كلية الحقوق

دكتوراه

التحكيم في المعاملات المصرفية

رسالة لنيل درجة الدكتوراه في الحقوق

مقدمة من الباحث

محمد صالح علي العوادي

لجنة الحكم على الرساله

أ. د. رضا السيد عبدالحميد مشرفا ورئيسا

أستاذ ورئيس قسم القانون التجاري والبحري بكلية الحقوق جامعة عين شمس

أ.د سيد أحمد محمود عضوا

أستاذ ورئيس قسم المرافعات بكلية الحقوق جامعة عين شمس

د. سامي عبدالباقي أبوصالح عضوا

أستاذ مساعدالقانون التجاري والبحري بكلية الحقوق جامعة القاهرة

١٤٣١هـ/٢٠١٠م

جامعه عين شمس
كليـة الحقـوق
الماجستير والدكتوراه

صفحـــة العنـــوان

اســـــم الطالـــــب : محمد صالح علي العوادي.

الدرجـــة العلميـــة : دكتوراه.

القســـم التـــابع لـــه : التجاري.

اســـــم الكليـــــة : الحقوق.

الجامعـــــــــــة : عين شمس.

ســـــنة التخـــــرج : ٢٠١٠م.

ســـــنة المـــــنح : ٢٠١٠م.

جامعة عين شمس
كلية الحقوق
الماجستير والدكتوراه

رسالة دكتوراه

اسم الطالـــب: محمد صالح علي العوادي

عنوان الرسالة: التحكيم فـي المعاملات المصرفية

اسم الدرجـة: (دكتـــوراه).

لجنة الإشـــراف

أ. د. رضا السيد عبد الحميد **مشرفاً ورئيساً**

أستاذ ورئيس قسم القانون التجاري والبحري بكلية الحقوق - جامعة عين شمس

أ. د. سـيد أحمـد محمـود **عضـــــواً**

أستاذ ورئيس قسم المرافعات بكلية الحقوق- جامعة عين شمس

د. سامي عبدالباقي أبو صالح **عضـــــواً**

أستاذ مساعد القانون التجاري والبحري بكلية الحقوق - جامعة القاهرة

تاريخ البحث / / ٢٠١٠

الدراسات العليا

ختم الإجازة أجيزة الرسالـة:

بتاريخ: / / ٢٠١٠

موافقة مجلس الكلية موافقة مجلس الجامعة

الإهداء

=====

* إلى مدرستي الأولى في الحياة..
ومن تعلمت منهما الصبر والكفاح..
ومن أضاءا دربي بالدعاء..
أبي الغالي – أمي الحنونه أطال الله في عمريهما
* إلى شريكة رحلة الحياة بحلوها ومرها، ومن كانت سندا وعونا بعد الله عزوجل .. زوجتي الحبيبة.
* إلى الزهور التى نثرها الله من قلبى.. والرياحين التى أنبتها من عصبى ولحمى.. إلى فلذات كبدى.. أبنائي الأحبة.
* إلى من شاركونى مرحلة الطفولة ولهوها..إخوانى وأخواتى الأوفياء.
* إلى كل الأحبة.

أهدي هذا البحث

شكر وتقدير

انطلاقا من القول المأثور من لا يشكر الناس لا يشكر الله، على فقد كان من عظيم فضل الله علىّ أن هيأ لى أستاذاً قديرا و مشرفاً فاضلاً وعلما من أعلام القانون التجارى للأشراف على هذه الرساله الأستاذ الدكتور/ رضا السيد عبد الحميد أستاذ و رئيس قسم القانون التجاري والبحرى، كلية الحقوق ـ جامعة عين شمس، والذي تفضل عن طيب نفس ورحابة صدر بقبول الإشراف على هذه الرسالة، فمنحنى من وقته الثمين، وتوجيهاته السديدة، ونظرته الثاقبة ما كان له الأثر الأكبر فى إنجاز هذا البحث، على الرغم من كثرة أعبائه وانشغالاته فى سبيل خدمة العلم وطلابه. فله منى جزيل الشكل وعظيم الامتنان، سائلا المولى عز وجل أن يبارك فى علمه ووقته وأن يطيل فى عمره إنه سميع مجيب.

كما أتوجه بالشكر والتقدير إلى الأستاذ الدكتور/سيد أحمد محمود أستاذ ورئيس قسم المرافعات،كلية الحقوق جامعة عين شمس، على تفضله بالموافقه على المناقشة، والحكم على الرسالة، فله مني جزيل الشكر وجميل الامتنان وخالص الدعاء، وأسأل الله الله عزوجل أن يمتعه بدوام الصحة والعافية.

كما أتوجه بالشكر والتقدير إلى الأستاذ الدكتور/سامي عبدالباقي ابوصالح، أستاذ القانون التجاري والبحري المساعد،كلية الحقوق،جامعة القاهرة، الذي تفضل بالموافقه على المناقشة والحكم على هذه الرساله فله مني جزيل الشكر وجميل الامتنان وخالص الدعاء، ومتعه الله بالصحه والعافية.

المقدمه ١

الباب الأول

ماهية التحكيم المصرفي

تمهيد وتقسيم ٨
الفصل الأول: مفهوم التحكيم المصرفي وطبيعته القانونية ٩
المبحث الأول: مفهوم التحكيم المصرفي والوسائل البديلة لحسم المنازعات ١٠
المطلب الأول: مفهوم التحكيم المصرفي ١٠
المطلب االثاني: الوسائل البديلة لحسم المنازعات المصرفية ٢١
المبحث الثاني: طبيعة التحكيم المصرفي ٣١
المطلب الأول: النظرية التعاقدية ٣٣
المطلب الثاني: النظرية القضائية ٣٧
المطلب الثالث: النظرية المختلطة ٤٢
المطلب الرابع: النظرية المستقلة ٤٤
الفصل الثاني: حتمية التحكيم المصرفي وأنواعه ٤٧
المبحث الأول: حتمية التحكيم المصرفي ومزاياه ٤٩
المطلب الأول: حتمية التحكيم المصرفي بين المعارضة والتأييد ٥١
المطلب الثاني مزايا التحكيم المصرفي ٦١
المبحث الثاني أنواع التحكيم المصرفي ٦٨
المطلب الأول: التحكيم المؤسسي والتحكيم الحر ٦٩
المطلب الثاني: التحكيم الاختياري والتحكيم الإجباري ٧٦
المطلب الثالث: التحكيم المقيد والتحكيم المطلق ٨١
المطلب الرابع: التحكيم الداخلي والتحكيم الدولي ٨٣

الباب الثاني
اتفاق التحكيم والمصرفي وشروطه

تمهيد وتقسيم ٩٥
الفصل الأول مفهوم اتفاق التحكيم المصرفي والية انعقاده. ٩٦
المبحث الأول: مفهوم اتفاق التحكيم المصرفي واستقلاله ٩٧
المطلب الأول: مفهوم اتفاق التحكيم المصرفي ٩٧
المطلب الثاني: استقلال شرط التحكيم المصرفي ١٠١
المبحث الثاني: آليات انعقاد التحكيم المصرفي ١١١
لمطب الأول شرط التحكيم المصرفي ١١٢
المطلب الثاني مشارطة التحكيم المصرفي ١١٧
المطلب الثالث التحكيم بالإحالة ١١٩
الفصل الثاني شروط اتفاق التحكيم المصرفي ١٢٦
المبحث الأول الشروط الموضوعية للتحكيم الصرفي ١٢٨
المطلب الأول الرضا ١٢٩
الفرع الأول الرضا الضمني بالتحكيم في معاملات البنوك ١٣١
الفرع الثاني القانون الواجب التطبيق على الرضا وسلامته ١٣٥
المطلب الثاني الأهلية ١٣٨
الفرع الأول أهلية المصارف في إبرام اتفاق التحكيم ١٤١
الفرع الثاني توقيع اتفاق التحكيم ممن لا يملك سلطته ١٤٩
المطلب الثالث قابلية النزاع للتسوية بطريق التحكيم ١٥٤
الفرع الأول الشروط الموضوعية للتصالح في جرائم البنوك ١٦٦
الفرع الثاني الشروط الشكلية للتصالح ٢٠٣
المبحث الثاني الشروط الشكلية للتحكيم المصرفي ٢٠٩
المطلب الأول الكتابة وسيلة لإثبات اتفاق التحكيم ٢٠٩
المطلب الثاني الكتابة ركن لانعقاد اتفاق التحكيم ٢١١

الباب الثالث

أثر اتفاق التحكيم على العمليات المصرفية

تمهيد وتقسيم ٢١٧
الفصل الأول أثر اتفاق التحكيم على الورقة التجارية ٢١٨
المبحث الأول ماهية الورقة التجارية وشروطها ٢٢٠
المطلب الأول ماهية الورقة التجارية ٢٢١
الفرع الأول وظائف الورقة التجارية ٢٢٣
الفرع الثاني خصائص الورقة التجارية ٢٢٥

المطلب الثاني الشروط اللازم توافرها في الورقة التجارية ٢٢٨
المبحث الثاني أثر اتفاق التحكيم على الأوراق التجارية ٢٣٣
المطلب الأول مدى جواز إدراج شرط التحكيم في الورقة التجارية ٢٣٣
المطلب الثاني الاثار القانونية لشرط التحكيم الوارد في متن الورقة التجارية ٢٤٠
المطلب الثالث خصوصية آثار شرط التحكيم بالنسبة للشيك ٢٤٤
الفرع الأول أثر التحكيم في الشيك كمنازعة مدنية ٢٤٥
الفرع الثاني أثر التحكيم في الشيك على الدعوى الجنائية ٢٤٧
الفصل الثاني أثر اتفاق التحكيم على الكفالة المصرفية ٢٥٢
المبحث الأول ماهية الكفالة المصرفية وخصائصها ٢٥٣
المطلب الأول ماهية الكفالة المصرفية ٢٥٣
المطلب الثاني خصائص الكفالة المصرفية ٢٥٥
المبحث الثاني أثر شرط التحكيم على الكفالة ٢٦١
المطلب الأول مدى أمكانية تمسك الدائن بشرط التحكيم في مواجهة الكفيل ٢٦٢
الفرع الأول نسبية أثر العقد على التمسك بشرط التحكيم ضد الكفيل ٢٦٢
الفرع الثاني أثر تبعية عقد الكفالة الأصلي على التمسك بشرط التحكيم ضد الكفيل ٢٧٠
الفرع الثالث مدى اعتبار الكفيل منضما أو مصدقا على العقد الاصلي ٢٧٢
المطلب الثاني تمسك الكفيل بشرط التحكيم ٢٨٠
الفرع الأول تمسك الكفيل بشرط التحكيم في مواجهة الدائن ٢٨٠
الفرع الثاني تمسك الكفيل بشرط التحكيم في مواجهة المدين ٢٨٤
الفصل الثالث أثر اتفاق التحكيم على خطاب الضمان ٢٨٧
المبحث الأول ماهية خطاب الضمان والعلاقات الناشئه عنه ٢٩٠
المطلب الأول ماهية خطاب الضمان وعناصره ٢٩٠
الفرع الأول ماهية خطاب الضمان ٢٩١
الفرع الثاني عناصر خطاب الضمان ٢٩٥
المطلب الثاني العلاقات الناشئة عن خطاب الضمان ٢٩٨
الفرع الأول العلاقة بين العميل الآمر والمستفيد ٢٩٩
الفرع الثاني العلاقة بين العميل الآمر البنك ٣٠٠
الفرع الثالث العلاقة بين البنك والمستفيد ٣٠٢
المبحث الثاني اثر اتفاق التحكيم على خطاب الضمان ٣١٠

المطلب الأول اتفاق التحكيم الوارد في عقد الاساس ٣١١
الفرع الأول الأساس القانوني لعدم الاحتجاج بشرط التحكيم الوارد في عقد الاساس ٣١٢
الفرع الثاني اثر اتفاق التحكيم على تنفيذ البنك لالتزامه ٣٢٠
الفرع الثالث مدى خضوع حق المستفيد من الضمان للتحكيم ٣٢٤
المطلب الثاني اتفاق التحكيم الوارد في خطاب الضمان ٣٣١

الباب الرابع
إجراءات التحكيم في العمليات المصرفية

تمهيد وتقسيم ٣٣٤
الفصل الأول بدأ إجراءات التحكيم المصرفي ٣٣٦
المبحث الأول طلب التحكيم المصرفي ٣٣٧
المطلب الأول طلب التحكيم وفقا لبعض لوائح مراكز التحكيم المصرفية ٣٣٩
الفرع الأول طلب التحكيم وفقا لمركز الوساطة والتحكيم لدى اتحاد المصارف العربية ٣٤١
الفرع الثاني طلب التحكيم وفقا لقرار البنك المركزي المصري ٣٥٢
المطلب الثاني تنظيم المسائل الأولية في إجراءات التحكيم المصرفي ٣٥٤
الفرع الأول تنظيم المسائل الأولية في إجراءات التحكيم عن طريق الأطراف ٣٥٥
الفرع الثاني تنظيم المسائل الأولية في إجراءات التحكيم عن طريق هيئة التحكيم ٣٥٧
المبحث الثاني تشكيل هيئة التحكيم المصرفي ٣٦٨
المطلب الأول تشكيل هيئة التحكيم بواسطة الأطراف ٣٧٠
المطلب الثاني تشكيل هيئة التحكيم بواسطة مراكز التحكيم ٣٧٥
المطلب الثالث تشكيل هيئة التحكيم بواسطة القضاء ٣٨٥
المطلب الرابع نصاب هيئة التحكيم في حالة التعدد ٣٩٣
الفصل الثاني إجراءات نظر النزاع وإصدار حكم التحكيم المصرفي ٣٩٥
المبحث الأول إجراءات نظر النزاع من قبل هيئة التحكيم المصرفي ٣٩٥
المطلب الأول إجراءات نظر النزاع وفقا للائحة اتحاد ٣٩٦

المصارف العربية وقرار البنك المركزي المصري
المطلب الثاني وسائل الاثبات الجائز استخدامها أمام هيئة التحكيم ٤٠٥
المبحث الثاني حكم التحكيم المصرفي ٤١٢
المطلب الأول القانون الواجب التطبيق على موضوع النزاع ٤١٤
المطلب الثاني مدة إصدار حكم التحكيم المصرفي ٤٢٠
المطلب الثالث شكل حكم التحكيم المصرفي ٤٢٩
المطلب الرابع تفسير وتصحيح حكم التحكيم المصرفي ٤٤١
الفرع الأول تفسير حكم التحكيم المصرفي ٤٤٣
الفرع الثاني تصحيح حكم التحكيم المصرفي ٤٥١
الخاتمة ٤٥٧
الملاحق ٤٦٢
قائمة المراجع ٥٠٠
الملخص العربي ٥٢٣
الملخص الانجليزي ٥٢٦
الفهرس ٥٢٩

μ

لا شك أن للبنوك دوراً حيوياً وأثراً بالغ الخطورة على الاقتصاد بصعيديه القومي والدولي، مما يجعلها محور اهتمام الدارسين القانونيين والاقتصاديين على حد سواء، وذلك لبحث السبل والوسائل المساعدة على تعزيز دورها الريادي في خدمة الاقتصاد والاستقرار في أي قطر من الأقطار ، فهذه المؤسسات تلعب دوراً هاما في شتى الأقطار، فهي تساهم مساهمة فعالة في الحراك الاقتصادي ، وتمثل أداة ربط يعول عليها كثيرا في التجارة الدولية.

إلا أن البيئة المصرفية تعد من أكثر البيئات تعقيدا، نظراً لعوامل عدة يأتي في مقدمتها التغير السريع الذي يطرأ عليها، وخضوعها لكافة التقلبات الحاصلة في الساحة السياسية والاقتصادية، وما ينتج عنها من أزمات مالية واقتصادية متصاعدة، أدت في كثير من الأحيان إلى ظهور منازعات بين المتعاملين في إطارها، وهذه المنازعات وآلية الفصل فيها تعد هماً يؤرق العاملين والمتعاملين في البيئة المصرفية، فبالنظر إلى الواقع الذي تعيشه المنازعات الدائرة في أروقة المحاكم نجد أنها تمثل إشكالية كبرى للبنوك، نظراً لما يرافق قضاء الدولة من عوائق وإشكاليات لا تتوافق مع طبيعة البيئة المصرفية، فمحدودية المعلومات المصرفية لدى الهيئات القضائية، تمثل أحد أسباب إطالة أمد النزاع، فالبيئة المصرفية بيئة متجددة بشكل دائم في نظمها ومعاملاتها وفقاً للتطورات الحاصلة في أطار القطاع المصرفي، مما يصعب معه الإلمام بهذه التطورات بشكل دائم هذا من جهة، ومن جهة أخرى فأن سياسة النفس الطويل التي تسيطر على أروقة

المحاكم لا تكون منسجمة نهائيا مع طبيعة البيئة المصرفية، التي تدور في فلك يعد الزمن عامله الرئيسي.

وهذا يحتم على القائمين عليها البحث عن حلول لتجاوز هذه الأزمات، وهو ما يتطلب لجوءهم إلى جهات مختصة لفض المنازعات. لذا كان لابد من البحث عن وسائل بديلة لفض المنازعات المصرفية، وفي هذا الشأن يبرز دور التحكيم كوسيلة بديلة لحسم المنازعات المصرفية، فهو يمثل بوابة هامة للقضاء على مشكلة تؤرق المشتغلين في هذا المجال لما يحققه من مزايا متعددة ومتنوعة، تتوافق في مجملها مع طبيعة هذه البيئة.

وبالنظر إلى الخلفية التاريخية للتحكيم المصرفي نجد أنه قد تم استخدام التحكيم في الولايات المتحدة الأمريكية على نطاق واسع ، بيد أنه لم يستخدم على ذات النحو في البلدان الأخرى، ولعل سبب ظهوره في الولايات المتحدة الأمريكية يعود لمحاولة البنوك الابتعاد عن غلو أحكام هيئات المحلفين والعلنية المضرة.

وقد كانت تجربة البنوك تجاه التحكيم إيجابية، ومما يدل على ذلك أن معظم البنوك في الولايات المتحدة الأمريكية قد استمرت في استخدام شرط التحكيم بسبب الفوائد الملحوظة التي ترتبت على ذلك. فأول بنك استخدم التحكيم هو بنك أمريكا(BANK OF AMERICA) الذي وضع شروط تحكيم ملزمة في جميع وثائقه التجارية منذ عام١٩٨٦م . وقد حذت حذوه بنوك أخرى.

ففي السنوات الأولى كانت هناك نزعة لاستخدام شرط التحكيم في العقود التجارية، و في يوليو ١٩٩٢م تبنى بنك أمريكا التحكيم لاستخدامه في أغلب أعماله

نظرا لما حققه التحكيم المصرفي من مزايا متعددة [1].

إلا أن المتأمل لواقع الحال في البيئة المصرفية وآليات فض المنازعات فيها في أطار محيطنا العربي، يجد أن هناك عزوفاً عن التحكيم في العمليات المصرفية، حيث يبرر سبب ذلك العزوف إلى عدم مواكبة التحكيم وملاءمته للفصل في المنازعات المصرفية، بالرغم من أن واقع الأمر يضعنا أمام حقيقة لابد أن نقف أمامها وهي أن التحكيم يعد الوسيلة الأمثل لفض المنازعات المصرفية، وذلك لما يحققه من مزايا متعددة تتوافق مع طبيعة هذه البيئة واحتياجاتها، فحريُ بالعاملين والمتعاملين مع القطاع المصرفي إبلاء التحكيم عناية خاصة في الفصل في المنازعات الدائرة فيما بينهم.

مشكلة البحث:

تتمثل مشكلة البحث في أن موضوع الفصل في منازعات المصارف، بعد أحد أهم المشاكل التي تؤرق القائمين على الجهاز المصرفي وكذا المتعاملين معه، فالمنازعات في مجملها تدور حول سيولة نقدية أو ما ارتبط بها من ضمانات.

([1])DAVID WILSON, USE OF ARBITRATION IN BANKING AND FINANCIAL SERVICES DISPUTES, Paper Works in Nduhaltgim in banking and Financial disputes, Bahrain, 14-15 April 1997, P245

* نجد في لبنان أن جمعية المصارف بلبنان قد أقرت بتاريخ ١٩٩٦/١١/١٥م وبموجب التعميم الصادر عنها إلى المصارف رقم٩٦/١٠٠بتاريخ١٩٩٦/١١/٢٠م تضمين العقود التجارية التي تبرمها مع عملائها البند ألتحكيمي التالي :"جميع الخلافات التي تنشأ عن هذا العقد يتم حسمها نهائيا وفقا لنظام المصالحة والتحكيم لدى غرفة التجارة والصناعة في بيروت بواسطة محكم أو عدة محكمين ،يتم تعينهم طبقا لذلك النظام ، ويصرح كل فريق أنه يوافق على أحكام النظام المذكور وتنفيذ بنوده كافة "

ونظرا لكون القضاء يمثل المرجع الأساس في الفصل في مثل هذه المنازعات الدائرة، فإن المشكلة الأكبر التي تظهر على الساحة تتمثل في طول أمد الإجراءات هذه من ناحية ومن ناحية أخرى عدم إلمام القضاء بالتطورات الدائمة في البيئة المصرفية، مما يستلزم الاستعانة بخبراء لهم دراية بالبيئة المصرفية للمساعدة في بيان بعض الحقائق والمعلومات الفنية.

وفي ظل عالم متقلب وبات الاقتصاد ركيزته الأولى كان لابد من إيجاد حل لمثل هذه المشكلة والتي يعد التحكيم أحد أهم الحلول لمعالجتها، بحيث يوفر بيئة للمنازعات المصرفية تكون متوافقة مع طبيعة البيئة المصرفية وما تتطلبه من سرعة وسرية وحسم في النزاع .

أهمية البحث

تبدو أهمية البحث عن التحكيم في المنازعات المصرفية، فيما يحققه التحكيم لأطراف النزاع من مزايا متعددة تخفوا أمامها سلبيات التحكيم، ليظهر لنا التحكيم في صورته الزاهية كوسيلة فعاله لتجاوز عوائق القضاء، فأطراف المعادلة في المنازعة المصرفية يغلب عليهم الاحترافية في إدارة شؤونهم ، ومن ثم فهم حريصون على الاستفادة القصوى من مزايا التحكيم، لاسيما في ظل ما تخضع له الأسواق المالية من تقلبات سريعة ومتعددة.

منهج البحث:

المقصود بالمنهج، الأدوات التي يستخدمها الباحث عند فحص الظاهرة القانونية محل دراسته، ولا شك أن ثمة علاقة وثيقة تقوم بين المنهج والموضوع محل الدراسة، وبناء على ذلك انتهجنا في بحث هذا الموضوع منهجاً مختلطاً،