

مدى جواز الاحتجاج باتفاق التحكيم في مواجهة الكفيل والأطراف

المعنية بخطاب الضمان

دراسة مقارنة بين القانون المصري والفرنسي

دكتور

أحمد علي حسن عثمان

أستاذ القانون المدني المساعد

بكلية الحقوق – جامعة الزقازيق

مقدمة عامة:

أولاً: موضوع البحث:

لم يعد يخفى على أحد في هذه الآونة، ما للتحكيم من أهمية قانونية وعملية في حسم منازعات الأفراد بطريقة مرضية وناجزة، على نحو يحافظ على مصالح الجميع. فقضاء الدولة – أو القضاء الرسمي أو النظامي - لم يعد الوسيلة الفعالة لاقتضاء الحقوق، وإنما أصبح ميداناً يجد فيه المماطل متسعاً للمراوغة والتعطيل مستغلاً ما نص عليه القانون من ضمانات لأطراف الخصومة احتراماً لحقوق الدفاع، بل أصبح من مصلحة كل ممائل التجاء خصمه إلى القضاء، حيث وقر في أذهان الناس أن خير وسيلة لإضاعة حق طرحه على ساحة القضاء ^(١). لذلك يجب تكثيف الجهود والمحاولات لتطوير النظام القضائي فيما يتعلق بسرعة حسم المنازعات من أجل الوصول إلى حلم العدالة الناجزة، ويعتبر التحكيم أحد أبرز وأهم هذه المحاولات؛ لكونه يساهم في تخفيف العبء الملقى على عاتق القضاة، والتخفيف من اكتظاظ ساحات المحاكم بالمنازعات.

(١) د/أحمد السيد صاوي، الوجيز في التحكيم طبقاً للقانون رقم ٢٧ لسنة ١٩٩٤ على ضوء أحكام القضاء وأنظمة التحكيم الدولية، بدون ناشر، الطبعة الثالثة، سنة ٢٠١٠، ص ٧.

ومن الناحية العملية أو الفعلية، فإن طرح التحكيم كوسيلة لفض منازعات العقود التي تُبرم بين الأفراد، لا يكون أمراً عشوائياً؛ بل هناك رابط قانوني ووجودي لا غنى عنه، يُعرف باتفاق التحكيم. ويعتبر هذا الأخير هو الأساس القانوني الذي يقوم عليه نظام التحكيم بأكمله، فقوام هذا الاتفاق إرادة الأطراف المتحاكمة واتجاهها إلى سلوك طريق التحكيم لحسم منازعاتهم، وهذه الإرادة هي من تختار المحكمين وتحدد عددهم واختصاصهم، وتحديد الجهة التي تتولى الإشراف على العملية التحكيمية، بالإضافة إلى تحديد القواعد الموضوعية والاجرائية التي ستطبق على النزاع. وهذا الأمر يحتم علينا ضرورة التعرض لأركان انعقاد وشروط صحة اتفاق التحكيم، وعلى وجه الخصوص المسائل التي يتميز بها الاتفاق في هذا الصدد.

وبعد من أبرز الإشكاليات القانونية والعملية التي يثيرها أمر الاتفاق على التحكيم، مسألة النطاق الموضوعي لأثر هذا الاتفاق على وجه العموم، وأثره بالنسبة لغير أطرافه على وجه الخصوص. فمسألة الطرف والغير في اتفاق التحكيم، هي مسألة ذات قدر عالٍ من الأهمية. وسنتطرق بمشيئة الله تعالى، لمسألة بسيطة في هذا البحث تتعلق بمدى أو نطاق الاحتجاج باتفاق التحكيم في مواجهة الكفيل الذي ضمن ما في دينه تجاه الدائن ولم يكن هذا الكفيل طرفاً في العقد الذي يتضمن اتفاق التحكيم، وهذا من ناحية. ومن ناحية ثانية، سنتعرض لمدى جواز الاحتجاج باتفاق التحكيم في مواجهة الأطراف المعنية بكتاب الضمان.

ثانيًا: إشكالية البحث:

يثير موضوع " مدى جواز الاحتجاج باتفاق التحكيم في مواجهة الكفيل والأطراف المعنية بخطاب الضمان"، التساؤلان التاليان:

١- التساؤل الأول: هل يمكن أن يتأثر الكفيل باتفاق التحكيم المدرج في العقد الأصلي المبرم بين المدين – الذي يكفله الكفيل – والدائن؟ وإذا كانت الإجابة نعم، فكيف يكون هذا التأثير؟ أو على أي أساس قانوني يمكن أن يحدث؟

٢- التساؤل الثاني: ما هو النطاق الموضوعي لآثار اتفاق التحكيم في مواجهة الأطراف المعنية بخطاب الضمان.

ثالثًا: أهمية البحث:

تتمثل الأهمية القانونية لموضوع البحث، في محاولة وضع الأطر والأسس القانونية لمدى جواز الاحتجاج باتفاق التحكيم في مواجهة غير أطرافه الموقعين عليه، بالتطبيق على حالتها الكفالة بالنسبة للكفيل، وخطاب الضمان بالنسبة للأطراف المعنية بهذا الخطاب. وما يزيد من صعوبة الأمر في هذا الشأن، عدم وجود نصوص قانونية محددة تحكم هذه المسألة أو تبين نطاقها أو آثارها.

ومن الناحية العملية، نجد أن التعرض للمسألة موضوع البحث، سيكون له بالغ الأثر من الناحية الإيجابية على تشجيع الأفراد على انتهاز طريق التحكيم لحسم ما نشأ أو ما قد ينشأ بينهم من منازعات في المستقبل

دون خوف أو قلق أو ثمة تردد، لا سيما بالنسبة لمنازعات التجارة الدولية والعقود التجارية. فمسألة آثار اتفاق التحكيم، هي من المسائل التي تشغل أذهان المحترمين في المقام الأول، لا سيما في ظل تعدد وتشابك الروابط العقدية على جميع المستويات، سواء المحلية أو الإقليمية أو الدولية.

رابعاً: منهج البحث:

سنتعمد في هذه الدراسة على المنهج التحليلي المقارن. وذلك من خلال تحليل النصوص القانونية الواردة في القواعد العامة ومحاولة تطبيقها على موضوع دراستنا، ومقارنة وضع هذه المسألة في القانونين المصري والفرنسي.

خطة البحث:

سنقسم دراستنا في هذا البحث، إلى فصلين، هما:

الفصل الأول: مدى جواز الاحتجاج باتفاق التحكيم في مواجهة الكفيل.

الفصل الثاني: مدى جواز الاحتجاج باتفاق التحكيم في مواجهة الأطراف المعنية بكتاب الضمان.

الفصل الأول

مدى جواز الاحتجاج باتفاق التحكيم في مواجهة الكفيل

تمهيد وتقسيم:

قد يقدم أحد الأفراد على إبرام تصرف قانوني معين، كعقد قرض مثلاً مع شخص أو بنك ما، ويعلق هذا الشخص أو ذاك البنك عملية الاقتراض على تقديم المقترض ضمانات تكون بمثابة وعاء خاص بالدائن المقرض يمكنه التنفيذ عليها في حالة عجز المدين عن السداد في الميعاد المحدد لذلك. وتتعدد صور هذه الضمانة^(١)، إلا أن أكثرها شيوعاً – والتي تعيننا في هذا المقام – الحالة التي يُقدم فيها كفيل يضمن المدين. فإذا كان عقد المديونية الأصلي المبرم بين المدين والدائن يتضمن اتفاقاً على التحكيم، فما أثر هذا الاتفاق بالنسبة لعلاقة كل من الكفيل والدائن والمدين ببعضهما البعض؟

(١) ومن هذه الصور أيضاً، عقود الضمان المتمثلة في عقد الرهن الرسمي وعقد الرهن الحيازي، وحقوق الضمان التي تتمثل في حق الاختصاص وحقوق الامتياز، وتوجد أيضاً الكفالة العينية التي ترد على مال محدد من أموال الكفيل على عكس الكفالة الشخصية.

وبناءً على ذلك، سنقسم الدراسة في هذا الفصل إلى ثلاثة مباحث،

هي::

المبحث الأول: مدى جواز احتجاج الدائن على الكفيل باتفاق التحكيم.

المبحث الثاني: مدى جواز تمسك الكفيل باتفاق التحكيم في مواجهة الدائن.

المبحث الثالث: مدى جواز تمسك الكفيل باتفاق التحكيم في مواجهة المدين.

المبحث الأول

مدى جواز احتجاج الدائن على الكفيل باتفاق التحكيم

غني عن البيان أن الكفالة وفق ما نصت عليه المادة (٧٧٢) من القانون المدني، عبارة عن عقد بمقتضاه يكفل شخص تنفيذ التزام، بأن يتعهد للدائن بأن يفي بهذا الالتزام إذا لم يف به المدين نفسه^(١). وتعد الكفالة من عقود الضمان الشخصي، والتي فيها يكون الكفيل ضامناً للوفاء بالتزام المدين في كل ذمته المالية دون تخصيص مال معين لهذا الوفاء

(١) لقد نظم المشرع المصري أحكام عقد الكفالة في المواد من (٧٧٢ – ٨٠١) في القانون المدني. ويُنظر في تعريف عقد الكفالة بوجه عام: د/وفاء حلمي أبو جميل، محاضرات في التأمينات العينية والشخصية، سنة ١٩٩٨، مكتبة النصر بالزقازيق، ص ٨ وما بعدها.

من أموال الكفيل، فجميع أمواله من منقولات وعقارات دون تفرقة تدخل في الضمان العام للوفاء بدين الدائن^(١).

وما يعيننا بحثه في هذا الصدد، أنه إذا كان العقد الأصلي المبرم بين الدائن والمدين يتضمن اتفاقاً على التحكيم، فهل يستطيع الدائن أن يتمسك بهذا الاتفاق في مواجهة الكفيل على الرغم من أن هذا الاتفاق لم يكن مدرجاً ضمن بنود عقد الكفالة؟

سنتعرض لمدى صحة هذا التمسك من عدمه في إطار أعمال المعايير التي تحدثنا عنها بشأن التمييز بين الطرفين وغير الطرفين في اتفاق التحكيم، وتطبيق ذلك على الفرض محل البحث، وعلى ذلك سنفرق بين حالة أعمال المعيار الشكلي، وحالة أعمال المعيار الموضوعي:

أولاً- وضع المسألة من منظور التعويل على المعيار الشكلي:

(١) د/سامح عبد الواحد التهامي، عقد الكفالة، مكتبة النصر بالزقازيق، الطبعة الأولى، سنة ٢٠٠٧، ص ١٧.

- والكفالة باعتبارها ضمان شخصي، قد يترتب عليها بعض المخاطر بالنسبة للدائن لكونه مهدد بخطر اعسار الكفيل، وقد لا تكفي أمواله للوفاء بدين الدائن وديون باقي الدائنين الآخرين، مما يجبره على الخضوع لقسمة الغرماء، ويوزع مال الكفيل عليهم جميعاً قسمة غرماء كل بحسب نسبة دينه. غير أن هذه المخاطر تلاشى أغلبها بسبب ذبوع استخدام الكفالة في التعاملات المالية بين الأفراد، وتدخلت البنوك والمؤسسات المالية لتقدم ضماناتها للمشروعات وللأفراد للحصول على الائتمان اللازم. د/أحمد عبد التواب بهجت، أحكام الضمانات الخاصة للوفاء بالدين، الجزء الأول: عقد الكفالة، دار النهضة العربية، سنة ٢٠٠٥، ص ٧٦؛ وكذلك:

- R.Tendler , Le cautionnement , Reine éphémère des sûretés , Dalloz , 1981 , p.129.

سبقت الإشارة أن هذا المعيار يعرف الطرف في اتفاق التحكيم بأنه كل من وقع على العقد الذي يتضمن الاتفاق بإرادته التي تلزمه تجاه المتعاقدين الآخر وتجاه الغير الذي يمكنه أن يحتج بالعقد أو يُحتج عليه به باعتباره واقعة قانونية^(١). وبناءً على ذلك لا يعتبر الكفيل طرفاً في عقد المديونية الأصلي الذي تضمن الاتفاق، ويعتبر من الغير بالنسبة له^(٢)؛ نظراً لأنه لم يوقع عليه تمثيلاً مع المعيار الشكلي، الأمر الذي ينتج عنه أن آثار الاتفاق تقتصر على أطراف العقد الأصلي فقط، ويعد ذلك تطبيقاً لمبدأ نسبية أثر التصرفات القانونية عموماً.

وتطبيقاً لذلك، قضت محكمة النقض الفرنسية في حكمها الصادر سنة ١٩٧٧ بعدم امتداد اتفاق التحكيم إلى الكفيل؛ لأنه لم يوقع عليه، وكان ذلك في قضية تتلخص وقائعها في أن الطرف المدين، والذي كان يتمثل في شركة ذات مسؤولية محدودة، أبرم عقد مع الطرف الثاني، والذي كان شركة أخرى، وأدرج في هذا العقد شرط تحكيم، وتقدم مدير الشركة المدينة من أجل كفالتها لدى الشركة الدائنة، وذلك في تاريخ سابق على إبرام العقد الأصلي، ولم يرد أي ذكر لشرط التحكيم في عقد الكفالة.

(١) أنظر ما سبق ص ٢٢٣.

(٢) د/محمد نور شحاته، مفهوم الغير في التحكيم، دراسة تحليلية وتطبيقية لمبدأ نسبية أثر التحكيم بالنسبة للغير، دار النهضة العربية، سنة ١٩٩٦، ص ٩٢؛ د/مصطفى محمد الجمال؛ د/عكاشة محمد عبد العال، التحكيم في العلاقات الخاصة الدولية والداخلية، الجزء الأول، الطبعة الأولى، سنة ١٩٩٨، ص ٤٦٢.

وعلى إثر الصعوبات المالية التي تعرضت لها الشركة المدينة والتي أدت إلى تصفيتها ودياً، فلم تستطيع أن تدفع ما عليها من ديون لصالح الشركة الدائنة، الأمر الذي ترتب عليه أن طالبت الشركة الأخيرة الكفيل قضائياً بأداء هذه الديون، إلا أن الكفيل امتنع ودفع بعدم قبول دعوى المطالبة تمسكاً بشرط التحكيم الوارد في العقد الأصلي، على أساس أن التزام الكفيل تابع للالتزام الأصلي المكفول، ولا يجوز منعه من التمسك بسلوك طريق التحكيم لنظر المنازعات المتعلقة بالعمليات التي نشأ عنها التزامه. ورغم ذلك رفضت محكمة الاستئناف هذا الدفع.

وطعن المدين على حكم الاستئناف السابق أمام محكمة النقض، التي أيدت ما ذهب إليه قضاء الاستئناف: قائلة: " طالما أن قضاة الموضوع استندوا في حكمهم على أن دعوى الدائن ضد الكفيل لا تستند على التزام المدين الأصلي وإنما على العقد الذي سبق وأن أبرمه الكفيل مع الدائن – أي عقد الكفالة – وأن هذا العقد بموجبه التزم الكفيل بصفة شخصية ومطلقة بتغطية خطر عدم الوفاء بالدين الأصلي لم يتضمن أي شرط تحكيم ولو بصورة ضمنية، فإن هؤلاء القضاة كانوا محقين فيما ذهبوا إليه من أن الكفيل لا يستطيع أن يتمسك بشرط التحكيم الذي لم يكن طرفاً فيه" ^(١).

ثانياً- وضع المسألة من منظور التعويل على المعيار الموضوعي:

(١) Cass.civ , 22 Novembre 1977 , Rev.arb , 1978 , p.461.

بيّنا سابقاً أن هذا المعيار يعتبر الشخص طرفاً في اتفاق التحكيم ليس من منظور فكرة التوقيع المادي على الاتفاق، ولكن من منطلق مدى سلطات المتعاقد في العقد المتضمن للاتفاق، أو صلته به، أو مدى تأثير مصالحه به، أي لا يُشترط أن يكون الشخص قد أبرم العقد بنفسه أو ساهم في إبرامه، بل من نفذه أو ساهم في تنفيذه.

وبتطبيق هذا المعيار على الكفيل في عقد الكفالة، نجد أنه ليس له أي مصلحة أو صلة تربطه بالعقد الأصلي الذي يتضمن الاتفاق، أي لا يوجد هناك سبب أو صفة تبرر امتداد الاتفاق إليه. وما يؤيد ذلك أن التزام الكفيل يختلف عن التزام المدين من حيث المصدر والمحل. فمن حيث المصدر، يعتبر مصدر التزام الكفيل هو عقد الكفالة المبرم بينه وبين الدائن، أما مصدر التزام المدين المكفول، فيتمثل في العلاقة الأصلية التي تربط هذا المدين بالدائن. ومن حيث المحل، يتمثل محل عقد الكفالة في ضمان الوفاء بالتزام المدين إذا لم يوف هو به، أما محل العقد الأصلي، فيختلف بحسب طبيعة المتعاقد عليه، بيع أو إيجار أو قرض أو نقل^(١).

وترتيباً على ما تقدم، ومن خلال تطبيق المعيار الشكلي والموضوعي على الفرض محل البحث، نجد أن كلا المعيارين انتهيا إلى نتيجة واحدة، ألا وهي رفض امتداد اتفاق التحكيم في مواجهة الكفيل؛

(١) Ecric Loquin , Arbitrage et cautionnement , Rev. arb , 1994 , p.325 et s.

نظراً لانتفاء توقيع الكفيل على العقد الأصلي وفقاً للمعيار الشكلي، وانتفاء الصفة أو المصلحة التي تبرر هذا الامتداد وفقاً للمعيار الموضوعي.

ونتيجة لذلك ظهرت بعض المحاولات التي نادت بامتداد اتفاق التحكيم إلى الكفيل تأسيساً على ما ذكره بعض الفقه من أن الكفيل والمدين يتساويان في المركز القانوني أمام الدائن، وعلى ذلك يقع على عاتق الكفيل ذات الالتزامات التي يلتزم بها المدين الأصلي^(١).

إلا أن القول السابق يخالف الحقائق والثوابت القانونية من ناحيتين: تتمثل الأولى في تجاهله الكامل للفوارق بين التزام الكفيل والتزام المدين. والثانية تتمثل في تجريده للدفع بالتجريد من قيمته القانونية – ما لم يكن الكفيل متضامناً مع المدين – الذي يقضي بأن الدائن يلتزم أولاً بمطالبة المدين الأصلي صاحب المديونية الأصلية، فإن لم يوف كان له الحق في مطالبة الكفيل باعتبار أن التزام الأخير التزام احتياطي وتابع لالتزام المدين، وإذا خالف الدائن ذلك الأمر كان للكفيل الحق في الدفع بتجريد المدين أولاً، وهو دفع مقرر للكفيل العادي فقط دون المدين أو الكفيل المتضامن^(٢).

وظهرت أيضاً محاولة أخرى نادت بامتداد اتفاق التحكيم إلى الكفيل بناءً على فكرة النيابة التبادلية في الفرض الذي يكون فيه الكفيل متضامناً

(١) P.Ancel , Le cautionnement des de dettes de l'entreprise, Dalloz , 1986 , no;81.

(٢) د/نبيل إبراهيم سعد، التأمينات الشخصية، بدون ناشر وسنة نشر، ص ٩٠

مع المدين، فهو هنا لا يُعد من الغير عن العقد الأصلي الذي يتضمن الاتفاق. وعلى ذلك فالكفيل وفقاً لهذا التصور يتحمل بالاتفاق شأنه شأن المدين الأصلي. غير أن هذا القول تجاهل أن صفة التضامن التي تُسبغ على الكفيل في بعض الأحيان لا تحوله إلى مدين متضامن في مواجهة الدائن، بل يظل الكفيل المتضامن محتفظاً بصفته ككفيل، ولكن وجه المغايرة الذي يطرأ على طبيعة كفالته التضامنية يتمثل في اتساع نطاق هذه الكفالة، بحيث لا يجوز للكفيل أن يتمسك بالدفع بالتجريد أو البدء في مطالبة المدين أو بتقسيم الدين، خلافاً للكفيل العادي الذي يستطيع التمسك بهذه الدفوع^(١).

وتطبيقاً لذلك، قضت محكمة النقض الفرنسية برفض امتداد شرط التحكيم إلى الكفيل المتضامن، ف حكم لها أصدرته في ٥ مايو ٢٠١٥، تتلخص وقائعه في أنه بتاريخ ١٠ و ٩ يوليو ١٩٩٧ قامت الشركة (Sogire) " المدين"، والتي كانت فرعاً من فروع شركة (Pierre et Vacancos) بالتنازل عن مجمل أسهمها التي كانت لها في رأس مال الشركة (Sati) إلى شركة (Alfa holding)، والتي أصبحت بعد ذلك شركة (Immobilier Monceau Investissements Holding) "الدائن".

(١) د/رضا السيد عبد الحميد، التحكيم في الكفالة المصرفية وخطابات الضمان، دار النهضة العربية، سنة ١٩٩٨، ص ١٨ و ٢١؛ د/محمد نور شحاته، مفهوم الغير في التحكيم، مرجع سابق، ص ٩٤.

وبمقتضى العقد المؤرخ في ٩ يوليو ١٩٩٧ أصبحت شركة (Pierre et Vacancos) كفيل متضامن لصالح الشركة الدائنة، وتضمنت كل هذه العقود شروط تحكيم باستثناء العقد الذي أصبحت بمقتضاه شركة (Pierre et Vacancos) كفيل متضامن؛ وبسبب عجز الشركة المدينة عن الوفاء بالتزاماتها، قامت الشركة الدائنة برفع دعوى أمام هيئة التحكيم، واختصمت فيها الكفيل المتضامن، وصدر الحكم التحكيمي في مواجهة الشركة المدينة والكفيل المتضامن على حد سواء.

وتأسيساً على أن العقد الذي اكتسب به الكفيل المتضامن هذه الصفة لم يكن يتضمن شرط تحكيم، طعن هذا الكفيل على الحكم السابق بدعوى الاعتراض الفرعي الخارج عن خصومة التحكيم أمام محكمة استئناف باريس التي أصدرت حكمها في الطعن المقدم في ٢٠ فبراير ٢٠١٤ برفض الطعن استناداً إلى أن الكفيل المتضامن ينوب عن المدين الأصلي بشكل ضمني، بالإضافة إلى عدم وقوع غش أو تدليس في تطبيق الضمان نفسه.

وعلى إثر ذلك، طعن الكفيل على حكم الاستئناف السابق أمام محكمة النقض التي قضت بنقض الحكم الاستئنافي، ورفضت امتداد شرط التحكيم إلى الكفيل قائلة بأنه: "لا يمكن فرض شرط التحكيم الوارد في العقد المحرر بين الدائن والمدين المضمون على الكفيل الضامن؛ وذلك عملاً بالأثر النسبي للاتفاقات، علاوة على أن الالتزام بهذا الشرط لا بد أن

يكون بناءً على موافقة كتابية صريحة لا لبس فيها ولا غموض" (١). وهذا مالم يتوافر في حق الكفيل المتضامن في هذه القضية.

وفي ذات الصدد أيضاً، قضت محكمة النقض المصرية بأن الكفيل المتضامن وإن كان يفتقد بعض المزايا المقررة للكفيل العادي التي لا تتفق أساساً مع فكرة التضامن، إلا أنه يظل ملتزماً التزاماً تابعاً يتحدد نطاقه طبقاً للقواعد العامة بموضوع الالتزام الأصلي في الوقت الذي عُقدت فيه الكفالة، وحتى في الأحوال التي يكفل فيها شخص المدين بغير علمه الشخصي أو رغم معارضته (٢).

وننتهي من كل ما تقدم إلى أن اتفاق التحكيم الذي يبرمه المدين مع الدائن في العقد الأصلي لا يمتد إلى الكفيل كقاعدة عامة، ولا يستطيع الدائن أن يتمسك به في مواجهة الكفيل. بيد أنه يُستثنى من هذا الحكم أربع حالات هي:

١- الحالة الأولى: أن يكون البند الخاص بالكفالة وارداً في عقد

المديونية الأصلي المبرم بين الدائن والمدين: حيث يعتبر قبول الكفيل للكفالة بما تتضمنه من اتفاق التحكيم بمثابة رضاء بهذا الأخير، فبمجرد توقيعه على العقد يكون ملتزماً بالاتفاق. وتطبيقاً لذلك قضي بأنه إذا أبرم عقد ايجار بين طرفين ووقع عليه ثالث باعتباره كفيلاً، وكان العقد

(١) Cass.com , 5 Mai 2015 , N;14-16644 , Non publié au bulletin؛ www.legifrance.com.

(٢) نقض مدني، جلسة ١٩٨٣/١٢/٨، الطعن رقم ٥٩٧، لسنة ٤٩ ق، مشار إليه في: د/محمد نور شحاته، مفهوم الغير في التحكيم، مرجع سابق، ص ٩٥.

يتضمن شرط تحكيم فإن هذا الشرط يمتد إلى الكفيل رغم أنه ليس طرفاً في عقد الإيجار، ورغم الدفع بمبدأ استقلال شرط التحكيم، وذلك ما لم يثبت أن إرادتي المؤجر والمستأجر قد اتجهتا إلى إعفاء الكفيل من اتفاق التحكيم^(١).

وتطبيقاً لذلك، قضت هيئة التحكيم بمركز القاهرة الإقليمي للتحكيم التجاري الدولي، في حكمها الذي أصدرته سنة ٢٠١٤ بأن: "إن الدفع المبدى من المحتكم ضده الثاني والخاص بعدم اختصاص هيئة التحكيم بالفصل في الطلبات الموجهة له تأسيساً على نسبية أثر العقد، وعدم سريان شرط التحكيم إلا بين أطراف العقد مردود. حيث أن الثابت من مطالعة العقد الأصلي وملحقاته أن المحتكم ضده الثاني قد وقع على جميع صفحاته وكل صفحات الملحق الخاص بالسياسة التحريرية لقناة المحكمة، كما أنه وقع في آخر صفحة من هذا العقد في خانة التوقيعات كمصادق وضامن لالتزاماته الواردة بهذا العقد، الأمر الذي يكون معه المحتكم ضده الثاني قد انضم إلى هذا العقد بإرادته الصريحة والمكتوبة وأصبح طرفاً فيه، ومن ثم فإن شرط التحكيم الوارد في العقد المذكور يسري عليه ويكون ملزماً به.

وعلى ذلك أجمع الفقه واستقرت أحكام القضاء، والحقيقة أن طرف العقد هو من يصدر عنه التعبير عن إرادة الالتزام به، فيساهم في تكوينه.

(١) د/فتحي والي، التحكيم في المنازعات الوطنية والتجارية علماً وعملاً، منشأة المعارف، سنة ٢٠١٤، ص ١٩٢.

ولما كان ذلك وكان المحكم ضده الثاني قد وقع على العقد، وجاء قرين توقيعه أنه ضامن للالتزامات الواردة بهذا العقد، فإنه قد عبر عن إرادته الصريحة بالالتزام بهذا العقد وساهم في تكوينه، حيث أن ضمان الشخص للالتزامات هو التزام منه بتنفيذها بنفسه^(١).

ويتضح من حكم هيئة التحكيم السابق، أنه أقر أن الشخص الذي يوقع بصفته مصادق أو ضامن للالتزامات الواردة في العقد، يعد ذلك تعبيراً منه عن إرادته الصريحة المكتوبة التي تتم عن التزامه بهذا العقد وأنه قد ساهم في تكوينه وأصبح طرفاً فيه، حيث أن ضمان الشخص للالتزامات هو التزام منه بأن ينفذها هو بنفسه.

ويجب التأكيد على أنه وإن كان اتفاق التحكيم يمتد في هذه الحالة إلى الكفيل، إلا أن هذا الامتداد يتعذر في فرضين: الأول عندما تتجه إرادة أطراف العقد الأصلي إلى إعفاء الكفيل من الالتزام بهذا الاتفاق رغم علمه به. فقد لا يرغب الكفيل في سلوك طريق التحكيم رغم قبوله للكفالة، بل ربما يعلق قبوله للكفالة على عدم الالتزام باتفاق التحكيم، فرغبة في إبرام عقد الكفالة، واحترام الطابع الرضائي للتحكيم وتجنب فرضه على الكفيل، يُعفى هذا الأخير من الالتزام بالاتفاق.

ويتمثل الفرض الثاني في حالة وقوع الكفيل في غلط عند توقيعه على العقد الأصلي المتضمن للكفالة ولاتفاق التحكيم، فقد يعتقد أن قضاء

(١) الحكم التحكيمي الصادر في الدعوى التحكيمية رقم ٩٤١ لسنة ٢٠١٣، بتاريخ ٢٠١٤/١١/١٠، منشور في مجلة التحكيم العربي، العدد الثالث والعشرون، ديسمبر ٢٠١٤، ص ٣٧٠ و ٣٧١.

الدولة هو المختص بكل ما ينشأ عن العقد من منازعات؛ نظراً لاعتقاده بأن محل العقد من المسائل المتعلقة بالنظام العام ولا يجوز التحكيم بشأنها، في حين أن الحقيقة غير ذلك. أو قد يقع الكفيل في التدليس بأن يستعمل الدائن والمدين قبله حيل تدليسيه معينة أوقعته في غلط، كأن يستغلا جهله بجوانب العقد ويقنعه بأمر على غير الواقع، أو أن يتعمدا إيراد اتفاق التحكيم في مكان غير واضح في العقد. فهذا لا يلتزم الكفيل بالاتفاق بسبب الغلط المؤثر الذي وقع فيه أو التدليس الذي تعرض له.

٢- الحالة الثانية: تتمثل في الكفالة اللاحقة التي تبرم بعد إبرام

العقد الأصلي الذي يتضمن اتفاق التحكيم، ولكن يُشار في الاتفاق عليها إلى هذا العقد أو إلى اتفاق التحكيم الوارد به على وجه الخصوص، فهذا يعتبر الكفيل طرف في الاتفاق ويلتزم به، بشرط أن تكون الإشارة واضحة في الدلالة على علمه بهذا الاتفاق دون لبس أو غموض^(١). وهذا يتفق مع ما نصت عليه المادة (٣/١٠) من قانون التحكيم بشأن الاتفاق على التحكيم بطريق الإحالة.

٣- الحالة الثالثة: تتمثل في ورود اتفاق التحكيم في العقد الأصلي

دون أن يتضمنه عقد الكفالة، ورغم ذلك أجاز الكفيل أو قبله، فهذا يصبح طرفاً في الاتفاق، ويستطيع الدائن أن يتمسك به في مواجهته^(٢). ويجب

(١) د/مصطفى محمد الجمال؛ د/عكاشة محمد عبد العال، مرجع سابق، ص ٤٦٣.

(٢) د/أحمد أبو الوفاء، التحكيم الاختياري والاجباري، منشأة دار المعارف، الطبعة الخامسة، سنة ٢٠٠١، ص ٤٢؛ د/هدى محمد مجدي، ارتباط المنازعات والطلبات

أن يتم التعبير عن هذا القبول أو تلك الإجازة كتابة حتى يمكن القول بتوافر الرضاء الصحيح بالاتفاق.

٤- الحالة الرابعة: تتمثل في الفرض الذي يساهم فيه الكفيل في

أبرام العقد الأصلي بين الدائن والمدين والذي يضمن اتفاق التحكيم، ويحدث ذلك عندما يعلق الدائن إبرام العقد الأصلي على تقديم كفيل، فإذا كفل شخص ما المدين، ترتب على ذلك انعقاد العقد، مما يجعل دور الكفيل في هذا الصدد متماشياً مع المعيار الموضوعي - السالف ذكره - ما لم يعلن الكفيل صراحة عدم التزامه بالاتفاق، وهذا ما يحدث عادة في عقد القرض.

وإذا كانت القاعدة العامة أن الدائن لا يستطيع أن يتمسك باتفاق التحكيم في مواجهة الكفيل، إلا أنه إذا صدر حكم تحكيم في المسألة محل النزاع بين الدائن والمدين، جاز للدائن أن يحتج بهذا الحكم على الكفيل باعتباره واقعة قانونية، ولكنه لا يستطيع تنفيذ هذا الحكم جبراً على الكفيل بصورة تلقائية، بل لابد من أن يرفع الدائن دعوى على الكفيل من أجل هذا التنفيذ، ويكون رفع هذه الدعوى أمام قضاء الدولة، ويكون ذلك في الحالة التي لا يوجد بشأنها رضاء باتفاق التحكيم من قبل الكفيل^(١).

في خصومة التحكيم مع التركيز على التطبيقات العملية الحديثة: المجموعات العقدية - عقد الفيديك - المقولة من الباطن، دار النهضة العربية، سنة ٢٠٠٦، ص ٥١.

(١) د/فتحي والي، التحكيم في المنازعات الوطنية والتجارية علماً وعملاً، المرجع السابق، ص ١٩٢؛ وكذلك:

- Eric Loquin , Arbitrage et cautionnement, op.cit , p.247.

ونستخلص مما تقدم، أن اتفاق التحكيم الوارد بالعقد المبرم بين الدائن والمدين لا يمتد إلى الكفيل الذي لم يكن طرفاً فيه، ولا يستطيع الدائن أن يتمسك به في مواجهته لكونه من الغير بالنسبة له، باستثناء الحالات الأربع الآنف ذكرها.

المبحث الثاني

مدى جواز تمسك الكفيل باتفاق التحكيم في مواجهة الدائن

إن مبنى إثارة التساؤل محل البحث في هذا الفرض، يتمثل فيما نصت عليه المادة (٧٨٢) من القانون المدني، والخاصة بالعلاقة ما بين الكفيل والدائن، على أنه: "١- يبرأ الكفيل بمجرد براءة المدين، وله أن يتمسك بجميع الأوجه التي يحتج بها المدين. ٢- على أنه إذا كان الوجه الذي يحتج به المدين هو نقص أهليته، وكان الكفيل عالماً بذلك وقت التعاقد، فليس له أن يحتج بهذا الوجه".

ويحدد هذا النص الدفوع التي يستطيع أن يحتج بها المدين على الدائن، والتي تتمثل في كل ما من شأنه التأثير في الدين الأصلي محل الكفالة، سواء كان ذلك التأثير بالسلب أو الإيجاب، ومن أمثلة ذلك، الدفوع

المتعلقة بانقضاء هذا الدين، كالدفع بالمقاصة، أو اتحاد الذمة، أو التقادم، أو الإبراء، أو غيرها من الأسباب التي تؤدي إلى انقضاء الدين أو تنقص من قيمته^(١). ويندرج ضمن هذه الدفوع أيضاً، الشروط التي تجعل التزام الكفيل أشد من التزام المدين المكفول^(٢).

والسؤال المطروح هنا: هل يندرج اتفاق التحكيم ضمن الدفوع السابقة التي يحق للمدين التمسك بها في مواجهة الدائن، ومن ثم يحق للكفيل التمسك بها أيضاً؟ أم أنه يختلف عنها؟

لا شك أن اتفاق التحكيم يُصنف ضمن الدفوع الإجرائية التي تتعلق بالحق في الدعوى، وليس له علاقة بالدفوع الموضوعية السابقة التي تتعلق بالحق محل الدعوى، وعلى ذلك أجمع الفقه على أنه لا يجوز للكفيل أن يتمسك بالاتفاق في مواجهة الدائن؛ لأن هذا الاتفاق لا يؤثر لا بالسلب ولا بالإيجاب على الحق الموضوعي – التزام المدين الأصلي – فلا يؤدي إلى انقضاؤه أو تخفيض مقداره أو زيادته^(٣).

(١) ويُنظر في أسباب انقضاء التزام المدين الأصلي: د/سامح عبد الواحد التهامي، عقد الكفالة، المرجع السابق، ص ١٩٠ وما بعدها.

(٢) تنص المادة (٧٨٠) من القانون المدني على أنه: "١- لا تجوز الكفالة في مبلغ أكبر مما هو مستحق على المدين، ولا بشروط أشد من شروط الدين المكفول. ٢- ولكن تجوز الكفالة في مبلغ أقل وبشروط أهون".

(٣) د/محمد نور شحاته، مفهوم الغير في التحكيم، مرجع سابق، ص ١٠٣ و١٠٤؛ د/مصطفى محمد الجمال؛ د/عكاشة محمد عبد العال، مرجع سابق، ص ٤٦٣؛ د/رضا السيد عبد الحميد، التحكيم في الكفالة المصرفية وخطابات الضمان، دار

بيد أنه يُستثنى من الحكم السابق، الحالة التي يتمسك فيها الكفيل باتفاق التحكيم عن طريق قواعد الاشتراط لمصلحة الغير، وذلك عندما يتفق الدائن والمدين في العقد الأصلي على أن يستفيد الكفيل من هذا الاتفاق. وتظهر مصلحة المشتراط في هذه الحالة، في الرغبة في توحيد الجهة المنوط بها نظر منازعات العقد الأصلي وعقد الكفالة التابع له، على أساس أنهما يمثلان كلاً لا يتجزأ، بالإضافة إلى تعلقهما بموضوع واحد، وهو التزام المدين الأصلي بالوفاء^(١).

وإذا حدث وتمسك الكفيل باتفاق التحكيم، فإنه يجوز للدائن أن يحتج عليه بهذا الاتفاق، ولا يجوز للكفيل أن يدفع بأن قواعد الاشتراط تكسبه حق دون أن تحمله بالتزام، وذلك لخصوصية اتفاق التحكيم في هذا الشأن.

النهضة العربية، سنة ١٩٩٨، ص ٤٢؛ د/الانصاري حسن النيداني، الأثر النسبي لاتفاق التحكيم، دار الجامعة الجديدة، سنة ٢٠١١، ص ٤٧؛ وكذلك:

- Eric Loquin , Arbitrage et cautionnement , op.cit , p.246.

(١) د/رضا السيد عبد الحميد، المرجع السابق، ص ٤٥.

المبحث الثالث

مدى جواز تمسك الكفيل باتفاق التحكيم في مواجهة المدين

إن مضمون العلاقة بين الكفيل والمدين يتمثل في ضمان الأول تنفيذ التزام الثاني، والوفاء به إذا لم يوف به المدين نفسه. فإذا عجز هذا الأخير عن الوفاء بعد مطالبة الدائن له، ووفى الكفيل هذا الدين، كان الأخير في حكم من وفى بدين بغيره، لذلك خول له القانون حق الرجوع على المدين، فهل يجوز للكفيل عند رجوعه على المدين أن يتمسك في مواجهته باتفاق التحكيم الذي أبرمه المدين مع الدائن؟ تختلف الإجابة على هذا التساؤل بحسب نوع الدعوى التي سيرجع بها الكفيل على المدين، وما إذا كانت دعوى شخصية أو دعوى حلول:

أولاً-رجوع الكفيل على المدين بالدعوى الشخصية:

نظمت أحكام الدعوى الشخصية المادتين (٧٩٨ و ٨٠٠) من القانون المدني. حيث نصت المادة (٧٩٨) على أنه: "١- يجب على

الكفيل أن يخطر المدين قبل أن يقوم بوفاء الدين، وإلا سقط حقه في الرجوع على المدين إذا كان قد وفى الدين، أو كانت عنده وقت الاستحقاق أسباب تقضي ببطلان الدين أو بانقضائه. ٢- فإذا لم يعارض المدين في الوفاء، بقي للكفيل حقه في الرجوع عليه، ولو كان المدين قد دفع الدين أو كانت لديه أسباب تقضي ببطلانه أو بانقضائه".

حددت المادة السابقة شروط الرجوع بالدعوى الشخصية، والتي تتمثل في حلول أجل الدين، وقيام الكفيل بالوفاء به، ويجب على الكفيل أن يخطر المدين قبل الوفاء، وأخيراً يجب ألا يلق هذا الوفاء معارضة من جانب المدين^(١).

بينما نصت المادة (٨٠٠) على أنه: "١- للكفيل الذي وفى الدين أن يرجع على المدين سواء كانت الكفالة قد عقدت بعلمه أو بغير علمه. ٢- ويرجع بأصل الدين وبالفوائد والمصروفات، على أنه في المصروفات لا يرجع إلا بالذي دفعه من وقت إخباره المدين الأصلي بالإجراءات التي أتخذت ضده. ٣- ويكون للكفيل الحق في الفوائد القانونية عن كل ما قام بدفعه ابتداءً من يوم الدفع".

وتعرضت هذه المادة لموضوع الدعوى الشخصية، والذي يشمل كل المبالغ التي دفعها الكفيل لإبراء ذمة مدينه، والفوائد القانونية عن هذه المبالغ من يوم الدفع، وكذلك المصروفات التي أنفقها الكفيل من أجل

(١) د/سمير عبد السيد تناعو، التأمينات الشخصية والعينية: الكفالة – الرهن الرسمي – حق الاختصاص – الرهن الحيازي – حقوق الامتياز، منشأة المعارف، سنة ١٩٨٦، ص ١١٤ وما بعدها.

الوفاء بالتزامه، وما يُستحق له من تعويضات نتيجة للضرر الذي يصيبه بسبب الوفاء بالتزامه^(١).

وحرى بالذكر، أن الأساس القانوني لرجوع الكفيل يختلف في الحالة التي تكون فيها الكفالة قد عُقدت لمصلحة الدائن وحده، أو تمت رغم معارضة المدين، فهنا يرجع الكفيل على المدين بدعوى الإثراء بلا سبب وليس بالدعوى الشخصية، ولكن يشترط لذلك، أن يكون الكفيل قد وفى بالدين، وأن تعود على المدين منفعة من هذا الوفاء، بالإضافة إلى وجوب حلول أجل الدين^(٢).

وسواء تم رجوع الكفيل على المدين بناءً على الدعوى الشخصية المستندة إلى عقد الكفالة، أو على دعوى الإثراء بلا سبب المؤسسة على قواعد المسؤولية التقصيرية، فإن الكفيل لا يجوز له أن يتمسك باتفاق التحكيم في مواجهة المدين؛ لأن الكفيل في الحالتين يطالب بحق شخصي يستقل تماماً عن العقد الأصلي المبرم بين الدائن والمدين والذي يتضمن الاتفاق، الأمر الذي يترتب عليه اعتبار الكفيل من الغير بالنسبة لهذا الاتفاق، ولا يمتد إليه في هذه الحالة^(٣).

(١) د/عبد الرزاق أحمد السنهوري، الوسيط في شرح القانون المدني، الجزء العاشر "التأمينات الشخصية والعينية"، تنقيح المستشار: أحمد مدحت المراغي، منشأة المعارف، سنة ٢٠٠٤، ص ١٤٦ وما بعدها.

(٢) د/نبيل إبراهيم سعد، التأمينات الشخصية، مرجع سابق، ص ١٢٤.

(٣) د/رضا السيد عبد الحميد، مرجع سابق، ص ٥٤؛ د/مصطفى محمد الجمال؛ د/عكاشة محمد عبد العال، مرجع سابق، ص ٤٨٠؛ د/طارق سمير طلبه دويدار،

ثانياً- رجوع الكفيل على المدين بدعوى الحلول:

نظم المشرع أحكام دعوى الحلول في المادتين (٧٩٩ و ٣٢٩) من القانون المدني. حيث نصت المادة (٧٩٩) على أنه: "إذا وفى الكفيل الدين، كان له أن يحل محل الدائن في جميع ما له من حقوق قبل المدين. ولكن إذا لم يوف إلا بعض الدين، فلا يرجع بما وفاه إلا بعد أن يستوفي الدائن كل حقه من المدين". وهذه المادة حددت الشروط التي بمقتضاها يستطيع الكفيل أن يرجع على المدين بدعوى الحلول، فيجب أن يقوم الكفيل بالوفاء بالالتزام المكفول، ويجب أن يتم هذا الوفاء عند حلول أجل الدين^(١).

بينما حددت المادة (٣٢٩) موضوع دعوى الحلول، بنصها على أنه: "من حل قانوناً أو اتفاقاً محل الدائن كان له حقه بما لهذا الحق من خصائص، وما يلحقه من توابع، وما يكفله من تأمينات، وما يرد عليه من دفع، ويكون هذا الحلول بالقدر الذي أداه من ماله من حل محل الدائن".

وبناءً على ذلك، فإن الكفيل عندما يوفي للدائن، فإنه يحل محله بمقتضى دعوى الحلول التي تخول الكفيل حق التمسك باتفاق التحكيم في مواجهة المدين عند رجوعه عليه، وذلك على أساس أن الكفيل هنا يتمسك بالاتفاق ليس باعتباره طرفاً أصلياً في العقد الذي تضمنه، وإنما يستعمل

الأبعاد القانونية لامتداد شرط التحكيم، رسالة دكتوراه مقدمة لكلية الحقوق، جامعة الزقازيق، سنة ٢٠١٦، ص ١٩٨.

(١) د/محمد شريف عبد الرحمن، المبادئ الأساسية في عقد الكفالة، دار النهضة العربية، الطبعة الأولى، سنة ٢٠٠٥، ص ٣٢٠.

حق الدائن الذي أوفي له، والاتفاق يعتبر من توابع الحق الذي وفاه الكفيل، والذي ينتقل إليه بالحالة التي كان عليها قبل الحلول^(١).

وإجمالاً لما تقدم، فإن اتفاق التحكيم يمتد إلى الكفيل في الحالات الاستثنائية الأربع بالنسبة للفرض الأول. ويمتد إليه أيضاً إذا كان الاتفاق مشروطاً عليه لصالح الكفيل وفقاً لقواعد الاشتراط لمصلحة الغير، وهذا بالنسبة للفرض الثاني. وأخيراً، فالاتفاق يمتد إلى الكفيل أيضاً إذا حل محل الدائن ورجع على المدين بدعوى الحلول، وهذا بالنسبة للفرض الثالث. وفي غير هذه الحالات يعتبر الكفيل من الغير بالنسبة لاتفاق التحكيم، ولا يجوز له التمسك به، أو الاحتجاج عليه به من قبل الدائن إعمالاً لمبدأ نسبية أثر التصرفات القانونية، واحتراماً للطابع الرضائي للتحكيم.

(١) د/محمد نور شحاته، مفهوم الغير في التحكيم، مرجع سابق، ص ١٠٤؛ د/مصطفى محمد الجمال؛ د/عكاشة محمد عبد العال، مرجع سابق، ص ٤٦٤؛ د/رضا السيد عبد الحميد، مرجع سابق، ص ٥٦؛ د/الانصاري حسن النيداني، مرجع سابق، ص ٤٧؛ وكذلك:

- Eric Loquin , Arbitrage et cautionnement , op.cit , p.246 et s.

الفصل الثاني

مدى جواز الاحتجاج باتفاق التحكيم في مواجهة الأطراف المعنية بخطاب الضمان

تمهيد وتقسيم:

وعلى غرار ما بيّناه بشأن حالة الكفالة، نجد أن خطاب الضمان يتميز بوجود أكثر من رابطة عقدية، فهناك عقد الأساس المبرم بين العميل الأمر والمستفيد، وهناك عقد التسهيل الائتماني المبرم بين البنك والعمل الأمر، ويوجد أخيراً عقد الضمان الذي يكون بين البنك والمستفيد، فإذا تضمن أيّاً من هذه العقود اتفاق تحكيم، فهل يمتد الاتفاق إلى من لم يكن طرفاً فيه؟

وترتيباً على ذلك، سنتعرض لإجابة السؤال المطروح، من خلال ثلاثة مباحث، هي:

المبحث الأول: تعريف خطاب الضمان.

المبحث الثاني: مدى جواز الاحتجاج باتفاق التحكيم في مواجهة البنك الضامن.

المبحث الثالث: مدى جواز الاحتجاج باتفاق التحكيم في العلاقات بين البنك والمستفيد والعميل الأمر.

المبحث الأول

تعريف خطاب الضمان

تسهيلاً لفهم مسألة الاحتجاج باتفاق التحكيم في مواجهة الأطراف المعنية بخطاب الضمان، يتوجب علينا تحديد المقصود بهذا الخطاب. حيث تعرضت المادة (٣٥٥) من القانون التجاري رقم ١٧ لسنة ١٩٩٩، لتعريف خطاب الضمان، ونصت على أنه: "١- خطاب الضمان تعهد مكتوب يصدر من البنك بناءً على طلب شخص يسمى (يسمى الأمر)، بدفع مبلغ معين أو قابل للتعيين لشخص آخر (يسمى المستفيد)، إذا طُلب منه ذلك خلال المدة المعينة في الخطاب ودون اعتداد بأية معارضة " (١).

(١) وفي تعريف خطاب الضمان: د/سميحة القليوبي، النظام القانوني لخطابات الضمان المصرفية فيما بين الأطراف وبالنسبة إلى الغير، الشركة المصرية للطباعة

ويتضح من التعريف السابق، أن لخطاب الضمان ثلاثة أطراف. الأول هو العميل الأمر، وهو الشخص المدين بقيمة الخطاب، وهو الذي يطلب من البنك إصدار الخطاب لصالح المستفيد. والثاني هو المستفيد، وهو الشخص الذي يصدر خطاب الضمان لمصلحته، ويمكنه المطالبة بقيمة هذا الضمان في أي وقت، ولكن هذه المطالبة مقيدة بأن تتم خلال المدة المحددة للخطاب، وإلا غدت غير مقبولة. والثالث هو البنك الضامن، وهو الذي أصدر الخطاب، وعادة ما يكون هو بنك الأمر، وأحياناً يستعين البنك الأخير ببنك آخر يوجد في بلد المستفيد من أجل التسهيل على هذا الأخير في الحصول على قيمة الخطاب، وهنا يسمى البنك الأول بالبنك الضامن من الدرجة الأولى، ويسمى البنك الثاني الذي يوجد في بلد المستفيد بالبنك الضامن من الدرجة الثانية^(١).

ويعتبر خطاب الضمان من الضمانات المستقلة التي لا يستطيع فيها الضامن أن يتمسك قبل المستفيد بالدفع الناشئة عن علاقة الأساس التي بسببها ظهر هذا الخطاب على ساحة التعاملات المالية. على عكس الكفالة المدنية، التي تعتبر من الضمانات التابعة، ويحق للكفيل فيها أن يتمسك تجاه الدائن بالدفع التي كانت للمدين قبل الدائن. وعلى ذلك

والنشر، سنة ١٩٧٣، ص ١٢؛ د/حمدي عبد الرحمن، التأمينات المدنية "الكفالة"، سنة ١٩٩٢، ص ٣١٥؛ د/ على جمال الدين عوض، خطابات الضمان المصرفية، دار النهضة العربية، سنة ٢٠٠٠، ص ١٢ وما بعدها؛ وكذلك:

- Philippe Bihl , op. cit , p.315.

(١) د/ على جمال الدين عوض، مرجع سابق، ص ٢٧٦.

فخطاب الضمان لا يمكن أن يكون كفالة؛ نظراً لأن البنك الضامن يتعهد بالوفاء بقيمة الخطاب عند أول طلب، ولا يستطيع هذا البنك أن يدفع بتجريد العميل الأمر كما هو الشأن بالنسبة لدفع الكفيل بتجريد المدين أولاً، وهذا ما يبرز سمة الاستقلالية التي يقوم عليها خطاب الضمان^(١).

وتطبيقاً لذلك قضت محكمة النقض الفرنسية، بأن الضمانات المستقلة لا يجوز للضامن فيها أن يتمسك في مواجهة المستفيد منها بالدفع الناشئة عن علاقة الأساس، والتي تقرر هذا الضمان بسببها، والتي يجوز للمدين أن يتمسك بها^(٢).

وأكدت على ذات المعني، محكمة النقض المصرية، التي قضت بأنه: "من المقرر في قضاء هذه المحكمة أن خطاب الضمان وإن صدر تنفيذاً للعقد المبرم بين البنك والمدين المتعامل معه، إلا أن علاقة البنك بالمستفيد الذي صدر خطاب الضمان لصالحه هي علاقة منفصلة عن علاقته بالعميل، إذ يلتزم البنك بمقتضى خطاب الضمان وبمجرد إصداره ووصوله إلى المستفيد بوفاء المبلغ الذي يطالب به هذا الأخير باعتباره حقاً له يحكمه الخطاب، ما دام هو في حدود التزام البنك المبين به.

كما أن البنك مصدر الخطاب لا يعتبر وكيلاً عن العميل في الوفاء للمستفيد بقيمة خطاب الضمان؛ ذلك أن التزام البنك في هذا لحسابه

(١) L'actualité des garanties à première demande – Association Luxembourgeoise des jurists de Banque A-s-b-I , p.223؛ Philippe Bihr , op. cit , p.315.

(٢) Cass.com , 2 Février 1988 , Bull .civ , no: 55 , p.39.

التزام أصيل، ويترتب على ذلك أن ما يقوم به العميل بدفعه للبنك لتغطية خطاب الضمان، إنما هو تنفيذ وتأمين للعلاقة القائمة بين العميل والبنك وخدمتهما، ولا صلة للمستفيد بها، كما أن البنك الذي يقوم بتثبيت اعتماد مصرفي بين عميله والمستفيد منه، لا يصح وصفه بأنه ضامن أو كفيل يتبع التزام المدين المكفول، بل يعتبر في هذه الحالة التزاماً مستقلاً عن العقد القائم بين المتعاملين" ^(١).

والسؤال المحوري والهام الذي يُثار هنا هو: إذا كان اتفاق التحكيم وارد في عقد الأساس المبرم بين العميل الأمر والمستفيد، فهل يمتد هذا الاتفاق إلى البنك الضامن؟ وإذا كان الاتفاق وارداً في عقد الضمان المبرم بين البنك الضامن والمستفيد، فما أثر هذا الاتفاق على علاقة البنك بالمستفيد، وعلاقة هذا الأخير بالعميل الآخر؟

سنتعرض للإجابة عن هذا السؤال من خلال المبحثين الآتيين:

المبحث الثاني

مدى جواز الاحتجاج باتفاق التحكيم في مواجهة البنك الضامن

(١) نقض تجاري، الطعن رقم ٦٤٨، لسنة ٤٨ق، جلسة ١٢/٤/١٩٨٢، مكتب فني ٣٣، الجزء الأول، ص ٣٩٥؛ نقض تجاري، الطعن رقم ٣٧٠، لسنة ٢٩ق، جلسة ١٤/٥/١٩٦٤، مكتب فني ١٥، الجزء الثاني، ص ٦٩١؛ نقض تجاري، الطعن رقم ٧٣٠٤، لسنة ٦٣ق، جلسة ٢٧/٦/١٩٩٤، مكتب فني، ٤٥، الجزء الثاني، ص ١١٢٥.

اتفاق التحكيم في هذه الصدد، يكون وراثاً في عقد الأساس المبرم بين العميل الأمر والمستفيد من الخطاب، مما يثير التساؤل عن مدى جواز الاحتجاج بهذا الاتفاق في مواجهة البنك الضامن؟

لقد أجمع الفقه، وتواترت أحكام القضاء، على أن اتفاق التحكيم الوارد في علاقة الأساس بين العميل الأمر والمستفيد من الخطاب، لا يمتد إلى البنك الضامن للوفاء بقيمة الخطاب لصالح المستفيد. ويرجع عدم الامتداد إلى أساسين:

أولاً:- الأساس الأول: (استقلال علاقة الأساس):

ويتمثل في استقلال علاقة الأساس التي تتضمن اتفاق التحكيم عن العلاقات العقدية الأخرى التي يكون البنك طرفاً فيها، حيث أن التزام البنك هو التزام مستقل، مفاده أن يقوم البنك بدفع قيمة الخطاب للعميل عند أول مطالبة، دون أن يكون له حق التمسك بالدفع المستمدة من أي روابط عقدية أخرى.

ويجعل هذا الأمر التزام البنك قبل المستفيد بدفع قيمة خطاب الضمان بمثابة المدين الأصلي، كما أنه ليس التزاماً احتياطياً لالتزام العميل الأمر الوارد في عقد الأساس. وفي ذلك مفارقة كبيرة بين مركز البنك مصدر خطاب الضمان وبين الكفيل، فرغم أن كلاهما ضامن للمدين، إلا أن التزام الكفيل يتبع التزام المدين، بحيث يمكنه أن يتمسك

بأي دفع ناشئ عن العقد الأصلي المبرم بين الدائن والمدين المكفول للتخلص من التزامه بتغطية خطر عدم وفاء المدين للدين المكفول، بينما يبقى التزام البنك مستقل عن التزام المدين (العميل الأمر) ^(١).

وترتيباً على استقلال التزام البنك عن العلاقة القانونية التي تجمع العميل بالمستفيد، لا يجوز للبنك أن يتمسك في مواجهة المستفيد بدفوع مستمدة من علاقته بعميله، ولا يجوز له أيضاً أن يتمسك في مواجهة المستفيد بدفوع مستمدة من علاقة هذا الأخير بالعميل ^(٢). وعلى ذلك لا يستطيع البنك أن يتمسك باتفاق التحكيم في هذا الفرض للامتناع عن الوفاء بقيمة الخطاب للمستفيد، ولا يستطيع العميل الأمر أن يتمسك بالاتفاق الوارد في علاقته بالمستفيد من أجل منع البنك من أن يفي بقيمة الخطاب للمستفيد، وهنا تقتصر سلطة هيئة التحكيم فقط على نظر المنازعات التي تنشأ بين العميل والمستفيد، دون أن تمتد هذه السلطة إلى المنازعات بين أحدهما والبنك ^(٣).

وتطبيقاً لذلك، قضت الدائرة التجارية بمحكمة النقض الفرنسية، بأن اتفاق التحكيم الوارد في العقد الأصلي لا يحول دون الوفاء بقيمة خطاب، وجاء في حيثيات الحكم أنه: " طالما أن التزام البنك في مواجهة المشروع المستفيد هو التزام لدى أول مطالبة، ومستقل عن عقد الأساس، وكان

(١) د/مصطفى محمد الجمال؛ د/عكاشة محمد عبد العال، مرجع سابق، ص ٤٦٥؛ د/رضا السيد عبد الحميد، مرجع سابق، ص ٧٩.

(٢) د/محمد نور شحاته، مفهوم الغير في التحكيم، مرجع سابق، ص ١٠٨.

(٣) د/مصطفى محمد الجمال؛ د/عكاشة محمد عبد العال، مرجع سابق، ص ٤٦٦.

محكوماً بشروط خطاب الضمان فقط، فإن محكمة الاستئناف لم تخالف هذه الشروط عندما قضت بأن اتفاق التحكيم المنصوص عليه في عقد الأساس لا تأثير له على تطبيق خطاب الضمان" ^(١).

غير أن الاعتماد على هذا الأساس بمفره لا يكفي لتبرير عدم جواز تمسك البنك باتفاق التحكيم الوارد في علاقة الأساس، لكونه يخلط ما بين الضمانات التابعة والضمانات المستقلة. ففي الكفالة لا يجوز للكفيل أن يتمسك باتفاق التحكيم المنصوص عليه في العقد الأصلي المبرم بين الدائن والمدين، على الرغم من أن التزام الكفيل تابع وليس أصلي، ورغم وجود مبدأ الاستقلال بين العقد الأصلي وعقد الكفالة، بالإضافة إلى جواز احتجاج الكفيل بالدفع التي لمدينه قبل الدائن، وهو ما لا يتوافر في حالة خطاب الضمان ^(٢).

ثانيًا- الأساس الثاني: (نسبية أثر العقد أو الاتفاق):

ويقوم على مبدأ نسبية أثر العقد، وفقاً لهذا المبدأ فإن اتفاق التحكيم الوارد في عقد الأساس لن يستفيد منه إلا أطراف هذا العقد فقط، وبالتالي لا يمتد أثره إلى البنك مصدر خطاب الضمان في النزاعات التي قد تنشأ بينه وبين عميله الأمر، أو بمناسبة تنفيذ خطاب الضمان بينه وبين المستفيد. وفي هذا الأمر تبني للتفسير الضيق لاتفاق التحكيم، ويظهر ذلك

^(١) Cass.com , 20 décembre 1982 , Rev.arb , 1984 , p.477.

^(٢) Bernard chambreuil , arbitrage international et garantie bancaire , Rev.arb , 1991 , p.39.

في عدم الرغبة في توسيع نطاق الاتفاق سواء من حيث الأطراف أو محل النزاعات الخاضعة لهذا الاتفاق^(١).

وتطبيقاً لذلك، قضت محكمة استئناف باريس بعدم جواز تمسك العميل الأمر بإعمال اتفاق التحكيم الوارد في عقد الأساس على المنازعات الناشئة عن دفع قيمة الضمان أو الضمان المقابل؛ تأسيساً على أن التزام البنك الضامن المقابل تجاه البنك الضامن يقع على عاتق الأول بصفة شخصية وأصلية، ويعتبر كل من البنكين من الغير بالنسبة لعقد الأساس وليس طرفاً في اتفاق التحكيم، مما يترتب عليه انعدام أثر هذا الاتفاق بالنسبة للضمانات المصرفية موضع التنفيذ^(٢).

وعلى الأساس ذاته، قضت محكمة النقض المصرية بأن: "خطاب الضمان وإن صدر تنفيذاً للعقد المبرم بين البنك وعميله، إلا أن علاقة البنك بالمستفيد الذي صدر خطاب الضمان لصالحه هي علاقة منفصلة عن علاقته بالعميل يحكمها خطاب الضمان وحده بشروطه وقبوده. فإذا تضمن اتفاق طرفيه على الالتجاء إلى التحكيم لتسوية الخلافات بشأنه، إما أن يرد بنص صريح فيه أو بالإحالة إلى وثيقة تتضمنه تقطع بأنه جزء

(١) د/محمد نور شحاته، مفهوم الغير في التحكيم، مرجع سابق، ص ١١٠؛ د/رضا السيد عبد الحميد، د/سميحة القليوبي، الأسس القانونية للتحكيم التجاري وفقاً للقانون رقم ٢٧ لسنة ١٩٩٤، مرجع سابق، ص ٧٨؛ وكذلك:

- Bernard chambreuil , op.cit , p.40.

(٢) Cour d'apple de paris , 14 décembre 1987 , Rev.arb , 1989 , p.240.

من شروط هذا الخطاب. لما كان ذلك، وكان خطاب الضمان موضوع الدعوى قد خلت بنوده من شرط التحكيم أو الإحالة الواضحة إلى اعتبار شرط التحكيم الوارد بالعقد المؤرخ في ١١ أبريل سنة ١٩٨٥، المحرر بين العميل الأمر والمستفيد جزءاً من بنود هذين الخطابين، فإن النزاع بين الطاعن والمطعون ضدها بشأن صرف قيمتها تتولى نظره المحكمة^(١).

وإذا كانت القاعدة العامة وفق ما أجمع عليه الفقه، وما تواترت عليه أحكام القضاء، أن اتفاق التحكيم الوارد في علاقة الأساس، لا يمتد إلى البنك، إلا أن هذا الامتداد قد يحدث في حالات معينة، كأن يعلق المستفيد إبرام العقد الأصلي على امتداد شرط التحكيم إلى المنازعات المتعلقة بكتاب الضمان^(٢). ويجوز للبنك كذلك الاستفادة من الاتفاق بناءً على قواعد الاشتراط لمصلحة الغير في المنازعات التي قد تنشأ بينه وبين المستفيد، سواء كان ذلك برفع دعوى مبتدأه أو عن طريق تدخله في خصومة التحكيم المنعقدة. وكذلك الأمر، إذا رغب البنك الضامن الاستفادة من الاتفاق، فمن حقه الممكن أن يلجأ إلى إبرام اتفاق تحكيم مستقل بين الأطراف التي يرغب في انضمامهم إلى هذا الاتفاق، شريطة الحصول على موافقتهم^(٣).

(١) نقض تجاري، الطعن رقم ٤٩٥، لسنة ٧٢ق، جلسة ١٣/١/٢٠٠٤.

(٢) د/محمد نور شحاته، مفهوم الغير في التحكيم، مرجع سابق، ص ١١١.

(٣) د/سميحة القليوبي، الأسس القانونية للتحكيم التجاري وفقاً للقانون رقم ٢٧ لسنة ١٩٩٤، مرجع سابق، ص ٧٩ و ٨٠.

وفي هذا الصدد أيضاً، يثور التساؤل بشأن الحالة التي يتعهد فيها العميل الأمر في عقد الأساس على امتداد اتفاق التحكيم بالنسبة للمنازعات المتعلقة بخطاب الضمان، فهل يجوز إلزام البنك بالاتفاق بناءً على هذا التعهد؟ أجابت محكمة استئناف باريس على هذا التساؤل في حكمها الصادر سنة ١٩٨٢ بالإيجاب؛ تأسيساً على أن ذلك الأمر يعد بمثابة موافقة من البنك على اللجوء إلى التحكيم^(١).

ولكن الحكم السابق قد جانبه الصواب، لكونه لم يهتم بإرادة البنك الضامن، واعتمد على الإرادة الضمنية، ولم يظهر أي مسلك من جانب البنك ينم صراحة عن رضائه بهذا الاتفاق، علاوةً على تجاهله الصريح لمبدأ نسبية أثر العقد، ومبدأ استقلال التزام البنك عن علاقة الأساس التي تربط العميل الأمر بالمستفيد.

وجدير بالذكر، أن هناك حالة يستطيع فيها العميل الأمر أن يتمسك قبل البنك الضامن بدفع مستمدة من عقد الأساس، بغية تعطيل تنفيذ البنك لالتزامه بدفع قيمة خطاب الضمان إلى المستفيد، وهي حالة غش من جانب المستفيد أو تعسفه في مطالبة العميل الأمر، فإذا استطاع هذا الأخير أن يثبت حالة الغش هذه، جاز له مطالبة البنك بتجميد قيمة الضمان وعدم دفعه للمستفيد، ويؤسس ذلك الأمر على القاعدة التي تقضي بأن الغش يفسد كل التصرفات، وليس استناداً إلى وجود نزاع تحكيمي بين

(١) Cour d'apple de paris , 15 octobre 1982 , Dalloz , 1983 , p.304.

العميل الأمر والمستفيد. ويختص قاضي الأمور المستعجلة بطلب التجميد إذا توافرت شروط الاستعجال المقررة قانوناً^(١).

ويُستخلص مما تقدم، أن اتفاق التحكيم الوارد في عقد الأساس، لا يمتد إلى البنك الضامن، بحيث لا يمكنه الاستفادة منه أو الاحتجاج عليه به، تأسيساً على استقلال التزام البنك عن علاقة الأساس، وإعمالاً لمبدأ نسبية أثر العقد، باستثناء الحالة التي يعلق فيها المستفيد إبرام عقد الأساس على امتداد الاتفاق إلى المنازعات الناتجة عن خطاب الضمان المبرم بينه وبين البنك الضامن. أو حالة حدوث الامتداد بناءً على قواعد الاشتراط لمصلحة الغير. وفي غير هاتين الحالتين، لا يمتد الاتفاق إلى البنك الضامن، ما لم يعلن عن رغبته صراحة بقبول هذا الامتداد عن طريق إبرام اتفاق تحكيم مستقل يوافق عليه باقي الأطراف.

المبحث الثالث

مدى جواز الاحتجاج باتفاق التحكيم في العلاقات بين البنك

والمستفيد والمستفيد والعميل الأمر

واتفاق التحكيم هنا، يكون وراثاً في عقد الضمان المبرم بين البنك الضامن والمستفيد، مما يثير التساؤل عن مدى جواز الاحتجاج بهذا

(١) د/رضا السيد عبد الحميد، مرجع سابق، ص ٨٥ وما بعدها؛ د/محمد نور شحاته، مفهوم الغير في التحكيم، مرجع سابق، ص ١١٢.

الاتفاق في العلاقة ما بين البنك والمستفيد وهذا من ناحية، ومن ناحية أخرى في العلاقة ما بين المستفيد والعميل الأمر؟

سنتعرض للإجابة على التساؤل الوارد بالفرض السابق من خلال التفرقة بين حالتين، تتمثل الأولى في تحديد أثر الاتفاق على العلاقة بين البنك الضامن والمستفيد. والثانية تتمثل في تحديد هذا الأثر بالنسبة للعلاقة بين العميل الأمر والمستفيد. وذلك على النحو الآتي:

أولاً:- الحالة الأولى: أثر اتفاق التحكيم على علاقة البنك الضامن بالمستفيد:

قد يحدث أن يتفق طرفي عقد الضمان (البنك الضامن والمستفيد)، على أن ما يُثار بينهما من نزاعات بشأن هذا العقد يُفصل فيها عن طريق التحكيم، فهل يحق للبنك أن يطلق دفع قيمة خطاب الضمان عند مطالبة المستفيد بهذه القيمة على الفصل في النزاع المثار بينهما بسبب تلك المطالبة من قبل هيئة التحكيم؟

إن مجرد تضمين عقد الضمان بنداً خاصاً بالاتفاق على التحكيم قبل وقوع النزاع – أي في صورة شرط تحكيم – لا يخول البنك الضامن تعليق الوفاء بقيمة الخطاب على وجوب صدور حكم تحكيمي لصالح المستفيد يقضي بأحقية هذا الأخير بالمطالبة بقيمة الخطاب، ويرجع ذلك لعاملين. يتمثل الأول منهما في أن تعليق التزام البنك على صدور حكم التحكيم، من شأنه أن يضيف شرطاً جديداً للوفاء بقيمة الخطاب، لم ينص عليه المشرع، مما يترتب عليه أن يتحول الخطاب من خطاب غير

مشروط إلى خطاب مشروط أو مبرر، وذلك بالإرادة المنفردة للبنك الضامن، دون اعتداد بإرادة المستفيد الذي تقرر الخطاب لصالحه، مما يشكل تعارض صريح مع نص المادة (١٤٧/١) من القانون المدني، التي نصت على أنه: "١-العقد شريعة المتعاقدين، فلا يجوز نقضه ولا تعديله إلا باتفاق الطرفين، أو للأسباب التي يقررها القانون.....". ولا يعد تعليق الوفاء بقيمة خطاب الضمان على صدور حكم التحكيم من ضمن الأسباب التي يقرر فيها تعديل عقد الضمان.

ويُستثنى من الحكم السابق، الحالة التي يوجد فيها اتفاق بين البنك الضامن والمستفيد من البداية – أي عند إبرام عقد الضمان – يقضي بتعليق أداء البنك لالتزامه بدفع قيمة الضمان على صدور حكم التحكيم القاضي بذلك الأداء. أو أن هذا الشرط ورد في عقد الأساس بين العميل الأمر والمستفيد وأكد البنك الضامن في خطابه الذي أرسله إلى المستفيد، الأمر الذي يترتب عليه تغيير التزام البنك الضامن من التزام غير مشروط إلى التزام مشروط، ولكن بإرادة الطرفين معاً^(١).

ويتمثل العامل الثاني، في أن تعليق وفاء البنك الضامن بقيمة الخطاب على صدور حكم التحكيم، يفتقر إلى المنطق القانوني الصحيح؛ لأن طريق التحكيم كوسيلة لحسم المنازعات لا يدعو أن يكون مجرد

(١) د/عصام صلاح أحمد إسماعيل، مرجع سابق، ص ٤٠٧.

تحديد للوسيلة أو الإجراء الذي يحمي الحق الموضوعي، ولا أثر له لا إيجاباً ولا سلباً على الحق الموضوعي ذاته محل الحماية^(١).

وإذا اتخذ الاتفاق على التحكيم صورة المشاركة - أي بعد وقوع النزاع - فهذا يجوز للبنك تعليق الوفاء بقيمة الخطاب على صدور حكم التحكيم لصالح المستفيد يقضي بذلك، ولكن بشرط أن يكون سبب اعتراض البنك على الوفاء راجعاً إلى أسباب تتعلق بالخطاب ذاته - وفقاً لتصور بعض الفقه - ، ويكون هذا الأمر الأخير هو مبرر تعليق الوفاء بقيمة الخطاب وليس مجرد مشاركة التحكيم، الأمر الذي يترتب عليه في النهاية تحول خطاب الضمان بإرادة الطرفين المتمثلة في اتفاقهم على التحكيم، من خطاب غير مشروط إلى خطاب مشروط، وهذا أمر جائز قانوناً^(٢).

ونرى من جانبنا، أن التصور السابق أفقد مشاركة التحكيم قيمتها القانونية في هذه الحالة، حيث أنه جعل سبب امتناع البنك عن الوفاء بقيمة خطاب الضمان هو توافر أسباب ترجع إلى هذا الأخير ذاته، غير أن حقيقة الأمر تبدو عكس ذلك، تأسيساً على أن الاتفاق على التحكيم هنا قد اتخذ صورة المشاركة التي يتفق عليها الأطراف بعد وقوع النزاع واتضح معالمه، فصار الاتفاق عليها بمثابة الشرط الذي علق عليه البنك امتناعه عن الوفاء، وإلا فما فائدة هذه المشاركة!

(١) د/رضا السيد عبد الحميد، مرجع سابق، ص ١٠٧.

(٢) د/رضا السيد عبد الحميد، مرجع سابق، ص ١٠٨.

بالإضافة إلى أن امتناع البنك عن الوفاء لأسباب ترجع إلى خطاب الضمان ذاته، لا يحتاج في أغلب الأحوال إلى اتفاق مستقل عليه؛ لأنها تكون محكومة مسبقاً بعقد الضمان الذي يحدد حقوق والتزامات كل طرف في العقد. وإذا حدث تعديل على أحد بنود العقد بعد إبرامه، كان ذلك تعديلاً موضوعياً يمس موضوع العقد، أما الاتفاق على التحكيم بعد وقوع النزاع، فهو تعديلاً إجرائياً يمس الوسيلة التي تحمي موضوع العقد، ولا علاقة له بهذا الأخير.

ثانياً- الحالة الثانية: أثر اتفاق التحكيم على علاقة المستفيد بالعميل الأمري:

السؤال الذي يُثار هنا: هل يجوز للعميل الأمر أن يتمسك باتفاق التحكيم الوارد في عقد الضمان المبرم بين البنك الضامن والمستفيد، والذي لم يكن طرفاً فيه بغية الوصول إلى هدفه في عرقلة قيام البنك بدفع قيمة الخطاب للمستفيد؟

لا شك أن العميل الأمر لا يستطيع التمسك باتفاق التحكيم الوارد في عقد الضمان من أجل عرقلة تنفيذ البنك لالتزامه، استناداً لمبدأ استقلال التزام البنك الذي يقوم على عقد الضمان عن علاقة الأساس التي تجمع بين العميل الأمر والمستفيد. كل ما في الأمر أنه من الممكن أن يتقدم العميل الأمر إلى المحكمة التي تنظر النزاع القائم بينه وبين المستفيد حول علاقة الأساس من أجل وقف الدعوى القضائية وفقاً لتعليقاً لحين الفصل في الدعوى التحكيمية الناشبة بين البنك الضامن والمستفيد إذا كان لذلك

مقتضى، بأن كان الفصل في الدعوى التحكيمية سيكون له تأثير على حكم المحكمة في النزاع المعروض عليها بشأن علاقة الأساس^(١).

وكذلك الأمر، يجوز للعميل الأمر أن يتمسك بالرجوع على المستفيد بعد حصوله على قيمة خطاب الضمان في حالة ثبوت حق لهذا العميل قبل المستفيد، ويكون ذلك في الحالات التي يثبت فيها العميل الأمر عدم أحقية المستفيد في هذه القيمة، ولا يتم ذلك إلا بعد الرجوع إلى عقد الأساس، وإجراء تسوية نهائية لآثار هذا العقد من أجل تحديد حقوق والتزامات كل طرف من الطرفين. ويؤسس ذلك على أن المستفيد عندما يحصل على قيمة الضمان، فلا يعني ذلك نشوء ملكية خاصة له على هذه القيمة بحيث يكون المستفيد في منأى عن أي منازعة من قبل العميل الأمر، بل أن مبدأ الاستقلال بين عقد الأساس والضمان المستقل يعطي فقط للمستفيد الحق في المطالبة بقيمة الضمان والحصول عليها^(٢).

وجدير بالإشارة، أن ما ينطبق على البنك الضامن من الدرجة الأولى من أحكام، ينطبق على البنك الضامن من الدرجة الثانية. وهذا ما أكدته محكمة استئناف باريس في حكمها الصادر في ١٤/١٢/١٩٨٧،

(١) وفي ذلك تنص المادة (١٢٩) من قانون المرافعات، على أنه: "في غير الأحوال التي نص فيها القانون على وقف الدعوى وجوباً أو جوازاً، يكون للمحكمة أن تأمر بوقفها كلما رأت تعليق حكمها في موضوعها على الفصل في مسألة أخرى يتوقف عليها الحكم، وبمجرد زوال سبب الوقف يكون للخصوم تعجيل الدعوى".

(٢) د/عصام صلاح أحمد إسماعيل، المرجع السابق، ص ٤١٠.

وذلك تأسيساً على استقلال علاقة الأساس عن الضمان المقابل، وتطبيقاً لمبدأ نسبية أثر العقد.

وإجمالاً لما تقدم، فإن البنك الضامن لا يستطيع التمسك باتفاق التحكيم الوارد في عقد الضمان المبرم بينه وبين المستفيد، من أجل الامتناع عن الوفاء بقيمة الخطاب، وذلك إذا اتخذ هذا الاتفاق صورة الشرط، باستثناء حالة وجود اتفاق بين الطرفين منذ البداية يقضي بتعليق أداء البنك لالتزامه على صدور حكم التحكيم. وإذا اتخذ الاتفاق صورة المشاركة، جاز للبنك الامتناع عن تنفيذ التزامه حتى صدور هذا الحكم. ولا يجوز للعميل الأمر أن يتمسك باتفاق التحكيم الوارد في عقد الضمان؛ نظراً لاستقلال علاقة الأساس عن عقد الضمان، ما لم يكن تمسكه مبنياً على طلب من المحكمة التي تنتظر النزاع الدائر بينه وبين المستفيد بوقف هذا النظر إلى حين صدور حكم التحكيم في النزاع الثائر بين البنك الضامن والمستفيد إذا كان لذلك مقتضى، أو إذا كان له أحقية في هذا الرجوع.

الخاتمة

تناولنا في هذه الدراسة المركزة، مسألة مدى جواز الاحتجاج لاتفاق التحكيم في مواجهة الكفيل والأطراف المعنية بخطاب الضمان. وانتهينا إلى أن اتفاق التحكيم يمتد إلى الكفيل رغم عدم ادراجه في عقد الكفالة في حالات عديدة، كأن يكون البند الخاص بالكفالة وارداً في عقد المديونية الأصلي المبرم بين الدائن والمدين، أو حالة الكفالة اللاحقة التي تبرم بعد إبرام العقد الأصلي الذي يتضمن الاتفاق ولكن يُشار في الاتفاق عليها إلى هذا العقد أو إلى اتفاق التحكيم على وجه الخصوص، أو إجازة الكفيل للاتفاق، أو حالة مساهمة الكفيل في إبرام العقد الأصلي المتضمن للاتفاق. ويمتد الاتفاق أيضاً إلى الكفيل إذا كان الاتفاق مشروطاً عليه لصالح الكفيل وفقاً لقواعد الاشتراط لمصلحة الغير. ويمتد إليه أيضاً إذا حل محل الدائن ورجع على المدين بدعوى الحلول.

وأوضحنا أن مصير اتفاق التحكيم في مواجهة الأطراف المعنية بخطاب الضمان يتوقف على التفرقة بين فرضيين. يتمثل أولهما في مدى امتداد الاتفاق إلى البنك الضامن في حالة وروده في عقد الأساس المبرم بين العميل الأمر والمستفيد من الخطاب، وهنا لا يمتد الاتفاق إلى البنك الضامن، بحيث لا يمكنه الاستفادة منه أو الاحتجاج عليه به؛ تأسيساً على استقلال التزام البنك الضامن عن علاقة الأساس، وإعمالاً لمبدأ نسبية أثر العقد، باستثناء الحالة التي يعلق فيها المستفيد إبرام عقد الأساس على

امتداد الاتفاق إلى المنازعات الناتجة عن خطاب الضمان المبرم بينه وبين البنك الضامن، أو حالة حدوث الامتداد بناءً على قواعد الاشتراط لمصلحة الغير.

وبالنسبة للفرض الثاني، والمتمثل في حالة ورود اتفاق التحكيم في عقد الضمان المبرم بين البنك الضامن والمستفيد، فهنا لا يستطيع البنك الضامن أن يتمسك بالاتفاق الوارد في عقد الضمان من أجل الامتناع عن الوفاء بقيمة الضمان، وذلك إذا اتخذ هذا الاتفاق صورة الشرط، باستثناء حالة وجود اتفاق بين الطرفين منذ البداية يقضي بتعليق أداء البنك للالتزامه على صدور حكم التحكيم. أما إذا اتخذ الاتفاق صورة المشاركة، جاز للبنك الامتناع عن تنفيذ التزامه حتى صدور هذا الحكم. ولا يجوز للعميل الأمر أن يتمسك باتفاق التحكيم الوارد في عقد الضمان؛ نظراً لاستقلال علاقة الأساس عن عقد الضمان، ما لم يكن تمسكه مبنياً على طلب من المحكمة التي تنظر النزاع الدائر بينه وبين المستفيد بوقف هذا النظر إلى حين صدور حكم التحكيم في النزاع الثائر بين البنك الضامن والمستفيد إذا كان لذلك مقتضى، أو كان له أحقية في هذا الرجوع.

وفي ختام هذه الدراسة نوصي بالآتي:

١- نوصي المشرع المصري بضرورة التدخل بنصوص تشريعية واضحة وحاسمة، تنظم مسألة الاحتجاج باتفاق التحكيم في مواجهة غير أطرافه على وجه العموم، وفي مواجهة الكفيل والأطراف المعنية بخطاب الضمان على وجه الخصوص. وذلك من خلال بيان كيفية هذا الاحتجاج والأساس القانوني له. وذات الأمر بالنسبة للمشرع الفرنسي.

٢- نوصي بوجود نصوص تشريعية واضحة تميز لنا أو تضع نعياراً محدداً للتمييز بين مفهوم الطرف والغير في اتفاق التحكيم، بصورة تجلي أوجه اللبس والغموض بين الأمرين؛ وذلك من منطلق الفوراق العملية والقانونية في النتائج المترتبة على هذه التفرقة الهامة.

٣- من منطلق أهمية الدور الذي يقوم به التحكيم في حسم المنازعات، ومساندته لقضاء الدولة في هذا الأمر، يوصي الباحث بجعل التحكيم مادة دراسية أساسية تدرس على طلاب الليسانس، بحيث يكونوا على دراية بقواعد هذا النظام القضائي الاتفاقي منذ بدء تكوين شخصيتهم القانونية، ولا يقتصر الأمر على مجرد ندوة أو دورة تحكيم فقط.

قائمة المراجع

أولاً: المراجع العربية العامة:

- د/أحمد عبد التواب بهجت، أحكام الضمانات الخاصة للوفاء بالدين، الجزء الأول: عقد الكفالة، دار النهضة العربية، سنة ٢٠٠٥.
- د/حمدي عبد الرحمن، التأمينات المدنية "الكفالة"، سنة ١٩٩٢.
- د/سامح عبد الواحد التهامي، عقد الكفالة، مكتبة النصر بالزقازيق، الطبعة الأولى، سنة ٢٠٠٧.
- د/سميحة القليوبي، النظام القانوني لخطابات الضمان المصرفية فيما بين الأطراف وبالنسبة إلى الغير، الشركة المصرية للطباعة والنشر، سنة ١٩٧٣.
- د/سمير عبد السيد تناغو، التأمينات الشخصية والعينية: الكفالة – الرهن الرسمي – حق الاختصاص – الرهن الحيازي – حقوق الامتياز، منشأة المعارف، سنة ١٩٨٦.
- د/عبد الرزاق أحمد السنهوري، الوسيط في شرح القانون المدني، الجزء العاشر "التأمينات الشخصية والعينية"، تنقيح المستشار: أحمد مدحت المراغي، منشأة المعارف، سنة ٢٠٠٤.

- د/على جمال الدين عوض، خطابات الضمان المصرفية، دار النهضة العربية، سنة ٢٠٠٠.
- د/محمد شريف عبد الرحمن، المبادئ الأساسية في عقد الكفالة، دار النهضة العربية، الطبعة الأولى، سنة ٢٠٠٥.
- د/نبيل إبراهيم سعد، التأمينات الشخصية، بدون ناشر وسنة نشر.
- د/وفاء حلمى أبو جميل، محاضرات في التأمينات العينية والشخصية، سنة ١٩٩٨، مكتبة النصر بالزقازيق.

ثانياً: المراجع العربية المتخصصة:

- د/أحمد أبو الوفا، التحكيم الاختياري والاجباري، منشأة دار المعارف، الطبعة الخامسة، سنة ٢٠٠١.
- د/أحمد السيد صاوي، الوجيز في التحكيم طبقاً للقانون رقم ٢٧ لسنة ١٩٩٤ على ضوء أحكام القضاء وأنظمة التحكيم الدولية، بدون ناشر، الطبعة الثالثة، سنة ٢٠١٠.
- د/الانصاري حسن النيداني، الأثر النسبي لاتفاق التحكيم، دار الجامعة الجديدة، سنة ٢٠١١.
- د/رضا السيد عبد الحميد، التحكيم في الكفالة المصرفية وخطابات الضمان، دار النهضة العربية، سنة ١٩٩٨.
- د/رضا السيد عبد الحميد، التحكيم في الكفالة المصرفية وخطابات الضمان، دار النهضة العربية، سنة ١٩٩٨.
- د/طارق سمير طلبة دويدار، الأبعاد القانونية لامتداد شرط التحكيم، رسالة دكتوراه مقدمة لكلية الحقوق، جامعة الزقازيق، سنة ٢٠١٦.

- د/فتحي والي، التحكيم في المنازعات الوطنية والتجارية علماً وعملاً، منشأة المعارف، سنة ٢٠١٤.

- د/محمد نور شحاته، مفهوم الغير في التحكيم، دراسة تحليلية وتطبيقية لمبدأ نسبية أثر التحكيم بالنسبة للغير، دار النهضة العربية، سنة ١٩٩٦.

- د/مصطفى محمد الجمال؛ د/عكاشة محمد عبد العال، التحكيم في العلاقات الخاصة الدولية والداخلية، الجزء الأول، الطبعة الأولى، سنة ١٩٩٨.

- د/هدى محمد مجدي، ارتباط المنازعات والطلبات في خصومة التحكيم مع التركيز على التطبيقات العملية الحديثة: المجموعات العقدية - عقد الفيديك - المقاوله من الباطن، دار النهضة العربية، سنة ٢٠٠٦.

ثالثاً: المراجع الأجنبية:

- Bernard chambreuil , arbitrage international et garantie bancaire , Rev.arb , 1991.

- Ecric Loquin , Arbitrage et cautionnement , Rev. arb , 1994.

- L,actualité des garanties á première demands – Association Luxembourgeois des jurists Philippe Bihr .

- P.Ancel , Le cautionnement des de dettes de l'entreprise, Dalloz , 1986.

- R.Tendler , Le cautionnement , Reine éphémère des sûretés , Dalloz , 1981.

الفهرس

الموضوع	الصفحة
موضوع البحث	٣
إشكالية البحث	٤
أهمية البحث	٥
منهج البحث	٦
خطة البحث	٦
الفصل الأول: مدى جواز الاحتجاج باتفاق التحكيم في مواجهة الكفيل. ٧	
المبحث الأول: مدى جواز احتجاج الدائن على الكفيل باتفاق التحكيم.. ٨	
المبحث الثاني: مدى جواز تمسك الكفيل باتفاق التحكيم في مواجهة الدائن	٢١
المبحث الثالث: مدى جواز تمسك الكفيل باتفاق التحكيم في مواجهة المدين	٢٤
الفصل الثاني: مدى جواز الاحتجاج باتفاق التحكيم في مواجهة الأطراف المعنية بخطاب الضمان	٢٩

المبحث الأول: تعريف خطابات الضمان	٣٠
المبحث الثاني: مدى جواز الاحتجاج باتفاق التحكيم في مواجهة البنك الضامن	٣٣
المبحث الثالث: مدى جواز الاحتجاج باتفاق التحكيم في العلاقات بين البنك والمستفيد والمستفيد والعميل الأمر	٤٠
الخاتمة	٤٧
قائمة المراجع	٤٩
الفهرس	٥٢

