

عمادة الدراسات العليا

جامعة القدس

التحكيم في عقود التسهيلات المصرفية

" دراسة مقارنة "

همام محمد فهد الأعرج

رسالة ماجستير

القدس - فلسطين

1438هـ / 2017 م

التحكيم في عقود التسهيلات المصرفية

" دراسة مقارنة "

إعداد

همام محمد فهد الأعرج

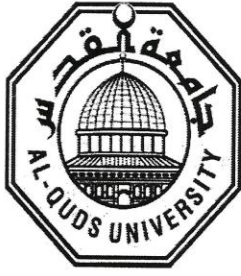
بكالوريوس حقوق - جامعة القدس / أبوديس - فلسطين

المشرف : د. ياسر زبيدات

قدمت هذه الرسالة استكمالاً لمتطلبات درجة الماجستير في القانون الخاص من كلية الحقوق/ عمادة الدراسات العليا / جامعة القدس.

القدس - فلسطين

1438هـ / 2017 م



جامعة القدس

عمادة الدراسات العليا

برنامج ماجستير القانون الخاص

إجازة الرسالة

التحكيم في عقود التسهيلات المصرفية

اسم الطالب: همام محمد فهد الأعرج

الرقم الجامعي 21311901

المشرف: د. ياسر زبيدات

نوقشت هذه الرسالة وأجيزت بتاريخ : 2017 /05/25 من أعضاء لجنة المناقشة المدرجة
اسماؤهم وتواقيعهم:

التوقيع	د. ياسر زبيدات	1- رئيس لجنة المناقشة :
التوقيع	د. محمد عمارنة	2- ممتحنا داخليا:
التوقيع	د. عثمان التكروري	3- ممتحنا خارجيا :

القدس - فلسطين

1438 هـ / 2017 م

الإهداء

- إلى أسمى من في الوجود وأعلى من في الحياة إلى من قرن الله الإحسان إليهما بطاعته سبحانه ، إلى من ربياني صغيرا وشملاني بعطفهما كبيرا إلى والدي الكريمين حبا وبراً واعترافاً بالتقصير والعجز عن رد الجميل أمد الله في عمرهما وجزاهما عني خير الجزاء .
- إلى زوجتي الغالية (صابرين) التي واكبت معي هذا الجهد لحظة بلحظة و التي ما فتأت حتى الآن ترفدني بدعمها وتخوض برفقتي غمار الحياة .
- إلى أخي القابع خلف قضبان سجون الإحتلال (الضرخام) الذي لطالما امدني بالعزيمة والإباء والذي كابدت الحياة بقبس من نور أمله وصبره .
- إلى أخواتي الفاضلات قرة العين ومهجة القلب .
- إلى إخوتي وأصدقائي في البنك العقاري المصري العربي الذين أمدوني بكل الدعم .

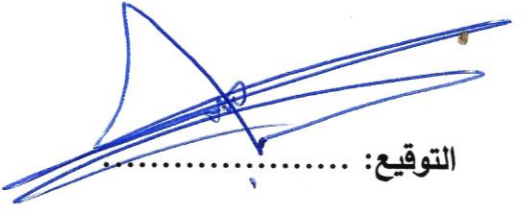
إلى جميع من وقف إلى جانبي في إتمام هذه الرسالة

أهدي هذا الجهد المتواضع

الباحث: همام الأعرج

إقرار:

أقر أنا معد الرسالة أنها قدمت لجامعة القدس لنيل درجة الماجستير، وأنها نتيجة أبحاثي الخاصة، باستثناء ما تم الإشارة له حيثما ورد، وأن هذه الرسالة، أو أي جزء منها، لم يقدم لنيل درجة عليا لأي جامعة أو معهد آخر.



التوقيع:

الاسم: همام محمد فهد الأعرج

التاريخ: 2017 / 5 / 25م

الشكر والتقدير

الحمد لله وحده والصلاة والسلام على من لا يأتي بعده سيد المرسلين محمد صلى الله عليه وسلم وبعده ،،،،

اشكر الله عز وجل أن وفقني لإكمال هذه الدراسة فله الحمد على جزيل فضله ونعمه ثم الشكر موصول لأهل الفضل اعترافاً بفضلهم وتقديراً لجهدهم وسعيهم...

كما يسرني أن أتقدم بجزيل الشكر والعرفان إلى من كان له الفضل بعد الله في إخراج هذا البحث العلمي بصورته الحالية وعلى رأسهم الدكتور ياسر زبيدات أستاذ القانون التجاري في جامعة القدس / أبو ديس والمشرف على هذه الدراسة حيث كان مثالا يحتذى وفاضلاً ومعطاءً و سخيا في علمه وخلقه بذل الجهد وقدم التوجيه السليم والرأي السديد الذي ساعدني في تخطي الكثير من الصعاب فجزاه الله عني خير الجزاء وأمه بدوام الصحة والعافية .

كما و أتقدم ببالغ شكري وامتناني لجامعتي جامعة القدس و أخص بالشكر كلية الحقوق التي قد عايشت نجاحها و نشأتها فنية كأول كلية حقوق فلسطينية وقد عاصرت بداياتها والتي كانت رغم قلة الإمكانيات في حينه على قدر التحدي طلاباً ومدرسين كما وأتقدم بشكري لكافة الهيئة التدريسية فيها سواء من تلقيت العلم على يديه أو من زاملني منهم ومن ثم تلقيت العلم على يديه

وأخيرا أشكر كافة الأصدقاء من المدراء والمسؤولين في البنك العقاري المصري العربي والبنوك الأخرى والسادة المسؤولين في سلطة النقد الفلسطينية الذين لم يبخلوا علي بأية معلومة أو نصيحة والذين كان لهم الدور الكبير في إتمام هذه الدراسة .

وفي الختام أسأل الله تعالى أن يجعل ما قدمت به من جهد خالصا لوجهه الكريم أن ينفع به.

الملخص

تناولنا في هذا الدراسة موضوع التحكيم في عقود التسهيلات المصرفية مقتصرين فيه على عمليات الإئتمان المصرفي دوناً عن باقي العمليات المصرفية نظراً لأهميتها و لمعرفة مدى إمكانية إخضاع هذا النوع من العمليات المصرفية للتحكيم كوسيلة بديلة عن القضاء لفض المنازعات ، وتبيناً لمعوقات إخضاع هذه العمليات للتحكيم أملاً في تجاوزها وساعين أيضاً إلى إقتراح الحلول البديلة لطول أمد الإجراءات القضائية لفض المنازعات التي تنشأ عن هذا النوع من العمليات المصرفية .

وتدور أهمية هذه الدراسة في سد الثغرات القائمة في الدراسات البحثية الأخرى في مجال مواءمة التحكيم مع منازعات التسهيلات المصرفية لنقوم من خلالها بتقديم مقترحات لتمكين إخضاع هذه المنازعات للتحكيم أملاً في تطبيق مقترحاتنا للحيلولة دون توقف دورة إستثمار المال في القطاع المصرفي ، وتأتي هذه الدراسة أيضاً لتسلط الضوء على الثغرات التشريعية التي من الممكن الإستناد إليها لفض المنازعات التي قد تنشأ من عمليات التسهيلات .

كما قمنا ومن خلال هذه الدراسة ببيان الإشكاليات التي تواجه فض هذه المنازعات التي قد تواجه أطراف العلاقة فيها من بنوك وعملاء والتي تتمثل بالتشريعات القاصرة في مجال عمليات التسهيلات و التي يضطر القضاء لتطبيقها إضافة لعدم إمام الجهات القضائية الكامل بحيثيات هذه العمليات لنقوم وعلى ضوء هذه الإشكاليات بدراسة مدى إمكانية إخضاع منازعات عقود التسهيلات للتحكيم .

وقد تناولت في هذه الدراسة الموضوع من خلال فصلين تعرضنا للفصل الأول منها إلى ماهية التحكيم المصرفي والتسهيلات المصرفية مبيين ماهية كل منهما و متعرضين في المبحث الثاني إلى مدى قابلية إخضاع هذه المنازعات للتحكيم في ظل خصوصية التحكيم كطريق لحسم المنازعات ومدى إرتباط ما تتضمنه عمليات التسهيلات بالنظام العام ، حيث تناولنا في المبحث الثالث من الفصل الأول آلية المباشرة في تطبيق التحكيم على منازعات عقود التسهيلات من خلال تعرضنا لإتفاق التحكيم بشروطه وصوره لنعرج على هيئة التحكيم ومن ثم لحكم التحكيم و الطعن فيه وتنفيذه مع محاولة مواءمة كل ما سبق مع منازعات التسهيلات المصرفية لننتقل إلى بيان القواعد الأولية للتحكيم في هذا الخصوص ومزاياه وعيوبه ، ومن ثم أوردنا في الفصل الثاني ملخصاً بالمشكلات التي غالباً ما تواجه عقود التسهيلات المصرفية على أنواعها والتي تسبب

النزاع فيها، مع بيان القانون الواجب التطبيق إجرائياً وموضوعياً على هذه المنازعات ، لنخلص في ختام هذه الدراسة لنتيجة مفادها إمكانية المواءمة بين التحكيم و منازعات عقود التسهيلات المصرفية ليتم فض هذه المنازعات بطريقة أسرع وأكثر عدالة مع مراعاة خصوصية كل منهما وذلك في ظل قصور التشريعات وغياب التخصص والخبرة لدى الجهات القضائية .

Arbitration in banking facilities contracts

Prepared By: Hammam Mohammad Fahid Alaaraj

Supervised By : D.Yaser Ezbaidat

Abstract

In this research, we have discussed the issue of the arbitration in bank accommodation contracts separately from the rest of banking contracts, in order to uncover the practicability of arbitration as a settlement dispute arbitration on such type of contract. Also to uncover the obstacles in applying such mechanism on that type of banking operations. Also to suggest the alternatives to the long judicial processes taking place in settling such cases.

The importance of the study rises from the fact that there is a gap in the other studies, which do not approach the issue of the harmonization between arbitration and banking accommodation disputes. The study is also important for the solutions it suggests which lead to the prevention in the hampering of the investment cycle in the banking sector. This study is also important because it focuses on the legislative gaps related to the issue.

In this study, we have also showcased some of the problems that the banks and the costumers could face while settling these disputes. These problems include the inadequate legislation that the judges tend to apply in these cases, also the judges' lack of knowledge and experience in these banking operations and how arbitration can overcome such problems.

In this study we have followed the analytic comparative method of research in order to attend the aforementioned goals. This study has approached through two chapters, in the first chapter, we have defined the meaning of Banking accommodation contracts and the meaning of arbitration and we have also studied the viability of arbitration as a settlement dispute mechanism to accommodation contracts. In chapter two, we have provided a list of issues and obstacles rising in the banking accommodation contracts which could lead to disputes, and we have also highlighted which laws are to be applied to address these problems.

At the end, we have concluded that harmonization can be achieved between arbitration and banking accommodation contracts in way that makes the settlement of these disputes faster, more just, a more attending to the particularities of such contracts, especially under the lack of adequate

legislation and traditional judicial expert.

المقدمة

كان الظهور الأول لكلمة بنك في إيطاليا وتحديدا في مدينة البندقية وهي تعني كلمة (بانكو) أي الطاولة أو المنضده وهي ترمز إلى الطاولة التي كان يستخدمها التجار لإجراء معاملاتهم المالية في البيع والشراء وأول ما نشأ في إيطاليا هي البنوك التجارية والتي كان يقتصر دورها فقط على حفظ أموال المودعين من التجار ورجال الأعمال لحمايتها من السرقة مقابل إيصالات ، وقد أصبحت بعض البنوك في حينه تسمح بالسحب على المكشوف وبما يتجاوز الأرصدة المحفوظة لديهم مما أدى إلى إفلاس بعض المؤسسات ومما حدى بالجهات الحكومية في إيطاليا بإنشاء أول بنك حكومي في البندقية ويدعى بنك دي جيرو عام 1587 وبعد ذلك أنشأ بنك أمستردام عام 1609 ، ومنذ ذلك الحين أخذت البنوك بالتزايد وكانت في غالبها مؤسسات يملكها أفراد وعائلات وقد وضعت القوانين في حينه لحماية المودعين والتي كانت تمكنهم من الرجوع على الأموال الشخصية لأصحاب البنوك وإستمر نشاط البنوك بالتنامي والتوسع إلى أن أصبحت هذه البنوك تقوم بدور إستثمار الأموال المودعة بحيث شهدت البنوك إزدهاراً ونمواً كبيراً إبان الثورة الصناعية في أوروبا بحيث كان لها دورٌ رافد للمشروعات الصناعية¹ ، وقد بدأت عمليات البنوك بالتوسع من خلال تعدد نشاطات الإقراض وإستخدام أدوات الإئتمان ، وتواصل النشاط المصرفي بالنمو بحيث أصبحت المصارف التجارية لها القدرة على القيام بالعمليات الإئتمانية بصورة كاملة من خلال قبول الودائع وتوظيفها بصورة قروض للآخرين مقابل فائدة² ، ويلاحظ أن التجارة الدولية قد أخذت تنمو بشكل مطرد بنسب أكبر عما ذي قبل ، و إرتفاع حجم التجارة الدولية أدى الى زيادة أعمال البنوك وتطور أدواتها المالية في الأسواق النقدية والمالية بجانب العمليات المصرفية التقليدية كالإيداع والإقراض والحساب الجاري والتحويلات وخطابات الضمان والاعتمادات المستندية والسندات التجارية والودائع والمضاربة في العملات ومن هنا بدأت العمليات المصرفية بالتعدد والتزايد لا سيما عمليات الإئتمان والتي تمثل صلب عمل البنوك حيث أخذت بالإتساع من ناحية تنوعها ومن ناحية نطاق تعاملها على الصعيد الدولي ونظراً لإتساع نطاق التعامل المصرفي دولياً فقد أدى ذلك لظهور منازعات على ضوء هذه التعاملات نتيجة لتعارض مصالح الأطراف، ولم يكن هناك ملاذاً لفض هذه

1 مقال بعنوان نشأة البنوك وأنواعها <http://www.arabictrader.com> ، أبحاث السوق ، منشور بتاريخ 2015/4/23 تاريخ الزيارة 2017/5/15 ، موقع المتداول العربي.

2 الشمري، ناظم محمد نوري – المصارف والنظرية النقدية – دار زهران للنشر، 1999 – الاردن- ص107.

المنازعات إلا من خلال القضاء الوطني بحيث ترتب على اللجوء إليه تعطل الكثير من الأموال عن السير في دائرة الإستثمار الداعم للإقتصاد الوطني مما أدى على ضوء ذلك إلى محاولة اللجوء للتحكيم كوسيلة بديلة عن القضاء لفض منازعات البنوك الممتدة والمستمرة والمتشعبة من خلال تعدد أطرافها وعلاقاتها .

واكتسب التحكيم أهمية كبيرة كوسيلة لتسوية المنازعات بشكل عام وقد بدأ التحكيم مؤخراً يشق طريقه كوسيلة لفض المنازعات الناشئة عن العمليات المصرفية ، بحيث ينسجم التحكيم مع خصوصية وطبيعة العمليات المصرفية ، كما أن لجوء الأطراف المتنازعة في القضايا المصرفية إلى التحكيم مبعثه ما يقدمه التحكيم كقضاء خاص من مزايا قد تعجز سلطة القضاء عن تحقيقه في الغالب ولا يخفى على أحد ما للبنوك من دور حيوي وتأثير بالغ الأهمية على الإقتصاد الوطني والدولي في الوقت الذي تواجه البنوك فيه معوقات كثيرة تحول دون تحقيق دورها الصحيح ، وحيث إن من أهم المشاكل التي تعاني منها البنوك مشكلة الوقت الضائع في إجراءات التقاضي أمام المحاكم فقد أصبح بعض العملاء المتعثرين في سداد الديون متخصصين في مراوغة البنوك وباختلاق الطعون والمعوقات بغية تأخير سداد الديون للبنوك ، وتتجلى معاناة القطاع المصرفي بجميع وحداته عند مماطلة بعض العملاء في سداد مديونياتهم ، بحيث يلجأون إلى المنازعة أمام القضاء بوجه حق في بعض الأحيان و بدون وجه حق في أحيان أخرى ، و يستعملون كافة الأساليب لإطالة أمد النزاع أمام كافة درجات التقاضي المختلفة . ولما كان التأخير في الفصل في المنازعات يؤدي إلى تأخير حصول البنوك على مستحقاتها لدى هؤلاء العملاء ، وحيث إن معظم أموال البنوك المستثمرة والمستخدمه في الإقراض أموالاً للمودعين الذين لهم الحق في المطالبة بها في أي وقت ، لذلك فإن تجميدها لفترة طويلة دون توظيف يُضّرّ بالبنوك وبالمودعين ، كما أنه يعطل هذه الأموال عن المساهمة في تنمية الإقتصاد الوطني واحتقان الدورة المالية مما يجعل للبنوك وضعاً خاصاً لا يحتمل الإنتظار معه لعدة سنوات للفصل في المنازعات التي تكون طرفاً فيها ، وحيث إنه قد أضحى من المعلوم عدم قدرة القضاء العادي على مجاراة هذا التطور السريع والطبيعية الخاصة للعمليات المصرفية والمالية مما حدا بنا إلى التفكير في دراسة إمكانية اللجوء إلى التحكيم في المنازعات المصرفية كوسيلة لفض المنازعات في العمليات المصرفية والمالية بسهولة ويسر ، خاصة بعد تفاقم الأوضاع المالية للبنوك الناجمة عما تواجهه من صعوبات في تحصيل قروضها من المتعثرين ، و على الصعيد المحلي فقد اضطرت بعض البنوك في فلسطين و لغايات تجاوز مشكلة طول الإجراءات القانونية إلى اتباع وسائل توثيق للعقود مع المقترضين سورية و غير

قانونية محاولةً من خلالها اختصار إجراءات التقاضي وكذلك إجراءات التحكيم و تتمثل هذه الوسائل بقيام بعض البنوك بالإضافة الى التوثيق من خلال عقود التسهيلات بعمل توثيق مزدوج إضافي من خلال توقيع العملاء على سندات تنفيذيه سواءً شيكات أو كمبيالات أو سندات دين منظم بكامل قيمة التسهيلات الممنوحة او بموجب سندات على بياض او أي سندات تحمل مواصفات السند التنفيذي تكون محددة المقدار غير معلقة على شرط ومستحقة الأداء بحيث تقوم بطرحها امام قضاء التنفيذ مباشرة كحكم قضائي بات ونهائي في حال التعثر .

مشكلة الدراسة:

تتلخص مشكلة هذه الدراسة بالأثر السلبي المترتب على طول مدة الفصل في المنازعات المصرفية ولا سيما المنازعات المتعلقة بالتسهيلات المصرفية مما يؤدي إلى احتقان أموال طائلة في جيوب المتعثرين سواءً كانوا أشخاص طبيعيين أو اعتباريين مما يحول دون استمرار دورة استثمارها ومما يترتب عليه الإضرار بالمودعين الذين هم أولى بالحماية وكذلك الإضرار بالبنوك كأحد أركان الإقتصاد الوطني مما يؤدي لقيام بعض المتعثرين ومن خلال محاميهم بالتشبث بالقصور التشريعي في هذا السياق وضعف المخزون الثقافي في هذا المجال لإطالة أمد التقاضي و مما يؤدي أيضاً نتيجة لذلك أن يلجأ بعض البنوك إلى وسائل توثيق صورية لمديونياتها تأخذ الطابع التنفيذي للحيلولة دون إطالة إجراءات التقاضي و هنا تكمن مشكلة البحث التي تستلزم طريقة لتقويم سلوك المتعثرين و البنوك وكذلك لحل مشكلة طول إجراءات التقاضي مما يستوجب ابتداع آلية للتحكيم المصرفي للتغلب على تلك المعوقات ومن هنا تتلخص إشكالية هذه الدراسة في سؤال محوري وهو :

هل من الممكن التغلب على المنازعات الناشئة عن عقود التسهيلات المصرفية بما يحقق الأقرب إلى العدالة من خلال إخضاع هذه المنازعات للتحكيم ؟

أهداف الدراسة:

تتلخص أهداف هذه الدراسة بما يلي :

- الكشف عن الإشكاليات التي تحول او تعيق اللجوء للتحكيم في فض منازعات التسهيلات المصرفية
- التغلب على مشكلة طول أمد الإجراءات القضائية للبت في منازعات التسهيلات المصرفية
- الفصل في منازعات التسهيلات المصرفية من خلال أحكام أقرب إلى تحقيق العدالة
- وضع إطار عام لمنظومة تحكيمية متكاملة تتواءم مع المشكلات والمنازعات التي قد تطرأ في عقود التسهيلات المصرفية .

أهمية الدراسة:

لهذه الدراسة أهمية علمية تتناول المناحي البحثية والدراسية لاستطلاع مدى تناول الدراسات والأبحاث لهذا الموضوع ومدى تغطيته وشموله لها من الناحية العلمية ، كما يبدو لهذه الدراسة أهمية أخرى عملية تبين ما لها من دور كاشف للإشكاليات موضوع هذا البحث على الصعيد الواقعي بحيث انه من الممكن أن يترتب على هذه الدراسة استنتاجات ومقترحات قد يتم الأخذ بها لتصويب الأوضاع من الناحية العملية بما يؤدي إلى تدارك الإشكاليات المطروحة في هذه الدراسة والتي تم تسليط الضوء على أهميتها من الناحية العملية لاستدراكها من قبل الجهات ذات العلاقة ، وعليه سنبين كل من الأهميتين على حدى وفقا لما يلي:

الأهمية العلمية:

جاءت هذه الدراسة لتسد بعض الثغرات في الدراسات والأبحاث القانونية في مجال التحكيم المتعلق بمنازعات التسهيلات المصرفية لا سيما أن أغلب الدراسات قد جاءت في سياق التحكيم في العمليات المصرفية بشكل عام دون تخصيصها في التسهيلات المصرفية ، هذه الدراسة تسلط الضوء على ضرورة استحداث وتصويب تشريعات تتواءم مع مستجدات وتطورات القطاع المصرفي ومتطلبات السوق ليتم الإستناد عليها وعلى شروحاتها النظرية لتكون ركيزة علمية ومرجعية للجهات القضائية والتحكيمية عند البت في هذا النوع من المنازعات .

الأهمية العملية:

أجاز قانون المصارف الفلسطيني (قرار بقانون رقم 9 لعام 2010) في متن المادة (13) للبنوك كشركات مساهمة عامة تهدف إلى الربح بمزاولة نشاطها التجاري في فلسطين بحيث تتمثل أهم نشاطات المصارف بقبول الودائع بفائدة ومن ناحية أخرى تقديم الائتمان أو التسهيلات بفائدة مقبوضة وبذلك تحقق البنوك أرباحها من خلال هامش الفرق بين كلا الفائدتين ، و من ناحية أخرى فإن القطاع المصرفي يمثل أكبر القطاعات الاقتصادية في غالبية الدول ¹ ، ويحتل الاستثمار بالتسهيلات والمنح الائتماني النصيب الأكبر منها بحيث يقارب 65% وبذلك تقارب صافي التسهيلات الائتمانية المباشرة مبلغ ستة مليارات دولار علماً بأن هذه التسهيلات في تنامي بشكل مستمر فقد بلغت نسبة النمو في التسهيلات منذ عام 2011 ما يقارب 40% مما يطرّد معه زيادة المخاطر الائتمانية²، وتقوم البنوك وقبل منح أية تسهيلات بالقيام بدورها الاحترازي وإجراء الدراسات الائتمانية ضمن أعلى المستويات الفنية والتقنية وبأعلى درجات التخصص وقد أولت الجهات الرقابية في فلسطين المتمثلة بسلطة النقد الفلسطينية لهذا الدور الاحترازي عند المنح أهمية بالغة من خلال قيامها بإصدار تعليمات الائتمان العادل والتي تضبط من خلالها العملية الائتمانية بما يحفظ حقوق طرفي العلاقة³ ، إلا أنه وفي ظل وجود هذه النسب العالية من الإستثمار في الائتمان والتسهيلات وفي ظل تقلبات الأوضاع الاقتصادية وعدم استقرار المنطقة فلا بد أن يتخلل هذه العملية تعثر بعض هذه التسهيلات ، إلا أن التعثر بحد ذاته لا يمثل المشكلة الحقيقية وإنما تتمثل المشكلة بقصور الدور اللاحق لهذه التعثرات ألا وهو الدور العلاجي والمتمثل بدور القضاء الذي يستغرق للبت في المنازعات المصرفية المعروضة أمامه سنوات طوال علماً بأن هذه المنازعات تحتجز مئات الملايين من الدولارات من أموال المودعين من المواطنين في يد ثلة من المتعثرين أو من خلال أصول ثابتة ضامنة تنتظر قرار القضاء للتنفيذ عليها مما يحول دون معاودة استثمار هذه الأموال وانخراطها في الدورة المالية والنشاط الاقتصادي لأي بلد

1 بحيث تصل استثمارات البنوك في فلسطين كرأس مال وحقوق ملكية إلى ما يقارب المليار دولار كما يبلغ إجمالي الودائع لدى القطاع المصرفي ما يقارب تسعة مليارات دولار أمريكي بحيث تشكل منها ودائع العملاء (المواطنين) 98% .

² تقرير الوضع المالي للبنوك لعام 2015- إصدار جمعية البنوك في فلسطين ، الميزانية العمومية المجمعة للبنوك.

³ تعليمات سلطة النقد الفلسطينية رقم 2009/4 بتاريخ 2009/03/24.

ومما يلحق بالضرر في الاقتصاد الوطني بشكل عام والقطاع المصرفي بشكل خاص¹ و عليه فإن توقف الدورة الإستثمارية لهذه الأموال لا يتوقف على الأموال الممنوحة والمتعثرة فقط فعلاوة على ذلك فإن تعليمات سلطة النقد تقتضي ضمان أموال المودعين التي تم إقراضها من لحظة ظهور بوادر التعثر إلى أن تصبح في طور التعثر إلى أن يتم سدادها أو قيدها كخسائر فتفرض على البنوك حجز مبالغ مماثلة لها بالقيمة تحت ما يسمى بالمخصصات المالية مما يضاعف المشكلة ومما يضاعف حجم المبالغ المتوقف عن استثمارها² بحيث يضاف على مبالغ التعثر هذه ما يحتجز مقابلها من مخصصات مالية تقترضها سلطة النقد لضمان أموال المودعين وبذلك تبلغ الأموال الراكدة مجملها ما يقارب 280 مليون دولار منوهين إلى أن غالبية قيم المبالغ المتعثرة يبلغ متوسط فترات تعثرها من خمس إلى عشرة سنوات تقريبا وعليه وفي حال احتساب الفرصة البديلة وفقا للتسمية الإقتصادية أو الكسب الفائت وفقا للتسمية القانونية وضمن معدل استثمار يبلغ على سبيل المثال 8% فإن الخسارة السنوية قد تقارب الـ 20 مليون دولار سنويا³، علما بأن هذه النسبة بازياد مطرد مع زيادة التسهيلات وممرور الزمن هذا بالإضافة للخسائر التي قد تلحق بالبنوك نتيجة للتسويات التي قد تضطر البنوك لإجرائها نظرا لسأمها من طول الإجراءات القضائية إضافة للخسارة المترتبة على أجور ورسوم ومصاريف وأتعاب التقاضي، منوهين أيضا وبمعزل عن الإعتبارات المالية ما يترتب على النظر في قضايا المنازعات المصرفية من تكاليف تقاضي وإثقال لكاهل السلطة القضائية من خلال استغراق عدة سنوات لحين البت في هذه المنازعات، بحيث تمثل هذه المشكلة معضلة بحد ذاتها بغض النظر عن الإعتبارات المالية⁴، وقد تولد عن الإشكاليات السابقة قيام البنوك بابتداع حلول من شأنها التسريع بالبت بالمنازعات أمام المحاكم، وقد مثلت هذه الحلول المبتدعة من قبل البنوك مشكلة في حد ذاتها،

1 وقد بلغ حجم المديونيات المتعثرة في البنوك العاملة في فلسطين عام 2015 ما يقارب 150 مليون دولار أي ما يعادل (4%) من إجمالي التسهيلات الممنوحة للقطاع الخاص جلها منظور أمام القضاء علما بأن نسب الزيادة أكثر من نسب النقصان تقريبا نظرا لتزايد حجم التسهيلات الممنوحة حيث بلغت نسبة الزيادة عام 2015 ما يقارب 20% منوهين أيضا إلى أن التناقص في حجم الديون المتعثرة غالبا ما ينتج عن تسويات اضطرت لها البنوك بعد سنوات من التقاضي و غالبا ما تتضمن هذه التسويات خسارات من أصل المبلغ أو تسديدات لأجال طويلة دون عائد .

2 تعليمات سلطة النقد الفلسطينية رقم 2008/1 بتاريخ 2008/12/20 بشأن تصنيف التسهيلات الائتمانية والمخصصات.

3 تقرير الاستقرار المالي للعام 2015 الصادر عن سلطة النقد الفلسطينية كما نود التنويه أن الأرقام المذكورة هي تقريبية منوهين إلى تغيرها حسب الفترات إلا أننا نود التنويه من خلالها لورود مشكلة مالية مستمرة و متزايدة إضافة للمشكلات العملية والإجرائية.

4 مقابلة مع الأستاذ / أياد نصار ، مدير الرقابة والتفتيش لى سلطة النقد الفلسطينية تاريخ الزيارة 2017/3/23 .

فوفقاً لما أشرنا له سابقاً فقد نهجت البنوك إلى استغلال حاجة المقترضين وقامت بتوقيعهم على سندات تنفيذية (كمبيالات) غالباً ما تكون بما يعادل 120% من المبالغ المقرضة وهو ما لا يتوافق مع حقيقة العلاقة التعاقدية الحقيقية بين كل من العميل والبنك، في حين أن العلاقة التعاقدية الحقيقية بينهما قائمة على شروط ومحددات والتزامات متبادلة وعلى آجال من السداد متعددة ومتفاوتة قد حددتها عقود التسهيلات وهو خلافاً لما تضمنته الكمبيالة الموقعة عادة والتي تتضمن في مجملها مبلغاً مغايراً للمبلغ المفترض اقتضاه ومحدد تاريخ الأداء فيها بغب الطلب، إلا أن البنوك أصبحت تواجه مشكلة أخرى فيما ابتدعته من حلول تتمثل بالتقادم المنصوص عليه في قانون التجارة الأردني الساري في فلسطين فيما يتعلق بالكمبيالات غب الطلب (عند الإطلاع) والمحدد بسنة من تاريخ عرضها وفقاً لما ورد في نص المادة (154) من قانون التجارة والتقادم بالإدعاء بالسند التنفيذي الوارد في المادة رقم (214) من قانون التجارة الأردني الساري في فلسطين، علماً بأن الكثير من المديونيات قد تتعرض بعد مرور السنة أو الخمس سنوات على منحها مما يضطر البنوك معاودة الرجوع للمحاكم المختصة واختصاص متعثرها من خلال دعاوى عادية، وفي بعض الأحيان يقوم المتعثرين أنفسهم باعتراض هذه الدعاوى ووقف تنفيذها من خلال دعاوى حقوقية بمنع المطالبة وبمجرد الدخول في غمار الدعاوى القضائية تبدأ حرب المماطلات بين طرفي الدعوى من خلال عدة دفعات يثيرها المدعى عليه العميل المتعثر والتي تزيد من أمد التقاضي و تضيف لطول الإجراءات القضائية المنتهج لدينا طولاً ومماطلة، كما أن الإشكالية لا تقتصر على التسهيلات المباشرة فحسب، فهي أيضاً تتوفر في التسهيلات غير المباشرة فمن الممكن أن تكون المنازعات المصرفية المتعلقة بالمطالبات المالية قد ترتبت نتيجة لتسهيلات غير مباشرة سواءً تمثلت بخطابات ضمان أو اعتمادات مستندية بحيث ترتب على إثرها أن قام البنك بأداء قيمة الإ اعتماد أو الخطاب لتوفر شروطه، مما أدى إلى امتناع العميل عن أداء ما أداه البنك عنه نظراً لخلاف مع المستفيد من التسهيلات غير المباشرة أو خلاف مع البنك بادعاء عدم تطبيقه شروط عقد التسهيلات، ومن الممكن أن يقوم البنك بأداء قيمة التسهيلات غير المباشرة من تسهيلات مباشرة تم منحها للعميل وقد لا يقوم العميل بأداء ما ترتب في ذمته من هذه التسهيلات مما يمثل إخلالاً منه بالتزامه الوارد بعقد التسهيلات المباشرة¹.

¹ نود التنويه هنا أن التسهيلات الغير مباشر التي يدفعها البنك للغير بناءً على طلب العميل غالباً ما يكون في مقابلها تسهيلات مباشرة لتغطيتها.

كما نود الإشارة أيضا إلى أن المنازعات قد تنشأ بين البنوك ذاتها وليس فقط بين البنوك والعملاء، حيث ان حركة الأموال التي تتم بين البنوك سواء الداخلية أو الخارجية والتي تستوجبها المصالح التجارية قد ينشأ عنها منازعات بين البنوك ذاتها وخاصة فيما يتعلق بالحوالات والإعتمادات المستندية و التي غالبا ما تمثل البنوك عدة أطراف في العلاقات المنبثقة عنها، مما قد يؤدي إلى احتجاز بعض المبالغ المختلف عليها أو أن يتم تعطيل الحركة التجارية وتعطيل مصالح العملاء التجارية لحين البت في هذه الخصومات قضائيا وهو ما سيؤدي إلى حدوث انتكاسات لبعض التجار، أو أن يتم إلحاق خسائر فادحة بهم وخاصة في الإعتمادات المستندية وهو أيضاً ما ينعكس سلباً على المنظومة الإقتصادية بشكل عام، ونضيف على مجمل الإشكاليات الوارد ذكرها ما قد يعتري الأحكام القضائية التي ستصدر بعد طول انتظار من قصور وخطأ بسبب نقص الثقافة المصرفية لدى بعض أفراد السلطة القضائية وخاصة في مجال التسهيلات المصرفية.

وبذلك فإن الخسارة الفعلية والضرر البالغ في المنازعات المصرفية وفقا لرأينا يرتكزان في المنازعات المتعلقة بالتسهيلات المصرفية لكونها تمثل النصيب الأكبر من مجمل المنازعات المصرفية، ولكون تعطل البت فيها وطول أمد التقاضي في منازعاتها يترتب الخسارة الأكبر والأثر المالي الأكبر على كافة أطراف العلاقة و على منظومة العمل المصرفي والمنظومة الإقتصادية بشكل عام، ولغايات معالجة هذه الإشكالية وما يترتب عليها من إشكاليات تم إستعراضها آنفا كان لا بد من إبتداع طريقة للتغلب على المعضلة والمشكلة الأساسية ألا وهي طول الإجراءات القضائية للبت في المنازعات المصرفية لأسباب عدة تتعلق بالقضاة أنفسهم وبإجراءات التقاضي من جانب آخر، وفي ظل صعوبة إصلاح المنظومة القضائية كان لا بد لنا التفرّد بإيجاد حلول خاصة لهذه المشكلة من خلال اقتراح التحكيم الخاص في منازعات التسهيلات المصرفية نظراً لما يميز التحكيم من سرعة في البت في المنازعات لتفرد جهة التحكيم للبت في هذه المنازعات، وما يمتاز به من سرية وتخصص إضافة لإمكانية تنفيذ حكم التحكيم دون معوقات داخلية وخارجية .

تساؤلات الدراسة:

- 1- ما هو مفهوم التحكيم المصرفي وماهيته ؟
- 2- ما هو مفهوم التسهيلات المصرفية وأنواعها؟
- 3- ما المقصود بالمنازعات المصرفية وخاصة منازعات التسهيلات وما أنواعها ؟
- 4- ماهي خصائص التحكيم المصرفي ؟
- 5- ما هي الآلية التحكيمية التي تستخدم في فض النزاعات المصرفية ؟
- 6- ما هي طبيعة القواعد التحكيمية التي تحسم المنازعات المصرفية ؟
- 7- ماهي أهم المنازعات والإشكاليات في عقود التسهيلات المصرفية ؟
- 8- ما هي القوانين الواجبة التطبيق على المنازعات المصرفية من الناحية الإجرائية والموضوعية ؟

منهجية الدراسة :

اعتمد الباحث في هذه الدراسة على المنهج الوصفي التحليلي المقارن ومنهج تحليل دراسة المحتوى (المنهج التكاملية) لملاءمة هذا المنهج لأهداف الدراسة واستجلاء الملامح المختلفة لمشكلة الدراسة.

الدراسات السابقة:

لغايات التعمق في موضوع الرسالة والبحث في الإشكالية موضوع الدراسة، فقد سبق و أن تم الإطلاع على الدراسات السابقة في إطار التحكيم في المنازعات المصرفية بشكل عام، ودون تسليط الضوء على التحكيم في عقود التسهيلات المصرفية تحديداً، وعلى سبيل المثال لا الحصر (دراسة الدكتور حسين شحاة حسين في التحكيم في المنازعات المصرفية والمشار إليها في المراجع ودراسة ودراسة الاستاذ مصطفى مطلوب والتي موضوعها دور التحكيم التجاري في حسام المنازعات المصرفية والمشار لها أيضا في المراجع دراسة الدكتور موسى خليل متزي في التحكيم في العمليات المصرفية في الؤل ذات الاقتصاد المتحول) كما تم الإطلاع على قضايا تطبيقية عملية لدى المحاكم الفلسطينية في منازعات تم الخوض فيها بخصوص منازعات مصرفيه خاصة بالتسهيلات الإئتمانية، اتسم الفصل فيها ببطئ إجراءات التقاضي وتم الإمعان في مسببات هذه الماطلات من خلال الواقع العملي، كما تم الإطلاع على عدة دراسات بحثية ومقالات تناولت هذه المشكلة كما تم دراسة عدة أنظمة متخصصة لفض المنازعات المصرفيه خارج إطار القضاء مثل التحكيم وفقا لنظام إتحاد المصارف العربيه ، والتحكيم في منازعات الإعتمادات المستندية وفقا لنظام دكودكس ، والتحكيم وفقا للجنة تسوية المنازعات المصرفية التابعة لمؤسسة النقد السعودي، وغيرها من أنظمة التحكيم المؤسسي إضافة للمراجع الأساسية في التحكيم والعمل المصرفي، بحيث سيرتكز البحث في إطار التحكيم في سياق العمليات المصرفيه وتحديدا في سياق التسهيلات المصرفيه.

جمع البيانات وتحليلها :

تتمثل نوع البيانات التي ستنج عن البحث بأنها بيانات تعريفيه شارحة وموضحة كاشفة وإستطلاعية عن حالة المشكلة التي يعالجها البحث وبيانات تحليلية تتضمن معالجات مقترحة لإشكالية البحث .

خطة البحث:

الفصل الأول: التحكيم المصرفي و التسهيلات المصرفية.

المبحث الأول: ماهية التحكيم المصرفي والتسهيلات المصرفية :

- **المطلب الأول : ماهية التحكيم المصرفي و أهميته**

- الفرع الاول: التعريف بالتحكيم المصرفي وطبيعته القانونية .

- الفرع الثاني: أهمية التحكيم المصرفي .

- **المطلب الثاني : التسهيلات المصرفية وأنواعها :**

- الفرع الأول : التسهيلات المصرفية المباشرة .

- الفرع الثاني : التسهيلات المصرفية غير المباشرة .

المبحث الثاني : قابلية منازعات التسهيلات المصرفية للتحكيم :

- **المطلب الأول : معوقات منازعات التسهيلات المصرفية أمام القضاء**

- الفرع الأول : المعوقات العملية التي تواجه القضاء في نظر منازعات التسهيلات المصرفية .

- الفرع الثاني : المعوقات الفنية التي تواجه القضاء في نظر المنازعة المصرفية .

- **المطلب الثاني : التحكيم كطريق لحسم المنازعات في التسهيلات المصرفية**

- الفرع الاول : المقصود بصلاحية إخضاع المنازعات في التسهيلات المصرفية للتحكيم .

- الفرع الثاني: التكييف القانوني لصلاحية محل النزاع المصرفي للتحكيم.

- **المطلب الثالث : مدى ارتباط المعاملات المصرفية بالنظام العام .**

- الفرع الاول: المعايير الخاصة التي تحكم صلاحية المنازعة المصرفية للتحكيم
- الفرع الثاني: المعايير المتعلقة بالنظام العام التي تحكم صلاحية المنازعة المصرفية للتحكيم

المبحث الثالث: إتفاق التحكيم في عقود التسهيلات المصرفية :

• **المطلب الأول : شروط وصور إتفاق التحكيم المصرفي**

- الفرع الاول : شروط اتفاق التحكيم المصرفي.
- الفرع الثاني: صور اتفاق التحكيم المصرفي .

• **المطلب الثاني : هيئة التحكيم في عقود التسهيلات المصرفية**

- الفرع الاول: القواعد الخاصة بوجود المحكم .
- الفرع الثاني: حكم التحكيم والطعن فيه وتنفيذه.

المبحث الرابع : التحكيم في التسهيلات المصرفية قواعد و مزاياه و عيوبه :

• **المطلب الأول: قواعد التحكيم الدولي الأساسية المطبقة في منازعات التسهيلات المصرفية**

- الفرع الاول : نظام (دوكدكس) للتحكيم في منازعات الإعتمادات المستندية.
- الفرع الثاني : التحكيم طبقا لاتحاد المصارف العربية .

• **المطلب الثاني: مزايا و عيوب التحكيم في عقود التسهيلات المصرفية**

- الفرع الاول: مزايا التحكيم في عقود التسهيلات المصرفية.
- الفرع الثاني: عيوب التحكيم في عقود التسهيلات المصرفية.

الفصل الثاني: التطبيقات العملية لمشكلات التسهيلات المصرفية والقانون الواجب التطبيق

المبحث الأول : المشكلات العملية المتعلقة بعقود التسهيلات الغير مباشرة

- **المطلب الأول : المشكلات العملية المتعلقة بالإتمادات المستندية .**
 - الفرع الأول: المشكلات المتعلقة باستقلالية العقود في الإتمادات المستندية.
 - الفرع الثاني: المشكلات المتعلقة بمسؤولية البنك في الإتمادات المستندية .
- **المطلب الثاني : المشكلات العملية المتعلقة بخطابات الضمان .**
 - الفرع الأول : المشكلات المتعلقة باستقلالية العقود في خطابات الضمان .
 - الفرع الثاني : المشكلات المتعلقة بأجل خطاب الضمان وتسييله .

المبحث الثاني : المشكلات العملية المتعلقة بعقود التسهيلات المباشرة :

- **المطلب الأول : المشكلات العملية المتعلقة باستحقاق الديون بإنهاء الحساب .**
 - الفرع الأول: مدى ارتباط استحقاق الديون بإقفال الحساب .
 - الفرع الثاني: أسباب إنهاء الحساب وآثاره .
- **المطلب الثاني : المشكلات العملية المتعلقة باحتساب الفوائد في ظل تعارض القوانين.**
 - الفرع الأول : ماهية الفوائد المصرفية وأنواعها .
 - الفرع الثاني : مواضع النزاع المتعلقة باحتساب الفوائد المصرفية .

المبحث الثالث : القانون الواجب التطبيق على منازعات عقود التسهيلات المصرفية :

- المطلب الأول : القانون الإجرائي الواجب التطبيق على منازعات التسهيلات المصرفية .
- المطلب الثاني : القانون الموضوعي الواجب التطبيق على منازعات التسهيلات المصرفية .

وآخر دعوانا أن الحمد لله رب العالمين .

الفصل الأول: التحكيم المصرفي و التسهيلات المصرفية

سنتناول في هذا الفصل أربعة مباحث سنستبين من خلالها ماهية التحكيم المصرفي والتسهيلات المصرفية في المبحث الأول منها للتعرف وبشكل عام على ركني البحث الأساسيين المتمثلان بالتحكيم والتسهيلات المصرفية لنبدأ ومن خلال المبحث الثاني محاولة موازنة المنازعات المصرفية ومنازعات التسهيلات المصرفية و إستيضاح مدى قابليتها للتحكيم لنعرج وبعد التحقق من قابلية المنازعات المصرفية للتحكيم و في المبحث الثالث من هذا الفصل على اتفاق التحكيم في عقود التسهيلات المصرفية بكافة حيثياته ومن ثم سننتقل في المبحث الرابع والأخير لبيان القواعد الدولية للتحكيم في عقود التسهيلات المصرفية ومزايا هذا التحكيم وعيوبه .

المبحث الأول: ماهية التحكيم المصرفي والتسهيلات المصرفية

لا بد لنا وفي بداية هذا المبحث أن نتعرض لمفهوم التحكيم المصرفي بما يشمل المفاهيم العامة للتحكيم، متعرضين من خلالها لخصوصية التحكيم المصرفي الشامل للتحكيم في عقود التسهيلات المصرفية، ومن ثم سنتعرض في المطلب الثاني من هذا المبحث وبمحاولة مقتضبة للتسهيلات المصرفية لكونها موضوع هذا البحث ضمن دراسة استطلاعية وتعريفية لغايات وضوح مفهوم هذه الدراسة .

المطلب الأول : ماهية التحكيم المصرفي تعريفه و أهميته

ليبان ماهية التحكيم المصرفي لابد من التعرض للتحكيم بشكل عام من خلال تعريفه وبيان طبيعته القانونية وتكييفه القانوني وسنتعرض في ذات المطلب وفي الفرع الثاني منه لأهمية التحكيم المصرفي بشكل خاص وبيانا لضرورته الفصل في المنازعات الناشئة في العمليات المصرفية .

الفرع الاول: التعريف بالتحكيم المصرفي وطبيعته القانونية

لا بد إبتداءً أن نقوم بتعريف التحكيم بشكل عام لغة وإصطلاحا للولوج بعد ذلك لتعريف التحكيم المصرفي من خلال مكوناته وبيان طبيعته القانونية.

أولاً : التعريف بالتحكيم المصرفي :

إن معنى التحكيم لغة : حكمت وأحكمت وحكمت بمعنى منعت ورددت ومن هذا قيل للحاكم بين الناس حاكم لأنه يمنع الظالم من الظلم وحكموه بينهم : أمره أن يحكم¹ .

أما معنى التحكيم اصطلاحا : تولية الخصمين حاكما يحكم بينهما، وكما جاء في قوله تعالى ﴿ فلا وربك لا يؤمنون حتى يحكموك فيما شجر بينهم ثم لا يجدوا في أنفسهم حرجا مما قضيت ويسلموا تسليما ﴾².

أما قانونا فقد جاء تعريف في قانون التحكيم الفلسطيني رقم 3 لسنة 2000 تحديدا في المادة 1 بأنه (وسيلة لفض نزاع قائم بين أطرافه وذلك بطرح موضوع النزاع أمام هيئة التحكيم للفصل فيه)³.

ويقصد بالتحكيم في الإصطلاح القانوني (اتفاق أطراف علاقة قانونية على أن يتم الفصل المنازعات التي ثارت بينهم أو التي قد تثور من خلال أشخاص يتوافق الأطراف على اختيارهم كمحكمين أو يضمنون اتفاقهم على التحكيم بيانا بألية اختيار المحكمين أو أن يتم الاتفاق على احالة اي منازعة قد تنشأ بينهم لهيئة أو مركز من الهيئات أو مراكز التحكيم الدائمة لتتولى تنظيم عملية التحكيم وفقا للقواعد أو اللوائح الخاصة بهذه الهيئات أو المراكز)⁴ .

وقد عرفت محكمة النقض المصرية التحكيم بأنه (التحكيم ماهيته طريق استثنائي لفض المنازعات قوامه الخروج عن طريق التقاضي العادية، وعدم تعلق شرط التحكيم بالنظام العام مؤداه وجوب التمسك به أمام المحكمة

¹ الفيروز ابادي، محمد بن يعقوب بن ابراهيم بن عمر، القاموس المحيط، المؤسسة العربية للطباعة والنشر، بيروت 1952 ص456.

² سورة النساء رقم 4 / آية 65 .

³ قانون التحكيم الفلسطيني رقم 3 لسنة 2000 في العدد 33 من الوقائع الفلسطينية بتاريخ 2000/04/05 .

⁴ د البربري ، محمود مختار ، التحكيم التجاري الدولي ، دار النهضة العربية ، الطبعة الثالثة 2004 ص5 .

وعدم جواز قضائها بإعماله من تلقاء نفسها، جواز النزول عنه صراحة أو ضمناً سقوط الحق فيه بإثارته متأخراً بعد الكلام في الموضوع .علة ذلك)¹ .

وبناءً على ما سبق ولاعتبار التحكيم مصرفياً فإن وجود المؤسسة المصرفية في اتفاق التحكيم شرط لوجود التحكيم المصرفي، أي يكون أحد أطراف النزاع والطرف الآخر بغض النظر إن كان شخصاً طبيعياً أم معنوي، وأن يكون محل النزاع المصرفي هي العمليات المصرفية ، ومما سبق يمكننا القول بأن تعريف التحكيم المصرفي هو عبارة عن عملية قانونية تستند على اتفاق أطراف المنازعة المصرفية على أن يتم إحالة النزاع القائم بينهم أو ما ينشأ بينهم مستقبلاً من منازعات بشأن العلاقة المصرفية إلى مؤسسة أو أشخاص معينين ومتخصصين في المنازعات المصرفية ليفصلوا فيها وفقاً للقواعد والمبادئ التي تم الاتفاق عليها لتحكم المنازعة مع تعهدهما بقبول الحكم الصادر والذي يعتبر حجة عليهما، ويصدر أمر تنفيذ هذا الحكم من السلطة القضائية في الدولة المراد التنفيذ فيها"².

يتضح من التعاريف السابقة لمصطلح التحكيم بأنه عبارة عن طريقة تهدف إلى إيجاد حل لقضية تخص العلاقات بين شخصين أو أكثر عن طريق محكم أو محكمين يستمدون سلطتهم من اتفاق خاص بين الأطراف ويتخذون قرارهم على أساس الاتفاق المذكور دون أن يكونوا مخولين من قبل الدولة بهذه المهمة، حيث تتشابه قوانين الدول فيما بينها في كثير من الأحكام الأساسية والمبادئ الرئيسية المتعلقة بالتحكيم لدرجة التطابق ، على سبيل المثال تتفق هذه القوانين على ضرورة وجود اتفاق على التحكيم لتسوية النزاع وعلى أن يكون النزاع مدنياً بالمعنى الواسع، كما تتفق هذه الدول على اشتراط أهلية التصرف في طرفي الاتفاق لصحة هذا الاتفاق والعديد من أوجه التشابه بين نصوص ومواد التحكيم في القوانين لكل دولة كون أن جميع القوانين العربية عموماً تطبق التحكيم في إطاره القانون الخاص الذي يشمل النزاعات المدنية والتجارية، أما المنازعات في إطار القانون العام مثل المنازعات الجزائية والإدارية فلا تطبق عليها هذه القوانين³.

1 الطعن رقم 466 سنة 70 ق - جلسة 2001/01/30 ، المشار إليه في كتاب شرح التحكيم في المواد المدنية لمحمد فتح الله حسين ، 2008 ، القاهرة، الناشر أحمد حيدر ، ص35.

² السيد، احمد مصطفى الدبوسي ، التحكيم في العمليات المصرفية بين الواقع والمأمول دراسة تحليلية مقارنة مكتبة دار الوفا ، ط1، 2015 ، ص43

³ حداد، حمزة احمد ، التحكيم في القوانين العربية ، ط1، عمان: دار الثقافة للنشر والتوزيع، 2010، ص30 .

لذلك نجد بعض المؤسسات المصرفية المحلية والدولية بإدخال شرط التحكيم في عقود العمليات المصرفية الأمر الذي أدى إلى فتح المجال أمام وجود مؤسسات تحكيمية متخصصة في مجال المنازعات المصرفية مثل التحكيم طبقاً لنظام اتحاد المصارف العربية والتحكيم في منازعات الإعتمادات المستندية نظام دوكدكس وسنأتي بالحديث المفصل حول ذلك فيما بعد .

ثانياً : الطبيعة القانونية للتحكيم المصرفي :

إنقسم الفقه فيما يتعلق بتحديد الطبيعة القانونية للتحكيم بشكل عام فهناك اتجاه¹ افترض الطبيعة التعاقدية للتحكيم المصرفي على أساس أن التحكيم هو اتفاق يتوقف على إرادة أطراف الخصومة سواءً كان شرطاً ضمن العقد الأساسي أو ضمن اتفاق تحكيم، وكذلك يستند أنصار هذا الإتجاه على أن التحكيم المصرفي يختلف عن القضاء، وذلك لاعتبار أن القضاء يهدف للمصلحة العامة بينما التحكيم يهدف لتحقيق مصلحة خاصة وهي مصلحة طرفي النزاع، إلا أنه يرد على هذا الإتجاه مغالاته باعتبار إرادة الأطراف ، حيث إن المحكم يكشف عن حكم القانون وليس عن إرادة الأطراف عند نظر المنازعة².

ويرى اتجاه آخر من الفقه المصري أن التحكيم ذو طبيعة قضائية³ على أساس أن المحكم قاضٍ خاص يعينه الأطراف ويستتبط سلطته من الصلاحيات ذات الطابع القضائي التي يمنحه إياها القانون على أساس أن التحكيم في هذه الحالة هو قضاء إجباري ألزم الأطراف أنفسهم به بمجرد الإتفاق عليه⁴.

وذهب اتجاه ثالث إلى اعتبار التحكيم وسيلة مستقلة بحد ذاتها، وبذلك فهو ذو طبيعة خاصة لكون التحكيم هو أسبق ظهوراً من القضاء وعلى الرغم من ظهور القضاء فقد ظل التحكيم قائماً كوسيلة مستقلة لحسم المنازعات بشكل عام⁵.

¹ الفقه المصري (رضوان ابوزيد - الأسس العامة في التحكيم التجاري الدولي و محمود البربري - التحكيم التجاري الدولي - مرجع سابق ص7) . وكذلك والفقه الفرنسي .

² السيد، أحمد مصطفى الدبوسي ، مرجع سابق ، ص 201

³ الفقه المصري (د أحمد ابو الوفا - عقد التحكيم واجراءاته) .

⁴ السيد، احمد مصطفى لدبوسي، التحكيم في العمليات المصرفية بين الواقع والمأمول ، المرجع السابق ، ص205.

⁵ عمر ، خالد محمد سليمان ، التحكيم في المنازعات المصرفية ، رسالة ماجستير ، مقدمة لدى جامعة أم درمان ، السودان ، 2015 ، ص34

ويرى اتجاه رابع¹ وهو الراجح باعتبار أن الطبيعة القانونية للتحكيم هي طبيعة مختلطة، ويجمع بين كلتا الطبيعتين العقدية والقضائية وبالتالي تبرز الناحية العقدية من خلال كونه يستمد إلزامه من اتفاق أطرافه وبعد إحالة النزاع للتحكيم يمارس المحكم دوره القضائي .

الفرع الثاني : أهمية التحكيم المصرفي

تتمثل أهمية التحكيم المصرفي من عدة نواحٍ يبدو من خلالها ضرورة إحالة المنازعات المصرفية للتحكيم وتتمثل هذا النواحي بالآتي :

1. من الناحية الإقتصادية : لكون الاقتصاد والتجارة الدولية تقوم على الائتمان والسرعة والدقة فإنه من المتوجب أن يتم البت في المنازعات المتعلقة بالعمليات المصرفية خاصة عمليات الائتمان بشكل سريع ، نظرا لكون الوقت يمثل عنصراً هاماً للتجار، لا سيما أن العملية التحكيمية تتم من خلال أشخاص يتم اختيارهم من قبل المحكّمين أنفسهم ويتمتعون بقدر عالٍ من الخبرة والحياد² ، كما أن التحكيم يمتاز بقلّة النفقات التي قد تترتب عليه والتي قد تقتصر على أجور المحكّمين ورسوم جهة التحكيم وذلك خلافاً للقضاء العادي الذي قد يترتب عليه نفقات باهظة والتي تشمل الرسوم وأتعاب المحاماه وأجور الخبراء الذين قد يتم انتدابهم من قبل المحكمة نظراً لعدم تخصص بعض القضاة إضافة للوقت المهدور والكسب الفائت المترتب على ذلك نتيجة لعدم إمكانية معاودة استثمار هذه المبالغ المحتجزة لحين البت في الخصومة أمام القضاء الوطني العادي .

2. من الناحية الاجتماعية : يُمكن التحكيم التجاري المصرفي أطراف الخصومة من حرية اختيار محكميهم الذين هم محل ثقتهم بحيث يمكنهم هذا من اختيار محكمين من ذوي الخبرة والتخصص والمراس في المجال المصرفي و في موضوع التحكيم وذلك خلافاً للقضاء الوطني العادي الذي لا يُمكن أي من الخصوم من إختيار القاضي الذي سيقوم بنظر المنازعة بحيث من الممكن ومن خلال هذا التحكيم

¹ الصاوي ، أحمد السيد ، التحكيم طبقاً لقانون رقم 27 لسنة 1994 وانظمة التحكيم العربية ، ط2، 2004، ص45 .

² حداد ، حفيظة السيد ، الموجز في النظرية العامة في التحكيم التجاري الدولي، بيروت، منشورات الحلبي الحقوقية ، 2007 ، صفحة 12 .

المحافظة على العلاقة الودية بين طرفي الخصومة¹ ، كما أن التحكيم يحافظ على خصوصية أطراف النزاع وسرية أعمالهم وسرية العلاقات التي قد تتطلبها مقتضيات التجارة وهذا خلافاً لما يتم أمام القضاء الوطني العادي الذي يقتضي أن يتم نظر المنازعات من خلال جلسات علنية في أغلب الأحيان.

3. من الناحية التطبيقية : يعطي التحكيم الحق لأطراف النزاع حرية اختيار القواعد الإجرائية والقواعد الموضوعية التي ستطبق على الحالة موضوع النزاع مما يعطي المحكمين مجالاً أوسع لتحقيق العدالة لا سيما في الحالات التي يتسم فيها القانون المحلي على الصعيد الإجرائي والموضوعي بالقصور والفرغ التشريعي في بعض العمليات المصرفية .

المطلب الثاني: التسهيلات المصرفية وأنواعها

تعتبر التسهيلات المصرفية من أهم العمليات التي يقوم بها البنك ورغم خطورة ممارستها إلا أن هذه العمليات هي المصدر الرئيس لأرباح البنوك وأنه مهما كانت درجة الحيطة والحذر بخصوص هذه التسهيلات فإن هذه العمليات تتأثر بعوامل اجتماعية وسياسية وقوانين العرض والطلب²، وقد ارتأينا أن نقسم التسهيلات المصرفية إلى قسمين ، تسهيلات مباشرة وتسهيلات غير مباشرة ، أما التسهيلات المباشرة: هي التسهيلات التي يقوم البنك فيها بتقديم أموال مباشرة للعملاء مثل : الاعتماد المالي (الجاري مدين) والقرض المصرفي أما التسهيلات غير المباشرة : هي تلك التي يقدم فيها البنك تعهداً بالدفع مثل خطاب الضمان والاعتمادات المستندية علماً أنها تتحول إلى تسهيلات مباشرة في حال قيام البنك بدفعها، ولغايات التوضيح أكثر فقد آثرنا بيانها والتوسع فيها من خلال مطلبين الأول عن التسهيلات المباشرة والثاني التسهيلات غير المباشرة.

الفرع الأول : التسهيلات المصرفية المباشرة .

وفقاً لما أوضحنا سابقاً، فإننا سنتناول في هذا الفرع التسهيلات المصرفية المباشرة وهي التي يتم دفع قيمة التسهيل فيها لطالبه وبذلك سنتعرض لبيان مفهوم الإعتماد المالي (الجاري مدين) والقرض المصرفي :

¹ والي ، فتحي ، قانون التحكيم في النظرية والتطبيق ، ط1، منشأة المعارف الإسكندرية ، 2007 ، ص 14 .

² كيلاني، محمود ، الجوانب القانونية في عمليات البنوك، ط 1، عمان، 2006، ص21 ،

أولاً : الإعتدال المالي (الجاري مدين) .

إن مصطلح الإعتدال المالي¹ أو الإعتدال العادي أو الإعتدال غير المستندي² أو الإعتدال للسحب على المكشوف³ جميعها مصطلحات مختلفة ولكنها تفيد معنى واحد وهو فتح الإعتدال المالي (جاري مدين) المتعارف عليه على ارض الواقع، وقد نصت المادة (118) من قانون التجارة الأردني⁴ والمطبق في مناطق الضفة الغربية من فلسطين (1 . في عقود الإعتدال المالي يلتزم ففتح الإعتدال أن يضع بعض الأموال تحت تصرف المعتمد له فيحق له أن يتناولها دفعة واحدة أو دفعات متوالية بحسب احتياجه خلال ميعاد 2. إن ما يوفيه أو يرجعه المعتمد له في مدة العقد يضاف إلى المتبقي من المبلغ الموضوع تحت تصرفه مالم يكن هناك اتفاق مخالف) والتي تقابلها نص المادة (338) تجاري مصري .

وقد ورد تعريف الإعتدال المالي في قرار محكمة النقض المصرية الذي جاء فيه (فتح الإعتدال عقد بين البنك وعميل يتعهد فيه البنك بوضع مبلغ معين تحت تصرف العميل خلال مدة معينة مقابل إلتزامه بأداء العمولة المنفق عليها ولو لم يستخدم الإعتدال المفتوح لصالحه كما يلتزم برد المبالغ التي يسحبها من الإعتدال وفوائدها إذا اشترطت)⁵ .

يختلف عقد الإعتدال المالي عن القرض حيث إن القرض يفترض تسليم مبلغ من النقود إلى العميل لمرة واحدة يتم سداده على أقساط ضمن فترات زمنية آجلة وهذا ما سيأتي توضيحه لاحقاً ، لذلك يعتبر عقد فتح الإعتدال هو وعد بالقرض إذ أن البنك يقوم بإقراض النقود للعميل متى رغب ذلك في مدة معينة ويتحول هذا الوعد إلى قرض بات عندما يطلب العميل استعمال النقود الموضوعة تحت تصرفه⁶، وكما هو متعارف عليه

¹ وذلك وفقاً لما يسميه المشرع الأردني واللبناني والسوري.

² كما ورد في نص المادة (338) من قانون التجارة المصري.

³ وفقاً لما ورد في نص المادة 116 من القانون العراقي.

⁴ قانون التجارة الأردني رقم 12 لسنة 1966 المنشور في الجريدة الرسمية الأردنية في العدد 1910 بتاريخ 1966/03/30 .

⁵ قرارا نقض رقم 692 سنة 49 ق لسة 1983/3/238 س34 ع1 ص 825 والمشار إليه في كتاب عمليات البنوك لعبد الحميد الشواربي .

⁶ طه، مصطفى كمال طه، عمليات البنوك، الاسكندرية: دار الفكر العربي، 2005، ص77.

أن عقد القرض لا ينعقد إلا بالقبض فهو عقد عيني¹، بينما يعتبر عقد الإعتقاد منعقدا ولو قبل القبض فهو عقد رضائي .

1- خصائص الإعتقاد المالي:

- يعتبر الإعتقاد المالي عقد من عقود الأعمال المصرفية، وبالتالي يعد تجاري بحكم ماهيته وطبيعته بالنسبة للبنك فاتح الاعتماد، أما بالنسبة للمستفيد فإنه لا يكون تجارياً إلا بصفة تبعية أي إذا كان المعتمد له تاجراً ولغايات تجارية².
- إن عقد الإعتقاد المالي هو عقد ملزم لجانب واحد هو البنك أي أن البنك ملزم بإيجاد الإعتقاد ولكن العميل لا يلتزم باستعماله³، مع ملاحظة أن هذه الخاصية تعتبر حالة استثنائية كما يرى البعض⁴.
- عقد قائم على الإعتبار الشخصي وهذا ما أشار إليه المادة 119 من قانون التجارة الاردني ضمنا وليس صراحة بقولها "1- يجوز لفتح الإعتقاد أن ينقص العقد إذا أصبح المعتمد له غير مليء أو كان عديم الملاءة وقت التعاقد على غير علم من فاتح الاعتماد، 2- إذا وقع نقص هام في الضمانات العينية أو الشخصية التي قدمها المعتمد له حق لفتح الاعتماد أن يطلب ضمانه إضافية أو تخفيض مبلغ الإعتقاد حسب مقتضى الحال".
- يعتبر الإعتقاد المالي عقدا من عقود المعاوضة الملزمة للجانبين، حيث ان البنك ملزم بوضع بعض الأموال تحت تصرف العميل أو المعتمد له مقابل أن الأخير يلتزم برد ما يكون قد تناوله من هذه الأموال مضافاً إليها الفوائد وما يكون المصرف قد أنفقه من مصاريف لمصلحته.

- إثبات عقد الإعتقاد المالي: إن قانون التجارة الأردني لم يشترط الكتابة لإثباته بخلاف عقد الوديعة النقدية فيمكن إثبات الاعتماد المالي بمختلف وسائل الإثبات¹، يخضع للقواعد العامة في الإثبات وإنه في حال

¹ انظر المادة 639 القانون المدني الاردني.

² خيرى، محمد خيرى، و الامين، سمير الامين، الاعتمادات البنكية وخطاب الضمان، ط1، المركز القومي للاصدارات القانونية ، 2011، ص57 ، .

³ ياملكي، اكرم ياملكي، الاوراق التجارية والعمليات المصرفية، عمان: دار الثقافة، 2009، ص 310.

⁴ عوض، علي جمال الدين، عمليات البنوك من الوجهة القانونية، القاهرة، دار النهضة العربية، 1981، ص 476.

عدم الكتابة يتجه القضاء مؤيدا من الفقه إلى مد علاقة فتح الإعتماد لتستوعب الصور الخاصة بالتسهيلات أو كشف الحساب على نحو من شأنه خلق اعتقاد لدى العميل بوجود مثل هذا الاعتماد².

2- آثار عقد الإعتماد المالي :

أولاً بالنسبة للعميل: له أن يستخدم الإعتماد وهو خيار متروك له فله أن يستعمله إن شاء وهذا ما نصت عليه المادة 118 من قانون التجارة الاردني سالفه الذكر³، كما يلتزم العميل برد مبلغ الاعتماد وعلى المصرف أن يقبل الرد الجزئي وفرض عمولة على الجزء المتبقي مع حقه بالتعويض، كما يلتزم العميل بدفع الفائدة والتي تحسب على المبلغ المستخدم فقط كما يستحق البنك عمولة بمجرد إبرام العقد⁴.

ثانياً بالنسبة للمصرف: تتمثل آثار الاعتماد المالي بالنسبة للمصرف بالتزام المصرف بتهيئة مبلغ الاعتماد المتفق عليه ليتم إستغلاله من قبل العميل وبالقدر الذي يريده وخلال المدة المتفق عليها والمحدده من تاريخ إبرام العقد وطيلة مدة سريانه والأصل أن يلتزم المصرف بعدم مطالبة العميل بما تم سحبه من الرصيد قبل حلول الأجل إلا في الحالات التي نص عليها القانون⁵.

ثانياً: القرض المصرفي :

تعتبر القروض من أهم أوجه استثمار الموارد المالية للبنك، فهي تمثل الجانب الأكبر من الأصول، كما يمثل العائد المتولد عنها الجانب الأكبر من الإيرادات ، ونظرا للأهمية التي تحتلها القروض على مستوى نشاطات الأفراد والمؤسسات، أصبح من الضروري أن يولي المسؤولون في البنك عناية خاصة بالقرروض من خلال وضع سياسة ملائمة تضمن سلامتها .

¹ موسى، طالب حسن ، الاوراق التجارية والعمليات المصرفية ، عمان: دار الثقافة ، 1981 ، ص 230.

² الشواربي، عبد الحميد ، عمليات البنوك في ضوء الفقه والقضاء والتشريع الاسكندرية 2001، ص129.

³ بعكس القانون العراقي حيث اشار الى عدم احقية المعتمد له في سحب ما يكون قد رده الى المصرف قبل انتهاء مدة الاعتماد .

⁴ . عوض، علي جمال الدين ، عمليات البنوك من الوجهة القانونية، مرجع سابق، ص 329.

⁵ في حال اصبح بالعميل غير مليء واذا وقع نقص هام في الضمانات العينية او الشخصية التي قدمها العميل وفي حال وفاة العميل .

يعد القرض المصرفي من أقدم وأبسط صور الإعتماد المصرفي¹، ويقصد بعقد الإقراض هو أن يدفع البنك فعلياً مبلغاً نقدياً للعميل أو لشخص يعينه هذا العميل، ويقصد بدفع المبلغ هو أن يضع البنك هذا المبلغ تحت أمر العميل بحيث يمكنه التصرف فيه بلا شرط بحيث يكون للعميل الحرية الكاملة بإستعمال هذه المبالغ التي إقترضها في الغاية التي يراها ويكون للقرض أجل معيناً يتسوجب وفائه به ولا يجوز للبنك المطالبة به قبل حلول أجله².

ويتميز عقد القرض عن الاعتماد المالي بأن العميل بالقرض يلزم بكامل الفوائد عند استلام كامل قيمة القرض نقداً او بالايدياع في الحساب كما أنه إذا سدد جزءاً منه لا يجوز له ان يسترده بينما في الاعتماد المالي يتعهد البنك بوضع مبلغ معين تحت تصرف العميل يسحب منه متى شاء وفقاً لحاجته³.

وقد ورد تعريف القرض في المادة (636) من القانون المدني الأردني والذي جاء فيها (القرض تمليك مال أو شيء مثلي آخر على أن يرد مثله قدرأً ونوعاً وصفة إلى المقرض عند نهاية مدة القرض) وقد ورد في في الفقرة (1) من نص المادة (637) من ذات القانون (يتوقف تمام عقد القرص على قبض المال أو الشيء المستقرض مثله)⁴.

كما وقد ورد في المادة (686) من مرشد الحيران تعريفاً للقرض بأنه (القرض هو أن يدفع شخص لآخر عيناً معلومة من الأعيان المثلية التي تستهلك بالإنقاع بها ليرد مثلها)⁵.

وكذلك جاء في القانون المدني المصري⁶ حيث نص المادة 538 " عقد القرض يلتزم به المقرض أن ينقل إلى المقرض ملكية مبلغ من النقود ، على أن يرد إليه المقرض عند نهاية القرض شيئاً مثله في مقداره

¹ طه، مصطفى كمال طه، عمليات البنوك، مرجع سابق، ص73.

² عوض، علي جمال الدين عوض، عمليات البنوك من الوجهة القانونية، مرجع سابق، ص465.

³ عوض، علي جمال الدين عوض، عمليات البنوك من الوجهة القانونية، مرجع سابق، ص430.

⁴ القانون المدني الأردني رقم 43 لسنة 1976 والمنشور في الجريدة الرسمية بتاريخ 1976/01/01 .

⁵ باشا ، محمد قدري ، مرشد الحيران إلى معرفة أحوال الناس ، نظارة المعارف العمومية ط2، القاهرة 1891 ، ص112 .

⁶ القانون المدني المصري رقم 131 لسنة 1948 المنشور في الجريدة الرسمية بتاريخ 1948/07/29 .

ونوعه وصفته " ، إلا أنه لم يرد تعريف دقيق وواضح في ظل قانون التجارة الأردني لسنة 1966 الساري في فلسطين .

يكون للقرض عادة أجل يتفق عليه ومقرر لمصلحة الطرفين ويسقط هذا الأجل متى وقع سبب مما يسقط الأجل طبقاً للقواعد العامة، وكما هو المتعارف عليه أن الأصل عدم تجدد القرض أي أنه في صورة القرض هذه متى احتصل العميل المقترض على المبلغ المتفق على اقتراضه فقد استنفذ حقه إلا أنه استثناءً على ذلك فقد يكون هناك اتفاقاً بين الطرفين على أن يتم تجدد القرض ، أي بمعنى أن يكون للمقترض أن يرد ما اقترضه أو بعضه على أن يكون له متى شاء خلال مدة معينة وأن يعود فيطلبه من المقترض¹.

أما بخصوص طبيعة القرض المصرفي من الناحية القانونية، فهناك اتجاهين الأول يعتبر القرض تجارياً دائماً بالنسبة للبنك بوصفه من عمليات البنوك أما بالنسبة للعميل المقترض فيكون مدنياً أو تجارياً بحسب صفة المقترض والغرض الذي يخصص له القرض، أما الإتجاه الآخر يعتبر القروض التي تعقدها البنوك في نطاق نشاطها المعتاد عملاً تجارياً مهماً كانت صفة المقترض وأياً كان الغرض الذي خصص له القرض²، وفي جميع الأحوال إن عقد القرض الذي يبرمه البنك لا تقتضيه فيه نية التبرع ، كما هو الشأن في عقد القرض المدني³.

بالحديث عن صور القرض فإن هناك اتفاقاً بين العميل والبنك على أن يكون الحساب مكشوف بين الطرفين وفي هذه الحالة يعتبر العميل مدنياً للبنك ويسكت البنك بدوره عن هذا المركز، وله أن يطلب من عميله أن يدفع في الحساب ما يغطي مركزه، وقد يكون هناك اتفاق ضمني على ترك الحساب مكشوفاً فيعتبر ذلك اتفاقاً على القرض، وقد يكون القرض عبارة عن مبلغ مالي يقوم البنك بتسليم للعميل النقود، وقد يكون بإيداعه في حساب العميل، وقد يتم الاتفاق على أن ينفذ القرض في حساب جارٍ⁴.

¹ عوض، علي جمال الدين، عمليات البنوك، مرجع سابق، ص467.

² اخذت محكمة النقض المصرية بهذا الاتجاه اقتناعاً منها بوجهة نظر الدائرة الفرنسية ، نقض مدني 27 يوليو 1963 مجموعة احكام النقض .

³ الشواربي، عبد الحميد ، عمليات البنوك، مرجع سابق، ص132.

⁴ علي جمال الدين عوض ، عمليات البنوك من الزهة القانونية ، مرجع سابق ، ص 468 .

أما بخصوص الفائدة على القرض فمنها ما يكون متفقاً عليها وتسمى هنا بالفائدة الإتفاقية وهنا يحق للدائن أي البنك صلاحية المطالبة بشيء منها نظير استخدام القرض ، وخلاف ذلك أي في حال عدم الاتفاق فلا يكون للدائن الحق في المطالبة بها علماً أن هذه امرأ نادراً في القروض التي تعقدها البنوك، وهناك ما يدعى بالفائدة التأخيرية وهذه تكون في حالة تأخر المدين في رد القرض في موعده ¹ .

الفرع الثاني: التسهيلات المصرفية غير المباشرة :

سنتناول في هذا الفرع شرحاً عن التسهيلات المصرفية غير المباشرة والتي يقصد بها الاعتمادات المستندية وخطابات الضمان ووفقاً لما بينا في مقدمة هذا المطلب بأن المقصود بالتسهيلات المصرفية غير المباشرة هي تلك التسهيلات التي تدفع لطرف ثالث يعينه العميل طالب هذه التسهيلات وذلك بتحقيق شروط معينه يتم الاتفاق عليها بين العميل طالب هذه التسهيلات والمصرف بحيث يتمتع المصرف عن دفع مبلغ هذه التسهيلات إلا بتحقيق هذه الشروط .

أولاً : الإعتماد المستندي

لم يتعرض قانون التجارة الأردني لتعريف الإعتماد المستندي بشكل واضح وصريح إلا في سياق ما ورد في سياق المادة (121) والتي جاء فيها (إذا خصص الاعتماد المصرفي وفاء لمصلحة الغير وأيد المصرف هذا الإعتماد لمستحقه فلا يجوز بعد ذلك الرجوع عنه أو تعديله بدون رضاء ذلك الغير، ويصبح المصرف ملزماً اذائه مباشرة ونهائياً بقبول الأوراق والإيفاءات المقصودة، وجاء في الفقرة الثانية من ذات المادة " ويحق للمصرف أن يسترد المبالغ التي دفعها أو المصاريف التي أنفقها لإنقاذ ما أوكل به مع الفائدة القانونية إن لم يكن إتفاق ابتداء من يوم الدفع."

يستفاد من نص المادة سالفة الذكر والتي لم تنص صراحة على مدلول الاعتماد المستندي إلا أنه من الممكن الإستشفاف من مضمونها بأن الاعتماد المستندي هو عقد يتعهد المصرف فاتح الإعتماد بموجبه بفتح

¹ علي جمال الدين عوض ، عمليات البنوك من الزهة القانونية ، مرجع سابق ، ص 475 .

الاعتماد بناء على طلب الأمر بفتح الإعتماد لصالح شخص آخر هو المستفيد بضمان مستندات تمثل بضاعة معدة للنقل أو منقولة¹.

1- إبرام عقد الإعتماد المستندي :

يتم تقديم الطلب بالعادة من قبل المستورد الأمر بفتح الإعتماد إلى البنك ويسمى هذا الإيجاب بالتعبير البنكي بطلب فتح الإعتماد، وتوجد لدى البنوك نماذج مطبوعة لهذه الطلبات وتحتوي إستمارة الطلب على بيانات المستورد طالب فتح الإعتماد وبيانات المستفيد من الإعتماد مع تحديد قيمة الإعتماد وتحديد المستندات المستوجب توفرها كشرط لدفع قيمة الإعتماد².

وتبدو أهمية الاعتماد المستندي بالدور الذي يلعبه في مجال التجارة الدولية خصوصاً عندما يتم تمويل هذه التجارة بواسطة البنوك، كون أن الاعتماد المستندي يعد وسيلة نموذجية في تسوية العلاقات فيما بين أطراف عقود التجارة الدولية³، كما أن أهمية التعامل بأسلوب تسوية الدفعات وتصفية المعاملات الدولية عن طريق الاعتماد المستندي تظهر بالفوائد التي تعود على البائع والمشتري عندما لا تعالج القواعد القانونية المكتوبة العلاقة فيما بينهما بشكل كاف ، كما تبرز أهميته كعملية من العمليات المصرفية المسهلة لتنفيذ عقود الاستيراد والتصدير⁴.

وفي إطار بيان الطبيعة القانونية لعقد الاعتماد المستندي فهو يعتبر من العقود الرضائية وذلك لإنعقاده بتطابق إرادتي طرفيه ، وكذلك يعتبر أيضاً من عقود المعاوضة الملزمة للأطراف بحيث يلتزم البنك بفتح الإعتماد والتحقق من المستندات وتحويل القيمة ويلتزم فاتح الاعتماد من طرفه بدفع مبلغ الاعتماد المستندي المدفوع للبنك كما يعتبر الاعتماد المستندي عمل مصرفي تجاري بحكم ماهيته الذاتية بالنسبة للمصرف فاتح الاعتماد⁵. ونرى أنه يعتبر كذلك عملاً تجارياً في غالب الأحيان بالنسبة لطالب فتح الاعتماد المستندي لكون

¹ موسى طالب حسن، الاوراق التجارية والعمليات المصرفية، ط1، عمان : دار الثقافة ، عمان، 1432-2011، ص290.

² موسى طالب حسن ، الأوراق التارية والعمليات المصرفية ، المرجع السابق ص 291 .

³ الكيلاني، محمود ، الجوانب القانونية في عمليات البنوك ، مرجع سابق، ص196.

⁴ ياملكي، اكرم، الاوراق التجارية والعمليات المصرفية ، مرجع سابق ، ص317.

⁵ ياملكي، اكرم ، المرجع السابق، ص 317.

ينبثق عن عملية تجارية أساسية بين المصرف والمستورد و نرى أيضاً أن عقد الاعتماد المستندي من العقود المسماة لا سيما أنه يستقل عن باقي العقود المتضمنة للعلاقات المرتبطة بالإعتماد المستندي وخاصة علاقة طالب فتح الإعتماد مع المصدر المستفيد من الإعتماد .

2- أنواع الإعتمادات المستندية:

أ : الإعتماد القابل للإلغاء والإعتماد غير القابل للإلغاء: يقصد بالإعتماد القابل للإلغاء هو الإعتماد الذي يجيز للمصرف فاتح الإعتماد أن يعدل أو يلغي أو يرجع عن الإعتماد¹، في حين أن الإعتماد الغير قابل للإلغاء مرده أن أطرافه لا يستطيعون إلغاء أو تعديل شروطه دون موافقتهم جميعاً²، إن مثل هذا الإعتماد يستوجب أن يقدم طالب فتح الإعتماد ضمانه أكيدة للمستفيد تحسباً لمخاطر سوء النية المحتملة و مخاطر إشهار إفلاسه بحيث يلتزم المصرف تجاه المستفيد في كل الإحتمالات³.

ب: الإعتماد المعزز أو المثبت والإعتماد غير المعزز أو غير المثبت: الإعتماد المعزز هو الإعتماد البات الذي يؤيده مصرف آخر فيلتزم بدوره مباشرة تجاه المستفيد فلا يكون أحد المصرفين مجرد وسيط أو ساع للبريد بين الأمر بفتح الإعتماد وبين المستفيد منه فهذا الإعتماد المثبت لا يمكن إلا أن يكون اعتماداً باتاً غير قابل للرجوع فيه، وهذا النوع من الإعتمادات هو أكثر أنواع الإعتمادات اكتمالاً من ناحية توافر عوامل الضمان والثقة والسيولة بالنسبة للمستفيد وهناك ميزة أخرى تحققها الإعتمادات المؤيدة تجعل المستفيد حريصاً على تنفيذ عملياته التجارية في إطارها ألا وهي الحالات التي يحدث فيها نزاع أو خلاف قضائي بشأن تنفيذ شروط الإعتماد ففي هذه الحالة يتم التقاضي في محاكم بلاده ووفق القوانين التي ينظمها القضاء الوطني الأمر الذي يجعله أكثر قدرة على إدارة نزاعه والوقوف على نتائجه أولاً بأول⁴.

¹ ياملكي، اكرم، المرجع السابق ص 320

² الكيلاني، محمود، المرجع السابق ص 212

³ موسى، طالب حسن ، المرجع السابق ، ص 242.

⁴ الشواربي، عبد الحميد الشواربي، عمليات البنوك، مرجع سابق، 181.

ج: الإعتداف القابل للتحويل والإعتداف غير القابل للتحويل: يكون الإعتداف قابلاً للتحويل إذا كان يحق للمستفيد منه التنازل عنه كلياً أو جزئياً إلى مستفيد آخر أو أكثر علماً أن التحويل فقط يكون لمرة واحدة أما إذا لم يكن المستفيد من الإعتداف مخولاً بالتنازل عنه عندئذ يسمى إعتدافاً مستندياً غير قابل للتحويل .

3- آثار الإعتداف المستندي :

أ- بالنسبة للمصرف فاتح الإعتداف: حيث يلتزم بالبداية بفتح الإعتداف المستندي لمصلحة المستفيد الذي تم تعيينه من قبل الأمر بفتحه ووفقاً للشروط المتفق عليها، و يلتزم المصرف بإصدار خطاب الإعتداف المستندي لتبليغه إلى المستفيد من الإعتداف¹ ، كما يلتزم المصرف بالإبقاء على الإعتداف مفتوحاً طيلة مدة الإعتداف وهذا في حال كان الإعتداف غير قابل للنقض ويتسلم المصرف المستندات الذي يقوم بدوره بفحصها و مطابقتها مطابقة ظاهرية لشروط الإعتداف ليتم بعد ذلك دفع قيمة الإعتداف للمستفيد منه بعد التحقق من مطابقة المستندات وخلافاً لذلك و في حال عدم المطابقة يقوم البنك بإعادة تلك المستندات للمستفيد وإخطار طالب فتح الإعتداف بذلك كما يحق للمصرف وفي حال المطابقة تزويد عميله بالمستندات ومطالبته بقيمة ما تم دفعه للمستفيد من الإعتداف² .

ب- بالنسبة للعميل الأمر بفتح الإعتداف: يلتزم الأمر بفتح الإعتداف المستندي برد المبلغ الذي دفعه للمستفيد إضافة إلى المبالغ التي أنفقها المصرف لتنفيذ الإعتداف ويلتزم أيضاً بدفع العمولة التي يستحقها للمصرف بمجرد فتح الإعتداف حتى وإن لم يتم الإعتداف شريطة أن لا يكون ذلك بسبب خطأ من المصرف³ نصت المادة 282 من قانون التجاري العراقي (إذا لم يدفع الأمر بفتح الإعتداف المستندي قيمة مستندات الشحن المطابقة لشروط فتح الإعتداف خلال ستة أشهر من تاريخ تبليغ الأمر بوصول تلك المستندات فللمصرف بيع البضاعة بالمزاد العلني بعد تبليغ الأمر بموعد البيع ومحلّه)، ويستفاد من نص المادة بأن الأمر بفتح الإعتداف عليه أن يرد المبلغ الذي قام بدفعه المصرف للمستفيد وحيث حدد المشرع العراقي مده محددة وهي 6 شهور من تاريخ تبليغ الأمر فيكون نوع من الجزاء قيام المصرف ببيع البضاعة في المزاد العلني جراء المخالفة

¹ موسى، طالب حسن، الأوراق التجارية والعمليات المصرفية، مرجع سابق، ص249.

² ياملكي ، أكرم ، الأوراق التجارية والعمليات المصرفية ، مرجع سابق ، ص323 .

³ الشماع ، فائق محمد ، الحساب المصرفي ، دار الثقافة ، ط1 ، عمان 2003 ، ص406.

المرتكبة من قبل الأمر بفتح الاعتماد ، كما يلتزم الأمر تجاه المصرف بدفع كافة النفقات والمصاريف التي تكبدها المصرف نتيجة تنفيذ طلب الإعتدأ، بالإضافة إلى دفع العمولة التي يستحقها المصرف من مجرد فتح الإعتدأ¹ .

ج- بالنسبة للمستفيد من الإعتدأ: يلتزم المستفيد بتقديم كافة المستندات المطلوبة منه المطابقة لشروط الإعتدأ إلى المصرف خلال المدة المحددة وأهم هذه المستندات هي سند أو وثيقة الشحن الخاصة بالبضاعة المباعة من قبله إلى المشتري ووثيقة بوليصة التأمين عليها والفاخرة² هذا فيما يتعلق بالمستندات الإلجبارية بحيث من الممكن أن يتم إشتراط مستندات أخرى إختيارية مثل شهادة المعاينة أو الشهادة الصحية وغيرها من المستندات التي تضمن وصول البضاعة بالمواصفات المطلوبة والوقت المحدد .

ثانياً : خطاب الضمان :

تحتل خطابات الضمان في نطاق عمليات البنوك مجالاً واسعاً وتعد أحد صور الضمان المصرفي التي انشأها العرف كبديل للتأمين النقدي³، وتسمية بعض البنوك بخطاب التعهد⁴، كما تعد صورة من صور الضمان المصرفي التي انشأها العرف التجاري لمواجهة حاجيات المعاملات التجارية⁵، كما أن خطابات الضمان لا تعتبر من قبيل الأوراق التجارية ولا تخضع لأحكام الأوراق التجارية لعدم قابليتها للتداول بالطرق التجارية⁶ كما سنرى لاحقاً.

تعريف خطاب الضمان: استعمل لفظ الكفالة المصرفية للدلالة على مضمون خطاب الضمان⁷، ويمكن تعريفه أنه تعهد مكتوب يصدر من البنك بناءً على طلب شخص يسمى الأمر بدفع مبلغ معين أو قابل للتعين

¹ فاعور، مازن عبد العزيز، الإعتدأ المستندي والتجارة الإلكترونية في ظل القواعد والاعراف الدولية، ط1، 2006، بيروت: منشورات الحلبي الحقوقية، ص175.

² الكيلاني، محمود، الجوانب القانونية في عمليات البنوك ، مرجع سابق، ص 251.

³ الشواربي، عبد الحميد الشواربي، مرجع سابق، ص 268،

⁴ موسى، طالب حسن موسى، الأوراق والعمليات المصرفية، مرجع سابق، ص240. .

⁵ طه، مصطفى كمال طه، عمليات البنوك، مرجع سابق ص 81.

⁶ طه، مصطفى كمال طه، عمليات البنوك، المرجع السابق ص 83.

⁷ الكيلاني، محمود الكيلاني، الجوانب القانونية في عمليات البنوك، مرجع سابق، ص 358.

لشخص آخر يسمى المستفيد إذا طلب منه المستفيد ذلك خلال المدة المعينة في الخطاب ودون اعتداد بأية معارضة¹.

1- خصائص خطاب الضمان:

أ- خطاب الضمان تعهد بدفع مبلغ معين أو قابل للتعين من النقود، ومفاد ذلك أن المصرف لا يتعهد قبل المستفيد بتنفيذ التزامات العميل الآخر أو دفع دينه في حالة إخلاله بالتزاماته وإنما يلتزم فقط بدفع مبلغ محدد من النقود إلى المستفيد، هذا المبلغ قد يكون معيناً منذ لحظة إصدار الخطاب².

ب- هو تعهد غير قائم أو معلق على شرط فلا يجوز للبنك أن يرفض الأداء للمستفيد لسبب يرجع لعلاقة البنك مع الأمر أو علاقة الأمر مع المستفيد، وهذا ما يسمى شرط الكفاية الذاتية، فيجب تنفيذ الخطاب دون الرجوع إلى واقعة خارجة عنه بحيث يكون كاف بذاته³، ولكن استثناء على هذا المبدأ هناك بعض خطابات الضمان تكون مشروطة، أي أن البنك يكون ملتزماً بدفع القيمة معلقاً على تحقق شرط معين تجعله تابعاً لإلتزام العميل المضمون تجاه المستفيد ومرتبطة بالعقد الذي كان سبباً في إصدار خطاب الضمان وهذه الخطابات ليست خطابات ضمان بالمعنى الدقيق بل هي تعد من قبيل الكفالة التي يسري عليها ماورد في القانون المدني⁴.

ت- خطاب الضمان تعهد لمدة معينة: إذ ينتهي هذا التعهد بانتهاء هذه المدة أي يسقط إلتزام المصرف وتبرأ ذمته تجاه المستفيد، علماً بأن المصارف سابقاً لم تكن تقوم بتمديد مدة الخطاب إلا بناءً على موافقة الأمر مما كان سبباً في قيام النزاعات، إلى أن تم معالجة الموضوع بوضع صيغة ضمن الخطاب بإعطاء الحق للمستفيد أن يطلب من البنك مباشرة في تمديده ويلزم البنك في هذه الحالة بأن يمدد دون الرجوع إلى الأمر⁵.

¹ هذا التعريف نصت عليه المادة 355 من قانون التجارة المصري رقم 17 لسنة 1999 المنشور بالعدد 19 بتاريخ 1999/5/17.

² د. عوض، علي جمال الدين، عمليات البنوك من الوجهة القانونية، مرجع سابق ص58.

³ موسى، طالب حسن موسى، أوراق التجارية والعمليات المصرفية، مرجع سابق، ص292.

⁴ قرار استئنائي 12 نوفمبر 1962 المجموعة الرسمية لأحكام المحاكم ص60، 1026، مشار إليه في مرجع مصطفى كمال طه، عمليات البنوك.

⁵ موسى، طالب حسن موسى، الأوراق التجارية والعمليات المصرفية، مرجع سابق، ص 292.

ث- **خطاب الضمان تعهد لضمان غرض محدد:** إن خطاب الضمان يصدر من أجل ضمان حق للمستفيد تجاه العميل الأمر الذي ينشأ من علاقة تربطهما، فخطاب الضمان يهدف إلى ضمان غرض محدد، لذا فإن التزام المصرف يكون محدداً بهذا الغرض، ولا يمكن أن يستعمل خطاب الضمان لضمان ديون أخرى تربط بين العميل والمستفيد خارج إطار الغرض المحدد في خطاب الضمان¹.

ج- **خطاب الضمان تعهد قائم على الإعتبار الشخصي،** هو تعهد يصدر من المصرف لمصلحة شخص معين بالذات بناءً على أمر صادر من عميل المصرف، فخطاب الضمان يتسم بطابع شخصي بالنسبة لأطرافه، بناءً على ذلك فإن الحق الناشئ للمستفيد بموجب خطاب الضمان يعتبر حقاً غير قابل للتداول والانتقال عن طريق التنازل للغير أو الحوالة²، كما أن الإعتبار الشخصي يتحقق أيضاً ومن باب أولى بالنسبة للعميل الأمر، فالمصرف أصدر خطاب الضمان للعميل الأمر بالنظر لثقتة به ولما يتمتع به من سمعة مالية، لذا فإن شخصية العميل محل إعتبار لدى المصرف عند إصداره خطاب الضمان، لذا لا يمكن للعميل التنازل عن خطاب الضمان إذا تنازل عن القيام بالمشروع الذي يضمنه خطاب الضمان لشخص آخر، لأن المصرف قد لا يرغب في ضمان هذا الأخير³.

2- آثار خطاب الضمان :

أ- **بالنسبة للمصرف مصدر خطاب الضمان:** إن البنك يستفيد من إصدار هذه الخطابات حيث إنه يتقاضى عمولة من عميله جراء إصدار هذا الخطاب، وتتناسب قيمة العمولة مع قيمة الضمان وأجله ونوع المشروع المطلوب تقديم خطاب الضمان لأجله⁴، كما تتحدد علاقة بين العميل الأمر والبنك تبدأ بطلب يقدمه العميل إلى البنك لإصدار الخطاب لصالح المسنفيد وبصدور خطاب الضمان يصبح البنك دائناً للعميل الأمر بقيمة الضمان⁵، كما يحق للبنك مصدر خطاب الضمان أن يطلب من العميل الأمر تقديم كفالة

¹ موسى، طالب حسن موسى، الاوراق التجارية والعمليات المصرفية، مرجع سابق، ص293.

² وهذا ما تنص عليه صراحة المادة 416 من قانون المعاملات التجارية الإماراتي التي تقضي بأنه ((لا يجوز للمستفيد التنازل للغير عن حقه الناشئ عن خطاب الضمان إلا بموافقة المصرف.

³ عوض، علي جمال الدين عوض، عمليات البنوك، مرجع سابق، ص66.

⁴، الشورابي، عبد الحميد، عمليات البنوك، مرجع سابق، ص371.

⁵ طه، مصطفى كمال طه، عمليات البنوك، ص82.

شخصية أو عينية لتغطية خطاب الضمان، وفي حال خسارة العملية أو المشروع الذي لأجله تم إصدار خطاب الضمان لا يتحمل البنك أية مسؤولية إذا قام بدفع قيمة الكفالة بحيث يحتفظ البنك عادة بغطاء ويأخذ على العميل تعهدات تضمن له السداد ورجوعه على العميل علماً أن جميع أموال العميل الأمر تكون ضامنةً للوفاء¹.

ب- بالنسبة للعميل الأمر بإصدار خطاب الضمان: مقابل إصدار خطاب الضمان من قبل البنك فإن العميل يلتزم برد المبلغ المتفق عليه في خطاب الضمان الذي قام البنك بالوفاء به للمستفيد بمقتضى هذا الخطاب، وما يقوم العميل بدفعه للبنك لتغطية خطاب الضمان إنما هو تنفيذ وتأمين للعلاقة القائمة بين العميل الأمر وبين البنك²، بالإضافة إلى أن أساس الإلتزام برد المبلغ الذي قام بدفعه المصرف للمستفيد هو عقد الإعتماد بالضمان المبرم بين البنك والعميل وليس خطاب الضمان الذي يصدره البنك³.

ت- بالنسبة للمستفيد من خطاب الضمان : إن الخطاب ينشأ تجاه المستفيد بالإرادة المنفردة للبنك ولا يحتاج إلى قبول المستفيد، ويحق للمستفيد أن يطالب البنك بدفع مبلغ الضمان إليه خلال المدة المحددة ولغايات الغرض المحدد ولا يجوز للمستفيد أن يتنازل عن حقه للغير إلاّ بموافقة المصرف، وإذا دفع البنك المبلغ للمستفيد يكون له الحق بالرجوع على العميل الأمر بمقدار المبلغ المدفوع والفائدة من تاريخ دفعه⁴.

¹ الشواربي، عبد الحميد الشواربي، عمليات البنوك، مرجع سابق ص367.

² نقض مدني مصري، 14 مارس 1972، مجموعة النقض س23، ص401، المشار إليه في كتاب عبد الحميد الشواربي ، ص 407 .

³ محمد خيرى و سمير الامين، الاعتمادات البنكية وخطابات الضمان، مرجع سابق، ص 92.

⁴ المادة 360 من قانون المدني المصري.

المبحث الثاني : قابلية منازعات التسهيلات المصرفية للتحكيم

إن المؤسسات المصرفية تقوم بالكثير من العمليات المصرفية لا سيما عمليات الإئتمان والتي تسهم في دفع عجلة الاقتصاد القومي نحو التقدم والنمو كعمليات فتح الاعتماد المستندي وخطاب الضمانالخ، و لا شك أن تلك العمليات المصرفية ينشأ عنها العديد من المنازعات، تلك المنازعات تحتاج إلى سرعة ووقت وجهد قصير الأمد لحلها، وهذا بخلاف التوجه بالمنازعة للقضاء لما يتسم ببطء الإجراءات وطول أمدها وهذا لا يتماشى مع مجارة خصوصية العمل المصرفي، حيث يكشف الواقع العملي عن وجود صعوبات جمة قد تواجه القضاء في تسوية المنازعات المصرفية، ولا شك أن عامل الوقت يؤثر على جميع أطراف المنازعة المصرفية فتأخير الفصل في الدعوى يؤدي إلى خسائر لكلا الطرفين .

يمكن القول أنه ليس هناك تعريف واضح ومحدد لمفهوم المنازعة المصرفية ولكن يمكن تعريفها بأنها (تلك المنازعة التي نشأت من جراء عمل مصرفي معين يكون المصرف فيها طرفا في النزاع، ويتم إحالة هذا النزاع إلى إشخاص أو مؤسسة أو هيئة للعمل على حل هذه الإشكالية أو النزاع القائم)، و لقد شهد الإقتصاد بسبب تسارع الحياة اليومية كم هائل من التبادلات التجارية والمعاملات المالية والمصرفية والتي أدت لظهور المنازعات والخلافات بين الأطراف المتعاملين في هذه العقود مع ادارات المؤسسات المالية المصرفية، حيث أن تلك القضايا ذات الصفة المصرفية والتي تنشأ من ممارسة المصرف لأعماله المصرفية التقليدية كفتح الحسابات بأنواعها وتلقي الودائع وإصدار خطابات الضمان وفتح الإعتمادات المستندية وتقديم القروض بأنواعها وغيرها، حيث تنشأ عن تلك العمليات عدة منازعات سواء كانت بين المصرف والعميل أو بين المصارف التي تتعاون لتنفيذ إحدى العمليات المصرفية وهذه المنازعات قد تؤدي لطلب اتخاذ اجراءات وقتية مثلا ضد المصرف أو ضد العميل بالإضافة للفصل في الموضوع النزاع ويمكن أن يظهر الإتفاق على التحكيم في الإتفاقيات المصرفية¹.

¹ امير، نجيب عبده احمد، مقال بعنوان التحكيم في المنازعات المصرفية ، المجلة القضائية ، تصدر عن وزارة العدل السعودية، ع3، 2013، ص24.

المطلب الأول : المعوقات التي تواجه المنازعات المصرفية أمام القضاء

تمثل الإجراءات القضائية التي ينص عليها القانون عائقاً للفصل في المنازعات المصرفية بشكل عام مما يطيل أمد الفصل بها، وذلك لأن الإجراءات القانونية عندما تم تشريعها وضعت لعموم الجمهور، و بذلك فقد أخذت كافة اعتبارات الحيطة لعدم إيجاد أية ثغرات من الممكن أن تخل بسير العملية القضائية لذا سنتناول أهم المعوقات العملية والتقنية التي تعيق نظر المنازعات في التسهيلات المصرفية .

الفرع الأول: المعوقات العملية التي تواجه القضاء في نظر المنازعة المصرفية

1- بطئ إجراءات التقاضي في القضاء العادي : وهذا يؤدي بدوره إلى استطالة أمد النزاع نتيجة لتعدد درجات التقاضي حيث يتطلب المزيد من الوقت لغايات اتمام الاجراءات حيث أن القضاء غير متفرغين للنظر في قضية واحدة إلا أن طبيعة النزاعات المصرفية تستدعي السرعة في بت النزاع فيها كون أن طبيعة العمليات المصرفية التي بسببها نشأ النزاع¹، تعمل على مجارة التطور الاقتصادي والسرعة المطلوبة فيه، لذلك تعتبر المؤسسات المصرفية اللجوء إلى القضاء هو الملاذ الأخير في حال عدم التوصل إلى أي حلول لتلك المنازعات ومن هنا يمكن القول إن القضاء يفتقر أحد أهم أسباب تحقيق العدالة وهو السرعة في تسوية المنازعات المصرفية لا سيما أن القضاء تتعدد به درات التقاضي مما يتيح المجال للطعن بالأحكام وتقديم الاعتراضات والإشكالات².

2- شكلية العمل القضائي المتمثل بالعلانية : حيث إنه من مبدأ العدالة امام القضاء أن تتم جلسات المحكمة علانية وليست سرية، وهذا يتنافى مع طبيعة المنازعات المصرفية حيث إن النزاع القائم فيها يكون بين طرفين سواء أكان بين مصرف ومصرف آخر أو بين مصرف وأحد عملائه التي بحكم طبيعة العلاقة بين الطرفين وقيام النزاع بينهما فيما بعد لا يوانتهم العمل القضائي من ناحية نظر النزاع علانية، ولا يمكن بوسعهم استبعاد

¹ السيد ، مصطفى البوسي ، المرجع السابق ، ص 42 .

² د . الماحي ، حسين ، المرجع السابق ص15 .

هذا المبدأ أمام القضاء نظراً لسرية العمليات المصرفية فيحرص المصرف والعميل على سرية المعاملات فيما بينهم ونظر النزاع القائم بينهما أمام القضاء يؤدي الى افشاء أسرار واتفاقات خاصة بينهما¹.

3- استهلاك في النفقات أمام القضاء: حيث إن اللجوء إلى القضاء يحتاج مبالغ طائلة من حيث الرسوم والمصاريف وتقديم الطلبات ونفقات الشهود، ومن ثم إن مجموع هذه النفقات والمصروفات المدفوعة في كافة المراحل القضائية سوف تجعل تكلفة النزاع ليست بالقليلة ولكون أن المؤسسات المصرفية أغلب المنازعات فيها قائمة على أساس المديونية، أي تلجأ لإستعادة ما لها من ديون لدى الغير فإنها تفضل عدم اللجوء إلى القضاء لما قد يرتب على ذلك خسائر تضاف إلى الخسائر التي تتعرض لها نتيجة هذا الدين².

4- مبدأ المعاملة بالمثل في تنفيذ الأحكام الأجنبية³: والمقصود بمبدأ معاملة المثل هو الخطة التي تتبعها محاكم الدول ازاء بعضها بمناسبة تنفيذ أحكام كل منها في بلاد أخرى، ومؤدى هذا المبدأ أن المحاكم الوطنية لبلد ما لا تقبل الأمر بتنفيذ الحكم الاجنبي إلاّ إذا كانت المحاكم الأجنبية التي أصدرت هذا الحكم تقبل تنفيذ الأحكام الصادرة من قبل محاكم هذه الدولة بذات القدر وبذات الحدود، وهذا ما أشار إليه قانون التنفيذ رقم (23) لسنة (2005)⁴ والتي نصت المادة (136) منه على أن الأحكام والقرارات والأوامر الصادرة في بلد أجنبي يجوز الأمر بتنفيذها في فلسطين بنفس الشروط المقررة في ذلك البلد لتنفيذ الأحكام والقرارات والأوامر الفلسطينية فيه، على ألا تتناقض مع القوانين الفلسطينية أو تلحق ضرراً بالمصلحة الوطنية العليا، ومفاد هذا النص أن من واجب القاضي أن يتحرى عند نظر الدعوى لتنفيذ الحكم الأجنبي من المعاملة التي يلقاها الحكم الفلسطيني في الدولة التي صدر فيها الحكم الأجنبي إذا ما طلب تنفيذ الحكم الفلسطيني فيها، وعلى هذا النحو يسمح للقاضي الفلسطيني بتنفيذ الحكم الأجنبي بذات القدر والشروط التي ينفذ بها الحكم الفلسطيني في الدولة الأجنبية، فالاحكام التي يفترض أن تصدر من قضاء الدولة لن يتم تنفيذها في خارج هذه الدولة التي صدر هذا الحكم عن محاكمها بطريقة مباشرة كما أن هذا المبدأ يقوم على فكرة سياسية

¹ السيد، احمد مصطفى الدبوسي، التحكيم في العمليات المصرفية ، مرجع سابق ، ص 251.

² الحسين، حسين شحاده، التحكيم في منازعات العمليات المصرفية، مرجع سابق، ص 175.

³ السيد، احمد مصطفى الدبوسي، التحكيم في تعاملات المصرفية، مرجع سابق، ص 47.

⁴ المادة 36 / 1 من قانون التنفيذ من قانون التنفيذ الفلسطيني رقم 23 لسنة 2005 المنشور في العدد 63 من الوقائع الفلسطينية بتاريخ 2006/04/27

يجب أن تكون بمنأى عن الروابط القانونية المتعلقة بخصوصية الأفراد¹، وتطبيق ذلك على المنازعة المصرفية لا يكون في صالح أحد أطراف المنازعة المصرفية على حساب الطرف الآخر إنما في تطبيق هذا المبدأ إضرار بالمصلحة الخاصة بهم جميعاً مما قد يدفع أطراف المنازعة المصرفية إلى تجنب اللجوء للقضاء

5- عدم وجود نصوص قانونية في القانون الوطني تلبي حاجات التجارة الدولية: إن العمليات المصرفية يحكمها نظام خاص داخلي، وتكون وفق نماذج خاصة يصدرها كل مصرف وتلزم العملاء بأن يتعاملوا على أساسها، وعند نشوء النزاع من المفترض أن يحكم هذا النزاع القانون الذي يحكم تلك المؤسسة المصرفية وبالعاده يكون القانون الوطني أو الداخلي الواجب التطبيق، فالقضاء لا يملك النظر في تلك النزاعات سوى تطبيق القانون الساري في داخل البلد التي يتواجد فيها المصرف وإذا حدث تعارض من حيث القانون الواجب التطبيق في حالة إذا كان النزاع يجب أن يخضع للقانون الأجنبي ولكن القضاء يجانب القانون الأجنبي ويحكم بتطبيق القانون الوطني لتعارض القانون الأجنبي مع نصوص المواد في القانون الوطني، هذا الأمر أصبح لا يتناسب مع تسوية المنازعات المصرفية خاصة بعد انتشار العمليات الإلكترونية، مما يحدو بالمتعاملين في مجال التجارة الدولية إلى طرح نزاعهم أمام القضاء الوطني، وهنا القاضي سيهتم أساساً بدقة وسلامة تطبيق القانون الداخلي مما يجعل بعض الأحكام الصادرة في هذا الصدد غير ملائمة ومناسبة لواقع النزاع².

الفرع الثاني: المعوقات الفنية التي تواجه القضاء في نظر المنازعة المصرفية

عندما نتحدث عن منازعة مصرفية يتنامى لذهننا أنها منازعة قانونية أي خلاف قانوني، إلا أن بعض المنازعات المصرفية تدور حول مسائل فنية وتقنية أحدثت إشكالية في تنفيذ العملية المصرفية، وهذه المسائل الفنية غالباً ما تكون معقدة لا يمكن للقضاء العادي أن يبت فيها مما يضطر القضاء للجوء إلى ما يسمى بالخبرة الفنية باستدعاء خبراء فنيين لتزويدهم بالرأي حول هذه المسائل، ومن أهم المعوقات الفنية التي من الصعوبة البت فيها أمام القضاء:

¹ المنزلاوي، صالح جاد، الاختصاص القضائي بالمنازعات الخاصة والاعتراف والتنفيذ الدولي للاحكام الاجنبية، دار الجامعة الجديدة 2008، ص 154

² الاهواني، هدى جمال الدين، النظام القانوني للتوفيق التجاري في منازعات التجارة الدولية، ط1، الاسكندرية دار الفكر الجامعي، 2005، ص 74.

1- **عدم وضوح مفهوم الفائدة المصرفية في قوانين كثير من الدول :** حيث إن الفائدة المصرفية هي التكلفة المادية الدورية التي يتم اقتطاعها كبديل عن الإلتئاع من العمليات المصرفية كما أن العديد من القوانين الوطنية في عدة دول لم تبحث موضوع الفائدة المصرفية، بل الكثير منها لم يتطرق إلى مفهومها ولم يعالجها بالشكل الصحيح، وهذا ما يتنافى مع القواعد والمبادئ التي تدير على هداها العملية المصرفية حيث إن العديد من المنازعات المصرفية حول الفائدة المصرفية يكون السبب الرئيسي فيها هو عدم وجود نص محدد في القانون يلتزم القضاء بالحكم فيه من حيث سعر الفائدة المصرفية ونسبتها ونسبة اقتطاعها مما استدعى تلك المؤسسات المصرفية لأن تلجأ لغير القضاء العادي لحل هذا المنازعات سيما أنه قد صدرت أحكام من القضاء متناقضة بعض الشيء بخصوص الفائدة المصرفية لعدم وجود مبدأ موحد بخصوص الفائدة المصرفية ، فإن الإختلاف بالأحكام القائية الصادرة في مفا الفائدة المحتسبة مسألة تقلق المصارف والعملاء لعدم وجود نصوص قانونية صريحة لتحديد نسبة الفوائد¹ ، وبذلك وسنقوم بالحديث المفصل حول الفوائد المصرفية في الفصل الأخير من هذا البحث.

2- **صعوبة في الإثبات :** إن إثبات العمليات المصرفية بحد ذاتها لا تشكل أي صعوبة في الإثبات قديماً، ولكن مع ظهور ما يسمى بالعمليات المصرفية الإلكترونية كونها إحدى أنواع التجارة الإلكترونية، نشأت مشكلة إثبات هذا النوع من العمليات المصرفية وذلك بسبب ما تتمتع به من خصوصية من حيث المكان والزمان ووسائل الاتصال بين الأطراف وطبيعة المستندات المنبثقة عن هذه العملية مثل الخدمات الإلكترونية، حيث العميل لا يلتجأ إلى البنك للقيام بما يريد وإنما يقوم بها عبر الإنترنت وهذا يزيد الموضوع تعقيداً، كونها تبرم دون وجود مادي لأطرافها فهي تعد من العمليات التي تتم عن بعد²، كذلك يصطدم إثبات هذه العمليات بالمبادئ العامة التي تقوم عليها فكرة الإثبات في المواد التجارية من حيث عدم جواز اصطناع الشخص دليلاً لنفسه، ومن أبرز الأمثلة على ذلك حالة إثبات عملية السحب بالبطاقة الائتمانية من ماكينة السحب الآلي، يضاف إلى ذلك أن الكثير من المتعاملين في مجال

¹ السيد ، أحمد مصطفى ، المرع السابق ، ص 54 .

² الصمادي، حازم نعيم، المسؤولية في العمليات المصرفية الإلكترونية، ط1، الأردن: دار وائل، 2003، ص 16 .

العمليات الإلكترونية لا يحبذون عرض نزاعاتهم على القضاء ويبحثون عن وسائل أخرى تؤثر نظام خاص لغايات إثبات هذه العمليات .

3- **عدم وضوح مفهوم إقفال الحساب وآليته الذي يترتب عليه إستحقاق الديون** : على الرغم من أن قانون التجارة الأردني قد تعرض في نصوص المادتين 112 و 113 لموضوع إنهاء الحساب الذي يترتب عليه إستحقاق الديون، إلا أنه لا يزال هناك بعض الغموض في آلية إتمام ذلك وآلية تصفية مفردات الحساب من الناحية المحاسبية وكيفية إتمام الإغلاق الذي يترتب عليه ثبات الأرصدة المستحقة والذي سنتعرض له في الفصل الثاني بشكل أوسع .

4- **عدم تخصص القضاة**: إن القاضي في محاكم الدولة قد يكون فقيها في مجالات معينة، ولكن قليل الخبرة بشؤون التجارة الدولية، ويتعذر عليه الفصل في المنازعات المتعلقة بها مما يستوجب استعانتة بخبير يرشده¹، فالقضاة مهما كانت خبرتهم بالمسائل المالية والمصرفية لا يقارنون في هذا الخصوص بالمصرفيين الذين أمضوا حياتهم في حقل التخصص المصرفي²، بالإضافة أن الموضوع لا يقتصر على الخبرة الفنية، أيضا على الخبرة النفسية والتجارية فلا يكون القاضي على دراية بالعادات التجارية للمتعاملين في مجال التجارة الدولية وهذا بدوره يؤدي إلى عدم تفسير العقد محل النزاع تفسيراً صحيحاً، مما يدفع المتنازعين إلى عدم اللجوء إلى القضاء والبحث عن وسائل بديلة لتسوية منازعاتهم المصرفية³.

المطلب الثاني: التحكيم كطريق لحسم المنازعات في التسهيلات المصرفية

إن من المتوقع ولغايات مواءمة المنازعات المصرفية مع التحكيم كوسيلة لفض المنازعات في عقود التسهيلات المصرفية أن يتم التحقق من مدى صلاحية هذه المنازعات لفضها من خلال التحكيم لاستبيان فيما

¹ شفيق، محسن شفيق، التحكيم التجاري الدولي، دراسة في قانون التجارة الدولية، القاهرة: دار النهضة العربية، 1997، ص30 .

² القصبى، عصام الدين، خصوصية التحكيم في مجال منازعات الاستثمار، القاهرة: دار النهضة العربية، 1993، ص112.

³ السيد، احمد مصطفى الدبوسي، التحكيم في العمليات المصرفية بين الواقع والمأمول، مرجع سابق، ص75.

إذا كان التحكيم كوسيلة بديلة وخاصة لفض المنازعات من الممكن تطبيقه على هذا النزاع، فمثلاً ليس من الممكن أن يتم إخضاع النزاع القائم بين البنك الدائن والعميل المدين بخصوص إجراءات رهن العقار موضوع ضمان الدين أو إجراءات التنفيذ عليه للتحكيم وذلك لكون المسائل المتعلقة بإراءات التصرف بالعقار سواء نقله أو رهنه أو التنفيذ عليه تعتبر من النظام العام ، وعليه سنتناول المعايير التي تحدد صلاحية إخضاع هذه المنازعات للتحكيم وفقاً للتالي:

الفرع الأول : المقصود بصلاحية إخضاع المنازعات في التسهيلات المصرفية للتحكيم :

إن وجود منازعات مصرفية في ظل واقع الحال الذي تعاني منه المصارف يجعل من هذه الأخيرة أن تشق طريق غير القضاء لفض تلك النزاعات، مثل لجوئها للتحكيم المصرفي ولكن هل هذه المنازعات تخضع لصلاحية الحل بالتحكيم؟ وما تكييفها القانوني؟ هذا ما سنتطرق له من خلال هذا مطلب بتقسيمه إلى فرعين الأول: المقصود بصلاحية إخضاع المنازعة المصرفية والثاني يتحدث عن التكييف القانوني لصلاحية محل النزاع للتحكيم .

المقصود بصلاحية إخضاع المنازعة المصرفية للتحكيم هي إمكانية جريان التحكيم بين أطراف يجوز لهم الإلتجاء للتحكيم كوسيلة من وسائل فض المنازعات التي تنشأ بينهم علماً أن مفهوم القابلية للتحكيم يحمل مفهوماً ضيقاً لصلاحية التحكيم، حيث إن من شروط اتفاق التحكيم أو اللجوء للتحكيم أن يكون محل النزاع قابلاً للتحكيم حسب القانون الواجب التطبيق على المنازعة وفقاً لما نصت عليه أغلب قوانين الدول في مجال التحكيم ، ومثالاً على ذلك فقد استبعدت بعض الدول إمكانية تطبيق التحكيم على المنازعات التي تكون الدولة أو إحدى المؤسسات العامة بما فيها شركات التأمين والبنوك التابعة للدولة طرفاً فيها بحيث تقصر النظر في هذه المنازعات على القضاء الوطني فقط¹، ويتمثل المفهوم الواسع لقابلية المنازعة المصرفية للتحكيم من خلال إخضاعها لعمليتين تتمثل الأولى بالتحقق من وجود شرط التحكيم والثانية التحقق من موضوع النزاع فيما إذا

¹ الحداد ، حفيظة السيد ، الموجز في النظرية العامة في التحكيم التجاري الدولي ، دار النهضة ، القاهرة 2004 ص 363 .

كان قابلاً للتحكيم، بحيث إن هذا المفهوم يقصد منه تحرير التجارة الدولية من سيطرة القوانين الداخلية وتطبيق قوانين التجارة الدولية عليها¹.

الفرع الثاني : التكييف القانوني لصلاحيّة محل النزاع المصرفي للتحكيم :

يقصد بالتكييف القانوني هو تحديد طبيعته القانونية لصلاحيّة النزاعات المصرفية في إطار التحكيم وهنا لابد من الإشارة إلى أن هناك إتجاهين فقهيين حول التكييف القانوني لمسألة صلاحية محل النزاع المصرفي للتحكيم الإتجاه الأول² قام بتكييف الصلاحيّة للتحكيم تكييفاً إجرائياً حيث تخضع مسألة الصلاحيّة لقانون الدولة التي تتم فيها عملية التحكيم، وأخذ بهذا الإتجاه قانون التحكيم المصري رقم 27 لسنة 1994 تحديداً بما ورد في نص المادة (9) من ذات القانون والتي تنص على أنه (يكون الاختصاص بنظر مسائل التحكيم التي يحيلها هذا القانون إلى القضاء المصري ...)، أما الإتجاه الفقهي الآخر³، فيرى تكييف صلاحية المنازعة المصرفية للتحكيم ليست إلا مسألة عقدية أي أنهم اعتبروه عقد تنطبق عليه القواعد العامة في العقود من حيث تطبيق شروط الإبرام والبطلان .

المطلب الثالث : معايير المنازعة المصرفية و مدى إرتباطها في النظام العام .

تتشرط المنازعة المصرفية مجموعة من المعايير يستوجب توافرها فيها حتى تكون قابلة للتسوية بطريق التحكيم، فمنها العام ومنها الخاص، فلا بد من الحديث عن تلك المعايير من خلال فرعين الأول يتحدث عن المعايير الخاصة التي تحكم صلاحية المنازعة للتحكيم، والفرع الثاني يتحدث عن المعايير العامة التي تحكم المنازعة المصرفية وعن المعايير التي تحكم كافة المنازعات و المتعلقة بالنظام العام .

¹ حفيفة ، السيد ، التحكيم في العمليات المصرفية ، مرجع سابق ، ص 103 .

² من الفقه الفرنسي Philippe Fouchard , Emmanuel Gaillard .

³التحيوي، محمود ، التحكيم في المواد المدنية والتجارية ووازه في منازعات العقود الإدارية ، دار الجامعة الجديدة ، الإسكندرية 1999 .

الفرع الأول: المعايير الخاصة التي تحكم صلاحية المنازعة المصرفية للتحكيم :

لنتمكن من اعتبار المنازعة المنظورة من ضمن المنازعات المصرفية لا بد أن تتسم ببعض السمات التي تمثل قيداً على من سواها ومعياراً خاصاً لتصنيفها وهي كالاتي :

أولاً : أن يغلب على المنازعة صفة الطابع المصرفي : حيث إن المنازعات المصرفية تكون بين مصرف ومصرف آخر أو بين مصرف وأحد عملائه مما يتطلب الحديث في هذا الصدد عن العلاقات التجارية التي تعتبر محل المنازعات القائمة مصرفية ، سواءً على الصعيد الداخلي أو على الصعيد الدولي¹ .

فعلى صعيد أعمال التجارة الوطنية و حيث إن هناك منافسة قوية بين البنوك في البلد الواحد وخاصة من ناحية تنافس البنوك وسعيها الدؤوب لاستقطاب عملاء المصارف الأخرى بثتى الوسائل المتعارف عليها مثل تخفيض أسعار العمولات أو منح قروض بفوائد أقل أو شبه معدومة أو التخفيض من الصمانات المشترطة للمنع ، حيث إن سياسة المنح الائتماني الغير مدروس يمكن أن تخلق ضرراً يلحق بالعملاء من ناحية و بالبنوك من ناحية أخرى ، مما يقلل من الشفافية في التعامل وهذا بدوره يساعد على تعثر العملاء وعدم قدرتهم على التسديد نتيجةً لاقدامهم على العروض المغرية التي تقدمها البنوك للحصول على التسهيلات دون إشتراطات قوية تضمن وفاء العميل بقيمة التسهيلات ، وقد يمتد الضرر على المصارف الأخرى في حال توقف البنك عن الدفع للبنوك الأخرى التي قامت بإمداده بالسيولة ومنحته خطوط ائتمان، وبالتالي يمتد أثره إلى المساهمين فهنا ينشأ عدة منازعات منها بين المصرف والعميل وبين المصرف ومصارف أخرى وبين المصرف ذاته مع المساهمين².

أما على صعيد التجارة الدولية حيث إن هذا يتوقف على حجم أعمال المصرف مع دول الخارج مثل عمليات الإعتمادات المستندية ، التحويلات، أدوات الاستثمارات الدولية مع العلم أن هناك قواعد محددة وأعراف موحدة توضح آلية تنفيذ مثل هذه العمليات وعند حدوث أي نزاع في هذه المجالات، يلتزم البنك باللجوء إلى المحاكم

¹ السيد، احمد مصطفى الدبوسي، التحكيم في العمليات المصرفية، مرجع سابق، ص 127.

² سليم ، رب عبد الحكيم ، شرح أحكام قانون البنك المركزي المصري والجهاز المصرفي الصادر بالقانون رقم 88 لسنة 2003 ، ط1، دار النهضة العربية ص 654 .

أو التحكيم الدولي أو المحلي في حال أي تأخير صدر من البنك المخالف في تنفيذ الحكم الصادر يعرضه إلى إلغاء خطوط الإئتمان الممنوحة له ووقف التعامل معه¹.

ولا تعتبر الصفة المصرفية شرطاً وحيداً لاعتبار المنازعة المصرفية قابلة للتحكيم، بحيث من الممكن أن يكون هناك منازعة مصرفية بدون توفر الصفة المصرفية، ومن ذلك لجوء المصرف إلى التحكيم للإدعاء على البائع بالتعويض الذي تحمله المصرف تجاه عميله الناتج عن خطأ البائع في إستيفاء المستندات².

ثانياً: أن تكون المنازعة ناشئة عن علاقة قانونية ذات طابع اقتصادي:

جاء في قانون التحكيم المصري رقم 27 لسنة 1994 تحديداً المادة 2 على أن يعتبر (التحكيم تجارياً في حكم هذا القانون إذا نشأ النزاع حول علاقة قانونية ذات طابع اقتصادي عقدية كانت أو غير عقدية)، فكما هو متعارف عليه أن العمل المصرفي يعد من الأنشطة التجارية التي تقوم بها المصارف بقصد تحقيق الربح، لذلك يجوز للمؤسسات المصرفية الإتفاق على إحالة النزاع القائم أو الذي سينشأ للتحكيم، أيأ كانت طبيعة العلاقة القانونية التي يدور حولها النزاع³.

الفرع الثاني: المعايير المتعلقة بالنظام العام التي تحكم صلاحية المنازعة المصرفية للتحكيم

يعرف النظام العام بأنه القواعد القانونية التي تهدف لتحقيق المصالح العامة على الصعيد السياسي أو الإجتماعي أو الإقتصادي لتعلقه بالمصلحة الإجتماعية العليا التي تسمو على مصالح الأفراد التي يتوجب عليهم مراعاتها، وبالتالي لا يجوز لهم الإتفاق على مخالفتها لتحقيق مصالح فردية⁴.

1 الزهراني، فلاح بن موسى، رسالة ماجستير بعنوان التحكيم في المنازعات المصرفية في دول مجلس التعاون الخليجي، جامعة نايف العربية للعلوم الأمنية 2010. ص 67.

2 القليوبي، سميحة، شرح قانون التجارة رقم 17 لسنة 1999، ار النهضة العربية 2002 ص 722.

3 شتا، أحمد محم عبد البديع، شرح أحكام القانون المصري رقم 27 لسنة 1994 وتعديلاته، دار النهضة العربية ط2، 2004، ص 246.

4 القصراوي، محمد مجدي صبحي، التحكيم في المعاملات المصرفية، رسالة دبلوم الدراسات العليا، جامعة الحسن الأول ص 11.

وقد قضت محكمة استئناف القاهرة في حكم لها بأنه (لا يكفي لاعتبار أن التحكيم يتعارض مع النظام العام تعارضه مع نص قانوني آخر بل من المستوجب أن يكون موضوع التحكيم يتعارض ويمس مسألة ذات أساس اقتصادي أو اجتماعي أو سياسي تتعلق بالمصلحة العليا للمجتمع)¹.

وير الدكتور حمزة حـا من خلال حكم محكمة النقض إن اكتساب بعض قواعد القانون الصفة الأمرة، يكون سببها النظام العام ويختلف مفهوم النظام العام من دولة لأخرى، وبالتالي فإنه يترتب البطلان على حكم التحكيم في حال مخالفة النظام العام²، إلا أنه لا تعتبر كل قاعدة أمره من النظام العام طالما أنها لا تمس الأسس المتعلقة بالشأن الإقتصادي أو الإجتماعي أو السياسي للدولة وبالتالي من الممكن تطبيق قانون أجنبي يختلف مع القواعد الأمرة في القانون الوطني³.

وإن الإتفاق في المنازعات المصرفية باللجوء إلى التحكيم أمر جائز قانوناً، وذلك كون أن محل النزاع في المنازعات المصرفية هو من الحقوق المالية، وأن اتفاق المؤسسات المصرفية وعملائها باللجوء إلى التحكيم بشأنها جائز علماً أن هناك قواعد مصرفية يغلب عليها طابع القواعد الأمرة لا يجوز التحكيم فيها لتعلقها بالنظام العام ومن ذلك القواعد المتعلقة بشروط عمل البنوك⁴، مثل الإشتراطات الواردة في القوانين التي تنظم عمل المصارف وحدود صلاحياتها بالإستثمار في حال جنحت البنوك مثلاً للإتجار بالعقارات مع أحد عملائها خلافاً للحدود المرسومة لها في قانون المصارف على الرغم من ندرة حدوث ذلك .

كما أن فكرة النظام العام باعتبارها من إحدى المعايير التي تحدد مدى صلاحية النزاع المصرفي للتحكيم فلا بد من أن يتوفر شرطاً في الحق موضوع النزاع ألا وهو أن يكون النزاع مالياً وقابلاً للتصرف فيه، وهنا فإن الحق المالي يخضع للتحكيم حتى لو نشأ عن علاقة غير مالية لا تقبل التحكيم لحكم طبيعتها مثل جريمة الرشوة فصحيح أنها من الجرائم الجنائية إلا أن التعويض عن الخسائر الناتجة عنها تعتبر من الحقوق المالية

1 حكم محكمة إستئناف القاهرة ، الدائرة السابعة الإقتصادية ، دعوى رقم 103 لسنة 123 ق بجلسة 2008/2/5 مجلة التحكيم العربي ، تصدر عن الاتحاد العربي للتحكيم الولي ، العدد 11 ص 225 . .

2 عبد الحميد ، رضا السيد ، التحكيم في المنازعات العقارية ، دار النهضة العربية ، ط3 ، 2009 ، ص2 .

3 نقض مدني مصري ، رقم 1259 لسنة 34 فنية تاريخ 1983/6/13 والمشار إليه في كتاب التحكيم في القوانين العربية ، حمزة حداد ص 431.

4 عبد الله ، نجيب أحمد ، إتفاق التحكيم في المنازعات المصرفية ، البيئة القانونية والمالية للقطاع المصرفي اليمني ، سلسلة إصدارات المركز اليمني للتوفيق والتحكيم ، ط1 ، 2004 ، ص508 .

التي تقبل التسوية فيها ، وفي قرار لمحكمة النقض المصرية ورد فيه (لا يجوز التحكيم بصدد تحديد مسؤولية الجاني عن الجريمة الجنائية وإلا عد باطلاً لمخالفته النظام العام)¹. وان المقصود بسلطة التصرف في الحق المالي أنه لا يكفي حتى يكون النزاع قابلاً للتحكيم أن يكون الحق المتنازع عليه حق مالي فقط إنما يجب على من يدعي الحق أن يكون له سلطة التصرف فيه².

وحيث إن للقواعد الآمرة التي يستوجب تطبيقها إعتبارات إقتصادية وإجتماعية وسياسية فإنه لا يجوز تطبيق القانون الأجنبي فيما يتعارض مع النظام العام، ومن ذلك فيما يتعلق بالمنازعات المتعلقة بالعقارات، فمن الممكن إخضاع النزاعات المتعلقة بها للتحكيم إلا أنه لا يجوز الفصل فيها وفقاً لقانون إجنبي يتعارض مع القانون المحلي حيث إن عقارات الدولة جزءاً من إقليمها فهي تتعلق بالنظام العام ويستوجب أن تنفرد الدولة في تنظيم شؤون القوانين المحلية³.

مما يترتب عليه أن مسألة إخضاع النزاع القائم بين المصرف وعميله و المتعلق بإجراءات رهن عقار ضماناً لتسهيلات لا يجوز تطبيق القواعد القانونية لدولة أخرى تتعارض مع القانون المحلي لمخالفتها للنظام العام .

أما فيما يخص النظام العام الدولي فهو يهدف لحماية مصلحة المجتمع الدولي، والتي تعتبر مصالح سامية عن الإيرادات الفردية والقانون الداخلي، ومثال عليها القواعد المتعلقة بحماية حقوق الإنسان ومكافحة الإتجار بالمواد الخطرة كما أن من غايات هذا النظام حماية العاملين في ميدان التجارة الدولية⁴.

ومن الممكن أن لا يتم إعتبار فكرة النظام العام الوطني أمام النظام العام الدولي، بحيث إنه ما قد يعتبر مخالفاً للنظام العام بوجهة النظر الوطنية من الممكن أن لا يعد كذلك في التجارة الدولية والعكس صحيح⁵.

¹ الطعن رقم 562 سنة 47 ق - جلسة 1980/12/2 ، المشار إليه في كتاب شرح التحكيم في المواد المدنية لمحمد فتح الله حسين ، 2008 ص129

² السيد ، أحمد مصطفى الدبوسي ، التحكيم في العمليات المصرفية ، مرجع سابق ، ص125 .

³ بريري، محمود مختار احمد، التحكيم التجاري الدولي، مرجع سابق، ص132

⁴ القصاروي ، محمد مجدي صبحي ، التحكيم في المنازعات المصرفية الدولية ، مرجع سابق ص74 .

⁵ الماحي ، حسين ، التحكيم النظامي في التجارة الدولية ، دار النهضة العربية 2006 . ص83 .

المبحث الثالث : اتفاق التحكيم في عقود التسهيلات المصرفية :

لاتفاق التحكيم صيغ وصور متعددة وبمعزل عن صوره فإن إتفاق التحكيم يمثل عقداً من المتوجب أن تتوافر كامل أركانه لاعتباره عقداً صحيحاً مستوجب النفاذ بحيث من المفترض أن تتوافر أركانه كالتراضي بين طرفي العلاقة وأهليتهما لذلك، بالإضافة لوجوب توفر الركن الشكلي فيه وبذلك إذا كان الإتفاق صحيحاً فإنه يرتب آثاره¹.

المطلب الاول: شروط وصور اتفاق التحكيم المصرفي :

للتحكيم شروط يستوب توافرها ووتقتضيها قوانين التحكيم لاعتبارها من الناحية القانونية ولتكون صالحة للتنفيذ وفقاً للقانون وقد يترتب على عدم توافر هذا الشروط بطلان العملية التحكيمية لذا كان من المتوجب التنبه لها لعدم ضياع الوقت وهود أطراف الخصومة والمحكمين سدا ، كما أن للتحكيم صوره التقليدية المستوجب توافرها بشكل عام ليعتبر ما يتم التعرض إليه تحكيميا ينطبق عليه قانون التحكيم الساري وعليه سنتعرض في هذا المطلب لكل من شروط التحكيم وصوره .

الفرع الاول: شروط اتفاق التحكيم المصرفي

يعتبر اتفاق التحكيم من العقود الرضائية، ولاعتبار اتفاق التحكيم صحيحاً يجب أن تتوافر أركانه التي تندرج ضمن القواعد العامة لصحة العقود والمتمثلة بالأهلية والتراضي والمحل والسبب والكتابة التي أضافها المشرع المصري كركن مستجد²، و تضيق وتتنوع شروط التحكيم وفقاً للنظام القانوني الذي توافقت عليه أطراف الخصومة³، وكذلك فإن المشرع الفلسطيني قد إستوجب شرط الكتابة على غرار المشرع المصري ليكون بذلك

¹ أحمد عبد الكريم سلامة ، قانون التحكيم التجاري الدولي والداخلي - دار النهضة العربية - الطبعة الأولى 2004 - ص 346.

² يذكر ان المشرع الفلسطيني قد اتبع المشرع المصري حيث إشتراط في الفقرة الثانية من المادة (5) من قانون التحكيم أن يكون إتفاق التحكيم مكتوباً

³.الماحي، حسين، التحكيم النظامي في التجارة الدولية ، دار النهضة العربية ، 2006، ص 57 .

شروطاً للإبعاد وليس فقط للإثبات، حيث أورد في المادة (5) من قانون التحكيم الفلسطيني (اتفاق التحكيم هو إتفاق بين طرفين أو أكثر يقضي بإحالة كل أو بعض المنازعات التي نشأت أو قد تنشأ بشأن علاقة قانونية معينة تعاقدية كانت أو غير تعاقدية ، ويجوز أن يكون إتفاق التحكيم في صورة شرط تحكيم وارد في عقد أو اتفاق تحكيم و يجب أن يكون اتفاق التحكيم مكتوباً).

أولاً : تراضي أطراف اتفاق التحكيم : يتوجب تطابق إرادتي أطراف إتفاق التحكيم كشرط لصحة اتفاق التحكيم كما من المتوقع أن يحدث هذا التوافق أثره وفقاً لما تم الإتفاق عليه بين الأطراف، وفي قرار لمحكمة النقض المصرية جاء فيه (إن رضی طرفي الخصومة ضروري إذ أن إرادة الخصوم هي التي تنشأ عملية التحكيم فمتى أفصح أحد أطراف النزاع عن إرادة جديّة متجهة إلى اتخاذ التحكيم سبيلاً لتسوية النزاع واقتربت هذه الإرادة بإرادة أخرى متطابقة فعندئذ نقول بوجود الرضا على التحكيم)¹.

ويعتبر الغلط عيباً من عيوب الإرادة الذي يترتب عليه بطلان اتفاق التحكيم في حال كان الغلط يمس نوعية أو إجراءات التحكيم، بحيث أنه قد يدفع أحد أطراف النزاع على التعاقد في الوقت الذي قد يتمتع هذا الطرف عن إبرام إتفاق التحكيم لو أنه يعلم بالحقيقه، وبذلك يعرف الغلط أنه حالة تقوم بالنفس تحمل على توهم غير الواقع ، بحيث تكون هذه الواقعة غير صحيحة يتوهم الشخص صحتها أو انها واقعة صحيحة يتوهم الشخص عدم صحتها)².

وما ينطبق على الغلط ينطبق على التغيرير والإكراه كعيوب للإرادة وعلى سياق باقي العقود فإن وقوع أي منهما فإنه يؤدي إلى بطلان اتفاق التحكيم .

ويرد التساؤل عن مدى انطباق مفهوم الرضا على الحالات التي قد يكون فيها شرط التحكيم مدرجاً في ثنايا عقد التسهيلات المكتظ بالشروط، والتي قلما يطلع على تفاصيلها عملاء البنوك لا سيما أن غالبية المقترضين يكونون في أوج حاجتهم للحصول على التسهيلات في ظل عقود تتسم بنوع من الإذعان وفقاً لنظر البعض، وعليه فإننا نرى أن تمام الرضا هنا يقتضي التفهم والإدراك فإذا ثبت عدم تنبه العميل لهذا الشرط أو عدم تفهمه

¹ قرارا نقض رقم 10350 للسنة القضائية 65 تاريخ الجلسة 1999/03/01 المشار إليه في كتاب محمدي فتح الله حسين ، التحكيم في المود المدنية والتجارية ص32

² السنهوري، عبدالرزاق ، الوسيط في شرح القانوني المدني ، دار النهضة العربية ، الطبعة الثالثة، 1981، ص253

له فإن الشرط والحالة هذه يصبح وفقاً لرأينا باطلاً، وفي هذه الحالة نرى أنه من المقتضى أن يتم توقيع العميل على شرط التحكيم أو اتفاقية التحكيم بشكل مستقل ضمن سند خاص لعدم تدرع طرف العلاقة بعدم العلم والغفلة .

و في حالة تضمن عقد التسهيلات المصرفي شرطاً يتضمن إحالة أي نزاع إلى إحدى اللوائح الخاصة بالمؤسسة المصرفية والتي تقتضي التحكيم كوسيلة لحل أي نزاع قد ينشأ بخصوص هذا العقد فالأمر والحالة هذه يقتضي علم الطرف المتعاقد مع البنك بوجود شرط التحكيم في هذه اللائحة، وإلا اعتبر الرضا غير متوافراً¹.

وبتوارد لدينا تساؤل آخر فيما يتعلق بمدى المساس بمبدأ سلطان الإرادة في الحالات التي قد يتم فرض هذا الشرط فيها من ضمن العقود، سواءً من البنك أو من الجهات الرقابية في إطار دورها الإشرافي والرقابي سواءً شرطاً أو مشاركة، فإننا والحالة هذه نرى أن حرية الإرادة و الإختيار لا تزال قائمة بالنسبة للمتعاقد والمتمثلة بحرية العميل المتعاقد بقبول العقد ككل بما يتضمن من شروط بما فيها شرط التحكيم أو رفضه كله، وعليه فإنه ووفقاً لوجهة نظرنا لا يتوافر الإكراه والحالة هذه ولا مساس في مبدأ سلطان الإرادة .

وقد يكون التحكيم مسألة مطردة في العمليات المصرفية بين المؤسسات المصرفية ذاتها أو المؤسسات وعملائها ، بحيث يكون هذا الشرط قد إعتاد البنك على تضمينه للعقود المبرمة مع عميله فهل من الممكن أن يتم اللجوء إلى التحكيم إذا خلت إحدى العمليات من هذه الشرط وفقاً لما تم الإعتياد عليه ؟ إختلف الفقه في هذا الشأن فاتجه رأي لعدم جواز اللجوء للتحكيم وذلك على اعتبار أنه لا يمكن افتراض الرضا ولا بد من دليل على وجوده ولكون التحكيم خروج على الأصل العام فإنه لا بد من التعبير عنه صراحة، حيث إن النصوص القانونية قد حسمت هذا الأمر باشتراط أن يكون اتفاق التحكيم مكتوباً².

ثانياً : أهلية المحكّمين في عقود التسهيلات المصرفية : نصت المادة (2) من قانون التحكيم الفلسطيني مع مراعاة المادة (4) من هذا القانون تسري أحكام هذا القانون على كل تحكيم بين أشخاص طبيعيين أو إعتباريين

¹ السيد، احمد مصطفى الدبوسي، التحكيم المصرفي، مرجع سابق، ص309.

² التحيوي ، محمد السيد ، التحكيم في المواد المدنية والتجارية ، مرجع سابق ، ص128 .

يتمتعون بالأهلية القانونية للتصرف بالحقوق أياً كانت طبيعة العلاقة القانونية التي يدور حولها النزاع ، مع مراعاة الإتفاقيات الدولية التي تكون فلسطين طرفاً فيها) .

ويتبين لنا من نص القانون الوارد أنفاً ضرورة أن تتوافر الأهلية القانونية بين طرفي إتفاق التحكيم فإما أن يكون شخصاً طبيعياً بالغاً وعاقلاً وراشداً أو شخصاً إعتبارياً قد اكتسب أهليته من القانون، حيث أجاز القانون أن يكون تخلف الأهلية سبباً جوازياً للطعن في قرار التحكيم، وهذا ما نصت عليه المادة (43) من قانون التحكيم الفلسطيني حيث ورد فيها (يجوز لكل طرف من أطراف التحكيم الطعن في قرار التحكيم لدى المحكمة المختصة بناءً على أحد الأسباب التالية 1. إذا كان أحد أطراف التحكيم فاقداً الأهلية أو ناقصها وفقاً للقانون الذي يحكم أهليته ما لم يكن ممثلاً تمثيلاً قانونياً صحيحاً) .

وقد بينت محكمة النقض المصرية في حكم لها (التحكيم طريق استثنائي لفض الخصومات قوامه الخروج عن طريق التقاضي العاديه بما تكلفه من ومفاد م1 من ق التحكيم : ان الشخص الاعتباري لا يملك اللجوء إلى التحكيم إلا اذا كان له أهليه التصرف في حقوق)¹.

وفيما يتعلق بأهلية الأشخاص الإعتبارية فقد اتجه مركز التوفيق والتحكيم بغرفة تجارة وصناعة دبي في حكم له² إنه من يملك الحق بإدارة الشركة هو من يملك الحق بإبرام إتفاق التحكيم وفقاً للصلاحيات التي منحت له، كما لم يرد في إتفاقية نيويورك وفيما يتعلق بالإعتراف وتنفيذ الأحكام الأجنبية أية قيود بخصوص أهلية الأشخاص الإعتبارية ويطبق القانون الشخصي سواءً كان قانون مكان تأسيس الشركة أو قانون مكان مركز إدارتها الرئيسي³ .

¹ الطعن رقم 2267 لسنة 54 ق – جلسة 1992/07/13 ، المشار إليه في كتاب شرح التحكيم في المواد المدنية لمحمد فتح الله حسين ، 2008 ص74 .

² الدعوى التحكيمية رقم 13 لسنة 2001 ، غرفة تجارة وصناعة دبي ، مركز التوفيق والتحكيم التجاري المشار اليه في كتاب السيد احمد مصطفى ، مرجع سابق ص310 .

³ مخلوف، احمد ، إتفاق التحكيم كأسلوب لتسوية منازعات عقود التجارة الدولية ، دارة النهضة العربية 2001، ص38.

ويجدر التنويه إلى أن قواعد الأهلية المتعلقة بالأشخاص الإعتبارية ليست من النظام العام الدولي¹، وبالتالي من الممكن اتفاق أطراف العلاقة على مخالفتها، وهو ما أكدته محكمة الإستئناف الفرنسية في قرار لها عندما ردت طعناً لشركة (إيتون) استندت فيه على عدم نفاذ حكم التحكيم لكونه قد صدر لصالح شركة (اورال هدسون) أثناء فقدانها للأهلية نتيجة لشطبها من السجل التجاري بسبب عدم مراعاتها بعض الإجراءات الرسمية ، حيث قامت بمعاودة قيد إسمها وقد تداركت الإجراء بعد صدور الحكم مما ترتب عليها رد الطعن المقدم من قبل شركة (إيتون)².

وفيما يتعلق بأهلية المؤسسات المصرفية في فلسطين فقد حددها قرار بقانون بشأن المصارف رقم (9) لسنة (2010) في نص المادة رقم (6) حيث ورد فيها (1.يحضر على أي شخص أن يباشر أي من الأعمال المصرفية في فلسطين دون الحصول على ترخيص خطي مسبق صادر عن سلطة النقد 2. يحظر تسجيل أي شركة يكون من غاياتها ممارسة العمل المصرفي في فلسطين لدى مراقب الشركات إلا بعد حصولها على الموافقة المبدئية الخطية المسبقة من سلطة النقد 3. يجب على أي شخص يرغب بممارسة العمل المصرفي في فلسطين التقدم بطلب للحصول على الترخيص اللازم من سلطة النقد 4. يجب على أي شخص يرغب بممارسة نشاط الإقراض المتخصص في فلسطين التقدم بطلب للحصول على الترخيص اللازم من سلطة النقد 5. تصدر سلطة النقد تعليمات توضح فيها تفاصيل المعلومات والمستندات اللازم تضمينها وإرفاقها بطلب الترخيص ، وأشكال التفرع والنقل وتعليق العمل والإغلاق والأنشطة المسموح تقديمها من خلالها 6. يصدر الترخيص للمصرف وفقاً للتعليمات التي تصدرها سلطة النقد ويمنح لفترة زمنية غير محددة وهو غير قابل للتحويل 7. يمنح الترخيص لممارسة الأعمال المصرفية بشكل حصري لشركة مساهمة عامة وفقاً للقوانين المعمول بها في فلسطين ، أما المصارف الوافدة الراغبة بالتراخيص كفروع فتمنح التراخيص وفق أحكام هذا القانون ، ويجوز لسلطة النقد استثناء المصرف المتخصص من هذا الشرط 8. يجب ألا تقل حصص مؤسسي المصرف المحلي عن (20%) من رأس المال ولا تزيد على (50%) وأن يطرح باقي رأس المال للإكتتاب العام 9. في حال عدم استكمال الإكتتاب في رأس المال ، لسلطة النقد الحق في أن تسمح للمؤسسين بتغطية رأس

1 ويجدر الإشارة أن من الامثلة على مخالفة النظام العام الدولي هي الصواب الدولية العامة المتعلقة بحقوق الإنسان والسلم الدولي وذلك وفقاً لما أشار له الدكتور حمزة حا في كتابه التحكيم في الواقع العربي ص436.

² السيد، احمد مصطفى الدبوسي، التحكيم المصرفي، مرجع سابق ، ص315.

المال ، أو تمديد فترة الإكتتاب أو تخفيض رأس المال أو إلغاء التراخيص 10. لسلطة النقد أن تطلب من النائب العام أو من يمثله إغلاق أي مكان يتبين مزاوله الأعمال المصرفية أو أعمال مؤسسات الإقراض المتخصصة فيه دون حصول القائمين على هذا المكان للتراخيص اللازمة من سلطة النقد ، بحيث يكون الإغلاق بصورة مؤقتة أو دائمة في حال ثبت حصول مخالفة لأحكام القانون)¹.

وعليه وفي حال إستكمال البنك لمتطلبات القانون تتم بذلك أهليته لمزاولة أعماله وبذلك فإنه من الممكن أن يلجأ إلى التحكيم، و يعبر عن إرادة البنك بقبول التحكيم من خلال مديره العام المفوض بالتوقيع عن البنك بموجب الصلاحيات التي منحت له من قبل مجلس الإدارة وبموجب صلاحيات المجلس الممنوحة له في النظام العام لشركة البنك .

إلا أنه يتبادر للأذهان فيما إذا كانت الصلاحية الممنوحة لأحد الموظفين لتوقيع عقود الإئتمان والذي تكون صلاحياته وفقاً للتفويض المعطى له مقتصرة على التوقيع وإجازة عقود الإئتمان فقط، وبالفرض أن هذا الموظف المفوض بالتوقيع عقود التسهيلات قام بالتوقيع على مشاركة التحكيم، فما مدى إلزامية البنك في هذه الحالة، فبرأينا أن ما يقوم به الموظف في هذه الحالة لا يعد ملزماً للبنك وذلك لكون صلاحية الموظف تكون محدودة في إطار عقود التسهيلات فقط وفيما يتعلق بالموافقة على المنح من عدمه، وأن التحكيم هو إستثناء على الأصل لأن الأصل هو التقاضي مما يستلزم التفويض بذلك صراحةً من إدارة البنك وخاصة في حال قيامه بالتوافق مع العميل على إضافة شرط التحكيم على العقد المعد مسبقاً من قبل البنك ، أما في حال كان هذه الشرط مدرجاً من ضمن العقود المعدة والمطبوعة من قبل البنك فبرأينا أن هذا يعد موافقة وتفويضاً ضمناً للموظف بإجازة شرط التحكيم وهذا وفقاً لرأينا .

ثالثاً : كتابة إتفاق التحكيم : وهو ما نصت عليه المادة (5) في الفقرة (2) من قانون التحكيم الفلسطيني حيث ورد فيها (يجب أن يكون إتفاق التحكيم مكتوباً) .

وبذلك تتحقق الكتابة إذا كانت شرطاً بارزاً ومميزاً من ضمن العقد، ولا يستلزم ذلك توقيعاً خاصاً بجانب الشرط وتتحقق الكتابة من خلال المراسلات والبرقيات المتضمنة الإيجاب والقبول وفي كل وسائل الإتصال المكتوبة

¹ قرار بقانون بشأن المصارف الفلسطيني رقم 9 لسنة 2010 .

وكذلك من خلال الوكيل الموكل حسب الأصول، وأيضاً تعتبر الكتابة متحققه في حال تضمن العقد إحالة لأحد الملاحق المتضمنة لشرط التحكيم¹.

وهو ما نصت عليه أيضاً المادة 12 من قانون التحكيم المصري رقم 12 لسنة 1994²، وهو أيضاً ما أكده قانون التحكيم الفلسطيني في المادة (5) وقانون التحكيم الأردني في المادة (10) من اشتراط أن يكون عقد التحكيم مكتوباً، بحيث إن هذا النص قد قطع الشك باليقين وحسم مسألة القياس لاعتبار شرط التحكيم منطبقاً على الحالة وفقاً لما اطردت عليه الحالات السابقة، إلا أننا نرى وإن كان مكتوباً فمن المتوجب أن يتم الإشارة إليه بعبارات واضحة وصريحة لا تحتمل التأويل، فاشتراط الكتابة فقط من وجهة نظرنا لا يجزي وذلك نظراً لخصوصية التحكيم كإستثناء على القضاء مما يتوجب عليه تضمين النصوص القانونية شرط أن يكون شرط التحكيم واضحاً وصريحاً وغير قابل للتأويل بحيث لا يتضمن عبارات تحتمل التأويل على اعتباره ليس تحكيمياً كأن يرد قولاً بالتفاهم والتفاوض في حال نشوء اي نزاع مما لا يمكن على ضوءه اعتبار ذلك تصريحاً بإجراء التحكيم في حال نشوء أي نزاع .

وفيما يتعلق في حالات غياب النص الكتابة التي تنص صراحة على احالة النزاع للتحكيم ، فقد تعرض القانون الأردني رقم (31) لسنة(2001) في الفقرة (ب) من المادة (10) لهذه الحالة حيث ورد فيها (ويعد في حكم الإتفاق المكتوب كل إحالة في العقد إلى أحكام عقد نموذجي أو إتفاقية دولية أو وثيقة أخرى تتضمن شرط تحكيم إذا كانت الإحالة واضحة في إعتبار هذا الشرط جزءا من العقد) علماً بأن القانون الفلسطيني قد خلى من هذا النص، ونرى أنه كان الأولى بالمشرع الأردني أن يعدل النص بحيث يضيف شرط أن يكون معلوماً لدى الأطراف أن هذه الأحالة يترتب عليها إحالة المنازعة للتحكيم .

كما يجدر التنويه إلى أن قانون التحكيم المصري قد رتب البطلان في حال غياب الكتابة وافترض الكتابة شرطاً على وجود اتفاق التحكيم وذلك خلافاً لنصوص المرافعات الملغاة، بحيث إنها لم تعد شرطاً للإثبات فقط

¹ بريري، محمود مختار احمد، التحكيم التجاري الدولي، مرجع سابق، ص59.

² السيد، احمد مصطفى الدبوسي، التحكيم المصرفي، مرجع سابق، ص308.

وكذلك استوجب القانون الفرنسي الكتابة في التحكيم واقتضى البطلان في حال عدم وجود الكتابة وأبعد من ذلك فقد اقتضى المشرع الفرنسي تحديد المحكمين أسلوب تعيينهم وإلا اعتبر شرط التحكيم باطلاً¹.

وعلى غرار القانونين المصري والفرنسي فإنه من المفترض ووفقاً للقانون الفلسطيني البطلان في حال عدم كتابة شرط التحكيم إلا أن القانون الفلسطيني لم يورد في نص المادة 5 التي اشترطت الكتابة قيماً صريحاً على اعتبار التحكيم باطلاً في حال لم يكن مكتوباً وفقاً لما ورد في نص المادة 10 من قانون التحكيم الأردني والتي جاء فيها (يجب أن يكون اتفاق التحكيم مكتوباً وإلا كان باطلاً) ، كما أن المادة 49 من قانون التحكيم الأردني اقتضت قبول دعوى البطلان في حال عدم وجود اتفاق تحكيم صحيح ومكتوب²، وهو ما لم ينص عليه القانون الفلسطيني في المادة 43 منه و التي تضمنت أسباب جواز الطعن في قرار التحكيم، وعليه وعلى الرغم من أن القانون الفلسطيني لم ينص صراحة على البطلان في حال غياب الكتابة إلا أنه قد أفترض وجوبه صراحة في نص المادة (5) مما يرتب البطلان في حال غيابه ، حيث إن نص المشرع صراحةً بوجوب الكتابة قد فتح باب الطعن ببطلان التحكيم وهو ما لا نراه سائغاً في حال تم السير بإجراءات التحكيم على الرغم من عدم توافر الكتابة وعليه فإننا نرى أن نص المشرع على وجوب الكتابة لم يكن في محله لظالما تم السير بإجراءات التحكيم وتم قبوله من طرفي المنازعة .

رابعاً : صيغة التحكيم :

درءاً لأية ثغرات من الممكن أن يتضمنها اتفاق التحكيم في عقود التسهيلات يجب أن تتم صياغته بشكل محكم وخال من أي غموض أو لبس، فمثلاً فيما يتعلق بإحالة موضوع النزاع للتحكيم فمن المفترض أن يتم النص على ذلك بما لا يجعل مجالاً للشك بوجود طريقة أخرى لتسوية النزاع³.

¹ بريري ، محمود مختار أحمد ، التحكيم التاريخي الدولي ، مرجع سابق ، ص 61 .

² قانون التحكيم الأردني رقم 31 لسنة 2001 المنسور في العدد 4496 من الريد الرسمية بتاريخ 2001/7/16

³ السيد، احمد مصطفى الدبوسي، التحكيم في العمليات المصرفية، مرجع سابق، 294

وقد قضي بمركز القاهرة الإقليمي للتحكيم التجاري والدولي (أنه يكون لزاماً على هيئة التحكيم أن تتحقق ابتداءً من صحيح قيام اختصاصها على سند من مشاركة أو شرط تحكيم بين الأطراف حتى لا تتصدى لمنازعة هي في الأساس غير موكلة إليها أمر النظر فيها¹).

ومن خلال صياغة اتفاق التحكيم يتم تحديد المحكمين وطريقة إختيارهم ومواصفاتهم وعددهم بحيث إنه إذا تم صياغة اتفاق التحكيم فيما يتعلق بالمحكمين بشكل غير قانوني فإن هذا قد يؤدي إلى بطلان حكم التحكيم، ومن الأمثلة على ذلك فقد يستخدم اتفاق التحكيم عبارة إحالة النزاع لمحكم فإنه وبموجب هذه الصياغة لا يمكن تطبيق الإتفاقيات التي تقتضي عدم جواز تشكيل هيئة المحكمين إلا بثلاثة محكمين بينما أن تعريف إصطلاح محكم لدى غرفة التجارة الدولية يختلف و قد يقصد منه محكم فرد أو محكمان أو ثلاثة².

كما يجب التحوط عند صياغة مواصفات المحكم في اتفاق التحكيم و عدم التشدد في وضع مواصفات المحكم مما يجعل من المتعذر العثور على محكمين تنطبق عليهم هذه المواصفات، و مما قد يشكل بالتالي عقبة في طريق فض المنازعة المصرفية لصعوبة إتمامها، ومن ذلك كأن يتم الإشتراط في المحكم أن يكون من المتخصصين في العمليات المصرفية ومن الذين يتقنون الانجليزية والألمانية والايطالية مما يجعل من الصعب توافر كافة الميزات المذكورة في شخص واحد ومما قد يؤدي إلى إهدار حقوق المتخاصمين³.

إلا أنني كباحث أرى أنه من الواجب ألا يكون التحوط والتساهل في بيان مواصفات المحكم إلى درجة قد يفرض محكماً غير متخصص قد يؤدي تعيينه أيضاً إلى إهدار حقوق المتخاصمين، فمثلاً عند النظر في خصومة تتعلق باعتماد مستندي فإننا نرى أنه وعند صياغة اتفاق التحكيم يجب أن يتم النص على أن يكون المحكم أحد مدراء دائرة العمليات المصرفية المتخصصين في الإعتمادات من أحد البنوك المحلية حيث أن هذا الشرط لا يجعل من مهمة التحكيم صعبة نظراً لوفرة المحكمين الذين تنطبق عليهم هذه المواصفات إلا أن اشتراط أن يكون مثلاً أحد مدراء العمليات المصرفية في البنك معزز الإعتماد أو في دولة أخرى فإن هذا قد

¹ الحكم رقم 558 لسنة 2007 الصادر بتاريخ 2008/4/3 المشار اليه في كتاب الدبوسي ، مرجع سابق ص 294 .

² عبد القادر ، ناريمان، إتفاق التحكيم وفقاً لقانون التحكيم في المواد المدنية والتجارية – الطبعة الأولى – دار النهضة العربية 1996 – ص 354

³ السيد، احمد مصطفى الدبوسي، التحكيم في العمليات المصرفية، مرجع سابق، ص296.

يترتب عليه صعوبة إتمام المهمة التحكيمية أو قد يترتب عليه زيادة نفقاتها لا سيما أن اتفاق التحكيم من المستوجب اتباعه وأي مخالفة له قد تؤدي إلى بطلان الحكم .

كما أنه من المتوقع أن يتم النص في اتفاق التحكيم على نوع التحكيم إن كان مؤسسياً أم حراً ، فمثلاً في حال تم الإتفاق على التحكيم المؤسسي يتم التوافق على اللجوء إلى غرفة البحرين لتسوية المنازعات الإقتصادية والمالية أو أن يتم اللجوء لاتحاد المصارف العربية، كما من المتوقع التنبه عند صياغة شرط التحكيم إلى اختصاص الجهة المؤسسية إن كان مقصوراً على ذات الدولة التي يتم فيها التحكيم أو كان إختصاصها يتعلق في مجال معين لا يخضع لإختصاص هذه الجهة التحكيمية، فمثلاً لجنة النظر في المنازعات المصرفية السعودية لا تنظر في المنازعات التي يمثل أحد أطرافها بنك متخصص¹، ففي هذه الحالة إذا كان أحد أطراف العلاقة بنك زراعي مثلاً وتم تحديد لجنة النظر في المنازعات المصرفية السعودية كجهة تحكيم فإنه وفي حال حدوث نزاع لن تقوم هذه الجهة بنظره لعدم اختصاصها وفقاً لما أسلفنا مما قد يؤخر الفصل في النزاع أو يبطل اتفاق التحكيم ، فمن المهم أن تتنبه الجهة التي تقوم بصياغة اتفاق التحكيم وعند تحديد جهة التحكيم من أن النزاع وطرفي العلاقة من اختصاص هذه الجهة في نظر هذه المنازعة .

كما نود التنويه إلى أن بطلان العقد الأصلي لا يؤثر في صحة إتفاق التحكيم وهذا ما يسمى بمبدأ إستقلالية إتفاق التحكيم ولا يتأثر إتفاق التحكيم ببطلان العقد الأصلي أو فسخه و مثالا لذلك إذا توافق أطراف العلاقة في العقد الأساس للإعتماد المستندي على اللجوء للتحكيم وقد حكم ببطلان هذا العقد فمن حق المستفيد من الإعتماد المستندي في هذه الحالة أن يلجأ للتحكيم ليطالب البنك بالوفاء بقيمة الإعتماد المستندي² .

كما أنه من الممكن أن يخضع شرط التحكيم لقانون مختلف عن القانون الذي يخضع له العقد الأصلي ويكون بذلك للمحكمن الحق بالنظر بالمنازعات الناشئة عن البطلان أو الفسخ أو الإنهاء للعقد الأصلي³ .

¹ صالح بن علي بن صويلح – رسالة ماجستير بعنوان تسوية المنازعات المصرفية بالمملكة العربية السعودية – جامعة نايف العربية للعلوم الأمنية ، 2010ص

² حداد، حفيظة السيد ، الاتجاهات المعاصرة بشأن إتفاق التحكيم ، الاسكندرية، دار الفكر العربي ، 1996 ، ص44

³ بريري ، محمود مختار أحمد ، التحكيم التجاري الدولي ، مرجع سابق ، ص69 .

وعليه فإننا نرى أنه من غير السائغ أن يتم التحكيم في ظل بطلان العقد الأصلي حيث لا عبرة له في حينه وبماذا سيتم التحكيم طالما قد تم إبطال العقد الأساس إلا اننا نرى أن ذلك يكون في حال كان ذات القانون الذي ينطبق على موضوع العقد الأساس ينطبق على شرط التحكيم وبذل فإننا نرى أن ذلك سائغاً إذا كان القانون المطبق على شرط التحكيم وفقاً لما ورد آنفاً يختلف عن القانون المطبق على موضوع عقد الأساس الذي قد يستتوب البطلان ففي هذه الحالة من الممكن إخطاع المنازعة للتحكيم للبت في صحة البطلان من عدمه .

وفي سياق إستقلالية شرط التحكيم فقد تعرض له المشرع الفلسطيني في الفقرة (5) من المادة (5) من قانون التحكيم الفلسطيني رقم (3) لسنة 2000 على أنه (يعتبر شرط التحكيم إتفاقاً مستقلاً ولا يتأثر ببطلان العقد أو فسخه أو إنتهائه) .

وفي رأينا فإن صيغ إتفاقيات التحكيم في عقود التسهيلات المصرفية تحديداً من المفترض ان يتم إعدادها من قبل الجهات الرقابية على الجهاز المصرفي، ويأتي هذا الطرح ضمن توصياتنا في هذا البحث، وتحاشياً لأي لغط أو عدم وضوح وفي إطار تقنين العملية التحكيمية لعدم تعريض العملاء لأي مخاطر لكونهم أولى بالرعاية، فإننا نرى أن تكون مسألة صياغة إتفاقيات التحكيم من إختصاص هذه الجهات الرقابية وكذلك أيضاً لحماية البنوك أنفسها لكونها تمثل الجهة الحافظة لأموال المودعين الذي يمثلون المواطنين والذي هم أيضاً يجب رعايتهم .

الفرع الثاني : صور اتفاق التحكيم المصرفي.

لإتفاق التحكيم بالغ الأهمية في عملية التحكيم بشكل عام ما يتطلب أن يكون الإتفاق محكماً وخالياً من أية ثغرات قد تؤدي إلى ضياع حقوق الأطراف المتخاصمين ومن المتوجب أيضاً أن يكون واضحاً بما يكفي وبما يمكن المحكمين من أداء مهتهم التحكيمية¹.

¹ السيد، احمد مصطفى الدبوسي، التحكيم في العمليات المصرفية، مرجع سابق، 291.

وقد قررت محكمة استئناف القاهرة (أن اتفاق التحكيم هو دستور التحكيم وأسس مشروعيته ومنه يستمد المحكم سلطته للفصل في النزاع كما أنه يعد الأساس القانوني المباشر لإخراج النزاع من محله من إختصاص المحاكم صاحبة الولاية العامة، ومن ثم يفضي عدم وجود اتفاق تحكيم صحيح إلى إنعدام حكم التحكيم الصادر بشأن المنازعة)¹.

يكون اتفاق التحكيم في حالتين الحالة الأولى قبل نشوء النزاع وهو ما يسمى بشرط التحكيم ، أما الحالة الثانية يكون التحكيم فيها بعد نشوء وهو ما يسمى بمشاركة التحكيم ونبدي كلتا الحالتين وفقاً لما يلي :

أ- **شرط التحكيم المصرفي:** إن اتفاق التحكيم قد يرد فيه صيغة شرط يتم ادراجه مسبقاً في العقد الأصلي الذي ينظم العلاقة القانونية بين الطرفين²، لذلك إن شرط التحكيم يعني الإتفاق المسبق على التحكيم في نفس العقد الأصلي مصدر الرابطة القانونية من خلاله يتفق الأطراف على ما ينشأ أو سينشأ في المستقبل من نزاع حول تفسير أو تنفيذ العقد يحل بواسطة محكمين³، وقد نصت المادة 5 من قانون التحكيم الفلسطيني رقم 3 لسنة 2000 على هذه الصورة من صور التحكيم بقولها أن يكون اتفاق التحكيم في صورة شرط تحكيم وارد في عقد او اتفاق منفصل⁴، من الناحية العملية يعتبر شرط التحكيم هو الوسيلة الأكثر شيوعاً في التطبيق على المنازعات المصرفية من حيث إنه يبرم وقت إتمام العقد وليس وقت نشوء النزاع⁵، وإن شرط التحكيم لا يتعلق بالنظام العام أي أنه لا يجوز للمحكمة أن تقضي بإعماله من تلقاء ذاتها ، وإنما يتعين التمسك به أمامها ويجوز النزول عنه صراحة او ضمناً⁶.

¹ قرارا إستئناف القاهرة رقم 95 للسنة القضائية 122 مجلة التحكيم العربي العدد 9 2006/8 التي تصدر عن الاتحاد العربي للتحكيم الدولي ص 283 .

² حداد، حمزة احمد ، التحكيم في القوانين العربية ، مرجع سابق، ص103.

³ حسين، محمدي فتح الله، شرح التحكيم في المواد المنية والتجارية ، المرجع السابق ، ص122.

⁴ انظر كذلك قرار محكمة النقض الفلسطينية في قرارها رقم 2005/214 الصادر بتاريخ 2006/6/21

⁵ السيد، احمد مصطفى الدبوسي، التحكيم في العمليات المصرفية، المرجع السابق، ص 324.

⁶ نقض مصري، طعن رقم 291 لسنة 70 لسنة 2001/6/17 مشار اليه في مؤلف حسين محمدي فتح الله، شرح التحكيم، مرجع سابق، ص123.

ب- مشاركة التحكيم المصرفي : قد يرد اتفاق التحكيم في صورة اتفاق لاحق منفصل عن العقد الأصلي بحيث يعرض ما نشأ من نزاع على التحكيم ، عندئذ يسمى مشاركة التحكيم¹، وإن ما يميز مشاركة التحكيم عن شرط التحكيم هو أن مشاركة التحكيم تتضمن بيان المسائل التي تخضع للتحكيم²، حيث أن شرط التحكيم يقوم على منازعة مستقبلية قد تحدث أو لا تحدث، بعكس مشاركة التحكيم التي تقوم على منازعة قائمة³، وقيام مشاركة التحكيم يستلزم توافر شرطين في نفس الوقت الأول هو وجود النزاع وجوداً موضوعياً، والثاني هو اتجاه الإرادة الشخصية لطرفي النزاع نحو تسوية المنازعة عن طريق التحكيم⁴، وفي الواقع العملي إن وجود التفرقة بين شرط التحكيم والمشاركة ليس لها قيمة ولم يعد لها أهمية كبيرة خاصة على صعيد التحكيم التجاري الدولي خاصة من حيث لم يعد هناك اختلاف من حيث القوة الإلزامية⁵.

إلا أن نطاق شرط أو مشاركة التحكيم يتقاطع مع مبدأ استقلالية العقود في عقود التسهيلات المصرفية غير المباشرة كالإعتمادات المستندية و خطابات الضمان، بحيث يتفق الفقه على أن إدراج شرط التحكيم في عقد الأساس لا يؤدي إلى جواز الإحتجاج بالاتفاق المذكور على أطراف خطاب الضمان وهما المصرف والمستفيد⁶، إلا أن هناك خلافا فيما يتعلق بالأساس القانوني لعدم جواز الإحتجاج تجاه فرقاء خطاب الضمان، بحيث ذهب إتجاه على إعتبار أن الإستقلال التام الذي يتسم به خطاب الضمان عن عقد الأساس⁷ هو الذي يمثل الأساس القانوني لذلك الإحتجاج⁸، إلا أنه يرى البعض الآخر⁹ عدم كفاية مبدأ

¹ يونس، محمد مصطفى، المرجع في اصول التحكيم، ط1، 2009، مصر: دار النهضة العربية، ص 156.

² انظر نقض مصري، طعن رقم 1883/س52- ق جلسة 1986/2/6 مشار اليه في حسين، محمدي فتح الله، مرجع سابق، ص126

³ عمر، محمد خالد سليمان، التحكيم في المنازعات المصرفية، رسالة ماجستير، 2015، السودان، ص65.

⁴ المصري، حسني، التحكيم التاريخي الدولي، 2006، المجلة الكبرى: دار الكتب القانونية، ص157.

⁵ السيد، احمد مصطفى الدبوسي، التحكيم في العمليات المصرفية، مرجع سابق، ص 327.

⁶ J.Robert et B.MOREAU, larbitrage ,endroit interneet et droit international prive,1983,p.102.

⁷ عقدد الاساس : هو العقد الذي يكون سببا لخطاب الضمان ويكون بين العمل طالب إصدار خطاب الضمان والمستفيد منه وقد يكون عقد مقاوله أو شراء وغالبا ما يكون خطاب الضمان كضمان لطالب الشراء أو طالب المقاوله على إلتزامات الطرف الآخر طالب الإصدار .

⁸ العموش إبراهيم ، الزيادات أم ، الويز في التشريعات التجارية الأردنية ، دار وائل للنشر ط2، عمان ، 1996 ، ص142 .

⁹ عوض ، علي جمال الدين ، خطابات الضمان المصرفية ، دار النهضة العربية ، القاهرة ، 1991 ص210 .

إستقلال العقود كحجة قانونية لعدم إمتداد أثر شرط التحكيم في خطاب الضمان، لذلك فيرى هذا الجانب أن الحجة الأنسب هي أن العقود لا ترتب آثارها إلا على أطرافها، وبالتالي فإن شرط التحكيم الواقع ضمن عقد الأساس لا يلزم إلا أطراف عقد الأساس .

ومن ذات المبدأ فإن شرط التحكيم الوارد في العقد الأساس بين المشتري طالب فتح الاعتماد والمصدر المستفيد منه ، لا يمكن إن يمتد و يمثل إلتزاماً على أطراف العقد القائم بين كل من العميل طالب فتح الإعتقاد والمصرف ، وذلك إتساقاً مع مبدأ إستقلالية العقود لا سيما أن إلتزام البنك يكون محصوراً وفق العقد الموقع مع العميل بمعاينة المستندات إيداناً للدفع .

ت- الإحالة إلى التحكيم: ومن الممكن أن يرد شرط التحكيم في العقد الأساس وقد يكون في وثيقة أخرى تمثل عقداً مستقلاً، إلا أنه قد يكون قد تضمن إحالة في العقد الأساس لهذه الوثيقة لغايات تطبيق أحكام تلك الوثيقة في الأمور التي لم ينص عليها العقد الاساس¹ .

ومثالاً لذلك أن يتم التوافق بين المستورد طالب فتح الإعتقاد والمصدر المستفيد منه على إحالة أي نزاع بينهما إلى عقد آخر مثل عقد النقل، بحيث إنه وفي حال تضمن هذا العقد شرط التحكيم فإنه يكون التحكيم ملزماً لطرفيه في هذه الحالة ويحول دون الجوء للقضاء العادي ، ومن ذلك أيضاً أن يتم التوافق بين طالب إصدار خطاب الضمان والمستفيد منه على إحالة أي نزاع بينهما لنظام دوكدس التابع لغرفة التجارة الدولية في حال نشوء أي نزاع بينهما .

وقد قضت محكمة تمييز دبي في قرار لها (بأن الإحالة في عقد المقاوله للفيديك لتسوية النزاع تكفي لإلزام الطرفين بإتفاق التحكيم)².

وقد نصت المادة (10) من قانون التحكيم المصري على أنه (يعتبر اتفاقاً على التحكيم كل إحالة ترد في العقد إلى وثيقة تتضمن شرط التحكيم إذا كانت الإحالة واضحة في اعتبار هذا الشرط جزءاً من العقد).

¹ حداد ، حمزة أحمد ، التحكيم في القوانين العربية ، ص 107 .

² طعن رقم 2002/462 بتاريخ 2003/3/2 عدد 14 ص 251 ، والمشار إليه في كتاب التحكيم في القوانين العربية ، د حداد .

وقد قضت محكمة النقض المصرية بأنه (لما كان ذلك ، وكان الحكم المطعون فيه قد انتهى في نطاق سلطته الموضوعية إلى أن سندات الشحن قد تضمنت الإحالة الى شرط التحكيم الوارد في مشاركة الإيجار فإن مقتضى هذه الإحالة أن يعتبر شرط التحكيم ضمن شروط سندات الشحن، فتلتزم به الطاعنه (المرسل إليها) لوروده في نسخ سندات الشحن المرسل إليها باعتبارها في حكم الاصيل فيها) ¹ .

ويلاحظ خلو قانون التحكيم الفلسطيني من هذا النص الذي يعتبر الإحالة أحد صور إتفاق التحكيم على غرار ما جاء في القانون الأردني والقانون المصري بشكل صريح .

وكذلك نصت الفقرة (ب) من المادة (10) من قانون التحكيم الأردني على أنه (يعد في حكم الاتفاق المكتوب كل إحالة في العقد إلى أحكام عقد نموذجي أو اتفاقية دولية أو أي وثيقة أخرى تتضمن شرط تحكيم إذا كانت الإحالة واضحة في إعتبار هذا الشرط جزءاً من العقد).

وفقاً لما نرى فقد تحوط المشرعان المصري والأردني حينما لم يكتفيا الإحالة وسعيًا لنفي الجهالة من خلال عبارة (كانت الإحالة واضحة في إعتبار هذا الشرط جزءاً من العقد) ، حيث إنه يحتج بعلم الأطراف بشرط التحكيم وقبولهم الدمج بين العقد والوثيقة أو العقد الآخر المحال عليه².

المطلب الثاني: هيئة التحكيم في عقود التسهيلات المصرفية :

ورد في المادة (20) من قانون الحكيم الفلسطيني بأنه (تباشر هيئة التحكيم عملها فور إحالة النزاع إليها بعد قبولها مهمة التحكيم بين الأطراف) ، كما نصت المادة (10) من القانون على مايلي (بما لا يتعارض مع أحكام هذا القانون إذا عين إتفاق التحكيم مؤسسة تحكيم فإنه يتم في إطار قواعدها تنظيم إجراءات التحكيم بما في ذلك صلاحية تعيين هيئة التحكيم والإشراف عليها وتحديد النفقات اللازمة وكيفية توزيعها على الأطراف والبت في طلب رد هيئة التحكيم أو أحد أعضائها) ويلاحظ من هذا النص أن القانون قد ترك الحرية لطرفي

¹ الطعن رقم 51 سنة 36 ق - جلسة 1974/04/14 ، المشار إليه في كتاب شرح التحكيم في المواد المدنية لمحمد فتح الله حسين ، 2008 ص102.

² عبد المؤمن، ناجي، في جواز الإتفاق على التحكيم بطريق الإحالة في القوانين الوطنية وعلاقات التجارة الدولية ، دار النهضة العربية 2008 ص33

العلاقة التحكيمية في إختيار إجراءات التحكيم التي يرغب الطرفان بالسير على هديها ، وعليه سنتناول في هذا المطلب القواعد الخاصة لوجود المحكمين وحكم التحكيم .

الفرع الأول: القواعد الخاصة بوجود المحكم

تعرض الفصل الثالث من قانون التحكيم الفلسطيني لموضوع هيئة التحكيم، وقد تناولها في ستة عشر مادة تعرضت فيها إلى بيان آلية تشكيل هيئة التحكيم وآلية تعيينها من قبل الأطراف أو المحكمة وأهليتهم وكفاءتهم والواجبات المنوطة بهم والمدد الملزمين بها ومواصفاتهم وما يتطلب من حيديتهم وحالات ردهم، وعليه سنتعرض في هذه المسألة بعمومها وبشيء من التفصيل فيما يتعلق بما يستوجب بالمحكم في عقود التسهيلات المصرفية.

أولاً : تشكيل هيئة التحكيم : نصت المادة (8) من قانون التحكيم الفلسطيني على أنه (1). تشكل هيئة التحكيم بإتفاق الأطراف من محكم أو أكثر 2. إذا لم يتفق على تشكيل هيئة تحكيم يختار كل طرف محكما ، ويختار المحكمون مرجحا إلا إذا إتفق الأطراف على خلاف ذلك) .

وقد تناول قانون التحكيم الفلسطيني آلية تعيين المحكمين حيث اقتضى في جميع الأحوال ووفقاً للإعتبارات العامة المتبعة، أن تشكل هيئة التحكيم من محكم أو أكثر وأعطت الحق في تعيين المحكم للمحكمة في حال لم يتم تعيين محكم أو امتنع أحد الأطراف عن تسمية المحكم المستوجب عليه تسميته أو في حال اعتذار المحكم وذلك كله سناً لقرار أطراف العلاقة من إختيار التحكيم وسيلة لفض النزاع .

يعد تشكيل هيئة التحكيم من أهم الأعمال في العملية التحكيمية وعند قيام الأطراف بإختيار التحكيم فإنهم يخرجون النزاع من إطار القضاء الوطني إلى إطار القضاء الخاص سواءً من خلال تعيين المحكمين أو الجهة أو المؤسسة التحكيمية التي سيلجأون لها¹ .

¹ سامية راشد ، التحكيم في العلاقات الخاصة ، دار النهضة العربية ، 2004 ، ص54.

وقد حددت المادة (9) من قانون التحكيم الفلسطيني الشروط العامة التي من المقتضى توفرها في المحكم حيث نصت (يجب أن يكون المحكم أهلاً للتصرفات القانونية ومتمتعاً بحقوقه المدنية وغير محكوم عليه في جنائية أو جنحة مخلة بالشرف أو الأمانة أو مفلساً ما لم يرد له اعتباره) .

ويتحدد نطاق صلاحيات المحكم ضمن شرط أو مشاركة التحكيم الذي يتوجب على المحكمين الإلتزام في نطاقها، وفي حال تجاوز المحكم نطاق صلاحياته الموجوده في المشاركة أو الشرط فإن ذلك يكون مدعاة للبطلان، إلا أن مسألة تجاوز المحكم سياق اتفاقية التحكيم مسألة لا تثيرها المحكمة من تلقاء ذاتها لعدم إعتبارها من النظام العام، وإنما يتوجب على طرفي الخصومة إثارتها وهو ما قضت به محكمة النقض المصرية في قرارها والذي ورد فيه (إن خروج المحكمين في حكمهم عن مشاركة التحكيم يجب أن يتمسك به الخصوم أمام المحكمة، وإلا فلا يكون لها أن نقضي من تلقاء نفسها ببطلان الحكم لعدم تعلق ذلك بالنظام العام)¹.

وفي إطار تشكيل هيئة التحكيم في المنازعات المصرفية ومنازعات التسهيلات، فإن أهم ما يميز المحكمين في إطار المنازعات المصرفية هو خبراتهم في المجال المصرفي بحيث إن لكل تخصص أنظمتهم وقوانينه التي من المفترض مراعاتها فوجود محكم متخصص في العمليات المصرفية يلعب دوراً كبيراً في التسريع في عملية التحكيم وبخضار التكاليف والجهد بحيث من الممكن على المحكم المتخصص في الشؤون المصرفية فهم المنازعة بشكل أسرع من غيره من المحكمين ويتم اختيار المتخصصين في العمل المصرفي من أصحاب الخبرة والمراس سندا للحرية الممنوحة في قانون التحكيم لأطراف النزاع ، كما ان اللجوء لأصحاب الخبرة يعطي المحتكمين نوعاً من الراحة والطمأنينة².

وفي هذا الإطار فقد نصت المادة (7) من قرار مجلس إدارة البنك المركزي المصري رقم (202) لسنة (2005) بشأن قواعد التوفيق والتحكيم الإختياري السريع بين البنوك وعملائها المتعثرين على مايلي (يقوم التحكيم السريع على حسم النزاع والفصل في شروط التسوية بواسطة ثلاثة محكمين تتوافر فيهم الخبرة القانونية والمصرفية والمالية اللازمة) .

¹ الطعن رقم 26 سنة 12 ق - جلسة 1943/01/21 ، المشار إليه في كتاب شرح التحكيم في المواد المدنية لمحمد فتح الله حسين ، 2008 ص170 .

² السيد، احمد مصطفى الدبوسي، التحكيم المصرفي، مرجع سابق، ص390.

ويحبذ المختصون في إطار التحكيم اختيار محكمين لهم خبرة كبيرة في المجال المصرفي والمسائل القانونية المتعلقة في هذا المجال وذلك لتيقنهم أن الأحكام التي ستصدر من ذوي الخبرة ستتمس بالقوة والموضوعية وسيتم البت فيها بوقت وجيز¹.

ونرى أن مسألة اعتماد المحكمين في إطار المنازعات المصرفية المتخصصة في مجال التسهيلات المصرفية لا يكفي أن يكونوا من أصحاب الخبرة في العمل المصرفي وإنما يتوجب إضافة لوجب معرفتهم بإجراءات التحكيم فيب أن يكونوا أيضاً من أصحاب المراس من القائمين على رأس عملهم الموابكين للمستجدات كما نرى أن يكونوا من أصحاب الخبرة في مجالات أكثر تخصصاً في العمل المصرفي فمثلاً أن يكون هناك خبراء مصرفيون مختصين بالإعتمادات المستندية يتم اختيارهم للتحكيم في المنازعات المتعلقة بالإعتمادات المستندية ، ولا نرى أنه من السائغ أن يتم الإحتكام لخبير مصرفي في مجال الشيكات للتحكيم في منازعة تتعلق في خطاب الضمان مما يترتب عليه عدم جدوى هذه الخبرة لفض هذه المنازعة وإنما يتوجب أن يكون من الخبراء وأصحاب المراس والموابكين في العمل المصرفي في مجال خطابات الضمان .

ثانياً : مكان التحكيم : نصت المادة (21) من قانون التحكيم الفلسطيني على أنه (إذا لم يتفق أطراف التحكيم على مكان إجرائه فإنه يجرى في المكان الذي تحدده هيئة التحكيم مع مراعاة ظروف النزاع وملاءمة المكان لأطرافه ويجوز لهيئة التحكيم عقد جلسة أو أكثر في أي مكان تراه مناسباً) .

وفي حال توافق الطرفان على إحالة النزاع لإحدى مؤسسات التحكيم فيحدد مكان التحكيم من قبل هيئة التحكيم وفي هذا السياق نصت المادة (18) من لائحة نظام مركز الوساطة والتحكيم لدى إتحاد المصارف العربية على أن (تحدد هيئة التحكيم مكان التحكيم آخذةً بعين الإعتبار مختلف ظروف القضية مالم يكن قد اتفق الأطراف على تحديد هذا المكان) وبناءً على هذه المادة فإن هيئة التحكيم هي من يقوم بتحديد مكان التحكيم ما لم يتفق الأطراف على مكان معين كما ونصت المادة (9) من قرار مجلس إدارة البنك المركزي المصري رقم (202) لسنة (2005) بشأن قواعد التوفيق والتحكيم الإختياري السريع بين البنوك وعملائها المتعثرين على أن (تعقد جلسات التحكيم السريع بشكل مكثف متتابع في الأماكن التي تحددها أمانة التوفيق والتحكيم في الديون

¹ العوادي، محمد صالح علي، التحكيم في العمليات المصرفية ، القاهرة: دار النهضة العربية، 2010، ص371

المتعثرة بالبنك المركزي ، مالم يتفق الطرفان أو تقرر هيئة التحكيم الإنعقاد في مكان آخر ، ولا يجوز مد الجلسات أكثر من أسبوعين وفي هذه الحالة من يقوم باختيار مكان التحكيم الأمانة العامة للتوفيق والتحكيم في البنك المركزي)¹.

ونحن نرى أنه وفي مقترح دراستنا هذه أن الخيار الأفضل لأطراف الخصومة والمكان الأنسب لإجراء التحكيم في منازعات العمليات المصرفية بشكل عام والتسهيلات المصرفية بشكل خاص من الممكن أن يكون في مكان مخصص يخضع لإشراف سلطة النقد الفلسطينية كونها جهة منبثقة عن السلطة الحاكمة وتمثل الجهة الرقابية على أعمال البنوك والتي تحرص دائماً على انتظام عمل المصارف والمحافظة على حقوق المودعين من المواطنين ولكونها أيضاً قادرة على توفير كافة الإمكانيات المناسبة من مكان ملائم ووسائل اتصال وحماية وما إلى ذلك ، وبالتأكيد أنه من المفترض أن يخصص هذا المكان على ضوء إقرار قواعد إجرائية ومنظومة تحكيمية يتم سنّها من الجهات المختصة في سلطة النقد الفلسطينية ضمن مقترح المركز التحكيمي المتخصص في المنازعات المصرفية ويكون النص على مكان التحكيم من ضمن الشروط المقترح تضمينها لعقود التسهيلات .

ثالثاً : لغة التحكيم : نصت الفقرة الأولى من المادة (22) من قانون التحكيم الفلسطيني على ما يلي يجري التحكيم باللغة العربية ما لم يتفق الأطراف على خلاف ذلك ولهيئة التحكيم في حالة تعدد لغات أطراف النزاع أن تحدد اللغة أو اللغات التي تعتمدها (.

ويترتب على تحديد لغة التحكيم أن يتم إستخدام هذه اللغة في كافة إجراءات التحكيم سواءً في كتابة التبايغ أو المذكرات أو اللوائح وكافة المراسلات وكافة القرارات إلا انه يجوز للأطراف الإتفاق على خلاف ما ذكر بحيث من الممكن توافق الأطراف على إستخدام لغة في إجراءات معينة ولغة أخرى في إجراءات أخرى وإذا كانت العلاقة قد نظمت بعدة لغات جاز للهيئة التحكيمية الإستعانة بمترجم وتوحيد اللغة².

¹ السيد، احمد مصطفى الدبوسي، التحكيم المصرفي، مرجع سابق، ص420-ص421.

² بريري، محمود مختار احمد، التحكيم التجاري الدولي، ص105.

كما وقد نصت الفقرة (6) من المادة (20) من لائحة نظام مركز الوساطة والتحكيم لدى إتحاد المصارف العربية على أن (يتم التحكيم باللغة العربية ما لم يتفق الفريقان على إعتقاد لغة أخرى لا سيما لغة العقد) وقد نصت الفقرتان (2و3) من المادة (22) من قانون التحكيم الفلسطيني على أنه (2). لهيئة التحكيم أن تكلف أي طرف تقديم الوثائق المكتوبة مترجمة إلى اللغة أو اللغات المعتمدة أمامها 3. لهيئة التحكيم الإستعانة بمترجم مرخص عند تعدد لغات أطراف النزاع (

وينتقد جانب من الفقه¹ أن المشرع قد ترك حرية اختيار لغة غير العربية للمحكمن أو المحتكمن ، بحيث يرى هذا الجانب أن مسألة اختيار لغة غير العربية يجب أن يخضع لمعيار موضوعي وذلك بأن يتم اختيار لغة العقد و المستندات ، ويرد على هذا الرأي بأن هيئة التحكيم هي الأقدر على اختيار اللغة من الأطراف فهي من سيقوم بتسوية النزاع الذي سيستند لفهمها لمضمونه للبت في الخصومة في الوقت المناسب و دون تأخير للمحتكمن².

ونود الإشارة هنا إلى أن عقود التسهيلات المصرفية غالباً ما تكون باللغة العربية وتكون كافة المراسلات بين البنك والعميل باللغة العربية مما لا يجعل من مسألة اللغة معضلة أمام المهمة التحكيمية إلا أنه في التسهيلات غير المباشرة ولا سيما الإعتمادات المستندية تكون غالبية المراسلات والمخاطبات بين العميل والبنك أو بين البنك والبنوك الأخرى سواء البنك المعزز أو المراسل باللغة الإنجليزية أو بلغة أجنبية أخرى وتستخدم اللغة الأجنبية وغالبا الإنجليزية في الإعتمادات المستندية إبتداءً من طلب الإعتماد المستندي ولحين ورود المستندات ، وهنا لا بد من الإشارة إلى ضرورة الإستعانة بمترجم كما أن الإعتمادات المستندية تمتاز بلغة تجارية خاصة و برأينا أنه قد لا يستقيم الأمر في حال الإستعانة بمترجم مرخص عادي من قبل هيئة التحكيم وإنما يجب الإستعانة وإلى جانب المترجم بأحد خبراء الإعتمادات المستندية لتفسير بعض الإصطلاحات والإختصارات الخاصة بالإعتمادات التي قد لا يعرف حتى المترجم المعتمد معناها وعلى ذات السياق يجب أن يتم التعامل مع بعض أنواع خطابات الضمان .

¹ والي ، فتحي ، الوسيط في القضاء المدني ، دار النهضة العربية ، القاهرة 1987 ، ص 241 .

² السيد ، أحمد مصطفى ، التحكيم في العمليات المصرفية ، مرجع سابق، ص427.

الفرع الثاني: حكم التحكيم والطعن فيه وتنفيذه :

يعتبر حكم التحكيم هو خلاصة كافة إجراءات التحكيم ومن خلاله تنتهي الخصومة ليتم الانتقال بعد ذلك لتنفيذه أو أن يتم السير بإجراء الطعن فيه حيث يتولّى القضاء كلا الإجرائين سالفَيّ الذكر وعليه سنتناول في هذا الفرع شكل حكم التحكيم وآلية إصداره ومن ثم إمكانية الطعن فيه وتنفيذه .

أولاً: تعريف حكم التحكيم وجوانبه الشكلية :

يعرف حكم التحكيم بأنه الحكم النهائي الصادر عن هيئة التحكيم بخصوص النزاع المعروض عليها سواء تم البت بكامل موضوع النزاع أو بجزء منه أو أن يكون قد تم إجابة طلبات أي من الخصوم جميعها أو جزء منها .¹

فحكم التحكيم يمثل الإجراء المنهي للخصومة و يكون من خلال عرض موجز بالوقائع وتسليط الضوء على مواضع النزاع وطلبات كل من طرفي الخصومة والدفع المثاره والردود والإجراءات ومن ثم منطوق الحكم² ونصت المادة (39) من قانون التحكيم الفلسطيني على أنه (يجب أن يشتمل قرار التحكيم على ملخص لإتفاق التحكيم وأطرافه وموضوعه والبيانات المستمعة والمبرزة والطلبات وأسباب القرار ومنطوقه وتاريخ ومكان صدوره وتوقيع هيئة التحكيم) .

وخلافاً للأحكام التي قد تصدرها هيئة التحكيم أثناء سير الخصومة من تدابير مؤقتة أو تحفظية من الممكن على المحكمة أن تقوم بإصدار قرارات وقتية أو في جزء من الطلبات ومثالاً لذلك حسم هيئة التحكيم مسألة إستحقاق التعويض في خصومة معينة قبل إصدار الحكم النهائي بحيث يكون الحكم النهائي متوقفاً على تقدير قيمة هذا التعويض³ ، إلا إنه يجب الإشارة إلى ضرورة تضمّن إتفاق التحكيم على صلاحية هيئة التحكيم إصدار تدابير إحترازية .

¹ حداد ، حمزة أحمد ،التحكيم في القوانين العربية ، مرجع سابق ص381 .

² السيد أحمد مصطفى ، التحكيم في العمليات المصرفية ، مرجع سابق ص445 .

³ د البريري ، محمود مختار ، التحكيم التجاري الدولي ، دار النهضة العربية ، الطبعة الثالثة 2004 ص156 .

وهو ما نص عليه قانون التحكيم المصري في المادة (42) وكذلك قانون التحكيم الأردني الذي جاء فيه (يجوز أن تصدر هيئة التحكيم أحكاماً وقتية أو في جزءٍ من الطلبات وذلك قبل إصدار الحكم المنهي للخصومة كلها) .

وعليه يستوجب أن يصدر حكم التحكيم خلال الميعاد الذي أتفق عليه أطراف الخصومة ، وفي حال لم يتم التوافق بين المحكّمين على ميعاد صدور القرار يجب أن يصدر خلال إثني عشر شهر من بدأ إجراءات التحكيم وهذا ما نصت عليه المادة (38) من قانون التحكيم الفلسطيني كما نصت على أنه وفي حال لم يصدر خلال مدة الإثني عشر شهراً جاز لأي من المحكّمين الطلب من المحكمة المختصة أن تصدر أمراً بتحديد موعد إضافي كما ورد في البند الرابع من ذات المادة بأن المحكمة تصدر قرارها خلال ثلاثة شهور من تاريخ حجز القضية للحكم ويجوز للهيئة تمديد هذه المدة إذا دعت الضرورة لذلك ¹ .

ونرى أن المشرع الفلسطيني كان من الأولى به أن يقيد هيئة التحكيم في المدة المحددة للفصل بالنزاع من تاريخ حجز القضية للحكم حينما أجاز لها التمديد لفترة إضافية دون تحديد سقفا زمنياً لهذه الفترة لا سيما أنه قد ترك للمحكمة أيضاً السلطة في تحديد مدة صدور الحكم في الفقرة (2) من المادة (38) في حال عدم إلزام هيئة التحكيم بإصدار القرار في المدة المحددة ، وهذا خلافاً للمشرع المصري الذي حدد هذه الفترة بأن لا تزيد عن ستة شهور .

إلا ان المشرع الأردني كان أكثر إقتضاباً من المشرع الفلسطيني حينما حدد في نص المادة (37) وجوب إصدار القرار خلال إثني عشر شهراً من تاريخ بدأ الإجراءات ، ويلاحظ ان المشرع الأردني كان أكثر تحديدا حينما أورد في النص هذه المدة لإنهاء الخصومة كلها حيث ورد فيه (على هيئة التحكيم إصدار الحكم المنهي للخصومة كلها خلال الموعد الذي إتفق عليه الأطراف فإن لم يوجد إتفاق وجب أن يصدر الحكم خلال إثني عشر شهرا من تاريخ بدأ إجراءات التحكيم)

¹ نود التنويه إلا ان النص التشريعي قد تضمن خطأ حينما أشار في الفقرة (2) للفقرة (1) بينما كان من المتوب أن يشير إلى البند(ب) من الفقرة (1)

وقد سبق المشرع المصري المشرع الأردني في تحديد ذات المدد من خلال نص المادة (45) من قانون التحكيم المصري إلا أنه قد أضاف على ذلك تحديد سقفاً زمنياً لهيئة التحكيم في حال التمديد بمدة ستة شهور وفقاً لما أسلفنا .

وقد يتوارد السؤال فيما يتعلق بصيرورة العملية التحكيمية في حال إنقضاء هذه المدد حيث أوردت المادة (43) من قانون التحكيم الفلسطيني في سياق أسباب الطعن في قرار التحكيم المؤدية للبطلان (بطلان إتفاق التحكيم أو سقوطه بإنهاء مدته) ونرى أن المشرع الفلسطيني في هذا السياق كان من الأولى به أن ينص على بطلان قرار التحكيم في هذه الحالة وليس بطلان الإتفاق لأن المدد الواردة في القانون تتعلق بسير العملية التحكيمية لحين إصدار القرار إلا إذا كان المقصود بالمدة الزمنية المتفق عليها هي المدة المتاحة لتوافق الطرفين على إجراء التحكيم من تاريخ نشوء النزاع الذي لا يمكن تحديده ، كما انه وفي حال تجاوز المحكمين للمدد المتفق عليها أو المنصوص عليها في القانون لأسباب لا دخل لهم فيها فإنه لا يسوغ ذلك الإدعاء بالبطلان وهو ما أيدته محكمة النقض المصرية في قرارها حيث ورد فيه (لا يقبل التحدي لأول مرة أمام محكمة النقض بأنه لا يحق لأحد طرفي مشاركة التحكيم أن يتمسك بانقضائها لمضي الأجل المحدد في القانون لإصدار الحكم في خلاله إذا كان قد عمل على تعطيل المحكمين عن أداء وظيفتهم)¹ .

ولمسألة سرعة إصدار حكم التحكيم في مجالات العمليات المصرفية وعمليات الإئتمان أهمية بالغة حيث إن الوسط المصرفي كبيئة مالية يمتاز بسرعة وعدم استقرار وتقلب مستمر بالأسعار مما قد يلحق الخسارة نتيجة للتأخر في البت في الخصومات² .

وعليه فقد ورد في الفقرة (1) من المادة (22) من لائحة مركز الوساطة والتحكيم في اتحاد المصارف العربية ما يلي (على هيئة التحكيم إصدار حكمها خلال مهلة ستة أشهر إعتباراً من تاريخ توقيعها على المحضر المذكور في المادة (19) أعلاه³ .

¹ الطعن رقم 176 سنة 24 ق - جلسة 1958/06/19 ، المشار إليه في كتاب شرح التحكيم في المواد المدنية لمحمد فتح الله حسين ، 2008 ص 186

² د العوادي ، محمد صالح التحكيم في المعاملات المصرفية ، مرجع سابق ص 420 .

³ نصت المادة (19) على أنه (يقوم جهاز التحكيم قبل المباشرة بالنظر في القضية بوضع محضر يحد فيه مهمته وذلك على اساسا المتندات المقدمة .)

كما نصت الفقرة (4) من المادة (38) من قانون التحكيم الفلسطيني على انه (يصدر قرار التحكيم بالإجماع أو بأكثرية الآراء بعد المداولة إذا كانت هيئة التحكيم مشكلة من أكثر من محكم واحد أو بقرار من المرجح عند تعذر الحصول على الأكثرية) ولا نرى إختلافا في هذه الحال بين القول بالأغلبية أو بموجب قرار المرجح لظالما ان هذا المرجح بصوته قد مثل هذه الأغلبية .

وهو ما يتوافق مع المادة (40) من قانون التحكيم المصري وهو أيضاً ما نص عليه قانون التحكيم الأردني في المادة (38) إلا انه تميز بعبارة ما لم يتفق الطرفان على غير ذلك¹ ، والذي لا نرى أنه يستوي أن يترك ذلك للحرية المطلقة لطرفي النزاع لإحتمال توافقهما بجهالة على ما يفقد العدالة قيمتها.

ثانياً : الطعن في قرار التحكيم :

تناولت المادة (43) من قانون التحكيم الفلسطيني بيان أسباب الطعن في حكم التحكيم حصراً في سبعة أسباب وهي (فقدان الأهلية لأحد الأطراف أو أصابة أحد أعضاء هيئة التحكيم بعارض قبل صدور الحكم أو مخالفته للنظام العام و بسقوطه لإنهاء مدته ، أو مخالفة هيئة التحكيم لما اتفق عليه الطرفان إذا إعتراه بطلاناً أثر بالحكم أو أنه تم التحصل على هذا القرار عن طريق الغش) ، و يتشابه المشرع الأردني مع المشرع الفلسطيني في نص المادة (49) من قانون التحكيم الأردني وكذلك المشرع المصري في نص المادة (53) من قانون التحكيم المصري فيما يتعلق بأسباب بطلان حكم التحكيم و فيما يتعلق بمخالفة الإجراءات التي توافق عليها المختصمين أو في حال تعارض القرار مع النظام العام إضافة إلى شرط قد رتبّه المشرعين الأردني والمصري صراحة كأحد أسباب البطلان ألا وهو الكتابة والذي لم ينص عليه القانون الفلسطيني رغم إشتراطه إلا أنه لم ينص صراحة على بطلانه في حال عدم توفر الكتابة والذي يترتب عليه إمكانية إعتبار الكتابة في التحكيم في القانون الفلسطيني شرطاً للإثبات وليس للإنعقاد ، كما نود التنويه إلى أنه و في هذا السياق هناك بعض موجبات البطلان التي لا تسبب بطلاناً مطلقاً و إنما يكون فيها البطلان نسبياً ، كما لو ثبت نقص الأهلية لأحد أعضاء طرفي النزاع وبالتالي فإن الإتفاق والحالة هذه من الممكن إبطاله لصالح

1 حيث نصت المادة (38) من القانون الأردني على انه (إذا كانت هيئة التحكيم مشكلة من أكثر من محكم واحد يتخذ أي قرار لهيئة التحكيم بما في حكم التحكيم النهائي بالإجماع أو بالأغلبية)

الطرف ناقص الأهلية فقط ولا يسري على خلافه¹ وفي ذلك قد قضت محكمة النقض المصرية أن (بطلان
المشارطة لعدم الأهلية هو بحكم المادتين 31 و132 من القانون المدني بطلان نسبي إلى عديم الأهلية فلا
يجوز لذوي الأهلية التمسك به)².

كما قد نصت المادة (44) من قانون التحكيم الفلسطيني على أنه (يقدم طلب الطعن في قرار التحكيم إلى
المحكمة المختصة خلال ثلاثين يوماً من اليوم التالي لتاريخ صدور قرار التحكيم إن كان وجاهياً وإلا فمن اليوم
التالي لتاريخ تبليغه) وهو ما توافق مع المادة (50) من قانون التحكيم الأردني .

ثالثاً : تنفيذ حكم التحكيم :

نصت المادة (47) من قانون التحكيم الفلسطيني (بكون لقرار التحكيم بعد تصديقه من المحكمة المختصة
القوة والمفعول التي لقرارات المحاكم ويتم تنفيذه بالصورة التي ينفذ فيها أي حكم أو قرار صادر عن محكمة وفقاً
للأصول المرعية) كما تعرضت المادة (50) من قانون التحكيم الفلسطيني إلى المستندات المتوجب توفرها
لتنفيذ حكم التحكيم وهي (1. قرار التحكيم الأجنبي يجب أن يكون مصدقاً عليه من المعتمد السياسي أو
القنصلي الفلسطيني في ذلك البلد إن وجد 2. أن يكون القرار مترجماً إلى اللغة العربية من مترجم قانوني معتمد
) ويلاحظ في هذا النص أن المشرع الفلسطيني قد إفترض هذه المتطلبات إذا كان حكم التحكيم أجنبياً

بينما أجمل المشرع المصري متطلبات تنفيذ الحكم في نص المادة (56) من قانون التحكيم المصري بشكل
عام و التي تتضمن (أصل الحكم موقع ، صورة من اتفاق التحكيم ، ترجمة رسمية لحكم التحكيم إن كان
أجنبياً ، صورة من محضر إيداع حكم التحكيم) ويعتبر عدم تضمين حكم التحكيم أي من هذه المستندات وفقاً
لللقانون المصري سبباً في بطلان الحكم مما يترتب عليه عدم صدور قرار تنفيذ الحكم³ وقد قضت محكمة
النقض المصرية في حكم لها بلزوم أن يتضمن حكم التحكيم صورة من اتفاق التحكيم وفي حال عدم تقديم
الصورة يؤدي ذلك إلى بطلانه⁴، ويستشف من الحكم السابق عدم قبول الحكم للتنفيذ بسبب بطلانه لعدم

¹ بريري ، محمود مختار ، التحكيم التجاري الدولي ، مرجع سابق ص217 .

² الطعن رقم 73 سنة 17 ق – جلسة 1984/11/18 ، المشار إليه في كتاب شرح التحكيم في المواد المدنية لمحمد فتح الله حسين ، 2008 ص126

³ السيد ، أحمد مصطفى البوسي ، التحكيم في العمليات المصرفية ، مرجع سابق ، ص 459 .

⁴ الطعن رقم 10635 لسنة 76 قضائية لسة 2007/02/27 مجلة التحكيم العربي عدد 11 ، 2008 ص221 .

تضمنه صورة من اتفاق التحكيم حيث أننا نرى أن ذكر اتفاق التحكيم في نص الحكم يجزي عن ارفاق صورة منه مع الحكم .

إلا أننا نرى أنه كان من الأولى بالقضاء أن يوضح أن البطلان والحالة هذه لا يقع على حكم التحكيم وإنما يقع على إجراءات تنفيذه فقط حيث ليس هناك ما يسوغ إبطال حكم تحكيم قد صدر وفق الأصول ووفقاً لما ورد في مشاركة التحكيم .

كما نصت المادة (49) من قانون التحكيم الفلسطيني على جواز طلب المحكوم عليه عدم تنفيذ قرار التحكيم الأجنبي في حالات ثبوت بطلانه وفقاً للأسباب الواردة في المادة (43) من ذات القانون أو أنه قد تم إبطال تنفيذه من قبل إحدى المحاكم في البلد التي صدر فيها أو أنه قد استؤنف في ذات البلد أو أنه قد أصدرت إحدى محاكم فلسطين قراراً مناقضاً له ، والذي أورده قانون التحكيم المصري في الفقرة (أ) من المادة (58) في صورة أخرى من خلال إشتراط عدم تعارضه مع حكم آخر .

إلا أنه من المتوجب التفرقة بين حالتين الحالة الأولى تتمثل في حال لم يكن بالإمكان التوفيق بين الحكمين المتعارضين وبالتالي يترتب على المحكمة المختصة إصدار قرارها برفض تنفيذ الحكم الأجنبي وفي الحالة الثانية إذا كان بالإمكان التوفيق بين الأحكام المتعارضة فهنا من الممكن أن تقوم المحكمة المختصة بتنفيذ حكم التحكيم بعد التوفيق بين الحكمين ¹ وهو ما قضت به محكمة النقض الفرنسية بجواز قيام المحكمة بتنفيذ حكم تحكيم أجنبي تم إبطاله جزئياً في بلد مكان التحكيم ².

المبحث الرابع : التحكيم في التسهيلات المصرفية قواعده و مزاياه و عيوبه

سنتناول في هذا المبحث وفي المطلب الأول منه أهم القواعد الدولية الناظمة للعملية التحكيمية في الشأن المصرفي والتي تتناول أولها تحديداً التسهيلات غير المباشرة والمتمثلة بالإعتمادات المستندية وخطاب الضمان لما لها من أهمية ولما لحسم منازعاتها من دور في عدم تعطيل عجلة الاقتصاد ، ومن ثم نتناول قواعد التحكيم

¹ السيد ، أحمد مصطفى الدبوسي ، التحكيم في العمليات المصرفية ، مرجع سابق ص462 .

² COSS.Com.du15jullet 1999 . Available on 4-5-2013 on the website : www.gouv.fr/affichjurijudi.do?oldAction

لدى إتحاد المصارف العربية وهي التي تمثل الجهة الجامعة لأكبر وأكثر المؤسسات المصرفية العربية والتي كان لها الدور الكبير في فض المنازعات التي يشترك في أحد أطرافها مصرف ومن ثم سنتناول في هذا المبحث ميزات التحكيم المصرفي والتي كانت من دوافع دعوتنا في هذا البحث لاتباع التحكيم المصرفي ومن ثم سنتعرض لعيوب التحكيم المصرفي آملين ومن خلال عرضها ابتداء الحلول لتجاوزها لاستخلاص ميزاتهِ دون عيوبهِ .

المطلب الأول :قواعد التحكيم الدولي الأساسية المطبقة في منازعات التسهيلات المصرفية

قد إرتأينا في هذا المطلب أن نستعرض بعض القواعد الإجرائية الدولية في التحكيم والمتخصصة في التحكيم المصرفي والتي راعت الإعتبارات المصرفية لا سيما التسهيلات المصرفية حيث سندرس بالفرع الأول من هذا المطلب نظام دوكدكس للتحكيم في منازعات الإعتمادات وخطابات الضمان لكونه أحد الأنظمة المتخصصة في المنازعات المصرفية وتحديداً المنازعات في التسهيلات الغير مباشرة وذلك نظراً لما قد يعترها من منازعات بسبب تعدد أطراف العلاقة في فيها وتعدد العلاقات وإستقلالها ونظراً لأهميتها البالغة لمنظومة الإستيراد والتصدير والعلاقات التجارية التي تمثل أهم ركائز الإقتصادية ومن ثم سنتعرض في الفرع الأول لنظام التحكيم لدى إتحاد المصارف العربية لكونه أكبر المنظمات العربية الجامعة لأكبر عدد من المؤسسات المصرفية ولكونه الأكثر تطبيقات في المنازعات المصرفية في الوسط العربي مع بيان رأينا فيه و إبداء ملاحظاتنا حوله .

الفرع الأول : قواعد نظام دوكدكس للتحكيم :

تتميز الإعتمادات المستندية بأنها من أهم ركائز التجارة والتبادل التجاري الدولي فهي الوسيلة القانونية الآمنة التي يتم من خلالها إتمام آلاف الصفقات التجارية و إجراء الآف عمليات الإستيراد والتصدير سنوياً كما وتتميز الإعتمادات المستندية بتعدد علاقاتها وتعاقباتها وإستقلالها بين البنوك والعملاء وفقاً لما أوضحناه سابقاً ومن الطبيعي أن ينتج عن تعدد العلاقات هذه التي تتضمن الكثير من الإلتزامات المتبادلة الدقيقة بعض الخلافات

والمنازعات التي أرتأت على إثره غرفة التجارة الدولية بباريس¹ أفراد بعض القواعد الموضوعية لها من خلال إنشاء الأصول والاعراف الموحدة للإعتمادات المستندية على عدة نشرات متتالية ومتجددة كان آخرها النشرة رقم 600 للعام 2007² ، ومن هنا كان لا بد من ابتداء نظام تحكيمي خاص لفض المنازعات التي تنتج عن تطبيق هذه القواعد والتي اتسع نطاقها لتشمل لاحقاً المنازعات الناتجة عن القواعد المتعلقة بخطابات الضمان والتي لا تقل أهمية في العمل المصرفي عن الإعتمادات المستندية .

كما يعد مركز التحكيم التابع لغرفة التجارة الدولية من أهم مراكز التحكيم المؤسسي على صعيد العالم خاصة في المنازعات المصرفية ، حيث يحظى باهتمام بالغ من قبل غرفة التجارة الدولية نظراً لما تلعبه التجارة الدولية من دور هام في تطوير اقتصاديات الدول ، ولا بد لنا من الإشارة إلى أن غرفة التجارة الدولية بباريس تقوم وباستمرار بإصدار التعليمات واللوائح التي تنظم المسائل التي تتعلق بالإعتمادات المستندية وتسوياتها وذلك من خلال إنشاء لجان فنية مختصة كما ويتم دراسة اللوائح والأنظمة بشكل مستمر لمواكبة كافة مستجدات التجارة الدولية وتحديثها بما يتوافق مع تطورها وكذلك تعمل على استحداث الحلول للمشكلات التي قد تطرأ على مستندات التجارة الدولية واستطراداً لدورها في إصدار الأنظمة المواكبة لمستجدات ومتطلبات الإعتمادات المستندية قامت غرفة التجارة الدولية بعمل نظام خاص للتحكيم في منازعات الإعتمادات المستندية تحت مسمى نظام (دوكدكس) للتحكيم في منازعات التسهيلات المصرفية³ .

وعليه فإننا سنتعرض في هذا البند لماهية نظام دوكدكس مع بيان تطوراته معرجين على الهيئة الحاكمة فيه ومن ثم القواعد الناظمة لإجراءات التحكيم وفقاً لهذا النظام مذيلين هذا الفرع بتعليق على هذه القواعد .

1 تأسست عام 1919 في باريس ببادرة من وزير التارة الفرنسي بهدف خدمة قطاع الأعمال الدولي عن طريق التارة والإستثمار وفتح الأسواق للسلع والخدمات والتدفق الحر لرأس المال .

2 هي المرجعية المشتركة للأعراف والممارسات الموحدة للإعتمادات المستندية الصادرة عن غرفة التجارة الدولية والتي تهدف إلى خلق مجموعة من القواعد التعاقدية فيما يتعلق بتنظيم عمليات الإعتمادات المستندية .

3 د. عبد القادر ورسمه غالب، موقع رقابة للاستشارات المالية والإسلامية، مقال بعنوان التحكيم في منازعات الإعتمادات المستندية / تحكيم نظام دوكدكس تاريخ الزيارة <http://raqaba.co.uk> /3/14/2017 .

1- ماهية نظام دوكدكس :

يعد نظام دوكدكس أحد أهم الخيارات المتاحة للجوء إليها في حل المنازعات المنبثقة عن الإعتمادات المستندية وتعني كلمة دوكدكس (Documentary disputes expertise) أي تسوية منازعات الإعتمادات المستندية بواسطة الخبرة ، ويشترط لإعمال نظام دوكدكس على منازعات الإعتمادات المستندية أن يتم تضمين شرط اللجوء إلى النظام من ضمن الشروط الإضافية في طلب الإعتماد المستندي وذلك لإعتبار اللجوء للتحكيم من خلال نظام دوكدكس ملزماً لجميع الأطراف ويتم تسوية كافة المنازعات المتعلقة بالإعتمادات المستندية في هذا النظام من خلال خبير أو أكثر وفقاً لقواعد غرفة التجارة الدولية ، ولإعمال شرط التحكيم لنظام دوكدكس والحصول على قرار يستوجب تقديم طلب من أربع نسخ لغرفة التجارة الدولية ودفع الرسوم التي تعتبر رسوماً رمزية ويرفق بالطلب ملخص النزاع و كافة مستندات الإعتماد المستندي وما تضمن من تعديلات عليه بحيث تقوم (لجنة الممارسات المصرفية لغرفة التجارة الدولية) بإحالتها لفريق من الخبراء لإبداء رأيها فيها خلال 30 يوماً وفي جميع الأحوال تصدر اللجنة قرارها الفاصل في المنازعة موضوع التحكيم خلال شهرين إلى ثلاثة شهور كحد أقصى وفقاً لما هو منصوص عليه في النظام ويتم اعتبار المبادئ العامة لغرفة التجارة الدولية في عملية الفصل في المنازعة بحيث يتم التحقق وعند صدور القرار من عدم مخالفته وتعارضه مع إجراءات ومبادئ غرفة التجارة الدولية¹.

ويتمثل الغرض الرئيسي من قواعد دوكدكس بتزويد أطراف النزاع في عملية الإعتماد المستندي بإجراءات تقضي إلى صدور قرار من قبل محكم خبير في مسائل الإعتمادات المستندية ومستقل ومحايد لتسوية المنازعات الناشئة عن تطبيق الأعراف الموحدة للإعتمادات المستندية وكذلك القواعد الموحدة لخطاب الضمان والقواعد الموحدة لتسوية البنوك فيما بينها والقواعد الموحدة للتحصيل² .

¹ موقع letter of credit - تمت الزيارة بتاريخ: 2017/03/14 <http://www.letterofcredit.biz/docdex.html>

² المادة (1) من نظام دوكدكس للتحكيم .

2- تطور نظام دوكدكس :

ظهر نظام دوكدكس إبتداءً عام 1997 لي طرح نظام بديل ومتخصص لقواعد غرفة التجارة الدولية حيث كان مقتصرًا بدايةً على النزاعات التي تنشأ نتيجة لتطبيق القواعد الموحدة للإعتمادات المستندية ليتسع نطاقه في عام 2002 ليشمل المنازعات التي تنشأ عن تطبيق القواعد الموحدة لخطابات الضمان وقد تم موافقتها حديثًا لتتسجم مع آخر إصدارات الأعراف و القواعد الموحدة للإعتمادات المستندية رقم 600 وآخر إصدارات أعراف وقواعد خطابات الضمان رقم 758 .

ولم يلقى هذا النظام في بدايته رواجاً كافياً بحيث اقتصرت القرارات الصادرة عنه منذ نشأته عام 1997 ولغاية عام 2003 على 34 قرار فقط إلا انه قد ازداد اللجوء لنظام دوكدكس من عام 2004 وحتى عام 2008 حيث صدر ما يعادل 43 قرار تقدر قيمتها بمبلغ 22 مليون دولار ، كما شهدت الفترة ما بين عام 2009 و 2012 أي خلال ثلاث سنوات اتخاذ 40 قرارا بما قيمته 134 مليون دولار 1 ، ويعزى تزايد اللجوء لنظام دوكدكس إلى تزايد وضوح نظام دوكدكس وشموله لكافة أنواع المنازعات وتفصيلها مما أدى إلى تزايد الثقة في هذا النظام .

3- لجنة التحكيم لدى نظام دوكدكس

تضم لجنة الممارسات المصرفية لدى نظام دوكدكس أشخاصاً من ذوي الخبرات من مصرفيين وقانونيين وتجار من مستوردين ومصدرين ويتم اختيارهم من خلال اللجنة الوطنية التي يتبع لها هذا الخبير في بلده وبعد صدور القرار في المنازعة يتم إخطار طرفي العلاقة بها ويتم وضع النسخة الأصلية من القرار لدى مركز التحكيم في غرفة التجارة الدولية لمدة عشر سنوات بحيث يتم الرجوع إلى القرار كسابقة في حالات المنازعات المشابهة والمتكررة 2.

¹ عمر ، خالد محمد سليمان ، التحكيم في المنازعات المصرفية ، مرجع سابق ، ص 203 .

² د. عبد القادر ورسمه غالب/ <http://raqaba.co.uk> / مرجع سابق.

وعند عرض النزاع تقوم لجنة الخبرة (المركز)¹ بتعيين ثلاثة خبراء من قائمة خبراء المركز من أصحاب الخبرة والمراس في غرفة التجارة الدولية علماً بأن هناك ما يقارب 90 خبيراً من المسجلين لدى المركز يكونوا عادة من أصحاب الخبرات من المصرفيين والحقوقيين المصرفيين².

4- قواعد وإجراءات نظام دوكدكس :

ويتكون نظام دوكدكس من إثني عشر مادة تتضمن بيان لكافة الإجراءات المتبعة فيها للوصول إلى الحكم بحيث تتعرض المادة الأولى منه لتعريفات ، أما الثانية تتعرض لكيفية تقديم الطلب للإحتكام بعد نشوء المنازعة أو ما يعني تقديم الإدعاء ، والمادة الثالثة تناولت موضوع المدد الزمنية للرد ومدة تقييم المستكمالات ، والمادة الرابعة تناولت موضوع رد المدعى عليه ومرفقاته ، بينما في المادة الخامسة ايضاً للبيانات والمعلومات والوثائق المطلوب تقديمها للإحتكام ، وقد تناولت المادة السادسة آلية إيداع المستندات وتقديم البيانات واختتام المرافعات ، وتناولت المادة السابعة موضوع تعيين الخبراء حيث أن مسائل الاعتمادات المستندية تعتمد على الخبرة بشكل كبير نظراً لتضمنها كثير من الأمور تستلزم الخبرة في شتى المجالات سواءً على صعيد التجارة أو القانون و نظراً لتضمن علاقات الإعتمادات المستندية العديد من العلاقات والعقود سواءً على صعيد تخمين وتقدير الأضرار أو حتى على صعيد التأمين ، ومن ثم تضمنت المادة الثامنة الإجراءات التي تقوم بها هيئة التحكيم لغايات إصدار القرار ، ومن ثم تضمنت المادة التاسعة كيفية إصدار القرار وتبليغه ونشره للأطراف ، وتعرضت المادة العاشرة لبيان تكاليف الإحتكام ، والمادة الحادية عشر تعرضت لنطاق المسؤولية في إطار إصدار النظام ، ويتوفر لدى غرفة التجارة الدولية قائمة بالخبراء وفقاً لما أوردناه آنفاً ويتم توقيعهم على إفصاح باستقلاليتهم وعدم وجود أية علاقة لهم في موضوع النزاع وذلك لأن أغلب الخبراء من أصحاب المراس في ذات المجال و من الوارد أن يكون لأي منهم علاقة في موضوع النزاع³.

¹ وذلك وفقاً لما أُصطلح على تسميتها من قبل نظام دوكدكس لدى غرفة التجارة الدولية .

² Chang-soon Thomas SongK op.cit.p535

³ موقع/ <https://iccwbo.org/dispute-resolution-services/docdex/> موقع غرفة التجارة الدولية ، خدمات الحلول ، تاريخ الزيارة 2017/3/14.

وتبدأ إجراءات دوكدكس بتقديم طلب الإحتكام من أحد أطراف النزاع أو من كليهما بحيث يتضمن أسماء أطراف النزاع وطلبهما الصريح بالإحتكام وملخص النزاع الذي يبين التفاصيل وإرفاق كافة المستندات لا سيما نسخ من الإعتقاد موضوع المنازعة ويكون ذلك بعد سداد الرسم كاملاً¹ .

حيث يقوم المركز بإخطار الأطراف مما يستوجب الرد الموجز على هذه الإخطار خلال 30 يوماً من بحيث يجب أن يتضمن الرد كافة المستندات المرفقة ويسلم في مقر المركز في مدينة باريس على أربعة نسخ ليتم بعد ذلك إحالتها للمحكمن² .

ووفقاً للمادة (7) من النظام يحق للمحكمن ومن خلال رئيسهم طلب معلومات إضافية عن المنازعة ويتوجب على المحكمن إصدار قرارهم خلال 30 يوماً من إستكمال كافة المعلومات والذي يعرض بالنتيجة على المستشار الفني للتحقق من تطابقة مع غرفة التجارة الدولية³ .

ويتضح لنا بأن نظام دوكدكس قد جاء استجابة لضرورة ملحة في ظل قلة خبرة القضاء العادي في مجال الإعتمادات المستندية بشكل خاص و عمليات البنوك بشكل عام حيث يفتقر الكثير من القضاء إلى الثقافة والمعلومات الكافية لتطبيق النصوص على عمليات الإعتمادات المستندية ، إضافة إلى أن النصوص القانونية الواردة في التشريعات في سياق الإعتمادات المستندية غير كافية وغير شاملة كما أنها لم تأت واضحة ومفصلة ليتمكن القضاء من فهم مضامينها ، وعليه فإن القاضي العادي عند البت في المنازعات المتعلقة بالإعتمادات المستندية يعاني من الغموض سواءً في فهم طبيعة النزاع أو في مسألة فهم معاني النصوص الناظمة للإعتمادات المستندية . إلا أنه يؤخذ على غرفة التجارة الدولية أنها اقتصرت على وضع قواعد تحكيم فقط فيما يتعلق بالإعتمادات المستندية وخطابات الضمان بحيث أننا نرى وجوب تنظيم مسائل كثيرة في إطار العمليات المصرفية على غرار ما تم في نظام دوكدكس وعلى أن لا تقتصر المسائل على الإعتمادات المستندية وخطابات الضمان فقط ، كما يؤخذ على النظام قصره في التطبيق على الإعتمادات المستندية حصراً وفقاً لقواعد الأعراف الصادرة عن غرفة التجارة الدولية وتحديداً وفقاً للإصدار الأخير رقم 600 لسنة 2007 فقط

¹ عمر ، خالد محمد سليمان ، التحكيم في المنازعات المصرفية ، مرجع سابق ، ص 207 .

² المادة (3) من نظام دوكدكس للتحكيم .

³ القاعدة 7 من نظام دوكدكس للتحكيم .

مما يشير إلى عدم إتسامه بالمرونة نوعاً ما حيث أن أية تفاهات خارج إطار هذه الأعراف لا يمكن أن يطبق بشأنها نظام دوكدكس .

الفرع الثاني : قواعد التحكيم طبقاً لنظام اتحاد المصارف العربية .

سنتناول في هذا الفرع دور اتحاد المصارف العربية بالتحكيم المصرفي، وذلك من خلال نظام مركز الوساطة والتحكيم لدى اتحاد المصارف العربية رقم (200) لسنة 1980، بحيث سيتم التطرق وبشكل موجز للحديث عن ماهية هذا الإتحاد من حيث نشأته وأهدافه والعضوية فيه، ومن ثم الانتقال للحديث عن إجراءات التحكيم بموجب نظامه .

أولاً : التعريف باتحاد المصارف العربية :

لا بد لنا بداية من مقدمة تعريفية بسيطة باتحاد المصارف العربية فقد تأسس اتحاد المصارف العربية في 13 آذار عام 1974، وذلك نتيجة اجتماع قيادات المصارف والإدارة العرب تحت مظلة المنظمة العربية للتنمية الإدارية، وذلك بهدف إنشاء منظمة عربية تعمل في نطاق الإتحادات المنبثقة عن جامعة الدول العربية. إذ أرادته مؤسسه منظمة جامعة للمصارف العربية وذلك من أجل رعاية شؤونها وتعزيز التعاون فيما بينها، وسندا رئيسيا في عملية النمو المصرفي في المنطقة العربية، ودعم عملية التنمية الاقتصادية في الوطن العربي ، في حين تتمثل أهداف هذا الاتحاد في دعم الروابط وتوثيق أواصر التعاون بين المصارف العربية، وإبراز كيانها العربي تحقيقاً لمصالحها المشتركة، وتطوير العمل المصرفي والتمويلي في الدول العربية، وزيادة فاعلية الدور الذي تقوم به المصارف ومؤسسات التمويل العربية في رفع عملية التنمية الاقتصادية والاجتماعية، وحيث إنه لا تقف أهداف الاتحاد عند هذا القدر فحسب، فقد سعى وما زال يسعى إلى أن يكون سندا أساسيا وحقيقيا للعمل الاقتصادي العربي المشترك، وحجر الأساس في بناء وتطور التعاون المصرفي ووضعه في خدمة أغراض التنمية المصرفية والمالية والاقتصادية في الوطن العربي¹.

¹ موقع اتحاد المصرف العربية، نبذة تعريفية، www.uabonline.org ، تاريخ الزيارة 2017/03/19

في حين أن العضوية في الاتحاد تضم أكثر من 320 مؤسسة، تشمل أكبر وأبرز المؤسسات المصرفية والمالية العربية، وهذا بدوره يجعل الاتحاد أكبر تجمع مصرفي ومالي في المنطقة. إذ تنقسم العضوية فيه إلى فئتين: الأولى تضم الأعضاء العاملين وتشمل المؤسسات المصرفية وصناديق التنمية العربية والمصارف العربية- الأجنبية المشتركة وشركات وهيئات ومؤسسات التمويل والاستثمار العربية، أما الفئة الثانية فتضم الأعضاء المراقبين وتشمل المصارف المركزية والإتحادات والجمعيات المصرفية العربية والمصارف والمؤسسات المالية العربية المشتركة التي تقل نسبة المساهمة فيها عن 51% وبعدها 25%، ومن الجدير بالذكر أن المقر الرئيسي للاتحاد يقع في العاصمة اللبنانية بيروت، وذلك مع وجود مكاتب خارجية تابعة في عدة دول عربية ومنها مصر والسودان والأردن، وتوافر شبكة من العلاقات الإستراتيجية مع كبرى المؤسسات المصرفية والمالية المنتشرة في الدولة العربية¹.

وبعد حديثنا عن اللحة التعريفية باتحاد المصارف العربية من حيث النشأة والأهداف والعضوية والمقر، ففي هذا القسم سوف يتم الولوج للحديث عن التحكيم بموجب نظام مركز الوساطة والتحكيم لدى اتحاد المصارف العربية رقم (200) لسنة 1980 وبالتحديد الفصل الثاني منه في المواد (9- 26).

ثانياً : آلية اللجوء للتحكيم وفقاً لإتحاد المصارف العربية :

إذ تضمنت المادة (9) منه النص على شروط اللجوء إلى التحكيم² عن طريق اتحاد المصارف العربية وهي على النحو الآتي:

1. أن يكون الخلاف حاصل بين عضوين أو أكثر من أعضاء الاتحاد أو بين عضو أو أكثر من الإتحاد وطرف أو أكثر من خارجه.

¹ موقع اتحاد المصرف العربية، نبذة تعريفية، www.uabonline.org ، تاريخ الزيارة 2017/03/19

² نصت المادة (9) من نظام الوساطة والتحكيم لدى إتحاد المصارف العربية على " يحل كل خلاف ينشأ بين عضوين أو أكثر من أعضاء الاتحاد أو بين عضو أو أكثر من الاتحاد وطرف أو أكثر من خارجه عن طريق التحكيم وفقاً لهذا النظام في إحدى الحالتين التاليتين: 1- إذا كان المدعي والمدعى عليه مرتبطين بعقد يتضمن بندا تحكيمياً، ينص على أن جميع الخلافات الناجمة عن هذا العقد تحل نهائياً، وفقاً لنظام الوساطة والتحكيم لدى الاتحاد، بواسطة محكم منفرد أو ثلاثة محكمين يتم تعيينهم طبقاً لهذا النظام. 2- وفي حال عدم وجود مثل هذا البند التحكيمي، وإذا وافق المدعي والمدعى عليه، بعد نشوب خلاف، أن يعرضوا حله عن طريق التحكيم طبقاً لهذا النظام".

2. أن يكون هناك عقد بين الطرفين يتضمن بنداً تحكيمياً بإحالة النزاعات الناتجة عن العقد لحلها بشكل نهائي وفقاً لنظام الوساطة والتحكيم لدى الإتحاد، أو في حالة عدم وجود نص على ذلك في العقد ووافق الأطراف بعد نشوب الخلاف أن يتم حله عن طريق التحكيم وفق هذا النظام .

كما وتناول نظام مركز الوساطة والتحكيم لدى اتحاد المصارف العربية الحديث عن محتوى طلب التحكيم¹ المقدم خطياً إلى الأمانة العامة من اسم المدعي وعنوانه، وإسم المدعى عليه وعنوانه، والبند التحكيمي الذي يستند إليه إن وجد أو رغبته بالتحكيم وفقاً لهذا النظام، وشرح القضية موضوع النزاع، والمستندات والوثائق الثبوتية المؤيدة لطلباته، وموقفه حول عدد المحكمين واختيارهم وفقاً لأحكام المادة (13)²، والرسم المتوجب وفقاً للتعرفة، إذ يعتبر تلقي الأمانة العامة لهذا الطلب تاريخاً لبدء التحكيم، وعليها بالتالي أن تبلغ المدعى عليه صورة الطلب ومرفقاتها للرد عليها.

إذ يُمهّل المدعى عليه مدة (30) يوماً من تاريخ تبليغه للرد على الطلب خطياً بواسطة الأمانة العامة، قابلة للتتمديد لمدة (20) يوماً بصورة استثنائية على أن يقدم طلب للأخيرة بذلك، ومن الجدير بالذكر أن هذا الطلب يحتوي على رأي الجهة المدعى عليها حول عدد المحكمين واختيارهم مع إبداء دفاعها على المستندات، وفي

¹ نصت المادة (10) من النظام على "على المدعي الذي يريد أن يلجأ إلى التحكيم، أن يقدم طلباً خطياً إلى الأمانة العامة يتضمن ما يلي: 1- أسم المدعي وعنوانه. 2- أسم المدعى عليه وعنوانه. 3- البند التحكيمي الذي يستند إليه إن وجد، أو رغبته وفقاً لهذا النظام. 4- شرح القضية موضوع النزاع مع تحديد طلباته. 5- المستندات والوثائق الثبوتية المؤيدة لطلبه. 6- موقفه حول عدد المحكمين واختيارهم وفقاً لأحكام المادة (13) أدناه. 7- الرسم المتوجب وفقاً للتعرفة. يعتبر تلقي الأمانة العامة هذا الطلب، تاريخاً لبدء التحكيم. وعلى الأمانة العامة أن تبلغ فوراً المدعى عليه صورة الطلب ومرفقاته للرد عليه."

² المادة (13) من النظام نصت على " يتولى مجلس الإدارة أو لجنة يختارها منه، بناء على ترشيح من الأمين العام للإتحاد، تعيين هيئة التحكيم، وفق القواعد التالية: أ- إذا اتفق المدعي والمدعى عليه على أن يفصل في النزاع محكم واحد، فلهما تعيينه خطياً، باتفاق يبلغ إلى الأمانة العامة وإذا لم يتفقا على هذا التعيين خلال مهلة ثلاثين يوماً من تاريخ إبلاغ المدعى عليه بطلب التحكيم، قام مجلس الإدارة أو اللجنة بتعيين المحكمة الفرد. ب- إذا لم يتفق الفريقان على أن يفصل في النزاع محكم فرد، عاد الفصل في النزاع إلى ثلاثة محكمين. وفي هذه الحالة، يقوم كل من الفريقين في طلب التحكيم وفي الجواب عليه- بتعيين محكم عنه. ثم ترفع الأمانة العامة إلى مجلس الإدارة أو اللجنة ملف القضية، فيقوم مجلس الإدارة أو اللجنة بتعيين المحكمة الثالث، الذي تعهد إليه رئاسة هيئة التحكيم، ما لم يكن الفريقان قد خولا المحكمين المعيّنين منهما اختيار المحكم الثالث، خلال مهلة محددة. فإذا لم يتمكن المحكمان من الاتفاق على اختيار المحكمة الثالث خلال المهلة المذكورة. قام مجلس الإدارة بتعيين هذا المحكم الثالث. ج- أما إذا امتنع أحد الفريقين عن تعيين المحكم كما هو مذكور في الفقرة (ب) أعلاه، قام مجلس الإدارة أو اللجنة مكانه بتعيينه. د- يتم اختيار المحكم الواحد أو رئيس هيئة التحكيم من دولة العربية غير التي ينتمي إليها الفريقان، غير أنه يجوز بصورة استثنائية، اختيار المحكم الواحد أو رئيس هيئة التحكيم من إحدى الدول التي ينتمي إليها أحد الفريقين، إذا اقتضت الظروف ذلك ولم يعترض على هذا الأمر أحد الفريقين. هـ- يحق لأي من الفريقين أن يطلب رد محكم، بموجب استدعاء يقدمه إلى الأمانة العامة التي ترفعه بدورها إلى مجلس الإدارة أو اللجنة يعود لمجلس الإدارة أو اللجنة حق الفصل في هذا الطلب، حسب تقديره المطلق، وبقرار معلل غير قابل للطعن. و- أن المحكم الذي ينقطع أو يعتزل مهمته لأي سبب كان، يستبدل بمحكم آخر يعينه الفريق الذي عين المحكم السابق. وإذا كان المحكم الذي انقطع عن القيام بمهمته هو المحكم الثالث، تولى الفريقان بتعيين خلفه. إذا تمتع فريق عن تعيين محكم بدلاً من المحكم المعين منه أو إذا لم يتفق الفريقان على تعيين محكم ثالث عاد أمر هذا التعيين إلى مجلس الإدارة أو اللجنة."

حال انتقضت المدة المذكورة أعلاه دون أن يتقدم المدعى عليه بأي رد تقوم الأمانة العامة بعرض الأمر على مجلس الإدارة والذي يقرر بدوره وبناء على طلب المدعي السير بإجراءات التحكيم، وذلك في حالة كان النزاع مرتبطاً ببند تحكيمي أو موافق على حل النزاع عن طريق هذا النظام وذلك سندا للمادة (11) من النظام.

كما ويحق للمدعى عليه أن يقدم طلباً مقابلاً بذات الوقت الذي يرد به على الدفوع، على أن يدفع الرسوم وفقاً للتعرفه وذلك سندا لأحكام المادة (12) من النظام¹.

في حين أن المادة (14) تضمنت الحديث عن اللجوء إلى اتفاقية التحكيم، وذلك من حيث اتفاق الفريقين على اللجوء إلى التحكيم يعني وبالنتيجة قبولهما لتنفيذ أحكامها، أما في حالة رفض أحد الفريقين اللجوء إلى التحكيم رغم وجود اتفاق بذلك فإنه يتم رغم رفض هذا الفريق أو امتناعه.

أما في حالة تم إثارة دفع بوجود اتفاق تحكيم أو صحته يكون لمجلس الإدارة أو اللجنة بعد التأكد من وجود ذلك الإتفاق أن يقرر أن يكون التحكيم سيتم دون المساس بأساس الدفوع المثارة، وبالتالي فإن هيئة التحكيم هي وحدها تتخذ القرار الخاص باختصاصها.

في حين أن بطلان العقد أو انعدامه يبقي البند التحكيمي صحيح، وعليه تبقى هيئة التحكيم مختصة لتحديد حقوق الفريقين وللفضل في ادعاءاتهما وطلباتهما، وفي ذات الوقت يحق للمدعي والمدعى عليه أن يطلب من السلطة القضائية اتخاذ تدابير احتياطية دون إخلال هذا الطلب باتفاق التحكيم الذي يربط كلا الطرفين، ودون المساس باختصاص هيئة التحكيم على أن يتم إبلاغ الأمانة العامة بذلك.

وبالنسبة لما تعرض له الإتحاد من قواعد تتعلق بإختيار المحكم فإذا كان المحكم فردا يتم منح طرفي الخصومة 30 يوما للإختيار وإن لم يتم الإختيار يتولى مجلس إدارة الإتحاد أو اللجنة المختارة هذه المهمة، و يتم نظر النزاع من قبل ثلاثة محكمين في حال إختلاف الأطراف بحيث يعين كل طرف محكمه ويتولى الإتحاد تعيين

¹ نصت المادة (12) من النظام على "1- يحق للمدعى عليه، إذا شاء تقديم طلب مقابل، أن يقدمه إلى الأمانة العامة في نفس الوقت الذي يبدي فيه أوجه دفاعه وفقاً لأحكام المادة (11) أعلاه مع الرسم المتوجب وفقاً للتعرفه. 2- يحق للمدعي خلال الثلاثين يوماً من تاريخ تبلغه الطلب المقابل، تقديم مذكرة تتضمن جوابه. ويحق له بصورة استثنائية، أن يطلب من الأمانة العامة مهلة إضافية لا تتعدى العشرين يوماً لتقديم هذا الجواب."

المحكم الثالث كرئيس لهيئة التحكيم ويتوجب على المحكمين إصدار قرارهم خلال ستة أشهر من توقيع وثيقة مهمة التحكيم¹.

وقد تعرضت المادة 19 لمهمة هيئة التحكيم قبل الخوض للفصل بالخصومة من قبل الهيئة والتي اشترطت قيام الهيئة بإعداد محضر تبين فيه مهمتها بناءً على ما توافق عليه أطراف الخصومة وأجازت لها سماع وجهة نظر المختصين لاستيضاح بعض المعلومات بحيث يجب أن يتضمن المحضر أسماء الفرقاء وبيان موجز عن الخصومة ونقاط النزاع وأسماء المحكمين ومكان التحكيم.

ثالثاً : إجراءات التحكيم وفقاً لنظام اتحاد المصارف العربية :

تطرق النظام في مادته (17)² للقواعد الإجرائية المطبقة على التحكيم، إذ تعطي الأولوية لقواعد الإجراء المتفق عليها الفريقان، وإلا فالمستمدة من هذا النظام، وإلا فيكون للقواعد الإجرائية التي يعينها جهاز التحكيم ذاته ، أما من الناحية الأخرى فقد حددت المادة (18)³ مكان التحكيم الذي تحدده هيئة التحكيم آخذة بعين الاعتبار ظروف القضية ذلك ما لم يكن قد اتفق الأطراف على تحديد المكان.

وسنتناول فيما يلي إجراءات التحكيم وحتى صدور قرار التحكيم ومدى إمكانية الطعن في إجراءاته، فقد نصت المادة (19) على مهام جهاز التحكيم، فقبل ممارسته لعمله يضع محضر لتحديد مهامه، وذلك بالإستناد على المستندات المقدمة، وعلى كلا الفريقين التوقيع على المحضر وتبليغ الأمانة العامة صورة عن ذلك وفي حالة امتنع أحد الفريقين عن القيام بذلك يتم تبليغ الأمانة العامة لإعطائه مهلة لتوقيع، أما في حالة انقضاء هذه المدة دون توقيع المحضر فيتم السير بإجراءات التحكيم للنهائية.

وفي المقابل تقوم هيئة التحكيم بعرض صلح على الفريقين، فإذا ما تم الأمر فيثبت ويوقعه الفريقان، على أنه يسري ذات الأمر في حالة الصلح أثناء السير في التحكيم وهذا ما أكدته أيضاً المادة (21) من النظام⁴.

¹ مطلوب ، مصطفى ناطق صالح ، دور التحكيم التجاري في حسم المنازعات المصرفية ، مرجع سابق ص 72 .

² نصت المادة (17) على "تطبق هيئة التحكيم القواعد الإجرائية التي اتفق عليها الفريقان، وإلا فالمستمدة من هذا النظام، وإلا فالقواعد الإجرائية التي يعينها جهاز التحكيم نفسه."

³ لمادة (18) من النظام تضمنت النص على "تحدد هيئة التحكيم مكان التحكيم آخذة بعين الاعتبار مختلف ظروف القضية ما لم يكن قد اتفق الأطراف على تحديد هذا المكان."

⁴المادة (21) نصت على "إذا اتفق الفريقين أثناء السير في التحكيم على حل خلافهما، يثبت ذلك الاتفاق في حكم يصدر عن هيئة التحكيم ويوقع عليه الفريقان."

أما من جهة القانون المطبق على النزاع، فقد حددت المادة سائلة الذكر أن الفريقين يحددان القانون الواجب التطبيق، وفي حالة لم يحددا هذا القانون فهئية التحكيم تطبيق قاعدة تنازع القوانين.

أما صدور حكم التحكيم فيكون خلال 6 أشهر من تاريخ توقيع المحضر المعد من جهاز التحكيم المشار إليه في المادة (19)، على أنه يجوز بناء على طلب مسبب مقدم للمجلس أو للجنة تمديد هذه المدة على أن لا يزيد هذا التمديد عن ثلاث مرات.

في حين أنه وفي حال تقاعص الهيئة عن القيام بعملها فللمجلس أو اللجنة الحق بعد الاستماع الى ملاحظات الهيئة أن يتم استبدالها كلياً أو جزئياً على ان تعطى الهيئة الجديدة مهلة للقيام بعملها على أن يأخذ بعين الاعتبار السير من النقطة التي وصلتها الهيئة القديمة وهذا ما نصت عليه المادة (22) من النظام¹.

ومن الجدير بالذكر أن المادة (23) قد حددت صدور القرار بالإجماع أو الاغلبية وفي حالة لم تتوفر كلا الحالتين يصدر القرار من الرئيس منفرداً، على أن يكون هذا الحكم مسبباً وموقعاً، ويوضع لدى الامانة العامة مع احتفاظ الفريقين بحقهم بالحصول على صورة عنه، وبالنتيجة يلتزم الفريقين بتنفيذ مضمون الحكم الذي يعتبر نهائي وغير قابل بأي طريقة من الطرق المراجعة والطعن، على أن تتولى الهيئة التي فصلت بالنزاع تفسير أي غموض به أو تصحيح أي خطأ مادي فيه وذلك بناء على طلب أحد الفريقين.

وفي حالة تعذر إجتماع الهيئة كاملة يتولى مجلس الادارة أو اللجنة بإختيار بديل عن يعتمر، بحيث يكون القرار المفسر أو المصحح متمماً للقرار المطلوب تفسيره أو تصحيحه ولا يصدر هذا القرار إلا بعد سماع أقوال الفريقين، وهذا ما أشارت إليه المادة (24) من النظام.

وعليه وبالنتيجة فإن نظام مركز الوساطة والتحكيم لدى اتحاد المصارف العربية متفق وقواعد التحكيم الدولية من حيث إجراءات التحكيم وتشكيل الهيئة والأحكام المتعلقة بصدور القرار، وإشارته لبعض المبادئ التي تعد من ميزات التحكيم خاصة التحكيم الدولي. ومنها إدعاء أحد الفريقين ببطلان العقد أو إنهائه يبقي هيئة التحكيم

¹المادة (22) من النظام نصت على "المهلة التي بحث خلالها صدور حكم التحكيم 1- على هيئة التحكيم إصدار حكمها خلال مهلة ستة أشهر اعتباراً من تاريخ توقيعها المحضر المذكور في المادة (19) أعلاه. 2- لمجلس الإدارة أو اللجنة بناء على طلب معلل من هيئة التحكيم، أو تلقاء نفسها عند الاقتضاء، أن تمدد هذه المهلة إذا إرتأت ضرورة لذلك، على إلا يحصل هذا التمديد أكثر من ثلاث مرات. 3- إذا تبين لمجلس الإدارة أو اللجنة أن هناك تقاعسا من قبل هيئة التحكيم في إصدار الحكم، يحق له، بعد الاستماع إلى ملاحظات الهيئة، استبدالها كلياً أو جزئياً، حسب الظروف. ويعطي المجلس أو اللجنة مهلة جديدة، للهيئة التي يكون قد تم تعيينها، على أن تتابع الهيئة الجديدة التحكيم من النقطة التي وصلت إليها."

مختصة بالنظر في النزاع إذا ورد هناك اتفاق تحكيم صحيح، وذات الأمر في حال تضمن العقد شرط تحكيم باطل فلا يكف يد الهيئة عن الاختصاص لتحديد حقوق الأطراف والفصل في إدعاءاتهما وطلباتهما، هذا بالإضافة إلى حق الفريقين في الطلب من الجهة القضائية المختصة اتخاذ تدابير احتياطية كالحجز التحفظي دون المساس والتأثير بالعملية التحكيمية¹.

ونرى أن نظام مركز الوساطة والتحكيم لدى إتحاد المصارف العربية قد إمتاز بالمرونة النسبية، بحيث إنه يشترط أن يكون أحد المحكّمين من أعضاء الإتحاد مع قبول الطرف الآخر غير العضو، ولا نرى ضيراً بأن يقوم الإتحاد بفتح الباب لغير الأعضاء باللجوء إليه كمهمة ثانوية له بالتحكيم المصرفي، ويمتاز هذا النظام بالتّخصّص في المنازعات المصرفية من حيث آلية معالجة الخصومات وإختيار المتخصصين في فصل هذه المنازعات، و تمتاز أيضاً بخضوع المهمة التحكيمية لرقابة الإتحاد حيث أعطى النظام الحق لمجلس الإتحاد في استبدال هيئة التحكيم في حال تقاعسها عن إصدار قرارها في الوقت المحدد ومن أفضل ما يميز نظام الإتحاد تضمنه عرض الصلح قبل المسارعة بالبّت بالخصومة منوّهين لما قد يتضمّنه الصلح من مقترحات قد تسوي النزاع لا سيما ان تكون من قبل أهل الخبرة مما يجعلها الأقرب للعدالة .

إلا أنه يؤخذ على نظام الإتحاد من وجهة نظرنا عدم شموله لأطراف غير الأعضاء، كما يؤخذ عليه إطلاق العنان للأطراف بإتخاذ التدابير من خلال القضاء بمعزل عن الإتحاد كما يلاحظ تضمن النظام الكثير من الإجراءات التي من الممكن وفي حال غياب أي منها أن تفتح المجال للطعن فيه قضائية لإبطاله .

المطلب الثاني : مزايا ومضار التحكيم في عقود التسهيلات المصرفية :

لا بد لنا ولغايات تطبيق التحكيم على المنازعات المصرفية أن نتعرف على ميزات تطبيق التحكيم على هذا النوع من المنازعات، لتمثل الدافع لتفعيل التحكيم في هذا المجال ولا بد أيضاً من التعرّف على عيوب اللجوء للتحكيم كوسيلة لفض منازعات التسهيلات المصرفية ودراسة مدى إمكانية التغلب عليها ولإجراء الموازنة للتحقق من جدوى اللجوء إلى التحكيم في مثل هذه الحالات .

¹ حمزة حداد، "تعريف التحكيم بوجه عام وبقواعده لدى اتحاد المصارف العربية" (2003) المجلة المغربية للوساطة والتحكيم العدد (2)، ص 19.

الفرع الأول: مزايا التحكيم في عقود التسهيلات المصرفية

زادت أهمية التحكيم منذ منتصف القرن العشرين وحتى يومنا هذا بصورة ملحوظة ويرجع ذلك لوجود عاملين أساسيين أولهما الوفاء بحاجة التجارة الدولية نتيجة تشابك معاملات هذه التجارة وتضخمها بشكل كبير، وما تشيره من منازعات ذات طبيعة خاصة تحتاج إلى وسائل غير تقليدية في حلها، والعامل الثاني دعم مسيرة القضاء¹ سيما أنه من الضروري أن يتطلع التحكيم بدوره في إكمال دور القضاء بحل المنازعات ذات الطبيعة الخاصة لذلك يتمتع بعدة ميزات على الصعيدين الإجرائي والموضوعي حيث يتسم التحكيم في العمليات المصرفية بميزات على الصعيد الإجرائي تتمثل بالآتي :

أولاً: السرعة والمرونة وهذه تعتبر ميزة ببالغ الأهمية كون أن التحكيم يؤمن الوصول إلى حل سريع للخلاف ولما لها أثر في مساهمتها في سرعة حسم المنازعات المصرفية بتعزيز الفعالية في اقتضاء الحقوق المالية وتفادي الخسارة الناتجة عن طول أمد النزاع، حيث يكون للوقت أثر مهم على الحق المتنازع عليه بين الأطراف وخاصة في القضايا التجارية ويكون عامل الوقت هام جداً فيها ، فيملك المحكمون صلاحية تحديد المدة التي يرونها لازمة لإنهاء النزاع وفق ما ورد في القانون وعلى المحكم أن يلتزم بذلك، حيث أن البطء في اتخاذ القرار في مثل هذه الدعاوى يجعل الأضرار تتفاقم ويضاعف حجم المشكلة، كما أن المرونة في الإجراءات تؤدي إلى السرعة في اقتضاء الحقوق وتحقيق مكاسب مالية على المدى الطويل كما تسمح للمحكم باختيار الإجراءات اللازمة لسرعة التحكيم²، كما أن التحكيم هو نظام من صنع الأشخاص إذ أن مرونة التحكيم تسمح للمتنازعين بتشكيله على النحو المناسب لهم³.

ثانياً: استمرار العلاقة بين الأطراف والمحافظة على أسرارهم ويكون ذلك نتيجة لاختيار المحكمين من قبل أطراف النزاع كونهم يثقون بهم وبخبرتهم حيث إن فض المنازعات من خلال القضاء العادي غالباً ما يورث البغضاء بين أطرافه لكون القضاء العادي يجلب الخصوم جبرياً خلافاً للتحكيم الذي يلجأ إليه أطرافه طواعيةً ،

¹ بربري، محمود مختار احمد ، التحكيم التجاري الدولي، مرجع سابق، ص215..

² الحسين، حسين شحادة، التحكيم في العمليات المصرفية" دراسة في اطار القانون السوري، المجلة القضائية ، العدد الرابع، ص162 .

³ عكاشة، خالد كمال، دور التحكيم في فض منازعات عقود الاستثمار، عمان: دار الثقافة، ص14.

حيث إن التحكيم أساسه اختلاف في وجهات النظر لا يقود إلى أثر سلبي يؤثر على علاقة الأطراف بعد حل النزاع، كما يتميز التحكيم بأنه يقي نشوب أي نزاع أو حقد أو عداوة بين الأطراف المتنازعة قدر المستطاع، فالتحكيم غالباً ما يحقق العدل بدون نشوب أحقاد بين الأطراف المتنازعة على عكس القضاء الذي يحقق العدل لكنه غالباً ما يخلف الحقد والكراهية بين الأطراف المتنازعة وهذا مرده إلى أنّ التحكيم يبنى على الإتفاق والتراضي لذلك يمتاز التحكيم بأنه يحافظ على المودة والعلاقات الطيبة بين أطراف النزاع، ومن هنا استمد أهميته الكبيرة ومكانته البارزة في حل النزاعات التجارية، حيث إنه يصلح ذات البين بين الأطراف المتنازعة¹، كما أن بقاء أطراف النزاع على تواصل فيما بينهم بعد تحكيم النزاع يجعل هناك محافظة على الأسرار نتيجة التحكيم فالأصل في إجراءات التحكيم وجلساته السرية، حيث يفتح التحكيم مجالاً واسعاً للعمل على حل النزاع الناشئ بين الأطراف بسرية كاملة سواء من حيث الحق المتنازع عليه أو الدفع المتبادلة بين الأطراف المتنازعة لتصل إلى حد السرية، وهذا المتفق عليه في جميع الدول²، فلا يطلع على القضية سوى المحكمين والمحامين الذين يدافعون عن الأطراف أي يمكن إضفاء سمة السرية في موضوع التحكيم بخلاف القضاء العادي الذي يتسم بالعلانية في إجراءات المحاكمة وهنا يستتبع القول إلى أنه بالنسبة للمصارف فإن علانية الخصومة تضر بسمعة البنك والعميل فالسرية تناسب عمليات البنوك³ مع الأخذ بعين الإعتبار أن جلسات التحكيم تأخذ منحى العلانية في حالة لجوء أحد أطراف الخصومة للقضاء لغايات تنفيذ قرار التحكيم ومما يستتبع ذلك قيام الطرف الخاسر بإثارة دفوعه فيما يتعلق بعدم صحة العملية التحكيمية مما يتطلب في حينه النظر في صحة هذه الدفوع من خلال جلسات علنية وهنا تزول السرية إلا أن موضوع الخصومة يبقى سرياً لعدم تعرض المحكمة له .

1 الحسين، حسين شحاده ، التحكيم في منازعات العمليات المصرفية" دراسة في اطار القانون السوري، بحث محكمة منشور في المجلة القضائية – 4ع، ص173.

2 باستثناء المملكة العربية ² " تنظر الدعوى امام هيئة التحكيم بصفة علانية الا اذا رأت الهيئة بمبادرة منها اوفي حال طلب ذلك احد المحتكمين السعودية فقد تضمن نص يقضي بعلنية الجلسات كمبدأ عام في المادة 20 من اللائحة التنفيذية وهذا الحكم مخالف للاعراف والقوانين حيث جاء في المادة 20 لاسباب تقدرها الهيئة .

³ الحسين ، حسين شحادة ، بحث محكم في التحكيم في منازعات العمليات المصرفية ، المرجع السابق ص167 .

ثالثاً: قلة الشكلية أي أن ما يميز اجراءات نظام التحكيم هو قلة الإجراءات الشكلية وذلك لكون المشرع قد قام مسبقاً بتحديد الإجراءات الواجب تطبيقها، كما يمتاز التحكيم المصرفي بقلة الإجراءات الشكلية فيتسم التحكيم بالحرية والسعة، بعكس القضاء العادي الذي يحدد المشرع وعاء قانوني على القانوني أن يمضي بالتسلسل بتلك الإجراءات وفق لما هو منصوص عليه في القانون حيث إنه يستغل من قبل الأطراف لإطالة أمد المنازعة أمام القضاء¹.

رابعاً: نهائية حكم التحكيم ، وهي تعد من أهم مميزات استخدام التحكيم في تسوية المنازعات المصرفية سيما أنها تعزز من ثقة الأطراف المتنازعة وتيقنهم من صحة الحكم بدلاً من إعادة عرض النزاع حسب درجات المحاكم في مراحل الإستئناف والنقض وهذا ما يحدث بصورة متكررة أمام القضاء النظامي.

خامساً: قابلية تنفيذ حكم التحكيم الأجنبي للتنفيذ، فقد تضمنت اتفاقية نيويورك 1958² تنفيذ الأحكام الأجنبية خارج البلاد الذي صدرت فيها، حيث انضم لهذه الإتفاقية ما يزيد عن 110 دول وكذلك من الممكن تنفيذ هذه الأحكام من خلال الإتفاقية الأوروبية للتحكيم الموقعة في جنيف 1961 واتفاقية واشنطن³ فيمكن من خلال هذه الاتفاقيات التغلب على صعوبات تنفيذ حكم قضائي في بلد آخر غير الذي صدر فيه بالجوء الى التحكيم وتنفيذ الحكم الذي صدر فيه في غير بلد صدوره⁴.

أما مميزات التحكيم المصرفي من الناحية الموضوعية يتمثل في:

أولاً: الإستقلالية، حيث أن التحكيم اكتسب صفته كوسيلة مستقلة لحل المنازعات بغير طرق القضاء، أي هناك مبدأ أساسي في فكرة التحكيم بأنه لا تحكيم بلا استقلاله، وهذا المبدأ قديم قدم القانون الروماني وليس مبدأ حديثاً⁵، ويعني هذا المبدأ أن التحكيم لا هو عقد موضوعي من عقود القانون العام أو عقود القانون

¹ الدبوسي، أحمد مصطفى ، التحكيم في العمليات المصرفية ، المرجع السابق ص251 .

² إتفاقية نيويورك لسنة 1958 ، الخاصة بالاعتراف وتنفيذ أحكام المحكمين الأجنبية المقررة بمؤتمر الأمم المتحدة الخاص بالتحكيم التاري الدولي المنعقد في نيويورك في الفترة بين 20 مايو – 10 يونيو سنة 1958 .

³ إتفاقية موقعة بتاريخ 14/10/1966 المتعلقة بحسم منازعات الإستثمار بين الدول ومواطني الدول الأخرى .

⁴ لحسين ، حسين شحادة ، بحث محكم في التحكيم في منازعات العمليات المصرفية ، المرجع السابق 171 .

⁵ حشيش، احمد حشيش، المهمة التحكيمية، مرجع سابق، ص 212.

الخاص وفقاً للقانون المدني ولا هو قضاء مما ينظمه القانون الإجرائي مثل قانون أصول المحاكمات أو قانون المرافعات ولا هو عقد قضاء ممتزجان معاً في خليط، إنما هو ذو طبيعة واحدة قائمة بذاتها أي مستقلة¹، ويستتبع القول إن إتفاق التحكيم عقد قائم بذاته ولا يتبع للعقد الذي سيخضع للتحكيم في حال المنازعة حتى ولو أنه قد ورد على شكل شرط في هذا العقد كما أن اتفاق التحكيم لا يتأثر بصحة أو بطلان أو انقضاء العقد الأصلي².

ثانياً: اختيار الخبرة والتخصص وضمأن الحياد، إن اللجوء إلى التحكيم يكون بحاجة إلى محكمين على قدر عال من الخبرة والإختصاص الفني المتقدم كون أن طبيعة العمليات المصرفية تتسم بالتعقيد وذات فنية، فهي بحاجة إلى من هو متخصص بهذا الشأن وليس بالضرورة أن يكون المحكم المصرفي شخصاً قانونياً بل هو شخص فني يفضل أن يكون مصرفياً أو خبيراً³، لذا فإنه في حال عرض النزاع على القضاء فإنهم سيحيلون النزاع إلى خبير متخصص، بينما لو تم اللجوء إلى التحكيم فإنه يمكن اختيار محكم فني أو متخصص يملك مكنة ابداء الرأي الفني وحل المشكلة اعتماداً على قواعد عرفية خاصة بمهمته .

أما بخصوص ضمان الحياد أي عرض النزاع على هيئة تحكيم محايدة فقد (لا تقبل البنوك التي تملكها دولة ما عرض نزاعاتها على محاكم في دول أخرى وحتى في غير هذه الحالة فقد يفضل الخصم اختيار محكم مستقل من دولة أو هيئة مستقلة بعيداً عن الثقافة القضائية الواحدة أو محاكم الدولة المعنية خشية من انحياز القاضي لمواطني بلده أو قانونها فيختار الأطراف عرض النزاع في بلد لا ينتمي إليه أي من الطرفين طلباً لحياد المحكمين وحياد قانون مقر التحكيم⁴ .

ثالثاً : تطبيق القانون الأكثر ملاءمة للنزاع إن القانون الذي تطبقه هيئات التحكيم يخضع دائماً لإرادة الأفراد سواء قبل النزاع أم بعد نشوء النزاع ومن ثم بإمكان أطراف النزاع أن يختاروا قانوناً أجنبياً عن جنسية الطرفين، بينما لا تملك المحاكم النظامية ذلك فنظام التحكيم ليس حارساً على قانون دولة ما فبمجرد الاتفاق على اللجوء

¹ أبو الوفاء، احمد ابو الوفاء، التحكيم الاختياري والتحكيم الاجباري، ط3، منشأة المعارف الاسكندرية، 1981، ص68.

² حداد، حمزة احمد، التحكيم في القوانين العربية، مرجع سابق ص48

³ مطلوب، مصطفى ناطق صالح، دور التحكيم التجاري في حسم المنازعة المصرفية، مجلة الرافدين للحقوق، مج15، العدد53، السنة 17، ص6.

⁴ السكاكر، عبد الله بن حمد، قواعد التحكيم في المعاملات المالية، مجلة جامعة الملك سعود، مج19، ع1، 2006، ص16.

للتحكيم في منازعة ما فإن هذا الاتفاق يعبر عن رغبة الأطراف في إخضاع منازعاتهم إلى القانون الأكثر ملاءمة للنزاع، وتظهر أهمية إمكانية تطبيق القانون الأكثر ملاءمة بشكل أكبر في المنازعات الناشئة عن العمليات المصرفية الإلكترونية، فهذه العمليات الإلكترونية تجري وفق نماذج تصدرها كل مؤسسة مصرفية وتلتزم عملاؤها بالتعامل على أساسه، ومن ثم إخضاع النزاع القائم عليها للقانون الذي صدرت بموجبه قواعد هذه النماذج والذي قد يكون قانونا اجنبيا¹، فقد ورد في المادة (18) من قانون التحكيم الفلسطيني أنه (يجوز لأطراف الإتفاق على القواعد الإجرائية الواجب إتباعها من قبل هيئة التحكيم فإن لم يتفقوا كان لهيئة التحكيم تطبيق الإجراءات المعمول بها في مكان إجراء التحكيم)² .

وقد جاء المشرع الأردني بنص مشابه للنص الفلسطيني في المادة(24) من قانون التحكيم الأردني 31 لسنة 2001³ بأنه (لطرفي التحكيم الإتفاق على الإجراءات التي تتبعها هيئة التحكيم بما في ذلك حقهما في اخضاع هذه الإجراءات للقواعد المتبعة في أي مؤسسة أو مركز تحكيم في المملكة أو خارجها فإذا لم يوجد مثل هذا الإتفاق كان لهيئة التحكيم أن تختار اجراءات التحكيم التي تراها مناسبة، وذلك مع مراعاة أحكام هذا القانون) .

رابعاً: تشجيع الإستثمار: حيث إن المستثمرين لا ينظرون إلى المزايا والحوافز الإستثمارية بقدر اهتمامهم بالبيئة القانونية التي سيتم في إطارها فض المنازعات الناشئة عن هذا الإستثمار، لأنهم غالباً ما يخشون الخضوع للقوانين الداخلية للدولة التي قد يتم تعديلها في أي وقت وفق لما تقتضيه مصلحة تلك الدولة وبذلك فإن إشتراط التحكيم في العقود التي يبرمها المتثمرون يعطيهم الحق بتطبيق القوانين والأنظمة الأكثر ملاءمة كنظام التحكيم الذي وضعته لجنة الأمم المتحدة للقانون التجاري الدولي اليونسترال⁴ والنظام الذي اعتمده اتفاقية واشنطن النافذة من أجل حسم المنازعات المتعلقة بالإستثمارات بين الدول ورعايا دول أخرى⁵.

¹ السيد، احمد مصطفى الدبوسي المرجع السابق ، ص265.

² قانون التحكيم الفلسطيني رقم 3 لسنة 2000 المنشور في العدد 39 من الوقائع الفلسطينية بتاريخ 2001/11/25 .

³ قانون التحكيم الأردني رقم 31 لسنة 2001 المنشور في العدد 4496 من الجريدة الرسمية بتاريخ 2001/7/16 .

⁴ قواعد إجراءات التحكيم الصادرة من لجنة الأمم المتحدة لقانون التجارة الدولية والمقرة من المعية العمومية للأمم المتحدة سنة 1974 .

⁵ الحسين، حسين شحادة، التحكيم في العمليات المصرفية، مرجع سابق، ص173

خامساً: مراعاة خصوصية العمليات المصرفية الإسلامية، إن القضاء العادي يلتزم بتطبيق أحكام القانون الوضعي وقد لا تتفق أحكام القوانين الوضعية مع بعض أحكام الشريعة الإسلامية وهذا يشكل صعوبة إضافية أمام القضاء اثناء نظره لمنازعات المصارف الإسلامية مع بعضها أو فيما بينها وبين عملائها، لذا لا بد من أن التّحكيم وسيلة مناسبة أكثر من القضاء لحسم هذه المنازعات خاصة عندما يتم الإتفاق بين أطراف النزاع على تطبيق أحكام الشريعة الإسلامية وإلزام المحكمين بذلك¹ وقد جاء في قرار بقانون بشأن المصارف رقم 9 لسنة 2010² تحديداً في المادة 20 من ذات القانون فقرة 1 " تمارس المصارف الإسلامية جميع أعمالها وأنشطتها وفقاً لأحكام الشريعة الإسلامية ومبادئها ولما تعتمد هيئة الرقابة الشرعية في المصرف) تقابلها نص المادة 3 فقرة ب من قانون البنوك الاردني رقم 28 لسنة 2000³ . إلا أننا نرى وفي هذا السياق أن أنظمة التمويل الإسلامي تقوم غالباً على أساس الأحكام العامة لعقد البيع والتي تنظمها مجلة الأحكام العدلية المستقاه من الفقه الحنفي كما أن القانون المدني في الدول العربية الأخرى هو من ينظم هذه العلاقات والتي في غالبها تعتمد الشريعة الإسلامية أحد مصادرها وبذلك فإننا نعتقد أن الإسلامية في هذه المصارف تتمثل بإقتضاء الأرباح من خلال من خلالا ببيع المرابحة بدلاً من الفوائد .

الفرع الثاني: عيوب التّحكيم في عقود التسهيلات المصرفية

على الرّغم من المزايا والخصائص التي يتضمنها التّحكيم المصرفي إلا أنه ينطوي على بعض العيوب أهمها:
المأخذ الأول : كثرة المصاريف أي يتحمل الأطراف في التّحكيم مصاريف التّحكيم وأتعاب المحكمين وتدفع قبل فصل النزاع، وتظهر النفقات العالية إذا كان التّحكيم دولياً وهذه النفقات بالعادة تكون هي أجور المحكمين والمصاريف الإدارية ومصاريف الشهود وتقلات هيئة التّحكيم خاصة عندما تكون الهيئة من جنسيات مختلفة ويعتبر في هذه الحالة أن التّحكيم أكثر كلفة من القضاء العادي⁴.

¹ الحسين، حسين شحادة، التّحكيم في العمليات المصرفية، مرجع سابق، ص174

² قرار بقانون رقم 9 لسنة 2010 بشأن المصارف المنشور في العدد 0 من الوقائع الفلسطينية بتاريخ 2010/11/27 .

³ قانون البنوك الأردني رقم 28 لسنة 2000 المنشور في العدد 4448 من الرديّة الرسمية بتاريخ 2000/8/1 .

⁴ Use of arbitration in financial transactions/p.5- QUICKGUIDES09 JAN 2017- <https://www.ashurst.com>

المأخذ الثاني: الرغبة في الوصول إلى حل رضائي حيث يرى البعض أن المحكمين يسعون للتوصل إلى حل رضائي دون البت في النزاع وفقاً لقواعد القانون واجب التطبيق، وهنا يرتبط الأمر بمسألة حياد المحكم أي أن المحكمون قد يتوصلون في بعض الأحيان إلى تقسيم الخسائر أو المكاسب بين المتنازعين بصورة رضائية مما يؤدي إلى ضياع حقوق البنوك والمؤسسات المالية¹.

المأخذ الثالث: افتقار المحكمين لسلطات القضاة، فإن الكثير من المحكمين يفتقدون من السلطات التي يتمتع بها القضاة، ففي كثير من الأحيان يرى المتنازعون أنفسهم ملزمين باللجوء إلى القضاء الوطني إلى جانب التحكيم للحصول مثلاً على حجز أو أي قرار آخر مستعجل يصدر عن القضاء لصفته الملزمة لذلك لا يوفر التحكيم التجاري الضمانات الكافية عند بدء إجراءات التحكيم ونظر الدعوى كما هو الحال في الدعاوى المنظورة أمام القضاء وهذا من شأنه أن يؤثر على صحة القرار التحكيمي الصادر وتنفيذه².

المأخذ الرابع: الخشية من صدور حكم غير عادل وغير قابل للطعن، كما هو متعارف عليه أن أحكام التحكيم تكون مبرمة لا يقبل الطعن فيها وتحوز قوة الأمر المقضي به وهنا يكون احتمالية ضياع بعض الضمانات التي لو توفرت ل يتم التوصل إلى حكم عادل خلاف أحكام القضاء التي تقبل الطعن بالإستئناف أو النقض³.

المأخذ الخامس: اقتصار التحكيم على الأطراف المتفقة عليه⁴، وهذا من شأنه أن يؤدي إلى ممانعة الأطراف كلا الطرفين أو أحدهما في سير إجراءات التحكيم، ومن ذلك عدم اتفاق الأطراف على تعيين المحكم الوحيد أو عدم الإتفاق على تعيين رئيس الهيئة، أو الممانعة بسبب التمسك ببطلان الإتفاق وعند الحاجة لإدخال أطراف جدد لا يملك المحكم سلطة ضم ملفات تحكيمية أو إدخال شخص آخر في الدعوى التحكيمية بسبب اقتصار التحكيم على أطرافه، وفي العقود المصرفية يوجد تعدد أطراف ولا يكون التحكيم صحيحاً إلا

¹ متري، موسى خليل، التحكيم في العمليات المصرفية من الدول ذات الاقتصاد المتحول، مجلة جامعة دمشق للعلوم الاقتصادية والقانونية، مج26، ع1، 2010، ص25.

² مطلوب، مصطفى ناطق صالح، دور التحكيم التجاري في حسم المنازعات المصرفية، مجلة الراافدين للحقوق، مج1، العدد53 السنة17، ص55.

³ السيد، احمد مصطفى الدبوسي، التحكيم في العمليات المصرفية، مرجع سابق، ص35.

⁴ الحسين، حسين شحاده، التحكيم في منازعات العمليات المصرفية، مرجع سابق، ص176.

بمواجهة كل الأطراف كالبنك فاتح الإعتماد والمراسل والعميل الأمر والمستفيد وبالتالي لا بد من إيجاد نظام يسمح بالتحكيم متعدد الأطراف وبالجمع بين القضايا التحكيمية المتعددة لوحدة الموضوع¹.

وعليه فإننا نرى أن هذه العيوب والمآخذ التي أوردناها آنفاً من الممكن أن يتم التغلب عليها سواءً فيما يتعلق بكثرة المصاريف وذلك من خلال تقنينها أو إنشاء مراكز تحكيمية تتولى الجهات ذات العلاقة دعمها لاسيما مايتعلق بالمنازعات المصرفية بحيث من الممكن أن تتولى جمعية البنوك دعمها أو من خلال وضع منظومة تضبط هذه المصاريف كما ان مسألة الخشية من صدور أحكام غير عادلة من الممكن ان يتم التغلب عليها بإختيار أشخاص من ذوي الخبرة والمراس وإسنادها لحقوقيين أصحاب خبرة أيضاً وكذلك من الممكن ان يلتجئ أي من المحكمين إلى محام يقدم من خلاله إدعائه وحجته بشكل ألحن وفيما يتعلق بمحدودية سلطات المحكمين فقد رفق القانون المحكمين ببعض الصلاحيات التي من الممكن من خلالها إستخدام سلطات القضاء ومن الممكن ان يتم تعديل القوانين ليتم توسيع هذه السلطات ، وعليه فإننا نرى أن ميزات التحكيم المصرفي بشكل عام تتغلب على مثالبه .

وفي خلاصة هذا الفصل يتضح لنا في المبحث الأول منه أن للتحكيم المصرفي دوراً هاماً في التسريع في الفصل في المنازعات المصرفية لكونه استثناءً على القضاء العادي، حيث تم تعريف التحكيم المصرفي وبيان مدى نجاعته نظراً لتخصص من يقومون به، وقد تناولنا في المطلب الثاني من هذا الفصل الشق الثاني من موضوع بحثنا هذا ألا وهي التسهيلات المصرفية حيث سلطنا الضوء عليها لكونها تمثل أكثر مواضع النزاع في العمليات المصرفية ولكونها في عمق موضوع بحثنا وتناولنا فيها أكثر التسهيلات رواجاً وتعاملاً ضمن شقين الأول التسهيلات المباشرة وهي التي تمنح قيمة التسهيل مباشرة للعميل و المحددة بالإعتماد المالي (الجاري مدين) وحددنا طبيعة الإلتزام الوارد بموجبه وطبيعته التعاقدية وآثاره، وكذلك تعرضنا للقرض حيث ابتغيينا بيان الفرق بين كل منهما فيما يتعلق بآلية المنح والسداد وفوارق الإلتزامات بينهما وقد بينا طبيعة الإلتزام الوارد فيه، وانتقلنا أخيراً إلى الفرع الأخير وهو التسهيلات غير المباشرة والمقصود بها عمليات الاعتمادات المستندية وخطابات الضمان لبيان طبيعتها القانونية وآثارها لنخلص بالتالي إلى بيان مفاده أن التسهيلات المصرفية هي

¹ أبو الليل، ابراهيم الدسوقي، قواعد واجراءات التحكيم وفقا لنظام غرفة التجارة الدولية، مجلة الحقوق، مجلس النشر العلمي ، الكويت، ص29.

من أهم العمليات المصرفية وأكثرها تعاملًا بين عموم الناس مما يستوجب مواجهة منازعاتها بطريقة ناجعة وسريعة من خلال التحكيم الخاص وعدم تركها عرضة لمماطلات القضاء العادي .

وقد تعرضنا في المبحث الثاني من هذا الفصل وفي المطلب الأول منه لقابلية المنازعة المصرفية للتحكيم مع بيان مفهوم المنازعة المصرفية المقصود إخضاعها للتحكيم وقابلية إخضاعها لذلك حيث توصلنا إلى إمكانية تطبيق التحكيم في المنازعات المصرفية مع بيان المعوقات التي سنسعى من خلال هذا البحث لإيجاد الحلول لها وفي المطلب الثاني من هذا الفصل عرضنا المعايير و القيود التي تعتبر المنازعة على إثرها مصرفية والمعيار المتعلق في النظام العام والذي يبين القيود الواردة على التحكيم المصرفي في هذا السياق وفي المبحث الثالث تناولنا إتفاق التحكيم وإقتران ذلك بالمنازعات المصرفية وذلك من خلال عرض شروطه بشكل عام وصوره في المطلب الأول و تعرضنا لهيئة التحكيم في المطلب الثاني من حيث قواعد المحكمين وحكم التحكيم بحيث خلصنا إلى أنه من الممكن تنظيم إتفاق التحكيم في المنازعات المصرفية والسّير بإجراءاته و المبحث الرابع والأخير تعرضنا لأهم القواعد الدولية المطبقة في المنازعات المصرفية والأكثر تخصصاً ورواجاً وهي نظام دوكدكس للتحكيم في الإعتمادات المستندية ونظام التحكيم لدى إتحاد المصارف العربية لنعرض أخيراً ميزات وعيوب التحكيم في المنازعات المصرفية إبتداءً وكذلك تم بيان عيوبه إلا أننا خلصنا بأن ميزاتهِ تتغلب على عيوبه مما يتطلب التنويه إلى ضرورة تفعيله في المنازعات المصرفية بشكل عام .

الفصل الثاني: التطبيقات العملية لمشكلات التسهيلات المصرفية والقانون الواجب التطبيق .

سنتناول في هذا الفصل أهم مواضع المنازعات المصرفية في عقود التسهيلات لا سيما أن هذه المنازعات تمثل صلب العملية التحكيمية وأحد أهم أركانها، والتي أيضاً تلعب الدور الأهم في إطالة أمد الخصومات المصرفية ومن هنا كان لا بد لنا من التعمق أكثر والخوض في تلك المنازعات والتي تمثل المشكلات الأساسية في عقود التسهيلات المصرفية التي تستوجب التحكيم، والتي غالباً يثور حولها النزاع بين طرفي العلاقة حيث يتضح ذلك جلياً من خلال الإطلاع على مواضيع الخصومات المنظورة أمام المحاكم في الدول موضوع المقارنة، وكذلك بالإطلاع على السوابق القضائية والقرارات الصادرة عن محاكم النقض المصرية والفلسطينية والتميز الأردنية، فمن خلال رجوعنا لعينات من الخصومات القائمة لدى بعض البنوك¹، ومن خلال رجوعنا أيضاً لعينة من الأحكام الصادرة في بعض الخصومات المصرفية المنظورة² والتي يتبين من خلالها أنها جميعاً تتمحور حول المشكلات التي سنجملها في المبحثين اللاحقين، وذلك كله بمعزل عن الخصومات التي تتمحور حول المسائل الإجرائية التي تشترك فيها المنازعات المصرفية مع غيرها من المنازعات في المسائل الأخرى .

المبحث الأول : المشكلات العملية المتعلقة بعقود التسهيلات غير المباشرة :

وفي معرض التسهيلات غير المباشرة فهي تتضمن خصومات غالباً ما تطرح أمام القضاء العادي وفيما يتعلق بخطابات الضمان ففي غالب الأحيان تثار مسألة مدى قانونية قيام البنوك بتسييل الكفالات بناءً على طلب المستفيد منها دون الرجوع لطالب الإصدار أو امتناع البنوك عن تسييل الكفالات (خطابات الضمان) بناءً على طلب طالب الإصدار وفيما يتعلق أيضاً بمدد هذه الكفالات وتحديثها وكذلك فقد تم تناول أهم الخصومات

1 مقابلات مع بعض مدراء الدوائر القانونية (مقابلة الأستاذ نهاد عمير، مدير الدائرة القانونية في بنك القدس تاريخ الزيارة 2017/02/15 الساعة 4 مساءً)

2 موقع المقتفي نود الاشارة هنا انه قد تم حصر العينة بالخصومات المتعلقة بمواضيع التسهيلات والمطالبات المالية وقد تم إستثناء الخصومات العمالية والخصومات التي تتعلق بالأوراق التجارية

أو مواضع النزاع فيما يتعلق بالاعتمادات المستندية بشأن تطابق المستندات من عدمه وكذلك مسألة إستقلالية عقد الاعتماد المستندية عن باقي العقود التي نشأت عن ذات العلاقة .

المطلب الأول: المشكلات العملية المتعلقة بالاعتمادات المستندية :

وفقاً لما بينا سابقاً أن مسؤولية البنك فاتح الإعتماد تتمثل بمطابقة المستندات التي اشترطها طالب فتح الإعتماد عند تقديم الطلب، مما يرتب بالمقابل مسؤولية طالب فتح الإعتماد بأداء قيمة الإعتماد، ومما يرتب أيضاً للبنك المراسل الحق في قيمة الإعتماد الملتزم به تجاه المصدر المستفيد من الإعتماد المفتوح وفي ظل تراحم هذه العلاقات قد تنشأ بعض المنازعات التي من شأنها وقف الحركة التجارية لأي من طرفي العلاقة، مما قد يسبب ركوداً مالياً للتجار قد يلحق ضرراً بالغاً في تجارتهم حيث لا بد أن يكون مقابل ذلك التزامات قد ترتبت على أحد أطراف العلاقة مما قد يؤدي إلى انهيار حلقة متسلسلة من العلاقات التجارية وبالتالي قد تنعكس على الوضع الاقتصادي بشكل عام و قد تطل أيضاً المصلحة العامة في حال كانت البضائع المطلوب توريدها لها علاقة بتوريدات حكومية حيث أن أغلب عطاءات التوريد التي تتم من قبل الجهات الحكومية تربط غالبها ببضائع مستوردة بحيث يتم شراؤها غالباً بموجب إعتمادات مستندية وعليه ولما أسلفنا فقد ارتأينا التّعرض لأهم هذه المنازعات فيما يلي :

الفرع الأول: المشكلات المتعلقة باستقلالية العقود في الإعتمادات المستندية .

كثير من المنازعات تنشأ بخصوص الإعتمادات المستندية بين البنوك وطالبي فتح الإعتمادات تبعاً لمنازعات طالب فتح الإعتماد مع المصدر، وذلك عندما يقوم المصدر بتوريد بضائع خلافاً لما هو وارد في بوليصة الشّحن أو خلافاً لما تم الإتفاق عليه بين المستورد والمصدر ممّا يؤدي إلى قيام كثير من طالبي فتح الإعتمادات بالرجوع قضائياً على البنوك بحجة دفع قيمة البضائع على الرّغم من عدم مطابقتها للمواصفات، وقد يجهل كثير من التجار أن البنوك فاتحة الإعتمادات لا علاقة لها بالبضائع المستوردة وإنما تنحصر علاقتها بطالب الإصدار بموجب عقد الإعتماد فقط .

وبذلك يترتب على البنك التزام تجاه المستفيد من الإعتماد عند تزويده بخطاب الإعتماد يكون مستقلاً عن التزامه تجاه فاتح الإعتماد، ولا يمكن الرجوع بالالتزام البنك تجاه المستفيد بمجرد علمه أصولياً به، وهو مشروط بتقديم المستندات المذكورة في طلب فتح الإعتماد المقدم من المشتري طالب فتح الإعتماد، وهذه العلاقة أيضاً مستقلة استقلالاً تاماً عن علاقة طالب فتح الإعتماد بالمصدر المستفيد من الإعتماد وهي علاقة البيع، حيث إنّ البنك يجهل تماماً الشروط التي تم الإتفاق عليها بينهما وما تضمن هذا العقد من اتفاقات وتفاصيل فإذا كان هناك إختلاف بين ما تم الاتفاق عليه وما بين المستندات المرسلة لأي منها الرجوع على الآخر بموجب علاقة البيع التي نشأت بينهما¹.

وقد أقرت محكمة التمييز الأردنية في قرارها هذا المبدأ حينما أوردت (إن الاعتماد المستندي هو تعهد صادر عن البنك بناء على طلب الآخر (المشتري) يلتزم البنك بمقتضاه بدفع ثمن البضاعة للمستفيد (البائع) وفق شروط معينة ويفتح تنفيذا للالتزام المشتري بدفع الثمن فان الإلتزام المترتبة على إنشائه تنحصر في ذمة طرفي العقد وهما الأمر المشتري والبنك فقط ولا يتحمل المستفيد البائع من الإعتماد بأي التزام ويلتزم البنك بموجبه أن يدفع قيمة المستندات إلى المستفيد وبعد ذلك يضع المستندات المتعلقة بشحن البضاعة تحت تصرف الأمر مقابل حصوله على قيمتها من الأمر المذكور كما يلتزم المشتري الأمر بموجبه بدفع قيمة المستندات موضوع الاعتماد إلى البنك عند ورودها منه)².

وبذلك يكون التزام طالب فتح الإعتماد تجاه المصدر بفتح الإعتماد مصدره هو عقد البيع، بينما ويكون مصدر التزام طالب فتح الإعتماد تجاه البنك هو عقد الإعتماد المستندي مما يبين استقلالاً علاقة طالب فتح الإعتماد بالبنك عن علاقتها بالمصدر المستفيد من الإعتماد المستندي و في ذلك جاء في قرار محكمة إستئناف رام الله (يكون مصدر الالتزام بفتح الإعتماد المستندي هو عقد البيع فيكون الدين بالثمن ملتزماً بموجب العقد بأن يفتح اعتماداً مستندياً لمصلحة البائع الذي لا يستطيع اقتضاء ذلك الثمن من البنك فاتح الإعتماد إلا إذا تلقى الأخير منه مستندات معينة خلال مهلة معينة تطابق شروط فتح الاعتماد)³.

¹ الشواربي، عبد الحميد، عمليات البنوك، مرجع سابق، ص238.

² تمييز حقوق 75/152 صفحة 173 لسنة 1976 ، مدغمش، جمال، الاوراق التجارية وعمليات البنوك، مجموعة إجتهاادات محكمة التمييز الأردنية .

³ إستئناف حقوق، رام الله، رقم 394، لسنة 2000، فصل بتاريخ 2004 /9/20 ، المقنفي (منظومة القضاء والتشريع في فلسطين) .

بحيث أن الرجوع على البنك مصدر الإعتماد من قبل طالب الإصدار بقيمة الإعتماد المدفوع للمستفيد منه بحجة مخالفة المستفيد لشروط الإتفاق الذي تم بينهما هو إيداع في غير محله، حيث جاء في قرار محكمة التمييز الأردنية (إن تكييف المحكمة للدعوى التي طالبت فيها المدعية بإلزام المدعى عليهما الأولى المبلغ المدعى به بغير حق تنفيذاً للعطاء المحال على المدعى عليها الأولى بأنها قضاء دين غير مستحق أو إثراء بلا سبب يخالف الواقع لأن العلاقة بين المدعية والبنك هي علاقة عقدية فيكون المبلغ المذكور والذي استحق بالتاريخ المحدد بالإعتماد دين بذمة المدعى عليهما ... لأنه مبلغ محدد ومعلوم ويستحق الدفع بتاريخ محدد بفائدة وعمولة معلومة حسب الشرط الوارد في طلب فتح الإعتماد المبرز في الدعوى وتعليمات وأوامر البنك المركزي)¹.

كما تعرضت محكمة النقض المصرية لمبدأ استقلالية العلاقة في عدة أحكام حيث أوردت (إن التزام البنك بالوفاء بقيمة الإعتماد المستندي من يوم تثبيته هو التزام مستقل عن العقد القائم بين البائع والمشتري على الصفة فلا يلزم البنك الوفاء بقيمته إلا إذا نفذ المستفيد شروط فتح الإعتماد)².

وفي قرار آخر لمحكمة النقض المصرية جاء فيه (إن قضاء هذه المحكمة قد جرى على أن أساس نظام الإعتماد المستندي غير القابل للإلغاء هو استقلاله عن عقد البيع القائم بين البائع والمشتري يلتزم بمقتضاه البنك الذي فتح الإعتماد بالوفاء بقيمته متى كانت المستندات المقدمة إليه مطابقة تماماً لما تضمنه خطاب الإعتماد)³.

وهناك وجه آخر من المنازعات المتعلقة بالإعتمادات المستندية والتي تتعرض لموضوع إستقلالية العلاقة حيث إنه وفي بعض الحالات لا يقوم مصدر الإعتماد بالرجوع على البنك ، وإنما قد يقوم المستفيد منه بالرجوع على البنك نظراً لاعتقاده الخاطئ أنه كفيلاً لطالب فتح الإعتماد حيث إن هناك كثير من الحالات التي يخلط فيها المتعاملون بين دور البنك في خطاب الضمان ودوره في الإعتماد المستندي وقد بت القضاء المصري في هذا

¹ قرار تمييز اردني رقم 1068 / 89 ص 1333 لسنة 1991 ، مدغمش، جمال، الاوراق التجارية وعمليات البنوك، مجموعة إجتهاادات محكمة التمييز الأردنية .

² قرار نقض رقم 433 للسنة القضائية 31 بجلسة 1966/05/31 المشار إليه في كتاب الإعتمادات البنكية وخطابات الصمان لمحمد خيرى وسمير الامين

³ قرارا نقض رقم 372 للسنة القضائية 48 بجلسة 1985/02/18 المشار إليه في كتاب الإعتمادات البنكية وخطابات الصمان لمحمد خيرى وسمير الامين

الشأن حيث جاء فيه (لا يصح وصف البنك بأنه ضامن أو كفيل يتبع التزامه التزام المدين المكفول بل يعتبر التزامه في هذه الحالة التزاما مستقلا عن العقد القائم بين البائع والمشتري ولا يلزم بالوفاء إلا إذا كانت المستندات المقدمة إليه من البائع المفتوح لمصلحته الإعتماد مطابقة تماما لشروط فتح الإعتماد)¹.

وهنا لا بد لنا من التّويه إلى أن القضاء الفرنسي قد شهد حكمين متوافقان و يتعارضان مع هذا المبدأ قد أثارا انتقادات الفقه بشدة صدر أحدهما عن محكمة باريس في 6 يوليو 1949 حينما قضت المحكمة بوقف البنك أداء التزامه تجاه البائع لحين البت في الدعوى الجزائية المقامة من قبل طالب فتح الإعتماد ضد المصدر البائع والحكم الثاني قد صدر عن محكمة إستئناف باريس في 16 يونيو 1950 حينما قضت المحكمة بحجز مبلغ الإعتماد على ضوء التعويض المستحق لطالب فتح الإعتماد ضد المصدر المستفيد من الإعتماد المستندي ، إلا انه وبالإمعان في كلا القراران يتبين أنه لا علاقة لهما ولا يسمان المبدأ ، حيث أن المحكمة في الحكم الأول قد تأثرت بظروف القضية ولعدم إتمام جريمة نصب وإحتيال قد بدا للمحكمة تمامها قد قررت المحكمة عم فع مبلغ الاعتماد ، كما أن الحكم الثاني قد كان بعد تمام التأكد من صفة طالب فتح الإعتماد كدائن بمبلغ التعويض مما سوغ الحز على أية مبالغ تعود له في يد أي كان².

وعليه فإننا نرى أن هذا القرار يمس مبدأ استقلالية العقود في الإعتماد المستندي ويخالف الفقه والقضاء الحديث والتشريعات الحديثة ونشرة الأعراف رقم 600 لسنة 2007، وعليه نرى أن مصدر الحجز أو الوقف في الحكمين السابقين كان القانون، ولا علاقة لبنود أي من العقدين (الإعتماد أو البيع) فيما احتج به في القرارين السابقين وهما بذلك يستندان لسببين أجنيبين عن تلك العقود فمن الممكن أن يقوم بالحجز شخص ثالث ليس طرفا في العلاقة التعاقدية المتعددة بسبب الإعتماد المستندي و أن يكون الحجز لسبب آخر بعيداً كل البعد عن الإعتماد المستندي وعليه لا مساس بمبدأ استقلالية عقد البيع عن عقد الإعتماد المستندي وعلاقة أطرافهما فيما بينهم .

¹ نقض رقم 414 للسنة القضائية 21 بجلسة 1954/04/15 المشار إليه في كتاب الإعتمادات البنكية وخطابات الصمان لمحمد خيرى وسمير الامين .

² الشواربي، عبد الحميد، عمليات البنوك ، مرجع سابق، ص 239 .

الفرع الثاني: المشكلات المتعلقة بمسؤولية البنك في الاعتمادات المستندية :

يعد المصرف فاتح الاعتماد هو المسؤول عن فحص مستندات التي يقدمها المستفيد إلا انه إذا قام المستفيد بتقديم هذه المستندات للبنك الذي فوضه البنك فاتح الاعتماد بالدفع وجب على هذا البنك تدقيق أوراق ومستندات الإعتما¹.

وبعد تمام تحقق البنك فاتح الإعتما² أو المكلف بالدفع والمطابقة يتم دفع مبلغ الإعتما³ للمستفيد وتنقسم المستندات موضوع الإعتما⁴ إلى مستندات جوهريّة ومستندات غير جوهريّة وبذلك تختلف مسؤوليّة البنك تجاهها فالمستندات الجوهريّة تتمثل بفاتورة بيان البضاعة و بوليصة تأمين البضاعة و بوليصة شحن البضاعة وتتمثل مسؤوليّة البنك هنا بالتحقق منها وجودا ومضمونا بما يتوافق مع طلب فتح الإعتما⁵ وأخرى غير جوهريّة مثل شهادة المنشأ والجودة والتحليل والمستندات الأخرى⁶.

وقد تعرضت القواعد والأعراف الموحدة لبيان نطاق مسؤوليّة المصرف فاتح الاعتماد تجاه تدقيق المستندات الجوهريّة أو المستندات الأخرى غير الجوهريّة حيث أكدت إلزام المصارف بفحص كافة المستندات المنصوص عليها في طلب الإعتما⁷ المستندي سواء الجوهريّة أو غير الجوهريّة إلا أنه وإعمالاً لمبدأ المطابقة الظاهريّة للمستندات يتم فحصها بعناية معقولة للتحقق فيما إذا كانت في ظاهرها موافقة لشروط الاعتماد⁸.

وعليه فإننا بذلك نخلص إلى أنه يترتب على المصرف فاتح الاعتماد المسؤوليّة بالتعويض عن أي ضرر قد نتج عن تغيب أي من المستندات سواء الوهريّة أو غير الجوهريّة.

تتمثل مسؤوليّة البنك في الإعتما⁹ المستندي بإصدار خطاب الإعتما¹⁰ وتلقي المستندات وفحصها ومطابقتها لشروط الإعتما¹¹ والالتزام بتسليم المستندات للعميل طالب فتح الإعتما¹² ومن ثم دفع قيمة الإعتما¹³ إلا أن المنازعات الأكثر رواجاً بهذا الخصوص تتركز على مسؤوليّة البنك بفحص هذه المستندات والتأكد من مطابقتها

¹ قرارا تمييز أردني حقوق 88/316 لسنة 1988 (إن البنك الذي ينشأ الإعتما¹⁴ هو الذي يدقق المستندات التي يقدمها المستفيد ويتأكد من مطابقتها لخطاب الإعتما¹⁵)

² الكيلاني، محمود، الجوانب القانونية في عمليات البنوك ، مرجع سابق، ص251.

³ ياملكي ، أكرم ، الأوراق التجارية والعمليات المصرفية ، مرجع سابق ، ص319 .

للشروط حيث أنه غالباً ما تنشأ المنازعات بين طالب فتح الإعتماد والبنك نظراً لعدم مطابقة المستند المفحوص مع ما ورد في طلب فتح الإعتماد وذلك لوجود بعض الأمور الفنية في بعض المستندات و التي ليست من تخصص البنك قد يتعدّد البنك بمطابقتها وهي خلافاً لذلك أو أن يكون العكس بحيث يقوم البنك برفض المستندات معتقداً مخالفتها وهي مطابقة مما قد يرتب على البنك مسؤولية الرجوع عليه عن أي كسب فائت أو تعويض ناتج عن التأخير .

وبذلك تعد مرحلة فحص المستندات من أهم مراحل الإعتماد بحيث يتوجب على البنك أن يفحصها خلال الفترة المعترف بها دولياً ألا وهي سبعة أيام بحيث أن البنك يقوم بفحص هذه المستندات ظاهرياً فهو غير مسموح له بالاستنتاج أو التفسير كما لا يجوز له استخلاص أية مبررات بخصوصها خارج نطاق المستندات ذاتها و يتوجب على البنك بذلك عناية الرجل الحريص بالفحص في نطاق مسؤوليته عن الفحص الظاهري.¹

وفي ذات القياس قد أوردت محكمة النقض المصرية في قرارها (يتعين على البنك فاتح الإعتماد أن يفحص كافة الوثائق التي يقدمها المستفيد بعناية معقولة للتأكد من مطابقتها في ظاهرها لشروط وتفاصيل الإعتماد مطابقة حرفية كاملة دون تقدير لمدى جوهرية أي شرط فيها)².

إلا أن حدود المرونة الممنوحة للبنك في فحص المستندات لا تكون مطلقة وأن تضمين العقود أية شروط توسع من نطاق إعفاء البنك من المسؤولية لا تسري بشأن مسؤولياته الأساسية والأمور الجوهرية حيث قررت محكمة التمييز الأردنية (إن الشرط الوارد في اتفاقية فتح الإعتماد والمتعلق بإعفاء البنك من أية مسؤولية ناجمة عن أي خطأ قد ينشأ عن تفسير المستندات أو عن تأخير أو ضياع البرقيات لا يتناول المسؤولية المترتبة عن مخالفة شروط الإعتماد الصريحة كشرط وصول البضاعة ضمن المدة المتفق عليها)³.

إلا أن الإتجاه الحديث يرفع عن البنك مسؤولية المطابقة الحرفية للمستندات حيث نصت المادة 14 من الأصول والأعراف الموحدة للإعتمادات المستندية على أن (يجب على المصرف المسمى الذي يتصرف بناءً

¹ الشواربي، عبد الحميد، عمليات البنوك، مرجع سابق، ص212.

² قرار نقض رقم 1225 للسنة القضائية 54 بجلسة 1990 /7/9 المشار إليه في كتاب الإعتمادات البنكية وخطابات الضمان لسمير الامين.

³ قرار تمييز رقم 77/315 صفحة 119 سنة 1978. ، مدغمش، جمال، الاوراق التجارية وعمليات البنوك، مموعة إتهادات محكمة التمييز الأردنية

على تسميته والمصرف المعزز إن وجد والمصرف المصدر أن يفحصوا التقديم إستنادا إلى المستندات وحدها لتحديد ما إذا كانت المستندات تشكل في ظاهرها تقديماً مطابقاً أم لا)¹ .

وفي قرار لمحكمة النقض المصرية جاء فيه (يتعين على البنك فاتح الإعتماد أن يفحص كافة الوثائق التي يقدمها المستفيد بعناية معقولة للتأكد من مطابقتها في ظاهرها لشروط وتفاصيل الإعتماد مطابقةً حرفيةً كاملة دون أي تقدير لمدى جوهرية أي شرط فيها قد يكون له معنى فنياً لا يدركه البنك أو موضع إعتبار خاص لدى الأمر)² .

وبذلك فإن القضاء قد حسم في أكثر من موضوع ما قد يعتري كثيرا من طالبي فتح الإعتماد من لبس بخصوص مسؤولية البنوك بتطابق المستندات بين الطلب وما هو متحصل فعليا منها .

• فيما يتعلق بإلزامية شرط التحكيم الوارد في بوليصة الشحن :

تعد بوليصة الشحن هي أهم المستندات في الإعتماد المستندي بحيث إنها تمثل سند ملكية البضاعة ويستطيع حائز هذه الوثيقة أن يطالب بالبضاعة في حال صدورهما لحاملها كما من الممكن تداولها بين من وردت باسمه والغير³.

وقد تتضمن بوليصة الشحن من ضمن الشروط الواردة فيها شرط التحكيم و بالتالي فإن شرط التحكيم هذا وفي ظل استقلالية العقود لا يمثل إلزاما للمصرف في ظل علاقته مع فاتح الإعتماد وإنما يتعلق فقط بالبائع المصدر و المشتري طالب فتح الإعتماد ولا يمكن أن يطبق شرط التحكيم الوارد في بوليصة الشحن على النزاع الناشئ بين البنك وطالب الإعتماد .

إلا انه من الممكن أن ينفذ شرط التحكيم في حق من يحل محل مالك البضاعة مثل شركة التأمين حيث أوردت محكمة التمييز الأردنية في حكم لها (شرط التحكيم الوارد في بوليصة الشحن ملزم لشركة التأمين رغم كونها

¹ الأصول والأعراف الموحدة للإعتمادات المستندية – نشرة رقم 600 لسنة 2007 الصادرة عن غرفة التجارة الدولية ص43 .

² طعن رقم 1225 للسنة القضائية 54 ، بلسة 1990/7/9 ، المشار إليه في كتاب الإعتمادات البنكية وكتاب الصمان لمحمد خير ص56 .

³ الكيلاني، محمود، عمليات البنوك، مرجع سابق، ص.243

من الغير بالنسبة لتلك البوليصه ولكن إلزامها بشرط التحكيم حولاً منها محل مالك البضاعة الملزم أصلاً ببنود وشروط بوليصه الشحن بما في ذلك شرط التحكيم¹

المطلب الثاني : المشكلات العملية المتعلقة بخطابات الضمان

هناك تشابه بين كل من خطاب الضمان والإعتماد المستندي بحيث إن كليهما تتشكل العلاقة القانونية بين ثلاثة أطراف فالإعتمادات المستندية تتكون أطرافها من طالب فتح الإعتماد الأمر وكذلك تتكون أطراف الضمان من طالب إصدار خطاب الضمان والبنك والمستفيد إلا أن المستفيد في الإعتماد المستندي هو البائع بينما المستفيد بخطاب الضمان هو المشتري ويتوافقان أيضاً في أن إلترام البنك الضامن تجاه المستفيد من خطاب الضمان مستقل عن العلاقة التعاقدية بين طالب إصدار الخطاب والمستفيد منه وكذلك فإن إلترام البنك في الإعتماد المستندي مستقل استقلالاً تاماً عن إلترام طالب الإصدار تجاه المستفيد من الإعتماد المستندي².

وترتكز غالبية المنازعات في إطار خطابات الضمان في ثلاث محاور رئيسية الأول فيما يتعلق باستقلالية إلترام البنك تجاه المستفيد من خطاب الضمان والثاني فيما يتعلق في مدد خطاب الضمان والثالث بألية تسهيل خطاب الضمان و سنتعرض في عجاله لبيان كيفية نشوء المنازعه ضمن المحاور الأنف ذكرها ورأي القضاء فيها .

الفرع الاول: المنازعات المتعلقة باستقلالية العقود في خطابات الضمان :

إن من أكثر المنازعات حدوثاً في ظل العلاقات القائمة بخصوص خطاب الضمان هي ما يتعلق بعدم تفهم الكثير من طالبي إصدار الخطاب لمسألة استقلالية إلترام البنك تجاه المستفيد عن إلترام طالب الإصدار تجاه البنك حيث إنه كثيراً ما يقوم طالب الإصدار في حال نشب خلاف بينه وبين الجهة المتعاقد معها باللجوء إلى القضاء عند رفض البنك طلبه بوقف تسهيل خطاب الضمان حيث ان رفض البنك يكون قد أرتكز على مبدأ

1 تمييز رقم 2011/1483 ، تاريخ 2011 /9/22 ، مدغمش، جمال، الاوراق التجارية وعمليات البنوك، مجموعة ، عمان ، إجتهدات محكمة التمييز الأردنية

2خيري ،محمد، و سمير الامين، الاعتمادات البنكية وخطاب الضمان ، مرجع سابق، ص 79.

استقلالية التزامه تجاه المستفيد منها ولعل ما يثير اللغط في هذه أنه قد درج في الواقع العملي لدى البنوك تسمية خطاب الضمان بالكفالة عند إصدارها مما قد يولد الإعتقاد لدى طالب الإصدار بارتباط التسمية بأداء قيمتها فمثلا عند طلب طالب الإصدار كفالة حسن تنفيذ فإنه يترسخ في ذهنه أن قيمة خطاب الضمان مستوجب الأداء للمستفيد فقط في حال أخل في تنفيذ العقد مع المستفيد منها وعليه قد أثرت هذه المسألة كثيرا من الأحيان أمام القضاء .

ومن ذلك ما أورده قرار محكمة التمييز الأردنية في هذا الصدد حيث جاء فيه (خطاب الضمان وإن صدر تنفيذا للعقد المبرم بين البنك والمدين المتعامل معه إلا أن علاقة البنك بالمستفيد الذي أصدر خطاب الضمان لصالحه هي علاقة منفصلة عن علاقته بالعميل)¹.

وحيث إن علاقة البنك تجاه المستفيد والتزامه تجاه المستفيد مستقلة استقلالاً تاماً عن الالتزامات الناشئة بين المستفيد وطالب الإصدار فإن ذلك يجعل من اليقين استبعاد اعتبار البنك عند دفعه لقيمة خطاب الضمان أنه وكياً عن طالب الإصدار وهو ما أكدته محكمة النقض المصرية في قولها (إن البنك مصدر خطاب الضمان لا يعتبر وكياً عن العميل في الوفاء للمستفيد بقيمة خطاب الضمان بل أن التزام البنك في هذا لحسابه إلتزاماً أصيلاً)².

الفرع الثاني: المشكلات المتعلقة بأجل خطاب الضمان وتسييله.

يتقيد خطاب الضمان بأجل محدد ويكون له مدة سريان لا يجوز على إثرها للمستفيد منه أن يطالب بتسييل قيمة خطاب الضمان إلا في حدود هذه المدة وقد ينشأ النزاع في هذه الحالة عند قيام المستفيد باستدراك تسييله بعد المدة المحددة نظراً لتأخر المتعهد أو المتعاقد معه في أداء التزامه تجاهه بحيث يكون طلب التسييل بعد فوات الأوان مما أدى إلى لجوء الكثير من المستفيدين بالقضاء وتمسكين في حقوقهم لتسييل تلك الكفالات مما أدى إلى تكرار حالات النظر في مثل هذه المنازعات وصدور عدة قرارات في هذا السياق

1 قرار نقض رقم 1189 للسنة القضائية 49 جلسة 2/13/1984 وهو ما أكدته قرارات محكمة النقض المصرية في القرار رقم 5411 لسنة 64 ق لسنة 2001/6/18 وفي القرار رقم 3806/64 ق- جلسة 2001/6/19 المشار إليها فيكتاب عبد الحميد الشواربي ، مرجع سابق .

2 قرار نقض 106 للسنة القضائية 37، بجلسة 1972/3/14.المشار إليه في كتاب عبد الحميد الشواربي ، مرجع سابق .

وفي ذلك قررت محكمة الإستئناف المنعقدة في غزة (إن كتاب الضمان له مدة محددة فإن انتهت هذه المدة فقد المستفيد منه ضمان حقوقه)¹.

ومن الممكن الاعتقاد أن بدأ سريان مدة الكفالة هو تاريخ بدأ استحقاق قيمتها علماً بأن الحقيقة أن استحقاقها هو عند المطالبة بتسييل قيمتها خلال المدة المحددة وهو ما قررت به محكمة النقض المصرية حيث أوردت (لا يعتبر التاريخ الوارد فيه (خطاب الضمان) هو بداية استحقاق التزام البنك بل يلتزم البنك بالدفع طوال مدة الضمان حتى التاريخ المذكور في خطاب الضمان باعتباره حداً أقصى لنفاذه)².

كما لا يجوز للمصرف القيام بمد أجل خطاب الضمان إلا بعد الرجوع لطالب الإصدار لا سيما أن هذه الحالة كانت موضع اختصاص في كثير من الحالات أمام القضاء وذلك عند قيام البنك بمد أجل خطاب الضمان بناءً على طلب المستفيد منها ودون الرجوع لطالب الإصدار وقد تعرضت المحاكم كثيراً لمثل هذه الحالات ومن ذلك ما قضت به محكمة النقض المصرية حيث ورد فيه (ليس للبنك أن يستقل دون موافقة عميله بمد أجل خطاب الضمان عن الأجل الموقوف فيه والمتفق على تحديده مقدماً)³.

إلا أن القضاء المصري أعطى الحق للبنك بمد أجل خطاب الضمان دون الرجوع لطالب في حالة استثنائية وهي عندما يوضع البنك من قبل المستفيد خلال مدة خطاب الضمان في خيار أما تسييله أو مد أجله وغالباً ما تقوم البنوك بانتقاء الخيار الأخف ضرراً في حق عميله ألا وهو مدّ أجل خطاب الضمان وهو ما قضت به محكمة النقض المصرية حيث أوردت (لا يسقط هذا الالتزام (التزام طالب الإصدار بأداء قيمة الكفالة) إذا طالب المستفيد البنك أثناء مدة سريان الخطاب بالوفاء أو مد أجل الضمان إذ لا يتصور أن يضار المستفيد لمجرد أنه عرض إمكان انتظاره إذ امتد خطاب الضمان مدة أخرى والقول بغير ذلك من شأنه تبديد الطمأنينة

¹ استئناف حقوق غزة رقم 2001/183 المقنتفي (منظومة القضاء والتشريع في فلسطين) . .

² نقض مصري رقم 294 للسنة القضائية 35 بجلسة 1969/5/27. المشار إليه في كتاب الإعتمادات البنكية وخطابات الصمان سمير الامين

³ قرار نقض رقم 1342 للسنة القضائية 49 بجلسة 1980/12/22 وكذلك قرار نقض رقم 911 للسنة القضائية 47 بجلسة 1979/12/31

التي يستهدفها نظام خطاب الضمان في التعامل ومن ثم يكون سداد البنك في هذه الحالة وفاءً صحيحاً ويرتب له حق الرجوع على عميله بقدر المبلغ المدفوع)¹.

كما أن هناك بعض المنازعات التي قد تنشأ بين طالب الإصدار والبنك عند قيامه بتسييل قيمة الكفالة والتي تقول إلى القضاء بحيث يحتج طالب الإصدار فيها بأن البنك لم يقم بالرجوع إليه وأخذ موافقته عند قيامه بتسييل قيمة خطاب الضمان خلال المدة بطلب من المستفيد حيث إن طالب الإصدار غالباً ما **يحتج بوجود** ذلك **لوجود** خلاف بينه وبين المستفيد وقد حسم القضاء هذا المثار من النزاع في كثير من قراراته منها ما قررت محكمة النقض المصرية (يلتزم البنك - مصدر الضمان - بسداد قيمته إلى المستفيد بمجرد مطالبته بذلك أثناء سريان أجله دون الحاجة إلى الحصول على موافقة العميل)².

إلا أنني أرى كباحث أن مبدأ خطاب الضمان قد جانب الإنصاف والعدالة منذ ابتداعه حينما جعل للمستفيد الحق بشكل مطلق بالحصول على قيمة خطاب الضمان بمعزل عن التحقق فيما إذا كان هو قد أتم التزامه بشكل صحيح تجاه طالب الإصدار لا سيما أن هناك بينه وبين طالب الإصدار علاقة تعاقدية تستوجب التزامات متبادلة فوفقاً لهذا المبدأ فإنه وبمجرد إصدار الكفالة فقد اعتبر المستفيد منها حائزاً لقيمتها ابتداءً من تاريخ سريانها ، مما يتطلب برأينا أن يكون في مسألة تسييل خطاب الضمان شيئاً من الاشتراط للتحقق من قيام المستفيد بالتزاماته تجاه طالب الإصدار ولو بالحد الأدنى منها وهو ما يفقد خطاب الضمان خصائصه التي تميزه عن غيره من العقود وفقاً للتشريعات القائمة .

المبحث الثاني : المشكلات العملية المتعلقة بعقود التسهيلات المباشرة :

سنتناول في هذا المبحث أهم المشكلات التي تتعلق بالتسهيلات المباشرة ووفقاً لما أسلفنا فإن المقصود بالتسهيلات المباشرة هي عمليات المنح و الإئتمان التي تمنح لطالبيها مباشرة مثل القرض والجاري مدين ومن الممكن أن تكون هذه التسهيلات قد سُخرت لوفاء العميل بالتزامه الوارد في التسهيلات غير المباشرة ومن ذلك

¹ نقض رقم 1189 سنة 49 ق جلسة 1984/02/13 س 35 المشار إليه في كتاب عمليات البنوك للشواربي ص 483 .

² نقض رقم 159 للسنة القضائية 46 بجلسة 1980/02/11 وهو ما تأكد أيضا في قرارات محكمة النقض رقم 1556 لسنة 63 ق - بجلسة 2001/02/13 وكذلك قرار رقم 911 للسنة القضائية 47 بجلسة 1979 /12/31 المشار إليها في الشواربي عمليات المنبوك ، مرجع سابق ص 407 .

ما هو متبع في الواقع العملي لدى البنوك وهو أن يتم منح العميل ما يسمى بسقف تمويل إتمادات بحيث يكون على شكل جاري مدين يُستغل لتغطية قيم الإتمادات المفتوحة من قبل ذات العميل وذلك عند ورود المستندات المدرجة في طلب فتح الإتماد وبذلك يكون كل من الإلتزامين والعقدين مستقلاً عن الآخر وبذلك فإن التسهيلات المباشرة المشار إليها غالباً ما يعتريها بعض المنازعات والخلافات بين العميل والبنك وترتكز هذه المنازعات حول ركنيها الأساسيين وهما الفوائد فيما يتعلق باحتسابها وقيدها والمشكلة الثانية تتعلق باستحقاق الدين كأساس وشرط للمطالبة بقيمة التسهيلات الممنوحة حسب القانون والمبني أساساً على واقعة إغلاق الحساب التي نظمها وأطرها القانون وفق أسسٍ معينة .

المطلب الأول : المشكلات العملية المتعلقة باستحقاق الديون نتيجة لإنهاء الحساب

تناول قانون التجارة الأردني رقم (12) لسنة 1966 والساري في فلسطين موضوع إيقاف الحساب الجاري قي المادة (112) حيث ورد فيها (1. لا يعد أحد الفريقين دائناً أو مديناً للفريق الآخر قبل ختام الحساب الجاري 2. إن إيقاف هذا الحساب هو وحده الذي يحدد حالة العلاقات القانونية بين الطرفين وهو الذي تنشأ عنه حتماً المقاصة الجماعية لجميع بنود الحساب من تسليف وإستلاف وهو الذي يعين الدائن والمدين) يتبين من نص المادة الآنفة ذكره إن من أهم الإجراءات لوجوب استحقاق الدين هو تحديد المراكز القانونية لكل من البنك وفتح الحساب لا سيما أن كافة التشريعات قد أبدت عدم إمكانية تحديد المراكز لكل من البنك وعميله إلا بعد إقفال الحساب الذي من خلاله معرفة كل من الدائن والمدين . وعليه سنتناول في هذا المطلب موضوع إقفال الحساب لكونه الإجراء الذي يتم من خلاله تحديد مركز كلا الطرفين منوهين إلى أن تسليطنا للضوء على هذه الجزئية يأتي في ظل ما تشهده المحاكم الفلسطينية من دفع تثار بهذه الذريعة لا سيما أن البنوك غالباً ما تخطئ بإجراءاتها عند قيامها بمعاودة فتح الحسابات بعض الأحيان لغايات قيد بعض الفوائد المعلقة أو العمولات أو رسوم التقاضي والذي يكون تاريخ استحقاقها معلقاً على أجلٍ معين لاحق لتاريخ تمام إغلاق الحساب مما يشكل ذريعة للخصوم من العملاء للدفع برد الدعوى قبل الدخول بالأساس لسبق أوانها بل أنه وفي بعض الأحيان يُرجأ البت في هذه المسألة مع الموضوع لتطول الإجراءات القانونية لبضع سنين وتؤول بعد ذلك

لرد الدعوى لسبق أوانها وذلك لكون البنك لم يتم بإغلاق الحساب حسب الأصول وذلك بسبب قيامه بإجراء بعض الحركات المالية على الحساب .

وعليه نود التنويه إلى أن مناط العلاقة بين العميل والبنك هو الحساب الجاري ولا يمكن تكوين أي علاقة مصرفية لا سيما العلاقات التعاقدية بخصوص التسهيلات المصرفية إلا في حال وجود حساب بينهما يتم التعامل فيه وتنفيذ كافة العقود والاتفاقيات الموقعة بين الطرفين فيه ولا يمكن الرجوع بأي التزام بين طرفي العلاقة الا بعد الرجوع لما تم تنفيذه في الحساب وبعد تمام إغلاقه و الحساب أيضاً هو الوسط أو المكان الذي يتم فيه تنفيذ العقود المتفق عليها بين العميل والبنك مثل عقود الإقراض ولا يمكن قضائياً اعتبار رجوع البنك على العميل بالتزامه في عقد القرض الموقع بينهما إن لم يتم تنفيذ عقد القرض في الحساب وذلك من خلال قيام البنك بالتزامه المتمثل بقيد قيمة القرض في الحساب وقيام العميل بدوره سحب هذه القيمة من الحساب ليترتب بالتالي الإلتزام على العميل بسداد القيمة إضافة للفوائد .

وتطبيقاً لذلك ما قضت به محكمة بداية نابلس بعدم اعتبار بينة المدعي (البنك) المتمثلة بعقد القرض لعدم وجود ما يثبت تنفيذ هذا العقد وقيد قيمة القرض في الحساب¹.

الذي ترتب عليه قيام المدعي بتدارك بينته بالطعن أمام محكمة الدرجة الثانية (الإستئناف) حيث قام بإبراز كشف الحساب الذي يثبت تنفيذ عقد القرض الموقع بين الطرفين والذي يبدو من خلال هذا الكشف قيام المدعي (البنك) بالتزامه بقيد قيمة القرض لحساب المستأنف ضده لتقوم محكمة ثاني درجة بقبول الإستئناف وإلغاء القرار المستأنف واعتماد البينة المقدمة من المستأنف والحكم على المستأنف ضده بقيمة ما تبقى من التسهيلات المستغلة من قبله² .

ونظراً لارتباط مسألة استحقاق الديون وتنفيذ عقود التسهيلات المنفذة في الحساب الجاري كان لا بد لنا التعرض لموضوع الحساب الجاري وإقاله مبتدأين بتعريف الحساب الجاري لنتعرض بعد ذلك لإقاله وهي العملية التي يترتب عليها ترصيد الديون واستحقاقها وبيان المراكز القانونية بحيث نتناول أسباب إقال الحساب

¹ قرار محكمة بداية نابلس رقم 2009/218 صادر بتاريخ 9/16 / 2013 ، المقضي (منظومة القضاء والتشريع في فلسطين)

² قرار محكمة استئناف رام الله رقم 2013/705 صادر بتاريخ 12/15 / 2016 ، المقضي (منظومة القضاء والتشريع في فلسطين) .

لنخرج بعد ذلك على الآثار المترتبة على إقفال الحساب ومن ثم بيان آلية إتمام اغلاق الحساب الجاري المعتبرة وسيتم أيضاً بيان إمكانية مراجعة الحساب وتصحيحه في ظل الشروط الواردة في العقود الموقعة بين العميل والبنك ومن ثم بيان إمكانية تجزئة الحساب ، وبداية لا بد لنا من المرور على تعريف الحساب الجاري وفقاً لما نص عليه قانون التجارة الأردني الساري في فلسطين في نص المادة (106) والتي ورد فيها ما يلي (يرد بعقد الحساب الجاري الإتفاق الحاصل بين شخصين على أن ما يسلمه كل منهما للآخر بدفعات مختلفة من نقود وأموال وأسناد تجاربه قابلة للتملك يسجل في حساب واحد لمصلحة الدافع وديننا على القابض دون أن يكون لأي منهما حق مطالبة الآخر بما سلمه له بكل دفعة على حدة بحيث يصبح الرصيد النهائي وحده عند إقفال هذا الحساب ديناً مستحقاً ومهياً للأداء) .

الفرع الاول: مدى ارتباط استحقاق الديون بإقفال الحساب :

لعل أن مؤدى إقفال الحساب الجاري هو استحقاق الديون المترتبة لأي من طرفي العلاقة سواء المصرف أو العميل لأن الحساب الجاري وفقاً لما أشرنا هو مناط التعامل بين العميل والبنك وهو الوسط الذي تنفذ فيه كافة التعاقدات بين كلا الطرفين وهو البيئة على ما تم تنفيذه مما تم التعاقد عليه بين كلا الطرفين و يعد الحساب الجاري هو أداة التعامل بين كل من العملاء والبنك وهو الوعاء الذي تتم فيه كافة العمليات والتعاملات المالية بين كل من المصرف وعميله فمن خلاله تنفذ عقود الإقراض أو الإعتمادات المصرفية بكافة صورها ولا يمكن تحديد مركز أي من الطرفين إن كان دائناً أو مديناً ولا يمكن استحقاق الأرصدة الواردة في الحساب إلا من خلال إيقاف الحساب الجاري أو غلقه وقد ورد في نص المادة (112) من قانون التجارة الأردني رقم 12 لسنة 1966 بعنوان إيقاف الحساب الجاري مدين ما يلي (1- لا يعد أحد الفريقين دائناً أو مديناً للفريق الآخر قبل ختام الحساب الجاري 2- إن إيقاف هذا الحساب هو وحده الذي يحدد حالة العلاقات القانونية بين الطرفين وهو الذي تنشأ عنه حتماً المقاصة الاجتماعية لجميع بنود الحساب من تسليم واستلاف وهو الذي يعين الدائن والمدين) .

والمقصود بإقفال الحساب هنا هو الإقفال النهائي وليس الإقفال المؤقت الذي قد يتم باتفاق العميل والبنك أو الذي يتم من طرف البنك لإجراء المراجعة التي تبين مركز كل طرف فيه أو وفقاً لما يقتضيه العرف والعادة

على الحساب والمقصود بالإقفال النهائي هو انتهاء العلاقة التعاقدية بين البنك وعميله بحيث لا يمكن أن يتم قيد أي دفعات في الحساب ويمنع على طرفي العلاقة إجراء أية قيود وفي حال مخالفة ذلك و ترتب أية ديون تكون هذه الديون بعد الإقفال خارجة عن نطاقه¹.

الفرع الثاني: اسباب انتهاء الحساب وآثاره :

تقسم أسباب غلق الحساب إلى أسباب إرادية و أسباب غير إرادية وتتمثل الأسباب الإرادية لغلق الحساب في حالتين الأولى توافق إرادة طرفي العلاقة المتمثلة بالبنك من جانب و العميل من جانب آخر وذلك بحلول تاريخ العقد المتفق عليه وبذلك لا يمكن لأي من الطرفين إنهاء العلاقة التعاقدية من طرفه دون التوافق مع الطرف الآخر ، ومن الممكن أيضاً إغلاقه بإرادة أحد الطرفين هذا في حال عدم وجود عقد يحدد تصريحاً تاريخ انتهاء العلاقة ففي هذه الحالة من الممكن لأي من طرفي العلاقة إغلاق الحساب².

كما انه من الممكن إغلاق الحساب لأسباب غير إرادية وهي تتمثل بما ورد في نص المادة (114) من قانون التجارة الأردني رقم 12 لسنة 1966 والذي جاء فيها تحت بند انتهاء العقد (ينقضي العقد في الوقت المعين بمقتضى الإتفاق وإن لم يتفق على الأجل ينتهي العقد بحسب إرادة أحد الفريقين وينتهي أيضاً بوفاة أحدهم أو فقدانه الأهلية أو بإفلاسه) . ووفقا لما ورد آنفا فإننا سنقوم على عجالة باستعراض الأسباب الإرادية واللاإرادية وفقا لما ورد في القانون .

أولاً : الأسباب الإرادية لإغلاق الحساب :

1. **حلول التاريخ المعين** : بحيث إنه من الممكن إغلاقه بإرادة إحد الأطراف إلا انه وفي حال تم الاتفاق على عدم إغلاق الحساب إلا بتاريخ معين وجب على كلا الفريقين المصرف والعميل الالتزام بهذا التاريخ ولا يجوز إغلاقه إلا باتفاقهما على ذلك³.

¹ الكيلاني، محمود، الجوانب القانونية في عمليات البنوك، مرجع سابق، ص165

² موسى، طالب حسن، الاوراق التجارية والعمليات المصرفية، مرجع سابق ، ص203.

³ موسى، طالب حسن، الاوراق التجارية والعمليات المصرفية، مرجع سابق، ص 203.

وهنا نود الإشارة بأن الحالات التي يتم فيها تحديد تاريخ لإغلاق الحساب في الواقع العملي غالباً ما تكون محصورة في الاعتماد المالي المسمى بالجاري مدين بحيث يتم التوافق على منح العميل سقفاً للسحب على المكشوف ضمن مبلغ معين خلال مدة معينة غالباً ما تحدد بمدة عام على أن يلتزم العميل عند حلول هذا الأجل بسداد مبلغ سقف الجاري مدين علماً بأنه في الغالب يتم التوافق على تمديد هذا العقد من خلال تجديده أو أنه يتم تمديده لغايات جدولة السداد على أن يتم إغلاقه عند تمام السداد .

2. **إرادة أحد الطرفين :** ويكون ذلك عند عدم توافق طرفي العلاقة على تاريخ معين لغلق الحساب وهنا تكون الإرادة حرة لأي من أطراف العلاقة لإنهائه وغالباً ما يتم اشتراط إشعار أي من طرفي العلاقة الآخر برغبته في الإنهاء وغالباً ما يكون هذا الإشعار قبل مدة من رغبة أحد الفريقين إنهاء هذه العلاقة¹.

ويجب أن يكون هذا الإنهاء من قبل أي من الطرفين يتفق مع ما هو متعارف عليه و متبع في العرف التجاري المصرفي والمقصود هنا بما هو متعارف عليه كأن يكون الحساب قد تم التوافق على فتحه لتسوية صفقة معينة كأن يكون لغايات تنفيذ اعتماد مستندي تم إيداع قيمة الحساب فيه وبذلك فإن العرف يقتضي عدم إغلاق الحساب إلا بعد سداد قيمة الاعتماد المستندي الذي سبق للعميل وأن طلب فتحه لدى المصرف وأن الحساب مهياً لوصول تلك المستندات ومن ثم مطابقتها ليتم تسديده ، بحيث إن إجازة هذا الإجراء جاءت من مبدأ الاعتبار الشخصي للحساب الجاري².

3. استحقاق التسهيلات بسبب إقفال الحساب الناتج عن نقض عقود الاعتماد المالي :

هنالك طرق أخرى من الممكن أن يتم إغلاق الحساب المنفذ فيه الاعتماد المالي من طرف واحد وبإرادة منفردة ألا وهي إرادة البنك ، وذلك بإلغاء التسهيلات الممنوحة للعميل مما يرتب استحقاقها وقد أورد المشرع ذلك تحت باب (نقض عقود الإعتمادات أو تخفيض مبالغها) حيث ورد في نص الفقرة (1) من نص المادة (119) من قانون التجارة الأردني (يجوز لفاتح الإعتماد أن ينقض العقد إذا أصبح المعتمد له غير ملئ أو كان عديم الملاءة وقت التعاقد على غير علم من فاتح الإعتماد) .

¹ عوض ، علي جمال الدين ، عمليات البنوك من الوجهة القانونية ، مرجع سابق ، ص 382 .

² عوض ، علي جمال الدين ، عمليات البنوك، مرجع سابق، ص 382

بداية فإننا لا نرى تناسب تسمية هذه المادة بعبارة نقض عقود الإعتمادات حيث كان الأولى بالمشرع ولطالما اعتبر مسألة حق ففتح الإعتماد بإنهائه أمراً جوازياً وحققاً مشروعاً أن يضع الأمور في نصابها الصحيح ولا يعتبره نقضاً مما قد يوهم أنه إخلال من قبل البنك بالتزاماته بموجب العقد مما قد يرتب ضماناً على الناقض ولكننا نرى لو أن المشرع قد اعتبره حقاً لفتح الإعتماد (البنك) بإنهاء الإعتماد المالي من طرف واحد وليس نقضاً جوازياً لكان أفضل .

بينما لم يتضمن قانون التجارة المصري هذا النص وإنما تعرض في نص المادة (399) منه إلى حق ففتح الإعتماد بإنهائه دون إبداء الأسباب هذا في حال لم يكن هناك تاريخ محدد لانتهائه ، ويؤخذ ذلك على المشرع المصري الذي أعطى الحق مطلقاً للمصرف بإنهاء العقد حتى وإن لم يكن محدد المدة بينما يلتزم المصرف بمدة العقد إذا كان العقد محدد المدة على خلاف القانون الأردني الذي أجاز نقضه حتى وإن كان محدد المدة بحجة عدم الملاءة .

وفي معرض الإمعان في نص المادة (119) من قانون التجارة الأردني الوارد آنفاً يتبين لنا أن القانون أجاز لفتح الإعتماد المالي (الجاري مدين) الإستناد على أمور تقديرية لا يمكن ضبطها بمعيار محدد لإنهاء الحساب ألا وهي الملاءة بحيث أنه ليس هناك معياراً واضحاً لمسألة الملاءة المالية وهذا النص التعسفي هو الذي تدرجه غالبية البنوك العاملة في عقد الجاري مدين أو عقد الإعتماد المالي الموقع مع عملائها، إلا أن هذا المعيار الذي أجاز للبنك هذا الحق هو محل نزاع في كثير من المواضع بين العملاء والبنوك نظراً لما يتركه من أثر سلبي ونظراً لما يلحقه من ضرر بعميل البنك حيث لم يدرك المشرع في هذا الصدد ما قد يلحق بفتح الإعتماد المالي (العميل) من أضرار في حال الوقف المفاجئ للتسهيلات لا سيما أن النسبة الأكبر من فاتحي الإعتمادات هم من التجار الذين يكونون قد رتبوا على أنفسهم التزامات كبيرة استناداً إلى سقف الجاري مدين الممنوحة لهم من البنوك ليأتي البنك بعد ذلك بممارسة هذا الحق الممنوح له من القانون ويقوم بوقف التسهيلات، مما يترتب إعادة كافة الشيكات المحررة من قبل التاجر وبالتالي اضطراره إلى سداد الالتزامات القائمة عليه وفاءً بالشيكات المعادة من قبل ففتح الإعتماد مما يترتب عليه عجزه عن سداد التزامات البنك وكذلك حرمانه إمكانية الشراء بالدفع الآجل بسبب توقف البنوك عن منحه أية دفاتر شيكات نظراً لما أعيد له من شيكات .

حيث أقدمت الكثير من البنوك على ممارسة هذا الحق بإصدارها قراراً بوقف كافة التسهيلات بناءً على تقديرات جزافية تتعلق بالملاءة أو ممارسة حقها بإنهاء العقد وفقاً لما هو وارد في نص عقد الجاري مدين الموقع مع عملائها مما ترتب عليه تضاعف حجم التعثر لديها¹.

كما أن النص قد أورد حق البنك بنقض الإعتماد المالي في حال تبين أن العميل كان غير مليء أو تبين أنه غير مليء ووفقاً لما نوهنا له سابقاً فإن مسألة الملاءة تدع للبنك حيزاً مرناً لاختلاق الأسباب والذرائع لنقض عقودها مع العملاء، علماً بأن إستحقاق التسهيلات سنداً لهذا الأمر الجوازي الذي منحه القانون للبنك سيزيد من تعثر العملاء وعدم ملاءتهم .

وهنا يتبادر لنا بيان مفهوم عدم الملاءة المالية ويقصد بعدم الملاءة المالية في السياق المصرفي هو وجود عجز لدى العميل يتم استتيانه من خلال بيانات نشاطه المالي بحيث يؤدي هذا العجز إلى إضعاف قدرته على أداء التزاماته تجاه الغير في المواعيد المحددة².

كما قضت محكمة التمييز الأردنية في قرار لها (بأن تدرع المطعون ضده بعدم ملاءة الطاعن استناداً على إيداعه عدد من الشيكات مسحوباً على حسابه لدى مصرف آخر وتأخره في سداد قسطين لدى ذات المصرف لا يعد مسوّغاً للمطعون ضده لنقض عقد الجاري مدين الموقع مع الطاعن والمحدد المدة)³.

وكذلك فقد نصّت المادة (340) من قانون التجارة المصري على (إذا فتح الإعتماد لمدة معينة فلا يجوز للبنك إلغاؤه قبل إنقضاء هذه المدة إلا في حالة وفاة المستفيد أو الحجر عليه أو توقيفه عن الدفع ولو لم يصدر حكم بشهر إفلاسه أو صدور خطأ جسيم منه في إستعمال الإعتماد)

وعلاوة على ذلك فإنّ هناك اتجاهات قضائية لدى محكمة النقض المصرية¹ يرى أن عقد الجاري مدين أحيانا لا ينتهي بإنهاء مدته وإنما قد يمتد ويصبح عقداً غير محدد المدة في حال إستمرار الطرفان في تنفيذه .

¹ أنظر الفوارق في الميزانيات المعلنة لبعض البنوك الفلسطينية عن الأعوام 2006 – 2008 .

² الشمري، ناظم محمد نوري، النقود والصارف، مرجع سابق ، ص254.

³ تمييز اردني حقوق رقم 78/414، ص 852، س 1990 مدغمش، جمال، الاوراق التجارية وعمليات البنوك، مجموعة ، عمان ، إجتهدات محكمة التمييز الأردنية .

وبذلك فإننا نرى أن استحقاق التسهيلات الممنوحة للعميل بشكل مفاجئ وغير مسبوق استنادا لقراءات لبيانات مالية تخضع لعدة توقعات قد يترتب عليها إلحاق بالغ الضرر بفتح الاعتماد وفقا لما أشرنا له سابقا ومما يجعل مسوغ نص المادة 119 من قانون التجارة في غير محله .

4. **الإنهاء الضمني** : وقد يكون إنهاء الحساب ضمنيا دون تصريح أي من طرفي العلاقة بذلك وهذا الأمر يتم استنتاجه من مآل العلاقة بين الطرفين وهذه مسألة موضوعية يجب أن يتم توخي الدقة والحذر عند القرار بإنهاء الحساب ضمنيا بين طرفي العلاقة ومن ذلك انقطاع إجراء العمليات على الحساب منذ مدة مما يتم استخلاص ذلك من قبل القاضي بإنهاء هذه العلاقة².

ونرى أن هناك لدينا في فلسطين واقعا عمليا أكثر دقة لاعتبار الإنهاء الضمني للحساب وهو ما قد اتبع في كثير من الدول العربية ألا وهو وقف العمل بالحساب بسبب هجر العميل له وعدم التعامل فيه لمدة معينة و الذي يترتب على إثره عدم قبول أية دفعات بحيث تبدأ الإجراءات باتجاه إنهاء الحساب بشكل تدريجي يبتدأ بتجميده وهنا من الممكن معاودة التعامل في الحساب من خلال ما يسمّى تفعيل الحساب ولا يعد تفعيل الحساب حساباً جديداً أما إذا استمر عدم التعامل في الحساب لمدة ولم يتم التفعيل لتقوّل المسائل بعد ذلك إلى إغلاقه علماً بأن الوصول لهذه المرحلة يتم وفقا لشروط تتمثل بعدم تحريك العميل لحسابه لدى البنك .

ثانياً : الأسباب الخارجة عن إرادة الطرفين لإغلاق الحساب :

سبق وأن أشرنا إلى الأسباب الإرادية التي ينتهي وفقا لها عقد فتح الحساب التي تتم وفقا لإرادة طرفي العلاقة أو بإرادة أحدهما حيث ان هذه العلاقة تقوم على الإعتبار الشخصي وعليه فإننا نود التنويه هنا للأسباب اللارادية التي من الممكن أن ينتهي على إثرها عقد فتح الحساب وفقا لما ورد في نص المادة 114 قانون التجارة³ وهم كما يلي :

¹ نقض مدني ، الدائرة الأولى ، بتاريخ 1997/10/28 المشار إليه في مؤلف د. خيرى ، محمد ، الإعتمادات المستندية طبقا لقانون التجارة ص8 .

² عوض ، علي جمال الدين ، العمليات المصرفية، مرجع سابق، ص383.

³ تنص المادة (110) من قانون التجارة الأرني (ينتهي العقد في الوقت المعين بمقتضى الإتفاق وإن لم يتفق على الأجل ينتهي العقد بحسب إرادة أحد الفريقين وينتهي أيضا بوفاة أحدهم أو بفقده أهليته أو بإفلاسه) .

1. الإفلاس :

من المتفق عليه أن إفلاس أحد أطراف عقد الحساب يؤدي إلى إنهائه، حيث إن الإفلاس يقتضي منع المفلس من إدارة أمواله لتولي وكيل التفليسة ذلك وبموجب هذا لا يجوز للحساب تلقي أية دفعات من الطرف الذي أعلن إفلاسه مما يستوجب المباشرة بتصفية أموال المفلس ماله وما عليه وبالتالي تنشأ السلطة لوكيل التفليسة وبموجب القانون لاستخراج رصيد المفلس من حسابه لدى البنك، كما أنه لا يجوز للمفلس فتح ذات الحساب بعد إنهاء إفلاسه وإعادة اعتباره وإنما له أن يقوم بفتح حساب جديد¹.

كما أن البنك يتمتع بمركز ممتاز بين دائني المفلس فيما يتعلق بأية أرصدة موجودة في الحساب قبل المباشرة في إنهائه، وذلك استناداً لخاصية الأثر التجديدي وعدم جواز تجزئة الحساب واللّتان تجعلان البنك يتبوأ هذا المركز ويمتاز عن باقي الدائنين، كما أنّ البنك يمتاز أيضاً عن باقي الدائنين بالمقاصّة بين البنود الداخلية في الحساب في الديون مستحقة الأداء بين المثليات بحيث أن دخولها في الحساب الجاري هو ما يسوّغها².

ويرد القول هنا فيما يتعلق باستيفاء البنك للتأمينات النقدية من الحساب أثناء فترة الريبة ضماناً لحقوقه لدى العميل صاحب الحساب حيث إن أنّ بعض المشرّعين قد تعرّضوا لهذه المسألة مثل المشرع المصري في المادة (598) الذي شرع بعدم النفاذ الوجوبي لهذا الإجراء بحيث أنه كان من المتوقع على البنك اقتضاء تأميناته من الحساب لحظة نشوء الإلتزام على صاحب الحساب قبل فترة الريبة حيث إن البنك ومن خلال إجراءاته هذا يتحايل على القانون ليتبوأ موقعاً ممتازاً عن باقي الدائنين وهو ما يمثل خرقاً لقاعدة المساواة بين الدائنين .

ونرى أن مسألة استيفاء التأمينات النقدية ومدى جواز أن تمنح البنك هذا المركز الممتاز دوناً عن باقي الدائنين تتوقف على ما تم اشتراطه عند المنح أو عند تنظيم عقد التسهيلات مثلاً بين صاحب الحساب والبنك فإذا تضمّن هذا العقد شرط البنك استيفاء التأمينات النقدية وقد أغفل البنك ذلك في حينه فإن هذا الإغفال وفقاً لرأينا لا يحرم البنك هذا الحق وهذا المركز أما إذا أراد البنك تدارك تحصيله لحقوقه من حساب المدين وقام بهذا

¹ عوض، علي جمال الدين، عمليات البنوك، مرجع سابق، ص 385.

² شواربي، عبد الحميد، عمليات البنوك، مرجع سابق، ص 484.

الفعل دون أن يتضمن أصلاً عقد التسهيلات ذلك فنرى بعدم أحقية البنك أن يضع نفسه في هذا المركز أو أن يخرق قاعدة المساواة بين الدائنين .

2. الوفاة :

إن وفاة صاحب الحساب تؤدي إلى إغلاق الحساب فوراً¹، فإذا كان الرصيد دائماً وجب على البنك أن يرد قيمة الرصيد لورثة صاحب الحساب أما إذا كان مدينًا جاز للبنك الرجوع على الورثة بالدين في حدود تركة العميل إلا أنه يرى البعض أنه يتوجب على البنك أن يتم العمليات التي قام بإجرائها قبل وفاته، إلا أن أصحاب الرأي المخالف² يرون وجوب إغلاقه وعدم إجراء أي حركات مالية عليه وذلك استناداً لاعتبار عقد الحساب الجاري كعقد الوكالة وعقد الشراكة حيث يتوجب انهاءه فور وفاة أحد طرفي العلاقة³.

إلا أن قرار محكمة التمييز الأردنية قد جاء مطلقاً بهذا الصدد والذي لم يعتبر أي عمليات تتم على الحساب بعد وفاة صاحب الحساب حيث جاء فيه (إن وفاة المقترض يترتب عليه انتهاء عقد الحساب الجاري مدين تطبيقاً لأحكام المادة (114) من قانون التجارة وإن ما ورد في العقد المبرم ما بين البنك و المقترض من اعتبار قيود البنك بينة قاطعة في العلاقة القائمة ما بين الجهتين لا يسري على الفترة التي تعقب وفاة المقترض⁴.

ويرى جانب آخر من الفقه الفرنسي أن عقد الحساب الجاري لا يمكن اعتباره عقد وكالة لأن عقد الوكالة يقوم على الاعتبار الشخصي وهذا ما لا يتوفر في عقد الحساب الجاري حيث أن الحساب الجاري يعتبر وفقاً لهذا الرأي من العقود المستمرة وليس هناك ما يمنع من استمرار التعهدات القائمة بموجب هذا الحساب من بعد وفاة العميل طالما أن الورثة يلتزمون بالتعهدات الواردة فيه⁵.

¹ نقض مصري 13 مايو 1974 مجموعة النقض عدد 25 صفحة 868 .

² هامل ، 1، 295 و 560 فان مال رقم 204 ، توثيق عوض ، على جمال الدين .

³ عوض، علي جمال الدين، عمليات البنوك ، مرجع سابق 386

⁴ قرار تمييز اردني حقوق رقم 877 لسنة 1978 ، مدغمش، جمال، الاوراق التجارية وعمليات البنوك، مجموعة إجتهاادات محكمة التمييز الأردنية

⁵ عوض، علي جمال الدين، عمليات البنوك، مرجع سابق، ص 387.

وقد قضت محكمة سايجون المختلطة¹ (أن موت أحد طرفي الحساب لا ينهي بالضرورة هذا الحساب إذا استمر ورثته في استغلال المؤسسة التجارية التي كان يديرها المتوفى واحترموا عقد الحساب الجاري المبرم بينه وبين عميله² .

إلا أننا نرى أن القرار الوارد آنفاً لا ينطبق على حالات الحساب الفردي المفتوح للشخص الطبيعي حيث أن من البديهي أن يتسم الحساب المفتوح لصالح منشأة اعتبارية، لا سيما أنه وفي الغالب أن المنشآت التجارية تتمتع بذمة مالية مستقلة عن أصحابها ولا يعني وفاة أي من مفوضيها أن يترتب عليه إغلاق الحساب وإنما للورثة ووفقاً للقانون أن تتولى مساهماتهم مورثيهم لهم ومن ثم يتولون مع باقي الشركاء في الشركة إدارة الحساب³ .

إلا أننا نرى أن وفاة الشخص الطبيعي فاتح الحساب موجبا لاستحقاق الديون كاملة ولا يجوز للورثة التمسك بحقهم بالإستمرار في سداد القرض أو التسهيل الممنوح ولا يجوز لهم التمسك بالأجل المتفق عليه للسداد حيث أن الشخص بوفاته تسقط حقوقه وواجباته الدنيوية ولا يجوز نقل هذا الحق للورثة لارتباطه بشخصه ، ومن هنا يبدد التساؤل فيما يتعلق بالشيكات المسحوبة على الحساب الجاري والتي تحمل تاريخاً سابقاً على الوفاء فإننا والحالة هذه واعمالاً لمبدأ تملك مقابل الوفاء عند تحرير الورقة التجارية نرى أنه يكون للمستفيد منها الحق بالرصيد الدائن المتوفر لدى المصرف لا سيما في حالة عدم انتهاء مدة التقديم القانونية .

الفرع الثالث : آثار إقفال الحساب الجاري :

أولاً : وقوع المقاصة العامة بين المفردات : يقفل الحساب وفقاً لما أشرنا إليه سابقاً وتتمثل آثار هذا الإقفال بإجراء المقاصة بين مقرضات هذا الحساب ويتم استخلاص الرصيد النهائي الذي يتم على ضوءه تسوية العلاقة بين الطرفين ليمثل الرصيد النهائي خلاصة حق كل من الطرفين تجاه الآخر⁴ .

¹ منشور في المجلة الفصلية للقانون التجاري 1953 ص 715 وقد أورده الدكتور علي جمال الدين عوض في ذات السياق .

² نقض سايجون رقم 471 / 2 / 1927 ، ص 715 ، لسنة 1953 المشار إليه في كتاب علي مال الدين عوض ص 716 .

³ المادة 72 من قانون الشركات الأردني رقم 12 لسنة 1964 المنشور في العدد 1757 من الجريدة الرسمية بتاريخ 1964/5/3 .

⁴ الكيلاني، محمود، الجوانب القانونية في عمليات البنوك، مرجع سابق ص 167.

وقد قررت محكمة النقض المصرية علاوة على ذلك تأكيد عدم احتساب أية فوائد مركبه بعد إقفال الحساب حيث ورد في قرارها (ان صفة الحساب الجاري تزول عنه بإقفاله ويصبح الرصيد ديناً عادياً حالاً ولا يجوز تقاضي فوائد مركبه ولو أتفق على ذلك الطرفان لأن تحريم الفوائد المركبة من النظام العام لا يصح معه الإتفاق على مخالفته ولا يستثنى من ذلك إلا ما تقضي به القواعد والعادات التجارية¹.

وبذلك فإن احتساب الفوائد الاتفاقيه يتوقف عند إقفال الحساب ويبدأ احتساب الفوائد القانونية بعد إقفال الحساب ولا يجوز عقب ذلك قيد أي فوائد أو عمولات على الحساب وهذا من نصت عليه الماد (114) من قانون التجارة المصري وهو ما لم يتعرض له المشرع الأردني في قانون التجارة الساري في فلسطين .

ومن وجهة نظر الباحث من الواقع العملي يرى أن المقصود بالمقاصة هو استخلاص ناتج العمليات الحسابية بين الدائن والمدين والناتج عن إضافة الإيداعات وإنقاص السحوبات بحيث يكون صافي الحساب هو الناتج المستخلص من هذه العملية .

ثانياً : استخراج الرصيد وتسويته : قد يترتب للحساب أو عليه حقوق آجله لا يمكن أن تستحق إلا بآجال معينه مما يجعل من غير الممكن أن يتم قفل الحساب نهائياً وقت القرار بذلك وإنما من الممكن أن يمر الحساب بفترة ما يسمى تصفية الحساب وذلك لاستخلاص المقاصة الحقيقية والفعلية بين كافة المفردات في الحساب مما يجعلها قابلة للوفاء و مثلاً على ذلك تلقي البنك أوراق تجارية من عميله لغايات تحصيلها فإن ذلك قد يتطلب وقتاً لحين الرجوع للمسحوب عليه لتقرير مآل هذه الأوراق إما بإرجاعها أو قيدها للعميل².

ونرى من الواقع العملي للباحث أن ذلك ينطبق أيضاً على بعض أنواع الفوائد في حساب الجاري مدين بحيث إن الفائدة الاتفاقيه في حساب الجاري مدين تحسب يومياً إلا أنها لا تقيد إلا في نهاية الشهر وبذلك فإن القرار بإقفال حساب الجاري مدين في منتصف الشهر يستلزم الإنتظار لحين قيد الفوائد المحتسبة عن الفترة الماضية من الشهر وبذلك تعد الفترة اللاحقة هي فترة تصفية والذي نتفق فيه مع ما ورد آنفا .

¹ نقض مصري 372 سنة 42 ص 788 المنشور في قاعدة التشريعات و الإجهادات المصرية بتاريخ 1981/3/30 .

² عوض ، علي جمال الدين، عمليات البنوك، مرجع سابق ص390.

ثالثاً : الوفاء بالرصيد : يعتبر كامل الرصيد النهائي في الحساب بعد إقفاله مستحق الأداء وملزماً للوفاء من قبل أي من طرفيه إن كان دائناً أو مدينا فإذا لم يلتزم أي من طرفي الحساب بالوفاء بالرصيد النهائي ووفقاً لمركزه جاز له اللجوء للقضاء، وعلى الرغم من ذلك للمحكمة أن تعطي المدين بموجب خلاصة الحساب مهلة للوفاء وفي حال كان الحساب يعود لعدة أشخاص كانوا متكافلين ومتضامنين في الوفاء¹.

وفي ذلك قررت محكمة استئناف القاهرة أنه (إذا ترتب الدين في ذمة المدين نتيجة حساب جاري فإنه يعتبر حالّ الأداء ومستحق الوفاء بمجرد إقراره بصحة الحساب وبمديونيته بالمبلغ الذي أسفر الحساب عنه ويترتب على ذلك التزامه بالدفء وقت الطلب)².

الفرع الرابع : آلية إقفال الحساب الجاري :

يتم إقفال الحساب بوقف اجراء أية حركات عليه من قبل المصرف إلا فيما يتعلق بالحركات خلال فترة التصفية إلا أنه وبعد تمام تحصيل أية حقوق لأي من الطرفين بعد فترة التصفية لا يتم قيد أية حركة ويثور هنا التساؤل الذي كان للمحاكم الفلسطينية فيه مخاض طويل ألا وهو هل يشترط تبليغ إغلاق الحساب لطرف العلاقة في الحساب الجاري أم يتم اغلاق الحساب بمجرد قرر المصرف ذلك ؟ لا سيما إنه سبق وإن قضت محكمة بداية رام الله برد الدعوى لكونها سابقة لأوانها لعدم تبليغ إغلاق الحساب³.

وهو ما تم استرداكه من قبل محكمة الإستئناف بإلغاء قرار محكمة البداية الأنف ذكره ليس لعدم اشتراط تبليغ إغلاق الحساب وإنما لكون هذه المسألة قد أثارته محكمة البداية من تلقاء نفسها دون أن يتم إثارتها من قبل المدعى عليه في لائحته الجوابية وبذلك فإنها قد إفتترضت ضمنيا عدم اعتبار إغلاق الحساب في حال عدم تبليغه⁴.

¹عوض، علي جمال الدين، مرجع سابق، عمليات البنوك، ص393

²محكمة استئناف القاهرة، المجموعه الرسمية , ص 922، لسنة 1962.

³ استئناف حقوق رام الله رقم 824 ، 2010، صادر بتاريخ 4/12/ 2014 ، المقنفي (منظومة القضاء والتشريع في فلسطين) .

⁴استئناف حقوق رام الله رقم 294/2014، بتاريخ 19/1/2015 ، المقنفي (منظومة القضاء والتشريع في فلسطين) .

إلا أننا نرى أن إقفال الحساب يتحقق عند اقفاله فعلياً بوقف اية حركات عليه وليس للتبليغ قيمة في تمامه ويكون ذلك بمجرد صدور قرار البنك من الجهات الإدارية وعدم إجراء أية قيود على الحساب وهو ما أيدته محكمة النقض في قرارها رقم 2009/152 والذي ورد فيه (يصبح الرصيد النهائي عند إغلاق الحساب ديناً مستحقاً ومهياً للأداء ولا يشترط تبليغ العميل كتاب إغلاق الحساب)¹

المطلب الثاني: المشكلات العملية المتعلقة باحتساب الفوائد في ظل تعارض القوانين :

إن من أهم محاور العمل المصرفي هي الفوائد أو ما يسمى بالأرباح في منظومة البنوك الإسلامية وهو ما لم تتعرض له بشكل مفصل أغلب المؤلفات التي تناولت موضوع العمليات المصرفية على الرغم من تعرضها في بنودها الأساسية لموضوع التسهيلات المصرفية أو العمليات الائتمانية المصرفية علماً بأن الفائدة هي أهم أركان عقد التسهيلات والتي تمثل العوض فيه حيث إن مصادر الربح الأساسية في البنوك تتحدد بأربعة مصادر رئيسية ، هي الفوائد والعمولات والأرباح الناتجة عن عمليات دائرة الخزينة كبيع العملات والاستثمارات الخارجية ، وتحقق الأرباح من الفوائد من خلال ناتج الفرق بين الفوائد المدفوعة التي يؤديها البنك لعملائه نتاجاً للودائع المربوطة لديه والفوائد المقبوضة التي يقتضيها البنك من الودائع المقرضة للغير، أو الممنوحة للغير على شكل تسهيلات حيث تقوم البنوك بربط الودائع بفائدة وتقوم بإقراضها بفائدة أعلى ليمثل هذا الهامش ناتج الربح لها منوهين إلى أنه وليبيان مدى أهمية موضوع الفوائد لدى البنوك نود أن نشير إلى انه بلغ مجمل إيرادات القطاع المصرفي في عام 2015 ما يقارب من 500 مليون دولار تمثل مساهمة الفوائد من هذا الإيرادات ما يزيد عن 85%²، كما أن الفوائد تحتل ضمن مواضيع الخصومة أمام المحاكم مرتبة لا بأس بها حيث إن كثيراً من الخصومات القائمة بين المدينين المتعثرين والمصارف موضوعها دعوى محاسبية سواء دعاوى تم رفعها من البنوك ضد المتعثرين قد اعترضها طلب المحاسبة من قبل المدعى عليهم أو دعاوى محاسبة قد بادر عملاء المصارف المتعثرين برفعها ضد البنوك تحت عنوان دعوى منع مطالبة، وغالباً ما تنحصر دعاوى المحاسبة هذه بخصوص آلية احتساب الفوائد ، وعليه ونظراً للأهمية التي أشرنا لها آنفاً للفوائد

¹ محكمة نقض مصري 2009 / 152، لسنة 2009¹ قاعدة التشريعات و الاجتهادات المصرية .

² تقرير الوضع المالي للبنوك لعام 2015 الصادر عن جمعية البنوك في فلسطين ، بيانات الدخل المجمعة .

في العمل المصرفي سنتناول في هذا المبحث هذا المحور المهم كأهم مواضع النزاع المصرفي متقدمين بإيضاح لمفهوم الفوائد المصرفية والطريقة المثلى لاحتسابها .

الفرع الأول : ماهية الفوائد المصرفية وأنواعها :

سنتعرض في بيان مفهوم الفائدة في هذا الفرع للفائدة المقبوضة على التسهيلات دون التعرض للفوائد التي تقوم البنوك بدفعها لقاء الودائع المربوطة في حساباتها حيث إن الفوائد المقبوضة هي موضع اهتمامنا في هذا البحث لكونها هي التي تكون غالباً محل المنازعات بين البنوك والعملاء .

أولاً : تعريف الفائدة : تعرف الفائدة بأنها المقابل النقدي الذي يحصل عليه الدائن (المصرف) من المدين (المقترض) بموجب اتفاق بينهما منسوبة إلى المبلغ المقترض على مدة زمنية ويعتبر هذا المبلغ عوض ثمن حيازة المال دون اشتراط استعماله¹.

وقد عرفت الفائدة بالمفهوم المالي الاقتصادي: بأنها المبلغ المالي الذي يتم الاتفاق عليه لدفعه من طرف إلى طرف آخر لقاء قيام الأخير بإقراض الطرف الأول مبلغاً من المال مدة من الزمن وغالباً ما تكون الفائدة محددة بنسبة مئوية على مبلغ الإقراض².

وتعرف الفائدة المصرفية بأنها حصة مالية تفرض على الأعمال التجارية المؤجلة أي التي يتم تأجيل دفع قيمتها المالية لفترة زمنية محددة ومتفق عليها بين كافة الأطراف وتعتبر الفائدة حقا قانونيا من الواجب سداده³.

وقد عرفت سلطة النقد الفلسطينية بأنها (التكلفة المادية الدورية التي تدفع مقابل استخدام أو الانتفاع من أموال جهة الإقراض)⁴.

¹ من مقال للمحامي موسى فهد الاعرج نشر في موقع محاماه نت حول الفائدة في القانون والقضاء نشر بتاريخ 2015/01/20 (<http://www.mohamah.net/answer/27374>)

² مقال كتبها احمد محمد منشور على موقع <http://mawdo3.com/> بتاريخ 2017/2/20

³ من المقال السابق ، كيفية احتساب الفائدة القانونية .

⁴ <http://www.pma.ps/Default.aspx?tabid=299&language> النشرة التوعوية من سلطة النقد الفلسطينية المنشورة بتاريخ 2017/3/7

ونرى أن الفائدة بالمفهوم المصرفي هي نسبة مئوية من رأس المال المقترض متفق عليها بين المقرض والمقترض تكون غالبا متقاربة مع ما هو متعارف عليه يتم أداؤها من قبل المقترض للمقرض في الأجل المتفق عليه للوفاء برأس المال، وتتغير هذه الفائدة زيادة ونقصانا طرديا بزيادة مبلغ رأس المال المقترض وزيادة أجل إقرضه .

ثانياً : أنواع الفوائد المصرفية وآلية احتسابها :

إن الفوائد المقتضاه على التسهيلات المصرفية تتنوع حسب طريقة اقتضاؤها و آلية احتسابها و مصدرها فمنها الفوائد البسيطة والفوائد المركبة هذا فيما يتعلق بآلية احتسابها كما أن هناك الفوائد المتناقصة والفوائد الثابتة هذا فيما يتعلق في آلية اقتضاؤها كما أن هناك فوائد مصدرها القانون وهي الفوائد القانونية وفوائد مصدرها إرادة الأطراف وهذه الفوائد الاتفاقية :

1. أنواع الفوائد من حيث آلية استيفاءها :

أ . الفوائد البسيطة : وهي الفوائد التي يتم استيفاؤها على أصل الدين عن مدة محددة ولمرة واحدة بنسبة مئوية محدد لأصل الدين .

ب . الفوائد المركبة : وهي الفوائد التي يتم استيفاؤها بنسبة مئوية محتسبة لقاء مدة وأجل معين على أصل الدين مضاف إليه ما قد ترتب على هذا الأصل و فوائد سابقة عن مدد سابقة .

ج . الفوائد المتناقصة : وهي الفوائد التي يتم احتسابها بنسبة مئوية معينة على رصيد أصل القرض المتناقص شهريا، و تنطبق طريقه الفائدة المتناقصة على نوعي الفائدة المتغيرة والثابتة ، أي أنها قد تكون نسبة الفائدة ثابتة أو متغيرة على طيلة عمر القرض ، حيث إن مسألة التناقص في الفائدة تأتي من تناقص رأس مال القرض الأساسي (بسبب سداد جزء منه)، ويتم احتساب الفائدة على الرصيد المستحق للقرض بنهاية كل شهر ، بحيث يتكون القسط الشهري للمقترض من جزأين (حصة الشهر من قيمة القرض يضاف إليها الفائدة المستحقة على القسط) ، وعادة ما يتم تطبيق هذه الطريقة على القروض الشخصية وقروض السكن والرهن العقاري¹.

¹ <http://www.pma.ps/Default.aspx?tabid=299&language> النشرة التوعوية من سلطة النقد الفلسطينية المنشورة بتاريخ 2017/3/7

د. الفائدة الثابتة : هي الفائدة التي يتم احتسابها بنسبة مئوية في السنة ، محددة على مجمل الدين ومضافة (الفائدة) إليه مضروبة بعدد السنوات ومقسومة على عدد أقساط السداد إن كان السداد سيكون بعدة أقساط ويتم تحديد نسبة الفوائد بين البنوك في علاقتها مع المقترضين وفقا لمعايير متعددة منها ما هو متعلق بشؤون الدولة الاقتصادية وتحكم البنوك المركزية في هذا الشأن لمواجهة انخفاض أو ارتفاع القيمة الشرائية لعملة البلد وذلك برفع أو تخفيض سعر الفائدة على الودائع ومنها ما هو متعلق بشؤون المصرف الخاصة والتي تكون مرتبطة بحجم الودائع لديه ومدى توفر أي فائض في تلك الودائع لغايات توظيفها وكذلك ارتباطها بنسبة الفوائد المدفوعة على تلك الودائع لتحديد الهامش بينها وبين الفوائد المقبوضة¹.

وبالنسبة لما أوردته سلطة النقد الفلسطينية بشأن الفائدة الثابتة وآلية احتسابها فقد أوردت بأن (فائدة ثابتة على طول عمر القرض ولا تتناقص قيمتها أو نسبتها مع تناقص رأس مال القرض الممنوح ، ويتم توزيع الفائدة المحتسبة بشكل متساوي مع جزء من رأس مال القرض بشكل شهري ليكونا معاً القسط الشهري الثابت الذي يسدده المقترض (رأس المال الشهري يضاف إليه الفائدة الشهرية) ، وتطبق هذه الطريقة على نوع الفائدة الثابتة فقط².

2. أنواع الفوائد من حيث مصدرها :

تقسم الفوائد من حيث مصدر الإلتزام بها إلى مصدرين وهما القانون والعقد أو مثلما هو متعارف عليه الفائدة القانونية والفائدة الاتفاقية وسنتعرض لكل منهما وفقا لما يلي :

أ . الفائدة القانونية :

وهي الفائدة التي نص عليها القانون بحيث سوغ اقتضاؤها من خلال الاحتجاج لنصوصه وقد ورد المسوغ القانون لاستيفائها وذلك من خلال نص القانون على وجوبها على هذا الحق ومن ذلك ما نصت عليه المادة (186) من قانون التجارة الأردني في الباب الأول الذي تناول سند السحب والتي جاء فيها (لحامل السند

¹ الشمري، ناظم محمد نوري - المصارف والنظرية النقدية - دار زهران للنشر، 1999 - الاردن- ص77.

²النشرة التوعوية لسلطة النقد الفلسطينية .

مطالبة من له حق الروع عليه بما يأتي : ب- الفوائد محسوبة بسعرها القانوني اعتباراً من تاريخ الاستحقاق فيما يتعلق بالسند المسحوب والمستحق الدفع في أراضي المملكة الأردنية ومحسوب بسعر 6% (لأسناد الأخرى) وكذلك في نص المادة (187) من ذات القانون في معرض بيان حقوق من أوفى بسند السحب فله مطالبة الضامنين بما يأتي (فوائد المبلغ الذي أوفاه محسوبة بسعرها ابتداءً من يوم الوفاء فيما يتعلق بالسند المسحوب والمستحق الاداء في أراضي المملكة الأردنية ومحسوب بسعر 6% للأسناد الأخرى) ، وقد جاء الأمر العسكري رقم (980)¹ ليحدد أسعار الفوائد على الشكل في نص المادة (5) والتي ورد فيها (تكون نسبة الفائدة بموجب المادتين 2 و 3 بمقدار 120% سنويا اذا لم تقرر المحكمة مقدار أقل) والمقصود الدتين 2 و 3 المبالغ النقية التي قررتها المحكمة بحق أحد طرفي الدعوى و الرسوم والمصاريف واتعاب المحاماه حيث عدل نص هذه المادة بموجب الأمر العسكري (1359) في نص المادة (5) منه ليصبح 11% بدلا من 120% ، وبذلك تكون الفائدة القانونية هي التي ورد فيها نص قانوني صريح بجواز استيفائها وتحديد نسبتها .

ب. الفائدة الاتفاقية :

وقد جاء نظام المرابحة العثماني² لينظم عملية استيفاء الفوائد الاتفاقية سواءً في المعاملات المدنية أو التارية وذلك من خلال وضع سقف لها ، وقد شرع هذا القانون والذي جاء تحت مسمى نظام المرابحة العثماني عام 1926 ميلادي وقد ورد في قرار محكمة التمييز الأردنية (أن نظام المرابحة العثماني النافذ المفعول في المملكة الأردنية الهاشمية حسب أحكام الدستور هو في حقيقته قانون وليس نظام وكقانون خاص يتوجب مراعاة إكحامه عملاً بالفقرة الثانية من المادة 1448 من القانون المدني³، ويتكون القانون من ثمان مواد سنتناول أهم مواده متبعينها ببعض الملاحظات التي ارتأيناها عقب عرض نصوصها حيث ورد في نص المادة الأولى من قانون المرابحة العثماني ما يلي (قد عين الحد الأعلى للفوائد في جميع المداينات العادية والتجارية تسعة في المائة سنويا اعتباراً من تاريخ هذا النظام)، تعد المادة الأنف ذكرها هي المادة الأساسية النازمة لمقدار الحد

¹ الأمر العسكري رقم (890) أمر بشأن الحكم بالفائدة والإرتباط الصادر بتاريخ 1982/4/12 ، موقع المفتي منظومة القضاء والتشريع في فلسطين .

² الصادر في 9/ رجب / 1904 من مجموعة عارف رمسان (الحكم العثماني) ص 625 .

³ قرارا محكمة التمييز حقوق رقم 288/1981 بتاريخ 1981/06/31

الأعلى من الفائدة المستوجب اقتضاؤها إلا أننا نرى انه كان من المتوجب على القانون بيان عدد أيام السنة المقصودة باحتساب الفائدة القانونية إن كانت 365 يوماً أم 360 يوماً منوهين إلى أن لذلك اعتبارات مهمة في احتساب معدل الفائدة لا سيما أن كانت المبالغ المقترضة كبيرة، كذلك فإن نص المادة القانونية قد جاء قاصراً حينما لم يفرق بين الديون العادية والديون التجارية والتي يتحقق من خلالها عادة عائداً أكبر في حال اقتراضها لغايات استثمارها وهذا يتطلب التفات المشرع في حينه ليجعل اختلافاً بين الفائدة المقترضه على ديون تجارية عنها في الديون العادية هذا لطالما أن القانون قد نص على اقتضاء الفائدة وذلك بمعزل عما ورد في بعض الآراء الشرعية بعدم جواز اقتضاؤها أصلاً .

ولم يشترط المشرع سريان هذا القانون بأثر رجعي بحيث أنه قد اعتبر العقود السابقة على هذا القانون والتي نظمت باشتراط فائدة أعلى من المنصوص عليها في هذا القانون حيث ورد في المادة الثانية من القانون أن عقود الفوائد المنعقدة بحساب اثني عشر في المائة قبل تاريخ هذا النظام مرعية ومعتبرة حتى يوم إعلانه) وقد تحوط المشرع في المادة الثالثة من ذات القانون لضمان عدم الالتفات على النص القانوني حيث ورد فيها (إذا تبين وقوع عقد فائض بين الدائن والمدين زيادة على الحد النظامي إما بالتصريح عن ذلك بموجب سند أو بثبوت الضم إلى رأس المال فإن مقدار الفائض ينخفض الى تسعة بالمائة سنوياً) والمقصود هنا بثبوت الضم إلى رأس المال كأن يتم ذكر مجمل مبلغ الالتزام المستوجب الوفاء به متضمن مبلغ الفائدة الذي يفوق التسعة بالمائة وذلك بدمج الأصل مع الفائدة لعدم التنبيه لمقدار نسبة الفائدة المستوفاة .

وقد أورد القانون في المادة الرابعة حداً آخر وقيده على نسبة الفائدة المحددة بنسبة بالمائة حيث قال (يجب ألا تتجاوز فوائد الاقراضات مقدار رأس المال مهما كان عدد السنين التي تمر عليها وان كافة الحكام ممنوعون من الحكم بالفوائد التي تتجاوز رأس المال) .

وتعرض القانون للفائدة المركبة وهي الفائدة المستوفاة على أصل الدين بالإضافة إلى الفائدة السابقة المقيدة عن المدة السابقة واشترط لسريانها عدم وفاء المقترض أي من المستحقات المترتبة عليه خلال ثلاث سنوات إضافة إلى انه اشترط أن يكون هناك اتفاقاً مسبقاً بين الدائن والمدين بضم الفائدة لرأس المال إلا انه قد استثنى من ذلك الفوائد المركبة السارية على الحساب الجاري حسب قانون التجارة .

وقد اتبع هذا القانون بتعديل عام 1929 حيث ورد في المادة الثانية منها وهي المادة الأساسية في هذا القانون (على الرغم مما ورد في نظام المربحة العثماني بشأن معدل الفائدة القانوني يجوز لأي مصرف أن يتقاضى فائدة مركبة من عملائه عن أي قرض يقترضونه منه أو مبلغ يسحبونه على حسابهم لا يتجاوز لا يتجاوز معدلها 9% بالإضافة لأية عمولة يتم الاتفاق عليها بينه وبين العميل) نلاحظ هنا أن القانون قد تحوط للفرقة بين الفوائد والعمولات التي يتم اقتضاؤها على الدين والتي تكون في غالبها مبالغ مقطوعة ليست مرتبطة بنسبة من مقدار أصل الدين بغض النظر عن مدة إقراضه .

وتتمثل الفوائد الاتفاقية بأنها الفائدة التي يتم التوافق بين العميل والمصرف على احتسابها على الإعتماد المصرفي إن كان قرصاً أو جاري مدين (اعتماداً مالياً) ، وغالبا ما يتم التوافق على الفائدة المستوفاه بين الدائن والمدين وفقاً لأسعار الفوائد المتداولة سوقياً والتي تتحدد وفقاً للعرض والطلب ضمن معادلات اقتصادية ترتبط غالباً بسعر الفائدة المدفوعة على الودائع المربوطة ووفقاً لما ترسمه السياسات الإقتصادية وهذا كله بمعزل عن ما حدده القانون في الفائدة القانونية المحددة بمبلغ 9% حسب نظام المربحة العثماني وقد جنحت بعض السوابق القانونية إلى اعتبار الفائدة الاتفاقية على الفائدة القانونية وهذا ارتكازاً على ما تم استنباطه في قانون التجارة الأردني رقم 12 لسنة 1966 في متن المادة (110) بعنوان فوائد الدفعات والتي ورد فيها (إن الدفعات تنتج حتما لمصلحة المسلم على المستلم فائدة تحسب على (المعدل) القانوني إذا لم تكن معينة بموجب القانون والعرف) ، بحيث يلاحظ هنا أن المشرع قد قيد الفائدة القانونية بالفائدة الاتفاقية وقد جعل اعتبارها قائمة شريطة أن لا يكون هناك فائدة اتفاقية بين البنك والعميل أو فائدة متعارف عليها والمقصود هنا بالعرف هو ما تم الاستقرار عليه من أسعار الفوائد .

إلا أن قانون سلطة النقد الفلسطينية رقم 2 لسنة 1997 في نص في المادة (60) قد خول سلطة النقد الفلسطينية صلاحية تحديد أسعار الفوائد والتي قامت بدورها بمنح هذه الصلاحية وفقاً لما يتم التوافق عليها بين البنوك والعملاء أي أن سلطة النقد الفلسطينية قد قامت بما يسمى تعويم أسعار الفوائد لتترك الأمر لتنافس البنوك والعرض والطلب¹، إلا ان المشرع الفلسطيني قد جانب الصواب والمرام عندما أورد في نص المادة (60) من ذات القانون (تحدد سلطة النقد أسعار الفائدة أو العوائد المفروضة على المصارف) حيث كان من

¹ تعميم سلطة النقد رقم 2009/1 بتاريخ 2009/01/28 .

المتوجب ان يقول الفوائد المتفق عليها بين المصارف والعملاء وليس على المصارف ، بحيث أنه والحالة هذه وعند تطبيق النص فإن هذه المادة لا تسوغ الصلاحية لسلطة النقد بتحديد اسعار الفوائد على التسهيلات المصرفية .

الفرع الثاني : مواضع النزاع المتعلقة بإحتساب الفوائد المصرفية.

من خلال إطلاعنا و خوضنا غمار بعض الخصومات القضائية فقد لاحظنا أن الدفوع القانونية المثارة في مواجهة المصارف والمتعلقة سواءاً بدعاوى المحاسبة المقامة من قبل عملاء المصارف المتعثرين أو من خلال الإدعاء المتقابل أو من خلال طلبات إجراء المحاسبة العارضة أثناء نظر الدعوى، كانت في غالبها تتحدث عن إدعاء قيام المصارف باستيفاء الربا الفاحش والمقصود بالربا الفاحش هنا هو ما يتم اقتضاؤه من فوائد زيادة على ما تم تحديده في قانون المرابحة العثماني لسنة 1926 المطبق والساري في فلسطين والذي استوجب عدم جواز استيفاء ما يزيد عن تسعة بالمائة من أصل المبلغ المقترض والذي أقتضى أيضاً عدم تجاوز الفائدة لرأس المال في جميع الأحوال والذي إستوجب أيضاً عدم جواز استيفاء الفائدة المركبة فيما يزيد عن ثلاث سنوات وفقاً لإتفاق مسبق وشريطة عدم وفاء المدين أي من المستحقات المترتبة عليه خلال هذه الفترة حيث تلا هذا القانون صدور قانون الربا الفاحش رقم 20 لسنة 1934 حيث ورد في نص المادة الثانية من القانون الآنف ذكره أنه (إذا أقيمت إجراءات أمام أية محكمة لتحصيل دين ووجدت بينة تقنع المحكمة بأن الفائدة المستوفاة عن الدين الحقيقي، سواء كانت مذكورة في العقد كفائدة أو مضمومة إلى رأس المال أو مستحقة الدفع بأية صورة أخرى، تزيد على المعدل الذي يجيزه القانون، فيجوز للمحكمة أن تدقق في المعاملة ثانية وأن تجري محاسبة بين الدائن والمدعى عليه ويجوز لها أيضاً، بالرغم عن وجود أي حساب أو مخالصة أو اتفاق آخر بين الدائن والمدعى عليه يستدل منه بإغلاق المعاملات السابقة بينهما وتكوين التزام جديد، أن تدقق في أي حساب تم بينهما فيما مضى وأن تعفي المدعى عليه من دفع أي مبلغ يزيد على المبلغ الذي تحكم المحكمة باستحقاقه وإذا كان المدين قد دفع مبلغاً يزيد عما يجب عليه دفعه أو أجاز ذلك في الحساب، فيجوز للمحكمة أن تأمر الدائن بإعادة ذلك المبلغ الزائد إليه) .

أولاً : الإدعاء بالربا الفاحش :

يكون الإدعاء بالربا الفاحش إما من خلال دعوى مستقلة من الممكن أن تقام من قبل المدين (العميل) ضد البنك لاستيفائه الفوائد التي تزيد عن المعدل المنصوص عليه في قانون المرابحة العثماني ويكون موضوعها في هذا الصدد هو دعوى استرداد الربا الفاحش، وقد استقر القضاء وفقاً لما نص عليه المشرع على وجوب أن تكون هذه الدعوى قبل سداد الديون والمقصود بالاسترداد والحالة هذه بعدم المطالبة ورد ما تم احتسابه في الدفاتر التجارية لأن السداد لم يتم لئتم على إثره الرد ، حيث ورد ذلك في معرض نص المادة السادسة من قانون المرابحة العثماني والتي ورد فيها (ما دامت معاملة الإقراض والاستقراض مستمرة بين الدائن والمدين فإن إدعاء تنزيل الفوائد الفاحش لحدده النظامي مسموع ولو كان قد تم نقل الحساب أو جدد أو بدل سند الدين إنما إذا كان قد أدى الدين تماماً وكانت المعاملة قد قطعت بين الدائن والمدين فإن إدعاء استرداد الفوائد الفاحش لا يسمع) و قد أكدت بعض السوابق القضائية شرطاً للقبول وهو أن يكون الإدعاء قبل أداء الدين المترتب في ذمة المدين ومثلاً على ذلك ما قرره محكمة التمييز الأردنية (إن المادة السادسة من قانون المرابحة العثماني تمنع سماع دعوى استرداد الفائدة الفاحشة بعد أداء الدين وقطع بين الدائن والمدين)¹، كما أنه من الممكن الإدعاء بالربا الفاحش من خلال الدفع الذي يثار في الدعوى المرفوعة من قبل البنك ضد المدين المتعثر وذلك في معرض المطالبة بكامل المستحقات المترتبة على المدين المتعثر، وفي قرار آخر لمحكمة التمييز الأردنية جاء فيه (تسمع دعوى استرداد الربا الفاحش ما دامت معاملة الإقراض والاستقراض جارية بين المدين والدائن ، أما إذا تم إداء الدين وانقطعت المعاملات بين الدائن والمدين فتكون الدعوى غير مسموعة عملاً بالمادة السادسة من نظام المرابحة العثماني)² إلا أنه وفي قرار قضائي آخر لمحكمة التمييز الأردنية قد إحتجت فيه المحكمة للقانون رقم 19 من قانون البنك المركزي والذي ورد فيه (لا يرد الإدعاء بالربا الفاحش بعد صدور قانون رقم (19) لسنة 1979 المعدل لقانون البنك المركزي، والذي أعطى البنك سلطة إصدار الأوامر في تحديد الحد الأدنى والأعلى لمعدلات الفوائد دون التقيد بأحكام تشريع آخر يحدد مقدار الفوائد)³ وهو ما يتماثل مع نص المادة (60) من قانون سلطة النقد الفلسطينية رقم 2 لسنة 1997

¹ تمييز حقوق 81/288 صفحة 2053 سنة 1981، مدغمش ، مال مموعة إجتهات عمليات البنوك في قرارات محكمة التمييز الاردنية ، عمان 1997 .

² تمييز حقوق 94/1161 صفحة 1032 لسنة 1996 مدغمش ، مال مموعة إجتهات عمليات البنوك في قرارات محكمة التمييز الاردنية ، عمان 1997

³ تمييز حقوق 91/368 صفحة 222 لسنة 1993 مدغمش ، مال مموعة إجتهات عمليات البنوك في قرارات محكمة التمييز الاردنية ، عمان 1997

والذي جاء فيها (تحدد سلطة النقد أسعار الفائدة أو العوائد المفروضة على المصارف مقابل عمليات الخصم أو الإئتمان أو التسهيلات الأخرى المباشرة والغير مباشرة ويجوز لها وضع أسعار فائدة أو عوائد لمختلف فئات وأنواع العمليات أو المعاملات حسب تقديرها)، وعلى ضوء هذا النص حذت سلطة النقد حذواً مقاربا لما حذته محكمة التمييز الأردنية حينما أصدرت تعميمها لغايات تسوية عمل مؤسسة الرهن العقاري حينما استندت لنص المادة (60) من قانون سلطة النقد وقررت وقف العمل بنص المادة (4) من قانون المرابحة العثماني متذرة أيضاً بما ورد في نص المادة 72 من ذات القانون الذي ألغى أي أحكام تتعارض مع هذا القانون حيث جاء في قرار سلطة النقد ليسوغ اقتضاء الفائدة بما يفوق رأس المال نظراً لتضاعفها بسبب طول مدد قروض الرهن العقاري¹ .

إلا أننا نرى أن ما تذرعت به محكمة التمييز مما ورد في قانون البنك المركزي الأردني وما ورد أيضاً في نص المادة 60 من قانون سلطة النقد الفلسطينية لا يسوغ إلغاء العمل بما ورد في قانون المرابحة العثماني من منع زيادة قيمة الفائدة عن 9% واشتراط عدم تجاوزها لرأس المال ، كما أنه ووفقاً لما أشرنا له سابقاً بأن تطبيق نص المادة (60) من قرار بقانون بشأن المصارف وذلك بتعميم أسعار الفوائد من خلال التعميم الصادر عن سلطة النقد رقم 2009/1 قد جاء في غير محله حيث أن نص المادة (60) قد جاء بخصوص الفائدة المحتسبة على المصارف وليس على عملاء المصارف .

كما ويتوجب أن يكون المدين على بينة بما يدعي به من وجود ربا فاحش لقبول الدعوى، ولا يتم قبول الدعوى جزافاً لمجرد إثارة هذا الدفع للتخلص من الدين فقط وهو ما قررت محكمة التمييز الأردنية في قرارها حيث قررت (لا يقبل الإدعاء بوجود ربا فاحش ما لم يعين المدعي أصل الدين ومقدار الفائدة غير القانونية التي أضيفت إليه)² .

¹ تعميم سلطة النقد رقم 2009/70 بتاريخ 2009/08/10

² قرار تمييز حقوق 53/123 ، ص 563 لسنة 1952 مدغمش ، جمال مموعة إجتهادات عمليات البنوك في قرارات محكمة التمييز الاردنية ، عمان 1997

ثانياً : إثبات الربا الفاحش :

نصّت المادة الثالثة من قانون الربا الفاحش (في الإجراءات التي تقام لتحصيل دين وفي الإجراءات التي تقام بمقتضى الفقرة الثانية من المادة الثانية من القانون يجوز للمحكمة أن تقبل البينة من أي شخص سواء كانت شفوية أن كتابية فيما يتعلق بمعدل الفائدة المستوفاة عن الدين وبالرغم مما ورد في أي تشريع آخر من أحكام تتعلق بقبول البينات أو أهلية الشهود) ويتضح من نص هذه المادة أن قبول الإثبات بالربا الفاحش بالبينة الشفهية وارد على إطلاقه وقد قررت محكمة التمييز الأردنية أنه (تقبل البينة الشخصية ضد السند لإثبات الربا الفاحش عملاً بالفقرة 4 من المادة 30 من قانون الإثبات ¹ .

وقد أوردت محكمة التمييز الأردنية في قرار آخر (إن إجراء المحاسبة بين فرقاء الدعوى والاتفاق على مقدار المبلغ الذي ترصد في ذمة المدين لا يمنع من الإدعاء بوجود الربا الفاحش في المعاملة لأن هذا الاتفاق لا يخرج عن كونه عقداً يتعلق بدين ويجوز سماع البينة الشخصية لإثبات أن الدين يشتمل على ربا فاحش على اعتبار أن الاتفاق على الربا الفاحش مخالف للنظام العام) وهو ما يتعارض مع ما جاء في رد محكمة إستئناف رام الله على أحد أسباب الإستئناف والذي جاء فيه (أما عن السبب الرابع في لائحة الإستئناف والمتعلق بالربا الفاحش الذي يزيد عن 9% فإن المحكمة وبالرجوع إلى المبرز م/1 تجد أن العقد قد حدد نسبة الفائدة بين طرفيه بواقع 20% على عملة الشيك وأن هذه النسبة تمت بموافقة طرفي العقد الذي يخضع بالأساس لإرادة المتعاقدين وأن البنك بإحتسابه هذه الفائدة حتى تاريخ إقامة الدعوى لا يكون قد خالف القانون وإنما قام بتطبيق إرادة المتعاقدين وفق الأصول)² .

ومن وجهة نظرنا أن مسألة إثبات وجود الربا الفاحش موضوع يرتكز على عمليات حسابية يتطلب الوقوف عليها للتحقق من تمامها وبذلك فإننا نرى أن البينة الشفهية في هذا الشأن تنحصر بما تم التوافق عليه بين كل من الدائن والمدين عند التعاقد أو ما توافق عليه من التحايل على القانون فيما يتعلق بألية توثيق الربا الفاحش، إلا أن نفاذها هو الذي يحدد حقيقة استيفائها وهذا ما يتوافق مع قرار محكمة التمييز الأردنية الذي

¹ تمييز حقوق 63/123 صفحة 294 سنة 1963 مدغمش ، جمال مموعة إجتهادات عمليات البنوك في قرارات محكمة التمييز الاردنية ، عمان 1997

² إستئناف مدني رقم 2009/292 لسنة 2011 المقتفي (منظومة القضاء والتشريع في فلسطين) .

جاء فيه (إذا ادعى المدعى عليه بأن قيمة السند الأول هي في الأصل ربا فاحش عن قيمة الدين الذي كان مؤمنا برهن وقد أدخلت بالسند الثاني بعد المحاسبة فإن البينة الشخصية مقبولة لإثبات هذه الواقعة)¹ ، إلا إن البينة الشفهية بإثبات الربا الفاحش تكون بين الأشخاص العاديين ولا تكون بين العملاء والبنوك حيث يكون الاتفاق على معدل الفائدة في العقد مكتوباً وواضحاً .

وهو ما ورد في نص المادة الثانية من قانون الربا الفاحش الذي جعل مسألة إجراء المحاسبة مسألة جوازيه للمحكمة والذي ورد فيها (يجوز للمحكمة أن تدقق في المعاملة ثانية وأن تجري محاسبية بين الدائن والمدعى عليه ويجوز لها أيضا بالرغم من وجود أي حساب أو مخالصة أو اتفاق آخر بين الدائن والمدعى عليه يستدل منه إغلاق المعاملات السابقة بينهما وتكوين التزام جديد أن تدقق أي حساب بينهما فيما مضى وأن تعفى المدعى عليه من دفع أي مبلغ يزيد على المبلغ الذي تحكم المحكمة باستحقاقه وإذا كان المدين قد دفع مبلغا يزيد عما يجب عليه دفعه أو أجاز ذلك في الحساب فيجوز للمحكمة أن تأمر الدائن بإعادة ذلك المبلغ الزائد إليه) .

وعليه فإننا نرى أنه كان على المشرع اعتبار مسألة المحاسبة مسألة وجوبية للتحقق من وجود الربا الفاحش من عدمه دون الاعتماد على البينة الشفهية لإثبات الربا حيث إننا نرى أن المشرع أراد في ذلك التشدد بمنع الربا الفاحش على حساب التساهل في إثباته بحيث أنه وفي غالبية الأحيان يثبت الربا الفاحش في العمل المصرفي من خلال مراجعة الحساب لبيان ما تم قيده واحتسابه على الحساب والذي يكون غالبا يختلف مع ما تم الاتفاق عليه .

ثالثاً : توقف احتساب الفوائد الاتفاقية وبدأ احتساب الفوائد القانونية (سريان الفوائد) :

لم يرد في قانون التجارة الأردني الساري في فلسطين بشكل صريح ما يبين متى يتم احتساب الفوائد القانونية و احتساب الفوائد الاتفاقية بحيث أن نص المادة 110 من القانون السالف ذكره نص على (إن الدفعات تنتج حتما لمصلحة المسلم على المستلم فائدة تحسب على (المعدل) القانوني إذا لم تكن معينة بموجب القانون والعرف)، أي أنه أعتبر الفوائد غير القانونية فقط في حال لم يكن هناك فوائد اتفاقية بين طرفي العلاقة .

¹ تمييز حقوق 69/10 صفحة 188 لسنة مدغمش ، جمال مموعة إجتهاات عمليات البنوك في قرارات محكمة التمييز الاردنية ، عمان 19971969

إلا انه ورد في القانون المدني المصري في نص المادة (226) أن الفوائد القانونية تسري من تاريخ المطالبة القضائية، إلا أن العرف استوجب أن تسري من يوم قيد المدفوع في الحساب قبل المطالبة القضائية مع حق طرفي العلاقة بتحديد سعر هذه الفوائد وقد ورد في نص المادة (232) من ذات القانون قاعدة تقتضي عدم اقتضاء فوائد على متجمد الفوائد وذلك خلافا للعرف المصرفي الذي يقوم بقيد الفوائد أثناء سريان الحساب ومن ثم يتم احتساب الفوائد القانونية بعد قفل الحساب والبدأ بالسير بالإجراءات القانونية¹.

إلا أنه ولدنا في فلسطين جرت العادة على استمرار احتساب الفوائد الاتفاقية لحين إقفال الحساب، ونظراً لما يتطلبه القانون من عدم تحريك الحساب وترصيد الديون بعد تمام إغلاق وبعد أن يتم الإيداع قضائياً يتم المطالبة أثناء الدعوى بالفوائد القانونية من تاريخ الادعاء لحين الحكم بمبلغ الدين، منوهين إلا أن سلطة النقد الفلسطينية قد وضعت آلية متغيرة لاحتساب الفوائد على الحسابات المتعثرة من خلال التعليمات الصادرة عنها كجهة رقابية وإشرافية قضت بتوقف احتساب الفوائد بعد تسعين يوماً من تعثر العميل ليبدأ تعليقها في حساب خاص ومن ثم عند التقاضي يتم جمع كافة الأرصدة ليتم الإيداع ومن ثم المطالبة بالفوائد القانونية على كامل المبلغ².

وفي ختام هذا الفرع فإننا نود أن نلخص فيه بأن الطعن الذي غالباً يرافق الدعاوى المقامة على المدنيين المتعثرين والذي يؤدي إلى إعمال نصوص قانون البيئات من قبل القضاة بانتداب خبراء المحاسبة يرتكز على اقتضاء الفائدة بما يفوق الحد القانوني للفائدة وفقاً لقانون المربحة العثماني أي بما يزيد عن نسبة 9% منوهين أيضاً إلى أن الاحتجاج بما تم التوافق عليه لا يتعارض مع هذا الطعن في عمليتي الدينار والدولار حيث أنه وفي غالب الأحيان لا تتجاوز فوائد الاقتراض بالعملتين الأنف ذكرهما نسبة الـ 9% المنصوص عليه في قانون المربحة العثماني بينما بالشيكال فقد تجاوزت 25% .

¹ الشواربي، عبد الحميد، عمليات البنوك، مرجع سابق، ص478.

² تعليمات سلطة النقد الفلسطينية رقم 1 / 2008 بتاريخ 2008/01/16

المبحث الثالث : القانون الواجب التطبيق على منازعات عقود التسهيلات المصرفية

القانون الواجب التطبيق هو القواعد القانونية التي تستخلصها هيئة التحكيم بأنها هي القواعد المناسبة لتطبيق على موضوع النزاع القائم، ومن الممكن أن يكون أحد القوانين الوطنية المتعلقة بالنزاع موضوع الخصومة كذلك من الممكن أن يكون قواعد مشتركة من عدة قوانين أو قد يكون قواعد متعارف عليها كما أن مسألة تحديد القانون الواجب التطبيق على موضوع النزاع من الإشكاليات التي تثور عند نظر النزاع وتزول هذه الإشكالية في حال توافق الأطراف على تعيين القانون الواجب التطبيق وعلى هيئة التحكيم إحترام توافق الأطراف حتى وإن كان القانون لا يتعلق بموضوع العقد وقد يبرر إختيار الأطراف قوانين مغايرة لقوانينهم لكون هذه القوانين متطورة وتواكب المستجدات وتتضمن نصوصا تسعف نقاط الخلاف كقواعد العرف أو العادات المصرفية السائدة بالتعامل¹، شريطة عدم المساس بالنظام العام .

وفي هذا السياق قضت محكمة النقض المصرية بأنه (إذ كان الثابت أن شرط التحكيم الوارد بمشارطة الإيجار موضوع الدعوى قد نص على احالة كل ما ينشأ عنها من نزاع إلى التحكيم في لندن، ولم يرد في ذلك ما يمس النظام العام فإنه يرجع في تقرير صحة شرط التحكيم وترتيبه لآثاره في قواعد القانون الانجليزي باعتباره قانون البلد الذي اتفق على إجراء التحكيم فيه، فإنه يكون قد أخطأ في تطبيق القانون بإخضاعه هذا الشرط للقانون المصري دون القانون الإنجليزي الواجب تطبيقه)².

وينقسم القانون المستوجب تطبيقه على موضوع النزاع إلى قسمين ألا وهما القانون الإجرائي الذي سيطبق على إجراءات العملية التحكيمية والقانون الموضوعي الذي سيطبق على موضوع النزاع وستعرض لكل منهما فيما يلي من خلال مطلبين :

¹ الشواربي، عبد الحميد، عمليات البنوك، مرجع سابق، ص473.

² الطعن رقم 714 سنة 47 ق – جلسة 1982/04/26 ، المشار إليه في كتاب شرح التحكيم في المواد المدنية لمحمد فتح الله حسين ، 2008 ص114.

المطلب الأول: القانون الإجرائي الواجب التطبيق على منازعات التسهيلات المصرفية .

1. قانون إجراءات التحكيم :

يقصد باجراءات التحكيم السير بالعملية التحكيمية من بدايتها وحتى نهايتها لحين صدور حكم التحكيم سواءً كان ذلك بالتحكيم المؤسسي او الطليق فاذا كان التحكيم حرّاً أو طليقاً أي غير مؤسسي تبدأ الخطوة الأولى بطلب يقدمه المحتكم للمحتكم ضده باخطاره حسب ما ينص عليه اتفاق الطرفين وعادة ما يتضمن هذا الطلب ملخص عن العلاقة القانونية والنزاع واسم المحكم الذي يعينه المحتكم في التحكيم اما التحكيم المؤسسي تكون هذه الخطوة عادة تقديم طلب تحكيم من المحتكم لمؤسسة التحكيم متضمنة البيانات التي تنص عليها قواعد التحكيم في المؤسسة مثل اسم طالب التحكيم والمحتكم ضده وعنوانهما واسم المحكم الذي يعينه او يرشحه للتحكيم وملخص الطلبات¹.

نستطيع القول إن ماسبق من تعريف يبين مفهوم الاجراءات بشكل موسع أما بالمعنى الضيق فيقصد بإجراءات التحكيم تلك القواعد الاجرائية الواجب اتباعها بعد تشكيل هيئة التحكيم من قبل الهيئة ذاتها وأطراف النزاع مثل تحديد مكان التحكيم ولغة التحكيم وتقديم اللوائح والبيانات والجلسات والحضور والغياب وتنتهي هذه الاجراءات بوجه عام بصور حكم التحكيم النهائي .

هناك ما يسمى بمصطلح اختيار الإجراءات وهنا لا بد الاشارة الى مسألتين المسألة الأولى الاتفاق على الإجراءات، والمسألة الثانية الإجراءات بقرار من المحكم فالبنسبة لاتفاق الطرفين فإنه يجوز للخصوم الاتفاق على إجراءات معينة يسير عليها المحكم وهو ما نصت عليه صراحة بعض القوانين العربية كالاتفاق على مكان التحكيم في بلد ما، وإن لغة التحكيم هي اللغة العربية وكذلك من صور الاتفاق على الإجراءات اتفاقهم على تطبيق قانون دولة أجنبية على إجراءات التحكيم، أما المسألة الأخرى المتعلقة بالإجراءات بقرار من المحكم إذا لم يكن هناك اتفاق على الإجراءات أو كان الاتفاق ناقصاً يتولى المحكم وضع هذه الاجراءات في الحالة الأولى وتكتملتها في الحالة الثانية ويفرضها على الأطراف ولكن المحكم مقيد عند وضعه قواعد إجرائية

¹ حداد، حمزة احمد، التحكيم في القوانين العربية، مرجع سابق ص307.

وفرضها على الأطراف بأن لا يكون متعسفا في قراره وأن يراعي قواعد العدالة والمساواة وتكافؤ الفرص بين الاطراف.

وهناك مسائل إجرائية معينة مثل مكان وجلسات التحكيم ولغة التحكيم وتقديم المذكرات والبيانات من حيث موعد التقديم والتمثيل أمام هيئة التحكيم سواءً بحضورهم شخصيا أم عن طريق وكيل يتم تعيينه لهذا الغرض و مسألة الشهادة شفاهة كانت ام خطية فقد حددها قانون التحكيم وربطها بمدد زمنية وحيث إن اجراءات التقاضي أمام القضاء العادي تعاني من بطء ومماطلة بالإجراءات جعل من بعض القوانين تنص على إلزامية التحكيم في هذه المعاملات¹.

نصت المادة (18) من قانون التحكيم الفلسطيني (يجوز للأطراف الإتفاق على القواعد الإجرائية الواجب إتباعها من قبل هيئة التحكيم فإن لم يتفقوا كان لهيئة التحكيم تطبيق الإجراءات المعمول بها في مكان إجراء التحكيم).

المقصود بإجراءات التحكيم هي القواعد التي يتوجب إتباعها للسير في منازعة التحكيم والتي تبدأ بعد تشكيل هيئة التحكيم وتنتهي بصدور حكم التحكيم².

أعملت كافة التشريعات مبدأ سلطان الإرادة باختيار إجراءات التحكيم الواجبة التطبيق على المنازعة التحكيمية خلافاً للقضاء العادي الذي يستوجب تطبيق قانون البلد، فللمحتكمين أن يطبقوا أيضا أيا من الأنظمة الإجرائية لأي من المؤسسات او المراكز التحكيمية ويترتب على الاتفاق على تطبيق القواعد الإجرائية المغايرة استبعاد تطبيق القانون الإجرائي للبلد جملة وتفصيلا ولهم الخروج عن القواعد الآمرة وليس هناك ما يحد من حرية الأطراف سوى القواعد المتعلقة بالنظام العام والتي غاياتها انتظام سير عملية التحكيم وضمان تكافؤ الفرص بين طرفي النزاع³.

¹ المادة 118 من القانون المصري رقم 48 لسنة 1977 الخاص بإنشاء البنك الاسلامي.

² الماحي، حسين، التحكيم النظامي في التجارة الدولية ، مرجع سابق ، ص218.

³ البريري، محمود مختار احمد، التحكيم التجاري الاردني، مرجع سابق، ص96.

وفي إطار القواعد الإجرائية التي تحكم المنازعات المصرفية ومنازعات عقود التسهيلات فهناك بعض المراكز والمؤسسات التحكيمية المتخصصة والتي تراعي خصوصية المنازعات المصرفية، حيث رسمت هذه المراكز قواعد إجرائية تحدد آلية النظر في هذه المنازعات المصرفية والتي من الممكن لطرفي الخصومة الإحالة لها في شرط التحكيم أو التوافق على اللجوء إليها في مشاركة التحكيم في حال نشوء نزاع و منها:

- إجراءات نظام دوكدكس الصادر للنظر في منازعات الإعتمادات المستندية : وهو نظام خاص للتحكيم في منازعات الاعتمادات المستندية أصدرته غرفة التجارة الدولية بباريس .

- إجراءات لجنة المنازعات المصرفية : التي تم تأسيسها بموجب مرسوم ملكي سعودي المتضمن تشكيل لجنه في مؤسسة النقد العربي السعودي من ذوي التخصص لدراسة القضايا بين البنوك وعملائها .

- إجراءات غرفة الوساطة والتحكيم التابعة لإتحاد المصارف العربية : وهو نظام أقره الإتحاد للنظر في المنازعات بين أعضاء الإتحاد والآخرين وسنسلط الضوء عليه أكثر في المطب الثاني من هذا المبحث.

- القواعد الإجرائية للمركز الإسلامية الدولي للمصالحة والتحكيم : وهو مؤسسة غير ربحية تم تأسيسها من قبل البنك الإسلامي للتنمية والمجلس العام للبنوك .

- إجراءات غرفة البحرين لتسوية المنازعات الإقتصادية والمالية والإستثمارية : حيث عقد الإختصاص لها بموجب المرسوم الملكي للنظر في المنازعات بين المؤسسات المالية المرخص لها بموجب قانون مصرف البحرين المركزي .

- إجراءات مركز دبي المالي العالمي : والذي أنشأ في دبي عام 2008 حيث أعطي بموجب القانون رقم (1) لسنة (2008) صلاحيات فض المنازعات المصرفية .

- مركز كوالالمبور الإقليمي للتحكيم التجاري : وهو مركز متخصص بالتحكيم التجاري حيث تم في عام 2007 وضع قواعد خاصة للمركز للفصل في المنازعات المصرفية.

وفي سياق مقترح الدراسة لا نرى ما يمنع من أن يتم وضع قواعد إجرائية من قبل سلطة النقد الفلسطينية في نطاق المنظومة التحكيمية المقترحة لفض المنازعات المصرفية في فلسطين على أن تقوم هذه اللجنة بالإستقاء

من نتاج خبرات المؤسسات والمراكز التحكيمية المذكورة آنفاً، لا سيما أن هناك الكثير من الخبرات والكفاءات الفلسطينية التي بمقدورها القيام بهذا الدور منوهين أيضاً وعلى هامش المقترح بإمكانية أن تقوم هذه المنظومة بالنظر بمنازعات خارجية .

المطلب الثاني : القانون الموضوعي الواجب التطبيق على منازعات التسهيلات المصرفية .

نصت المادة (19) من قانون التحكيم الفلسطيني على أنه (1. يجوز للأطراف في التحكيم الدولي الإتفاق على القانون الواجب التطبيق على موضوع النزاع فإن لم يتفقوا تطبق هيئة التحكيم القانون الفلسطيني 2. إذا كان التحكيم دولياً ويجري في فلسطين ولم يتفق الأطراف على القانون الواجب التطبيق فتطبق القواعد الموضوعية التي تشير إليها قواعد تنازع القوانين في القانون الفلسطيني مع عدم تطبيق قواعد الإحالة إلا إذا أدت إلى تطبيق أحكام القانون الفلسطيني وفي جميع الأحوال تراعي هيئة التحكيم الأعراف المطبقة على العلاقة بين أطراف النزاع) .

وقد نصت لائحة غرفة التجارة الدولية بباريس في المادة (17) على أنه (للأطراف حرية الإتفاق على القانون الذي يتوجب على محكمة التحكيم تطبيقه على موضوع النزاع فإن لم يتفقوا على ذلك تطبق محكمة التحكيم القانون الذي تراه ملائماً) وهوما يختلف عما أورده المشرع الفلسطيني في وجوب تطبيق القانون الفلسطيني على موضوع النزاع في حال لم يتم الوفاق على تطبيق القانون الموضوعي لدولة أخرى .

وعليه إن من أهم الأمور التي أرتأينا على إثرها إعمال التحكيم الخاص في المنازعات المصرفية بشكل عام ومنازعات التسهيلات بشكل خاص، هي قصور نصوص القوانين الوضعية في الدول العربية وفي فلسطين بشكل خاص إضافة لعدم كفاية هذه القوانين لفض المنازعات في التسهيلات المصرفية لعدم تناولها بكافة جوانبها بالإضافة لعدم مواكبتها لمستجدات التجارة العالمية وتطوراتها، وقد ترك قانون التحكيم لطرفي النزاع حرية إختيار القانون الواجب التطبيق على موضوع النزاع مما يمكن الأطراف من تلافي القصور الواقع في القوانين المحلية .

إلا أنّ هذه الحرية من المتفق عليه بأنها ليست مطلقة، وإنما يتطلب في بعض الأحيان مراعاة إعتبارات القواعد الآمرة التي يستوجب تطبيقها لإعتبارات إقتصادية وإجتماعية وسياسية، وبذلك فلا يجوز تطبيق القانون الأجنبي فيما يتعارض مع النظام العام وبياناَ لذلك فيما يتعلق بالمنازعات المتعلقة بالعقارات فمن الممكن إخضاع النزاعات المتعلقة بها للتحكيم، إلا أنه لا يجوز الفصل بها وفقا لقانون إجنبي يتعارض مع القانون المحلي لا سيما فيما يتعلق بالقوانين التي تبين آلية التصرف فيها كرهنها أو تملكها حيث إن عقارات الدولة جزءً من إقليمها فهي تتعلق بالنظام العام ويستوجب أن تنفرد الدولة في تنظيم شؤون القوانين المحلية¹.

وفي هذا السياق فإننا نعتقد أن تطبيق قوانين الغير على مواضيع النزاع المتعلقة بعقود التسهيلات المصرفية هناك ما يتعارض منها مع النظام العام لا سيما ما يتعلق في مسألة الفوائد المستوفاه على التسهيلات وإعتبارات الرّبا الفاحش التي أعتبرت وفقا لبعض الأحكام القضائية مخالفة للنظام العام، وقد قضي بمركز القاهرة الإقليمي للتحكيم التجاري الدولي بأنه في حال كانت النسبة القصوى للفوائد التجارية وفقا للمادة (50) من قانون التجارة المصري رقم 17 لسنة 1999 هي تلك التي يتعامل بها البنك المركزي وعليه فإنّ الإتفاق على سعر فائدة يجاوز الحدود المنصوص عليها في القانون يخالف النظام العام ولا يجوز لهيئة التحكيم تطبيق قانون يقر فائدة تخالف المحدد بالقانون².

ولكن يرد القول إن بعض القرارات لم تعر هذه المسألة أي اعتبار بعد تعويم أسعار الفوائد من خلال نصوص القانون الواردة في قوانين البنوك المركزية والتي أطلقت العنان للبنوك في تحديد اسعار الفائدة استنادا للصلاحيات التي منحت لها في نص المادة (60) من قانون سلطة النقد ، والذي كان لنا به وجهة نظر وفقاً لما أسلفنا .

كما نود التّويه وقياساً لما أوردناه آنفاً أنّه من الصعب الاستعانة في القوانين خارجية لتطبيقها على مواضيع النزاع المتعلقة بالتنفيذ العقاري الناتج عن التسهيلات المصرفية وآلية تسهيلها، مما يحتم تطبيق قواعد القانون المحلي فيما يتعلق بجزئية هذا النزاع، وفي هذا السياق لم تعتبر لجنة المنازعات المصرفية المنبثقة عن مؤسسة

¹ بريري، محمود مختار احمد، التحكيم التجاري الدولي، مرجع سابق، ص132

² القضية التحكيمية رقم 267 لسنة 2001 جلسة 2002/10/30 ، مركز القاهرة الإقليمي للتحكيم التجاري الدولي ، مجلة التحكيم العربي العدد السادس أغسطس 2003 ص163 .

النقد السعودي أن بيع العقار المرهون المبني على عملية مصرفية أنه عملاً مصرفياً وقد جاء في قرارها أن (طلب البنك المدعي بيع العقار المرهون لاستيفاء المديونية يخرج من اختصاص اللجنة) وعليه فقد رفضت اللجنة النظر في هذه المنازعة لكونها ليست من اختصاصها¹.

وقد نصت الفقرة (6) من المادة (19) من لائحة مركز الوساطة والتحكيم لدى إتحاد المصارف العربية على أنه (للفريقين تحديد القانون الذي تطبقه هيئة التحكيم على النزاع) واستوجبت أيضاً وفقاً للفقرة (7) من ذات المادة (أن تراعى في مطلق الأحوال أحكام العقد والعادات والأعراف المصرفية والتجارية) وبمقتضى ما سبق فإن المحكم لا يخضع لقيود القانون الواجب التطبيق على موضوع النزاع في حال ورود أعراف مصرفية تحكم النزاع وبما لا يتعارض مع النظام العام بحيث إن تطبيق الأعراف المصرفية يتناسب مع العمليات المصرفية مما يوصل طرفي النزاع للتسوية العادلة وهي تمثل قانوناً يحكمها، ومن أمثلة ذلك و في سياق التسهيلات المصرفية فيما يتعلق بقواعد الأمم المتحدة المتعلقة بالكفالات المستقلة وخطابات الإ اعتماد الضامنة وقواعد الإ اعتمادات المستندية الصادرة بمنشور غرفة التجارة الدولية رقم (600) بحيث تعتبر هذه الأعراف هي الوسيلة الدولية لكافة المصارف والتي تعمل على هديها خاصة بالتسهيلات المصرفية غير المباشرة المتعلقة بالكفالات والإ اعتمادات².

ويرد الذكر هنا فيما يتعلق بالقوانين الموضوعية التي من الممكن تطبيقها على مواضيع النزاع المتعلقة بالمنازعات المصرفية بشكل عام والتسهيلات المصرفية بشكل خاص في فلسطين، بحيث يعترها الكثير من القصور لتحكم العلاقات المصرفية وتنظيمها وخاصة في مجال التسهيلات المصرفية فوفقاً لما أوردنا سابقاً فإنها لا تواكب حداثة وتطورات العمليات المصرفية التي تمارسها المصارف في فلسطين وعلى سبيل المثال لا الحصر فإنّ التسهيلات المصرفية لم يرد في القوانين المحلية ما يحكمها إلا ما تعرض له قانون التجارة الأردني رقم (12) لسنة (1964) في بعض مواده بخصوص الإ اعتماد المالي، ولم يتعرض لخطابات الضمان أو الإ اعتمادات المستندية بالمقارنة فقد تعرض قانون التجارة العراقي لموضوع الإ اعتمادات المستندية بثلاثة عشرة مادة وعليه فإن القوانين السارية في فلسطين لم تغطي شيئاً من وجوب ما يتطلبه نظمه وتقنيته في التسهيلات

1 قرار 1412/274 - الدغيش ، عبد العزيز بن سعد ، رسالة ماجستير بعنوان تسوية المنازعات المصرفية دراسة فقهية قانونية مقارنة ، جامعة الإمام محمد بن سعود الإسلامية ، المملكة العربية السعودية ص102

2 الشواربي، عبد الحميد، عمليات البنوك، مرجع سابق، 434.

المصرفية مما يجعل من مسألة إخضاع المنازعات المصرفية والمنازعات في مواضيع التسهيلات المصرفية ملاذا للمختصين بإختيار قوانين موضوعية زاخرة بالأحكام لتحكم العلاقة موضوع النزاع ولعدم تركها للسلطة التقديرية وإستخلاصات القضاة أو حتى المحكمين أنفسهم .

وفي خلاصة الفصل الثاني نود الإشارة إلى أنه قد كانت ركيزة بحثنا في هذا الفصل من خلال الولوج إلى عمق الموضوع بتعرضنا إبتداءا وفي المبحث الأول للمشكلات العملية في التسهيلات غير المباشرة وهي الإعتمادات المستندية والكفالات والتي تبين لنا من خلال إستعراضها أيضا جهل المتعاملين فيها من عملاء البنوك، الذي أدى بدوره لنشوء منازعات ومشكلات تتمحور في غالبيتها حول ذات المواضيع وقد تبين لنا ندرة النصوص القانونية التي تسعف لفض المنازعات المتعلقة بها وأن الأمر جله كان متروكا للسوابق القضائية منه، وفي المبحث الثاني تناولنا أهم المنازعات المصرفية عرضة للإختصاص والتداعي أمام القضاء في التسهيلات المباشرة المتمثلة بالجاري مدين والقرض مبتدأين بمسألة إستحقاق الديون من خلال إغلاق الحساب لكونه المناط الأساسي لإستحقاقا الدين وهي المسألة التي يجهلها الكثير، ومن ثم إنتقلنا لموضوع الفوائد كأحد أهم أركان العملية الإئتمانية وإلى مسائل المحاسبة وصحة إحتساب الفوائد ومدى تجاوزها لحد الربا الفاحش وقد خلصنا أيضا في هذا المبحث إلى عدم ورود نصوص قانونية تنظم موضوع الفوائد بشكل واضح وصريح على الرغم من لملمتها من كافة العصور، وفي المبحث الأخير من هذا الفصل تعرضنا للقانون الواجب التطبيق على المنازعات المصرفية من الناحية الإجرائية ومن ناحية الموضوع متعرضين للنصوص القانونية الناظمة لموضوعات التسهيلات المصرفية والتي خلصنا لعدم شمولها وكفايتها لفض تلك المنازعات.

النتائج:

وقد خلاصنا في هذا البحث إلى عدة نتائج نلخص أهمها فيما يلي :

1. تعد عمليات الإئتمان (التسهيلات المصرفية) من أهم العمليات المصرفية التي تمثل الركيزة الأساسية في عمل البنوك والتي تعد بدورها من أهم روافد الإقتصاد الوطني الفلسطيني .
2. من الممكن مواءمة منازعات العمليات المصرفية ولا سيما التسهيلات المصرفية مع التحكيم كأحد الوسائل البديلة لفض المنازعات المصرفية .
3. تشهد المنازعات المصرفية عدة معوقات أثناء نظرها أمام القضاء الوطني مما يبطئ عملية التقاضي والبت في المناعات المتعلقة بالتسهيلات والتي من شأنها تضييع الفرص الإستثمارية وتقويت المكاسب .
4. افتقار الجهاز القضائي للخبرة والممارسة في معرفة تفاصيل العمليات المصرفية وخاصة عمليات التسهيلات المصرفية ولا سيما الإعتمادات المستندية مما يترتب عليها عدم قدرة بعض القضاة على تكيف الوقائع تكيفا سليما ومما يحول دون مطابقتها مع النصوص .
5. إن أغلب التشريعات العربية وخاصة الفلسطينية يعترضها القصور فيما يتعلق بنظم العمليات المصرفية وعمليات الإئتمان (التسهيلات المصرفية) بشكل خاص ولم يستطع المشرع لغاية الآن مواكبة مستجدات التجارة العالمية وتطوراتها في هذا الشأن .
6. إفتقار المكتبات للأبحاث و للدراسات النظرية لموضوع التحكيم في التسهيلات المصرفية .

الخاتمة:

في ختام هذا البحث نأمل بأن لا تبقى دراستنا هذه حبيسة رفوف المكتبات، و سنقوم باستكمال دورنا من خلال عرض ما قمنا به من تشخيص لإشكاليات هذا البحث، وما اقترحناه و ارتأيناه من حلول لها وما سنتقدم به من توصيات على الجهات الرقابية والجهات ذات العلاقة أملاً باتباعها أو الاقتباس منها أو أن تصل بالحد الأدنى إلى مسامعهم لتسليط الضوء على هذه الإشكالية وبذلك فقط نرى أن هذا البحث قد يؤتي أكله، منوهين إلى أنه من الممكن أن نستفيد ونقتدي من تجارب الآخرين في هذا الشأن وخاصة التجربة السعودية والمتمثلة بدور لجنة المنازعات المصرفية لدى مؤسسة النقد السعودي علما بأنه قد تلى تأسيسها وبدأ مزاولتها لعملها إعداد دراسات متعددة عليها قد سلطت الضوء على إنجازاتها وتطرقنا إلى إخفاقاتها وعليه فإنه من الممكن لنا الوصول لمراحل متقدمة من خلال هذه التجارب ، كما أن بحثنا هذا قد تضمن العديد من المقترحات والآليات والتوصيات التي قد تم من خلالها تدارك بعض هفوات من خاضوا التجربة ، وحيث إن هذه المشكلات قد استنزفت من القطاع المصرفي و كافة المتعاطين معه الكثير من الوقت والجهد والمال فكان لا بد على سلطة النقد الفلسطينية أن تستكمل دورها الساعي دائما لانتظام وتقدم منظومة العمل المصرفي بأن تبادر وبالتعاون مع جمعية البنوك في فلسطين إلى إنشاء جهة حكيمية متخصصة لفض المنازعات المصرفية بشكل عام بما يشمل المنازعات المتعلقة بالتسهيلات المصرفية لكونها تمثل النصيب الأكبر من هذه المنازعات و كذلك إعداد نماذج صيغ قانونية محكمة لإتفاقات التحكيم المصرفي وفقا لأنواع المنازعات للحيلولة دون تشبث البعض بأية ثغرات قد تعيدنا للمربع الأول من المماطلات القضائية والتسويق في المنازعات المصرفية ، ونحن على يقين أن خوض هذه التجربة سينعكس إيجابا على نسب التعثر .

التوصيات:

1. العمل على تحفيز وتشجيع البنوك والمتعاملين معها باللجوء إلى التحكيم كوسيلة لحل المنازعات التي قد تطرأ بين البنوك والبنوك والعملاء مع زيادة الوعي والثقافة سواء للعملاء أو أصحاب القرار بمنافع التحكيم وميزاته .
2. قيام سلطة النقد الفلسطينية بإنشاء مركز أو مؤسسة تحكيمية تتولى الإشراف والرقابة عليها على أن تتضمن هذه المؤسسة قواعد إجرائية مستقاه ومستخلصة من قواعد إجراءات مؤسسات ومراكز التحكيم التجاري ومؤسسات التحكيم المتخصصة في فص المنازعات المصرفية بالتحديد وبرسوم وأتعاب رمزية .
3. قيام سلطة النقد بالتنسيق مع البنوك و المؤسسات المالية بإلحاق عقود التسهيلات شرط تحكيم مصاغ بإحكام من قبل سلطة النقد مع تحديد المركز التحكيمي وهو المؤسسة المنشأة من قبل سلطة النقد كجهة رقابية على مركز التحكيم ولنيل ثقة العملاء وقبولهم التحكيم في هذه العقود .
4. قيام سلطة النقد بتشكيل فريق أو لجنة تحكيمية صمن مركز التحكيم المقترح إنشأؤه متنوعة ومتخصصة من كافة الخبرات المصرفية من ذوي الخبرة والمراس في كافة المجالات من محاسبين أو ائتمانيين أو محليي بيانات مالية أو خبراء اعتمادات على أن يتم تكليفهم بالتحكيم كل في تخصصه و وفقا لطبيعة النزاع .
5. إخضاع فريق التحكيم المتخصص والمذكور في البند السابق لدورات تدريبية مكثفة بالتحكيم لتأهيلهم للقيام بالمهمة التحكيمية .
6. منح اللجنة التحكيمية والمركز التحكيمي المقترح صلاحيات واسعة ورفده بالمساعدة القضائية اللازمة فيما يتعلق بالتبليغ و إحضار الشهود و الحجز ومنع السفر والقرارات المستعجلة .
7. الإستعانة بحقوقيين وخاصة الحقوقيين المصرفيين ليكونوا من ضمن فريق التحكيم المشكل من قبل سلطة النقد الفلسطينية على أن يكونوا من ضمن تشكيل أي هيئة تحكيم .

8. غل يد البنوك من قبل سلطة النقد عن قيامها بإستغلال حاجة العملاء للتسهيلات والقروض ومنعها من توقيعهم على كمبيالات أو سندات دين واجبة الأداء بمجرد الطلب خلافا لحقيقة الإلتزامات الفعلية المتفق عليها في عقود التسهيلات الموقعة معهم .
9. توحيد آلية احتساب الفائدة من خلال برامج ملزمة من قبل سلطة النقد الفلسطينية وقيامه سلطة النقد لفرض دور رقابي دوري على آلية إحتساب الفوائد وقيدها .
10. الفرض على البنوك الإلتزام بعقود التسهيلات الموقعة معها و تعديل نص المادة (119) من قانون التجارة والذي يعطي الحق للبنك بإنهاء حساب الإعتماد المالي من طرف واحد .
11. تعديل القوانين المحلية وخاصة قانون التجارة لشمول نظم كافة العمليات المصرفية فيها بتفصيل واضح ومن خلال تقنين كافة الأعراف المصرفية بعد إخضاعها لمبادئ العدالة ، أو النص على تطبيق الأعراف الدولية وتعييلاتها تحاشية لمسألة صعوبة تعديل القوانين لمواكبة التطورات .
12. تفعيل السوابق القضائية الصادرة فيما يتعلق بالمنازعات المصرفية المتعلقة بالتسهيلات لتضمينها المنظومة التحكيمية أو تعديل القانون بما يتماها معها أو تضمينها العرف المصرفي من خلال انتهاج اتباعها أو تضمينها تعليمات سلطة النقد .

المصادر والمراجع

أولاً : المعاجم :

الفيروز ابادي، محمد بن يعقوب بن ابراهيم بن عمر، القاموس المحيط، بيروت: المؤسسة العربية للطباعة والنشر، 1952.

باشا ، محمد قدري ، مرشد الحيران إلى معرفة أحوال الناس ، نظارة المعارف العمومية ط2، القاهرة 1891 .

ثانياً : القوانين :

قانون التنفيذ الفلسطيني رقم 23 لسنة 2005 المنشور في العدد 63 من الوقائع الفلسطينية بتاريخ 2006/04/27 .

قانون المصارف (قرار بقانون رقم 9 لسنة 2010 بشأن المصارف) منشور في العدد الممتاز رقم 4 من الوقائع الفلسطينية.

قانون التحكيم الفلسطيني رقم 3 لسنة 2000 منشور في العدد 33 من الوقائع الفلسطينية

قانون التحكيم الأردني رقم 31 لسنة 2001 المنشور في العدد 4496 من الجريدة الرسمية .

القانون المدني الأردني رقم 43 لسنة 1976 والمنشور في الجريدة الرسمية بتاريخ 1976/01/01 .

نظام التحكيم السعودي الصادر بالمرسوم الملكي رقم 34/م المؤرخ في 1433/5/24 الموافق 16 ابريل 2012

قانون التحكيم المصري رقم 27 لسنة 1994 منشور في الجريدة الرسمية 1994

قانون التحكيم العراقي رقم 83 لسنة 1969 – باب التحكيم في قانون المرافعات .

قانون التجارة الأردني رقم 12 لسنة 1966 منشورة في العدد 1910 من الجريدة الرسمية الاردنية.

قانون التجارة المصري رقم 17 لسنة 1999 منشور في الجريدة الرسمية بتاريخ 1999/5/17.

قانون التجارة العراق رقم 30 لسنة 1984.

قانون المدني المصري رقم 131 لسنة 1948 منشور في الوقائع المصرية عدد 108 بتاريخ 1948/7/29.

قانون المدني الأردني رقم 43 لسنة لسنة 1976
قانون سلطة النقد الفلسطيني رقم 2 لسنة 1997 المنشور في الجريدة الرسمية في العدد 21 بتاريخ
1998/1/31.
قانون الشركات الاردني رقم 12 لسنة 1964 في العدد 1757 المنشور في الريدة الرسمية بتاريخ
1964/5/3.
نظام المربحة العثماني لسنة 1926 - 1304، منشور على <http://muqtafi.birzeit.edu>
قرار مجلس إدارة البنك المركزي المصري رقم (202) لسنة 2005 .

ثالثاً : الكتب القانونية :

أبو الوفاء، أحمد، التحكيم الإختياري والتحكيم الإجباري، ط3، الإسكندرية: منشأة المعارف ، 1989.
الاهواني، هدى جمال الدين، النظام القانوني للتوفيق التجاري في منازعات التجارة الدولية، ط1، 2015.
بربري، محمود مختار احمد ، التحكيم التجاري الدولي، ط3، القاهرة: دار النهضة العربية، 2004.
التحوي ، محمود، التحكيم في المواد المدنية والتجارية وجوازه في منازعات العقود الادارية، الاسكندرية: دار
الجامعة الجديدة للنشر ، 1999.
الحداد، حفيظة السيد ، إتجاهات المعاصرة بشأن إتفاق التحكيم ، دار الفكر العربي ، الإسكندرية ، 1996.
حداد، حفيظة السيد، الموجز في النظرية العامة في التحكيم التجاري الدولي، بيروت: منشورات الحلبي الحقوقية
، 2007.
حداد، حمزة احمد ، التحكيم في القوانين العربية، ج1، ط1، عمان: دار الثقافة، 2010.
حسين، محمدي فتح الله حسين، شرح التحكيم في المواد المدنية والتجارية في ضوء احكام احداث احكام
النقض، ط1، 2008.
حشيش، احمد محمد ، طبيعة المهمة التحكيمية، مصر: دار الكتب القانونية، 2007.
خيرى، محمد و سمير الامين، الاعتمادات البنكية وخطاب الضمان، ط1، القاهرة: المركز القومي للاصدارات
القانونية، 2011 .
راشد، سامية ، التحكيم في العلاقات الخاصة ، دار النهضة العربية ، 2004

- سامي، فوزي محمد، التحكيم التجاري الدولي، عمان: دار الثقافة، 2012.
- سلامة، محمود، الموسوعة الشاملة في التحكيم والمحكم، مج1، ط1، القاهرة: دار مصر للموسوعات القانونية.
- السنهوري، عبد الرزاق ، الوسيط في شرح القانوني المدني ، دار النهضة العربية ، الطبعة الثالثة ، 1981
- السيد، احمد مصطفى الدبوسي السيد، التحكيم في العمليات المصرفية بين الواقع والمأمول دراسة تحليلية مقارنة، ط1، 2015، مكتبة دار الوفاء القانونية، الاسكندرية .
- السيد، عبد الحميد رضا، التحكيم في المنازعات العقارية، ط3، دار النهضة العربية، 2009
- شتا، أحمد محمد عبد البديع، شرح أحكام قانون التحكيم المصري رقم 27 لسنة 1994 وتعديلاته، ط2، دار النهضة العربية، 2004.
- شفيق، محسن شفيق، التحكيم التجاري الدولي، دراسة في قانون التجارة الدولية، القاهرة: دار النهضة العربية، 1997.
- الشماع، فائق محمد، الحساب المصرفي، عمان: دار الثقافة، ط1، 2003.
- الشمري، ناظم محمد نوري، النقود والمصارف والنظرية النقدية، عمان: دار زهران للنشر والتوزيع، 1999.
- الشواربي، عبد الحميد، عمليات البنوك في ضوء الفقه - القضاء - التشريع، الاسكندرية، 2001
- الصاوي، أحمد السيد ، التحكيم طبقا لقانون رقم 27 لسنة 1994 وانظمة التحكيم العربية ، ط2، 2004.
- الصمادي، حازم نعيم، المسؤولية في العمليات المصرفية الإلكترونية، ط1، الاردن: الدار وائل، 2003.
- طه، مصطفى كمال ، عمليات البنوك، الاسكندرية، دار الفكر العربي ، 2005.
- عبد الصادق، احمد محمد، المرجع العام في التحكيم المصري والعربي والدولي، القاهرة، 2008
- عبدالله، أحمد نجيب، اتفاق التحكيم في المنازعات المصرفية البيئة القانونية والمالية للقطاع المصرفي اليمني، سلسلة اصدارات المركز اليمني للتوفيق والتحكيم، ط1، 2004.
- عكاشة، خالد كمال ، دور التحكيم في فض منازعات عقود الاستثمار، عمان: دار الثقافة، 2014.
- العوادي، محمد صالح علي، التحكيم في العمليات المصرفية ، القاهرة: دار النهضة العربية، 2010.
- عوض، علي جمال الدين ، عمليات البنوك من الوجهة القانونية، القاهرة: دار النهضة العربية 1981.
- عوض، علي جمال الدين، خطابات الضمان المصرفية، القاهرة: دار النهضة العربية، 1991

فاعور، مازن عبد العزيز، الاعتماد المستندي والتجارة الالكترونية في ظل القواعد والاعراف الدولية، ط1، بيروت: منشورات الحلبي الحقوقية، 2006.

القصبي، عصام الدين، خصوصية التحكيم في مجال منازعات الاستثمار، القاهرة: الدار النهضة العربية، 1993.

القليوبي، سميحة، شرح قانون التجارة رقم 17 لسنة 1998 ، دار النهضة العربية، 2002.

الكيلاني، محمود ، الموسوعي التجارية والمصرفية، عمان: دار الثقافة، 2008.

المحي، حسين ، التحكيم النظامي في التجارة الدولي، دار النهضة العربية ، 2006.

مخولف، أحمد ، إتفاق التحكيم كأسلوب لتسوية منازعات عقود التجارة الدولية ، دار النهضة العربية 2001

مدغمش، جمال ، مجموعة اجتهادات الاوراق التجارية وعمليات البنوك في قرارات محكمة التمييز الاردنية، 1997.

المصري، حسني، التحكيم التجاري الدولي، المحلة الكبرى: دار الكتب القانونية ، 2010.

المنزلاوي، صالح جاد، الاختصاص القضائي بالمنازعات الخاصة والإعتراف والتنفيذ الدولي للأحكام الاجنبية، الاسكندرية: الدار الجامعه الجديدة ، 2008

موسى، طالب حسن موسى، الاوراق التجارية والعمليات المصرفية، ط1، عمان: دار الثقافة ، 2011.

ناريمان عبدالقادر ، إتفاق التحكيم وفقا لقانون التحكيم في المواد المدنية والتجارية – الطبعة الأولى – دار النهضة العربية، 1996 .

والي، فتحي، الوسيط في القضاء المدني، القاهرة: دار النهضة العربية، 1987.

ياملكي، اكرم، الاوراق التجارية والعمليات المصرفية ، عمان: دار الثقافة، 2009

يونس، محمد مصطفى، المرجع في اصول التحكيم، ط1، مصر: دار النهضة العربية، 2009.

رابعاً : المجالات والدوريات :

ابو الليل، ابراهيم الدسوقي، قواعد واجراءات التحكيم وفقا لنظام غرفة التجارة الدولية، مجلة الحقوق، مجلس النشر العلمي بجامعة الكويت.

الحسين، حسين شحادة الحسين، التحكيم في العمليات المصرفية " دراسة في اطار القانون السوري"، المجلة القضائية، العدد الرابع

الحسين، حسين شحادة الحسين، المشكلات المرتبطة بنظر العمليات المصرفية امام القضاء، المجلة الاردنية في القانون والعلوم السياسية، المجلد5، العدد3، 2013.

حمزة، حداد، "تعريف التحكيم بوجه عام وبقواعده لدى اتحاد المصارف العربية" المجلة المغربية للوساطة والتحكيم العدد (2)، 2003.

الساكر، عبد الله بن حمد الساكر، قواعد التحكيم في المعاملات المالية، مجلة جامعة الملك سعود: العلوم التربوية والدراسات الاسلامية، مج. 19، عدد1، 2006

سلطة النقد الفلسطينية، تقرير الاستقرار المالي لعام 2015 اب، 2016

الصاوي، أحمد السيد، المحاكم الاقتصادية، مجلة البحوث القانونية ، مجلة الحقوق، جامعة الإسكندرية ، العدد1، 2010.

عبد المؤمن، ناجي، مدى جواز الاتفاق على التحكيم بطريق الإحالة في القوانين الوطنية وعلاقات التجارة الدولية ، مجلة العلوم القانونية والاقتصادية، جامعة عين شمس، العدد الاول، يناير، 2002.

متري، موسى خليل متري، التحكيم في العمليات المصرفية من الدول ذات الاقتصاد المتحول، دمشق مجلة جامعة دمشق للعلوم الاقتصادية و القانونية . المجلد/العدد : مج. 26 ، ع1 2010/

مجلة التحكيم، مجلة فصلية ، العدد 8 ، 2010.

مطلوب، مصطفى ناطق صالح ، دور التحكيم التجاري في حسم المنازعة المصرفية " دراسة مقارنة"، مجلة الرافدين للحقوق، المجلد 15، العدد 53، السنة 17

مقبل، عبد الهادي، فض المنازعات في المسائل الاقتصادية والمالية بغير الطريق القضائي ، دار النهضة العربية

الوضع المالي للبنوك 2015 : تقرير جمعية البنوك في فلسطين بتاريخ 2015/12/31

خامساً : الرسائل الجامعية :

، نجيب عبده احمد امير، التحكيم في المنازعات المصرفية، رسالة ماجستير ، المجلة القضائية العدد3، 2013

الدغيش ، عبد العزيز بن سعد ، رسالة ماجستير بعنوان تسوية المنازعات المصرفية دراسة فقهية قانونية مقارنة ، جامعة الإمام محمد بن سعود الإسلامية ، المملكة العربية السعودية.

الزهراني: فلاح بن موسى، التحكيم في المنازعات المصرفية في دول مجلس التعاون الخليجي، رسالة ماجستير، من جامعة نايف العربية للعلوم الامنية، 2010.

صالح بن علي بن صويلح - رسالة ماجستير بعنوان تسوية المنازعات المصرفية بالمملكة العربية السعودية - جامعة نايف العربية للعلوم الأمنية ، 2010

عمر ، خالد محمد سليمان ، التحكيم في المنازعات المصرفية ، رسالة ماجستير ، مقدمة لدى جامعة أم درمان ، السودان ، 2015 ،

القصراوي، محمد مجدي، التحكيم في المعاملات المصرفية الدولية، رسالة دبلوم في الدراسات العليا المعمقة، 2010، جامعة الحسن الاول، من مجلة القانون والاعمال ، 24 يوليو 2013، منشورة على الموقع :-
www.droitentreprise.org

سادساً : المواقع الالكترونية:

<http://www.mohamah.net/answer/27374> موقع محاماه نت

<http://mawdoo3.com/> بتاريخ 2019/2/20. موقع موضوع العربي

<http://muqtafi.birzeit.edu/> المقتفي موقع جامعة بيرزيت

<http://raqaba.co.uk> د. عبد القادر ورسمه غالب ، موقع رقابة للإستشارات المالية والإسلامية ، مقالة بعنوان التحكيم في منازعات الإعتمادات المستندية - تحكيم نظام دوكدكس تاريخ الزيارة 2017/03/14) .

<http://www.letterofcredit.biz/docdex.html> تمت الزيارة بتاريخ: 2017/03/14

<https://iccwbo.org/dispute-resolution-services/docdex/> تاريخ الزيارة : 2017/03/14 (

موقع غرفة التجارة الدولية ، خدمات الحلول

<https://www.saudi-banks.info/44> موقع البنوك السعودية تاريخ الزيارة : 2017/03/17

<http://www.bfc.gov.sa/ar-> موقع لجنة المنازعات المصرفية تاريخ الزيارة 2017/03/10 (

www.uabonline.org، تاريخ الزيارة 2017/03/19، موقع اتحاد المصرف العربية، نبذة تعريفية
<http://www.arabictrader.com> موقع المتداول العربي، تاريخ الزيارة ، 2017/4/3.

سابعاً : المقابلات :

مقابلة مع السيد اياد نصار مدير دائرة الرقابة والتفتيش في سلطة النقد الفلسطينية، بتاريخ 2017/3/23.
مقابلة مع نهاد عمير، مدير الدائرة القانونية في بنك القدس، بتاريخ 2017/2/15 .

ثامناً : مراجع اجنبية :

Use of arbitration in financial transactions/p.5- QUICKGUIDES09 JAN 2017 1

<https://www.ashurst.com/>

J.Robert et B.MOREAU, larbitrage ,endroit interneet et droit international prive,1983,p.1022

فهرس المحتويات

إقرار: Error! Bookmark not defined.

ب..... الشكر والتقدير

ت..... الملخص

Abstract ج

1 المقدمة

3 مشكلة الدراسة:

4 أهداف الدراسة:

4 أهمية الدراسة:

4 الأهمية العلمية:

5 الأهمية العملية:

9 تساؤلات الدراسة:

9 منهجية الدراسة :

10..... الدراسات السابقة:

10..... جمع البيانات وتحليلها :

11..... خطة البحث:

15..... الفصل الأول: التحكيم المصرفي و التسهيلات المصرفية

15..... المبحث الأول: ماهية التحكيم المصرفي والتسهيلات المصرفية

- 15.....المطلب الأول : ماهية التحكيم المصرفي تعريفه و أهميته
- 16.....الفرع الاول: التعريف بالتحكيم المصرفي وطبيعته القانونية.
- 19.....الفرع الثاني : أهمية التحكيم المصرفي
- 20.....المطلب الثاني: التسهيلات المصرفية وأنواعها
- 20.....الفرع الأول : التسهيلات المصرفية المباشرة .
- 26.....الفرع الثاني: التسهيلات المصرفية غير المباشرة :
- 34.....المبحث الثاني : قابلية منازعات التسهيلات المصرفية للتحكيم
- 35.....المطلب الأول : المعوقات التي تواجه المنازعات المصرفية أمام القضاء
- 35.....الفرع الأول: المعوقات العملية التي تواجه القضاء في نظر المنازعة المصرفية.
- 37.....الفرع الثاني: المعوقات الفنية التي تواجه القضاء في نظر المنازعة المصرفية
- 39.....المطلب الثاني: التحكيم كطريق لحسم المنازعات في التسهيلات المصرفية
- 40.....الفرع الأول : المقصود بصلاحيه إخضاع المنازعات في التسهيلات المصرفية للتحكيم :
- 41.....الفرع الثاني : التكييف القانوني لصلاحيه محل النزاع المصرفي للتحكيم :
- 41.....المطلب الثالث : معايير المنازعة المصرفية و مدى إرتباطها في النظام العام
- 42.....الفرع الأول: المعايير الخاصة التي تحكم صلاحية المنازعة المصرفية للتحكيم :
- 43.....الفرع الثاني: المعايير المتعلقة بالنظام العام التي تحكم صلاحية المنازعة المصرفية للتحكيم.
- 46.....المبحث الثالث : اتفاق التحكيم في عقود التسهيلات المصرفية :
- 46.....المطلب الاول: شروط وصور اتفاق التحكيم المصرفي :

- 46.....الفرع الأول: شروط اتفاق التحكيم المصرفي
- 56.....الفرع الثاني : صور اتفاق التحكيم المصرفي
- 60.....المطلب الثاني: هيئة التحكيم في عقود التسهيلات المصرفية :
- 61.....الفرع الأول: القواعد الخاصة بوجود المحكم
- 66.....الفرع الثاني: حكم التحكيم والطعن فيه وتنفيذه :
- 71.....المبحث الرابع : التحكيم في التسهيلات المصرفية قواعده و مزاياه و عيوبه
- 72.....المطلب الأول :قواعد التحكيم الدولي الأساسية المطبقة في منازعات التسهيلات المصرفية
- 72.....الفرع الأول : قواعد نظام دوكدكس للتحكيم :
- 78.....الفرع الثاني : قواعد التحكيم طبقا لنظام اتحاد المصارف العربية .
- 84.....المطلب الثاني : مزايا ومضار التحكيم في عقود التسهيلات المصرفية :
- 85.....الفرع الأول: مزايا التحكيم في عقود التسهيلات المصرفية
- 90.....الفرع الثاني: عيوب التحكيم في عقود التسهيلات المصرفية
- 94.....الفصل الثاني: التطبيقات العملية لمشكلات التسهيلات المصرفية والقانون الواجب التطبيق
- 94.....المبحث الأول : المشكلات العملية المتعلقة بعقود التسهيلات غير المباشرة :
- 95.....المطلب الأول: المشكلات العملية المتعلقة بالاعتمادات المستندية :
- 95.....الفرع الأول: المشكلات المتعلقة باستقلالية العقود في الإعتمادات المستندية .
- 99.....الفرع الثاني: المشكلات المتعلقة بمسؤولية البنك في الاعتمادات المستندية :
- 102.....المطلب الثاني : المشكلات العملية المتعلقة بخطابات الضمان

- 102..... الفرع الاول: المنازعات المتعلقة باستقلالية العقود في خطابات الضمان :
- 103..... الفرع الثاني: المشكلات المتعلقة بأجل خطاب الضمان وتسييله.
- 105..... المبحث الثاني : المشكلات العملية المتعلقة بعقود التسهيلات المباشرة :
- 106..... المطلب الأول : المشكلات العملية المتعلقة باستحقاق الديون نتيجة لإنهاء الحساب
- 108..... الفرع الاول: مدى ارتباط استحقاق الديون باقفال الحساب :
- 109..... الفرع الثاني: اسباب انهاء الحساب وآثاره :
- 116..... الفرع الثالث : آثار إقفال الحساب الجاري :
- 118..... الفرع الرابع : آلية إقفال الحساب الجاري :
- 119..... المطلب الثاني: المشكلات العملية المتعلقة باحتساب الفوائد في ظل تعارض القوانين :
- 120..... الفرع الأول : ماهية الفوائد المصرفية وأنواعها :
- 126..... الفرع الثاني : مواضع النزاع المتعلقة بإحتساب الفوائد المصرفية.
- 132..... المبحث الثالث : القانون الواجب التطبيق على منازعات عقود التسهيلات المصرفية.
- 133..... المطلب الأول: القانون الإجرائي الواجب التطبيق على منازعات التسهيلات المصرفية .
- 136..... المطلب الثاني : القانون الموضوعي الواجب التطبيق على منازعات التسهيلات المصرفية .
- 140..... النتائج:
- 141..... الخاتمة:
- 142..... التوصيات:
- 144..... المصادر والمراجع