جامعة قاصدي مربـاح – ورقلـــة –

كلية الحقوق العلوم السياسية

قسم الحقوق

مذكرة مقدمة لاستكمال متطلبات شهادة ماستر أكاديمي

الميدان : الحقوق و العلوم السياسية

الفرع : حقوق

تخصص : علاقات دولية خاصة

إعداد : نتاري عبد الجليل

بعنوان :

التحكيـم في المعاملات المصرفيـة

نوقشت و اجيزت بتاريخ : 2018/06/05

أمام اللجنة المكونة من السادة :

_ د. قادري محمد لطفي – أستاذ محاضر " ب " – جامعة قاصدي مرباح ورقلة – رئيسـا.

_ د. القـــــدة حبيبـــة – أستاذ محاضر " ب " – جامعة قاصدي مرباح ورقلة – مشرفا.

_ د. مبعوج أحـــــــلام _ أستاذة مساعد " ب " – جامعة قاصدي مرباح ورقلة – مناقشا.

السنة الجامعية : 2018/2017

الإهداء

إلى والديا الغاليين حفظهم الله و أبقاهم ..و أدام عزهما و من هداه هداهما

إلى زوجتي العزيزة ..

إلى إخواني و أخواتي ..

اعترافا مني بفضلهم و تضحياتهم ..

أهديهم ثمرة مجهودي ...

الباحث

شكر وعرفان

الحمد لله وحده ، وصل الله على محمد و صحبه ، وبعد :

الشكر لله تعالى ، أولا و آخرا ظاهرا و باطنا ، على ما منه علي من إتمام هذه الدراسة ،

فله الحمد و له الشكر ،

و أثني بالشكر على من كان لهم الدور في إيفادي في دراستي جميع الأساتذة الأفاضل ..

و أخص بالشكر و العرفان " الدكتورة القدة حبيبة " ، التي أكرمتني بالإشراف على هذه الدراسة

أسأل الله أن يجازيها خير جزاء

كما لا يفوتني أن أوجه الشكر للعاملين بمكتبة الكلية على ما لقيناه من ترحاب و تسهيلات و خدمات راقية برقي العاملين فيها .

الباحث

مقدمة

مقدمة

التحكيم مؤسسة عريقة ترجع جذورها إلى بداية تواجد الإنسان على وجه الأرض ، فعرفته مختلف الحضارات القديمة كالحضارة الإسلامية و اليونانية و الرومانية ، حيث كان محلا للإقرار و الإعتراف به من كافة هذه الأنظمة القانونية الأساسية المعروفة منذ البداية البشرية ، فقد مر بمراحل و أتت عليه حقب من الزمن فقد قيمته و كادت تنطفئ شعلته ، خصوصا بعدما أصبح قضاء الدولة هو القضاء الرسمي و الطريق الاكثر شيوعا لحل أي نزاع ؛ لكن تسارع النمو الإقتصادي و تطور العلاقات الدولية الخاصة خاصة في المجال التجاري جعل التحكيم التجاري محط إهتمام الدول و المؤسسات الدولية و الإقليمية التي سارعت لتنفيذه و تنظيمه ، و أصبح الإقبال عليه من قبل الأطراف المتعاقدة في المجال الدولي خاصة لحل نزاعاته ، وفي الوقت التي ظهرت فيه النظم القضائية الوطنية عاجزة و قاصرة عن بلوغ حد الكفاية لمواجهة عقود التجارة الدولية و التصدي لما ينشأ عنها من منازعات ، انتشرت و كثرت مؤسسات التحكيم الدولية و ازداد الإقبال على التحكيم لما يتمتع به من خصائص معينة تميزه عن القضاء العادي.

فعلى المستوى الدولي تم إبرام العديد من الاتفاقيات الدولية المتعلقة بالتحكيم و كذا الهيئات التحكيمية ، كما وضعت لجنة الامم المتحدة قانونا نموذجيا للتحكيم التجاري الدولي في 21 جوان 1985 .

أما على المستوى الداخلي فقد تطرقت تشريعات مختلف الدول لتنظيم التحكيم و أصدرت تعديلات على قوانينها لما يتوافق و دور هذا القضاء الخاص ، و من بينها الجزائر التي تبنت أحكام جديدة تخص هذا النظام في حل المنازعات الناتجة عن العلاقات التجارية الدولية ، و تجسدت في تعديل قانون الإجراءات المدنية لسنة 1966 . و إصدار المرسوم التشريعي رقم 93- 09 المتعلق به وهذا نظرا للتحولات الإقتصادية و التجارية و توجه الجزائر نحو إقتصاد السوق ؛ الأمر الذي جعلها تغير الكثير من مواقفها الرسمية ، فبعدما كانت تعارض فكرة التحكيم التجاري الدولي و إعطاء الإختصاص للمحاكم الوطنية و القانون الجزائري أصبحت تسمح اليوم باللجوء إلى التحكيم التجاري الدولي بنصوص صريحة منصوص عليها في القانون ، فنجد قانون الإجراءات المدنية و الإدارية 08-09 المؤرخ في 25 فبراير 2008 خص التحكيم التجاري الدولي بأحكام هامة .

كذلك تغير موقف الجزائر من التحكيم ، و هذا نظرا للضغوط و الحتمية التجارية الدولية التي فرضت على الجزائر خاصة و أنها على مشارف الإنظمام إلى المنظمة العالمية للتجارة ..إلخ .

ومن المعروف أن للبنوك دورا فعالا و بالغ الخطورة على الاقتصاد بجانبيه القومي و الدولي ، مما يجعلها ركيزة اهتمام الدارسين القانونيين و الاقتصاديين على حد سواء ، و ذلك لبحث الوسائل و الطرق المساعدة على تحفيز دورها الريادي في خدمة الاقتصاد و الاستقرار في أي بلد من البلدان .

فالبنوك تلعب دورا كبيرا و مهما في شتى الأقطار ، فلها المساهمة الكبرى و الفعالة في الحراك الاقتصادي فهي أداة الربط التي يعول عليها كثيرا في التجارة الدولية .

ومع ذلك فإن البيئة المصرفية تعد من أكثر البيئات تعقيدا ، وهذا بسبب عوامل في بدايتها :

التغيير السريع الذي يطرأ عليها ، و امتثالها للتقلبات التي تصيبها في الساحة السياسية و الاقتصادية كافة ، و كل ما يتبعها من أزمات مالية و اقتصادية متواترة ، أدت كثيرا لحدوث نزاعات بين المتعاملين في حدودها ، هذه النزاعات و طريقة الفصل فيها وحلها تعد هما يؤرق المتعاملين و العاملين في البيئة المصرفية ، و بالنظر للنزاعات الموجودة في أروقة المحاكم نجد أنها تمثل إشكالية كبرى للبنوك ، و هذا كله بسبب محدودية المعلومات و الخبرات المصرفية لدى الهيئات القضائية ، و التي تمثل أحد أسباب إطالة أمد النزاع ، و إن سياسة النفس الطويل التي تسيطر على أروقة المحاكم غير منسجمة على الإطلاق مع طبيعة البيئة المصرفية ، و التي تدور في فلك يعد الزمن عامله الرئيس .

ولعل أخطر مثال عن أزمة مالية عالمية نجدها في الأزمة المالية الحديثة التي عصفت بالمؤسسات المصرفية و المالية ، و التي اندلعت شرارتها بداية العام 2007 ، في الولايات المتحدة الأمريكية ، ثم امتدت إلى دول العالم لتشمل الدول الأوروبية ، الدول الأسيوية ، و الدول الخليجية التي يرتبط اقتصادها مباشرة بالاقتصاد الأمريكي .

ولقد بلغت خسائر دول الخليج جراء هذه الأزمة المالية العالمية (250) مليار دولار أمريكي ، و اهتزت ثقة البورصات و البنوك ، وانخفض سعر النفط دون (20) دولار للبرميل ، و ألغيت العديد من المشاريع الإستثمارية ، مما دفع المستثمرين الأجانب إلى سحب أموالهم من بعض الأسواق لتغطية الخسائر المحققة في الأسواق العالمية ، كما سحب المستثمرون العرب أموالهم المودعة في البنوك العالمية نتيجة فقدان الثقة بملاءة تلك البنوك ...

إن خسائر الأزمة المالية العالمية ، قد وضعت التشريعات و الأنظمة و اللوائح للمصارف و المؤسسات المالية على المحك ، فكما خلقت ذلك الحجم الكبير من الخسائر المادية فمن الطبيعي أن تخلف من ورائها منازعات كبرى بين المصارف مع بعضها من جهة ، و بين المصارف و عملائها من جهة أخرى.

و من كل ما سبق يتحتم البحث على حلول لتخطي هذه الأزمات ، و هذا يتطلب اللجوء لجهات مختصة لحل و فض هذه النزاعات ، فلابد من البحث عن وسائل بديلة لحسم المنازعات المصرفية ، و هنا نبرر دور التحكيم كوسيلة أخرى لحسم مثل هذه النزاعات .

أهمية الدراسة :

نظرا للإهتمام الكبير الذي يحض به التحكيم الدولي كأسلوب من أساليب تسوية المنازعات ، خاصة منازعات الإستثمار و التجارة الدولية و كل المعاملات المالية الدولية ، حيث أضحى التحكيم التجاري رافعة أساسية لتشجيع الإستثمار و التبادل التجاري بين البلدان العربية و لتقوية و تعزيز العمل العربي المشترك ، خاصة في مجال تحقيق التنمية الاقتصادية ، حيث أن هذه التطورات الهامة التي سجلتها عولمة الأنشطة الاقتصادية جعلت من التحكيم التجاري الدولي سمة أساسية بما يضمنه من :

- ❖ ـ تحفيز الاستثمار ، و تذليل الصعوبات و المشاكل الناتجة عن المتعاملين الاقتصاديين بالسرعة و النجاعة التي تتطلبها المعاملات التجارية عموما .
- ❖ ـ أهمية التحكيم كوسيلة فض النزاعات تراعي روابط العمل المصرفي .
- ❖ ـ ضرورة نشر ثقافة التحكيم في أواسط المصارف .
- ❖ ـ محدودية المعلومات و الخبرات المصرفية لدى الهيئات القضائية ، و التي تمثل أحد أسباب إطالة أمد النزاع و هذه السياسة التي تسيطر على أروقة المحاكم غير منسجمة إطلاقا مع طبيعة البيئة المصرفية و التي تدور في فلك يعد الزمن عامله الرئيس .

أهداف الدراسة:

نسعى من خلال هذه الدراسة إلى إبراز أهمية التحكيم في المعاملات المصرفية خاصة في الوقت الحالي أين أصبحت الحاجة ملحة من أي وقت مضى ، كوسيلة عاجلة بدلا من عرض تلك المنازعات (المنازعات المصرفية) على المحاكم و التي تحتاج إلى مزيد من الخبرة في شؤون المصارف و العمليات المصرفية ، هذه الأخيرة التي تمتاز بطبيعة فنية خاصة ، على عكس التحكيم الذي يمتاز بالسرعة و المرونة في فصل تلك المنازعات ، مما يخفف العبء على المصارف و اقتصاد الدولة بشكل عام .

دوافع اختيار الموضوع :

الدوافع الذاتية : الإهتمام بموضوع التحكيم في المعاملات المصرفية ، وكذلك إثراء المكتبة القانونية الجزائرية نظرا لقلة البحوث العلمية في هذا الصدد .

الدوافع الموضوعية : اختيارنا لدراسة " التحكيم في المعاملات المصرفية " لأنها من أخصب الموضوعات المتعلقة بالمعاملات المصرفية و التي ازدادت أهميتها بالحياة الإقتصادية الحديثة ، ولما تقوم به المعاملات المصرفية خاصة على المستوى الدولي من تطور التجارة الدولية و تشجيعها على الإستثمار .. وعند عدم قدرة القضاء العادي على مجاراة هذا التطور السريع و الطبيعة الخاصة للعمليات المصرفية و المالية ، استدعى التفكير في دراسة إمكان اللجوء إلى التحكيم في المعاملات المصرفية بسهولة و يسر .

إشكالية الدراسة :

انطلاقا من تركيز الدراسة حول التحكيم في المعاملات المصرفية ، فإن الإشكالية الأساسية التي تثيرها الدراسة ستكون كالآتي :

_ ما مدى جواز التحكيم في المنازعات المصرفية ؟

المنهج المتبع :

ولما كانت هذه الدراسة تتطلب الدقة كغيرها من الدراسات المرتبطة بالتحكيم ، كونها تجمع بين القواعد القانونية الداخلية و الإتفاقيات ، بين الحلول القضائية و التحكيمية المتوصل إليها ، فإنه ينبغي علينا عدم الإكتفاء بالأحكام القانونية الداخلية ، بل يجب التطرق إلى موقف التشريعات المقارنة كما يتطلب الأمر التعرض لآراء الفقهاء بشأن أي مسألة تدخل في نطاق هذه الدراسة .

لذا فإن المنهج المتبع لهذه الدراسة سوف يتنوع بين : **المنهج الوصفي** في بعض المواطن من جهة ، وبين **المنهج الإستنباطي التحليلي** و **المنهج المقارن** في نفس الوقت

الخطة :

في محاولة منا للإلمام بجوانب موضوع " التحكيم في المعاملات المصرفية " اعتمدنا التطرق أولا للجانب الموضوعي لموضوع الدراسة ثم الجانب الإجرائي ثانيا ، و للإجابة على التساؤلات التي يدور حولها موضوعنا ارتأينا أن نقسم بحثنا إلى فصلين :

الفصل الأول : العمليات المصرفية و اتفاق التحكيم المصرفي . حيث نتطرق فيه إلى **العمليات المصرفية** في مبحث أول ، ثم **التحكيم المصرفي** في مبحث ثان .

أما **الفصل الثاني : أثر اتفاق التحكيم المصرفي في المعاملات المصرفية** .

نتطرق في **المبحث الأول : أثر اتفاق التحكيم على العمليات المصرفية** ، و الذي نعرف فيه اتفاق التحكيم ، و شروطه و اجراءاته .

أما **المبحث الثاني : آثار اتفاق التحكيم على خطاب الضمان** ، سنتطرق فيه إلى آثار لاتفاق التحكيم في المعاملات المصرفية العادية ، أما الجزء الثاني من المبحث سنتطرق فيه إلى آثار اتفاق التحكيم على الضمانات المصرفية ، كون الأخيرة تكون شائعة نوعا ما حيث تتعدد فيها العقود و تتشابك كما يتعدى فيها الأطراف ، و اخترنا في هاذ الأمر التطرق أهم نوع من الضمانات المصرفية ألا و هو "خطاب الضمان المصرفي " .

الفصل الأول :

العمليات المصرفية و التحكيم المصرفي

الفصل الأول : العمليات المصرفية و التحكيم المصرفي

المبحث الأول : العمليات المصرفية

تحكم العمل المصرفي مجموعة من القواعد القانونية الموجودة في عدد من القوانين مثل القانون المدني و القانون التجاري و قانون العقوبات و قانون السرية المصرفية و قانون تبييض الأموال .... فضلا عن أعراف مصرفية مستقرة و تعليمات تصدر عن المصرف المركزي و إتحاد المصارف ..

ومن أهم القوانين الجزائرية في العمليات المصرفية أو البنكية الذي حدد فيه المشرع الجزائري عمليات البنوك في المادة 66 من الأمر 11-03 المؤرخ في 27 أوت 2003 المتعلق بالنقد و القرض إذ تنص هذه المادة على ما يلي : " تتضمن العمليات المصرفية تلقي الأموال من الجمهور و عمليات القرض ، وكذلك وضع وسائل الدفع تحت تصرف الزبائن و إدارة هذه الوسائل .

و أمام هذا التنوع في مصادر القوانين المطبقة على العمليات المصرفية ، أخذت مجموعة من الفقهاء تبحث في إيجاد قواعد قانونية تهتم بالعمليات المصرفية بحد ذاتها نظرا إلى خاصيتها ..[1]

وبما أن العمليات المصرفية لها مميزات لا توجد في غيرها من النشاطات التجارية ، لذا لابد من تحديد مفهوم العمليات المصرفية قبل تناول خصائصها [2].

المطلب الأول :/ مفهوم العمليات المصرفية .

ظهرت البنوك في القرون الوسطى وكانت وظيفتها في أول الأمر قاصرة على تجارة النقود و القيام بعمليات الصرف ، ثم أخذ التجار يودعون نقودهم لديها خشية الضياع و السرقة مقابل شهادات بودائعهم مع حقهم في سحبها في أي وقت ، و لما تجمعت لدى البنوك ودائع نقدية طائلة ، و تبين لها

---

[1]) د.موسى خليل متري _ د. أديب مفضي ميالة ، التحكيم في المعاملات المصرفية في الدول ذات الاقتصاد المتحول – المثال السوري – ، مجلة جامعة دمشق للعلوم الاقتصادية و القانونية – المجلد 26 – العدد الأول – 2010 ، كلية الحقوق ، جامعة دمشق .ص 10.

[2]) فلاح بن موسى الزهراني ، التحكيم في المنازعات المصرفية في دول مجلس التعاون الخليجي (دراسة تأصيلية مقارنة تطبيقية) ، رسالة مقدمة لإستكمال متطلبات الحصول على درجة الماجستير، تخصص السياسة الجنائية ، كلية الدراسات العليا ، جامعة نايف العربية للعلوم الأمنية ، الرياض ،السعودية ، 2010 . ص 50.

أن جملة الودائع التي تودع لديها تزيد دائما على جملة الأموال التي تسحب منها، أخذت تقرض من هذه الودائع لمن يشاء ، و هكذا نشأت البنوك الحديثة و تأكدت وظيفتها في توزيع الإئتمان [1].

و بالموازاة مع التطور الكبير الذي عرفته الحياة الإقتصادية في عصرنا الحاضر كان معه المستثمرون ، أشخاصا ذاتيين كانوا أو معنويين ، يعجزون عن الإعتماد على إمكانياتهم الذاتية لتحقيق مشاريعهم ، لذا فهم يفضلون اللجوء إلى المؤسسات البنكية للإستفادة من خدماتها بالخصوص لتمويل مشاريعهم ، ثم إن التعامل مع البنك يشكل بالنسبة إليهم وسيلة للإنضباط مع المقتضيات التشريعية ، و هذه المعاملات صاحبها بروز صور و أنواع متعدد للعقود التي تربط المؤسسات البنكية مع عملائها بحيث تتسم بحرية المتعاقدين في تحديد بنودها إلا ما استثناه المشرع بنص خاص ، فالأصل إذن هو الحرية و أما التقييد فهو استثناء ، و رغم ذلك تنشأ عنها نزاعات و خلافات قانونية لا ينحصر أثرها فيما بين أطرافها فحسب ، بل قد تؤثر على إقتصاديات وطنية ، مما يفرض تسويتها وخاصة منها منازعات البنوك واجبة الحسم على وجه السرعة [2]، في زمن العولمة و نهج غالبية الدول لنهج ليبرالي حر وما صاحب ذلك من إنفتاح على الأسواق الدولية .

و تعد أعمال البنوك أعمالا تجارية و هي تعتبر كذلك بالنسبة للبنك أما بالنسبة للعميل فتعد مدنية ما لم يكن تاجرا وكان لأغراض تجارته ، إذ تعتبر عندئذ عملا تجاريا بالتبعية .

و لما كانت تحظى بهذه الأهمية انصرف الإهتمام الدولي نحو تقنين القواعد الخاصة بتنظيم العمليات المصرفية منذ فترة طويلة ، خاصة على المستوى الدولي لما تتميز به هذه المعاملات من طبيعة دولية تسهم في ازدهار التجارة الدولية . مما دفع بأغلب التشريعات إلي تنظيم أحكام المعاملات المصرفية رغم أنها تكاد تكون موحدة بالنظر إلى عملية التوحيد التي عرفتها هذه المعاملات على الصعيد الدولي : (اتفاقيات جنيف للأوراق التجارية 1931/1930 ، خطابات الضمان ، العادات و الأعراف المنظمة للاعتماد المستندي ، اتفاقية الأمم المتحدة المتعلقة بالكفالات المستقلة و خطابات الإعتماد الضامنة 1995 و القواعد الموحدة المتعلقة بالضمانات التعاقدية 1992) .

و مع ذلك فإن حركة التشريع في العمليات المصرفية ليست واسعة إذ لا تزال الغلبة للأعراف المصرفية و أحكام القضاء ، و تتميز العمليات المصرفية بمجموعة من الخصائص :

1) مصطفى كمال طه: "العقود التجارية وعمليات البنوك"، منشورات الحلبي الحقوقية الطبعة الأولى 2006، ص113.

2) محي الدين إسماعيل علم الدين: "التحكيم في المنازعات المصرفية"، مجلة التحكيم العدد 47، يناير 2004، ص 5.

– خاصية الثقة ، بحيث تقوم على الثقة و تتأثر بشخصية المتعاقدين ، و لهذه الخاصية تأثير على العلاقات فيما بين البنك و الزبون ، و على إستقرار العلاقات التعاقدية بينهما .

– خاصية التنظيم ، حيث يلاحظ أن هناك ندرة في النصوص القانونية الخاصة بها ، إذ لا توجد عملية بنكية منظمة قانونا بشكل كامل وقطعي مما يجعلها تقوم على الحرية التعاقدية .

– خاصية التوحيد ، و ذلك بفعل التوسع الذي تعرفه المبادلات التجارية الدولية و الذي يوازيه توسع في تدخل البنوك فيها وكذا التوسع في استخدام المعلومات الشيء الذي فرض توحيد الإطار القانوني للعمليات البنكية .

الفرع الأول : تعريف البنك .

1/ لغة :

أصل كلمة بنك إيطالي " BANCO " و تعني مصطبة ، و كان يقصد بها في البداية المصطبة التي يجلس عليها الصرافون لتمويل العملة ، ثم تطور المعنى فيما بعد فأصبح يطلق على المكان الذي تجري فيه تحويل العملة و تبادلها ، ثم ترجمت هذه الكلمة إلى الإنجليزية " BANC 1 " ثم إلى الفرنسية " BANQUE " .

2/ اصطلاحا :

أما من الناحية الاصطلاحية ليس هناك تعريفا موحدا أو منضبطا للبنك حتى في البلاد العريقة مصرفيا وهذا نظرا لصعوبة ذلك ، فغالبية الفقهاء يقررون عدم وجود تعريف ، ويقنعون بذكر معيار يعتبرونه الحد الأدنى في خصائص المؤسسة كي تعتبر بنكا ، فيقولون أنه يلزم أن يكون في

اختصاصها :

– قبول النقود من العملاء كوديعة .

_ تحصيل الشيكات التي تكون مستحقة لهم .

– فتح حسابات جارية . [1]

[1]) سعيدون فاطمة الزهراء – بن سونة صليحة ، أثر الرقابة المصرفية على البنوك ، مذكرة تخرج لنيل شهادة الدراسات الجامعية التطبيقية ، جامعة التكوين المتواصل ، مركز المدية ، فرع قانون الأعمال ، السنة الجامعية 2005/2004 ص 06.

وإن لم يكن هناك تعريف موحد للبنك إلا أنه وعلى ضوء المعيار السالف ذكره وردت عدة تعريفات فهناك من يعرفه بأنه " المنشأة التي تقبل الودائع من الأفراد والهيئات تحت الطلب أو الأجل ، ثم تستخدم هذه الودائع في منح القروض والسلفيات "

وهناك من يعرف بأنه " مؤسسة مالية تقوم بدور الوساطة بين المودعين والمقترضين "

وفي تعريف آخر البنك هو " مكان التقاء عرض الأموال بالطلب عليها "

الفرع الثاني : تعريف المصرف .

1/ لغة :

كلمة مَصْرِف " كسر الراء " كلمة عربية مشتقة من الفعل صَرَفَ ، وله معاني عدة .

فالصَّرْفُ : رد الشيء عن وجهه ، صَرَفَهُ يَصْرِفُهُ صَرْفًا فَانْصَرَفَ .[1]

و الصَّرْفُ : فضل الدرهم على الدرهم ، و الدينار على الدينار لأن كل واحد منهما يصرف عن قيمة صاحبه .

و بين الدرهمين صرف أي : فضل ، لجودة فضة أحدهما .

وفي المعجم الوسيط : الصراف : من يبدل نقدا بنقد و المستأمن على أموال الخزانة يقبض و يصرف ما يستحق ؛ و الصرافة : مهنة الصراف ، و في الإقتصاد مبادلة عملة وطنية بعملة أجنبية و المصرف هو مكان الصرف ، وبه سمي البنك مصرفا .

2/ في الإصطلاح الفقهي :

بيع الأثمان بعضها ببعض ، و سمي به لوجوب دفع ما في يد كل واحد من المتعاقدين إلى صاحبه في المجلس ، و هو بيع جنس الأثمان بعضه ببعض ، ويستوي في ذلك مضروبهما و مصوغهما و تبرهما ،

فإن باع فضة بفضة أو ذهب بذهب لم يجز إلا مثلا بمثل يدا بيد .[2]

---

1) فلاح بن موسى الزهراني ، نفس المرجع السابق . ص 50.

[2]) فلاح بن موسى الزهراني ، نفس المرجع السابق. ص 51.

3/في الاصطلاح القانوني :

ليس ثمة تشريع وضع تعريفا للبنك أو المصرف ، حتى في البلاد العريقة مصرفيا ، فالشراح الإنجليز على سبيل المثال إذ يقرون عدم وجود تعريف في أي تشريع ، يفضلون عدم وضع تعريف جامع ، لصعوبة ذلك ، ويقنعون بذكر معيار هو الحد الأدنى في خصائص المؤسسة كي تعتبر مصرفا ، فيقولون انه يلزم أن يكون في اختصاصها :

1_ قبول النقود من العملاء .[1]

2_ تحصيل الشيكات التي تكون مستحقة لهم و إيداع حصيلتها في حساباتها .

3_ وفاء الشيكات و الأوامر الصادرة من العملاء على حساباتهم .

4_ فتح حسابات جارية في دفاترها .

ومنه يمكننا القول أن المصرف هو منشأة يدخل في إختصاصها كحد أدنى قبول النقود من العملاء وديعة ، و تحصيل الشيكات التي تكون مستحقة لهم ، و إيداع حصيلتها في حساباتها ، و وفاء الشيكات و الأوامر الصادرة من العملاء على حساباتهم ، و فتح حسابات جارية في دفاترها .

الفرع الثالث : تعريف العمليات المصرفية .

البحث عن تعريف واضح و شامل للعمليات المصرفية عمل غير مضمون النتائج و لاسيما و أن الصناعة المصرفية كنشاط إقتصادي في تطور مستمر و الإبتكارات المصرفية مستمرة من يوم إلى آخر. فما هو المقصود بالعمليات المصرفية ؟

1/ تقليديـا:

في مدرسة السوابق القانونية Common Law عدد من الإجتهادات التي حاولت تعريف العمليات المصرفية و المصارف ، أكثر هذه التعاريف دقة الذي قدمه اللورد دينغ Lord Denning في الدعوى التي قامت بين United Dominions Trust Ltd , Vs Kirkwood إذ ذهبت المحكمة إلى تحديد الصفات الواضحة للعمل المصرفي التقليدي بقولها : " توجد صفتان عادة في المصارف حاليا :

[1]) سعيدون فاطمة الزهراء – بن سونة صليحة ، نفس المرجع السابق ص 07 .

1)_ تقبل المصارف الأموال و تدفع الشيكات للعملاء و تضعها في الإعتمادات الممنوحة لهم .

2)_ يسددون قيمة الشيكات او أوامر الدفع المسحوبة عليهم من قبل عملائهم ..

هاتان الصفتان تحملان معهما صفة أخرى تتمثل في مسك الحسابات الجارية أو ما يشابهها في دفاترهم ، حيث يتم تسجيل الدفعات الداخلة أو الخارجة من الحساب .[1]

أما في القانون الفرنسي فقد عرفت المادة الأولى من القانون الصادر بتاريخ 1941/06/13 م ، المصارف بأنها الشركات و المؤسسات التي تتخذ مهنة لها إيداع الاموال للجمهور و استخدام الأموال لحسابات الغير في عمليات قطع و منح قروض عمليات مالية .

أما في الفقه فقد تم تعريف " المصرف " من فبل الفقهيين الفرنسيين Roblot et Ripert كما يأتي :

" المصرفي هو تاجر يضارب على الأموال و على القروض ولا يساهم في شكل مباشر بإنتاج أو توزيع أو انتقال الثروات ، ولكن يساعد الصناعيين و التجار في استثماراتهم ."

مما تقدم نستنتج أن عمل المصارف تقليديا يقوم على :

_الحصول على مال من الجمهور .

_إقراض المال للغير .

_ تنفيذ أوامر الدفع من شيكات و حوالات و غيرها .

2/ حديثا :

الأعمال التقليدية الثلاثة للمصارف التجارية (والتي تدعى بالعامية مصارف المفرق) كانت بعيدة في سوق لندن (أكبر أسواق المصارف في العالم) عن مصارف الإستثمار التي تعمل في التجارة الدولية و تقوم بتمويل المشاريع و تمنح الضمانات المصرفية للحكومات و غيرها .

في الثمانينيات من القرن الماضي بدأت المصارف في مختلف أرجاء العالم و تحت ضغط المصارف الكبرى الأمريكية و اليابانية تتأثر بالمدرسة الألمانية ، حيث نشطت منذ القرن التاسع عشر المصارف

[1]) د.موسى خليل متري _ د. أديب مفضي ميالة ، نفس المرجع السابق.ص 11 .

الشاملة و بدأت المصارف في كل أوروبا بتقديم خدمات مصرفية شاملة ، تشمل العمليات التقليدية و تمويل المشاريع و إقراض الدول و إتحاد عدد من المصارف لعملية إقراض كبيرة Syndicated Loan

حتى أنها بدأت بتقديم خدمات التأمين إلى جانب الضمانات المالية للحكومات و غيرها من الشركات الكبرى .[1]

هنا بدأت مشكلة تعريف المصرف و العمليات المصرفية إذ أصبح إيجاد تعريف شامل جامع يميز العمليات المصرفية عن غيرها من العمليات المالية و التمويلية ... عمل شائك وبالغ الصعوبة بصفة عامة و يمكن القول : " إن البنوك الشاملة هي البنوك التي لم تعد تنفيذ بالتخصص التقليدي للأعمال المصرفية . " بل أصبحت تمد نشاطها إلى كل المجالات و الأقاليم و المناطق و تحصل على الأموال من مصادر متعددة ، و منها أعمال الإستثمار ، هذا التعريف الفقهي لم يجد له أثرا في القانون الوضعي إذ لجأت القوانين الحديثة إلى تعداد العمليات المصرفية ، أو إلى تعريف المصرف على انه الشخصية الإعتبارية التي تعترف لها السلطة المعنية بالصفة المصرفية ؛ أي أن القوانين الوضعية أخفقت في إعطاء تعريف جامع شامل مميز و موضوعي للمصارف و العمليات المصرفية .

إن المشرع الجزائري عمل جاهدا على إيجاد نظام قانوني يحكم العمليات البنكية على نحو يزيح كل غموض أو خلاف بصدد مضمون هذه العمليات أو آثارها ، قصد تفادي كل إضطراب في علاقة البنك بعملائه ، لي تفادي تعطيل نشاط البنوك وما ينجر عنه من أضرار بالاقتصاد الوطني ، و هو الأمر الذي يتضح لنا جليا من خلال جملة من النصوص القانونية التي أوجدها المشرع الجزائري بقصد تحقيق هذا الغرض . ومن أبرز هذه النصوص نجد ما يلي :[2]

1 –القانون رقم 10/90 المؤرخ في 14 أفريل 1990 المتعلق بالنقد والقرض .

2 –الأمر رقم 01/01 المؤرخ في 27 فبراير 2001 المعدل والمتمم للقانون رقم 10/90 المتعلق بالنقد والقرض .

3 –الأمر رقم 11/03 المؤرخ في 26 أوت 2003 المتعلق بالنقد والقرض (و هو القانون المطبق حاليا) .

---

[1]) د.موسى خليل متري _ د. أديب مفضي ميالة ، نفس المرجع السابق.ص 13 .

[2]) د. مجاجي منصور ، بحث حول عمليات البنوك من الوجهة القانونية في الجزائر ، معهد العلوم القانونية و الإدارية بالمركز الجامعي يحي بن فارس ، المدية .

إذن المشرع الجزائري أوجد نظاما قانونيا خاص بهذه العمليات . و عليه فما المقصود بالعمليات البنكية أو العمليات المصرفية ؟ وكيف عددها المشرع الجزائري ؟ و كيف نظمها ؟

الإجابة عن هذه التساؤلات تكون من خلال إجراء دراسة تحليلية للأمر رقم 11/03 المؤرخ في 26 أوت 2003 المتعلق بالنقد والقرض .

باعتباره النص المطبق حاليا في الجزائر وتحديدا المادة (66) منه وما يليها والتي توحي لنا في مجملها بأن أهم العمليات البنكية من منظور هذا الأمر تكمن فيما يلي :

1 / تلقي الأموال من الجمهور (الودائع) .

2 / عمليات القرض .

3 / توفير وسائل الدفع للزبائن و إدارتها .

المطلب الثاني :/ خصائص العمليات المصرفية .

تعتبر القواعد التي تنظم المصارف ، و عمليات القانون المصرفي (بمعناه الواسع الذي يظم التشريع و العادات و غيرها) من مصادر القاعدة القانونية ، و تتميز قواعده بخصائص تفرضها طبيعة الموضوع التي تنظمه .

و أمام ضعف التعريف أصبح من الضروري تحديد ميزات العمليات المصرفية التي يمكن جمعها في الآتي :

1/ الصفة التجارية :

فأغلب إن لم يكن كل دول العالم منحت العمليات المصرفية الصفة التجارية بحكم ماهيتها بغض النظر عن القائم بها مثال : (المادة 6/ د من قانون التجارة السوري).

2/ ذات صبغة تقنية دقيقة :[1]

بمعنى أنها تنظم الإجراءات المتبعة وتستخدم مصطلحات استقرت بالعمل المصرفي ، وهناك من يعبر عنها بصبغة فنية دقيقة لأنها تنظم موضوعا فنيا خاصا ويبدو ذلك في أن هذه القواعد تصل –

[1]) د. أحمد عبد الخالق ، البنوك الشاملة ، بحث مقدم في البرنامج التدريبي للمحامين و المصرفيين حول أعمال البنوك ، المنامة ، البحرين ، 2002 ، ص 04 .

احيانا – إلى تنظيم التفصيلات و لا تقتصر على الأصول ، كما أنها تستخدم ألفاظا و مصطلحات استقرت في العمل معان معينة قد لا تتفق مع معناها اللغوي ، خاصة في تشريعات النقد و الإعتمادات . أي أنها : ذات معان قد لا تتفق والمعنى اللغوي رغم أنها تفي بالأغراض التي توضح إرادة أطرافها بالموضوع المتفق عليه، عملا بالقاعدة " العبرة للمقاصد والمعاني لا للألفاظ والمباني" .

3/ تعتمد أسلوبا موحدا Standard .

تعتمد كافة البنوك في نماذجها على أسلوب موحد قد يصفها البعض بأنها عقود إذعان رغم توضيحها لحقوق وواجبات كل من البنك وعملائه.

تأسيسا على الأسلوب الموحد لكافة النماذج ولعدم قيام البنوك بتعديل شروطها بالإضافة لحاجة العملاء السريعة لإتمام التعامل يتم توقيع العملاء لهذه النماذج دون دراسة الشروط أو الدراية بتفاصيلها.

4/ شكلية المحررات :

الأسلوب الذي تتبعه المصارف يصحب دائما شكلية المحررات التي يطبعها المصرف ، ويفرغ فيها علاقة الطرفين فهي تتبع من حيث الموضوع أسلوباً واضحاً في النماذج المصرفية كالعقود وغيرها من حيث الشكل والموضوع بحيث تكون العلاقة واضحة بين أطراف التعامل بعيدة عن اللبس والغموض وتصاغ بطريقة يسهل تفسير شروطها وتوضح ما يصبو إليه أطرافها في تعاملهم بطريقة قانونية مبنية على النظم التجارية والأعراف والعادات.

أما من حيث الشكل فلها شكل خاص تتبعه كافة المصارف ذات آثار خاصة كالتعامل بالأوراق التجارية وغيرها.[1]

5/ وحدة الأنظمة على المستوى الدولي :

تتميز القوانين المصرفية بأنظمة موحدة على المستوى الدولي – هي في الغالب – واحدة على مستوى الدول ، وهو أمر طبيعي لأن العمليات المصرفية الواحدة قد تتجاوز في آثارها حدود الدولة ، كالاعتمادات المستندية و الكفالات و بوالص التحصيل والنقل وغيرها بل إن هناك نظما بأكملها تظهر

[1]) فلاح بن موسى الزهراني نفس المرجع السابق. ص 59 .

في دولة ثم تمتد إلى دولة أخرى لسبب واحد هو فائدتها كما في نظام وكالة التسويق Fac-toring ، وكل ما يتعلق بالتجارة الخارجية ، فهي بهذا لا تعطي العميل المجال لتغيير أو تعديل نصوصها المطبوعة لأنها نظم عالمية مقننة بواسطة مشرعي غرفة التجارة الدولية وتطبق بين كافة الدول العربية والأجنبية.

6/ تقوم على الإعتبار الشخصي :

إن العمليات المصرفية تقوم دائماً على الاعتبار الشخصي أي على ثقة أطرافها (أو هذا هو المفروض) وهذا يسهل العمليات. فالبنك ينظر إلى أخلاق عميله ومركزه المالي ليطمئن في تعامله معه – خاصة إذا كانت العملية فيها مخاطر مالية – يقدر وقوع الخطر بالنظر إلى أخلاقيات العميل و إمكانياته، ولا يقدم المصرف على العملية إلا متى اطمئن إلى هذه العناصر .

كما أن الاعتبار الشخصي الذي ينتظره العميل من البنك هو نوع العمل والخدمة وحسن المعاملة والسرعة التي تختلف من بنك لآخر.

ونظرا لأهمية هذه الخصائص قامت بعض القوانين التجارية للدول العربية بتقنين العرف المصرفي بالإضافة للقرارات الهامة الناشئة عن اتحادات المصارف التي أصبحت مع الزمن مستقرة وقاعدة يستند إليها بكافة النزاعات في غياب التشريع الخاص بدلاً من أحكام القانون المدني أو التجاري .

المطلب الثالث : قابيلة العمليات المصرفية للتحكيم .

سبق أن أشرنا أن العمليات المصرفية هي جميع الخدمات المصرفية[1] أي الأعمال التي تقوم بها البنوك عادة من صرف وائتمان وتسليف النقود بضمان أو بدون ضمان ، وشراء وبيع الأوراق المالية والتعامل بالأوراق التجارية وخصمها أو إعادة خصمها وفتح الإعتمادات العادية أي المالية أو غير المستندية ، و الإعتمادات المستندية و الحسابات الجارية ، وقبول الودائع النقدية بفائدة أو بدون فائدة... ورغم تعدد وتنوع أعمال المصارف هل يمكن أن تكون قابلة للتحكيم ؟

[1]) نريمان عبد القادر: "اتفاق التحكيم والصيغة النموذجية له وأنواع عقود البنوك التي يمكن أن يدرج فيها"، الأعمال الكاملة للملتقي الدولي الذي نظمه مركز الدراسات القانونية والقضائية والمعهد العالى للقضاء تونس، أبريل 1998،ص 50.

من الصعب تحديد قائمة شاملة بالنزاعات التي قد تنشأ بين البنوك وعملائها ، وكل ما هناك تعداد يتزايد مع تطور العمليات التجارية والتي تلعب فيها البنوك دورا بارزا .

وبالمقابل أكدت التشريعات على مفهوم واسع في العلاقات التي يمكن أن تكون موضوعا للتحكيم ، تشمل العلاقات القانونية أو الأعمال التي تثبت لها الصفة التجارية بالمعنى الدقيق والتحكيم في العلاقات المالية المدنية على السواء ، إذا كان كل منها له طابع اقتصادي ولا يخرج منه بالتالي سوى المنازعات التي تتعلق بخصومة مدنية غير مالية و التي لا يحول النظام العام دون النظر فيها .

وبناء على ذلك نقول إن جميع المنازعات الناشئة بين العميل والمصرف بشأن عقود الاستثمار والمنازعات ذات الطابع التجاري ، ونقل التكنولوجيا وتلك المتعلقة بالتعهدات الحاصلة بين المصرف والعميل يجوز فيها التحكيم .

وما دمنا في صدد الحديث عن التحكيم في العمليات المصرفية الدولية وخاصة خطابات الضمان الدولية نسجل عمل تم في إطار اتحاد بنوك مصر عام 1987 حيث كثرت الشكاوى من عدم قيام البنوك بدفع مبالغ خطابات الضمان الصادرة منها إلى المستفيدين ، وكثيرا ما يضطر هؤلاء إلى الإلتجاء إلى القضاء لنيل حقوقهم ، ومن ناحية أخرى كان الآمر بإصدار الضمان يلجأ بدوره إلى القضاء طالبا تسييل مبلغ الخطاب .

وكان ذلك يتم أحيانا بأوامر على العرائض تصدر دون حضور البنك ويفاجأ البنك بإعلان من المستفيد أن قاضيا يأمره بدفع قيمة الخطاب ، وإعلان آخر في نفس الوقت من الآمر بالإصدار ينبه عليه بأنه طبقا لقرار قاضي آخر يتعين عليه ألا يدفع إلى المستفيد قيمة الخطاب ، فأي الأمرين ينفذه البنك ؟

وتزداد حدة المشكلة عندما يكون كل من العميل والمستفيد أحدهما يقيم في دولة أخرى مختلفة ، إذ تقدم للبنك أحكام أو أوامر متضاربة من دول مختلفة وقد يقوم المستفيد باتخاذ إجراءين آخرين : أولهما الشكوى إلى البنك المركزي والثاني هو تهديد البنك بعدم قبول خطابات الضمان التي تصدر منه مستقبلا ودعوة السلطات وقف نشاطه .

وقد عهد البنك المركزي المصري إلى اتحاد بنوك مصر بدراسة هذه المشاكل لوضع حلول لها . وقد شكلت لجنة باتحاد البنوك تتكون من مديره العام ومساعده ومستشار الاتحاد وبعض الأعضاء الآخرين .

وقد وجدوا أن حل هذه المشاكل يستدعي وضع مجموعة أعراف محلية مستمدة من التقاليد المصرفية السليمة .[1]

ومن ناحية أخرى فإن سبب حيرة البنوك و ارتباك عملها هو القرارات القضائية المتضاربة ، ولمنع هذا التضارب رأت اللجنة أن يتم نزع الاختصاص من يد المحاكم القضائية في هذا الموضوع وأن يعهد به إلى هيئات تحكيم تشكل لفض منازعات الأطراف مجتمعين وتصفي حقوقهم جميعا في وقت واحد دون أن يسمح لأحد منهم باستصدار قرارات بعيدا عن أعين المحكمين ، ويتم الاتفاق على التحكيم في وثيقتين :

- الأولى هي طلب العميل لاستصدار خطاب الضمان فينص على أنه عند الخلاف يقبل الخضوع لاختصاص هيئة التحكيم .
- والثانية هي صك خطاب الضمان نفسه ويدرج فيه البنك على ظهره صيغة الأعراف المحلية التي أشرنا إليها ومعها صيغة شرط تحكيم مؤداه أن أي نزاع ينشأ بين المستفيد والعميل والبنك يخضع للتحكيم . وهذا الشرط يسحب الاختصاص من يد المحاكم القضائية ويكتب على وجه خطاب الضمان أنه خاضع للقواعد المبينة بظهره . فإذا لم يتعرض المستفيد على ذلك اعتبر قابلا لتطبيق قواعد الأعراف وشرط التحكيم .[2]

وعند حصول نزاع بشأن خطاب الضمان يقوم الأطراف الثلاثة باختيار المحكم أو اختيار هيئة من ثلاثة محكمين ، وقد يكون هذا التحكيم حرا غير خاضع لأية منظمة تحكيم وقد يكون تحكيما نظاميا أمام مركز أو هيئة معينة مثلا .

ونفس الشيء بالنسبة للولايات المتحدة الأمريكية ، فبعد ما كانت هذه المنازعات ترفع أمام القضاء العادي[3] ، و الذي يوصف بأنه العدو للبنوك ، أصبحت هذه المؤسسات تقدم على إدراج شرط التحكيم داخل العقود التي تبرمها مع عملائها أو مع زبنائها ، أما بالنسبة بالمغرب فقد نص القانون 05-08 المتعلق بالتحكيم والوساطة الاتفاقية على أنه : " يمكن بوجه عام أن تكون محل اتفاق تحكيم النزاعات

---

[1]) محي الدين اسماعيل علم الدين: "التحكيم الدولي والمحلي ومدى تناسبه لحل منازعات المصارف"، مجلة التحكيم تصدر عن المركز اليمني للتوفيق والتحكيم، العدد 11، جانفي2000، ص 16-17.

[2]) و [15]) محي الدين اسماعيل نفس المرجع السابق ، ص 16-17. 18 .

[3]) د السالك كروم ، مقال في التحكيم في المعاملات المصرفية ، نشر في مجلة القانون و الأعمال ، الرابط http//:www.droitetentreprise.com

الداخلة في اختصاص المحاكم التجارية عملا بالمادة الخامسة من قانون رقم 53-95 القاضي بإحداث المحاكم التجارية " ، والتي تدخل من ضمنها العقود البنكية .

ويتضح مما تقدم أن التحكيم أضحى آلية أساسية من آليات تسوية المنازعات المصرفية بالنظر إلى انسجام مزاياه مع الأسس التي تقوم عليها العمليات البنكية بصفة عامة .

وعموما لا يتم اللجوء إلى التحكيم في العمليات المصرفية إلا بعد رضا الأطراف واتفاقهم على سلك هذه المسطرة بدلا من اللجوء إلى القضاء ويتطلب ذلك الاتفاق مجموعة من الشروط و الإجراءات ، كما يترتب عليه مجموعة من الآثار سنتطرق لها في الآتي .

المبحث الثاني : التحكيم المصرفي .

لإبراز و تبيان مدلول و مفهوم مصطلح التحكيم التجاري الدولي ، نجد انه تعددت فيه التعاريف الفقهية و التشريعية و حتى القضائية ، و لما كان اللجوء إلى التحكيم لحسم المنازعات الناشئة في مجال التجارة الدولية عموما يلقى قبولا أكثر من قبل المتعاملين في الوسط الدولي ، و أصبح في الوقت الحاضر الطريقة الشائعة لفض المنازعات ، و نتيجة لهذا الإقبال اختصت العديد من الفرق التجارية في هذا المجال ، و أنشأت فيها هيئات للتحكيم و مراكز عديدة للتحكيم على الصعيدين الوطني و الدولي . [1]

المطلب الأول : مفهوم التحكيم .

سنتطرق إلى تعريف التحكيم :

1/ لغة :

مصدر مصدر حَكَّمَهُ فِي الأَمْرِ وَ الشَّيْءِ ، أي : جعله حُكْمًا ، و فوض الحُكْمَ إليه .

وفي التنزيل العزيز قوله تعالى : " فلا و ربك لا يؤمنون حتى يحكموك فيما شجر بينهم " .

وحكمه في الأمر تحكيما : أمره أن يحكم فأحتكم .

وكذلك عرف لغة على أنه : تفويض الحكم لشخص ، و على هذا يقال حكَّمت الرجل ، أي : فوضت إليه الحكم ، و يقال : " حكْم ، و مُحَّكَمُ ". و هذا لفظ من باب التفعيل بصيغة اسم المفعول ، أما المحكَّم من باب التفعيل بصيغة اسم فاعل ، فهو اللفظ الذي يدل على أحد الخصوم ، و المحكَّمون أي : الخصوم أو طرفا النزاع .

2/ اصطلاحا :

إن التعريف الإصطلاحي لا يخرج فحواه عن التعريف اللغوي ، فنجد الكثير من التعاريف ندرج بعضها :

[1]) د. فوزي محمد سامي ، التحكيم التجاري الدولي ، دراسة مقارنة لأحكام التحكيم التجاري الدولي ،دار الثقافة للنشر و التوزيع ،ط1، الأردن ، 2008 ، ص 7.

<< إن التحكيم نظام خاص للتقاضي ينظمه القانون و يسمح بمقتضاه للخصوم في منازعات معينة بأن يتفقوا على إخراج منازعة قائمة أو مستقبلية عن ولاية القضاء العامة للدولة ، وذلك لتحل هذه المنازعة بواسطة شخص أو أشخاص عاديين يختارهم الخصوم و يسندون إليهم الفصل في النزاع .>>

كما عرفه آخرون :<< التحكيم هو طريقة لحل النزاع يعتمد على إختيار الأطراف لقضاتهم بدلا من الإعتماد عن التنظيم القضائي .>>

3/ فقها :

يعرفه الفقه بأن : " التحكيم عقد بمقتضاه يتفق شخصان أو أكثر على إحالة نزاع نشأ بينهما أو ما ينشأ بينهما من نزاع في تنفيذ عقد معين ، على محكمين للفصل فيه بدلا من الإتجاه إلى القضاء المختص ".

كما يعرفه البعض الآخر بأنه : " نظام قضائي خاص ، يختار فيه الأطراف قضاؤهم و يعهدون إليهم بمقتضى اتفاق مكتوب ، بمهمة تسوية المنازعات التي قد تنشأ أو نشأت بالفعل بينهم ، بخصوص علاقتهم التعاقدية أو غير التعاقدية ، و التي يجوز حسمها بطريق التحكيم ، وفقا لمقتضيات القانون و العدالة بإصدار قضائي ملزم لهم ".

4/ قانونا :

التعريف القانوني سنتطرق إلى تعريف اتفاقية لاهاي وكذا مختلف – التشريعات الوطنية بما فيها التعريف الوطني .

تعريف اتفاقية لاهاي للتسوية السلمية للمنازعات الدولية :[1]

التعريف السائد للتحكيم هو ذلك الذي سبق و تضمنته المادة 37 من اتفاقية لاهاي للتسوية السلمية للمنازعات الدولية التي توصل إليها مؤتمر السلام الدولي الثاني الذي عقد في لاهاي عام 1907 ، حيث قررت هذه المادة أن موضوع التحكيم الدولي هو تسوية المنازعات بين الدول بواسطة قضاة من إختيارهما وعلى أساس احترام القانون ، وإن اللجوء إلى التحكيم ينطوي على تعهد بالخضوع بحسن نية للحكم .

[1]) نورة حليمة ، التحكيم التجاري الدولي ، مذكرة ماستر ، قانون الأعمال ، كلية الحقوق و العلوم السياسية ،جامعة خميس مليانة ، السنة الجمعية 2013-2014 ، ص07 .

بينما نجد أنه لم تنص التشريعات الوطنية الحديثة المنظمة للتحكيم لتحديد ما هو المقصود بالتحكيم بشكل مباشر ، ولعل ذلك راجع إلى أغلبية هذه التشريعات استوحى من القانون النموذجي للتحكيم و الذي جعل عدم تعريف التحكيم احتراما منه للخلافات الوطنية بشأن تحديد مفهوم التحكيم .

ومع ذلك نجد أن القانون المصري رقم 27 لسنة 1994 و على الرغم من أنه مستوحي من القانون النموذجي للتحكيم[1] نجد أنه تعرض لتحديد المقصود بالتحكيم ، فنصت المادة الرابعة منه في الفقرة الأولى من قانون التحكيم المصري على أنه : " ينصرف لفظ التحكيم في حكم هذا القانون إلى التحكيم الذي يتفق عليه طرفا النزاع بإرادتهما الحرة سواء كانت الجهة التي تتولى إجراءات التحكيم بمقتضى اتفاق الطرفين منظمة أو مركز دائم للتحكيم أو لم يكن كذلك ".

كما نجد أن المشرع الأردني لم يتطرق إلى تعريف التحكيم في قانون التحكيم الجديد لسنة 2001 لكن ورد تعريف التحكيم في القانون القديم رقم (18) سنة 1953 ، حيث نصت المادة الثانية منه بقولها : " و تعنى عبارة (اتفاق التحكيم) الاتفاق الخطي المتضمن إحالة الخلافات القائمة على التحكيم سواء أكان اسم المحكم أو المحكمين مذكورا في الاتفاق أم لم يكن " .

كما لا نجد تعريفا واضحا و دقيقا من طرف المشرع الجزائري رغم أنه تناول مختلف أحكام التحكيم التجاري الدولي من خلال المواد المدرجة ضمن المرسوم التشريعي 93-09 ، .. ولا حتى في القانون الجديد 08-09 المؤرخ في 2008/02/25 المتضمن قانون الإجراءات المدنية و الإدارية الذي نظم فيه المشرع الجزائري التحكيم بنوعيه الداخلي و الدولي .

المطلب الثاني : المآخذ عن التحكيم المصرفي

عدد الشراح الأسباب التي أدت إلى عزوف البنوك على تبني شرط التحكيم لفض ما قد ينشأ من منازعات سواء في معاملاتها مع عملائها ، أو في شأن المعاملات التي تتم فيما بينها .
و نلاحظ أن عقود القروض الدولية التي تتم بين أحد المشروعات و إحدى مؤسسات التمويل أو البنوك ، أو ما فيما بين مؤسسات التمويل أو البنوك لتقديم قرض مشترك ، تتضمن عادة الاتفاق على أن تتم

[1]) حفيظة السيد حداد: "الموجز في النظرية العامة في التحكيم التجاري الدولي"، الطبعة الأولى 2004 منشورات الحلبي الحقوقية، ص 118 .

تسوية المنازعات وفقا للقانون الإنجليزي أو قانون ولاية نيويورك ، أمام القضاء الإنجليزي أو أمام محاكم نيويورك .

ذلك لأن عرض المنازعات المصرفية على هيئات التحكيم ، لا يروق عادة لرجال البنوك ، إذ لديهم قناعة أن المحاكم أقدر من الهيئات التحكيمية على فهم طبيعة هذه المنازعات و الفصل فيها طبقا لأحكام القانون الواجب التطبيق أو لاتفاق المتعاملين ، فضلا عن أحكام هيئات التحكيم غير قابلة للمراجعة على عكس أحكام القضاء ، كما أنه ليس هناك محكمون معروفون دوليا في مجال العمليات المصرفية الدولية ، يضاف إلى ما تقدم أن النظام التحكيمي مكلف من الناحية المالية على عكس اللجوء إلى القضاء .

و تخشى البنوك أن يؤدي التحكيم إلى البعد عن تطبيق القانون و تطبيق مبادئ العدالة بدلا منه ، إذ تميل هيئات التحكيم بطبيعتها إلى التوفيق بين المصالح المتعارضة ، و هو ما قد يؤدي إلى ضياع حقوق البنوك و المؤسسات المالية الدائنة .

كما يضاف إلى ما تقدم من حجج تسوقها البنوك ، ما يتردد من أنه لا توجد سوابق تحكيمية في مجال التعامل المصرفي يمكن الرجوع إليها من قبل هيئات التحكيم .

كذلك فإن هيئات التحكيم لا يمكنها أن تأمر بإجراءات تحفظية ، يكثر اللجوء إليها في المعاملات المصرفية .

و يمكن أن نلخص المآخذ في نقاط فنعددها في ما يلي :

1/ – إلزامية القرارات القضائية :

إن قرار المحكمين لا يمكن أن يكون نهائيا إلا بعد كسائه صيغة التنفيذ أمام القضاء الوطني .

إن أكثر ميزات التحكيم أهمية و بخاصة لجهة السرعة و السرية تفقد أهميتها عند إعطاء قرار المحكمين صيغة التنفيذ أمام القضاء الوطني الذي يطلب منه غالبا البت في صحة أو بطلان قرار المحكمين و ينظر القضاء الوطني في النظام العام و عدم مخالفة القرار التحكيمي له مما يتطلب وقتا وجهدا إضافيين.

و بالتالي يدافع البعض على أن قرارات المحاكم الوطنية أكثر إلزامية من قرارات المحكمين .

2/– عدم تمتع المحكمين بسلطات القضاة :

يفتقد المحكمون للكثير من السلطات التي يتمتع بها القضاة ، ففي كثير من الأحيان يرى المتنازعون أنفسهم ملزمين باللجوء إلى القضاء الوطني إلى جانب التحكيم للحصول مثلا على حجز أو أي قرار آخر مستعجل يصدر عن القضاء لصفته الملزمة .

3/– اختصار التحكيم على الأطراف المتفقة عليه :

يفتقد المحكمون أيضا سلطة ضم الملفات التحكيمية أو إدخال شخص آخر في الدعوى التحكيمية ، لأن التحكيم يقتصر على الأطراف المتفقة عليه وهذه النقطة لها أهمية كبيرة في العقود المصرفية التي كما ورد آنفا يوجد فيها أطراف متعددة و لا يكون التحكيم صحيحا إلا بمواجهة الجميع الكفيل و المكفول أو المستفيد من الاعتماد و فاتح الاعتماد و المصرف المراسل .

و حتى لو اتفق الجميع على التحكيم إلا أن وجود إجراءات تحكيم متعددة للبت بنزاع واحد توجد جذوره في عقود مختلفة يؤدي إلى إصدار قرارات متعارضة في مضمونها .

و بالتالي لابد من إيجاد نظام يسمح بالتحكيم المتعدد الأطراف و بالجمع بين القضايا التحكيمية المتعددة لوحدة الموضوع . هذا هو حديث الساعة حاليا و موضوع مناقشات أكاديمية و عملية في العديد من النظم القضائية و حتى على المستوى الدولي .

4/– التحكيم أكثر كلفة من القضاء العادي :

غالبا ما يعتبر التحكيم أكثر كلفة من القضاء العادي و بخاصة في دول القانون المدني حيث لا يدفع المتخاصمون أية مصاريف للمحاكم بينما يدفع المتنازعون أجور المحكمين إضافة إلى المصاريف الإدارية للتحكيم التي يجب دفعها كنسبة من قيمة النزاع المنظور به ، و إذا كان التحكيم لا يتم وفق قواعد مؤسسة تحكيمية فإنه يجب على المتنازعين تحمل مصاريف إدارية مختلفة كاستئجار مكان الاجتماع و الأدوات اللازمة لإجراءات التحكيم (مصاريف تنقل الشهود .... الخ) .

5/– النزعة بالوصول إلى حل رضائي :

آخر الملاحظات و أهمها بالنسبة للمصرفيين تتعلق بواقع توصل المحكمين إلى حل رضائي دون البت بشكل قاطع بالنزاع المعروض عليهم وفقا لقواعد القانون ، أي أن هنالك مآخذ على المحكمين بأنهم قد يتوصلون في بعض الأحيان إلى تقسيم الخسائر أو المكاسب بين المتنازعين بصورة رضائية دون العطف على القانون الواجب التطبيق وحقوق الأطراف وفقه .

المطلب الثالث : مزايا التحكيم المصرفي بالمقارنة مع القضاء

لا ريب أن التحكيم أضحى القضاء الأصيل المفضل لأطراف التجارة الدولية ، لشعورهم بأنه وليد إرادتهم وتجاوبه مع مصالحهم وكذا للمزايا التي يتسم بها عموما و لكونه ينسجم و خصوصيات العمليات المصرفية .

وتكمن مزاياه في :

1– السرية : في التحكيم إذ إن إجراءات التحكيم و المرافعات فيه بعيدة عن العلانية الملازمة للقضاء العادي و بذلك يستطيع رجال الأعمال إخفاء طبيعة نزاعهم و إجراءات التقاضي عن الجمهور .

إن جلسات التحكيم عادة ما تجري في سرية تامة ، إذ يقتصر الحضور على المحكمين و أطراف النزاع ، و ربما الشهود و الخبراء غي بعض الأحيان ، وهو ما يتناسب مع معاملات المصارف بوجه عام ، و عموما يحرص كل من العميل و المصرف عادة على سرية معاملاتهم ؛ إذن فهو يحفظ أسرار الطرفين فلا يطلع عليها سوى المحكمين المختارين لنظر النزاع والمحامون المدافعون عن الطرفين وهؤلاء ملتزمون بالمحافظة على سرية الجلسات .[1]

2– المرونة:

المرونة في إجراءات التحكيم هي أيضاً من الميزات الأساسية له حيث يمكن للأطراف اختيار الإجراءات الواجبة التطبيق على التحكيم والتي قد تبدو لهم أكثر ملاءمة لنزاعهم وبذلك يتخلصون من القواعد الوطنية لأصول المحاكمات الملزمة التطبيق في القضاء الوطني. كما يمكن للمتخاصمين أن يعفوا المحكمين من إتباع أية أصول أو إجراءات ملزمة أثناء التحكيم.

[1]) فلاح بن موسي ، نفس المرجع السابق ، ص 178.

إضافة إلى أن المحكمين يخرجوا غالباً عن القواعد القانونية الصارمة بتطبيقهم للنصوص التشريعية بطريقة مرنة وبتفسير النصوص القانونية بمعزل عن اجتهادات المحاكم وتسلسل السلطة القضائية. هذه الميزة يراها المصرفيين على أنها سيئة باعتبار أن المرونة من وجهة نظرهم تعني عدم إستقرار القواعد القانونية وبالتالي مخاطر إضافية.

3- خبرة وحيادية المحكمين:

حيادية وخبرة المحكمين هي صفة إضافية للتحكيم. والحيادية في اختيار المحكمين بعيداً عن القضاء الوطني لأحد الأطراف المتعاقدة لها أهمية كبيرة في العقود الدولية وبالتالي يمكن للأطراف أن يختاروا محكمين مستقلين وبعيدين عن الثقافة القضائية الواحدة أو يتم اختيار هؤلاء المحكمين من هيئة دولية مستقلة.

كما أن اختيار المحكمين لا يتم بموجب معيار الحيادية فقط (وإن كانت نظرية أحياناً) إلا أن معيار الخبرة له حيز كبير في اختياره. فعند وجود نزاع ناتج عن عقد بناء يكون تحديد المحكم نتيجة لخبرته في هذا المجال.

بعكس القضاء الوطني حيث يمكن البت بالدعوى من قبل محكمة ليس لديها أية خبرة سابقة في مثل هذه العقود.

إلا أنه لا يجوز المغالاة في حيادية وخبرة المحكمين. إذ غالباً ما يتم اختيار المحكم من قبل أحد الأطراف المتخاصمة نظراً لتعاطفه أو قبوله أو على الأقل قربه بثقافته القانونية والشخصية من الطرف الذي سمّاه. وعلى المستوى الدولي هذه الحيادية لها تطبيقات يمكن أن تثير بعض التساؤلات.

كما أن إختيار المحكم الخبير شيء ضروري إلا أنه يجعل من التحكيم، وبالذات الدولي منه ، محصوراً على عدد معيّن من الأشخاص (الغربيين بشكل عام) المستفيدون من احتكارهم لهذا المجال المهم من الحياة القانونية والاقتصادية الدولية .

4- السرعة:

أهم ميزات التحكيم بالمقارنة مع القضاء العادي تتعلق بسرعة الوصول إلى قرار تحكيمي نهائي. وهذه الميزة ضرورية في الحياة التجارية التي تعتمد على صفتين هامتين ألا وهما الائتمان التجاري والسرعة في

إنجاز الأعمال التجارية. فكثيراً ما يصدر قرار المحكمين بأقل من سنة أو حتى ستة أشهر من استلامهم مهمة التحكيم وحيث أن أغلب دول العالم بموجب قانونها الداخلي (المواد 519-520-530 و531 و533 من قانون أصول المحاكمات السوري) أو بموجب تصديقها على اتفاقية نيويورك لعام 1958 لتنفيذ أحكام المحكمين ، تعطي هذه القرارات صفة الإبرام وتكسبها صيغة التنفيذ المباشر، لذلك أصبح للتحكيم التجاري الداخلي أو الدولي صفة السرعة التي لا بد منها لحل النزاعات التجارية .

و حيث أن الوقت جزء من الحق و يعني المال في الوقت الحاضر فكثيرا ما دفع البعض عن فكرة أن التحكيم أرخص من اللجوء إلى القضاء العادي . هذه الفكرة ناشطة جداً في مدرسة التشريع القضائي "common law" و لكن أغلب فقهاء القانون المدني يعارض صحتها و يتحفظ بخصوصها .

5- التحكيم يحافظ على العلاقات بين الطرفين فهو أقرب إلى التفاهم بين الأطراف .

6- يعد أفضل وسيلة لمعالجة ولمواجهة الأحكام غير المتوقعة لكونه يتحدد من قبل محكمين متخصصين تم تعيينهم من قبل الأطراف وبناء على قانون من اختيار الأطراف ، وفي حالة عدم تحديده من الأطراف تقوم المحكمة التحكيمية بتحديد القانون الواجب التطبيق بعد موافقة الأطراف

7- أن المحكم غالبا ما يطبق قواعد وأعراف مستقرة عادة ما تكون معروفة لديهم سلفا ويأتي الحل متفقا وتوقعاتهم ، حيث يكون المحكمون في الأغلب الأعم على مستوى من الكفاءة العلمية والقانونية للفصل في المنازعات المسندة إليهم فضلا عن تمتعهم غالبا بالخبرة العلمية والعملية في المنازعات التي يتم اختيارهم للفصل فيها ، وهذا من شأنه تحقيق رغبات الأطراف ولعله مما يساعد على ذلك أن الأطراف عموما هم الذين يختارون المحكمين ، وهم بالتأكيد سيعمدون إلى اختيار أنسب المحكمين الذين تحتاجهم خصوصية القضية محل النزاع ، وخاصة إذا تعلق الأمر بنزاع ذو طبيعة خاصة كالمنازعات المصرفية.

8- وتطرح أيضا أهمية التحكيم بالنسبة للعمليات المصرفية عندما يتعلق الأمر بتنفيذ حكم قضائي في بلد المدين ، والذي قد لا تربط دولته بالدولة مصدرة القرار أيه اتفاقية تتعلق بتنفيذ الأحكام القضائية أو غير موقعة على اتفاقية نيويورك 1958 المتعلقة بالاعتراف وتنفيذ الأحكام الأجنبية

9- قلة التكاليف : وهو تحقيق مصلحة الأطراف في تحمل كلفة قليلة لحسم المنازعات بينهم إذا أنه لا تطلب رسوما أو أتعاب محامين كتلك التي تدفع عند التقاضي .[1]

[1]) نجيب أحمد عبد الله: "اتفاق التحكيم في المنازعات المصرفية"، البيئة القانونية والمالية للقطاع المصرفي اليمني"، سلسلة إصدارات المركز اليمني للتوفيق والتحكيم، الطبعة الأولى، 2004، ص 502.

10- قلة إجراءات الإستئناف : أو ما يسميه البعض ب " نهاية القرار التحكيمي " أي أن حكم المحكمين يعتبر نهائيا فالأصل في حكم التحكيم أن يكون حكما نهائيا لا يجوز الطعن فيه إلا إذا كان باطلا بعكس الأحكام القضائية التي يتم الطعن فيها على درجات .

11- أن التحكيم في المنازعات المصرفية يساعد على تجنب رفع الدعوى في بلد المدعى عليه وتجنب جهله بقوانينها .

أن المحكم يستطيع أن يسد النقص الموجود في العقود وان يعدله إذا تغيرت ظروف التعاقد ، أما القاضي فليست له هذه السلطة ما لم ينص عليها ، أي أن هيئة التحكيم تتمتع بحرية أوسع من القضاء الوطني في كل ما يتعلق بإجراءات التقاضي مثل التبليغات وإدارة الجلسات وتنظيمها وتقديم البيانات والاتصال بأطراف النزاع وغير ذلك ، وهي في كل الأمور تبتعد ما أمكن عن الإجراءات الشكلية التي تكون في كثير من الأحيان أمام القضاء طويلة ومملة ولا فائدة منها سوى التقيد بحرفية النصوص القانونية الخاصة بالإجراءات .

وقد كان لهذه المزايا التي تقدم ذكرها أهمية كبرى في الرفع من شأن التحكيم التجاري بالمقارنة مع التقاضي أمام المحاكم العادية حتى بالنسبة للأنظمة القضائية المعروفة بمصداقيتها وأدائها المتميز للمنازعات ذات الصبغة الدولية .

الفصل الثاني :

ضوابط و إجراءات التحكيم المصرفي .

الفصل الثاني : ضوابط و إجراءات التحكيم المصرفي .

المبحث الأول : اتفاق التحكيم في العمليات المصرفية .

أساس التحكيم ، بطبيعته الحال ، رضاء طرفي الاتفاق ، إلا أن التحكيم يصبح إجباريا بعد الاتفاق عليه ، و إذن يكون الإختيار متعلقا على التحكيم أو عدم الاتفاق عليه ، و هكذا يكون التحكيم متميزا عن القضاء إذ أن أساس الأول رضائي أما أساس الثاني فيوجد في القانون .

يعد اتفاق التحكيم نقطة البداية في عملية التحكيم و مصدر تميزه عن غيره من طرف تحقيق الوظيفة القضائية ، و خاصة القضاء الرسمي ، لذا ركز الفقه على دراسته باعتباره حجر الزاوية في أنظمة التحكيم .

سنتعرض لتحديد مفهوم اتفاق التحكيم بأكثر تفصيل من خلال هذا الجزء .

المطلب الأول مفهوم اتفاق التحكيم .

الفرع الأول : تعريف اتفاق التحكيم .

أصبح من الواضح أن التحكيم لكي يدخل حيز التنفيذ و يأخذ دوره في فض النزاعات بين الأطراف المتنازعة لابد من إرادة تتحرك و تعطيه القوة القانونية لذلك .[1]

و الإرادة هنا لا تتحرك إلا في إطار عقد التحكيم الذي تلتقي فيه إرادة أطراف النزاع على التحكيم وعلى هذا الأساس سوف نتطرق إلى تعريف اتفاق التحكيم لدى كل من الفقه و القوانين العربية .

1 /التعريف الفقهي لاتفاق التحكيم التجاري الدولي .

لقد اختلفت التعاريف الفقهية لاتفاق التحكيم عن التعريفات القانونية رغم تأثير الأولى على الثانية

و تطورها ، بحيث نجد أن الكثير من الفقهاء قد تطرقوا إلى تعريف اتفاق التحكيم ، و أهمها :

[1]) شعران فاطمة ،اتفاق التحكيم التجاري الدولي في التشريع الجزائري ،دراسة مقارنة،المجلة الجزائرية للحقوق و العلوم السياسية ،تصدر عن معهد العلوم القانونية و الإدارية ، المركز الجامعي، تسمسيلت العدد 2 ، ديسمبر 2016 ص11

الفقيه " **جولدمان** " Goldman يعرفه على أنه : " هو الاتفاق الذي يلتزم بموجبه الأطراف على أن يخضعوا للتحكيم سواء النزاعات التي يمكن أن تنشأ بينهما و المتعلقة بالعقد أو النزاعات التي نشأت و المتعلقة في كلتا الحالتين بالتجارة الدولية " [1].

كما يرى الأستاذ " **فوشارد** " بأن : " اتفاق التحكيم يغطي في الحقيقة فكرتين مختلفتين من جهة شرط التحكيم وهو شرط منصوص عليه في العقد ، و ينص على أنه أي نزاع يمكن أن يثور بسبب هذا العقد يتم الفصل فيه عن طريق التحكيم و من جهة أخرى مشارطة التحكيم و التي هي اتفاق بين الطرفين يقومون بموجبه إخضاع النزاع إلى المحكم أو هيئة تحكيمية ، و تكون بعد إبرام العقد و بعد أن يثور النزاع بين الطرفين " [2].

و تعرفه الدكتورة حفيظة السيد حداد بأنه :[3] " ذلك الاتفاق الذي بمقتضاه تتعهد الأطراف بأن يتم الفصل في المنازعات الناشئة بينهما أو المحتمل نشوئها من خلال التحكيم ، و ذلك إذا كانت هذه المنازعات تتعلق بمصالح التجارة الدولية " .

أو يعرف كذلك اتفاق التحكيم هو ذلك التصرف القانوني الذي يتفق بمقتضاه الفرقاء على حل النزاع الناشئ أو المحتمل نشوئه بواسطة التحكيم ، ويمنح المحكم سلطة الفصل فيه بقرار ملزم ، يحصل من محاكم الدولة غير مختصة للنظر فيه .

كما يعرف اتفاق التحكيم على شكل أكثر توسعا و تفصيلا بأنه : " ... تصرف قانوني يتخذ شكل اتفاق مكتوب ، و يحدد فيه الطرفان موضوع النزاع و أسماء المحكمين و مكان إجراءات التحكيم وقد يحدد كذلك القانون الذي يطبقه المحكمون ، و عادة ما يكون اتفاق التحكيم لاحقا على نشوء النزاع ".

2/ التعريف القانوني لاتفاق التحكيم التجاري الدولي .

بالرجوع إلى التشريعات المقارنة الخاصة بالتحكيم التجاري الدولي نجد أنها لم تعرف اتفاق التحكيم ، بل أكدت في مجملها على أن الاتفاق التحكيمي قد يبرم حين نشوب النزاع أو قبله أو يكون الاتفاق قائما أو مستقبليا ، و هذا ما نجده في المادة 1/7 من القانون النموذجي للأونيسترال التي نصت على أن[4] :

---

1) و26) شعران فاطمة ، نفس المرجع ص 11.

27) حفيظة السيد حداد ، الموجز في النظرية العامة في التحكيم التجاري الدولي ،منشورات الحلبي الحقوقية ، ط 1، 2004 ،ص 117.

[4]) عكاشة محمد عبد العال ، القانون التجاري الدولي العمليات المصرفية الدولية ،دراسة في القانون الواجب التطبيق على عمليات البنوك ذات الطبيعة الدولية ، دار الجامعة الجديدة ، الاسكندرية ، مصر ، 2012 ص 97

" اتفاق التحكيم هو اتفاق بين الطرفين على أن يقبلا التحكيم جميع أو بعض المنازعات المحددة التي نشأت أو قد تنشأ بينهما بشأن علاقة قانونية محددة تعاقدية أو غير تعاقدية و يجوز أن يكون اتفاق التحكيم وارد في عقد أو في صورة اتفاق منفصل . "

أو ما ورد في القانون الفرنسي لسنة 1981 في المادتين : 1993_ 1994.

و لقد عرف المشرع المصري اتفاق التحكيم في المادة 10 من قانون التحكيم لسنة 1994 على أنه : [1]

" 1_اتفاق التحكيم هو اتفاق الطرفين على الالتجاء إلى التحكيم لتسوية كل أو بعض المنازعات التي نشأت أو يمكن ان تنشأ بينهما بمناسبة علاقة قانونية معينة عقدية كانت أو غير عقدية .

2_ يجوز أن يكون اتفاق التحكيم سابق على قيام النزاع سواء كان مستقلا بذاته أو ورد في عقد معين بشأن كل أو بعض المنازعات التي قد تنشأ بين الطرفين ...إلخ ".

أما إذا رجعنا إلى القانون العماني الصادر بتاريخ 28 يونيو لسنة 1997 [2]، فقد نص في المادة 10 منه على أن : " 1_ اتفاق التحكيم هو اتفاق الذي يقرر فيه طرفاه الالتجاء إلى التحكيم لتسوية كل أو بعض المنازعات التي تنشأ أو يمكن أن تنشأ بينهما بمناسبة علاقة قانونية معينة عقدية كانت أو غير تعاقدية .

2_ يجوز أن يقع التحكيم في شكل شرط التحكيم سابق على قيام النزاع يرد في عقد معين أو في شكل اتفاق منفصل يبرم بعد قيام النزاع و لو كانت أقيمت في شأنه دعوى أمام جهة قضائية و في هذه الحالة يجب أن يحدد الاتفاق المسائل التي يشملها التحكيم و إلا كان الاتفاق باطلا .

3_ يعتبر اتفاقا على التحكيم كل إحالة رد في العقد إلى وثيقة تتضمن شرط التحكيم إذا كانت الإحالة واضحة في اعتبار هذا الشرط جزءا من العقد . "

---

[1]) حفيظة السيد حداد ، الموجز في النظرية العامة في التحكيم التجاري الدولي ،منشورات الحلبي الحقوقية ، ط 1، 2004 ،ص 122.

[2]) حفيظة السيد حداد ، نفس المرجع ،ص123.

أما المشرع الجزائري قد نص على اتفاق التحكيم في نص المادة 1011 من قانون 09/08 المتضمن قانون الإجراءات المدنية و الإدارية على أنه : " اتفاق التحكيم هو الذي يقبل الأطراف بموجبه عرض نزاع سبق نشوؤه على التحكيم . "[1]

وتجدر الإشارة أن المشرع الجزائري خص فصلا بذاته ليس عن التحكيم فحسب ، بل عن طرق البديلة لحل المنازعات من الصلح و الوساطة إلى التحكيم مسايرا بذلك تطور هذه الوسائل البديلة كل منها على حدا كما نجد أنه تأثر أيضا بالقانون الفرنسي الجديد الصادر سنة 1981 ، فيكون المشرع بذلك قد اختار المنحنى الفرنسي للتحكيم الذي اتبعه كل من المغرب و تونس و لبنان بينما اتبعت بقية الدول العربية منحنى الأونسترال (لجنة قانون التجارة الدولية للأمم المتحدة) و أولها مصر التي كيفت الأونسترال على أنه النموذجي و تبعتها سلطنة عمان ثم الأردن فسوريا و الآن الإمارات العربية المتحدة .

من خلال ما سبق يمكننا القول أن اتفاق التحكيم يعرف بأنه اتفاق بمقتضاه تتعهد الأطراف بأن يتم الفصل في المنازعات الناشئة بينها أو المحتمل نشوئها بينها من خلال التحكيم ، و ذلك إذا كانت المنازعة أو المنازعات تتعلق بمصالح التجارة الدولية ، ومنه يمكن القول إن اتفاق التحكيم المصرفي هو ذلك الاتفاق المبرم بين أطراف العمليات المصرفية بموجبه يتفقون على إحالة أي نزاع بينهم على هيئة تحكيمية خاصة أو مؤسساتية بدلا عن القضاء الرسمي سواء كانت المعاملة ذات طبيعة داخلية أو دولية

الفرع الثاني : صور اتفاق التحكيم .

ينقسم اتفاق التحكيم إلى صورتين : هما مشارطة التحكيم و شرط التحكيم .

مشارطة التحكيم Compromis : و هو الاتفاق على اللجوء إلى التحكيم بشأن نزاع قائم بين الخصوم

شرط التحكيم Clause compromissoire : وهو الاتفاق السابق على وقوع النزاع وذلك بالالتجاء بخصوصه إلى التحكيم ، ويعتبر كذلك اتفاق على التحكيم كل حالة ترد في العقد إلى وثيقة تتضمن شرط التحكيم إذا كانت الإحالة واضحة في اعتبار هذا الشرط جزءا من العقد وتسمى هذه الإحالة **بشرط التحكيم بالإحالة** .

و نجد المشرع الجزائري نص على شرط التحكيم في المادة 1040 من القانون السالف الذكر في فقرتها الأولى بنصها : " تسري اتفاقية التحكيم على النزاعات القائمة و المستقبلية " .

[1]) قانون رقم 08-09 المؤرخ في 18 صفر عام 1429 الموافق 25 فبراير سنة 2008 يتضمن قانون الإجراءات المدنية و الإدارية .

فنجده تبنى و تطرق إلى صورتي اتفاق التحكيم وهم ما ذكرناهم آنفا من خلال العبارة (النازعات القائمة) مشارطة التحكيم ، و عبارة (المسقبلية) شرط التحكيم .

ولا يختلف اتفاق التحكيم في المعاملات التجارية عنه في العمليات المصرفية من حيث الشروط والإجراءات ، وكذا من حيث الآثار نوعا ما .

المطلب الثاني : شروط اتفاق التحكيم في العمليات المصرفية وإجراءاته .

الفرع الأول : شروط التحكيم المصرفي

يعتبر اتفاق التحكيم بمثابة عقد حقيقي نابع من إرادة الأطراف المعنية ، لذا فحتى ينتج آثاره صحيحة لابد من توافر بعض الشروط وهي كالآتي :[1]

1/ الأهلية

إن الاتفاق على التحكيم يرتبط أساسا بإرادة حرة للأطراف و بالتالي يشترط في من يريد اللجوء إلى التحكيم أن يتوفر على أهلية التصرف ، و التي يقصد بها عدم قيام مانع يمنع الشخص من التصرف في حق من حقوقه أو حقوق غيره ، و هذا المنع ليس راجعا لصغر السن و لا لعدم قابلية المال للتصرف فيه ، بل يرجع إلى وجود مصلحة تتعلق بحقوق الغير يتولى المشرع حمايتها .

2/ الكتابة

وتشترط أغلب التشريعات أن يكون اتفاق التحكيم مكتوبا لتحذو بذلك حذوا اتفاقية نيويورك 1958 المتعلقة بالاعتراف وتنفيذ أحكام التحكيم الأجنبية التي نصت مادتها الثانية على أنه :

" 1- تعترف كل دولة متعاقدة بالاتفاق المكتوب الذي يتعهد الأطراف بمقتضاه أن يخضعوا للتحكيم كافة أو أية خلافات نشأت أو يمكن أن تنشأ بينهم .

2- و تعبير اتفاق مكتوب يشمل شرط التحكيم الوارد في عقد أو اتفاق تحكيم موقع عليه من الأطراف أو تضمن في تبادل للخطابات والبرقيات " .

ويتضح بذلك أن الكتابة تعد ركنا أساسيا يجب توافره لإمكان القول بوجود اتفاق التحكيم ، فهذا النص قد قرر في الفقرة الأولى قاعدة موحدة تقتضي الكتابة كشرط صحة تتعلق بوجود الاتفاق ذاته وليس عنصرا

[1]) نجيب أحمد عبد الله: "اتفاق التحكيم في المنازعات المصرفية"، البيئة القانونية والمالية للقطاع المصرفي اليمني"، سلسلة إصدارات المركز اليمني للتوفيق والتحكيم، الطبعة الأولى، 2004، ص 398.

خارجيا متطلبا للإثبات فقط ، ويترتب على تخلف الكتابة بطلان الاتفاق بطلانا مطلقا متعلقا بالنظام العام.

كما أن الفقرة الثانية من المادة الثانية قد أوردت صورتين لتحقيق الاتفاق الكتابي.

أ- إخراج اتفاق التحكيم في وثيقة موقع عليها من الأطراف .

ب- أو وجود تبادل مستندات كتابية بين الأطراف يفيد قبلوهم التحكيم .

و بناء عليه فإنه لا يجوز في المعاملات المصرفية أن يتفق البنك مع عميله شفويا بل يجب أن يكون الاتفاق بالكتابة ، و هي حالة غالبا ما تدرجها البنوك في عقودها كما هو الشأن بالنسبة للاعتمادات المستندية و خطابات الضمان .[1]

3/ إسم المحكمين و مدة التحكيم و يمكن القانون الواجب التطبيق

بالإضافة إلى ذلك يجب أن يتضمن سند التحكيم تحت طائلة البطلان موضوع النزاع و اسم المحكمين ويحدد الأجل الذي يتعين على المحكم أو المحكمين أن يصدروا فيه حكمهم التحكيمي وكذا الأجل الذي يستنفذ فيه المحكمون صلاحيتهم .

و لابد من مراعاة القواعد المتعلقة بالنظام العام و بالتالي استبعاد كل نزاع يتعلق بالنظام العام من عرضه على أنظار المحكمين ، لأن النظر في هذه المسألة هو من اختصاص المحاكم الوطنية المقامة من طرف الدولة ، و غاية المشرعين من هذا المنع هو تمكين القضاء من ممارسة وبسط رقابته على كل العلاقات و إلى الرغبة في إيجاد قواعد موحدة لتطبق على كل المسائل المتعلقة بالنظام العام ، ثم كونها قضايا من الأمور الدقيقة ، و الخطيرة التي لا يعرفها إلا القضاة الذين يتوفرون على ثقافة قانونية .

علاوة على ذلك ضرورة تضمين الاتفاق على التحكيم تعين المحكم أو المحكمين وإما على طريقة تعيينه.

الفرع الثاني : إجراءات التحكيم المصرفي

إذا كانت معظم القوانين تنص على إلزام المحكمين و الأطراف بإتباع الإجراءات المقررة و المطبقة أمام المحاكم الابتدائية و ذلك برفع طلب مكتوب إلى الهيئة التحكيمية مما يعني ترك الحرية الكاملة للمحكمين في إدارة مسطرة التحكيم و وفق القواعد التي يرونها ملائمة . و يمكن لاتفاق التحكيم أن يحدد الإجراءات الواجبة اتباعها خلال سير التحكيم أو إخضاع التحكيم لقانون واجب التطبيق المحددة فيه ، و إلا قامت

[1]) د السالك كروم ، مقال في التحكيم في المعاملات المصرفية ، نشر في مجلة القانون و الأعمال ، الرابط www.droitetentreprise.com//:http

الهيئة التحكيمية عند الحاجة بتحديد القاعدة الواجب اتباعها إما مباشرة وإما بالرجوع إلى قانون أو نظام تحكيم معين .

و تفصل الهيئة التحكيمية وفق القواعد القانونية التي يحددها الأطراف ، و في حالة عدم اختيارهم وفقا للقواعد التي تراها الهيئة ملائمة ، و في جميع الأحوال تأخذ الهيئة بعين الاعتبار العادات والأعراف السائدة في ميدان التجارة ، لذلك لابد من الإشارة إلى ما يتميز به العمل المصرفي من أعراف خاصة به معترف بها عالميا ، وضرورة حل ما يلاقيه ذلك النشاط من عقبات قد تتمثل فيما يثار من نزاعات بين البنوك و عملائها أو البنوك وبعضها البعض تتعلق بالعمل المصرفي تتطلب سرعة في حسمها حرصا على استقرار الأوضاع المصرفية و الاقتصادية [1].

رغم أن البعض يرى أنه وإن كان العرف في المجال البنكي لا يثير أي مشكل عند الاحتجاج به في علاقات البنوك فيما بينها ، بينما لا يكتسب العرف قوة إلزامية لتنظيم عملية تجاه الزبون مبدئيا إلا في الحدود التي يكون هذا الأخير قد قبله فيها ، أي أن الزبون كان على علم به ، كما أن احتجاج الزبون بالعرف ضد البنك لا يثير جدلا إلا فيما يخص وجود القاعدة العرفية المحتج بها أصلا .

و لكن قد تثور صعوبة ما عند احتجاج البنك بالعرف ضد أشخاص غير منتمين للمهنة البنكية ، والذين يرفضون الخضوع لعرف مهنة ليست مهنتهم ، وهنا تكمن قوة موقف البنك في قيمة القاعدة العرفية و رسوخها في العمل البنكي و يخضع إثبات العرف لمبدأ الحرية أي بكل وسائل الإثبات .

وتتخذ الهيئة التحكيمية كافة الإجراءات القانونية التي تساعد على الوصول إلى الحقيقة إما بمبادرة منها أو بناء على طلبات الخصوم ، فيمكنها أن تلجأ إلى المعاينة و الاستماع إلى الخصوم و أن تلجأ إلى الخبرة و الاستماع إلى الشهود دون توجيه أداء اليمين القانونية[2] .

و يمكنها إتخاذ و بطلب من أحد الأطراف كل تدبير مؤقت أو تحفظي تراه لازما في حدود مهمتها ، و إن كان البعض يلحظ أن بعض لوائح التحكيم تذهب إلى إعطاء المحكمين مثل هذه السلطة على خلاف البعض الأخرى التي تحجب عن المحكمين مثل هذه السلطة وتبقيها للسلطات القضائية في دولة محكمة التحكيم ، لكون هذه الإجراءات التحفظية تتميز بأنها تساهم في التنفيذ الجبري و لها الأثر الفوري و الوقتي و نظرا لأن التنفيذ الجبري قاصر على الدولة لإطلاعها أكثر بعبء إقامة العدالة ، فلأجل هذا فإن

1 و 35)د السالك كروم ، مقال في التحكيم في المعاملات المصرفية ، نشر في مجلة القانون و الأعمال ، الرابط http://:www.droitetentreprise.com

مسألة معرفة ما إذا كان المحكم يملك سلطة اتخاذ التدابير التحفظية مسألة لا طائل من ورائها لأول وهلة لافتقاره لسلطة الآمر.

وتجدر الإشارة إلى أن القانون الفرنسي الجديد بشأن التحكيم لم يشتمل على أحكام صريحة تمنح للقضاء الفرنسي سلطة إصدار الأوامر الوقتية والتحفظية بخصوص المنازعات المتفق بشأنها على التحكيم مع أن القضاء الفرنسي إتجه في هذا المنحى ، إذ أن وجود اتفاق التحكيم لا يمنع المحاكم الفرنسية من اتخاذ الإجراءات الوقتية و التحفظية ، لهذا انقسم الشراح بهذا الشأن[1] :

✓ فاتجه فريق منهم إلى القول إن مضمون النص يتراوح بين عدم الإعتراف للمحكم بالسلطة في اتخاذ هذه الإجراءات وبين الاعتراف له به ، ويرى البعض أن المحكمون غير معنيين ولا مكلفين بتنفيذ أحكام التحكيم ويترتب عنه استبعاد كل اختصاص للمحكمين بشأن اتخاذ تلك الإجراءات .

✓ و اتجه فريق آخر إلى القول أن الإجراء التحفظي المطلوب يستوجب القيام بتقييم لحقوق الطرفين الأمر الذي يحمل في طياته مخاطر التأثير على الحكم التحكيمي المرتقب أنه لا وجود لمانع يحول دون اتخاذ المحكمين لإجراءات تحفظية عند إصدار أحكامهم .

و مثال ذلك نرى المشرع المغربي و قد أعطى للهيئة التحكيمية اختصاص اتخاذ الإجراءات الوقتية و التحفظية مما يؤكد رغبة المشرع المغربي في إعطاء قدر من الفعالية لنظام التحكيم و كذا أعطى للأطراف صلاحية واسعة إعمالا لمبدأ سلطان الإرادة في تضمين اتفاق التحكيم مقتضى خاص يتيح للمحكم اتخاذ الإجراءات المذكورة[2] .

كذلك الشأن بالنسبة للمشرع المصري رغم أن هذه الإجراءات لا تزال تتسم بالغموض و التضارب في الأحكام خاصة في مجال خطابات الضمان ، حيث يرى بعض الفقه أنه لما كان البنك من الغير الذي لا شأن له بعقد الأساس المتضمن شرط التحكيم و لا بالإجراءات الوقتية والتحفظية المزمع اتخاذها ، فإنه و الحال كذلك ينحسر اختصاص رئيس المحكمة المشار إليها في المادة التاسعة عن إصدار الأمر الوقتي و التحفظي بعدم تسييل خطاب الضمان و تجميد قيمته .

---

[1])

[2]) د السالك كروم ، نفس المرجع السابق

جاء ذلك على خلفية حكم قضت فيه محكمة النقض في حكم صادر في 12 جانفي 1996 [1]و هو حكم غير منشور، يرفض الإعتراف للمحكمة المشار إليها في المادة 9 باتخاذ أي إجراء وقتي أو تحفظي خاص بتجميد قيمة خطاب الضمان الشيء الذي يتناقض مع ما ذهبت إليه محكمة الاستئناف بالقاهرة في نزاع يتعلق بوضع قيمة خطاب الضمان إلى حين الفصل في النزاع بين الشركتين بواسطة هيئة التحكيم .

وحتى تتضح لنا الرؤيا أكثر حول الشروط و الإجراءات المتبعة أمام هيئات التحكيم في القضايا المصرفية نلقى نظرة على التحكيم لدى إتحاد المصارف العربية الذي أقر في سنة 1980 نظام مركز الوساطة و التحكيم لدى الاتحاد ، بحيث يطبق إذا توافر شرطان :

بعد أن يكتمل ملف التحكيم وتشكيل هيئة التحكيم ، تحيل الأمانة العامة الملف للهيئة ، وتطبق الهيئة الإجراءات المتفق عليها بين الفريقين. وفي حال عدم اتفاقهما على ذلك ، تطبق القواعد الإجرائية المنصوص عليها في النظام ، وإلا تطبق الهيئة الإجراءات التي تراها مناسبة .

وإذا لم يتفق الأطراف على مكان التحكيم ، فتحدده الهيئة بعد الأخذ بالاعتبار لكافة الظروف المحيطة . و قبل البدء بالتحكيم ، يتوجب على الهيئة إعداد وثيقة يمكن تسميتها "وثيقة مهمة هيئة التحكيم" ، و ذلك على أساس المستندات المقدمة أو بعد الاستماع لأقوال الطرفين . و أهم ما يجب أن تتضمنه الوثيقة ، ملخصا لإدعاءات الطرفين و دفوعهما و نقاط النزاع الواجب الفصل فيها ، و بعد ذلك توقع الوثيقة من طرفي النزاع و من هيئة التحكيم ، و إذا رفض أحد الطرفين التوقيع ، تمنحه الأمانة العامة مهلة لذلك . فإذا بقي مصرا على عدم التوقيع ، تستمر إجراءات التحكيم حتى دون توقيعه .

أما بالنسبة للقانون الواجب التطبيق على النزاع ، فانه القانون الذي يتفق عليه طرفا النزاع صراحة أو ضمنا ، و إلا تطبق الهيئة القانون الذي تشير إليه قواعد تنازع القوانين التي تراها مناسبة وفقا للظروف .

و في جميع الأحوال ، يتوجب على الهيئة أن تراعي أحكام العقد و العادات و الأعراف التجارية بوجه عام ، و المصرفية بوجه خاص .

1) د السالك كروم ، نفس المرجع السابق

و تباشر هيئة التحكيم العملية التحكيمية كأي محكمة قضائية ، من حيث تقديم البيانات و الاستماع للشهود و للأطراف مباشرة و تعيين الخبراء و تقديم المذكرات ، و يتم التحكيم باللغة العربية ، إلا إذا اتفق الأطراف على لغة أخرى غيرها .

و تكون جلسات التحكيم سرية بحيث لا يسمح لأحد بحضورها إلا أطراف النزاع و ممثليهم و مستشاريهم ، وإذا اتفق الأطراف على تسوية ودية بينهما أثناء الإجراءات ، فيجب على الهيئة أن تثبت ذلك في المحضر، و يصدر قرار من الهيئة بالتسوية .

و على هيئة التحكيم أن تصدر خلال ستة أشهر من توقيع "وثيقة مهمة هيئة التحكيم" ، و يجوز تمديد هذه المدة من قبل مجلس الإدارة أو اللجنة بناء على طلب معلل من هيئة التحكيم ، أو من تلقاء نفسها ، و لكن لا يجوز أن يكون التمديد لأكثر من ثلاث مرات .[1]

المبحث الثاني:آثار اتفاق التحكيم في العمليات و الضمانات المصرفيين

إن اتفاق التحكيم طريق استثنائي لفض المنازعات خروجا على اختصاص الولاية العامة لمحاكم الدولة ومن ثم فإن اتفاق التحكيم يرتب آثار على الإختصاص سالبا بالنسبة لمحاكم الدولة و جالبا بالنسبة لهيئات التحكيم .

و التحكيم في المنازعات المصرفية بشكل عام يتبين أنه لا يتمتع بخصوصية تفرقه عن التحكيم في أي منازعة أخرى على المستوى الإجرائي أو الموضوعي إلا إذا تعلق التحكيم بنزاع يخص الضمانات التي تمنحها المصارف لعملائها ، و لعل من أهم تلك الضمانات خطابات الضمان المصرفية .

لذا سنتطرف في البدء إلى آثار اتفاق التحكيم في العمليات المصرفية ، ثم نتطرق فيما بعد إلى آثار اتفاق التحكيم على خطاب الضمان.

[1]) د. نريمان عبد القادر ، اتفاق التحكيم و الصيغة النموذجية له و أنواع عقود البنوك التي يمكن أن يندرج فيها ، الأعمال الكاملة للملتقى الدولي الذي نظمه مركز الدراسات القانونية و القضائية و المعهد العالي للقضاء ، تونس ، أفريل ، 1998 ص 52 .

المطلب الأول : آثار اتفاق التحكيم في العمليات المصرفية .

الفرع الأول : الأثر السلبي

متى تم الاتفاق بين الخصوم على التحكيم بصورة صريحة أو ضمنية و جب عليهم تسوية النزاع بهذه الوسيلة لكن إذا بادر أحد طرفا التحكيم برفع النزاع محل التحكيم إلى القضاء يجوز للطرف الآخر التمسك بالتحكيم في صورة دفع ، ذلك أن موضوع اتفاق التحكيم هو الخضوع الإختياري لفض النزاع بواسطة المحكم بعيدا عن ولاية القضاء و هذا الدفع يرمي إلى تعطيل نظر موضوع القضية أو منعه بسبب يتعلق باختصاص المحكمة أو بإجراءات الخصومة و يجب التمسك به قبل سائر الدفوع و قبل التكلم في الموضوع .

و هذا يعني عدم اختصاص المحاكم الوطنية في نظر النزاع المتفق بشأنه على التحكيم و هو ما أكدت عليه مجموعة من الاتفاقيات الدولية و كذا التشريعات ، حيث نصت المادة السادسة من معاهدة جنيف 1961 على أنه : " في حالة عدم الإلتجاء السابق إلى أي قضاء وطني ، و الشروع في إتخاذ إجراءات التحكيم فإن المحاكم القضائية في الدول المتعاقدة و التي عهد إليها بالمنازعة المنصبة على ذات الموضوع المعروض على قضاء التحكيم ، و بين ذات الأطراف أن تتوقف عن الفصل في الموضوع الخاضع لاختصاص المحاكم ، إلا لأسباب خطيرة و ذلك حتى يتم صدور حكم التحكيم " .

و كذلك المادة الثامنة من القانون النموذجي الذي أعدته لجنة الأمم المتحدة للقانون التجاري الدولي و التي تنص على أن : " المحكمة التي ترفع أمامها دعوى في مسألة أبرم بشأنها اتفاق تحكيم أن تحيل الطرفين إلى التحكيم إذا طلب منها ذلك أحد الطرفين في موعد أقصاه تاريخ تقديم بيانه الأول في موضوع النزاع ، ما لم يتضح لها أن الاتفاق باطل و لاغ أو عديم الأثر و لا يمكن تنفيذه .

– إذا رفعت دعوى مما أشير إليه في الفقرة الأولى من هذه المادة فيجوز مع ذلك البدء أو الاستمرار في إجراءات التحكيم، ويجوز أن يصدر قرار تحكيم و الدعوى لا تزال منظورة أمام المحكمة " .

من جهة ثانية ، إتفاقية نيويورك 1958 . في مادتها الثانية الفقرة 3 تبنت نفس المبدأ و ذلك بالنص على أنه : " على محكمة الدولة المتعاقدة التي يطرح أمامها نزاع حول موضوع كان محل إتفاق من الأطراف

بالمعنى الوارد في هذه المادة أن تحيل الخصوم بناء على طلب أحدهم إلى التحكيم و ذلك ما لم يتبين أن هذا الإتفاق باطل أو لا أثر له أو غير قابل للتطبيق " .

و الهدف الأساسي من المادة الثانية هو الإعتراف بإتفاقات التحكيم التي تتوافر لها شروط الصحة الشكلية و الموضوعية وفقا للضوابط التي أوردتها ، بحيث يتعين على القضاء الوطني أن يمتنع عن نظر المنازعات التي تقع على نطاق أحد إتفاقات التحكيم هذه ، إذا ما بادر أحد الأطراف وتمسك بوجود إتفاق التحكيم كحائل دون إستمرار القضاء الوطني في نظر النزاع الذي أثاره الطرف الآخر على نحو يخل بما لشرط التحكيم من قوة إلزامية .

و هذا ما دفع أغلب التشريعات الوطنية الحديثة المعنية بتنظيم إتفاق التحكيم إلى الأخذ بمبدأ عدم إختصاص القضاء التابع للدول بنظر المنازعة محل التحكيم ، كما هو الشأن بالنسبة للمادة 13 من قانون التحكيم المصري رقم 24 لسنة 1994 المتعلق بالمواد المدنية والتجارية على أنه : " على المحكمة التي يرفع إليها نزاع يوجد بشأنه إتفاق تحكيم أن تحكم بعدم قبول الدعوى إذا دفع المدعى عليه بذلك قبل إبدائه أي طلب أو دفاع في الدعوى ، و هو الموقف الذي تبناه المشرع الفرنسي من خلال الفصل 1458 من قانون المرافعات المدنية الجديد .

الفرع الثاني : الأثر الإيجابي

يلزم إتفاق التحكيم الأطراف بأن تعهد بالمنازعة الناشئة بينهم و المتفق على حلها بواسطة التحكيم إلى المحكم ، و هو التزام يجب تنفيذه عينا و من المسائل المستقرة و التي لا تثير جدلا ، و يجد هذا الإلتزام أساسه في مبدأ القوة الملزمة لهذا الإتفاق .

إذ أنه من المعروف أن مبدأ القوة الملزمة للعقود أو أن العقد شريعة المتعاقدين من المبادئ المستقرة في القانون الدولي للعقود .

لذلك يذهب جانب الفقه إلى القول بأنه لا يوجد في اللحظة الراهنة صعوبة في الإعتراف بمبدأ القوة الملزمة لإتفاق التحكيم على اعتبار أنها قاعدة من قواعد القانون العابر للدول بشأن التحكيم التجاري الدولي .

و نتيجة هذه القوة الملزمة لاتفاق التحكيم هو ثبوت الإختصاص للهيئة التحكيمية للبت في صلاحية إختصاصها و هذا هو مبدأ الإختصاص بالإختصاص و لا يكون لأي دفع بإتجاه إختصاص القضاء أي أثر ، حيث أنه قد يثير أحد طرفي التحكيم الراغب في التنصل من إلتزاماته الناشئة عن إتفاق التحكيم و عرقلة الإجراءات و عدم المشاركة فيها ، مسألة بطلان إتفاق التحكيم ، أو غموضه و تعذر إعماله ، أو عدول أطرافه و تنازلهم عنه صراحة أو ضمنا .

و قد استقر الرأي في الأعمال التشريعية و القضائية على أن هيئة التحكيم تختص بالبت في مسألة إختصاصها ، سواء من تلقاء نفسها أو بناء على دفع أحد طرفي إتفاق التحكيم بعدم إختصاصها ، و ليس لهيئة التحكيم أن توقف أو تعلق إجراءات التحكيم لحين إنتهاء قضاء الدولة من بحث ثبوت الإختصاص لها من عدمه إن كانت المسألة قد طرحت أمامه بل إنه ممنوع من بحث إختصاص هيئة التحكيم ، قبل أن تفصل تلك الهيئة في إختصاصها بنفسها .

و قد عمدت أغلب التشريعات الوطنية إلى تقنين هذه القاعدة أسوة بما جاء في بعض الإتفاقيات الدولية .

حيث نصت المادة 22 من قانون التحكيم المصري رقم 27 لعام 1994 على أن :

" تفصل هيئة التحكيم في الدفوع المتعلقة بعدم إختصاصها بما في ذلك الدفوع المبنية على عدم وجود إتفاق تحكيم أو سقوطه أو بطلانه أو عدم شموله لموضوع النزاع " .

كما كرس القانون الفرنسي مبدأ الإختصاص حيث نصت المادة 1466 من قانون المرافعات المدنية الجديد على أنه : " إذا أنكر أحد الأطراف على المحكم سلطة في الفصل في المنازعة أو نازع قي نطاق هذه السلطة فان المحكم يختص بالفصل في صحة و حدود ولايته " .

و كذلك قواعد الأونيسترال لعام 1976 نصت قي مادتها 1/21 على أنه : " هيئة التحكيم هي صاحبة الإختصاص بالفصل في الدفوع الخاصة بعدم إختصاصها وتدخل في ذلك الدفوع المتعلقة بوجود شرط التحكيم أو الإتفاق المنفصل عن التحكيم أو بصحة هذا الشرط أو هذا الإتفاق " .

المطلب الثاني : أثر إتفاق التحكيم على الضمانات المصرفية (خطاب الضمان)

عند دراسة التحكيم في المنازعات المصرفية بشكل عام يتبين أنه لا يتمتع بخصوصية تفرقه عن التحكيم في أي منازعة أخرى على المستوى الإجرائي أو الموضوعي إلا إذا تعلق التحكيم بنزاع يخص

الضمانات[1] التي تمنحها المصارف لعملائها ، ولعل من أهم تلك الضمانات خطابات الضمان المصرفية . " [2]**ويقصد بخطاب الضمان تعهد يصدر من المصرف بناء على طلب أحد المتعاملين معه ويسمى الآمر بفتح الإعتماد بدفع مبلغ معين أو قابل للتعيين الى شخص آخر يسمى المستفيد دون قيد أو شرط إذا طلب منه ذلك خلال المدة المعينة في الخطاب** "

لاشك أن المشكلة الرئيسية التي يثيرها أي تجمع عقدي هي مدى تأثير كل عقد من العقود التي تنتمي إلى هذا التجمع على العقود الأخرى !، وتمثل هذه المشكلة في الواقع ، جوهر هذا البحث .

إذ قد يتفق أطراف عقد الأساس على اللجوء إلى التحكيم لفض النزاع الذي قد يثور بينهما _ فما أثر شرط التحكيم الوارد في عقد الأساس على العلاقات الناشئة عن عقد الضمان ؟ [3]

1_الصورة الأولى : قد يتم الإتفاق بين العميل الآمر والمستفيد ، في العقد المبرم بينهما ، على إحالة جميع المنازعات التي قد تثور بينهما بمناسبة تنفيذ العقد إلى التحكيم للفصل فيها . و قد يبادر المستفيد إلى مطالبة المصرف الضامن بقيمة خطاب الضمان ، و يعترض العميل الآمر على ذلك لسبب أو لآخر فيثور النزاع بينهما ، و عندئذ قد يثور التساؤل حول مدى خضوع هذا النزاع لشرط التحكيم الوارد في عقد الأساس ؟

2_ الصورة الثانية : قد يرد شرط التحكيم في عقد الضمان بين المصرف والمستفيد ، و عندئذ فإنه لابد من دراسة أثر الشرط المذكور في العلاقة بين المصرف والمستفيد .

الواقع من الأمر إذا كان الأصل ، هو أن يكون أطراف خطاب الضمان ثلاثة هم : المصرف الضامن و العميل الآمر و المستفيد ، فإنه قد يتدخل في الكثير من الأحيان ، مصرف ثان غالبا ما يكون في بلد المستفيد ، فيكون بذلك أطراف الخطاب أربعة بدلا من ثلاثة .

إذ قد يشترط المستفيد أن يتم تعيين مصرف في بلده للرجوع عليه بقيمة الضمان تجنبا للنفقات و الجهود التي قد يتحملها في الرجوع على مصرف العميل الآمر . و في الفرض المتقدم ، يكون المصرف الموجود

---

[1]) ومن تلك الضمانات أيضا الكفالة المصرفية و الاعتماد المستندي .

[2]) د.عبد القادر غالب ، أنواع خطاب الضمان و دور البنوك ،مقال منشور في مجلة إضاءات ، نشرة توعوية يصدرها معهد الدراسات المصرفية ، العدد 10 ،الكويت ، ماي 2011.

[3])أ.م. أسيل باقر جاسم ،أثر التحكيم على خطاب الضمان ، دراسة تحليلية ،مجلة المحقق الحلى للعلوم القانونية و الإدارية و السياسية ،العدد 1 ، السنة الخامسة .كلية القانون ، جامعة بابل ص188

في بلد المستفيد هو الضامن الأصلي حيث يرجع عليه المستفيد مباشرة للمطالبة بقيمة الضمان . و يرجع هذا المصرف بدوره على مصرف العميل الآمر للحصول على ما دفعه للمستفيد من قيمة الضمان . بعبارة أخرى فإن مصرف العميل الآمر يعد ضامنا لمصرف المستفيد و يسمى مصرف العميل الآمر هنا بـ " مصرف الضمان المقابل "[1].

بناء على ما تقدم ، فإننا سنكون أمام نوعين من الضمان :

الأول هو الضمان الذي يحكم العلاقة بين المستفيد و المصرف الضامن الأصلي .

و الثاني هو الضمان بين المصرف الضامن المقابل (مصرف العميل الآمر) و المصرف الضامن الأصلي (مصرف المستفيد) و يسمى بالضمان المقابل .

و في بعض الأحيان يتفق جميع الأطراف (المصرف الضامن الأصلي – و المستفيد – و العميل الآمر – و المصرف الضامن المقابل) ، على إتفاق تحكيم واحد يتم وفقا له إحالة جميع المنازعات التي تنشأ عن خطاب الضمان على التحكيم . أو قد يوجد إتفاق تحكيم بصدد كل علاقة قائمة بين طرفين أو أكثر على حدى ، و يتفق الأطراف على ضم كل المنازعات التحكيمية التي تنشأ بينهم أمام هيئة تحكيم واحدة لتجنب حصول تضارب أو تعارض في الأحكام التحكيمية .

و يسمى هذا النوع من التحكيم " **بالتحكيم متعدد الأطراف** " ، وعندئذ قد يثور التساؤل عن أثر التحكيم متعدد الأطراف على خطاب الضمان .

و عليه فإنه لابد من دراسة

_ أثر شرط التحكيم الوارد في عقد الضمان في العلاقة بين المصرف و المستفيد .

_ و في الضمان المقابل .

_ و أثر شرط التحكيم متعدد الأطراف على خطاب الضمان .

وسنختصر نحن النتائج في الآتي :

[1]) أ.م. أسيل باقر جاسم ،نفس المرجع السابق .

الفرع الأول : أثر شرط التحكيم الوارد في عقد الأساس

وتتلخص في النقاط الآتية : [1]

- **عدم الإحتجاج بالتحكيم على أطراف خطاب الضمان :**

- إن إدراج شرط التحكيم في عقد الأساس لا يؤدي إلى إعطاء الحق للعميل الآمر للإحتجاج بالشرط المذكور في العلاقة الناجمة عن خطاب الضمان ، و هي العلاقة بين المصرف الضامن و المستفيد ، و ذلك للإستقلال التام بين عقد الأساس و خطاب الضمان و جميع ما ينجم عنهما من علاقات . لذلك ، لا يجوز للعميل الآمر التمسك بأي دفع ناشئ عن عقد الأساس للتأثير على إلتزام المصرف بأداء قيمة الضمان إلى المستفيد أو على حق المستفيد في المطالبة بتلك القيمة .

- **أثر شرط التحكيم على تنفيذ المصرف إلتزامه [2]:**

(تجميد قيمة خطاب الضمان تحت يد المصرف – وقف الدعوى القضائية بين المصرف والمستفيد)

- إن إدراج شرط التحكيم في عقد الأساس يؤدي فيما يتعلق بإلتزام المصرف بأداء قيمة الضمان إلى المستفيد إلى تجميد تلك القيمة تحت يد المصرف متى نجح العميل الآمر في إثبات غش المستفيد أو سوء نيته في المطالبة بقيمة الضمان ؛ وتعد محكمة البداية هي صاحبة الإختصاص في النظر بطلب التجميد بإعتبار أن الطلب المذكور من الأمور المستعجلة التي يخاف على ضياع الحق فيها ، و تنظر محكمة البداية في الطلب المذكور بدرجة أخيرة .
- يترتب على تقرير الإستقلال التام بين شرط التحكيم و عقد الأساس الإعتراف للمستفيد يمكنه الحصول على قيمة الضمان من المصرف الضامن عند أول مطالبة ، إلا أن ما تقدم لا يعني ثبوت حق ملكية خالص للمستفيد على قيمة الخطاب ، إذ أنه يبقى ملتزما بردها إلى العميل الآمر حتى يثبت عدم وجود أي حق له على تلك القيمة في مواجهة العميل الآمر .

---

[1]) أ.م. أسيل باقر جاسم ،نفس المرجع السابق .

[2]) نفس المرجع ، ص208

الفرع الثاني : أثر شرط التحكيم الوارد في عقد الضمان

وتتلخص في النقاط الآتية[1] :

- إن أثر إدراج شرط التحكيم في عقد الضمان بالنسبة إلى إلتزام المصرف بأداء قيمة الضمان إلى المستفيد يختلف بحسب ما إذا تم الإتفاق على التحكيم قبل نشوء النزاع بين المصرف و المستفيد أو بعد ذلك .

أ) ففي حالة الإتفاق على اللجوء إلى التحكيم قبل نشوء النزاع يبقى المصرف ملتزما بأداء قيمة الضمان إلى المستفيد عند أول مطالبة لأن القول بخلاف ذلك سيجعل المصرف يغير الخطاب بإرادته المنفردة من خطاب غير مشروط إلى خطاب مشروط بتقديم المستفيد حكم تحكيمي لصالحه ، و هذا غير جائز .

ب) أما في حالة الإتفاق على اللجوء إلى التحكيم بعد نشوء النزاع فيتعين على المصرف الإمتناع عن صرف قيمة الضمان إلى المستفيد حتى حصول الأخير على حكم تحكيمي لصالحه .

- ينحصر أثر شرط التحكيم في حالة الضمان المقابل في العلاقة بين المصرف الضامن الأصلي و المصرف الضامن المقابل ، لأنهما من قام بإدراج الشرط المذكور لحل النزاعات الناجمة بينهما بسبب حالة الضمان المقابل . وتطبيقا لمبدأ نسبية أثر شرط التحكيم ، لا يمتد أثر الشرط المذكور إلى العميل الآمر أو المستفيد ، لأن عقد الضمان المقابل المتضمن لشرط التحكيم هو عقد مبرم بين المصرف الضامن الأصلي (مصرف المستفيد) و المصرف الضامن المقابل (مصرف العميل الآمر) .
- يبدو من النادر في الحياة التجارية ، لجوء أطراف خطاب الضمان إلى تفعيل نمط خاص من التحكيم يسمى بالتحكيم متعدد الأطراف ، إذ يؤدي تفعيل النمط المذكور من التحكيم إلى إدخال العميل الآمر في خضم العلاقات المتشابكة للتحكيم متعدد الأطراف . و الواقع من الأمر فإن المستفيد يرغب دائما في بقاء علاقته مع المصرف الضامن بعيدة عن تدخل العميل الآمر ، و كذلك المصرف الضامن الأصلي يفضل بقاء علاقته مع المصرف الضامن المقابل بعيدة عن تدخل العميل الآمر .

قد يشترط العميل الآمر قيام المستفيد بتقديم حكم تحكيمي بات ونهائي لمصلحته من أجل تسييل قيمة خطاب الضمان ، أي أداءها إليه من قبل المصرف الضامن ، و عندئذ يجب أن يكون حكم التحكيم فاصلا في نزاع قائم بين العميل الآمر و المستفيد ناشب عن عقد الأساس ، كما يلتزم المستفيد بتقديم

[1]) أ.م. أسيل باقر جاسم ،نفس المرجع السابق .ص 209

هذا الحكم الى المصرف مع طلب تسييل الخطاب و ليس بعد تقديم ذلك الطلب . إلا أن الحكم التحكيمي المشروط تقديمه في هذا الفرض لا يتمتع بقوة إلزامية بالنسبة للمصرف الضامن لأنه ليس طرف فيه ، إلا أنه يتمتع بقوة إثبات الحق المستفيد في مواجهة العميل الآمر أمام المصرف .

الخاتمة

خاتمة :

لا تخفى دور البنوك في مجال التعامل التجاري على المستويين الداخلي و الدولي ، سواء في ذلك فيما يتعلق بالعلاقة بين البنك و عمليه أو في العلاقة بين البنوك ذاتها ، لذلك انصرف الاهتمام نحو تقنين القواعد الخاصة بتنظيم المعاملات المصرفية منذ فترة طويلة ، خاصة على المستوى الدولي لما تتميز به هذه العلاقة من طبيعة دولية تسهم في ازدهار التجارة الدولية .

و قد اهتمت غرفة التجارة الدولية بباريس بوضع تنظيم خاص لقواعد الاعتماد المستندي ، فوضعت أول مجموعة للعادات و الأعراف الموحدة في مجال الاعتمادات المستندية منذ سنة 1933 ، ثم قامت بتعديلها و تطويرها وفقا لحاجة التعامل و تطور الأساليب و العادات المصرفية ، فعدلت في السنوات 1951 و 1962 و 1974 و 1983 و 1993 ، و بدأ العمل بها في أولينار 1994 .

وقد لاقت مجموعة العادات و الأعراف الموحدة قبولا دوليا كبيرا حيث تتبناها البنوك في أكثر من 160 دولة ، و قد بلغت نسبة الاعتمادات المستندية التي تخضع لها حوالي 95 % من مجموع الاعتمادات المستندية على مستوى العالم .

كذلك اهتمت لجنة الأمم المتحدة لقانون التجارة الدولية (UNCITRAL) ، بتنظيم قواعد خطابات الضمان المصرفية ، و أبرمت اتفاقية خطابات الضمان المستقلة و خطابات الاعتماد الضامنة في 11 ديسمبر 1995 ، كما وضعت اللجنة القانون النموذجي بشأن تحويلات الاعتمادات الدولية سنة 1989 .

نشأ عن المعاملات المصرفية عدة منازعات ، سواء فيما بين البنك و العميل ، أو فيما بين البنوك التي تتعاون لتنفيذ إحدى العمليات المصرفية .و هذه العمليات قد تؤدي إلى طلب اتخاذ إجراء وقتي ضد العميل أو ضد البنك بالإضافة إلى طلب الفصل في موضوع النزاع .

ومن المعلوم أن المحاكم أو قضاء الدولة هو الطريق الطبيعي للفصل في المنازعات المتعلقة بالمعاملات المصرفية ، ولكن بالنظر للنزاعات الموجودة في أروقة المحاكم نجد أنها تمثل إشكالية كبرى للبنوك ، و هذا كله بسبب محدودية المعلومات و الخبرات المصرفية لدى الهيئات القضائية ، و التي

تمثل أحد أسباب إطالة أمد النزاع ، و إن سياسة النفس الطويل التي تسيطر على أروقة المحاكم غير منسجمة على الإطلاق مع طبيعة البيئة المصرفية ، و التي تدور في فلك يعد الزمن عامله الرئيس .

فلابد من البحث عن وسائل بديلة لحسم المنازعات المصرفية ، و هنا نبرر دور التحكيم كوسيلة أخرى لحسم مثل هذه النزاعات

وبالرغم من أن التحكيم قد وجد طريقه في الكثير من المعاملات التجارية الدولية مثل عقود البيع الدولي للبضائع و عقود الإنشاءات الدولية و عقود نقل التكنولوجيا ، إلا أنه في بادئ الأمر لم يصادف هذا القبول فيما يتعلق بالمنازعات الناشئة عن المعاملات المصرفية ، فتحجج رجال البنوك أن المحاكم أقدر من هيئات التحكيم على فهم طبيعة هذه المنازعات ، و أن هيئات التحكيم لا يمكنها أن تأمر بإجراءات تحفظية

إلا أننا من خلال البحث في الدراسة و إجابة على الإشكالية التي تطرها ذات الدراسة (ما مدى جواز التحكيم في المعاملات المصرفي ؟)

فإننا استخلصنا إلى النتائج الآتية :

النتائج :

1/ جواز اللجوء إلى التحكيم في جميع المعاملات ذات الطبيعة الفنية و منها المعاملات المصرفية دون خشية جهل المحكمين بطبيعة المنازعات الناشئة عن مثل هذه العقود ، إذ يتوقف الأمر على :

حسن اختيار المحكمين الذين يفصلون فيه ، باختيارهم لعناصر مؤهلة للفصل في مثل هذه الأنواع من المنازعات .

2/ نظام التحكيم يوفر السرية و الخصوصية ، و هم ما تحتاجهم المنازعات المصرفية بطبيعتها .

3/ كذلك من أهم ميزات التحكيم بالمقارنة مع القضاء العادي تتعلق بسرعة الوصول إلى قرار تحكيمي نهائي ، و هذه الميزة ضرورية في الحياة التجارية التي تعتمد على صفتين هامتين ألا وهما الائتمان التجاري والسرعة في إنجاز الأعمال التجارية .

4/ أما القول بأن المعاملات المصرفية تحتاج عادة إلى اجراءات تحفظية لا تملك هيئات التحكيم أن تفرضها ، فإن هناك من الإجراءات ما يجوز اتفاق طرفي التحكيم على تخويل هيئات التحكيم أن تقررها ، و يحدث ذلك فعلا من الناحية العملية خاصة بالنسبة لطلب الحجز على خطابات الضمان أو الأمر بعدم تسييلها .

5/ أما بخصوص الإجراءات التحفظية التي تتطلب سلطة القسر أو الجبر و لا تملكه هيئات التحكيم ، و يتعين فيها اللجوء إلى القضاء لفرضها كتوقيع الحجز القضائي أو فرض الحراسة القضائية ، فإنه من الشائع في مختلف تشريعات التحكيم أن الاتفاق على التحكيم لا يمنع الأطراف من اللجوء إلى القضاء للأمر بمثل هذه الإجراءات .

التوصيات :

1/ تشجيعا للاخذ بالتحكيم كوسيلة لفض المنازعات المصرفية ، نطلب بوضع نظام خاص للتحكيم المصرفي ، يضمن السرعة في الفصل في النزاع ، كما يضمن الكفاءة و تخصص المحكمين .

2/ إعداد هيئات تحكيمية خاصة في التحكيم المصرفي ، حيث يكون محكموها مختصين و ذوو كفاءة عالية في المعاملات المصرفية (كأن يكونوا قضاة متقاعدين أو مدراء عامون للمصارف أو محامون ....إلخ) .

3/ بما أن المعاملات المصرفية في الوقت الحالي أصبحت تتم بالوسائل الإلكترونية الحديثة ، فإنه يجب التفكير في نظام تحكيم إلكتروني ، ليتواءم مع أساليب التجارة الإلكترونية ، و من بينها عمليات البنوك .

قائمة المصادر والمراجع

قائمة المصادر و المراجع بالغة العربية

أولا : الكتب

1_عكاشة محمد عبد العال ، القانون التجاري الدولي العمليات المصرفية الدولية ،دراسة في القانون الواجب التطبيق على عمليات البنوك ذات الطبيعة الدولية ، دار الجامعة الجديدة ، الاسكندرية ، مصر ، 2012.

2_حفيظة السيد حداد ، الموجز في النظرية العامة في التحكيم التجاري الدولي ،منشورات الحلبي الحقوقية ، ط 1، 2004.

3_صلاح الدين حسن السيسي ، الرقابة على أعمال البنوك و منظمات الأعمال تقييم أداء البنوك و المخاطر المصرفية الإلكترونية ،دار الكتاب الحديث .

4_ إبراهيم سيد أحمد ، مسؤولية البنوك عن العمليات المصرفية فقها و قضاء ، دار الكتب القانونية ، مصر .

5_مصطفى كمال طه ، العقود التجارية و عمليات البنوك ، منشورات الحلبي الحقوقية ، ط1، 2006.

6_د. فوزي محمد سامي ، التحكيم التجاري الدولي ، دراسة مقارنة لأحكام التحكيم التجاري الدولي ،دار الثقافة للنشر و التوزيع ، ط1، الأردن ، 2008.

_7بلقاسم أحمد ، التحكيم الدولي ، ط2 ، دار هومة ، الجزائر ، 2006.

8_أكرم ياملكي ، الأوراق التجارية و العمليات المصرفية ، دار الثقافة للنشر و التوزيع ، ط 1 ،الأردن ، 2009.

9_ رضا السيد عبد الحميد ، مسائل في التحكيم ، الكتاب الأول ،تدخل القضاء في التحكيم بالمساعدة و الرقابة ، القاهرة ، 2003.

ثانيا : الرسائل و المذكرات

1_ فلاح بن موسى الزهراني ، التحكيم في المنازعات المصرفية في دول مجلس التعاون الخليجي (دراسة تأصيلية مقارنة تطبيقية) ، رسالة مقدمة لإستكمال متطلبات الحصول على درجة الماجستير، تخصص السياسة الجنائية ، كلية الدراسات العليا ، جامعة نايف العربية للعلوم الأمنية ، الرياض ،السعودية ، 2010.

2_سعيدون فاطمة الزهراء – بن سونة صليحة ، أثر الرقابة المصرفية على البنوك ، مذكرة تخرج لنيل شهادة الدراسات الجامعية التطبيقية ، جامعة التكوين المتواصل ، مركز المدية ، فرع قانون الأعمال ، السنة الجامعية 2005/2004.

3_نورة حليمة ، التحكيم التجاري الدولي ، مذكرة ماستر ، قانون الأعمال ، كلية الحقوق و العلوم السياسية ،جامعة خميس مليانة ، السنة الجمعية 2013-2014.

4_ عماد الدين طرابلسي ، خطاب الضمان البنكي ، مذكرة لاستكمال متطلبات شهادة ماستر ، كلية الحقوق ، جامعة ورقلة ، السنة الجامعية 2014_2015 .

ثالثا : المجلات القانونية

1_ د.موسى خليل متري _ د. أديب مفضي ميالة ، التحكيم في المعاملات المصرفية في الدول ذات الاقتصاد المتحول – المثال السوري – ، مجلة جامعة دمشق للعلوم الاقتصادية و القانونية – المجلد 26 ،العدد 1 ، ، كلية الحقوق ، جامعة دمشق، 2010.

2_د. العرباوي نبيل صالح ، اتفاق التحكيم ، دفاتر السياسة و القانون ، العدد 15 ، جوان 2016 .

2_أ.م. أسيل باقر جاسم ،أثر التحكيم على خطاب الضمان ، دراسة تحليلية ،مجلة المحقق الحلى للعلوم القانونية و الإدارية و السياسية ،العدد 1 ، السنة الخامسة ، كلية القانون ، جامعة بابل.

3_نجيب أحمد عبد الله ، اتفاق التحكيم في المنازعات المصرفية ، البيئة القانونية و المالية للقطاع المصرفي اليمني ، سلسلة إصدارات المركز اليمني للتوفيق و التحكيم ، الطبعة الأولى، 2004.

4_د. نريمان عبد القادر ، اتفاق التحكيم و الصيغة النموذجية له و أنواع عقود البنوك التي يمكن أن يندرج فيها ، الأعمال الكاملة للملتقى الدولي الذي نظمه مركز الدراسات القانونية و القضائية و المعهد العالي للقضاء ، تونس ، أفريل ، 1998.

5_د.عبد القادر غالب ، أنواع خطاب الضمان و دور البنوك ،مقال منشور في مجلة إضاءات ، نشرة توعوية يصدرها معهد الدراسات المصرفية ، العدد 10 ،الكويت ، ماي 2011.

6_محي الدين إسماعيل علم الدين: "التحكيم في المنازعات المصرفية"، مجلة التحكيم العدد 47، يناير 2004.

7_د. مجاجي منصور ، بحث حول عمليات البنوك من الوجهة القانونية في الجزائر ، معهد العلوم القانونية و الإدارية بالمركز الجامعي يحي بن فارس ، المدية .

8_د. أحمد عبد الخالق ، البنوك الشاملة ، بحث مقدم في البرنامج التدريبي للمحامين و المصرفيين حول أعمال البنوك ، المنامة ، البحرين ، 2002.

رابعا : النصوص القانونية

_قانون رقم 08-09 المؤرخ في 18 صفر عام 1429 الموافق 25 فبراير سنة 2008 يتضمن قانون الإجراءات المدنية و الإدارية .

-القانون رقم 10/90 المؤرخ في 14 أفريل 1990 المتعلق بالنقد والقرض .
-الأمر رقم 01/01 المؤرخ في 27 فبراير 2001 المعدل والمتمم للقانون رقم 10/90 المتعلق بالنقد والقرض .
-الأمر رقم 11/03 المؤرخ في 26 أوت 2003 المتعلق بالنقد والقرض.

خامسا : المراجع بالغة الفرنسية

1_V.Bertrand Chanbreuil , Arbirtage international et garanties bancaires ,Rev, arb, 1991.

2 _Trari-tani Mostefa ,Droit Algérien de l'arbitrage commercial internatioal ,op,cit .

سادسا : المواقع الإلكترونية

_د السالك كروم ، مقال في التحكيم في المعاملات المصرفية ، نشر في مجلة القانون و الأعمال ، الرابط

www.droitetentreprise.com//:http

فهرس المحتويات

فهرس المحتويات

المحتوى	الصفحة
الإهداء	I
الشكر	Ii
المقدمة	أ،ب،ج،د،هـ
الفصل الأول : العمليات المصرفية و التحكيم المصرفي	2
المبحث الأول : العمليات المصرفية	2
المطلب الأول : مفهوم العمليات المصرفية	2
الفرع الأول : تعريف البنك	4
الفرع الثاني : تعريف المصرف	5
الفرع الثالث : تعريف العمليات المصرفية	6
المطلب الثاني : خصائص العمليات المصرفية	9
المطلب الثالث : قابيلة العمليات المصرفية للتحكيم	11
المبحث الثاني : التحكيم المصرفي	15
المطلب الأول : مفهوم التحكيم	15
المطلب الثاني : المآخذ عن التحكيم المصرفي	17
المطلب الثالث : مزايا التحكيم المصرفي بالمقارنة مع القضاء	20
الفصل الثاني : ضوابط و إجراءات التحكيم المصرفي	25
المبحث الأول : اتفاق التحكيم في العمليات المصرفية	25
الفرع الأول : تعريف اتفاق التحكيم	25
الفرع الثاني : صور اتفاق التحكيم	25
المطلب الثاني : شروط اتفاق التحكيم في العمليات المصرفية وإجراءاته	28
الفرع الأول : شروط التحكيم المصرفي	29
الفرع الثاني : إجراءات التحكيم المصرفي	29
المبحث الثاني:آثار اتفاق التحكيم في العمليات و الضمانات المصرفيين	30
المطلب الأول : آثار اتفاق التحكيم في العمليات المصرفية	34
الفرع الأول : الأثر السلبي	35
الفرع الثاني : الأثر الإيجابي	36
المطلب الثاني : أثر اتفاق التحكيم على الضمانات المصرفية (خطاب الضمان)	37

الفرع الأول : أثر شرط التحكيم الوارد في عقد الأساس	**40**
الفرع الثاني : أثر شرط التحكيم الوارد في عقد الضمان	**41**
خاتمة	**44**
قائمة المصادر و المراجع	**48**
الفهرس	**52**