيّة، ١٩٩٦، ص ٩٥.

[٩٥]- سامي محسن السري: بعض الجوانب في القواعد الإجرائيّة المنظمة للتحكيم التجاري الدولي، دراسة مقارنة، رسالة دكتوراه، كليّة الحقوق، عين شمس، ٢٠٠٤، ص ١٧٩.

[٩٦]- أقرّ اتحاد المصارف العربيّة في عام ١٩٨٠ نظام مركز الوساطة والتحكيم لدى الاتحاد، وقد نصّت م.١/٩ من النظام على الشروط الواجب توفرها لكي يخضع النزاع لهذا النظام، فنصّت على: «يحلّ كل خلاف ينشأ بين عضوين أو أكثر من أعضاء الاتحاد أو بين عضو أو أكثر من الاتحاد وطرف أو أكثر من الاتحاد وطرف أو أكثر من خارجه عن طريق التحكيم وفقاً لهذا النظام في إحدى الحالتين التاليتين: إذا كان المدعي والمدعى عليه مرتبطين بعقد يتضمّن بنداً تحكيمياً، ينصّ على أنّ جميع الخلافات الناجمة عن هذا العقد تحلّ نهائياً، وفقاً لنظام الوساطة والتحكيم لدى الاتحاد، بواسطة محكم فرد أو ثلاثة محكمين يتمّ تعيينهم طبقاً لهذا النظام.

إذا لم يتّفق الطرفان على تعيين المحكم خلال المهلة التي حدّدتها اللاّئحة بثلاثين يوماً من تاريخ إبلاغ المدعى عليه طلب التحكيم، فإنّ الجهة المختصّة بتعيين المحكم هي مجلس الإدارة أو اللّجنة المختارة من قبل المجلس.

وأيضاً قد وضعت اللاّئحة شرطاً يتعلّق بجنسيّة المحكم الواحد ورئيس هيئة التحكيم، حيث نصّت في م. ١٣/د على أنّه «يتمّ اختيار المحكم الواحد أو رئيس هيئة التحكيم من دولة عربيّة غير التي ينتمي إليها الفريقان، غير أنّه يجوز بصورة استثنائيّة، 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». والهدف من ذلك هو ضمان حياديّة المحكم كي لا يضغط أحد عليه، الأمر الذي يشكّل للأطراف الشعور بالأمان والثقة اتجاه المحكم.

إلاّ أنّ اللاّئحة قد وضعت استناداً لهذه القاعدة وهي تتمثّل، أنّه بالإمكان أن يكون المحكم الواحد أو رئيس الهيئة من إحدى الدول التي ينتمي إليها أحد الطرفين، إذا اقتضت الظروف ذلك ولم يعترض أحد من الطرفين.

وفيما يتعلّق بقرار مجلس إدارة المصرف المركزي المصري رقم ٢١١٩ بتاريخ ٢٠٠٤/٩/٢٨ بشأن الديون المتعثّرة في وحدات الجهاز المصرفي والذي على ضوئه صدر القرار رقم ٢٠٠٥/٢٠٢ في جلسته رقم ٢٠٠٥/٢ والمتعلّق بشأن قواعد التوفيق والتحكيم الاختياري السريع بين المصارف وعملائها المتعثّرين، فقد جاء في المادة السابعة ما يلي: «يقوم التحكيم السريع على حسم النزاع والفصل في شروط التسوية بواسطة ثلاثة محكمين تتوفّر فيهم الخبرة القانونيّة والمصرفيّة والماليّة اللاّزمة، وذلك ما لم يتّفق الطرفان أو ترى أمانة التوفيق والتحكيم بالمصرف المركزي أفضليّة تعيين خمسة محكمين .«

وكما يتبيَّن من خلال هذا النصّ أنّه أراد أن يصدر التحكيم من أشخاص ذوي خبرة في الشؤون المصرفيّة نظراً لأهميّة ودقّة هذا الموضوع، وخاصّة أنّ النتائج التي تصدر والأحكام لها تأثير اقتصادي ومالي على المصرف، إضافةً إلى أنّ هذه المادة فتحت الباب لزيادة عدد المحكمين إلى خمسة إذا اتّفق الأطراف أو كان لأمانة التوفيق والتحكيم في المصرف رأي في ذلك .

وقد نظّمت المادة (٨) من هذا القرار آليّة اختيار هيئة التحكيم فجاء فيها «يتمّ اختيار المحكمين وفقاً لقواعد التحكيم للجنة الأمم المتّحدة لقانون التجارة الدولي (اليونسترال) المعمول بها أمام مركز القاهرة الإقليمي للتحكيم التجاري الدولي خلال أسبوع من تاريخ الإحالة إلى التحكيم.»

المطلب الثاني: تشكيل هيئة التحكيم بواسطة القضاء

إنّ دور القضاء يظهر في تعيين أو اختيار المحكم من خلال الحالات التي حدّدها المشرع في كلّ تشريع، وهذه الحالات بطبيعتها لن تخرج عن تجاوز العائق الذي حال دون تشكيل هيئة التحكيم، بغضّ النّظر عن هذا العائق ومن أيّ طرف صدر من أطراف العمليّة التحكيميّة.

وسدّاً لأيّ عائق قد يحدث لعمليّة التشكيل فقد أناط المشرع بالمحكمة المختصّة مسؤوليّة التدخّل للقيام بأيّ عمل أو إجراء حيال تقاعس أحد الأطراف أو المحكمين المختارين. والسائد أن طلب تعيين المحكم يقدّم في شكل طلب على عريضة، ولكن محكمة استئناف القاهرة اتجهت إلى أنّه يلزم رفع دعوى إلى المحكمة المختصّة فقضت ببطلان حكم التحكيم تأسيساً على تعيين المحكمين دون اتّباع طريق الدعوى)[٩٧].

وفي حكم صادر عن محكمة أبو ظبي الاتحاديّة العليا في أحد أحكامها على دور القضاء في تشكيل هيئة التحكيم ذهبت إلى أنّه «إذا اتّفق الخصوم على التحكيم فيما قد ينشأ بينهم من نزاع في تنفيذ العقد المبرم بينهم، ولم يكونوا قد اتّفقوا على أشخاص المحكمين أو امتنع واحد أو أكثر من المحكمين المتّفق عليهم عن العمل أو اعتزله أو عزل عنه أو حكم بردّه أو قام مانع من مباشرته له، ووقع نزاع بينهم في هذا الشأن، عيّنت المحكمة المختصّة بالنظر في

[٩٧]- الحكم الصادر عن محكمة استئناف القاهرة الدائرة ٩١/تجاري، في الدعوى رقم ٨ لسنة ١١٩ ق والصادرة بتاريخ ٢٠٠٢/٤/٣٠ أشار إليه د. مختار بريدي، المرجع السابق، ملحق الأحكام القضائيّة، ص ٤٠٥.

موضوع النزاع المتعلّق بالتحكيم، وبناءً على طلب أحد الخصوم من يلزم من المحكمين، ولا يجوز الطّعن في الحكم الصادر بذلك بأيّ طريقة من طرق الطعن)[٩٨].(

وتقوم المحكمة بإصدار حكمها بتعيين المحكم على وجه السرعة ودون تأخير، وليس لها أن ترفض طلب تعيين المحكم ما لم يتبيَّن لها أنّ النزاع بين الطرفين لم ينشأ بعد، أو أنّ الاتفاق على التحكيم بين الطرفين لا وجود له أو لم يعد قائماً، أو كان ظاهر البطلان أو كان من الظاهر لها أن الأطراف قد اتفقوا على اختيار محكم بواسطة شخص أو جهة معيّنة، أو لم تتوفّر حالة من الحالات التي تنصّ عليها الفقرتان الأولى والثانية من م. ١٧تحكيم مصري)[٩٩].(

وهناك حالات يكون فيها للقضاء دور بارز في تشكيل الهيئة، ونلمس من خلال هذا التدخّل القضائي سعي المشرع إلى تجاوز العقبات التي قد يختلقها أحد الأطراف، وهذه الحالات هي :

<u>أولاً: في حالة عدم اتفاق الأطراف على الحكم الفرد:</u>

كنّا قد أشرنا سابقاً إلى أنّ اختيار المحكمين يعود إلى أطراف العمليّة التحكيميّة، إلاّ أنّ الواقع قد أثبت بأنّ الأطراف قد لا يتّفقوا على أسماء أو طريقة اختيار الهيئة التحكيميّة. وبالتالي فإنّ التّساؤل في مثل هذه الحالة ما هي الإجراءات المتّبعة؟

من هنا يبرز دور المشرع الذي أسند إلى القضاء هذه المهمة، فقد نصّ المشرع اللبناني في م. ٢/٨١٠ أ.م.م.:«إذا طرأت صعوبة ما في تعيين المحكم أو المحكمين في تحكيم حاصل في لبنان أو اعتمد فيه تطبيق قانون أصول المحاكمات اللبناني، جاز للفريق الأكثر عجلة، إذا لم يوجد بند مخالف، أن يطلب التعيين بقرار يصدر من رئيس الغرفة الابتدائيّة وفق الشروط المحدّدة في المادة ٧٧٤ .

وهذا ما نصّت عليه الفقرة (أ) من م. ١٧ تحكيم مصري على أنّه «لطرفي التحكيم الاتفاق على اختيار المحكمين وعلى كيفيّة ووقت اختيارهم فإذا لم يتّفقا اتّبع ما يأتي: (أ) إذا

---

[٩٨]- محكمة أبو ظبي الاتحاديّة العليا، الطعن رقم ٢٠٦ لسنة ٢٧ قضائيّة عليا، نقض مدني، في جلسة ٢٠٠٥/١٢/٢٧م، منشور في مجلة التحكيم سبق الإشارة إليها، ص ٣٠٩.

[٩٩]- فتحي والي: الوسيط في القضاء المدني،١٩٨٠ ص ٢٢٠.

كانت هيئة التحكيم مشكّلة من محكم واحد تولّت المحكمة المشار إليها في المادة (٩) من هـذا القانون اختياره بناءً على طلب أحد الطرفين.«

فالمشرّع جعل الاختصاص إلى القضاء المصري للمحكمة المختصّـة أصـلاً بنظـر النزاع، أمّا إذا كان التحكيم تجاريّاً دوليّاً سواء جرى في مصـر أو فـي الخـارج فيكـون الاختصاص لمحكمة استئناف القاهرة ما يتّفق الطرفان على اختصاص محكمة استئناف أخرى في مصر.«...

وقد وضع الفقه[١٠٠]، من خلال نصّ الفقرة الأولى من م. ١٧ تحكيم مصـري ثلاثـة شروط لتدخل المحكمة في تشكيل المحكم الفرد وهي :

١. إتّفاق أطراف العمليّة التحكيميّة على تشكيل هيئة التحكيم من محكم فرد؛
٢. ألاّ يتّفق طرفا العمليّة التحكيميّة على تسمية المحكم الفـرد، أو علـى طريقـة محدّدة لتعيينه؛
٣. يجب أن يتقدّم أحد طرفي التحكيم إلى المحكمة بطلب لتعيين المحكـم الواحـد، حيث أنّ المحكمة لا تقوم من تلقاء ذاتها بتعيين المحكم[١٠١].

ثانياً: في حالة تعدّد هيئة التحكيم:

هناك شكل آخر لتدخّل القضاء في تشكيل هيئة التحكيم، وهو في حالـة تعـدّد هيئـة التحكيم، الأطراف قد يتّفقون على آليّة الاختيار بناءً على قيام كلّ طرف باختيار محكمه، وقد يحدث أن يتقاعس أحد أطراف العمليّة التحكيميّة عن اختيار محكمه، لذا فقد حدّد المشرع مهلة زمنيّة محدّدة بثلاثين يوماً من تاريخ تسلّم الطرف الآخر طلباً بذلك من الطرف الأول .

أو قد يتّفق الطرفان ويختار كلّ منهما محكمه، إلاّ أنّ الخلاف يحدث في الاتفاق على المحكم المرجع، لذا فإنّ المشرع قد حدّد ذات المدّة الثلاثين يوماً لتعيين هذا المحكم ويبدأ حساب هذه

---

[١٠٠]- رضا السيّد عبد الحميد: تدخل القضاء في التحكيم بالمساعدة والرقابة، مسائل في التحكيم، مرجع سابق، ص ٢١ وما بعدها.

[١٠١]- حفيظة حدّاد: الطعن بالبطلان على أحكام التحكيم الصادرة في المنازعات الخاصّة، دار الفكر الجامعي، الإسكندريّة، ١٩٩٧، ص ١٩٧.

المدّة من تاريخ تعيين المحكم الأخير. و في قانون أصول المحاكمات اللبناني نصّ في المادة(٧٦٤) منه أنه "إذا حصل بعد نشوء النزاع إن قامت عقبة في سبيل تعيين المحكم أو المحكمين بفعل أحد الخصوم أو لدى تطبيق طريقة تعيينهم فيطلب تعيينهم من رئيس الغرفة الابتدائية إذا رأى رئيس الغرفة الابتدائية أن البند التحكيمي باطل بشكل واضح أو أنه غير كاف كي يتيح تعيين المحكم أو المحكمين فيصدر قراراً يثبت فيه ذلك ويعلن أن لا محل لتعيين هؤلاء فالبند التحكيمي باطل يعتبر كأن لم يكن."

نجد أيضا أنّ المشرع المصري قد منح المحكمة في المادة (٩) سلطة التدخّل بناءً على طلب يقدم لها من أحد الطرفين لاختيار المحكم. وأيضاً قد وضع المشرع في اعتباره إرادة الأطراف في اختيار المحكم المرجّح من قبل المحكمة في حال عجزهم عن الاتفاق عليه، حيث أشار إلى ضرورة مداعاة ما اتّفق عليه الأطراف، وهذه المداعاة نرى أنّها تتجسّد من خلال النّظر في طبيعة النزاع ذاته، لذا يجب على المحكمة عند اختيارها المحكم المرجّح أن يكون من ذوي الإلمام بموضوع النزاع، كما هي الحال في دراستنا هذه، بحيث يكون من أصحاب الخبرة في النزاعات المصرفيّة.

المطلب الثالث: حكم التحكيم المصرفي:

في هذا المبحث سوف نتناول في المطلب الأول القانون الواجب التطبيق على موضوع النزاع، وفي المطلب الثاني مدّة حكم التحكيم المصرفي .

الفقرة الأولى: القانون الواجب التطبيق على موضوع النّزاع

يعد تحديد القانون الواجب التطبيق على موضوع النزاع أحد المشاكل الرئيسيّة التي تطرح في مجال التحكيم التجاري الدولي، حيث التساؤل الذي يثور حول ما هو القانون الذي يطبّق على موضوع النزاع المنظور أمام هيئة التحكيم؟

إنّ هذه الإشكاليّة تبدو بسيطة وسهلة عندما يتّفق أطراف العلاقة على تحديد القانون الواجب التطبيق على النزاع، حيث أنّه لا مناص لهيئة التحكيم من الإلتزام بمضمون الاتفاق بين الأطراف، لأنّ الأطراف هم من اختاروا اللجوء إلى التحكيم وهم من ساهم في اختيار الهيئة التحكيميّة، وكما أشرنا سابقاً أنّ المحكم يعد قاضياً خاصّاً يستمدّ سلطته ومهمّته من الاتفاق الذي بين الأطراف، فإذا كان الأطراف قد عيّنوا القواعد واجبة التطبيق صراحة، فإنّ هيئة التحكيم تلتزم باحترام اختيار الأطراف بدون شروط، حتى ولو كانت القواعد المختارة ليس لها ارتباط بموضوع العقد إذ إنّ اختيار قانون محايد أمر مبرّر في التجارة الدوليّة، حتى لو كان العقد باطلاً، وفقاً للقواعد المختارة فإنّ هذا لا يؤثّر في صحّة الاختيار[١٠٢].

وقد نصّت الفقرتين ٦-٧ من م. ١٩ من لائحة اتحاد المصارف العربيّة على أنّه يحقّ «٦- للفريقين تحديد القانون الذي تطبّقه هيئة التحكيم قاعدة تنازع القوانين عند اللّزوم ووفق ما تراه ملائماً في هذا الخصوص.

والفقرة ٧ تراعي هيئة التحكيم في مطلق الأحوال، أحكام العقد والعادات والأعراف المصرفيّة والتجاريّة». من خلال هذا النصّ نجد أنّ واضعي اللاّئحة قد جعلوا من اختيار الأطراف هو الأساس في تحديد القانون الواجب التطبيق، ومن ثمّ فإنّه على المحكم تطبيق القانون الذي اختاره الأطراف، وذلك وفقاً لمبدأ حريّة الإرادة الذي يرتكز عليه التحكيم، فهو عند حسمه للنزاع فإنّه يحترم هذه الإرادة ويسير وفقاً لها .

ولأطراف العقد الحقّ في اختيار قانون لا يمتّ للعقد بصلة، فلا هو قانون مكان الانعقاد ولا قانون مكان التنفيذ، ولعلّ ما يبدو اختيار الأطراف لمثل هذا القانون الذي لا علاقة له بالعقد الذي نشأ عنه النزاع، هدفهم إلى اختيار قانون محايد أو قانون متطوّر في أحكامه، بل إنّ الأطراف وخصوصاً في العقود الدوليّة قد يتّفقون على عدم اختيار أي قانون ليطبّق على النزاع، لأنّهم يسعون إلى إخضاع النزاع لقواعد العرف والعادات المصرفيّة السائدة في

[102] -Abn Red Fern، Martin Hunter، Law and practice of International Commercial arbitration، London: Sweet & Maxwell، 1999، p. 138.

التعامل وهي ما تسمّى بـــLex Mercatoria،وهذا ما أشارت إليه الفقرة السابعة من نصّ م-١٩)[١٠٣].

يمكن اللجوء الى مبادىء العدل و الإنصاف كونها قواعد لا تتعلق بالإنتظام العـــام و لا يمكن مخالفتها لذا يحق للأطراف اللجوء اليها و ذلك وفق ما نصت عليها المـــادة ٧٦٧ مـــن قانون اصول محاكمات مدنية " يمكن الإتفاق على ان يكون الحل وفق احكام قانون أجنبي أو عرف أجنبي."

وقد حرص المشرع اللبناني على إعطاء الأطراف حريّة تحديد القانون الواجب التطبيق في المادة ١/٨١١-أ.م.م: «يجوز أن تحدّد اتفاقيّة التحكيم، مباشرة أو بالإحالـــة إلـــى نظـــام للتحكيم، الأصول التي تتبع في الخصومة التحكيميّة. ويجوز أيضاً إخضاع هـــذه الخصـــومة لقانون معيّن من قوانين أصول المحاكمة يحدّد في الاتفاقيّة .«

وهذا أيضاً ما نصّ عليه القانون المصري م. ١/٣٩ تحكـــيم مصـــري علـــى حريّـــة الأطراف في اختيار القانون الواجب التطبيق على موضوع النزاع، حيث نصّت علـــى أنّـــه «تطبّق هيئة التحكيم على موضوع النزاع القواعد التي يتّفق عليها الطرفان .وإذا اتّفقا علـــى تطبيق قانون دولة معيّنة اتّبعت القواعد الموضوعيّة فيه دون القواعد الخاصّة بتنازع القوانين ما لم يتّفق على غير ذلك .«

عندما يثور نزاع بين المصرفين فإنّه من المتصوّر أن يتمّ حسمه وفقاً لقواعـــد منتقـــاة تتوافق مع طبيعة دورهما الاقتصادي، فهما الأقدر على وضع ما يلائمهما من حلول مبتكرة لا تجد مصدرها في قانون معيّن، وإنّما وفقاً لإرادتهما المباشرة. كما أنّهما قد يلجأن إلى المـــزج بين عدّة مصادر، فيطبقون قانون عقدهم من مجموعة من القواعد المستخلصة من تشـــريعات

---

[103] -Orlando، The law applicable to merits of the disputes arbitration international، London، Court of international arbitration، London، 2 April، p. 107.
أشار إليه د. فوزي محمد سامي، التحكيم التجاري الدولي، الطبعة الثانية، دار الثقافة للنشر والتوزيع، عمان، الأردن، ١٩٩٢، ص ١٨٦.

وطنيّة أو أجنبيّة أو يكرّسون العادات والأعراف المتعلّقة بموضوع العقد، أو الإحالة إلى القواعد والشروط التي تتضمّنها وثيقة أو عقد نموذجي)[١٠٤].(

من خلال ما تقدّم، نرى أنّ المشرع وكذلك اللاّئحة الخاصّة باتحاد المصارف قد حرصا على إلزام المحكم بأعمال القانون الذي اتفق عليه الطرفان أو تبيّن من مختلف الظروف أنّه المراد تطبيقه، وقد استقرّ الفقه وقضاء التحكيم التجاري الدولي على أنّ المحكم ملتزم بتطبيق القانون الذي اختاره الأطراف، ويمكن أن يتمّ الاختيار في صلب العقد أو في وثيقة مستقلّة، ويمكن أن يكون هذا الاختيار قد تمّ عند إبرام العقد أو في وقت لاحق على نشوب الاختلاف بين أطرافه[١٠٥]. إلاّ أنّ لائحة المصرف المركزي قد حسمت الأمر في مجال القانون الواجب التطبيق على موضوع النّزاع حيث منحت هيئة التحكيم الفصل بالنزاع عن طريق الصلح وفقاً لقواعد العدل والإنصاف .

إضافةً إلى سلطة الأطراف في اختيار القانون الواجب التطبيق، هناك أيضاً سلطة للمحكم في اختيار القانون الواجب التطبيق. في حالة عدم اختيار الأطراف للقانون الواجب التطبيق فإنّ المسألة تصبح أكثر تعقيداً إذا لم يقم الأطراف باختيار صريح للقانون الواجب التطبيق سواء في حالة العقد أم في مرحلة لاحقة لنشوء النزاع، إلاّ أنّنا قد نجد أنّ الأطراف قد قاموا باختيار ضمني للقانون، وبالتالي فإنّ هيئة التحكيم لا بدّ أن تقتنع بذلك الاختيار حتى يتسنّى لها النظر في النزاع .

إنّ التشريعات الوطنيّة في لبنان خوّلت هيئة التحكيم تطبيق القواعد الموضوعيّة للقانون الذي ترى أنّه أكثر اتصالاً بالنزاع، بل وأحياناً تجيز بعض التشريعات الفصل في النزاع دون التقيّد بأحكام القانون وتطبيق قواعد العدالة والإنصاف، وإن كان يشترك لذلك شرطان: الشرط الأول عدم اتفاق الطرفين صراحة على القواعد الواجبة التطبيق على موضوع النزاع، الشرط الثاني أن يتّفق الطرفان على تفويض المحكم صراحة بالصلح)[١٠٦] .(

---

[١٠٤]- محمود مختار بريدي، مرجع سابق،ص ١٣.

[١٠٥]- جمال محمود الكردي: القانون الواجب التطبيق في دعوى التحكيم (نظرة مبتدئة)، الطبعة الأولى، النهضة العربيّة، القاهرة، ٢٠٠٠، ص ٧٤.

[١٠٦]- جمال الكردي: المرجع السابق، ص ٨٦.

وقد نصّ المشرّع اللبناني في م-٢/٨١١ أ.م.م. على أنّه «إن لم يرد نصّ في الاتفاقيّة يطبّق المحكم، بحسب مقتضى الحال، الأصول التي يراها مناسبةً أو مباشرة أو بالالتجاء إلى قانون معيّن أو إلى نظام للتحكيم.«

وأيضاً المشرع المصري قد نصّ في الفقرة الثانية من المادة ٣٩ تحكيم مصري: «إذا لم يتّفق الطرفان على القواعد الموضوعيّة الواجبة التطبيق على موضوع النزاع طبّقت هيئة التحكيم القواعد الموضوعيّة في القانون الذي ترى أنه الأكثر اتصالاً بالنزاع.«

وتتعدّد طرق الاختيار أمام هيئة التحكيم عند تخلّف اتفاق الأطراف على القواعد الموضوعيّة الواجبة الاتباع، فلهيئة التحكيم أن تختار أحد القوانين الوطنيّة التي تتنازع حكم العلاقة لتطبيق قواعده الموضوعيّة، إضافة إلى القواعد المعمول بها في التجارة الدوليّة أو بدلاً عنها إذا ما قدرت أنّها أكثر اتصالاً بالنزاع[١٠٧]. كما أنّ لهيئة التحكيم أن تختار القواعد المعمول بها في مجال التجارة الدوليّة، كأن تختار عقداً نموذجيّاً خاصّاً بالتعامل في خطابات الضمان مثلاً أو أي عمليّة مصرفيّة أخرى أو عرف أو عادة من الأطراف والعادات السائدة فيها أو مبدأ من المبادئ القانونيّة المعتمدة بشأنها[١٠٨].

والفقه قد أورد عدّة آراء لاختيار القانون الواجب التطبيق، حيث ذهب البعض إلى القول بأنّه يتمّ تطبيق قواعد تنازع القوانين للبلد الذي يجري فيه التحكيم، وبينما يذهب اتجاه آخر إلى القول بتطبيق أحكام القانون الدولي الخاص لبلد المحكم نفسه، واتجاه آخر أخذ بتطبيق قواعد التنازع للبلد الذي فيه الإقامة المشتركة أو الجنسيّة المشتركة للأطراف، وذهب اتجاه آخر إلى الدعوة لتطبيق قواعد التنازع للقضاء الذي استبعد بموجب اتفاق التحكيم .

---

[١٠٧]- مصطفى الجمّال، وعكاشة عبد العال، مرجع سابق، ص ٢٧٥.

[١٠٨]- المرجع السابق، ص ٢٧٤.

الفقرة الثانية: مدّة إصدار حكم التحكيم المصرفي

يقصد بها المدّة التي يجب إصدار حكم التحكيم خلالها، وأي امتداد لها يجب أن تقــرّره اتفاقيّة التحكيم. تبدأ خصومة التحكيم منذ إحالة النزاع إلى التحكيم وتنتهي بانتهاء مدّة التحكيم، ومن ثمّ فإنّه يجب أن يعلم كل من الطرفين وهيئة التحكيم متى تبدأ خصومة التحكيم، حيــث يعتبر تاريخ البداية هامّاً لسببين هما:

- السبب الأول أنّ هذه المدّة حاسمة إذ بعدها يمكن أن تستردّ المحــاكم القضــائيّة ولايتها على النزاع، خاصةً إذا كان اتفاق التحكيم ظاهر البطلان أو أنّ النزاع لم يحلّ خلال هذه المدّة إلى محكمة التحكيم .
- السبب الثاني يتمثّل في أنّ تاريخ بداية خصومة التحكيم هو التاريخ الذي يتمّ فيه تقديم طلب التحكيم. وقد يتّفق الأطراف على تــاريخ معــيّن لبدايــة خصــومة وإجراءات التحكيم، وفي هذه الحالة طبقاً للمادة (١٣) من قواعد غرفة التجــارة الدوليّة يجب على محكمة التحكيم أن تبدأ العمل عندما يتمّ إبلاغها بالملف بواسطة سكرتارية المحكمة بعد دفع مقدّم المصاريف المطلوبة في هذه المرحلة .

أمّا فيما خصّ البيئة المصرفيّة فإنّ لعامل الوقت دوراً هامّاً فيها، فنحن هنا نتحدّث عن بيئة مال متقلّب في أسعاره واستقراره، يهدف أطراف النّزاع فيه إلى الفصــل الســريع فــي منازعاتهم، كما كنّا قد ذكرنا سابقاً في بحثنا هذا أنّ الرسالة الأساسيّة التي يمتاز بها التحكــيم هي سرعة الفصل في المنازعات، فتحديد مدّة معيّنة لإصدار حكم التحكيم خلالها يسهم فــي حثّ هيئة التحكيم على سرعة حسم النزاع، إلاّ أنّ البعض[١٠٩] يرى أنّ ذلك التحديد قد يقيّــد هيئة التحكيم في بحث كافة جوانب وتفصيلات النزاع، الأمر الذي يخشى منه عــدم تحقيــق العدالة الكاملة[١١٠].

إلاّ أنّ الطبيعة المصرفيّة وطبيعة النزاع المصرفي ومضمونه خصوصاً ترى بأنّ عامل الوقت والمدّة يكتسب أهميّة خاصّة لأطراف النزاع، لذا فإنّه في هذا النوع من النزاعات قصد

---

[١٠٩]- أحمد عشوش، التحكيم كوسيلة لفضّ منازعات الاستثمار، مؤسّسة شباب الجامعة، الاسكندريّة، ١٩٩١، ص ٩٠.

[١١٠]- غسان علي علي، الاستثمارات الأجنبيّة دور التحكيم في تسوية المنازعات التي قد تثور بصددها رسالة دكتوراه، كليّة الحقوق، جامعة عين شمس، ٢٠٠٤، ص ٢٧٨.

الفترة الزمنيّة وتحديدها، بحيث يتولّد شعور لدى جميع الأطراف في العمليّة التحكيميّة بأهميّة عامل الوقت.

إنّ لائحة اتحاد المصارف العربيّة حدّدت فترة زمنيّة محدّدة لإصدار الحكم، مبيّنة فيها مرحلة بدء سريان المدّة الزمنيّة لصدور الحكم، حيث نصّت م. ١/٢٢ من اللاّئحة على أنّه يجب: «١- على هيئة التحكيم إصدار حكمها خلال مهلة ستّة أشهر اعتباراً من تاريخ توقيعها المحضر». من خلال هذه المادّة نجد أنّ الهيئة ملزمة بإصدار الحكم في القضيّة التي تكون موضوع نزاع خلال الفترة المحدّدة وهي ستّة أشهر، ويبدأ سريان هذه الفترة من تاريخ التوقيع على المحضر الذي حدّدت عناصره في م. ١٩ من اللاّئحة .

هذه المدّة التي نصّت عليها لائحة المصارف هي بنظرنا مدّة طويلة بعض الشيء، فالستّة أشهر في الحياة المصرفيّة تعني الشيء الكثير، فلا يتمّ تقليص هذه الفترة إلى ثلاثة أشهر كحدّ أقصى، كوننا نتحدّث عن نزاع قائم بين محترفين في العمل المصرفي، وبالتالي إنّ أطراف النزاع على علم ومعرفة جيّدة بكافة جوانبه، فالمصارف مؤسّسات ماليّة محترفة تمتلك الكادر البشري الخبير والمتخصّص في تسيير أمورها، ولديها فريق كامل من المستشارين القانونيّين والاقتصاديّين، الذين هم على إلمام تام بطبيعة البيئة المصرفيّة ونزاعها، وإنّ هيئة التحكيم في العمليّات المصرفيّة هي هيئة متخصّصة في النزاعات المصرفيّة، لذا فإطالة المدّة الزمنيّة لنظر النزاع والحكم فيه لا يتوافق مع طبيعة البيئة المصرفيّة.

وقد نصّ المشرع اللبناني كغيره من القوانين في المادة ١/٧٧٣ أ.م.م.: «إذا لم تحدّد مهلة في اتفاقيّة التحكيم، بنداً كانت أم عقداً، وجب على المحكمين القيام بمهمّتهم من خلال ستّة أشهر على الأكثر من تاريخ قبول آخر محكم.«

نرى أنّ هذه المادة أيضاً نصّت على مهلة ستّة أشهر للفصل في النزاع التحكيمي .

أمّا فيما يتعلّق بلائحة المصرف المركزي فقد نصّت على الفترة الزمنيّة المخصّصة لإصدار الحكم من خلال نصّ م. ١٣ والتي نصّت على أنّه «يجب الانتهاء من كلّ إجراءات

التحكيم وإصدار حكم التحكيم في موعد أقصاه شهرين من تاريخ تعيين هيئة التحكيم أو بعد أسبوعين على الأكثر نمن إيداع تقرير الخبير المختصّ»[١١١].

نرى أنّ اللاّئحة قد راعت في تحديد الفترة الزمنيّة طبيعة العمليّات المصرفيّة، حيث أنّ فترة الشهرين فترة منطقيّة ومقبولة لإصدار الحكم خلالها، خصوصاً أنّنا نتحدّث عن أطراف محترفين في هذا الجانب، وقد كانت اللاّئحة أكثر وضوحاً في ذلك عندما حدّدت فترة إصدار الحكم بعد إيداع تقرير الخبير الفنّي، حيث أنّها حدّدت الأسبوعين كفترة كافية لمناقشة ومداولة هذا التقدير وإصدار الحكم في النزاع، فالأطراف التجأوا إلى التحكيم بهدف الاستفادة من عامل الوقت والحسم السريع في النزاع، وهذا بخلاف قواعد اليونسترال التي لم تحدّد ميعاداً لإصدار الحكم خلاله وهو ذات التوجّه الذي أخذ به مركز القاهرة الإقليمي، حيث أنّه يطبّق قواعد اليونسترال.

ونظام المصالحة والتحكيم لغرفة تجارة باريس لعام ١٩٩٨ (I.C.C.) قد حدّد المدة الذي يصدر خلالها الحكم بستة أشهر، حيث نصّت م. ١/٢٤ على ذلك بقولها: «تصدر محكمة التحكيم حكم التحكيم خلال ستة أشهر». وقد جعلت مرحلة بدء السريان تبدأ من تاريخ آخر توقيع لمحكمة التحكيم أو الأطراف على وثيقة المهمة أو من تاريخ إعلام محكمة التحكيم من قبل الأمانة باعتماد هيئة التحكيم لوثيقة المهمّة في حال تطبيق البند (٣) من المادة ١٨[١١٢].

إلاّ أنّ هيئة التحكيم قد تجد ذاتها غير قادرة على الفصل في النزاع خلال فترة الستة أشهر التي حدّدتها اللائحة، ومن ثمّ تسعى إلى تمديد هذه الفترة. فاللاّئحة أعطت الحقّ للهيئة أن تطلب تمديد المدّة، مشترطة أن يكون طلبها معللاً، وتقوم برفع هذا الطلب لمجلس الإدارة أو اللّجنة المختصّة.

---

[١١١]-قانون المصرف المركزي و الجهاز المصرفي و النقد المصلرفي رقم٨٨ لسنة ٢٠٠٣.

[١١٢]- ينصّ البند (٣) على «إذا رفض أحد الأطراف المشاركة في وضع أو توقيع وثيقة المهمة، تعرض على الهيئة لاعتمادها، ومتى تمّ التوقيع على وثيقة المهمّة طبق البند (٣) من م. ١٨ أو اعتمدتها الهيئة وتتابع إجراءات التحكيم سيرها.

وهذه اللاّئحة أعطت حقّ تمديد فترة الستّة أشهر في مسائل الوساطة والتحكيم لمجلس إدارة الاتحاد أو اللّجنة المختصّة التي حدّدتها في الفقرة السابقة كمدّة محدّدة للفصل في النزاع المصرفي.

ونصّت الفقرة الثانية من م. ٢٢ من اللائحة على أنّه يحقّ «لمجلس الإدارة أو اللّجنة بناءً على طلب معلّل من هيئة التحكيم، أو من تلقاء نفسها عند الاقتضاء، أن تمدّد هذه المهلة إذا ارتأت ضرورة لذلك، على ألاّ يحصل هذا التمديد أكثر من ثلاث مرّات». فمن خلال هذا النصّ نرى بأنّ اللائحة قد أعطت الحقّ لمجلس إدارة الاتحاد أو لجنته المختصّة النظر في طلب هيئة التحكيم بالتمديد ومعرفة أسباب التمديد، ومتى ما اقتنعوا بذلك فإنّ اللائحة قد أعطتهم الحقّ في تمديد مهلة إصدار الحكم، على أن لا يتمّ استخدام هذا الحقّ أكثر من ثلاث مرّات.

أمّا فيما يتعلّق بالتشريع فقد نصّ القانون اللبناني أيضاً في المادة ٢/٧٧٣: «يجوز تمديد المهلة الاتفاقيّة أو القانونية إمّا باتفاق الخصوم وإمّا بقرار من رئيس الغرفة الابتدائيّة يصدر بناءً على طلب أحد الخصوم أو الهيئة التحكيميّة». وأيضاً المشرّع المصري قد نصّ في م. ١/٤٥ الحقّ لهيئة التحكيم في مدّة الميعاد متى ما ارتأت ضرورة ذلك، حيث نصّت على أنّه «وفي جميع الأحوال يجوز أن تقرّر هيئة التحكيم تمديدّ الميعاد على ألاّ تزيد فترة المدّ على ستة أشهر ما لم يتفق الطرفان على مدّة تزيد على ذلك».

وبمقارنةٍ سريعة بين نصّ المشرّع اللبناني والمصري ونصّ لائحة الاتحاد المصرفي، نجد أنّ النص التشريعي كان أكثر ملائمة لطبيعة القضايا التحكيميّة بخلاف نصّ اللاّئحة، حيث نجدها أنها خوّلت حقّ مدّ الميعاد إلى سلطة أخرى غير سلطة هيئة التحكيم.

وفي لائحة اتحاد المصارف نصّت في الفقرة الثالث من م. ٢٢ منها على إيجاد نوع من الرقابة على أعمال هيئة التحكيم فيما يتعلّق بالتقاعس في إصدار الحكم. فإنّ اللائحة أعطت مجلس الإدارة أو الهيئة الحقّ في التدخّل في حالة ما ثبت لهم أنّ هناك تقاعساً من قبل الهيئة، وأعطت اللاّئحة للهيئة الحق في إبداء وجهة نظرها في أسباب التأخّر في إصدار الحكم في ميعاده المحدّد. وإذا لم يقتنع أعضاء مجلس الإدارة أو اللّجنة بمبرّرات الهيئة، فإنّ اللاّئحة قد

أعطتهم الحقّ في استبدال الهيئة كليّاً أو جزئياً، مع إعطائهم مهلة جديدة لإصدار الحكم فيها شريطة أن تبتدئ من حيث ما انتهت. ومن خلال ما تقدّم نرى أنّ هناك تجاهلاً تامّاً لإرادة أطراف العلاقة التحكيميّة والتي تعتبر من أهم الأمور في العمليّة التحكيميّة. فلا رأي لهم في تعديل الهيئة بل إنّ هذا الحقّ معطى لمجلس الإدارة أو اللّجنة، وهذا أمر منافٍ لما يقوم عليه التحكيم وهو إرادة الخصومة وحقّهم في اختيار هيئة التحكيم.

القسم الثاني: آليات انعقاد التّحكيم المصرفي

عند دراسة التّحكيم في المنازعات المصرفية بشكل عام يتبين أنّه لا يتمتّع بخصوصية تفرّقه عن التّحكيم في أي منازعة أخرى على المستوى الإجرائي أو الموضوعي إلّا إذا تعلّق التحكيم بنزاع يخصّ الضمانات الّتي تمنحها المصارف لعملائها، كون المشكلة الرّئيسية الّتي يثيرها أي تجمع عقدي هي مدى تأثير كل عقد من العقود الّتي تنتمي إلى هذا التّجمع على العقود الأخرى و تمثّل هذه المشكلة جوهر البحث. رغم كل التسهيلات والتحفيزات والمرونة في العمليات التحكيمية إلاّ أنّه هناك عوائق و صعوبات مازالت تواجه التحكيم المصرفي، إضافة الى الإنتقادات التي مازالت توجّه لنظام التحكيم بإعتبار أنه يتولى وظيفة هي أساساً من إختصاص الدولة ممثلة في القضاء،ولا ينبغي التنازل عن ذلك لصالح الأفراد،إلى جانب عدد من الإنتقادات الأخرى التي سنعرض لها.

في هذا القسم من بحثنا سوف نسعى الى تبيان الخصائص المميزة للتحكيم في بعض العمليات المصرفية و ذلك في الفصل الأول من هذا القسم، و سوف نتناول في الفصل الثّاني منه عوائق التّحكيم المصرفي.

الفصل الأول: خصوصيّة التّحكيم في بعض العمليات المصرفيّة:

يترتب على إتفاق التّحكيم أثران هامان أحدهما إيجابي و الآخر سلبي، فالآثر الإيجابي يتمثل في حق كل من طرفيه الإلتجاء الى التّحكيم، والأثر السلبي يتجلى من خلال التزام كل من أطراف العلاقة التّحكيمية بعدم الالتجاء إلى القضاء و حلّ منازعتهم عن طريق التّحكيم. ومن خلال هذين الأثرين على العمليات المصرفية نجد أنّنا أمام عمليات لها طابع خاص من حيث أطراف العلاقة و تعدّدهم من جهة و من حيث استقلالها من جهة أخرى.

من خلال ما سبق فسنتناول هذا الفصل من خلال تقسيمه الى مبحثين، سنتناول في المبحث الأول منه العمليات المصرفية الرائجة في السّوق المصرفية، و في المبحث الثّاني أثر اتّفاق التّحكيم على العمليات المصرفية.

المبحث الأول: عمليّات مصرفية رائجة في السوق المصرفيّة:

في هذا المبحث سوف نتطرّق إلى بعض هذه العمليّات المصرفيّة، وهذه العمليّات التي سوف نقوم بشرحها هي الورقة التجاريّة (مطلب أول)، الكفالة المصرفيّة (مطلب ثاني)، خطاب الضّمان (مطلب ثالث).

المطلب الأول: الورقة التجاريّة:

إنّ العرف النّابع عن حاجات التجّار والمتعاقدين، كان المخترع الأول لهذه الأوراق والسندات. فالمتعاقدون في المعاملات التجاريّة كانوا على الغالب يحتاجون إلى أمرين:

- من جهة تأجيل دفع الالتزامات أي الحاجة إلى الائتمان.
- من جهة ثانية تشريع الحصول على مبالغ من المال لتمكينهم من إجراء الصفقات أو الوفاء بالتعهّدات.

لذا فالأوراق التجاريّة هي من ابتكار التجّار وليست من صنع المشرع، واستمدّت إلزامها من تراضي وتعارف التجّار قبل ظهور الجزاء التي تفرضه الدولة.

نظراً للدور الهام الذي تقوم به الورقة التجاريّة في الحياة الاقتصاديّة، وضع المشرّع شروطاً لصحّتها، فإذا توافرت هذه الشروط فإنّها تقوم بدورها الاقتصادي.

ومن خلال ما سبق، فإننا سوف نتناول في هذا المطلب مفهوم الورقة التجاريّة وخصائصها (الفقرة الأولى)، والشروط اللاّزم توافرها (الفقرة الثانية).

الفقرة الأولى: مفهوم الورقة التجاريّة وخصائصها:

لم يتناول المشرّع في أغلب التشريعات تحديداً دقيقاً للأوراق التجاريّة، تاركاً المجال للاجتهاد الفقهي والقضائي.

عرّفها البعض بأنّها صكّ يتمّ تحريره مستوفياً للبيانات التي ينصّ عليها القانون، على أن يتضمّن التزاماً تجارياً بدفع مبلغ نقدي واحد مستحقّ في تاريخ معيّن مع إمكان نقل الحقّ في اقتضائه من شخص لآخر عن طريق التظهير أو المناولة[١١٣].

أورد المشرع اللبناني تنظيماً شاملاً للأوراق التجارية وأطلق اسم الأسناد التجاريّة في الكتاب الرابع منه، دون أن يحدد المعنى المقصود بهذه الأوراق. لكنّه أشار ضمناً إلى الأساسيّة في المادة ٥٠٧ التي تجعل الوفاء بأوراق مماثلاً للوفاء بالنقود، وتقرّر أن الوفاء بأوراق كالوفاء بالنقود لا يكون باطلاً ولو حصل من المفلس فترة الريبة، لأن الأمر يتعلق بأداة عادية للوفاء للتجار.

ونجد أيضاً أن المشرع المصري قد فتح المجال لتطبيق المعاملات المتعلقة بالأوراق التجارية، وذلك من خلال نصّ من قانون التجارة رقم ١٧ لسنة ١٩٩٩، حيث نصّت على أنّ

[١١٣]- محمود مختار بريدي: قانون المعاملات التجاريّة، الجزء الثاني، الطبعة الأولى، ٢٠٠٦، النهضة العربيّة، القاهرة، ص ٢١٦.

أحكام هذا الباب على الكمبيالات والسندات لأمر والشيكات وغيرها من الأوراق التجاريّة الأخرى أيّاً كانت صفة ذوي الشأن فيها أو طبيعة الأعمال التي من أجلها.

وأيضاً المشرع اللبناني ذكر ثلاثة أنواع للأوراق التجاريّة الكمبيالة أو سند السحب أو السفتجة، السند الإذني السند لأمر، والشيك: على أن هذا الإحصاء ورد على سبيل المثال وليس على سبيل الحصر كما فعل المصري.

ومن ثمّ فإنّ كلّ صكّ يبتدعه العمل وتتوافر فيه خصائص الأوراق التجاريّة ويجري العرف على قبوله كأداة في المعاملات يعتبر من قبيل الأوراق التجاريّة[١١٤].

من خلال ما تقدّم سوف نقوم بتعريف الأوراق التجاريّة وهي الكمبيالة، السند لآمر، الشيك.

الكمبيالة: في تعريفها صكّ محرّر وفق شكل معيّن يحدّده القانون، بموجبه يأمر شخص معيّن هو الساحب Tireur شخص آخر هو المسحوب عليه Tiré بدفع مبلغ معيّن من النقود إلى شخص آخر هو المستفيد le bénéficiaire بمجرّد الإطلاع أو في ميعاد معيّن أو قابل للتعيين[١١٥].

إنّ المشرع الفرنسي (م. ٦٣٢ تجاري) وكذلك المشرع المصري (م.٢، فقرة ٤ و٦ تجارة) قد خلعا الصفة التجاريّة على الكمبيالة في جميع الأحوال أياً كانت صفة ذوي الشأن فيها تجاراً أو غير تجار، وأياً كان الغرض منها. أمّا المشرع اللبناني قد سكت عن حكم الكمبيالة في المادة ٦ تجاري التي تعدّد الأعمال التجاريّة ممّا أثار التساؤل. وهذا الرأي هو الراجح في اعتقادنا استناداً إلى العرف المستقرّ والسوابق التاريخيّة التي أملت هذا الحكم على المشرعين الفرنسي والمصري فضلاً عن أن سند السحب نشأ أصلاً كأداة لتنفيذ عقد الصرف، والصرف من الأعمال التجارية بنصّ المادة ٤/٦ من القانون التجاري[١١٦].

---

[١١٤]- مصطفى كمال طه: أصول القانون التجاري، التجارية والإفلاس، الطبعة الثانية، ٢٠١٢، منشورات الحلبي الحقوقيّة، ص ١٠.

[١١٥]- سعيد يوسف البستاني، علي شعلان عواضة: الوافي في أساسيّات قانون التجارة والتجار، الطبعة الأولى، ٢٠٠١، منشورات الحلبي الحقوقيّة، ص ٥٤٥.

[١١٦]- مصطفى كمال طه: مرجع سابق، ص ٢١٢.

وعلى هذا الأساس تأخذ محكمة التمييز اللبنانيّة بتجارية الكمبيالة، حيث قضت في حكم لها بأن الكفيل الذي يوقع سندات للأمر وحوالات وسفاتج يعتبر القانون عمله عملاً تجارياً[١١٧].

ونظراً للتطوّر الذي حصل ويحصل في العالم المصرفي هناك شكل آخر من الكمبيالة وهي الإلكترونيّة، فهي لا تختلف من حيث الشكل عن الكمبيالة التقليديّة مع ضرورة استيفاء بعض البيانات التي تفرضها. لذلك فالكمبيالة الإلكترونيّة هي «صكّ معالج إلكترونياً عليه مسبقاً وفقاً لشكل معيّن يتضمّن أمراً من الساحب طريق مصرفه إلى مصرف المسحوب عليه يدفع مبلغاً تاريخ معيّن أو قابل للتعيين أو بمجرّد الإطّلاع لأمر المستفيد[١١٨].لا تختلف الكمبيالة الإلكترونية من حيث الشكل عن الكمبيالة التقليدية، بل تعد الكمبيالة الإلكترونية هي كمبيالة تقليدية مع ضرورة استيفاء بعض البيانات التي تفرضها طبيعة الكمبيالة الإلكترونية و هي ضرورة صدور الكمبيالة الإلكترونية على نموذج مطبوع و بأشكال متعددة تستخدم في إصدار هذه الكمبيالة، و زيادة بعض البيانات الهامة مثل اسم مصرف المسحوب عليه و رقم حساب المسحوب عليه في هذا المصرف اسم الفرع الذي يوجد لديه حساب المسحوب عليه و وجود بند للقبول و بند للضمان الاحتياطي.

السند لأمر أو السند الإذني، هو صكّ حرّر وفق شكلٍ معيّن يحدّده القانون يتعهّد بموجبه شخص معيّن هو الساحب أي موقعه ومحرّره بدفع مبلغ معين من إلى شخص آخر يسمّى المستفيد بمجرّد الإطلاع موعد معيّن[١١٩].

لم يتعرّض المشرع اللبناني لبيان حكم السند لأمر من حيث مثار الخلاف حول الصفة التجاريّة لهذا السند. فذهب رأي أن السند لأمر لا يعد تجارياً إلاّ إذا كان تحريره ورأي آخر وهو الراجح يعتبر أنّ السند لأمر هو عمل تجاري مطلق مهما كان سبب تحريره وبغضّ النظر عن محرّره، وبهذا الرأي أخذت محكمة التمييز اللبناني في أحد أحكامها بأن «السند لأمر يعتبر تجاريّاً بحدّ ذاته ولا تأثير لصفة الدين وموقّع السند وسببه».

---

[١١٧]- قرار محكمة التمييز المدنية، الغرفة الثانية، تاريخ ١٩٥٤/١٠/٢٧، مجموعة

[١١٨]- أرشيف شؤون قانونيّة، الكمبيالة الإلكترونيّة www.startimes.com

[١١٩]- سعيد يوسف البستاني، علي شعلان عواضة، مرجع سابق.

والمشرع اللبناني لم يتكلّم عن السند الإذني إلاّ في المواد ٤٠٣ الى٤٠٨ مكتفياً في شأنه بالإحالة إلى القواعد المتعلّقة بالكمبيالة بقدر ائتلافها مع ماهيّته، أي أن تطبق على السند الأذني الكمبيالة التي لا تتعارض مع ماهيّته وطبيعته.

أما بالنسبة **للشيك**، فهو ورقة تتضمّن أمراً من شخص يسمّى الساحب إلى شخص آخر هو المسحوب عليه (ويكون مصرفاً) بأن يدفع بمجرّد الإطلاع عليها مبلغاً معيّناً من النقود لشخص ثالث هو المستفيد أو لإذنه أو كامل الورقة[١٢٠].

أما بالنسبة لمدى تجاريّة الشيك فلم ترد بشأن هذه الصفة أيّة نصوص في القانون التجاري، غير أنّ الرأي مستقرّ على اعتباره عملاً تجاريّاً إذا كان قد سحب بشأن عمل تجاري بغضّ النظر عن صفة الساحب سواء أكان تاجراً أم لا. غير أنّه إذا كان الساحب تاجراً افترض أنه سحب لعمل تجاري حتى يثبت العكس، وذلك استناداً إلى نظريّة الأعمال التجاريّة بالتبعيّة[١٢١].نظرا للتطور الحاصل و الحاجة الملحة للشيكات ظهر أيضا" إلى جانب الشّيك التّقليدي الشّيك الإلكتروني، فالشيك الإلكتروني إجراءاته تتم بشكل الكتروني عن طريق وسائل الكترونية فيكون له شكل معين يعتمده المصرف المسحوب عليه على أنه مهما اختلف هذا الشكل سيتضمن اسم المصرف المسحوب عليه و عنوانه و اسم الساحب و توقيعه و الرقم التسلسلي للشيك و اسم المستفيد و تاريخ السحب على نحو يشبه الشكل التقليدي.

بعد أن قمنا بتعريف الأوراق التجارية، لا بدّ لنا أن نتطرّق إلى الخصائص الجوهريّة التي تميّزها عن غيرها من الصّكوك، وحتى تلك القابلة للتداول بالطرق التجاريّة. وهذه الخصائص تتصل بالآتي:

١- <u>ضرورة توافر "الشكليّة القانونيّة" في السندات التجاريّة</u>:

للسندات التجاريّة قواعد خاصّة تسمّى قواعد قانون الصرف المتّصفة بالقوّة والتي تركّز على شكليّة معيّنة يجب الالتزام بها. ولهذه الشكليّة وضع المشرّع شروطاً تفصيليّة وبيانات إلزاميّة يجب مراعاتها في كلّ سند. فاشترط أن تكون هذه السندات مكتوبة ولا تنشأ إذا كانت

---

[١٢٠]- مصطفى كمال طه، مرجع سابق، ص ٢١٥.

[١٢١]- محمد فريد العريني: القانون التجاري اللبناني، الدار الجامعيّة، بيروت، ١٩٨٥، ص ١٠٦.

غير ذلك، والكتابة شرط للوجود وليس للإثبات فقط. وغياب أحد البيانات يؤدّي إلى فقدان الصفة الأساسيّة له يتحوّل إلى عادي تسري عليه أحكام القواعد العامّة في القانون.

٢- <u>السندات التجاريّة صكوك مكتوبة قابلة للتداول بالطرق</u>:

السندات التجاريّة عبارة عن صكوك مكتوبة وفقاً لأشكال القانون. ومن أهم خصائصها قابليّتها للتداول بالطرق التجاريّة قابليّتها للانتقال من شخص إلى آخر بطريق التسليم و أن التداول التجاري لهذه السندات يحصل بطريقة سريعة مبسّطة أسرع من تداول الحوالة المدنيّة.

وفي حال تضمّن السند ما يحول دون قابليّته للتداول، فعندها لا يمكن اعتباره سنداً تجارياً ولا يمكن انتقاله إلاّ بالطريقة العادية.

٣- <u>الأسناد التجاريّة تمثّل ديناً أو حقاً نقدياً معيّن المقدار</u>:

الأوراق التجاريّة تمثّل دائماً حقاً نقدياً وهذا في العرف، وهذا ما تضمّنه أيضاً تعريف الأوراق أو الأسناد التجاريّة والثابت أن موضوع هذه الأسناد يمثّل حقاً موضوع مبلغ من النقود، وهو الأمر الذي يشكل أحد البيانات لهذه الأسناد، والذي بيّنته صراحة النصوص القانونيّة. فسند الشحن البحري أو الجوي لا يعد من الأوراق لأنّ هذه الصكوك لا تمثّل حقاً نقدياً بل منقولة أو مودعة.

٤- <u>الأسناد التجاريّة تستحقّ الأداء بمجرّد الإطلاع أو بعد أجل قصير</u>:

نظراً للدور الائتماني الذي تمثّله هذه الأسناد، شدّد القانون أن تتضمّن التزاماً بدفع مبلغ من النقود في موعد واحد معيّن، وإذا كان الدين الثابت في السند مقسطاً لمواعيد مختلفة متتالية، فلا يعتبر هذا السند من الأسناد التجارية.

وتخرج الأوراق الماليّة التي تصدرها الشركات أو الدولة من عداد الأوراق التجاريّة لأنها صكوك طويلة الأجل تصدر لمدة حياة الشركة، الأمر الذي يجعلها عرضة لتقلّبات الأسعار في السوق وذلك تبعاً للمركز المالي للهيئة التي أصدرتها، ممّا يؤدّي إلى استحالة خصمها من المصارف، وتصبح عاجزة عن الحلول محل النقود.

الفقرة الثانية: الشروط اللازم توافرها في الورقة التجارية:

تتطلّب الورقة التجاريّة توافر بعض الشروط التي نصّ عليها المشرّع، حيث إنه اشترط بيانات إلزاميّة يجب توافرها فيها، وأن تكون هذه البيانات واضحة ومحدّدة، وهذه البيانات تختلف وفقاً لنوع الورقة التجاريّة، وإذا تخلّف أحد هذه البيانات فقد الصكّ صفته الأساسيّة.

ففي الكمبيالة اشترط المشرّع اللبناني وكذلك المصري أن تكون مكتوبة واشترط أيضاً وجود بعض البيانات الإلزاميّة. والحكمة من اشتراط الكتابة، هي للتثبّت من إرادة المدين، ولأنّ تداول هذه الأوراق لا يتمّ إلاّ عن طريق الكتابة وإلاّ يصبح هناك استحالة في التداول. لا يلزم أن تكون مكتوبة كلّها في خط الساحب، إنّما يشترط أن تحمل توقيعه.

ويشترط أيضاً في الكمبيالة وفي سائر الأوراق التجاريّة، كافة بذاتها مستقلّة بنفسها لا رجوع لغير ما ورد بها، أن يسهل أمر التداول بها، وهذا ما يُسمّى بشرط الذاتية للورقة التجارية.

فالمشرع لم يكتفِ بشرط الكتابة، بل أضاف أنه يجب أيضاً على بيانات معيّنة ذكرتها المادة ٣١٥ من القانون اللبناني وهي:

«يحتوي سند السحب على:

١. ذكر لكلمة سفتجة أو سند السحب في نصّ السند نفسه باللّغة المستعملة في كتابة هذا السند.
٢. التوكيل الصريح بدفع مبلغ معيّن.
٣. اسم الشخص الذي يجب أن يدفع (المسحوب عليه).
٤. بيان تاريخ الاستحقاق.
٥. بيان المحلّ الذي يجب أن يجري فيه الدفع.
٦. اسم الشخص الذي يجب الدفع له أو الذي يجب أن الدفع بناءً على أمره.
٧. بيان التاريخ والمحل اللّذين أنشئ فيهما السند.
٨. توزيع منشئ السند (الساحب)».

وأيضاً المشرع المصري قد نصّ في م. ٣٧٩/تجارة مصري على أن تشتمل الكمبيالة على البيانات الآتية:

١. كلمة كمبيالة مكتوبة في متن الصكّ وباللّغة التي كتب بها.
٢. أمر غير معلق على شرط بوفاء مبلغ معين من النقود.
٣. اسم من يلزمه الوفاء المسحوب عليه.
٤. ميعاد الاستحقاق.
٥. مكان الوفاء.
٦. اسم من يجب الوفاء له أو لأمره المستفيد:
   ١) تاريخ ومكان إصدار الكمبيالة.
   ٢) توقيع من أصدر الكمبيالة الساحب: على نحوٍ مقروء.

وقد نصّ المشرع اللبناني في الفقرات ٢-٣-٤ من م. ٣١٦ تجاري على حالات ثلاث تظلّ فيها الكمبيالة صحيحة رغم نقص بعض البيانات، وهذه الحالات هي:

١. إذا لم يبيّن في الكمبيالة تاريخ الاستحقاق فإنّها تعدّ مستحقّة الدفع لدى الإطلاع (م. ٣١٦/٢).
٢. إذا لم يذكر محل الدفع، فإن المحل المذكور بجانب اسم المسحوب عليه يعدّ محلاً للدفع ومحلاً لإقامة المسحوب عليه في الوقت نفسه (٣١٦/٣).
٣. إذا خلت الكمبيالة من ذكر محل الإنشاء فإنّها تعدّ منشأة في المحل المذكور بجانب اسم الساحب (٣١٦/٤).

وهذه الحالات هي حالات استثنائيّة واردة على سبيل الحصر، فلا يصحّ التوسّع فيها، إذ لا اجتهاد في مورد النصّ[١٢٢].

وأيضاً المشرع المصري قد أشار إلى حالة خلوّ الكمبيالة من البيانات الإلزاميّة وذلك في نصّ م. ٣٨٠/تجاري، وهذه الحالات هي استثنائيّة:

١. إذا خلت الكمبيالة من بيان ميعاد الاستحقاق اعتبرت مستحقّة الوفاء لدى الإطلاع عليها.

[١٢٢]- تمييز لبناني، ١٩٦٣/٢/٧، مجموعة حاتم، ج٥١، ص ٣٦، رقم ١٢.

٢. إذا خلت من بيان مكان الوفاء اعتبر المكان المبيّن بجانب اسم المسحوب عليه مكاناً للوفاء وموطناً للمسحوب عليه في نفس الوقت.
٣. وإذا خلت من بيان مكان الإصدار اعتبرت صادرة في المكان المبين بجانب توقيع الساحب.

نجد أن المشرع المصري واللبناني قد نصّا على نفس الأمور نفسها. ونستنتج أنّ هذه الأمور هي من الأمور الجوهريّة في كافة التشريعات.

أمّا السند لأمر أو السند الإذني فيشترط نفس الشروط الموضوعيّة التي يجب توافرها في الكمبيالة لا سيّما فيما يتعلّق بالأهليّة وسلطة التوقيع. وبالنسبة للشروط الشكليّة فقد نصّت عليها المادة ٤٠٣/تجاري يجب أن يحتوي السند الإذني على البيانات الآتية:

١. عبارة الأمر أو ذكر عبارة "سند الأمر" في نصّ السند نفسه المستعملة لكتابته.
٢. تعهّد غير معلّق على شرط بدفع مبلغ معيّن.
٣. ميعاد الاستحقاق.
٤. المحل الذي يجب أن يتمّ فيه الوفاء.
٥. اسم الشخص الذي يجب أن يتمّ الدفع له أو لأمره.
٦. التاريخ والمحل اللّذين أنشئ فيهما السند.
٧. توقيع منشئ السند (المحرّر).

ويتّضح من ذلك أن السند لأمر يجب أن يتضمّن نفس البيانات لصحّة الكمبيالة فيما عدا اسم المسحوب عليه، لأنّ السند الإذني في المبدأ بين شخصين هما المحرّر والمستفيد، ولأن المحرّر بدور الساحب والمسحوب عليه على السواء.

ومتى ما خلا الصكّ من أخذ البيانات الإلزاميّة السابقة لا يعد لأمر إلاّ في الحالات الثلاث التي نصّت عليهم م. ٤٠٤/تجارة:

١. إن السند الإذني الذي لم يذكر فيه تاريخ الاستحقاق قابلاً للوفاء لدى الإطلاع.
٢. إن السند الإذني الذي لم يذكر فيه محل الوفاء، فيعد محل السند محلاً للوفاء ولإقامة المحرّر في الوقت نفسه.

٣. إنّ السند الإذني الذي لم يذكر فيه محلّ إنشائه، يعدّ مكتوباً في المحل المبيّن بجانب اسم المحرّر.

وكذلك المشرّع المصري نصّ على نفس الحالات المذكورة في م. ٤٠٤ في المادة ٤٦٩منه. وفيما عدا الحالات الاستثنائيّة يبطل السند الإذني إذا خلا من أحد البيانات الإلزاميّة.

أمّا فيما يتعلّق بالشيك، فيجب أن يكون مكتوباً مثله مثل الأوراق التجاريّة بوجهٍ عام. الشيك صكّ مكتوب لا بدّ أن يتوافر على بيانات معيّنة استلزمها القانون، وهذه البيانات ذكرتها المادة ٤٠٩/تجاري:

«يشتمل الشيك على:

١. ذكر كلمة "شيك" مدرجة في نصّ السند نفسه باللّغة المستعملة لكتابته.
٢. التوكيل المجرّد عن كل قيد وشرط بدفع مبلغ معيّن.
٣. اسم الشخص الذي يجب عليه الدفع (المسحوب عليه).
٤. تعيين المحل الذي يجب أن يتمّ فيه الدفع.
٥. تعيين التاريخ والمحلّ اللذين أنشئ فيهما الشيك.
٦. توقيع مصدر الشيك (الساحب)».

وأيضاً نصّ المشرع المصري في المادة ٤٧٣ منه على الشروط الشكليّة أنه:

«ويجب أن يشتمل الشيك على البيانات الآتية:

١. كلمة شيك مكتوبة في متن الصكّ وباللّغة التي كتب بها.
٢. أمر غير معلّق بشرط بوفاء مبلغ معين من النّقود مكتوباً بالحروف والأرقام.
٣. اسم المصرف المسحوب منه.
٤. مكان الوفاء.
٥. تاريخ ومكان إصدار الشيك.
٦. اسم وتوقيع من أصدر الشيك».

إذا كان الأصل أن ترك أحد البيانات الإلزاميّة في الشيك يرتّب عليه بطلانه، إلاّ أنّ هذا الأصل يدرّ عليه استثناءان نصّت عليهما المادة ٤١٠/تجاري، وهما:

١. إذا لم يذكر في الشيك مكان الوفاء، فيعد المحل المذكور بجانب عليه محلاً للوفاء. وإذا ذكرت عدة أماكن بجانب الاسم فيكون الشيك واجب الدفع في المحل المذكور أولاً وإذا لم تتم الإيضاحات يكون الشيك واجب الدفع في مركز المسحوب عليه.
٢. إذا لم يذكر في الشيك مكان إنشائه، فيعد أنه أنشئ في المكان بجانب اسم الساحب، أما إذا لم يذكر في الشيك محل إنشائه ولا المحل بجانب اسم الساحب فإنّ الشيك يعد باطلاً. وأيضاً نصّت على هذه الاستثناءات م. ٤٧٤/تجاري مصري.

المطلب الثاني: الكفالة المصرفيّة:

لا تخضع الكفالة المصرفيّة لنظام قانوني خاص، بل تسري عليها القواعد العامة لعقد الكفالة التي نظّمها القانون المدني، مع الأحكام الخاصّة التي كونها تعدّ عملاً تجارياً وكذاالأحكام التي تفرضها بشكل خاص القوانين المصرفيّة[١٢٣]. فيلزم لصحّة عقد الكفالة توافر الشروط اللاّزمة لصحّة أي عقد وهي الرضا والمحل والسبب، فعقد الكفالة المصرفيّة تصرف قانونيّ صدر الأول عن الكفيل بإرادة حرّة غير مشوبة بأي عيب ليلتقي بالثاني الصادر عن الدائن بإرادة حرّة غير مشوبة بأي عيب[١٢٤].

من خلال هذا المبحث سوف نتناول مفهوم الكفالة المصرفيّة و خصائصها (الفقرة الأولى)، وشروطها (الفقرة الثانية).

[١٢٣]- علي جمال الدين عوض، مرجع سابق، ص ١٠٢.
[١٢٤]- محمد الكيلاني: عمليّات المصارف، الجزء الأول، الكفالات المصرفيّة وخطاب الضمان، دار الجيب للنشر والتوزيع.

الفقرة الأولى: مفهوم الكفالة المصرفيّة وخصائصها:

تعدّ الكفالة المصرفيّة إحدى أنشطة المصارف التي اقتضتها الحياة التجاريـــة لتســـيير أمورها، فكثيراً ما تتطلّب الحياة التجاريّة و بالذات في مجال التجارة الدوليّة وجود كفيل له امتداد سواء أكان بشكل مباشر أم غير مباشر، بحيث يسهل العمليّة التجاريّة لأطراف العلاقة.

والكفالة المصرفيّة كصورة من صور الضمان المصرفي تتمثّل في ضمّ ذمّة المصرف الكفيل إلى ذمّة عميله في ضمان الوفاء بالالتزام المكفول، كون المصرف بقدرته الماليّة التي تفوق قدرة الأفراد يتدخّل ليكفل أحد عملائه في مواجهة دائنيه[١٢٥].

وقد تكون الكفالة شخصيّة، من شخص يضمن وفاء العميل بإلتزاماته الناشئة عن تنفيـــذ الاعتماد، كأن يتمّ عقد بين المصرف والكفيل، لا يهمّ أن يشترك فيه المدين الذي قدّم الكفيـــل للمصرف، وقد يكفل ديناً مستقبليّاً يحدّد في الكفالة حدّه الأقصى وقد يكفـــل دينـــاً نشـــأ مـــن قبل[١٢٦].

القانون اللبناني في المادة ١٠٥٣ من قانون الموجبات والعقود، عرّف الكفالة بأنّها «عقد بمقتضاه يلتزم شخص تجاه الدائن تنفيذ موجب مديونه، إذا لم يقم هذا المديون بتنفيذه».

في قانون الموازنة اللبناني نص أنّ هناك نسبة يتم تحصيلها و دفعها مسبقا لإجـــراء العملية المصرفية المصنّفة كفالة تدفع سنوياً حسب التعاريف المصنفة من المصارف كجـــزء من الإجراءات لإصدار الكفالة و تتراوح بين ٢% و أكثر.

وتطبيق هذا التعريف على الكفالة المصرفيّة يعني التزام المصـــرف بتنفيـــذ موجبـــات عميله، تجاه دائن هذا العميل الذي يتأخّر عن تنفيذها.

والمشرّع المصري عرّف الكفالة من خلال نصّ م. ٧٧٢/مدني عندما ذهب إلى القول بأنّ «الكفالة عقد بمقتضاه يكفل شخص تنفيذ التزام بأن يتعهّد للدائن أن يفي بهذا الالتزام إذا لم يفِ به المدين نفسه».

---

[١٢٥]- المرجع نفسه، ص ٢٧.

[١٢٦]- محي الدين علم الدين إسماعيل، موسوعة أعمال المصارف، الجزء الثاني، ١٩٨٧، ص ١٧٨-١٧٩.

وعرّف الفقه الكفالة المصرفيّة بأنها عقد بمقتضاه يكفل المصرف تنفيذ التزام معيّن على العميل، بأن يتعهّد لدائن هذا العميل بأن يفي بهذا الالتزام إذا لم يفِ المدين نفسه (عميل المصرف) فالكفالة وفقاً لهذا التعريف تعني ضمّ ذمّة الكفيل إلى ذمّة الدائن الأصيل، وتتيح للدائن أن يقوي فرصته في الحصول على حقّه، ليس من مال المدين (المكفول عنه) ولكن أيضا من ماليّة شخص آخر (الكفيل) بحيث إذا لم يستوفِ كلّ دينه من أموال المدين فإنّه يرجع بكلّ الدين أو بالباقي على الكفيل.[١٢٧]

إضافة الى الكفالة المصرفية التقليدية، هناك الإلكترونية ،و مؤداها أن يتعهد المصرف بالوفاء بدين العميل قبل الغير إذا لم يقوم العميل بذلك، مما يؤدي الى زيادة الثقة و الإئتمان في العميل قبل الغير.

ومن خلال مجمل ما سبق، تتضح لنا الخصائص التي بها الكفالة المصرفيّة، سنتعرّض لها في نقاط متتالية:

١- <u>الكفالة عقد رضائي</u>:

الكفالة المصرفيّة كالكفالة بوجه عام عقد رضائي ينعقد بين العميل والمصرف دون الحاجة إلى إفراغه في شكل معين،و يمكن أن تتمّ الكفالة بأي طريقة سواء عن طريق اتصال هاتفي تلكس من المصرف لصالح الدائن.

والرضا في الكفالة لا يفترض وإنما لا بدّ أن يكون رضا المصرف بالكفالة صريحاً، بعكس الحال بالنسبة للدائن الذي يمكن أن يستشف رضاه ضمناً، لأنّ الكفالة غالباً ما تعقد لمصلحته[١٢٨]، أمّا المدين فلا أهميّة لرضاه فيجوز أن تعقد الكفالة دون علمه سواء رضي أم لا فهو أجنبي عن الكفالة، وهي تقوم لمصلحة الدائن وليس فيها ضرر على المدين.

لا تعتبر الكفالة المصرفية تجارية، إلا إذا نصّ عليها القانون أو كان المصرف هو الكفيل أو تاجرا لهم مصلحة في الدين المكفول.

---

[127]-Jean-Marc Mousseron, Jacques Raynard, Regis Fabre, Jean-Luc Pierre Droit du commerce international-Droit international de l'entreprise Litec.2000, p398-399

[١٢٨]- نبيل صبيح، مرجع سابق، ص ٥٨.

٢- <u>الكفالة المصرفيّة عقد ملزم لجانب واحد</u>:

تتميّز الكفالة المصرفيّة بكونها عقد ملزم لجانب واحد،أي أن هذا العقد لا ينشئ التزامات إلاّ على عاتق طرف واحد وهو المصرف الكفيل، فهو الذي يلتزم اتجاه الدائن بتنفيذ التزام المدين الرئيسي كلّما تخلّف هذا الأخير عن القيام به. لكن هذا الأمر لا يمنع من أن تكون الكفالة ملزمة للجانبين، إذا ما كانت مصدراً للالتزامات المتبادلة، فعندئذٍ تكون ملزمة للجانبين كما لو نصّ عقد الكفالة بين الكفيل والدائن مدّ الأجل مثلاً[١٢٩].

٣- <u>الكفالة المصرفيّة تقوم على الاعتبار الشخصي</u>:

حيث إن العميل الذي كان سبباً في إبرام عقد الكفالة فيما بين المصرف ودائنه محل نظر المصرف، من حيث ملاءته وثقته ووضعه المالي، لأنّ ذلك يتعلّق بالخطر الذي قد يلحق الكفيل نتيجة كفالة عميل لا يتمتع بثقته، فالضمان لا يمنح مقابل العوض إلاّ بناء على علاقة تقوم على الثقة بين الكفيل والمدين، لأنّ الكفالة تغطي شخصاً لا ديناً بالذات[١٣٠].

٤- <u>عقد الكفالة المصرفيّة عقد تبعي</u>:

عقد الكفالة عقد ثانوي تابع لعقد أصلي، لضمان تنفيذه. لا يمكن أن توجد الكفالة دون وجود التزام أصلي ترتبط به. والكفالة المصرفية بدورها ترتبط بالالتزام المكفول ارتباطاً مباشراً ليس فقط من حيث كون التزام الكفيل تابعاً في صحّته ومدّته للالتزام الأصلي، بل إنه يتبعه أيضاً في محتواه وآثاره، وعليه فصفة التبعيّة صفة إلزاميّة.

التساؤل الذي يفرض نفسه هل هذه التبعية تقودنا الى القول بأن الكفيل مقيد بشرط التحكيم الوارد في العقد الأصلي؟

---

[١٢٩]- نبيل صبيح: المرجع السابق، ص ٥٩.

[١٣٠]- محمد الكيلاني: المرجع السابق، ص ٢٩.

الفقرة الثانية: الشروط اللاّزم توافرها في الكفالة المصرفيّة:

لانعقاد عقد الكفالة المصرفيّة يجب توافر عدّة شروط، فهناك شـــروط شـــكليّة يجـــب توافرها وشروط موضوعيّة يجب توافرها لصحّة انعقاده.

في المجال المصرفي، إنّ الكفالة تتمّ دائماً في عقد مكتوب مستقل بذاته، فـــإنّ الكتابـــة تلعب دوراً هاماً في إثباتها، وخاصّةً فيما يتعلّق بالتاريخ وتحديد مبلغ الدين المضمون وتوقيع الكفالة.

بما أنّ الكفيل يلتزم تجاه الدائن، وبما أن الدائن يجب أن يقبل بكفالة الكفيل ليـــتمّ عقـــد الكفالة صحيحاً، فيقتضي أن يتحقّق رضى وأهليّة لكلّ من الكفيل والدائن. أمّا رضى المـــدين فلا أهمية له في الالتزام، بل تصحّ الكفالة رغم معارضته.

بالنسبة لأهليّة الكفيل، ففي الأصل، وبمقتضى القانون المدني، إن التزام المـــدين هـــو تبرّع، وبالتالي يجب توفّر فيه أهليّة التبرّع. أما بالنسبة لأهليّة الدائن، فلا يشترط فيـــه وهـــو الطرف الآخر في الكفالة إلاّ أهليّة التعاقد. ففي كلّ الأحوال يجب أن تكون الكفالة مقبولة من الدائن على وجه صريح، كما تنصّ عليه م. ١٠٦١ من قانون الموجبات والعقود.

وأيضاً هناك أهليّة للمدين، بما أن الكفالة هي عقد بين الكفيل والدائن، ولا يعتبر المدين طرفاً فيها، فالمطلوب هو رضى كل من الكفيل والدائن فقط، ولا حاجة إلى رضى المـــدين. فالكفالة تكون صحيحة بدونه.

يجب أن يكون رضى كل من الكفيل والدائن سليماً وخالياً من العيوب، وإلاّ كان الرضى باطلاً، والكفالة قابلة للإبطال.

المطلب الثالث: خطاب الضّمان:

تعد خطابات الضمان المصرفيّة إحدى أهم وأبرز وأكثر أنواع الضـــمانات المصـــرفيّة انتشاراً. وهذا ما هيأها لتقوم بدور بارز وفعّال في الحياة الاقتصاديّة، إذا تحلّ محل التـــأمين

النقدي الذي يطلب تقديمه في مجال عقود التوريد والأشغال العامة، كذلك في تنفيذ عقود القطاع العام ذات الأهميّة الكبيرة، حيث تشترط العديد من الجهات مقدمة العطاءات أن يقدم الراغب في تقديم عطائه لأحد المشاريع التي تمّ الإعلان عنها، تأميناً نقدياً يوازي نسبة معيّنة من مجموع قيمة العطاء لضمان جدّيته[١٣١].

لذا فإنّ خطاب الضمان المصرفي يعد أحد أهم العمليّات المصرفيّة التي تتمّ في إطار البيئة المصرفيّة، ولهذا الخطاب عناصر يقوم عليها، إضافة إلى العلاقات التي تنتج عنه.

لذا فإنّنا سنتناول ذلك من خلال هذا المطلب مفهوم خطاب الضمان (الفقرة الأولى)، والعلاقات الناشئة عن خطاب الضمان (الفقرة الثانية).

الفقرة الأولى: مفهوم خطاب الضمان وعناصره:

نظراً لأهميّة خطاب الضمان سوف نقوم بتعريفه وفقاً للمعنى اللّغوي والقانوني والقضائي نظراً للأهميّة الاقتصاديّة التي يتمتّع بها.

في التعريف اللّغوي للضمان فقد جاء أنّ تعريف الضمان مأخوذ من الضمن وهو الضمّ.

والضمان من عقود الإرفاق والإحسان وقد دلّ عليه القرآن الكريم. فقوال الله تعالى: «قَالُواْ نَفْقِدُ صُوَاعَ الْمَلِكِ وَلِمَن جَاءَ بِهِ حِمْلُ بَعِيرٍ وَأَنَاْ بِهِ زَعِيمٌ»[١٣٢].

أما وبالنسبة إلى التعريف الفقهي، فقد حاول الفقهاء إيجاد تعريف واحد لخطاب الضمان، إلاّ أنّ الآراء تباينت ولم تجتمع على تعريف واحد، فقد عرّف الفقيه مصطفى مرعي خطاب الضمان بأنه: «تعهّد مكتوب يصدره أحد المصارف بناءً على طلب بأنه، بصدد عمليّة أو غرض محدد، ويلتزم بموجبه أن يدفع لصالح طرف ثالث مبلغاً معيّناً من النقود عند أول

---

[١٣١]- سميحة القليوبي: الأسس القانونيّة لعمليّات المصارف، الطبعة الثانية ٢٠٠٣، النهضة العربيّة، ص ١٧٥.
[١٣٢]- القرآن الكريم: سورة يوسف، آية ٧٢.

طلب يتلقّاه من هذا الطرف خلال أجل سريانه وذلك رغم أيّة معارضة قد يحتجّ بها الزبـــون المضمون»[١٣٣].

الفقيه علي جمال الدين عوض كان تعريفه أكثر دقة من التعريفات الأخـــرى، والـــذي عرف خطاب الضمان على أنه: «خطاب الضمان تعهّد مكتوب يصدره المصـــرف الضـــامن بناءً على طلب» بأنّه الآمر بشأن عمليّة محدّدة أو غرض محدّد، يلتزم بموجبه المصرف بأن يدفع إلى طرف ثالث (المستفيد) مبلغاً من النقود عند أول طلب منه، سواء كان طلباً مجرّداً أو مبرّراً أو مصحوباً بتقديم مستندات محدّدة في الخطاب يقدّمه المستفيد، خلال أجل محدّد عادة أو غير محدّد، في أثناء سريان أجله رغم أية معارضة من الزبون المضمون أو المصـــرف الضامن[١٣٤].

وقد عرّف المشرع المصري خطاب الضمان من خلال نص م. ٣٥٥ تجاري مصـــري حيث نصّ على أنّ «خطاب الضمان تعهّد مكتوب يصدر من المصرف بنـــاءً علـــى طلـــب شخص يُسمّى الآمر بدفع مبلغ معيّن أو قابل للتعيين لشخص آخر يُسمّى المستفيد إذا طلب منه ذلك خلال المدّة المعيّنة في الخطاب ودون اعتداد بأية معارضة»[١٣٥].

ومن خلال هذا التعريف نجد أنّ أطراف خطاب الضمان ثلاثة أطراف هم:

١. المصرف الذي أصدر خطاب الضمان.
٢. العميل الذي تقدّم للمصرف طالباً إصدار خطاب الضمان.
٣. المستفيد وهو الذي يصدر خطاب الضمان لصالحه ويكون المصـــرف ملتزمـــاً قبله في حدود خطاب الضمان وخلال فترة سريانه.

---

[١٣٣]- مصطفى مرعي: خطابات الضمان، عمليّات ونظريّات، معهد الدراسات المصرفيّة،القاهرة، ١٩٧٥، ص ٤.

[١٣٤]- علي جمال الدين عوض: خطابات الضمان المصرفيّة، دار النهضة العربيّة، القاهرة، ٢٠٠٧، ص ١١.

[١٣٥]- وقد عرفه المشرع الكويتي من خلال نصّ م. ٣٨٢ من قانون التجارة الصادر بالمرسوم رقم ١٩٨٢/٦٨ حيث نصّ على أنه «تعهّد يصدر من مصرف على طلب عميل له (الآمر) بدفع مبلغ معين أو قابله للتعيين لشخص آخر (المستفيد) دون قيد أو شرط إذا طلب منه ذلك خلال المدّة المعيّنة في الخطاب. ويوضح في خطاب الضمان الغرض الذي صدر من أجله».

كم تجدر الإشارة إلى أنّ القواعد الدوليّة في الضمانات، وهي مجموعة غرفة التجـــارة الدوليّة رقم ٤٥٨ الخاصة بالضمانات لدى الطلب، ومجموعة غرفة التجارة الدوليّة رقم ٥٢٤ الخاصّة بصكوك ضمان العقود (Contrat Bonds)ومجموعة الانسترال للكفالات المســـتقلّة، وخطابات الاعتماد الضامنة (ستاند باي)، كلّها تجمع على أن من يصدر الضمان، يمكـــن أن يكون غير مصرف، سواء كان شركة ضمان، أم مؤسّسة ماليّة، أم أيـــة شـــركة أو هيئـــة أو شخص طبيعي. غير أنّ ما يهمّنا هنا هو خطاب الضمان بالمصارف، وهذا الخطاب يضمن به المصرف عميله ولا يضمن به نفسه، بينما تسمح مجموعة الأنسترال والمجموعة ٥٢٦ بـــأن يضيف الضامن نفسه[١٣٦].

تنصّ قواعد غرفة التجارة الدوليّة الموحّدة[١٣٧] على أن إصدار الضمان يجب أن يشمل معطي الأمر والمستفيد والضامن واتفاق الأسس المسبب لإصدار الضمان والمبلغ الإجمـــالي الواجب الدفع وتاريخ الانتهاء أو الواقعة المؤدية لانتهاء الضمان وشروط طلب الضمان وكل تخفيض لمبلغ الضمان، وتوجب ذات الآمر بطلب الضمان أن يحترم الشروط الـــواردة فـــي الخطاب، خاصة وأن الطلب يجب أن يكون حاسماً وليس غامضاً، ومن الناحية الشكليّة يجب تقديم طلب الضمان خلال المدة المحدّدة، بواسطة خطاب التعهّد من المصرف ويجب أن يكون ذلك في شكل كتابي، ويجب أن يكون طلب الضمان مبرّراً لتفادي التعسف[١٣٨].

ومما سبق يمكننا استخلاص أبرز عناصر خطاب الضمان وهي على النحو التالي:

---

[١٣٦]- الياس ناصيف: العقود المصرفيّة، المجلد الثاني، منشورات الحلبي الحقوقيّة، الطبعة الأولى،بيروت ٢٠١٤.

[١٣٧]- سميحة القليوبي: الأسس القانونيّة لعمليّات المصارف، الطبعة الثانية ٢٠٠٣، النهضة العربيّة، ص ١٧٥.

[١٣٨]- قامت غرفة التجارة الدوليّة بوضع قواعد تتعلق بالضمانات التعاقدية منذ سنة ١٩٧٨، ووضع القواعد الموحّدة المتعلقة بالضمانات لدى الطلب سنة ١٩٩٢. ودفعت أيضاً بلجنة الأمم المتحدة للقانون التجاري الدولي على إعداد مشروع اتفاقيّة متعلق بالضمانات المستقلة وخطابات الاعتماد المساندة والذي تبنّته الجمعيّة العامة للأمم المتحدة في دورتها المنعقدة ما بين ٢ و٢٦ أيار ١٩٩٥.

١- مبلغ الضمان:

يصدر خطاب الضمان مقابل مبلغ نقدي، يتعهّد المصرف بدفعه للمستفيد إذا طلب الأخير منه ذلك خلال المدة المحدّدة، ولا يتصوّر أن يكون بصدد خطاب ضمان بالمعنى الدقيق في حالة إذا ما كان موضوع تعهّد المصرف ليس نقوداً(١٣٩).

٢- مدة الضمان:

الأصل هو أن يصدر خطاب الضمان لمدّة محدّدة، أمّا إذا كانت الكفالة التي يتضمّنها خطاب الضمان غير محدّدة المدّة فتطبق عليها القواعد العامّة التي تطبّق على انقضاء العقد غير المحدّد المدّة. والمدّة في خطاب الضمان تعتبر عنصراً أساسيّاً فيه، إذ لا يصدر خطاب دون تحديد مدّة يسري خلالها التزام المصرف بخطاب الضمان، وهذه المدة هي التي يستطيع من خلالها المستفيد أن يطالب المصرف بدفع قيمة الضمان، وهذه المدّة تبدأ من تاريخ إصدار خطاب الضمان وتنتهي في التاريخ الذي تمّ تحديده من قبل الأطراف، كما أنه يمكن للمستفيد أن يطلب من المصرف بأن يدفع قيمة الضمان قبل حلول الأجل المحدّد، لأن هذا التاريخ هو كما ليس تاريخ استحقاق إنما تاريخ انقضاء لإلتزام المصرف.

إضافة إلى أن مدة الضمان تثبت استقلال خطاب الضمان عن عقد الأساس، فهي محدّدة بطريقة مستقلّة في وثيقة الضمان وهي لا تكون تابعة قانوناً للمدة المنصوص عليها في العقد الأصلي، مع ملاحظة أن التنسيق بينهما يكون بداهة متوقعاً(١٤٠).

٣- عقد الأساس:

هو العقد الذي يتمّ بين العميل الآمر (الآمر بالضمان) والمستفيد المستقبل من الضمان، وقد تكون مزايدة أو مناقصة أو مقاولة أو أي عقد آخر، ومنه ينشأ على العميل، عميل المصرف، الالتزام بتقديم الضمان(١٤١).

١٣٩- يعقوب يوسف صرخوه: خطاب الضمان المصرفي في القانون الكويتي، مجلة الحقوق، جامعة الكويت، السنة ١٧، العدد ٣ ربيع الأول ١٤١٤هـ، سبتمبر ١٩٩٣، ص ٣٧.

140 -Jean Stoufflet: La garantie bancaire à première demande، JDI، n. 2، 1987، p. 274.

١٤١- علي جمال الدين عوض: المرجع السابق، ص ٤٣.

٤- عقد الاعتماد بالضمان:

هو الذي يتمّ بين العميل والمصرف، وبه يطلب العميل إصدار خطاب بصيغة معيّنة إلى المستفيد منه، وقد يلتزم بتقديم تأمين وعمولة للمصرف ويتعهّد عن الضمان إذا دفع المصرف قيمته إلى المستفيد[١٤٢].

٥- أطراف خطاب الضمان:

أطراف خطاب الضمان بشكلٍ عام هم:

العميل الآمر وهو الذي يطلب من المصرف إصدار خطاب الضمان لصالح المستفيد، وبصيغة معيّنة، تنفيذاً لتعهّده بذلك في عقد الأساس. المستفيد هو الذي يصدر خطاب الضمان لصالحه من المصرف، وهو الطرف في عقد الأساس المبرم مع الآمر ويظلّ هو غريباً عن الضمان حتى يقبل الضمان صراحةً أو ضمناً.

المصرف الضامن هو المصرف الذي يصدر خطاب الضمان لصالح المستفيد بناءً على طلب العميل، ويتعهّد شخصياً بطلب العميل بدفع المبلغ المحدّد فيه للمستفيد، بالشروط الواردة فيه، وقد تتطلّب العلاقة أن يكون هناك مصرف آخر طرف فيها وهو ما يُعرف بالضمان المقابل والمباشر، حيث أنه قد يبرم العميل اتفاقاً مع المستفيد في الدولة (أ) والعميل من الدولة (ب) فإنّ العميل يلجأ إلى المصرف في بلده يطلب منه أن يصدر خطاب ضمان لمصرف المستفيد في البلد الأجنبي، وهذا المصرف هو من يصدر خطاب الضمان مباشرة له. هنا نكون أمام خطابي ضمان:

الأول الصادر من مصرف العميل لمصرف المستفيد، والثاني من مصرف المستفيد إلى المستفيد مباشرة، فالأول يسمّى الضمان المقابل والثاني يسمّى خطاب الضمان المباشر[١٤٣].

---

[١٤٢]- المرجع نفسه، ص ٤٣.

[١٤٣]- علي جمال الدين عوض: المرجع السابق، ص ٤٦.

الفقرة الثانية: العلاقات الناشئة عن خطاب الضمان:

خطاب الضمان ينشأ العديد من العلاقات القانونيّة تبعاً لتنوّع أطرافه، فإنّه يصدر ثلاث علاقات قانونيّة في حدّه الأدنى.

أ- العلاقة بين العميل الآمر والمستفيد

إن العلاقة التي تحكم بين العميل الآمر والمستفيد هو العقد المبرم بينهما، فهذا العقد هو الذي ينظّم التعامل بينهما، فالمستفيد قد يطلب من العميل الآمر أن يصدر له خطاب ضمان من أحد المصارف، لكي يتأكّد من إثبات الجدّية والدقّة في التنفيذ.

يعرف هذا العقد بعقد الأساس، لأنّه يعتبر بمثابة الخطوة الأولى في سبيل قيام عمليّة تجاريّة بين الطرفين، تمتدّ فيما بعد لتشمل عمليّات أخرى تقوم في أساسها على ضوء هذا العقد. ومن ثمّ فقد كان إطلاق مصطلح عقد الأساس على هذه العلاقة نتيجة لأنّ خطاب الضمان يصدر بمناسبتها، ويكون تنفيذاً لأحد المصارف الواردة فيها[١٤٤]. فعقد الأساس هو السبب في إصدار خطاب الضمان، حيث إن المصرف يصدر الخطاب تنفيذاً لالتزامه الذي تعهّد أمام البائع أو المقاول في هذا العقد، ولا ينظر إلى شخص المستفيد من الخطاب وإن كان يلتزم أمامه ولصالحه في الخطاب الذي يصدره[١٤٥].

خطاب الضمان المقدّم من قبل المصرف يعتبر ضماناً كافياً للمستفيد لا يقلّ أهميّة عمّا يوفّره التأمين النقدي، كونه يتضمّن شروطاً تجعله قابلاً للدفع من قبل المصرف من دون شرط أو معارضة من العميل.

إلاّ أنه وبالرغم من أن إصدار خطاب الضمان يقوم في أساسه على عقد الأساس وتنفيذاً لأحد بنوده، إلاّ أنّ تلك العلاقة تستقل من حيث الأصل عن الالتزام الناشئ عن خطاب الضمان، إلاّ إذا أثبت وجود غشّ أو تواطؤ ظاهر[١٤٦]. وأيضاً إن الوفاء لا يطلب إلاّ في حدود ما تمّ تنفيّذه من عقد الأساس، والمصرف وفقاً لمبدأ استقلال خطاب الضمان لا يدخل

---

[١٤٤]- رضا السيد عبد الحميد: عمليّات المصارف، مرجع سابق، ص ٣٣٧.
[١٤٥]- علي رضا جمال الدين: خطابات الضمان المصرفيّة، مرجع سابق، ص ١٧٨.
[١٤٦]- رضا السيد عبد الحميد: المرجع السابق، ص ٣٣٨.

نفسه في مشاكل تنفيذ عقد الأساس، لأنّه يعجز عن تقدير ما إذا كان العقد قد نفّذ أم لا، وهـذه القاعدة لا تطبّق إلاّ بين العميل الآمر والمستفيد.

ب- <u>العلاقة بين العميل الآمر والمصرف</u>:

يحكم العلاقة بين العميل الآمر والمصرف ويحدّد الالتزامات الناشئة عنها عقد الاعتماد بالضمان، وتبدأ هذه العلاقة بطلب يقدّمه العميل إلى المصرف لإصدار خطاب ضمان لصالح المستفيد وفقاً للبيانات التي يحدّدها العميل من حيث شخص المستفيد والمبلغ والمدّة. ومتى ما صدر خطاب الضمان فإنّ المصرف يصبح دائناً للعميل بقيمة خطـاب الضـمان والعمولـة والمصاريف[١٤٧].

ولشخصيّة العميل دور بارز في قيام هذه العلاقة، حيث أنه محل اعتبار لدى المصرف، لأنّ المصرف يحرص على انتقاء عملائـه مـن ذوي السـمعة الطيبـة الـذين يحترمـون تعهّداتهم[١٤٨]. ويحقّ للمصرف أن يطلب من العميل تقديم تـأمين مقابـل إصـدار خطـاب الضمان، وهو ما يطلق عليه غطاء خطاب الضمان، وهذا الغطاء قد يكـون نقـديّاً أو رهنـاً منقولاً أو عقاراً أو أوراق ماليّة أو تجارية، وقد يتمثّل هذا الغطاء في تنازل العميل عن حقّـه قبل المستفيد، وهذا ما نصّت عليه م. ٣٥٦ تجاري مصري «يجوز للمصرف أن يطلب تأميناً مقابل إصدار خطاب الضمان. ويكون هذا التأمين نقداً أو صكوكاً أو بضائع أو تنـازلاً مـن الأمر عن حقّه قبل المستفيد». وهذا الغطاء الذي يقدّمه العميل للمصرف إنّما هو تنفيذ وتأمين العلاقة بينه وبين المصرف ولا صلة للمستفيد بها[١٤٩].

إنّ المصرف يصدر صياغة الخطاب وفقاً للصياغة التـي يضـعها المسـتفيد ولـيس للمصرف أن يعدل في هذه الصيغة المقترحة إذا لم يوافق العميل على ذلك بناءً على اتفاقه مع المستفيد.

---

[١٤٧]- مصطفى كمال طه: المرجع السابق.

[١٤٨]- محي الدين علم الدين: موسوعة أعمال المصارف من الناحيتين القانونية والعمليّة، الجزء الأول، ١٩٨٧، دون دار نشر، ٥٦٦.

[١٤٩]- الطعن رقم ١٠٦ لسنة ٣٧ ق – تاريخ الجلسة ١٩٧٢/٣/١٤، مكتب فني ٢٣، ص ٤٠١.

كما يكون العميل ملزماً بأن يردّ للمصرف ما قد يكون قد دفعه للمستفيد نتيجة تعثّـر أو تأخّر العميل الآمر الوفاء بالتزاماتها تجاه المستفيد، ولكن يحقّ للعميـل أن يـرفض الإيفـاء للمصرف بما أدّاه للمستفيد في حال تجاوز المصرف الشروط المحدّدة في عقد فتح الاعتمـاد، مثلاً في حال قام المصرف بالوفاء للمستفيد بمبلغ يزيد عن الضمان المحدّد في العقد.

ج- <u>العلاقة بين المصرف والمستفيد</u>:

إنّ خطاب الضمان هو الذي يحكم العلاقة بين المصرف والمستفيد، وهذه العلاقة هـي مستقلة عن علاقة العميل الآمر بالمستفيد أو علاقة العميل بالمصرف، ولهذا السبب فإنّ هـذا يمكن المصرف أن يرفض الوفاء للمستفيد لأسباب ترجع إلى علاقة العميل بالمستفيد أو علاقة العميل بالمصرف. وهذا ما نصّ عليه المشرع المصري فـي م. ٣٥٨/تجـاري «لا يجـوز للمصرف أن يمتنع عن الوفاء للمستفيد لسبب يرجع إلى علاقة المصرف بالآمر أو إلى علاقة الآمر بالمستفيد».

إنّ الاستقلال الذي يتمّ به التزام المصرف تجاه المستفيد يأتي وفقاً لأن المستفيد قد قبـل هذا الخطاب بديلاً عن التأمين النقدي، فمن المنطق إحاطة حقّ المستفيد بكلّ ما يحميـه ضـد تسرّب الدفوع أو الاحتجاج بأيّ شروط أو قيود تجد مصدرها في وثيقة أخرى خارج حـدود البيانات والشروط التي يتضمّنها خطاب الضمان الموجّه للمستفيد[١٥٠].

وهذا ما أكّدته محكمة النقض المصرفيّة من خلال بعض أحكامها، حيث ذهبـت إلـى القول «إنّ خطاب الضمان وإن صدر تنفيذاً للعقد المبرم بين المصرف والمدين المتعامل معه، إلاّ أن علاقة المصرف بالمستفيد الذي صدر خطاب الضمان لصالحه، علاقة منفصـلة عـن علاقته بالعميل، إذ يلتزم المصرف بمقتضى خطاب الضمان وبمجرّد إصداره ووصوله إلـى المستفيد بوفاء المبلغ الذي يطالب به هذا الأخير باعتباره حقّاً له يحكمه خطاب الضمان ما دام هو في حدود التزام المصرف المبين به، ويكون على المدين عميل المصرف أن يبـدأ هـو

---

[١٥٠]- محمود مختار بريدي: الطبيعة القانونيّة لخطاب الضمان والفرق بينه وبين الكفالة، بحث ضمن خطاب الضمان من الناحيتين النظرية والعمليّة، مجموعة المحاضرات التي ألقيت في الدورة التدريبيّة عن خطاب الضمان، صادر عن مركز البحوث والدراسة القانونيّة والتدريب المهني القانوني، جامعة القاهرة، ص ٦٧-٦٨.

بالشكوى إلى القضاء إذا قدر أنه غير مدين للمستفيد أو أنّ مديونيّته لا تبرّر ما حصل عليه المستفيد من المصرف»[١٥١].

كما أن حقّ المستفيد على خطاب الضمان هو حقّ شخصي لا يجوز له تحويله ولا يجوز لدائنيه أن يستعملوا حقّه الثابت فيه. وليس لشخصيّة المستفيد أي اعتبار لدى المصرف، بل إن شخصيّة العميل هي موطن اعتبار لدى المصرف، لذلك فلا يلعب الاعتبار الشخصي أي دور بين المصرف والمستفيد، والعبرة من عدم السماح بتحويل الخطاب تعود إلى أنه يصدر ضمن عمليّة محدّدة المعالم هي: محل العلاقة بين العميل والمستفيد وفقاً لعقد الأساس المبرم بينهما.

ويرى جانب من الفقه أن عدم جواز تداول خطابات الضمان أو التنازل عنها يعود إلى أساس آخر وهو أن المبالغ التي يمثّلها خطاب الضمان خلال فترة سريانه وقبل أدائها إلى المستفيد ليست مملوكة له[١٥٢].

المطلب الرابع: مفهوم القروض المصرفية و اجراءاتها

إذا كانت الودائع هي المصدرالأول لأموال المصارف التجارية، فإن القروض هي الاستخدام الرئيسي لتلك الأموال.وعمليات الإقراض للعملاء هي الخدمة الرئيسية التي يقدمها المصرف التجاري، وفي نفس الوقت يعد المصدر الأول لربحه، لذلك فإن هناك اعتبارات يجب مراعاتها عند منح القروض بأنواعها المختلفة، بل ولا بد من وجود سياسات للإ قراض لإدارة العمليات المصرفية الخاصة بالقروض بكفاءة وفعالية.

لذا فإننا سنتناول من خلال هذا المبحث مفهوم القروض ووظائفها في (الفقرة الأولى)،لنعود و نتناول أهمية و إجراءات القروض المصرفية في (الفقرة الثانية).

---

[١٥١]- الطعن رقم ٢٩٤، لسنة ٣٥ ق- تاريخ الجلسة ١٩٦٩/٥/٢٧، مكتب فني ٢٠، ص ٨١١.

[١٥٢]- سميحة القليوبي: الأسس القانونية، عمليّات المصارف، مرجع سابق، ص ١٩٨.

الفقرة الأولى: مفهوم القروض المصرفية ووظائفها

تعرّف القروض المصرفية بأنها تلك الخدماتالمقدمة للعملاء، والتي يتم بمقتضاها تزويد الأفرادوالمؤسسات والمنشأت في المجتمع بالأموال اللازمةعلى أن يتعهد المدين بسداد تلك الأموال، وفوائدها والعمولات المستحقة عليها والمصاريف دفعة واحدة،أو على أقساط في تواريخ محددة، وتدعم تلك العمليةبتقديم مجموعة من الضمانات التي تكفل للمصرف استرداد أمواله في حالة توقف العميل عن السدادبدون أية خسارة.[١٥٣]

على الرغم من وجود العديد من تضارب الشروح و المفاهيم الاقتصادية للقروض إلا أن الجميع يتفق في كونها مبلغ مالي مدفوع من طرف الجهاز المصرفي للأفراد والمؤسسات بهدف تمويل نشاط اقتصادي في فترة زمنية محددة، وذلك بمعدل فائدة مسبقا، وبتغيير آخر، فإن القروض المصرفية تعتبر عملية تحويل مؤقتة لرأس المال من زبون اقتصادي لآخر وذلك قصد استغلاله في نشاط إنتاجي أواستهلاكي، يسدد المبلغ مضافا إليه قيمة الفائدة التي تعتبر تعويضا للمقرض على حرمانه من رأسماله.[١٥٤]

يمكن القول أن القروض هي من أفعال الثقة بين الأفراد، ويتجسد القرض في ذلك الفعل الذي يقوم بواسطته شخص ما هو الدائن، والمتمثل في حالة القروض المصرفية في المصرف ذاته، يمنح أموال إلى شخص آخر هو المدين، أو يعد يمنحها أياما أو يلتزم بضمانه أمام الآخرين، وذلك مقابل ثمن أو تعويض هو الفائدة.

يتضمن القرض الذي يعطى لفترة هي أصلا محدودة في الزمن لوعد من طرف المدين بتسديده بعد اقتضاء فترة يتفق عليها مسبقا بين الطرفين، وهناك الكثير من الأمور هي التي تدفع المصرف إلى القيام بهذا الفعل، فالقرض قبل كل شيء هو الغاية من وجوده كما سبقت الإشارة إلى ذلك.

يقوم المصرف أيضا بهذا الفعل نظرا للملاءة المالية للمدين أو الزبون، فالمصرف عندما يقوم بإقراض شخص معين فهو يثق في أن هذا الشخص مستعد وقادر على

١٥٣- نشرة توعية يصدرها معهد الدراسات المصرفية-دولة الكويت يونيو ٢٠١١ العدد الحادي عشر

١٥٤- حسين بلعجوز "محاضرات في تقنيات المصارف للسنة الرابعة المالية"، قسم علوم تجارية، المسيلة، ٢٠٠٣-٢٠٠٤

القيام بعملية التسديد متى حل تاريخ الاستحقاق وهو ملزم بدفع ثمن اكتساب حق استخدام هذه الأموال وفق الشروط والصيغ المتفق عليها.

نستنتج مما سبق ذكره أن كل عملية قرض، حتى تكون كذلك يجب أن يتوفر فيها عنصرين على الأقل:

الأول: ويتمثل في عنصر الثقة فالدائن له ثقة في أن المدين سوف يقوم بالتسديد في الموعد المحدد، وبصفة عامة فهو قادر على الوفاء بكل الالتزامات التي تعهد بها.

الثاني: ويتمثل في ضرورة وجود فجوة زمنية ما بين منح الأموال وما بين استرجاعها وليس قرضا إن لم تكن هذه الفجوة الموجودة.[١٥٥]

القانون اللبناني نصّ في العديد من مواده على القروض المصرفية فقد نصت المواد ١٥٧ و ١٥٨ و ١٥٩ من قانون النقد والتسليف على ما يلي:

المادة ١٥٧ نصّت على أنّه" تصنف توظيفات المصارف الى عمليات قصيرة الاجل وعمليات متوسطة الاجل او طويلة الاجل."

المادة ١٥٨ تناول : " القروض القصيرة الاجل هي جوهريا المساعدات الموقتة التي تسديها المصارف لخزينة زبائنها او الاعتمادات التي يؤمن تسديدها طبيعيا انتهاء العمليات التي اعطيت من اجلها ضمن مهلة لا تتعدى السنة".[١٥٦]

المادة ١٥٩ : " القروض المتوسطة او الطويلة الاجل هي التي تلزم صاحب المصرف بصفته مقرضا ، بتمويل عمليات او مشاريع لا تسمح بطبيعتها للمستقرض ان يفي ضمن مهلة السنة المبالغ التي استقرضها لتحقيق هذه العمليات والمشاريع."

وبما انه يتضح من المواد المذكورة اعلاه ان المشترع بعد ان صنف في المادة ١٥٧ من قانون النقد والتسليف توظيفات المصارف ، التي هي عمليات تسليف ، بحسب المادة ١٢١

١٥٥- الطاهر لطرش، تقنيات المصارف، الجزائر، المطبوعات الجامعية، ص ٥٥-٥٦.
١٥٦- قانونالنقدوالتسليفوانشاءالمصرفالمركزي، صادرفي ١ آبسنة ١٩٦٣.

، عاد ونص في المادتين ١٥٨ و ١٥٩ منه على القروض على اختلاف انواعها مما يدل دلالة واضحة على ان القروض تدخل ضمن اطار عمليات التسليف التي تقوم بها المصارف.

إضافة الى أهمية ووظائف القروض المصرفية لا بد لنا من أن نتطرق الى رسم الطابع المالي الّذي يرد على هذه المعملات المصرفية في هذا الإطار تطرح الإشكالية فيما إذا كان القرض المصرفي يعتبر من اعمال التسليف المصرفية ، فيخضع للرسم المقطوع ، ام انه يخرج عن نطاق التسليف المصرفي ، وبالتالي يخضع للرسم النسبي.

وبما انه يندرج تحت عنوان عمليات التسليف المذكورة عمليات عديدة ومتنوعة نصت عليها قوانين مختلفة منها قانون النقد والتسليف وقانون التجارة وسواها وهي تشمل القروض والحسومات والتسليفات وفتح الاعتمادات الخ ... وهذا امر مسلم به في الفقه المالي.

وبما ان ما جاء في الكتاب التوضيحي لحاكم مصرف لبنان بالموضوع رقم ١/٣٥٦ تاريخ ٩٨/٤/٢ يتفق مع هذا المفهوم حيث ورد فيه " ان عمليات التسليف المصرفية عديدة ومتنوعة ومن ضمنها عمليات اعطاء قروض استنادا الى عقد اقراض او الى عقد فتح اعتماد بالحساب الجاري وان كلا من عقد القرض وعقد فتح الاعتماد هي من الوسائل التي يلجأ اليها المصرف للقيام بعمليات التسليف."

وبما ان البند ٧٥ من الجدول رقم ٢ الملحق بقانون رسم الطابع المالي نص على فرض رسم طابع مالي مقطوع على : " كل معاملة تسليف مصرفية (فتح اعتماد ، اعطاء سلفة ... وغيره)".

وبما ان عبارة " فتح اعتماد واعطاء سلفة " الواردة في البند ٧٥ قد وردت على سبيل المثال لا الحصر بدليل ان المشترع اتبعها بكلمة " وغيره " وقصد بذلك اخضاع كل معاملة تسليف مصرفي مهما كان نوعها للرسم المقطوع.[١٥٧]

وبما ان القروض المصرفية تدخل كما سبق بيانه ضمن اطار عمليات التسليف المصرفي ، فتكون بذلك خاضعة لرسم الطابع المالي المقطوع.[١٥٨]

---

١٥٧ - بند ٧٥ من الجدول رقم ٢ الملحق بقانون رسم الطابع المالي نص على فرض رسم طابع مالي مقطوع.

ناهيك عن الأهمية التي تلعبها القروض المصرفية في الدورة الإقتصادية إنها أيضاً تتمتع بوظائف فعالة على الصعيد الإقتصادي .فوظيفة تمويل الإنتاج هي من الوظائق الأساسية و الضرورية التي تتمتّع بها القروض المصرفية فاحتياجات الاستثمار الإنتاجي المختلفة في الاقتصاد الحديث تستوجب توفير قدر ضخما من رؤوس الأموال، ولما كان من المتعذر على كل المنتجين توفير احتياجاتهم المالية من مدخراتهم الخاصة أصبح اللجوء إلى المصارف والمؤسسات المالية المختلفة بهدف الحصول على القروض أمراً طبيعيا وضرورياً لتمويل العمليات الإنتاجية والاستثمارية.

أيضاً وظيفة تمويل الاستهلاك من الوظائف المهمة و المقصود بها هو حصول المستهلكين على السلع الاستهلاكية بدفع ثمنها آجلا؛ إذ قد يعجز الأفراد عن توفير القدر المطلوب من السلع الاستهلاكية المشتراة بواسطة دخلهم الجاري، لذا يمكنهم الحصول على هذه السلع بواسطة القروض التي تقدمها لهم هيئات مختلفة.[١٥٩]

الفقرة الثانية: إجراءات و معايير منح القروض المصرفية

القرض المصرفي لا يمنح بسهولة بل هناك العديد من الإجراءات التي يتبعها المصرف عند منح العميل أو الزّبون القرض و أبرزها التالي:

الفحص الأولي لطلب القرض:

يقوم المصرف بدراسة طلب العميل لتحديد مدى صلاحيته المبدئية وفقا لسياسة الإقراض في المصرف، وخاصة من حيث الغرض من القرض و أجل الاستحقاق وأسلوب السداد. وتعتبر الانطباعات التي يعكسها لقاء العميل مع المسؤولين في المصرف، والتي تبرز شخصيته وقدراته بوجه عام وخاصة من حيث حالة أصولها، وظروف تشغيلها ذات أهمية بالغة في الفحص الأولي لطلبالقرض وعلى ضوء هذه الأمور يمكن اتخاذ قرار مبدئي إما

---

١٥٨ -موقع ديوان المحاسبة في لبنان -الإجتهادات والاراء الإستشارية - رأي استشاري رقم ١٩٩٨/١٩

-١٥٩ منير إبراهيم هندي، إدارة المصارف التجارية، مدخل اتخاذ القرارات، الاسكندرية، المكتب العربي الحديث، ط٣، ١٩٩٦، ص ٢١٥-٢١٦.

بالاستمرار في استكمال دراسة الطلب، أو الاعتذار عنه مع توضيح الأسباب للعميل حتى يشعر بالجدية في معاملة طلبه.[١٦٠]

التحليل الائتماني للقروض:

يتضمن تجميع المعلومات التي يمكن الحصول عليها من المصادر المختلفة، لمعرفة إمكانيات العميل الائتمانية السابقة للمصرف، ومدى ملائمة رأس المال من خلال التحليل المالي بالإضافة إلى الظروف الاقتصادية المختلفة، والتي يمكن أن ينعكس أثرها على نشاط المنشأة.[١٦١]

التفاوض مع المقترض:

بعد التحليل المتكامل لعناصر المخاطر الائتمانية المحيطة بالقرض المطلوب بناءا على المعلومات التيتمّ تجميعها، وكذلك التحليل المالي للقوائم المالية الخاصة بالعميل حتى يمكن تحديد مقدار القرض والغرض الذي سيستخدم فيه وكيفية صرفه وطريقة سداده، ومصادر السداد والضمانات المطلوبة وسعر الفائدة والعمولات المختلفة. بعد كل ذلك يتم الاتفاق على كل هذه العناصر من خلال عملية التفاوض بين المصرف والعميل للتوصل إلى تحقيق مصالح كل منهما[١٦٢].

١- اتخاذ القرار:

تنتهي مرحلة التفاوض إما بقبول العميل للتعاقد، أوعدم قبوله لشرط المصرف وفي حالة قبول التعاقد فقديتم إعداد مذكرة لاقتراح الموافقة على طلب القرض،والتي عادة ما تتضمن البيانات الأساسية عن المنشأةطالبة الاقتراض، ومعلومات عن مديونيتها لدى الجهاز المصرفي،وصف القرض والغرض منه والضمانات المقدمة ومصادر السداد

١٦٠- عبد الغفار حنفي، عبد السلام أبو قحف، الإدارة الحديثة في المصارف التجارية، الإسكندرية، المكتب العربي الحديث، ١٩٩٣، ص ١٦٥-١٦٦

١٦١- عبد الغفار حنفي، مرجع سابق ، ص ١٦٥-١٦٦

١٦٢- عبد الغفار حنفي، مرجع سابق ، ص ١٦٥-١٦٦

وطريقته،وملخص الميزانية للثلاثة سنوات الأخيرة، والتعليق عليها ومؤشرات السيولة و الربحية و النشاط و المديونية و الرأي الائتماني و التوصيات بشأن القرض .و بناءا على هذه المذكرة، يتم الموافقة على منح القرض من السلطة الائتمانية المختصة.[١٦٣]

٢- صرف القرض:

يشترط لبدء استخدام القرض توقيع المقترض على اتفاقية القرض، وكذلك تقديمه للضمانات المطلوبة، واستيفاءالالتزامات التي ينص عليها اتفاق القرض.[١٦٤]

٣- تحصيل القرض:

يقوم المصرف بتحصيل مستحقاته حسب النظام المتفق عليه وذلك إذا لم تقابله أي من الظروف السابقة عند المتابعة،و هي الإجراءات القانونية أو تأجيل السداد أو تجديد القرض لمرة أخرى.[١٦٥]

إضافة الى الإجراءات الّتي كنا قد تطرقنا إليها في المقطع أعلاه لا بدّ من تسليط الضوء على المعايير الّتي يتخذها المصرف من أجل منح عملاءه القروض الذي يحتاجون إليها من أجل البدء بتنفيذ مشاريعهم.

تسعى إدارة مركزية المخاطر قبل اتخاذ القرار الائتماني إلى الإحاطة بالمخاطر التي سيتعرض لها المصرف عند منح الائتمان،و أيضا تحديد مصادر تلك المخاطر،خاصة وأن هذه المخاطر هي وليدة عدد من العوامل تشترك جميعها في تحديد حجم المخاطر التي سوف تتعرض لها إدارة المخاطر،إلا أن العامل الجوهري ناتج عن رغبة العميل في تسديد ما بذمته من قروض وفوائد أو عدم قدرته على تحقيق الدخل المناسب لغرض إعادة القرض.

فقد أصبح من الأمور المتعارف عليها عند إدارة مركزية المخاطر ضرورة تحديد درجة المخاطر المرتبطة بها،من خلال تحليل مجموعة من المعايير المعروفة و هي:

١٦٣- عبد الغفار حنفي، مرجع سابق ، ص ١٦٥-١٦٦

١٦٤- عبد الغفار حنفي، مرجع سابق ، ص ١٦٥-١٦٦

١٦٥-عبد الغفار حنفي، مرجع سابق ، ص ١٦٥-١٦٦

١- القدرة على الاستدانة:

رغم أن القانون يعطي للعميل المحتمل الحق في التقدم للحصول على الائتمان إلا أنه يعطي لإدارة الائتمان في المصرف التجاري حقا آخر بمنح الائتمان أو رفض طلب العميل . ويعد معيار القدرة على الاستدانة،أحد أهم المعايير التي تؤثر في مقدار المخاطر التي تتعرض لها إدارة الائتمان.[١٦٦]

٢- شخصية العميل:

تعد شخصية العميل الركيزة الأساسية الأولى في القرار الائتماني، و هيا لركيزة الأكثر تأثيرا في المخاطر التي تتعرض لها المصارف التجارية .ولهذا،نجد أن أهم مسعى لإدارة الائتمان عند إجراء التحليل الائتماني هو تحديد شخصية العميل بدقة .فالأمانة و الثقة و المصداقية، و بعض الخصائص الشخصية الأخرى تشير كلها إلى حجم شعور العميل بالمسؤولية و هذا يعكس مدى التزامه بتسديد قروضه.[١٦٧]

٣- الضمان:

يأتي الضمان بمثابة تعزيز أو حماية من مخاطر معينة تتعرض لها إدارة الائتمان في المصرف التجاري عندما يتخذ القرار بمنح الائتمان،و لذا فإنه كلما زاد احتمال الخطر الذي يحيط بالعملية الائتمانية، كلما كانت الضمانات المطلوبة أكبر حماية لحقوق المصرف .ويقصد بالضمان مقدار ما يملكه العميل من موجودات منقولة وغير منقولة والتي يرهنها العميل لتوثيق الائتمان المصرفي.١٦٨

بما أنّ موضوع إدارة المخاطر هو من المواضيع الأساسية و الحساسة أصدر مصرف لبنان بموجب المرسوم رقم ٩٨٦٠ تعميم أساسي رقم ٧٥ يتعلق بالمصلحة المركزية للمخاطر

١٦٦- حمزة محمود الزبيدي،إدارة الائتمان المصرفي والتحليل الائتماني، مؤسسة الوراق للنشر والتوزيع،القاهرة، تاريخ النشر ٢٠٠٨/١/١، ص ١٦٧.

١٦٧- حمزة محمود الزبيدي،مرجع سابق، ص ١٦٧.

-١٦٨ حمزة محمود الزبيدي،مرجع سابق، ص١٦٧.االال

المصرفية يتمحور عملها حول جمع المعلومات عن الزبائن المدينين لدى مختلف المصارف والمؤسسات المالية و يتم منح المعلومات للمصرف أو المؤسسة المالية.

من أهدافها:

- تحفيز و زيادة التسليف لكافة شرائح المجتمع بهدف الانماء الاقتصادي والاجتماعي.
- تسهيل عملية اتخاذ القرارات من قبل مؤسسات الإقراض(مصارف ومؤسسات مالية) وذلك بتسهيل حصولهم على المعلومات (DATA) عن مدينيهم(عملائهم)
- تسهيل عملية مراقبة وادارة ملفات القروض من قبل المقرضين.
- التقليل من كلفة ومخاطر عمليات الاقراض.

أيضا هناك طلب الإستعلام و جواب الإستعلام بحيث أنّه على المصرف إرسال طلب استعلام عن مخاطر العميل عند تقدم العميل بطلب الحصول على تسهيلات من المصارف المشتركة في مصلحة مركزية المخاطر. يجب ارفاق مع طلب الاستعلام صورة واضحة عن بطاقة الهوية اواخراج القيد او جواز السفر بالنسبة للأفراد.امابالنسبة للمؤسسات يجب ارفاق صورة عن الاذاعة التجارية وصورة عن شهادة تسجيل الشركة مع ذكر الشكل القانوني للشركة واسماء الشركاء.

لا تقبل طلبات الاستعلام الا من المصارف و المؤسسات المالية ويأتي الجواب على الاعتمادات الممنوحة من مجمل المصارف .يمكن للمصرف الحصول على تفاصيل الاعتمادات الممنوحة لعميله من كل مصرف على حدة في حال رفع العميل عن نفسه السرية المصرفية.

يمكن اعلام الزبون شخصيا بمخاطره بعد الحصول على موافقة حاكم المصرف المركزي.

بالنسبة الى جواب الإستعلام في حال عدم و وجود اسم العميل ضمن هذه الملفات تقوم المصلحة بالجواب على طلب المصرف .يذكر مقابل بنود التسهيلات عبارة néant للدلالة على ورود اسم العميل ضمن ملفاتنا.

في حال وجود اسم العميل ضمن تلك الملفات تقوم المصلحة بالجواب على طلب المصرف وفقا لنموذج الإفادة عن الالتزامات وللإفادة عن معلومات للأفراد وعن الاشخاص المعنويين.

الهدف من جمع المعلومات المالية عن المقترضين، تخزينه او تحليلها ،تتحول بعدها الى أداة تساعد على:

- تحليل الائتمان« Credit Analysis
- اتخاذ قرارات التسليف المناسبة
- الرقابة المالية على محفظة القروض
- مراجعة و تقييم نوعية محفظة القروض
- تحديد المستوى الأمثل منها مخاطرة الذي يمكن تحمله الهدف الاساسي لممارسات التقييم و الضبط هو التأكد من الادارة الفعالة و العملية لمؤسسات الوساطة المالية المراقبة ، بالإضافة الى التأكد من حسن تطبيق النظم و القوانين.[١٦٩]

المبحث الثاني: ماهية الآثار المتخلصة من واقع اتفاق التحكيم أو أثر اتفاق التحكيم على العمليات المصرفية

في هذا المبحث سوف نتناول ماهية اتفاق التّحكيم على الأوراق التّجارية في المطلب الأول، أثر اتفاق التّحكيم على الكفالة المصرفية في المطلب الثّاني، و أثر اتفاق التّحكيم على خطاب الضمان في المطلب الثالث.

المطلب الأول: ماهية اتفاق التحكيم على الأوراق التجارية:

أشرنا أن الورقة التجارية تحتوي على بيانات ملكية محددة وفقاً لصريح القانون، لذلك فإنّ هناك العديد من التساؤلات حول اتفاق التحكيم في الورقة التجارية، وحول مدى جواز إدراج شرط التحكيم بالورقة التجارية وما هي آليات وضع مثل هذا الشرط وآثاره؟

١٦٩- تعميم مصرف لبنان رقم ٧٥ الصادر في حزيران ١٩٦٢.

وللإجابة على هذه الأسئلة سوف نتناول في هذا المطلب مدى جواز إدراج شرط التحكيم في الورقة التجارية (فقرة أولى)، الآثار القانونية لشرط التحكيم الوارد في الورقة التجارية (فقرة ثانية)، خصوصية آثار شرط التحكيم بالنسبة للشيك (فقرة ثالثة).

الفقرة الأولى: مدى جواز إدراج شرط التحكيم في الورقة التجارية:

إنّ التحكيم في المنازعات ذات الطابع المالي لا يثير مشكلة، لذلك لا يوجد ما يمنع من إدراج شرط التحكيم في الورقة التجارية، فإن اتفاق أطراف العلاقة المتعلقة بالورقة التجارية على اللجوء إلى التحكيم بشأن تسوية المنازعات الناشئة عنها يؤدي إلى تحقق الآثار القانونية لاتفاق التحكيم[١٧٠].

إن شرط التحكيم بالإمكان أن يكون واسعاً ليشمل كل ما يتعلق بالورقة التجارية، وبالإمكان حصره على بعض المواضع فقط، حيث يمكن قصره فقط على المناسبات المتعلقة بالوفاء، ومن ثم فلا يحق للهيئة النظر في المنازعات الأخرى كصحة الورقة التجارية من عدمها.

إنّ محكمة الاستئناف في هونج كونج كان رأيها مخالفا" للرأي المشهور للفقهاء عن جهاز التحكيم في الورقة التجارية، إذ نصبت في حكم لها إلى أن الورقة التجارية لا تكون صحيحة إذا تضمنت شرط تحكيم، لأن الحكم بأن شرط التحكيم ينطبق على الأوراق التجارية لا ينسجم مع المبدأ التجاري الذي خضعت له الأوراق التجارية دائماً. وأكّدت المحكمة على ضرورة تحديد نطاق الاتفاق حيث أشارت إلى أن "القول بأن الأوراق التجارية لا تخضع للتحكيم لا يجب طرحه إلا إذا كان هناك تعبير واضح في شرط التحكيم على أنه ينطبق على الأوراق التجارية".

---

[١٧٠]- محمد رضا السيد عبد الحميد، التحكيم في الشيك في ضوء أحكام قانون التجارة رقم ١٧ لسنة ١٩٩٩,ص ١٥.

وجاء في الفقرة الثانية من الحكم قول المحكمة "وفي هذه القضية لم يكن شرط التحكـيم محدداً ومستوعباً بدرجة كافية للأوراق التجارية كما هو الأمر في الشيكين المعروضين اللذين يسمح بإحالتهما للتحكيم".[١٧١]

في حكم أصدرته محكمة استئناف هونج كونج بتاريخ ١١ ديسمبر ١٩٩٩م في قضـية استئناف مدني رقم ١٢٦ لسنة ١٩٩٨ تتلخص وقائع النزاع في أن شركة صرافة قبلت التعامل مع عميل لها، على أن تتلقى منه أموالاً لاستثمارها في تجارة أسعار الصرف، وأعطى العميل شيكين لشركة الصرافة، ورفض المصرف المسحوب عليه صرف قيمتها، فرفعـت شـركة الصرافة دعوى مدنية ضد العميل. وأثناء النظر في الدعوى دفع العميل بأن الاتفـاق علـى الإتجار في العملات كان يتضمن شرط تحكيم ولما كان الشيكان بهذا الاتفاق فإنهما يخضعان للتحكيم أيضاً.

ومن خلال حكم المحكمة نجد أنها أشارت إلى عدم الانسـجام بـين شـرط التحكـيم والأوراق التجارية، ونرى أن المحكمة بهذا التعبير قد جافت الحقيقة وتجاوزتها، فالعلاقة بين التحكيم والأهداف التجارية علاقة تستمد قوتها من أطرافها، فشريحة التجار شريحة لها تقليدها الخاص، وهم يحرصون على اللجوء إلى التحكيم كوسيلة لتسوية النزاع فيما بينهم، فإن العلاقة بين التحكيم والأوراق التجارية علاقة مترابطة كحكمها البيئة والأطراف.

فإن ما ذهبت به المحكمة في حكمها بأن الورقة التجارية المتضمنة شـرط التحكـيم لا تكون صحيحة وبالتالي الحكم عليها بالبطلان، فهذا الرأي مخالف للقاعدة القانونية التي تنص على أنه لا بطلان إلاّ بنص، ومن ثم فإنه لا يوجد نص تشريعي ينصّ بأن الورقة التجاريـة المتضمنة شرط تحكيم، غير قابلة للتحكيم[١٧٢].

إنّ المحكمة استندت في حكمها هذا على أساس أن الورقة التجارية خضعت منذ عرفت لمبدأ تجاري يجعل الاختصام بشأنها أمام القضاء. لذا فإن المحكمة في حكمها الذي أصدرته لم

---

[١٧١]- أشار إليه د. محي الدين علم الدين، تعليق على الأحكام، (1999) نشر في مجلة التحكيم العربي،دار النهضة العربية للنشر و التوزيع، القاهرة، العدد الثالث، أكتوبر ٢٠٠٠، ص ٩٣.

[١٧٢]- محي الدين علم الدين، موسوعة أعمال المصارف من الناحيتين القانونية والعلمية، الجزء الأول ١٩٨٧، ص ٩٣.

تكون موفقة في هذا الاستناد فنطاق التحكيم واسع ولا تقيده القيود التي يوردها المشرع في كل بلد، ومن ثم فإن مثل هذا الاستناد سيجعلنا نقول إن الجهة المنوط بها النظر في أي نزاع هي القضاء الوطني، وبالتالي فإن أي نزاع يحق للقضاء النظر فيه لا يجوز فيه التحكيم، وهذا رأي غير منطقي.

إنّ القاضي عاد وناقض ذاته في الفقرة الثانية من الحكم، حيث إنه نصب على عدم وضوح شرط التحكيم واستيعابه الشيكين محل النزاع، وذلك استناداً إلى أنه يشترط في التحكيم أن تتجه إرادة أطرافه إلى إحداث الآثار القانونية التي يرتبها، وحيث إن الأطراف لم ينصوا صراحةعلى مد اتفاق التحكيم على النزاع الدائر في الشيكات، فقد نصب القاضي إلى عدم صحة شرط التحكيم.

ومن خلال هذا الحكم نجد أن المحكمة غير مستقرة فيما يتعلق بإمكان التحكيم فهي تنفيه إذا كان على وجه الورقة التجارية، وتجيزه إذا كان في اتفاق مستقل ينص على التحكيم في الأوراق التجارية بوضوح[١٧٣].

إنّ الاتفاق على التحكيم في الورقة التجارية يأخذ صورتين:

الصورة الأولى: أن يدرج اتفاق التحكيم في العقد الأصلي، أو أن يبرم اتفاق تحكيم خاص بالورقة التجارية في عقد مستقلّ وفي هذه الصورة هناك عقد يتضمن اتفاقاً على تسوية النزاع المتعلق بالورقة التجارية عن طريق التحكيم، وهذه الصورة لا خلاف عليها حيث يعد اتفاق التحكيم المبرم بين أطراف العلاقة أنموذجاً لاتفاقات التحكيم الأخرى، بحيث ينص هذا الاتفاق على تسوية كافة النزاعات الناشئة عن العقد سواء من حيث التفسير أم التنفيذ أم أي نزاعات أخرى عن طريق التحكيم.

في حال لم يتضمن العقد الأصلي شرط تحكيم فإنه بالإمكان أن يبرم اتفاق تحكيم في عقد مستقل يتعلق بتسوية المنازعات الناشئة عن تفسير أو تنفيذ الورقة التجارية عن طريق التحكيم، مثل هذا الشرط يعد صحيحاً ويجب إعماله. في حال انتقال الورقة التجارية إلى الغير

---

[١٧٣]- محي الدين علم الدين، المرجع السابق،ص ١٥.

أو تظهيرها فإن المظهر إليه لا يمتد إليه شرط التحكيم المدرج في العقد وفقاً لمبدأ نسبية العقود.

الصورة الثانية: أن يكون شرط التحكيم مدرجاً في الورقة التجارية

إنّ السؤال الذي يطرح هنا، هل البيانات المدرجة في الورقة التجارية والتي حدّدها المشرع بيانات توفيقية، لا يجوز الخروج عليها، وبالتالي لا يجوز إدراج أي بيانات أخرى في الورقة التجارية؟

إنّ المشرع لم يكن يقصد بتحديد البيانات الإلزامية تقييد إرادة أطراف الورقة التجارية، أطراف العلاقة يتمتعون بكامل الحرية في إضافة ما يرونه من شروط أو بيانات لا تتناقض أو تنال من وضوح وتحديد البيانات الإلزامية.

الفقرة الثانية: الآثار القانونية لشرط التحكيم الوارد في الورقة التجارية:

إن وجود شرط التحكيم في الورقة التجارية يرتب أثران هامان:

الأول هو إيجابي يتمثل في حق كل طرف من أطرافها في الالتجاء إلى التحكيم، والثاني هو سلبي يتمثل بالتزام كل من طرفيها بعدم الالتجاء إلى القضاء للفصل فيما بينهما من نزاع حول الورقة التجارية، وإعمالاً لهذا الأثر يلتزم كل من الطرفين بعدم عرقلة استعمال الآخر لحقه في الالتجاء إلى التحكيم[١٧٤].

فالتحكيم وليد إرادة أطرافه، واتفاقهم على تسوية منازعاتهم المتعلقة بالورقة التجارية والتحكيم بدلاً من قضاء الدولة، يترتب عليه أن اتفاق التحكيم كأي عقد يحكمه مبدأ القوة الملزمة للعقود، النابعة من قاعدة العقد شريعة المتعاقدين، ويعد هذا المبدأ من المبادئ المستقرة في القانون الدولي للعقود[١٧٥].وشرط التحكيم هذا لا يمتد إلى غير أطراف الورقة التجارية، ما لم تكن هناك نية واضحة على ذلك.

---

[١٧٤]- د. فتحي والي الوسيط في القضاء المدني ١٩٨٠، ص١٧٧.

[175] -Berthold Goldman: La Lex mercatoria dans les contrats et L'arbitrage internationaux: réalité et perspectives، journal du Droit international، 1979، p475.

إنّ وجود شرط التحكيم في الورقة التجارية أو العقد المرتبط بها، لا يعد مانعاً من تصدي القاضي للحكم في النزاع، فهذا الشرط في أساسه ثمرة اتفاق الأطراف ويتعلق بمصالحهم الخاصة، ولا يعتبر متعلقاً بالنظام العام، لذا فإنه عندما يعرض النزاع على القضاء ويحضر الطرفان ولم يتمسك أحدهما بشرط التحكيم، فإن هذا يعد نزولاً ضمنياً منهما عن الشرط وما يرتبه من آثار، ومن ثم فإنه يجب على من يريد إعمال شرط التحكيم الدفع بوجود الشرط قبل الدخول في أي جدل متعلق بموضوع النزاع[١٧٦].

إنّ الفقه ذهب إلى القول بأنه هناك صعوبة تندثر بالأوراق التجارية، مكمنها يتمثل في أنه وفقاً لنصوص قانون المرافعات الحصري من م٢٠١ إلى م٢١٠ مرافعات مصري والتي تناول أوامر الأداء[١٧٧]قد أشارت إلى أنه يتعين البدء بطلب استصدار أمر أداء، وذلك بعد تكليف المدين بالوفاء لمدة خمسة أيام م٢٠٢ مرافعات مصري، ويصدر الأمر دون مواجهة وبناء على طلب على عريضة وفقاً لذلك فإن القاضي إذا لم ينتبه لوجود شرط التحكيم وأصدر أمراً بالأداء، فإن المدين يمكنه التظلم خلال عشرة أيام من تاريخ إعلامه بالأمر، وله أن يتمسك بشرط التحكيم في أسباب تظلمه، أما في حالة إذا ما انتبه القاضي – وهو ما يفترض تحققه– فعليه أن يرفض إصدار الأمر ويحدد جلسة لنظر الدعوى أمام المحكمة مع تكليف الطالب بإعلان خصمه وذلك حتى يتيح لذي الشأن التمسك بشرط التحكيم.

ويخضع الحكم الصادر في التظلم للاستئناف، كما يمكن الطعن في الاستئناف مباشرة في أمر الأداء مما يؤدي إلى سقوط الحق في التظلم.

ومن ثم فإنه لا يصح الاعتراض على ذلك بالقول بأن المادة ١/١٣ تحكيم مصري تستلزم تمسك الخصم بالشرط، مما يعني عدم جواز الحكم بعدم قبول الدعوى تلقائياً من جانب المحكمة، لأن هذا النص يفترض وجود "دعوى" ومواجهة بين الخصوم، أما وفقاً لنظام أوامر الأداء فلن يتسنى للخصم إبداء الدفع والتمسّك به[١٧٨].

---

[١٧٦]- د مختار بريدي، التحكيم التجاري الدولي، مرجع سابق، من ٦٣ وما بعدها.

[١٧٧]- يقصد بأوامر الأداء ما يصدره القضاء من قرارات بناء على طلب الخصم من غير مرافعة ودون تكليف الخصم الآخر بالحضور وفي غيبته وهي تعتبر سنوات تنفيذية..

[١٧٨]- د. مختار بريدي: القواعد الخاصة بالشيك، مرجع سابق ص ١٠٢.

الفقرة الثالثة: خصوصية آثار شرط التحكيم بالنسبة للشيك:

أكّد قانون التجارة المصري واللبناني على أنّ الشيك ينفرد بوظيفة كأداة وفاء، ومع سريان نصوص الشيك فإنه لن يكون متاحاً للمصرف الإمتناع عن الوفاء بقيمته عند تقديمه متذرعاً بعدم حلول التاريخ الثابت به، ومن ثم فإن المصرف يكون أمام خيارين هما: أما أن يكون لدى العميل رصيد يسمح له بالوفاء، وأما أن يعطي مقدم الشيك بياناً بعدم وجود رصيد[١٧٩].

إنّ مسألة جواز الاتفاق على التحكيم في الشيك ترتبط بمسألة جوهرية في مجال التحكيم وهي المسائل التي تدخل في نطاق التحكيم والمسائل التي تخرج منه. يستطيع المستفيد من الشيك ولوج الطريق المدني والطريق الجنائي بالمطالبة بقيمته فالمشرع قد أضفى على الشيك حماية جنائية الأمر الذي يعطي للمستفيد منه الحق في إقامة دعوى جنحة شيك دون رصيد، كما أن المستفيد من هذا الشيك يستطيع أن يلجأ إلى الطريق المدني سواء في صورة أمر أداء أم دعوى التزام وفي جميع الأحوال يرتب شرط التحكيم أثره أياً كانت صورته أو وقت الاتفاق عليه.

أما وبالنسبة للمظهر إليهم الشيك فإنه إن كان التظهير ناقلاً للملكية، وكان الاتفاق على التحكيم في عقد الأساس، فإن شرط التحكيم لا يسري على المظهر إليهم وفقاً لنص م١٢ تحكيم مصري حيث أنهم لم يوقعوا على اتفاق التحكيم، وهناك أسباب أخرى ساقها الفقه لعدم سريان شرط التحكيم في مواجهتهم كالدفوع المتمثلة في إعمال مبدأ نسبية أثر العقد، وفي تطبيق قاعدة تصفية الدفوع بالنسبة للحامل حسن النية في الشيك باعتباره ورقة تجارية[١٨٠].

وهو ذات الأمر بالنسبة للتظهير التوكيلي حيث يعتبر المظهر إليه من الغير أيضاً بالنسبة لعقد الأساس، إلاّ أن مركزه القانوني يختلف عن المظهر إليهم تظهيراً ناقلاً للملكية، حيث إنه في التظهير التوكيلي لا يسلك في شأن الدعاوى سوى الطريق الذي سلكه موكله

---

[١٧٩]- حيث تنص م٥٠٣ تجارة مصري: ١- يكون الشيك مستحق الوفاء بمجرد الاطلاع، وكل بيان يخالف ذلك يعتبر كأن لم يكن. ٢- وإذا قدم الشيك للوفاء قبل اليوم المبين فيه كتاريخ لإصداره وجب وفاؤه في يوم تقديمه وذلك باستثناء الشيكات الحكومية المتعلقة بأمر ثبات والمعاشات فلا تدفع قيمتها إلا في التاريخ المبين بها كتاريخ لإصدارها.

[١٨٠]- د. رضا السيد عبد الحميد، التحكيم في الشيك، مرجع سابق ، ص ١٧.

والمظهر أو المستفيد، فإذا كان التظهير التوكيلي قد تم إلى المظهر إليه من مظهر آخر فلا يسري في مواجهته شرط التحكيم لأنه لا يسري في مواجهة هذا المظهر الآخر، أما لو كان التظهير قد تم إليه من المستفيد الأول فإن شرط التحكيم الذي يلتزم به يسري في مواجهة المظهر إليه الوكيل[١٨١].

أولاً: أثر شرط التحكيم في الشيك كمنازعة مدنية:

ينطبق على التحكيم في الشيك كمنازعة مدنية، ما ينطبق على الأوراق التجارية بشكل عام من آثار، حكماً أشرنا سابقاً أنه يجوز إبرام اتفاق التحكيم على الورقة التجارية وهذا الأمر ينسحب على الشيك أيضاً، وتتحقق صور الإبرام التي أشرنا إليها سواء في ورقة الشيك ذاتها أو في اتفاق مستقل، أو في أن يشار إلى ذلك، في عقد الأساس[١٨٢]. من ثم فإن حدوث مثل هذا الاتفاق بين الساحب والمستفيد يؤدي إلى حرمان الأطراف من الالتجاء إلى القضاء الوطني لطلب الفصل في النزاع، سواء لجأ المستفيد إلى القضاء في صورة أمر أو في صورة دعوى إلزام.

إلاّ أنّ هناك تساؤلاً آثاره الفقه في هذا الجانب[١٨٣]،وهو حالة الإدعاء بالحق المدني من قبل المستفيد أمام المحكمة التي تنظر في جنحة الشيك بدون رصيد فهذا الإدعاء ينصب بصفة رئيسية على تعريض المستفيد عن الأضرار التي لحقت به من جراء ارتكاب الساحب لجريمة الشك بدون رصيد، ومناط هذا التساؤل الذي يثور حول هل الاتفاق على التحكيم في الشيك تغلق أيضا حق المستفيد في الإدعاء المدني أمام القضاء الجنائي أم أن هذا الإدعاء بمثابة أحد المتطلبات الرئيسية للدعوى الجنائية وبالتالي يطبق بشأنه ما يطبق بشأن أثر الاتفاق على التحكيم بالنسبة للقضاء الجزائي؟

---

[١٨١]- المرجع السابق، ص ١٨.

[١٨٢]- د. رضا السيد ذهب إلى اشتراط ذكر الشيكات بأرقامها وقيمها ضمن بنود هذا الاتفاق. حيث أنه ذهب إلى أنه في حالة الاتفاق على التحكيم دون أن ترد في هذا الاتفاق هذه الشيكات وأرقامها وقيمها، فإن شرط التحكيم لا يسري بشأن المنازعات التي تنشأ عنها، لأن عدم تضمين العقد لها يعني أن الأطراف قد تركوا مجال القضاء مفتوحاً عند نشوء أية منازعة خاصة بتلك الشيكات، التحكيم في الشيك، مرجع سابق ص ١٥.

[١٨٣]- .

إنّ المشرع المصري قام ببيان المقصود بالإدعاء بالحق المدني في نص المادة – ٢/٢٥١– إجراءات جنائية حيث نص على أنه "لمن لحقه ضرر من الجريمة أن يقيم نفسه مدعياً بحقوق مدنية أمام المحكمة المنظور أمامها الدعوى الجنائية في أي حالة كانت عليها الدعوى حتى صدور القرار بإقفال باب المرافعة طبقاً للمادة ٢٥٧ ولا يقبل منه ذلك أمام المحكمة الاستئنافية".

وقد عرّف قانون أصول محاكمات اللبناني الدعوى وحق الإدعاء في م–٧ منه على أنّ "الدعوى هي الحق الذي يعود لكل ذي مطلب بأن يتقدم به إلى القضاء للحكم له بموضوعه. وهي بالنسبة إلى الخصم الحق بأن يدلي بأسباب دفاع أو بدفوع ترمي إلى دحض ذلك المطلب، ويكون حق الإدعاء وحق الدفاع لكل شخص طبيعي أو معنوي لبناني أو أجنبي".

وقد عرّف الفقه الدعوى المدنية بأنها الدعوى التي يقيمها من لحقه ضرر من الجريمة بطلب تعويض عن هذا الضرر.

فالدعوى المدنية في حقيقتها دعوى تعويض إلاّ أنها تنشأ عن فعل خاطئ ضار يعد في نظر قانون العقوبات جريمة فهي مشتركة المصدر مع الدعوى الجنائية وهو الواقعة الإجرامية[١٨٤].

ولذلك فإن الاشتراك في المصدر أجاز إقامة الدّعويين أمام القضاء الجزائي فالمتضرر من الجريمة يقيم دعواه بالتعويض أمام المحكمة الجنائية بطريق التبعية للدعوى الجنائية ورغم وجود ارتباط بين هذين الدعويين إلا أن ذلك لا ينفي أن كلاً منهما مستقلة عن الأخرى في أركانها وموضوعها وخصومها وسببها وبالتالي فإن القضاء الجنائي عندما ينظر بالدعوى المدنية المرفوعة من المستفيد من الشيك إنما ينظر في حقيقة الأمر بدعوى مدنية متعلقة بحق خاص ويجود للمستفيد أن يتركها بل إنه يجوز له ابتداء ألا يرفعها، فدعوى التعويض أمام القضاء الجنائي يجب النظر إليها على أنها دعوى مستقلة عن الدعوى الجنائية وتعامل معاملة

[١٨٤]- د. رؤوف عبيد، مبادئ الإجراءات الجنائية، دار الفكر العربي،القاهرة، الطبعة الرابعة عشر، ١٩٨٢، ص ١٤٩ وما بعدها.

الحقوق الحالية الخالصة الأمر الذي يترتب عليه قفل باب الإدعاء المدني أمام المستفيد من الشيك إذا اتفق بشأنه على اللجوء إلى التحكيم[١٨٥]

ثانياً: أثر التحكيم في الشيك على الدعوى الجزائية

إنّ للشيك أهمية كبيرة في الحياة التجارية، لذلك سعى المشرع إلى توفير الحماية اللازمة له، وهذه الحماية تمثلت بأقصى درجاتها، حيث رتب المشرع على كل من يصدر شيك دون رصيد عقوبة جنائية وهذا ما نصت عليه م-٦٦٦- قانون العقوبات اللبناني "عقوبة الجريمة هي الحبس من ثلاثة أشهر إلى ثلاث سنوات".

أما التساؤل الذي يطرح في هذا الصّدد هل شرط التحكيم المتعلق بالشيك سواء كان في أصله أم في عقد مستقل يترتب عليه سد الطريق الجنائي أمام المستفيد، بحيث لا يستطيع رفع دعوى مباشرة أو عن طريق النيابة العامة إلى القضاء الجزائي؟.

إنّ الإجابة على هذا التساؤل تقتضي العودة إلى نص القانون الذي يتعلق بتسوية منازعات الشيك ففي قانون أ.م.م اللبناني في م-٧٦٢- تنص على أنه "يجوز للمتعاقدين أن يدرجوا في العقد التجاري أو المدني المبرم بينهم بنداً ينص على أن تحل بطريق التحكيم جميع المنازعات القابلة للصلح التي تنشأ عن تنفيذ هذا العقد أو تفسيره".

وكذلك نصت م-٧٦٧- أم.م على أنه "يجوز للخصوم الاتفاق على حل نزاع بطريق التحكيم ولو كان موضوعاً لدعوى مقامة أمام القضاء.. والمادة -٤/٥٣٤- من قانون التجارة المصري نصت على أنه "للمجنى عليه ولوكيله الخاص في الجرائم المنصوص عليها في هذه المادة أن يطلب من النيابة العامة أو المحكمة بحسب الأحوال وفي أية حالة كانت عليها الدعوى إثبات صلحه مع المتهم، ويترتب على الصلح إنقضاء الدعوى الجنائية ولو كانت مرفوعة بطريق الإدعاء المباشر، وتأمر النيابة العامة بوقف تنفيذ العقوبة إذا تم الصلح أثناء تنفيذها ولو بعد صيرورة الحكم باتا".

---

[١٨٥]- د. رضا السيد عبد الحميد، المرجع السابق، ص٨.

أصبح للشيك وضعية قانونية خاصة فإسقاط الحق الشخصي يؤدي الى إسقاط الحق العام و عدم الإدعاء بجرم عدم المؤونة لا يحرك دعوى الحق العام إذا يمكن القول بموازنة الحكم.

فمن خلال هذا النص نرى أن المشرع قد أتاح الصلح في هذه الجريمة وبالتالي السؤال الذي يطرح هل تسقط القاعدة القانونية الشهيرة أن كل ما يجوز فيه الصلح يجوز فيه التحكيم، على جريمة الشيك، أم أن هذه القاعدة لا تطبق كون المسائل الجنائية/ الجزائية لا يتوافر فيها شرط القابلية للتسوية عن طريق التحكيم.

سوف نكون أمام اجتهادين فقهيين للإجابة على هذا التساؤل وهم الأستاذ الدكتور رضا السيد عبد الحميد والأستاذ الدكتور محمد مختار بريدي، بحيث أن كّلاً منهما كان له رأي معين في هذا الموضوع مخالف للرأي الآخر وبعدهما نوضح الرأي الذي نرجّحه.

أ- رأي الأستاذ الدكتور رضا السيد عبد الحميد[١٨٦]:

يرى بأنه إذا كان الحق الذي تحميه القاعدة الجنائية حقاً خاصاً ويجوز التصالح بشأنه من قبل صاحبه فإن هذا الحق يجوز أن يكون محلاً للتحكيم، وفقاً للقاعدة القانونية لكل ما يجوز التصالح فيه جاز فيه الحكم، فالتصالح قد حولها إلى حق خاص محض لا يوجد أي صفة للحق العام.

وبما أن المشرع قد أجاز التصالح فيها وفي أي حالة كانت الدعوى وقضى بأن هذا التصالح حق خاص للمجني عليه وهو المستفيد، فإنه يترتب على ذلك أن الاتفاق على التحكيم بشأن المنازعات الناشئة عن الشيك يؤدي إلى غلق طريق القضاء الجنائي، ومن ثم فإنه لايجوز للمجني عليه أو المستفيد من الشيك أن يقيم جنحة شيك بدون رصيد سواء بالإدعاء المباشر أو عن طريق النيابة العامة.

[١٨٦]- د. رضا السيد عبد الحميد، التحكيم في الشيك، مرجع سابق، ص ١١ وما بعدها.

ويذهب إلى القول بأن اختيار الأطراف لتسوية منازعاتهم المتعلقة بالشيك بطريق التحكيم، فبقوله إن الأطراف هم من اختاروا طريق التحكيم كوسيلة لفض منازعاتهم، ويترتب على هذا الاختيار تنازلهم عن اللجوء إلى الطريق القضائي سواء المدني أو الجنائي.

ب- رأي الأستاذ الدكتور محمود مختار بريدي[١٨٧]:

يرى بأن إدراج شرط التحكيم في الشيك لا يحرم حامل الشيك من الحماية الجنائية، ومن ثم فإنه لا يمكن لساحب الشيك إذا تولت النيابة العامة التحقيق معه وأحالته للمحاكمة الجنائية، أو إذا حرك المستفيد الدعوى الجنائية عن طريق الإدعاء المباشر أن يدفع بعدم قبول الدعوى لوجود شرط التحكيم.

ويذهب إلى القول بأن المسائل الجنائية لا يتوافر فيها شرط القابلية للتسوية عن طريق التحكيم، وينحصر دور الشرط في منع الحامل من طلب استصدار أمر أداء أو رفع الدعوى المدنية للمطالبة بقيمة الشيك، فهنا يكون لمن يتم الرجوع عليه من الملتزمين الدفع بعدم قبول الدعوى لوجود شرط التحكيم. وكذلك يكون له ذلك إذا صدر حكم في الدعوى الجنائية بالإدانة، وتم رفع دعوى تعويض عن الأضرار المترتبة على الجريمة لأن المسائل المالية المرتبطة بها بخلاف المسائل الجنائية يجوز فيها التحكيم وفقاً لنص م-١١- تحكيم مصري والمادة -٧٦٢- أ.م.م لبناني والمادة -٥٥١- مدني مصري والمادة -٧٦٧- أ.م.م فالأولى حددت نطاق التحكيم حيث أجازت التحكيم في المسائل التي يجوز فيها الصلح، والثانية تجيز الصلح في المصالح المالية التي تنشأ عن ارتكاب الجرائم.

فهو يرى أن التصالح الذي أجازه المشرع في الفقرة الرابعة من م-٥٣٤- تجارة مصري يأتي في مرحلة لاحقة على الجريمة وبعد تحريك الدعوى الجنائية، ويرى بأن المشرع لا يسمح بصلح يمنع تحريك الدعوى الجنائية، ومن ثم فقد خلص إلى القول إنه لا يمكن القول بأن إدراج شرط التحكيم في متن الشيك يمنع المستفيد من تحريك الدعوى الجنائية

---

[١٨٧]- د. محمود مختار بريدي، القواعد الخاصة بالشيك وفقاً لأحكام قانون التجارة رقم ١٧ لسنة ١٩٩٩ وتعديلاته، طبعة أولى، ٢٠٠٥، النهضة العربية، القاهرة، ص١٠٤ وما بعدها.

بالإدعاء المباشر عن طريق إبلاغ النيابة العامة، ويقتصر أثر التحكيم على منع اتخاذ الإجراءات القضائية أمام القضاء المدني.

ونحن نميل إلى الاتجاه الذي تتبناه الدكتور رضا السيد، حيث إنّ الطرق جميعها ستقودنا إلى الهدف ذاته الذي أراد المشرع الوصول إليه من خلال إجازة الصلح في الجرائم المتعلقة بالشيك وفقاً لنص م-٤/٥٣٤٦- وبما أن لإرادة الأطراف دوراً بارزاً وفعالاً في تحديد المسار الذي ارتضوه للفصل في نزاعهم المتعلق بالشيك، وقد جعل المشرع الحق في جريمة الشيك حقاً خاصاً، فإن لأطراف العلاقة أن يختاروا الطريق الذي يرونه مناسباً لفض نزاعاتهم.

و نحن نتبنى هذا الإتجاه بحيث نص قانون أصول محاكمات مدنية قد منع بإدخال شرط التحكيم في الأمور الجزائية و هذا الأمر برز بوضوح و كنا قد أشرنا اليه أعلاه.

المطلب الثاني: أثر شرط التحكيم على الكفالة المصرفية

إنّ للعقد الأصلي دوراً هاماً وبارزاً في قيام عقد الكفالة المصرفية، ولكن التساؤل الذي يمكن أن يطرح هنا حول أثر اتفاق التحكيم الوارد في العقد الأصلي على الكفيل (المصرف) سواء أكان هذا الاتفاق سابقاً لقيام النزاع أم لاحقاً له، فهذه الإشكالية تثير عدداً من التساؤلات من بينها هل يجوز للكفيل أن يتمكن بشرط التحكيم الوارد في العقد الأصلي؟ وما هو أثر الحكم الصادر من هيئة التحكيم بالنسبة للكفيل؟ وهل يجوز له أن يطعن ضد هذا الحكم؟ وبما أن عقد الكفالة يقوم في أساسه على عقد سابق له وهو العقد الأصلي المبرم بين الدائن والمدين، فإن التساؤل الذي يطرح نفسه هو حول مدى امتداد شرط التحكيم المدرج في أحد العقدين إلى أطراف العقد الآخر، وما هي الآثار المترتبة على ذلك، ومن أجل توضيح هذه المسألة سوف نتناولها من خلال تقسيم هذا المطلب إلى فقرتين في (الفقرة الأولى) مدى إمكانية تمسك الدائن بشرط التحكيم في مواجهة الكفيل، و(الفقرة الثانية) مدى تمسك الكفيل بشرط التحكيم في مواجهة الدائن والمدين.

الفقرة الأولى: مدى إمكانية تمسك الدائن بشرط التحكيم في مواجهة الكفيل

وضع الفقه عدّة أسس كسبب لإمكانية تمسك الدائن بشرط التحكيم في مواجهة الكفيل، حيث أنه قد يرد في العقد الذي يربط بين الدائن والمدين شرط تحكيم فهل يحق للدائن التمسك بهذا الشرط في مواجهة الكفيل، أم أن الكفيل يعد من الغير في هذه الحالة؟ لذا سوف نقسم هذه الفقرة إلى ثلاث فروع، نتناول في الفرع الأول نسبية أثر العقد على التمسك بشرط التحكيم ضد الكفيل وفي الفرع الثاني أثر تبعية عقد الكفالة الأصلي على التمسك بشرط التحكيم ضد الكفيل، وفي الفرع الثالث مدى اعتبار الكفيل منضماً أو مصدقاً على العقد الأصلي.

الفرع الأول: نسبية أثر العقد على التمسك بشرط التحكيم ضد الكفيل

إنّ بعضاً من الفقهاء ذهب إلى القول إن موقف الكفيل من الالتزامات التي يكلفها كموقف المدين، فهل التزام الكفيل هو تنفيذ الالتزام الأصلي في حال عدم قيام المدين به؟ فإن مؤيدي هذا الاتجاه يرون أن التزام الكفيل هو إلى حد ما صورة من التزام المدين الأصلي فالكفيل والمدين يأتيان في مواجهة الدائن على قدم المساواة[١٨٨]. وبناءً على ما تقدم يكون الكفيل ملزماً مثله مثل المدين الرئيسي بشرط التحكيم.

ولكن هذا الاتجاه تعرض للنقد، حيث إنه ووفقاً لمبدأ نسبية العقود المنصوص عليه في كافة التشريعات، حيث أن العقد لا ينتج آثاراً إلاّ فيما بين طرفيه وخلفهما العام أو الخاص، ومن ثم فإن العقد الأصلي لا يلزم سوى الدائن والمدين وخلفهما العام والخاص في الحالات وبالشروط التي تحددها م-١٤٥- مدني مصري[١٨٩]،والتي نصت على أنه "ينصرف أثر العقد إلى المتعاقدين والخلف العام دون إخلال بالقواعد المتعلقة بالميراث، ما لم يتبين من العقد أو من طبيعة التعامل أو من نص القانون أن هذا الأثر لا ينصرف إلى الخلف العام".

---

[188] - P. Ancel، Le cautionnement des dettes de l'entreprise، Dalloz، ed. 1989، n°18، أشار إليك إريك لوكان، ص ٢٣٦.

[١٨٩] - د.رضا السيد عبد الحميد، التحكيم في الكفالة المصرفية وخطابات الضمان، المرجع السابق، ص١٦.

وقانون الموجبات والعقود اللبناني عرف العقد "هو اتفاق بين طرفين أو أكثر يتعهد فيه كل منهما بأشياء أو وعود متبادلة بحيث ينفذها القانون".

كما أن التأكيد على أن الكفيل يقوم مقام المدين الأصلي في مواجهة الدائن ليس في واقع الأمر إلاّ وهماً، وذلك يتبين من خلال توضيح من هم أطراف العقد، فالنظرية التقليدية أخذت بالمعيار الإرادي لتكوين العقد فيعد طرفاً فيه كل من اشتركوا بإرادتهم في تكوين العقد سواء شخصياً أو بواسطة النيابة الكاملة ويكون غيراً ما عدا ذلك، وقد نصت م-١٠٦٩- من قانون الموجبات والعقود "إن الكفالة لا تتضمن التكافل بدون اتفاق صريح...".

لذلك ومن خلال هذا التعريف، فإنه يتبين بوضوح أنه تقتصر صفة الأطراف على أولئك الذين يعتبرون منشئين للتصرف القانوني، ومن ثم فإن الكفيل لا يعد طرفاً، حيث أنه لم يسهم بإرادته في خلق العقد المنشئ للدين المكفول، ولهذا السبب لا يكون طرفاً في شرط التحكيم الوارد في العقد. إن الأمر هنا يتعلق بكفيل وليس بمدين متضامن، ومما يعزز ذلك اختلاف أشخاص العقد الأصلي عن عقد الكفالة، وهذا الاختلاف محل الالتزام في كل من هذين العقدين، حيث إن محل التزام الكفيل يتمثل في تغطية الخطر الناشئ عن عدم وفاء المدين بدينه عند حلول أجله وتعويض الدائن عما أصابه من جراء تحقق هذا الخطر من أضرار. أما التزام المدين فهو الوفاء بالدين عند حلول أجله[١٩٠].

هناك اتجاه ذهب إلى القول بأن صفة الغير بالنسبة للكفيل المتضامن تستند إلى القول: إن المدين الأصلي والكفيل يعدان بمثابة المدينين المتضامنين ويمثلان بعضهما تبادلياً[١٩١].

لتوضيح وجهة النظر هذه، لا بد أولاً من بيان المقصود بالكفالة التضامنية، حيث عرفها الفقه بأنها تلك التي يكون فيها الكفيل متضامناً مع المدين بحيث يجوز للدائن أن يطالب أياً منهما بكل الدين، دون أن يستطيع الكفيل أن يدفع بالتجديد أو بالتقسيم أو بضرورة مطالبة المدين من قبله[١٩٢].

---

[١٩٠]- د. محمد نور شحاته، مرجع سابق، ص٩٤.

[١٩١]- د. رضا السيد عبد الحميد، التحكيم في الكفالة المصرفية وخطابات الضمان، المرجع السابق ، ص١٧-١٨.

[١٩٢]- د.رضا السيد عبد الحميد، المرجع السابق، ص١٨ وما بعدها.

فمركز الكفيل المتضامن في حقيقة الأمر لا يختلف عن مركز الكفيل البسيط اتجاه العقد الأصلي، كما أن الكفيل لو كان متضامناً لا يستوي مع المدين المتضامن لأنه يلتزم التزاماً تبعياً[١٩٣].

والفقه كان قد انتقد وجهة النظر التي تعد الكفيل المتضامن بمثابة المدين المتضامن في مواجهة الدائن استناداً إلى فكرة النيابة التبادلية بينه وبين المدين الأصلي، فمركز الكفيل المتضامن لا يستوي ومركز المدين المتضامن، وهذا ما نلمسه من خلال نصوص القانون المدني، وذلك لاختلاف مركزهما القانوني في مواجهة الدائن، وهذا ما نصت عليه م-٧٩٤- مدني مصري على أنه "يجوز للكفيل المتضامن أن يتمسك بما يتمسك به الكفيل غير المتضامن من دفوع متعلقة بالدين".

وأيضاً نصت م-١٠٧٢- من قانون الموجبات والعقود اللبناني "يحق للكفيل أن يطلب من الدائن في بدء المحاكمة وقبل أي دفاع في الأساس أن يداعي أصلاً المديون الأصلي في أمواله المنقولة وغير المنقولة... وفي هذه الحالة تقف مداعاة الكفيل إلى أن يتم التقاضي في أموال المديون ولكن ذلك لا يمنع التراخيص للدائن في اتخاذ الوسائل الاحتياطية في حق الكفيل.

إن الكفيل المتضامن لا يجوز له الدفع بعدم جواز مطالبته قبل مطالبة المدين ولا الدفع بالتجديد، فالكفيل المتضامن يظل محتفظاً بصفته ككفيل فلا يتحول إلى مدين، وعندما يتعلق الأمر بالدفوع الخاصة بالدين المكفول فإن قواعد الكفالة هي التي تطبق وليست قواعد التضامن[١٩٤].

فالكفيل المتضامن يختلف عن المدين المتضامن الذي لا يستطيع أن يحتج إلاّ بالدفوع المشتركة بين جميع المدينين المتضامنين معه أو بالدفوع الخاصة به، ولكن ليس من حقه

---

[١٩٣]- د. سليمان مرقص، الوافي في شرح القانون المدني، العقود المسماة، رقم ٣، المجلد الثالث، عقد الكفالة، ١٩٩٤، طبعة نقابة المحاميين بمصر، ص١٣٧.

[١٩٤]- د. رضا السيد عبد الحميد، المرجع السابق، ص٢٠.

الدفع بإنقضاء التزام مدين متضامن آخر بغير الوفاء إلاّ في حدود حصة هذا المدين، وهـذا على خلاف الكفيل المتضامن الذي يتمسك بإنقضاء الدين كله ولو لسبب غير الوفاء[١٩٥].

وهذا ما أكدته محكمة النقض المصرية حيث قضت بأن "التزام الكفيـل يظـل حسـب الأصل تابعاً للالتزام الأصيل فلا يقوم إلاّ بقيامه، ويكون للكفيل المتضامن وغير المتضامن أن يتمسك قبل الدائن بكافة الحقوق المتعلقة بالدين[١٩٦].

من خلال ما تقدم فإن الفقه قد انتهى إلى القول: إن الكفيل المتضـامن لا يعـد مـديناً متضامناً، ومن ثم فإنه لا يطبق مبدأ النيابة التبادلية بينهما، الأمر الذي يترتب عليه عدم جواز التمسك بشرط التحكيم الوارد في عقد الأساس في مواجهة الكفيل استناداً على المبدأ المذكور، فالكفيل يعتبر من الغير بالنسبة للعقد المكفول سواء أكان كفيلاً بسيطاً أم كفيلاً متضامناً[١٩٧]. وبناء على ذلك فالكفيل (المصرف) يكون أجنبياً بالنسبة لاتفاق التحكيم الذي يبرمـه الـدائن والمدين، ولا يمتد أثره إليه وفقاً لمبدأ نسبية أثر العقود، وعلى ضوء ذلك فالدائن لا يسـتطيع التمسك بشرط التحكيم المبرم بينه وبين المدين في مواجهة الكفيل لأن اتفاق التحكيم لا يلـزم الكفيل كونه أجنبياً عنه[١٩٨].

<u>الفرع الثاني: أثر تبعية عقد الكفالة الأصلي على التمسك بشرط التحكيم ضد الكفيل</u>

ذهب اتجاه من الفقه نحو اعتبار أن الكفالة المصرفية من خصائصها أنها مـن العقـود التبعية، التي تدور مع العقد الأصلي وجوداً وعدماً، لذلك فالتساؤل الذي يطرح في هذا الصدد هو حول الخاصية التبعية لعقد الكفالة وهل هي تمثل امتداد لشرط التحكيم الوارد فـي العقـد الأصلي إلى أطراف عقد الكفالة، بحيث يمكن الاحتجاج به عليهم؟

حيث أن شرط التحكيم ينتقل تبعاً لانتقال الحق الموضوعي إلى شخص من الغير، وهذا الأمر يجد تفسيره من الصفة التبعية التي يتميز بها شرط التحكيم، فعندما تثور إشكالية جعـل

---

[١٩٥]- د. رضا السيد عبد الحميد، المرجع السابق ، ص١٣٥.
[١٩٦]- الطعن رقم ٢٧ لسنة ٣٧ق، تاريخ الجلسة ١٩٧٢/١٢/٢٨.
[١٩٧]- د.سليمان مرقش أشار إليه د.رضا السيد عبد الحميد، المرجع السابق ص١٦.
[198] -Eric loquin، op، cit، p. 239.

نقل شرط التحكيم أو امتداده يقرر القضاء الفرنسي أن هذا الشرط ملحق ضروري للالتـــزام الأصلي[١٩٩]، إذ أنه أنموذج للحق المحال،[٢٠٠]،وأنه لا ينفصل عن جوهر العقد.

غير أن الفقه يرى أن شرط التحكيم الوارد في العقد الأصلي لا يدخل في نطاق تبعيـــة عقد الكفالة للعقد الأصلي يدخل في نطاق تبعية عقد الكفالة للعقد الأصلي، ومن ثـــم فإنـــه 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[٢٠١].

كذلك أن استقلال شرط التحكيم يظهر أيضاً في اختلاف محل كل من الشرط عن محل العقد الوارد به، فمحل شرط التحكيم يتمثل في الحل الإتفاقي للنزاع، بينما يختلف محل العقـــد الأصلي باختلاف موضوعه (بيع، إيجار، قرض...)[٢٠٢].

وكون أن الكفالة مختلفة عن الحوالة الأمر الذي لا يرتب عليها انتقـــال الالتـــزام مـــن المدين إلى الكفيل، فتبعاً لذلك فإن شرط التحكيم الوارد في العقد الأصلي لا ينتقل إلـــى عقـــد الكفالة، ولا يلتزم به الكفيل[٢٠٣].وبما أن شرط التحكيم وفقاًلاستقلاليته لا يعـــد تابعـــاً للعقـــد الأصلي فإنه من باب أولى ألا يكون تابعاً للعقد الذي يتبع العقد الأصلي. لذلك فإن من خلال ما سبق فإن شرط التحكيم الوارد في العقد الأصلي لا يمتد إلى الكفيل وفقاً لتبعية عقد الكفالة، كون استقلالية الشرط تعطيه نوعاً من الحصانة الخاصة، وبالتالي فلا يمكن الاحتجاج علـــى الكفيل.

الفرع الثالث: مدى اعتبار الكفيل منضماً أو مصدقاً على العقد الأصلي

إنّ القضاء الفرنسي كان متردداً حول مدى شرط التحكيم إلى الغير الذي لم يوقعـــه، إلاّ أنه ذهب في بعض أماكنه إلى اعتبار أن الغير خاضع لشرط التحكيم الوارد في العقد الأصلي

---

[199]- Paris، 15 Mars، 1966، Revue ed. L'arbitrage، 1966، p. 100 أشار إليه اريك لوكان ص ٢٣٣،

[200]- Paris، 28 Nov، 1989، Revue ed. L'arbitrage، 1990، p. 675، note. P. Mayer أشار إليه أريك لوكان ص٢٤٢،

[٢٠١]- د. رضا السيد عبد الحميد، المرجع السابق، ص٢٧.

[٢٠٢]- د. رضا السيد عبد الحميد، المرجع السابق، ص٢٨، د. محمد نور شحاته مرجع سابق، ص ٩٨.

[٢٠٣]- المرجع السابق.

رغم عدم توقيعه على العقد الذي يتضمن هذا الشرط استناداً إلى مدة الانضمام إلى العقد أو التصديق عليه أو قيام قرينة، على أن هذا الغير قد وافق ضمناً على هذا الشرط، ويمكن أن يطلق على هذا الشرط في هذه الحالة شرط التحكيم الضمني[٢٠٤].

فإن محكمة باريس قد قضت باختصاص هيئة التحكيم بنظر الطلب الفرعي بضمان العيوب الخفية الموجه إلى شخص ثالث (الشركة النمساوية Vath) لأنه قد تبين للمحكمة أن هذه الشركة قد شاركت في المفاوضات المتعلقة بعقد توريد قاطرات بين شركة السكك الحديدية التونسية وشركة (جانز) المجرية، وفي إبرام الصفقة، وكانت متمثلة عند التصديق على العقد ووقعت عليه، فهي بذلك ليست من الغير بالنسبة لشرط التحكيم[٢٠٥].

أيضاً إنّ القضاء الفرنسي في بعض أحكامه إلى عدم مد شرط التحكيم إلى الغير الذي لم يوقعه، ويتجلى هذا الموقف من خلال ما ذهبت إليه المحكمة عندما فصلت في النزاع الذي دار حول تمسك الكفيل بشرط التحكيم الوارد في العقد الأصلي، مستنداً إلى أن التزام الكفيل تابع للالتزام المكفول، وتتلخص وقائع النزاع في عقد أبرم بين شركة ذات مسؤولية محدودة (مدنية) وشركة أخرى (دائنة) وقد تضمن هذا العقد شرطاً تحكيمياً، إلا أنه كان قد أبرم في وقت سابق عقد كفالة، حيث إن مدير الشركة المدنية قد كفلها لدى الشركة الدائنة، ولم يتضمن عقد الكفالة أي شرط تحكيمي، وقد تعرضت الشركة المدينة لصعوبات مالية أدت إلى تصفيتها تصفية ودية دون أن تدفع الدين المستحق عليها للشركة الدائنة، مما حدا بالشركة الدائنة إلى مطالبة الكفيل قضائياً بأداء هذا الدين، فما كان من الكفيل إلا أن دفع بعدم قبول الدعوى وتمسك بشرط التحكيم الوارد في العقد الأصلي مستنداً على أن التزام الكفيل تابع لالتزام المكفول، ولا يجوز منعه من التمسك باختصاص التحكيم بنظر المنازعات المتعلقة بالعمليات التي نشأ عنها التزامه، إلاّ أن محكمة الاستئناف رفضت هذا الطلب. وطعن في هذا الحكم أمام محكمة النقض الفرنسية أنه "طالما أن قضاة الموضوع استندوا في حكمهم على أن دعوى الدائن ضد الكفيل قد ترتكز ليس على التزام المدين الأصلي، ولكن على العقد الذي سبق

---

[204] -V. La cour d'appel df Paris، 28 nov.، 1989، et 8 mars 1990، Rev. Arb 1990، p. 675 ets; cass Civ. 25 juin 1991، rev، arb، 1991، 443 ٢٩ أشار إليه د. رضا السيد، مرجع سابق، ص

[205] -Paris، 26 dec.، 1995 rev. arb.1997، p. 563. أشار إليه د. علي سيد قاسم، نسبية اتفاق التحكيم، مرجع سابق، ص ٦٤.

وأبرمه الكفيل مع الدائن، وأن هذا العقد، الذي بموجبه التزم الكفيل بصفة شخصية مطلقة بتغطية خطر عدم الوفاء بالدين الأصلي، لم يتضمن شرط تحكيم ولو بصورة ضمنية، فإن هؤلاء القضاة كانوا على حق عندما قرروا أن الكفيل لا يستطيع أن يتمسك بشرط التحكيم الذي لم يكن طرفاً فيه[٢٠٦].

ومن خلال وقائع هذا الحكم يتبين لنا عدة مسائل أدت إلى التوصل إلى اعتبار الكفيل في هذا الحكم من الغير ومن ثم فلا يحق له التمسك بهذا الشرط، كما لا يحق للآخرين مواجهته به، وحيث أن في هذا الحكم إن عقد الكفالة سابقاً للعقد الأصلي، ومن ثم فإن احتواء العقد الأصلي على شرط تحكيم يبين لنا جهل الكفيل بهذا الشرط وبالتالي لا يمكن مواجهته به، حيث إن المشرع قد نص صراحة على اتجاه إرادة الأطراف وبشكل صريح إلى الالتجاء إلى شرط التحكيم للفصل في منازعاتهم وهذا ما لم يتحقق من خلال هذا النزاع[٢٠٧].

بعد عرض هذه المسائل، فإن السؤال الذي يطرح يتمحور حول حالة إذا ما توافر العلم لدى الكفيل بوجود شرط التحكيم في العقد الأصلي وخصوصاً إذا كان عقد الكفالة لاحقاً للعقد الأصلي فهل يمتد إلى شرط التحكيم، وخاصة أن العقدين يهدفان إلى تحقيق غاية اقتصادية واحدة.

وللإجابة على هذا التساؤل سوف نتناول عدة صور لعقد الكفالة اللاحق للعقد الأصلي المتضمن شرط تحكيم وما هو موقف الكفيل من هذا الشرط.

<u>الصورة الأولى:</u>

في حالة ورود الكفالة في العقد الأصلي المبرم بين الدائن والمدين، وكان هذا العقد متضمناً شرط تحكيم، فإن الكفيل في هذا القرض يعتبر طرفاً في اتفاق التحكيم بمجرد توقيعه عليه ومن ثم يكون ملزماً بهذا الاتفاق[٢٠٨].

---

[206] -Cassation. Civil.du 22 Nov. 1977، revue. Arbitrage، 1978، p. 465 ،أشار إليه د. رضا السيد عبد الحميد، ص ٣٠

[207] -Cassation. Civil 1، 22 Nov. 1977، de l'arbitrage، 1978، p. 461، note Fauchard.

[٢٠٨]- د. مصطفى الجمال، عكاشة عبد العال، مرجع سابق، ص ٤٦٣.

الصورة الثانية:

تتمثل هذه الصورة في الإحالة الواردة في عقد الكفالة لشرط التحكيم المدرج في العقد الأصلي، ففي هذه الحالة يعتبر الكفيل طرفاً في اتفاق التحكيم وملزماً به، حتى ما توافرت شروط الإحالة[٢٠٩].

الصورة الثالثة:

تتجلى هذه الصورة من خلال عقد الكفالة الخالي من شرط التحكيم أو الإحالة إلى شرط التحكيم الوارد في العقد الأصلي. فهذه الصورة تعتبر الأبرز من إثارة الخلاف سواء في الفقه أو القضاء 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 كان منها مرتبطاً بشخص هذا الأخير، وبما أن اتفاق التحكيم هو دفع إجرائي، لا يرتبط بشخص المدين ويمكن للكفيل التمسك به، شريطة أن يكون على علم بهذا الشرط، و إذا لم يكن على علم به فإنه لا يمكن التمسك به في مواجهته[٢١٠].

ويرى الأستاذ الدكتور رضا السيد عبد الحميد إن مجرد علم الكفيل بوجود شرط التحكيم في العقد الأصلي ليس سبباً كافياً لمد أثر هذا الشرط على الكفيل، كما يوصى إلى ذلك حكم محكمة النقض الفرنسية ٢٢ نوفمبر ١٩٧٧ المشار إليه سابقاً، لأن ذلك يخالف صريح القانون الذي يشترط أن يكون شرط التحكيم مكتوباً أي موقعاً عليه من قبل الملتزم.

ونحن بدورنا نميل إلى ذات الاجتهاد الذي ذهب إليه الدكتور رضا السيد، حيث إن التحكيم كما سبق وأن أوضحنا يؤدي إلى نزع اختصاص وحق من الحقوق المكفولة دستورياً لهذا الغير، وهو حق الاختصام أمام القضاء الوطني، ومن ثم فإن التنازل عن هذا الحق لابد أن يكون صريحاً، وقد سبق الإشارة إلى الشروط التي حددها المشرع لاتفاق التحكيم ومن ضمنها اتجاه إرادة الأطراف صراحة إلى اللجوء إليه سواء عن طريق النص المباشر أو

---

[٢٠٩]- المرجع السابق.

[٢١٠]- أحمد عبد الكريم سلامة، المرجع السابق، ص٤٥٣.

الإحالة. وبالتالي فإنه في حالة انعدام الرغبة لدى الغير وعدم وجود ما يثبتها، فإنه يكون غير ملزم بشرط التحكيم الوارد في العقد الأصلي.

الفقرة الثانية: تمسك الكفيل بشرط التحكيم

العقد المبرم بين الدائن والمدين يحتوي على شرط تحكيم من أجل حل أي منازعة قد تنشأ بينهم، وكوننا الآن نتحدث عن الكفالة المصرفية فإن السؤال الذي يطرح هو أنه هل يحق للكفيل التمسك بهذا الشرط الوارد في العقد الأصلي في مواجهة أي من الدائن أو المدين عند حدوث نزاع بينه وبين أحدهم؟

للإجابة على هذا الموضوع سوف نقوم بتقسيم هذه الفقرة إلى فرعين، حيث نتناول في (الفرع الأول) تمسك الكفيل بشرط التحكيم في مواجهة الدائن، ونتناول في (الفرع الثاني) تمسك الكفيل بشرط التحكيم في مواجهة المدين.

الفرع الأول: تمسك الكفيل بشرط التحكيم في مواجهة الدائن

إنّ موضوع تمسك الكفيل بشرط التحكيم الوارد في العقد الأصلي أثار خلافاً فقهياً حول الأساس الذي يمكن الاستناد إليه. ذهب البعض أن أساس ذلك يعود إلى أن تمسك الكفيل بشرط التحكيم يجد سنده من خلال ما قرره المشرع للكفيل من التمسك بالدفوع المتعلقة بالدين المكفول، بينما ذهب اتجاه آخر إلى القول بأن سنده في ذلك يعود إلى فكرة الاشتراط لمصلحة الغير.

أولاً: مدى اعتبار شرط التحكيم من الدفوع المتعلقة بالدين المكفول:

أعطى المشرع الحق للكفيل بالتمسك بكافة الدفوع المتعلقة بالدين المكفول في مواجهة الدائن، عدا المتعلقة بنقص أهلية المدين حتى لو كانت الكفالة قد تمت بسبب نقص أهلية المدين وكان الكفيل على علم بذلك حيث نص م-٧٨٢- مدني مصري على ذلك بقولها "١- يبرأ الكفيل بمجرد براءة المدين، وله أن يتمسك بجميع الأوجه التي يحتج بها المدين، ٢-

على أنه إذا كان الوجه الذي يحتج به المدين هو نقص أهليته وكان الكفيل عالماً بذلك وقت التعاقد، فليس له أن يحتج بهذا الوجه".

وقد نصت م-١٠٧٧- م.ع لبناني "يحق للكفيل أن يدلي بجميع أسباب الدفع المختصة بالمديون الأصلي شخصية كانت أو عينيّة، ومن جملتها الأسباب المبينة على عدم أهلية المديون الأصلي".

وعلى ضوء هذه النصوص فقد أثار الفقه[٢١١]تساؤلاً حول شرط التحكيم الوارد في العقد الأصلي، فهل يجوز للكفيل الدفع بوجود هذا الشرط عند حدوث نزاع بينه وبين الدائن؟

للإجابة عن هذا التساؤل لابد أولاً من توضيح المقصود بالدفوع المتعلقة بالدين المكفول، حتى يتسنى لنا معرفة إذا كان يمكن إدراج شرط التحكيم فيها. بقصد الدفوع المتعلقة بالدين المكفول هي تلك التي تؤدي إلى إنقضاء أو تقليص الدين، وكل ما من شأنه التأثير على الدين المكفول سلباً أو إيجاباً (تجديد، إبراء، مقاسمة...) ويدخل ضمن هذه الدفوع الشروط التي تجعل التزام الكفيل أشد من التزام المكفول[٢١٢]، حيث نصت على ذلك م-٧٨- مدني مصري بأنه "١- لا تجوز الكفالة في مبلغ أكبر مما هو مستحق على المدين، ولا بشروط أشد من شروط الدين المكفول، ٢- ولكن تجوز الكفالة في مبلغ أقل بشروط أهون".

ونصت م-١٠٦٤- م.ع لبناني "لا يمكن أن تتجاوز الكفالة ما هو واجب على المديون الأصلي إلا فيما بالأجل" في العقد إلا حتى كان هناك اشتراط بمصلحته حيث جاء في أحد أحكامه "وحيث إن الرضا بالتحكيم أياً كانت صورته، له أثر نسبي وذلك لأن الاتفاق على التحكيم هو عقد شأنه شأن سائر العقود ولا يلزم إلا الأطراف الأساسية ومعلوم أن أطراف العقد هو من يصدر منه التعبير عن إرادة الالتزام فيساهم في تكوين العقد.. والأصل كقاعدة

---

[٢١١]- د. رضا السيد عبد الحميد، المرجع السابق ، ص٤٠ وما بعدها، أريك لوكان، مرجع سابق، ص ٢٥ وما بعدها.

[٢١٢]-د. رضا السيد عبد الحميد، المرجع الأعلاه.

عامة أن الغير لا ينصرف إليه آثار العقد حقاً كان أو التزاماً، واستثناء" من ذلك قد يستفيد الغير من العقد كما في حالة الاشتراط لمصلحة الغير...[٢١٣].

وفي محور دارستنا لابد أن نتساءل هل ينطبق هذا الأمر على شرط التحكيم؟ كما هو معلوم فإن التحكيم يلقي على الغير مجموعة من الالتزامات، تتمثل في عدم جواز اللجوء إلى القضاء وكذا في تحمل تكاليف التحكيم الباهظة، ومن ثم فهل ينطبق على شرط التحكيم هذا الاستثناء الوارد على مبدأ نسبية العقد؟؟ إن رأي الفقه[٢١٤]هو إلى اشتراط التحكيم لمصلحة الغير لا يرتب لهذا الغير إلا أثراً إيجابياً يتجلى من خلال إعطائه الحق في اللجوء إلى التحكيم إذا أراد، ولا يرتب عليه أثراً سلبياً حيث أنه لا يجبر على اللجوء إلى التحكيم، وعليه فإذا كانت ثمة هناك التزامات تقع على عاتق الغير من جراء هذا الاشتراط، فيما هي الإنتاج استعماله لحقه في هذا اللجوء.

إنّ هذا الرأي يفتح المجال للاختيار أمام هذا الغير المستفيد بأن يلجأ إلى التحكيم ويخضع بالتالي لكل الالتزامات الناشئة عنه، أو أن يرفض اللجوء. ومن ثم فإنه لن يتحمل تلك الالتزامات. وهذا يمثل نوعاً من الشروط الاختيارية الجائزة قانوناً[٢١٥].

وبناء على ذلك فإن الدفوع الإجرائية ليست دفوع للدين، وهي لا تتعلق إلاّ بالدعوى وليس بالحق ذاته، ولهذا السبب فإن الدفوع المرتبطة بالدين لا تتعلق بدفوع الإجراءات التي لا تؤدي إلى تخفيف أو انقضاء الكفالة. وهذه هي حالة شرط التحكيم الذي يكون محايداً بالنسبة لوجود الحق الموضوعي[٢١٦].

---

[٢١٣]- الطعن رقم ٢٠٠٤/٧٠م الدائرة التجارية ورقم ٢٠٠٤/٢٩م الإدعاء العام بتاريخ ٢٠٠٤/١٢/١٨م المحكمة العليا، سلطنة عمان، منشور في مجلة التحكيم، مرجع سابق، ص ٤٠٧.

[٢١٤]- د. رضا السيد عبد الحميد، المرجع السابق، ص٤٤ وما بعدها.

[٢١٥]- أشار إليه د. رضا السيد عبد الحميد، المرجع السابق، ص ٢٥.

V.G.I Goutal، L'arbitrage et les tiers، 1، le droit des contrats، rev. arb. 1988، p. 448.

[٢١٦]- د. رضا السيد عبد الحميد، المرجع السابق، ص٤٢.

ثانياً: الاشتراط لمصلحة الغير كأساس لتمسك الكفيل بشرط التحكيم:

أجاز المشرع للأشخاص التعاقد بأسمائهم بالتزامات يشترطونها لمصلحة الغير، حيث جاء في م-١٥٤- مدني مصري أنه "١- يجوز للشخص أن يتعاقد باسمه على التزامات يشترطها لمصلحة الغير، إذا كان له في تنفيذ هذه الالتزامات مصلحة شخصية عادية كانت أو أدبية. ٢- ويترتب على هذا الاشتراط أن يكسب الغير حقاً مباشراً قبل المتعهد بتنفيذ الاشتراط يستطيع أن يطالبه بوفائه، ما لم يتفق على خلافاً ذلك. ولكون هذا المتعهد أن يتمسك قبل المنتفع بالدفوع التي تنشأ عن العقد".

وقد نصت م-٢٢٧- م.ع لبناني " إن الصفة النسبية في العقود تحتمل شذوذات من الوجه الإيجابي فيجوز للمرء أن يعاقد باسمه لمصلحة شخص ثالث بحيث يصبح هذا الشخص دائناً للملتزم بمقتضى العقد نفسه. وإن التعاقد لمصلحة الغير يكون صالحاً معمولاً به:

"حينما يكون متعلقاً باتفاق ينشئه العاقد في مصلحته الخاصة مالية كانت أو أدبية.."

إن هذا النص هو استثناء من ضمن الاستثناءات التي نص عليها المشرع في القانون المدني على مبدأ نسبية أثر العقود، وقد ذهب القضاء العماني إلى القول بأن الغير لا يستفيد من شرط التحكيم الوارد.

الفرع الثاني: تمسك الكفيل بشرط التحكيم في مواجهة المدين:

عندما يقوم الكفيل بالوفاء بالدين المكفول، فإن هذا الأمر يخوله أن يحل محل الدائن في حقوقه بقوة القانون، وهذا ما نصت عليه م-١٠٨٤- م.ع لبناني "إن الكفيل الذي أوفى الدين على وجه صحيح يحل محل الدائن في جميع حقوقه وامتيازاته على المديون الأصلي بقدر المبلغ الذي دفعه..".

ونصت م-٧٩٩- مدني مصري "إذا وفى الكفيل الدين، كان له أن يحل محل الدائن في جميع ماله من حقوق قبل الدين. ولكن إذا لم يوف إلا بعض الدين، فلا يرجع بما وفاه إلا بعد أن يستوفى الدائن كل حقه من المدين". وطالما أن الكفالة عقدت صحيحة ونشأ عنها التزام

الكفيل بالوفاء دون غيره، ومن ثم فإن الكفيل يصبح له حق الرجوع ضد المدين، ويحل الكفيل في الحقوق التي تكون للدائن ضد الحديث"[٢١٧].

عند ورود شرط تحكيم في العقد الأصلي، فإن حق لجوء الدائن إلى التحكيم يعد أحد توابع حقه الموضوعي، ومن ثم فإن حلول الكفيل محل الدائن في هذا الحق يؤدي إلى حلوله أيضاً محله في الحق في الدعوى التحكيميّة[٢١٨].فالدين يمكن نقله إلى المحال مع ملحقاته وتوابعه[٢١٩].

إذا تمسك الكفيل بشرط التحكيم ضد المدين يأتي باعتبار أن هذا الشرط أحد توابع حق الدائن ضد المدينين، وقد انتقل إليه بموجب الحلول القانونية. ولا يتم التمسك بهذا الشرط باعتباره أحد الدفوع الناشئة عن الدين المكفول[٢٢٠].

المطلب الثالث: أثر اتفاق التحكيم على خطاب الضمان:

إنّ العلاقة بين خطاب الضمان وشرط التحكيم تثير العديد من المسائل على المستوى الإجرائي والموضوعي، فالضمانات المصرفية نجدها بشكل جلي في معظم عقود التجارة الدولية وخاصة العقود الاقتصادية الدولية، وهذه العقود هي أصل ظهور الضمانات المصرفية، ولا ريب فإن معظم هذه العقود تنص في الغالب على اللجوء إلى التحكيم في حالة نشوء أي نزاع بين الأطراف. لذلك فإن شرط التحكيم قد يرد ضمن بنود عقد الأساس، كما قد يرد في العقد المبرم بين المصرف والمستفيد أي عقد الضمان. الأمر الذي يؤدي إلى ظهور آثار معينة خاصة فيما يتعلق بالتزام المصرف بدفع قيمة خطاب الضمان عند طلب المستفيد.

لذلك ومن خلال ما تقدم فإننا سنقسم هذا المطلب إلى فقرتين للتناول في الفقرة الأولى اتفاق التحكيم الوارد في عقد الأساس، وفي الفقرة الثانية اتفاق التحكيم الوارد في خطاب الضمان.

---

[٢١٧]- د. رضا السيد عبد الحميد، المرجع السابق، ص ٦٥.
[٢١٨]- المرجع السابق ، ص٥٧.
[٢١٩]- Eric Loquin، op، cit، p2 .
[٢٢٠]- د. رضا السيد عبد الحميد، المرجع السابق، ص٥٨.

الفقرة الأولى: اتفاق التحكيم الوارد في عقد الأساس:

قد يحدث من الناحية العلمية أن يتم الاتفاق بين العميل الآمر والمستفيد في العقد المبرم بينهما، على إحالة جميع المنازعات التي قد تثور بينهما بمناسبة تنفيذ العقد إلى التحكيم للفصل فيها. والسؤال الذي يطرح في هذا الموضوع هو هل يستطيع العميل الآمر التمسك بشرط التحكيم في مواجهة المصرف للحيلولة بينه وبين الوفاء بقيمة الضمان إلى المستفيد، وهل يمكن للمصرف بدوره أن يحتج بشرط التحكيم في مواجهة المستفيد ويجعله ذريعة لعدم الوفاء بقيمة خطاب الضمان؟

الواقع من الأمر، فأن مجرد وجود شرط التحكيم في عقد الأساس لا يؤدي إلى تقييد حق المستفيد في المطالبة بقيمة الضمان حتى لو تم ذلك وفقاً للشروط المحددة في خطاب الضمان ذاته[٢٢١].

إننا سنتناول في الفرع الأول من هذه الفقرة الأساس القانوني لعدم الاحتجاج بشرط التحكيم الوارد في عقد الأساس، وفي الفرع الثاني أثر اتفاق التحكيم على تنفيذ المصرف التزامه وفي الفرع الثالث مدى خضوع حق المستفيد عن الضمان للتحكيم.

الفرع الأول: الأساس القانوني لعدم الاحتجاج شرط التحكيم الوارد في عقد الأساس:

كان هناك اتجاهات في الفقه آثارت الخلاف بشأن تحديد الأساس القانوني لعدم الاحتجاج بشرط التحكيم الوارد في عقد الأساس هما، الاتجاه الأول، حول استقلالية الضمانات المصرفية عن عقد الأساس كسبب لعدم الاحتجاج بشرط التحكيم.

يرى بعض الفقه [٢٢٢]، أن مبدأ الاستقلال بين خطاب الضمان وعلاقة الأساس ليس كافياً للقول بعدم جواز الاحتجاج بالدفوع الناتجة عن علاقة الأساس في مواجهة المستفيد. بل أن

---

[٢٢١]- د. أحمد مخلوف، اتفاق التحكيم كأسلوب لتسوية منازعات عقود التجارة الدولية، دار النهضة العربية، القاهرة، ٢٠٠١.

[٢٢٢]- د. رضا السيد عبد الحميد، عمليات المصارف، دار النهضة العربيّة، القاهرة، ١٩٩٢.

الحكم المذكور يجد أساسه في مبدأ نسبية أثر العقود المستقر في التشريعات الوطنية المختلفة [٢٢٣].

وإنّ هذا المبدأ يوضح أن العقد لا يرتب أي من آثاره المختلفة حقوقاً كانت أو التزامات إلا لأطرافه فقط. لذلك، فإن شرط التحكيم الوارد في علاقة الأساس لا يرتب آثاراً إلا بالنسبة لطرفيه فقط وهما العميل الآمر والمستفيد، وبما أن الأثر الملزم للشرط المذكور هو التزام طرفيه اللجوء إلى التحكيم لفض أي نزاع قد ينشب بينهما بمناسبة تنفيذ عقد الأساس، فإنه لا يجوز للعميل الآمر التمسك بشرط التحكيم عندما يثور نزاع بينه وبين المستفيد بسبب مطالبة الأخير بقيمة خطاب الضمان. وبناء على ذلك فقد ذهبت بعض أحكام القضاء إلى اعتناق هذا الأساس والقول بعدم الاحتجاج بشرط التحكيم الوارد في عقد الأساس في مواجهة المستفيد بشان المطالبة بقيمة الضمان، فقد ذهبت محكمة النقض الفرنسية في حكمها الصادر في ٣٠ ديسمبر ١٩٨٢ في قضية Creuost-lotre إلى تبني هذا الاتجاه حيث قضت بأن اتفاق التحكيم الوارد في العقدالأصلي لا يؤثر على تطبيق خطاب الضمان، فقد ذهبت إلى أن عدم نفاذ شرط التحكيم ليس مرتبطاً بصفة الشخص الذي يتمسك به لمعطى الأمر، أو الضامن، وإنما نتيجة لطبيعة خطاب الضمان، حيث أنه باعتباره بناء على الطلب الأول، فإنه يكون مستقلاً عن العقد الأصلي، وبناء عليه فإن الدفوع المستمدة من هذا العقد والتي يكون شرط التحكيم جزءاً منها غير نافذة وليس لها حجية [٢٢٤].

وهذا الحكم صدر عن محكمة النقض الفرنسية في المنازعة التالية: بتاريخ ١٢ أكتوبر ١٩٧٥ أبرمت شركة Creusot- lotre والمكلفة بتشييد مصنع للصلب في العراق، عقداً من الباطن مع شركة أخرى تدعى شركة Siegfried والتي أوكلت إليها القيام ببعض الأعمال المتصلة بعقد التشييد المشار إليه. وفي ١٢ أغسطس ١٩٧٦ تم تعديل هذا العقد الأخير (العقد من الباطن) بمحلق أطلق عليه البروتوكول رقم ٧، وفي ذات التاريخ سلم مصرف باريس وهولندا Paribas إلى شركة Creuost- lotre خطاب ضمان يتعهد بموجبه بأن يدفع بمجرد

---

[٢٢٣]- د. رضا السيد عبد الحميد، مسائل في التحكيم، دار النهضة العربيّة، القاهرة، ٢٠٠١.

[224] -Cass. Com cchomber commerciale le decembre 1982، rev arb، 1984،a4، p477، nde berteand moreau.

الطلب كل المبالغ التي سوف تقوم هذه الشركة بالمطالبة بها وفقاً لشروط ونصـــوص العقـــد المعدل بمقتضى البروتوكول المشار إليه، وذلك في حدود مبلغ (١١،٧٥٠،٠٠٠ فرنك).

وفي ذات اليوم قامت شركة Creuost- lotre، مستندة في ذلك إلى البرتوكول رقـــم ٧ وإلى التعهد الصادر عن مصرف Paribas، وإلى الإخـــلال مـــن قبـــل شـــركة Siegfried بالالتزامات الواقعة على عاتقها، بمطالبة المصـــرف المـــذكور بتســـهيل خطـــاب الضـــمان والحصول على قيمته.

ولما كان مصرف باريس وهولندا قد تحصل على ضمان من آخرين لضـــمان تعهـــده الصادر لصالح شركة Creusot-lotre، فإنه قـــام بمقاضـــاتهم وأيضـــاً مقاضـــاة شـــركة Siegfried في الدعوى المقامة ضد شركة Creusot- lotre ولقد أثارت Siegfried عقـــد طعنها بالنقض، على الحكم الصادر ضدها لصالح شركة Creusot-lotre بـــإلزام مصـــرف باريس وهولندا بدفع قيمة الضمان إلى هذه الشركة، وبإلزام الآخرين الضـــامنين للمصـــرف وكذلك شركة Siegfried، بدفع المبلغ المحكوم بها إلى المصرف لصالح شـــركة Creusot-lotre، بأن الحكم قضى بأن شرط التحكيم المدرج في عقـــد المقاولـــة عقـــد لا صـــلة لـــه بالالتزامات الواقعة على مصرف باريس وهولندا في مواجهة الشركة المســـتفيدة Creusot-lotre، في حين أن العلاقة الوثيقة بين كل من عقد الأساس وخطاب الضمان تكشف عن إرادة المصرف الموقع على هذا الخطاب في الخضوع لشرط التحكيم.

وردا على هذا الوجه من أوجه الطعن أصدرت محكمة النقض الفرنسية حكمها الـــذي سبق الإشارة إليه، والذي انتهت فيه إلى عدم جواز الاحتجاج بشرط التحكيم الوارد في العقـــد الأصلي المبرم بين العميل الآمر والمستفيد في مواجهة المصرف، وذلك بسبب استقلالية التزام المصرف في مواجهة المستفيد [٢٢٥].

وهذا الأمر يمتد لكل علاقات الضمان الأخرى (كالضامن المقابل) حيث قدرت محكمـــة استئناف باريس ذلك في حكمها في قضية Thomson عدم امتداد نفاذ شرط التحكيم الـــوارد

[٢٢٥]- أشارت إليه د. حفيظة حداد، المرجع السابق، ص ٤٢٦، وما بعدها.

في العقد الأصلي لروابط الضمان الأخرى، حيث أن المصرف الضامن، والمصرف الآخر الذي أعطى الضمان المقابل يعتبران أجنبيان عن العلاقة الأصلية[٢٢٦].

لذلك يبدو أن المحكمة عندما ذهبت إلى عدم امتداد شرط التحكيم إلى الضمان المقابل فإنها قد بنت حكمها على استقلال شرط التحكيم وليس على استقلال الضمان المقابل عن الضمان الأصلي وعن عقد الأساس، حيث إنها ذهبت إلى أن نطاق شرط التحكيم لا يمتد إلى النزاع المتعلق بتنفيذ اتفاقات الضمان المقابل.

وبناء على ذلك فإنه إذا كان استقلال الضمان وبنفس المنطق استقلال الضمان المقابل مستقل عن العلاقات الأخرى فإن ذلك يرتب عدم سريان شرط التحكيم بالنسبة لهما[٢٢٧].

وذهب جانب من الفقه إلى القول بأن الأساس القانوني لعدم الاحتجاج بشرط التحكيم ملأ للاكتفاء [٢٢٨]، حيث ذهبوا إلى القول بأنه إذا كان الاحتجاج بشرط التحكيم يستمد أساسه فقط من استقلالية الضمانات المصرفية، فإن هذا الأساس لا يكفي للقول بعدم الاحتجاج بشرط التحكيم الوارد في تلك العلاقة بشأن نزاع ناشئ عن الضمانة المذكورة، حيث أنه في الكفالة المصرفية نجد أنه لا يجوز الاحتجاج بشرط التحكيم المنصوص عليه في العقد المبرم بين المدين والدائن على الكفيل بالرغم من عدم وجود مبدأ الاستقلال بين هذا العقد والكلفة المصرفية كما سبق أن أشرنا إلى ذلك في المطلب السابق.

على الرغم من عدم وجود مبدأ الاستقلالية بين عقد الأساس والكفالة المصرفية، وعلى الرغم من أنه يجوز الاحتجاج في مواجهة الكفيل بالدفوع الناشئة عن هذا العقد، فإنه لا يجوز الاحتجاج في مواجهة الكفيل المنصوص عليه في العقد المبرم بين المدين والدائن في مواجهة الكفيل [٢٢٩].

---

226 - Paris، 2 Juin 1982، Dalloz، 1983، p. 434، note Vasseur.

227 -Bertrand Chambreuil: "Arbitrage Internahard et Gransties Bancaires، p. 38.

٢٢٨- د. رضا السيد عبد الحميد، مسائل في التحكيم، مرجع سابق ص٨١، د. حفيظة السيد الحداد، المرجع السابق، ص٤٢٨.

٢٢٩- د. رضا السيد عبد الحميد، التحكيم في الكفالة المصرفية وخطابات الضمانات، دار النهضة العربيّة، القاهرة، ١٩٩٨.

هذا بالنسبة إلى الاتجاه الأول والأساس القانوني القائم على استقلال خطاب الضمان والنقد الموجه له. أما بالنسبة للاتجاه الثاني والقائم على أساس طبيعة شرط التحكيم كسبب لعدم الاحتجاج به.

الاتجاه الثاني، طبيعة شرط التحكيم كسبب لعدم الاحتجاج به:

ذهب اتجاه آخر في الفقه [٢٣٠]، إلى القول بان الأساس القانوني لعدم الاحتجاج بشرط التحكيم الوارد في عقد الأساس في المنازعات المتعلقة بخطاب الضمان، بحد ذاته في شرط التحكيم باعتباره اتفاق تحكمه القاعدة العامة في العقود وهي النسبية في آثار العقود، حيث أن العقد لا يرتب آثار ولا التزامات إلا على عاتق أطرافه، وبما أن شرط التحكيم في طبيعته عقد، فإنه لا يرتب آثاراً إلا على أطراف العلاقة التي أبرمت هذا الشرط، وفي هذه الحالة فإن أطراف العقد هما العميل الآمر والمستفيد اللذان أبرما عقد الأساس المتضمن شرط التحكيم، فإنه عندما يثور نزاع بين العميل الآمر والمستفيد يتعلق بالمطالبة بقيمة خطاب الضمان. فإنه لا يجوز للعميل الآمر التمسك بشرك 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 المصرف لأنه لم يكن طرفاً في عقد الأساس الوارد به هذا الشرط [٢٣١].

وهذا ما أشارت إليه محكمة استئناف باريس في حكمها ١٤ ديسمبر ١٩٨٧ حيث 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 المصرف الضامن المقابل تجاه المصرف الضامن يقع على عاتق الأول بصفة شخصية وأصلية، وكل من المصرفين أجنبي بالنسبة لعقد الأساس، ومن ثم ليس طرفاً في اتفاق التحكيم، الأمر الذي ينعدم معه كل أثر لهذا الاتفاق على وضع الضمانات المصرفية موضع التنفيذ [٢٣٢].

---

[٢٣٠]- د. رضا السيد عبد الحميد، يؤيد هذا الاتجاه، Bertrand Chambreuil١٩٩٨، op cit، p39 ،

[٢٣١]- د. رضا السيد عبد الحميد،التحكيم في الكفالة المصرفية وخطابات الضمان، المشار إليه سابق، ص٣٢٤٢.

[٢٣٢]- د. رضا السيد عبد الحميد، التحكيم في الكفالة المصرفية وخطابات الضمان، المشار إليه سابقاً، ص٣٢٨٢،

وتتعلق الوقائع التي صدر فيها هذا الحكم بالتالي:

في ٢٩ ديسمبر ١٩٨٢ أبرمت شركة C.S.E.E عقدين مع ولايتي الجزائر وبوير 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 المتعاقدة معها. وبناء على التعليمات الصادرة عن هذه الشركة إلى مصرف B.N.P قام هذا الأخير بمطالبة المصرف الشعبي الجزائري بإصدار خطاب الضمان لصالح الأطراف الجزائرية (ولايتي الجزائر وبوير) متعهد المصرف الفرنسي بالضمان المقابل غير المشروط وغير القابل للرجوع فيه للمصرف الشعبي الجزائري، وبأن يدفع له بمجرد الطلب قيمة خطابات الضمان التي سوف يقوم بدفعها إلى الأطراف الجزائرية وتعهد أيضاً بأن لا يتمسك بأي دفع يستمد من العقد المبرم بين الأطراف الجزائرية وشركة C.S.E.E.

وبناء على ما تقدم تعهد المصرف الشعبي الجزائري، بتقديم الضمانات المقابلة من الدرجة الأولى إلى الأطراف الجزائرية وعلى أثر قيام المنازعات بين الأطراف في عقد الأساس، قام المصرف الشعبي الجزائري بمطالبة المصرف 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 المصرف الفرنسي من الدفع للمصرف الجزائري.

ولقد تمسكت الشركة الفرنسية من أجل تأييد طلبها بمنع المصرف الفرنسي من الدفع للمصرف الجزائري مستندة في ذلك أن المطالبة بقيمة الخطاب من قبل الأطراف الجزائرية المستفيدة ليس له ما يبرره إذ أن الالتزام بالوفاء بتلك القيمة قد انقضى وهو ما يجعل مطالبة الأطراف المستفيدة تنطوي على غش وتعسف من جانبها، ولقد تمسكت أيضاً الشركة الفرنسية بشرط التحكيم الوارد في عقد الأساس والذي يعطي الاختصاص لهيئة تحكيم يتم تشكيلها وفقاً لقواعد غرفة التجارة الدولية بباريس.

---

v.caer d'appele de Paris، 14 dec، 1987، n.arb، 1989. p.240. note vasseur، 1998.

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 الاحتجاج بشرط التحكيم الوارد في عقد الأساس على الضمان المقابل والضمان الأصلي باعتبارها من الغير في العقد الأصلي الذي ورد فيه شرط التحكيم [٢٣٣].

الفرع الثاني: أثر اتفاق التحكيم على تنفيذ المصرف لالتزامه:

إن لمبدأ النسبية التي يمتاز بها اتفاق التحكيم دوراً بارزاً في عدم امتداد هذا الاتفاق لغير أطراف علاقة عقد الأساس، فكما أشرنا سابقاً فإن هذا الاتفاق يظل محصوراً بين طرفي العلاقة. إلا أن الواقع يثير تساؤلاً عن هذا الاتفاق على تنفيذ المصرف لالتزاماته، حيث أنه قد يسعى العميل الآمر من خلال هذا الاتفاق إلى تجميد قيمة خطاب الضمان أو إيقاف الفصل في الخصومة بين المصرف والمستفيد بشأن الضمان إلى حين الفصل في النزاع القائم بينه وبين المستفيد، فهل لاتفاق التحكيم أثر على ذلك.

من أجل أن نتناول فكرة إعمال مبدأ عدم الاحتجاج بشرط التحكيم في مواجهة المصرف، فإننا سنتطرق إلى ذلك من خلال حديثنا عن الطابع المطلق لمبدأ عدم الاحتجاج بشرط التحكيم[٢٣٤].

يقصد بالطابع المطلق لعدم الاحتجاج بشرط التحكيم تجاه المصرف الضامن، هو عدم إمكانية التمسك بهذا الشرط بشكل عام سواء تعلق الأمر بمنازعة موضوعية قائمة بين المستفيد والعميل الآمر ناشئة عن عقد الأساس، أو تعلّق الأمر باتخاذ إجراء وقتي وتحفظي كطلب العميل الآمر عدم تسييل قيمة خطاب الضمان أو الحجز عليه وتجميده لدى المصرف [٢٣٥].

---

[٢٣٣]- أشارت إليه د.حفيظة السيد حداد، المرجع السابق، ص ٤٣١، وما بعدها.

[٢٣٤]- د. رضا السيد عبد الحميد، اتفاق التحكيم في خطابات الضمان، مرجع سابق، ص٨٤، وما بعدها، د. حفيظة السيد حداد، المرجع السابق، ص٤٣٢، وما بعدها.

[٢٣٥]- د. حفيظة السيد حداد، مرجع سابق، ص٤٣٣.

والسؤال الذي يطرح نفسه هنا من هي الجهة المختصة بمثل هذا الطلب هل هي هيئة التحكيم أم هو القاضي الوطني؟؟

بداية يجب الإشارة إلى أن هيئة التحكيم لا تختص في الأمر باتخاذ هذا الإجراء التحفظي وذلك لأن خطابها عموماً لا يوجه إلا إلى أطراف خصومة التحكيم، وبما أن الأمر بالتجميد يجب أن يوجه إلى المصرف الذي ليس طرفاً في هذه الخصومة، فإنه بناء على ذلك لا يجوز لهيئة التحكيمتوجيه الأمر بالتجميد إليه [٢٣٦].

وبما أن هيئة التحكيم غير مختصة فإن التساؤل الذي يطرح من هي الجهة المختصة بذلك؟؟نصت التشريعات الوطنية بشكل عام، وكذا المعاهدات الدولية ولوائح التحكيم [٢٣٧]، على منح القضاء الوطني صلاحية اتخاذ الإجراءات الوقتية والتحفظية، على الرغم من وجود اتفاق التحكيم بين الأطراف، حيث نص المشرع المصري على ذلك من خلال نص م-١٤- تحكيم على أنه "يجوز للمحكمة المشار إليها في المادة (٩) من هذا القانون أن تأمر بناءً على طلب أحد طرفي التحكيم باتخاذ تدابير مؤقتة أو تحفظية سواءً قبل البدء في إجراءات التحكيم أو أثناء سيرها، وتنص م-٩- على ما يلي:

١- يكون الاختصاص بنظر مسائل التحكيم التي يحيلها هذا القانون إلى القضاء المصري للشركة المختصة أصلاً بنظر النزاع أما إذا كان التحكيم تجارياً دولياً قد جرى في مصر أو في الخارج فيكون الاختصاص لمحكمة استئناف القاهرة ما لم يتفق الطرفان على اختصاص محكمة استئناف أخرى في مصر". لذلك ومن خلال ما تقدم هل تكون المحكمة المنصوص عليها في المادة -٩- هي صاحبة الاختصاص باتخاذ إجراء تجميد خطاب الضمان؟؟؟

٢٣٦- د. رضا السيد عبد الحميد، المرجع السابق، ص٨٧.

٢٣٧- نص المشرع العماني على ذلك من خلال م-١٤- من قانون التحكيم والتي نصت "يجوز للمحكمة المنصوص عليها في م-٩- من هذا القانون أن تأمر بناءً على طلب أحد طرفي التحكيم باتخاذ التدابير مؤقتة أو تحفظية سواءً قبل البدء في إجراءات التحكيم أو أثناء سيرها. ونص المشرع اليمني على ذلك من خلال نص م-١٨- تحكيم يمني مالي نصت على "إذا تم اتخاذ أي إجراء تحفظي أو مؤقت بواسطة المحكمة بناءً على طلب أحد طرفي التحكيم فإنه يكون صحيحاً ولا يناقض اتفاق التحكيم سواء تم الإجراء قبل البدء في إجراءات التحكيم أو في أثنائها. ونصت م-٩- من القانون النموذجي للتحكيم على أنه "لا يعتبر مناقضاً لاتفاق التحكيم أن يطلب أحد الطرفين، قبل البدء في إجراءات التحكيم أو أثنائها من إحدى المحاكم أن تتخذ إجراء وقائياً مؤقتاً، فإن تتخذ المحكمة إجراء بناء على هذا الطلب.

ذهبت محكمة النقض المصرية إلى عدم اختصاص المادة –٩– في ذلك حيث قضت بما يلي: المقرر –في قضاء هذه المحكمة– أن الأوامر على العرائض= وعلى ما يبين من نصوص الباب العاشر من الكتاب الأول لقانون المرافعات– هي الأوامر التي يصدرها قضاة الأمور الوقتية بما لهم من سلطة ولائية وذلك على الطلبات المقدمة إليهم من ذوي الشأن على العرائض، وهي على خلاف القاعدة في الأحكام القضائية تصدر في غيبة الخصوم ودون سبب بإجراء وقتي أو تحفظي في الحالات التي تقتضي السرعة أو المباغتة لما كان ذلك وكان الأصل أن القاضي لا يباشر عملاً ملائياً إلا في الأحوال التي وردت في التشريع على سبيل الحصر، وتماشياً مع هذا الأصل وحرصاً من المشرع على عدم الخروج بهذه السلطة الوقتية إلى غير ما يستهدف منها قضى من م–١٩٤– من قانون المرافعات بعد تعديلها بالقانون رقم ٢٣ لسنة ١٩٩٢ بتقييد سلطة القاضي في إصدار الأمر على عريضة بحيث لا يكون له وعلى ما أفصحت عنه المذكرة الإيضاحية ،أن يصدر هذا الأمر في غير الحالات التي يرد فيها نص خاص يجيز له إصداره، وإذا كان لا يوجد نص في القانون يجيز انتهاج طريق الأوامر على عرائض لوقف تسييل خطابات الضمان فإن الحكم المطعون فيه قد قضى بتأييد الأمر على عريضة الصادر بوقف تسييل خطابي الضمان محل النزاع لصالح الجهة المستفيدة "الطاعنة" وبإيداع قيمتها أمانة لدى المصرف المطعون ضده الثاني يكون قد خالف القانون بما يوجب نقضه دون حاجة لبحث باقي أوجه الطعن ولا ينال من ذلك الاعتصام بما نصت عليه المادة ١٤ من قانون التحكيم في المواد المدنية والتجارية الصادر بالقانون رقم ٢٧ لسنة ١٩٩٤ من أنه "يجوز للمحكمة المشار إليها في المادة –٩– من هذا القانون أن تأمر، بناء على طلب أحد طرفي التحكيم، باتخاذ تدابير مؤقتة أو تحفظية سواء قبل البدء في إجراءات التحكيم أو أثناء سيرها"، إذ أن سلطة المحكمة في هذا الشأن مرهون أعمالها بوجود نص قانوني يجيز للخصم الحق في استصدار أمر على عريضة فيما قد يقتضيه النزاع موضوع التحكيم من اتخاذ أي من هذه التدابير وذلك إعمالاً للأصل العام في طريق الأوامر على العرائض الواردة في المادة ١٩٤ من قانون المرافعات بحسابه استثناء لا يجرى إلا في نطاقه دون ما توسع في التفسير، وإذ لم يرد في القانون –وعلى ما سلف القول– نص خاص يبيح وقف تسييل خطاب الضمان

عن طريق الأمر على عريضة فإنه لا يجدي الحكم المطعون فيه الركون إلى المادة ١٤ من قانون التحكيم المشار إليه سنداً لقضائه [٢٣٨].

إذا ومن خلال هذا الحكم نجد أن محكمة م٩ غير مختصة باتخاذ هذا الإجراء المتعلق بتجميد خطاب الضمان، ومن ثم فإنه على ضوء ذلك لا يتبقى سوى قاضي الأمور المستعجلة،فهو القاضي المختص باتخاذ إجراء التجميد، ويتوقف هذا الاختصاص بطبيعة الحال على توافر شروط الاستعجال المقررة قانوناً.

وقاضي الأمور المستعجلة عندما يقضي بمنع المصرف الضامن من الوفاء بقيمة خطاب الضمان، لا يستند في هذا المنع على وجود دعوى تحكيمية منظورة أمام هيئة التحكيم في نزاع قائم بين المستفيد والعميل الآمر وناشئة عن علاقة الأساس، وإنما يبني استناده على انطواء مطالبة المستفيد بقيمة خطاب الضمان على غش وتعسف ظاهر من جانبه [٢٣٩].

<u>الفرع الثالث: مدى خضوع حق المستفيد من الضمان للتحكيم:</u>

إنّ المستفيد والعميل الآمر قد ينشأ بينهم منازعات متعلقة بخطاب الضمان ذاته، كما لو تمسك هذا الأخير ببطلان عقد الضمان. وعندها، يثور التساؤل حول مدى خضوع تلك المنازعات للتحكيم؟ وبطريقة أخرى، هل تخضع تلك المنازعات للتحكيم؟ أم أن الاستقلال بين عقد الأساس وخطاب الضمان يمنع ذلك؟؟

إنّ هذه التساؤلات تقتضي منا الإجابة عن بيان أثر الاستقلال على خطاب الضمان. فمن الثابت فقهاً [٢٤٠]، أن الاستقلال بين عقد الأساس وعقد الضمان إنما تقرر، من حيث الأصل، لمنع العميل الآمر من التمسك بأي دفع ناشئ عن عقد الأساس لتعديل أو عرقلة تنفيذ المصرف الضامن التزامه بدفع قيمة الضمان إلى المستفيد فالأثر المباشر للاستقلال أنما يتجسد في جعل المصرف ملتزماً أصلياً بالوفاء بقيمة خطاب الضمان، وبصرف النظر عما

---

[٢٣٨]- الطعن رقم ١٩٧٥- لسنة ٦٦ق- تاريخ الجلسة ١٩٩٦/١٢/١٢- مكتب فني ٤٧، جزء من رقم ٢ من يونيو إلى ديسمبر ١٩٩٦، ص ١٥١٤.

[٢٣٩]- د. رضا السيد عبد الحميد، المرجع السابق، ص٩٢.

[٢٤٠]- د.علي جمال الدين عوض، خطابات الضمان المصرفية، دار النهضة العربية، القاهرة، ١٩٩١.

يطرأ على عقد الأساس من أسباب فسخ أو بطلان، إذ أن موافقة العميل الآمر على الضمان المستقل تعد تنازلاً منه عن الاعتراض على قيام المصرف بالوفاء بقيمة الضمان.

وبخصوص أثر الاستقلال على حق المستفيد في قيمة الضمان، فإنه يتجسد في الاعتراف له بإمكانية الحصول على قيمة الضمان من المصرف عند أول مطالبة، باعتبار أن المصرف لا يستطيع الامتناع عن الوفاء استناداً إلى أي دفع يثيره العميل الآمر.

إن تسييل الخطاب من قبل المستفيد لا يعني أنه قد صار ملكاً له بحيث لا يحق للعميل الآمر منازعته فيه، لان طبيعة الاستقلال التي يتمتع بالخطاب ومصدر قوته في التعامل التجاري، لا تعني بتاتاً أنها تحجّب حق العميل الآمر بالمطالبة بحقوقه قبل المستفيد، فنتاج هذا الاستقلال ينصب في العلاقة فيما بين المستفيد والمصرف، بعيداً عن العميل كطرف رئيس في عقد الأساس، وبالتالي فمتى ما قام العميل الآمر بتنفيذ لكافة التزاماته، وقام أو بدأ المستفيد بإجراء تسييل خطاب الضمان، فإن للعميل الآمر الحق في استعادة حقه المسلوب من قبل المستفيد إذا ثبت عدم أحقيته بها ويتم ذلك بعد الرجوع إلى عقد الأساس وتسوية آثاره وجميع المنازعات الناجمة عنه بشكل نهائي [٢٤١].

إضافة إلى ما تقدم، فإنه بعد أن يقوم المصرف بالوفاء بقيمة الضمان قد تنشأ مواجهة بين العميل الآمر والمستفيد أحقية هذا الأخير في قيمة الضمان الذي قبضه من الصرف كلاً أو جزءاً، وعندئذٍ فإن مثل هذا النزاع أنما يخضع إلى هيئة التحكيم المنعقدة للبت في المنازعات الناشئة عن عقد الأساس، فلا يجوز للمستفيد التمسك بأن النزاع المذكور لم ينشأ عن عقد الأساس، بل عن عقد الضمان للأسباب التالية:

١- إن أثر الاستقلال المقرر بين عقد الأساس وعقد الضمان يتعلق بالتزام المصرف بأداء قيمة الضمان إلى المستفيد، وليس بحق ذلك المستفيد في تلك القيمة. بعبارات أخرى، فإن التزام المصرف هو المستقل عن عقد الأساس، أما حق المستفيد فإنه ليس مستقلاً مطلقاً منذ نشوءه وحتى بعد الحصول عليه من المصرف [٢٤٢].

---

[٢٤١]- كمال إبراهيم، التحكيم التجاري الدولي، ط١، دار الفكر العربي، القاهرة، ١٩٩١.

[٢٤٢]- ماجد محمد تقي، خطابات الضمان، مجموعة محاضرات، بغداد ١٩٩٨.

٢- إن دور التحكيم، سينحصر في تقرير ما إذا كان طلب المستفيد لقيمة الضمان المستقل- في العلاقة بينه وبين العميل الآمر- له سند في الواقع أو القانون أم لا، إذ أن التحكيم لن يتعرض لفحص شروط الضمان التي على أساسها قام المصرف بأداء قيمة الضمان إلى المستفيد. لأن الضمان المستقل لا يتيح للمستفيد حقاً مجرداً عن السبب في تحصيل قيمة الضمان النقدية من المصرف[٢٤٣].

٣- وجود اعتبارات عملية يصعب إغفالها تتجسد في أن 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 الأحكام التحكيمية والقضائية [٢٤٤].

الفقرة الثانية: اتفاق التحكيم الوارد في خطاب الضمان:

عندما يتضمن خطاب الضمان شرط التحكيم، يؤدي إلى إحالة كافة المنازعات إلى هيئة التحكيم، الأمر الذي يجعل هذه المنازعات من اختصاص هيئة التحكيم، وشرط التحكيم في هذه الحالة يكون بين المستفيد والمصرف، وفي حالة المصرف الضامن ضمان مقابل قد يكون بين المصرف الذي يقع في موطن المستفيد وهذا المصرف يعد ضامناً أصلياً ويسمى ضمانة "ضمان من الدرجة الأولى" في مواجهة المستفيد، ويعد في مواجهة مصرف العميل الآمر ضمناً له ومن ثم فإن ضمانه لهذا المصرف يطلق عليه الضمان المقابل، ومن ثم في هذه الحالة تثور العديد من التساؤلات لعل أهمها يتعلق بمدى حق العميل الآمر التمسك بمثل هذا الشرط، ويأتي التساؤل الثاني حول مدى تأثير هذا الشرط على قيام المصرف بالتزاماته في الوفاء بقيمة الضمان، والتساؤل الثالث هو ما مدى أثر شرط التحكيم الضمان المقابل[٢٤٥].

أما فيما يتعلق بالسؤال التالي :هل لشرط التحكيم الوارد في خطاب الضمان أثر على العلاقة بين العميل الآمر والمستفيد، فإنه كما أشرنا سابقاً فيما يتعلق بأثر شرط التحكيم الوارد

---

[٢٤٣]- محمد ظاهر العشري، خطابات الضمان، معهد الدراسات المصرفية، القاهرة، ١٩٧١.
[٢٤٤]- محمد عبد اللطيف، القضاء المستعجل، ط٤، القاهرة، ١٩٧٧.
[٢٤٥]- رضا السيد عبد الحميد، المرجع السابق، ص ١٠٣، وما بعدها.

في عقد الأساس على خطاب الضمان، فإن ذات الحال ينطبق على هذه الصورة فالعميل الآمر يعتبر الغير بالنسبة لشرط التحكيم الوارد في خطاب الضمان المبرم بين المستفيد والمصرف، وفقاً لمبدأ النسبية فإن شرط التحكيم لا يمتد إلى الغير ولا يحق له التمسك به.

وفيما يتعلق بأثر هذا الاتفاق على العلاقة بين المستفيد والمصرف، حيث أن هذا الفرض يقوم على وجود اتفاق تحكيم في خطاب الضمان، وبالتالي فهل يحق للمصرف الامتناع عن الوفاء بالضمان وتسيله حتى صدور حكم من هيئة التحكيم بذلك. في واقع الأمر أنه يجب أن ننظر إلى الهدف من وجود شرط التحكيم. فكما هو معلوم أن الهدف منه هو تسوية النزاع الدائر بين الطرفين نتيجة لبعض الإشكاليات التي ظهرت. ومن ثم فإنه بناء على ذلك فإن طبيعة الاتفاق هنا ليست شرط وفاء وبالتالي فإنه لا يحق للمصرف الامتناع عن الوفاء بالضمان. هذا هو الاتجاه الفقهي، حيث يرى الفقه بأن امتناع المصرف عن الدفع لوجود شرط التحكيم يفتقر لأي أساس في الواقع أو القانون وقد أورد سببين هما:

السبب الأول: إن طلب المصرف من المستفيد اللجوء إلى التحكيم أولاً والحصول على حكم لصالحه حتى يوفي بقيمة الخطاب من شأنه أن يجعل حكم التحكيم مستنداً وشرطاً للوفاء بالخطاب، أي أن المصرف يحول الخطاب بإرادته المنفردة من خطاب غير مشروط إلى خطاب مشروط وهذا يعد مخالفة للقاعدة القانونية العقد شريعة المتعاقدين، وبالتالي لا يجوز نقضه أو تعديله إلا باتفاقهما.

السبب الثاني: أن اختيار التحكيم كسبيل لفض المنازعات ما هو إلا تحديد وسيلة أو أجراء لحماية الحق الموضوعي ولا أثر لنوع تلك الوسيلة على هذا الحق سلباً أو إيجاباً[٢٤٦].

إلا أن التساؤل الذي قد يضع ذاته أمامنا وهو متى يحق للمصرف إذاً اللجوء إلى شرط التحكيم؟ بطبيعة الحال فإن المصرف يحق له اللجوء إلى هذا الشرط في حالة إذا ما امتنع عن الدفع وذلك لسبب يعود إلى أي سبب من الأسباب كالغش أو التعسف الظاهر من قبل المستفيد. لأن التحكيم هو الطريقة التي اتفق عليها الطرفان لفض منازعاتهما.

---

[٢٤٦]- رضا السيد عبد الحميد، المرجع السابق، ص ١٠٧، وما بعدها

أما فيما يتعلق بأثر مشارطة التحكيم التي تم الاتفاق عليها بين المصرف والمستفيد بعد حدوث النزاع بينهما ففي هذه الحالة فإن المصرف لن يدفع قيمة الضمان إلا بعد صدور حكم التحكيم لصالح المستفيد. فاتفاق التحكيم في هذه الحالة ليس سبب امتناع، ولكن الامتناع يعود لأسباب أخرى تتعلق بالخطاب ذاته، ومن ثم فإن مشارطة التحكيم بينهما قد حولت خطاب الضمان من خطاب غير مشروط، حيث أن الخطاب قد تحول إلى كذلك بإرادة الطرفين[٢٤٧].

أما بخصوص شرط التحكيم الوارد في الضمان المقابل والذي يشمل النزاعات الناشئة بين الضامن الأصلي والضامن المقابل فإنه لا يمتد لغير طرفيه، ولا أثر لاتفاق التحكيم الوارد في عقد الأساس على هذا الضمان كما أشرنا إلى ذلك سابقاً [٢٤٨].

المطلب الرّابع: اتفاق التحكيم على القروض المصرفية

تنشأ عن المعاملات المصرفية منازعات عديدة سواء فيما بين المصارف وعملائها أو فيما بين المصارف مع بعضها بشأن تنفيذ إحدى العمليات المصرفية المشتركة. لما كان النشاط الرئيسي للمصارف 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 المصارف تكون هي الأنسب لفض تلك المنازعات لما يتميز به التحكيم من بساطة في الإجراءات وقصر مدته مما قد يبعد الضرر عن المصارف والمتعاملين معها. لا تعد شروط التحكيم القاعدة الشائعة في المعاملات المصرفية الدولية باستثناء عقود تمويل القطاع العام الدولي وعقود تمويل المشروعات الدولية الذي تشترك فيه العديد من المؤسسات المالية لتقديم القروض ويوضع شرط التحكيم في الاتفاقيات الخاصة بهذه القروض وفقا لقواعد التحكيم الخاص (AdHoc) مع تبني شروط الأنسترال للتحكيم (قواعد الأمم المتحدة) أو شروط محكمةلندنللتحكيمالدولي.واتجهت المصارف العالمية إلى تبني شرط التحكيم في بعض اتفاقيات القروض المشتركة Syndicated Loans ومن أمثلتها عقد القرض المصرفي

---

[٢٤٧]-المرجع السابق، ص ١٠٨.

[٢٤٨]- أنظر ما سبق حيث قد أشرنا إلى حكمة محكمة استئناف باريس ص ٢١٨ وما بعدها.

المشترك المعد من أحد مكاتب المحاماة الإنجليزية والذي ينص في أحد بنوده أنه متى طلبت مجموعة المصارف الدائنة حل المنازعات الناشئة عن العقد يمكن أن يتم عن طريق التحكيم طبقا لقواعد الأنسترال بواسطة ثلاثة محكمين يعين المصرف الوكيل أحدهم ويعين العميل المقترض الثاني على أن يعين المحكمان المختاران المحكم الثالث فإذا لم يتم ذلك خلال ثلاثين يوما فتتولى محكمة لندن للتحكيم الدولي التعيين.[٢٤٩]وغالبا ما تقبل الدول بشرط التحكيم في الاتفاقيات المصرفية لتمويل المشروعات الدولية تجنبا لخضوعها للسيادة القضائية لدولة أجنبية.

نموذج عقد قرض مصرفي بين العميل و أحد المصارف يكون التحكيم هو البديل عن قضاء الدولة لحلّ كافة المنازعات الّتي تنشأ عنها.

حرر هذا العقد بين كل من المصرف (.....) و عنوانه طرف أول(دائن مقرض مشار إليه بهذا العقد بالمصرف) ، و بين طرف ثاني (عنوانه،جنسيته ،رقم الهاتف،:رقم الهوية)

وبعد أن أقر الطرفان بأهليتهما للإتفاق والتعاقد اتفقا على الآتى:

أولا : مبلغ القرض

طلب العميل من المصرف أن يقدم له قرضا بحد أقصى مبلغ (.....) د.أ، يتم منحه للعميل من خلال قيده على حساب العميل الجارى المفتوح لدى المصرف برقم (xxxxxxxxxx)أو أى حساب آخر مفتوح بإسم العميل لدى المصرف أو يقوم المصرف بفتحه ليقيد عليه مبلغ القرض،وقد وافق المصرف على تقديم ذلك القرض للعميل وفقا لشروط هذا العقد.

من المتفق عليه بين الطرفين أن نفاذ هذا العقد بالنسبة للمصرف مرهون بالحصول على موافقة الجهات الداخلية المختصة لدى المصرف،وفى حالة عدم موافقة تلك الجهات على منح القرض المشار– إليه أعلاه للعميل اعتبر هذا العقد مفسوخا من تلقاء نفسه ودون أدنى مسؤولية على المصرف جراء ذلك، كمايجوز للجهات الداخلية المختصة بالمصرف أن تقرر

٢٤٩- محمود سمير الشرقاوي، التحكيم في المعاملات المصرفية، مؤتمر الأعمال المصرفية الإلكترونية بين الشريعة و القانون، كلية الحقوق جامعة القاهرة، ص ٦.

الموافقة على منح القرض ولكن بمبلغ أقل من المبلغ المبين أعلاه، وفى هذه الحالة اعتبر مبلغ القرض هو المبلغ الذى تمت الموافقة عليه من الجهات الداخلية لدى المصرف،و اعتبر إيداع مبلغ القرض بأي حساب مفتوح بإسم العميل لدى المصرف هو الدليل الوحيد الذى لا يقبل إثبات العكس على موافقة الجهات الداخلية بالمصرف على منح القرض للعميل، وكذلك الدليل الوحيد على القدر النهائى لمبلغ القرض الذى سيتخذ أساسا لإحتساب أقساط القرض و الفوائد،و أقر العميل بموافقته على أن يتم تخفيض مبلغ القرض تلقائيا إلى ذات مقدار المبلغ الذى سيتم إيداعه بحسابه كمبلغ نهائى للقرض، ولا يجوز لها لمطالبة بفسخ هذا العقد لأسباب تبنى على إنخفاض مبلغ القرض.

ثانياً:الغرض من القرض

تعهد العميل باستخدام القرض فى الغرض المحدد له،و أقر بأنه قد فوض مصرف(....) تفويضا غير قابل للنقض أو العدول في فتح حساب لدى مصرف(....)خُصص لإيداع مبلغ القرض به لضمان إستخدامه فى الغرض المخصص له، كما أقر العميل بأنه قد فوض المصرف فى إتخاذ الإجراءات اللازمة لإستخدام مبلغ القرض فى الغرض المحدد له و فى إجراء كافة القيود اللازمة على حسابه، و فى حالة تعذر إستخدام مبلغ القرض فى الغرض المحدد له لأى سبب من الأسباب فإنه يجوز للمصرف إلغاء مبلغ القرض وإلزام العميل بسداد ما عسى أن يكون قد تم إسىتخدامه من مبلغ القرض،كما يجوز للمصرف تخفيض مبلغ القرض ليكون فى حدود القدر المستخدم منه،وفى الحالة الأخيرة يتم توزيع مبلغ القرض وفوائده على عدد الأقساط الشهرية ليلتزم العميل بسدادها في تاريخ الإستحقاق المبين بهذا العقد.

ثالثا : الفائدة

– يستحق على مبلغ القرض فائدة سنوية بمعدل ٣ % فوق سعر الخصم المعلن من قبل مصرف المركزي،تدفع في تاريخ استحقاق القسط، وتحسب على الرصيد اليومي للقرض.

– يحق للمصرف مراجعة سعر الفائدة المطبق على القرض طيلة مدة القرض بحيث يتم تعديل سعر الفائدة المطبق على القرض ليتماشى مع السعر المعلن عن المصرف المركزى فى

نهاية كل خمس سنوات تبدأ إعتبارا من تاريخ منح القرض أو من تاريخ آخر تعديل فى سعر الفائدة على ألا يتجاوز مقدار التغيير فىسعر الفائدة 2% سواء بالزيادة أو النقصان عن سعر الفائدة الإتفاقي المطبق بمقتضى عقدالقرض قبل التعديل.

رابعا : السداد

– تعهد العميل بسداد مبلغ القرض و فوائده على أقساط شهرية متساوية ومتتالية بعدد xxx قسط و بمعدل (....) للشهر الواحد، وعلى أن يستحق القسط الأول منها بتاريخ dd/mm/yy،و يتوالى إستحقاق باقى الأقساط فى اليوم 28 من كل شهر لاحق،و بحيث يستحق القسطا لأخير بتاريخ dd/mm/yyyy ،وذلك كله فى حالة إيداع مبلغ القرض قبل يوم ١٥من الشهر الذى تم فيه إيداع مبلغ القرض،أما إذا تم إيداع مبلغ القرض بعد يوم ١٥ فيستحق أولأ قساط القرض فى الشهر التالى للشهر الذى تم إيداع مبلغ القرض خلال هو بحيث يتم تعديل تاريخ إستحقاق القسط الأخير تلقائياً بناءعلى هذا التعديل.

– من المتفق عليه أن أقساط القرض قد تم إحتسابها على أساس إفتراض موافقة الجهات الداخلية المختصة بالمصرف على منح القرض للعميل بكامل مبلغ القرض المبين أعلاه، ومن المتفق

عليه كذلك أنه فى حالة الموافقة على منح القرض بمبلغ أقل من المبلغ المبين بهذا العقد فإنه سيتم تعديل قيمة أقساط القرض لتتوافق مع ذلك التعديل،و يلتزم العميل بسداد القرض و فوائده على ذات عدد الأقساط المشار إليها بالفقرة السابقة وفى ذات المواعيد المشار إليها بالفقرة السابقة.

– إذ تأخر العميل فى سداد أي قسط من الأقساط بتاريخ استحقاقه،فإن جميع الأقساط المؤجلة تصبح مستحقة السداد فورا دون حاجة إلى تنبيه أو إنذار أو حكم من القضاء.

خامساً:الفصل في النزاعات

كل نزاع ينشأ عن إنعقاد أو تنفيذ أو تفسير أو إلغاء أو فسخ أو صحة أو بطلان هذا العقد أو يتفرع عنه أو يرتبط به بأي وجه من الوجوه يتم الفصل فيه عن طريق التحكيم بواسطة(محكم منفرد أو أكثر يتم تعيينه وفقاً لنظام التحكيم المصرفي).

يتبين من خلال العقد الذي كنا قد قدمناه أعلاه أن المصارف و العملاء أصبحوا يدرجون شرط التحكيم في أغلب القعود التي تجري بينهم و ذلك نظراً للأهمية التي يتمتع بها التحكيم على صعيد العمليات المصرفية.

في مثال آخر أدرج فيه شرط التحكيم و هذا ما حصل معي نتيجة توطيني لراتبي لدى أحد المصارف اللبنانية عرض عليّ المصرف إعطائي بطاقة تسليفات تمثل ثلاثة أضعاف راتبي بالإستناد إلى كتاب تمّ التوقيع عليه مبدئياً، ثمّ علمني المصرف بضرورة التّوقيع على اتفاقية قرض يكون عقد التسهيلات هو إحدى الآليات المساعدة للسداد و هو قرض شراء سيارة و تم تحديد مدّة القرض بخمس سنوات تبدأ من ٢٠١٧/١/٥. لم أستخدم بطاقة التسهيلات و لم أصرف منها أية مبلغ و خصوصاً و أنّ السيارة هي مؤمنة لصالح شركة تأمين من المصرف، دفعت ثمن التأمين سلفاً مضافاً إليه التأمين على سلامتي الجسدية و لم أعلم إذا كان هناك تأمين على القرض، و قد حدّد بدل التسديد في الخامس من أول كلّ شهر. فإذا بي أوفاجىءعند محاولتي التّسديد بقيام المصرف بإعلامي بأنّه قد تم سحب من بطاقة التسليفات القسط المحدد قبل التاريخ.

جئت مراجعة المصرف بضرورة التسديد فأشار إليّ بدفع القسط و هذا ما يساعد لتخفيض الفائدة فصرت أسدد من راتبي القسط مضافاً إليه راتب التّسهيلات المصنّف بفائدة دنيا على حسابي، فاعتبر المصرف أنّ تاريخ السّداد هو أول الشّهر نتيجة اقتطاعه من بطاقة التّسهيلات و أعلمني بأنه سيقوم بجدولة ذلك على أساس أنّ الموظفة قد أعلمتني بأنّها تأخذ الفوائد من راتب التسهيلات لإفادتي على فرق الفائدة و التسديد من راتبي الموطن هو للمبلغ الأساسي.

فوجئت و من دون سابق إنذار بإرسال كتاب يطالبني بإستحقاقات البطاقة مع الفوائد بعكس ما عرض عليّ، بعدما كنت قد أعلمتهم برغبتي بتسديدها و توقيفها مضافاً إليه مطالبتي بالتسديد بنفس المسار السّابق كقسطين قسطٌ من البطاقة و قسطٌ من الراتب واحد للفوائد التي اعتبر أني قد سدّدتها خلال مهلة السّنة الّتي سدّدت فيها من خلال بطاقة التّسهيلات الّتي طلبت عدم تجديدها على أساس بقاء المبلغ الأصلي.

مع العلم أنّي قد وقّعت على اتفاقية تحكيم يحدّد المحكم فيها باتفاق الطّرفين.

بصفتي حقوقية راجعت المصرف مباشرة فأحالني إلى الدائرة القانونية الّتي تمسكت بلائحة المطالب مؤكدة على ضرورة تسديدي كافة المبالغ المستحقة و إلا التّنفيذ على السيارة.

أرسلت كتاباً الى المصرف أشرح فيه الواقع مستندةً الى التطورات القانونية التّالية:

إنّ الأعراف و قواعد السلوك التّجارية تفرض على المصرف الحفاظ على حدّ أدنى من العلاقات مع الزبائن خصوصاً مع إدراكه أنّه مخطئ بإجراءاته و أسبابه القانونية و مندرجاته مطالبةً و مصرّة على ضرورة إعطائي كافة المستندات اللازمة و الأوراق الّتي لها علاقة بالمصرف مع وجوب إبلاغي بإنذار، مضافاً إليه أنّني كنت ضحية خداع فيما يتعلق ببطاقة التسهيلات على الرّاتب و الّتي استدرجت لتسديد فوائدغير مستحقة بالإستناد إليها نتيجة إشكالية تأريخ العقد.

مضافاً إليه أن العقد مؤمن من كل الجهات الّتي تستطيع تحصين ضمانة، و أنّ المصرف وقع في مغالطة بأنّ فسخ العقد على مسؤوليته من دون علمي و رتب عليّ فوائد قانونية بها خلط بين بطاقة التّسهيلات الّتي اعتبرها كآلية تسديد و أدخلها في القرض بنفس فائدة القرض و عقد القرض الّذي سدّدت فوائده حتى أنقض مهلة التّسديد و أستفيد من نتائج التّسهيلات و طلبت بكتابي هذا تعيين المحكم من خلال المحكمة المختصة مع إعطائي كتاب تفويض للمصرف بإجراء ذلك.

طلبت تعيين خبير للإطلاع على المستندات و تحديد الفوائد، بدأت الإجراءات قدّم الطلب و قبل أن يستلم المحكم مهامه و تحدّد و ظيفته، عرض عليّ المصرف بعدما أيقن أنني

أستطيع أن أستحصل على قرار تحكيمي نتيجة تجاوزاته الغير مبررة تسوية مالية على باقي المبلغ تسدّد خلال ستة أشهر و توقع عقد براءة الذّمة و مخالصة و يحول التأمين بمندرجاته كافة لي و تلغى إشارة الحجز على مسؤوليته.

فوافقت و لم نصل الى تحديد فعالية موؤسسة التحكيم، وحالي في ذلك كحال كثيرين قبل الوصول الى التحكيم يعرض المصرف آليات توفيقية للابتعاد عن التحكيم.

الفصل الثّاني: عوائق التّحكيم المصرفي

على الرغم من كل المزايا الّتي يتمتع بها التّحكيم المصرفي ما زال العزوف عنه للفصل في المنازعات المصرفية يمثل السمة الواضحة للمنازعات الدائرة في قطاعنا المصرفي على الرّغم من أهمية هذا القطاع ولكن السّبب الرئيسي للعزوف هي كثرة الإنتقادات والعوائق الّتي توجه.

إنّ هذا الفصل سوف يقسم الى مبحثين في الأول سنتناول الصّعوبات في تطبيق خصائص العمل المصرفي أمام القضاء، وفي المبحث الثاني سنتناول عيوب التّحكيم المصرفي.

المبحث الأول: الصعوبات في تطبيق خصائص العمل المصرفي امام القضاء

في هذا المبحث، سوف نتناول الصعوبات التي تعترض المحاكم في تفسير وإثبات العمليّات المصرفيّة.

المطلب الأول:الصعوبة في التفسير:

إنّ البيئة المصرفيّة من أكثر البيئات تعقيداً، نظراً لعوامل عدّة تأتي في مقدّمتها التغيّر السريع الذي يطرأ عليها، وما ينتج عنها من أزمات مالية واقتصاديّة متصاعدة أدّت في كثير من الأحيان إلى ظهور منازعات بين المتعاملين في إطارها، وعند الاختلاف أو حدوث المنازعات، بين الأطراف المتعاقدة، يتمّ اللجوء إلى القضاء. وللسلطة القضائيّة قوّة يمنحها الدستور الاختصاص المستقل والولاية القانونيّة للنقل في تسوية كلّ القضايا أو تلك المنازعات التي تمّت بين الأطراف في جميع معاملاتهم وتعاملاتهم.

وبالنظر إلى الواقع الذي تعيشه المنازعات الدائرة في أروقة المحاكم نجد أنّها تمثّل إشكاليّة كبرى للمصارف، نظراً لما يرافق قضاء الدولة من عوائق وإشكاليّات لا تتوافق مع

طبيعة البيئة المصرفيّة، فنجد أنّ هناك محدودية في المعلومات المصرفيّة لدى الهيئات القضائيّة، الأمر الذي يؤدّي إلى إطالة النزاع، و هذا ما لا يتلاءم مع البيئة المصرفيّة كونها متجدّدة بشكل دائم، مما يؤدّي إلى صعوبة الإلمام بهذه التطوّرات. وفي قرار صادر عن المحاكم السوريّة، حيث لجأت بعض المحاكم السوريّة عند النظر بدعوى تتعلّق باعتماد مستندي إلى ربط عقد الاعتماد بعقد التوريد أو البيع الذي فتح من أجله علماً بأن المادة ٣ من القواعد المؤدية للاعتمادات المستنديّة ٥٠٠ والتي تطبق في جميع دول العالم تنصّ على استقلال الاعتماد المستندي عن أي عقد آخر ثمّ فتح الاعتماد من أجله ممّا أربك المتخاصمين في بعض الأحيان.

والسؤال الذي طرح نفسه أمام القضاء يتعلّق بالتكييف القانوني للقواعد الموجودة للاعتماد المستندي فهي ليست باتفاقيّة دولية لكنها مطبقة من الغالبيّة العظمى للمصارف في دول العالم إن لم يكن جميعها.

لذلك يمكن تكييف القواعد الموحدة للاعتماد المستندي على أنها عرف دولي خاص بالاعتمادات المستندية والعرف التجاري وفقاً للمادة ٤ من قانون التجارة السوري واجب التطبيق عند تحديد آثار العمل التجاري حيث نصّت م٤/أ على ما يأتي: «على القاضي، عند تحديد آثار العمل التجاري، أن يطبّق العرف المتوطد...» ومع ذلك كانت هناك تطبيقات خاطئة للاعتمادات المستندية وتفسيرها[٢٥٠].

من خلال ما تقدّم، نجد أنه من الضروري البحث عن وسائل بديلة لفضّ النزاعات المصرفيّة يكون بديلاً عن المحاكم.

[٢٥٠]-محمود سمير الشرقاوي،مؤتمر الأعمال المصرفية الإلكترونية بين الشريعة و القانون، جامعة الإمارات العربيّة المتحدة، كليّة القانون، المؤتمر السنوي السادس عشر (التحكيم التجاري الدولي).

المطلب الثاني:الصعوبة في الإثبات:

إن العمليّات المصرفيّة التقليديّة قابلة للإثبات بكافّة طرق الإثبات، فالمشرّع نصّ في قانون أصول المحاكمات المدنيّة على سهولة إثبات تلك العمليّات نظراً للسرعة التي يتطلّبها هذا العمل.

إلاّ أن المشكلة التي تطرح في الإثبات بشأن العمليّات المصرفيّة الإلكترونيّة، هو أنّ المفاهيم التقليديّة للإثبات لم تعد ملائمة للتطبيق على الوسائل الإلكترونيّة الحديثة المستخدمة الآن.

أبرز المشكلات القانونية الناجمة عن استخدام وسائل الإثبات الإلكتروني هي مدى قدرة القاضي على تكوين عقيدته اعتماداً إلى أن الحق إنّما يعتمد فقط على دليل إلكتروني، أو بتعبير آخر، هل يكفي السند الإلكتروني لدحض حجج مستخلصة من أدلّة أخرى كالقرائن أو شهادة الشهود مثلاً[٢٥١].

إنّ الإجابة على هذا السؤال ليس بالأمر السهل لأنه لا يوجد اتفاق حتى الآن حول الطريقة التي سوف يتمّ تقديم السند الإلكتروني بها إلى القاضي، هل تتمّ طباعته في سندٍ ورقيّ أم تقدّم نسخة من البرنامج إلى القاضي في صورة إلكترونيّة؟

إنّ التطوّر المستمرّ للقطاع المصرفي والمالي يجعله يتأثّر بأيّ تطوّر، الأمر الذي اسهم في تأمين الخدمات المصرفيّة والمالية معتمداً في شكله الأساسي على الوسائط الإلكترونيّة.

وفي قرارين صادرين عن محكمة التمييز اللبنانيّة، غرفتها الرابعة، القرار الأول رقم ٤ تاريخ ٦ شباط ٢٠٠١، قضيّة تفليسة الغزاوي[٢٥٢]، والقرار الثاني رقم ١٦ تاريخ ٢٤ حزيران ١٩٩٧[٢٥٣]. فقد اعتبرت في القرار الأول بأنّه: «حيث يعيب المميّزات على القرار

---

[٢٥١]- تعمل بعض المصارف الإلكترونيّة على إضفاء الحجيّة على مثل هذه السندات الإلكترونيّة، وذلك بالنص صراحة في العقود التي تبرم بينها وبين عملائها على إمكانيّة الاعتماد على هذه السندات عند الإثبات. والواقع أنه يرغم شرعيّة مثل هذه الاتفاقيّات إلا أنها تعد مجحفة للعملاء، إذ يبدو من الصعب عليهم إثبات عكس ما تدعيه هذه المصارف اعتماداً على أدلة تعمل تحت إشراف المصرف وإدارته، وله كامل التحكم فيها دون تدخل من جانبهم. أنظر: د. عصام إبراهيم القليوبي، تطوّر أدوات الدفع ومشكلاته القانونية، بحث مقدم إلى مؤتمر الجوانب القانونية الناجمة عن استخدام الحاسب الآلي في المصارف، اتحاد المصارف العربيّة، ١٩٩٩، ص ١١٨.

[٢٥٢]- صادر في التمييز، القرارات المدنيّة، سنة ٢٠٠١، ص ٢٧٢ وما يليها.

[٢٥٣]- النشرة القضائية اللبنانية لعام ١٩٩٧، عدد ٨، ص ٧٦٦-٧٦٧.

الاستئنافي أنه بردّه طلب الصلح الواقي لعلّة عدم مسك السيد الغزاوي حسب الأصول المتممة بالبرمجة الإلكترونيّة المتعامل بها عرفاً، واعتقد بذلك الأساس القانوني. ولكن حيث إن قضاة الموضوع بعد أن استثبتوا بسلطتهم السياديّة في تقدير القوة الثبوتية للمستندات إثر تحليلها النافي للتشويه، وإنّ دفاتر السيد الغزاوي التجارية الإلزاميّة ناقصة وغير ممسوكة أصولاً وفقاً للقواعد القانونية المفروضة التي لا يمكن الاستعاضة عنها في ظلّ التشريع المدعي بأي عرف مخالف قائم على البرمجة الإلكترونيّة.

وفي القرار الثاني، قضت المحكمة أنّ التلكس هو نظام لارسال واستقبال الرسائل النصية، خضع للفحص والتجربة، وكان له خلال القرن العشرين الماضية أثراً بارزاً على الأعمال والتجارة الدوليةلا يصحّ اعتباره سنداً ذا توقيع خاص ولا يشكّل في أي حال إقراراً قضائياً، وإن أبرزت صورته في المحاكمة طالما أنّه لم يحصل في مجلس القاضي الناظر في النزاع المتعلّق بموضوعه، فالتلكس كأداة للمراسلة تفتقر إلى توقيع المرسل.

و ذلك على عكس ما ذهبت اليه محكمة التّمييز في دبي، في قرارها رقم ١٩٩٩/١٨٥ بتاريخ ١٩ حزيران ١٩٩٩، شركة كومبارس العالمية اعتبرت المحكمة أن "الأصل في رسالة الفاكس أنها تعتبر عند ثبوت صدورها ممن أرسلها نسخة عن أصلها و ليست مجرد صورة ضوئية". كما اعتبرت نفس المحكمة بقرارها رقم ١٩٩٩/١٨١ تاريخ ١٩ حزيران ١٩٩٩، شركة هادا للتجارة العامة ضد الشّركة العربية لمواد البناء بأن المعلومات المستقاة من الحاسب الآلي أو غيره من أجهزة التّقنية الحديثة بمثابة المستقاة من دفاتر تجارية[٢٥٤]، كما سبق للمحكمة الاتحادية العليا في أبو ظبي أن قضت في قرارها رقم ١٤/٢٥ تاريخ ٢٩ تشرين الأول ١٩٩٣، بأن الفواتير المستخرجة بواسطة الحاسب الآلي كدليل في الاثبات بالرّغم من أنّه بواسطة أحد طرفي النّزاع، اذ أن الحاسب الآلي بنظر المحكمة مبرأ من فطنة التحيّز لصالح مالكه، فلا يغير الرّغبات والدّوافع البشرية كما في حالة الشّهود.

٢٥٤ – تمييز مدني رقم ١٦ تاريخ ٢٤ حزيران ١٩٩٧ المشار اليه.

إنّ تحفّظ القضاء اللبناني، كما يتّضح من قراري المحكمة العليا، في مواجهة التقنيّات الحديثة، مردّه عدم وجود قانون متكامل في التجارة الإلكترونيّة وكونه بقي مشروع قانون والتعاميم الصادرة عن مصرف لبنان لا تكفي لوحدها لتغطية هذا النقص الهائل في هذا المجال.

المبحث الثاني: عيوب التحكيم المصرفي

على الرغم من كل تلك المزايا، مازال العزوف عن اللجوء إلى التحكيم في الفصل في المنازعات المصرفية يمثل السمة الواضحة للمنازعات الدائرة في قطاعنا المصرفي، رغم اهمية القطاع المصرفي الذي يقوم على السرعة والسرية والدقة في إنجاز المعاملات ، ولعل ذلك مرجعه للإنتقادات الموجهة للتحكيم المصرفي . التحكيم عموماً شأنه شأن أي نظام قانوني ليس كله محاسن وليس كله سلبيات، فمن الإنتقادات التي وجهت للتحكيم كثرة مصاريفه بالمقارنة مع القضاء ، وخاصة عندما يكون التحكيم دولياً ، ففي هذه الحالة قد يكون كل من أعضاء هيئة التحكيم وأطراف النزاع ، والمحامين ، من جنسيات مختلفة ، أو مقيمين في دول مختلفة،اجتماعاتهم في مكان معين،مما يعني زيادة مصاريف التحكيم بالنسبة لتنقلاتهم وهذا بالإضافة أتعاب المحكمين والمصاريف الإدارية الخاصة بالمركز الذي ينظم مؤسسياً التحكيم ، فإن هذه الأتعاب و المصاريف تتناسب طردياً مع قيمة النزاع ، بحيث يزداد مقدارها كلما ازدادت هذه القيمة.[235]

ويرد على هذا الانتقاد بأن الفائدة التي يجنيها أطراف النزاع المصرفي من التحكيم التي تقارن بنفقات التحكيم مهما بلغت ، فإرتفاع النفقات يقابله السرعة في الفصل ، مما سيوفر على طرفي النزاع أموال هائلة ، كانت ستكون مجمدة لسنوات إذا ما تم النظر في النزاع وفقاً للمحاكم مما سيؤدي إلى تجميد هذه المبالغ ، وخسارة أطرافه الفائدة المرجوة من استثمارها ، فرغم النفقات الكبيرة يظل التحكيم المصرفي هو الذي يرعى مصالح أطراف الخصومة.

يثار إنتقاد آخر يتمثل في أن الشخص الذي يعين محكمه قد يشعر في قرارة نفسه بأنه يفترض في ذلك المحكم أن يدافع عن مصلحة من عينه ، أو يمثل وجهة نظره ولو جزئياً ، وربما ينطبق هذا القول أيضاً على المحكم نفسه بمن عينه أو رشحه للتعيين من جهة ،

وبأعضاء هيئة التحكيم الاخرين من جهة أخرى ، وقد يكون مثل هذا الافتراض غير دقيق من الناحية العملية في كثير من الاحيان ، لكن يجب أن نسلم بأنه الواقع أحياناً. لذلك ليس غريباً أن نجد رئيس هيئة التحكيم في العديد من القضايا (في الهيئة الثلاثية مثالاً)، يحاول أن يكون موفقاً بين وجهتي نظر المحكمين الآخرين، فإن ذلك يؤثر نظر المحكمين الآخرين ، والى الدرجة التي يصح فيها الافتراض ،فإن ذلك يؤثر على العملية التحكيمية من حيث وجوب حياد أعضاء هيئة التحكيم ، ونزاهتهم، وعدم تحيزهم ، أو الشعور بعدم تحيزهم لصالح طرف ضد طرف آخر من أطراف النزاع[٢٥٥].

كما أن إنتماء أعضاء هيئة التحكيم وأطراف النزاع وممثليهم ، في كثير من الحالات لأنظمة قانونية مختلفة وأحياناً عدم معرفة الهيئة لأحكام القانون الواجب التطبيق على النزاع من جميع جوانبه بدقة ، قد يؤثر سلباً على مجريات القضية التحكيمية بما في ذلك قرار التحكيم ذاته. هذا بخلاف اللجوء للقضاء الوطني ، حيث أن الجميع ، أو على الإقل محامي الأطراف والقضاة يتحدثون ، كقاعدة عامة ، بلغة قانونية مشتركة هي قانونهم الوطني ، سواء من حيث الاجراءات أم الموضوع،ويقودنا هذا القول إلى نتيجة أخرى ، وهي أن وضعاً كهذا ، ربما يؤدي أحياناً إلى إطالتها ، مما يفقد التحكيم إحدى مزاياه التي أشرنا لها تعقيد إجراءات التقاضي سابقاً. ومن هنا فقرار التحكيم بعد صدوره قد يصطدم بعقبة مهمة ، وهي تنفيذه،وتعد هذه المسألة من أكثر المشاكل التي تواجه قرار التحكيم من الناحية العملية،فرابح الدعوى الذي يعنيه كسبها لمجرد الكسب بقدر ما يعنيه الحصول على ما حكمت به هيئة التحكيم لصالحه ، أي بمعنى آخر على تنفيذ القرار ، وبالتأكيد فإنه يثور أي مشكلة في حال قيام الطرف الآخر بتنفيذ القرار طوعاً بصورة ودية ، وهذا هو أسلم الطرق بالنسبة للتحكيم وأقصرها ، ولكن المشكلة تثور حين يرفض ذلك الطرف التنفيذ الطوعي ، مما يضطر الطرف الذي يكسب الدعوى أن يلجأ للقضاء الوطني لتنفيذ قرار التحكيم جبراً ، وهذا يكثر وقوعه في الحياة العملية ، ومختلف القوانين الوطنية أو بعضها تتطلب لتنفيذ قرار التحكيم إقامة دعوى عادية موضوعها تنفيذ قرار التحكيم الصادر في الخارج ، ومثل هذه القوانين تجيز عدم التنفيذ إذا

٢٣٥-إعداد المحكمين ، حمزة حداد ، ورقة عمل في دورة عقدت للتحكيم ، قدمت في مركز عين شمس ، للتحكيم التجاري الدولي،٢٠٠٥

توافرت إحدى الحالات المنصوص عليها فيها ، وهنا يصطدم المدعي(الذي كسب الدعوى)بوجود إجراءات قضائية تألفها في البداية ، ولكنها فرضت عليه في النهاية،بالاضافة لتخوفه من توافر إحدى حالات عدم التنفيذ المنصوص عليها في القوانين الوطنية ، مما يعني رجوعه عملياً 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 توافر إحدى الحالات التي تؤدي إلى ذلك إستنادا لقانون وطني معين ، وتجدر الاشارة هنا إلى أن حالات الطعن بالقرار على هذا النحو،وحالات عدم تنفيذه على النحو ذاك ، قد تضيق أو تتسع حسب إختلاف التشريعات الوطنية ونظرتها للتحكيم ، ونظرا الى خطورة هذه المشكلة، فإن بعض التجار يفضلون أحيان بالنسبة لبعض العقود التي يبرمونها عدم النص في العقد على شرط تحكيم،مما يعني لجوء الاطراف للقضاء ، ولكن تجدر الاشارة هنا الى أن الرغبة بتلافي هذه المشكلة ما أمكن قد أدت بالدول ان تبرم إتفاقيات دولية خاصة بتنفيذ أحكام التحكيم الاجنبية على أراضيها ، كإتفاقية نيويورك لسنة ١٩٥٨م التي إنضمت لها حوالي ١١٠ دولة[٢٥٦]،وغيرها من الاتفاقيات التي ادت لتفادي تلك الاساليب.

الأسباب التي أدّت إلى عزوف المصارف عن تبنّي شرط التحكيم لفضّ المنازعات التي تنشأ، أهم هذه الأسباب:

أ- خشية المصارف من صدور حكم تحكيم غير متوقّع، وأحكام تستند إلى قواعد العدل والإنصاف تكون بعيدة عن القانون الشكلي. خاصّة أن رجال المصارف لديهم قناعة أنّ المحاكم أقدر من هيئات التحكيم على فهم طبيعة هذه المنازعات والفصل فيها طبقاً لأحكام القانون الواجب التطبيق.

ب- إمكانيّة الطعن بالاستئناف في إطار التحكيم تكون محدودة جداً، على عكس أحكام القضاء التي تكون قابلة للمراجعة.

ج- إجراءات التحكيم غالباً ما تعتبر أكثر كلفة من القضاء العادي، حيث لا يدفع المتخاصمون أية مصاريف للمحاكم بينما يدفع المتنازعون أمور المحكمين، إضافةً إلى المصاريف الإداريّة للتحكيم.إنّ من أهم أسباب عزوف المصارف في الأنظمة العربيّة هو أنّ المصرف لا يضع نفسه في موضع المتقاضي عادة سواء

٢٥٦-أسس التحكيم في القانون التركي ، مرجع سابق ، ص ٤٧

أمام القضاء أو التحكيم، بل يفضّل أن يحتفظ بوسائل تكفل له الحصول على نقود مباشرة، فهذه المصارف ترى في فترات نظر القضايا تعطيلاً لأموالها عن الاستغلال الأمثل، فتحرص على تجنّب هذه الطرق في تسوية المنازعات إلاّ إذا اضطرّت إلى ذلك أو أقيمت الدعوى عليها من العميل[٢٥٧].

د- إضافة إلى ما يتردّد أنه لا يوجد سوابق تحكيميّة في مجال التعامل المصرفي، يمكن الرجوع إليها من قبل هيئات التحكيم.

ه- المحكمين رغم ثقة الخصوم فيهم، ليست لديهم قدرة القضاء الناشئة عن ثقافتهم القانونية و خبرتهم التي كسبوها من تمرسهم بدراسة القضايا و تحقيقها، مما يصعب معه إذعان النفوس لنتائج المحكمين.

و- أيضاً من أسباب العزوف في منطقتنا العربيّة عن التحكيم كما هو ملاحظ، يعود إلى أسلوب المصارف العربيّة الذي يميل إلى الاعتماد على الضمانات العينيّة كالرهون بأنواعها، وهي تتمّ بعقود رسميّة في الرهن الرسمي ورهن المحلّ التجاري، ولا تحتاج إلى حكم لنفاذها فهي تتمتّع بقوة السندات التنفيذيّة.

٢٥٧- إسماعيل محي الدين علم الدين : حسم المنازعات المصرفيّة بين التقاضي والتحكيم، بحث مقدّم إلى مؤتمر إداري مخاطر المصارف وإعادة هيكلتها ومسائل حسم منازعاتها،٨ ديسمبر ٢٠٠٧، نظمه مركز القاهرة الإقليمي للتحكيم التجاري والدولي.

الخاتمة:

نخلص من كل ما سبق أنّ التحكيم كنظام مختلط و آلية من الأليات محل الرغبة من المتنازعين وصل إلى مرحلة متقدمة من التّطور والرّقي بحيث أصبح اللجوء إليه في بعض المنازعات مطلبا ملحا كما في النزاعات التجارية وكذلك في المنازعات ذات الطرف الأجنبي الذي يقدمها بموجب أساسي في ميادين العمليات المصرفية و قواعد الإستثمار، و لم يعد هناك من يستطيع القول بالإستغناء عنه، ولهذا عكفت الدول على اختلاف انظمتها القانونية على تأمين العناية و الرعاية لهذا النظام، فأفرزت له قوانين خاصة و أحكام متفرقة تعالجه بعد أن كانت تكتفي ببعض النصوص المتناثرة هنا و هناك في قوانين مختلفة وجعلت قواعد قانون التحكيم فتنطوي معه لناحية الغالبية العظمى لأحكامه و مندرجاته و احكامه جامعا للغالبية العظمى. و لكن رغم هذا الإقبال على التحكيم في الأمور التجارية،إلّا أنه لا يزال يثير العديد من الصعوبات و المشاكل المتعددة الناجمة عن تصنيف مفهوم العمليات المصرفية كما قدمنا في واقع الرسالة.

إنّ تقديم موضوع الخاتمة ليس سردا" موجزا لما سبق تناوله، و إنّما سيخصّص لتدوين أهم النتائج الّتي هي محل إثارة توصل إليها هذا البحث، و أهم التّوصيات الّتي أسفرت عنه مع الأسئلة و الإشكاليات.

من خلال دراستنا لموضوع التّحكيم في المعاملات المصرفية يمكننا الخروج بمجموعة من الإستنتاجات أهمها:

أ- تبيّن من خلال بحثنا هذا عن ضعف الوعي التّحكيمي لدى القطاعات المصرفية أما حقيقة أو جهالة لاستغلال واقع المتعاملين بها، و هو ما تم استنتاجه من خلال ضعف الإقبال على التّحكيم في المنازعات المصرفية في لبنان و الدّول العربية بشكل عام.

ب- يتفق التحكيم و القضاء في أن كلاًمنهما يقطع النزاع ويفصل فيما هو مختلفعليه في مصدر سلطتهما،فالأول مصدرهإرادة الأطراف و الثاني مصدره سلطة الدولة دون إغفال الصيغة التنفيذية في المحاكم اللبنانية حسب الإختصاص .

ت- التحكيم المصرفي له مزايا عديدة تجعله الأمثل لفض المنازعات المصـــرفية بـــديلاً للقضاء بما يوفره من سرعة و سرية و مرونة و احترافية و خبرة فنية فـــي حســـم المنازعات لا تتوفر في القضاء العادي و هذا ما يسوقه أصحاب نظرية فعالية التحكيم شرط أن يؤمن بشروطه و أحكامه و مسبباته الآليات التنفيذية لإعطاء صورة صالحة للمحاكم.

ث- مازالت المصارف تتعامل بحذر مع التّحكيم و لا تقبل بوجوده في الإتفاقيـــات الّتـــي تبرمها مع عملائها، نتيجة لبعض المبررات غير المنطقية أولاً و لأن لها ضـــمانات التنفيذ الجبري الّتي لم تتخلى عنه ثانياً.

ج- عرض المنازعات المصرفية على القضاء يعتريه الكثير من العوائق و الإشـــكالات التي لا تتناسب مع طبيعة العمل المصرفي،وينتج عن ذلك الكثيـــر مـــن الأضـــرار الإقتصادية لطرفي الخصومة المصرفية.

ح- تبين من خلال البحث أن طبيعة البيئة المصرفية و دورها الهام في الحياة الإقتصادية يحتم على ضرورة إيجاد وسائل بديلة لفض المنازعات المصرفية. حيـــث أن البيئـــة المصرفية شائكة و معقدة، كونها تدور في بيئة متجدّدة، مما يجعل من الصّعب بمكان متابعة هذه التّغيرات الطارئة عليها من قبل السلطات القضائية مما يجعلهم يســـتعينون بخبراء في الشّؤون المصرفية.

خ- تبين أيضا من خلال البحث أنّه يحق للمصارف إبرام اتفاق التّحكيم متى ما اكتســـبت الشروط التي يتطلبها القانون للإقرار بشخصيتها الإعتبارية و أن الملاحظ أن البنـــود التحكيمية هي آلية ثانية يستنسب المصرف أدوات استعمالها.

د- أكدت الدراسة على ضرورة حماية الغير حسن النية الذي تعامل مع الجانب الظـــاهر أثناء إبرامه اتفاق التّحكيم مع من أظهر تمتعه بامتلاكه صلاحية إبـــرام مثـــل هـــذا الإتفاق، فالغير ليس بمطالب بالتنقيب عن صلاحيات هذا أو ذاك، طالما جرى التعامل على أن إبرام مثل هذا الإتفاق يدخل في صلاحية الموظف الذي تعامل معه.

ذ- يتمتع شرط التحكيم في وجوده القانوني باستقلال كامل في العقد الأصلي الّذي ورد فيه فلا يتأثر بالتالي بحكم هذا العقد فيما يلحقه من بطلان أو فسخ أو إلغاء.

ر- إنّ كتابة اتفاق التّحكيم المصرفي إما أن تكون مدرجة في ذات الورقة التجارية أو في خطاب الضمان أو غيرهما من العمليات المصرفية، أو أن تأتي في عقد مستقل. لا يوجد أي مانع في إدراج شرط التّحكيم في الورقة التجارية، حيث أن الأمر يتعلق بحق مالي بحت، و من المستقر عليه أن التّحكيم في المنازعات ذات الطابع المالي لا يثير مشاكل كثيرة و يحقق آثاره القانونية إذا توفرت شروطه.

ز- فيما يخص القانون الواجب التطبيق سمح للأطراف اختياره بإرادة منفردة لتطبيقه على موضوع النزاع و في حالة عدم اختيار القانون اعطى المشرع المحكم أن يختار القانون الواجب التطبيق طبقا للقواعد التي يراها مناسبة.

س- ضرورة الحرص على عامل الوقت من قبل الهيئات و مؤسسات التحكيم المصرفي.

بعد أن تطرقنا لبعض الاستنتاجات الّتي توصلنا اليها من خلال هذا البحث، فإنه يمكننا أن نضع بعض الإقتراحات وهي كالآتي:

أ- مواصلة الدراسات و البحوث العلمية المتخصصة في مجالات التحكيم المصرفي وبيان آثار التحكيم المصرفي على العمليات المصرفية تفصيلاً(الورقة التجارية- الكفالةالمصرفية –خطاب الضمان) كل عملية على حدا.

ب- لا بدّ من نشر الوعي التّحكيمي في صفوف المشتغلين و المتعاملين مع البيئة المصرفية، و إبراز كافة المزايا للتحكيم كوسيلة لحسم المنازعات، عن طريق الهيئات المصرفية و مؤسسات التّحكيم بشكل عام،و العمل على نشر فكرة التّحكيم في المنازعات المصرفية عن طريق النشر في الصحف و المجلات، و حلقات النقاش، و الإستعانة بالمتخصصين لإجراء دراسات متخصصة و متعمقة لمختلف مسائل التحكيم، و الآثار المترتبة.

ت- على الدول العربية بأن تقوم بإنشاء مركز عربي للتحكيم متخصص في المنازعات المصرفية، و أن تكون لغة التحكيم هي اللّغة العربية و أن تطبق هذه اللّغة مع إمكانية مساهمة المصارف المركزية في الأقطار العربية بإنشاء مراكز تحكيم متخصصة في النزاعات المصرفية في كل قطر عربي.

ث- توصي الدراسة بإعطاء الصلح فرصته لحل النزاع بين أطراف البيئة المصرفية، قبل البدء في إجراءات التحكيم.

بعد عرضنا لتطورات الإقتراحات و الإستنتاجات لا بد من طرح تساؤلات تشكل آليات جوهرها مسببات الإشكالية و منطلقات البحث و هي لرسم معالم لنظام الضمانات القانونية لفعالية الموجبات:

أ- هل يحق للمحكم تقدير مشروعية الإجراءات المصرفية و مدى مطابقتها لأحكام القانون و التعاميم؟

ب-أين يكمن مفهوم التدليس و الغش المصرفي المرتبط بقواعد إغفال موجب الإعلام لتبرير إرادة سوء النية بمواجهة المدني الضعيف؟

ت-أين يكمن مفهوم حسن النية و دلالته اتجاه منظومة الحقوق و الواجبات المؤسسة لضمان عدم الإثراءبلا سبب؟

ث-هل يمكن للتحكيم أن يقدم دلالة مصرفية و منظومة مبادئ و مسلمات للحفاظ على الحقوق لحماية الضعيف بمواجهة الإجراءات القسية و الصعبة من المصارف و مدلولاتها الإدارية و القضائية و التنفيذية؟

أسئلة و تساؤلات قصورات و دلالات لأحكام و منطلقات أسبابها متوفرة و مكنوناتها بحاجة الى تمحيص و استدلال.

الملاحق

هامش

قرار

باسم الشعب اللبناني

ان رئيسة الغرفة الابتدائية الرابعة في بيروت -الناظرة في قضايا التحكيم-

بعد الإطّلاع على الأوراق كافة،

ولدى التدقيق،

حيث تبين ما يلي:

أنه بتاريخ ٢٠١٧/٥/٣، قدّم المستدعي السيد ريمون جاك حدّاد، وكيله الاستاذ جهاد فرح إستدعاءً، طلب في خاتمته إعطاء الصيغة التنفيذية للقرار التحكيمي الصادر بتاريخ ٢٠١٦/٤/٧ عن الاستاذ سليم مشلب، مدلياً بأن شركة بيتال ش.م.م. الممثلة بالمفوض بالتوقيع عنها السيد أنطوان نعمة الله جبّور، إستأجرت القسم رقم (١٣) من العقار رقم /٢٦/ المدوّر، وأنها تخلّفت عن تسديد بدلات الايجار لعدّة سنوات، مما اضطرّه للطلب من قاضي الامور المستعجلة في بيروت تعيين محكّم وذلك عملاً بالبند التحكيمي الوارد في المادة الثانية عشرة من عقد الايجار الجاري بين الطرفين، وقد استجاب قاضي الامور المستعجلة لطلبه هذا، وعيّن الاستاذ سليم مشلب محكماً في النزاع التحكيمي المستجدّ بينه وبين شركة بيتال ش.م.م.، الذي بتّ بالنزاع المذكور بموجب القرار الصادر عنه بتاريخ ٢٠١٦/٤/٧،

وأنه بتاريخ ٢٠١٧/٥/٣، صدر قرار تمهيدي عن المحكمة بهيئتها السابقة،

وأنه بتاريخ ٢٠١٧/١١/٧، قدّم المستدعي لائحة بانفاذ قرار تمهيدي،

بناءً عليه،

وحيث يتوجّب على رئيس المحكمة الابتدائية وفي معرض البتّ بطلب منح الصيغة التنفيذية التثبّت من ظاهر الاوراق والمستندات ما إذا كان القرار التحكيمي يراعي أحكام المادة /٨٠٠/أ.م.م.،

وحيث من الثابت من أوراق الملف كافة ما يلي:

١-أن عقد الايجار الموقع من المستدعي وشركة بيتال ش.م.م. ممثلة بشخص المفوّض بالتوقيع عنها تضمّن في البند الثاني عشر منه بنداً تحكيمياً نصّ على أن الطرفين اتفقا على "تعيين محكّم تعيّنه المحكمة أو قاضي الامور المستعجلة..."

٢-أنه بتاريخ ٢٠١٦/٤/٧، عيّن قاضي الامور المستعجلة في بيروت

الهامش	

المحكم الاستاذ سليم مشلب بناءً للاستدعاء المقدّم من المستدعي السيد ريمون جاك حدّاد،

٣-أنه بتاريخ ٢٠١٦/١٠/٢٦، صدر القرار التحكيمي موضوع الاستدعاء الراهن وذلك بنتيجة النزاع المساق من المستدعي -طالب التحكيم- بمواجهة المستدعى ضدّها- المطلوب التحكيم بوجهها- شركة بيتال ش.م.م.، وذلك دون أن تتمثل هذه الاخيرة في المحاكمة التحكيمية، علماً أن الاستاذ أنطوان كرم كان قد حضر خلال الاجراءات التحكيمية كوكيل قانوني عن السيد أنطوان نعمة الله جبّور المفوض بالتوقيع عن الشركة المذكورة وذلك بصفته الشخصية وليس بصفته مفوضاً بالتوقيع عن الشركة المطلوب التحكيم بوجهها،

وحيث من ناحية أولى، فان تعيين المحكم من قبل قاضي الامور المستعجلة في بيروت يخالف الاختصاص النوعي الذي أعطته المادة /٧٦٤/أ.م.م. لرئيس الغرفة الابتدائية في هذا المجال، فيكون القرار التحكيمي صادراً عن محكم لم يعين وفقاً للاصول،

وحيث من ناحية ثانية، يتبيّن مما ورد أعلاه، أن القرار التحكيمي صدر بمواجهة شركة بيتال ش.م.م. من دون أن تبلّغ هذه الاخيرة أصولاً الاوراق واجراءات التحكيم، وبالتالي دون أن تتمثل فيه، فيكون بذلك قد خالف مبدأ الوجاهية، وإن حضور المفوّض بالتوقيع عن الشركة المذكورة بصفته الشخصية إجراءات التحكيم بواسطة وكيل عنه، لا يغيّر في هذه النتيجة، وذلك لاستقلال الشخصية المعنوية للشركة عن شخصية الشركاء فيها،

وحيث تبعاً لما تقدّم لا يكون القرار التحكيمي قد راعى أحكام الفقرتين (١) و(٤) من المادة /٨٠٠/أ.م.م.،

وحيث يقتضي في ضوء ما تقدّم وبالاستناد الى أحكام الفقرة الثانية من المادة /٧٩٦/أ.م.م.، ردّ طلب إعطاء الصيغة التنفيذية للقرار التحكيمي الصادر بتاريخ ٢٠١٦/١٠/٢٦، عن المحكم الاستاذ سليم مشلب،

لذلـــــــــــك

تقرّر:

١-ردّ طلب منح الصيغة التنفيذية للقرار التحكيمي الصادر بتاريخ ٢٠١٦/١٠/٢٦، عن المحكم الاستاذ سليم مشلب،

٢-إبقاء النفقات على عاتق من عجّلها،

الهامش

قراراً صدر في بيروت بتاريخ ٢٠١٧/١١/٢١.

الكاتب

الرئيسة دانيا الدحداح

هامش

قرار

باسم الشعب اللبناني

إن رئيسة الغرفة الابتدائية الرابعة في بيروت،

لدى التدقيق،

وبعد الاطلاع على الاوراق والمستندات كافة، ولا سيما منها:

١-الاستدعاء المقدّم بتاريخ٢٠١٧/١٢/٢٦، من المستدعية شركة عقارية فوكيت ش.م.ل.، الرامي الى إعطاء الصيغة التنفيذية للقرار التحكيمي الصادر بتاريخ٢٠١٧/٧/٢٧،عن المحكم القاضي المتقاعد الرئيس محمد حمادة- مفوض الحكومة لدى مجلس شورى الدولة شرفاً- والمودع أصله في قلم هذه المحكمة تحت رقم٢٠١٧/١٠١،

٢- وعلى أصل القرار التحكيمي موضوع طلب الصيغة التنفيذية،

٣-وعلى صورة الاتفاقية الموقعة من الفريقين بتاريخ٢٠١٠/١٢/٩، والمصادق عليها بمطابقتها للاصل من قبل رئيسة قلم هذه المحكمة، ولا سيما على البند التحكيمي الوارد في المادة ٦٧.٣من الشروط الخصوصية،

وبعد التثبّت من ظاهر الاوراق من أن القرار التحكيمي موضوع طلب الصيغة التنفيذية يراعي أحكام المادة /٨٠٠/أ.م.م.،

وبالاستناد الى أحكام المادة /٧٩٣/أ.م.م. وما يليها،

تقرّر:

١-إعطاء الصيغة التنفيذية للقرار التحكيمي تاريخ٢٠١٧/٧/٢٦، الصادر عن المحكم القاضي المتقاعد الرئيس محمد حمادة- مفوض الحكومة لدى مجلس شورى الدولة شرفاً- والمودع أصله في قلم هذه المحكمة تحت رقم٢٠١٧/١٠١،

٢-إبقاء النفقات القانونية على عاتق من عجّلها،

قراراً صدر في بيروت بتاريخ ٢٠١٨/١/٤.

الكاتبة

الرئيسة دانيا الدحداح

هامش

قرار

باسم الشعب اللبناني

إن رئيسة الغرفة الابتدائية الرابعة في بيروت،

لدى التدقيق،

وبعد الاطلاع على الاوراق والمستندات كافة، ولا سيما منها:

١-الاستدعاء المقدّم بتاريخ ٢٠١٨/١/١٠، من المستدعي الاعتماد اللبناني ش.م.ل.، الرامي الى إعطاء الصيغة التنفيذية للقرار التحكيمي الصادر بتاريخ ٢٠١٧/١١/٢٤، عن المحكم المحامي الاستاذ ريمون روني عريجي، والمودع أصله في قلم هذه المحكمة تحت رقم٢٠١٨/٤٧،

٢- وعلى أصل القرار التحكيمي موضوع طلب الصيغة التنفيذية،

٣-وعلى صورة الاتفاقية الموقعة من الفريقين بتاريخ ١٩٩٣/١١/٣٠، والمصادق عليها بمطابقتها للاصل من قبل رئيسة قلم هذه المحكمة، ولا سيما على البند التحكيمي الوارد في المادة الحادية عشرة منها،

وبعد التثبّت من ظاهر الاوراق من أن القرار التحكيمي موضوع طلب الصيغة التنفيذية يراعي أحكام المادة /٨٠٠/أ.م.م.،

وبالاستناد الى أحكام المادة /٧٩٣/أ.م.م. وما يليها،

لذلـــــــــــــــك

تقرّر:

١-إعطاء الصيغة التنفيذية للقرار التحكيمي تاريخ٢٠١٧/١١/٢٤، الصادر عن المحكم المحامي الاستاذ ريمون عريجي والمودع أصله في قلم هذه المحكمة تحت رقم ٢٠١٨/٤٧،

٢-إبقاء النفقات القانونية على عاتق من عجّلها،

قراراً صدر في بيروت بتاريخ ٢٠١٨/١/١٦.

الكاتب

الرئيسة دانيا الدحداح

هامش

قرار

باسم الشعب اللبناني

إن رئيسة الغرفة الابتدائية الرابعة في بيروت،

لدى التدقيق،

وبعد الاطلاع على الاوراق والمستندات كافة، ولا سيما منها:

١-الاستدعاء المقدّم بتاريخ٢٠١٧/١١/٢٧، من المستدعين السيدات والسادة رامونا والكسندر والكسندرا اليزابيت وعيسى رامون ومارلين فيليبوس نعمه وكريستال امانويل نعمه، وكيلهم الاستاذ رولان طوق، الرامي الى إعطاء الصيغة التنفيذية للقرار التحكيمي الصادر بتاريخ٢٠١٧/١٠/٣،عن الهيئة التحكيمية المؤلّفة من المحامي الاستاذ بيار حنا رئيساً وعضوية المحاميين الاستاذين مارون الصياح واسكندر الياس، والمودع أصله في قلم هذه المحكمة تحت رقم ٢٠١٧/٩٣،

٢- وعلى أصل القرار التحكيمي موضوع طلب الصيغة التنفيذية،

٣-وعلى صورة الاتفاقية الموقعة من الفريقين بتاريخ٢٠١١/١٠/٧، والمصادق عليها بمطابقتها للاصل من قبل رئيسة قلم هذه المحكمة، ولا سيما على البند التحكيمي الوارد في المادة السابعة عشرة منها، وعلى صورة طبق الاصل لوثيقة المهمّة مصادق عليها من رئيس الهيئة التحكيمية الاستاذ بيار حنا وموقّع عليها من وكيل الجهة طالبة التحكيم ووكيل المطلوب التحكيم بوجهه والهيئة التحكيمية،

وبعد التثبّت من ظاهر الاوراق من أن القرار التحكيمي موضوع طلب الصيغة التنفيذية يراعي أحكام المادة /٨٠٠/أ.م.م.،

وبالاستناد الى أحكام المادة /٧٩٣/أ.م.م. وما يليها،

تقرّر:

١-إعطاء الصيغة التنفيذية للقرار التحكيمي تاريخ٢٠١٧/١٠/٣، الصادر عن الهيئة التحكيمية برئاسة المحامي الاستاذ بيار حنّا وعضوية المحاميين الاستاذين اسكندر الياس ومارون الصياح والمودع أصله في قلم هذه المحكمة تحت رقم ٢٠١٧/٩٣،

٢-إبقاء النفقات القانونية على عاتق من عجّلها،

هامش

قراراً صدر في بيروت بتاريخ ٥/١٤/٢٠١٧

الكاتبة

الرئيسة دانيا الدحداح

2

لائحة المراجع

المصادر:

١. القرآن الكريم: سورة يوسف، آية ٧٢.

المؤلّفات:

١. القليوبي، (سميحة) الأسس القانونيّة لعمليّات المصارف، الطبعة الثانية، دار النهضة العربيّة، القاهرة ٢٠٠٣.

٢. إبراهيم، (أحمد إبراهيم) التحكيم التجاري الدولي، دار النهضة العربية،القاهرة،٢٠٠٥.

٣. إبراهيم، (كمال) **التحكيم التجاري الدولي**، الطبعة الأولى، دار الفكر العربي، القاهرة، ١٩٩١.

٤. بردان، (اياد محمد) **التحكيم و النظام العام**، منشورات الحلبي الحقوقية بيروت الطبعة الأولى سنة ٢٠٠٠.

٥. بركات، (علي) **خصومة التحكيم في القانون المصري والقانون المقارن**، دار النهضة العربيّة، ١٩٩٦.

٦. بريدي، (محمود مختار) **القواعد الخاصة بالشيك وفقاً لأحكام قانون التجارة رقم ١٧ لسنة ١٩٩٩ وتعديلاته**، الطبعة الأولى، دار النهضة العربية، القاهرة، ٢٠٠٥.

٧. بريدي، (محمود مختار): **قانون المعاملات التجاريّة**، الجزء الثاني، الطبعة الأولى، دار النهضة العربيّة، القاهرة ٢٠٠٦.

٨. البستاني،(سعيد يوسف)، عواضة (علي شعلان) **الوافي في أساسيّات قانون التجارة والتجار**، الطبعة الأولى، منشورات الحلبي الحقوقيّة، ٢٠٠١.

٩. التحيوي، (محمد) **الرضا بالتحكيم لا يفترض وإنما لا بدّ من وجود الدليل عليه**، دار المطبوعات الجامعيّة، الإسكندريّة، ٢٠٠٠م.

١٠. الجمال، (مصطفى محمد) و عبد العال، (عكاشة محمد) **التحكيم في العلاقات الخاصة الدولية والداخلية**، الطبعة الأولى، الفتح للطباعة والنشر، الإسكندريّة، ١٩٩٨م.

١١. جمال الدين عوض، (علي) **عمليّات المصارف من الوجهة القانونيّة** ، دار النهضة العربيّة،١٩٩٨م.

١٢. جمال الدين عوض،(علي) **خطابات الضمان المصرفيّة**، دار النهضة العربيّة، القاهرة، ٢٠٠٧.
١٣. جمال الدين عوض،(علي) **خطابات الضمان المصرفية**، دار النهضة العربية، القاهرة، ١٩٩١.
١٤. الدبيسي، (وائل) ، **دليل العمليات المصرفية الالكترونية في القطاع المصرفي" الواقع والآثار القانوني"** ،٢٠١٠.
١٥. حداد، (حفيظة) **الموجز في النظريّة العامّة للتحكيم التجاري الدولي**، الطبعة الأولى، منشورات الحلبي الحقوقية، بيروت، ٢٠٠٤.
١٦. حداد،(حفيظة) **الطعن بالبطلان على أحكام التحكيم الصادرة في المنازعات الخاصّة**، دار الفكر الجامعي، الإسكندريّة، ١٩٩٧.
١٧. سامي، (فوزي محمد) **التحكيم التجاري الدولي**، الطبعة الثانية، دار الثقافة للنشر والتوزيع، عمان-الأردن، ١٩٩٢.
١٨. السنهوري، (عبد الرزاق) **الوسيط في شرح القانون المدني**، المجلد الأول، دار النهضة العربية، الطبعة الثالثة، ١٩٨١،
١٩. السنهوري، (عبد الرزاق) **مصادر الحقّ في الفقه الإسلامي**، الجزء الأول، دار الكتاب العربي بيروت، ١٩٩٦.
٢٠. السيد عبد الحميد، (رضا) **اتفاق التحكيم في خطابات الضمان**، دار النهضة العربية،١٩٩٨.
٢١. السيد عبد الحميد، (رضا) **التحكيم في الكفالة المصرفية وخطابات الضمانات**، دار النهضة العربيّة،القاهرة، ١٩٩٨.
٢٢. السيد عبد الحميد، (رضا) **مسائل في التحكيم**، دار النهضة العربيّة، القاهرة، ٢٠٠١.
٢٣. السيد عبد الحميد، (رضا) **النظام المصرفي و عمليات المصارف** , النهضة العربية , القاهرة ٢٠٠٦.
٢٤. السيد عبد الحميد، (رضا) **عمليات المصارف**، دار النهضة العربيّة، القاهرة، ١٩٩٢.
٢٥. شفيق، (محسن) **القانون التجاري الكويتي**، مطبوعات جامعة الكويت، ١٩٧٢.
٢٦. طه، (مصطفى كمال) **أصول القانون التجاري والإفلاس**، الطبعة الثانية، منشورات الحلبي الحقوقيّة، ٢٠١٢.

٢٧. عبد التواب، (إبراهيم) **اتفاق التحكيم والدفوع المتعلقة بـه**، النهضة العربيّة، القاهرة، ٢٠٠٨م.
٢٨. عبد القادر، (ناريمان) **اتفاق التحكيم وفقاً لقانون التحكيم في المواد المدنية والتجارية** رقم ٢٤ لسنة ١٩٩٤، الطبعة الأولى، دار النهضة العربيّة، القاهرة، ١٩٩٦م.
٢٩. عبد اللطيف، (محمد) **القضاء المستعجل**، الطبعة الرابعة، القاهرة، ١٩٧٧.
٣٠. عبيد، (رؤوف) **مبادئ الإجراءات الجنائية**، دار الفكر العربي، الطبعة الرابعة عشر، ١٩٨٢.
٣١. العريني، (محمد فريد) **القانون التجاري اللبناني**، الدار الجامعيّة، بيروت، ١٩٨٥.
٣٢. عشوش، (أحمد) **التحكيم كوسيلة لفضّ منازعات الاستثمار**، مؤسّسة شباب الجامعة، الاسكندريّة، ١٩٩١.
٣٣. علم الدين إسماعيل، (محي الدين) **موسوعة أعمال المصارف**، الجزء الثاني، ١٩٨٧.
٣٤. علم الدين، (محي الدين) **موسوعة أعمال المصارف من الناحيتين القانونية والعمليّة**، الجزء الأول، ١٩٨٧، دون دار نشر.
٣٥. عمر، (نبيل إسماعيل) **التحكيم في المواد المدنيّة والتجاريّة والوطنيّة والدوليّة**، الطبعة الثانية، دار النهضة العربيّة، ٢٠٠٥.
٣٦. العوادي، (محمد صلح علي) **التحكيم في العمليّات المصرفيّة**، الطبعة الأولى، دار النهضة العربيّة، ٢٠١٠.
٣٧. عيد، (إدوار) **أصول المحاكمات والإثبات والتنفيذ**، الجزء العاشر (التحكيم)، الطبعة الأولى، دون ذكر دار النشر، صادر ١٩٩٨.
٣٨. الكردي، (جمال محمود) **القانون الواجب التطبيق في دعوى التحكيم (نظرة مبتدئة)**، الطبعة الأولى،دار النهضة العربيّة، القاهرة، ٢٠٠٠.
٣٩. الكيلاني، (محمد) **عمليّات المصارف**، الجزء الأول، **الكفالات المصرفيّة وخطاب الضمان**، دار الجيب للنشر والتوزيع،١٩٩٢.
٤٠. محمود، (سيّد أحمد) **نظام التحكيم دراسة مقارنة بين الشريعة الإسلاميّة والقانون الوضعي الكويتي والمصري**، النهضة العربيّة، ٢٠٠٥.
٤١. مخلوف، (أحمد) **اتفاق التحكيم كأسلوب لتسوية منازعات عقود التجارة الدولية**، دار النهضة العربية، القاهرة، ٢٠٠١.

٤٢. مرعي، (مصطفى) **خطابات الضمان عمليّات ونظريّات**، معهد الدراسات المصرفيّة، ١٩٧٥.
٤٣. مرقص، (سليمان) **الوافي في شرح القانون المدني العقود المسماة**، رقم ٣، المجلد الثالث، عقد الكفالة، طبعة نقابة المحاميين بمصر، ١٩٩٤.
٤٤. المصري، (حسني) **التحكيم التجاري الدولي (دراسة مقارنة)**، دار الكتب القانونيّة، المحلّة الكبرى، ٢٠٠٦.
٤٥. ناصيف، (الياس) **العقود المصرفيّة**، المجلد الثاني، منشورات الحلبي الحقوقيّة، الطبعة الأولى، ٢٠١٤.
٤٦. النقيب، (عاطف) **النظرية العامة للموجبات**، مجلس فرع الطلاب، الجامعة اللبنانيّة، (سنة الإصدار غير محدّدة).
٤٧. والي، (فتحي) **الوسيط في القضاء المدني**،دار النهضة العربية، ١٩٨٠.

أبحاث:

١. محي الدين علم الدين، (اسماعيل)، **حسم المنازعات المصرفيّة بين التقاضي والتحكيم**، بحث مقدّم إلى مؤتمر إداري مخاطر المصارف وإعادة هيكلتها ومسائل حسم منازعاتها، ٨-٦ ديسمبر، نظمه مركز القاهرة الإقليمي للتحكيم التجاري والدولي.
٢. (بلعجوز)، حسين، "**محاضرات في تقنيات البنوك للسنة الرابعة المالية**"، قسم علوم تجارية، المسيلة، ٢٠٠٣-٢٠٠٤.
٣. حداد، (حمزة)، إعداد المحكمين،**ورقة عمل في دورة عقدت للتحكيم** , قدمت في مركز عين شمس , للتحكيم التجاري الدولي, ٢٠٠٠
٤. جامعة الإمارات العربيّة المتحدة، كليّة القانون، المؤتمر السنوي السادس عشر (التحكيم التجاري الدولي).
٥. ظاهر العشري، (محمد)، **خطابات الضمان**، معهد الدراسات المصرفية، القاهرة، ١٩٧١.
٦. تقي، (ماجد محمد) ، **خطابات الضمان**، مجموعة محاضرات، بغداد ١٩٩٨.

٧. بريدي، (محمود مختار) : **الطبيعة القانونيّة لخطاب الضمان والفرق بينه وبين الكفالة**، بحث ضمن خطاب الضمان من الناحيتين النظرية والعمليّة، مجموعة المحاضرات التي ألقيت في الدورة التدريبيّة عن خطاب الضمان، صادر عن مركز البحوث والدراسة القانونيّة والتدريب المهني القانوني، جامعة القاهرة،.

٨. علي علي، (غسان)، **الاستثمارات الأجنبيّة دور التحكيم في تسوية المنازعات التي قد تثور بصددها رسالة دكتوراه**، كليّة الحقوق، جامعة عين شمس، ٢٠٠٤.

٩. عبد العليم الرفاعي، (أشرف)، **اتفاق التحكيم والمشكلات العمليّة والقانونية في العلاقات الخاصة الدوليّة**، دراسة فقهيّة قضائيّة مقارنة، دار الفكر الجامعي، الإسكندريّة، ٢٠٠٣.

١٠. عبد القادر، (ناريمان)، **اتفاق التحكيم والصيغة النموذجية له وأنواع عقود البنوك التي يمكن أن يدرج فيها**، ورقة عمل مقدّمة لندوة التحكيم في المنازعات المصرفية والمالية، المنعقدة في البحرين، نظمها مركز التحكيم التجاري الدولي لدول مجلس التعاون الخليج العربية مع جامعة البحرين في الفترة من ١٤-١٥ أبريل ١٩٩٧.

١١. عبد القادر، (ناريمان)، **اتفاق التحكيم والصيغة النموذجيّة له وأنواع عقود المصارف التي يمكن أن يدرج فيها**، ورقة مقدّمة لندوة التحكيم كبديل للتقاضي.

١٢. مهنا، (محمد)، **حتميّة التحكيم لحسم منازعات المصارف**، ورقة مقدّمة لندوة هل يكون التحكيم بديلاً للتقاضي في المنازعات المصرفيّة التي عقدها اتحاد مصارف مصر.

١٣. القصيبي، (عصام)، **خصوصيّة التحكيم في مجال العمليّات المصرفيّة الدوليّة**، ورقة مقدّمة لدورة إعداد المحكم التي نظّمها مركز عين شمس للتحكيم.

١٤. النجار، (إبراهيم)، **حول مزايا التحكيم في القضايا المصرفية**، العقود التحكيمية في القضايا المصرفية، ندوة جمعية المصارف في لبنان بتاريخ ٣٠ حزيران ١٩٩٨، المجلة اللبنانية للتحكيم العربي و الدولي، العدد التاسع.

١٥. البساط، (هشام صبحي) ، **التحكيم في العمليّات المصرفيّة**، ندوة التحكيم في العمليّات المصرفيّة المنعقدة في البحرين.

القوانين:

- قانون الموجبات والعقود اللبناني.
- قانون أصول محاكمات مدنية اللبناني.
- إقتراح قانون تكنولوجيا المعلومات، كما عدلته اللجنة الفرعية المنبثقة عن اللجان النيابيّة المشتركة، نسخة ٩ آذار ٢٠٠٩.
- القانون رقم ١٣٣ تاريخ ١٩٩٩/١٠/٢٦ المتعلق بمهام مصرف لبنان
- قانون تطوير السوق الماليّة والعقود الائتمانيّة
- قانون التجارة اللبناني
- قانون التحكيم المصري
- قانون التحكيم العماني
- قانون المرافعات المصري

تعاميم مصرف لبنان:

- تعميم رقم ١٨١٠ الصادر في ٢٠٠٠/٣/٣٠.
- تعميم وسيط رقم ٣٨٥ الصادر في ٢٠١٥.
- تعميم مصرف لبنان رقم ٧٥ الصادر في حزيران ١٩٦٢.

أحكام:

١. تمييز مدني رقم ١٦ تاريخ ٢٤ حزيران ١٩٩٧ المشار اليه.
٢. النشرة القضائية اللبنانية لعام ١٩٩٧، عدد ٨، ص ٧٦٦-٧٦٧.
٣. صادر في التمييز، القرارات المدنيّة، سنة ٢٠٠١، ص ٢٧٢ وما يليها.
٤. الطعن رقم ١٩٧٥- لسنة ٦٦ق- تاريخ الجلسة ١٩٩٦/١٢/١٢- مكتب فني ٤٧، جزء من رقم ٢ من يونيو إلى ديسمبر ١٩٩٦، ص ١٥١٤.
٥. تمييز لبناني، ١٩٦٣/٢/٧، مجموعة حاتم، ج٥١، ص ٣٦، رقم ١٢.
٦. الغرفة الابتدائيّة في جديدة المتن، قرار رقم ٢٠٠٦/١٣ حكم صادر في ٢٠٠٦/٧/٣م، منشور مجلة التحكيم، العدد الأول، ص ١٥٧.
٧. حكم القاضي المنفرد المدني في بيروت الصادر في ١٩٥٢/٧/٢٨، النشرة القضائيّة ١٩٥٤

٨. حكم محكمة النقض الفرنسية، الدائرة المدنية، الصادرة في ٢٥ مايو ١٩٦٢، منشور في مجلة التحكيم الفرنسيّة ١٩٦٢
٩. محكمة استئناف بيروت، الغرفة الثالثة، قرار رقم ٢٠٠٨/١٩٢، صدر في ٢٠٠٨/٢/٥ منشور في مجلة التحكيم، صادرة من لبنان، العدد الأول، يناير ٢٠٠١، ص ٩٧.
١٠. إستئناف بيروت الغرفة المدنية الثانية، ١٩٤٨/١/١٣، مجموعة حاتم جزء ٢، ص ٣٣، رقم ٣، محكمة التمييز الغرفة المدنيّة الثانية ١٩٥٧/١٠/١٦، مجموعة حاتم، جزء ٥٤، ص ٢١، رقم ٩.
١١. محكمة أبو ظبي الاتحاديّة العليا، الطعن رقم ٢٠٦ لسنة ٢٧ قضائيّة عليا، نقض مدني، في جلسة ٢٠٠٥/١٢/٢٧م، منشور في مجلة التحكيم .

<u>مجلات:</u>

١. الطعن رقم ٢٠٠٤/٧٠م الدائرة التجارية ورقم ٢٠٠٤/٢٩م الإدعاء العام بتاريخ ٢٠٠٤/١٢/١٨م المحكمة العليا، سلطنة عمان، منشور في مجلة التحكيم، مرجع سابق، ص ٤٠٧.
٢. علم الدين (محي الدين)، تعليق على الأحكام، نشر في مجلة التحكيم العربي، العدد الثاني، أكتوبر ٢٠٠٠.
٣. صرخوه (يعقوب يوسف): خطاب الضمان المصرفي في القانون الكويتي، مجلة الحقوق، جامعة الكويت، السنة ١٧، العدد ٣ ربيع الأول ١٤١٤هـ، سبتمبر ١٩٩٣، ص ٣٧.
٤. رحَّال، (علي)، **في تعليقه على حكم الغرفة الابتدائيّة في جديدة المتن، قرار رقم ٢٠٠٦/١٣ حكم صادر في ٢٠٠٦/٧/٣م**، منشور في مجلة التحكيم، العدد الأول.
٥. عبد المؤمن، (ناجي)، **مدى جواز الاتفاق على التحكيم بطريق الإحالة في القوانين الوطنية وعلاقات التجارة الدوليّة**، مجلة العلوم القانونية والاقتصاديّة، الصادرة عن جامعة عيش شمس، العدد الأول، السنة ٤٤، يناير ٢٠٠٢
٦. الأحدب، (عبد الحميد) ،**المبادىء التي ترعى سير المحاكمة التحكيمية و قواعد الإثبات**، المجلة اللّبنانية للتحكيم العربي و الدولي.
٧. راغب، (وجدي)، **هل التحكيم نوع من القضاء؟** مجلّة الحقوق الكويتية.

الرسائل و الأطروحات:

١. السري، (سامي محسن)، **بعض الجوانب في القواعد الإجرائيّة المنظمة للتحكيم التجاري الدولي**، دراسة مقارنة، رسالة دكتوراه، كليّة الحقوق، عين شمس، ٢٠٠٤،.

٢. دباس، (باسمة لطفي)، **شروط اتفاق التحكيم وآثاره**، رسالة دكتوراه مطبوعة، جامعة عيش شمس، النهضة العربيّة، ٢٠٠٥.

٣. أبو زيد، (سراج)، **التحكيم في عقود البترول**، رسالة دكتوراه، جامعة عين شمس، كلية الحقوق

French references:

- Ancel, (Pascal), **Le cautionnement des dettes de l'entreprise**, Paris.Dalloz, 1989.
- Goldman, (Berthold), **La Lex mercatoria dans les contrats et L'arbitrage internationaux : réalité et perspectives,** Journal du Droit international, 1979
- Stoufflet, (Jean), **la garantie bancaire a première demande**. J. Di, 1987
- Cass.civ.20Decembre.1993, revue arbitrage, 1994, p116, note : H. Gaudemet-Tallon.
- Cassation Civil. 1re, 6 Février 2001, note Daniel Cohen.
- Cassation Chambre commerciale le Décembre 1982, revue de l'arbitrage, 1984, Berteand Moreau
- Cassation. Civil 1, 22 nov. 1977, de l'arbitrage, 1978, p. 461, note Fauchard.
- Cassation. Civil.du 22 Nov. 1977, revue. Arbitrage
- Roblot (Rene) et Ripert (George)**, " Droit Commercial**" Tome 2-LGDJ, 1986,

ENGLISH REFERENCES:

- Redfern (Alan), Hunter (Martin), **Law and practice of International Commercial arbitration, London**: Sweet & Maxwell, 1999, p. 138.
- R. Pierce, (Kenneth), **Dawn the Rabbit Hole: who decides what Arbitral is? Journal of International Arbitration**, vol. 21, n° 3 (2004), p. 299
- W. Park ,(William), **Arbitration in Banking and Finance**, Year Book Int's Financial & Economic Law (1997), n. 10

- Hoff's, (Schmitt), **Export Trade the Law and Practice of International Trade, ed. Sweet and Maxwell**, London.
- A. Marshal Grill, (Enid), **The law of Arbitration**, London: Sweet & Maxwell, 1983
- Kristan, (Ranbir), **An overview of the Arbitration and Conciliation,** Act 1996, Journal of International Arbitration 21 (3): 263-278, 2004, Kluwer Law International, printed in the Netherlands
- Khoury, (Elie), **"E-banking Thesis"** PhD Thesis, Beirut 2003, P1 (Not Published).
- Cranston, (Ross) "**Principles of Banking law**", Oxford–1997
- Business Dictionary, Retrieved 6-1-2017.

WEBSITES:

- www.startimes.com
- www.al-akhbar.com
- www.financebk.com/ar/loans/subsidized-loans/
- www.legallaw.ul.edu.lb/ViewResearch
- www.coa.gov.lb
- www.kantakji.com