



جامعة دمشق
كلية الحقوق
قسم القانون التجاري

التحكيم في المنازعات الناشئة عن العمليات المصرفية

Arbitration in Disputes Arising
From Banking Operations

مرسالة أعدت لنيل درجة الماجستير في القانون التجاري

إعداد الطالب
اسبر انطون اسبر

إشراف الدكتور
حنان مليكه
المدرس في قسم القانون التجاري

٢٠١٦ م

استناداً إلى قرار مجلس البحث العلمي والدراسات العليا رقم /١٣٣٠/ تاريخ
٢٠١٦/٣/١٦، نُوقِشت هذه الرسالة بتاريخ ٢٠١٦/٥/١٢.

وقد تألفت لجنة الحكم من السادة الأساتذة:

الدكتور الياس حداد

الأستاذ في قسم القانون التجاري بكلية الحقوق - جامعة دمشق

عضواً

الدكتورة ميسون المصري

المدرس في قسم القانون التجاري بكلية الحقوق - جامعة دمشق

عضواً

الدكتورة حنان مليكه

المدرس في قسم القانون التجاري بكلية الحقوق - جامعة دمشق

عضواً مشرفاً

شكر وتقدير

أتوجه بخالص شكري وتقديري وعظيم وفائي إلى أستاذتي الفاضلة

الدكتورة حنان مليكة

التي شرفتني بقبولها الإشراف على رسالتي وقدمت لي كل النصح والإرشاد والمعونة، وكان لها الدور الأكبر في إنجازه هذا العمل.

كما أتوجه بوافر الشكر والامتنان إلى السادة أعضاء لجنة المناقشة لقبولهم المحكم على هذه الرسالة.

"أود أن أعيش دون أن أبغض أحداً

وأن أحب دون أن أغار من أحد

وأن أرتفع دون أن أترفع على أحد

وأن أتقدم دون أن أدوس من هم دوني

أو أحسد من هم فوقني"

الأديب أمين الريحاني

مقدمة:

يُعدّ القطاع المصرفي أحد القطاعات الحيوية الهامة في أي مجتمع، وتظهر أهمية هذا القطاع من خلال ما يقدمه من خدمات مصرفية متنوعة ومن خلال العمليات والعقود المصرفية التي تبرمها المصارف مع عملائها على الصعيدين المحلي والدولي، هذا كله إضافةً إلى الدور البارز الذي تلعبه المصارف في تمويل الأنشطة الصناعية والتجارية والزراعية ودعم الاقتصاد القومي للدول.

وتصطدم المصارف أثناء ممارستها لأعمالها بعدد من العوائق، يأتي في طليعتها امتناع العملاء المدينين عن الوفاء بالتزاماتهم وتهربهم من دفع مستحقات المصارف، مما ينعكس سلباً على القطاع المصرفي بشكل خاص والاقتصاد الوطني بشكل عام، لا سيما وأنّ العملاء المتعثرين باتوا محترفين في إضاعة الوقت، مُستغلين عدد من العوامل أهمها كثرة الدعاوى المعروضة على قضاء الدولة وتأخر الفصل فيها إضافةً إلى عدم قدرة القضاء الوطني في كثير من الأحيان على فهم العمليات المصرفية انطلاقاً من خصائصها المميزة لها.

من هنا تبرز أهمية الوسائل البديلة في حل المنازعات الناشئة عن العمليات المصرفية والتي يأتي في طليعتها التحكيم والذي يعتبر أهم هذه الوسائل وأكثرها انتشاراً على الصعيدين المحلي والدولي، نظراً لما يوفره من مزايا عديدة وخاصةً عندما يتعلق الأمر بالمنازعات التجارية لما يتسم به العمل التجاري من سرعة واثمّان.

وليس التحكيم بالمفهوم الجديد على الساحة القانونية، حيث يشير الباحثون القانونيون إلى أنّ التحكيم سبق قضاء الدولة في الظهور واستمر حتى بعد ظهور القضاء مما يؤكد على المكانة المميزة التي يحتلها هذا النظام القانوني.

وعلى الرغم من المزايا التي يؤمنها التحكيم باعتباره بات الوسيلة المثلى لفض المنازعات التجارية ولا سيما ذات الطبيعة الدولية منها، إلا أن الواقع المصرفي بشكل عام والسوري بشكل خاص يشير إلى امتناع المصارف عن الاتفاق على التحكيم سواء في العقود التي تبرمها مع بعضها أو مع عملائها، وتفضيلها اللجوء إلى قضاء الدولة لاقتضاء حقوقها على الرغم من المشكلات الكبيرة التي يعاني منها القضاء.

مشكلة البحث:

يتضمن البحث في التحكيم في المنازعات المصرفية ثلاث إشكاليات:

- ١- البحث في ماهية العمليات المصرفية بشكل عام والإضاعة على خصائصها المميزة ودراسة مصادر أحكامها.
- ٢- البحث في إمكانية اللجوء إلى التحكيم لفض المنازعات الناشئة عن العمليات المصرفية من الناحية الموضوعية.
- ٣- أما الإشكالية الرئيسة فتتمثل بالبحث في أثر التحكيم على المنازعات المصرفية من الناحيتين الإجرائية والموضوعية، بهدف الوصول إلى معرفة ما إذا كان التحكيم هو النظام القانوني الأنسب لفض منازعات العمليات المصرفية بدلاً عن قضاء الدولة.

أهمية البحث:

تأتي أهمية البحث من خلال الإضاعة على موضوع لم يكن مطروحاً على نطاق واسع من قبل، خاصة وأن سوريا شرّعت العمل المصرفي الخاص في بدايات القرن الواحد والعشرين بعد غياب دام لأكثر من أربعة عقود، إضافة إلى أن الأزمة الحالية التي تعاني منها البلاد خلّفت أثراً سلبياً على القطاع الاقتصادي بشكل عام والمصرفي بشكل خاص يتمثل أبرزها في زيادة عدد العملاء الممتنعين عن الوفاء بالتزاماتهم تجاه المصارف والمؤسسات المالية

مما يجعلنا نقف أمام ضرورة السعي لإيجاد حلول تساهم في التخفيف من آثار هذه الأزمة على المصارف والمؤسسات مما ينعكس إيجاباً على الاقتصاد الوطني ككل.

منهج البحث:

تعتمد الدراسة على المنهج التحليلي المقارن، وذلك من خلال تحليل النصوص القانونية المتعلقة بالعمليات المصرفية والتحكيم على حد سواء والبحث في جزئياتها، وعرض الآراء الفقهية والاجتهادات القضائية والسوابق التحكيمية، ولم يكتفِ الباحث بدراسة مسألة التحكيم في العمليات المصرفية في إطار قانون واحد فحسب بل أن الدراسة اعتمدت على المقارنة بين عددٍ من القوانين وإن كانت المقارنة الأساسية قد تمت بين القانونين السوري والمصري.

خطة الدراسة:

يتطلب البحث في موضوع التحكيم في المنازعات الناشئة عن العمليات المصرفية التعرّض لعددٍ من المسائل التي لا بد من دراستها بهدف الإجابة على إشكاليات البحث، وعليه قام الباحث بتقسيم هذه الدراسة إلى فصلين بحثنا في الأول منهما في ماهية العمليات المصرفية ومفهوم التحكيم وإمكانية اللجوء إليه في المنازعات المصرفية، أما في الفصل الثاني فقد توقفنا عند البحث في اتفاق التحكيم المصرفي والإجراءات التحكيمية المتبعة عند نظر المنازعات المصرفية، إضافةً إلى دراسة مزايا اللجوء إلى التحكيم في الميدان المصرفي والعيوب الناتجة عنه.

ومن ثم فقد كان تقسيم الخطة على النحو التالي:

الفصل الأول: العمليات المصرفية والتحكيم

المبحث الأول: ماهية العمليات المصرفية

المبحث الثاني: التحكيم ومدى فاعليته في المنازعات المصرفية

الفصل الثاني: النظام القانوني للتحكيم المصرفي

المبحث الأول: اتفاق التحكيم المصرفي وإجراءاته

المبحث الثاني: تقييم نظام التحكيم المصرفي

الفصل الأول

العمليات المصرفية والتحكيم

لا تعدّ فكرة النشاط المصرفي فكرة حديثة العهد، فقد عُرِفَت منذ عُرِفَت النقود حيث عثر المؤرخون على بعض التشريعات البابلية التي تدل على ازدهار تجارة النقود، إلا أن عمل الصيرفي في ذلك الوقت كان بسيطاً بساطة المجتمعات البدائية مقتصرأً على الإقراض بالفائدة وعلى الإيداع في صورته البدائية. وبتطور التجارة وازدهارها تطورت فكرة المصارف فنشطت مع نشاط التجارة الدولية في القرون الوسطى، ومع إطلالة القرن السادس عشر ظهرت المصارف الحديثة الكبرى، ولاحقاً وفي بداية القرن التاسع عشر لعبت المصارف دوراً بارزاً في تمويل المشاريع الصناعية والزراعية، فساعد ذلك على نمو وازدهار المشاريع من جهة والمصارف من جهة أخرى التي بدأت تأخذ شكل شركات مساهمة ذات فروع في مختلف بلدان العالم فساهمت في عمليات التمويل والائتمان القصير والمتوسط والطويل الأجل وظهر التخصص المصرفي^(١).

وعلى الرغم من كون النشاط المصرفي من الأنشطة العريقة، إلا أننا ما زلنا نرى حتى يومنا هذا العديد من الدراسات التي تبحث في مفهوم العمليات المصرفية، بهدف الوصول إلى وضع تعريف واضح ومحدد لها والوقوف على أهم خصائصها.

(١) د. الياس ناصيف، موسوعة الوسيط في قانون التجارة، الجزء الرابع (عمليات المصارف)، المؤسسة الحديثة للكتاب، طرابلس، لبنان، ٢٠٠٨م، ص ١٣ و ١٤.

ويهدف هذا الفصل إلى البحث في ماهية العمليات المصرفية ومحاولة وضع تعريف لها ودراسة أهم خصائصها، إضافةً إلى البحث في مفهوم التحكم وأهمية اللجوء إليه لحل المنازعات المصرفية، وذلك من خلال المبحثين التاليين:

المبحث الأول: ماهية العمليات المصرفية

المبحث الثاني: التحكم و مدى فاعليته في المنازعات المصرفية

المبحث الأول

ماهية العمليات المصرفية

تبدو أهمية وضع تعريف للعمليات المصرفية بوجه خاص عندما يقرر المشرع احتكار القيام بالعمليات المصرفية لمنشأة محددة ويضع جزاءً على مخالفة هذا الحظر^(١)، وعليه كان لابد من البحث في مفهوم العمليات المصرفية من الناحية القانونية ومحاولة إيجاد تعريف لها ودراسة خصائصها، وذلك من خلال تحديد مفهوم العمليات المصرفية واستعراض أنواعها (مطلب أول)، ودراسة أهم خصائصها (مطلب ثانٍ).

المطلب الأول

مفهوم العمليات المصرفية

يهدف هذا المطلب إلى البحث في مفهوم العمليات المصرفية من خلال تحديد مفهوم المصرف أولاً قبل الانتقال لدراسة العمليات المصرفية واستعراض أنواعها.

الفرع الأول

المصارف وأنواعها

بحسبان أن المصارف هي المؤسسات المالية المخولة بممارسة العمليات المصرفية، كان لابد أولاً من البحث في تعريف المصرف ومن ثم استعراض أنواع المصارف.

(١) د. علي جمال الدين عوض، عمليات البنوك من الوجهة القانونية، بدون ناشر، بدون تاريخ نشر، ص ٦.

أولاً: تعريف المصرف:

١ - لغوياً:

المصرف في اللغة العربية من الفعل صرف، وصرف الدنانير أي بدّلها بدراهم أو دنانير سواها، وصرف المال أي أنفق^(١).

وفي اللغة اللاتينية فإن كلمة بنك، مشتقة من الكلمة الفرنسية (Banque) ومن الكلمة الإيطالية (Banco) وتعني هاتان الكلمتان "صندوق متين لحفظ النقائس" وكذا تعنيان "المنضدة أو الطاولة" لأن الصيرفي الأول كان تاجر نقود يجلس إلى منضدته لهذه الغاية^(٢).

٢ - تشريعياً:

على الصعيد التشريعي وعلى الرغم من محاولة العديد من القوانين وضع تعريف للمصرف، إلا أنه لا يوجد تعريف منضبط ومحدد للمصرف في أي تشريع من التشريعات حتى في الدول المتقدمة مصرفياً كسويسرا وفرنسا وإنجلترا حيث لجأت معظم التشريعات إلى وضع معيار يعتبر بمثابة الحد الأدنى للمؤسسة التي تتمتع بصفة المصرف ويقوم هذا المعيار أساساً على الوظائف التي يؤديها^(٣).

ففي التشريع السوري بينت المادة /٨٥/ من قانون النقد الأساسي رقم /٢٣/ لعام ٢٠٠٢ مفهوم المصرف من خلال بيان الأعمال التي يقوم بها إذ نصت على: "تخضع لأحكام هذا الباب مصارف القطاع العام والمصارف الخاصة

(١) المنجد في اللغة والأعلام، دار المشرق، بيروت، لبنان، الطبعة السادسة والعشرون، ١٩٧٥، ص ٤٢٣.

(٢) مُشار إليه لدى عيسى محمد الحسين، المسؤولية المدنية للمصارف، أطروحة دكتوراه، جامعة دمشق، ٢٠١٠م، ص ٩.

(٣) بهاء الدين رمضان محمد بطيخ، التحكيم في منازعات البنوك، رسالة دكتوراه، جامعة عين شمس، ٢٠١١م، ص ٦٠.

والمشتركة التي تتولى بصورة اعتيادية قبول الودائع تحت الطلب ولأجل ودائع التوفير لاستثمارها في عمليات مصرفية لحسابها الخاص".

كما نصت المادة /٤٠٣/ من قانون التجارة السوري رقم /٣٣/ لعام ٢٠٠٧م على:

"يطلق لفظ (مصرف) في هذا القانون على كل الأشخاص والمؤسسات التي تحترف الأعمال المصرفية".

ويتضح من النصين السابقين أن المشرع السوري ربط بين مفهوم المصرف ومفهوم الأعمال المصرفية.

ويرى الباحث وجود شيء من التناقض بين نص المادة /٤٠٣/ من قانون التجارة السوري الآنف الذكر والمادة الأولى من قانون تأسيس المصارف الخاصة رقم /٢٨/ لعام ٢٠٠١ والتي أجازت تأسيس مصارف على شكل شركات مساهمة مغفلة سورية خاصة أو على شكل شركات مشتركة مساهمة مغفلة سورية يساهم فيها القطاع العام المصرفي والمؤسسة العامة السورية للتأمين والمؤسسات الادخارية الأخرى بنسب معينة حددها القانون، فالمادة /٤٠٣/ من قانون التجارة أطلقت وصف المصرف على كل الأشخاص والمؤسسات التي تحترف الأعمال المصرفية، والشخص من الناحية القانونية إما أن يكون طبيعياً أو اعتبارياً وبالتالي فإن عدم تحديد المقصود باصطلاح شخص في معرض هذه المادة يؤدي إلى حدوث تناقض مع نص المادة الأولى من القانون رقم /٢٨/ لعام ٢٠٠١ والتي حصرت تأسيس المصارف على شكل شركات مساهمة مغفلة سورية.

أما في مصر فلم يتضمن قانون البنك المركزي والجهاز المصرفي والنقد رقم /٨٨/ لسنة ٢٠٠٣ والمعدل بالقانون رقم /١٦٢/ لسنة ٢٠٠٤ والقانون رقم /٩٣/ لسنة ٢٠٠٥، وكذلك قانون التجارة المصري أي تعريف للمصرف بالرغم من أن القانون رقم /٨٨/ لسنة ٢٠٠٣ حظر في مادته /٣١/ على أي

فرد أو هيئة أو منشأة غير مسجلة طبقاً لأحكام هذا القانون، أن تباشر أي عمل من أعمال البنوك.

في حين أن قانون النقد والتسليف اللبناني الصادر بالمرسوم رقم ١٣٥١٣ تاريخ ١٩٦٣/٨/١ عرّف المصرف في المادة ١/٢١/ منه بأنه: "المؤسسة التي يكون موضوعها الأساسي أن تستعمل لحسابها الخاص في عمليات تسليف الأموال التي تتلقاها من الجمهور".

كما عرف قانون المصارف البريطاني لعام ٢٠٠٩ المصرف بأنه " مؤسسة بريطانية مسموح لها بموجب الجزء الرابع من قانون الخدمات المالية والأسواق لعام ٢٠٠٠ بأن تقوم بصورة منتظمة بقبول الودائع".^(١)

وفي فرنسا عرّف قانون المصارف الفرنسي الصادر في ٢٤ كانون الثاني عام ١٩٨٤م في مادته الأولى المصرف بأنه "الشخص المعنوي الذي يمارس عمليات المصارف على وجه الاحتراف".

وهكذا يتبين لنا أن جميع التعاريف التشريعية السابقة قد عرّفت المصرف انطلاقاً من طبيعة الأعمال التي يقوم بها إذ قامت بالربط بين المصرف والعمليات المصرفية.

٣- فقهيّاً:

على الصعيد الفقهي وبالرغم من اعتراف أغلب الفقهاء بصعوبة وضع تعريف للمصرف، إلا أنه ظهرت العديد من المحاولات.

عربياً عرفه البعض بقولهم "المصرف في فكرته الأولى تاجر نقود، فهو الوسيط بين الرأسمالي الذي يودع المال، وبين التاجر الذي يحتاج إلى ائتمان المصرف لمباشرة أعماله التجارية، فيقرضه المصرف هذا المال"^(٢).

^(١) المادة الثانية من الفصل الأول من قانون المصارف البريطاني لعام ٢٠٠٩.

^(٢) د. علي البارودي، القانون التجاري اللبناني، الجزء الثاني، الدار المصرية للطباعة والنشر،

بيروت، لبنان، ١٩٧١م، ص ٢٣٩.

ويعرفه آخرون بأن "المصرف في أبسط تعريف له تاجر نقود ويحترف المضاربة عليها في صور متعددة"^(١).

ويؤكد بعض الفقه على صعوبة وضع تعريف جامع للمصرف بسبب تنوع واختلاف العمليات التي يقوم بها ولسرعة تطور هذه العمليات واضطرابها المستمر، إلا أنه يؤكد على أن مفهوم المصرف ينطلق من غايته الأساسية التي ترتبط بالعمل الذي أنشئ من أجله والذي هو بوجه خاص تجارة النقود، وقد نشأ عن فكرة تجارة النقود التي كانت المنطلق الأساسي لفكرة المصرف سائر العمليات المصرفية التي تنوعت وتعددت واختلفت باختلاف أوجه الأنشطة التجارية والاقتصادية على الصعيدين الداخلي والدولي^(٢).

ويشير البعض إلى أن ما يميز المصرف هو أنه يتلقى قروضاً (في صورة ودائع توفير أو شهادات استثمار أو شهادات إيداع أو حسابات جارية أو غير ذلك) ويقوم باستثمارها لحسابه الخاص لا لحساب المقرضين وذلك بخلاف شركات توظيف الأموال التي يستثمر أموال المودعين لحسابهم الخاص، ويترتب على ذلك أن المصارف تدفع لمقترضيه فوائد^(٣).

أما في فرنسا فقد عرف الفقيهان Roblot و Ripert المصرفي كما يلي: "المصرفي هو تاجر يضارب على الأموال وعلى القروض وهو لا يساهم بشكل مباشر في إنتاج أو توزيع أو انتقال الثروات ولكنه يساعد الصناعيين والتجار في استثماراتهم"^(٤).

(١) د. سميحة القليوبي، الوسيط في شرح قانون التجارة المصري، دار النهضة العربية، القاهرة، الطبعة السادسة، ٢٠١٣م، ص ٦٤٣.

(٢) د. الياس ناصيف، مرجع سابق، ص ٣١.

(٣) د. علي جمال الدين عوض، مرجع سابق، ص ١٠.

(٤) مؤشر إليه لدى د. موسى متري ود. أديب ميالة، التحكيم في العمليات المصرفية في الدول ذات الاقتصاد المتحول "المثال السوري"، بحث منشور في مجلة جامعة دمشق للعلوم الاقتصادية والقانونية، المجلد ٢٦، العدد الأول، ٢٠١٠م، ص ١١.

أما الشراح الانجليز إذ يقرّون بعدم وجود تعريف للمصرف يفضلون عدم وضع تعريف لصعوبة ذلك، ويقنعون بذكر معيار هو الحد الأدنى في خصائص المؤسسة لكي تعتبر مصرفاً، فيقولون أنه يلزم أن يكون في اختصاصها:

- قبول النقود من العملاء ودیعة وتحصيل الشيكات التي تكون مستحقة لهم وإيداع حصيلتها في حساباتهم.

- وفاء الشيكات والأوامر الصادرة من العملاء على حساباتهم.

- فتح حسابات جارية في دفاترها.

وقد يضاف إلى هذه الوظائف أعمال أخرى وإنما تعد هذه الأعمال هي الحد الأدنى اللازم وإلا فلا تعتبر المنشأة مصرفاً^(١).

وهكذا يتضح لنا أن جميع التعاريف الفقهية السابقة قد اعتبرت المصرف تاجراً يقوم بممارسة أعمال مصرفية يضيق مداها أو يتسع باختلاف الأنظمة الاقتصادية والفترات الزمنية.

ويقترح الباحث التعريف التالي للمصرف:

"شخص اعتباري يقوم بتقديم خدمات مصرفية ويبرم العقود بصدد عمليات مصرفية يختلف مداها وشمولها بحسب تطور النظام المصرفي والاقتصادي والقانوني في البلد الذي يؤسس فيه".

مع الإشارة إلى أن ما يميز المصرف هو أنه يستثمر الأموال لحسابه الخاص وليس لحساب عملائه".

ثانياً: أنواع المصارف:

تختلف أنواع المصارف باختلاف صلة الدولة بها ومن هنا نشأت المصارف العامة والمصارف الخاصة والمصارف المشتركة، كما تختلف باختلاف

(١) د. علي جمال الدين عوض، مرجع سابق، ص ٩.

العمل الذي تأسست من أجل القيام به وأسلوب ممارسة هذا العمل ومن هنا نشأت المصارف المركزية والمصارف التجارية والمصارف المتخصصة والمصارف الإسلامية ومصارف الأعمال والاستثمار والمصارف الشاملة.

١- من حيث صلة الدولة بها:

أ- **المصارف العامة:** هي التي تنشئها أو تديرها السلطات العامة كالدولة والمحافظات وغيرها من مؤسسات الحقوق العامة^(١).

ب- **المصارف الخاصة:** هي التي يؤسسها ويستثمرها أشخاص القانون الخاص من أفراد وشركات خاصة، دون أن يكون للدولة أي دور فيها سوى الرقابة عليها^(٢).

ج- **المصارف المشتركة:** هي التي يساهم في تأسيسها وإدارتها كل من الدولة والأفراد أو المؤسسات الخاصة، وتحرص الدولة في هذا النوع من المصارف على حيازة أكثر من نصف أسهمها ليكون لها الشأن الأول في سائر القرارات التي تتخذها سلطات الإدارة فيها^(٣).

٢- من حيث العمل الذي تأسست من أجل القيام به وأسلوب ممارسة هذا العمل:

أ- **مصارف مركزية:** ويُعرّف المصرف المركزي بأنه المؤسسة التي تعتمد الدولة في تنفيذ سياساتها الاقتصادية والمالية، وهو ليس كسائر المصارف الأخرى مؤسسة تجارية تهدف إلى الحصول على الربح، وإنما هو مصرف للمصارف، وهو يعتبر السند الطبيعي للمصارف الخاصة التي

(١) د. رزق الله أنطاكي ود. نهاد السباعي، موسوعة الحقوق التجارية، الجزء الثالث (المصارف والأعمال المصرفية)، مطبعة الجامعة السورية، الطبعة الثانية، ١٩٥٨، ص ١٧١.

(٢) عيسى محمد الحسين، مرجع سابق، ص ١١.

(٣) د. رزق الله أنطاكي ود. نهاد السباعي، مرجع سابق، ص ١٧١.

تستطيع أن تجد لديه الموارد المالية التي قد تحتاج إليها إذا لزم الأمر لتقوية صندوقها وتغذيته^(١).

ب- **المصارف التجارية:** وتطلق هذه التسمية على المصارف التي تخصص في منح الائتمان قصير الأجل وتقوم هذه المصارف بصفة معتادة بقبول ودائع تدفع عند الطلب أو لآجال محددة، وتزاوّل عمليات التمويل الداخلي والخارجي وخدمته وما يتطلبه من عمليات مصرفية وتجارية ومالية^(٢).

ج- **المصارف المتخصصة:** هي المصارف التي يكون نشاطها الرئيس التمويل العقاري أو الصناعي أو الزراعي أو الشعبي ولا يكون قبول الودائع تحت الطلب من أوجه أنشطتها الرئيسة^(٣).

د- **المصارف الإسلامية:** تُعرّف المصارف الإسلامية بأنها مؤسسات مالية تقوم بالمعاملات المصرفية وغيرها من المعاملات المالية والتجارية وأعمال الاستثمار وفقاً لأحكام الشريعة الإسلامية فلا تتعامل بالربا لا أخذاً ولا عطاءً بهدف المحافظة على القيم والأخلاق الإسلامية، وتحقيق أقصى عائد اقتصادي واجتماعي لتحقيق التنمية الاقتصادية في جميع قطاعات الاقتصاد الوطني مما يؤدي إلى مجتمع قوي ومتكافل ومتعاون^(٤).

(١) د. رزق الله أنطاكي ود. نهاد السباعي، المرجع السابق، ص ٣٨.

(٢) د. هاني دويدار، القانون التجاري، منشورات الحلبي الحقوقية، الطبعة الأولى، ٢٠٠٨م، ص ٢٦٨.

(٣) عيسى محمد الحسين، مرجع سابق، ص ١٢.

(٤) د. منى لطفي بيطار ود. منى خالد فرحات، آلية التمويل العقاري في المصارف الإسلامية، بحث منشور في مجلة جامعة دمشق للعلوم الاقتصادية والقانونية، العدد الثاني، ٢٠٠٩م، ص ١٠.

هـ- **مصارف الأعمال والاستثمار:** هي المصارف التي تعمل في التجارة الدولية وتقوم بتمويل المشاريع وتمنح الضمانات المصرفية للحكومات وغيرها^(١).

و- **المصارف الشاملة:** هي الكيانات المصرفية التي تسعى دائماً وراء تنويع مصادر التمويل وتعبئة أكبر قدر ممكن من المدخرات من كافة القطاعات وتوظف مواردها وتمنح الائتمان المصرفي لجميع القطاعات، كما تعمل على تقديم كافة الخدمات المتنوعة والمتجددة التي قد لا تستند إلى رصيد مصرفي، بحيث نجدها تجمع بين وظائف المصارف التجارية التقليدية ووظائف المصارف المتخصصة ومصارف الاستثمار والأعمال^(٢).

ثالثاً: الجهاز المصرفي السوري:

يقصد بتعبير الجهاز المصرفي مجموعة المصارف على اختلاف أنواعها ومسمياتها وجنسياتها التي تعمل في الدولة، وتخضع في مختلف نشاطاتها لأحكام القوانين التي تنظم أعمال المصارف بالدولة^(٣).

ويتألف الجهاز المصرفي في سوريا مما يلي:

١- مصارف القطاع العام:

أ- مصرف سورية المركزي:

تُعرف المادة ٥١/ من قانون النقد الأساسي رقم ٢٣/ لعام ٢٠٠٢ المصرف المركزي بأنه "مؤسسة عامة ذات استقلال مالي وإداري تتولى تنفيذ السياسة النقدية التي يقرها مجلس النقد والتسليف وتعمل تحت إشراف الدولة

(١) د. موسى ميري ود. أديب ميالة، مرجع سابق، ص ١١.

(٢) د. عبد المطلب عبد الحميد، البنوك الشاملة (عملياتها وإدارتها)، الدار الجامعية، الإبراهيمية،

٢٠٠٨م، ص ١٩.

(٣) مُشار إليه لدى عيسى محمد الحسين، مرجع سابق، ص ١٧.

وبضمانتها وضمن التوجهات العامة للسياسة الاقتصادية المعتمدة من قبل مجلس الوزراء".

ويتولى المصرف المركزي القيام بعدد من الوظائف التي لا تهدف إلى الربح بقدر ما تهدف إلى المحافظة على سلامة النقد وعلى سلامة أوضاع النظام المصرفي، وتطوير السوق النقدية والمالية، ولقد حدد قانون النقد الأساسي رقم ٢٣/ لعام ٢٠٠٢ أعمال المصرف المركزي ومنها:

- إجراء عمليات الذهب والعملات الأجنبية.
- منح القروض للدولة أو بكفالتها.
- إجراء جميع عمليات القطع مع الخارج والحصول على الاعتمادات من الخارج لقاء ضمانات أو من دونها، ومنح الاعتمادات للخارج.
- قبول الودائع من الأسناد والقيم المنقولة والنقود والمعادن الثمينة.
- وبصورة عامة يتولى مصرف سورية المركزي القيام بالعمليات المصرفية العائدة للدولة أو لمؤسساتها التي تخضع لأحكام قانونية خاصة وطبقاً لأحكام النصوص الواردة في هذه القوانين وبضمانة الدولة^(١).
- وقد حظرت المادة ٦٣/ من قانون النقد الأساسي على مصرف سورية المركزي أن يجري أي عملية غير التي نصت عليها المواد ٦٠/ و ٦١/ و ٦٢/ من القانون نفسه، مما يعني أن أعمال المصرف المركزي المشار إليها سابقاً قد جاءت على سبيل الحصر وليس المثال.
- وكان مصرف سورية المركزي يتبع في البداية لوزير الاقتصاد والتجارة الخارجية وفقاً لما نص عليه قانون النقد الأساسي إلا أنه تم تعديل هذا الوضع

(١) راجع المواد ٦٠ و ٦١ و ٦٢ من قانون النقد الأساسي رقم ٢٣/ لعام ٢٠٠٢ والمادة ٥/ من المرسوم التشريعي رقم ٢١/ لعام ٢٠١١.

بموجب المادة الأولى من المرسوم التشريعي رقم /٢١/ لعام ٢٠١١ بحيث حُدّدت جهة ارتباط مصرف سورية المركزي برئيس مجلس الوزراء. وتجدر الإشارة إلى الدور الهام الذي يقوم به مصرف سورية المركزي للحفاظ على سعر صرف الليرة السورية في ظل الأزمة الراهنة التي تتعرض لها البلاد منذ عام ٢٠١١ والذي كان له عظيم الأثر على القطاعات كافة.

ب- المصرف التجاري السوري:

تم إنشاء المصرف التجاري السوري بموجب قرار وزير الاقتصاد والتجارة الخارجية رقم /٨١٣/ تاريخ ٢٩/١٠/١٩٦٦، ويخضع حالياً لأحكام المرسوم التشريعي رقم /٣٥/ لعام ٢٠٠٦ الذي نص في مادته الأولى على اعتبار المصرف التجاري السوري مؤسسة عامة ذات طابع اقتصادي.

ويهدف المصرف التجاري السوري إلى تمويل التجارة الداخلية والخارجية والقيام بمختلف الأعمال والخدمات المصرفية وفق الضوابط والحدود التي يضعها مجلس النقد والتسليف وبما لا يتعارض مع الأنظمة النافذة ومن هذه الأعمال:

- فتح حسابات جارية وحسابات توفير وقبول الودائع بالعملية السورية والعملات الأجنبية لأجال مختلفة.
- خصم الأوراق التجارية وأسناد الأمر والسفاتيح وبصورة عامة خصم جميع وثائق التسليف وأسناده.
- تمويل العمليات التجارية ومنح القروض والسلف بجميع أنواعها مقابل ضمانات عينية أو شخصية غيرها من الضمانات.
- إضافة إلى عمليات أخرى نصت عليها المادة /٤/ من المرسوم التشريعي رقم /٣٥/ لعام ٢٠٠٦.

ج- المصارف المتخصصة:

- **المصرف العقاري:** يقوم بالأعمال والخدمات والتسهيلات المصرفية كافةً مع تخصصه بتمويل النشاط العمراني (السكني والسياحي والصناعي والتجاري والحرفي والتعليمي والبيئي) ويحكم عمل هذا المصرف المرسوم التشريعي رقم /٣١/ لعام ٢٠٠٥.

- **المصرف الصناعي:** ويختص بتمويل ودعم القطاع الصناعي، ويخضع لأحكام القانون رقم /٢٨/ لعام ٢٠١٠ الذي حدد أغراضه بتقديم قروض للمشاريع الصناعية العامة والخاصة والمشاريع الاستثمارية الأخرى والمساهمة بالنهوض بالاقتصاد الوطني.

- **مصرف التوفير:** ويختص بالتسليف ذي الأجل القصير والمتوسط والطويل وتعبئة الموارد والادخارات وتوجيهها بما يحقق غايات المصرف، ويخضع لأحكام المرسوم التشريعي رقم /٢٩/ لعام ٢٠٠٥.

- **المصرف الزراعي التعاوني:** يهدف لخدمة وتمويل قطاع الزراعة بشقيه النباتي والحيواني، ويخضع لأحكام المرسوم التشريعي رقم /٣٠/ لعام ٢٠٠٥.

- **مصرف التسليف الشعبي:** يقوم بممارسة جميع العمليات المصرفية كقبول الودائع بكل أنواعها وآجالها وفتح الحسابات الجارية وإصدار شهادات الاستثمار ويخضع لأحكام المرسوم التشريعي رقم /٣٢/ لعام ٢٠٠٥.

٢- مصارف القطاع الخاص:

بعد غياب العمل المصرفي الخاص عن سوريا لمدة تقارب الأربعين عاماً صدر القانون رقم /٢٨/ لعام ٢٠٠١ المتضمن تأسيس المصارف الخاصة، إضافة إلى المرسوم التشريعي رقم /٣٥/ لعام ٢٠٠٥ المتضمن إحداث المصارف الإسلامية، وسوف أقوم باستعراض المصارف الخاصة العاملة في سوريا وفق الآتي:

أ- المصارف الخاصة التقليدية:

بلغ عدد المصارف الخاصة التقليدية العاملة في سوريا استناداً إلى سجلات مصرف سورية المركزي حتى تاريخ ٢٠١٤/٩/٣٠ إحدى عشر مصرفاً وتخضع هذه المصارف لأحكام القانون رقم ٢٨/ لعام ٢٠٠١ وهذه المصارف هي:

- بنك بيمو السعودي الفرنسي: مرخص بالقرار رقم ١٨/ تاريخ ٢٠٠٣/٤/٣٠.

- بنك سورية والمهجر: مرخص بالقرار رقم ٢٠/ تاريخ ٢٠٠٣/٤/٣٠.

- المصرف الدولي للتجارة والتمويل: مرخص بالقرار رقم ١٩/ تاريخ ٢٠٠٣/٤/٣٠.

- البنك العربي - سورية: مرخص بالقرار رقم ٣٤/ تاريخ ٢٠٠٤/٩/٢٢ والمعدل بالقرار رقم ٢٨/ تاريخ ٢٠٠٥/١/٤.

- بنك عودة - سورية: مرخص بالقرار رقم ٢٢/ تاريخ ٢٠٠٥/٦/١ والمعدل بالقرار رقم ٤١/ تاريخ ٢٠٠٧/٦/٢١.

- بنك بيبيلوس - سورية: مرخص بالقرار رقم ١١/ تاريخ ٢٠٠٥/٣/١٠.

- بنك سورية والخليج: مرخص بالقرار رقم ٣٢/ تاريخ ٢٠٠٦/٤/١٣.

- بنك الأردن - سورية: مرخص بالقرار رقم ٣٦/ تاريخ ٢٠٠٧/٥/٢٧.

- بنك فرنسبنك - سورية: مرخص بالقرار رقم ٣٢/ تاريخ ٢٠٠٧/٥/٧.

- بنك الشرق: مرخص بالقرار رقم ٢٦/ تاريخ ٢٠٠٨/٤/١٠.

- بنك قطر الوطني: مرخص بالقرار رقم ٥/م و تاريخ ٢٠٠٩/١/١٨ والمعدل بالقرار رقم ١٩/م و تاريخ ٢٠٠٩/٢/١٢.

وتجدر الإشارة إلى وجود مصرفين خاصين مرخصين وغير مسجلين في سجل المصارف وهما بنك الأمان التجاري وبنك الكويت الوطني - سورية.

كما نشير إلى المرسوم التشريعي رقم ٥٦/ المتضمن إحداث مصارف الاستثمار والتي تخضع في إحداثها إلى القانون رقم ٢٨/ لعام ٢٠٠١. والرسوم التشريعي رقم ١٥/ لعام ٢٠٠٧ الذي سمح لمجلس النقد والتسليف بالترخيص بإحداث مؤسسات مالية مصرفية اجتماعية، تهدف إلى تقديم التمويل الصغير والمتناهي الصغر بالإضافة إلى خدمات مالية ومصرفية أخرى لشرائح معينة من السكان واستناداً لهذا المرسوم التشريعي فقد صدر القانون رقم ٩/ لعام ٢٠١٠ والمتضمن تأسيس مصرف الإبداع للتمويل الصغير والمتناهي الصغر.

ب- المصارف الخاصة الإسلامية:

بلغ عدد المصارف الإسلامية العاملة في سوريا حتى تاريخ ٣٠/٩/٢٠١٤ ثلاثة مصارف، ويحكم عمل هذا النوع من المصارف المرسوم التشريعي رقم ٣٥/ لعام ٢٠٠٥ والقانون رقم ٢٨/ لعام ٢٠٠١ بما لا يتعارض مع أحكام المرسوم ٣٥/. وهذه المصارف هي:

- بنك الشام: مرخص بالقرار رقم ٦٦/ تاريخ ٧/٩/٢٠٠٦.
- بنك سورية الدولي الإسلامي: مرخص بالقرار رقم ٦٧/ تاريخ ٧/٩/٢٠٠٦.

- بنك البركة سورية: مرخص بالقرار رقم ٤٨/م و تاريخ ٢٨/٦/٢٠٠٧ والمعدل بالقرار رقم ٦/ تاريخ ١٨/١/٢٠٠٩.

وتخضع جميع المصارف العاملة في سورية سواءً الحكومية أم الخاصة لرقابة مجلس النقد والتسليف الذي يتولى مهمة العمل على تنظيم مؤسسات النقد والتسليف في الجمهورية العربية السورية وتنسيق فعاليتها.^١

^١ المادة الأولى من قانون النقد الأساسي رقم ٢٣/ لعام ٢٠٠٢.

الفرع الثاني

تعريف العمليات المصرفية وأنواعها

أولاً: تعريف العمليات المصرفية:

إن محاولة وضع تعريف جامع مانع للعمليات المصرفية انطلاقاً من موضوعها أو مضمونها إنما هو أمر بالغ الصعوبة نظراً لتشعبها وسرعة تطورها واختلافها تبعاً لتخصص المصرف وحاجة السوق^(١)، فالصناعة المصرفية كنشاط اقتصادي في تطور مستمر والابتكارات المصرفية مستمرة من يوم إلى آخر^(٢).

فالعمليات المصرفية لم تظهر وتتشكل دفعة واحدة، إذ أنها بدأت بصورة الإقراض بفائدة ومن ثم تطورت نظراً لنمو التجارة وتقدمها كما أن أسلوب ممارسة المصارف لهذه العمليات والخدمات المصرفية تطور بحسب الحاجات والأوضاع، فحركة التجارة الدولية على سبيل المثال أوجدت الحاجة إلى ظهور نظام الاعتماد المستندي الذي لم يكن معروفاً بادئ الأمر، كما أن ظهور البطاقة المصرفية يعتبر من الأساليب الحديثة التي ابتكرتها المصارف بهدف توفير الوقت وتبسيط الإجراءات على عملائها.

وعلى الرغم مما سبق بيانه إلا أننا نجد عدداً من المحاولات الفقهية والتشريعية التي هدفت إلى تعريف العمليات المصرفية، وسوف نستعرضها وفق الآتي:

(١) بهاء الدين بطيخ، مرجع سابق، ص ٢٣٠.

(٢) د. موسى متري ود. أديب ميالة، مرجع سابق، ص ١٠.

١ - تشريعياً:

لم تنطرق أغلب القوانين لوضع تعريف للعمليات المصرفية حتى أن أكثر البلاد عراقة في المجال المصرفي كفرنسا وانجلترا اكتفت بتعداد هذه العمليات دون أن تضع تعريفاً منضبطاً ومحدداً لها.

في سوريا أوردت المواد من ١٨١ حتى المادة ٢٤٥ من قانون التجارة السوري رقم ٣٣/ لعام ٢٠٠٧ تعداداً للعمليات المصرفية دون أن يقوم المشرع بوضع تعريف واضح ومحدد لها، وشمل هذا التعداد ما يلي:

- الحساب الجاري من المادة ١٨١ إلى المادة ١٩٣.
 - إيداع النقود من المادة ١٩٤ إلى المادة ٢٠٢.
 - الحوالة المصرفية من المادة ٢٠٣ إلى المادة ٢١٢.
 - إيداع الأسناد من المادة ٢١٣ إلى المادة ٢٢١.
 - الحساب المشترك من المادة ٢٢٢ إلى المادة ٢٢٤.
 - إيجار الصناديق من المادة ٢٢٥ إلى المادة ٢٣١.
 - الاعتمادات المصرفية من المادة ٢٣٢ إلى المادة ٢٤١.
- إلا أن هذا التعداد لم يأت على سبيل الحصر، وذلك بدليل نص المادة ٢٤٢/ من قانون التجارة والتي نصت على ما يلي:

"إن الأعمال المصرفية التي لم ترد في هذا الباب تخضع للقواعد العامة المطبقة على العقود التي تتصف بها ولا سيما تلك الواردة في القانون المدني وذلك على قدر اتفاقها مع مبادئ الحقوق التجارية والعرف المصرفي ومقتضيات العمل المصرفي والتجاري".

إضافة إلى ما تضمنه قانون التجارة السوري رقم ٣٣/ لعام ٢٠٠٧ من تعداد للعمليات المصرفية وشرح وتفصيل لأحكامها، فقد تضمن قانون تأسيس المصارف الخاصة رقم ٢٨/ لعام ٢٠٠٠ والمعدل بالقانون رقم ٣/ لعام ٢٠١١ في مادته ١٢/ تعداداً لبعض الخدمات المالية والأعمال المصرفية

التي تمارسها المصارف، ومن هذه العمليات نذكر قبول الودائع بالعملية السورية والأجنبية، خصم الأوراق التجارية، خصم أسناد القروض القابلة للتداول وغير القابلة، فتح حسابات جارية، الاستدانة لآجال مختلفة وقبول الكفالات بأنواعها، إضافة إلى عدد من الأعمال الأخرى التي نصت عليها هذه المادة.

وكما هو الحال في قانون التجارة فقد نصت الفقرة ١٣/ من المادة ١٢/ من القانون رقم ٢٨/ لعام ٢٠٠١ على ما يلي "وبشكل عام القيام لمصلحته أو مصلحة الغير، أو بالاشتراك معه في الجمهورية العربية السورية أو في الخارج، بجميع الخدمات المالية والمصرفية وعمليات الخصم والتسليف وإصدار الكفالات".

وهذا يدل مجدداً على استحالة القيام بوضع تعدادٍ حصري للعمليات المصرفية بسبب مرونتها وسرعة تطورها.

ولقد اعتبرت المادة ٨٥/ من قانون النقد الأساسي رقم ٢٣/ لعام ٢٠٠٢ أعمالاً مصرفية تلك التي ورد تعدادها في المادة ١٢/ من القانون ٢٨/ لعام ٢٠٠١م، وأضافت إلى هذا التعداد شراء وبيع وخصم سندات وأذونات الخزينة وحيازاتها وممارسة عملية نظام إعادة شراء السندات /الريبو/، وممارسة شراء وبيع أسهم وسندات الشركات المطروحة أسهمها على الاكتتاب العام وكذلك الأوراق المالية الأخرى المسموح بتداولها في الجمهورية العربية السورية وذلك وفق الضوابط والنسب التي يحددها مصرف سورية المركزي.

ويرى الباحث أن مذهب المشرع السوري بترك الباب مفتوحاً أمام إيراد المزيد من العمليات المصرفية ضمن التعداد المشار إليه أعلاه، وذلك من خلال ما جاء في نص الفقرة ١٣/ من المادة ١٢/ من قانون النقد الأساسي والمادة ٢٤٢/ من قانون التجارة السوري هو مذهب محمود ويتمشى مع

السرعة والمرونة اللتان تميزان العمل المصرفي، فوضع تعداد جامد ومحدد للعمليات المصرفية هو أمر غير محبذ على الإطلاق، حيث أن الأفضل هو إبقاء الباب مفتوحاً أمام إضافة عمليات أخرى.

وفي مصر وعلى خلاف ما كان متبعاً في التشريعات السابقة^(١) فإن القانون ٨٨/ لسنة ٢٠٠٣ بشأن البنك المركزي المصري والجهاز المصرفي والنقد أورد تعداداً للعمليات المصرفية في مادته ٣١/ حيث جاء في هذه المادة "يقصد بأعمال البنوك في تطبيق أحكام هذه المادة كل نشاط يتناول التمويل واستثمار تلك الأموال في تقديم التمويل والتسهيلات الائتمانية والمساهمة في رؤوس أموال الشركات وكل ما يجري العرف المصرفي على اعتباره من أعمال البنوك.

ولقد عالج قانون التجارة المصري رقم ١٧/ لعام ١٩٩٩ عدداً من العمليات، حيث تضمن ما يلي:

- ودیعة النقود، من المادة ٣٠١ وحتى المادة ٣٠٩.
- ودیعة الصكوك من المادة ٣١٠ حتى المادة ٣١٥.
- تأجير الخزائن من المادة ٣١٦ حتى المادة ٣٢٣.
- رهن الأوراق المالية من المادة ٣٢٤ حتى المادة ٣٢٨.
- الاعتماد المصرفي من المادة ٣٢٩ حتى المادة ٣٣٧.
- الاعتماد المستندي من المادة ٣٤١ حتى المادة ٣٥٠.
- الخصم من المادة ٣٥١ حتى المادة ٣٥٤.
- خطاب الضمان من المادة ٣٥٥ حتى المادة ٣٦٠.
- الحساب الجاري من المادة ٣٦١ حتى المادة ٣٧٧.

(١) بهاء الدين بطيخ، مرجع سابق، ص ٦١.

وتجدر الإشارة إلى أن قانون التجارة المصري لم يتضمن نصاً مماثلاً لنص المادة ٢٤٢/ من قانون التجارة السوري والتي تركت الباب مفتوحاً أمام إيراد المزيد من العمليات المصرفية.

إلا أن المادة ٣١/ من القانون رقم ٨٨/ لسنة ٢٠٠٣ اعتبرت من الأعمال المصرفية ما جرى العرف على اعتباره كذلك ويرى الباحث أن في ذلك تشابهاً مع نص المادة ٢٤٢/ من قانون التجارة رقم ٢٨/ لعام ٢٠٠١، ويهدف هذا النص إلى ترك الباب مفتوحاً أمام المزيد من العمليات المصرفية وعدم وضعها في قالب جامد.

أما في فرنسا فقد أوضحت الفقرة الأخيرة من المادة الأولى من قانون المصارف الفرنسي الصادر في ٢٤ كانون الثاني ١٩٨٤ أن عمليات المصارف تشمل تلقي الودائع من الجمهور وعمليات الائتمان وتزويد العميل بوسائل الدفع المختلفة^(١).

مما سبق يتبين لنا أنه لا يمكن وضع تعريف جامع مانع للعمليات المصرفية حيث أن كل القوانين المشار إليها أعلاه اكتفت بوضع تعداد للعمليات المصرفية مع ترك المجال مفتوحاً لإضافة عمليات أخرى، مع أن تعريف المصرف كمؤسسة مالية يتوقف على تعريف هذه العمليات كما سبق وتم البيان.

٢ - فقهاء:

يعرف بعض الفقهاء العمليات المصرفية بأنها: "مظاهر النشاط المالي الذي تمارسه المصارف أو البنوك"^(٢)

(١) بهاء الدين بطيخ، المرجع السابق، ص ٦١.

(٢) د. هاني دويدار، مرجع سابق، ص ٢٦٣.

ويعرفها آخرون بأنها "العمليات التي ترتبط بتداول النقود وتوزيع الائتمان أو أنها النشاط المصرفي الذي يتمثل بصفة عامة في القيام بدور الوسيط في التسويات وبدور الموزع للائتمان فضلاً عن بعض الخدمات التجارية التبعية"، إلا أن جانباً آخر من الفقه يعيب على هذه التعاريف أنها لا تُعنى بمضمون هذه العمليات أو بطبيعتها الذاتية وإنما تعنى بالنشاط المصرفي عموماً مما يفقد التعريف ما يجب أن يتوفر فيه من الدقة والانضباط اللذان يجعلانه جامعاً مانعاً^(١).

ويؤكد جانب من الفقه على أنه ليس هناك معيار فني لتحديد المقصود بالعمل المصرفي، فهناك تعداد يزيد أو ينقص للأعمال المصرفية وهو تعداد متطور بحسب ظروف الزمان والمكان والسبب في ذلك أن المصارف بدأت بداية بسيطة ومن ثم زادت واتسعت بنسب وأحجام اختلفت في الزمان والمكان شأن معظم الأنشطة التجارية^(٢).

ثانياً: أنواع العمليات المصرفية:

تبين لنا أن وضع تعريف جامع مانع للعمليات المصرفية هو أمر بالغ الصعوبة إن لم يكن مستحيلاً، وعليه كان لابد من تصنيف العمليات المصرفية في زمر وطوائف بهدف تسهيل دراستها.

وتقسم العمليات المصرفية إلى نوعين رئيسيين: النوع الأول هو عمليات المصارف التقليدية والذي يقسم بدوره إلى عمليات الإيداع وعمليات الائتمان أما النوع الثاني فهو عمليات المصارف الإسلامية، ويضاف إلى كلا النوعين سابقي الذكر أسلوب جديد نسبياً في تقديم الخدمات المصرفية ألا وهو الصيرفة الالكترونية.

(١) مُشار إليه لدى عيسى محمد الحسين، مرجع سابق، ص ٢٤ و ٢٥.

(٢) د. علي جمال الدين عوض، مرجع سابق، ص ٦.

١ - عمليات المصارف التقليدية:

تعتمد المصارف التقليدية في أغلب عملياتها على الفائدة، ولو بدا للوهلة الأولى أن هذه المصارف لا تتقاضى فوائد وعمولات من عملائها في بعض العمليات المحصورة، فإذا حصل ذلك يكون هدفه زيادة عملياتها الأساسية وإنمائها^(١).

ويعتبر دور المصارف التقليدية في منح الائتمان أهم أدوارها على الإطلاق، إلا أنها تمارس إضافةً إلى العمليات الائتمانية عمليات الإيداع، وترتبط عمليات الإيداع بعمليات الائتمان حيث أن جوهر نشاط المصارف التقليدية هو منح الائتمان بصوره المتعددة من الودائع التي تحصل عليها من عملائها^(٢).

أ - عمليات الإيداع:

قد يهدف العميل من إيداع أمواله لدى المصرف إلى تجنب مخاطر السرقة أو الضياع إذ يحفظها في مكان آمن كما هو الحال في عقد الوديعة النقدية، أو أنه يهدف من وراء الإيداع إلى الحصول على فائدة، أو قد يهدف أيضاً إلى إدارة أمواله وتحصيل أرباحها وفوائدها كما هو الحال في عقد إيداع الأسناد، إضافةً إلى ما تقدم فقد يهدف العميل إلى حفظ سرية الأشياء التي يودعها من نفائس ووثائق هامة فيعمد في هذا السياق إلى إبرام عقد إيجار الخزائن مع المصرف^(٣).

(١) د. الياس ناصيف، العقود المصرفية، منشورات الحلبي الحقوقية، بيروت، لبنان، الطبعة الثانية، ٢٠١٢، ص ٦.

(٢) د. هاني دويدار، مرجع سابق، ص ٢٧٤ و ٢٧٥.

(٣) د. علي البارودي، مرجع سابق، ص ٢٥٣.

ب- عمليات الائتمان:

إن المجال الخصب للنشاط المصرفي يتمثل في عمليات الائتمان، وتعرف عمليات الائتمان بأنها الخدمات الائتمانية التي تقدمها المصارف إلى عملائها، وتقسم هذه العمليات إلى فئتين: الفئة الأولى، عمليات التمويل ويتم بموجبها وضع النقود تحت تصرف العميل، وأهم صورها على الإطلاق القرض المصرفي والاعتماد المالي، والفئة الثانية هي خدمات الضمان التي تقدمها المصارف لعملائها تعزيزاً للائتمان الذي يحصل عليه العملاء من الغير وأهم صورها خطاب الضمان والكفالة المصرفية والاعتماد المستندي^(١).

وتجدر الإشارة إلى أن العمليات المصرفية التي وردت أثناء الحديث عن عمليات الإيداع وعمليات الائتمان ما هي إلا أمثلة على هذين النوعين من العمليات وبالتالي فإن المجال يبقى مفتوحاً أمام إضافة عمليات أخرى بحسب طبيعتها والغاية منها.

٢- عمليات المصارف الإسلامية:

تتميز المصارف الإسلامية بأنها مصارف متعددة الوظائف فهي تؤدي دور المصارف التجارية والمصارف المتخصصة. ولا تتعامل المصارف الإسلامية بالفائدة لا أخذاً ولا عطاءً كما أنها لا تتعامل بالائتمان فهي ليست مقرضة ولا مقترضة (باستثناء القرض الحسن)، وتقوم المصارف الإسلامية بتقديم التمويل وفقاً لصيغ تتناسب والشريعة الإسلامية كل ذلك على أساس تحمل المخاطر والمشاركة في النتائج ربحاً أو خسارة؛ وبالتالي إن علاقتها بعملائها ليست علاقة دائنية ومديونية بل هي علاقة مشاركة ومتاجرة^(٢).

(١) د. هاني دويدار، مرجع سابق، ص ٢٧٥.

(٢) فادي محمد الرفاعي، المصارف الإسلامية، منشورات الحلبي الحقوقية، بيروت، لبنان، الطبعة الثانية، ٢٠٠٧م، ص ١٢.

وتجدر الإشارة في سياق الحديث عن المصارف الإسلامية إلى أن عدم التعامل بالفائدة وإن كان يشكل ركناً ضرورياً لقيام المصرف الإسلامي إلا أنه لا يعتبر شرطاً كافياً ومما يؤكد على ذلك أن بعض المصارف في أنظمة وبلدان غير إسلامية قد اعتمدت نظاماً بديلاً للفائدة مثل مصارف القرية أو مصارف الادخار في ألمانيا في الثلاثينيات من القرن الماضي، وكذلك المصارف في الاتحاد السوفييتي سابقاً والتي اعتبرت نظام الفائدة نظاماً رأسمالياً بطبيعته وممارساته فلا يلزمها ولا يصلح معها.^(١)

وتستطيع المصارف الإسلامية جذب حجم كبير من رؤوس الأموال التي يتجنب أصحابها التعامل بها في المصارف التقليدية وذلك من خلال صيغ تمويل متعددة، ولقد عدت المادة ٧/ من المرسوم التشريعي رقم ٣٥/ لعام ٢٠٠٥ والقاضي بإحداث المصارف الإسلامية في سوريا العمليات المصرفية التي يجوز للمصارف الإسلامية العاملة في سوريا القيام بها وتركزت الفقرة و/ من المادة المذكورة الباب مفتوحاً أمام إضافة عمليات مصرفية أخرى شرط قيامها على غير أساس الفائدة وموافقة هيئة الرقابة الشرعية عليها وأن تسمح بها تعليمات مجلس النقد والتسليف، وفيما يلي تعداد لأهم صيغ التمويل في المصارف الإسلامية:^٢

أ- صيغة المشاركة: وتقسم بدورها إلى مشاركة ثابتة ومشاركة متناقصة.

ب- صيغة المضاربة.

ج- صيغة المراجعة: وتقسم إلى المراجعة العادية والمراجعة للآمر بالشراء.

د- صيغة الإجارة: وتقسم إلى إجارة منتهية بالتملك والإيجار التمويلي والإيجار التشغيلي.

(١) فادي محمد الرفاعي، المرجع السابق، ص ٢٠.

^٢ انظر د. منى لطفي بيطار ود. منى خالد فرحات، مرجع سابق، ص ١٤ وما بعدها.

هـ- بيع السلم: ويقسم إلى السلم البسيط والسلم الموازي والسلم المقسط.

و- صيغة الاستصناع.

٣- الصيرفة الالكترونية:

أ- تعريف العمليات المصرفية الالكترونية:

تأثرت العديد من الخدمات المصرفية بالتطور الحاصل في ميدان الاتصالات وأصبح تقديمها يتم بعيداً عن الإجراءات اليدوية واستخدام الدائم الورقية والتوقيع اليدوي المباشر^(١).

ويقصد بالعمليات المصرفية الالكترونية تقديم البنوك الخدمات المصرفية من خلال شبكات اتصال الكترونية وتقتصر صلاحية الدخول إليها على المشاركين فيها وفقاً لشروط العضوية التي تحددها المصارف وذلك من خلال أحد المنافذ على الشبكة كوسيلة لاتصال العملاء بها^(٢).

وتتعدد الخدمات المصرفية الالكترونية لتشمل عمليات السحب والإيداع وصرف الشيكات والتحويل إضافة إلى خدمات دفع وتحصيل الفواتير المختلفة.

وازدهرت العمليات المصرفية الالكترونية بظهور التجارة الالكترونية بحيث أصبحت هذه العمليات توفر وسائل الدفع الملائمة لطبيعة التجارة الالكترونية^(٣).

(١) محمود محمد أبو فروة، الخدمات البنكية الالكترونية عبر الانترنت، دار الثقافة للنشر والتوزيع، عمان، الطبعة الأولى، ٢٠٠٩م، ص ٤٩.

(٢) أ. د. محمود أحمد ابراهيم الشرقاوي، مفهوم الأعمال المصرفية الالكترونية وأهم تطبيقاتها، بحث مقدم لمؤتمر الأعمال المصرفية الإلكترونية بين الشريعة والقانون، دبي، أيار ٢٠٠٣، ص ١٧.

(٣) محمود محمد أبو فروة، مرجع سابق، ص ٤٨.

ب- مزايا العمليات المصرفية الالكترونية:

- تتصف العمليات المصرفية الالكترونية بالمرونة والسرعة، مما يتيح توسيع دائرة التعامل بها داخل المؤسسات المصرفية والمالية أو عبرها، ومما يؤمن الحماية والتكامل بين المعلومات والخدمات المصرفية الالكترونية.
- سهولة التواصل بين الداخل والخارج من خلال شبكات الاتصالات التكنولوجية المتطورة، مما يسمح بتخطي العقبات الجغرافية والزمنية في إنجاز الصفقات المصرفية والتجارية والمالية بشكل عام^(١).
- إن استخدام العمليات المصرفية الالكترونية يخفض من التكاليف الكبيرة التي تتحملها المصارف عادةً لإجراء عملياتها المختلفة.
- وتؤكد المعطيات الدولية أن تكلفة إجراء المعاملات المصرفية بواسطة الانترنت تشكل نحو ٠,٢% من تكلفتها في حالة الاعتماد على فرع المصرف، و ٣,٦% في حالة استخدام خدمة الهاتف، بينما تشكل ٨% في حال استخدام جهاز الصراف الآلي^(٢).

المطلب الثاني

خصائص العمليات المصرفية ومصادر أحكامها

تتميز العمليات المصرفية بعدد من الخصائص التي تميزها عن غيرها من الأعمال والأنشطة، كما أنها تستمد أحكامها من عدد من المصادر. ويهدف هذا المطلب إلى دراسة أبرز هذه الخصائص واستعراض هذه المصادر.

(١) د. نادر عبد العزيز شافي، المصارف والنقود الالكترونية، المؤسسة الحديثة للكتاب،

طرابلس، لبنان، الطبعة الأولى، ٢٠٠٧م، ص ١٥٥ و ١٥٦.

(٢) أ. د. محمود أحمد إبراهيم الشرقاوي، مرجع سابق، ص ١٨.

الفرع الأول

خصائص العمليات المصرفية

أولاً: الصفة التجارية:

تعد العمليات المصرفية من الأعمال التجارية بحكم ماهيتها الذاتية وذلك بدلالة نص الفقرة /د/ من المادة /٦/ من قانون التجارة السوري رقم /٣٣/ لعام ٢٠٠٧، والفقرة /و/ من المادة /٥/ من قانون التجارة المصري رقم /١٧/ لعام ١٩٩٩، ويترتب على إسباغ الصفة التجارية على العمليات المصرفية أن تطبق على هذه العمليات الأحكام العامة المطبقة على الأعمال التجارية والواردة في قانون التجارة السوري وتحديداً في المواد من /١٠٤/ وحتى المادة /١١٦/ والتي تقابلها المواد من /٤٧/ وحتى /٧١/ من قانون التجارة المصري والتي تضمنت أيضاً الأحكام العامة للأعمال التجارية.

هذا وتعتبر العمليات المصرفية بالنسبة إلى المصرف عمليات تجارية ولو تمت بصفة منفردة ولو تمت لصالح شخص غير تاجر، فالأعمال المصرفية ترد على النقود أو الأوراق المالية أو الائتمان والمصرف القائم بها يتوسط في تداول هذه الثروات بقصد تحقيق الربح^(١).

أما بالنسبة للتعامل فتعد الأعمال المصرفية من حيث المبدأ عملاً مدنياً، ما لم يكن تاجراً وقام بهذه العمليات لحاجات تجارية فتكون عندئذٍ أعمالاً تجارية بالتبعية.

والذي نلفت النظر إليه أن القضاء الحديث يتوسع في مدّ الصفة التجارية إلى عمليات تباشرها المصارف لم تكن معتبرة من قبل تجارية، من ذلك ما قضت به محكمة النقض المصرية من أن جميع القروض التي يباشرها

(١) د. مصطفى كمال طه، أساسيات القانون التجاري، منشورات الحلبي الحقوقية، بيروت، لبنان، الطبعة الأولى، ٢٠٠٦، ص ٦١.

المصرف في نشاطه المعتاد تعتبر تجارية مهما كانت صفة المقترض وأياً كان الغرض الذي خصص له القرض^(١).

ولعل أهم المسائل التي يثيرها اعتبار العمليات المصرفية من قبيل الأعمال التجارية هي مسألة الإثبات.

فالأصل أن تثبت العمليات المصرفية تجاه المصرف باعتباره تاجراً بكافة طرق الإثبات.

أما بالنسبة للتعامل فلا تعتبر العقود والعمليات المصرفية عملاً تجارياً إلا بالتبعية، فإذا كان تاجراً جاز إثبات العقد بمواجهته بكافة طرق الإثبات، أما إذا كان غير تاجر فلا يجوز إثبات العقد تجاهه إلا بالطرق المقبولة في الإثبات المدني^(٢).

وقد نصت المادة ١٠٤/ من قانون التجارة السوري على جواز إثبات العقود التجارية بجميع طرق الإثبات مع الاحتفاظ بالاستثناءات الواردة في الأحكام القانونية الخاصة.

ويشير الباحث إلى وجود ميل واضح لدى المشرع السوري إلى اشتراط الكتابة لإثبات العقود المصرفية وهذا ما يمكن استنتاجه من نص المادة ٢٣٨/ من قانون التجارة وتحديد الفقرة ٣/ منها والتي أوجبت إبرام عقد تسليم الأسناد خطياً تحت طائلة البطلان، كما يمكن أيضاً ملاحظة هذا المذهب في نص المادة ١/ من القانون رقم ١٩/ لعام ٢٠١٤ والتي اعتبرت عقود القروض والتسهيلات الائتمانية الموثقة بسند خطي بين المصرف والعميل من الأسناد التنفيذية المنصوص عليها في المادة ٢٧٣/ من قانون أصول المحاكمات.

(١) مُشار إليه لدى د. علي جمال الدين عوض، مرجع سابق، ص ٧ و ٨.

(٢) د. الياس ناصيف، العقود المصرفية، مرجع سابق، ص ١٩.

هذا ونجد في قانون التجارة المصري وتحديدًا في المادة /٦٩/ نصاً مماثلاً لنص المادة /١٠٤/ من قانون التجارة السوري والمشار إليها سابقاً. وتجدر الإشارة إلى أن مبدأ حرية الإثبات في المواد التجارية أصبح محدود التطبيق، وقد تبدو هذه القسوة في الأشكال متعارضة مع المرونة والسرعة اللتين يتصف بهما القانون التجاري، بيد أن وجود هذه الأشكال من شأنه تيسير العمليات التجارية نظراً لأنها تدرأ كل نزاع لاحق حول تكوين العقد وتفسيره وشروطه^(١).

ويؤكد الدكتور علي جمال الدين عوض على أنه وبالرغم من اعتبار العمليات المصرفية من الأعمال التجارية إلا أن الالتجاء إلى الشهادة أمر نادر والغالب أن يحصل الإثبات بطريق النماذج المطبوعة التي يوقعها المصرف مع العميل أو بالقيود التي تحصل في حساب العميل وترد في الإخطارات التي ترسل إليه دورياً، كما أن هناك بعض التصرفات التي لا تثبت إلا بشكل معين ومن ذلك التصرفات التي ترد على الأوراق التجارية^(٢).

ثانياً: الإذعان:

تعتمد المصارف على أسلوب موحد في العملية الواحدة بحيث يرى بعض الشراح في فرنسا أن كثيراً من العمليات المصرفية له وصف عقود الإذعان بسبب أنه يتعذر على العملاء مناقشة معظم شروطها^(٣).

ويشير الدكتور الياس ناصيف في معرض دراسته لعقد إيداع الصكوك إلى أن المصرف غالباً ما يستقبل بوضع شروط العقد ولا يناقشها مع العميل الذي

(١) د. مصطفى كمال طه، مرجع سابق، ص ١٢ و ١٣.

(٢) د. علي جمال الدين عوض، مرجع سابق، ص ٢٦ و ٢٧.

(٣) د. علي جمال الدين عوض، المرجع السابق، ص ٢٢.

يكتفي بوضع إمضائه على العقد، مما دفع الشراح إلى اعتبار هذا العقد من عقود الإذعان، ولكن هذا الرأي غير متفق عليه^(١).

ويرى بعض الفقه أن العقود المصرفية لا تعتبر من عقود الإذعان وإن كانت شروطها مفروضة على العميل وذلك لعدة أسباب من أهمها أنها لا تتعلق بمرفق يعتبر من ضروريات الحياة، كما أن استقلال المصرف بوضع الشروط ليس إلا مظهراً من مظاهر الإسراع في إتمام العقد الذي لا يتضمن معنى الإذعان^(٢)، وتأييداً لهذا الاتجاه فقد حكم في مصر أن عقد فتح الاعتماد لا يعتبر من عقود الإذعان.

ويشير الباحث إلى أن خاصية الإذعان وإن كانت من الخصائص الملازمة لأغلب العمليات والعقود المصرفية إلا أنها ليست خاصية عامة، بحيث أننا نجد بعض العقود المصرفية الخالية من هذه الصفة وتحديداً عندما يكون العميل في مركز اقتصادي قوي كما هو حال الشركات الكبرى بحيث يتمكن من مناقشة الشروط الموضوعية من قبل المصرف وتعديلها، لا بل أنه أحياناً يتمكن من فرض شروطه الخاصة.

ويرى الباحث أنه من الطبيعي بحسبان أن المصرف تاجرٌ محترفٌ أن يقوم بصياغة عقود على درجة عالية من الدقة والاحترافية بحيث تضمن له حقوقه وفي ذلك شيء من حسن الإدارة.

وتجدر الإشارة إلى أن خاصية الإذعان الملازمة لأغلب العقود والعمليات المصرفية لا تتنافى مع الرضائية التي يجب أن تتوافر لدى إبرام العقود المصرفية عملاً بالقواعد العامة.

(١) د. الياس ناصيف، العقود المصرفية، مرجع سابق، ص ١٩ و ٢٠.

(٢) د. الياس ناصيف، العقود المصرفية، المرجع السابق، ص ١٩ و ٢٠.

ثالثاً: السرية:

تلتزم المصارف وفقاً للقواعد القانونية العامة والأعراف المتبعة في الأعمال التجارية والمصرفية بحفظ السر فيما يتعلق بالعمليات التي تجريها مع عملائها، ما لم يكن ثمة ترخيص بإعفاء المصرف من هذا الالتزام استناداً لنص القانون^(١).

ويقصد بسر المهنة المصرفي، التزام موظفي المصارف بالمحافظة على أسرار عملائهم وعدم الإفشاء بها للغير باعتبار المصرف مؤتمناً عليها بحكم مهنته، خاصة وأن علاقة المصرف مع عملائه تقوم على الثقة التي يكون عمادها كتمان المصرف لأسرار عملائه المالية^(٢).

ويعد التزام المصارف بحفظ أسرار العملاء التزاماً تقليدياً، وعرف هذا الالتزام بالكتمان المصرفي، وقد أسسه بعض الفقهاء على نصوص قانون العقوبات التي تؤثم إفشاء الأسرار، إلا أن الكتمان المصرفي كان مقررّاً بقاعدة عرفية ثابتة، التزمت بها المصارف قبل ظهور تشريعات السرية المصرفية^(٣).

وتأتي أهمية السرية المصرفية من أن الخدمات المصرفية ترتبط بالأوضاع المالية للعملاء، وهي من المسائل التي لا يُطلع الإنسان عليها إلا في أضيق حدود الثقة والمعرفة والتألف، وتتأكد هذه النزعة لدى التجار متى ارتبطت الخدمات المصرفية بنشاطهم التجاري، ذلك أنه في ظل المنافسة بين

(١) د. الياس ناصيف، موسوعة الوسيط في قانون التجارة، مرجع سابق، ص ٣٣٣.

(٢) د. أديب ميالة ود. مي محرز، بحث بعنوان السرية المصرفية في القانون السوري، منشور في مجلة جامعة دمشق للعلوم الاقتصادية والقانونية، العدد الأول، ٢٠١١م، ص ١١.

(٣) د. هاني دويدار، مرجع سابق، ص ٢٧٧.

المشروعات التجارية تعتبر الأسرار التجارية وتحديدًا ما تعلق منها بالأوضاع المالية عماد القدرة التنافسية للمشروع التجاري^(١).

ومما لا شك فيه أنه بقدر ما يحافظ المصرف على أسرار عملائه بقدر ما يزداد عددهم ويرتفع حجم تعاملاته بما يعود بالخير على الحياة الاقتصادية بأسرها، فضلاً عن أن كتمان المعاملات المصرفية فيه مردود إيجابي للاقتصاد الوطني بما يوفره من ثقة للائتمان العام^(٢).

ولمبدأ السرية المصرفية تطبيقات قضائية عديدة، أشهرها قضية Tournier (١٩٢٤) في إنجلترا، وتتلخص وقائعها في أن حساب العميل لدى المصرف أصبح مكشوفاً بمبلغ (٩) جنيهات ووقع العميل تعهداً بأن يدفع هذا المكشوف بواقع جنيه كل شهر وكتب على التعهد اسم وعنوان شركة كان على وشك أن يعين بها بعقد مدته ثلاثة أشهر، ولما تأخر في تسديد الجنيه طبقاً للتعهد الذي كتبه للمصرف اتصل مدير المصرف بالشركة هاتفياً ليعرف عنوان مسكن العميل، ودارت بينه وبين مدير الشركة محادثة كشفت خلالها مدير المصرف عن أن حساب العميل مكشوف وأنه لم يسدد ما عليه وأن هذا العميل مارس القمار بشكل مبالغ فيه لأن المصرف لاحظ أن عملية دفع - بطريق الحساب - مبالغ لمكتب رهونات على سباق الخيل، ونتيجة هذه الحادثة رفضت الشركة تجديد العقد مع العميل عند انتهائه بانقضاء الثلاثة أشهر فما كان من العميل إلا أن قام بمقاضاة المصرف على أساس مخالفته لشرطٍ ضمنى في العقد يلزمه ألا يفصح لأي شخص عن حالة الحساب أو أي معاملات خاصة به، فرفضت دعواه فاستأنف وقبلت محكمة الاستئناف

(١) د. هاني دويدار، المرجع السابق، ص ٢٧٧.

(٢) د. أديب ميالة ود. مي محرز، مرجع سابق، ص ١٢.

استثنائه وقالت أن حفظ السر هنا التزام قانوني ينشأ عن العقد مشيراً إلى وجود استثناءات ترد على الالتزام بحفظ السر المصرفي^(١).

وينظم السرية المصرفية في سوريا المرسوم التشريعي رقم /٣٠/ لعام ٢٠١٠ والذي تلزم بموجبه المؤسسات المالية بالحفاظ على سرية المعلومات التي تتعلق بهوية العملاء وحساباتهم وموجوداتهم ومعاملاتهم مع المؤسسات المالية.

إلا أن المادة الخامسة من هذا المرسوم وضعت استثناءات على تطبيق مبدأ السرية المصرفية منها ما هو متعلق بسلامة النظام النقدي ومنها ما هو متعلق بتطبيق القوانين والأنظمة النافذة المتعلقة بمكافحة غسيل الأموال وتمويل الإرهاب ومنها ما هو متعلق بالتهرب الضريبي أو رضا العميل أو الإفلاس أو بإذن القضاء، إضافة إلى حالات عديدة أخرى، وقد فرض هذا المرسوم التشريعي عقوبات جزائية بحق كل من أقدم على إفشاء المعلومات السرية المشار إليها.

أما في مصر فينظم مبدأ السرية المصرفية القانون رقم /٢٠٥/ لعام ١٩٩٠ الذي اعتبر حسابات العملاء وودائعهم وأماناتهم وضرائبهم في المصارف وكذلك المعاملات المتعلقة بها سرية ولا يجوز الاطلاع عليها أو إعطاء بيانات عنها بطريق مباشر أو غير مباشر إلا في حالات حددها هذا القانون. وجعل هذا القانون الحظر قائماً حتى لو انتهت العلاقة بين المصرف والعميل لأي سبب من الأسباب وليس لهذا النص مقابل في القانون السوري، كما فرض هذا القانون غرامات مالية على المخالفين لأحكامه.

(١) مُشار إليه د. علي جمال الدين عوض، مرجع سابق، ص ١١٩٤.

وتشكّل سرية العمليات المصرفية أحد أهم الخصائص التي تعطي التحكم أفضلية على القضاء الوطني في نظر المنازعات الناشئة عن العمليات المصرفية كما سنرى لاحقاً.

رابعاً: الاعتبار الشخصي في العمليات المصرفية:

تقوم العمليات المصرفية في معظمها وفي معظم حالاتها على الاعتبار الشخصي، والمقصود بذلك أن هذه العمليات بطبيعتها تقوم على ثقة كل من طرفيها في الآخر وهذا الاعتبار يؤثر في مضمون العمل وفي بقائه، وهو يبدو أكثر من جانب نظرة المصرف إلى عميله، فهو قبل أن يتعامل معه - وخاصة إذا كانت العملية فيها مخاطرة مالية يقدّر احتمالات وقوع الخطر بالنظر إلى أخلاقيات العميل وإمكاناته وهو لا يُقدّم على العملية إلا متى اطمأن إلى هذه العناصر، فإذا طرأ ما يهز بعض هذه العناصر تعرضت العلاقة بينهما إلى الانهيار^(١).

ومن ناحية أخرى فإن المصرف ذاته يكون محل اعتبار بالنسبة للعميل، فقد يلجأ إلى مصرف دون آخر، وذلك بالنظر لسلوك المصرف وسمعته ونوعية العمليات المصرفية التي يريد العميل من المصرف القيام بها، فهناك مصارف أكثر تخصصاً من غيرها في القيام بنوع من العمليات المصرفية^(٢). وتظهر خاصية الاعتبار الشخصي في كافة العمليات المصرفية سواء أكانت عمليات إيداع أم ائتمان، وإن كان الباحث يرى أنها أكثر بروزاً في عمليات الائتمان.

واستقر القضاء الفرنسي على ضرورة التحقق من شخصية طالب فتح الحساب الجاري وعنوانه وأهليته وما إذا كان محجوراً عليه، وإذا كان تاجراً

(١) د. علي جمال الدين عوض، المرجع السابق، ص ٢٤.

(٢) مُشار إليه لدى بهاء الدين بطيخ، مرجع سابق، ص ٢٣٦.

وجب على المصرف مطالبته بصورة عن قيده في السجل التجاري والتأكد من حسن سمعته^(١).

وتثير مسألة الاعتبار الشخصي في العمليات المصرفية قضية أخرى في غاية الأهمية ألا وهي مدى حرية المصرف في رفض العملاء ورفض العمليات. فمن المستقر عليه فقهاً وقضاً في فرنسا أن للمصرف حق رفض التعامل مع شخص يريد الدخول معه في معاملات، وقد أثرت هذه المسألة في العمل بمناسبة حق المصرف في فتح حساب لشخص لا يريده بين عملائه، فذهب الرأي إلى الإقرار للمصرف بهذا الحق، ويستند هذا الرأي إلى ثلاث مبررات، الأول أنه يعتبر المصرف تاجراً وحرية التجارة مبدأ مستقر عليه وبموجبه يحق للتاجر أن يختار عملائه، والثاني أن فتح الحساب يعتبر بداية لعمليات قد ترتب مسؤولية على المصرف فمن العدل تمكينه من تفاديها بالسماح له برفض الدخول في علاقة قد تجره إلى هذه المسؤولية بسبب شخصية أو سلوك العميل، أما عن المبرر الثالث فهو أن عمليات المصارف تقوم على الاعتبار الشخصي^(٢) كما تم وسبق البيان.

هذا ونجد في قانون التجارة السوري رقم ٣٣/ لعام ٢٠٠٧ كثيراً من النصوص التي تؤكد على الاعتبار الشخصي الذي تقوم عليه العمليات المصرفية، منها على سبيل المثال نص الفقرة ٢/ من المادة ١٩٣/ التي تعطي المصرف حق إيقاف الحساب الجاري بينه وبين عميله في حال وفاة الأخير وفقد أهليته أو إفلاسه أو إعساره، وكذلك نص الفقرة ٣/ من المادة ٢٣٣/ التي أعطت المصرف حق إنهاء العمل بالاعتماد المفتوح للعميل في

(١) مشار إليه لدى د. الياس ناصيف، العقود المصرفية، مرجع سابق، ص ٢٠٠.

(٢) د. علي جمال الدين عوض، مرجع سابق، ص ١٢٠٧.

حالة وفاته أو الحجر عليه أو توقفه عن الدفع أو فقده للملاءة بعد التعاقد إذا كان المصرف لم يعلم بذلك آنذاك^(١).

ويرى الباحث أنه لا مانع من تطبيق القواعد العامة في هذا السياق وتحديدًا تلك الواردة في المادة ٦/ من القانون المدني السوري والمادة ٥/ من القانون المدني المصري واللذان تضمنتا حالات التعسف في استعمال الحق، وهذه الحالات هي:

- ١- إذا لم يكن يقصد به سوى الإضرار بالغير.
 - ٢- إذا كانت المصالح التي يرمي إلى تحقيقها قليلة الأهمية، بحيث لا تتناسب البتة مع ما يصيب الغير من ضرر بسببها.
 - ٣- إذا كانت المصالح التي يرمي إلى تحقيقها غير مشروعة.
- ويؤكد الفقه أنه وبالرغم من تمتع المصرف بحرية فتح الحساب الجاري أو رفضه، فعليه ألا يرتكب خطأ في مباشرة هذا الحق، ومن الخطأ أن يكون الرفض صادراً عن سوء نية أي بقصد الإضرار بالعمل أو لاعتبار بعيد عن الأصول المصرفية أو أصول التعامل، كما لو بني الرفض على معتقدات العمل الدينية والسياسية، ويقع عبء إثبات القصد على العمل من الناحية القانونية ولكنه من الناحية العملية يبدو الإثبات متعزراً لأن المصرف لا يلتزم بالتعبير عن أسباب رفضه^(٢).
- وبالرغم من أن الرأي السابق جاء في معرض الحديث عن عقد الحساب الجاري إلا أن الباحث لا يرى مانعاً من تطبيقه على العمليات المصرفية الأخرى.

(١) عيسى محمد الحسين، مرجع سابق، ص ٣٠.

(٢) د. الياس ناصيف، العقود المصرفية، مرجع سابق، ص ٢٠٢.

الفرع الثاني

مصادر أحكام العمليات المصرفية

تستند المصارف في ممارستها لأعمالها على مصادر معينة تستمد منها الأحكام المنظمة لهذه الأعمال.

ويأتي التشريع في مقدمة هذه المصادر تليه الأعراف والعادات المصرفية واللوائح المهنية ومن ثم الاتفاقيات الدولية وأخيراً الفقه والقضاء.

أولاً: التشريع:

تحكم العمل المصرفي مجموعة من القواعد القانونية الموجودة في عدد من القوانين مثل القوانين المصرفية وقانون التجارة وقانون الشركات والقانون المدني.

١ - القوانين المصرفية:

يأتي في مقدمتها قانون النقد الأساسي رقم ٢٣/ لعام ٢٠٠٢ والذي يضع القواعد الأساسية المنظمة للمؤسسات النقدية والمالية ويقابله في مصر القانون رقم ٨٨/ لعام ٢٠٠٣.

إضافةً لقانون النقد الأساسي يبرز قانون تأسيس المصارف الخاصة رقم ٢٨/ لعام ٢٠٠١ والمعدل بالقانون رقم ٣/ لعام ٢٠١٠ والذي ينظم العديد من المسائل المتعلقة بتأسيس المصارف الخاصة ومن ضمنها إجراءات التأسيس والحد الأدنى لرأس المال كما يتطرق للبحث في تعداد العمليات المصرفية وهذا ما سبق وتم بيانه.

يضاف إلى القانونين السابقين المرسوم التشريعي رقم ٣٠/ لعام ٢٠١٠ الخاص بالسرية المصرفية والذي يقابله في مصر القانون رقم ٢٠٥/ لعام ١٩٩٠، وقد سبق الحديث عنهما في معرض بحثنا في خاصية السرية في العمليات المصرفية.

وتجدر الإشارة في سياق الحديث عن القوانين المصرفية إلى القانون رقم ١٩/ لعام ٢٠١٤ والذي اعتبر عقود التسهيلات الائتمانية المبرمة بين المصارف وعملائها من السندات التنفيذية المنصوص عليها في قانون أصول المحاكمات، والقانون رقم ٢١/ لعام ٢٠١٤ الذي نص على إنشاء محاكم بداية مصرفية تتولى الفصل في المنازعات التي يكون المصرف طرفاً فيها.

٢- قانون التجارة:

يُعدّ قانون التجارة السوري رقم ٣٣/ لعام ٢٠٠٧ الناظم الرئيس للمعاملات التجارية عموماً والعمليات المصرفية خصوصاً حيث ورد في البابين الخامس والسادس منه وتحديدًا من المادة ١٨١/ وحتى المادة ٢٤٥/ تنظيم خاص للعمليات المصرفية.

أما في مصر فقد تضمن قانون التجارة المصري رقم ١٧/ لعام ١٩٩٩ وتحديدًا المواد من ٣٠١/ وحتى ٣٧٧/ تنظيمًا للعمليات المصرفية يشبه ما تضمنه قانون التجارة السوري وقد سبق وتم الحديث عنها.

٣- قانون الشركات:

تؤسس المصارف في سوريا ومصر على شكل شركات مساهمة وعليه كان لا بد من العودة إلى القوانين التي تتضمن الأحكام النازمة لهذا النوع من الشركات.

وفي سوريا ينظم المرسوم التشريعي رقم ٢٩/ لعام ٢٠١١ كافة أنواع الشركات، أما في مصر فتخضع المصارف والتي تتخذ شكل شركات مساهمة لأحكام القانون رقم ١٥٩/ لعام ١٩٨١ والخاص بالشركات المساهمة وشركات التوصية بالأسهم والشركات ذات المسؤولية المحدودة.

وتجدر الإشارة في هذا السياق إلى أن قانون المصارف الفرنسي الصادر في ٢٤ كانون الثاني لعام ١٩٨٤ لم يلزم المصارف باتخاذ شكل معين من أشكال الشركات، إذ تنص المادة الأولى منه على أن "المصارف تعتبر أشخاصاً

اعتبارية" وبالتالي ترك للمصارف حرية اختيار الشكل القانوني الذي تراه ملائماً^(١).

٤ - القانون المدني:

كما هو الحال بالنسبة لقانون التجارة والقوانين المصرفية فإن القانون المدني يُعدّ أحد أهم مصادر أحكام العمليات المصرفية.

فالقانون المدني يُعتبر الشريعة العامة للقانون الخاص وموطن القواعد العامة في تنظيم العلاقات الخاصة فيما لم يرد به نص خاص في قانون آخر، وعليه يجب تطبيق نصوص القانون المدني إذا لم يوجد نص خاص في التشريع التجاري على أن أحكام القانون المدني لا تنطبق حتماً في المواد التجارية إلا إذا خلا التشريع التجاري من نصوص خاصة لا بل يشترط لتطبيقها أن تكون متفقة مع مقتضيات البيئة التجارية^(٢)، وهذا ما أكد عليه نص المادة الثانية من قانون التجارة السوري رقم ٣٣/ لعام ٢٠٠٧ والذي جاء فيه:

"١- إذا انتفى النص في هذا القانون فتطبق على المواد التجارية أحكام القانون المدني.

٢- على أن تطبيق هذه الأحكام لا يكون إلا على نسبة اتفاقها مع المبادئ المختصة بالقانون التجاري والعرف التجاري".

وقد عرض القانون المدني لبعض الأحكام الخاصة بعمليات تقوم بها المصارف كالودائع والرهن والكفالة والأحكام الخاصة بمعدل الفائدة، كما يمكن الاستئناس بالقواعد العامة للالتزامات والعقود الواردة في هذا القانون فضلاً عن النصوص المتعلقة بالمسؤولية المدنية^(٣).

(١) بهاء الدين بطيخ، مرجع السابق، ص ٦٣.

(٢) د. مصطفى كمال طه، مرجع سابق، ص ٢٨.

(٣) عيسى محمد الحسين، مرجع سابق، ص ٣٤.

وتجدر الإشارة في نهاية الحديث عن التشريع كمصدر من مصادر أحكام العمليات المصرفية إلى وجود عدد من القوانين الأخرى ذات الصلة بالعمل المصرفي كقانون العقوبات وقانون تبييض الأموال ومكافحة الإرهاب.

ثانياً: **العرف المصرفي وقواعد المهنة:**

١ - العرف المصرفي:

يُعرّف العرف التجاري بشكل عام بأنه القاعدة التي درج عليها التجار فترة طويلة من الزمن مع اعتقادهم بالزامها وضرورة احترامها، ويشكل العرف مصدراً أساسياً يلي التشريع في الأهمية ويلجأ إليه القاضي، إن افتقد النص التشريعي، ويتميز العرف عن التشريع بأنه مرن ويساير التطور الدائم في الحياة التجارية^(١).

ويجب التفريق والتمييز بين العرف والعادة فالعرف كما أسلفنا قاعدة قانونية ملزمة كالقاعدة التشريعية سواءً بسواء، أما العادة فهي قاعدة تواتر اتباعها بانتظام دون أن يتوافر الاعتقاد في إلزامها وضرورة احترامها وتطبق على اعتبار أن اتفاق الأفراد قد اتجه ضمناً للأخذ بها، ولذلك تسمى العادة الاتفاقية، ويجوز للأفراد الخروج عنها بنص صريح في العقد^(٢).

أما العرف المصرفي فيُعرّف بأنه مجموعة قواعد غير مكتوبة درجت المصارف وعملائها على اتباعها في تعاملاتهم فيما بينهم، واستقرت في أذهانهم على أنها ملزمة، وتواتر العمل على تطبيقها^(٣).

ويلعب العرف دوراً بارزاً في الحياة المصرفية، وتأتي أهميته من المرونة التي يتمتع بها والتي تتسجم مع الطبيعة الخاصة للعمليات المصرفية والناجمة عن سرعة تطورها.

(١) د. مصطفى كمال طه، مرجع سابق، ص ٢٩.

(٢) د. مصطفى كمال طه، المرجع السابق، ص ٣٠ و ٣١.

(٣) مُشار إليه لدى عيسى محمد الحسين، مرجع سابق، ص ٣٦.

ويعد الاعتماد المستندي من أبرز العمليات المصرفية التي يلعب العرف دوراً بارزاً فيها.

فعقد فتح الاعتماد المستندي يقوم على أعراف دولية تُحدد كيفية إنشائه وانتهائه، وتقر جميع المحاكم لدى مختلف الدول هذه الأحكام دونما حاجة إلى تبريرها إذ أنه وفقاً للقواعد العامة قد تتكون أعراف تصبح سارية ومتبعة ويفترض بالقاضي أن يعلم بها كما هو الأمر في القوانين ولا يجوز محاسبته على الاستناد إليها أو سؤاله عن المصدر الذي من خلاله علم بها^(١).

وقد ألزمت المادة ٤/ من قانون التجارة السوري رقم ٣٣/ لعام ٢٠٠٧ القاضي بتطبيق العرف المتوطد عند تحديده لآثار العمل التجاري إلا إذا ظهر أن المتعاقدين قصدوا مخالفة العرف أو كان العرف متعارضاً مع النصوص الإلزامية.

وقد جاء في نص المادة ٢/ من قانون التجارة المصري رقم ١٧/ لعام ١٩٩٩ على أنه في حال عدم وجود نص في قانون التجارة أو غيره من القوانين المتعلقة بالمواد التجارية فإن قواعد العرف التجاري والعادات التجارية هي التي تسري على المواد التجارية، وقد أعطت هذه المادة العرف أفضلية التطبيق في المسائل التجارية على أحكام القانون المدني.

٢- قواعد المهنة:

تُعرف قواعد المهنة بأنها القواعد الخاصة بتنظيم المهنة وسيرها، وهذه لا تلزم إلا أعضاء المهنة التابعين للجهة التي أصدرتها، وحتى لو كانت الجهة التي تصدر هذه القواعد مفوضة قانوناً فإن قواعدها لا تلزم العملاء على ما يجري به القضاء الفرنسي إذ لا سلطان لها إلا على أعضائها^(٢).

(١) د. الياس ناصيف، العقود المصرفية (المجلد الثالث)، الاعتماد المستندي، منشورات الحلبي

الحقوقية، بيروت، لبنان، الطبعة الأولى، ٢٠١٤م، ص ٥٦.

(٢) د. علي جمال الدين عوض، مرجع سابق، ص ١٧.

ومن قبيل القواعد المهنية المصرفية في سوريا ما يصدر عن مجلس النقد والتسليف ومصرف سوريا المركزي من قرارات لعمل المصارف، منها مثلاً القرارات الصادرة بتحديد سعر الفائدة وما إلى ذلك.

كما تعتبر من القواعد المهنية أيضاً اللوائح الصادرة من إدارة المصرف للعاملين لديه والتي تنظم العلاقة بين هؤلاء العاملين والعملاء^(١).

ثالثاً: الاتفاقيات الدولية:

للمصادر الدولية أهمية كبيرة في القانون التجاري لما لروابطه من صفة دولية ظاهرة كثيراً ما تثير التنازع بين القوانين ومن هنا ظهرت النزعة نحو عقد اتفاقيات دولية بين الدول بهدف توحيد الأحكام والقضاء على الإشكاليات القانونية التي قد تثيرها عمليات التجارة الدولية^(٢).

وعلى اعتبار أن العمليات المصرفية أعمال تجارية فكان من الطبيعي أن نجد العديد من الاتفاقيات الدولية المعقودة بشأنها.

ونذكر في هذا السياق اتفاقية جنيف لعام ١٩٣٠ الخاصة بأسناد السحب، واتفاقية عام ١٩٣١ بشأن القانون الموحد للشيك وهما اتفاقيتان هامتان كمصدر لأحكام العمليات المصرفية على اعتبار أن الأسناد التجارية هي الأداة الأساسية للمصارف في تنفيذ عملياتها^(٣).

وتجدر الإشارة في صدد الحديث عن الاتفاقيات الدولية المتعلقة بالعمل المصرفي إلى اتفاق بازل /١/ المتعلق بالملاءة المالية للمصارف والذي حُدثت نهاية عام ١٩٩٢ كآخر أجل لتطبيقه، واتفاق بازل /٢/ والذي جاء

(١) عيسى محمد الحسين، مرجع سابق، ص ٣٧.

(٢) د. مصطفى كمال طه، مرجع سابق، ص ٣٤.

(٣) مُشار إليه لدى عيسى محمد الحسين، مرجع سابق، ص ٣٥.

لمواجهة مختلف المخاطر المصرفية خاصة منها مخاطر التشغيل وقد تقرر تطبيقه نهاية عام ٢٠٠٦^(١).

رابعاً: الفقه والقضاء:

١ - الفقه:

أمام سرعة تطور وتجدد العمليات المصرفية فقد بات من الواضح أن الاعتماد على النص التشريعي بات أمراً غير كافٍ، ومن هنا برزت أهمية الدور الذي يلعبه الفقه فقي هذا المجال وذلك من خلال تحليل النص القانوني ونقده والإضاءة على آخر مستجدات العمل المصرفي، ولا يقتصر تعبير الفقه في المجال المصرفي على الفقه القانوني وحسب بل أنه يمتد ليشمل الفقه الاقتصادي إذ أنه وبرأي الباحث لا مجال للفصل بينهما فيما خص هذا النوع من الأعمال.

ويلجأ الفقهاء عادة إلى عون رجال المصارف أنفسهم عند دراسة العمليات المصرفية كما فعل الفقيه الفرنسي جوزيف هامل عندما قدم دراسته الكلاسيكية القيمة لهذه العمليات، ويقوم رجال المصارف أنفسهم بجانب قيم من هذه الدراسات كما فعل جاك فيرو نبيير المدير العام المساعد للمصرف الفرنسي **La Societe Generale** عندما كتب عام ١٩٥٤ عن أهم التطورات التي لحقت بالعبادات المصرفية في المصارف الفرنسية بعد الحرب العالمية الثانية، وكذلك قدم جوليان ليح المدير العام للمصرف الصناعي التجاري في فرنسا عرضاً لـ "مشكلة القانون المصرفي" في عام ١٩٦٢^(٢).

ويلعب الفقه العربي دوراً بارزاً في الحياة المصرفية العربية، ونشير في هذا الصدد إلى عدد من الأساتذة الذين أغنوا المكتبة المصرفية العربية بمؤلفاتهم

(١) د. سليمان ناصر، بحث بعنوان النظام المصرفي الجزائري واتفاقيات بازل، منشور في مجلة

العلوم الاقتصادية وعلوم التسيير، العدد ٦، ٢٠٠٦م، ص ١٥١.

(٢) مشار إليه لدى د. علي البارودي، مرجع سابق، ص ٢٥١.

أمثال الدكتور رزق الله أنطاكي والدكتور نهاد السباعي والدكتور الياس ناصيف والدكتور علي جمال الدين عوض إضافة إلى العديد من الأسماء الأخرى.

٢ - القضاء:

لا يقل دور القضاء أهمية عن دور الفقه فيما يتعلق بالعمل المصرفي. فدراسة العمليات المصرفية تكون عقيمة دون عرض أحكام القضاء الصادرة في النزاعات المصرفية، فاستعراض هذه الأحكام يُمكن الباحث من الإحاطة بالناحية العملية، وهذه الإحاطة لا غنى عنها للمصارف والمتعاملين معها^(١). وقد اعتبرت المادة ٣/ من قانون التجارة السوري الاجتهاد القضائي من المصادر التي للقاضي أن يسترشد بها في حال عدم وجود نص تشريعي يمكن تطبيقه.

(١) د. علي جمال الدين عوض، مرجع سابق، ص ٢١ و ٢٢.

المبحث الثاني

التحكيم ومدى فاعليته في المنازعات المصرفية

يهدف هذا المبحث إلى تحديد مفهوم التحكيم (مطلب أول)، والبحث في إمكانية اللجوء إليه عندما يتعلق الأمر بالمنازعات المصرفية (مطلب ثانٍ).

المطلب الأول

مفهوم التحكيم

سنبحث بداية في تعريف التحكيم وأنواعه ومن ثم سنقوم بالمقارنة بينه وبين المفاهيم القانونية المشابهة بهدف الوقوف على الطبيعة القانونية الخاصة به.

الفرع الأول

تعريف التحكيم وأنواعه

أولاً: تعريف التحكيم:

١ - لغوياً:

التحكيم في اللغة العربية من الفعل حَكَمَ، وحكّمه في الأمر أي فوض إليه الحكم فيه^(١).

٢ - تشريعياً:

لم يتعرض المشرع في معظم دول العالم لتعريف التحكيم، وحسناً فعل حتى لا يُصاب التحكيم بالجمود وهو من المواضيع التي تتطلب مراجعة دائمة وإعادة نظر وكثيراً من المرونة عند التعامل معه^(٢).

(١) المنجد في اللغة والأعلام، مرجع سابق، ص ١٤٦.

(٢) بهاء الدين بطيخ، مرجع سابق، ص ٣٣ و ٣٤.

وعلى الرغم من ذلك فقد قام المشرع السوري بوضع تعريف للتحكيم حيث نصت المادة /١/ من قانون التحكيم السوري رقم /٤/ لعام ٢٠٠٨ على ما يلي:

"التحكيم: أسلوب اتفاقي قانوني لحل النزاع بدلاً من القضاء سواء أكانت الجهة التي ستتولى إجراءات التحكيم بمقتضى اتفاق الطرفين منظمة أم مركزاً دائماً للتحكيم أم لم تكن كذلك".

وقد أورد المشرع السوداني في قانون التحكيم السوداني لعام ٢٠٠٥، وكذلك نظيره التونسي في قانون التحكيم التونسي رقم /٤٢/ لعام ١٩٩٩ تعريفاً للتحكيم على غرار ما فعل المشرع السوري^(١).

أما قانون التحكيم المصري رقم /٢٧/ لعام ١٩٩٤ فلم يتضمن تعريفاً للتحكيم حاله في ذلك حال القانونين الفرنسي والبريطاني.

٣- فقهاء وقضائياً:

أمام عدم قيام المشرع في أغلب دول العالم بوضع تعريف للتحكيم فقد أصبحت هذه المهمة ملقاة على عاتق الفقه والقضاء ولقد ظهرت العديد من المحاولات الفقهية والقضائية الرامية إلى وضع تعريف للتحكيم.

فيعرفه البعض بأنه: "نوع من العدالة الخاصة ينظمه القانون ويسمح بمقتضاه إخراج بعض المنازعات عن ولاية القضاء العام في حالات معينة كي تُحل تلك المنازعات بواسطة أفراد عاديين تختارهم الخصوم كقاعدة وتسند إليهم مهمة القضاء بالنسبة لهذه المنازعات"^(٢).

ويعرفه آخرون بأنه: "ولاية قضائية استثنائية شرعت لفض المنازعات عندما تتوجه إرادات الآخرين فيما بينهم أو بينهم وبين الإدارات العامة مما يؤدي

(١) بهاء الدين بطيخ، المرجع السابق، هامش ص ٣٥.

(٢) د. عزمي عبد الفتاح عطية، قانون التحكيم الكويتي، مؤسسة دار الكتاب، الكويت، الطبعة الثانية، ٢٠١٢م، ص ١٤.

إلى سلب النزاع من قضاء الدولة وهو صاحب الولاية والأهلية لحل الخلافات التي قد تنشب فيما بينهم من خلال اختيار أشخاص يتمتعون بالكفاءة والنزاهة والحكمة وذلك للوصول إلى حكم يتمتع بحجية الأمر المقضي^(١). ويذهب آخرون إلى تعريفه بأنه: "أحد وسائل الفصل في المنازعات، فهو النظام الذي بمقتضاه يمكن الفصل في المنازعة بواسطة أفراد عاديين بعيداً عن قضاء الدولة"^(٢).

في حين يذهب البعض إلى تعريفه بأنه: "نظام للفصل في المنازعات عن طريق اتفاق طرفي علاقة قانونية معينة، عقدية كانت أم غير عقدية، على إحالة النزاع الناشئ أو الذي من المحتمل أن ينشأ بينهما على محكم أو هيئة تحكيم أو مركز أو منظمة دائمة للتحكيم للفصل فيه بحكم ملزم لطرفي النزاع على أن يتضمن اتفاقهما تعيين أسماء المحكمين أو تحديد الجهة التي يُعهد إليها بذلك"^(٣).

وعلى الصعيد القضائي نجد المحكمة الإدارية العليا في سوريا تعرفه بأنه: "ولاية قضائية استثنائية لا يمنع المحاكم من نظر الخلاف والفصل فيه فحسب بل يمنع أيضاً أطراف النزاع من ولوج باب القضاء لحل هذه الخلافات"^(٤). وتعرفه محكمة النقض المصرية بما يلي:

(١) د. محمد وليد منصور، التحكيم في العقود الإدارية "دراسة مقارنة"، منشورات فرع نقابة المحامين بدمشق، ٢٠٠٧م، ص ٥٠.

(٢) د. أحمد خليل، قواعد التحكيم، منشورات الحلبي الحقوقية، لبنان، ٢٠٠٣، ص ٩.

(٣) د. بسام عبد الرحمن شيخ العشرة، التحكيم، منشورات الجامعة الافتراضية السورية، ٢٠١٢-٢٠١٣، ص ١٧.

(٤) مُشار إليه لدى د. محمد وليد منصور، مرجع سابق، ص ٤٤.

"التحكيم ما هو إلا طريق استثنائي لفض الخصومات قوامه الخروج عن طرق التقاضي العادية وما تكلفه من ضمانات فهو يكون مقصور حتماً على ما تتصرف إرادة المحكّمين إلى عرضه على هيئة التحكيم"^(١).

ويقترح الباحث التعريف التالي للتحكيم:

"نظام بديل عن قضاء الدولة لحل المنازعات غير المرتبطة بالنظام العام والناشئة بين الأشخاص الطبيعيين أو الأشخاص الاعتباريين على حد سواء".

ثانياً: أنواع التحكيم:

إذا كان التحكيم في جوهره واحداً، إلا أنه ينقسم إلى أنواع متعددة بحسب المعيار الذي يتخذ أساساً لهذا التقسيم، وعليه يقسم التحكيم بحسب طريقة اختيار المحكّمين إلى تحكيم حر وتحكيم مؤسّساتي، ويقسم بحسب حرية الأطراف في اللجوء إليه إلى تحكيم اختياري وتحكيم إجباري وينقسم بحسب سلطة المحكم في الفصل في النزاع طبقاً للقانون ووفقاً لقواعد العدالة والإنصاف إلى تحكيم بالقانون وتحكيم طليق، وينقسم التحكيم إلى تحكيم داخلي وتحكيم تجاري دولي وفقاً لمعايير محددة سوف نقوم باستعراضها.

١ - التحكيم الحر والتحكيم المؤسّساتي:

أ- التحكيم الحر:

يُعرّف التحكيم الحر بأنه التحكيم الذي يتولى فيه أطراف اتفاق التحكيم عملية اختيار أعضاء هيئة التحكيم دون أن يقوموا بإحالة هذا الأمر إلى هيئة أو منظمة دائمة للتحكيم^(٢).

(١) محكمة النقض المصرية، الدوائر التجارية، الطعن رقم ٥٣٧، السنة القضائية، ٧٣، تاريخ

٢٥/٣/٢٠١٤م، منشور على الموقع الرسمي لمحكمة النقض المصرية على الرابط التالي:

http://www.cc.gov.eg/Courts/Cassation_Court/All/Cassation_Court_All_Cases.aspx

تاريخ الاطلاع ١٩/١٢/٢٠١٥.

(٢) د. محمد صالح علي العوادي، التحكيم في المعاملات المصرفية، دار النهضة العربية، الطبعة

الأولى، القاهرة، ٢٠١٠م، ص ٧٠.

فأهم ما يميز التحكيم الحر هو أنه يتم بعيداً عن مراكز التحكيم الدائمة^(١).

ب- التحكيم المؤسساتي:

هو التحكيم الذي يجري تحت رعاية إحدى مؤسسات أو مراكز التحكيم الدائمة وطبقاً للائحة التحكيم الموضوعة من قبلها والتي تحدد كيفية اختيار المحكمين وكيفية سير الإجراءات أمامهم ومدى سلطتهم عند نظر النزاع والفصل فيه^(٢).

ومن أهم المؤسسات التحكيمية في الوقت الراهن المحكمة الدولية للتحكيم بغرفة التجارة الدولية بباريس، ومحكمة التحكيم الدولي في لندن والمركز الدولي لفض المنازعات الناشئة عن الاستثمار بواشنطن^(٣).

ومن الأمثلة عن مراكز التحكيم التي تهم موضوع دراستنا نذكر مركز الوساطة والتحكيم لدى اتحاد المصارف العربية.

ويتميز قانون التحكيم السوري بأنه من القوانين التي تتضمن نصوصاً منظمة لمراكز التحكيم الدائمة وتحديداً في المواد من ٥٨-٦٥، في حين لم يتطرق القانون المصري لهذه المسألة.

وقد أظهر الواقع أن أغلب عمليات التحكيم التجاري تكون حرة (توافقية) ولاسيما عندما يكون أحد الأطراف المتحاكمة دولة أو شخص من أشخاص القطاع العام^(٤).

ولكل من التحكيم الحر والمؤسساتي ميزاته وسيئاته، فالميزة الأولى للتحكيم المؤسساتي تتمثل عادة بوجود كتيب عن قواعد وإجراءات التحكيم، ففي حال محاولة أحد الأطراف عدم البدء بإجراءات التحكيم أو الاستمرار بها فإن

(١) بهاء الدين بطيخ، مرجع سابق، ص ٤٢.

(٢) إقبال القلاف، التحكيم في دولة الكويت، شركة دار العلم، حولي، ٢٠٠٨م، ص ٢٥.

(٣) د. محمد وليد منصور، مرجع سابق، ص ١٨١.

(٤) د. موسى متري ود. أديب ميالة، مرجع سابق، ص ٢٤.

القواعد المعتمدة لدى الهيئة تسمح باستمرار التحكيم وصدور قرار به يفصل النزاع، أما الميزة الثانية فتتمثل بوجود جهاز إداري خبير ومتدرب لإدارة الدعاوى التحكيمية سواء إلى جهة تعيين المحكم التحكيمية أو لدفع السلف أو لمتابعة الإجراءات، ومن المآخذ على التحكيم المؤسساتي نذكر التكلفة العالية وبخاصة في المؤسسات التي تأخذ نسبة من قيمة النزاع كما هو الحال في غرفة التجارة الدولية ويضاف إلى مسألة التكلفة العالية مسألة أخرى في غاية الأهمية ألا وهي أنه يحتاج وقتاً أكثر مما يحتاجه التحكم الحر، وفي الجانب الآخر نجد أن التحكيم الحر يتمتع بميزة في غاية الأهمية ألا وهي أنه يتناسب ورغبات الأطراف الذين يفضلونه وفق عقدهم ونزاعهم الحالي والمستقبلي ويضاف إلى هذه الميزة قلة التكلفة حيث يتميز هذا النوع من التحكيم بأنه أقل كلفة من التحكيم المؤسساتي ولا سيما عندما يتعلق الأمر بمبالغ كبيرة^(١).

كما يشير جانب من الفقه بأن التحكيم الحر هو التحكيم الأكثر ملاءمة لخاصية سرية التحكيم، مما يجعله الأكثر ملاءمة للعلاقات الاقتصادية التي تتطلب السرية^(٢).

وعليه يرى الباحث أنه أكثر أنواع التحكيم ملاءمة لخاصية السرية التي تتسم بها العمليات المصرفية.

أما العيوب المرتبطة بهذا النوع من التحكيم فهي عديدة نذكر منها توقفه على رغبة الأطراف في نجاحه ففي حال رفض أحد المتنازعين تعيين محكمه أو دفع سلفة التحكيم أو امتنع أو عرقل أي إجراء آخر فلا توجد أية قواعد يمكن الاستعانة بها لنجاح التحكيم^(٣).

(١) د. موسى متري ود. أديب ميالة، المرجع السابق، ص ٢٥ و ٢٦.

(٢) د. محمد وليد منصور، مرجع سابق، ص ١٧٧.

(٣) د. موسى متري ود. أديب ميالة، مرجع سابق، ص ٢٦.

٢- التحكيم الاختياري والتحكيم الإجباري:

أ- التحكيم الاختياري:

يكون التحكيم اختياريًا متى كان للأفراد كامل الحرية في طرح نزاعاتهم في مسألة معينة أمام القضاء أو الاتفاق على عرضها أمام هيئة التحكيم موضحين في اتفاقهم كيفية قيام التحكيم وإجراءاته وكيفية تعيين المحكمين^(١).

ب- التحكيم الإجباري:

في هذا النوع من التحكيم تنعدم إرادة الأطراف باللجوء إلى التحكيم وباختيار الجهة المختصة بنظر النزاع فيجدون أنفسهم مجبرين على اتباع طريق التحكيم لحل النزاع الناشئ بينهم دون أن يكون لهم الحق في اللجوء إلى قضاء الدولة وفي ذلك خروج عن القواعد العامة.

ولقد أثار موضوع التحكيم الإجباري الكثير من اللغط في الساحة القانونية. إذ ذهب رأي فقهي إلى القول بأن السلطة القضائية واستناداً إلى دستور الجمهورية العربية السورية هي إحدى السلطات الدستورية الثلاث وهي تشكل مظهراً من مظاهر سيادة الدولة فلا تنازعها في سلطاتها أية سلطة أخرى أو يمنع الأفراد من اللجوء إليها بصورة مطلقة خارج خيارهم أو إرادتهم وعلى هذا يعتبر التحكيم الإجباري مخالفاً بصورة صريحة للدستور^(٢).

وفي مصر قضت المحكمة الدستورية العليا بعدم دستورية نص في قانون إنشاء بنك فيصل الإسلام والذي كان ينص على اللجوء إلى التحكيم في حال حصول أي نزاع، وقد جاء رأي المحكمة جلياً في هذا الجانب حيث ذهبت إلى أنه "لا يجوز بحال أن يكون التحكيم إجبارياً يُدْعَن إليه أحد الأطراف

(١) مُشار إليه لدى بهاء الدين بطيخ، مرجع سابق، ص ٣٩.

(٢) د. محمد وليد منصور، مرجع سابق، ص ١٥٥.

إنفاذاً لقاعدة قانونية أمرة، ولا يجوز الاتفاق على خلافها، وذلك سواء كان موضوع التحكيم نزاعاً قائماً أو محتملاً^(١).

والواقع أن التحكيم الإجباري لم يعد له مكانة تُذكر خاصة بعد انهيار الأنظمة الاشتراكية^(٢)، فقد كان هذا النوع من التحكيم من خصائص الدول الاشتراكية قبل انهيار الاتحاد السوفياتي، وكان التحكيم إلزامياً بين المصالح الحكومية والمؤسسات العامة في الخلافات التي تحصل بينها عند تنفيذ المشاريع، فكان أقرب لكونه قضاءً خاصاً منه إلى التحكيم، فبالخلاف يُحال وبدون تراضٍ إلى محكمة تحكيمية "دائمة" فيها مُحكمون "دائمون" وفيها مُحكمون يختارهم أطراف النزاع.^(٣)

ويرى الباحث أن ما يعرف بالتحكيم الإجباري يخالف البديهيات اللازمة توافرها في العملية التحكيمية فالمعروف أن التحكيم عدالة اتفاقية تستلزم بدايةً اتفاق أطراف النزاع عليها وبالتالي فإن إجبارهم على سلوك طرق التحكيم يشكل خروجاً عن هذه القاعدة.

(١) د. محمد صالح علي العوادي، مرجع سابق، ص ٧٧.

(٢) د. خالد محمد القاضي، موسوعة التحكيم التجاري الدولي، دار الشروق، الطبعة الأولى، القاهرة، ٢٠٠٠م، ص ١١٧.

(٣) د. عبد الحميد الأحمد، بحث بعنوان "التحكيم بدون عقد تحكيمي: إلى أين؟"، منشور في مجلة التحكيم العالمية، بيروت، لبنان، العدد السابع والعشرون، تموز، ٢٠١٥م، ص ٨٨.

٣- التحكيم بالقانون والتحكيم بالصلح:

أ- التحكيم بالقانون:

ويعرف أيضاً بالتحكيم بالقضاء أو التحكيم المقيّد وفيه يتقيد المحكمون بقواعد القانون الموضوعي عند الفصل بالنزاع المعروض عليهم^(١).

وفي هذا النوع من التحكيم يمارس المحكم سلطة القاضي في تطبيق أحكام القانون على النزاع المطروح عليه ويلتزم بالحدود المرسومة لهذه السلطة^(٢).

وقد عالج قانون التحكيم السوري مسألة التحكيم بالقانون حيث ألزمت الفقرة ١/ من المادة ٣٨/ من قانون التحكيم السوري هيئة التحكيم بأن تطبق على موضوع النزاع القواعد القانونية التي اتفق عليها طرفا التحكيم وإذا اتفقا على تطبيق قانون دولة معينة اتبعت القواعد الموضوعية فيه دون القواعد الخاصة بتنازع القوانين ما لم يتفق الطرفان على غير ذلك.

وفي حال عدم اتفاق الأطراف أعطت الفقرة ٢/ من ذات المادة الحق لهيئة التحكيم بتطبيق القواعد الموضوعية في القانون الذي ترى أنه الأكثر اتصالاً بالنزاع.

ونجد في قانون التحكيم المصري وتحديدًا في الفقرتين ١/ و ٢/ من المادة ٣٩/ نصاً مماثلاً لما تضمنته المادة ٣٨/ من قانون التحكيم السوري. والأصل العام في معظم القوانين المقارنة هو التحكيم بالقانون^(٣).

(١) إقبال القلاف، مرجع سابق، ص ٢٦.

(٢) د. مصطفى محمد الجمال ود. عكاشة محمد عبد العال، التحكيم في العلاقات الخاصة الدولية والداخلية، منشورات الحلبي الحقوقية، بيروت، لبنان، الطبعة الأولى، ١٩٩٨، ص ١٠٨.

(٣) مشار إليه لدى بهاء الدين بطيخ، مرجع سابق، ص ٤٥.

ب- التحكيم بالصلح:

وهو التحكيم الذي لا يتقيد المُحكم فيه بأحكام القانون الموضوعية، حيث أنه يُصدر حكمه وفقاً لقواعد العدالة والإنصاف، بشرط أن يكون الحكم منطقياً ومقبولاً بعد الأخذ بالاعتبار كافة الظروف المحيطة بالقضية^(١).

وقد نصت الفقرة ٤/ من المادة ٣٨/ من قانون التحكيم السوري على ما يلي: "إذا اتفق طرفا التحكيم صراحة على تفويض هيئة التحكيم بالصلح جاز لها أن تفصل النزاع على مقتضى قواعد العدالة والإنصاف دون التقيد بأحكام القانون".

وقد تضمنت الفقرة ٤/ من المادة ٣٩/ من قانون التحكيم المصري نصاً مماثلاً.

ويرى البعض أنه في إطار البيئة المصرفية فإن أطراف العلاقة قد يكونوا بحاجة إلى الخروج عن الإطار المقيد بنصوص القانون، وتطبيق روح العدالة على نزاعهم، ومن ثم فإن صلاحية هيئة التحكيم في هذا الجانب تكون مطلقة^(٢)، ويميل الباحث إلى تبني هذا الرأي.

٤- التحكيم الدولي والتحكيم الداخلي:

أ- التحكيم الدولي:

يجب في صدد تعريفنا للتحكيم الدولي التمييز بين شكلين قد يتخذهما هذا النوع من التحكيم، أولهما هو التحكيم الدولي بالمعنى السياسي والذي يعد وسيلة دبلوماسية لفض المنازعات بين الدول^(٣)، وأكثر الخلافات تدور عادة

(١) د. محمد سالم أبو الفرج، بحث بعنوان " دور التحكيم في إنفاذ اتفاقيات التسوية الناتجة من الوساطة باعتبارها وسيلة بديلة لحل المنازعات التجارية"، منشور في مجلة التحكيم العالمية، بيروت، لبنان، العدد السابع والعشرون، تموز، ٢٠١٥م، ص ١١٤.

(٢) د. محمد صالح علي العوادي، مرجع سابق، ص ٨٣.

(٣) د. خالد محمد القاضي، مرجع سابق، ص ١٢٤.

حول الحدود أو حول اتفاقيات لها طابع سياسي أو اقتصادي تتعلق بالحدود أو المياه الإقليمية أو حول السيادة على منطقة^(١).

أما الشكل الثاني من التحكيم الدولي والذي يهمننا في معرض دراستنا فهو التحكيم التجاري الدولي وقد تطرق المشرع السوري وتحديداً في المادة /١/ من قانون التحكيم السوري إلى تعريف التحكيم التجاري الدولي بما يلي:

التحكيم التجاري الدولي: هو التحكيم الذي يكون موضوع النزاع فيه متعلقاً بالتجارة الدولية - ولو جرى داخل سورية - وذلك في الأحوال الآتية:

١- إذا كان مركز الأعمال الرئيسي لطرفي اتفاق التحكيم يقع في دولتين مختلفتين وقت إبرام اتفاق التحكيم، فإذا كان لأحد الطرفين عدة مراكز للأعمال فالعبرة للمركز الأكثر ارتباطاً بموضوع اتفاق التحكيم، وإذا لم يكن له مركز أعمال فالعبرة لمحل إقامته المعتاد.

٢- إذا كان مركز الأعمال الرئيسي لطرفي اتفاق التحكيم يقع في الدولة نفسها وقت إبرام اتفاق التحكيم وكان أحد الأماكن التالية واقعاً خارج هذه الدولة:

أ- مكان إجراء التحكيم كما عينه اتفاق التحكيم أو أشار إلى كيفية تعيينه.

ب- مكان تنفيذ جزء جوهري من الالتزامات الناشئة عن العلاقة التجارية بين الأطراف.

ج- المكان الأكثر ارتباطاً بموضوع النزاع.

٣- إذا كان موضوع النزاع الذي ينصرف إليه اتفاق التحكيم مرتبطاً بأكثر من دولة واحدة".

(١) د. عبد الحميد الأحمد، موسوعة التحكيم- التحكيم الدولي - ، الكتاب الثاني، منشورات الحلبي الحقوقية، بيروت، الطبعة الثالثة، ٢٠٠٨م، ص ٤٤.

أما في مصر فقد عالجت المادة ٣/ من قانون التحكيم المصري مسألة التحكيم الدولي بالنص على ما يلي:

"يكون التحكيم دولياً في حكم هذا القانون إذا كان موضوعه نزاعاً يتعلق بالتجارة الدولية وذلك في الأحوال الآتية:

أولاً: إذا كان المركز الرئيسي لأعمال كل من طرفي التحكيم يقع في دولتين مختلفتين وقت إبرام اتفاق التحكيم فإذا كان لأحد الطرفين عدة مراكز للأعمال فالعبرة بالمركز الأكثر ارتباطاً بموضوع اتفاق التحكيم وإذا لم يكن لأحد الطرفين مركز أعمال فالعبرة بمحل إقامته المعتاد.

ثانياً: إذا اتفق طرفا التحكيم على اللجوء إلى منظمة تحكيم أو مركز للتحكيم يوجد مقره داخل جمهورية مصر العربية أو خارجها.

ثالثاً: إذا كان موضوع النزاع الذي يشمل اتفاق التحكيم مرتبطاً بأكثر من دولة واحدة.

رابعاً: إذا كان المركز الرئيسي لأعمال كل من طرفي التحكيم يقع في نفس الدولة وقت إبرام اتفاق التحكيم وكان أحد الأماكن واقعاً خارج هذه الدولة.

أ- مكان إجراء التحكيم كما عينه اتفاق التحكيم أو أشار إلى كيفية تعيينه.

ب- مكان تنفيذ جانب جوهرى من الالتزامات الناشئة عن العلاقة التجارية بين الطرفين.

ج- المكان الأكثر ارتباطاً بموضوع النزاع".

يتضح من النصين السابقين بأن المشرعين السوري والمصري اشترطا توافر شرطين لاعتبار التحكيم دولياً ألا وهما تعلق التحكيم بالتجارة الدولية فضلاً عن توافر حالة من الحالات التي تم استعراضها في المادتين المشار إليهما أعلاه^(١).

(١) بهاء الدين بطيخ، مرجع سابق، ص ٥٠.

وقد انتقد بعض الفقه في مصر مسلك المشرع المصري في تعداده للحالات التي يكون فيها التحكيم دولياً على أساس أن المعيار العام الذي أورده وهو تعلق التحكيم بنزاع من منازعات التجارة الدولية هو معيار كافٍ لتوافر صفة الدولية في التحكيم، أما الحالات التفصيلية التي تم إيرادها فهي أقرب إلى العمل الفقهي منه إلى العمل التشريعي، لذلك فقد اكتفى المشرع الفرنسي بوضع المعيار العام وهو تعلق التحكيم بمصالح التجارة الدولية دون أن يورد أي تعداد بعد ذلك للحالات التي يكون فيها التحكيم دولياً^(١).

ويذهب الباحث إلى تبني الرأي السابق ولا يرى مانعاً من إسقاطه على قانون التحكيم السوري.

ب- التحكيم الداخلي:

يكون التحكيم داخلياً إذا لم يتعلق بمصالح التجارة الدولية، فعندما يرتبط التحكيم بعلاقة قانونية داخلية في كافة عناصرها الذاتية (الموضوع والأطراف والسبب) لا يمكن القول بأنها تتعلق بالتجارة الدولية وكذلك فلا يكون تحكيمياً دولياً وإنما داخلياً^(٢).

الفرع الثاني

التكييف القانوني للتحكيم

نميز في هذا الفرع بين نظام التحكيم والأنظمة القانونية المشابهة وصولاً إلى تحديد الطبيعة القانونية للتحكيم.

أولاً: التمييز بين التحكيم والأنظمة القانونية المشابهة:

يختلط التحكيم أحياناً ببعض الأنظمة القانونية الأخرى، وسوف نقوم بالتمييز بينه وبين تلك الأنظمة وفق ما يلي:

(١) بهاء الدين بطيخ، المرجع السابق، ص ٥١.

(٢) د. أحمد خليل، مرجع سابق، ص ١٨.

١ - التحكيم والخبرة:

يقصد بالخبرة ذلك الإجراء الذي يعهد بمقتضاه القاضي أو المحكم أو الخصوم إلى شخص ما مهمة إبداء رأيه في بعض المسائل ذات الطابع الفني التي يكون على دراية بها دون إلزام القاضي أو المحكم بهذا الرأي^(١). فالخبرة هي مجرد رأي للاستئناس وهي لا تقتيد لا الأطراف ولا المحاكم بعكس التحكيم الذي لا يمارس أبداً إلا بقصد الحصول على حكم في نزاع، فالمحكم يقوم بوظيفة القضاء ويحسم النزاع بين الخصوم ورأيه يفرض عليهم، وهو يتقيد بالأوضاع والمهل والإجراءات المقررة في باب التحكيم بينما الخبير يكتب تقريراً ولا يتقيد إلا بالإجراءات والمواعيد المقررة في قانون الإثبات^(٢).

فرأي الخبير لا يتعرض إلا للواقع وهو رأي استشاري غير ملزم للخصوم ولا للقاضي فهو يقدم المشورة وحسب، في حين أن المحكم يصدر حكماً ينهي به نزاعاً من حيث الواقع والقانون بين الخصوم ويلزمون بهذا الحكم^(٣). والعبرة في هذا الشأن ليست للألفاظ التي يصف بها أطراف النزاع من يرتضونه للقيام بالتحكيم أو لتقديم الخبرة، وإنما لحقيقة المهمة التي يعهدون له بها وما إذا كانت فصلاً في النزاع ملزماً لهما أم مجرد تقديم رأي استشاري غير ملزم، ومن ثم فقد يطلقون عليه وصف الخبير ويكون الأمر في الحقيقة متعلقاً بتحكيم، أو يطلقون وصف المحكم ويكون الأمر متعلقاً بمجرد خبرة^(٤).

(١) مشار إليه لدى د. عزمي عبد الفتاح عطية، مرجع سابق، ص ٢٣.

(٢) د. محمد وليد منصور، مرجع سابق، ص ٨١.

(٣) د. عزمي عبد الفتاح عطية، مرجع سابق، ص ٢٣.

(٤) مشار إليه لدى د. مصطفى محمد الجمال ود. عكاشة محمد عبد العال، مرجع سابق، ص ٢٩.

٢- التحكيم والصلح:

يُعرّف الصلح بأنه: "عقد يحسم به الطرفان نزاعاً قائماً أو يتوقيان به نزاعاً محتملاً، وذلك بأن يتنازل كل منهما على وجه التقابل عن جزء من ادعائه."^(١)

وعلى الرغم من التشابه بين التحكيم والصلح المتمثل بأن كلاهما يقوم على وجود الاتفاق بين المتنازعين^(٢)، إلا أن هناك فروقاً واضحة بينهما أهمها أن الصلح يقتضي بطبيعته التنازل المتبادل من الخصوم عن جزء من الحق الموضوعي محل النزاع، أما اتفاق التحكيم فلا يتضمن أي تنازل عن الحق وقد يقضي المحكم في حكمه بكل الحق لأحد الأطراف، ويعد ذلك نتيجة طبيعية للفرق بين اتفاق الصلح الذي يحل النزاع حول الحق الموضوعي بشكل مباشر وبين اتفاق التحكيم الذي يتضمن فقط وسيلة لحل النزاع حول هذا الحق^(٣).

وعليه فإن التحكيم أشد خطورة من الصلح لأن تنازل كل من المتصالحين عن جزء من حقه معروف قبل تمام الصلح، في حين أنه في التحكيم تتعذر معرفة ما قد يمكن أن يحكم به المحكمون^(٤).

٣- التحكيم والوكالة:

تُعرّف الوكالة بأنها "عقد بمقتضاه يلتزم الوكيل بأن يقوم بعمل قانوني لحساب الموكل."^(٥)

(١) المادة ٥٣/ من القانون المدني السوري الصادر بالمرسوم التشريعي رقم ٨٤ تاريخ ١٨ أيار ١٩٤٩م.

(٢) د. مصطفى محمد الجمال ود. عكاشة محمد عبد العال، مرجع سابق، ص ٢٤.

(٣) د. عزمي عبد الفتاح عطية، مرجع سابق، ص ٢٧.

(٤) د. محمد وليد منصور، مرجع سابق، ص ٧٣.

(٥) المادة ٦٦٥/ من القانون المدني السوري.

وعلى الرغم من وجود الاتفاق في كل من التحكيم والوكالة إلا أن الفارق يظهر بوضوح بينهما، فمن يصدر حكماً يلزم به الخصوم ليس كمن يعمل لحساب أحد الخصوم^(١).

فالمحكم مستقل تماماً في ممارسته لمهمته عن الطرفين الذين عيناه ولا يخضع إلا لسلطان ضميره وسلطان القانون الذي يحكم النزاع أما الوكيل فلا يستقل أثناء قيامه بالعمل الموكل فيه عن الموكل، فهو يأتمر بأمره فإن خرج عن حدود وكالته كان للموكل أن يتصل من العمل الذي أجراه لحسابه^(٢).

ولا ريب أن بعض المحكمين يعتبرون أنفسهم من الناحية النفسية وكلاء عن الخصوم وقد ناقش أحد المؤتمرات هذه المسألة وانتهى إلى ضرورة حدوث انقلاب في هذا المفهوم الخاطئ^(٣).

٤ - التحكيم والوساطة والتوفيق:

يقصد بالوساطة والتوفيق أن يتولى شخص أو أكثر في أغلب الأحيان أو أحد أصحاب الخير التوسط بين أطراف النزاع بقصد التوفيق بينهم فيما اختلفوا بشأنه وذلك بتقديم حلول أو اقتراحات تنال رضا وقبول أطراف النزاع^(٤).

وتتجلى الفروق بين التحكيم والوساطة من نواحٍ عديدة أبرزها أن الحكم في التحكيم ينظر إلى النزاع من الناحيتين القانونية والموضوعية ويقوم بإعمال حكم القواعد القانونية عليه، في حين أن الوسيط يقوم بمعاونة أطراف النزاع بغرض الوصول إلى اتفاق بينهم كما أن المحكم يتمتع بسلطات كبيرة في

(١) د. عزمي عبد الفتاح عطية، مرجع سابق، ص ٢٩.

(٢) د. مصطفى محمد الجمال ود. عكاشة محمد عبد العال، مرجع سابق، ص ٣١.

(٣) مشار إليه لدى د. عزمي عبد الفتاح عطية، مرجع سابق، ص ٣٠.

(٤) أ. أنس كيلاني وأ. عماد الدين كيلاني، الشرح الكامل لقانون التحكيم الجديد - قضاء التحكيم العام، دار الأنوار للطباعة، دمشق، ٢٠١٣م، ص ٩٨.

مواجهة أطراف النزاع أما الوسيط فلا يملك سوى مساعدتهم واستخدام الوسائل التي تؤدي إلى توقيع الأطراف لاتفاق معين^(١).

وقد يتضمن اتفاق الخصوم اللجوء إلى التوفيق قبل الالتجاء إلى التحكيم وقد يلجأ الطرفان إلى التحكيم مباشرة بدلاً من إضاعة وقتهم في التوفيق وفي هذه الحالة يكون عرض النزاع مباشرة على التحكيم صحيحاً طالما وافق الطرفان على المثل أمام التحكيم مباشرة^(٢).

ونخلص مما تقدم أن المميز الأساسي للتحكيم يكمن في طبيعة المهمة التي يُعهد بها إلى المحكم، حيث يُعهد إليه بمهمة الفصل في ادعاء (استحقاق شخص لنتائج اقتصادية أو اجتماعية ترتبها قاعدة قانونية)، أي مباشرة وظيفة كذلك التي يباشرها قضاء الدولة فالعبرة دائماً بطبيعة النشاط الذي يمارسه المحكم وعلى هذا الأساس يمكن التمييز بين التحكيم وغيره^(٣).

ثانياً: الطبيعة القانونية الخاصة للتحكيم:

ظهرت عدة اتجاهات فقهية في تحديد الطبيعة القانونية للتحكيم فهناك اتجاه نادى بالطبيعة العقدية للتحكيم بينما ذهب اتجاه آخر إلى المناداة بالطبيعة القضائية للتحكيم، وظهر اتجاه ثالث يدعو إلى الطبيعة المختلطة وأخيراً هناك من رأى أن للتحكيم طبيعة مستقلة بذاتها^(٤).

ويُعزى هذا الاختلاف الفقهي إلى المعنى الاصطلاحي للتحكيم ولكونه يجمع بين عمليتين، أحدهما يأتيه طرفا النزاع وهو إبرام اتفاق التحكيم، والآخر يأتيه

(١) د. محمد وليد منصور، مرجع سابق، ص ٩٣.

(٢) د. عزمي عبد الفتاح عطية، مرجع سابق، ص ٣١.

(٣) د. عزمي عبد الفتاح عطية، المرجع السابق، ص ٣٣.

(٤) د. محمد صالح علي العوادي، مرجع سابق، ص ٣٣.

المحكم المختار من قبلهما وهو الفصل في النزاع بحكم يحوز حجية الأمر المقضي^(١).

وسوف نقوم باستعراض هذه النظريات وفق الآتي:

١ - النظرية العقدية:

يُسلّم أنصار هذه النظرية بأن التحكيم يقوم على عمل من المحتكمين ألا وهو اتفاق التحكيم، وعمل من المحكم وهو الفصل في النزاع بقرار ملزم لطرفيه، لكنهم يرون أن العمل الأخير يرتد إلى الأول ويقوم عليه باعتباره مجرد تنفيذ له ومن ثم فإن اتفاق التحكيم يستغرق عملية التحكيم برمتها، لأن هو الذي يحقق إخراج النزاع من سلطان القضاء وإسناده إلى سلطان محكم خاص، كما يعين في الوقت ذاته المحكم الذي يتولى الفصل فيه ويحدد دائرة ولايته، وقد وجد هذا الاتجاه صدى لدى محكمة النقض الفرنسية في وقت مبكر يرجع إلى عام ١٨١٢^(٢).

كما يميل القضاء المصري إلى ترجيح هذه النظرية بقوله "إن قوام التحكيم الخروج على طرق التقاضي العادية"^(٣).

ويستند أصحاب هذا الاتجاه إلى مجموعة من الحجج والأسانيد التي تثبت صحة ما ذهبوا إليه منها ما هو متعلق بأن أعضاء هيئة التحكيم هم أفراد عاديون لا يمتون للسلطة القضائية بصلة بل أنهم يذهبون أبعد من ذلك بقولهم إن مسلك القانون الوطني يؤيد هذه الطبيعة وذلك من عدة جوانب فنجد أن المحكم يمكن أن يكون وطنياً أو أجنبياً بخلاف الوظيفة القضائية التي لا

(١) د. خالد محمد القاضي، مرجع سابق، ص ١١١.

(٢) د. مصطفى محمد الجمال ود. عكاشة محمد عبد العال، مرجع سابق، ص ٣٨ و ٣٩.

(٣) د. خالد محمد القاضي، مرجع سابق، ص ١١٢.

يشغلها سوى أحد المواطنين، إضافة إلى العديد من الحجج التي يسوقها أصحاب هذه النظرية^(١).

في مقابل هذه الحجج طالت هذه النظرية العديد من الانتقادات أبرزها أنها تتجاهل حقيقة الوظيفة التي يقوم بها المحكم، فالمحكم في الواقع يقوم بالوظيفة ذاتها التي يقوم بها القاضي وهو ينتهي في هذا الشأن إلى حكم مشابه للحكم الذي يصدره القاضي^(٢).

وإذا كان البعض قد شدد على شخصية المحكم وأنه ليس قاضياً من قضاة الدولة وبالتالي أنكر الطبيعة القضائية لعمل المحكم فإن هذه الوجهة من النظر غير كافية لإنكار الطبيعة القضائية عن العمل الصادر عن المحكم، فالمحكمين وإن كانوا أفراداً عاديين إلا أنهم يملكون سلطة القضاء التي يملكها القاضي بخصوص النزاع المعروض عليهم^(٣).

يُضاف أن هذه النظرية قد بالغت في التركيز على دور إرادة الأطراف، فإذا كان صحيحاً أن التحكيم يبدأ باتفاق، إلا أن حكم التحكيم لا يمكن أن يُعدّ عملاً تعاقدياً، إذ لو كان كذلك فكيف تكون له الحجية التي يتمتع بها في التشريعات المقارنة والتي تحول دون إمكان الطعن فيه^(٤).

٢ - النظرية القضائية:

ويرى أنصار هذه النظرية أن الطابع القضائي يغلب على طبيعة التحكيم ذلك أنه قضاء إجباري ملزم للخصوم متى اتفقوا عليه وإن المحكم لا يعمل بإرادة

(١) مشار إليه لدى د. محمد صالح علي العوادي، مرجع سابق، ص ٣٤ و ٣٥.

(٢) د. مصطفى محمد الجمال ود. عكاشة محمد عبد العال، مرجع سابق، ص ٣٩.

(٣) د. محمد صالح علي العوادي، مرجع سابق، ص ٣٧.

(٤) د. بسام عبد الرحمن شيخ العشرة، مرجع سابق، ص ١٩.

الخصوم وحدها وأن عمله هو عمل قضائي شأنه شأن العمل القضائي الصادر من السلطة القضائية للدولة^(١).

ويبدأ أنصار هذا الاتجاه من نقطة بداية أساسية وهي أن التحكيم يستجمع عناصر العمل القضائي والتي هي الادعاء والمنازعة والعضو، ويقصد بالادعاء النتائج الاقتصادية والاجتماعية التي يتوخى الشخص الحصول عليها من تطبيق قاعدة قانونية، ويقصد بالمنازعة الخلاف في وجهات النظر بين الخصوم والذي يدور حول توافق الوقائع التي يثيرها كل منهم مع فرض القاعدة القانونية التي تقرر الحل لصالحه، ويقصد بالعضو ذلك الشخص الذي يملك صلاحية حسم هذه المنازعة^(٢).

وقد أخذ على هذه النظرية بعض المآخذ حيث رأى البعض أن النظرية القضائية لا تستقيم مع طبيعة التحكيم فالقضاء سلطة عامة من سلطات الدولة لا يتولاها إلا القاضي الذي يمثل الدولة فيما يصدره من أحكام، كما يذهب منتقدو هذه النظرية إلى القول بأن المحكم لا يتقيد دائماً بالقانون كما هو الأمر بالتحكيم بالصلح، على عكس القاضي الذي يلتزم دائماً بتطبيق القانون^(٣).

وتجدر الإشارة إلى أن الفقه القانوني الحديث في مصر يتجه إلى تبني هذه النظرية واعتبار أن التحكيم حل قضائي وأن المحكم قاضٍ بالمعنى الفني الدقيق لأنه يطبق القانون على الوقائع^(٤).

(١) د. خالد محمد القاضي، مرجع سابق، ص ١١٢.

(٢) د. عزمي عبد الفتاح عطية، مرجع سابق، ص ٣٨ و ٣٩.

(٣) مشار إليه لدى د. محمد صالح علي العوادي، مرجع سابق، ص ٤٠.

(٤) انظر في ذلك د. عزمي عبد الفتاح عطية، مرجع سابق، هامش ص ٤٨.

٣- النظرية المختلطة:

يرى أصحاب هذه النظرية أن التحكيم له طبيعة مختلطة فهو عقد بالنظر إلى الوجوه التي تشتق من أصل التحكيم وهو العمل الإرادي للأطراف وهو قضاء بالنظر إلى كون الحكم الصادر يلزم الأطراف بقوة غير القوة الملزمة للعقد^(١).

وتكمن نقطة ضعف هذه النظرية في محاولتها إيجاد حد زمني فاصل بين كل من الطابع العقدي والطابع القضائي للتحكيم، خلافاً للواقع من بروز هذين الطابعين معاً منذ الاتفاق على التحكيم وحتى الانتهاء منه بتنفيذ حكم المحكم^(٢).

٤- النظرية المستقلة:

بناءً على النقد الموجه للنظريات السابقة ظهرت نظرية أخرى تدعو إلى الإقرار بالطبيعة الخاصة للتحكيم على اعتبار أن له ذاتية مستقلة تختلف عن العقود والقضاء ويرى أصحاب هذه النظرية أن التحكيم أداة متميزة لحل المنازعات فيه اتفاق وفيه قضاء وفيه ما يميزه عنهما، وبالتالي فإن عملية التحكيم لا ينبغي أن توضع في قالب قانوني أو تلبس ثوباً قانونياً معيناً، فالتحكيم له طبيعة خاصة مرجعها كونه وسيلة بديلة لحل المنازعات بعيداً عن الالتجاء إلى القضاء بإجراءاته وتعقيده، وهو بذلك يشبع حاجات اجتماعية مختلفة لا يحققها القضاء^(٣).

ويميل الباحث إلى تبني هذه النظرية على اعتبار أن التحكيم يتميز بعدد من الصفات التي تجعله يتميز عن العقود وعن قضاء الدولة في آنٍ معاً، إضافة

(١) مشار إليه لدى د. خالد محمد القاضي، مرجع سابق، ص ١١٣.

(٢) د. مصطفى محمد الجمال ود. عكاشة محمد عبد العال، مرجع سابق، ص ٤٥.

(٣) مشار إليه لدى د. محمد صالح علي العوادي، مرجع سابق، ص ٤٤.

إلى ما تظهره هذه النظرية من بعد اجتماعي للتحكيم وهو ما يعتبر في رأينا أحد أهم ميزاته فيما خص المنازعات المصرفية.

المطلب الثاني

أهمية التحكيم في المنازعات المصرفية

يهدف هذا المطلب إلى تعريف المنازعات المصرفية وتبسيط الضوء على كيفية نشوئها إضافةً إلى بحثه في إمكانية حل هذه المنازعات عن طريق التحكيم.

الفرع الأول

مفهوم المنازعات المصرفية

أولاً: تعريف المنازعات المصرفية:

١ - في اللغة:

المنازعة في اللغة العربية من الفعل نزع، وتنازع القوم أي اختلفوا.^(١)

٢ - في الاصطلاح:

يُقصد بالمنازعات المصرفية تلك الخلافات التي قد تنشأ بين المصرف وأحد عملائه في معرض قيام المصرف بتقديم أحد خدماته لهذا العميل، كما يقصد بها أيضاً ما قد يثور من خلافات بين المصارف نفسها في معرض تعاونها لتنفيذ عملية معينة.

ومن الصعب تحديد قائمة شاملة بالمنازعات التي قد تنشأ بين المصارف وعملائها، لكن من المهم أن نقوم بتصنيف وتبويب هذه الخلافات التي قد

^(١) المنجد في اللغة والأعلام، مرجع سابق، ص ٨٠١، ونشير هنا إلى أننا تطرقنا إلى تعريف المصرف من الناحية اللغوية في بداية بحثنا. وعليه نعرف المنازعات المصرفية من الناحية اللغوية بأنها الخلافات الناشئة في معرض القيام بعمليات الصرف.

تكون أموراً صغيرة يمكن تجاوزها وصولاً إلى قضايا كبيرة لا يمكن حلها إلا عن طريق التحكيم أو اللجوء إلى المحاكم^(١).

إلا أن الرأي السائد بين المصرفيين يقول بأن منازعات القطاع المالي والمصرفي هي في معظم الأحيان منازعات ناشئة عن المعاملات البسيطة مثل القروض التي تنطوي على مجرد الالتزام بالسداد^(٢).

ثانياً: أنواع المنازعات المصرفية:

١ - المنازعات الناشئة بين المصرف والعميل:

وتنشأ هذه المنازعات عن العلاقة الثنائية بين المصرف والعميل ومن الأمثلة عليها عقود القرض، كما أنها قد تنشأ في معرض تنفيذ إحدى العمليات المصرفية ذات العلاقة الثلاثية كخطاب الضمان أو الكفالة المصرفية.

٢ - المنازعات الناشئة بين المصارف:

لا يقتصر الخلاف في الحياة المصرفية على المصارف والعملاء فحسب بل قد يتعدى هذا الحد ليشمل المصارف مع بعضها البعض في بعض الأحيان وذلك في إطار العلاقات المتبادلة بينها. وقد تتعلق تلك المنازعات بأعمال التجارة الوطنية أو أعمال التجارة الدولية.

أ- بالنسبة للأعمال المالية والتجارة الوطنية:

فقد يسعى مصرف ما إلى جذب عملاء مصرف آخر بكل الوسائل مثل رفع أسعار الفوائد الدائنة لاستقطاب المودعين أو تخفيض الفوائد المدينة والعمولات وشروط الضمانات المتعارف عليها لاستقطاب مزيد من العملاء

(١) د. ناريمان عبد القادر، بحث بعنوان "اتفاق التحكيم والصيغة النموذجية له وأنواع عقود البنوك التي يمكن أن يدرج فيها"، منشور على شبكة الانترنت على الرابط التالي:

<http://ewflp.org/downloads/921201140223am531.pdf>، ص ٢٠، تاريخ الاطلاع

٢٠١٦/٢/٢٣

(٢) Inka Hanefeld, "Arbitration in Banking and Finance", 2013, NYU Journal of Law and Business, Vol 9: 917, p. 919.

المدنيين من المصارف الأخرى وقد يؤدي تزايد حدة المنافسة بين المصارف في البلد الواحد إلى علاقة متوترة بينها، كذلك قد يؤدي التوقف المفاجئ ما عن الدفع إلى إلحاق الخسارة بالمصارف التي مدته بالسيولة ومنحته ائتماناً كان قد استعمله^(١).

ب- بالنسبة للأعمال المالية والتجارة الدولية:

قد تكون الخلافات بين المصارف بعضها البعض حول التجارة الدولية فيتوقف وضع المصرف على حجم أعماله مع الخارج كما هو الحال في عمليات الاعتماد المستندي والحوالات المصرفية^(٢).
ففي حالة الحوالة المصرفية قد تتعقد مسؤولية المصرف عن التحويل الذي يتم بطريق الخطأ، أو الذي يجريه متأخراً، وقد تتعقد هذه المسؤولية بسبب إجراءاته نقلاً تنفيذاً لأمر مزور^(٣).

(١) د. ناريمان عبد القادر، مرجع سابق، ص ٢٢.

(٢) د. ناريمان عبد القادر، المرجع السابق، ص ٢٢.

(٣) د. علي جمال الدين عوض، مرجع سابق، ص ٢١٧.

الفرع الثاني

ضرورة التحكيم في المنازعات المصرفية

على الرغم من أن القطاع المالي والمصرفي يُعتبر بمثابة العمود الفقري للاقتصاد العالمي، إلا أن اللجوء إلى التحكيم بقي ولفترة طويلة محدوداً فيما خص منازعات هذا القطاع، حيث أنه كان هناك تفضيل لحل تلك المنازعات عن طريق قضاء الدولة، حتى في المدن التي تعتبر مراكز مالية هامة مثل نيويورك ولندن^(١).

ويثور التساؤل التالي هل العزوف عن التحكيم في مجال المنازعات المصرفية ناشئ عن عدم إمكانية حل هذه المنازعات عن طريق التحكيم لتعلقها بالنظام العام.

كما يثور تساؤل آخر في غاية الأهمية يتمثل في إمكانية اللجوء إلى التحكيم فيما خص هذه المنازعات في الدول ذات الاقتصاد المتحول والتي اتجهت من الاقتصاد الموجه إلى اقتصاد السوق الاجتماعي كما هو الحال في سوريا، حيث وجدت المصارف أن نسبة المخاطر القانونية والقضائية باللجوء إلى القضاء الوطني مرتفعة أيضاً^(٢).

أولاً: العمليات المصرفية والنظام العام

تقرر في قانون التحكيم السوري في الفقرة ٢/ من المادة ٩/ وكذلك في قانون التحكيم المصري في المادة ١١/ أنه لا يجوز الاتفاق على التحكيم في المسائل التي لا يجوز الصلح فيها وقد أضاف المشرع السوري أنه لا يجوز الاتفاق على التحكيم في المسائل المتعلقة بالنظام العام.

(١) Inka Hanefeld, op.cit, p. 918.

(٢) د. موسى مئري ود. أديب ميالة، مرجع سابق، ص ٧.

فما هو مدى الارتباط بين العمليات المصرفية والنظام العام؟ لابد أولاً من استعراض مفهوم النظام العام ومن ثم البحث في إمكانية حل هذه المنازعات عن طريق التحكيم.

١- تعريف النظام العام:

يقصد بالنظام العام أداء التنظيمات الأساسية التي لا غنى لأفراد المجتمع عنها للدور المنوط بها بشكل يحقق الهدف من وجودها، ويتحدد النظام العام في النظام اللاتيني بالرجوع إلى التشريع والقضاء معاً، ولا ريب في أن المسائل التي تتعلق بأسس التنظيم السياسي والاقتصادي والاجتماعي والأخلاقي للدولة من مسائل النظام العام^(١).

٢- إمكانية الاتفاق على التحكيم في المنازعات المصرفية:

إن جواز الاتفاق على التحكيم في المنازعات المصرفية يتوقف على جواز الصلح فيها، ويكون النزاع قابلاً للصلح إذا لم يكن متعلقاً بقاعدة أمرة متعلقة بالنظام العام، وفي المنازعات المصرفية تكون الحقوق المتنازع عليها حقوقاً مالية كما أنها حقوق في ذاتها غير متعلقة بالنظام العام وعليه فهي قابلة للصلح فيها الأمر الذي يجوز معه لأطراف هذه المنازعات الاتفاق على التحكيم بشأنها، لا بل يمكن القول أيضاً بأن الاتفاق على التحكيم في المنازعات المصرفية هو أمر جائز قانوناً حتى لو كانت المصالح الخاصة المرتبطة بالحقوق المتنازع عليها متعلقة بقاعدة أمرة إذ أن القاعدة الآمرة في مثل هذه الحالة لا تتعلق بالنظام العام، فمعيار ارتباط مسألة بالنظام العام ليس وجود قاعدة أمرة فحسب بل يشترط أن تكون هذه القاعدة متعلقة بالأسس

(١) د. عزمي عبد الفتاح عطية، مرجع سابق، ص ٨٤.

العامة للمجتمع كما هو الحال في مواضيع الجنسية والأحوال الشخصية والمسائل الجنائية^(١).

وبناءً عليه فإنه يجب النظر إلى مسألة التحكيم في المنازعات المصرفية بشكل مختلف وذلك في ضوء أنه إذا كان الحق الذي تحميه المنازعة المصرفية حقاً خاصاً يجوز التصالح بشأنه من قبل صاحبه فهو بهذه الحالة يجوز أن يكون محلاً للتحكيم وتلك قاعدة تسري على كل نزاع مصرفي يجوز التصالح بشأنه لأن التصالح في هذا الصدد هو حق خاص محض ولا يوجد فيه أي صفة للنظام العام، إلا أنه إذا استهدف أطراف النزاع المصرفي التتصل من أحكام قانون معين واجب التطبيق في حالة تضمنه قيوداً معينة وذلك بلجئهم إلى التحكيم فإن قصدهم يجب أن يرد عليهم وذلك بمنعهم من اللجوء إلى التحكيم^(٢).

ويرى الباحث أن التحكيم في المنازعات المصرفية هو أمر جائز من حيث المبدأ نظراً لكونها من الأمور التجارية، إلا أن ذلك لا يغني عن النظر إلى نية أطراف النزاع فيما خص اللجوء إلى التحكيم كما سبق وتم البيان، بحيث أنه إذا كان هدفهم من اللجوء إلى التحكيم هو التهرب من تطبيق إحدى القواعد المتعلقة بالنظام العام كتلك القواعد المنظمة للسياسة الاقتصادية والنظام النقدي فيجب منعهم من ذلك.

ثانياً: خصوصية التجربة السورية في العمل المصرفي:

بات واضحاً مما سبق أنه لا مانع من حيث المبدأ من عرض المنازعات المصرفية على هيئات التحكيم، إلا أن ذلك لا يروق عادة لرجال المصارف

(١) بهاء الدين بطيخ، مرجع سابق، ص ٢٦٦ و ٢٦٧.

(٢) بهاء الدين بطيخ، المرجع السابق، ص ٢٨٩.

إذ لديهم القناعة بأن المحاكم أقدر من هيئات التحكيم على فهم طبيعة هذه المنازعات والفصل فيها^(١).

إلا أن الخبرة العملية أظهرت أن القضاء في الدول ذات الاقتصاد المتحول مثل سوريا عانى من صعوبات جمة في فهم العمليات المصرفية الحديثة لأسباب عديدة منها ما هو متعلق بالتفسير ومنها ما هو متعلق بمفهوم الفائدة المصرفية إضافة إلى عدم فهم العمليات المصرفية الإسلامية^(٢).

١ - تفسير العمليات المصرفية:

إن تعدد العمليات المصرفية وتعقدها وظروف نشأتها والأسلوب الذي يتخذ لتحقيق الأهداف المطلوبة منها يجعل تكيف هذه العمليات وتفسيرها مختلفاً من حيث الروح التي تسيطر على القاضي فيها والاعتبارات التي عليه احترامها، مع الإشارة إلى أن هذا التفسير لا يختلف من الناحية القانونية عما هو معمول به في إطار القانون المدني، فالقضاء يجد صعوبة في تفسير العمل عندما يكون أمام حلقات متتابعة تنفيذاً لعملية واحدة تشارك في تنفيذها عقود متعددة كما في الاعتماد المستندي، ومن أمثلة ذلك لجوء بعض المحاكم السورية عند النظر بدعوى تتعلق بالاعتماد المستندي إلى ربط عقد فتح الاعتماد بعقد التوريد أو البيع الذي فتح من أجله، وفي ذلك مخالفة للقواعد الموحدة للاعتمادات المستندية التي تنص عن استقلال الاعتماد المستندي عن أي عقد آخر تم فتح الاعتماد من أجله^(٣).

ويشير الباحث إلى أن المادة /٢٤١/ من قانون التجارة السوري رقم /٣٣/ لعام ٢٠٠٧ أخضعت الاعتمادات المستندية إلى القواعد والأعراف الموحدة

(١) د. محمود سمير الشرفاوي، بحث بعنوان "التحكيم في المعاملات المصرفية" مقدم لمؤتمر

الأعمال المصرفية الإلكترونية بين الشريعة والقانون، دبي، أيار، ٢٠٠٣م، ص ٢٣٢٣.

(٢) د. موسى متري ود. أديب ميالة، مرجع سابق، ص ١٦.

(٣) د. موسى متري ود. أديب ميالة، المرجع السابق، ص ١٥ و ١٦.

الصادرة عن غرفة التجارة الدولية، مما يعني أن القضاء في الحالة المشار إليها قد ارتكب خطأ بمخالفته لهذه القواعد والأعراف.

٢ - الفائدة المصرفية:

هناك اختلاف كبير بين مفهوم الفائدة في العلاقات المدنية والتي هي مجرد تعويض والفائدة في الأعمال التجارية^(١).

والفائدة المصرفية هي فائدة تجارية من نوع خاص تخضع لنصوص قانونية استثنائية ولمعدلات مختلفة، من أبرز هذه النصوص القانون رقم ١٧ لعام ١٩٨٨ الذي أجاز تحديد معدلات الفوائد في العمليات المصرفية الدائنة والمدينة بما لا يتجاوز الحد الأقصى المنصوص عليه في المادة ٢٢٨ من القانون المدني السوري، كما نصت المادة ٢٤٥ من قانون التجارة السوري رقم ٣٣ لعام ٢٠٠٧ على الآتي: "خلافاً لأي نص آخر تُحدد الفائدة باتفاق الفريقين وفق مؤشرات مجلس النقد والتسليف ومصرف سورية المركزي"، يتبين من هذين النصين أن المشرع السوري استثنى الفائدة المصرفية من المعدلات والحدود التي وردت في القانون المدني وعطف بتحديددها على القرارات التي تصدر عن مجلس النقد والتسليف^(٢).

وعلى الرغم من وجود هذه النصوص لجأت المحاكم المدنية النازرة في المنازعات المصرفية إلى إجراء الخبرة في كل دعوى يزعم فيها المدعي عليه المدين للمصرف بأن الفائدة المطبقة من قبل المصرف هي فائدة فاحشة بهدف تخفيض معدل الفائدة إلى ٩% (التي وردت كتعويض وليس كفائدة

(١) د. موسى متري، بحث بعنوان "المفاهيم القانونية للفائدة"، منشور في مجلة جامعة دمشق للعلوم الاقتصادية والقانونية، المجلد ٢٩، العدد الثالث، ٢٠١٣م، ص ٦٣.

(٢) د. موسى متري، المرجع السابق، ص ٦٩.

مصرفية)، هذا التطبيق يقلق المصارف من حيث عدم الأخذ بنص قانوني صريح ومن جهة حدود الفائدة التي تشكل ربا فاحش^(١).

٣- عدم فهم العمليات المصرفية الإسلامية:

كما هو الحال فيما خص الصيرفة الخاصة التقليدية فإن الصيرفة الإسلامية حديثة العهد على الساحة السورية.

وتتميز المصارف الإسلامية بخصائص وسمات معينة وتمارس أعمالها المصرفية بأسلوب مختلف عن ذلك المتبع في المصارف التقليدية مما يعطيها خصوصية معينة في هذا المجال.

ولقد أثبتت التجربة بأن القضاء لم يأخذ في كثير من الأحكام الصادرة عنه بعين الاعتبار خصوصية المنتجات المالية الإسلامية والتي تعتبر في الحقيقة عقوداً غير مألوفة لدى الجهاز القضائي^(٢).

ونذكر في هذا السياق مثلاً على عدم قدرة القضاء على فهم العمليات المصرفية الإسلامية يتعلق بتمويل أحد المصارف الإسلامية اعتماداً لاستيراد السيارات، حيث ترد البوالص والمستندات باسم المصرف الذي يظهرها للعميل (وفقاً لقواعد عمل المصارف الإسلامية) وقد استلم العميل السيارات وامتنع عن سداد الدين فرفع المصرف الإسلامي دعوى وطلب إلقاء الحجز الاحتياطي على أموال العميل فرفض القاضي ذلك بحجة أن السيارات وصلت إلى سوريا باسم المصرف الإسلامي وفقاً للمستندات التي سلمها للعميل بالتظهير وبالتالي فالمستورد العميل والاعتماد لم يفتح باسمه، ولقد

(١) د. موسى مري ود. أديب ميالة، مرجع سابق، ص ١٨.

(٢) د. عبد الستار الخويلدي، "التحكيم في المعيار الشرعي رقم (٣١)"، بحث مقدم للمؤتمر السنوي السادي عشر (التحكيم التجاري الدولي)، جامعة الإمارات العربية المتحدة، كلية القانون، ٢٠٠٨، ص ١١٥٥.

أخذت عملية شرح آلية التمويل هذه للقاضي بعض الوقت استطاع العميل خلاله بيع السيارات للعراق قبل الحجز عليها^(١).

ويشير الباحث إلى أنه وفي أواخر العام ٢٠١٤ صدر في سوريا القانون رقم ١٩/ الذي اعتبر عقود القروض والتسهيلات الائتمانية الموثقة بسند خطي بين المصرف والعميل من الأسناد التنفيذية المنصوص عليها في قانون أصول المحاكمات المدنية، ولقد خلف صدور هذا القانون أثراً إيجابياً لدى المصارف على اعتبار أنها رأت فيه وسيلة مثلى لتحصيل حقوقها، إلا أن التطبيق العملي أثار العديد من الإشكاليات حيث تم حصر تطبيق هذا القانون بالسندات والعقود الصادرة عن المصارف العاملة داخل أراضي الجمهورية العربية السورية والخاضعة لمجلس النقد والتسليف دون المصارف الأجنبية مما يشكل برأي الباحث مجافاةً للعدالة، مع الإشارة إلى أن حصر تطبيق هذا القانون على المصارف الخاضعة لرقابة مجلس النقد والتسليف جاء بناءً على تعميم صادر عن وزارة العدل وهو ما يشكل مخالفة قانونية.

الأمر نفسه ينطبق على القانون ٢١/ لعام ٢٠١٤ والخاص بإنشاء محاكم بداية مصرفية لنظر المنازعات التي يكون أحد أطرافها مصرفاً، فما زالت هذه المحاكم حتى يومنا هذا تعاني من صعوبات جمة في تحديد اختصاصها على وجه الدقة إضافة إلى عدم قدرتها على فهم ماهية العمل المصرفي بصورة دقيقة.

فالعبرة برأينا ليس في إنشاء المحاكم بل في إيجاد الكادر القضائي المهيء للتعامل مع الدعاوى المصرفية بصورة تتناسب مع خصوصية المنازعات المصرفية.

(١) د. موسى خليل ميري، التحكيم في العمليات المصرفية في الدول ذات الاقتصاد المتحول،

بحث مقدم للمؤتمر السنوي السادس عشر (التحكيم التجاري الدولي)، جامعة الإمارات العربية

المتحدة، كلية القانون، ٢٠٠٨، ص ١٠١.

ويرى البعض أن العزوف عن التحكيم فيما خص المنازعات المصرفية يمثل وضعاً شاذاً في ظل عصر العولمة والسرعة والانفتاح الذي يشهده العالم^(١). وتتبدى ضرورة اللجوء إلى التحكيم في الميدان المصرفي عندما يتعلق الأمر بالضمانات التي تمنحها المصارف لعملائها بالمعنى الواسع لهذا الاصطلاح كخطابات الضمان والاعتمادات المستندية، وتتمثل خصوصية التحكيم في المنازعات الناشئة عن تلك العمليات لأن الأمر يتعلق في كل عملية منها بمجموعة عقدية وليس مجرد عقد واحد يربط المصرف بالعميل^(٢).

(١) د. محمد صالح علي العوادي، مرجع سابق، ص ٥١.

(٢) بهاء الدين بطيخ، مرجع سابق، ص ٢٩١ و ٢٩٢.

الفصل الثاني

النظام القانوني للتحكيم المصرفي

يُعدّ اتفاق التحكيم بمثابة حجر الزاوية في العملية التحكيمية، لأنه يثبت تراضي أطراف النزاع على اختيار التحكيم والتزامهم به كطريقة لحسم هذا النزاع^(١).

وعلى الرغم من المكانة الهامة التي يحتلها اتفاق التحكيم إلا أن ذلك لا يعني استغراقه للعملية التحكيمية برمتها حيث أن هناك عدة مراحل تلي هذا الاتفاق منها ما هو متعلق باختيار هيئة التحكيم ومنها ما هو متعلق بإجراءات نظر النزاع وصولاً إلى صدور حكم التحكيم وما يثيره ذلك من إشكاليات مرتبطة بالتنفيذ والبطالان، وتجدر الإشارة إلى أن غاية هذا الفصل هي البحث في مفهوم اتفاق التحكيم واستعراض إجراءاته دون الخوض في كافة التفاصيل نظراً لأن البحث في إجراءات التحكيم بصورة شاملة يحتاج إلى العديد من الدراسات التفصيلية ولا سيما تلك المسائل المتعلقة بحكم التحكيم، مع الإشارة أيضاً إلى أن إجراءات التحكيم في العمليات المصرفية لا تختلف عن الإجراءات التحكيمية المتبعة في التحكيم التجاري بشكل عام على اعتبار أن العمليات المصرفية هي عمليات تجارية كما سبق وتم البيان أثناء بحثنا في خصائصها، كما يهدف هذا الفصل أيضاً إلى البحث في مزايا وعيوب اللجوء إلى التحكيم في المنازعات الناشئة عن العمليات المصرفية.

وسوف نقسم هذا الفصل إلى المبحثين التاليين:

المبحث الأول: اتفاق التحكيم المصرفي وإجراءاته.

المبحث الثاني: تقييم نظام التحكيم المصرفي.

(١) د. عبد الحميد الأحمد، موسوعة التحكيم-الكتاب الثاني، مرجع سابق، ص ١٤٩.

المبحث الأول

اتفاق التحكيم المصرفي وإجراءاته

يهدف هذا المبحث إلى تحديد مفهوم اتفاق التحكيم المصرفي (مطلب أول)، وإلقاء الضوء على آلية تشكيل هيئة التحكيم والبحث في إجراءات نظر المنازعة المصرفية من قبل هذه الهيئة (مطلب ثانٍ).

المطلب الأول

مفهوم اتفاق التحكيم وشروطه

ما هو اتفاق التحكيم المصرفي؟ وما هي صورته؟ وما هي الشروط الشكلية والموضوعية الواجب توافرها فيه حتى يكون صحيحاً ومنتجاً لآثاره؟

الفرع الأول

مفهوم اتفاق التحكيم

أولاً: تعريف اتفاق التحكيم:

١ - تشريعياً:

تُعرف المادة الأولى من قانون التحكيم السوري اتفاق التحكيم بأنه "اتفاق طرفي النزاع على اللجوء للتحكيم للفصل في كلٍّ أو بعض المنازعات التي نشأت أو يمكن أن تنشأ بينهما بشأن علاقة قانونية معينة عقدية كانت أم غير عقدية".

أما المشرع المصري فيُعرفه في المادة ١٠/١ من قانون التحكيم المصري بأنه "اتفاق الطرفين على الالتجاء إلى التحكيم لتسوية كلٍّ أو بعض المنازعات التي نشأت أو يمكن أن تنشأ بينهما بمناسبة علاقة قانونية معينة عقدية كانت أم غير عقدية".

وقد عرفت المادة ٦/ من قانون التحكيم البريطاني لعام ١٩٩٦ اتفاق التحكيم بأنه "الاتفاق على عرض النزاعات الحالية أو المستقبلية على التحكيم عقدية كانت أم غير عقدية".

وتُعرفه المادة ٧/ من قانون الأونسيترال النموذجي للتحكيم التجاري الدولي لعام ١٩٨٥ والمعدل في عام ٢٠٠٦ بأنه "اتفاق بين الطرفين على أن يُحيلًا إلى التحكيم جميع أو بعض النزاعات التي نشأت أو قد تنشأ بينهما بشأن علاقة قانونية محددة، سواءً أكانت عقدية أم غير عقدية، أو يجوز أن يكون اتفاق التحكيم في شكل بند تحكيم وارد في عقد أو في شكل اتفاق منفصل". يظهر بوضوح أن جميع القوانين السابقة قد جاءت بتعاريف متشابهة لاتفاق التحكيم من حيث أنها أجازت التحكيم في المنازعات الناشئة فعلاً والمنازعات المتوقعة حدوثها على حدٍ سواء، كما أنها أجازت الاتفاق على التحكيم في العلاقات التعاقدية وغير التعاقدية.

٢ - فقهيًا وقضائيًا:

ظهرت العديد من التعاريف الفقهية والقضائية لاتفاق التحكيم. فيعرفه بعض الفقه بأنه "اتفاق الطرفين على اللجوء إلى التحكيم لتسوية كل أو بعض المنازعات التي نشأت أو يمكن أن تنشأ بينهما بمناسبة علاقة قانونية معينة عقدية كانت أم غير عقدية، فاتفق التحكيم هو أساس مشروعيته ومنه يستمد المحكم سلطة الفصل في النزاع"^(١).

ويعرفه آخرون بأنه "العقد الذي يتفق الأطراف بمقتضاه وإرادتهم الحرة على عرض النزاع القائم فعلاً أو النزاع الذي ينشأ في المستقبل بمناسبة تنفيذ

(١) د. الياس ناصيف، العقود الدولية - التحكيم الإلكتروني، منشورات الحلبي الحقوقية، الطبعة

الأولى، بيروت، ٢٠١٢م، ص ٥٣.

عقد معين على فرد أو أفراد عاديين يسمون بالمحكّمين ليفصلوا فيه بدلاً من عرضه على قضاء الدولة^(١)."

وتعرّفه محكمة النقض المصرية بالقول "اتفاق التحكيم هو دستورته ومنه يستمد المحكمون سلطانهم للفصل في النزاع"^(٢).

وهكذا يتضح لنا مما سبق أن اتفاق التحكيم ما هو إلا عقد يخضع للأحكام العامة للعقود الواردة في القانون المدني، إضافةً إلى خضوعه لأحكام خاصة واردة في قانون التحكيم، كما يتبين أن هذا العقد قد يكون في معرض نزاع قائم أو في معرض نزاع مستقبلي من المتوقع قيامه.

وفي هذا الإطار يقترح الباحث التعريف التالي لاتفاق التحكيم:

"الاتفاق الحاصل بين أطراف العلاقة على حل المنازعات الناشئة بينهم أو التي ستنشأ مستقبلاً في معرض تنفيذ هذه العلاقة عن طريق التحكيم بدلاً من عرضها على قضاء الدولة، ويستوي في ذلك أن تكون هذه المنازعات ناشئة عن تنفيذ أحد العقود أم لا".

إلا أننا نرى أن غالبية المنازعات المعروضة على التحكيم في حقيقتها ناشئة عن عقود على الرغم من جواز اللجوء إلى التحكيم في العلاقات العقدية وغير العقدية على حدٍ سواء.

وتجدر الإشارة إلى أن اتفاق التحكيم يخضع لقاعدة استقلاله عن العقد الأصلي الذي نشأ النزاع في معرض تنفيذه، ويعدّ هذا المبدأ من المبادئ

(١) د. عزمي عبد الفتاح عطية، مرجع سابق، ص ٦١.

(٢) الطعن رقم ٥٣٧، الدوائر التجارية، السنة القضائية ٧٣، تاريخ ٢٥/٣/٢٠١٤، منشور على الموقع الرسمي لمحكمة النقض المصرية على الرابط التالي:

http://www.cc.gov.eg/Courts/Cassation_Court/All/Cassation_Court_All_Cases.aspx

تاريخ الاطلاع ١٩/١٢/٢٠١٥.

المستقرة حالياً سواءً في إطار القوانين الوطنية أو المعاهدات الدولية ولوائح التحكيم^(١).

وقد قام المشرع السوري وتحديداً في المادة ١١/ من قانون التحكيم بتبني هذا الاتجاه من خلال النص على اعتبار شرط التحكيم اتفاقاً مستقلاً عن شروط العقد الأخرى، بحيث لا يترتب على إنهاء العقد أو بطلانه أو فسخه أو إنهائه أي أثر على شرط التحكيم متى كان صحيحاً بذاته، وقد تضمن قانون التحكيم المصري وتحديداً في المادة ٢٣/ منه نصاً مشابهاً.

وقد أجاز المشرع السوري لأطراف التحكيم الاتفاق على غير ذلك في حين خلا القانون المصري من نص مماثل.

ونشير في هذا الصدد إلى مسألة هامة أثارها الفقه تتعلق بإمكانية التمسك بمبدأ استقلال اتفاق التحكيم في حالة انعدام العقد الأصلي؟

لم يتضمن القانونان السوري والمصري نصاً صريحاً يعالج هذه المسألة، حيث اقتصر النص الوارد فيهما على حالات البطلان والفسخ والإنهاء، مما يعني أن كلا المشرعين قد ذهبا إلى ربط مصير اتفاق التحكيم بمصير العقد الأصلي في الحالة التي يكون فيها الأخير منعدماً^(٢).

ثانياً: أشكال اتفاق التحكيم:

قد يتخذ اتفاق التحكيم المصرفي أشكالاً متعددة تختلف تسمياتها تبعاً لاختلاف كل منها من حيث النشأة ولقد عالج المشرع السوري هذه المسألة في المادة ٧/ من قانون التحكيم السوري، وهو ما قام به المشرع المصري أيضاً وتحديداً في الفقرات ٢/ و ٣/ من المادة ١٠/ من قانون التحكيم.

(١) مشار إليه لدى د. محمد صالح علي العوادي، مرجع سابق، ص ١٠٢ و ١٠٣.

(٢) مشار إليه لدى د. محمد علي العوادي، المرجع السابق، ص ١٠٩.

فمن خلال دراسة هذه النصوص نجد أن كلا المشرعين نصا على وجود ثلاثة أشكال لاتفاق التحكيم ألا وهي شرط التحكيم ومشارطة التحكيم والتحكيم بالإحالة.

١ - شرط التحكيم:

يقصد بشرط التحكيم ذلك الشرط الذي تتضمنه بعض العقود والذي يتم بمقتضاه عرض ما يثور من نزاع ناشئ عن عقد معين على محكمين بدلاً من عرضه على قضاء الدولة^(١).

ويشير الواقع إلى أن شرط التحكيم هو الصورة الأكثر شيوعاً لاتفاق التحكيم من الناحية العملية لأنه يُبرم قبل وقوع النزاع^(٢).

ولم يشترط المشرعان السوري والمصري تضمين شرط التحكيم بيانات معينة، على عكس ما اشترطاه فيما خص المشارطة كما سنرى لاحقاً.

ومن أمثلة شرط التحكيم في المنازعات المصرفية أن يتفق المصرف فائح الاعتماد والأمر بفتح الاعتماد على أن أي نزاع ينشأ عن مطالبة المستفيد بقيمة الاعتماد المستندي يتم الفصل فيه عن طريق التحكيم، وفي هذه الحالة لا يحق للمصرف الامتناع عن الوفاء لمجرد وجود شرط التحكيم طالما أنه ليس لديه أسباب أخرى للامتناع عن تنفيذ التزامه^(٣).

وبعبارة أخرى فإن مجرد وجود شرط التحكيم في العقد لا يعني بحال من الأحوال بأن نزاعاً ما سوف ينشأ مستقبلاً، فطالما أنه لا يوجد نزاع فبإمكان المستفيد الحصول على قيمة الاعتماد المستندي فوراً ودون الحاجة للجوء إلى التحكيم.

(١) د. عزمي عبد الفتاح عطية، مرجع سابق، ص ١٢٦.

(٢) د. ناريمن عبد القادر، مرجع سابق، ص ٨.

(٣) بهاء الدين بطيخ، مرجع سابق، ص ٤٦٧ وما بعدها.

٢- مشاركة التحكيم:

تُعرّف مشاركة التحكيم بأنها الاتفاق على التحكيم الذي يتم عند نشوب النزاع وبعد قيامه.

وقد ألزم القانونان السوري والمصري أطراف النزاع في حالة مشاركة التحكيم بتحديد المسائل التي يشملها التحكيم وإلا كان باطلاً^(١).

ويُشترط لإبرام مشاركة التحكيم أن يكون النزاع قد وقع فعلاً وهي بذلك تختلف عن شرط التحكيم الذي يُبرم قبل وقوع النزاع، وتبدو فائدة المشاركة في حالة عدم إدراج الأطراف شرط التحكيم عند إبرام الاتفاق الأصلي^(٢).

ومتى كان النزاع قائماً جاز إبرام المشاركة سواءً أكان النزاع الأصلي لم يُثر أمام القضاء أو كان مثاراً بالفعل أمامه.

وقد أوجب المشرعان السوري والمصري على المحكمة التي تُرفع أمامها دعوى في مسألة أبرم بشأنها اتفاق تحكيم أن تحكم بعدم قبول الدعوى شرط إبداء هذا الدفع من المدعى عليه قبل أي طلب أو دفع آخر^(٣).

ولا يحق للمحكمة في هذه الحالة أن تحكم بعدم قبول الدعوى من تلقاء نفسها بل يجب أن تقرر ذلك بناءً على طلب أحد الأطراف وهذا ما أكدت عليه اجتهاد محكمة النقض السورية، حيث جاء في قرارها رقم /١٤٢٣/ أساس /٢١٥٩/ تاريخ ٢١/٥/٢٠٠٠ الصادر عن الغرفة المدنية الثالثة ما يلي:

"لا يجوز للمحكمة أن تثير شرط التحكيم من تلقاء نفسها لأن ذلك ليس من النظام العام"^(٤).

(١) المادة ٢/٧ من قانون التحكيم السوري والمادة ٢/١٠ من قانون التحكيم المصري.

(٢) د. عزمي عبد الفتاح عطية، مرجع سابق، ص ١٠٩.

(٣) المادة /١٠/ من قانون التحكيم السوري والمادة /١٣/ من قانون التحكيم المصري.

(٤) أ. محمد أديب الحسيني، موسوعة القضاء المدني، الطبعة الأولى، مكتبة دار البقطة العربية، دمشق، ٢٠٠٢م، ص ٥٢٩.

ومن الأمثلة على مشاركة التحكيم المصرفي، عندما يمتنع المصرف عن الوفاء بقيمة خطاب الضمان للمستفيد لأسباب تتعلق بالخطاب ذاته، فيتفق المصرف مع المستفيد على عرض النزاع الناشئ بينهما على التحكيم، ففي هذه الحالة لن يدفع المصرف الضامن قيمة خطاب الضمان إلا بعد صدور حكم التحكيم لصالح المستفيد^(١).

٣- شرط التحكيم بالإحالة:

يُعدّ شرط التحكيم بالإحالة صورة معاصرة لاتفاق التحكيم، وفقاً لهذه الصورة يُفترض أن العقد الأصلي جاء خالياً من اتفاق مباشر على تسوية المنازعات الناجمة عن طريق التحكيم، ولم يتضمن تحديد الآلية التي تتم عبرها تسوية المنازعات الناشئة عنه سواءً عن طريق القضاء أو وفقاً للوسائل الأخرى لفض المنازعات وإنما اكتفى أطراف العلاقة بالإحالة إلى عقد نموذجي أو شروط عامة معروفة في مجال تعاملهم وكان هذا العقد أو تلك الشروط تتضمن آلية لتسوية المنازعات بطريقة التحكيم وهنا يتحتم وجود صلة أو ارتباط بين العقد المتضمن والوثيقة المحال إليها^(٢).

وقد عالج المشرعان السوري والمصري شرط التحكيم بالإحالة حين اعتبراً أن كل إحالة ترد في العقد إلى وثيقة تتضمن شرط تحكيم تعتبر اتفاقاً على التحكيم متى كانت هذه الإحالة واضحة في اعتبار هذا الشرط جزءاً من العقد^(٣).

ويشترط أن تكون الإحالة واضحة وهذا المطلب لا يتحقق إلا إذا تضمنت الإحالة تخصيصاً لشرط التحكيم الذي تتضمنه الوثيقة المحال إليها، فإذا كانت الإحالة إلى الوثيقة المذكورة مجرد إحالة عامة لنصوص هذه الوثيقة دون

(١) بهاء الدين بطيخ، مرجع سابق، ص ٣٧١ و ٣٧٢.

(٢) مُشار إليه لدى د. محمد صالح علي العوادي، مرجع سابق، ص ١١٩ و ١٢٠.

(٣) المادة ٢/٧ من قانون التحكيم السوري والمادة ٣/١٠ من قانون التحكيم المصري.

تخصيص شرط التحكيم بالذكر تخصيصاً يفيد علم الطرفين بوجوده في الوثيقة فإن الإحالة لا تمتد إليه ولا يكون مُتفقاً على التحكيم بين أطراف العقد^(١).

ومن الأمثلة على شرط التحكيم المصرفي بالإحالة أن يتضمن عقد الكفالة المصرفية إشارة إلى شرط التحكيم الوارد في عقد القرض المكفول. خلاصة القول إن أساس التفرقة بين شرط التحكيم المصرفي ومشارطة التحكيم المصرفي هو أن شرط التحكيم يقوم في أساسه على منازعات مستقبلية وغير متضحة المعالم قد تحدث وقد لا تحدث، بخلاف المشارطة التي تقوم على نزاع قائم وواضح المعالم.

الفرع الثاني

شروط اتفاق التحكيم المصرفي

سبق وأشرنا إلى أن اتفاق التحكيم المصرفي هو في حقيقته عقد شأنه شأن أي عقد آخر، وعليه لا بد أن تتوافر فيه الأركان العامة للعقود والمنصوص عليها في القانون المدني وهي الرضا والأهلية والمحل والسبب وتسمى بالشروط الموضوعية لاتفاق التحكيم.

إضافةً لهذه الشروط الموضوعية اللازم توافرها في هذا الاتفاق فقد أوجب المشرعان السوري والمصري على أطراف اتفاق التحكيم أن يكون اتفاقهم هذا مكتوباً تحت طائلة البطلان، وعليه تُعد الكتابة شرطاً شكلياً لا بد من توافره في اتفاق التحكيم.

(١) د. مصطفى محمد الجمال ود. عكاشة محمد عبد العال، مرجع سابق، ص ٣٤٩.

أولاً: الشروط الموضوعية:

إن السبب وراء إبرام أطراف العلاقة لاتفاق التحكيم هو رغبتهم في حل المنازعات الناشئة أو المتوقع نشوئها بينهم عن طريق التحكيم بحيث تكون هذه المنازعات هي محل هذا الاتفاق، وسبق لنا أن بيّنا إمكانية حل هذه المنازعات عن طريق التحكيم طالما أنها ترتبط بالحقوق الخاصة لأطراف العلاقة المصرفية دون المساس بالحقوق العامة المرتبطة بالنظام العام. وعليه فإن دراستنا للشروط الموضوعية لاتفاق التحكيم المصرفي ستحصر في موضوعي الرضا والأهلية.

١- الرضا:

لا ينعقد اتفاق التحكيم المصرفي إلا بتراضي أطرافه بحيث يتطابق ما رضي به أحدهما مع ما رضي به الآخر من ناحية ويتلاقى معه من ناحية أخرى^(١). ويقصد بالرضا في اتفاق التحكيم المصرفي أن تتوافر لدى أطراف العلاقة المصرفية إرادة إبرام اتفاق التحكيم، مدركين الأثر المترتب على هذا التصرف بحيث تتوجه إرادتهم إلى اختيار التحكيم كوسيلة لحسم المنازعات المصرفية، ويتحقق الرضا بتوافق الإيجاب والقبول بين أطراف العلاقة المصرفية^(٢).

وحتى يتوافر الرضا لدى أحد المتعاقدين يجب أن يكن واعياً معنى التصرف الذي يقصده ويجريه، وهو ما يستلزم أن يكون مدركاً لماهيته وحقوقه والتزاماته فيه، وتجدر الإشارة في هذا السياق إلى أن انعدام التمييز لدى أحد العاقدين لا بد أن يصيب العقد الأصلي واتفاق التحكيم الملحق به معاً، بحيث لا يستقل أحدهما عن الآخر في هذا المجال^(٣).

(١) د. مصطفى محمد الجمل ود. عكاشة محمد عبد العال، المرجع سابق، ص ٣٨٧.

(٢) مشار إليه لدى د. محمد صالح علي العوادي، مرجع سابق، ص ١٢٩.

(٣) د. مصطفى محمد الجمل ود. عكاشة محمد عبد العال، مرجع سابق، ص ٣٨٨.

ويجب أن يتوافق الإيجاب والقبول في هذا الشأن، فلا يعتبر اتفاق التحكيم المصرفي منعقداً إذا رفض العميل الصيغة المقدمة من قبل المصرف والمتضمنة تسوية المنازعات الناشئة بينهم عن طريق التحكيم أو إذا صدر منه قبول ينطوي على تعديل لمضمون هذا الإيجاب^(١).

والأمر نفسه ينطبق على اتفاقات التحكيم المبرمة بين المصارف بعضها مع بعض.

وقد يكون التعبير عن الرضا صريحاً كأن يكون باللفظ وبالكتابة وبالإشارة المتداولة عرفاً، كما يكون باتخاذ موقف لا تدع ظروف الحال شكاً في دلالاته على حقيقة المقصود، كما يجوز أن يكون التعبير ضمناً إذا لم ينص القانون أو يتفق الطرفان على أن يكون صريحاً^(٢).

وقد نكون أمام حالة الرضا الضمني فيما خص الاتفاق على التحكيم في العمليات المصرفية، حيث أنه في إطار العمليات المصرفية وما ينتج عنها من سلسلة من الوثائق أو أنماط متعددة في التعامل قد يتم الاتفاق على التحكيم في أحدها فهل يسري الاتفاق في هذه الحالة على كافة المعاملات اللاحقة، بعبارة أخرى هل يجوز الاستناد على تواتر العمل بين المصرف والعميل أو بين المصارف بعضها البعض على تسوية المنازعات عن طريق التحكيم للقول بوجود اتفاق ضمني عليه؟ يرى بعض الفقه جواز ذلك إلا إذا تبين من العلاقة الجديدة أن الطرفين تعمداً عدم ذكر التحكيم لأنهما يريدان إقصاءه^(٣).

في حين يذهب رأي آخر إلى أن الاتفاق لا يقوم إلا إذا اتجهت إرادة الأطراف بوضوح إلى فكرة التحكيم على وجه التحديد على نحو لا يكفي معه مجرد الاتفاق على عدم الالتجاء إلى القضاء للقول بوجود اتفاق على

(١) د. محمد صالح علي العوادي، مرجع سابق، ص ١٣٠ و ١٣١.

(٢) المادة ٩٣ من القانون المدني السوري والمادة ٩٠ من القانون المدني المصري.

(٣) مُشار إليه لدى د. محمد صالح العوادي، مرجع سابق، ص ١٣٢.

التحكيم^(١)، ويميل الباحث إلى تبني هذه النظرية، نظراً إلى أن الاعتبارات التي تدفع العميل والمصرف إلى الاتفاق على التحكيم غالباً ما تختلف من عقدٍ إلى آخر.

٢- الأهلية:

يعد التزام التحكيم عقداً ملزماً لطرفيه، إلا أن ما يميزه عن غيره من العقود الملزمة للطرفين هو أنه يُنشئ التزاماً واحداً يقع على عاتق كل من طرفي النزاع على سبيل التبادل، وهذا ما يجعل حق كل طرف هو نفس التزامه وليس التزاماً يختلف بين طرف وآخر^(٢).

وبناءً عليه فإن الأهلية اللازم توافرها في أطراف النزاع هي أهلية التصرف، حيث اشترط القانونان السوري والمصري في من يبرم اتفاق التحكيم سواءً أكان شخصاً طبيعياً أو اعتبارياً أن يملك التصرف في حقوقه^(٣). وعليه فإن القاصر أو المحجور عليه أو السفیه لا يملك أن يكون طرفاً في اتفاق التحكيم.

أما بالنسبة للشخص الاعتباري فتحدد أهليته في الحدود التي يضعها سند إنشائه التي يقررها القانون، ويكون له نائب يعبر عنه^(٤). وتعد المصارف من الأشخاص الاعتبارية كما تم وسبق البيان في أثناء بحثنا في تعريفها، ولقد حددت المادة الأولى من قانون تأسيس المصارف رقم

(١) د. مصطفى محمد الجمال ود. عكاشة محمد عبد العال، مرجع سابق، ص ٣٨٨.

(٢) أ. أنس كيلاني وأ. عماد الدين كيلاني، مرجع سابق، ص ١٩٦، ١٩٧.

(٣) المادة ١/٩ من قانون التحكيم السوري والمادة ١١/ من قانون التحكيم المصري.

(٤) أ. عبد الحنان العيسى، "قانون التحكيم السوري الجديد: ما له وما عليه"، بحث منشور في مجلة التحكيم العالمية، بيروت، العدد السادس عشر، السنة الرابعة، تشرين الأول ٢٠١٢م،

٢٨/ لعام ٢٠٠١ والمعدل بالقانون رقم ٣/ لعام ٢٠١٠ الشكل القانوني للمصرف حيث أجازت تأسيس المصارف على شكل شركات مساهمة مغفلة. أما في مصر ألزمت المادة ٣٢/ من القانون رقم ٨٨/ لعام ٢٠٠٣ والخاص بإصدار قانون البنك المركزي والجهاز المصرفي والنقد المنشآت الراغبة في مزاوله الأعمال المصرفية باتخاذ شكل شركة مساهمة مصرية جميع أسهمها اسمية.

وبالعودة إلى قانون الشركات السوري رقم ٢٩/ لعام ٢٠١١ وتحديدًا المادة ١٤٨/ منه نجد أن رئيس مجلس إدارة الشركة المساهمة هو رئيس الشركة ويمثلها لدى الغير ويعتبر توقيعه كتوقيع مجلس الإدارة بكامله في علاقات الشركة مع الغير، ما لم ينص نظام الشركة على غير ذلك.

كما نجد أيضاً في المادة ١٤٧/ من ذات القانون نصاً يجيز لمجلس الإدارة أن يعين تعييناً مديراً تنفيذياً أو أكثر ورئيساً لمديري الشركة التنفيذيين يكون له أو لهم حق التوقيع عن الشركة مجتمعين أو منفردين حسبما يفوضهم بذلك مجلس الإدارة.

وفي مصر أيضاً تخضع المصارف التي تتخذ شكل الشركات المساهمة المغفلة لأحكام القانون رقم ١٥٩/ لعام ١٩٨١ والخاص بالشركات المساهمة وشركات التوصية بالأسهم والشركات ذات المسؤولية المحدودة، وبالعودة إلى المادة ٨٥/ من القانون المذكور نجد أن رئيس مجلس الإدارة هو من يمثل الشركة أمام القضاء وذلك ضمن الاختصاصات والصلاحيات المقررة له في نظام الشركة.

كما أجازت المادة ٨٢/ لمجلس الإدارة أن يُعين مديراً عاماً للشركة من غير أعضاء المجلس يتولى رئاسة الجهاز التنفيذي.

وبناءً على النصوص السابقة يتضح لنا أن صلاحية إبرام اتفاق التحكيم المصرفي تنحصر بالشخص الذي يملك حق التوقيع عن المصرف سواءً أكان

رئيس مجلس الإدارة أو أحد المدراء التنفيذيين أو مديراً عاماً أو من يفوضه بذلك أصولاً.

وبالتالي يقع على عاتق الطرف الآخر في اتفاق التحكيم التأكد من توافر الصفة في من يقوم بتوقيع هذا الاتفاق من جانب المصرف وذلك من خلال الوثائق التي تستخدم عادة لإثبات هذه الصفة كالسجلات التجارية مثلاً. وهنا تثور مسألة في غاية الأهمية ألا وهي توقيع اتفاق التحكيم ممن لا يملك صلاحية ذلك.

ذهبت محكمة النقض الفرنسية في أحد أحكامها المتعلقة بالكفالة المصرفية إلى أنه متى وقع مدير المصرف على إجراء بالرغم من أن النظام الأساسي لا يُعطي هذه السلطة فإن المصرف يلتزم به ولو لم يكن قد صدر خطأ تسبب في اعتقاد العميل أن للمدير هذه السلطة وبما أن العميل كان يعتقد بحق أن المدير يتصرف في حدود سلطاته المعتادة، التي جرت بها العادة التجارية في ظروف مماثلة^(١).

وبعد هذا الحكم تطبيقاً لما أخذ به القضاء من حماية المظهر الذي يعتمد عليه المتعاملون، ولكن الجديد فيه هو أنه يقر نظرية الوكالة القائمة على مظهر كاذب بغير حاجة إلى تأسيس حق الغير على خطأ صدر من الوكيل الذي خلق هذا المظهر، وذلك بالرغم من أن هذا الغير كان يمكنه تفادي الوقوع في الغلط أو يطلب الاطلاع على سلطات المدير المعلنه في نظام الشركة، ويرتب الشراح على هذا الحكم نتائج هامة منها أن شهر سلطات المدير بشهر نظام الشركة لا يكفي لحرمان الغير من التمسك بالوضع الظاهر ما دام هذا الغير حسن النية قد وجد من الظروف مما لا يستدعي أن يتحرى عن سلطات

(١) مشار إليه لدى د. محمد صالح علي العوادي، مرجع سابق، ص ١٤٩.

المتعامل معه بأن كانت العملية مما يدخل بطبيعته في السلطات العادية للمدير أو المؤسسة التي يتعامل باسمها^(١).

ويرى الباحث أنه يجب التمييز بين حالتين في هذا الشأن:

أ- الحالة الأولى: عندما يكون المتعامل مع المصرف عميلاً عادياً ليس عنده الدراية الكافية بالعمليات المصرفية وصحة التمثيل اللازم توافره في ممثل المصرف، وفي هذه الحالة لا نرى مانعاً من تطبيق نظرية الوكالة القائمة على مظهر كاذب على النحو الذي سبق بيانه، على اعتبار العقود المصرفية من عقود الإذعان كما سبق وتم البيان أثناء بحثنا في خصائصها.

ب- الحالة الثانية: عندما يكون الطرف الآخر شركة تجارية كبرى أو مصرفاً آخر، وهنا نرى أن تطبيق نظرية الوكالة القائمة على مظهر كاذب يجب أن يكون محدوداً على اعتبار أن الشركات التجارية والمصارف من التجار الذين يجب أن يتوافر لديه دراية كافية بالمسائل المتعلقة بصحة التمثيل، إضافة إلى امتلاكها كادراً قانونياً محترفاً لديه الخبرة اللازمة للتعامل مع هذه الحالات.

ثانياً: الشروط الشكلية:

سبق وأشرنا إلى أن الرضا هو أحد الشروط الموضوعية في اتفاق التحكيم، وهذا طبيعي على اعتبار أن الأصل في العقود الرضائية.

إلا أن الدول اللاتينية - بصفة عامة - تتجه إلى إحاطة اتفاق التحكيم بضمانات معينة أكثرها شيوعاً إخراجه من دائرة التصرفات الرضائية، وجعله تصرفاً شكلياً كالهبة والوصية والصلح بهدف التحقق من أن إرادة

(١) د. علي جمال الدين عوض، مرجع سابق، ص ٥٦٤ و ٥٦٥.

الأطراف قد اتجهت بالفعل إلى التحكيم خروجاً على الأصل من ولاية القضاء، وأن التوافق بين إرادة كافة الأطراف المعنية قائم بالفعل^(١). وبالرجوع إلى قانوني التحكيم السوري والمصري نجد أنهما أوجبا أن يكون اتفاق التحكيم مكتوباً تحت طائلة بطلانه، أي أن الكتابة ليست شرطاً لإثبات اتفاق التحكيم وحسب، بل باتت شرطاً لصحته أيضاً. ومفاد ذلك أن الكتابة تعد ركناً أساسياً يجب توافره لإمكان القول بوجود اتفاق تحكيم^(٢).

وقد نصت الفقرة الأولى من المادة ٥/ من قانون التحكيم البريطاني على ما يلي:

"إن أحكام هذا الباب تطبق فقط عندما يكون اتفاق التحكيم مكتوباً وأي اتفاق آخر فيما يتعلق بأية مسألة لا يعتبر ذات أثر لأغراض هذا الباب إلا إذا كان مكتوباً".

ويتضح لنا من هذا النص أن المشرع البريطاني أيضاً قد تبنى هذا الاتجاه من حيث اشتراطه بأن يكون اتفاق التحكيم مكتوباً.

وفي فرنسا أيضاً نصت المادة ١٤٤٣ من قانون المرافعات على "بطلان شرط التحكيم إذا لم يكن مكتوباً، إما في ورقة العقد الأصلي وإما في ورقة أخرى يشير إليها هذا العقد"^(٣).

وعلى الرغم من اشتراط المشرعين السوري والمصري للكتابة واعتبارها شرط صحة وشرط إثبات في آن معاً، إلا أنهما تساهلا من حيث عدم تحديد شكل الكتابة.

(١) د. مصطفى محمد الجمال ود. عكاشة محمد عبد العال، مرجع سابق، ص ٣٧٢.

(٢) أ. أنس كيلاني وأ. عماد الدين كيلاني، مرجع سابق، ص ٢٣٧.

(٣) مشار إليه لدى د. مصطفى محمد الجمال ود. عكاشة محمد عبد العال، مرجع سابق، ص ٣٧٤.

فلم يفرق المشرع السوري في هذا الشأن بين العقد أو الوثيقة الرسمية من جهة والوثيقة العادية من جهة أخرى إضافة إلى اعتباره لشرط التحكيم في حال كان محرراً في محضر لدى هيئة التحكيم التي تم اختيارها أو أية رسائل متبادلة عادية كانت أو مرسله بوسائل الاتصال المكتوب كالبريد الإلكتروني أو الفاكس أو التلكس، متى كانت هذه الوسائل تثبت تلاقي إرادة مرسلها على اختيار التحكيم وسيلة لفض النزاع^(١).

أما المشرع المصري فقد اعتبر اتفاق التحكيم مكتوباً إذا تضمنه محرر وقعه الطرفان أو إذا تضمنه ما تبادله الطرفان من رسائل أو برقيات أو غيرها من وسائل الاتصال المكتوبة^(٢).

وعليه يظهر بوضوح أن المشرعين السوري والمصري لم يشترطاً أن يكون اتفاق التحكيم مكتوباً وموقعاً من الطرفين بشكل اتفاق رسمي بل أنهما ذهباً إلى اعتباره حتى لو كان مكتوباً في بريد إلكتروني أو فاكس متبادل بين الأطراف متى كان ذلك يثبت تلاقي إرادة أطراف النزاع.

ويرى الباحث أن هذا الموقف يتماشى مع متطلبات العصر لما يحققه من سرعة ومرونة تتماشيان مع المقاصد المرتجاة من العملية التحكيمية، إضافة إلى تماشيه مع خصوصية العمل المصرفي فالكثير من المراسلات والمعاملات بين المصارف وعملائها أو بين المصارف بعضها مع بعض تكون عن طريق البريد الإلكتروني أو وسائل الاتصال الحديثة الأخرى.

وقد أثّرت في الهند مؤخراً قضية تتعلق بصحة اتفاق التحكيم المكتوب وغير الموقع، حيث أن الفقرة ٧/ من قانون التحكيم والمصالحة في الهند اشترطت صياغة اتفاق التحكيم كتابة بين الأطراف وقد حكمت المحكمة العليا في الهند

(١) انظر المادة ٨ من قانون التحكيم السوري.

(٢) انظر المادة ١٢/ من قانون التحكيم المصري.

في العام ٢٠١٤ أثناء نظرها في قضية Rubber بصحة اتفاق التحكيم المسجل كتابة وإلزاميته رغم عدم توقيعه من قبل الأطراف، وقد أدلت المحكمة العليا بالآتي:

"في حال تبين من حيث الظاهر وجود اتفاق تحكيم بين الأطراف فإن مجرد عدم توقيع أحدهم الاتفاق لا يعفيه من المسؤولية التي تترتب عليه بموجب الاتفاق المذكور، وفي أيامنا الراهنة حيث التجارة الالكترونية هي السائدة، يتم الاتفاق على الشروط العقدية في عمليات الشراء عن بعد عبر الانترنت وحجز التذاكر عبر الانترنت وفي العقود ذات النماذج الموحدة، ففي مثل تلك الاتفاقات، في حال عدم التثبت من هوية الأطراف وتبين وجود سجل للاتفاق يحوي شرطاً تحكيمياً متوافق ظاهرياً من قبل الأطراف، فإن الاتفاق المعني يصبح بمثابة اتفاق تحكيمي وبالتالي لا يُعدّ التوقيع شرطاً شكلياً بموجب الفقرة ٧(٤)(ب) أو ٧(٤)(ج) أو بموجب الفقرة ٧(٥) من القانون"^(١).

وفي سبيل تقادي الحالة المشار إليها أعلاه، حين يقع على عاتق أحد الأطراف تحمل العبء الأكبر من العقد، وذلك حتى دون تنفيذه حسب الأصول، فإنه ينصح تضمين اتفاق التحكيم بند إعفاء من المسؤولية يؤكد أن نيّة الأطراف لم تتجه إلى إلزام أنفسهم باتفاق تحكيم من خلال تبادل الرسائل فيما بينهم، ونص بند الاستثناء يجب أن يكون كالتالي:

"يقر ويوافق الأطراف أن يكون هذا الاتفاق فعالاً وملزماً فقط في حال صدوره كتابياً وموقعاً من ممثلي الأطراف المفوضين بالتوقيع حسب الأصول"^(٢).

(١) مشار إليه لدى ريتيش سينغ، "صحة اتفاق التحكيم غير الموقع وفقاً للقانون الهندي"، بحث منشور في مجلة التحكيم العالمية، بيروت، لبنان، العدد السادس والعشرون، نيسان ٢٠١٥، السنة السابعة، ص ١٣٧ و ١٣٨.

(٢) ريتيش سينغ، المرجع السابق، ص ١٤١.

ولا يرى الباحث مانعاً من تطبيق هذا الرأي فيما يتعلق بالقانونين السوري والمصري.

ويترتب على اتفاق التحكيم أثران هامين أحدهما إيجابي والآخر سلبي، فالأثر الإيجابي يتمثل في حق كل من طرفيه بالالتجاء إلى التحكيم، أما الأثر السلبي يتجلى من خلال التزام كل من أطراف العلاقة التحكيمية بعدم الالتجاء إلى القضاء وحل منازعاتهم عن طريق التحكيم، وإعمالاً لهذا الأثر فإنه يترتب التزام على عاتق أطرافه يتمثل بعدم عرقلة استعمال الطرف الآخر لحقه في الالتجاء إلى التحكيم، كما تلتزم محاكم الدولة بالامتناع عن نظر النزاع المتفق على التحكيم بشأنه^(١).

المطلب الثاني

إجراءات التحكيم المصرفي

يهدف هذا المطلب إلى البحث في الشروط الواجب توافرها في هيئة التحكيم واستعراض طرق تعيينها؛ كما يهدف أيضاً إلى البحث في إجراءات نظر المنازعة المصرفية من قبل هيئة التحكيم.

الفرع الأول

تشكيل هيئة التحكيم المصرفي

نص القانونان السوري والمصري على شروط معينة يجب توافرها فيمن يعين محكماً إضافة إلى نصهما على شروط أخرى يجب توافرها في هيئة التحكيم.

(١) مشار إليه لدى د. محمد صالح علي العوادي، مرجع سابق، ص ٢٧.

أولاً: الشروط الواجب توافرها في المحكم:

١ - يجب أن يكون شخصاً طبيعياً:

لم ينص المشرعان السوري والمصري صراحة على وجوب كون المحكم شخصاً طبيعياً إلا أن نصوصهما توضح ذلك بجلاء.

والعلة في وجوب كون المحكم شخصاً طبيعياً هي أنه يصدر حكماً يماثل أحكام القضاء والمعروف أن سلطة القضاء لا يباشرها إلا الأشخاص الطبيعيون^(١).

ويرى بعض الفقه أنه لا يوجد مانع من أن يكون الشخص المعنوي محكماً، بمعنى أن يتولى مهمة التحكيم من خلال ممثليه، بحيث يُنسب إليه في النهاية حكم التحكيم ويكون هو المسؤول عنه، وفي تقديرهم أن اختيار الشخص المعنوي محكماً على هذا النحو من شأنه أن يحفظ للقائمين بمهمة التحكيم استقلالهم عن الخصوم، ويذهب البعض الآخر إلى أن اتفاق الأطراف على أن يكون الشخص المعنوي محكماً هو اتفاق باطل، وهم يستندون في ذلك إلى عنصر الثقة الذي ينبغي أن يتوافر بين المحكم والمحتكمين، مما لا يتوافر إلا للشخص الطبيعي وحده^(٢).

وقد حسم قانون المرافعات الفرنسي الجديد والمعدل بالمرسوم رقم ٤٨/ لعام ٢٠١١ هذه المسألة بنص المادة ١٤٥٠/١ حيث اشترط أن يكون المحكم شخصاً طبيعياً متمتعاً بالأهلية المدنية الكاملة حتى يتولد عنصر الثقة بينه وبين المحتكمين، مما دفع مراكز التحكيم المؤسسي التي كانت لوائحها تقضي بغير ذلك، إلى تعديل هذه اللوائح^(٣).

(١) مشار إليه لدى د. أحمد خليل، مرجع سابق، ص ٤٨.

(٢) د. مصطفى محمد الجمال ود. عكاشة محمد عبد العال، مرجع سابق، ص ٦٠٥.

(٣) د. عزمي عبد الفتاح عطية، مرجع سابق، ص ٢٠٢.

وعليه يرى الباحث أن إسناد مهمة الإشراف على التحكيم لأحد الأشخاص المعنويين كمراكز التحكيم هو أمر جائز شرط أن تتم إجراءات نظر المنازعة والبت فيها من قبل المحكمين الموجودين في هذا المركز والذين يجب أن يكونوا أشخاصاً طبيعيين.

٢- كمال الأهلية:

اشتراط القانونان السوري والمصري كمال الأهلية فيمن يعين محكماً، فلا يجوز أن يكون قاصراً أو محجوراً عليه أو مجرداً من حقوقه المدنية بسبب الحكم عليه بجناية أو جنحة شائنة ما لم يُرد إليه اعتباره^(١).

ويبرر هذا الشرط أيضاً بأن المحكم يباشر وظيفة تشبه وظيفة قاضي الدولة ومن ثم يجب أن تتوافر لديه الأهلية الكاملة لذلك، وهذا يمثل الحد الأدنى من ضمانات سير العدالة^(٢).

وتجدر الإشارة إلى أن كمال أهلية المحكم يُحدد بالرجوع إلى قانون الدولة التي ينتمي إليها بجنسيته^(٣).

وبناءً على ما سبق فلو فرضنا وجود قضية مصرفية معقدة وتحتاج لحلها والفصل فيها لشخص معين وكان هذا الشخص تاجراً محكوماً عليه بالإفلاس ولم يُرد إليه اعتباره فلا مجال هنا لتسميته محكماً كونه محروماً من حقوقه المدنية.

٣- الحياد:

ويعبر عن هذا الشرط أيضاً بانتفاء وجود مصلحة للمحكم في النزاع، وهو في رأينا شرط بديهي.

(١) المادة ١٣/ من قانون التحكيم السوري والمادة ١٦/ من قانون التحكيم المصري.

(٢) مُشار إليه لدى د. أحمد خليل، مرجع سابق، ص ٤٨ و ٤٩.

(٣) المادة ١٢/ من القانون المدني السوري والمادة ١١/ من القانون المدني المصري.

وترتيباً على ذلك لا يجوز أن يكون مُحكماً من كان خصماً في النزاع المعروض على التحكيم، إذ ليس من المتصور أن يكون الشخص خصماً وحكماً في آن واحد^(١).

وعليه لو فرضنا وجود نزاع قائم بين مصرف دائن وشركة مدينة أو بين مصرفين دائن ومدين، فلا يجوز أن يكون مدير المصرف أو أحد العاملين فيه عضواً في هيئة التحكيم النازرة في النزاع القائم بين المصرف والطرف الآخر.

ولو كنا أمام عقد قرض، فلا يجوز أن يكون الكفيل محكماً ناظراً في النزاع الناشئ بين المصرف والعميل المدين (المكفول).

وقد أوجب القانونان السوري والمصري قيام المحكم بالإفصاح لطرفي التحكيم وللمحكمين الآخرين عن أية ظروف من شأنها أن تثير شكوكاً حول استقلاله أو حياديته^(٢).

ونطرح هنا مسألة في غاية الأهمية ألا وهي صلاحية قاضي الدولة لأن يكون محكماً.

أجازت المادة ٨٠/ من قانون السلطة القضائية رقم ٩٨/ لعام ١٩٦١ للقاضي أن يكون محكماً شرط حصوله على موافقة مجلس القضاء الأعلى ولو كان ذلك بغير أجل، إلا إذا كان أحد أطراف النزاع من أقاربه وأصهاره لغاية الدرجة الرابعة.

وفي مصر أيضاً أجاز قانون تنظيم السلطة القضائية رقم ٤٦/ لعام ١٩٧٢ أن يكون القاضي محكماً بشرط حصوله على إذن مجلس القضاء الأعلى ولو

(١) د. مصطفى محمد الجمال ود. عكاشة محمد عبد العال، مرجع سابق، ص ٦٠٧.

(٢) المادة ١/٣ من قانون التحكيم السوري والمادة ٣/١٦ من قانون التحكيم المصري.

كان التحكيم بغير أجر إلا إذا كان أحد أطراف النزاع من أقاربه وأصهاره لغاية الدرجة الرابعة.

ويرى الباحث وجود شيء من التناقض في هذين النصين من حيث أنهما يسمحان للقاضي بتولي المهمة التحكيمية حتى لو كان أحد أقرباء المحكّمين وهو ما يمس في رأينا بشرط الحياد اللازم توافره فيمن يُعيّن مُحكماً والذي سبق الحديث عنه.

ويرى الباحث أنه لا مانع من أن يتم اختيار أحد قضاة الدولة كعضو في هيئة التحكيم نظراً لما يمكن أن يضيفه لهذه الهيئة من الناحية القانونية. إضافة إلى الشروط السابق ذكرها والتي أوجب القانونان السوري والمصري تواجدها في المُحكّم، فقد ترك القانونان بعض الصفات الأخرى لتقدير الطرفين كالجنس والجنسية والخبرة.

ونشير هنا إلى أن الخبرة هي أمر لازم توافره فيمن يعين مُحكماً لأنها تصب في مصلحة أطراف النزاع والعملية التحكيمية على اعتبارها أحد أهم مبررات اللجوء إلى التحكيم كما سنرى لاحقاً.

وقد اشترط المشرعان السوري والمصري أن يكون عدد المحكّمين وتراً تحت طائلة بطلان التحكيم^(١)، إضافة إلى اشتراطهما لقبول المحكم لمهمته كتابةً^(٢).

ثانياً: تعيين هيئة التحكيم:

١ - التعيين الاتفاقي:

لعل أبرز ما يميز التحكيم عن القضاء هو أن القائم بالفصل في المنازعة في الحالة الأولى هو شخص يُعيّنه الخصوم بينما هو قاضٍ تعينه الدولة في

(١) المادة ٢/١٢ من قانون التحكيم السوري والمادة ٢/١٥ من قانون التحكيم السوري.

(٢) المادة ١/١٧ من قانون التحكيم السوري والمادة ٣/١٦ من قانون التحكيم المصري.

الحالة الثانية، ولذلك تكاد تتفق كافة التشريعات على إعطاء أطراف الاتفاق التحكيمي حرية اختيار الأشخاص الذين تتشكل منهم الهيئة التحكيمية^(١). وقد يقوم الأطراف بالاتفاق مباشرة على تعيين المحكم أو المحكمين بأشخاصهم أو صفاتهم، أو قد يقومون بتعيين شخص ثالث - طبيعي أو اعتباري - ليقوم هو بدوره بتعيين هيئة التحكيم^(٢).

ويشير الواقع العملي إلى أن أطراف العلاقة يفضلون تعيين هيئة التحكيم بأنفسهم، وذلك بسبب الشكوك والمخاوف المتعلقة بنزاهة وحيادية وعدالة بعض الهيئات، كما أنهم يفضلون اختيار الهيئة بأنفسهم تفادياً لبعض الإجراءات المعقدة في بعض اللوائح المتعلقة بمراكز التحكيم بخصوص تشكيل الهيئة^(٣).

وحرية الطرفين في اختيار هيئة التحكيم مكفولة ليس فقط عند اختيار هذه الهيئة بداية، وإنما كذلك عند انتهاء صفتها أو صفة أحد أعضائها لعارض من العوارض، فهنا تظهر الحاجة إلى تعيين هيئة بديلة أو محكم بديل، كما لو حكم برد الهيئة الأصلية أو المحكم الأصلي، أو اتفق طرفا التحكيم على عزل الهيئة أو عزل أحد أعضائها^(٤)، وهذا ما أكد عليه المشرعان السوري والمصري^(٥).

لكن حرية الأطراف في اختيار المحكمين مقيدة بالطبع بما يقتضيه مبدأ المشاركة في الاختيار من قيامهما بدور متساوٍ في تحقيقه، وعلى هذا النحو يكون باطلاً كل شرط يقضي باستقلال أحدهما دون الآخر بالاختيار، أو أن

(١) د. أحمد خليل، مرجع سابق، ص ٥٣.

(٢) د. أحمد خليل، المرجع السابق، ص ٥٤ و ٥٥.

(٣) مشار إليه لدى د. محمد صالح علي العوادي، مرجع سابق، ص ٣٧٠.

(٤) د. مصطفى محمد الجمال ود. عكاشة محمد عبد العال، مرجع سابق، ص ٥٨١.

(٥) المادة ٣/٢٠ من قانون التحكيم السوري والمادة ٢١/٢ من قانون التحكيم المصري.

يقوم باختيار عدد من المحكمين يفوق العدد الذي يقوم الآخر باختياره، أو يقضي باستقلال المحكم المختار من قبله بالفصل في النزاع في حال تخلف الطرف الآخر عن اختيار محكمه^(١).

٢- التعيين القضائي:

كما سبق وأشرنا في الفقرة السابقة فإن المشرعين السوري والمصري قد جعلاً من إرادة الخصوم المعيار الأول في اختيار هيئة التحكيم إلا أنهما وتحاشياً لأي تأخير أو ماطلة قد تحصل من أحد أطراف النزاع أعطيا المحكمة المختصة بنظر المسائل التحكيمية حق التدخل للقيام بأي عمل أو إجراء حيال تقاعس أحد الأطراف أو المحكمين المختارين عن القيام بما يلزم^(٢).

ويجب التمييز في معرض بحثنا في التعيين القضائي لهيئة التحكيم بين الحالة التي تكون فيها هيئة التحكيم مشكلة من محكم واحد والحالة الأخرى التي تتشكل فيها هيئة التحكيم من عدد من المحكمين.

ففي الحالة الأولى تتولى المحكمة المختصة بنظر المسائل التحكيمية اختيار المحكم بناء على طلب أحد الطرفين، وتجدر الإشارة إلى أنه على الرغم من اتفاق القانونين السوري والمصري على إعطاء القضاء اختصاصاً في نظر المسائل التحكيمية إلا أنهما اختلفا في تحديد المحكمة المختصة^(٣)، فقد أعطى المشرع السوري هذا الاختصاص لمحكمة الاستئناف التي يجري ضمن دائرتها التحكيم أو أية محكمة استئناف أخرى في سوريا اتفق عليها الطرفان أياً كان موضوع الدعوى التحكيمية وسواءً تعلق الأمر بتحكيم داخلي أم

(١) مشار إليه لدى د. مصطفى محمد الجمال ود. عكاشة محمد عبد العال، مرجع سابق، ص ٥٨١.

(٢) المادة /١٤/ من قانون التحكيم السوري والمادة /١٧/ من قانون التحكيم المصري.

(٣) انظر المادة /٣/ من قانون التحكيم السوري والمادة /٩/ من قانون التحكيم المصري.

دولي، كما أعطى المشرع السوري لهذه المحكمة سلطة وضع إشارة الدعوى على صحيفة العقار متى تعلق النزاع بحق عيني على عقار^(١). أما المشرع المصري فقد ميز بين حالتين، الحالة الأولى عندما لا يتصف التحكيم بالصفة التجارية الدولية وفي هذه الحالة ينعقد الاختصاص للمحكمة المختصة أصلاً بنظر النزاع، أما الحالة الثانية فهي عندما يتعلق الأمر بتحكيم تجاري دولي في مصر أو في الخارج وفيها ينعقد الاختصاص لمحكمة استئناف القاهرة ما لم يتفق الطرفان على اختصاص محكمة استئناف أخرى^(٢).

ويلاحظ أن كلا المشرعين قد راعى الجانب العقدي للتحكيم من خلال إعطاء الحق للأطراف في اختيار محكمة استئناف أخرى غير المشار إليها في نصوص المواد السابقة، وإن كان المشرع السوري أكثر مراعاة لهذه الإرادة وأكثر تسهلاً للإجراءات، فمنح الاختصاص لمحكمة الاستئناف والتي هي محكمة درجة ثانية ومشكلة من ثلاثة قضاة يغني عن الإحالة إلى المحكمة المختصة أصلاً بنظر النزاع (في حالة التحكيم غير المتصف بالصفة التجارية والدولية) وفق ما ذهب إليه القانون المصري.

أما في الحالة الثانية عندما تكون هيئة التحكيم مشكلة من عدد من المحكمين ويتفق الأطراف على آلية الاختيار بحيث يقوم كل منهما باختيار مُحكمه ويقوم المحكمان المختاران باختيار المحكم الثالث.

فهنا نكون أمام فرضين: الأول عندما يمتنع أحد الطرفين عن تعيين مُحكمه خلال مدة ثلاثين يوماً من تسلمه طلباً بذلك من الطرف الآخر، أما الفرض

(١) المادة ٣/ من قانون التحكيم السوري.

(٢) المادة ٩/ من قانون التحكيم المصري.

الثاني هو أن يقوم كل طرف بتسمية محكمه وعدم اتفاق المحكمين المعنيين على اختيار المحكم الثالث خلال مهلة ثلاثين يوماً التالية لتعيين آخرهما. وفي كلتا الحالتين يظهر دور القضاء المختص في اختيار المحكم بناء على طلب أحد الطرفين، بحيث يتولى المحكم المختار من قبل المحكمة رئاسة هيئة التحكيم^(١).

ويجدر بالمحكمة المختصة عند اختيارها للمحكم المُرَّجَّح أن تحرص على كونه من ذوي الإلمام بموضوع النزاع^(٢).

ويرى الباحث أنه في معرض دراستنا يجب أن يكون المحكم من ذوي الخبرة في الميدان المصرفي كأن يكون أحد المستشارين القانونيين للمصارف أو أحد رجالات المصارف المشهود لهم بحسن الإدارة.

وتجدر الإشارة إلى أن الفقرة ٥/ من المادة ١٤/ من قانون التحكيم السوري قد أجازت الطعن بالقرار الصادر برد طلب التعيين أمام محكمة النقض خلال مدة ثلاثين يوماً التالية لتبليغ القرار، مع إلزام محكمة النقض بالبت بالطعن خلال مدة ثلاثين يوماً من وصول الملف إليها، ولم يتضمن قانون التحكيم المصري نصاً مماثلاً.

الفرع الثاني

إجراءات نظر المنازعة من قبل الهيئة التحكيمية

تعد إجراءات التحكيم بمثابة العمود الفقري للعملية التحكيمية، فبقدر التزام الهيئة بالإجراءات المتفق عليها بقدر ما يكون حكم التحكيم محصناً ضد دعوى البطلان أو عدم إكسائه الصيغة التنفيذية^(٣).

(١) المادة ١٤/ ج من قانون التحكيم السوري والمادة ١٧/ ب من قانون التحكيم المصري.

(٢) د. محمد صالح علي العوادي، مرجع سابق، ص ٣٩٠.

(٣) أ. عبد الحنان العيسى، مرجع سابق، ص ٢٩٧.

وقد خصص المشرع السوري الفصل الرابع من قانون التحكيم لمعالجة مسألة الإجراءات التحكيمية، وهو ما قام به المشرع المصري أيضاً وتحديداً في الباب الرابع من قانون التحكيم المصري.

وقد أعطى المشرع السوري أطراف النزاع حرية الاتفاق على الإجراءات التي يتعين على هيئة التحكيم اتباعها بما في ذلك حقهم في إخضاع هذه الإجراءات للقواعد النافذة في أي منظمة أو مركز دائم للتحكيم، وفي حال عدم وجود هكذا اتفاق كان لهيئة التحكيم أن تختار الإجراءات التي تراها مناسبة بشرط أن تكون متفقة مع أحكام قانون التحكيم، وكذلك فعل المشرع المصري^(١).

وليس بالضرورة أن يكون القانون الواجب التطبيق على الإجراءات هو نفسه القانون الواجب التطبيق على موضوع النزاع ويرجع ذلك إلى أن الاعتبارات التي ترشد الأطراف أو هيئة التحكيم إلى اختيار القانون الواجب التطبيق على موضوع النزاع قد تختلف عن الاعتبارات التي تحكم اختيار القانون الواجب التطبيق على الإجراءات^(٢).

وسوف نقوم من خلال هذا الفرع باستعراض المسائل المرتبطة بالإجراءات التحكيمية كمكان ولغة التحكيم وتحديد تاريخ بدء الإجراءات إضافة إلى البحث في القواعد التي تتبعها هيئة التحكيم أثناء نظرها في المنازعة.

أولاً: مكان ولغة التحكيم:

١- مكان التحكيم:

أعطى القانونان السوري والمصري أطراف العلاقة التحكيمية مطلق الحرية للاتفاق على مكان التحكيم، سواء أكان هذا المكان داخل سوريا أو مصر أم

(١) المادة /٢٢/ من قانون التحكيم السوري والمادة /٢٥/ من قانون التحكيم المصري.

(٢) أ. إقبال القلاف، مرجع سابق، ص ٩٥.

خارجهما، وفي حال عدم الاتفاق على المكان كان لهيئة التحكيم أن تعين المكان المناسب.

وتحديد المكان لا يعني بحال من الأحوال ضرورة التزام هيئة التحكيم به بشكل مطلق، فقد أعطى القانونان لهذه الهيئة مطلق الحرية للاجتماع في المكان الذي تراه مناسباً للقيام بأي إجراء من إجراءات التحكيم أطراف النزاع أو الشهود أو الخبراء أو للاطلاع على مستندات أو معاينة بضائع أو أموال.

وقد اختلف القانونان السوري والمصري من حيث أن الأول ألزم الهيئة وفي حال اجتماعها في غير المكان المتفق عليه أو المُعين على النحو السابق بإبلاغ الأطراف قبل وقت كافٍ من موعد الاجتماع ليتسنى لهم الحضور، في حين لم يأتِ المشرع المصري على نص مماثل^(١).

ويرى الباحث أن كلا المشرعين السوري والمصري كان موفقاً في النص على ذلك لما يعطيه هذا النص من مرونة تنعكس إيجاباً على العملية التحكيمية خاصة عندما يتعلق الأمر بالمنازعات المصرفية، فعلى سبيل المثال قد يستدعي الفصل في دعوى تحكيمية مصرفية مرتبطة باعتماد مستندي أن تضطر هيئة التحكيم إلى الاجتماع في لندن لسماع شهادة مدير أحد المصارف هناك بالرغم من الاتفاق على تعيين دمشق كمكان للتحكيم.

٢- لغة التحكيم:

نص القانونان السوري والمصري على أن يجري التحكيم باللغة العربية مع إعطائهما الحق للأطراف بالاتفاق على غير ذلك، كما أعطيا الحق لهيئة التحكيم بتحديد لغة أو لغات أخرى، بحيث تكون اللغة أو اللغات المتفق عليها أو المقررة هي لغة كافة الوثائق والمذكرات المكتوبة والمرافعات الشفهية

(١) المادة /٢٣/ من قانون التحكيم السوري والمادة /٢٨/ من قانون التحكيم المصري.

وكافة القرارات التي تتخذها هيئة التحكيم والرسائل التي توجهها والأحكام التي تصدر عنها ما لم ينص اتفاق الأطراف أو قرار الهيئة على غير ذلك^(١).

وعليه يجوز أن يتفق أطراف العلاقة على أن تكون اللغة الإنجليزية هي لغة التحكيم بحيث تكون هي اللغة المعتمدة في تقديم المذكرات وإيداء الدفوع وإصدار القرار كما يحق لهم أيضاً أن يتفقوا على حصر استخدام اللغة الإنجليزية في القرار النهائي الصادر عن هيئة التحكيم دون غيره من الوثائق والرسائل، فالأمر في المحصلة عائدة لتقدير الأطراف أو الهيئة بحسب الحال.

وتظهر أهمية مسألة حرية الأطراف أو الهيئة في اختيار اللغة عندما يتعلق الأمر بالمنازعات المصرفية ذات الطابع الدولي حيث تتعدد جنسيات الأطراف مما يُظهر الحاجة إلى الاتفاق على لغة أو تحديد لغة مناسبة لجميع أطراف العملية التحكيمية.

ويرى الباحث أنه وبالرغم من الحرية التي تتمتع بها هيئة التحكيم في تحديدها للغة أو لغات التحكيم، إلا أن هذه الحرية يجب أن تكون مقيدة بضرورة ملاءمة هذه اللغات لطبيعة النزاع وظروف الأطراف.

وقد أعطى المشرعان السوري والمصري الحق لهيئة التحكيم بأن تطلب إرفاق ترجمة لكل أو بعض الوثائق المكتوبة التي تقدم في الدعوى إلى اللغة أو اللغات المستخدمة في التحكيم، وقد تميز القانون السوري من حيث اشتراطه لأن تكون هذه الترجمة صادرة عن ترجمان محلف في حين اكتفى

(١) المادة ١/٢٤ من قانون التحكيم السوري والمادة ١/٢٩ من قانون التحكيم المصري.

المشرع المصري بالنص على كلمة ترجمة دون اشتراطه لأن تكون رسمية أو محلفة^(١).

ثانياً: طلب التحكيم:

تبدأ إجراءات التحكيم وفقاً للقانون السوري من اليوم التالي لليوم الذي يتسلم فيه المدعى عليه طلب التحكيم من المدعي ما لم يتفق أطراف التحكيم على غير ذلك^(٢).

أما موعد بدء سريان إجراءات التحكيم في القانون المصري هو نفس اليوم الذي يتسلم فيه المدعى عليه طلب التحكيم^(٣).

فطلب التحكيم كما هو واضح مما سبق هو الإجراء السابق على طرح النزاع على هيئة التحكيم.

ولم يحدد المشرع المصري شكلاً معيناً لطلب التحكيم ومع ذلك فإن المفهوم من نص المادة /٢٧/ من قانون التحكيم المصري أن الأمر يتعلق بطلب كتابي بصرف النظر عن الصورة التي يأخذها^(٤).

وبالعودة إلى المادة /٤/ من قانون التحكيم السوري نجد أنها أعطت أطراف العلاقة التحكيمية الحق في الاتفاق على طريقة خاصة بالتبليغ كأن يختاروا التبليغ بالهاتف أو عن طريق الانترنت أو الفاكس وفي حال عدم وجود مثل هكذا اتفاق فيتم تبليغ أي وثيقة تحكيمية عن طريق دائرة المحضرين في منطقة محكمة الاستئناف والتي تختص بنظر المسائل التحكيمية، كما لا بد من

(١) المادة ٢/٢٤ من قانون التحكيم السوري والمادة ٢/٢٩ من قانون التحكيم المصري.

(٢) المادة ٢/٢٦ من قانون التحكيم السوري.

(٣) المادة ٢/٢٧ من قانون التحكيم المصري.

(٤) د. مصطفى الجمال ود. عكاشة محمد عبد العال، مرجع سابق، ص ٦١٨.

الإشارة إلى أن أغلب أطراف النزاع في قضايا التحكيم يمثلون بموجب محامين، فيكون موطن المحامي في هذه الحالة مخولاً بالتبليغ عن موكله^(١). ولم يأت تحديد القانونين السوري والمصري لتاريخ بدء إجراءات التحكيم قطعياً وإنما تركاً للأطراف حرية تحديد موعد آخر لبدء هذه الإجراءات، كأن يتفقوا على أن تبدأ الخصومة من تاريخ حضورهم أمام هيئة التحكيم أو من تاريخ معين يقومون بتحديدته، أو من تاريخ تقديم الطلب إلى هيئة التحكيم، أو من تاريخ قبول هيئة التحكيم للمهمة^(٢).

ويترتب على تقديم طلب التحكيم الآثار الأخرى التي أناطها القانون بالمطالبة القضائية، كقطع التقادم وسريان الفوائد وانتقال الحق في التعويض عن الضرر الأدبي في حال وفاة المدعي^(٣).

ثالثاً: طرح النزاع على هيئة التحكيم:

١ - بيان الدعوى:

تبدأ إجراءات طرح النزاع على هيئة التحكيم، بقيام الطرف المدعي (المُحتكم) وخلال مدة متفق عليها أو محددة من قبل هيئة التحكيم بإرسال بيان مكتوب بدعواه إلى المدعى عليه وإلى الهيئة^(٤). وقد ألزم المشرع السوري وكذلك نظيره المصري المدعي بأن يضمن بيان نوعين من المعلومات:

النوع الأول يتعلق بطرفي الدعوى التحكيمية كاسم كل منهما وعنوانه، أما النوع الثاني فيتعلق بموضوع الدعوى كالوقائع والمسائل المختلف عليها بين الطرفين وطلبات المدعي إضافة إلى بيانات أخرى^(١).

(١) أ. أنس كيلاني وأ. عماد الدين كيلاني، مرجع سابق، ص ٤٢٠.

(٢) أ. أنس كيلاني وأ. عماد الدين كيلاني، المرجع السابق، ص ٤١٧.

(٣) د. مصطفى محمد الجمال ود. عكاشة محمد عبد العال، مرجع سابق، ص ٦١٩.

(٤) المادة ١/٢٧ من قانون التحكيم السوري والمادة ١/٣٠ من قانون التحكيم المصري.

أما عن البيانات الأخرى التي من الممكن أن يتضمنها طلب التحكيم فقد ترك المشرع السوري مسألة تقديرها للمدعي، في حين حصرها المشرع المصري بما أوجب اتفاق التحكيم المبرم بين الطرفين ذكره في هذا البيان^(٢).

وقد اكتفى المشرع السوري بالنص على وجوب إرسال بيان الدعوى إلى المدعى عليه وإلى هيئة التحكيم في حين اشترط المشرع المصري إرسال هذا البيان إلى المدعى عليه وإلى كل واحد من المحكمين^(٣).

وكما هو الحال فيما خص طلب التحكيم لم يشترط كلا المشرعين شكلاً محدداً في بيان الدعوى التحكيمية إلا كونه مكتوباً، أما عن ميعاد تقديمه فقد تركه المشرعان إلى اتفاق الأطراف أو لقرار هيئة التحكيم في حال تخلف الاتفاق.

أما إذا تخلف المدعي عن تقديم بيانه على النحو المشار إليه دون إبدائه عذراً لذلك، فقد أعطى المشرع السوري لهيئة التحكيم الحق في تعليق الإجراءات في حين أوجب المشرع المصري عليها القيام بذلك ما لم يتفق الأطراف على غير ذلك^(٤).

٢ - دفاع المدعى عليه:

أجاز القانونان السوري والمصري للمدعى عليه (المحتكم ضده) أن يقدم دفاعاً مكتوباً عما نسب إليه من قبل المدعي، وذلك خلال ميعاد متفق عليه أو معين من قبل هيئة التحكيم (بحسب الحال)، وله في سبيل ذلك أن يضمّن رده أية طلبات عارضة متصلة بموضع النزاع أو أن يتمسك بحق ناشئ عنه

(١) د. مصطفى محمد الجمال ود. عكاشة محمد عبد العال، مرجع سابق، ص ٦٢٢.

(٢) المادة ٢٧/٢ ج من قانون التحكيم السوري والمادة ١/٣٠ من قانون التحكيم المصري.

(٣) المادة ٢٧/١ من قانون التحكيم السوري والمادة ١/٣٠ من قانون التحكيم المصري.

(٤) المادة ٢٧/٣ من قانون التحكيم السوري والمادة ١/٣٤ من قانون التحكيم المصري.

بقصد الدفع بالمقاصة وله ذلك أيضاً في مرحلة لاحقة من الإجراءات متى رأت هيئة التحكيم أن هناك ظرفاً معيناً تسوغ هذا التأخير^(١). ولم يأتِ المشرع السوري بنص صريح يعالج فيه مسألة عدم قيام الطرف المدعى عليه بتقديم دفاعه في الوقت المحدد، في حين تعرضت الفقرة ٢/ من المادة ٣٤/ من قانون التحكيم المصري حيث نصت على ما يلي: "إذا لم يقدم المدعى عليه مذكرة بدفاعه وفقاً للفقرة الثانية من المادة ٣٠/ من هذا القانون وجب أن تستمر هيئة التحكيم في إجراءات التحكيم دون أن يُعتبر ذلك بذاته إقراراً من المدعى عليه بدعوى المدعي، ما لم يتفق الطرفان على غير ذلك".

وبالعودة إلى نص الفقرة ٥/ من المادة ٢٩/ من قانون التحكيم السوري والتي جاء فيها:

"تستمر هيئة التحكيم في إجراءاتها المعتادة ولو تخلف أحد الطرفين عن حضور بعض الجلسات أو تخلف عن تقديم ما طلب إليه تقديمه من مستندات".

ويذهب رأي فقهي في سوريا واستناداً لنص الفقرة السابقة الذكر إلى أن المشرع لم يعتبر تقديم مذكرة من قبل المدعى عليه بمثابة الإقرار منه بدعوى المدعي، أي أنه يتوجب على هيئة التحكيم أن تبشر التحكيم وفقاً لما هو متوفر لديها من أدلة مقدمة من قبل المدعي، بخلاف ما لو أن المدعى عليه قدم جوابه ومثل أمام الهيئة، فليس هناك ما يمنع هيئة التحكيم من أن تستدل من أقواله أو حضوره بأن يقر بصحة ما أورده المدعي في بيانه^(٢).

(١) المادة ٢٨/ من قانون التحكيم السوري والمادة ١/٣٠ من قانون التحكيم المصري.

(٢) أ. أنس كيلاني وأ. عماد الدين كيلاني، مرجع سابق، ص ٤١٩.

رابعاً: نظام جلسات التحكيم والإجراءات الشفهية والكتابية:

ما أن تكتمل خصومة التحكيم حتى تبدأ إجراءات إعداد القضية للفصل فيها وفي سبيل ذلك يجب على هيئة التحكيم أن تعامل أطراف العملية التحكيمية على قدم المساواة بحيث تهيئ لكل منهما فرصاً متكافئة وكافية وكاملة لعرض قضيته والدفاع عن حقوقه^(١).

وتبدأ الجلسات باجتماع الهيئة بعد تشكيلها بدعوة من رئيسها في المكان المحدد في اتفاق التحكيم أو المكان الذي حددته، حيث تحدد الهيئة موعداً لعقد الجلسات وتخطر الأطراف بهذا الموعد بشكل مسبق وقبل وقت كافٍ لكي يتسنى لهم الحضور إما شخصياً أو بواسطة وكلائهم بهدف شرح موضوع النزاع وعرض ما لديهم من أدلة ومستندات تؤيد ادعائهم، وللهيئة أن تقرر الاكتفاء بالإجراءات الكتابية ما لم يتفق الطرفان على غير ذلك^(٢).

وقد تفرد المشرع السوري وتحديداً في الفقرة الثالثة من المادة ٢٩/ من قانون التحكيم بالنص على أن تكون جلسات هيئة التحكيم سرية ما لم يتفق الأطراف على غير ذلك، في حين لم يتضمن القانون المصري نصاً مماثلاً. ويرى الباحث في هذا النص تماشياً مع مقاصد العملية التحكيمية من حيث الحفاظ على أسرار المحكّمين وخاصة عندما يتعلق الأمر بالعمليات المصرفية.

وقد أوجب كلا القانونين تدوين وقائع جلسة التحكيم بمحضر يوقع عليه أعضاء هيئة التحكيم وأطراف التحكيم أو وكلائهم^(٣).

(١) انظر المادة ٢٥/ من قانون التحكيم السوري والمادة ٢٦/ من قانون التحكيم المصري.

(٢) أ. عبد الحنان العيسى، مرجع سابق، ص ٢٩٩، وانظر أيضاً الفقرة ١/ و ٢/ من المادة ٢٩/ من قانون التحكيم السوري والفقرتين ١/ و ٢/ من المادة ٣٣/ من قانون التحكيم المصري.

(٣) المادة ٢٩/ ٤ من قانون التحكيم السوري والمادة ٣٣/ ٣ من قانون التحكيم المصري.

وقد قررت المادة /٣١/ من قانون التحكيم السوري قاعدة مفادها أنه في حال وقع أثناء السير بإجراءات التحكيم مخالفة لما ورد في اتفاق التحكيم أو لقاعدة تكميلية غير متعلقة بالنظام العام في هذا القانون وعلم بها أحد أطراف النزاع واستمر بالسير في إجراءات التحكيم ولم يعترض عليها في الميعاد المتفق عليه أو في وقت معقول عند عدم الاتفاق على الميعاد يعتبر هذا تنازلاً ضمناً عن حقه في الاعتراض ولا يحق له التمسك بهذه المخالفة مستقبلاً^(١).

وقد أعطى القانونان السوري والمصري الحق لهيئة التحكيم بأن تقرر الاستعانة بخبرة فنية في بعض أو كل مسائل النزاع سواء أكان هذا القرار قد جاء بناءً على طلب أحد الأطراف أم أن الهيئة قد اتخذته من تلقاء نفسها، وتتم تسمية الخبراء عن طريق الاتفاق بين الأطراف وفي حال انتفاء الاتفاق تتولى هيئة التحكيم القيام بهذه المهمة^(٢).

ويختلف القانونان من حيث أن القانون السوري أعطى الصلاحية لهيئة التحكيم للقيام بتحليف الخبراء اليمين القانونية قبل مباشرتهم مهمتهم ما لم يتفق الأطراف على غير ذلك، في حين أن القانون المصري نص على أن يقوم الخبراء بمهمتهم بدون أداء اليمين^(٣).

ويرى الباحث أن موقف القانونين من حيث إعطاء الحق لهيئة التحكيم بالاستعانة بالخبراء هو موقف صائب، فعلى الرغم من وجوب تمتع هيئة التحكيم بالخبرة اللازمة للفصل في المنازعة إلا أنها قد تصطدم وأثناء نظرها في هذه المنازعة ببعض المسائل الخارجة عن اختصاصها والتي تستلزم الاستعانة بأصحاب الخبرة فقد تحتاج هيئة التحكيم في أثناء نظرها في نزاع مصرفي للاستعانة بخبير حسابي أو عقاري أو غير ذلك.

(١) أ. عبد الحنان العيسى، مرجع سابق، ص ٢٩٩.

(٢) المادة ١/٣٢ من قانون التحكيم السوري والمادة ١/٣٦ من قانون التحكيم المصري.

(٣) المادة ٢/٢٣ من قانون التحكيم السوري والمادة ٤/٣٣ من قانون التحكيم المصري.

وكما هو الحال فيما يخص مسألة الخبرة فقد أعطى كلا القانونين لهيئة التحكيم الحق أن تقرر سماع الشهود إما من تلقاء نفسها أو بناء على طلب أحد الأطراف، متى رأت فائدة من القيام بذلك وقد أعطى القانون السوري الصلاحية لهذه الهيئة لتحليف الشهود اليمين القانونية في حين أن القانون المصري قد نص على أن سماع الشهود يتم بدون أدائهم اليمين القانونية^(١).

وقد قررت المادة /٣٥/ من قانون التحكيم السوري وكذلك المادة /٣٨/ من قانون التحكيم المصري انقطاع سير الخصومة أمام هيئة التحكيم في نفس الأحوال المقررة لذلك في القوانين النازمة لهذه المسألة.

وبالعودة إلى المادة /١٦٦/ من قانون أصول المحاكمات السوري رقم /١/ لعام ٢٠١٦، وكذلك المادة /١٣٠/ من قانون المرافعات المصري رقم /١٣/ لعام ١٩٦٨، نجد أنهما قد نصتا على حالات حصرية لانقطاع الخصومة وهي وفاة أحد الخصوم أو فقدة أهلية الخصومة أو زوال صفة من كان يباشر الخصومة من النائبين.

ويأخذ حكم الوفاة زوال الشخص الاعتباري الذي يكون طرفاً في الخصومة أثناء سيرها كما لو حلت الشركة أو دمجت في غيرها^(٢).

ونطرح هنا التساؤل التالي: ما هو مصير الدعوى التحكيمية المصرفية القائمة في حال تم تغيير رئيس مجلس إدارة المصرف الذي وقّع اتفاق التحكيم؟

يرى البعض أن الخصومة لا تنقطع بتغيير ممثل الشخص الاعتباري لأنه لا يعد وكيلاً وإنما هو مجرد نائب للشخص الاعتباري، وينبغي التمييز بين الصفة في التقاضي وهي صفة النائب والصفة في الدعوى فلا يؤدي زوال

(١) المادة /٣٣/ من قانون التحكيم السوري والمادة ٤/٣٣ من قانون التحكيم المصري.

(٢) د. مصطفى محمد الجمل ود. عكاشة محمد عبد العال، مرجع سابق، ص ٧٨٣.

الصفة في الدعوى إلى انقطاع الخصومة وإنما الحكم بعدم قبولها أو إلى التأجيل لإبلاغ صاحب الصفة، ونفس الأمر ينطبق على المحامي الوكيل عن أحد الخصوم فهو ليس طرفاً في الخصومة فلا تنقطع الخصومة بسبب وفاته أو انقضاء وكالته وإنما يمنح الموكل أجلاً لتعيين وكيل جديد عنه^(١).

وقد أجاز المشرع السوري لهيئة التحكيم بعد اختتام الجلسات أن تقرر من تلقاء نفسها أو بناءً على طلب أحد الأطراف إعادة فتح باب المرافعة قبل صدور حكم التحكيم، وأوجب القانون السوري على هذه الهيئة أن تكون مداولاتها سرية^(٢)، وعلى الرغم من أن القانون المصري لم يتضمن نصاً مماثلاً إلا أننا نرى أنه لا مانع من تطبيق هذه القاعدة وذلك بالعودة إلى القواعد العامة الواردة في قانون المرافعات المصري.

ويجب على المحكم إعادة فتح باب المرافعة إذا كان ذلك لازماً لاحترام حق الدفاع كما لو قبل طلباً أو وجه دفاعاً قدمه خصم في وقت متأخر فيجب عليه أن يُمكن الخصم الآخر من المناقشة والرد، وتكون إعادة فتح المرافعة واجباً أيضاً إذا وجدت تغيير في تشكيل هيئة التحكيم كما لو توفي أحد المحكمين بعد قفل باب المرافعة^(٣).

خامساً: حكم التحكيم:

بعد الانتهاء من إجراءات نظر المنازعة وقفل باب المرافعة يتوجب على هيئة التحكيم إصدار حكم فاصل في المنازعة ضمن آجال محددة نص عليها القانونان السوري والمصري واستناداً إلى القواعد المتفق عليها من قبل الأطراف أو المحددة من قبل هذه الهيئة^(٤).

(١) أ. أنس كيلاني وأ. عماد الدين كيلاني، مرجع سابق، ص ٤٤١ و ٤٤٢.

(٢) المادة ٣٦/ من قانون التحكيم السوري.

(٣) د. عزمي عبد الفتاح عطية، مرجع سابق، ص ٤١٥.

(٤) المادتان ٣٧/ و ٣٨/ من قانون التحكيم السوري المادة ٣٩/ من قانون التحكيم المصري.

وقد ساير القانون السوري نظيره المصري في جواز الطعن بالبطلان وحظر الاستئناف نهائياً إضافة إلى عدم سماحهما بالطعن بالتماس إعادة النظر وهو موقف غير صحيح ويخالف السائد في القانون المقارن^(١).

١ - إكساء حكم التحكيم الصيغة التنفيذية:

اتفق المشرعان السوري والمصري على تمتع أحكام المحكمين الصادرة طبقاً لقانون التحكيم بحجية الأمر المقضي به بحيث تكون ملزمة وقابلة للتنفيذ إلا أنهما اشترطا إكساء الحكم بالصيغة التنفيذية حتى يجوز تنفيذه^(٢).

واتفق القانونان على أنه يجب أن يقدم طلب إكساء حكم التحكيم الصيغة التنفيذية إلى المحكمة المختصة بموجب المادة ٣/ من قانون التحكيم السوري والمادة ٩/ من قانون التحكيم المصري مرفقاً بما يلي:

١- أصل الحكم أو صورة مصدقة عنه.

٢- صورة عن اتفاق التحكيم.

٣- ترجمة محلفة إلى اللغة العربية في حال صدور الحكم بلغة أخرى.

٤- صورة عن المحضر الدال على إيداع الحكم وفق المادة ٤٣/ من قانون التحكيم السوري والمادة ٤٧/ من قانون التحكيم المصري واللذان تلزمان من صدر الحكم لصالحه بإيداع أصل في ديوان المحكمة المختصة بحسب كل من القانونين ويحرر رئيس ديوان المحكمة محضر بذلك الإيداع.

وبدورها تقوم المحكمة المختصة بدراسة الحكم ولا يجوز لها إكساؤه الصيغة التنفيذية إلا بعد تحققها مما يلي:

أ- عدم تعارض الحكم مع حكم سبق صدوره من المحاكم (السورية أو المصرية) في موضوع النزاع.

(١) د. عزمي عبد الفتاح عطية، مرجع سابق، ص ٧٣٤.

(٢) المادتان ٥٣ و ٥٤ من قانون التحكيم السوري والمادتان ٥٥ و ٥٦ من قانون التحكيم المصري.

ب- عدم تضمن الحكم لما يخالف النظام العام في (الجمهورية العربية السورية أو جمهورية مصر العربية).

ج- أنه قد تم تبليغه للمحكوم عليه تبليغاً صحيحاً^(١).

وأجاز المشرع المصري التظلم من الأمر الصادر برفض التنفيذ أمام المحكمة المعنية في المادة /٩/ من قانون التحكيم المصري خلال ثلاثين يوماً من تاريخ صدوره^(٢).

٢- بطلان حكم التحكيم وأثره على تنفيذه:

نصت المادة /٥٠/ من قانون التحكيم السوري والمادة /٥٣/ من قانون التحكيم المصري الحالات التي تقبل فيها دعوى البطلان وكان هذان النصان متطابقان حيث جاءت هذه الحالات كما يلي:

أ- إذا لم يوجد اتفاق تحكيم أو كان هذا الاتفاق باطلاً أو سقط بانتهاء مدته.

ب- إذا كان أحد طرفي اتفاق التحكيم وقت إبرامه فاقد الأهلية أو ناقصها وفقاً للقانون الذي يحكم أهليته.

ج- إذا تعذر على أحد طرفي التحكيم تقديم دفاعه بسبب عدم تبليغه تبليغاً صحيحاً بتعيين محكم أو بإجراءات التحكيم أو لأي سبب آخر خارج عن إرادته.

د- إذا استبعد حكم التحكيم تطبيق القانون الذي اتفق الأطراف على تطبيقه على موضوع النزاع.

هـ- إذا تم تشكيل هيئة التحكيم أو تعيين المحكمين على وجه مخالف للقانون أو لاتفاق الطرفين.

(١) المادة ٢/٥٦ من قانون التحكيم السوري والمادة ٢/٥٨ من قانون التحكيم المصري.

(٢) الفقرة ٣/ من المادة /٥٨/ من قانون التحكيم المصري.

و- إذا فصل حكم التحكيم في مسائل لا يشملها اتفاق التحكيم أو جاوز 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.

ز- إذا وقع بطلان في حكم التحكيم، أو إذا كانت إجراءات التحكيم باطلة بطلاناً أثر في الحكم.

ويلاحظ مما سبق أن الحكم ببطلان حكم التحكيم قد يأتي نتيجة عيب في اتفاق التحكيم ذاته أو نتيجة عيب في الإجراءات سواء من ناحية المساواة بين الأطراف وصحة التبليغ أو لعيب في تشكيل هيئة التحكيم وقد يكون البطلان ناتجاً عن عدم تطبيق القانون الذي اتفق عليه طرفا التحكيم.

كما ألزم المشرعان السوري والمصري المحكمة المختصة بنظر دعوى البطلان بأن تحكم من تلقاء نفسها ببطلان الحكم متى تضمن ما يخالف النظام العام (في الجمهورية العربية السورية أو في جمهورية مصر العربية)^(١).

وقد حدد القانونان السوري والمصري إجراءات دعوى البطلان^(٢)، و اختلف المشرعان السوري والمصري في تحديد المدة التي يجب خلالها رفع دعوى البطلان فبينما حددها القانون السوري بالثلاثين يوماً التالية لتاريخ تبليغ حكم التحكيم للمحكوم عليه، أطال المشرع المصري هذه المدة بحيث جعلها ٩٠ يوماً من اليوم التالي للتبليغ، ويرى الباحث أنه حسناً فعل المشرع السوري من حيث تقصير المدة لأن في ذلك تماشياً مع غايات التحكيم ومقاصده من حيث السرعة في نظر المنازعات.

(١) المادة ٢/٥٠ من القانون السوري والمادة ٢/٥٦ من قانون التحكيم المصري.

(٢) المادة ٥١/ من قانون التحكيم السوري والمادة ٥٤/ من قانون التحكيم المصري.

ولم يعطِ المشرعان السوري والمصري أي أثر لتنازل مدعي البطلان عن حقه في رفع دعوى البطلان قبل صدور الحكم، ويرى الباحث أن في ذلك حماية لأطراف التحكيم.

ولقد تفرّد القانون السوري بنص ألزم من خلاله المحكمة المختصة بأن تفصل بدعوى البطلان خلال مدة /٩٠/ يوماً تبدأ من تاريخ اكتمال الخصومة، ويأتي هذا النص متماشياً مع النهج الذي انتهجه المشرع السوري والذي هدف من خلاله إلى تحديد الوقت بما يتماشى مع عنصر السرعة كما يرى الباحث.

كما نص المشرع السوري على أنه في حال قررت المحكمة رد دعوى البطلان فإن قرارها يقوم مقام إكساء الحكم صيغة التنفيذ وأجاز المشرع السوري في المادة /٥٢/ من قانون التحكيم السوري الطعن بالنقض بقرار إبطال حكم التحكيم خلال الثلاثين يوماً التالية لتبليغ الحكم، وألزم محكمة النقض بالبت بهذا الطعن خلال /٩٠/ يوماً من تاريخ وصول ملف الدعوى إليها.

أما وقد انتهينا من الحديث عن شروط بطلان حكم التحكيم وإجراءاته فلا بد لنا من البحث في أثر البطلان على تنفيذ حكم التحكيم: فقد اتفق المشرعان السوري والمصري أنه لا يجوز تنفيذ حكم التحكيم قبل انقضاء ميعاد رفع دعوى البطلان^(١).

ولم يرتب المشرعان على رفع دعوى البطلان وقف تنفيذ حكم التحكيم. إلا أنهما أجازا للمحكمة المختصة أن تقرر وقف التنفيذ لمدة حددها القانون السوري بـ /٦٠/ يوماً كحد أقصى بينما سكت المشرع المصري عن

(١) المادة ١/٥٦ من القانون السوري والمادة ١/٥٨ من القانون المصري.

تحديدها وأعطى المحكمة مهلة ستين يوماً للفصل في طلب وقف التنفيذ حتى تاريخ أول جلسة محددة لنظره.

كما أجاز كلا المشرعين للمحكمة المختصة بأن تلزم المدعي بتقديم كفالة مالية أو ضمان مالي، وألزم المشرع المصري المحكمة المختصة في حال أمرت بوقف التنفيذ بأن تفصل بدعوى البطلان خلال مدة ٦/ أشهر من تاريخ صدور هذا الأمر. ويشترط القانون السوري لوقف التنفيذ وقوع ضرر جسيم يتعذر تداركه بينما اكتفى المشرع المصري بالنص على الضرر الجسيم فقط^(١).

وقد نظم القانونان السوري والمصري حالات إنهاء الخصومة أمام هيئة التحكيم من غير صدور حكم، كما لو تم صلح بين المحكّمين وطلباً من هيئة التحكيم توثيقه وعندها يجب على الهيئة أن تصدر قراراً يتضمن ما اتفق عليه الطرفان ويكون لقرارها هذا ما لأحكام المحكّمين من قوة التنفيذ^(٢). ويعرف القانون المصري أيضاً ما سمي بالأمر بإنهاء الإجراءات بقرار يصدر من المحكمة المختصة أصلاً بنظر النزاع لو لم يوجد تحكيم وذلك في حالة انتهاء مهلة التحكيم دون صدور حكم، ويرى بعض الفقه أن هذا تعقيد لا مبرر له لأنه يكفي امتناع الخصوم أو أحدهم عن الحضور أمام المحكّمين بعد انتهاء مهلة التحكيم، فإذا صدر الحكم بعد فوات المهلة فإن الحكم يكون باطلاً لأنه صدر بناءً على اتفاق تحكيم سقط وهذه حالة من حالات دعوى البطلان، لذلك فالالتجاء إلى قاضي الدولة لا ضرورة له، والنص لا فائدة منه^(٣).

(١) أ. د. عزمي عبد الفتاح عطية، مرجع سابق، ص ٧٣٥.

(٢) المادة ٣٩/ من قانون التحكيم السوري والمادة ٤١/ من قانون التحكيم المصري.

(٣) أ. د. عزمي عبد الفتاح عطية، مرجع سابق، ص ٤٢٠.

ولهيئة التحكيم وفقاً للقانونين السوري والمصري أن تقرر إنهاء الخصومة في حال اتفاق الأطراف على إنهاء التحكيم دون تسوية النزاع أو في حال قيام المدعي بترك خصومة التحكيم أو سحب دعواه ما لم يعارض المدعى عليه في ذلك ووجدت هيئة التحكيم أن له مصلحة في استمرار الإجراءات إلى أن يُحسم النزاع^(١).

وقد تفرّد المشرع المصري في هذا السياق بنص أعطى من خلاله هيئة التحكيم الحق في أن تأمر بإنهاء الإجراءات لأي سبب متى رأت عدم جدوى استمرار إجراءات التحكيم أو استحالتة^(٢).

ومن هذه الحالات مثلاً عدم تعاون المحكّمين، أو طلبهم رد أعضاء الهيئة جميعاً بدعوى متعاقبة أو تكرار غيابهم مما ينبئ عن رغبة الخصوم في عدم التعاون مع هيئة التحكيم^(٣).

(١) المادة ٤٥/ من قانون التحكيم السوري والمادة ١/٤٨ أ و ب من قانون التحكيم المصري.

(٢) المادة ٤٨/١ ج من قانون التحكيم المصري.

(٣) د. عزمي عبد الفتاح عطية، مرجع سابق، ص ٤٢١.

المبحث الثاني

تقييم نظام التحكيم المصرفي

يهدف هذا المبحث إلى الوصول إلى تقييمٍ عادلٍ لنظام التحكيم المصرفي من خلال استعراض المزايا التي يؤمنها اللجوء إلى التحكيم في المنازعات الناشئة عن العمليات المصرفية (مطلب أول)، إضافةً إلى عرض الانتقادات والمآخذ التي يوجهها معارضو اللجوء إلى التحكيم في الميدان المصرفي (مطلب ثانٍ).

المطلب الأول

مزايا التحكيم المصرفي

يتسم التحكيم في المعاملات المصرفية بمزايا عديدة، منها ما هو متعلق بالناحية الإجرائية كالسرعة والمرونة والسرية إضافةً إلى مزايا أخرى ترتبط بالناحية الموضوعية، وسنقوم في هذا المطلب باستعراض المزايا الإجرائية والموضوعية للتحكيم المصرفي.

الفرع الأول

مزايا التحكيم المصرفي من الناحية الإجرائية

أولاً: السرعة

تتم العملية التحكيمية عادةً دون التقيد بإجراءات التقاضي وبذلك يتخلص الخصوم من البطء المعتاد الذي يعانون منه أمام قضاء الدولة، كما أنه غالباً ما يتم على درجة تقاضٍ واحدةٍ ومن ثم فإن التحكيم يتسم بالسرعة في فصل المنازعات.^(١)

(١) مُشار إليه لدى د. عزمي عبد الفتاح عطية، مرجع سابق، ص ٢٠.

ولا يخفَ على أحد أهمية عنصر السرعة في العمليات المصرفية، إذ يعتبر الوقت عنصراً مؤثراً فيها كونها تتمحور أساساً حول تجارة النقود والتي تتعرض من وقتٍ إلى آخر لتقلبات أسعار الصرف، كما أنها تقترن عادةً بمعدل مرتفع من الفوائد سواءً على عاتق المصرف أو العميل.^(١)

وقد راعت القواعد الواردة في قانوني التحكيم السوري والمصري مسألة السرعة الواجب توافرها في العملية التحكيمية من خلال تحديد مدة معينة لتشكيل هيئة التحكيم ولتقديم طلب رد المحكمين وإصدار حكم التحكيم.

كما اعتبر مركز القاهرة الإقليمي للتحكيم التجاري والدولي التحكيم المصرفي نوعاً من التحكيم السريع الذي يتم فيه اختصار المواعيد وإصدار الحكم في أقرب الآجال، فاللجوء إلى التحكيم يكفل تفادي النتائج السلبية الناتجة عن الالتجاء إلى المحاكم، وقد قيل بحق أن العدالة البطيئة نوع من الظلم.^(٢)

وفي هذا السياق أيضاً انتهت اللجنة التي شكلها اتحاد بنوك مصر في عام ١٩٨٧ بشأن خطابات الضمان بالتوصية بالالتجاء إلى التحكيم في المنازعات الناشئة عن خطابات الضمان المحلية والخارجية بهدف إنهاؤها في وقت قصير، وهو ما أكد عليه رئيس مجلس إدارة اتحاد البنوك في مصر من خلال كلمة ألقاها في عام ١٩٩٦ خلال ندوة بعنوان "التحكيم كبديل للتقاضي" حيث أكد على أن اللجوء إلى التحكيم لحل المنازعات بدلاً من اللجوء إلى القضاء من شأنه أن يقضي على مخاوف ببطء إجراءات التقاضي.^(٣)

(١) بهاء الدين بطيخ، مرجع سابق، ص ٧٨.

(٢) د. محمد صالح علي العوادي، مرجع سابق، ٦٢.

(٣) مُشار إليه لدى د. محمود سمير الشرقاوي، مرجع سابق، ص ١٣٣٠ و ٢٣٣١.

ويشير بعض الباحثين إلى حالاتٍ عديدة عُرض فيها النزاع على هيئة التحكيم صباحاً وأعد الأطراف دعواهم ظهراً، وعقدت جلسة التحكيم مساءً وتم إصدار الحكم قبل منتصف الليل.^(١)

وفي هذا الشأن أيضاً نقف أمام رأي فقهي مفاده:

"إن الخسارة في النهاية لا تقع إلا على عاتق المصرف أما العميل فهو رابح مائة في المائة، فلنفرض مثلاً أن عميلاً اقترض من المصرف مبلغ مليون جنيه ووظفها في تجارته ثم أخذ يُماطل المصرف في السداد لعشر سنوات، فهذه المليون ستتحول في تجارته إلى عدة ملايين خلال العشر سنوات، وفي النهاية يرد المبلغ للمصرف مع فوائده القانونية، وهذا المبلغ الذي يسترده المصرف بعد صبره عشر سنوات يكون تافه القيمة إذا ما نظرنا إلى نسبة التضخم التي تكون قد أصابته خلال هذه المدة، وهذا الأثر الخطير يبدو واضحاً أكثر في المصارف التجارية عنه في المصارف الإسلامية، لأن المصارف الإسلامية تدخل من أبواب المشاركة والمضاربة والمرابحة وتحتفظ في كثير من الأحيان بحقوق على السلع التي يتم الاتجار بها وهذا يساعدها على تجنب الآثار التضخمية التي تصيب النقود ولا تصيب البضائع، ومع ذلك فإننا نسمع من المشتغلين في المصارف الإسلامية أن أسوأ أنواع المدينين هم مدينو المصارف الإسلامية".^(٢)

ونشير في سياق حديثنا عن خاصية السرعة في التحكيم إلى دعوى تحكيمية مصرفية جرت في جمهورية مصر العربية وتحديداً أمام مركز القاهرة الإقليمي للتحكيم التجاري والدولي وهي الدعوى رقم /٧٥٧/ لعام ٢٠١١ والمتكونة بين رجل الأعمال المصري أحمد بهجت والبنك الأهلي المصري

(١) د.محمد سليم العوا، "التحكيم في الأعمال المصرفية الالكترونية"، بحث مقدم لمؤتمر الأعمال المصرفية الالكترونية بين الشريعة والقانون، ١٠-١٢ أيار ٢٠٠٣م، ص ٢٣٨١.

(٢) مُشار إليه لدى د.ناريمان عبد القادر، مرجع سابق، هامش ص ١٤.

وبنك مصر، وتتلخص وقائعها بأن مجموعة شركات الدكتور أحمد بهجت حصلت على عدة قروض من بنكي الأهلي المصري ومصر وترتب على هذه القروض مديونية استحققت للمصرفين ، توقفت مجموعة الشركات عن سداد هذه الديون، ومن ثم في العام ٢٠٠٤ تم الاتفاق مع الدكتور بهجت على تسوية لتلك المديونية أقر بها بموافقة جميع مجالس إدارات شركاته وجمعياتها العمومية على مديونيته، وتعهد بسدادها بمدة أقصاها نهاية حزيران من العام ٢٠١١، إلا أنه وحتى شهر آذار من العام ٢٠١١ لم يسدد إلا النذر اليسير منها حتى زادت مديونيته عن ٣.٦ مليار جنيه مصري، فاتجهت المصارف إلى أعمال حقوقها المترتبة على عقد التسوية وملحقه الذي تم إبرامه مع الدكتور بهجت، وذلك بالترويج لبيع أصول مجموعة بهجت حتى توصلت إلى إتمام صفقة بيعها وفقاً للآلية المتفق عليها وبالفعل تم بيع هذه الأصول للشركة المصرية لإدارة الأصول العقارية والاستثمار لقاء مبلغ وقدره ٣.٢٣٨ مليار جنيه مصري والذي يمثل جزءاً من مستحقات المصرفين.

فأقام الدكتور بهجت عن نفسه وبصفته رئيساً لشركاته ووكيلاً عن أولاده الدعوى رقم ٧٥٧/ لعام ٢٠١١ أمام مركز القاهرة الإقليمي للتحكيم التجاري والدولي طالباً بطلان صفقة بيع الأصول ومنازعةً في قيمة المديونية المستحقة عليه، وانتهت هيئة التحكيم إلى إصدار حكمها الفاصل في موضوع النزاع بتاريخ السابع من شهر نيسان لعام ٢٠١٢ والقاضي برفض طلبات بهجت وبتمام بيع كافة الأصول للشركة المصرية لإدارة الأصول العقارية والاستثمار اعتباراً من ٢٣ حزيران لعام ٢٠١١ وبذلك أصبحت الشركة المصرية لإدارة الأصول العقارية والاستثمار هي المالك الوحيد لهذه الأصول.

وقد أقام الدكتور بهجت وأولاده وشركاته دعاوى بطلان حكم التحكيم أمام محكمة استئناف القاهرة التي أصدرت في الخامس من شهر شباط لعام

٢٠١٣ حكمها القاضي برفض كافة هذه الطعون، فقاموا بالطعن بهذه الأحكام بالنقض طالبين إيقاف تنفيذها إلا أن محكمة النقض أصدرت في السابع والعشرين من شهر شباط لعام ٢٠١٤ حكمها برفض كافة الطعون.^(١) ويرى الباحث أن هذه الدعوى التحكيمية تُعتبر مثلاً للدعوى السريعة إذا ما نظرنا إلى الفترة الزمنية التي تم خلالها الفصل في هذه الدعوى والمبالغ المطالب بها، فلو فرضنا أن أطراف هذه العلاقة لم يتفقوا على التحكيم أساساً وقاموا باللجوء إلى القضاء الوطني لحل النزاعات الناشئة بينهم، كانوا سيدخلون في دوامة من الإجراءات والمماطلة والتعقيدات التي ستستغرق في المحصلة كثيراً من الوقت مما ينعكس سلباً على اقتضاء أطراف العلاقة لحقوقهم.

ثانياً: المرونة

إن خاصية السرعة التي يؤمنها التحكيم تأتي كنتيجة طبيعية لاتباع إجراءات أكثر مرونة من تلك التي تلتزم محاكم الدولة باتباعها. فالمرونة تسمح باختيار الإجراءات اللازمة لسرعة التحكيم سواءً بالنسبة لعقد الجلسات أو سماع الشهود أو الحصول على أدلة الإثبات أو عدم التشدد في

(١) تقرير حول النزاع بين البنك الأهلي المصري ورجل الأعمال أحمد بهجت، منشور على موقع

مصر دوت على شبكة الانترنت على الرابط التالي:

<http://www.dotmsr.com/details/%D8%A7%D9%84%D9%86%D8%B2%D8%A7%D8%B9-%D8%A8%D9%8A%D9%86-%D8%B1%D8%AC%D9%84-%D8%A7%D9%84%D8%A7%D8%B9%D9%85%D8%A7%D9%84-%D8%A3%D8%AD%D9%85%D8%AF-%D8%A8%D9%87%D8%AC%D8%AA-%D9%88%D8%A7%D9%84%D8%AF%D9%88%D9%84%D8%A9-%D9%81%D9%8A-10-%D9%86%D9%82%D8%A7%D8%B7>

تاريخ الاطلاع ٢٠١٦/١/٣١

تقديم أصول المستندات أو النظر في الوثائق بلغتها الأصلية أو لغة أخرى
تقرر هيئة التحكيم تحديدها.^(١)

وقد سبق وأشرنا أثناء بحثنا في مكان التحكيم إلى المرونة التي يضمنها
القانونان السوري والمصري من خلال إعطاء الحق لهيئة التحكيم بالاجتماع
في غير المكان المتفق عليه أو المحدد من قبلها للقيام بأي إجراء تستلزمه
العملية التحكيمية، والأمر نفسه ينطبق على العديد من المسائل الأخرى
كمسألة اللغة وغيرها.

وفي هذا السياق يرى جانب فقهي:

"أن الميزة الرئيسة لإجراءات التحكيم تكمن في الحرية الممنوحة للأطراف
لتقرير كيفية تسوية نزاعاتهم، وإن الفائدة العادية الملحوظة تكمن في توافر
إجراءات غير مقيدة بالشكليات التي تقتضيها الدعاوى أمام المحاكم، والأكثر
من ذلك فإنه ربما يصح القول أنه لا توجد إجراءات قياسية للتحكيم، فكل
شيء قد يكون ممكناً، من إصدار حكم بسيط استناداً للمذكرات المكتوبة
وحدها، إلى الإجراءات التي قد تستغرق جلسات كاملة وتقديم بينات وسماع
الشهود.

وعندما تكون الدعوى واضحة ومباشرة كما في حالة عدم سداد دين بسيط
موثق بموجب سند، فإن التحكيم في هذا الحالة يكون بسيطاً، وقد شهدت حالة
تم خلالها إصدار حكم التحكيم على أساس المذكرات المكتوبة من قبل

(١) د.حسين شحادة الحسين، " التحكيم في منازعات العمليات المصرفية"، بحث منشور في المجلة

القضائية، العدد الرابع، رجب ١٤٣٣هـ، ص ١٦٤.

المصرف والمُقترض فقط، حيث لم يطلع المصرف ولا المقترض على المذكرات المُقدمة من الآخر".^(١)

ثالثاً: السرية

سبق وأشرنا أثناء بحثنا في الخصائص المميزة للعمليات المصرفية إلى خاصية السرية المُلازمة لهذه العمليات، وعليه فإن اللجوء إلى قضاء الدولة يُعدّ أمراً غير محبذ فيما يتعلق بهذه الخاصية، فعُلية الجلسات تُعدّ من القواعد الأساسية المقررة في القانونين السوري والمصري.

أما في التحكيم فتعتبر السرية من الأعراف التحكيمية التي يجب مراعاتها سواءً في التحكيم الدولي أو الداخلي حتى لو سكنت القاعدة القانونية النافذة عن النص على ذلك.^(٢)

وقد حرص المشرع السوري على مراعاة مسألة السرية في كل مراحل العملية التحكيمية، وسبق وأشرنا إلى ما قرره من حيث كون جلسات التحكيم سرية ما لم يتفق الطرفان على غير ذلك.

كما حظّر القانونان السوري والمصري نشر حكم التحكيم أو نشر أي جزء منه إلا بموافقة طرفي التحكيم.^(٣)

وتظهر أهمية خاصية السرية التي يؤمنها التحكيم تحديداً في حالات الأزمات المالية والتي تسعى المؤسسات المالية خلالها للحفاظ على سمعتها.^(٤)

(١) مُشار إليه لدى فلاح بن موسى الزهراني، "التحكيم في المنازعات المصرفية في دول مجلس التعاون الخليجي"، رسالة ماجستير، جامعة نايف العربية للعلوم الأمنية، ٢٠١٠م، ص ١٧١ و ١٧٢.

(٢) أحزمة الحداد، "التحكيم في المنازعات المصرفية"، ورقة عمل مُقدمة لندوة التحكيم في القضايا المصرفية وأثره على تسوية المنازعات، عمان ٢١/٣/٢٠٠٠، ص ٦.

(٣) المادة ٤٤/ من قانون التحكيم السوري والمادة ٢/٤٤ من قانون التحكيم المصري.

(٤) Inka Hanefeld, op.cit, p928

رابعاً: استمرار العلاقة بين المصرف والعميل:

يُعدّ التحكيم قضاءً خاصاً لنوع خاص من المنازعات، فهو قضاءٌ كونته الإرادة المشتركة لأطراف النزاع، بحيث يعمل في مناخ تتبدد فيه حرارة الخصومة التي نراها غالباً أمام القضاء العادي، وإذا كان قضاء التحكيم يبحث عن حل عادل فهو لا يدخر جهداً لإعادة المودة بين أطراف النزاع لأنه يغلب فيه طابع المصالحة على أجواء الخصومة والعداوة.^(١)

وقد تستمر العلاقة الودية بين الطرفين بعد تسوية خلافهم، دون أن تتأثر باختلاف وجهات النظر، بينما في القضاء العادي قد يستخدم كلا الطرفين أساليب كيدية تؤدي بهما إلى مرحلة قطع العلاقات لأنهم لا ينظرون لاستمرار العلاقة في المستقبل بل يهتمون بتصفية حساباتهم والانتقام لأنفسهم، لذا يُقال بأن أطراف النزاع يدخلون إلى القضاء العادي وهم ينظرون إلى الوراء بينما يدخلون إلى التحكيم وهم ينظرون إلى الأمام.^(٢)

وإن كان ليس من مهام المحكم الصلح بين طرفي النزاع، إلا أنه لا يسعى إلى تقطيع أواصر العلاقة بينهما، وإنما يعتمد إلى معاملتهما وكأنهما في مجلس وفاق عائلي يتجاوز فيه الخلاف بينهما بهدف استمرار العلاقة بينهما مستقبلاً، وإن صدر الحكم لصالح أحدهما، مما ينجم عنه في حالات كثيرة تنفيذ حكم التحكيم بصورة رضائية، بخلاف الحكم القضائي الذي قلّ أن يتم تنفيذه طواعيةً، علاوةً على سعي الطرف الخاسر إلى عرقلة تنفيذ الحكم الذي صدر ضده بجميع الوسائل المتاحة أمامه.^(٣)

ويرى الباحث أنه فيما يتعلق بالعمليات المصرفية فإننا نكون أمام حاجة ماسة لاستمرار العلاقة بين المصرف والعميل، حيث أنه ليس من المحبذ أن يؤثر

(١) أ.أنس كيلاني وأ.عماد الدين كيلاني، مرجع سابق، ص ٩.

(٢) د.حسين شحادة الحسين، مرجع سابق، ص ١٦٦.

(٣) أ.أنس كيلاني وأ.عماد كيلاني، مرجع سابق، ص ٩٣.

النزاع القائم بين المصرف والعميل في معرض تنفيذ عملية معينة على العمليات الأخرى التي من الممكن أن تكون قائمة بينهما.

الفرع الثاني

مزايا التحكيم المصرفي من الناحية الموضوعية

أولاً: الخبرة والتخصص

سبق وأشرنا في الفصل الأول إلى عدم امتلاكنا في سوريا لكادر قضائي خبير ومتخصص في نظر المنازعات المصرفية، مما يدفعنا إلى البحث عن حل جدي لهذه المشكلة، ونرى في هذا السياق أن التحكيم يُعتبر البديل الأنسب عن القضاء لحل المنازعات الناشئة عن العمليات المصرفية، إذ يستطيع أطراف النزاع من خلاله اختيار الكادر الخبير والمتخصص في التعامل مع هذا النوع من المنازعات.

فالأعمال المصرفية تنمو بشكل متسارع ومثل هذا التطور لا يمكن مواكبته إلا بالاستعانة بالمصرفيين ذوي الخبرة، فعرض النزاع على القضاة سيدفعهم للاستعانة بخبير متخصص، بينما لو تم اللجوء إلى التحكيم فإنه يمكن اختيار محكم فني متخصص يملك مكنة إبداء الرأي الفني وحل المشكلة اعتماداً على قواعد عرفية خاصة بمهنته كما هو الحال في المنازعات الناشئة عن الاعتمادات المستندية، إضافةً إلى أن المحكم المختص يواكب التقنيات والتطورات الحاصلة في القطاع المصرفي والتشريعات الوطنية والدولية في أن معاً.^(١)

الأمر نفسه ينطبق على المنازعات الناشئة عن العمليات المصرفية الإسلامية حيث أن القضاء العادي يلتزم بتطبيق أحكام القانون الوضعي التي قد لا تتفق مع أحكام الشريعة الإسلامية، وهذا يُشكّل صعوبة إضافية أثناء نظره

(١) د.ناريمان عبد القادر، مرجع سابق، ص ١٥.

لمنازعات المصارف الإسلامية مع بعضها أو فيما بينها وبين عملائها، لذلك يبدو التحكيم وسيلة مناسبة أكثر من القضاء لحسم هذه المنازعات خاصةً عند اتفاق الأطراف على تطبيق أحكام الشريعة الإسلامية وإلزام المحكم بذلك.^(١) كما تظهر أهمية التحكيم عندما تتعلق المنازعة بإحدى العمليات المصرفية الالكترونية، نظراً لحدائتها من جهة ولطابعها الفني الدقيق من جهة أخرى، بحيث يكون التحكيم هو الطريق المُجدي الوحيد لفض المنازعات في مثل هذه الحالات.^(٢)

ثانياً: الحياد

لا تُفضّل المؤسسات الأجنبية عرض منازعاتها على محاكم الدولة التي ينتمي إليها الخصم خشية من انحياز القاضي لمواطني بلده أو قانونها، بحيث ترغب بعرض النزاع على التحكيم في بلد لا ينتمي إليه أي من الطرفين، طلباً لحياد المحكمين وحياد قانون مكان التحكيم، وهذا السبب يكمن وراء كثرة القضايا التي تنظرها مراكز متخصصة ويُدعى إليها محكمون ذوي شهرة عالمية ، لا ينتمي أيّاً منهم ولا يقع مركز التحكيم نفسه في بلد أي من طرفي النزاع.^(٣) ويرى الباحث أن توافر الحياد في العملية التحكيمية هو مسؤولية مشتركة تقع على عاتق الأطراف والمحكمين في آن معاً، بحيث لا ينتظر كل من طرفي النزاع من المحكم المختار من قبله أن يدافع عن حقوقه، كما لا يجب أن يعتبر المحكم نفسه وكيلاً عن الطرف الذي قام بتسميته.

(١) د.حسين شحادة الحسين، مرجع سابق، ص ١٧٤.

(٢) د.محمد سليم العوا، مرجع سابق، ص ٢٣٨٢.

(٣) د.محمد سليم العوا، المرجع السابق، ص ٢٣٨٣.

ثالثاً: نهائية حكم التحكيم

سبق وتم البيان أن القانونين السوري والمصري نصا على نهائية أحكام التحكيم بحيث تصدر هذه الأحكام مبرمة وغير خاضعة لأي طريق من طرق الطعن.

وبالرغم مما قرره القانونان السوري والمصري من حيث جواز رفع دعوى بطلان حكم التحكيم إلا أن ذلك لا ينال من نهائية أحكام المحكمين، لأن أسباب البطلان تتصل عادة بصلاحيّة الهيئة واختصاصها والضمانات الأساسية للتقاضي والنظام العام في بلد مقر التحكيم - أو بلد تنفيذ الحكم الصادر عن هيئة التحكيم - ومن ثم فهو ضروريات لأي حكم منه للخصومة إذا لم يستوفها لم يكن جديراً بالتنفيذ ولا حائزاً للحجية التي لا قوام له باعتباره حكماً قضائياً إلا بها.^(١)

رابعاً: قابلية حكم التحكيم للتنفيذ دولياً

تتميز الأحكام الصادرة عن الهيئات التحكيمية بنطاق أوسع بكثير من حيث التنفيذ مقارنة بتلك الأحكام الصادرة عن المحاكم الوطنية، حيث أزال اتفاقية نيويورك لعام ١٩٥٨ العقوبات أمام تنفيذ أحكام المحكمين خارج البلد الذي صدرت فيه أو الذي طبق قانونه على أساس النزاع وإجراءات التحكيم.^(٢)

كما أنّ هناك اتفاقيات دولية حاولت هي الأخرى أن توفر ذات الميزة التي وفرتها اتفاقية نيويورك من حيث الاعتراف بأحكام التحكيم الأجنبية وتنفيذها في الدول المنضمة لهذه الاتفاقيات، ومن تلك الاتفاقيات على سبيل المثال الاتفاقية الأوروبية للتحكيم التجاري الدولي والموقعة في جنيف بتاريخ ١٩٦١/٤/٢١م، واتفاقية واشنطن الموقعة في ١٩٦٦/١٠/١٤م حول حسم

(١) د. محمد سليم العوا، المرجع السابق، ص ٢٣٨٢.

(٢) د. ناريمان عبد القادر، مرجع سابق، ص ١٧.

منازعات الاستثمار بين الدول ومواطني الدول الأخرى، والتي تم بموجبها تأسيس مركز دولي للتحكيم التجاري معروف باسم (ICSID) ويختص بحسم منازعات الاستثمار، إذ بفضل هذه الاتفاقية يتجنب الأطراف صعوبات تنفيذ حكم قضائي في بلد غير الذي صدر فيه من خلال اللجوء إلى التحكيم الذي يمكن تنفيذ حكمه في غير بلد صدوره دون صعوبة تذكر.^(١)

ويرى الباحث أن لهذه الميزة مكانة خاصة في التحكيم المصرفي نظراً لاتصاف العمليات المصرفية في بعض الأحيان بالصفة الدولية مما يعني إمكانية الحاجة إلى تنفيذ الحكم دولياً في غير البلد الذي صدر فيه.

خامساً: تشجيع الاستثمار

في ضوء تعزيز معدلات النمو الاقتصادي، فإن غالبية الدول تتهج سياسة اقتصادية تهدف لتشجيع الاستثمارات الأجنبية، وهذا ما قامت به سوريا في مطلع التسعينات من القرن الماضي من أجل اجتذاب رؤوس الأموال العربية والأجنبية للمشاركة في المشاريع التنموية، إلا أن المستثمر لا ينظر إلى المزايا والحوافز بقدر اهتمامه بالبيئة القانونية التي سيتم في إطارها فض المنازعات الناشئة عن هذا الاستثمار لأنه يخشى الخضوع للقوانين الداخلية والتي تكون عرضة للتعديل وفقاً لمصالح الدولة.^(٢)

وفي هذا السياق يُعدّ نظام التحكيم المنصوص عليه في اتفاقية البنك الدولي بشأن تسوية منازعات الاستثمار بين الدول ومواطني الدول الأخرى أحد الضمانات الأساسية للاستثمار الأجنبي في البلدان التي هي على طريق النمو والتي يخشى على هذا الاستثمار بصورة خاصة من تزايد احتمال حدوث المنازعات ما بين الفرقاء وتزايد تعقيدها.^(٣)

(١) مُشار إليه لدى فلاح بن موسى الزهراني، مرجع سابق، ص ١٨٣.

(٢) د. حسين شحادة الحسين، مرجع سابق، ص ١٧٢ و ١٧٣.

(٣) د. عبد الحميد الأحمد، موسوعة التحكيم - الكتاب الثاني، مرجع سابق، ص ٦٥.

وعليه يرى الباحث أن التحكيم يلعب دوراً هاماً في التشجيع على الاستثمار والذي غالباً ما يرتبط بالمصارف وعملياتها بصورة أو بأخرى سواءً تعلق الأمر بعمليات الاعتماد المستندي أو عقود الحساب الجاري أو القروض وغيرها من العمليات المصرفية التي يحتاجها المستثمرون عادةً في معرض ممارستهم لأعمالهم.

المطلب الثاني

عيوب التحكيم المصرفي

على الرغم من المزايا التي يؤمنها التحكيم المصرفي إلا أن هناك العديد من الانتقادات الموجهة إليه والمآخذ عليه، وسنقوم في هذا المطلب باستعراض هذه الانتقادات والمثالب.

الفرع الأول

العيوب الإجرائية

أولاً: من حيث السرعة

يرى البعض أنه وفي ظل التطور الحاصل في عالم التجارة و الأعمال وتشابك وتنوع العلاقات التجارية وشيوع عقود لم تكن معروفة في السابق، لم يعد التحكيم بديلاً مغرياً عن قضاء الدولة ولم يبق الوسيلة المغرية لحسم المنازعات التجارية وخصوصاً الدولية منها بل أنه بات مقروناً بالبطء الذي نجده عادةً في قضاء الدولة، وقد أثبتت التجارب العملية تأجيل الفصل في عدد من القضايا التحكيمية وهذا من شأنه أن يجرّد التحكيم من أهم مزاياه^(١) ونشير هنا إلى واحدة من عمليات التحكيم المصرفي والتي استغرق النظر فيها وقتاً طويلاً هي الدعوى الحاصلة بين مصرف Mellat الإيراني وشركة

(١) علاء أباريان، الوسائل البديلة لحل النزاعات التجارية "دراسة مقارنة"، منشورات الحلبي

CAA للتنمية والإعمار وتتلخص وقائعها أنه وفي شهر آب من العام ١٩٧٥ تم توقيع عقد بين شركة CAA وهي شركة تحمل جنسية إمارة ليشيتشتاين ومصرف Mellat الإيراني، وكان موضوع العقد عبارة عن مشروع بناء قرب مدينة طهران، وبناءً عليه وافقت الشركة على شراء أرض من المصرف لتبني عليها وحدات سكنية على ثلاث مراحل بحيث تغطي كل مرحلة ما لا يقل عن مئتي وحدة سكنية.

وكان عائد المشروع بالنسبة للشركة يتمثل في الحصول على أرباح من بيع الوحدات السكنية، أما العائد بالنسبة للمصرف فكان يتمثل بسعر بيع الأرض مُضافاً إليه نسبة ١٥% من عائدات بيع الوحدات السكنية، وقد تضمنت إحدى مواد العقد نصاً يعالج مسألة القوة القاهرة، وبموجبه يتم إعفاء الطرفين من الالتزامات المترتبة عليهما في حالات القوة القاهرة التي تمنعهم من تنفيذ التزاماتهم الناشئة عن هذا العقد، بحيث يسعى الأطراف إلى التوصل إلى اتفاق عادل مع الأخذ بعين الاعتبار جميع الأعمال المنجزة حتى ذلك التاريخ.

وفي حال لم يتمكن الأطراف من التوصل إلى اتفاق في وقت معقول فإنه يحق لكلاهما أن يُحيل المسألة للتحكيم وفقاً لما نصت عليه المادة ١٣/ من العقد، والتي تضمنت شرطاً تحكيمياً أحالت بموجبه أي نزاع ينشأ بين الأطراف ولم تفلح المساعي الودية في حله إلى التحكيم سواءً تعلق هذا النزاع بتفسير العقد أو تطبيقه، وقد حُدد عدد المحكمين بثلاثة وفقاً لقواعد التوفيق والتحكيم المتبعة في غرفة التجارة الدولية، كما تم الاتفاق على أن يكون حكم التحكيم الصادر حاسماً ونهائياً.

وتم الاتفاق على أن تكون لغة التحكيم هي اللغة الانجليزية وأن يكون مكان التحكيم مدينة لندن، أما المادة ١٤/ من العقد فقد عينت القانون الإيراني ليكون القانون الواجب التطبيق على موضوع النزاع.

وفي شهر آذار من العام ١٩٧٧ بدأت أعمال البناء، وبحلول شهر تشرين الثاني من العام ١٩٧٨ كانت الشركة قد أوشكت على إكمال بناء برجين سكنيين، إلا أن العمل توقف بسبب الاضطرابات السياسية التي حصلت في إيران آنذاك والتي أدت في نهاية المطاف إلى تغيير النظام السياسي هناك.

وفي شهر حزيران من العام ١٩٧٩ أخطرت شركة CAA مصرف Mellat بأن القوة القاهرة قد جعلت من المستحيل بالنسبة لها أن تتابع تنفيذ التزاماتها، ولاحقاً في شهر آب من العام ١٩٨٠ تقدمت الشركة بطلب تحكيم إلى غرفة التجارة الدولية بموجب اتفاق التحكيم المشار إليه سابقاً وكانت تستهدف من خلال هذا الطلب الحصول على تعويض من المصرف، لاحقاً قام كل من الطرفين بتسمية محكمه وقام المحكمان المختاران بتسمية المحكم الثالث.

ومن ثم اجتمعت هيئة التحكيم وتم تبادل المذكرات، وبحث هيئة التحكيم في العديد من المسائل الإجرائية والموضوعية، إلى أن تم التوصل إلى إصدار حكم التحكيم في الثامن من شهر تموز لعام ١٩٨٧ والذي تم بموجبه إلزام مصرف Mellat بدفع تعويض وقدره ثلاثة ملايين وستمائة وخمسة وخمسون وتسعمائة وأربعة عشر دولاراً أميركياً لصالح شركة CAA.^(١)

ثانياً: من حيث السرية

تعرضت السرية لبعض الانتهاكات في الكثير من القضايا التحكيمية، بالرغم من أن مبدأ السرية يُعدّ من الخصائص المهمة في العملية التحكيمية، فالقوانين الحديثة في التحكيم التجاري الدولي لم تعد تعير اهتماماً لمبدأ السرية ولاسيما قانون الأونسيترال النموذجي الصادر عن الأمم المتحدة في عام ١٩٨٥،

(١) شرح باللغة الانجليزية عن الدعوى التحكيمية بين شركة CAA ومصرف Mellat منشور على

شبكة الانترنت على الرابط التالي:

<http://www.newyorkconvention.org/11165/web/files/document/1/8/18532.pdf>

تاريخ الاطلاع ٢٠١٦/١/٣١.

حيث لم يأخذ هذا القانون أي موقف تجاه سرية أو عدم سرية العملية التحكيمية على عكس سابقه الذي اعتبر مبدأ السرية من المبادئ العامة، الأمر نفسه نجده في قانون التحكيم الانجليزي الذي لم يعط أي اهتمام لمبدأ السرية ولم يتعرض له، إضافة إلى ذلك نجد محاكم بعض الدول كسويسرا والسويد قد حكمت بأن سرية التحكيم لا تُعدّ أحد الخصائص الرئيسة المميزة له.^(١)

ثالثاً: التكلفة العالية

تكون إجراءات التحكيم في كثير من الأحيان أكثر كلفة من الإجراءات المتبعة أمام قضاء الدولة^(٢)، حيث يتحمل أطراف النزاع في التحكيم مصاريف العملية التحكيمية وأتعاب المحكمين وتُدفع عادة قبل الفصل في النزاع، في حين لا يتحمل الأطراف لدى نظر منازعاتهم من قبل قضاء الدولة إلا رسوماً قضائية بسيطة، ويُحكم بالمصاريف والأتعاب على من يخسر الدعوى بعد انتهاء الخصومة، وتظهر النفقات العالية عندما يكون التحكيم دولياً وتتمثل هذه النفقات في أجور المحكمين والمصاريف الإدارية ومصاريف انتقال الشهود وهيئة التحكيم خاصة عندما يقيم أعضاء هذه الهيئة في بلدان مختلفة^(٣)، ونتيجة لذلك ذهب البعض إلى تسمية التحكيم بقضاء الأغنياء.^(٤)

(١) مُشار إليه لدى علاء آباريان، مرجع سابق، ص ٤٥ و ٤٦.

(٢) Marcus C. Boeglin, The Use of Arbitration Clauses in the Field of Banking and Finance, Journal of International Arbitration, Vol 15(3), 1998, p.27.

(٣) د.حسين شحادة الحسين، مرجع سابق، ص ١٧٥ و ١٧٦.

(٤) علاء آباريان، مرجع سابق، ص ٤٥.

الفرع الثاني

العيوب الموضوعية

أولاً: عدم امتلاك المحكمين لسلطات القضاة

يفتقد المحكمون لكثير من السلطات التي يتمتع بها القضاة، ففي كثير من الأحيان يرى المتنازعون أنفسهم ملزمين باللجوء إلى القضاء الوطني إلى جانب التحكيم للحصول على حيز أو أي قرار مستعجل آخر يصدر عن القضاء لصفته الملزمة.^(١)

وقد ألزم قانون التحكيم السوري في مادته/٣٤/ وكذلك نظيره المصري في المادة/٣٧/ منه هيئة التحكيم بالرجوع إلى القضاء المختص للحكم على من يتخلف من الشهود عن الحضور أو تمنع دون عذر قانوني بالجزاءات والغرامات المنصوص عليها في القانون.

الأمر نفسه ينطبق على مسألة الإنابات القضائية فقد ألزم المشرعان السوري والمصري هيئة التحكيم بمراجعة المحكمة المختصة للحصول على قرار بالإنبابة القضائية.

وقد أضاف القانون السوري حالة إضافية يجب على هيئة التحكيم مراجعة القضاء الوطني بخصوصها وهي حالة الحاجة إلى تكليف الغير بإبراز مستند في حوزته يعتبر ضرورياً للحكم في النزاع وليس لهذا النص مقابل في القانون المصري.

ثانياً: خشية المصارف من صدور حكم تحكيم غير متوقع

تخشى المصارف أن يؤدي التحكيم إلى البعد عن تطبيق القانون وتطبيق مبادئ العدالة بدلاً منه، إذ تميل هيئات التحكيم بطبيعتها إلى التوفيق بين

(١) ل. موسى متري ود. أديب ميالة، مرجع سابق، ص ٣٠.

المصالح المتعارضة، ما يؤدي إلى ضياع حقوق المصارف والمؤسسات المالية الدائنة.^(١)

بينما تكون أحكام القضاء معلومة الاتجاه قبل صدورها نظراً لكون القاضي مُلزماً بتطبيق القانون وعدم الحياد عنه، بخلاف المحكم الذي يتمتع بسلطة واسعة في هذا المجال وخصوصاً إذا كان التحكيم مُطلقاً.^(٢)

أما وقد استعرضنا مزايا اللجوء إلى التحكيم في المنازعات المصرفية وما يقابلها من انتقادات موجهة له ومن سلبيات مأخوذة عليه، فإنه بات من الممكن أن نصل إلى تقييم عادل لهذه المسألة.

ويرى الباحث أن المثالب والإشكاليات المأخوذة على التحكيم المصرفي لا يمكن أن تقف عائقاً أمام اللجوء إليه لعدة أسباب نستعرضها وفق الآتي:

١- بالرغم من وجود بعض الانتقادات الموجهة للتحكيم المصرفي من ناحية السرعة إلا أن الأمثلة التي تُساق في هذا الشأن قليلة ولا تشكل قاعدة عامة من الممكن الاستناد إليها للقول بأن التحكيم لم يعد وسيلة سريعة وفعّالة لفض المنازعات.

كما أنه لو تمت مقارنة نظام التحكيم بالنظام القضائي من حيث سرعة الفصل في المنازعات المصرفية، فإننا نجد أن التحكيم بلا شك أسرع مع مراعاة أن حكم القضاء حتى لو صدر على وجه السرعة فهو قابل للطعن فيه الأمر الذي يؤدي بالضرورة إلى إطالة أمد النزاع المصرفي.^(٣)

٢- أما عن الانتقادات الموجهة لمسألة كثرة المصاريف التي تتطلبها العملية التحكيمية عادةً والغير موجودة في القضاء، فإننا نشير إلى الدور البارز الذي يلعبه عنصر الزمن في العمليات المصرفية على اعتبار أنها تتعلق بتجارة

(١) د.محمود سمير الشرقاوي، مرجع سابق، ص ٢٣٢٦.

(٢) د.محمد صالح علي العوادي، مرجع سابق، ص ٥٢.

(٣) بهاء الدين بطيخ، مرجع سابق، ص ٧٩.

النقود، فكثر المصاريف يفترض أن يقابلها من حيث المبدأ سرعة الفصل في حسم المنازعات مما يصب بالمحصلة في مصلحة المصرف.

٣- أما عن قول البعض بأن هيئة التحكيم لا تملك صلاحية اتخاذ الإجراءات الوقتية والتحفظية كقرارات الحجز الاحتياطي وغيرها من القرارات المستعجلة التي تحتاجها المصارف عادة في معرض اقتضائها لحقوقها، فقد أعطت بعض القوانين كقانون التحكيم المصري الحق لأطراف التحكيم بالاختيار بين اللجوء إلى هيئة التحكيم لتأمر باتخاذ الإجراءات التحفظية أو بمراجعة المحكمة المختصة بالمسائل التحكيمية.

وعلى الرغم من أن قانون التحكيم السوري قد حصر سلطة اتخاذ الإجراءات الوقتية والتحفظية بالقضاء المستعجل عملاً بالقواعد العامة الواردة في قانون أصول المحاكمات، وهو ما يردده القضاء السوري لاعتبارات متعلقة بالأمن المدني^(١)، إلا أننا نرى أن ذلك لا يقف عائقاً في وجه نجاح العملية التحكيمية متى توافرت لدى القضاء المختص وهيئة التحكيم والأطراف نية التعاون والابتعاد عن المماطلة.

يُضاف إلى ذلك أن قرارات القضاء المستعجل قابلة للتنفيذ في الحال وإن كون بعضها قابلاً للاستئناف لا يمنع من تنفيذها ما لم تقرر محكمة الاستئناف وقف تنفيذها.^(٢)

٤- والقول أن هناك خشية من صدور أحكام غير متوقعة من قبل أطراف النزاع فهو أمر مردود على قائله، إذ لا بد أن نعترف بأن اللجوء إلى المحاكم قد يؤدي أيضاً إلى صدور حكم غير متوقع، وما يدحض هذه الشبهة

(١) القرار رقم /١٣٠٠/ أساس /١٥٥٢/ تاريخ ١٩٩٦/٩/٢٢ الصادر عن الغرفة المدنية الثانية، مُشار إليه لدى أ. محمد أديب الحسيني، مرجع سابق، ص ٥٣٥.

(٢) د. محمد واصل، شرح قانون أصول المحاكمات، منشورات جامعة دمشق، ٢٠٠٦-٢٠٠٧م، ص ٢٥٤.

أيضاً الإقرار بأن هيئات التحكيم عندما تُصدر أحكامها فهي تُصدرها على أساس العقود المعروضة عليها، وطبقاً للقانون المُطبّق وليس على قواعد العدالة والإنصاف فقط، كما أن الممارسة العملية تؤكد لنا أن القواعد والأعراف الدولية معروفة مسبقاً لدى أطراف النزاع، ومن ثم فإنهم يتوقعون مصير الدعوى.^(١)

وبناءً على ما سبق نرى أن الانتقادات الموجهة للتحكيم في العمليات المصرفية ليست ذات قيمة إذا ما قورنت بالمزايا العديدة التي يؤمنها والغير موجودة في قضاء الدولة، والتي تظهر أهميتها بوضوح في الميدان المصرفي نظراً لتقاطع هذه المزايا مع الخصائص المميزة للعمليات المصرفية وتكاملها معها.

ويؤكد الباحث أن نجاح التحكيم في العمليات المصرفية يرتبط بعدد من الاعتبارات يأتي في مقدمتها وجود رغبة جدية لدى أطراف المنازعة المصرفية بالوصول إلى حل لها، بحيث لا يسعى أحدهم إلى المماطلة والتسويق بهدف عرقلة العملية التحكيمية، والعنصر الثاني والأهم في رأينا يكمن باختيار الكادر التحكيمي الخبير والمؤهل للتعامل مع المنازعات المصرفية انطلاقاً من فهمه للخصائص المميزة للعمليات المصرفية، إضافةً إلى عدم اعتبار المحكمين لأنفسهم بمثابة وكلاء عن أطراف النزاع بل قضاة مهمتهم دراسة القضية وتحليل الأدلة بهدف الوصول إلى قرارٍ عادلٍ.

أما العنصر الثالث الذي يتوقف عليه نجاح التحكيم في العمليات المصرفية فهو القضاء الوطني نظراً للصلاحيات العديدة الممنوحة له فيما خص العملية التحكيمية والتي سبق لنا الحديث عنها، فالالتزام القضاء الوطني بالحدود

(١) د. محمد صالح علي العوادي، مرجع سابق، ص ٥٤.

المرسومة له في قانون التحكيم والقواعد المنظمة لعمله هو عنصر بالغ الأهمية والأثر في نجاح العملية التحكيمية.

الخاتمة:

بعد أن قمنا باستعراض موضوع التحكيم في المنازعات الناشئة عن العمليات المصرفية بشيء من التفصيل، حيث حاولنا الإجابة على الإشكالية التي تم طرحها في بداية بحثنا فيما إذا كان التحكيم هو الوسيلة المثلى لفض المنازعات الناشئة عن العمليات المصرفية بدلاً عن قضاء الدولة، خلُصت هذه الدراسة إلى مجموعة من النتائج والمقترحات سنقوم باستعراضها على النحو التالي:

أولاً: النتائج

- ١- لا يُمكن وضع تعريف جامع مانع للعمليات المصرفية وهو ما أخذه المشرعان السوري والمصري بعين الاعتبار، من حيث أنهما اكتفيا بإيراد تعداد لهذه العمليات مع ترك الباب مفتوحاً لإضافة عمليات أخرى، مما ينسجم مع الواقع العملي وأفاق التطور.
- ٢- تتمتع العمليات المصرفية بخصائص مميزة، تجعل في اللجوء إلى التحكيم فيما خص المنازعات الناشئة عنها أمراً يتماشى مع خصوصيتها.
- ٣- قام المشرع السوري بوضع تعريف للتحكيم، بخلاف ما ذهب إليه أغلب التشريعات ومنها القانون المصري، من حيث الامتناع عن وضع تعريف مُحدد للتحكيم، خشية من أن يصاب هذا المفهوم بالجمود.
- ٤- يتمتع التحكيم بطبيعة قانونية مستقلة تُميزه عن غيره من الأنظمة القانونية، وخاصة من حيث أنه يجمع بين القضاء والعقود إضافة إلى امتلاكه لما يميزه عنهما.
- ٥- لا يوجد مانع من اللجوء إلى التحكيم في المنازعات الناشئة عن العمليات المصرفية طالما أنها مرتبطة بحقوق المتخاصمين الخاصة ولا تنال من

الحقوق المرتبطة بالنظام العام، لا بل أن اللجوء إليه فيما خص الحالة السورية هو أمر محبذ ومشجع عليه نظراً لعدد من الأسباب المرتبطة بعدم قدرة القضاء على فهم العمليات المصرفية والتعامل معها انطلاقاً من خصوصيتها.

٦- لا تختلف الإجراءات المتبعة في التحكيم المصرفي عن الإجراءات المتبعة في أي تحكيم تجاري آخر.

٧- على الرغم من الانتقادات الموجهة للجوء إلى التحكيم في الميدان المصرفي إلا أن مزايا اللجوء إليه تتفوق على هذه الانتقادات.

٨- إن نجاح التحكيم في العمليات المصرفية مرتبط بعدد من العوامل يأتي في طليعتها وجود إرادة حقيقية لدى المتخاصمين للتعاون لحل منازعاتهم عن طريق التحكيم، أما العامل الثاني فيتمثل باختيار الهيئة التحكيمية الخبيرة والمؤهلة للتعامل مع القضايا المصرفية، يضاف إلى العاملين السابقين عامل آخر في غاية الأهمية يتمثل بالتزام القضاء الوطني بالحدود المرسومة له في قانون التحكيم والقواعد المنظمة لعمله.

ثانياً: المقترحات

بناءً على النتائج التي خلصت إليها الدراسة فإننا نورد عدداً من المقترحات التي من شأنها أن تساهم في زيادة نسبة إقبال المصارف على التحكيم في الميدان المصرفي، وتتمثل هذه المقترحات فيما يلي:

١- تشجيع المصارف على إدراج شرط التحكيم في عقودها وذلك من خلال الإضاعة على المزايا التي يمكن لأطراف النزاع الاستفادة منها بعيداً عن قضاء الدولة، والتي يأتي في مقدمتها السرعة والسرية، والتأكيد على أن المآخذ على التحكيم يمكن تجاوزها متى وجد تعاون حقيقي وبناء بين الأطراف والهيئة والقضاء المختص، مع الإشارة إلى أن تشجيع اللجوء

إلى التحكيم في الميدان المصرفي لا يعني إهمال الدور البارز الذي من الممكن أن تلعبه مؤسسة الصلح والوساطة والذي من شأنه أن يغني المصارف عن اللجوء إلى التحكيم والقضاء.

٢- يجب أن يتضمن اتفاق التحكيم المبرم بين المصارف وعملائها كافة التفاصيل كالقانون الواجب التطبيق وأعضاء هيئة التحكيم، وكافة التفاصيل الأخرى التي من شأنها أن تفوت الفرصة على الطرف الراغب بإطالة أمد المنازعة.

٣- ينبغي أن يكون من بين أعضاء هيئة التحكيم عضو واحد على الأقل من رجال القانون ذوي الخبرة في الميدان المصرفي، نظراً للإضافة الكبيرة التي يؤمنها وجوده من الناحية القانونية.

٤- يجب أن تقوم مراكز التحكيم العاملة في سوريا بتأهيل وإعداد وتوفير كفاءات مصرفية، وضمها إلى قائمة المحكمين لديها، لأنه من شأن ذلك أن يسهم في تشجيع المشتغلين في الميدان المصرفي على اللجوء إليها بهدف حل منازعاتهم.

قائمة المراجع

١- باللغة العربية:

أ- الكتب

- د. أحمد خليل، قواعد التحكيم، منشورات الحلبي الحقوقية، لبنان، ٢٠٠٣.
- إقبال القلاف، التحكيم في دولة الكويت، شركة دار العلم، حولي، ٢٠٠٨م.
- د. الياس ناصيف، موسوعة الوسيط في قانون التجارة، الجزء الرابع (عمليات المصارف ١)، المؤسسة الحديثة للكتاب، طرابلس، لبنان، ٢٠٠٨م.
- د. الياس ناصيف، العقود المصرفية، منشورات الحلبي الحقوقية، بيروت، لبنان، الطبعة الثانية، ٢٠١٢.
- د. الياس ناصيف، العقود المصرفية (المجلد الثالث)، الاعتماد المستندي، منشورات الحلبي الحقوقية، بيروت، لبنان، الطبعة الأولى، ٢٠١٤م.
- د. الياس ناصيف، العقود الدولية - التحكيم الالكتروني، منشورات الحلبي الحقوقي، الطبعة الأولى، بيروت، ٢٠١٢م.
- أ. أنس كيلاني وأ. عماد الدين كيلاني، الشرح الكامل لقانون التحكيم الجديد - قضاء التحكيم العام، دار الأنوار للطباعة، دمشق، ٢٠١٣م.
- د. بسام عبد الرحمن شيخ العشرة، التحكيم، منشورات الجامعة الافتراضية السورية، ٢٠١٢-٢٠١٣.
- د. خالد محمد القاضي، موسوعة التحكيم التجاري الدولي، دار الشروق، الطبعة الأولى، القاهرة، ٢٠٠٠م.
- د. رزق الله أنطاكي ود. نهاد السباعي، موسوعة الحقوق التجارية، الجزء الثالث (المصارف والأعمال المصرفية)، مطبعة الجامعة السورية، الطبعة الثانية، ١٩٥٨.

- د. سميحة القليوبي، الوسيط في شرح قانون التجارة المصري، دار النهضة العربية، القاهرة، الطبعة السادسة، ٢٠١٣م.
- د. عبد الحميد الأحذب، موسوعة التحكيم- التحكيم الدولي -، الكتاب الثاني، منشورات الحلبي الحقوقية، بيروت، الطبعة الثالثة، ٢٠٠٨م.
- د. عبد المطلب عبد الحميد، البنوك الشاملة (عملياتها وإدارتها)، الدار الجامعية، الإبراهيمية، ٢٠٠٨م.
- د. عزمي عبد الفتاح عطية، قانون التحكيم الكويتي، مؤسسة دار الكتاب، الكويت، الطبعة الثانية، ٢٠١٢م.
- علاء أباريان، الوسائل البديلة لحل النزاعات التجارية "دراسة مقارنة"، منشورات الحلبي الحقوقية، بيروت، لبنان، ٢٠٠٨.
- د. علي البارودي، القانون التجاري اللبناني، الجزء الثاني، الدار المصرية للطباعة والنشر، بيروت، لبنان، ١٩٧١م.
- د. علي جمال الدين عوض، عمليات البنوك من الوجهة القانونية، بدون ناشر، بدون تاريخ نشر.
- فادي محمد الرفاعي، المصارف الإسلامية، منشورات الحلبي الحقوقية، بيروت، لبنان، الطبعة الثانية، ٢٠٠٧م.
- أ.محمد أديب الحسيني، موسوعة القضاء المدني، الطبعة الأولى، مكتبة دار اليقظة العربية، دمشق، ٢٠٠٢م.
- د.محمد صالح علي العوادي، التحكيم في المعاملات المصرفية، دار النهضة العربية، الطبعة الأولى، القاهرة، ٢٠١٠م.
- د. محمد وليد منصور، التحكيم في العقود الإدارية "دراسة مقارنة"، منشورات فرع نقابة المحامين بدمشق، ٢٠٠٧م.
- د.محمد واصل، شرح قانون أصول المحاكمات، منشورات جامعة دمشق، ٢٠٠٦-٢٠٠٧م، ص ٢٥٤.

- محمود محمد أبو فروة، الخدمات البنكية الالكترونية عبر الانترنت، دار الثقافة للنشر والتوزيع، عمان، الطبعة الأولى، ٢٠٠٩م.
- د. مصطفى كمال طه، أساسيات القانون التجاري، منشورات الحلبي الحقوقية، بيروت، لبنان، الطبعة الأولى، ٢٠٠٦م.
- د. مصطفى محمد الجمال ود. عكاشة محمد عبد العال، التحكيم في العلاقات الخاصة الدولية والداخلية، منشورات الحلبي الحقوقية، بيروت، لبنان، الطبعة الأولى، ١٩٩٨.
- د. نادر عبد العزيز شافي، المصارف والنقود الالكترونية، المؤسسة الحديثة للكتاب، طرابلس، لبنان، الطبعة الأولى، ٢٠٠٧م.
- د. هاني دويدار، القانون التجاري، منشورات الحلبي الحقوقية، الطبعة الأولى، ٢٠٠٨م.
- المنجد في اللغة والأعلام، دار المشرق، بيروت، لبنان، الطبعة السادسة والعشرون، ١٩٧٥.
- ب-الرسائل الجامعية:**
- بهاء الدين رمضان محمد بطيخ، التحكيم في منازعات البنوك، رسالة دكتوراه، جامعة عين شمس، ٢٠١١م.
- عيسى محمد الحسين، المسؤولية المدنية للمصارف، أطروحة دكتوراه، جامعة دمشق، ٢٠١٠م.
- فلاح بن موسى الزهراني، "التحكيم في المنازعات المصرفية في دول مجلس التعاون الخليجي"، رسالة ماجستير، جامعة نايف العربية للعلوم الأمنية، ٢٠١٠م.

ج- الأبحاث:

- د. أديب ميالة ود. مي محرز، بحث بعنوان السرية المصرفية في القانون السوري، منشور في مجلة جامعة دمشق للعلوم الاقتصادية والقانونية، العدد الأول، ٢٠١١م.
- د. حسين شحادة الحسين، "التحكيم في منازعات العمليات المصرفية"، بحث منشور في المجلة القضائية، العدد الرابع، رجب ١٤٣٣هـ.
- أ. حمزة الحداد، " التحكيم في المنازعات المصرفية"، ورقة عمل مقدمة لندوة التحكيم في القضايا المصرفية وأثره على تسوية المنازعات ، عمان ٢٠٠٠/٣/٢١.
- ريتش سينغ، "صحة اتفاق التحكيم غير الموقع وفقاً للقانون الهندي"، بحث منشور في مجلة التحكيم العالمية، بيروت، لبنان، العدد السادس والعشرون، نيسان ٢٠١٥، السنة السابعة.
- د. سليمان ناصر، بحث بعنوان النظام المصرفي الجزائري واتفاقيات بازل، منشور في مجلة العلوم الاقتصادية وعلوم التسيير، العدد ٦، ٢٠٠٦م.
- د. عبد الحميد الأحمد، بحث بعنوان "التحكيم بدون عقد تحكيمى: إلى أين؟"، منشور في مجلة التحكيم العالمية، بيروت، لبنان، العدد السابع والعشرون، تموز، ٢٠١٥م.
- أ. عبد الحنان العيسى، "قانون التحكيم السوري الجديد: ما له وما عليه"، بحث منشور في مجلة التحكيم العالمية، بيروت، العدد السادس عشر، السنة الرابعة، تشرين الأول ٢٠١٢م.
- د. عبد الستار الخويلدي، "التحكيم في المعيار الشرعي رقم (٣١)"، بحث مقدم للمؤتمر السنوي السادي عشر (التحكيم التجاري الدولي)، جامعة الإمارات العربية المتحدة، كلية القانون، ٢٠٠٨.

- د. محمد سالم أبو الفرج، بحث بعنوان " دور التحكيم في إنفاذ اتفاقيات التسوية الناتجة من الوساطة باعتبارها وسيلة بديلة لحل المنازعات التجارية"، منشور في مجلة التحكيم العالمية، بيروت، لبنان، العدد السابع والعشرون، تموز، ٢٠١٥م.
- د. محمد سليم العوا، "التحكيم في الأعمال المصرفية الالكترونية"، بحث مقدم لمؤتمر الأعمال المصرفية الالكترونية بين الشريعة والقانون، دبي، ١٠-١٢ أيار ٢٠٠٣م.
- أ. د. محمود أحمد ابراهيم الشرقاوي، مفهوم الأعمال المصرفية الالكترونية وأهم تطبيقاتها، بحث مقدم لمؤتمر الأعمال المصرفية الإلكترونية بين الشريعة والقانون، دبي، أيار ٢٠٠٣.
- د. محمود سمير الشرقاوي، بحث بعنوان "التحكيم في المعاملات المصرفية" مقدم لمؤتمر الأعمال المصرفية الإلكترونية بين الشريعة والقانون، دبي، أيار، ٢٠٠٣م.
- د. موسى متري ود. أديب ميالة، التحكيم في العمليات المصرفية في الدول ذات الاقتصاد المتحول "المثال السوري"، بحث منشور في مجلة جامعة دمشق للعلوم الاقتصادية والقانونية، المجلد ٢٦، العدد الأول، ٢٠١٠م، ص ١١.
- د. موسى متري، بحث بعنوان "المفاهيم القانونية للفائدة"، منشور في مجلة جامعة دمشق للعلوم الاقتصادية والقانونية، المجلد ٢٩، العدد الثالث، ٢٠١٣.
- د. موسى خليل متري، التحكيم في العمليات المصرفية في الدول ذات الاقتصاد المتحول، بحث مقدم للمؤتمر السنوي السادس عشر (التحكيم التجاري الدولي، جامعة الإمارات العربية المتحدة)، كلية القانون، ٢٠٠٨.

- د. منى لطفي بيطار ود. منى خالد فرحات، آلية التمويل العقاري في المصارف الإسلامية، بحث منشور في مجلة جامعة دمشق للعلوم الاقتصادية والقانونية، العدد الثاني، ٢٠٠٩م.

د-القوانين:

- قانون التجارة السوري رقم ٣٣/ لعام ٢٠٠٧.
- قانون تأسيس المصارف الخاصة في سوريا رقم ٢٨/ لعام ٢٠٠١ والمعدل بالقانون رقم ٣/ لعام ٢٠١٠.
- قانون النقد الأساسي في سوريا رقم ٢٣/ لعام ٢٠٠٢ والمعدل بالمرسوم التشريعي رقم ١/ لعام ٢٠١٠.
- المرسوم التشريعي رقم ٣٠/ لعام ٢٠١٠ الخاص بسرية المصارف في سوريا.
- المرسوم التشريعي رقم ٣٥/ المتضمن إحداث المصارف الإسلامية في سوريا والمعدل بالقانون رقم ٣/ لعام ٢٠١٠.
- قانون الشركات السوري رقم ٢٩/ لعام ٢٠١١.
- قانون التحكيم السوري رقم ٤/ لعام ٢٠٠٨.
- قانون أصول المحاكمات السوري رقم ١/ لعام ٢٠١٦.
- القانون المدني السوري الصادر بالمرسوم التشريعي رقم ٨٤/ تاريخ ١٨ أيار ١٩٤٩ وتعديلاته.
- قانون تنظيم السلطة القضائية في سوريا رقم ٩٨/ لعام ١٩٦١.
- المرسوم التشريعي رقم ٣٥/ لعام ٢٠٠٦ والقاضي باعتبار المصرف التجاري السوري مؤسسة عامة ذات طابع اقتصادي.
- القانون رقم ١٩/ لعام ٢٠١٤ في سوريا، والقاضي باعتبار عقود القروض والتسهيلات الائتمانية الموثقة خطياً بين المصرف والعمل من الأسناد التنفيذية.

- القانون رقم ٢١/ لعام ٢٠١٤ في سوريا، والقاضي بإنشاء محاكم بداية مصرفية.
- قانون التحكيم المصري رقم ٤/ لعام ١٩٩٤.
- قانون التجارة المصري رقم ١٧/ لعام ١٩٩٩.
- القانون المدني المصري الصادر بتاريخ ١٦ تموز لعام ١٩٤٨.
- قانون تنظيم السلطة القضائية في مصر رقم ٤٦/ لعام ١٩٧٢.
- القانون رقم ١٥٩/ لعام ١٩٨١ والخاص بالشركات المساهمة وشركات التوصية بالأسهم والشركات ذات المسؤولية المحدودة في مصر.
- قانون المرافعات المصري رقم (١٣) لعام ١٩٦٨.
- القانون رقم ٢٠٥/ لعام ١٩٩٠ المنظم للسرية المصرفية في مصر.
- القانون رقم ٨٨/ لسنة ٢٠٠٣ بشأن البنك المركزي المصري والجهاز المصرفي والنقد.
- قانون النقد والتسليف اللبناني الصادر بالمرسوم رقم ١٣٥١٣ تاريخ ١٩٦٣/٨/١.
- قانون الأونسيترال النموذجي للتحكيم التجاري الدولي لعام ١٩٨٥ والمعدل في عام ٢٠٠٦.

٢- باللغة الانجليزية:

-Articles:

- Inka Hanefeld, "Arbitration in Banking and Finance", 2013, NYU Journal of Law and Business, Vol 9: 917.
- Marcus C. Boeglin, The Use of Arbitration Clauses in the Field of Banking and Finance, Journal of International Arbitration, Vol 15(3), 1998.

-Acts:

-British Banking Act 2009.

-British Arbitration Act 1996.

٣-مواقع الانترنت:

- الموقع الرسمي لمحكمة النقض المصرية على الرابط التالي:

http://www.cc.gov.eg/Courts/Cassation_Court/All/Cassation_Court_All_Cases.aspx

- تقرير حول النزاع بين البنك الأهلي المصري ورجل الأعمال أحمد بهجت، منشور على موقع مصر دوت على شبكة الانترنت على الرابط التالي:

<http://www.dotmsr.com/details/%D8%A7%D9%84%D9%86%D8%B2%D8%A7%D8%B9-%D8%A8%D9%8A%D9%86-%D8%B1%D8%AC%D9%84-%D8%A7%D9%84%D8%A7%D8%B9%D9%85%D8%A7%D9%84-%D8%A3%D8%AD%D9%85%D8%AF-%D8%A8%D9%87%D8%AC%D8%AA-%D9%88%D8%A7%D9%84%D8%AF%D9%88%D9%84%D8%A9-%D9%81%D9%8A-10-%D9%86%D9%82%D8%A7%D8%B7>

- شرح باللغة الانجليزية عن الدعوى التحكيمية بين شركة CAA ومصرف Mellat منشور على شبكة الانترنت على الرابط التالي:

<http://www.newyorkconvention.org/11165/web/files/document/1/8/18532.pdf>

-د. ناريمان عبد القادر، بحث بعنوان "اتفاق التحكيم والصيغة النموذجية له وأنواع عقود البنوك التي يمكن أن يدرج فيها"، منشور على شبكة

الانترنت على الرابط التالي:

<http://ewflp.org/downloads/921201140223am531.pdf>

الفهرس

١

المقدمة

الفصل الأول

٥

العمليات المصرفية والتحكيم

٩

المبحث الأول: ماهية العمليات المصرفية

٩

المطلب الأول: مفهوم العمليات المصرفية

٩

الفرع الأول: المصارف وأنواعها

١٠

أولاً: تعريف المصرف

١٤

ثانياً: أنواع المصارف

١٧

ثالثاً: الجهاز المصرفي السوري

٢٣

الفرع الثاني: تعريف العمليات المصرفية وأنواعها

٢٣

أولاً: تعريف العمليات المصرفية

٢٨

ثانياً: أنواع العمليات المصرفية

٣٣

المطلب الثاني: خصائص العمليات المصرفية ومصادر أحكامها

٣٤

الفرع الأول: خصائص العمليات المصرفية

٣٤

أولاً: الصفة التجارية

٣٦

ثانياً: الإذعان

٣٨

ثالثاً: السرية

٤١

رابعاً: الاعتبار الشخصي في العمليات المصرفية

٤٤

الفرع الثاني: مصادر أحكام العمليات المصرفية

٤٤

أولاً: التشريع

٤٧

ثانياً: العرف المصرفي وقواعد المهنة

٤٩

ثالثاً: الاتفاقيات الدولية

٥٠	رابعاً: الفقه والقضاء
٥٣	المبحث الثاني: التحكيم ومدى فاعليته في المنازعات المصرفية
٥٣	المطلب الأول: مفهوم التحكيم
٥٣	الفرع الأول: تعريف التحكيم وأنواعه
٥٣	أولاً: تعريف التحكيم
٥٦	ثانياً: أنواع التحكيم
٦٥	الفرع الثاني: التكيف القانوني للتحكيم
٦٥	أولاً: التمييز بين التحكيم والأنظمة القانونية المشابهة
٦٩	ثانياً: الطبيعة القانونية الخاصة للتحكيم
٧٤	المطلب الثاني: أهمية التحكيم في المنازعات المصرفية
٧٤	الفرع الأول: مفهوم المنازعات المصرفية
٧٤	أولاً: تعريف المنازعات المصرفية
٧٥	ثانياً: أنواع المنازعات المصرفية
٧٧	الفرع الثاني: ضرورة التحكيم في المنازعات المصرفية
٧٧	أولاً: العمليات المصرفية والنظام العام
٧٩	ثانياً: خصوصية التجربة السورية في العمل المصرفي
٨٥	الفصل الثاني
٨٥	النظام القانوني للتحكيم المصرفي
٨٩	المبحث الأول: اتفاق التحكيم المصرفي وإجراءاته
٨٩	المطلب الأول: مفهوم اتفاق التحكيم وشروطه
٨٩	الفرع الأول: مفهوم اتفاق التحكيم
٨٩	أولاً: تعريف اتفاق التحكيم
٩٢	ثانياً: أشكال اتفاق التحكيم
٩٦	الفرع الثاني: شروط اتفاق التحكيم

٩٧	أولاً: الشروط الموضوعية
١٠٢	ثانياً: الشروط الشكلية
١٠٦	المطلب الثاني: إجراءات التحكيم المصرفي
١٠٦	الفرع الأول: تشكيل هيئة التحكيم
١٠٧	أولاً: الشروط الواجب توافرها في المُحكم
١١٠	ثانياً: تعيين هيئة التحكيم
١١٤	الفرع الثاني: إجراءات نظر المنازعة من قبل هيئة التحكيم
١١٥	أولاً: مكان ولغة التحكيم
١١٨	ثانياً: طلب التحكيم
١١٩	ثالثاً: طرح على النزاع على هيئة التحكيم
١٢٢	رابعاً: نظام جلسات التحكيم والإجراءات الشفهية والكتابية
١٢٥	خامساً: حكم التحكيم
١٣٣	المبحث الثاني: تقييم نظام التحكيم المصرفي
١٣٣	المطلب الأول: مزايا التحكيم المصرفي
١٣٣	الفرع الأول: مزايا التحكيم المصرفي من الناحية الإجرائية
١٣٣	أولاً: السرعة
١٣٧	ثانياً: المرونة
١٣٩	ثالثاً: السرية
١٤٠	رابعاً: استمرار العلاقة بين المصرف والعميل
١٤١	الفرع الثاني: مزايا التحكيم المصرفي من الناحية الموضوعية
١٤١	أولاً: الخبرة والتخصص
١٤٢	ثانياً: الحياد
١٤٣	ثالثاً: نهائية حكم التحكيم
١٤٣	رابعاً: قابلية حكم التحكيم للتنفيذ دولياً

١٤٤	خامساً: تشجيع الاستثمار
١٤٥	المطلب الثاني: عيوب التحكيم المصرفي
١٤٥	الفرع الأول: العيوب الإجرائية
١٤٥	أولاً: من حيث السرعة
١٤٧	ثانياً: من حيث السرية
١٤٨	ثالثاً: التكلفة العالية
١٤٩	الفرع الثاني: العيوب الموضوعية
١٤٩	أولاً: عدم امتلاك المحكمين لسلطات القضاة
١٤٩	ثانياً: خشية المصارف من صدور حكم تحكيم غير متوقع
١٥٥	خاتمة
١٥٩	قائمة المراجع