



أثر اتفاق التحكيم على الكفالة المصرفية

The impact of the arbitration agreement on the bank guarantee

أ. العلواني سهام

جامعة بسكرة (الجزائر)

lal.sihem@gmail.com

المعلومات المقال	الملخص:
تاريخ الارسال: 23 افريل 2021 تاريخ القبول: 26 اوت 2021	ترتبط الأعمال المصرفية ارتباطا وثيقا بالكثير من عقود التجارة الدولية لهذا قد يفضل أطرافها اللجوء إلى التحكيم لتسوية ما نشأ أو ما قد ينشأ من منازعات بشأن هذه الأعمال. وتعتبر الكفالة المصرفية أكثر الضمانات المصرفية ذيوعا وانتشارا ، وهذا النوع من العمليات المصرفية يفترض وجود عقدين، العقد الأول يربط بين الدائن والمدين ويسمى العقد الأصلي، والعقد الثاني يربط بين البنك الكفيل ودائن المدين ولا يكون الأخير طرفا فيه، وهو عقد الكفالة المصرفية. وعليه، فإن إدراج شرط التحكيم في أحدهما يثير العديد من التساؤلات حول امتداد هذا الشرط للعقد الآخر وأطرافه .
الكلمات المفتاحية: ✓ الكفالة المصرفية ✓ اتفاق التحكيم ✓ المنازعات	Abstract : <i>Banking business is closely related to many international trade contracts, so its parties may prefer to resort to arbitration to settle the disputes that might arise out of their consideration that arbitration has simple and short-term proceedings. bank bail is the most common and widespread bank guarantee. this type of banking operations assumes two contracts, The first, termed the original contract, linking the creditor and the debtor, and the second contract linking the sponsoring bank with the debtor's creditor, to which the latter is not a party to it, it is the bank guarantee contract. Therefore, the inclusion of the arbitration clause in one of them raises many questions about the extension of this clause to the other contract and its parties.</i>
Article info Received 23 April 2021 Accepted 26 August 2021 Keywords: ✓ Bank guarantee ✓ Arbitration agreement ✓ litigation	

مقدمة:

و هو عقد الكفالة المصرفية.² و عليه، فإن إدراج شرط التحكيم في أحدهما يثير العديد من التساؤلات حول امتداد هذا الشرط للعقد الآخر و أطرافه، ومن هنا تأتي إشكالية دراستنا و التي يمكن صياغتها في تساؤل أساسي و محوري كالآتي:

ما مدى امتداد الأثر الملزم لاتفاق التحكيم إلى الغير في الكفالة المصرفية وما الآثار المترتبة عن ذلك على التزام البنك الكفيل و مدى إمكانية تمسك هذا الأخير بشرط التحكيم؟ وللإجابة على هذه الإشكالية، اعتمدنا المنهج المقارن، وذلك بمقارنة مختلف التشريعات التي تناولت موضوع اتفاق التحكيم في الكفالة المصرفية، الوطنية أو الدولية على السواء، مع بيان موقف المشرع الجزائري من هذه المسألة. كما اعتمدنا أسلوب التحليل اثناء دراسة و تفكيك النصوص القانونية.

ومن أجل معالجة هذا الموضوع اتبعنا خطة مكونة من مبحثين سنتناول في أولها التعريف بالكفالة المصرفية مع بيان خصائصها، وستتناول في المبحث الثاني التعريف باتفاق التحكيم وبيان حالات امتداده إلى غير أطرافه في النزاعات المتعلقة بالكفالة المصرفية.

المبحث الأول: مفهوم الكفالة المصرفية وبيان خصائصها

الكفالة هي أحد التسهيلات الإئتمانية غير المباشرة التي تقدمها البنوك لعملائها، إذ يقوم هذا النوع من التسهيلات على عدم تقديم دعم مباشر للمتعامل و إنما التيسير له في تنفيذ أعماله، و ذلك عن طريق قيام البنك بضمان المتعامل لتنفيذ الإلتزامات المادية عليه.³ فالغاية من الكفالة المصرفية هي إفساح المجال أمام المعتمد له (المكفول) لعدم دفع المبالغ التي يطلب إليه دفعها ضمانا لتنفيذ تعهداته.⁴

وقبل الولوج في الحديث عن التحكيم كأحد الطرق البديلة لفض المنازعات المتعلقة بالكفالة المصرفية باعتبارها إحدى العمليات التي تقوم بها البنوك، فلا بد لنا من التعرّيج بداية على التعريف بهذه العملية المصرفية (الكفالة المصرفية) ليسهل علينا بعد ذلك الحديث عن الإشكالات التي يتعرض لها أطرافها في حالة وجود شرط التحكيم، و ذلك بتقسيم هذا المبحث إلى مطلبين، لنعرف

نظرا لما يتمتع به التحكيم من قصر أمده وبساطة إجراءاته، فإنه يعد الوسيلة الفعالة والطريق الأمثل لفض المنازعات التجارية بشكل عام، والمنازعات المصرفية التي تنشأ بين البنوك وعملائها بشكل خاص، إذ أن تلك المنازعات تعد من أكثر المنازعات التجارية حاجة إلى قصر أمد التقاضي و بساطة إجراءاته، لأن منازعات البنوك تتمحور أساساً حول تجارة النقود التي تتعرض من وقت لآخر لتقلبات أسعار الصرف، كما أنها تقتزن عادة بمعدل مرتفع من الفوائد سواءً على عاتق البنك أو العميل.

و إذا كان التحكيم في منازعات البنوك عموماً لا يتمتع بخصوصية معينة تفرقه عن التحكيم في أية منازعة أخرى، إلا أن الأمر يختلف إذا تعلق التحكيم بنزاع يخص بعض الخدمات و الضمانات التي تمنحها البنوك لعملائها، إذ يوجد تأثير متبادل بينها وبين التحكيم. و تظهر خصوصية التحكيم في تلك المنازعات الناشئة عن العمليات المصرفية - و التي تميزه عن التحكيم في أية منازعة أخرى - في العمليات المصرفية ذات العلاقة ثلاثية الأطراف، حيث تتكون كل عملية من هذه العمليات و التي يمكن أن تعتبر محلاً للنزاع المصرفي، من مجموعة عقدية، قد ترتبط ببعضها البعض، وقد يستقل كل عقد منها بذاته، فهذه العمليات هي عمليات لها طابعها الخاص من حيث أطراف العلاقة و تعددهم من جهة، ومن حيث استقلالهم من جهة أخرى، ومن ثم تثار مشكلة مدى إمكانية مد شرط التحكيم لغير أطراف العملية التي يتفق أطرافها على اللجوء إلى التحكيم لتسوية المنازعات الناشئة عنها.

وتعد الكفالة المصرفية من أكثر الضمانات المصرفية ذيوعا وانتشارا، حيث يرغب الدائنون عادة من مدينتهم تقديم كفالة أحد البنوك لضمان الوفاء بديونهم عندما يتخلف هؤلاء المدينين عن السداد، و ذلك لما يتمتع به البنك من ملاءة مالية تبث الطمأنينة دائما في نفوس الدائنين، فيتقدم البنك بضمان وفاء ما على المدين لدائنه.¹

و هكذا، فإن الكفالة المصرفية تفترض وجود عقدين، العقد الأول يربط بين الدائن و المدين و يسمى العقد الأصلي، و العقد الثاني يربط بين البنك الكفيل و دائن المدين ولا يكون الأخير طرفا فيه،

كما عرفت بأنها: " التصرف الذي يتعهد بموجبه البنك في مواجهة الغير (الدائن) بتأدية الإلتزام الذي يتحمله عميله المدين (المكفول) تجاه هذا الغير، إذا لم يتم العمل بتأديته عن نفسه و ذلك مقابل عمولة "

فالكفالة المصرفية تعني التزام المصرف بتنفيذ موجبات عميله، تجاه دائن هذا العميل الذي يتأخر عن تنفيذها.¹² و ذلك من خلال ضم ذمة البنك الكفيل إلى ذمة عميله في ضمان الوفاء بالإلتزام المكفول، كون البنك بقدرته المالية التي تفوق قدرة الأفراد يتدخل ليكفل أحد عملائه في مواجهة دائنيه.¹³ مقابل عمولة معينة يتقاضاها لقاء الخدمة المقدمة لعميله و التي تتناسب عادة و مبلغ الكفالة و مدتها و مقدار الخطر المرتبط بها.

على أن الكفالة المصرفية تتحول إلى التزام بالدفع الفعلي عندما يجل أجل الدين أو التعهد المكفول و يتمتع المعتمد له (المدين) أو يعجز عن الوفاء.¹⁴

والكفالة في المجال البنكي لا تخرج عن القواعد العامة المنصوص عليها في القانون المدني، رغم أنها تستمد بعض القواعد من الممارسة العقدية طبقاً لمبدأ العقد شريعة المتعاقدين.¹⁵ و يترتب على عقد الكفالة المصرفية عدة آثار تتمثل في الحقوق و الإلتزامات المترتبة على أطراف هذه العملية، أهمها:¹⁶

1- عند عجز المدين عن الوفاء بالدين فإن البنك الكفيل يلتزم بالوفاء بالدي مع مراعاة أن البنك الكفيل يستطيع أن يستخدم في مواجهة الدائن كافة الدفع التي يستطيع المدين أن يدفع بها في مواجهة الدائن و ذلك طبقاً للقواعد العامة.

2- إذا قام البنك بالوفاء للدائن، فإن الدائن يجب عليه تسليم وثائق الدين للبنك الذي قام بالوفاء لكي يتمكن من الرجوع على المدين و مطالبته بجميع المبالغ التي دفعها عنه.

المطلب الثاني: خصائص الكفالة المصرفية

و من خلال التعريفات السابقة للكفالة المصرفية يتضح أنها تمتاز بخصائص تميزها عن غيرها من أنواع الكفالات والتي سنذكرها فيما يلي:

أولاً_ الكفالة عقد رضائي: عقد الكفالة المصرفية لا يخرج عن الأصل العام في إبرام العقود، ألا و هو مبدأ رضائية العقود،

في المطلب الأول الكفالة المصرفية ونبين آثارها، و نتحدث في المطلب الثاني عن خصائص الكفالة المصرفية.

المطلب الأول: تعريف الكفالة المصرفية

الكفالة أداء ابتكرها العرف المصرفي خدمة للعمليات المتعلقة بالإقتصاد عموماً، حيث أن تقديمها يمثل البديل المقبول عن النقد المطلوب دفعه من المكفول تأميناً للإلتزام بعمل معين.⁵

وفي الواقع، الكفالة هي واحدة من أقدم الضمانات، التي تميزت ببساطة إجراءاتها، فقد عبرت هذه الوسيلة القرون و الحدود إذ ترجع إلى العهد الروماني، حيث كانت فكرة ضمان الديون ليست بملكية، بل بشخص ثالث سلم نفسه رهينة للدائن إذا فشل المدين في تنفيذ التزاماته.⁶

و تعرف الكفالة في اللغة بأنها: " الضم، و تكفل الشخص بالشيء أي الزامه به " .

أما الكفالة بوجه عام في الإصطلاح القانوني هي: "عقد يتم بين شخص يسمى الكفيل و دائن شخص آخر، بموجبه يلتزم الكفيل أن يضمن للدائن الوفاء بالدين الذي على المدين " .⁷

كما عرفها البعض بأنها: "ضم ذمة الكفيل إلى ذمة الأصيل مطالبة، دون الدين، فيكون الدين باقياً في ذمة الأصيل كما كان".⁸

وقد أورد المشرع الجزائري في نص المادة 644 من القانون المدني تعريفاً للكفالة بقوله: " الكفالة عقد يكفل بمقتضاه شخص تنفيذ التزام بأن يتعهد الدائن بأن يفى بهذا الإلتزام إذا لم يف به المدين نفسه"⁹، يستخلص من نص المادة أن طرفي الكفالة هما الكفيل والدائن، أما المدين فليس طرفاً في العقد، فيصح أن تتم الكفالة دون علمه ورغم إرادته¹⁰ مع أنها لا تتصور بغير وجود الإلتزام الذي يقع على عاتق هذا المدين.

هذا عن الكفالة بصفة عامة أما الكفالة المصرفية فقد عرفت بأنها:¹¹

" عقد بمقتضاه يكفل البنك بتنفيذ الإلتزام، بأن يتعهد للدائن بالوفاء بهذا الإلتزام إذا لم يف به المدين نفسه و ذلك مقابل أجر "

رابعا_ الكفالة المصرفية تقوم على الإعتبار الشخصي: تستمد الكفالة المصرفية هذه الخاصية من ميزة الإئتمان الذي ساد الميدان التجاري و التي تعني الثقة، فالعامل في المجال التجاري يغلب عليه تأجيل الوفاء، و تعتبر الضمانات البنكية أحد الآليات الهامة لتقوية الإئتمان.²³

و الكفالة كضمانة بنكية لا يمكن أن تخرج عن الإعتداد بالإعتبار الشخصي، وذلك من وجهين، الوجه الأول هو وجود شخص معنوي يتدخل ككفيل يجعل الكفالة محل اعتبار من طرف الغير المتعاقد مع المكفول و ذلك لما للبنك من ملاءة مركزه المالي، ومن الجهة الأخرى أثناء منح البنك الكفالة لعميله (المدين) يتحرى عنه خصوصاً من ناحية ما عليه من خصوم وما له من أصول و ضمانات للمدين المكفول و مدى حسن نيته و كفاءته. عموماً: فالإعتبار الشخصي أساس تدخل البنك ككفيل ، ولولا هذا الإعتبار ما كان للبنك أن يوافق على منح توقيعه للكفيل.²⁴

خامسا_ الكفالة المصرفية تقدم بمقابل (عمولة): من البديهي أن البنك عندما يقوم بدور الكفيل فيضمن عميله المدين (المكفول) فهو يقدم تلك الكفالة بمقابل أجر، حيث أن المقابل فيها عنصر جوهرى يستقيم وطبيعتها القانونية و ذلك أن الكفالة المصرفية من العمليات البنكية، وهي من طبيعة تجارية، سواء كان المكفول تاجراً أو غير تاجر، مما يعني أنه لا يمكن أن نتصور المجانية في الأعمال التجارية، و التي تستهدف الربح دائماً، و هكذا فإن تقديم البنك كفالته لعميل من العملاء يكون لقاء عائد معين يحصل عليه المصرف من المقترض و يتمثل في الفوائد و العمولات و المصاريف التي تتحدد تبعاً لمدى المخاطر و أهمية الإلتزام المكفول.²⁵

سادسا _ عقد الكفالة عقد تابع (تبعي): الأصل في الكفالة هو التزام المدين الأصلي. و التزام الكفيل تابع لالتزام المدين الأصلي، هذا الإلتزام ليس قائماً بذاته، بل يقوم استناداً على التزام شخص آخر بقصد تأمين هذا الإلتزام.²⁶ و عليه تفترض الكفالة المصرفية وجود عقدين، الأول يربط بين الدائن والمدين (العقد الأصلي)، والثاني: يربط بين البنك بصفته

بمجرد تراضي أو تطابق إرادة طرفيها ، الكفيل و الدائن.

و الرضا في الكفالة لا يفترض، و إنما لا بد أن يكون رضا البنك الكفيل بالكفالة صريحاً، بعكس الحال بالنسبة للدائن الذي يمكن أن يستشف رضاه ضمناً لأن الكفالة غالباً ما تعقد لمصلحته ، أما المدين فلا أهمية لرضاه فيجوز أن تعقد الكفالة دون علمه، سواء رضي أو لم يرض بها، فهو أجنبي عن عقد الكفالة، وهي تقوم لمصلحة الدائن وليس فيها ضرر على المدين. و يشترط في الرضا أن يكون سليماً من العيوب المؤثرة فيه كالغلط و التدليس و الإكراه.¹⁷

و إذا كانت المادة 645 من القنون المدني الجزائري و تقابها المادة 773 من القانون المدني المصري تقضي بوجود الكتابة في الكفالة ، فهذا لا يعني أن عقد الكفالة أصبح عقدا شكلياً لا يتم إلا بالكتابة بل أن الكتابة هنا اشترطت للإثبات و ليس للإعتقاد.¹⁸

ثانيا_ الكفالة عقد ملزم لجانب واحد: الكفالة عقد ملزم لجانب واحد، لأنه لا ينشأ التزامات إلا في ذمة الكفيل، الذي يلتزم بالوفاء بدين المدين إذا لم يتم هذا الأخير بتنفيذه،¹⁹ أما الدائن فلا يلتزم بشيء، و ذلك لأن العقد لا ينشئ إلا إلتزاماً واحداً يقع على عاتق الكفيل، أمّا الدائن وهو الطرف الآخر في عقد الكفالة، فلا يلتزم بشيء مقابل التزام الكفيل، وهو مؤداه أنه ليس من العقود المتبادلة الملزمة لكل من الطرفين.²⁰

ثالثا_ الكفالة المصرفية عقد تجاري: إذا كان الأصل العام أن الكفالة عمل مدني و لو كان الكفيل تاجراً أو كان الدين المكفول تجارياً، فإن الكفالة المصرفية تجارية دائماً بالنسبة للبنك باعتبارها عملاً من أعمال البنوك.²¹ و ذلك طبقاً لنص المادة الثانية من القانون التجاري الجزائري التي تقضي بتجارية جميع عمليات الصرف والمصارف، فيمكن أن تثبت الكفالة المصرفية في مواجهة المصرف بكافة الطرق و تعد هذه الكفالة تضامنية عملاً بقاعدة افتراض التضامن في المواد التجارية،²² فلا يمكن للمصرف الدفع بالتجريد، و التقسيم المقرر للكفيل العادي للتحلل من التزاماته.

إلا أن الإشكال الذي قد يطرح في هذا الصدد يتعلق بمركز الكفيل بالنسبة للإلتزامات الواردة بالعقد الأصلي (عقد الدين). فهل يعد الكفيل طرفا في هذا العقد، أم نعتبره من الغير؟ و بالتالي و في حالة تم الاتفاق بين المدين و الدائن في عقد الدين الأصلي على اللجوء إلى التحكيم في حالة أي نزاع يتعلق بتنفيذ الإلتزامات الواردة بالعقد، و بما أن البنك الكفيل ليس طرفا في عقد الكفالة، هل يمكن التمسك بشرط التحكيم في مواجهته؟ و من جهة أخرى هل يمكن للبنك الكفيل التمسك بهذا الشرط في مواجهة الدائن؟

كل هذه الأسئلة سنحاول مناقشتها من خلال المبحث التالي والذي سنتحدث فيه عن أثر شرط التحكيم على الكفالة المصرفية.

المبحث الثاني: أثر اتفاق التحكيم على التزام البنك الكفيل

قد يأتي شرط التحكيم كأحد بنود العقد الأصلي الذي يربط بين الدائن و المدين، وقد يأخذ شكل اتفاق مستقل عن العقد الأصلي، كما قد يكون الاتفاق على التحكيم قبل نشوب النزاع أو بعده. وأياً ما كان الشكل الذي يتخذه اتفاق التحكيم أو الوقت الذي اتفق عليه فيه، فإن وجود شرط التحكيم في عقد الدين الأصلي المبرم بين المدين و الدائن يثير التساؤل حول أثره بالنسبة للبنك الكفيل و مدى انطباق القبول الضمني للتحكيم على عقد الكفالة المصرفية؟ وهل يعتبر شرط التحكيم المتعلق بالدين دفعا يجوز للبنك الكفيل التمسك به؟

وللإجابة عن هذه التساؤلات سنقسم هذا المبحث إلى مطلبين، حيث سأعرف في المطلب الأول اتفاق التحكيم مع تبيان صوره أما المطلب الثاني فسأخصصه للحديث بإسهاب عن إمتداد اتفاق التحكيم إلى غير أطرافه في عقود الكفالة المصرفية .

المطلب الأول: تعريف اتفاق التحكيم وبيان صوره

يعد اتفاق التحكيم حجر الأساس في عملية التحكيم، حيث يعمل هذا الاتفاق على إثبات موافقة طرفي النزاع على اللجوء إلى التحكيم³¹.

الفرع الأول: تعريف اتفاق التحكيم

يهدف التعريف باتفاق التحكيم في المقام الأول إلى بيان ذاته، أو الحقيقة التصورية التي تنظم مفرداته، بحيث تتكون له في الذهن صورة واضحة ومنضبة.³² و للتعريف باتفاق التحكيم، لا بد من

كفيلا لعميله المدين والدائن، ولا يكون المدين طرفا فيه، ويسمى (عقد الكفالة).

ووفقا لتبعية عقد الكفالة فإن التزام المكفول يدور وجودا وعدماً مع التزام المدين الأصلي، فالكفالة المصرفية لا تنعقد إلا إذا كان التزام المدين المكفول صحيحا. وهذا ما نص عليه المشرع الجزائري في المادة 648 من القانون المدني الجزائري و المشرع المصري في المادة 776 من القانون المدني المصري.

فعقد الكفالة عقد ثانوي تابع لعقد أصلي، لضمان تنفيذه، و لذلك لا يجوز أن تعقد الكفالة بمبلغ يزيد على مبلغ الدين المطلوب من المدين، ولا بشروط أشد قساوة من شروط الدين المكفول. فإذا انعقدت الكفالة بأكثر من الدين الأصلي، أو بشروط أشد، فلا تعتبر باطلة، و إنما يجوز اعتبارها صحيحة في حدود الدين الأصلي المكفول. كما لو التزم الكفيل بتجميد الفوائد، واعتبارها ملحقة برأس المال، لتنتج أرباحا وهي ما يعبر عنها باللغة الفرنسية (Capitalisation des intérêts) أي رسملة الفوائد، بينما لم يتعهد المدين الأصلي بذلك، وفي هذه الحالة يكون تعهد الكفيل باطلاً، لأنه يخرج عن التزام المدين الأصلي.²⁷

لكن يجوز للكفيل أن يلتزم التزاماً أخف عبئاً من التزام المدين الأصلي فيكفل مثلاً جزءاً من الدين ، وهو ما جاءت به المادة 652 من القانون المدني الجزائري.²⁸ والتي تقابلها المادة 2013²⁹ من القانون المدني الفرنسي.

و الصفة التبعية لعقد الكفالة لا تنفي عنه بعض الإستقلالية، إذ أن أطراف العقد (الكفيل و الدائن) يختلفان عن أطراف العقد الأصلي أو الإلتزام الأصلي (الدائن والمدين). كما إن التزام الكفيل بدفع الدين المكفول يجد مصدره من خلال عقد منفصل عن العقد الأصلي وله ذاتية خاصة تتجلى في عقد الكفالة، فتبعية عقد الكفالة للعقد الأصلي تنحصر فقط في الدين المكفول من حيث صحته و بطلانه وشروطه ونطاقه ومداه وتنفيذه وانقضائه، و ماعدا ذلك من شروط و أحكام ورد النص عليها في العقد الأصلي فلا أثر لها على الكفالة ولا تتبعها الكفالة بشأئها.³⁰

التحكيم في صورة شرط تحكيم وارد في عقد أو في صورة اتفاق منفصل " 39 .

وعرفت بعض التشريعات العربية اتفاق التحكيم⁴⁰، بينما لم تعرفه بعض التشريعات الأخرى كما هو الحال في نظام التحكيم السعودي، وقانون التحكيم الأردني والتي أخذت بالإتجاه القائل أن التعريفات هي من عمل الفقه لا المشرع.⁴¹

وبالرجوع إلى أحكام المادة 10 من قانون التحكيم المصري رقم 27 لسنة 1994⁴²، نجد أنها قد عرفت اتفاق التحكيم بأنه: " اتفاق الطرفين على الإلتجاء إلى التحكيم لتسوية كل أو بعض المنازعات التي نشأت، أو يمكن أن تنشأ بينهما، بمناسبة علاقة قانونية معينة عقدية كانت أو غير عقدية ". فتوافق إرادة الطرفين هو أساس التحكيم و مصدر سلطة المحكمين، سواء بالنسبة للإجراءات أو بالنسبة للقانون الواجب التطبيق.⁴³

أما المشرع الجزائري فقد عرف شرط التحكيم في المادة 1007 من الباب الثاني من قانون الإجراءات المدنية والإدارية⁴⁴ كالتالي: " شرط التحكيم هو الإتفاق الذي يلتزم بموجبه الأطراف في عقد متصل بحقوق متاحة بمفهوم المادة 1006 أعلاه، لعرض النزاعات التي قد تثار بشأن هذا العقد على التحكيم " ⁴⁵ .

كما عرف اتفاق التحكيم في المادة 1011 من نفس القانون كالتالي: " اتفاق التحكيم هو الإتفاق الذي يقبل الأطراف بموجبه عرض نزاع سبق نشوؤه على التحكيم " ⁴⁶ .

ويتضح لنا من نص المادة السالفة الذكر أن المشرع الجزائري قد نقل التعريف الذي وضعه المشرع الفرنسي لاتفاق التحكيم في المادة 1442⁴⁷ من قانون المرافعات القديم⁴⁸، والذي يعتبر في الحقيقة تعريفا لمشاركة التحكيم، وليس لاتفاق التحكيم بمفهومه الواسع، ومن هنا نرى ضرورة تدخل المشرع الجزائري لتصحيح الخطأ الذي وقع فيه، وذلك باستبدال لفظ " اتفاق التحكيم " الوارد في نص المادة السالفة الذكر بلفظ " مشاركة التحكيم "، كما نرى ضرورة وضع تعريف جامع لاتفاق التحكيم.

الفرع الثاني: صور اتفاق التحكيم

الأصل أن يتخذ اتفاق التحكيم إحدى صورتين، شرط يدرج في العقد الأصلي، أو مشاركة تبرم عادة بعد نشأة النزاع، إلا أن

التعرض لتعريفه لدى علماء اللغة، و الإصطلاح الفقهي، و أخيرا لدى مختلف التشريعات.

أولاً_ التعريف اللغوي:

نقول حكمً فلاناً في الأمر والشيء جعله حكماً³³. وفي كتاب الله عز و جل نجد قوله سبحانه و تعالى: " فلا و ربك لا يؤمنون حتى يحكموك فيما شجر بينهم ثم لا يجدوا في أنفسهم حاجة مما قضيت و يسلموا تسليماً " ³⁴ أي جعلوك حكماً لما وقع بينهم من خلاف.³⁵

ثانياً_ التعريف الفقهي

اختلف الفقهاء في تعريفهم لاتفاق التحكيم بسبب اختلاف الزوايا التي ينظر من خلالها إلى التحكيم، فعرف جانب من الفقه المصري اتفاق التحكيم بأنه: " هو الاتفاق على طرح النزاع على شخص معين أو أشخاص معينين ليفصلوا فيه دون المحكمة المختصة به " ³⁶ .

أما في الفقه الفرنسي فقد عرفه الفقيه الفرنسي رينيه دافيد " Rene david " بأنه: " تقنية ترمي إلى إعطاء حل لمسألة تكون محل اهتمام علاقات بين شخصين أو أكثر، والذي يتولاه شخص أو أكثر- محكم أو أكثر- يستمدون سلطتهم من اتفاق خاص، يحكمون على أساسه دون أن تقلدهم الدولة هذه المهمة " ³⁷ .

و عرفه الدكتور الياس ناصيف 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 أو غير عقدية " ³⁸ .

ثالثاً_ التعريف التشريعي

إن المطلع على مختلف تشريعات التحكيم الحديثة يدرك أنها تتشابه فيما بينها بشأن تعريف اتفاق التحكيم، وقد يرجع هذا التشابه إلى كون أن مختلف التشريعات قد استمدت قواعدها من قانون الأونسترال النموذجي للتحكيم التجاري الدولي الذي عرف اتفاق التحكيم في الفقرة الأولى من المادة 07 بأنه: " اتفاق بين الطرفين على أن يحيلوا إلى التحكيم جميع أو بعض المنازعات المحددة، التي نشأت أو قد تنشأ بينهما بشأن علاقة قانونية محددة، تعاقدية كانت أو غير تعاقدية. ويجوز أن يكون اتفاق

وقد تطرق المشرع الجزائري لمشاركة التحكيم من خلال المادة 1011 من قانون الإجراءات المدنية و الإدارية التي نصت على أن: "اتفاق التحكيم هو الإتفاق الذي يقبل الأطراف بموجبه عرض نزاع سبق نشوؤه على التحكيم" وقد سبق و أن أشرنا إلى أن هذا التعريف هو تعريف لمشاركة التحكيم وليس لاتفاق التحكيم ، والدليل على ذلك ما جاء بنص الفقرة الثانية من المادة 1012 من نفس القانون والتي مفادها: ".... يجب أن يتضمن اتفاق التحكيم، تحت طائلة البطلان، موضوع النزاع وأسماء المحكمين، أو كيفية تعيينهم". وهي الشروط التي تتطلبها مشاركة التحكيم. كما أشار المشرع المصري لمشاركة التحكيم دون تعريفها في الفقرة الثانية من المادة 10 من قانون التحكيم.

وقد أجاز القانون الفرنسي التجاء الأفراد والجماعات إلى إبرام مشاركة التحكيم، للفصل في منازعاتهم، ما دام أن التحكيم يرد على أحد المنازعات الجائز الفصل فيها عن طريق نظام التحكيم، وكان متعلقا بعلاقة قانونية محددة، وذلك من خلال المادة 1447 قانون المرافعات الفرنسي.⁵⁵ فلا يتم الإتفاق على مشاركة التحكيم إلا بعد نشوء النزاع، ووقوع الخلاف بين أطراف العلاقة القانونية،⁵⁶ وتصح المشاركة ولو كان النزاع قد أقيمت بشأنه دعوى قضائية المادة (2/10) تحكيم مصري) و (1013 ق إ م إ الجزائري).

ويجب أن تتضمن مشاركة التحكيم، نقاط الخلاف بين الأطراف، حيث نص المشرع المصري على ضرورة تحديد المسائل التي يشملها التحكيم، وإلا كان الإتفاق باطلا⁵⁷. وهو نفس ما ذهب إليه المشرع الجزائري في الفقرة الثانية من المادة 1012 ق إ م إ الجزائري التي أوجبت تحديد موضوع النزاع و أسماء المحكمين و كيفية تعيينهم في مشاركة التحكيم و إلا كانت باطلة.⁵⁸

ثالثا: شرط التحكيم بالإحالة

شرط التحكيم بالإحالة هو اتفاق على التحكيم غير مدرج في العقد الذي يترجم اتفاق الأطراف و الموقع عادة من قبلهم، ولكنه يوجد في وثائق أخرى مستقلة عن العقد، تحيل إليها إرادة الأطراف صراحة أو ضمنا على نحو يؤدي إلى إدماج هذه الوثائق في العقد ذاته.⁵⁹

الواقع الدولي أفرز صورة ثلاثة تعرف بشرط التحكيم بالإشارة⁴⁹ أو بالإحالة. وسوف نتعرف على هذه الصور، فيما يلي:

أولا_ شرط التحكيم: يقصد بشرط التحكيم الاتفاق الذي يتم عند إتمام العقد وقبل حدوث النزاع. وفيه يسبق الأطراف الأحداث بالإتفاق قبل حدوث النزاع على اللجوء إلى التحكيم فيما قد يحتمل نشوؤه من نزاعات مستقبلا. وهذا الاتفاق إما أن يدرج مقدما في العقد المبرم أو يتم إدراجه في اتفاق مستقل لاحق على العقد، سابق على النزاع.⁵⁰

وقد عرف جانب من الفقه شرط التحكيم بأنه: " بند وارد ضمن نصوص عقد معين يقضي بالإلتجاء إلى التحكيم كوسيلة لحل المنازعات التي قد تثور مستقبلا بين المتعاقدين حول العقد وتنفيذه ".⁵¹

أما المشرع الجزائري فقد عرف شرط التحكيم في المادة 1007 من قانون الإجراءات المدنية و الإدارية بأنه: " الإتفاق الذي يلتزم بموجبه الأطراف في عقد متصل بحقوق متاحة بمفهوم المادة 1006 أعلاه، لعرض النزاعات التي قد تثار بشأن هذا العقد على التحكيم ".⁵²

ومن التعاريف السابقة لشرط التحكيم يمكننا أن نستنتج ما يلي:⁵³

- 1- لكي نكون بصدد شرط التحكيم، يجب أن يكون اتفاق الأطراف سابقا على نشوء النزاع، وهذا أمر جوهري يمثل الفارق الأساسي بين شرط ومشاركة التحكيم.
- 2- لشرط التحكيم صورتين، الأولى أن يدرج في صلب العقد أو المعاملة الأصلية بين الأطراف، ويكون شرطا ضمن باقي شروط أو بنود العقد، والصورة الثانية له هو أن يرد في اتفاق مستقل عن العقد أو المعاملة القانونية الأصلية.

ثانيا_ مشاركة التحكيم

يقصد بمشاركة التحكيم كل اتفاق تحكيم يتم بعد قيام النزاع ولو كانت قد أقيمت في شأنه دعوى أمام جهة قضائية، وفي هذه الحالة يجب أن يحدد الإتفاق المسائل التي يشملها التحكيم و إلا كان الإتفاق باطلا.⁵⁴

الفرع الأول: التمسك بشرط التحكيم في مواجهة البنك الكفيل

إن مسألة التمسك بشرط التحكيم الوارد في العقد الأصلي ضد الكفيل تعد من أكثر المسائل القانونية التي ثار حولها جدل فقهي وتباينت بشأنها أحكام القضاء. وفيما يلي سنتحدث عن الأسس والمعايير التي وضعها الفقه كسبب لإمكانية تمسك الدائن بشرط التحكيم في مواجهة البنك الكفيل. حيث سنتناول مبدأ نسبية أثر العقد على التمسك بشرط التحكيم ضد الكفيل، ثم نستتبعه بالحديث عن تبعية عقد الكفالة بالعقد الأصلي كأساس للتمسك بشرط التحكيم ضد الكفيل، ثم أخيراً سنتحدث عن مدى اعتبار الكفيل منضماً أو مصدقاً على العقد الأصلي.

أولاً: مدى سريان شروط العقد الأصلي المبرم بين الدائن والمدين على البنك الكفيل بخصوص شرط التحكيم :

ذهب جانب من الفقه إلى أن موقف البنك الكفيل من الإلتزامات التي يكفلها يجعله في موقف المدين الأصلي، فالتزام الكفيل في العقد الأصلي يشبه إلى حد ما التزام المدين الأصلي،⁶³ فمحل التزام البنك الكفيل هو تنفيذ الإلتزام الأصلي في حالة عدم قيام المدين بالوفاء به، وعليه فالبنك الكفيل على نفس درجة المدين تجاه الدائن، و البنك الكفيل و المدين على قدم المساواة، فيكون البنك الكفيل ملزماً (مثل المدين الأصلي) بشرط التحكيم، فيجوز الإحتجاج باتفاق التحكيم على البنك الكفيل طالما نشأ الإلتزام المكفول صحيحاً ولم تبرأ منه ذمة البنك الكفيل، لأن هذا الإلتزام يزيد فاعلية الكفالة المصرفية في تحقيق المقصود منها.⁶⁴

إلا أن هذا الرأي تعرض للنقد من طرف جانب آخر من الفقه وفقاً لمبدأ نسبية العقد، إذ يرى هؤلاء أن البنك الكفيل لا يعتبر طرفاً في العقد بل يُعد من الغير في العقد المبرم بين الدائن والمدين. فالقاعدة العامة أن العقد إذا نشأ صحيحاً طبقاً للأركان والشروط الواجب توافرها فيه انعقد العقد، و توفرت له قوته الملزمة ورتب جميع آثاره من الحقوق و الإلتزامات التي اتجهت إرادة المتعاقدين إلى إنشائها، والأصل أن هذه الآثار تنصرف إلى طرفيه دون غيرها سواء تعاقدتا بطريقة مباشرة أو بواسطة نائب تعاقد باسم الأصيل،

والفرض في هذه الصورة أن العقد الأصلي المبرم بين الأطراف لم يتضمن شرطاً صريحاً للتحكيم، بل اكتفى الأطراف بالإشارة أو الإحالة إلى عقد سابق بينهم أو عقد نمطي،⁶⁰ معروف بينهم نتيجة لتعاملهم المعتاد، يتضمن شرطاً واضحاً جلياً للتحكيم، يتم الأخذ به في حالة نشوب أي نزاع بينهما، و في هذه الحالة ينسحب أثر شرط التحكيم في العقد النموذجي المحال إليه إلى موضوع النزاع في العقد الأصلي المبرم بين الطرفين، فيلتزم بالتالي أطراف العلاقة به، بحيث يتم بمقتضاه تسوية النزاعات القائمة بينهما عن طريق التحكيم.⁶¹

وقد أشار المشرع الجزائري لشرط التحكيم بالإحالة بنصه في المادة 1008 ق إ م إ بأنه: "يثبت شرط التحكيم، تحت طائلة البطلان، بالكتابة في الإتفاقية الأصلية أو في الوثيقة التي تستند إليها".

وفي نفس السياق نصت المادة 1443 من قانون أصول المحاكمات المدنية الفرنسي على أن: "يكون شرط التحكيم مكتوباً، سواء ورد هذا الشرط في عقد الأساس، أو في وثائق أخرى أحال إليها العقد".⁶²

المطلب الثاني: امتداد شرط التحكيم إلى الغير في عقود الكفالة المصرفية

غالباً ما يطلب الدائنون من مدينتهم تقديم كفالة أحد البنوك لضمان الوفاء بديونهم عندما يتخلف هؤلاء عن السداد، و ذلك لما تتمتع به البنوك من ملائمة مالية تبعث الطمأنينة في نفوس الدائنين، فيتقدم البنك بضمان وفاء ما على المدين لدائنه. وهنا يمكننا افتراض وجود عقدين، أولهما العقد الذي يربط بين الدائن والمدين و يسمى بالعقد الأصلي، و ثانيهما عقد يربط بين البنك ككفيل بالدائن، وقد يتضمن العقد الأصلي على شرط التحكيم. فما أثر هذا الشرط في مواجهة البنك الكفيل؟

و سنقسم الإجابة عن هذا التساؤل إلى فرعين، بحيث سنتحدث في الفرع الأول عن التمسك بشرط التحكيم في مواجهة البنك الكفيل و سنتحدث في الفرع الثاني عن مدى جواز تمسك البنك الكفيل بشرط التحكيم في مواجهة الدائن.

من القانون المدني الجزائري التي تنص على أنه: " ينصرف العقد للمتعاقدين و الخلف العام ما لم يتبين من طبيعة التعامل أو من نص القانون، أن هذا الأثر لا ينصرف إلى الخلف العام، كل ذلك مع مراعاة القواعد المتعلقة بالميراث"، وهو ما يقصد منه أن الأصل العام هو أن القوة الملزمة للعقد تنحصر في المتعاقدين، أي لمن اتجهت إرادتهم إلى إبرامه وينصرف أثر اتفاق التحكيم إلى الخلف العام و يسري في حقه ما يسري في حق السلف في خصوص هذا العقد، غير أن انصراف أثر اتفاق التحكيم إلى الخلف العام لا يتعلق بالنظام العام، ولذا يجوز الاتفاق على عدم انصراف أثر هذا الاتفاق إلى الخلف العام.⁶⁹

كما قد يتعلق العقد بشخصية الأطراف و التي تكون محل إعتبار في التعاقد كما هو الشأن بالنسبة لعقود أصحاب المهن الحرة أو الخبراء في مجال معين، فلا ينصرف كذلك أثر اتفاق التحكيم إلى الخلف العام.⁷⁰

وتجدر الإشارة أن لفظ طرف العقد ينصرف إلى: " كل شخص شارك بإرادته سواءً بالأصالة أو الإناطة في تكوين العقد"،⁷¹ أو بتعبير آخر هو: " من يصدر عنه التعبير عن إرادة ما تم الإلتزام به، بحيث تشارك إرادته في إبرامه بذاتها أو بمن يمثلها"⁷²، و يعد من الغير كل من دون ذلك.

و يؤدي هذا التعريف إلى اعتبار الكفيل من الغير بالنسبة للعقد الأصلي المبرم بين الدائن والمدين، وحيث أن شرط التحكيم يعد أحد بنود العقد الأصلي فإن الكفيل يعد أيضا من الغير بالنسبة لشرط التحكيم، ولا يجوز بالتالي التمسك به ضده حتى ولو كان شرط التحكيم في اتفاق مستقل تابع للعقد الأصلي،⁷³ حيث أنه لم يساهم بإرادته في خلق العقد المنشئ للدين المكفول، و لهذا السبب لا يكون طرفا في شرط التحكيم الوارد في العقد، فالأمر هنا يتعلق بكفيل و ليس بمدين متضامن، و مما يعزز ذلك اختلاف أشخاص العقد الأصلي عن عقد الكفالة، وكذا اختلاف محل الإلتزام في كل من هذين العقدين، حيث أن محل التزام الكفيل يتمثل في تغطية الخطر الناشئ عن عدم وفاء المدين بدينه عند حلول أجله و تعويض الدائن عما أصابه من جراء هذا الخطر من أضرار، أما التزام المدين فهو الوفاء بالدين عند حلول أجله.⁷⁴

وهذا ما يعرف بمبدأ نسبية آثار العقد، على أن الغير الأجنبي عن العقد الذي لم يكن طرفا فيه لا يلتزم بمقتضاه ولا يكتسب حقا بموجبه.⁶⁵

إلا أن آثار العقد لا تقتصر على العاقدين في كل الأحوال، إذ قد يتوفى الشخص فيخلفه في ماله غيره من الورثة و بالتالي فإننا نجد أشخاص آخرين لم يكونوا طرفا في العقد وقت إبرامه يتأثرون به، و هم الخلف العام و كذلك الحال بالنسبة للخلف الخاص، فننصرف إليهم آثار العقود التي أبرمها أسلافهم وفق ضوابط معينة، كما تتأثر طائفة أخرى لا علاقة لها بالعقد وهم دائنوا المتعاقد على اعتبار أن التصرفات القانونية التي يجريها مدينيهم من وراء إبرام أي عقد تعود عليهم سلبا أو إيجابا، لاسيما و أن للدائنين ضمان عام على كافة أموال المدين و من مصلحتهم أن تبقى قدرة المدين على دفع ما ترتب عليه من ديون، ولا يخرج المال من بين يديه، لذلك كله فإن مبدأ الأثر النسبي لا يقتصر على المتعاقدين فقط و من يمثلهما بل يشمل الخلف العام و الخلف الخاص و أيضا الدائنين و بضوابط معينة، أما ما عدا هؤلاء فهم من الغير و من ثم لا يرتب العقد اتجاههم أي أثر.⁶⁶

بناء على ما تقدم فإن كلمة المتعاقدين الواردة في المادة 106 ق.م.ج وما بعدها لا تعني المتعاقدين فحسب بل المراد بها كذلك من يمثلهما في التعاقد، فالعقد تنصرف آثاره إلى المتعاقدين أولا ثم إلى الخلف العام ثانيا (م 108 ق.م.ج)، وكذلك إلى الدائنين، ومصطلح الانصراف من الناحية القانونية يتسع ليشمل كل هؤلاء في حدود معينة وكذلك الدائنين إذ ينصرف إليهم العقد في أثره.

و يقصد بمبدأ نسبية أثر العقد، أن آثار العقد تنصرف إلى المتعاقدين و الخلف العام دون الإخلال بالقواعد المتعلقة بالميراث، و إذا أنشأ العقد التزامات و حقوقاً شخصية تتصل بشيء انتقل بعد ذلك إلى خلفه الخاص فإن هذه الحقوق تنتقل إلى خلفه الخاص في الوقت الذي ينتقل فيه الشيء إذا كان من مستلزماته وكان الخلف الخاص يعلم بما وقت انتقال الشيء إليه. و بتطبيق هذا المبدأ يتبين لنا أن العقد لا يرتب آثاراً إلا فيما بين طرفيه و خلفهما العام و الخاص،⁶⁷ بالشروط التي تقرها المادة 108⁶⁸

ومما سبق يتضح لنا أن الكفالة لا تحول الكفيل إلى مدين متضامن في مواجهة الدائن بل أنه يظل كفيلاً، وهذا ما أكدته محكمة النقض المصرية حيث قضت بأنه: " لا يجوز أن يسوى في الحكم بين الكفيل المتضامن و المدين المتضامن لأن تضامن الكفيل مع المدين لا يصيره مديناً أصلياً بل يبقى التزامه تبعياً...." 79. ومن خلال ما سبق نخلص إلى أنه يعد طرفاً في العقد كل شخص شارك بإرادته أو بإبادة الغير في تكوين العقد، و يعد من الغير ما دون ذلك، ومن ثم يعتبر البنك الكفيل من الغير بالنسبة للعقد الأصلي، ولا ينزع التضامن عنه هذه الصفة في عقد الكفالة، فالتزام الكفيل في هذا العقد لا يعتبر إلا التزاماً تابعاً لالتزاماته في العقد الأصلي لا يدخل في نطاق تبعية الكفالة لهذا العقد، ومن ثم لا يستطيع الدائن التمسك باتفاق التحكيم في مواجهة البنك الكفيل. 80.

ثانياً: أثر تبعية عقد الكفالة الأصلي على التمسك بشرط التحكيم ضد الكفيل:

يقصد بتبعية عقد الكفالة أن التزام الكفيل يدور وجوداً و عدماً مع التزام المدين الأصلي، فلا تنعقد الكفالة صحيحة إلا إذا كان التزام المدين المكفول صحيحاً، كما أن التزام الكفيل بأخذ ذات أوصاف الإلتزام المكفول من حيث التعلق على شرط أو الإضافة إلى أجل، و تبعية الكفالة للعقد الأصلي تظهر بوضوح بدفع الدين المكفول حيث تؤدي تلك التبعية إلى أن الدين محل إلتزام الكفيل يعد بمثابة نسخة من الدين محل التزام المدين الوارد في العقد الأصلي. 81.

إلا أن الفقه يرى أن شرط التحكيم الوارد في العقد الأصلي لا يدخل في نطاق تبعية عقد الكفالة للعقد الأصلي، ومن ثم فإنه لا ينتقل للكفيل ولا يجوز التمسك به في مواجهته، فهذا الشرط لا يدخل ضمن شروط صحة أو بطلان الدين ولا مداه أو نطاقه أو تنفيذه أو انقضائه، 82 و هذا ما يفهم من النصوص الواردة في القانون المدني والتي مفادها أن أثر التبعية ينحصر فقط في الدين المكفول من حيث صحته و بطلانه و شروطه و نطاقه و مداه وتنفيذه و انقضائه أما ماعدا ذلك من الشروط و الأحكام التي وردت في العقد الأصلي فإنه لا أثر لهما على الكفالة. 83

و ذهب رأي آخر من المشككين في صفة الغير بالنسبة للكفيل خصوصاً الكفيل المتضامن إلى أن المدين الأصلي، و الكفيل يعدان بمثابة المدينين المتضامين و يمثلان بعضهما تبادلياً، و نستنتج من هذا الرأي أن الكفيل المتضامن لا يعد أجنبياً عن العقد الأصلي و من ثم يستفيد هذا الكفيل و يتحمل نتائج الشروط المنصوص عليها في هذا العقد والتي وافق عليها المدين الأصلي، وبالتالي فإن شرط التحكيم يسري على الكفيل المتضامن. 75.

ولبيان وجهة النظر هذه والتعليق عليها فلا بد أولاً من بيان المقصود بالكفالة التضامنية، حيث عرفها الفقه بأنها تلك التي يكون فيها الكفيل متضامناً مع المدين بحيث يجوز للدائن أن يطالب أيّاً منهما بكل الدين، دون أن يستطيع الكفيل أن يدفع بالتجريد أو بالتقسيم أو بضورة مطالبة المدين قبله. 76.

فمركز الكفيل المتضامن في حقيقة الأمر لا يختلف عن مركز الكفيل البسيط تجاه العقد الأصلي، كما أن الكفيل لو كان متضامناً لا يستوي مع المدين المتضامن لأنه يلتزم التزاماً تبعياً. فالبنك الكفيل يظل محتفظاً بصفته ككفيل، ولا يتحول إلى مدين، وعندما يتعلق الأمر بدفع خاصة بالدين المكفول فإن قواعد الكفالة هي التي تطبق وليست قواعد التضامن ويظهر ذلك من عدة وجوه: 77.

1- يجوز للكفيل المتضامن التمسك بتقادم الدين المكفول ولا يجوز ذلك للمدين المتضامن إلا بقدر حصة المدين الأصلي. 78.

2- يجوز للكفيل المتضامن أن يتمسك بالمقاصة التي تحقق شروطها بين الدين المكفول و دين المدين في ذمة الدائن، فيترتب على ذلك انقضاء الدين المكفول كله أو بعضه، فينقضي تبعاً لذلك التزام الكفيل، بل يجوز للكفيل المتضامن التمسك بالمقاصة، حتى ولو لم يتمسك بها المدين الأصلي باعتباره صاحب مصلحة في ذلك و لكن لا يجوز للمدين المتضامن أن يتمسك بالمقاصة التي تقع بين الدائن و مدين متضامن آخر إلا بقدر حصة هذا المدين.

3- يجوز للكفيل المتضامن التمسك بالدفع الخاصة بشخص المدين، كعيوب الرضا، ولا يجوز أن يتمسك المدين المتضامن بذلك.

وقد ذهب القضاء الفرنسي في بعض أحكامه إلى عدم مد شرط التحكيم إلى الغير الذي لم يوقع عليه، ويتجلى هذا الموقف من خلال ما ذهبت إليه في حكمها الصادر في النزاع الذي دار حول تمسك الكفيل بشرط التحكيم الوارد في العقد الأصلي، مستندا إلى أن التزام الكفيل تابع للإلتزام المكفول، و تلخص وقائع النزاع في عقد أبرم بين شركة مدينة (X) و شركة أخرى دائنة (Y) و قد تضمن هذا العقد شرطا تحكيميا، إلا أنه كان قد أبرم في وقت سابق عقد كفالة، حيث إن مدير الشركة المدينة قد كفلها لدى الشركة الدائنة، ولم يكن عقد الكفالة متضمنا شرط التحكيم، إلا أن الشركة المدينة تعرضت لصعوبات مالية ترتب على ذلك تصفيتها تصفية ودية، دون أن تدفع الدين المستحق عليها للشركة الدائنة، مما أدى بالشركة الدائنة إلى مطالبة الكفيل قضائيا بأداء هذا الدين، إلا أن الكفيل دفع بعدم قبول الدعوى و تمسك بشرط التحكيم الوارد في العقد الأصلي مستندا على أن التزام الكفيل هو التزام تابع للإلتزام المكفول، ولا يجوز منعه من التمسك باختصاص التحكيم بنظر المنازعات المتعلقة بالعمليات التي نشأ عنها التزامه، غير أن محكمة الإستئناف رفضت هذا الدفع، وطعن في الحكم أمام محكمة النقض، و رفضته المحكمة حيث جاء في حكمها: " أن قضاة الموضوع استندوا في حكمهم على أن دعوى الدائن ضد الكفيل ترتكن ليس على التزام المدين الأصلي، ولكن على العقد الذي سبق و أبرمه الكفيل مع الدائن، وأن هذا العقد الذي بموجبه التزم الكفيل بصفة شخصية و مطلقة بتغطية خطر عدم الوفاء بالدين الأصلي، لم يشمل شرط التحكيم ولو بصورة ضمنية. لذا فهؤلاء القضاة كانوا على صواب، عندما قرروا أن الكفيل لا يستطيع أن يتمسك بشرط التحكيم الذي لم يكن طرفا فيه." ⁸⁷

فمن خلال حيثيات الحكم يتضح لنا بأن عقد الكفالة كان سابقا للعقد الأصلي الذي تضمن شرط التحكيم، وهنا يكون من البديهي القول بأن الكفيل كان يجهل وجود شرط التحكيم كونه جاء لاحقا لعقد الكفالة، لهذا لا يمكن بأي حال من الأحوال الإحتجاج بشرط التحكيم تجاهه أو التمسك به في مواجهته، حيث أن المشرع كما أشرنا سابقا يشترط اتجاه إرادة

كما أن هناك أمرا آخر يزيد من التباعد بين شرط التحكيم الوارد في العقد الأصلي و يؤكد عدم تأثر هذا العقد بالشرط المذكور أو تبعيته له وهو أن شرط التحكيم يتمتع باستقلالية تامة عن العقد الأصلي الذي يتضمنه ولا يعتبر تابعا له رغم أنه يمثل أحد بنوده، وذلك للإختلاف الجوهرى بين محل الإلتزام و شرط التحكيم و محل الإلتزام في العقد الأصلي، حتى أن البعض أطلق على شرط التحكيم بأنه عقد داخل عقد، ويعتبر بمثابة عقد إجرائي. ⁸⁴

ومن خلال ماسبق نخلص إلى أن شرط التحكيم الوارد في عقد الدين الأصلي بين الدائن والمدين لا يمتد إلى الكفيل وفقا لتبعية عقد الكفالة، وذلك بفضل خاصية الإستقلالية التي يتمتع بها شرط التحكيم، ⁸⁵ و هو ما يؤدي إلى عدم قابلية الإحتجاج به على البنك الكفيل.

ثالثا: مدى اعتبار الكفيل منضمنا أو مصدقا على العقد الأصلي

ذهب القضاء الفرنسي في العديد من أحكامه بإلزام الغير بشرط التحكيم رغم عدم توقيعه على العقد الذي يتضمنه، وذلك استناداً إلى فكرة الإنضمام إلى هذا العقد أو التصديق عليه أو قيام قرينة على أن هذا الغير قد وافق ضمناً على هذا الشرط، كعلمه بوجوده أو اشتراكه في المفاوضات الخاصة به أو في تنفيذه، وقد أطلق القضاء على ذلك الشرط الضمني، أو كما يعرف بالقبول الضمني.

إلا أن الفقه والقضاء الفرنسي تنازعه بخصوص هذه المسألة رأيان: **الرأي الأول: عدم الإعتداد بالقبول الضمني لشرط التحكيم:**

تمسك أنصار هذا الإتجاه بالطابع التعاقدى للتحكيم و التعبير الصريح للإرادة في عقد التحكيم، وعدم مد شرط التحكيم إلى أشخاص لم يوقعوا عليه، إلا إذا أرادوا الخضوع لشرط التحكيم عن إرادة حرة واعية يمكنون شرط التحكيم أو انضموا فعليا إلى العقد الذي يتضمنه، وغير ذلك يخالف صحيح القانون الذي اشترط الكتابة كدليل على الإنضمام أو الموافقة على شرط التحكيم، فيجب أن تكون إرادة الأطراف في عقد الإختصاص (التحكيم) واضحة لا لبس فيها، و أن يفسر اتفاق التحكيم تفسيرا ضيقا، بحيث لا يسري إلا على من قبلوه صراحة. ⁸⁶

إلى العقد أو التصديق عليه، أو قيام قرينة على أن هذا الغير قد وافق ضمنا على هذا الشرط، كعلمه بوجوده أو اشتراكه في المفاوضات الخاصة به أو في تنفيذه أو غير ذلك من الظروف والوقائع التي تعطي لنا قرينة تثبت علم الغير بهذا الشرط، ويمكن أن يطلق على هذا الشرط في هذه الحالة " شرط التحكيم الضمني. وفي هذا الشأن نفرق بين ثلاث حالات:

الحالة الأولى: قد ترد الكفالة المصرفية في العقد الأصلي المنشئ لعلاقة الدائن بالمدين والمتضمن في الوقت ذاته لشرط التحكيم، وفي هذا الفرض يعتبر البنك الكفيل طرفا في اتفاق التحكيم بمجرد توقيعه عليه ويكون هذا الاتفاق ملزما له.

الحالة الثانية: قد تكون الكفالة المصرفية لاحقة على إبرام العقد الأصلي المتضمن لشرط التحكيم،⁹³ ولكن تتم في هذه الصورة إحالة في عقد الكفالة إلى شرط التحكيم المدرج في العقد الأصلي، ففي هذه الحالة يعتبر الكفيل طرفا في اتفاق التحكيم وملزما به، متى توافرت شروط الإحالة.⁹⁴ ومثال هذه الحالة القرار الصادر في القضية رقم: 439517 فهرس 08_005768 بتاريخ: 9-4-2008 عن المحكمة العليا، الغرفة التجارية و البحرية، و الذي مفاده: " عقد إيجار سفينة - اتفق فيه الأطراف على اختصاص غرفة التحكيم بباريس - وثيقة الشحن ذكر فيها شروط النقل الرجوع إلى جميع البنود و الشروط المتواجدة في عقد إيجار السفينة - الإشارة لعقد إيجار السفينة في وثيقة الشحن تجعل المرسل إليه طرفا في العقد و له الحق في استعمال البند التحكيمي المتواجد في عقد إيجار السفينة." ⁹⁵

الحالة الثالثة: و تتجلى هذه الحالة في عقد الكفالة الخالي من شرط التحكيم أو الإحالة إلى شرط التحكيم الوارد في العقد الأصلي. فهذه الصورة تعتبر الأبرز في إثارة الخلاف سواء في الفقه أو القضاء، حيث ذهب بعض الفقه إلى القول بأن الكفيل لا يعد من الغير في العلاقة بين الدائن و المدين الأصلي، ومن ثم فهو يستطيع التمسك في مواجهة دائن مدينه، بكل الدفوع التي للمدين، فيما عدا ما ارتبط منها بشخص هذا الأخير. وبما أن اتفاق التحكيم هو دفع إجرائي، لا يرتبط بشخص المدين فإنه يمكن للكفيل التمسك به، شريطة أن يكون على علم بهذا

الأطراف بشكل صريح لقبول اختيار طريق التحكيم للفصل في منازعاتهم، وهو ما لم يتحقق في هذه القضية.

ومن ثم فمتى ما قام الدليل على أن الطرف الثالث لم يشارك في تنفيذ العقد المتضمن لشرط التحكيم، ولم يكن مدركا بأي طريقة وجود اتفاق التحكيم، فلا يجتج عليه بهذا الشرط.⁸⁸

الرأي الثاني: الإعتداد بالقبول الضمني لشرط التحكيم:

القبول الضمني هو: " هو التعبير الذي يكون المظهر الذي اتخذته ليس في ذاته موضوعا للكشف عن الإرادة، فالتعبير الضمني يكشف عن الإرادة بطريقة غير مباشر وذلك عن طريق استنباط التعبير عن الإرادة من أفعال يقوم بها الشخص، وهذه الأفعال لا تعد بذاتها تعبيراً مباشراً عن الإرادة " ⁸⁹

فالتعبير الضمني يكشف عن الإرادة بطريقة غير مباشر وذلك عن طريق استنباط التعبير عن الإرادة من أفعال يقوم بها الشخص، وهذه الأفعال لا تعد بذاتها تعبيراً مباشراً عن الإرادة ولكنها مجرد إشارة تكشف عن تلك الإرادة وتنطوي عليها. ومثال ذلك أن يبقى المستأجر في العين المؤجرة بعد انتهاء مدة الإيجار بعلم المؤجر ودون اعتراضه فيستفاد من ذلك إرادة المستأجر تجديد الإيجار لمدة أخرى وموافقة المؤجر على ذلك، وكالوكيل يقبل الوكالة بتنفيذها.⁹⁰

وهذا التعبير أخفض رتبة من التعبير الصريح، فإذا تعارضا أو تزامنا كانت الأولوية للتعبير الصريح، وهو ما تنص عليه القاعدة الفقهية: " لا عبرة بالدلالة في مقابلة التصريح " فالعبرة في ذلك أن الدلالة أضعف من التصريح، وهو أقوى منها فلا تقدم عليه؛ لأنها بدل عن اللفظ والتصريح، ولا يصار إلى البدل مع وجود الأصل.⁹¹

و قد اهتم أصحاب هذا الإتجاه بإعطاء الفاعلية المرجوة من التحكيم، خصوصا على المستوى الدولي، وغلبوا افتراض الرضا لدى الغير الذي لم يوقع على اتفاق التحكيم و ذلك بالإكتفاء بمشاركته في المفاوضات أو تنفيذ العقد.⁹²

حيث نجد أن القضاء يذهب في بعض الأحكام إلى أن الغير يعد خاضعا لشرط التحكيم الوارد في العقد الأصلي، رغم عدم توقيعه على العقد الذي يتضمن هذا الشرط، استنادا إلى فكرة الانضمام

إليه بإرادته الصريحة و أصبح طرفا فيه، وهذا ما ذهبت إليه محكمة استئناف " فرساي " عندما قضت ببطالان حكم محكم أدان شخصا بصفته كفيلا نظرا لأنه لم يوقع على اتفاق التحكيم.⁹⁹ من جاني أرى بأن مجرد علم الكفيل بوجود شرط التحكيم في العقد الأصلي ليس سببا كافيا لمد أثر هذا الشرط على الكفيل، لأن ذلك يخالف صريح القانون الذي يشترط أن يكون شرط التحكيم مكتوبا، أي موقعاً عليه من قبل الملتزم به. فقد استلزم المشرع الجزائري الكتابة لوجود شرط التحكيم و إلا كان باطلا.¹⁰⁰

وما يرر هذا الرأي هو أن التحكيم يعد من التصرفات القانونية التي لها خطرها بالنظر للآثار التي تترتب عليه:¹⁰¹

— فمن ناحية أولى: إن اتفاق التحكيم يمثل تصرفا قانونيا له خطره بالنسبة للدولة، إذ أن من شأنه نزع الإختصاص بالفصل في النزاع المتفق بشأنه على التحكيم من القضاء العام في الدولة، وتحويل سلطة الفصل فيه إلى قضاء خاص يتشكل من أفراد عاديين يختارهم أطراف اتفاق التحكيم.

— ومن ناحية ثانية: أن اتفاق التحكيم له خطره على حق أطراف اتفاق التحكيم أنفسهم. إذ قد يترتب عليه المخاطرة ببعض الحقوق، إذ ليس بمقدور الأطراف تقدير النتائج التي ستترتب على التحكيم، وخاصة إذا كان التحكيم قد منع التفويض بالصلح حيث لا يتقيد المحكم بقواعد قانونية محددة، و يقضي تبعا لمبادئ العدل والإنصاف.

— ومن ناحية ثالثة: أن للتحكيم أثره بالنسبة للغير، وذلك حينما يمتد اتفاق التحكيم إلى أطراف آخرين، أو عقود أخرى تتصل بذات المعاملة أو بالعقد الأصلي. كما هو الحال بالنسبة لاتفاق التحكيم الذي تبرمه الشركة الوليدة، حيث تمتد آثاره إلى الشركة الأم.

و بناء على ذلك فإن اتفاق التحكيم الذي أبرمه الدائن مع المدين لا يسري في حق الكفيل إلا إذا قبله أو أجازته، حيث يصبح في هذه الحالة طرفا في اتفاق التحكيم.¹⁰²

الشرط ، وفي غير هذه الحالة فإنه لا يمكن التمسك به في مواجهته.⁹⁶

و قد ذهب القضاء الفرنسي في بعض أحكامه إلى أن علم الغير باتفاق التحكيم الوارد في العقد الأصلي، يعطي قرينة على قبول هذا الغير لشرط التحكيم و التزامه به، و ذلك على أساس إنضمامه إلى العقد الأصلي بكل بنوده، بما في ذلك شرط التحكيم ، فقد جاء في أحد أحكامه أنه بما أن : " لشرط التحكيم المنصوص عليه في عقد دولي مشروعية و فعالية خاصة به تؤديان إلى مد تطبيقه على الأطراف الضالعين مباشرة في تنفيذ العقد الذي يتضمنه و في المنازعات التي يمكن أن تنشأ عنه، و طالما أنه ثبت أن مركزهم العقدي و أنشطتهم قد أقامت قرينة على أنهم وافقوا على شرط التحكيم ، الذي يعلمون بوجوده و مده، و ذلك على الرغم من أنهم لم يوقعوا العقد الذي تضمنه " و جاء في الحكم أنه " بموافقة الناقل على التدخل في تنفيذ العقد الأصلي بموجب اتفاق ملحق بهذا العقد، فإنه يلتزم بالضرورة بالإلتزامات المنصوص عليها في هذا العقد و أوصافها، ويرد شرط التحكيم من بينها " .⁹⁷

و خلاصة القول بشأن مدى اعتبار الكفيل منضمًا أو مصدقا على العقد الأصلي يتلخص في أن الفقه الفرنسي تنازعه اتجاهان ، حيث يرى الاتجاه الأول عدم مد شرط التحكيم إلى الأشخاص الذين لم يوقعوا عليه إلا إذا أرادوا حقيقة الخضوع لهذا الشرط أو انضموا فعليا إلى العقد الذي يتضمنه، وقد يتمسك هذا الاتجاه بالطابع التعاقدية للتحكيم و صفته الإرادية.⁹⁸

أما الإتجاه الثاني فقد غلب افتراض الرضا لدى الغير الذي لم يوقع على اتفاق التحكيم ما دام أنه قد اشترك في مفاوضات إبرام العقد الأصلي أو اشترك في تنفيذه. إلا أن موقف القضاء الفرنسي و بعض الفقهاء من مد شرط التحكيم إلى الكفيل الذي لم يوقع على العقد الأصلي لم تلق قبولا لدى فقهاء القانون المصري لما في ذلك من مخالفة صريحة للقانون الذي يشترط أن يكون شرط التحكيم مكتوبا أي موقعا عليه من قبل الملتزم به، ومن ثم فلن يتأتى التزام الكفيل بشرط التحكيم الوارد في العقد الأصلي إلا إذا صادق كتابة على هذا العقد، إذ أنه بالمصادقة يكون قد انظم

و طبقاً لنص المادة السابقة يطرح التساؤل الآتي: إذا كان من حق الكفيل أن يتمسك في مواجهة الدائن بالدفع التي يستطيع المدين المتمسك بها ضده، فما مدى جواز تمسكه باتفاق التحكيم في مواجهة الدائن؟

وللإجابة عن هذا السؤال ينبغي في البداية أن نوضح المقصود بالدفع المتعلقة بالدين المكفول، والتي يجوز للكفيل المتمسك بها في مواجهة الدائن، لكي يتسنى لنا بعد ذلك الحكم في إمكانية إدراج شرط التحكيم ضمنها.

ويقصد بالدفع المتعلقة بالدين كل ما من شأنه التأثير في الدين المكفول ذاته، سلباً أو إيجاباً، كالدفع المتعلقة بانقضائه مثل الدفع بالمقاصة أو التقادم أو اتحاد الذمة أو الإبراء أو الوفاء، ويعد أيضاً من الدفع الشروط التي تجعل التزام الكفيل أشد من التزام المكفول.¹⁰⁴

وهنا ذهب الاتجاه الرائج في الفقه إلى أن الكفيل لا يجوز له أن يتمسك بشرط التحكيم في مواجهة الدائن، لأن المقصود بتلك الدفع هي الدفع التي تؤدي إلى انقضاء الدين أو تخفيض مقداره، و لا ينطبق ذلك على الدفع بالتحكيم.¹⁰⁵

فطالما أن اتفاق التحكيم لا يؤدي إلى هذه النتائج، ولا يتعلق بالدين المكفول نفسه، فلا يجوز للكفيل أن يتمسك به في مواجهة الدائن، على اعتبار أن الدفع المتعلق بشرط التحكيم هو مجرد رفع إجرائي لا يؤثر سلباً ولا إيجاباً على الدين.¹⁰⁶

فالدفع التي تمس الحقوق الموضوعية تؤدي إلى إنقضائها، ويكون الحكم بالمثل بالنسبة للديون التي تمس الحق في الدعوى. ومن المسلم به أن الحق في الدعوى يجب تمييزه عن الحق الشخصي الذي يكون محلاً لها. وبناء على ذلك فإن الدفع الإجرائية ليست دفع للدين، وهي لا تتعلق إلا بالدعوى وليس بالحق ذاته، ولهذا السبب فإن الدفع المرتبطة بالدين لا تتعلق بدفع الإجراءات التي لا تؤدي إلى تخفيف أو انقضاء الكفالة. وهذه حالة شرط التحكيم الذي يكون محايداً بالنسبة لوجود الحق الموضوعي.¹⁰⁷

الفرع الثاني: مدى جواز تمسك البنك الكفيل بشرط التحكيم نظراً لما سبق ذكره و أمام عدم جواز التمسك بشرط التحكيم الوارد في العقد الأصلي على البنك الكفيل، يطرح السؤال، هل يمكن للبنك الكفيل المتمسك بشرط التحكيم والإحتجاج به في مواجهة الدائن و المدين؟

وهنا يمكن القول بأن مسألة تمسك الكفيل بشرط التحكيم تنثور في حالتين:

أولاهما: حالة أن يرفع الدائن ضد الكفيل دعوى أمام قضاء الدولة لمطالبته بسداد الدين المكفول فيتمسك الكفيل بشرط التحكيم لينعقد الإختصاص للتحكيم.

ثانيهما: حالة أن يسدد الكفيل ويرفع دعوى على المدين أمام هيئة التحكيم لاقتضاء قيمة الدين.

وسوف نتناول كل من الحالتين بشيء من التفصيل فيما يلي:

أولاً: الحالة الأولى: تمسك الكفيل بشرط التحكيم ضد الدائن لقد ثار الجدل حول الأساس الذي يمكن أن يعتمد عليه البنك الكفيل في تمسكه بشرط التحكيم ضد الدائن، فهل يجوز له أن يتمسك بهذا الشرط على أساس أنه أحد الدفع الناشئة عن العقد الأصلي؟ أم يمكن أن يتقرر له هذا الحق استناداً لفكرة الإشتراط لمصلحة الغير؟

وسوف نتعرض لهذين الأساسين، وبيان إمكانية الإستناد إليهما فيما يلي:

1- اعتباره شرط التحكيم دفعا متعلقاً بالدين:

أعطى المشرع الجزائري و مثله المشرع المصري و الفرنسي الحق للكفيل بالتمسك بكافة الدفع المتعلقة بالدين المكفول في مواجهة الدائن، عدا ما تعلق منها بنقص أهلية المدين متى ما كانت الكفالة قد تمت بسبب نقص أهلية المدين و كان الكفيل على علم بذلك، حيث نصت المادة 654¹⁰³ من قانون الإجراءات المدنية الجزائري على ذلك بقولها: " يبرأ الكفيل بمجرد براءة المدين، وله أن يتمسك بجميع الأوجه التي يحتج بها المدين. غير أنه إذا كان الوجه الذي يحتج به المدين يتمثل في نقص أهليته وكان الكفيل عالماً بذلك وقت التعاقد، فليس له أن يحتج بهذا الوجه"

2- مدى اعتبار الاشتراط لمصلحة الغير أساسا لتمسك الكفيل بشرط التحكيم:

يعتبر الإشتراط لمصلحة الغير من بين الإستثناءات التي قررها القانون المدني على مبدأ نسبية أثر العقد الذي يقضي - كما سبق و أن ذكرنا- بأن أثر العقد يقتصر على عاقديه -أطرافه- و خلفهما العام و الخاص.¹⁰⁸ فقد يحدث أن يتفق الدائن و المدين في العقد على أن يستفيد البنك الكفيل من شرط التحكيم الوارد بالعقد الأصلي، وتكون صيغة الإشتراط لمصلحة البنك الكفيل على هذا النحو: "تفق الطرفان على اختصاص التّحكيم بنظر كافة المنازعات الناشئة عن هذا العقد، ويجوز للبنك الكفيل أن يتمسك بهذا الحق في مواجهة الدّائن عند الرجوع عليه".¹⁰⁹ وقد نص المشرع الجزائري في المادة 116 من القانون المدني على أنه "يجوز للشخص أن يتعاقد باسمه على التزامات يشترطها لمصلحة الغير، إذا كان له في تنفيذ هذه الإلتزامات مصلحة شخصية مادية كانت أو أدبية. و يترتب على هذا الإشتراط أن يكتسب الغير حقا مباشرا قبل المتعهد بتنفيذ الإشتراط يستطيع أن يطالبه بوفائه، ما لم يتفق على خلاف ذلك، ويكون لهذا المدين أن يحتج ضد المنتفع بما يعارض مضمون العقد. ويجوز كذلك للمشتراط أن يطالب بتنفيذ ما اشترط لمصلحة المنتفع إلا إذا تبين من العقد أن المنتفع وحده هو الذي يجوز له ذلك" فالإشتراط لمصلحة الغير هو عقد يتعهد طرف من طرفيه، يطلق عليه المتعهد، بأن يؤدي مباشرة إلى شخص ثالث أجنبي عن العقد، يطلق عليه المنتفع أداءً معيناً اشترطه لصالحه الطرف الآخر الذي أطلق عليه المشتراط.¹¹⁰ فالغير - أي المستفيد - يكتسب بذلك حقا مباشراً من عقد لم يكن طرفاً فيه، إذ لم يرم العقد بنفسه.¹¹¹

و تطبيقاً لهذا الإشتراط فإنه قد يتفق الدائن و المدين في العقد الأصلي على استفادة الكفيل من شرط التحكيم الوارد فيه. و بناء على القاعدة العامة للإشتراط لمصلحة الغير، فإن هذا الإشتراط يقوم على أساس أنه يرتب حقوقاً فقط للغير و لا يلقي عليه التّزامات.¹¹² وهنا يطرح التساؤل عما إذا كان هذا الأمر ينطبق على شرط التحكيم؟

ذهب جانب من الفقه إلى أن اشتراط التحكيم لمصلحة الغير لا يرتب لهذا الغير إلا أثراً إيجابياً يتجلى من خلال إعطائه الحق في اللجوء إلى التحكيم إذا أراد، ولا يرتب عليه أثراً سلبياً، حيث أنه لا يجبر على اللجوء إلى التحكيم. وعليه فإذا كانت ثمة هناك التّزامات تقع على عاتق الغير من جراء هذا الإشتراط فما هي إلا نتاج استعمال حقه في هذا اللجوء.¹¹³

و عليه، فإن اشتراط التحكيم لمصلحة الغير يفتح مجال الإختيار أمام هذا الغير المستفيد، بأن يلجأ إلى التحكيم و يخضع لكل الإلتزامات الناشئة عنه، أو أن يرفض اللجوء إليه و بالتالي لا يتحمل تلك الإلتزامات. و هذا ما يعتبر نوعاً من الشروط الإختيارية الجائزة قانوناً.¹¹⁴

و من جانبنا فإننا نؤيد هذا الإتجاه، حيث أن الإشتراط لمصلحة الغير كقاعدة عامة لا يرتب التّزامات منذ البداية على الكفيل لأنه لا يجبره على اللجوء إلى التحكيم، بل يترك له الخيار بين اللجوء إلى التحكيم من عدمه.

ثانياً_ تمسك الكفيل بشرط التحكيم ضد المدين:

نصت المادة 671¹¹⁵ من القانون المدني الجزائري على أنه: "إذا وفي الكفيل الدين، كان له أن يحل محل الدّائن في جميع ما له من حقوق تجاه المدين. و لكن إذا لم يوف إلا بعض الدين، فلا يرجع بما وفاه إلا بعد أن يستوفي الدّائن كل حقه من المدين"

و عليه تظهر مسألة تمسك البنك الكفيل ضد المدين بشرط التحكيم المنصوص عليه في العقد الأصلي، عندما يقوم البنك بسداد الدين المكفول، و برفع دعوى على المدين، مطالباً إياه بما أدّاه عنه أمام التحكيم، متمسكاً بشرط التحكيم.

فالبنيك الكفيل يلتزم بضمان الدين دون أن يكون صاحب مصلحة في الدين، و لذلك فهو إذا وقي به، كان موقياً بدين غيره، وحق له الرجوع على صاحب المصلحة في هذا الدين و هو المدين. و القانون المدني لا يُعطي للكفيل المصري حق الرجوع على المدين، إلا إذا قد وقي بالدين فعلاً.¹¹⁶ وللبنيك الكفيل الموفي أن يرجع على المدين بدعوى شخصية ناشئة عن ذات الوفاء، أو بدعوى الحلول، لأنه بنص القانون يحل محل الدّائن في حقوقه قبل المدين المكفول.¹¹⁷

لمصلحة الدائن أو لمصلحة المدين وحده، أو عقدت لمصلحة يعلم المدين أو دون علمه، برضاه، أو رغم معارضته، و الحق في الدعوى يعد الوسيلة التي يستطيع عن طريقها أن يحصل الدائن على حقه من المدين، فعندما يتفق في العقد الأصلي على التحكيم كوسيلة لفض المنازعات فإن حق لجوء الدائن للتحكيم يعد أحد توابع حقه الموضوعي، ومن ثم فإن حلول الكفيل محل الدائن في هذا الحق يؤدي إلى حله أيضا محله في الحق في الدعوى التحكيمية.¹²⁵

الخاتمة :

تناولت من خلال هذه الدراسة التعريف أولا بالمفاهيم الأساسية المتعلقة بموضوع البحث، وذلك ببيان ماهية الكفالة المصرفية وخصائصها، كما قمت بالتعريف باتفاق التحكيم مع صوره الثلاثة، ثم تناولت بعد ذلك أثر شرط التحكيم على الكفالة المصرفية، فأسهبت في الحديث عن مدى انطباق شروط العقد الأصلي على البنك الكفيل، وذلك إذا كان العقد الأصلي متضمناً لشرط التحكيم.

و بالإستعانة بموقف القضاء المقارن تحدثت عن مبدأ نسبية العقد، و أتبع ذلك بالبحث حول نسبية شرط التحكيم، و بينت المقصود بالطرف في اتفاق التحكيم، و تبين لنا أن تطبيق مبدأ نسبية العقد في اتفاق التحكيم كان و لا يزال محل خلاف على الصعيد الفقهي، كما عالجتها بعدها مسألة القبول الضمني لشرط التحكيم، و ذكرت موقف الفقه و القضاء من تلك المسألة.

و لم أنس الحديث عن مبدأ استقلال شرط التحكيم عن العقد الأصلي، و النتائج المترتبة عليه، و تعرضت لمسألة جواز تمسك البنك الكفيل بالتحكيم باعتباره دفعا متعلقا بالدائن.

و عرجت حول تمسك البنك الكفيل بشرط التحكيم ضد الدائن، و هل يعتبر شرط التحكيم من الدفع المتعلقة بالدائن المكفول، و أوضحت أن شرط التحكيم في الأصل لا يقوم على الإعتبار الشخصي، و أعقبت ذلك ببيان مدى اعتبار شرط التحكيم هو من الدفع المتعلقة بالدائن من عدمه، و تطرقت إلى الحديث عن الإشتراط لمصلحة الغير كأساس لتمسك البنك الكفيل بشرط التحكيم.

1- رجوع الكفيل بالدعوى الشخصية: إذا كان رجوع الكفيل على المدين بموجب الدعوى الشخصية، حيث يستند الكفيل على المدين لاستيفاء ما وفاه للدائن على حقه الشخصي المستمد من عقد الكفالة، أو كان رجوعه على المدين لاستيفاء ما وفاه للدائن على حقه الشخصي المستمد من عقد الكفالة، أو كان رجوعه بموجب دعوى الإثراء بلا سبب، والتي تكون على أساس المسؤولية التقصيرية، والتي لا شأن لها بشرط التحكيم الوارد في العقد الأصلي،¹¹⁸ وفي كلتا الحالتين لا يجوز للكفيل التمسك في مواجهة المدين بشرط التحكيم المبرم بين المدين والدائن الوارد في العقد الأصلي، إذ أنه لا يزال من الغير بالنسبة لهذا العقد ولم يحدث ما من شأنه سريان بنود العقد عليه.¹¹⁹

2- رجوع الكفيل بدعوى الحلول: المقصود بدعوى الحلول هو حلول الغير (وهو هنا البنك الكفيل) الذي يقوم بوفاء الدين عن المدين محل الدائن في نفس الدين الذي قام بوفائه، أي إنَّها دعوى يقرها القانون، ليحل بموجبه الغير الذي يقوم بوفاء الدين عن المدين محل الدائن بما يكون لهذا الدين من خصائص وصفات، فإذا كان الدين الذي قام بأدائه تجارياً فإنه ينتقل للموفا بهذه الصفة و ينتقل إليه الحق بما يشمله من توابع كالفوائد، وما يخصه من تأمينات، وما يرد عليه من دفع، كالدفع بالبطالان.¹²⁰ و يعني ذلك أن الموفاي يحل محل الدائن ليس فقط في حقه، ولكن أيضاً في كل ما يتمتع به هذا الحق من خصائص وما يلحقه من توابع، **121** حيث نصت المادة نصت المادة **671** ¹²² من القانون المدني الجزائري على أنه: " إذا وفى الكفيل الدين، كان له أن يحل محل الدائن في جميع ما له من حقوق تجاه المدين. و لكن إذا لم يوف إلا بعض الدين، فلا يرجع بما وفاه إلا بعد أن يستوفي الدائن كل حقه من المدين".

وعليه، فوفاء الكفيل بالدائن المكفول يخوله الحق في أن يحل محل الدائن لاسترداد ما وُفَى به عن طريق دعوى الحلول، و فيها يحل الكفيل محل الدائن في مواجهة المدين، في كل حقوقه بقوة القانون.¹²³ طالما أن الكفالة عقدت صحيحة و نشأ عنها التزام الكفيل بالوفاء بدین غيره.¹²⁴

و جدير بالذكر أيضا أن الكفيل يحل محل الدائن في كل حقوقه أيًا كانت الظروف التي عقدت فيها الكفالة، أي سواءً عقدت

- 5- ضرورة أن تكون الهيئات التحكيمية في النزاعات المتعلقة بالكفالة المصرفية من ذوي الخبرة و الدراية بالبيئة المصرفية.
- 6- على هيئات التحكيم و مؤسساته مراعاة أهمية تحديد مدة الفصل في النزاع المصرفي، بحيث يتم تحديدها على سبيل المثال بثلاثين يوماً قابلة للتجديد لمدة ماثلة يصدر خلالها الحكم، ما لم يتفق الأطراف على خلاف ذلك.
- 7- ضرورة إنشاء لجنة قانونية في كل بنك تملك الدراية الكاملة بنظام التحكيم، تعمل على شرح و إيضاح نظام التحكيم للعميل.
- 8- ضرورة النص في قانون التحكيم على القبول الضمني للتحكيم، إذا كان البنك أو العميل شارك في مفاوضات اتفاق التحكيم، وكان أثر العقد ينصرف إليه بطريق ما. إلا إذا تم الإتفاق على أن المفاوض لا يعني من تلك المشاركة سوى إبداء الرأي، أو النصيحة، ولا يمثل ذلك قبولاً ضمناً.

وقد خلصت في الأخير إلى أن البنك الكفيل يستطيع، التمسك بشرط التحكيم الوارد في العقد الأصلي بين الدائن والمدين في حالتين هما:

- الحالة الأولى: في حالة تمسكه بشرط التحكيم في مواجهة الدائن فإنه يجوز له استناداً لمبدأ الإشتراط لمصلحة الغير.
- و الحالة الثانية: وهي إذا ما دفع الكفيل الدين المكفول وحل محل الدائن في مواجهة المدين، فإنه في هذه الحالة يحق له التمسك بشرط التحكيم وفقاً لهذا الحلول.

التوصيات

ما يمكن أن نستشفه من خلال هذه الدراسة، أنه بالرغم من التطور الذي طرأ على إستخدام الكفالة المصرفية، إلا أنها لا تزال تخضع لأحكام القانون المدني الذي نظم الكفالة بأحكام لا تفرق بين المعاملات المدنية و التجارية ، و الذي نرى أنه لا يواكب التطور الذي طرأ على استخدام الكفالة المصرفية.

و أرى أنه حتى يقوم التحكيم بدوره المنشود في مجال الضمانات المصرفية بصفة عامة والكفالات المصرفية بصفة خاصة، لا بد من الأخذ بالتوصيات الآتية :

- 1- نظراً للخصوصية التي تتميز بها الكفالة المصرفية عن الكفالة العادية التي نظمها المشرع الجزائري في القانون المدني ، أرى ضرورة إجراء تعديل على القانون التجاري و تضمينه تنظيماً خاصاً لأحكام الكفالة المصرفية و ذلك بالشكل الذي يساير التطور الذي طرأ على إستخدام الكفالة المصرفية و المنازعات التي قد تنشأ عنها.
- 2- لا بد من نشر الوعي التحكيمي في صفوف المشتغلين و المتعاملين مع البيئة المصرفية، و إبراز كافة المزايا للتحكيم كوسيلة لحسم المنازعات، عن طريق الهيئات المصرفية و مؤسسات التحكيم بشكل عام، و العمل على نشر فكرة التحكيم في المنازعات المصرفية.
- 3- ضرورة عقد دورات تأهيلية لمستشاري البنوك و العاملين فيها و المتعاملين معها حول التحكيم المصرفي.
- 4- ضرورة تفعيل الوسائل البديلة لحسم المنازعات المصرفية بصفة عامة و المنازعات المتعلقة بالكفالة المصرفية بصفة خاصة.

- 1 - خالد عبد العظيم أبو غابة، التحكيم وأثره في فض المنازعات، دار الفكر الجامعي، الإسكندرية، 2011، ص 123.
- 2 - هاني عطاي، التحكيم في الضمانات المصرفية، دراسة مقارنة، مركز الدراسات العربية للنشر والتوزيع، 2017، ص 107.
- 3 - مروان محمد أبو عرابي، الخدمات المصرفية في البنوك الإسلامية والتقليدية، دار تسنيم للنشر والتوزيع، عمان، 2006، ص 30.
- 4 - المحامي أنس العلي، النظام القانوني لبطاقات الاعتماد، الطبعة الأولى، منشورات الحلبي الحقوقية، بيروت، لبنان، 2005، ص 28.
- 5 - خالد وهيب الراوي، العمليات المصرفية الخارجية، دار المناهج للنشر والتوزيع، الطبعة الثانية، 2005، ص 121.
- 6 - Samira Habbassi-Mebarkia , La protection de la caution , Thèse de doctorat Pour obtenir le grade de Docteur de l'Université de VALENCIENNES ET DU HAINAUT CAMBRESIS Droit privé Présentée et soutenue par Samira HABBASSI-MEBARKIA Le 09 février 2016, à Valenciennes, publier sur le site/ <https://tel.archives-ouvertes.fr/tel-01320694/document>
- 7 - هاني عطاي، مرجع سابق، ص 84.
- 8 - عادل عبد الفضيل عيد، الإئتمان والمدانينات في البنوك الإسلامية، دار الفكر الجامعي، الإسكندرية، 2011، ص 186.
- 9 - المادة 644 من الأمر رقم 58-75 المؤرخ في 20 رمضان عام 1395 الموافق لـ 26 سبتمبر 1975، المتضمن القانون المدني، جريدة الرسمية عدد 78، السنة 1975، المعدل والمتمم بالقانون رقم 10-05 المؤرخ في 20 يونيو، الجريدة الرسمية رقم 44، السنة 2005، النسخة المنقحة متاحة بالرابط الإلكتروني التالي: <https://www.joradp.dz/TRV/ACivil.pdf>
- 10 - تنص المادة 647 من القانون المدني: " تجوز كفالة المدين دون علمه، و تجوز أيضا رغم معارضته "
- 11 - د. هاني عطاي، مرجع سابق، ص 87.
- 12 - الياس ناصيف، العقود المصرفية، المجلد الثاني، التحويل المصرفي، الحساب المشترك، الكفالة المصرفية، الطبعة الأولى، منشورات الحلبي الحقوقية، بيروت، 2014.
- 13 - محمد صالح علي العوادي، التحكيم في المعاملات المصرفية، دار النهضة العربية، القاهرة، 2010، ص 254.
- 14 - المحامي أنس العلي، النظام القانوني لبطاقات الاعتماد، الطبعة الأولى، ص 28.
- 15 - محمد الكيلاني، عمليات البنوك، الجزء الأول، دار الحبيب، الطبعة الأولى، الأردن، 1992، ص 25.
- 16 - بسام حمد الطراونة، د. باسم محمد ملحم، شرح القانون التجاري، الأوراق التجارية و العمليات المصرفية، دار المسيرة للنشر و التوزيع و الطباعة، عمان، 2010، ص ص 440، 441.
- 17 - محمد صالح علي العوادي، مرجع سابق، ص 256.
- 18 - نصت المادة 645 ق م ج على أنه: لا تثبت الكفالة إلا بالكتابة، و لو كان من الجائز إثبات الإلتزام الأصلي بالبينة" و نفس النص ينطبق على المادة 773 قانون مدني مصري.
- 19 - Francine Macorig-Venier , Droit civil : les suretés , L'Hermès éditeur, Paris, 1ere édition, 1999 , P161 .
- 20 - هاني عطاي، التحكيم في الضمانات المصرفية، دراسة مقارنة، مرجع سابق، ص 91.
- 21 - عبد الفضيل محمد أحمد، عمليات البنوك، دار الفكر و القانون، المنصورة، جمهورية مصر العربية، 2010، ص 132.
- 22 - محمد السيد الفقي، القانون التجاري، الأوراق التجارية، الإفلاس، العقود التجارية، عمليات البنوك، منشورات التسجيل الحقوقية، مصر، 2003، ص 809.
- 23 - هاني عطاي، التحكيم في الضمانات المصرفية، دراسة مقارنة، مرجع سابق، ص 97.
- 24 - هاني عطاي، التحكيم في الضمانات المصرفية، دراسة مقارنة، مرجع سابق، ص 98.
- 25 - هاني عطاي، التحكيم في الضمانات المصرفية، دراسة مقارنة، مرجع سابق، ص 98.
- 26 - محمد ابن إبراهيم الموسى، نظرية الضمان الشخصي (الكفالة)، الجزء الأول، إدارة الثقافة والنشر بجامعة الأمام محمد بن سعود الإسلامية، المملكة العربية السعودية، 1991، ص 131.
- 27 - الياس ناصيف، العقود المصرفية، المجلد الثاني، مرجع سابق، ص 166.
- 28 - التي تنص على أنه: لا تجوز الكفالة في مبلغ أكبر مما هو مستحق على المدين، ولا بشرط أشد من شروط الدين المكفول. و لكن تجوز الكفالة في مبلغ أقل و بشروط أهون"
- 29 - Art 2013 : « Le cautionnement ne peut excéder ce qui est dû par le débiteur, ni être contracté sous des conditions plus onéreuses. Il peut être contracté pour une partie de la dette seulement, et sous des conditions moins onéreuses. Le cautionnement qui excède la dette, ou qui est contracté sous des conditions plus onéreuses, n'est point nul : il est seulement réductible à la mesure de l'obligation principale.

- 46 - سائح سنقوقة، شرح قانون الإجراءات المدنية و الإدارية - نصاب، شرحا، تعليقا- قانون 08-09 المؤرخ في 18 صفر عام 1429 الموافق ل 25 فبراير 2008 المتضمن قانون الإجراءات المدنية و الإدارية، المواد من 584 إلى 1065، الجزء الثاني، دار الهدى، عين مليلة، الجزائر، 2015، ص 1198.
- 47 - إلا أن المشرع الفرنسي تدارك الخطأ الذي وقع فيه بشأن تعريف اتفاق التحكيم و تم تعديل المادة 1442 من قانون الإجراءات المدنية بموجب: القانون رقم 48 لسنة 2011 الصادر، بتاريخ 1 / 5 / 2011 بحيث أصبح نصها كالتالي: "الاتفاق بشأن التحكيم يأخذ شكل شرط تحكيمي أو اتفاق تحكيم. شرط التحكيم هو اتفاق الأطراف في عقد أو أكثر على خضوع النزاعات الناشئة عن تلك العقود للتحكيم. اتفاق التحكيم هو اتفاق الأطراف المتنازعة على خضوع النزاع القائم إلى التحكيم". ونصها الأصلي بالفرنسية:
- Article 1442 :« La convention d'arbitrage prend la forme d'une clause compromissoire ou d'un compromis. La clause compromissoire est la convention par laquelle les parties à un ou plusieurs contrats s'engagent à soumettre à l'arbitrage les litiges qui pourraient naître relativement à ce ou à ces contrats. Le compromis est la convention par laquelle les parties à un litige né soumettent celui-ci à l'arbitrage »
- 48 - Codifié par Décret n° 75-1123 du 5 décembre 1975 Modifié par Décret n°2011-48 du 13 janvier 2011 - art. 2
- 49- أحمد صدقي محمود، مفهوم الكتابة في اتفاق التحكيم، دار النهضة العربية، القاهرة، الطبعة الأولى 2004، ص 13.
- 50- محمد علي بن مقداد، مرجع سابق، ص 104.
- 51- شحاته غريب شلقامي، إشكالات اتفاق التحكيم، دراسة مقارنة، دار الجامعة الجديدة، الإسكندرية، 2015، ص 18.
- 52 - لزهري بن سعيد، مرجع سابق، ص 52.
- 53- لزهري بن سعيد، مرجع سابق، ص 53.
- 54- شحاته غريب شلقامي، مرجع سابق، ص 21.
- 55- محمود السيد عمر التحيوي، التحكيم بالقضاء والتحكيم مع التفويض بالصلح، منشأة المعارف، الإسكندرية، 2002، ص 133.
- 56- لزهري بن سعيد، مرجع سابق، ص 55.
- 57- تنص المادة 2/10 تحكيم مصري على أنه: "... وفي هذه الحالة يجب أن يحدد الإتفاق المسائل التي يشملها التحكيم و إلا كان الإتفاق باطلا "
- 58- لزهري بن سعيد، مرجع سابق، ص 55.
- 59 - أحمد صدقي محمود، مرجع سابق، ص 18.
- 60 - أيسر عصام داؤد سليمان، مرجع سابق، ص 80.
- 61 - محمد علي بن مقداد، مرجع سابق، ص 120. أنظر أيضا: لزهري بن سعيد، مرجع سابق، ص 55 - 56.
- 30 - محمد صالح علي العوادي، التحكيم في المعاملات المصرفية، مرجع سابق، ص 258 - ص 259.
- 31 - محمد علي بن مقداد، الطريق القويم لإتفاق على التحكيم، دراسة نظرية تطبيقية مقارنة، الطبعة الأولى، دار حمادة للدراسات الجامعية والنشر و التوزيع، عمان، الأردن، 2013، ص 102.
- 32- أيسر عصام داؤد سليمان، الأثر المانع لإتفاق التحكيم في عقود التجارة الدولية، الطبعة الأولى، دار الفكر الجامعي، الإسكندرية، 2013، ص 27.
- 33 - عباس ناصر مجيد، الطعن بالبطلان على أحكام التحكيم التجاري الدولي - دراسة قانونية مقارنة-، مكتبة السنهوري، منشورات زين الحقوقية، د ب ن، 2011، ص 19 - 20.
- 34 - سورة النساء الآية 65.
- 35- قمر عبد الوهاب، التحكيم في منازعات العقود الإدارية في القانون الجزائري - دراسة مقارنة-، دار المعرفة، الجزائر، 2019.
- 36- أحمد أبو الوفا، التحكيم الإختياري و الإجباري، الطبعة الخامسة، منشأة المعارف، الإسكندرية، 2005، ص 15.
- 37- RENE DAVID, l'arbitrage dans le commerce international, Economica Paris, 1982, P9.
- 38 - الياس ناصيف، العقود الدولية، التحكيم الإلكتروني، منشورات الحلبي الحقوقية، بيروت، لبنان، 2012، ص 53.
- 39 - لزهري بن سعيد، التحكيم التجاري الدولي، وفقا لقانون الإجراءات المدنية والإدارية والقوانين المقارنة، دار هومة، الجزائر، 2012، ص 50-51.
- 40 - نذكر منها على سبيل المثال: قانون التحكيم اليمني في المادة 02 والقانون النموذجي البحريني للتحكيم التجاري الدولي لعام 1985 في المادة 1/7، وكذا الفصل 02 من مجلة التحكيم التونسية، وقانون التحكيم لسلطنة عمان في المادة 1/10.... الخ
- 41 - عبد الباسط محمد عبد الواسع الضراسي، مرجع سابق، ص 63.
- 42 - القانون رقم 27 الصادر عن رئاسة الجمهورية المصرية بتاريخ 07 ذي القعدة لسنة 1414 هـ الموافق ل 18 أبريل 1994 م، المتضمن قانون التحكيم في المواد المدنية والتجارية. متحصل من الموقع الإلكتروني/ <https://www.wipo.int/edocs/lexdocs/laws/ar/eg/eg020ar.pdf>
- 43 - فتحى والي، قانون التحكيم في النظرية و التطبيق، منشأة المعارف، الإسكندرية، 2007، ص 83.
- 44 - القانون رقم 08-09، الصادر بتاريخ 18 صفر عام 1429 الموافق ل 25 فبراير سنة 2008، المتضمن قانون الإجراءات المدنية والإدارية، الجريدة الرسمية، العدد 21، السنة 2008.
- 45 - العرباوي نبيل صالح، اتفاق التحكيم، بحث منشور بمجلة دفاتر السياسة والقانون الصادرة عن كلية الحقوق و العلوم السياسية بجامعة قاصدي مرباح ورقلة، العدد الخامس عشر، جوان 2016، ص 262.

- 79 - محمد صالح علي العوادي، التحكيم في المعاملات المصرفية، مرجع سابق، ص 269.
- 80 - أحمد مصطفى الدبوسي السيد، التحكيم في العمليات المصرفية، بين الواقع والمأمول، مرجع سابق، ص 137.
- 81 - خالد عبد العظيم أبو غابة، التحكيم و أثره في فض المنازعات، المرجع نفسه، ص 125.
- 82 - محمد صالح علي العوادي، التحكيم في المعاملات المصرفية، مرجع سابق، ص 270.
- 83 - خالد عبد العظيم أبو غابة، التحكيم و أثره في فض المنازعات، المرجع نفسه، ص 125.
- 84 - خالد عبد العظيم أبو غابة، التحكيم و أثره في فض المنازعات، المرجع نفسه، ص 125-126.
- 85 - يقصد بمبدأ استقلال اتفاق التحكيم عن العقد الأصلي هو استقلال اتفاق التحكيم عن العقد الذي يتضمنه، وعدم تأثره به، وعدم ارتباط مصيره بمصير العقد الأصلي، و تكون هيئة التحكيم هي المختصة بالنظر في صحة أو بطلان العقد الأصلي. و لمزيد من التفاصيل عن مبدأ إستقلالية اتفاق التحكيم راجع: شحاتة غريب شلقامي، إشكاليات اتفاق التحكيم، دراسة مقارنة، دار الجامعة الجديدة، الإسكندرية، 2015، ص 34 وما يليها، و أيضا
- 86 - هاني عطاي، التحكيم في الضمانات المصرفية، دراسة مقارنة، مرجع سابق، ص 149.
- 87- cass.civ. du 22 nov.1977 , rev.arb.1978, p465. أشار إليه : هاني عطاي، التحكيم في الضمانات المصرفية، دراسة مقارنة، مرجع سابق، ص 155 . و د. محمد صالح علي العوادي، التحكيم في المعاملات المصرفية، مرجع سابق، ص 270.
- 88 - د. محمد صالح علي العوادي، التحكيم في المعاملات المصرفية، مرجع سابق، ص 278.
- 89 - عبد الرزاق السنهوري ، الوسيط في شرح القانون المدني، الجزء الأول، دار تحفة مصر، القاهرة، 2011، ص 147.
- 90 - أحمد ياسين القراولة، التعبير الضمني عن الإرادة في الفقه الإسلامي دراسة مقارنة بالقانون المدني وقانون الأحوال الشخصية الأردني، بحث منشور لإجازة التفوق العلمي ، بمجلة دراسات، الجامعة الأردنية، علوم الشريعة والقانون، المجلد 44، عدد 3، 2017، ص 341، متاح بتاريخ: 12-04-2018 بالموقع: <https://dirasat.ju.edu.jo/SLS/Article/FullText/10569?volume=44&issue=4>
- 91 - أحمد ياسين القراولة، التعبير الضمني عن الإرادة في الفقه الإسلامي دراسة مقارنة بالقانون المدني وقانون الأحوال الشخصية الأردني، مرجع سابق، ص 341.
- 92 - هاني عطاي، التحكيم في الضمانات المصرفية، دراسة مقارنة، مرجع سابق، ص 150 .
- 62 - أحمد مصطفى الدبوسي السيد، التحكيم في العمليات المصرفية بين الواقع والأموال، دراسة تحليلية مقارنة، مكتبة الوفاء القانونية، الإسكندرية، 2015، ص 331.
- 63 - Pascal ancelle, Cautionnement de dettes de l'entreprise, Réussir en Affaire, Dalloz, 1989, p 18 .
- 64 - د. هاني عطاي، التحكيم في الضمانات المصرفية، دراسة مقارنة، مرجع سابق، ص ص 110-111.
- 65 - فتحي عبد الرحيم عبدالله ، شرح النظرية العامة للالتزامات ،الكتاب الأول ، مصادر الالتزام ، منشأة 1 المعارف بالإسكندرية ، ط 3 ، 2001 ، ص 281
- 66 - أجد محمد منصور ، النظرية العامة للالتزامات ، مصادر الالتزام ، دار الثقافة للنشر والتوزيع ، عمان ، الأردن ، 2009 ، ص 183.
- 67 - خالد عبد العظيم أبو غابة، التحكيم و أثره في فض المنازعات، المرجع نفسه، ص ص 123-124.
- 68 - تقابلها المادة 145 من القانون المدني المصري، و المادة 146 من القانون المدني السوري ، و المادة 152 من القانون المدني الفلسطيني، و المادة 1134 من القانون المدني التونسي، و المادة 142 من القانون المدني العراقي الخ
- 69 - هاني عطاي، التحكيم في الضمانات المصرفية، دراسة مقارنة، مرجع سابق، ص 112.
- 70 - هاني عطاي، التحكيم في الضمانات المصرفية، دراسة مقارنة، مرجع سابق، ص 112.
- 71 - خالد عبد العظيم أبو غابة، التحكيم و أثره في فض المنازعات، المرجع نفسه، ص 124.
- 72 - عبد الباسط محمد عبد الواسع الضراسي، النظام القانوني لاتفاق التحكيم، مرجع سابق، ص 189.
- 73 - خالد عبد العظيم أبو غابة، التحكيم و أثره في فض المنازعات، المرجع نفسه، ص 124.
- 74 - محمد صالح علي العوادي، التحكيم في المعاملات المصرفية، مرجع سابق، ص 264.
- 75 - خالد عبد العظيم أبو غابة، التحكيم و أثره في فض المنازعات، المرجع نفسه، ص 124.
- 76 - محمد صالح علي العوادي، التحكيم في المعاملات المصرفية، مرجع سابق، ص 265.
- 77 - هاني عطاي، التحكيم في الضمانات المصرفية، دراسة مقارنة، مرجع سابق، ص ص 143 - 144.
- 78 - راجع المادة 292 قانون مدني مصري التي تنص على أنه: "1- إذا انقضى الدين بالتقادم بالنسبة إلى أحد المدينين المتضامنين، فلا يستفيد من ذلك باقي المدينين إلا بقدر حصة هذا المدين. 2- وإذا انقطعت مدة التقادم أو وقف سريانه بالنسبة إلى أحد المدينين المتضامنين، فلا يجوز للدائن أن يتمسك بذلك قبل باقي المدينين"

- 107 - محمد صالح علي العوادي، التحكيم في المعاملات المصرفية، مرجع سابق، ص 282.
- 108 - خالد عبد العظيم أبو غابة، التحكيم و أثره في فض المنازعات، مرجع سابق، ص 129 .
- 109 - هاني عطاي، التحكيم في الضمانات المصرفية، دراسة مقارنة، مرجع سابق، ص 196 .
- 110 - معتصم محمود إسماعيل عيد، التحكيم في المنازعات المصرفية، دراسة إجرائية، مرجع سابق، ص 146.
- 111 - هاني عطاي، التحكيم في الضمانات المصرفية، دراسة مقارنة، مرجع سابق، ص 196 .
- 112 - محمد صالح علي العوادي، التحكيم في المعاملات المصرفية، مرجع سابق، ص 283.
- 113 - محمد صالح علي العوادي، التحكيم في المعاملات المصرفية، مرجع سابق، ص 283.
- 114 - V.G.I GOITAL , L'arbitrage et les tiers , le droit des cotrats, rev.arb , 1988 , P 448 .
- 115 - و تقابلها المادة 799 من القانون المدني المصري
- 116 - هاني عطاي، التحكيم في الضمانات المصرفية، دراسة مقارنة، مرجع سابق، ص 173 .
- 117 - أحمد عبد التواب محمد ، أحكام الضمانات الخاصة للوفاء بالدين، الجزء الأول ، الكفالة و الرهن الرسمي، مكتبة النصر بالزقازيق، 1999، ص: 480.
- 118 - طالب سمير طلبة دويدار، الأبعاد القانونية لامتناد شرط التحكيم، مرجع سابق، ص 239.
- 119 - خالد عبد العظيم أبو غابة، التحكيم و أثره في فض المنازعات، مرجع سابق، ص 131.
- 120 - أحمد عبد التواب محمد ، أحكام الضمانات الخاصة للوفاء بالدين، الجزء الأول ، الكفالة و الرهن الرسمي، مكتبة النصر بالزقازيق، الطبعة الأولى، 1999، ص 840.
- 121 - شحاته غريب الشلقامي، إشكالات اتفاق التحكيم - دراسة مقارنة -، مرجع سابق، ص 98.
- 122 - و تقابلها المادة 799 من القانون المدني المصري
- 123 - أحمد مصطفى الدبوسي السيد، التحكيم في العمليات المصرفية، بين الواقع و المأمول، مرجع سابق، ص 141.
- 124 - شحاته غريب الشلقامي، إشكالات اتفاق التحكيم - دراسة مقارنة -، مرجع سابق، ص 98.
- 125 - خالد عبد العظيم أبو غابة، التحكيم و أثره في فض المنازعات، مرجع سابق، ص 131.
- 93 - هاني عطاي، التحكيم في الضمانات المصرفية، دراسة مقارنة، مرجع سابق، ص 157 .
- 94 - محمد صالح علي العوادي، التحكيم في المعاملات المصرفية، مرجع سابق، ص 276.
- 95 - قرار منشور بمجلة التحكيم ، العدد الرابع، تشرين الأول، أكتوبر، 2009، منشورات الحلبي الحقوقية، ص 248.
- 96 - محمد صالح علي العوادي، التحكيم في المعاملات المصرفية، مرجع سابق، ص 276.
- 97 - محمد صالح علي العوادي، التحكيم في المعاملات المصرفية، مرجع سابق، ص 277.
- 98 - خالد عبد العظيم أبو غابة، التحكيم و أثره في فض المنازعات، مرجع سابق، ص 126.
- 99 - خالد عبد العظيم أبو غابة، التحكيم و أثره في فض المنازعات، مرجع سابق، ص 126.
- 100 - وفقا لنص المادة 1008 من قانون الإجراءات المدنية و الإدارية الجزائري، و التي تنص على أنه: " يثبت شرط التحكيم تحت طائلة البطلان بالكتابة في الاتفاقية الأصلية أو الوثيقة التي يستند إليها " و المادة 1012 من ق.إ.م.إ الجزائر التي نصت على أنه: " يحصل الإتفاق على التحكيم كتابيا، و يجب أن يتضمن اتفاق التحكيم تحت طائلة البطلان موضوع النزاع و أسماء المحكمين أو كيفية تعيينهم ".
- 101 - أحمد عبد الكريم سلامة، قانون التحكيم التجاري الدولي و الداخلي، تنظير و تطبيق مقارن، ط1، دار النهضة العربية، القاهرة، 2004، ص 423-424.
- 102 - طالب سمير طلبة دويدار، الأبعاد القانونية لامتناد شرط التحكيم، مركز الدراسات العربية للنشر و التوزيع ، جمهورية مصر العربية، 2016، ص 237.
- 103 - و تقابلها في التشريعات العربية المادة 782 من التقنين المدني المصري، و المادة 748 من التقنين المدني السوري، و المادة 791 من التقنين المدني الليبي، و المادة 1077 قانون الموجبات و العقود اللبناني، و في القانون الفرنسي المادة 2036 قانون مدني فرنسي التي تنص على ما يلي :
- "la caution peut opposer au créancier toutes les exceptions qui appartiennent au débiteur principal, et qui sont inhérentes à la dette ; mais elle ne peut opposer les exceptions qui sont purement personnelles au débiteur "
- 104 - خالد عبد العظيم أبو غابة، التحكيم و أثره في فض المنازعات، مرجع سابق، ص 127.
- 105 - طالب سمير طلبة دويدار، الأبعاد القانونية لامتناد شرط التحكيم، مرجع سابق، ص 237.
- 106 - طالب سمير طلبة دويدار، الأبعاد القانونية لامتناد شرط التحكيم، مرجع سابق، ص 238.