أثر التحكيم على نهائية تنفيذ خطاب الضمان المصرفي"

دراسة مقارنة

يوســف حســني الحــر

DOI:10.15849/ZJJLS.250330.01

قانون تجاري، الاردن.
* للمراسلة: yousef.alhor112233@gmail.com

تاريخ استلام البحث:15/12/2024
تاريخ قبول البحث: 17/04/2025

الملخص

إن دراستي لموضوع التحكيم في خطاب الضمان تجعلنا في مواجهة مباشرة لأبرز الإشكالات القانونية التي يثيرها خطاب الضمان المصرفي، وعلى اعتبار أن خطاب الضمان ينفذ بمجرد توافر شروطه ودونما إمكانية المنازعة بأي دفع مستمد من العقد الأصلي، فهل وجود شرط التحكيم يمنح للبنك الضامن من التعرض التلقائي على الوفاء بقيمة خطاب الضمان أو بمعارضة العميل الآمر على تنفيذ الخطاب لوجود شرط التحكيم؟ وقد توصلت الدراسة إلى أن وجود شرط التحكيم يرتب أثراً مهماً مفاده عدم جواز تمسك العميل الآمر أو البنك الضامن بهذا الشرط ما لم يكن البنك طرفاً في هذا الاتفاق طبقاً لمبدأ استقلال التزام البنك في خطاب الضمان المصرفي. الكلمات الدالة: خطاب الضمان، استقلال التزام البنك، التحكيم، حكم التحكيم.

الكلمات الدالة: جريمة الرشوة، جريمة الاختلاس، جريمة غسل الأموال، جرائم الفساد في القطاع الخاص، الكسب غير المشروع.

The Impact of Arbitration on the Finality of the Implementation of the Bank Guarantee Letter: A Comparative study

Yousef Husni AL hur

Commercial Law, Jordan.

*** Crossponding author: yousef.alhor112233@gmail.com**

Recived:15/12/2024

Accepted:17/04/2025

Abstract

The study of the subject of arbitration in the letter of guarantee is considered as the most prominent legal problems raised by the bank letter of guarantee. It also considers that the letter of guarantee is implemented as soon as its conditions are met and without the possibility of disputing any payment derived from the original contract. Does the presence of an arbitration clause grant the guarantor bank from automatic exposure to fulfilling the value of the letter of guarantee or with the client's opposition to implementing the letter because of the arbitration clause? The study concludes that the presence of an arbitration clause in the bank letter of guarantee has an important effect that indicates that it is not permissible for the ordering client or the guarantor bank to adhere to this condition unless the bank is a party to this agreement in accordance with the principle of the independence of the bank's obligation in the bank letter of guarantee.

Keywords: letter of guarantee, independence of the bank's commitment, arbitration, arbitration award.

المقدمة

يعد التحكيم من الوسائل البديلة لتسوية المنازعات التجارية بغير الطريقة التقليدية بصفة عامة والمصرفية بصفة خاصة[1]، وقد شاع اللجوء إلى التحكيم في العمليات المصرفية في مختلف دول العالم، ومن ثم لم يعد هناك من يستطيع القول بالاستغناء عن التحكيم خصوصًا مع ما يشهده العالم من الانفتاح الاقتصادي والمشروعات الاقتصادية الضخمة[2].

وإن أهم ما يميز الضمانات المصرفية المستقلة كخطاب الضمان، هو استقلال علاقة الأساس القائمة بين المستفيد والعميل عن تلك الضمانات، وهذا الاستقلال يعد من الشروط الجوهرية لذلك النظام القانوني، فالهدف الرئيس من هذا الضمان المستقل، هو أن يتجنب المستفيد أي إجراءات قضائية قبل طلب الضمان، فالتزام البنك هو الدفع بمجرد طلب المستفيد ودون أن يتمسك بمواجهته بأي دفع[3].

ويحدث من الناحية العملية أن يتم الاتفاق بين العميل الآمر والمستفيد في عقد الأساس المبرم بينهما، بخصوص أي منازعة تثور بسبب تنفيذ شروط ذلك العقد، على أن تكون الجهة المختصة للفصل في النزاع هي هيئة تحكيم[4]، إلا أنه قد يطلب المستفيد من البنك قيمة خطاب الضمان، ومن البديهي، أن أي نزاع يدور حول عقد الأساس سيمتد أثره ليصل إلى الضمان، ومن مصلحة العميل الآمر الدفع بشرط التحكيم، حتى يحول دون تسييل خطاب الضمان من قبل المستفيد، وقد يكون هذا الدفع من مصلحة البنك الضامن في التمسك بشرط التحكيم الوارد في عقد الضمان[5].

مشكلة البحث:

بما أن خطاب الضمان ينفذ بمجرد توافر شروطه، ودونما إمكانية المنازعة بأي دفع مستمد من العقد الأساسي، فإن هذه الدراسة تدور حول مدى تأثير شرط التحكيم المنصوص عليه في أي عقد من العقود التي صدر خطاب الضمان بمناسبتها وكذلك حكم التحكيم على التزام البنك الضامن في تنفيذ تعهده النهائي تجاه المستفيد منه.

أهمية البحث: تتضح أهمية البحث بصورة جلية من خلال:

1. كون موضوع البحث ضرورة ثابتة من ضرورات تسوية النزاعات المصرفية بين الخصوم.
3. كون موضوع البحث يعد مرجعاً لحسم الخلافات الخاصة بخطابات الضمان المصرفية، ويساير التطورات الاقتصادية والتجارية.
4. افتقار التشريع الأردني وكذلك أغلب التشريعات المقارنة لنصوص قانونيه تعالج أثر التحكيم على نهائية تنفيذ خطاب الضمان، أدى إلى ندرة البحوث والدراسات المعمقة والمتخصصة حول الموضوع، فكان من الأهمية

---

[1] عطاي، هاني، التحكيم في الضمانات المصرفية، مركز الدراسات العربية للنشر والتوزيع، ط1، القاهرة، 2017، ص254.

[2] محمود إسماعيل عيد، معتصم، التحكيم في الضمانات المصرفية، دار الجامعة الجديدة، الإسكندرية، 2017، ص328.

[3] إبراهيم السيد، عادل، مدى استقلال التزام البنك في خطابات الضمان والاعتمادات المستندية، رسالة دكتوراه، كلية الحقوق، جامعة عين شمس، مصر، 1996، ص140.

[4] اتفاق التحكيم بصفة عامة هو تراضٍ بين إرادتين على اختيار التحكيم وسيلة لحل المنازعات التي ثارت أو تثور بينهم، هذا المعنى وارد عند، بريري، محمود مختار، التحكيم التجاري الدولي، الطبعة الرابعة، بدون ناشر، 2010، ص32.

[5] إبراهيم عبدالتواب، أحمد، اتفاق التحكيم والدفوع المتعلقة به، دار النهضة العربية، القاهرة ، 2008، ص32.

بمكان الوقوف على مجموع الأحكام والاجتهادات القضائية للتمكن من تحليل الظاهرة والوقوف على أبعادها لإفادة الباحثين من ذلك.

أهداف الدراسة:

1. نشر الوعي بالتحكيم في خطابات الضمان المصرفية، وأهميته لدى العاملين في الحقل المصرفي، ويبدو ذلك من خلال الندرة الشديدة لقضايا التحكيم التي تقوم بين البنوك وعملائها.
2. إيجاد آلية سريعة وناجزة للفصل في المنازعات التي تدور رحاها بين البنوك وعملائها، وتبدو الوسائل البديلة لفض هذه المنازعات أكثر فاعلية من اللجوء للقضاء العادي وما به من بطء وتعقيد في الإجراءات وطول أمد التقاضي.

أسئلة الدراسة:

- ما مدى سريان شرط التحكيم الوارد في عقد الأساس إلى النزاع الناشئ عند طلب المستفيد قيمة خطاب الضمان؟
- هل يحق للبنك الضامن الامتناع عن الوفاء بقيمة الضمان للمستفيد ومطالبته للأخير باللجوء إلى التحكيم من أجل الحصول على حكم تحكيمي يبين أحقيته في مطالبة البنك الضامن بقيمة الضمان؟
- ما مدى جواز الاحتجاج بحكم التحكيم ليشمل منازعة العميل الآمر في طلب تسييل خطاب الضمان؟

منهج البحث:

تتناول هذه الدراسة منهجاً تحليلياً وصفياً، إذ إنه يعتمد على تحليل النصوص القانونية والأحكام القضائية لفهمها وتفسيرها بغرض الوصول إلى تطبيقها على الوقائع المختلفة، ولذلك فهو ينطلق من القواعد العامة إلى الوقائع الخاصة، فضلاً عن ذلك فهو منهج وصفي يصف الظاهرة وصفاً دقيقاً مع التحليل واستخلاص النتائج، وذلك من خلال الاطلاع على العديد من المراجع العامة والمتخصصة التي تناولت موضوع الدراسة، فضلاً عن تناول النصوص القانونية ذات الصلة بموضوع الدراسة، وآراء الفقه القانوني والاجتهادات القضائية، وإبداء الرأي الشخصي للباحث كلما كان الأمر ضرورياً.

الدراسات السابقة:

القليوبي، سميحة، أثر اتفاق التحكيم على المنازعات التي تنشأ عن كل من تحرير شيك دون رصيد وعلى خطاب الضمان والاعتماد المستندي، المجلة الدولية للفقه والقضاء والتشريع، العدد1، المجلد 2، 2021.

تناولت هذه الدراسة أثر اتفاق التحكيم على العلاقات القانونية بين أطراف خطاب الضمان المصرفي والاعتماد المستندي، وقد أوضح البحث أثراً مع أطراف الأوراق المصرفية، وأخيراً أثر هذا الاتفاق على الغير ومدى إمكانية تمسك الغير بهذا الاتفاق، وهذا وجه اتفاق بين الدراسة السابقة و دراستنا هذه، إلا أن ما ستتميز به دراستنا هو بحث أثر اتفاق التحكيم على التزام البنك النهائي في تنفيذ خطاب الضمان، وكذا أثر حكم التحكيم على هذا الالتزام في ظل مبدأ استقلال العلاقات الناشئة عن خطاب الضمان المصرفي.

خطة الدراسة: تم تقسيم هذه الدراسة إلى مبحثين على النحو التالي:

المبحث الأول: أثر اتفاق التحكيم على نهائية تنفيذ خطاب الضمان

المبحث الثاني: أثر حكم التحكيم على نهائية تنفيذ خطاب الضمان

المبحث الأول

أثر اتفاق التحكيم على نهائية تنفيذ خطاب الضمان

تمهيد:

يلاحظ أن معظم عقود التجارة الدولية تقوم على خطابات الضمان المصرفية[1]، وهذه الضمانات وجدت لإتمام تنفيذ هذه العقود، وغالباً ما تتضمن هذه العقود شرطاً للتحكيم يتم بموجبه عرض كافة المنازعات التي تنشأ عنها على التحكيم دون قضاء الدولة، وعلى ذلك يبدو التلازم الواضح بين التحكيم وخطابات الضمان [2].

لذلك نتناول في هذا الصدد دراسة آثار شرط التحكيم على نهائية تنفيذ خطاب الضمان، سواء نص العقد الأصلي على هذا الاتفاق، أو ورد في متن خطاب الضمان على النحو الآتي:

المطلب الأول: أثر شرط التحكيم المنصوص عليه في العقد الأصلي

المطلب الثاني: أثر اتفاق التحكيم الوارد في متن خطاب الضمان

المطلب الأول

أثر شرط التحكيم المنصوص عليه في العقد الأصلي

يحدث من الناحية العملية، أن يدرج في العقد الأصلي المبرم بين العميل الآمر والمستفيد شرط التحكيم، وقد يهدف العميل الآمر إلى تعطيل فورية تنفيذ البنك الضامن لالتزامه بالسداد الفوري لمبلغ خطاب الضمان من خلال الاحتجاج بشرط التحكيم الوارد في عقد الأساس[3]، بهدف منع المستفيد من تقديم مطالبته للبنك الضامن بتسييل قيمة الخطاب، لحين البت من قبل هيئة التحكيم في موضوع النزاع[4]، وهنا يثور التساؤل عن مدى سريان شرط التحكيم المنصوص عليه في عقد الأساس إلى النزاع الناشئ عند طلب المستفيد قيمة خطاب الضمان؟ وهل يجوز الاحتجاج على المستفيد بشرط التحكيم الوارد في عقد الأساس لمنع البنك من الوفاء؟

أولاً: مدى جواز الاحتجاج بشرط التحكيم الوارد في عقد الأساس على أطراف خطاب الضمان.

---

(1) خطاب الضمان يصدر ضمن سلسلة من الروابط التعاقدية، فبعد تمام إبرام عقد الأساس الذي يلتزم كل طرف فيه بتنفيذ التزاماته التعاقدية، ومن ضمن تلك الالتزامات ما يقع على عاتق العميل من وجوب إصدار خطاب ضمان لمصلحة المستفيد بناءً على طلب من هذا الأخير وفق شروط عقد الأساس، فيقوم العميل بإبرام عقد فتح الاعتماد بالضمان مع البنك تمهيداً لإصدار خطاب الضمان المطلوب الذي يقوم البنك بإرساله فيما بعد إلى المستفيد منه، ومن هنا فإننا نكون أمام ثلاث علاقات كل علاقة منها مستقل عن الآخر، وهي علاقة العميل بالمستفيد (عقد الأساس) وعلاقة العميل الآمر بالمصرف (علاقة فتح الاعتماد بالضمان) وعلاقة المصرف بالمستفيد والمتمثلة (بخطاب الضمان)، ومتى كان للضمان صبغة دولية فلا بد من توفر هذه الخاصية " الاستقلال" بمعنى أنه يجب أن يكون في هذا النوع من خطابات الضمان التزام المصرف "أو تعهد المصرف ضامن الضامن" مستقلاً سواء عن العلاقة بالضمان المباشر أو عن العلاقة بعقد الأساس".

(2) محمود إسماعيل عيد، معتصم، التحكيم في المنازعات المصرفية، دار الجامعة الجديدة، الإسكندرية، 2017، ص223.

(3) عقد الأساس ***Le contract de base*** هو سبب التعهد في إصدار خطاب الضمان، وهذه العملية سابقة على عقد فتح الاعتماد وعملية إصدار خطاب الضمان، أي أن المصرف يصدر خطاب الضمان تنفيذاً لالتزامه الذي تعهد به أمام عميله الآمر في معرض الاتفاق بفتح عقد الاعتماد =بالضمان، حيث اشترط فيها المستفيد أن يقدم العميل ضماناً مصرفياً من أجل إتمام العملية الدائرة بينهما التي تتنوع ما بين عقود بيع أو مزايدات أو مناقصات أو توريد أو خدمات أو غير ذلك من أنشطة وأغراض، فهذه العلاقة تتمثل دائمًا في شكل عقد ملزم للجانبين هذا المعنى وارد عند:
Paul Henri Antonmatti , Contrats spéciaux , 7e éd , Lexinexis, 2013 , P.33 **(PDF Available)**on:https://www.decitre.fr/livres/droit-civil-contrats-speciaux-9782711017065.html
حيث يقول بأنها: اتفاقية قانونية بين طرفين يلتزمان بموجبها بإبرام ضمان بنكي لصالح شخص آخر

(4) إبراهيم السيد، عادل، مدى استقلال التزام البنك في خطابات الضمان والاعتمادات المستندية، رسالة دكتوراه، كلية الحقوق، جامعة عين شمس، القاهرة، مصر، 1996، ص140 وكذلك جاسم، أسيل باقر، أثر التحكيم على خطاب الضمان (دراسة تحليلية)، مجلة الحلي للعلوم القانونية والسياسية، العدد الأول، السنة الخامسة، كلية القانون، جامعة بابل، بدون سنة نشر، ص189.

يكاد ينعقد الإجماع الفقهي[1] والقضائي[2] على عدم جواز التمسك بشرط التحكيم الوارد في عقد الأساس سواء صدر من العميل الآمر للحيلولة دون حصول المستفيد على حقه من قيمة خطاب الضمان، أو الاحتجاج به من قبل البنك الضامن لعدم الوفاء بتعهده قبل المستفيد، لأن شرط التحكيم لا يحول بين المستفيد وحقه في تقديم طلب الحصول على مبلغ الضمان ولا حتى اتباع طريق القضاء التقليدي من جانب العميل الآمر بغية منع البنك من تسييل قيمة خطاب الضمان لصالح المستفيد.

وإذا كان الأمر على هذا النحو ليس محل خلاف فإن الخلاف قائم حول الأساس القانوني لعدم الاحتجاج بوجود شرط التحكيم في عقد الأساس، حيث ذهب جانب من الفقه[3] إلى اعتبار مبدأ استقلالية التزام البنك في خطاب الضمان هو الأساس القانوني لعدم الاحتجاج بشرط التحكيم الوارد في العقد الأساسي، فإن مبدأ الاستقلال، أي استقلال العلاقات الناشئة بموجب خطاب الضمان، هو جوهر هذا النظام المصرفي وحجر الزاوية بالنسبة إليه، فهو قوام ومحور خطاب الضمان وأساس بنيانه الذي بدونه يصبح خطاب الضمان شأنه شأن الكفالات المصرفية التابعة[4]، كما أن العديد من أحكام القضاء[5] استندت على مبدأ الاستقلالية للقول بعدم جواز الاحتجاج بشرط التحكيم الوارد في عقد الأساس على المستفيد بشأن المطالبة بقيمة خطاب الضمان.

وعليه، فإن عدم جواز الاحتجاج بشرط التحكيم الوارد في عقد الأساس على البنك أو المستفيد بشأن النزاع الذي ينشأ عن تقديم المستفيد مطالبته بقيمة الخطاب إلى اعتبار شرط التحكيم من الدفوع الناشئة عن عقد الأساس، ونظراً لما يتميز به خطاب الضمان من استقلالية تامة عن العقد الأساسي فلا يمكن التمسك بهذا الدفع في نزاع ناشئ عنه سواء أكان ذلك في مواجهة البنك الضامن أو المستفيد.

في حين ذهب رأي في الفقه[6] والقضاء[7] إلى القول بأن مبدأ استقلالية خطاب الضمان لعدم الاحتجاج بشرط التحكيم المنصوص عليه في عقد الأساس ليس كافياً، وقد ذهب هذا الرأي إلى القول بأن مبدأ نسبية أثر

---

(1) القليوبي، سميحة، الأسس القانونية للتحكيم التجاري وفقا للقانون رقم (27) لسنة 1994، دار النهضة العربية، القاهرة، 2012، ص33، وكذلك عبد الحميد، رضا السيد، مسائل في التحكيم، الكتاب الثاني، التحكيم في الكفالة المصرفية وخطاب الضمان، بدون ذكر سنة النشر، دار النهضة العربية، القاهرة، ص82، وكذلك د. الماحي، حسين، التحكيم النظامي في التجارة الدولية، دار النهضة العربية، القاهرة، 2006، ص 94. د. القليوبي، سميحة، أثر اتفاق التحكيم على المنازعات التي تنشأ عن كل من تحرير شيك دون رصيد وعلى خطاب الضمان والاعتماد المستندي، مرجع سابق، ص6، وفي ذات المعنى، العتيبي، بدر سعيد، التنظيم القانوني لخطابات الضمان في مجال المناقصات العامة، مجلة كلية القانون الكويتية العالمية، العدد 2، العدد التسلسلي 30، 2020، ص131.

(2) نقض مصري، الطعن رقم 495 لسنة 72 قضائية، بتاريخ الجلسة 2004/1/13، منشور على موقع محكمة النقض المصرية: www.cc.gov.eg

(3) عطاي، هاني، التحكيم في الضمانات المصرفية، الطبعة الأولى، مركز الدراسات العربية للنشر والتوزيع، القاهرة، 2017 ص246.

(4) محمد عبدالرحمن، حاتم، العمليات المصرفية المستقلة والمشكلات المرتبطة بتنفيذها، رسالة دكتوراه، كلية الحقوق جامعة عين شمس، القاهرة، 2003، ص263، وفي ذات المعنى أيضاً انظر، الشماع، فائق محمود، خطاب الضمان المصرفي، دار الثقافة للنشر والتوزيع، 2024، ص60.

(5) وهذا ما أكدته محكمة النقض الفرنسية في حكمها الصادر في 1982/12/20 بقولها" طالما أن التزام البنك في مواجهة المستفيد هو التزام لدى أو طلب ومستقل عن العقد الأساسي وكان محكوما بشروط الخطاب فقط، فإن محكمة الاستئناف لم تخالف هذه الشروط عندما قضت بأن اتفاق التحكيم الوارد في عقد الأساس لا تأثير له على تنفيذ خطاب الضمان"
V.cass.com. 20 December (chamber commercial 1982, rev.arb.1984.n4,p.note Bertrand moreau.

(6) عبد الحميد، رضا السيد، مسائل في التحكيم، المرجع سالف الذكر، ص83، وكذلك المهتار، بسام عاطف ومشرفية، مايا سليت، الضمانة غب الطلب، مرجع سابق، ص58.

(7) وقضي في هذا الشأن بأن" اتفاق التحكيم الوارد في عقد معين لا يمتد إلى عقد آخر ولو كان مرتبطا به وبين الخصوم أنفسهم، كما لا يمتد إلى غير أطراف العقد الذي ورد فيه" (محكمة استئناف الإسكندرية، الدائرة (1) المدنية، 2007/12/5، في القضية رقم 10 لسنة62ق) مشار إليه لدى محمود إسماعيل عيد، معتصم، التحكيم في المنازعات المصرفية، مرجع سابق، ص232.

العقود بصورة عامة وقاعدة تفسير اتفاق التحكيم تفسيراً ضيقاً[1]، إذ بموجبهما لا يرتب العقد أي التزامات ولا يكسب ثمة حقوق لغير أطراف العقد، ومن ثم، فإن شرط التحكيم الوارد في عقد الأساس لا يرتب آثاراً إلا بالنسبة لطرفيه فقط وهما العميل الآمر والمستفيد.

وعليه، فإنه لا يجوز للعميل التمسك بشرط التحكيم عندما ينشأ نزاع بينه وبين المستفيد بسبب مطالبة الأخير بقيمة خطاب الضمان، وذلك على سند من أن هذا النزاع نشأ عن علاقة أخرى، وهي علاقة قائمة بين البنك والمستفيد ولا تشير إلى شرط التحكيم، وبمعنى آخر احتجاج العميل الآمر بشرط التحكيم في مواجهة المستفيد يقتصر فحسب على النزاعات التي تنشأ بينهما وتكون متعلقة بعقد الأساس ذاته[2].

وقد قضت محكمة استئناف باريس في قرارها الصادر بتاريخ 1987/12/14 بأنه" لا يجوز للعميل الآمر التمسك بشرط التحكيم المنصوص عليه في عقد الأساس لإخضاع المنازعة الناشئة عن دفع قيمة خطاب الضمان أو الضمان المقابل للتحكيم، حيث إن التزام البنك الضامن المقابل تجاه البنك الضامن يقع على عاتق الأول بصفة شخصية وأصلية، وكل من البنكين أجنبي بالنسبة لعقد الأساس، ومن ثم ليس طرفا في التحكيم، الأمر الذي ينعدم معه كل أثر لهذا الاتفاق على وضع الضمانات المصرفية موضع التنفيذ"[3].

كما لا يحق للعميل الآمر أن يتمسك بشرط التحكيم المنصوص عليه في عقد الأساس على المستفيد باعتباره طرفاً في هذا العقد، إذ إن هذا الأخير له صفتان، فيعد مستفيداً من الضمان في علاقته مع البنك الضامن، ومن ثم ليس طرفاً في عقد الأساس بتلك الصفة، ويعد بائعاً أو مشترياً أو مورداً أو مقاولاً في عقد الأساس الذي ورد به شرط التحكيم ضد المستفيد في حالة نشوب نزاع بينهما متعلق بعقد الأساس ذاته.

وبعد أن أوردنا موقف الفقه من الأساس القانوني لعدم جواز الاحتجاج بشرط التحكيم المنصوص عليه في عقد الأساس في مواجهة البنك لمنع المستفيد من تقديم مطالبته للحصول على مبلغ الضمان، يرى الباحث، بأن الأساس في عدم جواز التمسك بشرط التحكيم الوارد في عقد الأساس ضد المستفيد، هو أن استقلال التزام البنك في خطاب الضمان أساسه من النصوص التي نظمت خطاب الضمان ذاته[4]، إضافة إلى ما أوردته القواعد والاتفاقيات الدولية بشأن خطاب الضمان والتأكيد على استقلاله عن أي علاقة مهدت لإصداره[5].

ويؤيد هذا الفهم مدى تشدد الفقه في التأكيد على استقلالية التزام البنك، وهو يحرص على إظهار هذا طبقاً لنظام خطاب الضمان بشكل لو مس هذا الاستقلال لأدى إلى انهيار هذا النظام، فمبدأ الاستقلال هو أساس بنيان

---

[1] القليوبي، سميحة، أثر اتفاق التحكيم على المنازعات التي تنشأ عن كل من تحرير شيك دون رصيد وعلى خطاب الضمان والاعتماد المستندي، مرجع سابق، ص9، وكذلك، العتيبي، بدر سعيد، التنظيم القانوني لخطابات الضمان في مجال المناقصات العامة، مرجع سابق، ص132.

[2] باقر جاسم، أسيل، أثر التحكيم على خطاب الضمان (دراسة تحليلية)، مرجع سابق، ص190.

[3] V.cour.d appel de pairs 14 dec, 1987.rev.arb.240.note Vasseur.

هذا الحكم وارد عند: عطاي، هاني، التحكيم في الضمانات المصرفية، مرجع سابق، ص245.

[4] المادة (358) من قانون التجارة المصري رقم (17) لسنة 1999، تنص على أنه:" لا يجوز للبنك أن يمتنع عن الوفاء للمستفيد لسبب يرجع إلى علاقة البنك بالآمر أو إلى علاقة الآمر بالمستفيد".

[5] المادة (5) من قواعد غرفة التجارة الدولية الموحدة لخطابات الضمان تحت الطلب لسنة (2010) تنص على أن: "خطاب الضمان بطبيعته مستقل عن العلاقة الأساسية، وعن طلب الإصدار، والضامن غير معني أو ملزم بأي حال من الأحوال بمثل هذه العلاقة الأساسية، إن الإشارة في خطاب الضمان إلى العلاقة الأساسية بغرض التعريف بها لا يغير من الطبيعة المستقلة لخطاب الضمان، تعهد الضامن بالدفع بموجب خطاب الضمان لا يخضع لإدعاءات أو دفوع ناشئة عن أي علاقة غير العلاقة ما بين الضامن والمستفيد".

وقوام محور خطاب الضمان، حيث وصف البعض[1] هذا المبدأ بأنه دستور خطاب الضمان، وقد أحاط ذلك المبدأ بسياج من القدسية تعلو فوق الإرادة المعيبة للعميل الآمر.

وعليه، فإن عدم امتداد شرط التحكيم المنصوص عليه في عقد الأساس لخطاب الضمان لا يأتي من مبدأ نسبية شرط التحكيم وإنما من دستور الضمان المستقل والذي يميزه عن غيره من الأنظمة القانونية الأخرى، وهذا المبدأ لا يحول وحق المستفيد في الحصول على قيمة خطاب الضمان ولا يلزم المستفيد من طرح النزاع المتعلق بالمطالبة به على التحكيم بناءً على الاتفاق المتضمن شرط التحكيم.

ثانياً: مدى خضوع حق المستفيد من خطاب الضمان للتحكيم.

من البديهي، أن أي نزاع يدور حول عقد الأساس سيمتد أثره ليصل إلى الضمان، ومن مصلحة العميل الآمر الدفع بشرط التحكيم، حتى يحول دون تسييل خطاب الضمان من قبل المستفيد، وقد يكون هذا الدفع من مصلحة البنك الضامن في التمسك بشرط التحكيم الوارد في عقد الضمان[2].

ويرى جانب من الفقه[3] أن المنازعات التي تكون بين المستفيد والعميل الآمر بسبب الضمان المستقل تخضع للتحكيم المنعقد لنظر المنازعات الناشئة بينهما بخصوص عقد الأساس وفقاً لما يأتي:

1. لا جدوى من تمسك المستفيد بمبدأ الاستقلال، لأن مضمون مبدأ الاستقلالية يتعلق بالتزام البنك بتنفيذ تعهده للمستفيد بدفع قيمة الضمان، وليس فيما يتعلق بحق المستفيد من تلك القيمة، فالتزام البنك الناشئ عن خطاب الضمان هو المستقل عن العقد الأساسي، أما حق المستفيد ليس مستقلاً عنه، لأنه عند الحديث عن تجريد خطاب الضمان عن السبب من عدمه غالباً ما يقال: إن التزام البنك مجرد عن سببه أم لا، ولا يقال: إن حق المستفيد مجرد عن السبب، فحق المستفيد من خطاب الضمان لا يتمتع بالاستقلالية عن العقد الأساسي وبينهما ارتباط وثيق من الناحية الاقتصادية، لأن الضمان ما صدر إلا تنفيذاً للعقد المبرم بين العميل الآمر والمستفيد[4].
2. يقتصر دور المحكمين في هذا الفرض على تقدير ما إذا كان طلب المستفيد لقيمة خطاب الضمان في العلاقة بينه وبين العميل الآمر له سند في الواقع أم لا، فخطاب الضمان لا ينشئ للمستفيد حقاً مجرداً في الحصول على مبلغ الضمان، ولن يكون وفاء البنك صحيحاً إلا إذا كان للمستفيد ديناً في ذمة العميل الآمر على الرغم من أن إثبات هذا الدين ليس لازماً لتبرير رجوع المستفيد على البنك، وإثبات هذا الدين من عدمه لن يكون إلا من خلال النظر في بنود العقد الأساسي.
3. هناك اعتبار علمي يصعب إغفاله على حد تعبير جانب من الفقه[5] وهو أن طرح المنازعات التي يربط بينها روابط وثيقة أمام جهة واحدة من شأنه تجنب إصدار أحكام متعارضة، لأن عرض جزء من المنازعات على التحكيم والجزء الآخر على القضاء من شأنه إصدار أحكام متناقضة ومن ثم تثار مسألة الفصل في هذا التعارض.

---

[1] محمد عبد الرحمن، حاتم، العمليات المصرفية المستقلة والمشكلات المرتبطة بتنفيذها، مرجع سابق، ص252.

[2] عطاي، هاني، مرجع سابق، ص254.

[3] القليوبي، سميحة،(2003) الأسس القانونية لعمليات البنوك، القاهرة، الطبعة الثانية، دار النهضة العربية، ص189.

[4] تادرس، خليل فكتور، مبدأ استقلال خطاب الضمان الدولي وفقاً لاتفاقية الأمم المتحدة لعام 1995، رسالة دكتوراه، كلية الحقوق ، جامعة القاهرة، 2004، ص276، وكذلك، الشماع، فائق محمود، خطاب الضمان المصرفي، مرجع سابق، ص40

[5] محمود إسماعيل عيد، معتصم، التحكيم في المنازعات المصرفية، مرجع سابق، ص333.

4. قد يحتج المستفيد بأن مشارطة التحكيم بينه وبين العميل الآمر لم تتضمن المنازعات الناشئة عن خطاب الضمان، ومن المستقر قانوناً أن لا يجوز لهيئة التحكيم الفصل في مسألة لم يعرضها عليها الخصوم إلا كان هذا العرض محلاً للطعن بالبطلان[1].

كما أن الحق في قيمة خطاب الضمان لا تعد فرعاً لعقد الأساس، ولذلك لا يجوز للمستفيد الدفع بعدم تطبيق قاعدة أن قاضي الأصل هو قاضي الفرع[2] على التحكيم للقول بعدم خضوع النزاع القائم بينهما بخصوص قيمة خطاب الضمان من عدمه للتحكيم وترك المنازعة لحسمها من قبل قضاء الدولة وقد قضي[3] بأن التحكيم طريق استثنائي مقصور على ما انصرفت إليه إرادة الخصوم، إن قيمة الضمان واستحقاقه من حيث الأصل هو تنفيذ بنود عقد الأساس، مدى وجود دين في ذمة العميل، ولا يمكن استجلاء هذه المسألة إلا إذا نظرت إلى جميع وعناصر علاقة الأساس مجتمعة، لأن قيمة الضمان في علاقة الأساس هي إحدى الوقائع المؤثرة في عقد الأساس وإحدى مستلزماته الضرورية ومن المتفق عليه أن حق هيئة التحكيم عند نظرها نزاعاً معيناً أن تبحث في النتائج الضرورية لهذا النزاع[4].

المطلب الثاني

أثر اتفاق التحكيم الوارد في متن خطاب الضمان

إذا ما تضمن خطاب الضمان شرطاً للتحكيم، فإن أثر هذا الشرط على نهائية تنفيذ خطاب الضمان تختلف بحسب ما إذا كان الاتفاق على التحكيم سابقاً على قيام النزاع أو لاحقاً عليه.

أولاً: اتفاق التحكيم السابق على قيام النزاع

يكون اتفاق التحكيم سابقا على نشوء أي منازعات بين البنك الضامن والمستفيد عندما يتضمن خطاب الضمان اتفاقهما على اللجوء للتحكيم لتسوية أي منازعات تنشأ بينهما نتيجة مطالبة المستفيد للبنك تسييل مبلغ الضمان [5].

---

[1] اشترطت الأنظمة والقوانين الأردنية ضرورة تحديد موضوع النزاع، وإذا أمكن فصل الأجزاء الخاصة بالمسائل الخاضعة للتحكيم عن أجزائه غير الخاضعة له، وعندها لا يقع البطلان إلا على الأجزاء غير الخاضعة له، وقد أوردها المشرع الأردني في نص المادة (49) فقرة (أ) البند (6) "إذا فصل =حكم التحكيم في مسائل لا يشملها اتفاق التحكيم أو تجاوز حدود هذا الاتفاق، ومع ذلك إذا أمكن فصل أجزاء الحكم الخاصة بالمسائل الخاضعة للتحكيم عن أجزائه الخاصة بالمسائل غير الخاضعة له، فلا يقع البطلان إلا على الأجزاء الأخيرة وحدها".
فالمشرع الأردني ومن خلال هذا النص اكتفى بتفسير الرغبة الحقيقية لتبيان موضوع النزاع للأطراف ولم يشترط ألفاظا معينة أو شكلا معينا يحدد فيه نوع النزاع وطبيعته، هذا المعنى وارد عند: العدوان، وضاح سعود، بطلان حكم التحكيم في ضوء أحكام قانون التحكيم الأردني، بحث منشور في مجلة علوم الشريعة والقانون، العدد4، المجلد 44، 2017 ص361.

[2] عطاي، هاني، (2017)، التحكيم في الضمانات المصرفية، مرجع سابق، ص256.

[3] وهو ما أكدته محكمة النقض المصرية بقولها:"... والتحكيم ما هو إلا طريق استثنائي لفض الخصومات قوامه الخروج على طريق التقاضي العادية وما تكفله من ضمانات، فهو يكون مقصوراً حتماً على ما تنصرف إرادة المحتكمين إلى عرضه على هيئة التحكيم، واتفاق التحكيم هو دستوره ومنه يستمد المحكمون سلطانهم للفصل في النزاع" ، نقض مصري، (2014)، الطعن رقم(537) لسنة 73ق، بتاريخ الجلسة 2014/3/25، منشور على الموقع الإلكتروني: www.laweg.net

[4] هذا ما أكدته محكمة النقض المصرية بقولها" يشترط لعدم امتداد التحكيم لعقد آخر عدم وجود رباط لا ينفصم، بحيث لا يستكمل دون الجمع بينهما اتفاق أو يقضي مع الفصل بينهما خلاف"

[5] الماحي، حسين، التحكيم النظامي في التجارة الدولية، مرجع سابق، ص 94.

يؤكد الرأي الغالب في الفقه[1]، على أنه ليس للبنك الضامن الدفع للمستفيد، إذ إن طلب البنك للمستفيد باللجوء إلى التحكيم للحصول على حكم بالوفاء من شأنه تحويل خطاب الضمان من خطاب غير مشروط إلى خطاب مشروط، وهو ما يتنافى مع ما اتفق عليه الطرفان في خطاب الضمان، ومع قاعدة إن العقد شريعة المتعاقدين، ومن ثم لا يجوز نقضه أو تعديله إلا باتفاق الطرفين[2].

وقد أيدت محكمة النقض المصرية هذا التوجه بضرورة الوفاء بقيمة خطاب الضمان بمجرد أن يقدم المستفيد مطالبته بذلك، حيث قضت بأن"المُقرر في قضاء هذه المحكمة أن خطاب الضمان وإن صدر تنفيذا للعقد المبرم بين البنك وعميله، إلا أن علاقة البنك بالمستفيد الذي صدر خطاب الضمان لصالحه هي علاقة منفصلة عن علاقته بالعميل يحكمها خطاب الضمان وحده وعباراته هي التي تحدد التزام البنك والشروط التي يدفع بمُقتضاها"[3].

بالإضافة إلى ذلك، فإن اعتبار مجرد الاتفاق على التحكيم بين البنك الضامن والمستفيد سبباً كافياً لامتناع البنك عن الوفاء بقيمة خطاب الضمان لا يتفق والمنطق القانوني السليم، فالتحكيم ليس سوى وسيلة لحماية الحق الموضوعي للطرفين[4]، وعلى ذلك فإنه لا يجوز للبنك الضامن الامتناع ابتداءً عن سداد قيمة الضمان لمجرد وجود اتفاق مع المستفيد على تسوية ما ينشأ بينهما من منازعات تتعلق بالوفاء بقيمة خطاب الضمان آلية التحكيم، ما لم تكن لديه أسباب للامتناع عن الوفاء لوجود غش أو تعسف من جانب المستفيد[5] .

ثانياً: الاتفاق على التحكيم بعد قيام النزاع

قد يبدي المستفيد من خطاب الضمان للبنك الضامن رغبته في الحصول على مبلغ الضمان المتفق عليه في العلاقة بين البنك والمستفيد، إلا أن البنك الضامن قد يمتنع عن الوفاء بتعهده تجاه المستفيد إما متعسفاً ، أو لديه من الأسباب القانونية والمنطقية التي تجيز له الامتناع عن الوفاء في حالة إثبات غش صادر من المستفيد، فيتفق طرفا خطاب الضمان على إحالة النزاع بينهما إلى التحكيم لحين صدور حكم تحكيمي بتسييل قيمة الضمان.

تنص المادة (11) من قانون التحكيم الأردني[6]"أنه يجوز أن يتم اتفاق التحكيم بعد قيام النزاع"، وتطبيقاً لذلك فإن البنك لن يفي بتعهده قبل المستفيد إلا بعد صدور حكم لصالح المستفيد يقضي بوفاء البنك بالتزامه تجاه المستفيد.

---

(1) عبد الحميد، السيد، رضا، مسائل في التحكيم، مرجع سابق، ص 106، باقر جاسم، أسيل، مرجع سابق، ص 195، القليوبي، سميحة، مرجع سابق، ص 895.

(2) محمد محمود الصبح، نيرمين، مبدأ العقد شريعة المتقاعدين، والقيود التي ترد عليه بقانون التجارة الدولية، دار النهضة العربية، القاهرة،2001، ص 152.

(3) نقض مصري (1994)، الطعن رقم 7304 لسنة 63 قضائية – جلسة 1994/6/27 مجموعة المكتب الفني – السنة 45 – ص 1125.

(4) صاوي، أحمد السيد، أثر الأحكام بالنسبة للغير، دار النهضة العربية، دون سنة نشر، القاهرة، ص 125.

(5) محمد عبد الرحمن، حاتم، العمليات المصرفية المستقلة والمشكلات المرتبطة بتنفيذها، مرجع سابق، ص20.

(6) قانون التحكيم الأردني رقم (31) لسنة 2001 المعدل بالقانون رقم (16) لسنة 2018 .

ويؤكد جانب من الفقه[1]: أنه حتى في تلك الحالة المذكورة، فإن امتناع البنك عن الوفاء بتعهده يتعلق بأسباب تخص خطاب الضمان ذاته، ولا علاقة له باتفاق التحكيم الذي اتفق عليه طرفا خطاب الضمان بعد قيام النزاع بينهما.

ومن جانبنا نرى أن اتفاق التحكيم الذي وافق عليه المستفيد، هو السند القانوني الذي يبيح للبنك الضامن الامتناع عن الوفاء حتى صدور حكم لصالحه، لأنه بدون ذلك الاتفاق لا يستطيع البنك أن يمتنع عن أداء حقه مسبقاً بمجرد قبوله التحكيم وموافقته على عدم حصوله على مبلغ الضمان إلا بعد صدور حكم لصالحه، وبذلك فإن خطاب الضمان قد تحول في هذه الحالة– باتفاق أطرافه– إلى خطاب ضمان مشروط يتوقف فيه حصول المستفيد على حكم تحكيمي بإجبار البنك على تسييل قيمة الضمان لصالحه، وبمعنى آخر فإن البنك لن يفي بما تعهد به للمستفيد دون تقديم السند المطلوب وهو حكم التحكيم [2].

المبحث الثاني

أثر حكم التحكيم على نهائية تنفيذ خطاب الضمان

تمهيد:

يعد حكم التحكيم الذي يصدر بشأن خطاب الضمان النتيجة المرجوة التي يتوخاها أطراف خطاب الضمان، إذ يحدد هذا الحكم حقوق والتزامات أطراف خطاب الضمان ومدى أحقية كل طرف في طلباته.

فإذا صدر حكم تحكيمي في العلاقة التي تربط البنك بالمستفيد فإن هذا الحكم يكون ذا حجية، منهياً للخصومة، إلا أنه إذا صدر حكم تحكيمي بين طرفي العقد الأساسي (العميل الآمر والمستفيد) فإن هذا الحكم بلا شك سيؤثر على التزام البنك في الوفاء بتعهده قبل المستفيد، ويختلف الأمر في هذا الشأن بحسب ما إذا كان هذا الحكم قد صدر قبل المطالبة بقيمة خطاب الضمان أو بعد هذه المطالبة، وهو ما سنعرض له في المطلبين التاليين:

المطلب الأول: حكم التحكيم الصادر قبل الوفاء بقيمة خطاب الضمان

المطلب الثاني: حكم التحكيم الصادر بعد الوفاء بقيمة خطاب الضمان

المطلب الأول

حكم التحكيم الصادر قبل الوفاء بقيمة خطاب الضمان

إذا صدر حكم من هيئة التحكيم المعروض عليها النزاع الناشئ بين العميل الآمر والمستفيد استناداً إلى العلاقة الدائرة بينهما، وأكد هذا الحكم على أن العميل الآمر لم يخل بتنفيذ أي من التزاماته التعاقدية، ومن ثم، فإنه لا يحق للمستفيد مطالبة العميل بأية حقوق وبالرغم من ذلك فهل يكون هذا الحكم ذا أثر على تنفيذ البنك الضامن

---

[1] عبد الحميد، السيد، رضا، مسائل في التحكيم، مرجع سابق، ص 108، وكذلك عطاي، هاني، التحكيم في الضمانات المصرفية، مرجع سابق، ص287.

[2] وقد قضت محكمة التمييز الأردنية في هذا الصدد بأن:" العبارات التي يدرجها البنك في الخطاب هي وحدها التي تحدد مضمون التزام البنك وشروطه دون أن يحتج الآمر أو البنك بأي عيب أو دفع مستمد من علاقة أخرى أو سبب خارج عما ورد في الخطاب باعتبار أن خطاب الضمان مستقل عن أي علاقة أخرى وهذا الاستقلال هو القاعدة"، قرار محكمة التمييز الأردنية، رقم (98/1776) لسنة 2000، بتاريخ 2005/2/16، منشور على موقع الإلكتروني، www.lawpedia.jo

بما تعهد به تجاه المستفيد استناداً إلى ما يتميز به الضمان من استقلاله عن العلاقات الناشئة بمناسبة إصداره ؟ وللإجابة على هذا التساؤل نشير إلى أن البنك الضامن ليس طرفًا في حكم التحكيم الصادر بين العميل الآمر والمستفيد، ومن ثم، فإنه لا يجوز للعميل الآمر الاحتجاج بهذا الحكم في مواجهة البنك الضامن استنادًا لمبدأ نسبية الأحكام، حيث إن القوة الإلزامية للحكم لا تسري إلا على أطراف، وعليه فإن هذا الحكم لا يرتب للبنك الضامن حقوقًا أو يرتب عليه أية التزامات[1] وكما هو الحال في الحكم القضائي فإن حكم التحكيم يتمتع بالإضافة إلى قوته الإلزامية المقصورة على طرفيه بالقوة الثبوتية التي تسري في مواجهة الكافة[2]، والقوة الثبوتية للحكم التحكيمي تعني أنه أصبح دليلاً على ثبوت حصول واقعة معينة أو عدم حصولها.

وعلى ذلك فإن للعميل الآمر جواز التمسك بالحكم الصادر من هيئة التحكيم بما له من قوة ثبوتية في منع البنك الضامن من الوفاء بقيمة خطاب الضمان للمستفيد[3]، وذلك على أساس أن الحكم الصادر ضد المستفيد أثبت انعدام أي حق له لدى العميل الآمر، ومن ثم، فإن مطالبة المستفيد البنك بتسييل قيمة الضمان ستنطوي على تعسف أو غش من جانب المستفيد[4]، وعلى ذلك فإن البنك الضامن إذا ما تم إخطاره من قبل عميله الآمر بحكم التحكيم الصادر لصالحه ضد المستفيد فإنه ينبغي عليه عدم الوفاء للمستفيد بقيمة خطاب الضامن[5].

ويرى جانب من الفقه[6] بأنه لا يشترط أن يكون حكم التحكيم نهائياً حتى يقوم البنك الضامن، وعليه ينبغي الوفاء بالضمان دون اشتراط نهائية حكم التحكيم مستندين بذلك لعدة أسباب وهي :

1- حكم التحكيم بالنسبة للبنك الضامن ليس سوى مستند ولا يعد سنداً تنفيذياً، لأن هذا الحكم لم يصدر ضد البنك الضمان، كما أن هذا الأخير ليس طرفاً فيه، فأهمية هذا الحكم أنه يثبت أحقية المستفيد في طلب تسييل قيمة خطاب الضمان[7].

2- اشتراط صيرورة الحكم نهائياً سيفقد الحكم فاعليته وسيعوقه عن تنفيذ المهمة المناطة به، هذا بالإضافة إلى أن العميل الآمر يستطيع استعمال طرق الطعن في الحكم كوسيلة لتعطيل حق المستفيد في قبض قيمة الضمان[8].

---

[1] سيد قاسم، علي، نسبية اتفاق التحكيم، دار النهضة العربية، القاهرة، 2000، ص 114.

[2] وهذا ما أكدته محكمة عمان الابتدائية في حكمها الصادر تاريخ 2009/1/11 عندما قضت بأن "حكم التحكيم يتضمن ثلاث قوى، وهي القوة الإلزامية والقوة الثبوتية والقوة التنفيذية كالحكم القضائي، إلا أن القوة الأخيرة وهي القوة التنفيذية تحتاج إلى رقابة القضاء، هناك فارق ما بين القوة الإلزامية (قوة الأمر المقضي به) والقوة الثبوتية، حيث إن قوة الأمر المقضي به قاصرة على أطراف الخصومة بينما أثر القوة الثبوتية للغير خروج عن قاعدة نسبية أثر الأحكام، فالقوة الثبوتية هي قرينة قانونية لا يجوز دحضها بدليل آخر من قبل الغير إلا بطريق الطعن قانونًا" الحكم الصادر من محكمة عمان الابتدائية، (2012)، الأردن، رقم الدعوى 2002/2487 حقوق، تاريخ 2009/01/11، مجلة التحكيم العالمية، العدد الخامس عشر، ص 404.

[3] عبد العظيم صوفي السيد، هندي، النظام القانوني لخطابات الضمان ، رسالة دكتوراه، كلية الحقوق، جامعة بني سويف، مصر، 2008، ص 279.

[4] باقر جاسم، أسيل، مرجع سابق، ص 202.

[5] صاوي، أحمد السيد، مرجع سابق، ص 350 .

[6] السيد عبد الحميد، رضا، مسائل في التحكيم، مرجع سابق، ص 130.

[7] وقد قضي بهذا الخصوص: " أن العبارات التي يدرجها البنك في الخطاب هي وحدها التي تحدد مضمون التزام البنك وشروطه دون أن يحتج الآمر أو البنك بأي عيب أو دفع مستمد من علاقة أخرى أو سبب خارج عما ورد في الخطاب باعتبار أن خطاب الضمان مستقل عن أي علاقة أخرى وهذا الاستقلال هو القاعدة" قرار محكمة التمييز الأردنية،(2005/2/16) رقم (98/1776) لسنة 2000، منشور على موقع الإلكتروني، www.lawpedia.jo

[8] عبد الفتاح سليمان، مجدي، مرجع سابق، ص 185.

3- قيام البنك الضامن بالوفاء بتعهده لا يمنع العميل الآمر من حق الطعن على حكم التحكيم بالطرق المقررة قانوناً، وإذا ما صدر حكم لصالحه بإلغاء حكم التحكيم أو بطلانه، فإنه يملك حق الرجوع على المستفيد بدعوى الاسترداد[1].

وبالرغم من الأسباب التي ساقها الرأي السابق، إلا أننا نرى وجوب التمييز بين فرضين:

الفرض الأول: اتفاق الأطراف على أن يكون حكم التحكيم الذي يجب تقديمه للبنك الضامن كمستند لتسييل قيمة خطاب الضمان نهائياً، حيث يترتب على عاتق البنك في مثل هذه الحالة تنفيذ التزامه قبل عميله الآمر وفق بنود عقد الضمان بفحص المستند _ حكم التحكيم_ بأنه حكم نهائي ، لذا فإن قيام البنك بتسييل الضمان بحكم غير نهائي، يثير مسؤوليته تجاه عميله الآمر لإخلاله بالشروط التي اشترطها الأخير، ولا علاقة للبنك الضامن بعقد الأساس فيما لو أدرج فيه ما يفيد تسييل الضمان بحكم غير نهائي لأن البنك الضامن ليس طرفاً في هذا العقد[2].

الفرض الثاني: إذا لم يتفق الأطراف على تحديد طبيعة حكم التحكيم الذي سيقدمه المستفيد للبنك كمستند للحصول على مبلغ الضمان، فإذا كان القانون الذي اتفق الطرفان على تطبيق أحكامه بشأن تنفيذ حكم التحكيم يتضمن جواز تنفيذ حكم التحكيم غير النهائي، فإننا نرى أنه في مثل هذه الحالة لا ينبغي للبنك الضمان الامتناع عن الوفاء للمستفيد، ويجب عليه تسييل قيمة خطاب الضمان، أما إذا كان القانون الذي اتفق الطرفان على تطبيق أحكامه لا يجيز تنفيذ حكم التحكيم إلا بعد صيرورته نهائياً، ففي هذه الحالة جاز للبنك الضامن رفض المستند المقدم والامتناع عن تنفيذ خطاب الضمان، وعدم الوفاء إلا بعد أن يصبح الحكم نهائياً.

وفي حالة صدور حكم تحكيم على التزام البنك الضامن الأصلي عندما يكون هناك بنك ضامن مقابل، ذهب رأي في الفقه [3] ونؤيده في ذلك، بأنه يجب على البنك المقابل الامتناع عن الوفاء بقيمة خطاب الضمان للبنك الضامن الأصلي في حالة وجود تواطؤ من جانب الأخير مع المستفيد، وذلك عندما يكون البنك الضامن الأصلي على معرفة (وقت تقديم طلب الوفاء) بأن هذا الطلب ينطوي على تعسف من جانب المستفيد من خلال معرفة البنك الضامن الأصلي بصدور حكم تحكيم ضد المستفيد[4].

المطلب الثاني

حكم التحكيم الصادر بعد الوفاء بقيمة خطاب الضمان

إذا قام البنك الضامن بالوفاء بتعهده ودفع مبلغ الضمان للمستفيد دون الالتفات إلى اعتراض العميل الآمر تنفيذاً لالتزامه، ثم صدر بعد تنفيذ خطاب الضمان حكم تحكيمي يقضي بأن العميل الآمر نفذ كافة التزاماته التعاقدية

---

[1] السيد عبد الحميد، رضا، المرجع السابق، ص130.

[2] عطاي، هاني، التحكيم في الضمانات المصرفية، مرجع سابق، ص333، وكذلك محمود إسماعيل عيد، معتصم، التحكيم في المنازعات المصرفية، ص352.

[3] تادرس، خليل فكتور، مبدأ استقلال خطاب الضمان الدولي، مرجع سابق، ص458.

[4] وقد قضت محكمة النقض الفرنسية بتاريخ 1994/3/24" أن حكم الاستئناف يكون صحيحاً إذا قضي بأن الضمان لدى أول طلب مستقل عن الضمان المقابل، وأن الغش على فرض ثبوته في الضمان المباشر من جانب المستفيد، لا يكون مؤثراً ابتداءً على الضمان المقابل، بل يجب أن يكون ثابتاً أنه عند طلب وفاء الضمان المقابل كان هناك تواطؤ واضح وظاهر بين المستفيد والضامن المباشر، ويقع إثبات هذا التواطؤ على عاتق الآخر" .Cass.com, 24 marl1994 Dalloz 1995, note vasseur.p20 ،هذا الحكم وارد عند: عطاي، هاني، التحكيم في الضمانات المصرفية، مرجع سابق، ص345.

الناشئة عن العقد الأساسي المبرم مع المستفيد، فإن مهمة العميل الآمر في إثبات عدم أحقية المستفيد في قيمة ما قبضه من الضمان تكون أكثر يسراً وسهولة، إذ سيكون الحكم التحكيمي قاطع الدلالة على أن العميل الآمر لم يعد مديناً للمستفيد.

وعلى ذلك يكون للعميل الآمر حق الرجوع على المستفيد باسترداد ما قبضه من قيمة خطاب الضمان، ولكن ما مدى جواز امتداد شرط التحكيم ليشمل منازعة العميل الآمر في طلب تسييل الضمان؟

خطاب الضمان المصرفي يرتكز على شرطين أساسيين وهما "الدفع الفوري لقيمة الضمان عند أول مطالبة مقدمة من المستفيد وعدم الالتفات إلى معارضة العميل لهذا التنفيذ"[1].

وهذان الشرطان صحيحان ولا يتعارض وجودهما مع النظام القانوني للعلاقات الناشئة بين أطراف عملية الخطاب، طالما أكدنا على أن خصائص الالتزام الناتج عنه مستقل ومنفصل عن العلاقات الممهدة له، وأنه ليس تابعاً كما هو شأن الكفالة، ويترتب على ذلك عدم جواز استناد المصرف إلى أية علاقة أخرى للتمسك بدفع ناتج منها على المستفيد، فالتزام المصرف مستقل كما هو شأن التزام المصرف في الاعتماد المستندي القطعي حيث يلتزم المصرف بالنظر في الاعتماد القطعي وحده لمعرفة مدى التزام المصرف، أيضاً ينظر إلى خطاب الضمان وحده لمعرفة مدى التزام البنك الضامن[2] .

وليس للبنك أن يجادل المستفيد في استحقاقه لقيمة خطاب الضمان ولا في تنفيذ التزامه في مواجهة العميل، وأساس هذا أن البنك ليس وكيلاً عن العميل وليس كفيلاً له[3]، ويترتب على ذلك أنه يتوجب على المصرف الوفاء بقيمة خطاب الضمان للمستفيد دون التفات إلى أية معارضة من جهة العميل حتى لو كانت معارضة العميل جدية وتستند إلى مستندات، لأن القول بخلاف ذلك يزعزع الثقة في خطابات الضمان ويلغي السمات التي يمتاز بها والتي هي سمات العلاقات القانونية الناشئة عنها، وفي حال قيام البنك الضامن بسداد قيمة الضمان للمستفيد تنفيذاً لتعهده الناشئ عن خطاب الضمان، ثم صدر حكم من هيئة التحكيم بشأن النزاع الناشئ بين العميل الآمر والمستفيد، يثبت عدم إخلال العميل الآمر بالتزاماته في عقد الأساس، فيحق للعميل الآمر في هذه الحالة الرجوع على المستفيد بقيمة خطاب الضمان.

وإذا كان لدى العميل أسباب جدية لمنع المصرف من الوفاء للمستفيد، فإنه وإن كان لا يستطيع المعارضة في الوفاء كوسيلة يحمي بها حقوقه، إلا أنه يستطيع بوسائل أخرى إيجاد وسيلة حماية مانعة تحول بينه وبين الضرر الذي يصعب تداركه، ونرى أن القضاء هو تلك الجهة التي يستطيع بواسطتها مخاصمة البنك لمنعه من الوفاء للمستفيد، والعميل إذ يفعل ذلك فإنه يمارس حقه في حماية حقوقه وله مصلحة أكيدة في ذلك، فحماية

---

(1) الشماع، فائق محمود، خطاب الضمان المصرفي، مرجع سابق، ص150 وما بعدها.

(2) See, G. McLaughlin, The Standard of Strict Documentary Compliance in Letter of Credit Law,op, cit, p1225.

(3) وقد قضي بهذا الشأن ""والبنك إذ يصدر خطاب الضمان لصالح دائن عميله لا يضمن به حسن تنفيذ العميل لالتزامه أمام دائنيه فهو لا يراقب هذا التنفيذ وهو لا يتعهد أن يقوم بدلاً من العميل المدين بتنفيذ التزام هذا الأخير ولا بسداد ما يكون عليه من دين وإلا كان تدخل البنك مجرد كفالة منه للمدين طبقاً لأحكام الكفالة المدنية". قرار محكمة التمييز الأردنية (2016)، الطعن رقم 32 لسنة 16 ق، جلسة 2016/4/17، منشور على موقع قرارك: .https//qarark.com/courts

المتضرر من تحصل المستفيد دون وجه حق على مبلغ الضمان الذي يكون مجال استرداده دعوى مستقلة لاحقة لا شأن لها بعلاقة البنك بالمستفيد، يكون الحكم التحكيمي الصادر لصالحه سنده في إثبات حقه.

ذلك أن علاقة الأساس التي صدر بشأنها حكم التحكيم وباعتبارها شرطاً من ضمن شروط العقد، فيمتنع على القضاء الحكم على علاقة الأساس نتيجة وجود شرط التحكيم، وهو الأثر المعروف لاتفاق التحكيم (الأثر المانع لاتفاق التحكيم) ، لذا فإن رفع دعوى من العميل الآمر ضد المستفيد يكون بشأن تنفيذ خطاب الضمان، وليس بشأن العقد الأساسي.

ويؤيد هذا الفهم ما استقر عليه قضاء محكمة النقض المصرية بقولها "خطاب الضمان وإن صدر تنفيذا للعقد المبرم بين البنك والمدين المتعامل معه إلا أن علاقة البنك بالمستفيد الذي صدر خطاب الضمان لصالحه هي علاقة منفصلة عن علاقته بالعميل إذ يلتزم البنك بمقتضى خطاب الضمان وبمجرد إصداره ووصوله إلى المستفيد بوفاء المبلغ الذي يطالب به هذا الأخير باعتباره حقا له يحكمه خطاب الضمان ما دام هو في حدود التزام البنك المبين به ويكون على المدين عميل البنك أن يبدأ هو بالشكوى إلى القضاء إذا قدر أنه غير مدين للمستفيد أو أن مديونيته لا تبرر ما حصل عليه المستفيد من البنك"[1]

ونخلص مما تقدم إلى أن التوجه إلى التحكيم في المنازعات المتعلقة بخطابات الضمان المصرفية يحقق مزايا هامة لأطراف العلاقة، خصوصاً عند صدور حكم تحكيم لصالح العميل الآمر، إذ إن المستفيد غالباً ما يكون من مواطني دولة أخرى، وفي حال عدم وجود اتفاق بين الطرفين لإحالة ما يقوم بينهما من خلافات إلى التحكيم، فيضطر العميل الآمر إلى التوجه إلى قضاء دولة المستفيد، ولا شك بأن الوضع المشار إليه سينطوي على سلبيات عديدة بالنسبة للعميل الآمر أهمها عدم ضمان حيادية قضاء دولة المستفيد، فضلاً عن تأثر القضاء الوطني لدولة المستفيد بالظروف الاقتصادية المحلية، هذا بالإضافة إلى أعباء تضاف على كاهله عند الانتقال لدولة المستفيد لإقامة الدعوى أمام محاكمها من تكبد عناء السفر والوقت والنفقات بالنسبة للعميل الآمر، وهي أمور لا شك أن اللجوء للتحكيم يغني عنه.

الخاتمة

أما وقد انتهينا من بحث أثر التحكيم على نهائية تنفيذ خطاب الضمان المصرفي (دراسة مقارنة) ، فقد توصلنا إلى جملة من التوصيات والنتائج وهي على النحو التالي:

النتائج

1- أظهرت الدراسة، أن وجود شرط التحكيم في خطابات الضمان المصرفية، يرتب أثراً مهماً مفاده عدم جواز تمسك البنك الضامن بهذا الشرط ما لم يكن البنك طرفاً في هذا الاتفاق طبقاً لمبدأ استقلال التزام البنك في خطاب الضمان المصرفي.

2- أظهرت الدراسة، أن إدراج شرط التحكيم في متن خطاب الضمان، لا أثر له على التزام البنك الضامن في حالة الاتفاق على التحكيم قبل نشوء النزاع، بينما يتعين على البنك التريث عن صرف قيمة خطاب الضمان حتى حصول المستفيد على حكم تحكيمي.

[1] نقض مصري، الطعن رقم 294 لسنة 35 قضائية – جلسة 1969/5/27 مجموعة المكتب الفني، السنة 20، 1969، ص811.

3- أظهرت الدراسة، أن اتفاق التحكيم الذي قبله المستفيد، هو السند القانوني الذي يجيز للبنك الامتناع عن الوفاء بتعهده حتى صدور حكم لصالح المستفيد، وهو متعلق بخطاب الضمان ذاته، بحيث يتحول من خطاب غير مشروط إلى خطاب مشروط بتقديم حكم تحكيم لدفع قيمته للمستفيد.

التوصيات

1- ضرورة وضع نظام تحكيم خاص بالعمليات المصرفية على نحو تفصيلي، يضمن السرعة في الفصل في المنازعات وكذلك في تنفيذ الحكم، ويراعى في ذلك القانون تقصير المدد، ومنح المحكمين سلطاناً أوسع في تحقيق الدعوى.

2- ضرورة العمل على نشر الوعي بالتحكيم وأهميته في المجال المصرفي وذلك باعتباره وسيلة ناجزة لحسم المنازعات التي تدور بين البنوك وعملائها، وذلك من خلال عقد الدورات التدريبية والتأهيلية للعاملين في القطاع المصرفي من أجل إعداد كوادر متخصصة تتسم بالكفاءة والقدرة على الفصل في مثل هذه المنازعات الدقيقة، بالإضافة إلى تشجيع إعداد الدراسات القانونية في هذا الصدد.

3- ينبغي أن تكون التعليمات الصادرة بشأن إصدار الضمانات البنكية واضحة ودقيقة، ولا تتضمن تفصيلات كثيفة ومبالغ فيها، وكل ذلك يؤدي إلى تقليل حالات وقوع المنازعات (المادة 8 من القواعد الموحدة لغرفة التجارة الدولية رقم 758 لسنة 2010).

قائمة المصادر والمراجع:

- **الكتب**

1. إبراهيم عبدالتواب، أحمد، اتفاق التحكيم والدفوع المتعلقة به، دار النهضة العربية، القاهرة، 2008.
2. بريري، محمود مختار، التحكيم التجاري الدولي، الطبعة الرابعة، بدون ناشر، 2010.
3. جمال الدين عوض، علي، خطابات الضمان المصرفية في القضاء المصري وقانون التجارة، دار النهضة العربية، 2001.
4. سيد قاسم، علي، نسبية اتفاق التحكيم، دار النهضة العربية، القاهرة، 2000.
5. الشماع، فائق محمود، خطاب الضمان المصرفي، دار الثقافة للنشر والتوزيع، 2024.
6. صاوي، أحمد السيد، أثر الأحكام بالنسبة للغير، دار النهضة العربية، القاهرة، بدون ذكر سنة النشر.
7. عبد الحميد، رضا السيد، مسائل في التحكيم، الكتاب الثاني، التحكيم في الكفالة المصرفية وخطاب الضمان، دار النهضة العربية، القاهرة، بدون ذكر سنة النشر.
8. عطاي، هاني، التحكيم في الضمانات المصرفية، الطبعة الأولى، مركز الدراسات العربية للنشر والتوزيع، القاهرة، 2017.
9. القليوبي، سميحة، الأسس القانونية لعمليات البنوك، الطبعة الثانية، دار النهضة العربية، القاهرة، 2001.

10. القليوبي، سميحة، الأسس القانونية للتحكيم التجاري وفقا للقانون رقم (27) لسنة 1994، دار النهضة العربية، القاهرة، 2012.

11. الماحي، حسين، التحكيم النظامي في التجارة الدولية، دار النهضة العربية، القاهرة، 2006.

12. محمد محمود الصبح، نيرمين، مبدأ العقد شريعة المتقاعدين، والقيود التي ترد عليه بقانون التجارة الدولية، دار النهضة العربية، القاهرة، 2001.

13. محمود إسماعيل عيد، معتصم، التحكيم في المنازعات المصرفية، دار الجامعة الجديدة، الإسكندرية، 2017.

14. المهتار، بسام عاطف ومشرفية، مايا سليت، الضمانة غب الطلب (آلية دفعها، تعطيل الآلية، مسؤولية المصارف)، منشورات الحلبي الحقوقية، بيروت، 2009.

- **الرسائل العلمية**

1. إبراهيم السيد، عادل، مدى استقلال التزام البنك في خطابات الضمان والاعتمادات المستندية، رسالة دكتوراه، كلية الحقوق، جامعة عين شمس، مصر، 1996 .

2. تادرس، خليل فكتور، مبدأ استقلال خطاب الضمان الدولي وفقاً لاتفاقية الأمم المتحدة لعام 1995، رسالة دكتوراه، كلية الحقوق ، جامعة القاهرة، مصر، 2004.

3. عبد العظيم صوفي السيد، هندي، النظام القانوني لخطابات الضمان، رسالة دكتوراه، كلية الحقوق، جامعة بني سويف، مصر، 2008.

4. محمد عبدالرحمن، حاتم، العمليات المصرفية المستقلة والمشكلات المترتبطة بتنفيذها، رسالة دكتوراه، كلية الحقوق جامعة عين شمس، القاهرة، 2003.

- **الأبحاث**

1. جاسم، أسيل باقر، أثر التحكيم على خطاب الضمان (دراسة تحليلية)، مجلة الحلي للعلوم القانونية والسياسية، العدد الأول، السنة الخامسة، كلية القانون، جامعة بابل، بدون ذكر سنة النشر.

2. العتيبي، بدر سعيد، التنظيم القانوني لخطابات الضمان في مجال المناقصات العامة، مجلة كلية القانون الكويتية العالمية، العدد 2، العدد التسلسلي 30، 2020.

3. العدوان، وضاح سعود، بطلان حكم التحكيم في ضوء أحكام قانون التحكيم الأردني، بحث منشور في مجلة علوم الشريعة والقانون، العدد4، المجلد 44، 2017.

4. القليوبي، سميحة، أثر اتفاق التحكيم على المنازعات التي تنشأ عن كل من تحرير شيك دون رصيد وعلى خطاب الضمان والاعتماد المستندي، المجلة الدولية للفقه والقضاء والتشريع، العدد1، المجلد 2، 2021.

- **القوانين**

1. قانون التحكيم الأردني رقم (31) لسنة 2001 المعدل بالقانون رقم (16) لسنة 2018 .

2. قانون التحكيم المصري رقم (27) لسنة 1994 بشأن المنازعات المدنية والتجارية المعدل بالقانون رقم (9) لسنة 1997، والقانون رقم (8) لسنة 2000.
3. قواعد غرفة التجارة الدولية بباريس I.C.C (URDG 2010) السارية من 2012/1/1 بشأن خطابات الضمان تحت الطلب.

- **المراجع الأجنبية:**

1. G. McLaughlin, The Standard of Strict Documentary Compliance in Letter of Credit Law.
2. Paul Henri Antonmatti , Contrats spéciaux , 7e éd , Lexinexis, 2013.