

ملخص البحث

عند دراسة التحكيم في المنازعات المصرفية بشكل عام يتبين انه لا يتمتع بخصوصية تفرقه عن التحكيم في أي منازعة أخرى على المستوى الاجرائي أو الموضوعي الا اذا تعلق التحكيم بنزاع يخص الضمانات التي تمنحها المصارف لعملائها ، ولعل من اهم تلك الضمانات خطابات الضمان المصرفية. ويقصد بخطاب الضمان تعهد يصدر من المصرف بناءً على طلب أحد المتعاملين معه ويسمى الأمر بفتح الاعتماد بدفع مبلغ معين أو قابل للتعيين الى شخص آخر يسمى المستفيد دون قيد أو شرط اذا طلب منه ذلك خلال المدة المعينة في الخطاب.

ولاشك ان المشكلة الرئيسية التي يثيرها أي تجمع عقدي هي مدى تأثير كل عقد من العقود التي تنتمي الى هذا التجمع على العقود الاخرى ، وتمثل هذه المشكلة في الواقع، جوهر هذا البحث . اذ قد يتفق اطراف عقد الاساس على اللجوء الى التحكيم لفض النزاع الذي قد يثور بينهما فما اثر شرط التحكيم الوارد في عقد الاساس على العلاقات الناشئة عن عقد الضمان . وفي حالة صدور حكم تحكيمي في النزاع الناشيء عن العقد المتضمن شرط التحكيم ، فما أثر هذا الحكم على اطراف العقد أو العقود الاخرى ؟ هل يمكن التمسك به كسند تنفيذي ؟ أم كمجرد واقعة مادية؟ وما أثر هذا الحكم على التزام المصرف مصدر خطاب الضمان بأداء قيمة الخطاب الى المستفيد؟

المقدمة

يعد التحكيم ، في الواقع ، الوسيلة الفعالة والطريقة الفضلى التي يلجأ اليها المتخاصمون للفصل في منازعاتهم التجارية بشكل عام ، سواء أكان ذلك على المستوى الداخلي أم على المستوى الدولي . وتزداد اهمية التحكيم للفصل في المنازعات المصرفية التي تنشب بين المصارف وعملاءها. اذ ان تلك المنازعات تبدو في اشد الحاجة الى قصر امد التقاضي وتبسيط اجراءاته نظراً لثمور المنازعات المصرفية حول تجارة النقود والتي تكون عرضة لتقلبات الحياة الاقتصادية من وقت الى آخر ، ولاقتربها بمعدل مرتفع نسبياً من الفوائد سواء كان الملتزم بأدائها هو المصرف أو العميل .

وعند دراسة التحكيم في المنازعات المصرفية بشكل عام يتبين انه لا يتمتع بخصوصية تفرقه عن التحكيم في أي منازعة أخرى على المستوى الاجرائي أو الموضوعي الا اذا تعلق

التحكيم بنزاع يخص الضمانات^(١) التي تمنحها المصارف لعملائها ، ولعل من اهم تلك الضمانات خطابات الضمان المصرفية. ويقصد بخطاب الضمان تعهد يصدر من المصرف بناءً على طلب أحد المتعاملين معه ويسمى الأمر بفتح الاعتماد بدفع مبلغ معين أو قابل للتعيين الى شخص آخر يسمى المستفيد دون قيد أو شرط اذا طلب منه ذلك خلال المدة المعينة في الخطاب^(٢).

فالمصرف يلتزم - وفقاً لخطاب الضمان - بأداء قيمة الخطاب الى المستفيد . وقد يرد الاتفاق على الاحالة الى التحكيم في عقد الاساس ذاته^(٣) ، أو في عقد الضمان . وتتمثل خصوصية التحكيم في المنازعات التي تنشب عن تنفيذ خطاب الضمان وغيره من الضمانات المصرفية في أن الامر يتعلق ليس بعقد واحد ، بل بمجموعة من العقود، بل ان تلك العقود ترتبط مع بعضها البعض بشكل أو بآخر . اذ يوجد عقد الاساس الذي يربط بين العميل الأمر والمستفيد وهناك عقد الضمان الذي يربط العميل الأمر بالمصرف الضامن لمصلحة المستفيد . وقد يكون المستفيد مقيماً في دولة اخرى، فيقوم بتعيين مصرف آخر للرجوع عليه بقيمة الضمان ، وعندئذ ينشأ عقد بين مصرف المستفيد ، ومصرف العميل الأمر بصدد الوفاء بقيمة خطاب الضمان ، وقد يتدخل مصرف ثالث فتتعدد بذلك العقود وتتداخل مع بعضها .

ولاشك ان المشكلة الرئيسية التي يثيرها أي تجمع عقدي هي مدى تأثير كل عقد من العقود التي تنتمي الى هذا التجمع على العقود الاخرى ، وتمثل هذه المشكلة في الواقع، جوهر هذا البحث . اذ قد يتفق اطراف عقد الاساس على اللجوء الى التحكيم لفض النزاع الذي قد يثور بينهما فما اثر شرط التحكيم الوارد في عقد الاساس على العلاقات الناشئة عن عقد الضمان . وفي حالة صدور حكم تحكيمي في النزاع الناشئ عن العقد المتضمن شرط التحكيم ، فما أثر هذا الحكم على اطراف العقد أو العقود الاخرى ؟ هل يمكن التمسك به كسند تنفيذي ؟ أم كمجرد واقعة مادية؟ وما أثر هذا الحكم على التزام المصرف مصدر خطاب الضمان بأداء قيمة الخطاب الى المستفيد؟

لذلك ، سيتم تقسيم هذه الدراسة الى مبحثين نتناول في الأول اثر شرط التحكيم على خطاب الضمان ونبحث في الثاني اثر حكم التحكيم على خطاب الضمان . اما الخاتمة فتتضمن اهم النتائج التي تم التوصل اليها واهم المقترحات والتوصيات . ولقد كانت هذه الدراسة تحليلية بالدرجة الاساس ، حيث اعتمدنا على تحليل ودراسة كل جزئية وكل اشكالية ترد في ضوء مختلف الطروحات الفقهية والقضائية مع بيان موقف التشريع في كل منها . كما اعتمدنا اسلوب المقارنة بين التشريع العراقي والمصري بصدد جزئيات الموضوع المختلفة .

المبحث الأول

اثر شرط التحكيم على خطاب الضمان

ان شرط التحكيم قد يرد ضمن بنود عقد الاساس ، كما قد يرد في العقد المبرم بين المصرف والمستفيد أي عقد الضمان . ويرتب ، في الفرضين المذكورين ، آثاراً معينة لاسيما فيما يتعلق بالتزام المصرف بدفع قيمة خطاب الضمان عند مطالبة المستفيد . لذلك سنقسم هذا المبحث الى مطلبين نتناول في الأول اثر شرط التحكيم الوارد في عقد الاساس ، وندرس في الثاني اثر شرط التحكيم الوارد في عقد الضمان.

المطلب الأول

اثر شرط التحكيم الوارد في عقد الاساس

قد يتم الاتفاق بين العميل الأمر والمستفيد ، في العقد المبرم بينهما ، على احالة جميع المنازعات التي قد تثور بينهما بمناسبة تنفيذ العقد الى التحكيم للفصل فيها . وقد يبادر المستفيد الى مطالبة المصرف الضامن بقيمة خطاب الضمان ، ويعترض العميل الأمر على ذلك لسبب أو لآخر فيثور النزاع بينهما . وعندئذ ، قد يثور التساؤل حول مدى خضوع هذا النزاع لشرط التحكيم الوارد في عقد الاساس.

الواقع من الامر ، فأن مجرد وجود شرط التحكيم في عقد الاساس لا يؤدي الى تقييد حق المستفيد في المطالبة بقيمة الضمان متى تم ذلك وفقاً للشروط المحددة في خطاب الضمان ذاته ^(٤) .

وعندئذ فأن الأثر الذي يترتب على وجود اتفاق التحكيم في عقد الاساس هو عدم جواز الاحتجاج باتفاق التحكيم على اطراف خطاب الضمان ، وتجميد قيمة خطاب الضمان تحت يد المصرف ، وخضوع حق المستفيد من الضمان للتحكيم في حدود معينة ، وهذا ما سنبينه بالتتابع .

الفرع الأول

عدم الاحتجاج بالتحكيم على اطراف خطاب الضمان

يتفق الفقه على ان ادراج شرط التحكيم في عقد الاساس لا يؤدي الى جواز الاحتجاج بالاتفاق المذكور على اطراف خطاب الضمان ، وهما المصرف والمستفيد ^(٥) . الا ان الخلاف يثور بشأن تحديد الاساس القانوني لعدم جواز الاحتجاج . فذهب البعض بأن الاستقلال التام الذي يتمتع به خطاب الضمان عن عقد الاساس هو الاساس القانوني لعدم جواز الاحتجاج بشرط التحكيم في مواجهة اطراف خطاب الضمان ^(٦) . اذ ان اهم ما يميز الضمانات المصرفية المستقلة ^(٧) - ومنها خطاب الضمان - هو استقلال العلاقة الاصلية الناشئة بين المستفيد والعميل الأمر والتي بسببها تم اصدار خطاب الضمان عن تلك الضمانات وما ينجم عنها من علاقات .

ويؤدي ما تقدم الى عدم جواز التمسك بأي دفع ناشيء عن تلك العلاقة للتأثير على التزام المصرف بالوفاء بقيمة الضمان أو على حق المستفيد في المطالبة بها .

ويرى بعض الفقه ^(٨) ان مبدأ الاستقلال بين خطاب الضمان وعلاقة الاساس ليس كافياً للقول بعدم جواز الاحتجاج بالدفع الناتجة عن علاقة الاساس في مواجهة المستفيد . بل ان الحكم المذكور يجد اساسه في مبدأ نسبية اثر العقود المستقر في التشريعات الوطنية المختلفة ^(٩) .

ويقصد بالمبدأ المذكور ان العقد لا يترتب أي من آثاره المختلفة حقوقاً كانت او التزامات الا لأطرافه حصراً . عليه ، فإن شرط التحكيم الوارد في علاقة الاساس لا يترتب آثاراً الا بالنسبة لطرفيه فقط وهما العميل الأمر والمستفيد . وبما ان الأثر الملزم للشرط المذكور هو التزام طرفيه باللجوء الى التحكيم لفرض أي نزاع قد ينشب بينهما بمناسبة تنفيذ عقد الاساس ، فإنه لا يجوز للعميل الأمر التمسك بشرط التحكيم عندما يثور نزاع بينه وبين المستفيد بسبب مطالبة الأخير بقيمة خطاب الضمان. وذلك لان النزاع ، في الفرض المتقدم ، نشأ عن علاقة اخرى هي خطاب الضمان ، وهي علاقة قائمة بين المصرف والمستفيد ولا تتضمن الإشارة الى شرط التحكيم . كما لا يجوز للعميل التمسك بهذا الشرط في مواجهة المصرف ايضاً .

هذا وتجدر الإشارة الى انه ليس بإمكان العميل الأمر التمسك في مواجهة المستفيد بشرط التحكيم الوارد في عقد الاساس عند نشوب نزاع بينهما بسبب مطالبة الأخير المصرف بأداء قيمة خطاب الضمان اليه. اذ ان للمستفيد ، صفتان : اذ يعتبر مستفيداً من الضمان في علاقته بالمصرف مصدر خطاب الضمان . ويعتبر بائعاً او مشترياً ، مورداً أو مستورداً في علاقة الاساس والتي تضمنت شرط التحكيم . بعبارة اخرى ، فان حق العميل الأمر في التمسك بشرط التحكيم في مواجهة المستفيد انما يقتصر على النزاعات التي تنشأ بينهما وتكون متعلقة بعقد الاساس ذاته .

الفرع الثاني

اثر شرط التحكيم على تنفيذ المصرف التزامه

بناءً على الأثر الأول لورود شرط التحكيم في عقد الاساس ، من حيث عدم جواز الاحتجاج بالشرط المذكور على المستفيد من قبل العميل الأمر ، وعدم الزام المستفيد بطرح النزاع المتعلق بالمطالبة بقيمة خطاب الضمان على التحكيم ، الا ان العميل الأمر قد يرغب في الاستفادة من وجود شرط التحكيم في عقد الاساس ليعرقل أو يؤخر تنفيذ المصرف التزامه بدفع قيمة الضمان لحين الفصل في النزاع القائم بينه وبين المستفيد بشأن عقد الاساس .

ولعل أهم الطرق التي قد يلجأ اليها المستفيد لتحقيق ذلك هي المطالبة بتجميد قيمة الضمان تحت يد المصرف . والمطالبة بوقف الفصل في النزاع بين المصرف والمستفيد - في حالة وجود نزاع - لحين الفصل في النزاع القائم بين العميل الأمر والمستفيد^(١٠) .

لذلك فان اثر وجود شرط التحكيم في عقد الاساس على خطاب الضمان الذي تم اصداره ارتباطاً بذلك العقد بالنسبة الى تنفيذ المصرف التزامه بأداء قيمة الخطاب الى المستفيد تتجسد بما يأتي :

١ - تجميد قيمة خطاب الضمان تحت يد المصرف

قد يتم عرض النزاع الناشب بين العميل الأمر والمستفيد على التحكيم للفصل فيه . وقد ينتظر المستفيد حتى صدور الحكم التحكيمي في هذا النزاع المتعلق بعقد الاساس ، ويبادر بمطالبة المصرف بأداء قيمة الخطاب اليه . وعندئذ ، فأن مطالبة المستفيد قد تكون بحسن نية ، وقد يشوبها الغش أو التعسف .

فإذا كان المستفيد حسن النية فلا اشكال في الامر . اذ أن وفاء المصرف بقيمة خطاب الضمان اليه لا لبس فيه^(١١) . اما في حالة وجود غش أو تعسف ظاهر من المستفيد في تلك المطالبة فينتعين ، عندئذ ، على العميل الأمر اثبات الغش أو التعسف لدى المستفيد، فإذا نجح في ذلك ، كان له التمسك بقاعدة ان الغش يفسد كل شيء لحمل المصرف على التوقف عن دفع قيمة الضمان لحين الفصل في النزاع القائم بين العميل والمستفيد بطريق التحكيم^(١٢) .

كما ان نجاح العميل الأمر في اثبات الغش من جانب المستفيد يؤدي الى هدم الاستقلال القائم بين عقد الاساس وخطاب الضمان . عليه ، يكون من الجائز التمسك بدفوع مستمدة من عقد الاساس من قبل العميل الامر لتعطيل أو تأخير قيام المصرف بأداء قيمة خطاب الضمان الى المستفيد (تجميد قيمة الضمان) .

وقد يثور التساؤل بصدد تحديد الجهة التي يقدم اليها العميل الأمر طلب تجميد قيمة الضمان استناداً الى صدور غش من المستفيد في مطالبة المصرف بأداء تلك القيمة اليه ؟ فهل ان العميل الامر يقدم طلب التجميد الى هيئة التحكيم التي تنتظر النزاع القائم بين طرفي عقد الاساس ، ام الى القاضي المختص ؟

قبل الاجابة عن السؤال المتقدم لابد من القول بأن طلب تجميد قيمة الخطاب تحت يد المصرف في الفرض المذكور تعد من امور القضاء المستعجل . ويقصد بالأخير القضاء الوقتي الذي يهدف الى توفير حماية قضائية وقتية لاتمس اصل الحق وانما لدرء خطر حقيقي محقق به احتراماً للحقوق الظاهرة وحماية لمصالح الاطراف المتنازعة (١٣) . ولاشك في ان طلب تجميد قيمة خطاب الضمان ينطوي على حماية للحق لدرء خطر محيط به يتجسد في غش المستفيد من أجل الحصول على قيمة الخطاب . وبالرجوع الى المادة (٣٣) من قانون المرافعات المدنية العراقي نجد انها تنص على انه : (تختص محكمة البداة بنظر المسائل المستعجلة التي يخشى عليها من فوات الوقت بشرط عدم المساس بأصل الحق) .

عليه ، يمكن القول أن القاضي المختص وتحديداً محكمة البداة هي صاحبة الاختصاص في البت بطلب التجميد المقدم من قبل العميل الأمر في مواجهة المستفيد، وتجدر الاشارة الى ان محكمة البداة تنتظر في المسائل المستعجلة بدرجة اخيرة ، أي ان قرار المحكمة المذكورة يكون غير قابل للطعن به بطريق الاستئناف بل بطريق التمييز امام محكمة الاستئناف بصفتها التمييزية (١٤) .

اما في ظل قانون التحكيم المصري رقم ٢٧ لسنة ١٩٩٤ ، فتجيز م (٢٤) لهيئة التحكيم التي تنتظر النزاع اتخاذ الاجراء الخاص بتجميد قيمة الضمان بناءً على اتفاق خاص بين طرفي النزاع . الا ان ذلك لايعني ان لهيئة التحكيم اصدار امر التجميد الى المصرف . اذ ان المصرف ليس طرفاً في الخصومة أو النزاع الذي تنتظره هيئة التحكيم . عليه ، يكون لازماً على العميل الأمر التقدم بطلب التجميد الى القاضي المختص بأصدار مثل هذا الاجراء وهو قاضي الامور المستعجلة (١٥) .

٢ - وقف الدعوى القضائية بين المصرف والمستفيد :

قد يحدث ان يطالب المستفيد بأداء قيمة الضمان اليه ، ويعترض المصرف على ذلك الطلب لأسباب تتعلق بتنفيذ شروط خطاب الضمان ذاته، كما لو لم يتقدم المستفيد للمطالبة في الموعد المحدد ، او عدم تقديمه كافة الوثائق والمستندات المطلوب تقديمها الى المصرف . والغالب هو ان يلجأ المستفيد ، في الفرض المتقدم ، الى اقامة دعوى قضائية ضد المصرف امام قضاء دولته . عليه ، سيكون المستفيد طرفاً في دعوى قضائية في مواجهة المصرف متعلقة بأداء قيمة الضمان ، وطرفاً في دعوى تحكيمية في مواجهة العميل الأمر في نزاع ناشيء عن عقد الاساس . وعندئذ ، يكون للمحكمة ان تقرر وقف الخصومة بين المستفيد والمصرف اذا رأت تعليق الحكم في موضوعها على الفصل في مسألة اخرى يتوقف عليها ذلك الحكم . ومن امثلة ذلك ، مسألة مدى توافر الغش من جانب المستفيد في مطالبة المصرف بأداء قيمة الضمان اليه . حيث يتم الفصل في تلك المسألة بعد صدور الحكم التحكيمي في النزاع القائم بين المستفيد والعميل الأمر في شأن عقد الاساس . فأذا صدر الحكم المذكور بعدم ثبوت أي حق للمستفيد في مواجهة العميل الأمر ، فإن مطالبة المستفيد ستكون منطوية على غش أو سوء نية مما يضيع عليه حق المطالبة بصرف قيمة خطاب الضمان اليه ^(١٦) .

الفرع الثالثمدى خضوع حق المستفيد من الضمان للتحكيم

قد تنشأ بين المستفيد والعميل الأمر منازعات متعلقة بخطاب الضمان ذاته . كما لو تمسك هذا الأخير ببطلان عقد الضمان . وعندئذ ، قد يثور التساؤل بصدد مدى خضوع تلك المنازعات للتحكيم ؟ بعبارة اخرى ، هل تخضع تلك المنازعات للتحكيم ؟ أم ان الاستقلال بين عقد الاساس وخطاب الضمان يمنع من ذلك ؟

ان الاجابة عن السؤال المتقدم تتطلب بيان اثر هذا الاستقلال على خطاب الضمان . فمن الثابت فقهاً ^(١٧) ، ان الاستقلال بين عقد الاساس وعقد الضمان انما تقرر ، من حيث الاصل ، لمنع العميل الأمر من التمسك بأي دفع ناشيء عن عقد الاساس لتعطيل أو عرقلة تنفيذ البنك الضامن التزامه بدفع قيمة الضمان الى المستفيد . فالأثر المباشر للاستقلال انما يتجسد في جعل المصرف ملتزماً اصلياً بالوفاء بقيمة خطاب الضمان ، وبصرف النظر عما يطرأ على عقد الاساس من اسباب فسخ أو بطلان . اذ ان موافقة العميل الأمر على الضمان المستقل تعد تنازلاً منه عن الاعتراض على قيام المصرف بالوفاء بقيمة الضمان .

أما فيما يتعلق بأثر الاستقلال على حق المستفيد في قيمة الضمان ، فإنه يتجسد في الاعتراف له بالمكنة للحصول على قيمة الضمان من المصرف عند اول مطالبة ، على اعتبار ان المصرف لا يستطيع الامتناع عن الوفاء استناداً الى أي دفع يثيره العميل الأمر .

وتجدر الإشارة الى ان ما تقدم لا يعني ثبوت حق ملكية خالص للمستفيد على قيمة خطاب الضمان بحيث لايجوز للعميل الأمر منازعته في ذلك . اذ ان الاستقلال المقرر بين عقد الاساس وخطاب الضمان يتيح فقط للمستفيد المطالبة بقيمة الضمان والحصول عليها من المصرف . الا ان ذلك لايعني مطلقاً ثبوت حق ملكية له على تلك القيمة لانه يبقى ملتزماً بردها الى المستفيد اذا ثبت عدم احقيته فيها ، ويتم ذلك بعد الرجوع الى عقد الاساس وتسوية آثاره وجميع المنازعات الناجمة عنه بشكل نهائي^(١٨) .

بالأضافة لما تقدم ، فإنه بعد ان يقوم المصرف بالوفاء بقيمة الضمان قد تنشأ مواجهة بين العميل الأمر والمستفيد بشأن احقية هذا الأخير في قيمة الضمان الذي قبضه من المصرف كلاً جزءاً ، وعندئذٍ فأن مثل هذا النزاع انما يخضع الى هيئة التحكيم المنعقدة للبت في المنازعات الناشئة عن عقد الاساس ، فلا يجوز للمستفيد التمسك بأن النزاع المذكور لم ينشأ عن عقد الاساس ، بل عن عقد الضمان للأسباب الآتية :

١ - ان اثر الاستقلال المقرر بين عقد الاساس وعقد الضمان يتعلق بالتزام المصرف بأداء قيمة الضمان الى المستفيد ، وليس بحق ذلك المستفيد في تلك القيمة. بعبارة اخرى، فأن التزام المصرف هو المستقل عن عقد الاساس ، اما حق المستفيد فإنه ليس مستقلاً عنه مطلقاً منذ نشوءه وحتى بعد الحصول عليه من المصرف^(١٩) .

٢ - أن دور التحكيم ، في الفرض المتقدم ، سينحصر في تقرير ما اذا كان طلب المستفيد لقيمة الضمان المستقل - في العلاقة بينه وبين العميل الأمر - له سند في الواقع أو القانون أم لا ، اذ ان التحكيم لن يتعرض لفحص شروط الضمان التي على اساسها قام المصرف بأداء قيمة الضمان الى المستفيد . لأن الضمان المستقل لا يتيح للمستفيد حقاً مجرداً عن السبب في تحصيل قيمة الضمان النقدية من المصرف^(٢٠) .

٣ - وجود اعتبارات عملية يصعب اغفالها تتجسد في ان طرح المنازعات التي تربط بينها روابط وثيقة امام جهة واحدة من شأنه تجنب اصدار احكام متعارضة . فعرض بعض تلك المنازعات على التحكيم ، والبعض الآخر على القضاء قد يؤدي الى وجود تناقض في الاحكام التحكيمية والقضائية^(٢١) .

المطلب الثانياثر شرط التحكيم الوارد في عقد الضمان

قد يرد شرط التحكيم في عقد الضمان بين المصرف والمستفيد ، وعندئذ فإنه لابد من دراسة اثر الشرط المذكور في العلاقة بين المصرف والمستفيد .

الواقع من الامر اذا كان الاصل ، هو ان يكون اطراف خطاب الضمان ثلاثة هم المصرف الضامن والعميل الأمر والمستفيد ، فإنه قد يتدخل ، في الكثير من الاحيان ، مصرف ثان غالباً ما يكون في بلد المستفيد ، فيكون بذلك اطراف الخطاب اربعة بدلاً من ثلاثة .

اذ قد يشترط المستفيد ان يتم تعيين مصرف في بلده للرجوع عليه بقيمة الضمان تجنباً للنفقات والجهود التي قد يتحملها في الرجوع على مصرف العميل الأمر . وفي الفرض المتقدم ، يكون المصرف الموجود في بلد المستفيد هو الضامن الاصيلي حيث يرجع عليه المستفيد مباشرة للمطالبة بقيمة الضمان . ويرجع هذا المصرف بدوره على مصرف العميل الأمر للحصول على ما دفعه للمستفيد من قيمة الضمان . بعبارة اخرى ، فإن مصرف العميل الأمر يعد ضامناً لمصرف المستفيد ويسمى مصرف العميل الأمر هنا ، مصرف الضمان المقابل .

بناءً على ما تقدم ، فأنا سنكون أمام نوعين من الضمان : الاول هو الضمان الذي يحكم العلاقة بين المستفيد والمصرف الضامن الاصيلي ، والثاني هو الضمان بين المصرف الضامن المقابل (مصرف العميل الأمر) والمصرف الضامن الاصيلي (مصرف المستفيد) ويسمى بالضمان المقابل .

وفي بعض الاحيان يتفق جميع الاطراف - المصرف الضامن الاصيلي - والمستفيد - والعميل الأمر - والمصرف الضامن المقابل (على اتفاق تحكيم واحد يتم وفقاً له احالة جميع المنازعات التي تنشأ عن خطاب الضمان على التحكيم . أو قد يوجد اتفاق تحكيم بصدد كل علاقة قائمة بين طرفين أو اكثر على حدة ، ويتفق الاطراف على ضم كل المنازعات التحكيمية التي تنشأ بينهم أمام هيئة تحكيم واحدة لتجنب حصول تضارب أو تعارض في الاحكام التحكيمية . ويسمى هذا النوع من التحكيم بالتحكيم متعدد الاطراف . وعندئذ ، قد يثور التساؤل عن اثر التحكيم متعدد الاطراف على خطاب الضمان .

عليه ، فإنه لابد من دراسة اثر شرط التحكيم الوارد في عقد الضمان في العلاقة بين المصرف والمستفيد ، وفي الضمان المقابل وأثر شرط التحكيم متعدد الاطراف على خطاب الضمان وهذا ماسنبجته بالتتابع .

الفرع الاول

اثر شرط التحكيم في العلاقة بين المصرف الضامن والمستفيد

قد يتم الاتفاق بين المصرف والمستفيد على احالة جميع المنازعات التي قد تنشأ بينهما بصدد تنفيذ الضمان الى التحكيم .

وعندئذ فأن اثر ادراج شرط التحكيم المذكور على التزام المصرف بأداء قيمة الضمان الى المستفيد يختلف بحسب ما اذا تم الاتفاق على التحكيم قبل نشوء النزاع أو بعد نشوءه .

١ - الاتفاق على التحكيم قبل نشوء النزاع

يكون الاتفاق على التحكيم سابق لطلب المستفيد بأداء قيمة خطاب الضمان اليه اذا تم الاتفاق بين المصرف الضامن والمستفيد في العقد المبرم بينهما على احالة أي نزاع ينشأ بينهما بسبب مطالبة المستفيد المصرف بأداء قيمة خطاب الضمان اليه الى التحكيم للفصل فيه (٢٢).

وعندئذ ، فإنه قد يثور التساؤل عن مدى جواز قيام المصرف الضامن بالامتناع عن اداء قيمة الخطاب الى المستفيد مطالباً هذا الاخير باللجوء الى التحكيم بغية الفصل في النزاع القائم بينهما استناداً الى وجود اتفاق التحكيم في العقد المبرم بينهما وقبل نشوء النزاع ؟

يذهب الرأي الراجح - بحق - الى ان ليس للمصرف الضامن الامتناع عن اداء قيمة خطاب الضمان الى المستفيد في الفرض المتقدم (٢٣) . فمن جانب يبدو ان طلب المصرف من المستفيد اللجوء الى التحكيم والحصول على حكم لصالحه للوفاء بقيمة الضمان من شأنه ان يجعل الحصول على الحكم التحكيمي شرط للوفاء بقيمة الخطاب الى المستفيد . فكأنما المصرف قد قام بتحويل أو تغيير الخطاب بأرادته المنفردة من خطاب غير مشروط الى خطاب مشروط ، وهذا ما يتعارض ، دون شك مع قاعدة العقد شريعة المتعاقدين . وبالتالي لايجوز نقضه أو تعديله الا باتفاق الطرفين (٢٤) .

ومن جانب آخر ، فأن اعتبار مجرد الاتفاق بين المصرف والمستفيد على اللجوء الى التحكيم سبباً كافياً لأمتناع المصرف عن اداء قيمة خطاب الضمان الى المستفيد يبدو منافياً للمنطق القانوني السليم . اذ ان قيام الطرفين بأختيار التحكيم كوسيلة لفض النزاعات التي قد تنشأ بينهما ما هو الا اختيار أو تحديد للوسيلة التي سوف يتم الاعتماد عليها في حماية الحق الموضوعي للطرفين .

وبالتالي ، فإنه لا أثر لتلك الوسيلة على ذاتية هذا الحق وعلى التزام المصرف بأداءه الى المستفيد . بعبارة اخرى ، سواء كانت الوسيلة المختارة من قبل الطرفين التحكيم او قضاء الدولة فأن الملتزم بالحق ليس له ان يطالب المدعي بالحق بوجوب استعمال تلك الوسيلة للحصول على

حقه طالما ليست لدى هذا الملتزم اسباب اخرى (كالغش ، والتعسف الظاهر) للامتناع عن تنفيذ التزامه (٢٥) .

٢ - الاتفاق على التحكيم بعد نشوء النزاع :

قد يتقدم المستفيد الى المصرف مطالباً بأداء قيمة خطاب الضمان اليه ويمتنع المصرف عن الوفاء لأسباب تتعلق بخطاب الضمان ذاته ، ونظراً لوجود هذا الخلاف يتفق الطرفان - المصرف والمستفيد - على احالة النزاع على التحكيم للفصل فيه .

أي ان الطرفين قاما بأختيار التحكيم بعد إبرام عقد الضمان بينهما وخلال مرحلة تنفيذه لوجود اسباب معينة تتعلق بخطاب الضمان . وفي الفرض المذكور ، يتمتع المصرف عن اداء قيمة الخطاب الى المستفيد انتظاراً لصدور حكم تحكيمي لصالح هذا الأخير (٢٦) .

بعبارة اخرى ، يكون المستفيد ، في الفرض المتقدم ، قد ارتضى اللجوء الى التحكيم لفض نزاعه مع المصرف بشأن خطاب الضمان ذاته للحصول على قيمة الخطاب من المصرف . أي ان الخطاب قد تحول - بأرادة الطرفين المتمثلة في الاتفاق على اللجوء الى التحكيم اثناء تنفيذ عقد الضمان - من خطاب غير مشروط الى خطاب مشروط . ويتجسد الشرط في حصول المستفيد على حكم تحكيمي لصالحه من اجل صرف قيمة خطاب الضمان اليه من قبل المصرف .

الفرع الثاني

اثر شرط التحكيم في حالة الضمان المقابل

قد يتم الاتفاق بين الضامن الاصلي (مصرف المستفيد) والضامن المقابل (مصرف العميل الأمر) على احالة النزاعات التي تنشأ بينهما الى التحكيم . والضامن الاصلي يلجأ ، عادة ، الى التحكيم عندما ينازع الضامن المقابل في مطالبته برد قيمة ما دفعه للمستفيد . ولاشك في ان هذا الموقف من المصرف المقابل (مصرف العميل الأمر) ينطوي على خطورة كبيرة بالنسبة للعميل الأمر ، لاسيما عندما يكون طلب الضامن الاصلي محل النزاع مخالفاً لشروط الضامن المقابل . لذلك ، يلجأ العميل الأمر الى التمسك بعدم مشروعية الطلب المقدم من المصرف الضامن الاصلي .

ونظراً لأن العميل الأمر ليس طرفاً في الضمان المقابل - لأن طرفي الضمان المقابل هما مصرف العميل الأمر ومصرف المستفيد فقط - فلا يكون له التمسك بشرط التحكيم المنفق عليه بين الضامن الاصلي والضامن المقابل تطبيقاً لمبدأ نسبية اثر شرط التحكيم (٢٧) . عليه ، فان اتفاق التحكيم في حالة الضامن المقابل يقتصر على اطراف ذلك الضامن دون ان يطال العميل الأمر .

من جانب آخر ، فإن من المتصور ان يوجه العميل الأمر خطاباً الى المصرف الضامن المقابل لتعيين مصرف ضامن اصلي في بلد المستفيد ، لكي يرجع هذا الأخير عليه مطالباً بتسديد قيمة خطاب الضمان في أي وقت . ويحدد العميل الأمر ، عادة ، في هذا الخطاب شروط اصدار الخطاب من قبل المصرف الضامن الاصلي ، وقد يكون من بين تلك الشروط شرطاً يقضي باحالة النزاعات التي تنشأ بين المصرف الضامن الاصلي والمصرف الضامن المقابل الى التحكيم^(٢٨) .

ورغم ان العميل الأمر هو الذي ادرج شرط اللجوء الى التحكيم في الفرض المتقدم ، الا انه ليس له التمسك بالشرط المذكور لفض النزاع الناشب بينه وبين المصرف الضامن الاصلي اذا كانت الاجراءات التي قام بها هذا الأخير مخالفة لشروط الضمان المقابل . ويعود السبب في ذلك الى ان العميل الأمر يعد أجنبياً عن العلاقة بين المصرف الضامن الاصلي والمصرف الضامن المقابل^(٢٩) .

صفوة القول ، أن اثر ادراج شرط اللجوء الى التحكيم في حالة الضمان المقابل ينحصر في العلاقة بين المصرف الضامن الاصلي والمصرف الضامن المقابل وهم اطراف الضمان المقابل ، وان اثر ذلك الشرط لا يطل بأي حال من الاحوال المستفيد أو العميل الأمر .

الفرع الثالث

اثر التحكيم متعدد الاطراف

يقصد بالتحكيم متعدد الاطراف اتفاق التحكيم الذي تتعدد اطرافه ، اما منذ لحظة ابرام هذا الاتفاق ، أو في مرحلة لاحقة ، على ان يكون لهؤلاء الاطراف مصالح مختلفة ومتعارضة^(٣٠) .

فقد توجد عدة علاقات عقدية مرتبطة ببعضها ، بحيث يكون اطراف كل علاقة مختلفون عن اطراف العلاقة الاخرى . فيتفق طرفا كل علاقة من تلك العلاقات على اللجوء الى التحكيم لفض ما قد ينشب بينهما من نزاعات ، ونظراً لوجود علاقة ارتباط بين تلك العلاقات العقدية ، يلجأ جميع الاطراف لعرض كافة المنازعات على هيئة تحكيم واحدة . بحيث ان هذه الهيئة التحكيمية تقوم بأصدار حكم واحد بشأن تلك المنازعات جميعاً ، وذلك لتجنب وجود تضارب في الاحكام في حالة صدور الاحكام من هيئات تحكيمية مختلفة ، وكذلك توفيراً للوقت والنفقات^(٣١) . وتسمى العملية المتقدمة بضم التحكيمات .

ولاشك ان خطابات الضمان وما ينشأ عنها من علاقات عقدية متعددة تعد بيئة خصبة لنشوء التحكيم متعدد الاطراف . فهناك علاقة بين العميل الأمر والمستفيد (عقد الاساس) ، وهناك علاقة بين العميل الأمر والمصرف الضامن ، وهناك علاقة بين المستفيد والمصرف الضامن ، وهناك علاقة بين المصرف الضامن الاصلي والمصرف الضامن المقابل في حالة الضمان

المقابل . وكل هذه العلاقات مرتبطة ببعضها أما بشكل مباشر أو غير مباشر . ومن المتصور ان يتفق طرفا كل علاقة على التحكيم لفض ما قد ينشب بينهما من منازعات ، فتتعدد اتفاقات التحكيم بتعدد العلاقات . وبدلاً من لجوء الاطراف الى الوضع التقليدي في الفرض المتقدم وهو عرض كل نزاع على هيئة تحكيم مستقلة ، يقومون بالاتفاق على احالة النزاعات المختلفة على هيئة تحكيم واحدة تتولى النظر فيها جميعاً لتصدر حكماً واحداً (٣٢) .

وقد يتحقق التحكيم متعدد الاطراف بأن يوقع جميع اطراف خطاب الضمان والضمان المقابل على شرط تحكيم واحد في جميع عقودهم يعرض بموجبه أي نزاع ينشأ عن أي علاقة على هيئة تحكيم واحدة.

الواقع من الامر ، فإن العميل الأمر هو المستفيد الاول من التحكيم متعدد الاطراف ، اما المستفيد فعادة ما يحرص على بقاء علاقته مع المصرف الضامن مستقلة وبعيدة عن العميل الأمر . وكذلك الامر بالنسبة للمصرف الضامن الاصلي والمصرف الضامن المقابل ، فمن مصلحتهما الابقاء على العلاقة القائمة بينهما بعيداً عن تدخل العميل الأمر (٣٣) .

لكل ما تقدم ، يمكن القول ان اللجوء الى التحكيم متعدد الاطراف يحقق فوائد عملية تتجسد في تجنب صدور احكام متعارضة وتوفير الوقت والجهد والنفقات التي يتكبدها اطراف النزاع . ورغم ذلك ، يبدو من النادر ، في الحياة العملية والتجارية ، لجوء اطراف خطاب الضمان الى التحكيم متعدد الاطراف لرغبتهم في بناء علاقاتهم بعيداً عن تدخل العميل الأمر.

المبحث الثاني

اثر حكم التحكيم على خطاب الضمان

يتمتع خطاب الضمان باستقلال تام عن عقد الاساس الذي كان سبباً لأصداره ، ويؤدي هذا الاستقلال الى عدم جواز تمسك العميل الأمر بأي دفع ناشيء عن عقد الاساس في مواجهة المصرف لمنعه من صرف قيمة الخطاب الى المستفيد . فبطلان عقد الاساس ، أو فسخه ، أو تنفيذ العميل الأمر جميع التزاماته المتولدة عن عقد الاساس دون ان يقابله المستفيد من جانبه بتنفيذ التزاماته ، لاتصلح جميعها كأسباب أو دفعات يمكن ان يتمسك بها العميل الأمر لمنع المصرف من الوفاء بقيمة الخطاب .

ويرى البعض ^(٣٤) بأن في الوضع المذكور محاباة للمستفيد على حساب العميل الأمر ، واختلال في توازن العلاقة العقدية بسبب خطاب الضمان .

والواقع من الامر ، فإن ذاتية واستقلال خطاب الضمان عن عقد الاساس لا يبدو - حسب تقديرنا - امراً غريباً عن العميل الأمر . اذ ان الأخير يكون على علم مسبق بالآلية القانونية لخطاب الضمان قبل الموافقة عليه . لذلك فإن خضوع العميل الأمر للنظام القانوني لهذه العملية المصرفية يؤدي ، بطبيعة الحال ، الى خضوعه الى كافة الاحكام والنتائج المترتبة عنه . ولعل اهم تلك الاحكام والنتائج هو استقلال خطاب الضمان عن عقد الاساس وعدم جواز الاحتجاج بدفع ناشئة عن عقد الاساس لمنع المصرف عن اداء قيمة خطاب الضمان الى المستفيد .

بالاضافة لما تقدم ، يذهب البعض ^(٣٥) - بحق - الى أن الحماية والمحابة التي يحققها مبدأ استقلال خطاب الضمان للمستفيد هي حماية وقتية . فحتى في حالة حصوله على قيمة خطاب الضمان بغير وجه حق فإن العميل الأمر يستطيع الرجوع اليه استناداً الى الاحكام الخاصة بعقد الاساس لأسترداد ما قبضه .

لذلك ، يبدو أن الانتقادات الموجهة الى النتائج التي يولدها مبدأ الاستقلال بين خطاب الضمان وعقد الاساس لها بُعد سياسي اكثر منه قانوني . أذ غالباً ما يكون العميل الأمر هو احد دول العالم المتقدم ، في حين يكون المستفيد هو احد دول العالم النامي . لذلك تم الربط بين الحكم التحكيمي بحد ذاته وحق المستفيد من المطالبة بقيمة الضمان . ويتحقق ذلك في الواقع ، اما من خلال اشتراط تقديم الحكم التحكيمي كمستند مرفق بطلب صرف قيمة الخطاب أو ما يسمى طلب تسهيل الخطاب . او من خلال السماح للعميل الأمر بالتمسك بحكم تحكيمي صادر في تاريخ سابق على طلب تسهيل الخطاب ، وذلك في نزاع قائم بينه وبين المستفيد ناجم عن عقد الاساس ، أو صادر

في تاريخ لاحق على طلب تسهيل الخطاب شريطة ان يكون هذا الحكم التحكيمي صادراً لمصلحته ، أي دليلاً على غش المستفيد وعدم احقيته .

لكل ما تقدم ، فأنا سنقسم هذا المبحث الى مطلبين نتناول في الاول اثر حكم التحكيم كمستند لتسهيل خطاب الضمان ونبحث في الثاني اثر حكم التحكيم الصادر ضد المستفيد قبل المطالبة بالخطاب او بعد المطالبة بالخطاب .

المطلب الاول

حكم التحكيم كمستند لتسهيل خطاب الضمان

عادةً ما يحدد العميل الأمر للمصرف شروط الوفاء بقيمة الخطاب الى المستفيد منذ تقدمه - العميل الأمر - الى المصرف مطالباً بأصدار خطاب ضمان لمصلحة المستفيد. وغالباً ما تتعلق تلك الشروط بمبلغ الخطاب ومدة الوفاء . الا ان العميل الأمر قد يدرج شرطاً يقضي بوجوب قيام المستفيد بتقديم حكم تحكيمي لصالحه في مواجهة العميل الأمر بشأن نزاع ناجم عن عقد الاساس .

وبتعبير آخر ، يكون التزام المصرف بدفع قيمة الضمان مشروطاً بقيام المستفيد بتقديم حكم تحكيمي يثبت حقه في مواجهة العميل الأمر في نزاع ناشب بينها بسبب عقد الاساس ، ويطلق بعض الفقه على خطاب الضمان ، في الفرض المذكور ، خطاب الضمان المستندي^(٣٦) . فما هي الاحكام الخاصة بأشتراط تقديم الحكم التحكيمي كمستند لتسهيل او صرف خطاب الضمان ، وماهي سلطات المصرف تجاه هذا الحكم التحكيمي الذي هو ليس بطرف فيه .

الفرع الاول

احكام اشتراط تقديم حكم التحكيم لتسهيل خطاب الضمان

ان قيام العميل الأمر بأشتراط تقديم المستفيد حكم تحكيمي الى المصرف يثبت احقيته في مواجهة العميل الأمر لتسهيل أو صرف قيمة الخطاب اليه يرتب مجموعة من الآثار المتميزة ، لعل أهمها :

١ - أن هذا الحكم التحكيمي المشروط تقديمه يصدر في نزاع بين العميل الأمر والمستفيد ناشيء عن عقد الاساس . لذلك فإنه لايجوز الاعتماد من قبل المستفيد على حكم تحكيمي صادر لصالحه في نزاع بينه وبين المصرف على اثر قيام المصرف برفض الوفاء بقيمة الضمان لأسباب تخص العلاقة بين المصرف والمستفيد^(٣٧) .

٢ - على المستفيد تقديم الحكم التحكيمي الى المصرف مع طلب تسهيل خطاب الضمان وليس بعد تقديم ذلك الطلب . اذ ان تقديم الحكم المذكور يعد شرطاً لازماً لقيام المصرف بتنفيذ التزامه في مواجهة المستفيد وصرف قيمة الضمان اليه^(٣٨) .

٣ - لا يتمتع الحكم التحكيمي المشروط بتقديمه بقوة الزامية بالنسبة الى المصرف الضامن . بعبارة اخرى ، فإن الحكم ليس صادراً ضد المصرف ولا يتضمن معنى الزام المصرف بتسهيل قيمة خطاب الضمان ، بل انه يقدم اليه كمستند تنفيذاً للشرط المدرج من قبل العميل الامر . عليه ، فإن الحكم التحكيمي ، في هذا الفرض ، انما يتمتع بقوة اثبات فقط امام المصرف أي اثبات حق المستفيد في مواجهة العميل الامر^(٣٩) .

٤ - ان الحكم التحكيمي يجب ان يصدر لمصلحة المستفيد ، أي ان يثبت قيام مسؤولية العميل الامر في مواجهة المستفيد ، بعبارة اخرى ، فإن الحكم المذكور يجب ان يثبت ان المستفيد دائن للعميل الامر بموجب علاقة الاساس . وبذلك فإن الحكم بعد دليل اثبات لحق المستفيد في قيمة خطاب الضمان^(٤٠) .

الفرع الثاني

سلطات المصرف الضامن بالنسبة الى حكم التحكيم

ان حكم التحكيم الصادر لمصلحة المستفيد انما يقيم قرينة على ثبوت حق المستفيد في قيمة الخطاب . ويتوجب على المصرف ، عند تقديم الحكم المذكور ، المبادرة الى ايفاء تلك القيمة الى المستفيد . وعندئذ ، فإن للمصرف سلطات وصلاحيات تتجسد بما يأتي :

١ - من الأفضل بالنسبة للمصرف ان يقوم بفحص الحكم التحكيمي المقدم اليه من قبل المستفيد مع طلب التسهيل لمعرفة فحواه ومدلولاته . وتجدر الاشارة ، هنا الى ان حكم التحكيم كمستند يجب تقديمه لصرف قيمة الخطاب الى المستفيد قد يثبت حق المستفيد بشكل مباشر وواضح لاليس فيه أو غموض . كأن يقضي الحكم التحكيمي بأن العميل الامر قد أخل بالتزاماته الناشئة عن عقد الاساس لمصلحة المستفيد ، وبالتالي لاجدال في ثبوت الحق للمستفيد في المطالبة بقيمة خطاب الضمان . ويستطيع المصرف استخلاص تلك الحقيقة بمجرد الاطلاع على الحكم التحكيمي لوضوح عباراته وقطعيتها في ثبوت حق للمستفيد في مواجهة العميل الامر . بعبارة اخرى ، فإن المصرف ، في الفرض المتقدم ، لا يكون بحاجة الى الخوض في عبارات الحكم والفاظه ومصطلحاته وتفسيرها لمعرفة من هو الطرف الذي صدر الحكم لمصلحته ، هل هو المستفيد ؟ ام العميل الامر ؟

اما اذا كانت العبارات التي حرر بها الحكم التحكيمي تحتاج الى الخوض في تفسيرها وتدقيقها للتعرف على مدى حق المستفيد امام العميل الأمر ، فأن من صلاحية المصرف ان يقوم برفض الحكم التحكيمي . اذ ان فحص الحكم للتعرف على صاحب الحق بموجبه لن يكون سهلاً ، وسيضطر المصرف في الفرض المتقدم الى تفسير عباراته وقد يؤدي ذلك الى استخلاص نتائج لم يقصدها الحكم^(٤١).

٢ - يكون للمصرف الامتناع عن صرف قيمة الضمان للمستفيد حتى اكتساب الحكم التحكيمي الدرجة القطعية . اذ يجب ان يكون الحكم التحكيمي نهائياً وباتاً بأن يكون قد استنفذ طرق الطعن القانونية لاسيما في الدول التي لا يكون الحكم التحكيمي - وفقاً لنظامها القانوني - نهائياً منذ صدوره ، ومنها العراق . اذ ان القرار التحكيمي وفقاً لقانون المرافعات المدنية العراقي لا يكون نهائياً منذ صدوره . وبهذا الصدد تلزم المادة (٢٧) هيئة التحكيم بتسليم نسخة من القرار التحكيمي مع اتفاق التحكيم الى المحكمة المختصة بنظر النزاع خلال ثلاثة ايام التالية لصدوره ، كما ان دوائر التنفيذ لاتقوم بتنفيذ القرار التحكيمي الا بعد المصادقة عليه من قبل المحكمة المختصة بنظر النزاع وفقاً لنص م (٢٧٢) من قانون المرافعات المدنية ، وتجيز م (٢٧٣) للمحكمة ان تبطل القرار التحكيمي في الحالات الاتية :

أ - اذا كان قد صدر بغير بيئة تحريرية (أي لم يكن مكتوباً) أو بناءً على اتفاق باطل أو اذا تضمن خروجاً على حدود الاتفاق.

ب - اذا خالف قواعد النظام العام والاداب العامة او قاعدة من قواعد التحكيم المبينة في قانون المرافعات .

ج - اذا تحقق سبب من الاسباب التي تجيز اعادة المحاكمة^(٤٢) .

د - اذا وقع خطأ جوهري في القرار التحكيمي أو في الاجراءات التي لها تأثير في صحة القرار .

كما تجيز م (٢٧٤) للمحكمة المختصة بنظر النزاع ان تبطل القرار التحكيمي كلاً أو بعضاً ولها ان تعيده الى المحكمين لاصلاح ما شابه من خلل أو أن تفصل بالنزاع من تلقاء نفسها . وعندئذ يكون الحكم الذي تصدره المحكمة غير قابل للاعتراض عليه بل يقبل الطعن بالطرق الاخرى المقررة في القانون وهي الاستئناف واعادة المحاكمة والتمييز وتصحيح القرار التمييزي واعتراض الغير^(٤٣) .

عليه فأن من الافضل للمصرف الانتظار لحين صيرورة الحكم التحكيمي نهائياً - وفق ما تقدم - بغية القيام بصرف قيمة خطاب الضمان لصالح المستفيد .

اما وفقاً لقانون التحكيم المصري رقم ٢٧ لسنة ١٩٩٤ فإن حكم التحكيم يكون نهائياً منذ صدوره وغير قابل للطعن به بطرق الطعن العادية وفقاً للمادة (٥٥) منه^(٤٤) ، وان كان يجوز الطعن به بالبطالان ، الا ان هذا الطعن لا يؤثر على قيام المصرف بتسييل خطاب الضمان لمصلحة المستفيد .

ولابد من القول بأن اشتراط صيرورة الحكم نهائياً من خلال السماح بالطعن بالقرار التحكيمي بطرق الطعن العادية يؤدي - حسب تقديرنا - الى تعطيل المهمة التي أريد للحكم التحكيمي القيام بها ، وسيفقده - دون شك - فعاليته لاسيما في الفرض الذي يكون فيه العميل الامر سيء النية .

اذ ان انتظار فوات مواعيد الطعن من اجل صيرورة الحكم نهائياً وتوافر سوء النية من جانب العميل الأمر سيفرغ حكم التحكيم من مضمونه ويحوله الى عقبة كبرى تقف في طريق المستفيد لمطالبة المصرف بصرف قيمة خطاب الضمان اليه .

ولكن ما الحكم اذا قام المصرف بصرف قيمة خطاب الضمان الى المستفيد ، ثم قام العميل الأمر - فيما بعد - بالطعن بالحكم التحكيمي الصادر ضده بالطرق المقررة قانوناً؟

الواقع من الأمر ، فإن العميل الأمر اذا تمكن من الحصول على حكم قضائي بالغاء الحكم التحكيمي أو بطلانه فلا يجوز له الرجوع على المصرف بما يكون قد اداه الى المستفيد من قيمة خطاب الضمان ، بل ان كل ما يستطيع عمله ، في الفرض المتقدم ، هو الرجوع الى المستفيد لاسترداد ما قبضه من المصرف وذلك تطبيقاً لمبدأ نسبية اثر الحكم الصادر في الطعن المقدم في حكم التحكيم^(٤٥) .

المطلب الثاني

اثر حكم التحكيم الصادر ضد المستفيد

ان اثر حكم التحكيم الصادر ضد المستفيد يختلف بحسب ما اذا صدر الحكم قبل مطالبة المستفيد المصرف بأداء خطاب الضمان اليه أو بعد تلك المطالبة.

الفرع الاولصدور حكم التحكيم قبل الوفاء بقيمة الخطاب

قد يحصل ، احياناً ان يصدر حكم تحكيمي في نزاع قائم بين المستفيد والعميل الأمر ناتج عن عقد الاساس وفقاً لوجود اتفاق سابق بينهما يقضي بأحالة جميع ما ينشأ من خلافات أو نزاعات عن عقد الاساس الى التحكيم للفصل فيها .

ومن المتصور ان يتضمن الحكم التحكيمي المذكور تنفيذ أي حق للمستفيد في مواجهة العميل الأمر نظراً لقيام هذا الأخير بتنفيذ التزاماته التعاقدية . فأذا صدر الحكم المذكور قبل توجه المستفيد الى المصرف مطالباً بأداء قيمة الضمان اليه ^(٤٦) ، فإن ثمة تساؤل قد يتبادر الى الذهن حول مدى إمكانية استفادة العميل الأمر من هذا الحكم التحكيمي الصادر لصالحه لمنع المصرف من الوفاء بقيمة الخطاب الى المستفيد ؟

بدءً ، لا بد من القول بأنه تأسيساً على ان المصرف لم يكن طرفاً في الحكم التحكيمي المذكور ، فإنه ، لا يمكن للعميل الأمر التمسك به في مواجهة المصرف وفقاً لمبدأ نسبية اثر الاحكام . بعبارة اخرى ، فإن القوة الالزامية للحكم لاتسري الا على اطرافه (الحكم لايلزم الا اطرافه) ، وهم العميل الأمر والمستفيد ، لذلك ، لاعلاقة للمصرف بهذا الحكم فلا يرتب له حقوقاً او يحمله بالتزامات معينة ^(٤٧) .

الا ان الحكم التحكيمي يتمتع بالاضافة الى القوة الالزامية القاصرة على اطرافه بقوة اخرى تسمى القوة الثبوتية . ويتمتع الحكم التحكيمي بهذه القوة في مواجهة الجميع . ويقصد بالقوة الثبوتية للحكم التحكيمي ان الحكم يعتبر دليلاً على ثبوت حصول واقعة معينة أو عدم حصولها . ويكون الحكم حجة على الكافة فيما يتعلق بقوته الثبوتية ^(٤٨) .

بناءً على ما تقدم ، فإن للعميل الأمر الاحتجاج بالقوة الثبوتية للحكم التحكيمي الصادر لصالحه لمنع المصرف عن اداء قيمة خطاب الضمان الى المستفيد ، وذلك على اعتبار ان الحكم المذكور قد صدر ضد المستفيد واثبت انعدام أي حق لهذا الأخير لدى العميل الأمر . عليه ، فإن مطالبة المستفيد المصرف بأداء قيمة الخطاب اليه ، في الفرض المذكور ، ستتطوي على سوء نية أو غش من جانبه .

ولايفوتنا ان نذكر بان الحكم التحكيمي الذي يمكن أن يستند اليه العميل الأمر في مواجهة المصرف بما له من قوة ثبوتية يجب ان يكون نهائياً وفق ما سبق ذكره ^(٤٩) .

أما في حالة الضمان المقابل - حيث يقدم طلب الوفاء بقيمة الخطاب من قبل المستفيد الى المصرف الضامن الاصلي فيقوم الأخير بأداء تلك القيمة اليه ، ويرجع بدوره على المصرف الضامن المقابل بقيمة ما دفعه للمستفيد - فنكون امام طلبين للوفاء بقيمة الخطاب : الاول موجه من المستفيد الى المصرف الضامن الاصلي ، والثاني موجه من المصرف الضامن الاصلي الى المصرف الضامن المقابل .

فبالنسبة للطلب الاول عادةً ما يقوم المصرف الضامن الاصلي بالوفاء بقيمة الخطاب الى المستفيد ، دون بحث عن توافر او عدم توافر غش المستفيد ، اذ ان - المصرف الضامن الاصلي - مطمئن الى انه سيرجع بمبلغ الضمان على المصرف الضامن المقابل.

اما بالنسبة للطلب الثاني فإنه يثير التساؤل عن مدى امكانية قيام العميل الأمر بالاعتراض لدى المصرف الضامن المقابل ومنعه من الوفاء بقيمة الخطاب الى المصرف الضامن الاصلي مستنداً الى صدور غش من المستفيد أو سوء نية عند مطالبة المصرف الضامن الاصلي بأداء قيمة الضمان رغم صدور حكم تحكيمي ضده ينفي وجود أي حق له في ذمة العميل الامر ، مما يفند بالتالي - حقه في قيمة خطاب الضمان .

يذهب جانب من الفقه (٥٠) الى ان للمصرف المقابل الامتناع عن اداء قيمة الخطاب الى المصرف الضامن الاصلي في حالة وجود تواطؤ من هذا الأخير مع المستفيد . أي ان يكون المصرف الضامن الاصلي على علم ودراية تأمين بأن طلب المستفيد بأداء قيمة الضمان ينطوي على غش من خلال معرفته بوجود حكم تحكيمي بات صادر لمصلحة العميل الامر ضد المستفيد ويجب ان يتوافر هذا العلم بوجود الغش في وقت تقديم طلبه الى المصرف الضامن المقابل لاداء قيمة ما داه للمستفيد .

الا ان اثبات التواطؤ يبدو صعباً من الناحية العملية . اذ تتسم احكام التحكيم بالسرية، عموماً ، كما لا توجد علاقة مباشرة عادة بين العميل الامر والمصرف الضامن الاصلي ، فيكون من غير المتصور قيام العميل الأمر بأخطار المصرف الضامن الاصلي بصور حكم تحكيمي لصالحه ضد المستفيد .

لكل ما تقدم ، يبدو من الصعوبة بمكان تقبل فكرة اثبات وجود التواطؤ بين المستفيد والمصرف الضامن الاصلي من الناحية العملية . لذلك ، يلتزم المصرف الضامن المقابل بأداء قيمة الضمان الى المصرف الضامن الاصلي ، ولا يبقى امام العميل الامر سوى الرجوع بقيمة الضمان على المستفيد على اساس الكسب دون سبب (٥١) .

الفرع الثاني

صدور حكم التحكيم بعد الوفاء بقيمة الخطاب

لاشك ان من أهم النتائج التي تترتب على استقلال خطاب الضمان عن عقد الاساس هو قدرة المستفيد على الحصول على قيمة الخطاب من المصرف الضامن عند اول مطالبة ، بصرف النظر عن طبيعة العلاقة بين العميل الأمر والمستفيد . بعبارة اخرى، فإن المستفيد لا يكون ملزماً بأثبات ان العميل الأمر مدين له بسبب عقد الاساس لكي يحصل على قيمة الخطاب المفتوح لمصلحته من المصرف الضامن . اما العميل الأمر، فإنه ان اراد الاعتراض على الوفاء بالخطاب لا يكون امامه سوى اقامة الدعوى ضد المستفيد لاسترداد ما قبضه دون وجه حق . وعندئذ يكون العميل الأمر هو المدعي الذي يقع عليه عبء الاثبات الاكبر . اما المستفيد فهو المدعى عليه (٥٢) .

وفي حالة صدور حكم تحكيمي لصالح العميل الأمر في نزاع قائم بينه وبين المستفيد متعلق بعقد الاساس المبرم بينهما والذي كان سبباً في اصدار خطاب الضمان ، و ثم صدور ذلك الحكم بعد حصول المستفيد على قيمة الخطاب من المصرف ، فإن مهمة العميل الأمر في اثبات حقه في مواجهة المستفيد تصبح اكثر يسراً وسهولة . اذ سيكون هذا الحكم قاطعاً في الدلالة على ان العميل الأمر قد نفذ كافة التزاماته التعاقدية وانه لم يعد مديناً للمستفيد بل ان العميل الأمر يستطيع ان يتمسك في مواجهة المستفيد بالقوة الالزامية التي يتمتع بها الحكم الصادر لمصلحته ، لأن المستفيد طرف في هذا الحكم .

ان الوضع المتقدم سيؤدي ، دون شك ، الى اعادة العلاقات العقدية بين العميل الأمر والمستفيد ، من خلال الربط بين مسؤولية المستفيد عن رد قيمة خطاب الضمان التي تسلمها من المصرف الضامن وبين كون العميل الأمر لم يعد مديناً للمستفيد بسبب عقد الاساس (٥٣) .

وتجدر الاشارة الى ان ثمة ميزة اخرى يحققها اللجوء الى التحكيم في المنازعات المرتبطة بخطابات الضمان المصرفية لاسيما في حالة صدور الحكم التحكيمي لصالح العميل الأمر . اذ ان المستفيد غالباً ما يكون من رعايا دولة اخرى او مقيماً في الخارج ، وفي حالة عدم وجود اتفاق بين الطرفين لأحالة النزاعات التي قد تنشأ بينهما الى التحكيم ، فإن العميل الأمر سيكون مضطراً للتوجه الى القضاء الوطني لدولة المستفيد لمقاضاته . ولاشك في ان الوضع المتقدم سينطوي على مخاطر وسلبات كثيرة بالنسبة الى العميل الأمر لعل اهمها عدم ضمان حياد القضاء الوطني لدولة المستفيد في مواجهة العميل الأمر الذي سيكون اجنبياً وليس وطنياً ، وتأثر القضاء الوطني لدولة المستفيد بالظروف الاقتصادية المحلية (٥٤) . هذا بالاضافة الى ما يثيره الانتقال الى دولة المستفيد واقامة الدعوى امام قضاءها من تكبد للوقت والجهد والنفقات بالنسبة للعميل الأمر .

لكل ما تقدم ، يبدو من الافضل لجوء المتعاملين في ميدان التجارة الدولية الى الاتفاق على اللجوء الى التحكيم لفض ما قد ينشب بينهم من نزاعات بسبب تنفيذ عقودهم ، اذ يتسم التحكيم الدولي بالحياد وبكونه يراعي دائماً المبادئ والاعراف السائدة في ميدان التعامل التجاري الدولي.

الخاتمة

لايزال موضوع التحكيم يثير العديد من الصعوبات والمشاكل وذلك لاختلاف طبيعة وماهية المشاكل والتساؤلات القانونية التي يثيرها باختلاف نوع المنازعات التي يرغب الاطراف حلها بوساطته . ولعل من ابرز المنازعات التي تثير مشاكل متعددة هي المنازعات الناجمة عن العمليات المصرفية ومن ابرزها خطاب الضمان . وقد تم التوصل من خلال دراسة موضوع اثر التحكيم على خطاب الضمان الى جملة نتائج ، كما خرجنا بمجموعة من التوصيات والمقترحات التي نرى من الضروري الأخذ بها :

أولاً : النتائج : وتتجسد اهم نتائج البحث بما يأتي:

١ - ان ادراج شرط التحكيم في عقد الاساس لا يؤدي الى اعطاء الحق للعميل الأمر للاحتجاج بالشرط المذكور في العلاقة الناجمة عن خطاب الضمان ، وهي العلاقة بين المصرف الضامن والمستفيد ، وذلك للاستقلال التام بين عقد الاساس وخطاب الضمان وجميع ما ينجم عنهما من علاقات . لذلك ، لايجوز للعميل الأمر التمسك بأي دفع ناشيء عن عقد الاساس للتأثير على التزام المصرف بأداء قيمة الضمان الى المستفيد أو على حق المستفيد في المطالبة بتلك القيمة .

٢ - ان ادراج شرط التحكيم في عقد الاساس يؤدي فيما يتعلق بالتزام المصرف بأداء قيمة الضمان الى المستفيد الى تجميد تلك القيمة تحت يد المصرف متى نجح العميل الأمر في اثبات غش المستفيد أو سوء نيته في المطالبة بقيمة الضمان . وتعد محكمة البداية هي صاحبة الاختصاص في النظر بطلب التجميد باعتبار ان الطلب المذكور من الامور المستعجلة التي يخاف على ضياع الحق فيها ، وتتنظر محكمة البداية في الطلب المذكور بدرجة اخيرة .

٣ - يترتب على تقرير الاستقلال التام بين شرط التحكيم وعقد الاساس الاعتراف للمستفيد بمكنة الحصول على قيمة الضمان من المصرف الضامن عند اول مطالبة ، الا ان ما تقدم لايعني ثبوت حق ملكية خالص للمستفيد على قيمة الخطاب ، اذ انه يبقى ملتزماً بردها الى العميل الأمر حتى يثبت عدم وجود أي حق له على تلك القيمة في مواجهة العميل الأمر .

٤ - ان اثر ادراج شرط التحكيم في عقد الضمان بالنسبة الى التزام المصرف باداء قيمة الضمان الى المستفيد يختلف بحسب ما اذا تم الاتفاق على التحكيم قبل نشوء النزاع بين المصرف والمستفيد او بعد ذلك .

ففي حالة الاتفاق على اللجوء الى التحكيم قبل نشوء النزاع يبقى المصرف ملتزماً بأداء قيمة الضمان الى المستفيد عند اول مطالبة لأن القول بخلاف ذلك سيجعل المصرف يغير الخطاب بأرادته المنفردة من خطاب غير مشروط الى خطاب مشروط بتقديم المستفيد حكم تحكيمي لصالحه ، وهذا غير جائز .

اما في حالة الاتفاق على اللجوء الى التحكيم بعد نشوء النزاع فيتعين على المصرف الامتناع عن صرف قيمة الضمان الى المستفيد حتى حصول الاخير على حكم تحكيمي لصالحه.

٥ - ينحصر اثر شرط التحكيم في حالة الضمان المقابل في العلاقة بين المصرف الضامن الاصلي والمصرف الضامن المقابل ، لانهما من قام بأدراج الشرط المذكور لحل النزاعات الناجمة بينهما بسبب حالة الضمان المقابل . وتطبيقاً لمبدأ نسبية اثر شرط التحكيم، لايمتد اثر الشرط المذكور الى العميل الأمر أو المستفيد ، لأن عقد الضمان المقابل المتضمن لشرط التحكيم هو عقد مبرم بيم المصرف الضامن الاصلي (مصرف المستفيد) والمصرف الضامن المقابل (مصرف العميل الأمر) .

٦ - يبدو من النادر في الحياة التجارية ، لجوء اطراف خطاب الضمان الى تفعيل نمط خاص من التحكيم يسمى بالتحكيم متعدد الاطراف ، اذ يؤدي تفعيل النمط المذكور من التحكيم الى ادخال العميل الأمر في خضم العلاقات المتشابكة للتحكيم متعدد الاطراف . والواقع من الأمر ، فأن المستفيد يرغب دائماً في بقاء علاقته مع المصرف الضامن بعيدة عن تدخل العميل الأمر ، وكذلك المصرف الضامن الاصلي يفضل بقاء علاقته مع المصرف الضامن المقابل بعيدة عن تدخل العميل الأمر .

٧ - قد يشترط العميل الأمر قيام المستفيد بتقديم حكم تحكيمي بات ونهائي لمصلحته من اجل تسهيل قيمة خطاب الضمان ، أي ادائها اليه من بل المصرف الضامن . وعندئذ يجب ان يكون حكم التحكيم فاصلاً في نزاع قائم بين العميل الأمر والمستفيد . ناشب عن عقد الاساس ، كما يلتزم المستفيد بتقديم هذا الحكم الى المصرف مع طلب تسهيل الخطاب وليس بعد تقديم ذلك الطلب . الا ان الحكم التحكيمي المشروط تقديمه في هذا الفرض لا يتمتع بقوة الزامية بالنسبة للمصرف الضامن لانه ليس طرف فيه ، الا انه يتمتع بقوة اثبات لحق المستفيد في مواجهة العميل الأمر امام المصرف .

ثانيا : المقترحات :

اما المقترحات والتوصيات فنرى ضرورة توجيه بعضها الى المتعاملين في الميدان التجاري والبعض الاخر الى المؤسسات المصرفية وكذلك الى المشرع العراقي وكالاتي :

١ - نرى ضرورة ان يلجأ الاطراف الى هيئة التحكيم المختصة بنظر النزاع وفقاً لشرط التحكيم في حالة نشوب نزاع بين العميل الأمر والمستفيد بشأن مدى أحقية المستفيد بمبلغ الضمان الذي تسلمه من المصرف ، وعدم عرض النزاع المذكور على قضاء الدولة أو على هيئة تحكيمية أخرى ، وذلك لان طرح النزاعات التي تربط بينها علاقة وثيقة امام جهة واحدة من شأنه تجنب اصدار احكام متعارضة .

٢ - يبدو من الافضل للمصرف ان يقوم بفحص فحوى ومضمون الحكم التحكيمي المقدم اليه من قبل المستفيد مع طلب تسييل قيمة الخطاب وفهمه واستيعابه جيداً . اذ ان الحكم المذكور قد يتضمن عبارات واضحة الدلالة بشأن اثبات حق المستفيد في مواجهة العميل الأمر وعندئذ ، يبدو ان لا اشكال في الامر . اما في حالة كون العبارات التي يحرر بها الحكم التحكيمي غير واضحة المغزى والدلالة فيجدر بالمصرف ان يقوم برفض الحكم التحكيمي وعدم الأخذ به ، لأن فحص الحكم المذكور للتعرف على هوية صاحب الحق بموجبه سيدخل المصرف في مناهة التفسير واستنباط الاحكام وهي مهام بعيدة عنه كل البعد .

٣ - كما نرى انه حان الوقت ولامجال لمزيد من التأخير للمشرع لأصدار قانون خاص بالتحكيم التجاري الدولي مستتيماً باحدث الآراء الفقهية والعملية في ميدان التجارة الدولية . وكذلك بأحكام القانون النموذجي للتحكيم التجاري الدولي للجنة الامم المتحدة لقانون التجارة الدولية (اليونيسترال) الذي تم اعتماده في عام ١٩٨٥ . وقانون التحكيم في المواد المدنية والتجارية المصري رقم (٢٧) لسنة ١٩٩٤ المعدل بالقانون رقم (٩) لسنة ١٩٩٧ وذلك للاحكام التفصيلية والدقيقة التي تضمنها وعلى نحو يتناغم وينسجم مع متطلبات التجارة الدولية وذلك عوضاً عن الاكتفاء بست وعشرين مادة في قانون المرافعات المدنية النافذ التي تم من خلالها تنظيم موضوع التحكيم بشكل مقتضب ومختزل الى حد كبير مما جعلها قاصرة على الاستجابة لحل جميع المشكلات والتساؤلات القانونية التي يثيرها موضوع التحكيم لاسيما على صعيد المنازعات التجارية الدولية .

الهوامش

- ١- ومن تلك الضمانات ايضا الكفالة المصرفية والاعتماد المستندي.
- ٢- انظر م (٢٨٧) من قانون التجارة العراقي رقم ٣٠ لسنة ١٩٨٤.
- ٣- يقصد بعقد الاساس ذلك العقد الذي نشأ خطاب الضمان بسببه ، وهو عقد مبرم بين العميل الأمر والمستفيد من الضمان وتختلف تسميته من حالة الى اخرى . فقد يكون عقد بيع دولي يكون فيه العميل الأمر مشترياً والمستفيد بائعاً . كما قد يكون عقد نقل تكنولوجيا يكون فيه العميل الأمر مستورداً للتكنولوجيا ، ويكون فيه المستفيد مورداً لها . أو قد يكون عقد بناء مصنع ، أو عقد انشاء دولي أو عقداً من عقود الاشغال (كعقود التنقيب عن النفط والمعادن الاخرى) أو عقد تجهيز دولي .
- 4-V.Bertrand Chambreuil , Arbitrage international et garanties bancaires , Rev,arb,1991,p.33.
- انظر كذلك : ماجد محمد تقي ، خطابات الضمان ، محاضرات القيت على متربي مصرف الشرط الاوسط للاستثمار ، بغداد ، ١٩٩٨ ، ص٧.
- 5-J.Robert et B.MOREAU, larbitrage ,endroit interneet et droit international prive,1983,p.102.
- انظر كذلك : د. هدى محمد عبد الرحمن ، دور المحكم في خصومة التحكيم وحدود صلاحياته ، دار النهضة العربية ، القاهرة ، ١٩٩٧ ، ص٧٥ . د. رضا السيد عبد الحميد ، عمليات البنوك ، دار النهضة العربية ، القاهرة ، ١٩٩٢ ، ص١١٤ . أ. محمد طاهر العشري ، خطابات الضمان ، معهد الدراسات المصرفية ، القاهرة ، ١٩٧١ ، ص٦٧ .
- ٦-د. احمد الزيادات ، د. ابراهيم العموش ، الوجيز في التشريعات التجارية الاردنية ، دار وائل للنشر ، ط٢ ، عمان ، ١٩٩٦ ، ص١٤٢ .
- ٧-يقصد بالضمانات المستقلة تلك الضمانات التي لايجوز فيها للضامن التمسك في مواجهة المستفيد منها بالدفع الناشئة عن علاقة الاساس التي تقرر الضمان بمناسبتها، والتي يجوز للمدين التمسك بها في تلك العلاقة . ومن اهم الضمانات المستقلة في ميدان المعاملات المصرفية خطابات الضمان والاعتمادات المستندية . اذ لايجوز للمصرف مصدر خطاب الضمان أو فاتح الاعتماد التخلص من التزامه بأداء قيمة الخطاب أو مبلغ الاعتماد استناداً على دفع مستمدة من علاقة الاساس . فالمصرف يعد مديناً اصيلاً وليس مجرد كفيل . انظر بالتفصيل د. رضا السيد عبد الحميد ، مسائل في التحكيم ، دار النهضة العربية ، القاهرة ، ٢٠٠٠ ، ص٧٣ وما بعدها.
- ٨-انظر د. علي جمال الدين عوض ، خطابات الضمان المصرفية ، دار النهضة العربية ، القاهرة ، ١٩٩١ ، ص٢١٠ . د. محمد نور شحاته ، النشأة الاتفاقية للسلطة القضائية للمحكمن ، دار النهضة العربية ، القاهرة ، ١٩٩٣ ، ص٨٤ .
- ٩- انظر نص م (١٤٢) مدني عراقي ، وتقابلها م (١٥٢) مدني مصري .

- ١٠- انظر د. احمد شرف الدين ، دراسات في التحكيم في منازعات العقود الدولية ، دار النهضة العربية ، القاهرة ، ٢٠٠١ ، ص ٩٧ . د. محمد طاهر العشري ، مصدر سابق ، ص ١٢٢ .
- ١١- انظر J.F. Bourque , le reglement des litiges multipartite dans l'arbitrage commercial international , Poitiers, 1989, p.307. انظر كذلك : د. رضا السيد عبد الحميد ، عمليات البنوك ، مصدر سابق، ص ٢٨٧ .
- ١٢- رضا السيد عبد الحميد ، مسائل في التحكيم، مصدر سابق ، ص ١١٤ .
- ١٣- انظر د. محمد محمود ابراهيم ، الوجيز في المرافعات ، دار الفكر العربي ، القاهرة ، ١٩٨٣ ، ص ٣٥٩ . د. محمد عبد اللطيف ، القضاء المستعجل ، ط ٤ ، القاهرة ، ١٩٧٧ ، ص ٢٩ .
- ١٤- انظر م (٢/٣٤) من قانون المرافعات المدنية العراقي رقم ٨٣ لسنة ١٩٦٩ .
- ١٥- انظر م (٤٩) من قانون المرافعات المصري رقم ١٣ لسنة ١٩٦٨ المعدل .
- ١٦- انظر : د. رضا السيد عبد الحميد ، مسائل في التحكيم ، مصدر سابق، ص ٩٤ .
- ١٧- انظر د. علي سيد قاسم ، نسبية اتفاق التحكيم ، دار النهضة العربية ، القاهرة ، ٢٠٠٠ ، ص ٢٧ وانظر كذلك د. علي جمال الدين عوض ، مصدر سابق ، ص ٢٢٣ . د. رضا السيد عبد الحميد ، مسائل في التحكيم ، مصدر سابق ، ص ٩٦ .
- ١٨- انظر د. ابو زيد رضوان ، الاسس العامة في التحكيم التجاري الدولي ، دار الفكر العربي ، القاهرة ، ١٩٨١ ، ص ١٤٧ .
- ١٩- انظر : Stoufflet , La garantie bancaire á premiere demande Journal de droit international Elunet , 1987, p.284. - ٢٠ : Stoufflet , op.cit, p.285. انظر كذلك د. هدى محمد عبد الرحمن ، مصدر سابق ، ص ٩٦ .
- ٢١- د. حسام عيسى ، التحكيم التجاري الدولي ، القاهرة ، بلا ناشر ، ١٩٨٨ ، ص ٢٢٤ .
- ٢٢- انظر د. حسين الماحي ، التحكيم النظامي في التجارة الدولية ، دار النهضة العربية ، القاهرة ، ٢٠٠٣ ، ص ٩٤ .
- ٢٣- في حين يجوز للمصرف الامتناع عن صرف قيمة خطاب الضمان في حالة صدور غش أو تعسف ظاهر من المستفيد في مواجهة المصرف الضامن نفسه ، انظر بهذا الصدد د. ماجد محمد تقي ، مصدر سابق ، ص ٢٦ وانظر كذلك د. رضا السيد عبد الحميد ، مسائل في التحكيم ، مصدر سابق ، ص ١٠٦ .
- ٢٤- انظر بهذا الصدد نص م (١/١٤٦) مدني عراقي وتقابلها م (١/١٤٧) مدني مصري ، وللتفصيل انظر د. نرمين محمد محمود الصبح ، مبدأ العقد شريعة المتعاقدين والقيود التي ترد عليه في قانون التجارة الدولية ، اطروحة دكتوراه ، كلية الحقوق ، جامعة القاهرة ، ٢٠٠٣ .
- ٢٥- انظر د. احمد مخلوف ، اتفاق التحكيم كأسلوب لتسوية منازعات عقود التجارة الدولية ، دار النهضة العربية ، القاهرة ، ٢٠٠١ ، ص ١٥٢ .

- ٢٦- د. محمود سمير الشرقاوي ، التحكيم في العقود الدولية للانشاءات ، مجلة اتحاد الجامعات العربية ، كلية الحقوق ، جامعة القاهرة ، ع ٣ ، ١٩٩٦ ، ص ١٧ . د. احمد مخلوف ، مصدر سابق ، ص ١٥٨ .
- ٢٧- انظر بالتفصيل د. علي سيد قاسم ، مصدر سابق ، ص ٧٣ .
- ٢٨- د. صبري احمد محسن الذيابات ، اجراءات التحكيم التجاري الدولي ، اطروحة دكتوراه ، كلية الحقوق ، جامعة القاهرة ، ٢٠٠٤ ، ص ٣١٥ .
- ٢٩- انظر : V.Courdappel de paris ,Rev.arb,1989,p.240.
- ٣٠- انظر د. حسن محمد الدينالي ، التحكيم في العلاقات التجارية الدولية ، دار النهضة العربية ، القاهرة ، ٢٠٠٠ ، ص ٢٤٦ . د. سامية راشد ، التحكيم في العلاقات الدولية الخاصة ، الكتاب الاول ، اتفاق التحكيم ، دار النهضة العربية ، القاهرة ، ١٩٨٤ ، ص ٢١٧ .
- ٣١- انظر د.محمود احمد مختار البريري ، محاضرات في التحكيم التجاري الدولي ، دار النهضة العربية ، القاهرة ، ١٩٩٤ ، ص ٩٤ . د. محمد نور شحاته ، مصدر سابق ، ص ٣١٥ .
- ٣٢- لابد من القول بأن طبيعة التحكيم وخصوصيته واختلافه عن القضاء العادي في العديد من اصول التقاضي هو ما يفرض فكرة التحكيم متعدد الاطراف ، اذ تنعدم الحاجة لمثل تلك الفكرة امام القضاء العادي ، لوجود الوسائل التي تكفل تركيز المنازعات الناشئة عن علاقات مرتبطة امام المحكمة ذاتها ، ويتم ذلك اما عن طريق التدخل في الخصومة ، او عن طريق ضم الدعاوى المرتبطة امام قاضي واحد . اما في ميدان التحكيم فلا مجال للتدخل في الخصومة أو ضم الدعاوي المتقابلة بسبب سيادة فكرة سلطان الارادة والطابع الاتفاقي او التعاقدي للتحكيم .
- للمزيد من التفصيل انظر د. عادل محمد خير ، حجية ونفاذ احكام المحكمين واشكالاتها محلياً ودولياً ، ط ١ ، دار النهضة العربية ، القاهرة ، ١٩٩٥ ، ص ٦٣ .
- ٣٣- د. محمد سمير العوا ، التحكيم في الاعمال المصرفية الالكترونية ، مؤتمر الاعمال المصرفية الالكترونية ، جامعة الامارات ، ٢٠٠٣ ، ص ٢٢ .
- ٣٤- انظر ، Y.Poullet ,Les garanties contractuelles dans Le commerce international , D.P.C.I, 1979, p.204.
- ٣٥- د. رضا السيد عبد الحميد ، مسائل في التحكيم ، مصدر سابق ، ص ١٢٠ . وتجدر الاشارة الى ان استقلال خطاب الضمان عن عقد الاساس ليس وضعاً غريباً في الحياة القانونية ، اذ يتمتع الصك بالاستقلالية ذاتها عن علاقة الاساس التي نشأ بسببها.
- ٣٦- انظر : Y.Poullet ,op.cit ,p.223.
- ٣٧- انظر د. عصام الدين القصبي ، النظام القانوني للعمليات المصرفية الدولية (دراسة تطبيقية) ، دار النهضة العربية ، القاهرة ، ١٩٩٣ ، ص ١٩٢ .
- ٣٨- انظر د. محمود الكيلاني ، عمليات البنوك ، الكفالات المصرفية وخطابات الضمان ، ج ١ ، دار الحبيب للنشر والتوزيع ، الاردن ، ١٩٩٢ ، ص ٢١٧ . انظر كذلك د. عصام الدين القصبي ، مصدر سابق ، ص ١٩٤ .

- ٣٩- انظر د. رضا السيد عبد الحميد ، عمليات البنوك ، مصدر سابق ، ص٢٩٤.
- ٤٠- د. رضا السيد عبد الحميد ، عمليات البنوك ، مصدر سابق ، ص٢٩٥ . د. عصام الدين القسبي ، مصدر سابق ، ص١٩٧.
- ٤١- د. شوقي غنام ، المخاطر الناجمة عن الاعتمادات المستندية ، مجموعة محاضرات ، كلية الحقوق ، جامعة عين شمس ، ١٩٩٧ ، ص٦٧.
- ٤٢- والاسباب التي تجيز اعادة المحاكم وفقاً لنص المادة (١٩٦) من قانون المرافعات المدنية العراقية هي : أ- اذا وقع من الخصم الآخر غش في الدعوى كان من شأنه التأثير في الحكم . ب- اذا حصل بعد الحكم اقرار كتابي بتزوير الاوراق التي اسس عليها الحكم أو قضي بتزويرها. ج- اذا كان الحكم قد بني على شهادة شاهد وحكم عليه بشهادة الزور . د- اذا حصل طالب الاعادة بعد الحكم على اوراق منتجة في الدعوى كان خصمه قد حال دون تقديمها .
- ٤٣- للمزيد من التفصيل انظر د. عباس العبودي ، شرح احكام قانون المرافعات المدنية (دراسة مقارنة) ، مطابع وزارة التعليم العالي والبحث العلمي ، جامعة الموصل ، ٢٠٠٠ ، ص٣٥٨-٣٦٠.
- ٤٤- انظر د. رضا السيد عبد الحميد ، مسائل في التحكيم ، مصدر سابق ، ص١٣٥.
- ٤٥- انظر نص م (١/١٧٦) من قانون المرافعات المدنية العراقي ، كذلك انظر د. رضا السيد عبد الحميد ، مسائل في التحكيم ، مصدر سابق ، ص١٣١ . د. عباس العبودي ، مصدر سابق ، ص٤٠٢.
- ٤٦- ولابد من القول بأن هذا الفرض قليل الوقوع من الناحية العملية ، اذ ان المستفيد لا ينتظر عادة صدور مثل هذا الحكم ، بل انه يبادر الى الاسراع في مطالبة المصرف بأداء قيمة الضمان اليه خلال فترة قيام هيئة التحكيم بنظر النزاع.
- ٤٧- د. علي السيد قاسم ، مصدر سابق ، ص١١٤.
- ٤٨- د. رضا السيد عبد الحميد ، مسائل في التحكيم ، مصدر سابق ، ص١٣٦.
- ٤٩- انظر ما سبق ص (١٩-٢٠) من البحث .
- ٥٠- انظر د. عصام الدين القسبي ، خصوصية التحكيم في منازعات الاستثمار ، دار النهضة العربية ، القاهرة ، ١٩٩٣ ، ص٢١٠ . انظر كذلك د. كمال ابراهيم ، التحكيم التجاري الدولي ، ط١ ، دار الفكر العربي ، القاهرة ، ١٩٩١ ، ص١٩٨ . د. صبري الذيابات ، مصدر سابق ، ص٣١٩.
- ٥١- تعالج الكسب دون سبب كمصدر من مصادر الالتزام المواد (٢٣٣-٢٤٤) من القانون المدني العراقي وتقابلها م (١٧٩-١٩٢) من القانون المدني المصري ..
- ٥٢- انظر د. شوقي غنام ، مصدر سابق ، ص١٢٢.
- ٥٣- انظر د. هشام علي صادق ، مدى سلطة المحكمين في اعمال القواعد ذات التطبيق الضروري ، المجلة المصرية للقانون الدولي ، القاهرة ، ١٩٩٤ ، ص١٠٧.
- ٥٤- انظر كذلك J.F.Bourque ,op.cit,p.345.

المصادر

-المصادر باللغة العربية-

اولاً : الكتب

- ١-د. ابو زيد رضوان ، الاسس العامة في التحكيم التجاري الدولي ، دار الفكر العربي ، القاهرة ، ١٩٨١.
- ٢-د. احمد الزيادات ود. ابراهيم العموش ، الوجيز في التشريعات التجارية الاردنية، دار وائل للنشر ، ط٢، عمان، ١٩٩٦.
- ٣- د. احمد شرف الدين ، دراسات في التحكيم في منازعات العقود الدولية ، دار النهضة العربية ، القاهرة ، ٢٠٠١.
- ٤- د. احمد مخلوف ، اتفاق التحكيم كأسلوب لتسوية منازعات عقود التجارة الدولية ، دار النهضة العربية ، القاهرة ، ٢٠٠١ .
- ٥- د. حسام عيسى ، التحكيم التجاري الدولي ، القاهرة ، ١٩٨٨.
- ٦- حسن محمد الدرفالي ، التحكيم في العلاقات التجارية الدولية ، دار النهضة العربية ، القاهرة ، ٢٠٠٠.
- ٧- د. حسين الماحي ، التحكيم النظامي في التجارة الدولية ، دار النهضة العربية ، القاهرة ، ٢٠٠٣.
- ٨-د. رضا السيد عبد الحميد ، عمليات البنوك ، دار النهضة العربية ، القاهرة ، ١٩٩٢.
- ٩- د. رضا السيد عبد الحميد ، مسائل في التحكيم ، دار النهضة العربية ، القاهرة ، ٢٠٠١.
- ١٠- د. سامية راشد ، التحكيم في العلاقات الدولية الخاصة ، الكتاب الاول ، اتفاق التحكيم ، دار النهضة العربية ، القاهرة ، ١٩٨٤.
- ١١- د. شوقي غنام ، المخاطر الناجمة عن الاعتمادات المستندية ، مجموعة محاضرات ، كلية الحقوق ، جامعة عين شمس ، ١٩٩٧.
- ١٢- د. عادل محمد خير ، حجية ونفاذ احكام المحكمين واشكالاتها محلياً ودولياً ، ط١ ، دار النهضة العربية ، القاهرة ، ١٩٩٥.
- ١٣- د. عباس العبودي ، شرح احكام قانون المرافعات المدنية (دراسة مقارنة) ، مطابع وزارة التعليم العالي والبحث العلمي ، جامعة الموصل ، ٢٠٠٠.

- ١٤- د. عصام الدين القصبي ، خصوصية التحكيم في منازعات الاستثمار ، دار النهضة العربية ، القاهرة ، ١٩٩٣ .
- ١٥- عصام الدين القصبي ، النظام القانوني للعمليات المصرفية الدولية (دراسة تطبيقية) ، دار النهضة العربية ، القاهرة ، ١٩٩٣ .
- ١٦- د. علي السيد قاسم ، نسبية اتفاق التحكيم ، دار النهضة العربية ، القاهرة ، ٢٠٠٠ .
- ١٧- د. علي جمال الدين عوض ، خطابات الضمان المصرفية ، دار النهضة العربية ، القاهرة ، ١٩٩١ .
- ١٨- د. كمال ابراهيم ، التحكيم التجاري الدولي ، ط ١ ، دار الفكر العربي ، القاهرة ، ١٩٩١ .
- ١٩- ماجد محمد تقي ، خطابات الضمان ، مجموعة محاضرات ، بغداد ، ١٩٩٨ .
- ٢٠- أ. محمد ظاهر العشري ، خطابات الضمان ، معهد الدراسات المصرفية ، القاهرة ، ١٩٧١ .
- ٢١- د. محمد عبد اللطيف ، القضاء المستعجل ، ط ٤ ، القاهرة ، ١٩٧٧ .
- ٢٢- د. محمد محمود ابراهيم ، الوجيز في المرافعات ، دار الفكر العربي ، القاهرة ، ١٩٨٣ .
- ٢٣- د. محمد نور شحاته ، النشأة الاتفاقية للسلطة القضائية للمحكّمين ، دار النهضة العربية ، القاهرة ، ١٩٩٣ .
- ٢٤- د. محمود احمد مختار البربري ، محاضرات التحكيم التجاري الدولي ، دار النهضة العربية ، القاهرة ، ١٩٩٤ .
- ٢٥- د. محمود الكيلاني ، عمليات البنوك (الكفالات المصرفية وخطابات الضمان) ، ج ١ ، دار الحبيب للنشر والتوزيع ، الاردن ، ١٩٩٢ .
- ٢٦- هدى محمد عبد الرحمن ، دور المحكم في خصومة التحكيم وحدود صلاحياته ، دار النهضة العربية ، القاهرة ، ١٩٩٧ .

ثانياً : الرسائل الجامعية

- ١- صبري احمد محسن الذيابات ، اجراءات التحكيم التجاري الدولي ، اطروحة دكتوراه ، كلية الحقوق ، جامعة القاهرة ، ٢٠٠٤ .
- ٢- نرمين محمد محمود الصبح ، مبدأ العقد شريعة المتعاقدين والقيود التي ترد عليه في قانون التجارة الدولية ، كلية الحقوق ، جامعة القاهرة ، ٢٠٠٤ .

ثالثاً : المجلات

- ١ - د. محمد سمير العوا ، التحكيم في الاعمال المصرفية الالكترونية ، مؤتمر الاعمال المصرفية الالكترونية ، جامعة الامارات ، ٢٠٠٣.
- ٢ - د. محمود سمير الشرقاوي ، التحكيم في العقود الدولية للانشاءات ، مجلة اتحاد الجامعات العربية ، كلية الحقوق ، جامعة القاهرة ، ٣٤ ، ١٩٩٦.
- ٣ - د. هشام علي صادق ، مدى سلطة المحكمين في اعمال القواعد ذات التطبيق الضروي ، المجلة المصرية للقانون الدولي ، القاهرة ، ١٩٩٤.

رابعاً: القوانين

- ١ - القانون المدني العراقي رقم ٤٠ لسنة ١٩٥١.
- ٢ - قانون التجارة العراقي رقم ٦٠ لسنة ١٩٨٤.
- ٣ - قانون المرافعات المدنية العراقي رقم ٨٣ لسنة ١٩٦٩.
- ٤ - القانون المدني المصري رقم ١٣١ لسنة ١٩٤٨.
- ٥ - قانون المرافعات المدنية المصري رقم ١٣ لسنة ١٩٦٨ المعدل.
- ٦ - قانون التحكيم في المواد المدنية والتجارية المصري رقم ٢٧ لسنة ١٩٩٤ المعدل بالقانون رقم ٩٢ لسنة ١٩٩٧.
- ٧ - القانون النموذجي للتحكيم التجاري الدولي للجنة الامم المتحدة لقانون التجارة الدولية (اليونيسترال) ١٩٨٥.

- المصادر الاجنبية

- 1- J.F.Bourque , le reglement des litiges multipartite dans larbitrage commercial international ,poitiers,1989.
- 2-J.Rpbert et B.Moreau ,larbitage ,endroit unternational , prive ,1983.
- 3-Stoufflet ,la gorantie bancaire apremiere demande Journal de droit international ,Elunet ,1987.
- 4-V.Bertrand Chanbreuil , Arbirtage international et garanties bancaires ,Rev, arb,1991.
- 5-Y.Poullet ,les garanties contractuelles dans le canmmmerie international , D.P.C.I,1979.

Summery

Generally, the Arbitration is the best method that judges the commercial cases, and there is a special treatment to Arbitration when the banks give their costumers the bank's guarantee. The most important guarantee is the guarantee premiere demands. We can define it when the costumers say to the bank to obligate to pay some money to another person without any conditions throw will some time which written in the premier.

We divide this scientific research into to parts. The first part we named it the effect of Arbitration condition on the guarantee premier demands. And we research in it the effect of premier demands on the basic contract and on the guarantee of the judgment of Arbitration as a paper to make the money of the guarantee premier demands as free pay it to the customers. We can make more suggestions and more results in this research.

The most important suggestion is it more necessary that the parts of contract must go to the authorities of Arbitration to make end to their commercial cases, generally, and their banks cases, specially.

The Effect of Arbitration in Guarantee Premiere Demands

(Analytical study)

BY

A.P. Aseel Baqir Jasim