التحكيم في المنازعات المصرفية

"دراسة في القانون الليبي"

د. سالمة فرج الجازوي[1]

المقدمة:

التحكيم من الموضوعات التي يبرق نجمها يوماً بعد يوم، نظراً لما يحققه للمتقاضين من سرعة الفصل في المنازعات وبساطة في الإجراءات، ويعد التحكيم من الموضوعات التي تشغل مكاناً بارزاً في الفكر القانوني على المستوى العالمي، وقد أولى الفقه هذا الموضوع اهتماماً كبيراً في الآونة الأخيرة التي شهدت حركة تشريعية وفقهية نشطة في مختلف الدول.

وتبرز أهمية التحكيم المصرفي في ما قد تخلفه الأزمات المالية في الدولة وتأثيرها على المصارف وكثرة المنازعات والبحث عن طريق لمعالجة هذه المنازعات، وتظهر أهمية التحكيم المصرفي أيضاً في أن المنازعات المصرفية التي تنشب بين المصارف وعملائها تبدو في أشد الحاجة إلى تقصير أمد التقاضي وتبسيط إجراءاته، نظراً لتمحور المنازعات المصرفية حول النقود، والتي تكون عرضة لتقلبات الحياة الاقتصادية من وقت إلى آخر[2].

وتظهر اشكالية البحث في كون المنازعات المصرفية من أعقد المنازعات وأهمها وأكثرها صعوبة وازدياداً في ظل التوسع في أعمال المصارف وزيادة أنشطتها، حيث تعتبر الأحكام القانونية المتعلقة بالأعمال المصرفية وأسواق المال والشركات من أكثر العمليات القانونية صعوبة، نظراً لتشابك المفاهيم وتعقدها فيما يتعلق بهذا المجال، الأمر الذي انعكس على طبيعة القواعد التي تحكم التنظيم القانوني لهذه الموضوعات؛ إذ أنها تحتاج إلى متخصصين على قدر عال من المهنية والكفاءة، وذلك لأهميتها البالغة وخطورة النتائج المترتبة على أصغر خطأ في تنظيمها.

---

[1]- عضو هيئة التدريس بكلية القانون بجامعة بنغازي.

[2]- محمود سمير الشرقاوي: ص2327.

وسنتبع في هذا البحث المنهج التحليلي والنقدي، وسيتم تقسيمه إلى مطلبين، نتناول في المطلب الأول ماهية التحكيم المصرفي، أما المطلب الثاني فسنتطرق فيه للإطار القانوني للتحكيم المصرفي.

المطلب الأول

ماهية التحكيم المصرفي

دراسة ماهية التحكيم المصرفي تلزمنا بتعريف التحكيم المصرفي، ومن ثم الحديث عن مزايا التحكيم المصرفي، وهذا ما سيتم تناوله في الفرعين الآتيين.

الفرع الأول- التعريف بالتحكيم المصرفي:

التعريف بالتحكيم المصرفي يلزمنا بتعريف التحكيم بصفة عامة، وتعريف المنازعات المصرفية، ومن ثَم تعريف التحكيم المصرفي، وذلك وفقاً للآتي:

أولاً- تعريف التحكيم:

يعرف البعض التحكيم بأنّه طريق اتفاقي لتسوية المنازعات بين الأطراف، بمقتضاه يخرج النزاع من ولاية قضاء الدولة، ويعهد به إلى فرد أو هيأة للفصل فيه[3].

وعرّف آخرون التحكيم بأنه اتفاق أطراف العلاقة القانونية، سواء أكانت عقدية أو غير عقدية، على الفصل في المنازعة التي ثارت بينهم، أو يحتمل أن تثور، عن طريق أشخاص يتمّ اختيارهم كمحكمين، ويتولى الأطراف تحديد أشخاص المحكمين، وقد يعهدون لهيأة أو مراكز التحكيم الدائمة لتتولىّ تنظيم عملية التحكيم، وذلك وفقاً للقواعد أو اللوائح الخاصة بهذه الهيئات أو المراكز[4].

فالتحكيم إذَا هو اتفاق الأطراف على اختيار شخص أو عدة أشخاص للقيام بالفصل في النزاع بدلاً من رفعه إلى القضاء العادي، وهذا الاتفاق قد يكون خاصّاً بما قد ينشأ من منازعات في المستقبل، ويتخذ صورة شرط يدرج في العقود عند إبرامها، ويُسمَّى شرط التحكيم، وقد يكون خاصّاً بنزاع قائم يراد تسويته، ويُسمَّى في هذه الحالة مشارطة التحكيم[5].

ويتَّضح من هذه التعاريف أنه:

---

[3]- عبد الحميد علي زيادة: ص56.

[4]- محمود مختار أحمد بربري: ص5.

[5]- أحمد عمر أبو زقية: ص 23.

1- على الرغم من عدم اتفاق الفقهاء على تعريف محدد للتحكيم، إلا أنّ هناك اتفاقاً بينهم على أن التحكيم هو نظام قانوني يتجه إليه الأفراد لفضّ المنازعات بعيداً عن القضاء.

2- التحكيم هو وسيلة لفضّ النزاع يتمُّ باتفاق بين شخصين أو أكثر على إحالة المنازعات الناشئة بينهم إلى محكمين لتسويتها، وهو يمرُّ بعدة مراحل، تبدأ بمرحلة الاتفاق على التحكيم، ثم عرض النزاع على المحكّمين الذين تمَّ اختيارهم، ثم مرحلة النظر في النزاع، وذلك باتباع إجراءات معينة، ثم صدور الحكم وتنفيذه.

3- قد يتفق الأطراف على التحكيم قبل حدوث نزاع بينهم، فيرد في اتفاقهم الذي ينظم علاقتهم الأصلية، وقد يحررون وثيقة أو اتفاقاً مستقلاً، ويضمنونه اتفاقهم على إحالة ما قد يثور بينهم من منازعات بمناسبة العقد الأصلي إلى التحكيم، ويُسمىّ مثل هذا الاتفاق بشرط التحكيم، ويجوز للأطراف إبرام اتفاق التحكيم بعد حدوث النزاع بينهم، ويُسمىَّ هذا الاتفاق بمشارطة التحكيم.

4- وجود خلط لدى العديد من الباحثين بين التحكيم، وهو نظام يهدف إلى حسم النزاع الواقع بين الأفراد، واتفاق التحكيم، هو وسيلة لتحقيق هذا الهدف، وهذا واضح من خلال التعاريف السابق ذكرها.

5- لم يتم تحديد محلّ التحكيم في التعاريف الوارد ذكرها، فليست كل منازعة يمكن أن تحسم عن طريق التحكيم[6].

ثانياً- تعريف المنازعات المصرفية:

المنازعات المصرفية هي الخلاف الذي يحدث بين المصرف وعميله، أو بين مصرف وآخر، نتيجة لممارسة المصرف عملاً مصرفياً، سواء أكان عملاً تقليدياً، كفتح الحسابات أو تلقي ودائع أو تقديم قروض، أو كان عملاً غير تقليدي، كطائفة الأعمال التي ظهرت نتيجة

6- حيث تنص المادة 740 من قانون المرافعات على أنه "لا يجوز التحكيم في الأمور المتعلقة بالنظام العام، أو المنازعات بين العمال وأرباب العمل بشأن تطبيق الأحكام الخاصة بالتأمين الاجتماعي وإصابات العمل وأمراض المهنة، والمنازعات المتعلقة بالجنسية أو بالحالة الشخصية بما في ذلك التفريق البدني، على أنه يجوز أن يكون موضوع التحكيم تقديراً لنفقة واجبة في النظام الزوجي والعائلي، أو في الخلاف على مقدار المهر أو البائنة أو دعوى مالية أخرى ناشئة عن قضايا الأحوال الشخصية، كما يجوز التحكيم بين الزوجين فيما تجيزه أحكام الشريعة الإسلامية".

للتطور الاقتصادي، كعملية المبادلات والخيارات والمستقبلات والعقود الآجلة أو تبني المشاريع الاستثمارية في جميع القطاعات[7].

ومع أن المنازعات التي تثار بسبب الخدمات المصرفية لا يمكن حصرها، لكن أهمها المنازعات الحاصلة بسبب التأخير في السداد ودفع المستحقات، كذلك تقلب أسعار العملات، والمنازعات في عقود الوكالة في الاستثمار، بسبب عدم التقيد بالمواصفات، والمنازعات الحاصلة بسبب الاعتمادات المستندية، ودفع قيمة الاعتماد إلى المستفيد، إذا سلم المستندات مطابقة لخطاب الاعتماد، ثم اتضح أن البضائع في الحقيقة غير مطابقة، وكذلك في حالات هلاك المعقود عليه قبل أو بعد التسليم، والمنازعات الحاصلة في عقود الإيجار، مثل تغيير الأجرة، أو عدم الاتفاق على مؤشر معين في حالة الأجرة المتغيرة[8].

ثالثاً - تعريف التحكيم المصرفي:

لقد قمنا بتعريف التحكيم ومن ثم تعريف المنازعات المصرفية وبناءً على ذلك يمكننا تعريف التحكيم المصرفي بأنه اتفاق طرفين، أحدهما على الأقل مصرف، على تسوية النزاع الذي نشأ أو قد ينشأ بينهما بمناسبة العمليات المصرفية، بإحالته إلى محكم أو أكثر للفصل فيه[9].

الفرع الثاني- مزايا التحكيم المصرفي:

التحكيم بصفة عامة يمتاز بمزايا عدَّة، تجعله يفضل على التقاضي أمام المحاكم العادية، وللتحكيم المصرفي على وجه الخصوص عدة مزايا، نوضحها فيما يلي:

1- السرية: حيث إن إجراءات التحكيم والمرافعات فيه بعيدة عن العلنية الملازمة للقضاء العادي، وبذلك يستطيع رجال الأعمال إخفاء طبيعة نزاعهم وإجراءات التقاضي عن الجمهور[10]، إذ أن جلسات التحكيم لا يحضرها إلا الخصوم أو ممثلوهم والمحكمون أنفسهم،

7- صالح بن علي صالح الصويلح: ص 7.

8- محمد مرسي عبده: ص 338.

9- المرجع السابق: ص339.

10- حسين شحادة الحسين: ص166.

ومعظم قوانين التحكيم تنص على عدم جواز نشر الأحكام الصادرة في قضايا التحكيم إلا بإذن الأطراف أو موافقتهم، وهذه السرية تتناسب مع المعاملات الإلكترونية بوجه خاص، وسواء روعي في ذلك جانب المصرف أم جانب العميل، فكلاهما يحرص على سرية معاملاته[11].

2 – المرونة: المرونة في إجراءات التحكيم هي أيضاً من الميزات الأساسية له، حيث يمكن للأطراف اختيار الإجراءات واجبة التطبيق على التحكيم، والتي قد تبدو لهم أكثر ملاءمة لنزاعهم، وبذلك يتخلصون من القواعد القانونية الملزمة التطبيق في القضاء الوطني، كما يمكن للمتخاصمين أن يعفوا المحكمين من إتباع أي إجراءات ملزمة أثناء التحكيم[12].

كما أن المحكمين يخرجون غالباً عن القواعد القانونية الصارمة بتطبيقهم للنصوص التشريعية بطريقة مرنة، وبتفسير النصوص القانونية بمعزل عن اجتهادات المحاكم وتسلسل السلطة القضائية، وهذه الخاصية يراها المصرفيون سيئة، باعتبار أن المرونة من وجهة نظرهم تعني عدم استقرار القواعد القانونية، وبالتالي مخاطر إضافية[13].

3-خبرة وحيادية المحكمين: خبرة وحيادية المحكمين هي صفة إضافية للتحكيم، والحيادية في اختيار المحكمين بعيداً عن القضاء الوطني لأحد الأطراف المتعاقدة لها أهمية كبيرة في العقود الدولية، وبالتالي يمكن للأطراف أن يختاروا محكمين مستقلين وبعيدين عن الثقافة القضائية الواحدة، أو يتم اختيار هؤلاء المحكمين من هيأة دولية مستقلة.

كما أن اختيار المحكمين لا يتم بموجب معيار الحيادية فقط - وإن كانت نظرية أحياناً- إلا أن معيار الخبرة له حيز كبير في اختيارهم، فعند وجود نزاع ناتج عن عقد بناء، يكون تحديد المحكم نتيجة لخبرته في هذا المجال، بعكس القضاء الوطني حيث يمكن البت بالدعوى من قبل محكمة ليس لديها أي خبرة سابقة في مثل هذه العقود[14]. والقضاة مهما كانت خبرتهم

---

[11]- محمد سليم العوا: ص2380.

[12]- فلاح بن موسى الزهراني: ص180.

[13]- حسين شحادة الحسين: ص 166.

[14]- محمد سليم العوا: ص2380.

بالمسائل المالية والمصرفية لا يقارنون في هذا المجال بالمصرفيين الذين أمضوا حياتهم في حقل التخصص المصرفي.

إلا أنه لا يجوز المغالاة في حيادية وخبرة المحكمين، إذ غالباً ما يتم اختيار المحكم من قبل أحد الأطراف المتخاصمة، نظراً لتعاطفه أو قبوله أو على الأقل قربه بثقافته القانونية والشخصية من الطرف الذي سمّاه. وعلى المستوى الدولي هذه الحيادية لها تطبيقات يمكن أن تثير بعض التساؤلات، إذ أن اختيار المحكم الخبير شيء ضروري، إلا أنه يجعل من التحكيم، وبالذات الدولي منه، محصوراً على عدد معيّن من الأشخاص -الغربيين بشكل عام- المستفيدين من احتكارهم لهذا المجال المهم من الحياة القانونية والاقتصادية الدولية[15].

4– السرعة: أهم ميزات التحكيم المصرفي بالمقارنة مع القضاء العادي تتعلق بسرعة الوصول إلى قرار تحكيمي نهائي، وهذه الميزة ضرورية في الحياة التجارية التي تعتمد على صفتين هامتين، ألا وهما الائتمان التجاري والسرعة في إنجاز الأعمال التجارية. فكثيراً ما يصدر قرار المحكمين في أقل من ستة أشهر من استلامهم مهمة التحكيم، لأن أغلب دول العالم تنص على ذلك بموجب قانونها الداخلي، ولذلك يتمتع التحكيم التجاري الداخلي أو الدولي بصفة السرعة التي لا بد منها لحل النزاعات التجارية[16]، فالمشاكل المصرفية الناتجة عن التأخر في سدد الأموال مثلاً ستأخذ وقتاً طويلاً إذ ما تم اللجوء إلى القضاء، ولا شك أن ذلك سيؤدي إلى التأثير سلباً على التنمية الاقتصادية للدولة[17].

15- حسين شحادة الحسين: ص 166.

16- عبد السلام الجندوبي: ص 120.

17- محمد مرسي عبده: ص 340.

المطلب الثاني

الإطار القانوني للتحكيم المصرفي

سنقوم في هذا المطلب بدراسة الإطار القانوني للتحكيم المصرفي، سواءً أثناء اتفاق التحكيم أو خلال خصومة التحكيم، وذلك في فرعين، الأول نتناول فيه اتفاق التحكيم المصرفي، والثاني نتطرق فيه لموضوع خصومة التحكيم المصرفي، وذلك على النحو التالي.

الفرع الأول- اتفاق التحكيم المصرفي:

يبدأ التحكيم المصرفي باتفاق، فهو أول خطوة في التحكيم والأساس الذي يقوم عليه، ففي اتفاق التحكيم يحدد الأطراف الموضوع (محل التحكيم) والمحكّمين ومكان التحكيم والقانون واجب التطبيق. ودراسة اتفاق التحكيم المصرفي تقتضي تعريف اتفاق التحكيم المصرفي وبيان صوره، وذلك على النحو الآتي:

أولاً- تعريف اتفاق التحكيم المصرفي:

يُعرَّف اتفاق التحكيم المصرفي بأنّه تراضي أطراف علاقة قانونية معينة على اللجوء إلى التحكيم دون قضاء الدولة، لتسوية المنازعات المصرفية التي نشأت أو يحتمل أن تنشأ بينهم، وذلك بإصدار حكم مُلزم لهم[18]. فاتفاق التحكيم هو عقد مكتوب يلزم أطرافه بالالتجاء إلى التحكيم المصرفي لتسوية المنازعات التي نشأت، أو يمكن أن تنشأ بينهم بمناسبة علاقة قانونية معينة تربط بينهم[19]. وقد نَصَّتْ المادة 739 من قانون المرافعات الليبي على أنه "يجوز للمتعاقدين أن يشترطوا عرض ما قد ينشأ بينهم من النزاع في تنفيذ عقد معين على محكمين، ويجوز الاتفاق على التحكيم في نزاع معين بمشارطة تحكيم خاصَّة".

ثانياً- صُور اتفاق التحكيم المصرفي:

توجد ثلاث صُور لاتفاق التحكيم المصرفي، وسنقوم بدراستها وفقاً لما يلي:

---

[18]- المرجع السابق: ص 348.

[19]- عبد السلام الجندوبي: ص 48.

1-شرط التحكيم: وهو الاتفاق الذي تتعهد فيه الأطراف بعرض أي نزاع قد ينشأ مستقبلاً بخصوص تنفيذ عقد معين على هيأة التحكيم[20]. فشرط التحكيم اتفاق يرد ضمن نصوص العقد، ويقرر بموجبه الأطراف اللجوء إلى التحكيم؛ لتسوية المنازعات المستقبلية التي قد تثور حول العقد وتنفيذه، وغالباً ما يدرج هذا الشرط في العقد الأصلي، ولا يوجد ما يمنع من الاتفاق عليه في وثيقة مستقلّة، تُعَدُّ بمثابة ملحق للعقد الأصلي. وشرط التحكيم، سواء أكان بنداً في العقد أو جاء مستقلاً عن العقد، لا يؤثر ذلك في وصفه شرطاً للتحكيم، ما دام الاتفاق عليه كان قبل نشأة النزاع[21].

والملاحظ أنّه قد تتفق أطراف النزاع على إحالة كافّة المنازعات التي تثور بينهم للتحكيم، وهذا ما يعرف بشرط التحكيم العام، وقد تتفق الأطراف على اللجوء إلى التحكيم بشأن بعض المسائل المحددة، ويُطلق على شرط التحكيم في هذه الحالة شرط التحكيم الخاص.

وهنا نشير إلى مبدأ مهم، وهو مبدأ استقلال شرط التحكيم عن العقد الأصلي، حيث يعتبر هذا مبدأ من المبادئ المستقرَّة في القوانين الوطنية والاتفاقيات الدوليَّة، على أساس أنّه يستند على الوضع المختلف لكلٍ من العقدين: العقد الأصلي، وشرط التحكيم[22].

ويكون شرط التحكيم مستقلاً عن العقد الأصلي مصدر العلاقة القانونية بين الطرفين، حيث يعتبر اتفاق التحكيم مستقلاً عن هذا العقد، وإن كان قد تمَّ إدراجه ضمن بنود هذا العقد، وبهذا فإنّ بطلان العقد الأصلي، أو شرط التحكيم لا يؤثر على صِحَّة أو بطلان الآخر[23].

وقد قَضَتْ محكمة النقض الفرنسية بتاريخ 7 مايو 1963م بأنّ "شرط التحكيم، سواء أبرم منفصلاً أو مدرجاً في التصرف القانوني الذي يتعلق به، يكون له دائماً استقلال قانوني كامل، يحول دون إمكان تأثره بعدم صحة التصرف المحتملة"[24]. كما قضت ذات المحكمة

---

[20]- فلاح بن موسى الزهراني: ص85.

[21]- موسى خليل متري- أديب مفضي ميالة: ص 31.

[22]- فلاح بن موسى الزهراني: ص88.

[23]- وضاح نسيمة: ص82.

[24]- مشار إليه في أحمد عبد الكريم سلامة: ص 276

بأنّه: "في مجال التحكيم الدولي يتعين إعطاء عبارة اتفاق التحكيم مفهوماً موحَّداً، وأن يعامل على قدم المساواة شرط التحكيم الوارد في نصوص عقد ومشارطة التحكيم التي أُبرمت استقلالاً، بحيث يتمتع الاثنان بذات القدر من الاستقلالية... واتفاق التحكيم في المجال الدولي يتمتع كقاعدة عامة باستقلالية قانونية، لا تتأثر باحتمالات إبطال العقد الأصلي، مع ما يتبع ذلك من إقرار هيأة التحكيم في الاستمرار في نظر النزاع، وإصدار حكم واجب الاحترام"[25].

ولم ينص القانون الليبي على هذا المبدأ، الأمر الذي يعتبر قصوراً فيه؛ لذا نهيب بالمشرع الليبي النص عليه، خاصّة بعد تدخل المحكمة العليا الليبية، حيث قضت بأنّه "وإن كانت الوزارة قد لجأت إلى فسخ العقد اسناداً إلى المادة التاسعة منه، وهذا من حقها الذي لا مطعن عليه إذا قدرت أن هذا يقتضيه الصالح العام ... وبما أن نص البند السابع عشر من العقد صريح في أنّ أي نزاع أو خلاف قد ينشأ حول كيفية تطبيق أو تفسير هذا العقد، ويتعذر تسويته بواسطة الاتصالات المباشرة بينهما، يجب أن يعرض على هيأة تحكيم ... وبما أنّ النزاع يتناول حتماً وضمنياً تحقيق أسباب الفسخ مما يقتضي أعمال شرط التحكيم الذي ارتضته الوزارة في عقدها، والذي لا يجوز لها أن تجحده"[26].

ففي هذا الحكم أخذت المحكمة العليا الليبية بمبدأ استقلال شرط التحكيم عن العقد الأصلي، فهي ترى سريان شرط التحكيم الموجود في العقد، حتى ولو وقع فسخ للعقد بعد تحقق أسباب قادت لذلك الفسخ.

وفي قضية تتلخص وقائعها في أنّ الحكومة الليبية وقعت مع شركة B. P عقداً للبحث والتنقيب عن النفط، وبعد مدّة قامت الحكومة الليبية بتأميم شركات النفط مما حدا بهذه الشركة باللجوء إلى التحكيم، أكَّدت هيأة التحكيم مبدأ استقلال اتفاق التحكيم عن العقد الأصلي[27].

---

[25]- مشار إليه في المرجع السابق: ص277.

[26]- المحكمة العليا: طعن إداري رقم 16/28ق، جلسة 26 ربيع الأول1391هـ الموافق 2 مايو 1971م، مجلة المحكمة العليا، السنة السابعة، العدد الرابع، يوليو 1971م، ص49.

[27]- عبدالحميد علي زيادة: ص239.

2- مشارطة التحكيم: يطلق بعض الفقهاء على مشارطة التحكيم مصطلح عقد التحكيم، والمقصود بمشارطة التحكيم اتفاق يتمُّ بين الأطراف على تسوية النزاع الذي نشأ بينهم بالفعل، وذلك عن طريق التحكيم، فمشارطة التحكيم هي اتفاق بموجبه تتفق الأطراف على عرض النزاع القائم بينهم على التحكيم للفصل فيه[28]. وقد سبقت الإشارة إلى أنّ مشارطة التحكيم يتمُّ الاتفاق عليها بعد قيام النزاع في اتفاق لاحق، ومستقلّ عن العقد الأصلي في حالة كون النزاع نشأ عن عقد. ولا يجوز اللجوء إلى مشارطة التحكيم إلا في حالة خلو العقد محلّ النزاع من شرط التحكيم، فإذا وجد شرط التحكيم فهو الذي يطبق، ولا يتمُّ إبرام عقد التحكيم بين الأطراف، وهنا تظهر فائدة مشارطة التحكيم في حالة عدم إدراج الأطراف شرط التحكيم عند إبرام الاتفاق الأصلي[29].

3- التحكيم بالإحالة: في هذه الصورة من صور اتفاق التحكيم يشير أطراف العقد محلّ النزاع إلى وثيقة أخرى تحتوي على شرط التحكيم، وذلك باعتبارها جزءَ من العقد، وغالباً ما توجد علاقة بين العقد الأصلي الذي يتضمن الإحالة وبين الوثيقة التي تمَّت الإحالة إليها عند إبرام العقد الأصلي لفضِّ نزاع محتمل أن يكون بينهم[30].

وينسحب أثر هذا البند أو الشرط إلى العقد الأصلي، وتلتزم أطرافه به، بحيث تكون تسوية المنازعات الناشئة عن ذلك العقد عن طريق التحكيم، دون أن يستطيع الأطراف التنصل من ذلك بمقولة استقلال ذلك العقد الأصلي عن العقد أو الشروط العامة المحال إليها المحتوية على شرط التحكيم.

الفرع الثاني- خصومة التحكيم المصرفي:

خصومة التحكيم المصرفي هي مجموعة من الإجراءات يقوم بها أطرافُ الخصومة أو ممثلوهم، ويساعدهم في ذلك هيأة التحكيم، وفقاً لنظام يرسمه الأطراف في اتفاق التحكيم أو يحدده القانون. وخصومة التحكيم أكثر مرونة من الخصومة القضائية؛ لأنّ هيأة التحكيم هي

---

[28]- سوالم سفيان: ص 147.

[29]- فلاح بن موسى الزهراني: ص 90.

[30]- المرجع السابق: ص 88

التي تنظِّم هذه الإجراءات بنفسها، أو على هدي اتفاق التحكيم، وتنعقد خصومة التحكيم بمجرد تشكيل هيأة التحكيم، واتصّال دعوى الخصوم بها، وتحرص معظم القوانين على تحديد بداية إجراءات التحكيم ونهايتها. وهذه الإجراءات يمكن إيضاحها فيما يلي:

1- تعيين المحكم: يعرّف المحكّم بأنّه الشخص الذي تختاره الأطراف المتعاقدة لفضّ ما يدور بينهم من منازعات[31]، فهو شخص يتمتع بثقة أطراف النزاع، وأولوه سلطة الفصل في الخصومة القائمة بينهم، وقد يتمُّ تعيينه من جانب المحكمة، وقد اهتمّت التشريعات به ووضعت شروطاً يجب أن تتوفر فيه[32].

والأصل أن يتمَّ تعيين المحكّمين عن طريق أطراف التحكيم، وقد يتم تعيين المحكمين بأسمائهم في اتفاق التحكيم، أو يكتفي ببيان طُرق اختيارهم، وفي حالة عدم وجود اتفاق بين الخصوم على المحكّمين فإن المحكمة المختصة أصلاً بالنزاع هي التي تُعيين المحكّمين بناء على طلب أحد الأطراف، كما قد يتم تعيينهم عن طريق إحدى مراكز التحكيم[33].

2- مكان التحكيم: يقصد بمكان التحكيم المكان الذي يجب أن يصدر فيه حكم التحكيم، وهو عادةً ما يكون مكان اتخاذ الإجراءات التحكيمية، أمّا إذا تمّ التحكيم في أماكن متعددة، فإنّه يجب اختيار مكان واحد للتحكيم، وهو مكان إصدار حكم التحكيم[34]. وما يؤخذ على هذا التعريف أنه جعل مكان صدور الحكم هو مكان التحكيم، دون الأخذ في الاعتبار أي معيار آخر يمكن على أساسه تحديد مكان التحكيم.

وقد أخذ القانون الليبي بمعيار مكان صدور الحكم كمعيار لاعتبار التحكيم وطنياً أو أجنبيا، فإذا صدر حكم التحكيم في ليبيا فيعتبر التحكيم وطنياً، وإذا صدر خارج ليبيا فإنّ الحكم يعتبر أجنبياً، وهذا ما نصّت عليه المادة 761 من قانون المرافعات الليبي حيث قالت: "يجب

---

[31]- أحمد عبد الكريم سلامة: ص 238.

[32]- محمد مرسي عبده: ص 356.

[33]- موسى خليل متري- أديب مفضي ميالة: ص 33.

[34]- فلاح بن موسى الزهراني: ص132.

أن يصدر حكم المحكّمين داخل الأراضي الليبية، وإلا اتبعت في شأنه القواعد المقررة للأحكام الصادرة في بلد أجنبي".

ومن هذا النصّ يمكن استنتاج أن المشرّع الليبي تبنى معياراً شكلياً، وهو مكان صدور الحكم، ويؤخذ على هذا المعيار أنه لا يعطي أي اهتمام للإجراءات التي اتّبعها المحكّم في إصدار حكمه، والقانون الذي طبقه، والمكان الذي جرت فيه جلسات التحكيم، وبذَا فهذا النّص معيب، حيث إنّه أهمل جميع عناصر التحكيم، واكتفى فقط بالعنصر الشكلي، وهو مكان صدور الحكم.

والأصل أن تحدد أطراف اتفاق التحكيم مكان إجراء التحكيم، وإذا حدث، ولم يتفق الأطراف على مكان التحكيم، فإنَّ هيأة التحكيم تتولى تحديد هذا المكان مع مراعاة ظروف التحكيم[35].

3-القانون الواجب تطبيقه: يقصد بالقانون الواجب تطبيقه مجموعة القواعد القانونية التي يرى المُحَكِّمُ أنها ملائمة للتطبيق، أياً كان مصدرها، سواءً أكان قانوناً وطنياً، أم اتفاقيات دولية، أم قواعد متعارف عليها في التجارة الدولية بعيداً عن القوانين الوطنية للدول[36].

وأهمُّ ما يؤخذ على هذا التعريف أنّه يرى أنّ المُحَكِّمَ هو الذي يحدد القانون الواجب تطبيقه على النزاع، في حين أنّ الأصل أن أطراف اتفاق التحكيم هم الذين يقومون بتحديد القانون الواجب تطبيقه، وفي حالة عدم تحديدهم له فإنّ المحكّم هو الذي يحدده.

والقانون الواجب تطبيقه هو مجموعة القواعد القانونية التي تطبق على التحكيم منذ حصول الاتفاق عليه، ولحين إصدار الحكم، ويتمُّ تحديده عن طريق أطراف اتفاق التحكيم، أو يحدده المحكّم في حالة عدم قيام الأطراف بذلك[37].

35- عبد السلام الجندوبي: ص 123.

36- أحمد ضاعن السمدان: ص174.

37- محمد مرسي عبده: ص 361.

وتعتبر مسألة القانون الواجب تطبيقه من المسائل الخلافية بين أطراف العقد، وقد يؤدي تعثرها إلى الفشل في إبرام العقود، وذلك نظراً للأضرار الجسيمة التي قد يتحملها الأطراف نتيجة لهذا الاختيار.

ويبدو لأول وهلة أنّه من الممكن تطبيق قانون واحد على مراحل التحكيم كافة إجرائياً وموضوعياً، أي بدءاً من الاتفاق على طرح النزاع على التحكيم حتى صدور حكم فاصل في موضوع النزاع، بيد أنّ ذلك ليس أمراً ضرورياً دائماً، وذلك لأن الاعتبارات التي تدفع أطراف النزاع أو هيأة التحكيم إلى اختيار القانون واجب التطبيق على موضوع النزاع قد تختلف عن تلك الاعتبارات التي تدفعهم إلى اختيار القانون واجب التطبيق على إجراءات التحكيم، ولذا قام القضاء الفرنسي بالتأكيد على مبدأ الفصل بين القانون الواجب تطبيقه على الإجراءات، والقانون الواجب تطبيقه على الموضوع[38].

أما عن كيفية تحديد القانون الواجب تطبيقه فإن المادة 754 من قانون المرافعات الليبي تنص على أن "للخصوم أن يضمِّنوا عقد التحكيم، أو أي مشارطة أخرى للتحكيم، أو أي اتفاق لاحق يحررونه قبل أن يبتدئ المحكّمون في نظر القضية، قواعد معينة وإجراءات يسير عليها المحكّمون.

وفي حالة عدم قيامهم بذلك فللمحكّمين أن يضعوا القواعد التي يرونها صالحة، وإلا وجب مراعاة الأصول والمواعيد المتبعة أمام المحاكم".

ووفقاً لهذه المادة يتمُّ تحديد القانون الواجب تطبيقه عن طريق أطراف اتفاق التحكيم، سواءً أكان ذلك في اتفاق التحكيم، أم في اتفاق لاحق له، وفي حالة عدم اتفاق الأطراف على القانون واجب التطبيق فإنّ المحكّم هو الذي يحدد القانون الواجب تطبيقه على النزاع.

وهنا نود الإشارة إلى حكم التحكيم الصادر في 19 يناير 1977م في قضية Texsaco Galasiatic، حيث لجأ المحكّم إلى حيلة واضحة، وتم استبعاد القانون الليبي

---

[38]- يقصد بالقانون الإجرائي القانون الذي تطبقه هيأة التحكيم على الإجراءات التي تتمّ أمامها عند النظر في النزاع تمهيداً للفصل فيه. أما القانون الموضوعي فيقصد به القانون الذي يحكم موضوع النزاع، وحقوق الأطراف وواجباتهم التي تترتب على الحكم الصادر في الدعوى التحكيمية. انظر أبو العلاء علي النمر: ص 7وما بعدها.

لصالح المبادئ العامة للقانون الدولي، إذ قال المحكّم إنّ إعمال المبادئ العامة للقانون الدولي لا يكون فقط بسبب عدم وجود قانون داخلي لحكم مثل هذا النزاع، أو لعدم توافقه أو ملاءمته مع طبيعة العلاقة، إنما أيضاً بقصد حماية المتعاقد الأجنبي من التغيرات التي تقوم بها الدولة في قوانينها الداخلية بما يؤدي إلى الإخلال بالتوازن العقدي[39].

ففي هذه القضية نصَّ العقد على تطبيق مبادئ التشريع الليبي -وليس القانون الليبي- المتفقة مع مبادئ القانون الدولي، وفي حالة وجود هذه المبادئ المشتركة بينهما فيخضع العقد للمبادئ العامة، أمَّا في حالة عدم ملاءمة مبادئ القانون الليبي مع مبادئ القانون الدولي فيقوم المحكّم بتطبيق القانون الدولي، ولا شك أنّ هذه الحيلة لجأ إليها المحكّم من أجل استبعاد القانون الليبي.

وفي التحكيم المصرفي من الممكن النص على تطبيق الأعراف المصرفية كقانون المحكمين، وإلزامهم بوسائل إثبات اتفاقية بين الأطراف، وتجنب قواعد تنازع القوانين وإجراءات المحاكمات، لتجنب الوقت المهدور في إجراءات شكلية، وطبعاً دون أن يؤثر ذلك في المبادئ الأساسية لاحترام حق الدفاع وتبادل الدفوع والمساواة في المعاملة بين المتنازعين[40]

الخاتمة

أولاً- الخلاصة:

تناول البحث موضوع التحكيم في المنازعات المصرفية، حيث يعتبر التحكيم المصرفي وسيلة بديلة لحل المنازعات التي تحدث بين بين المصرف والعميل، ويتم اللجوء إليه نظراً للمزايا التي يقدمها من سرعة ومرونة وسرية وخبرات لدى المحكمين قد لا تتوفر في القضاء، وكذلك ضماناً لحياد المحكم خشية من انحياز القاضي لقوانين أو مواطني بلده، ولتلافي الأحقاد بين الخصوم، وللحصول على حكم نهائي قابل للتنفيذ دولياً، وتشجيعا للاستثمار، ومراعاة لخصوصية العمليات المصرفية.

[39]- Clunet 1977 p 350 مشار إليه في أبو العلاء علي النمر: ص 64.

[40]- موسى خليل متري، وأديب مفضي ميالة: ص 32.

ثانياً- النتائج:

- التحكيم في المنازعات المصرفية يمتاز بعدة مزايا، جعلت منه وسيلة بديلة وفعالة للفصل في المنازعات، حيث يوفر الوقت والجهد والخصوصية والمرونة، ويخفف العبء عن كاهل القضاء.

- يوفر التحكيم المصرفي السرية في المعاملات المصرفية بين المصرف والعميل، وفي هذا يختلف عن القضاء الذي تعتبر العلانية من أهم مبادئه.

- يحتاج التحكيم المصرفي لخبرة خاصة بالعمليات المصرفية وبالتحكيم واختصاص فني في هذا المجال.

- لما كان النشاط الرئيسي للمصارف هو التعامل في النقود، وما تتعرض له من تقلبات في سعر الصرف، فإن التحكيم المصرفي كوسيلة لحل المنازعات التي تنشأ عن العمليات المصرفية يكون هو الأنسب لفض تلك المنازعات، لما يتميز به من بساطة في الإجراءات وقصر مدته، مما قد يبعد الضرر عن المصارف والمتعاملين معها.

- التحكيم المصرفي لا يختلف في طبيعته عن أي نوع من أنواع التحكيم الأخرى، ولكن وجه الخلاف يكمن في الطبيعة الخاصّة للمنازعات المصرفية.

ثالثاً- التوصيات:

- تشجيع اللجوء إلى التحكيم المصرفي في منازعات العمليات المصرفية، نظراً لغياب المحاكم الوطنية والدولية المختصة بنظر المنازعات المصرفية وتعزيز ذلك.

- تنفيذ برامج تدريبية لرجال القانون والمصارف، لتفهم خصائص التحكيم وإجراءاته في منازعات المصارف؛ حتى تتحقق الأهداف المرجوة من التحكيم.

- إنشاء مركز خاص بالتحكيم في المنازعات المصرفية.

- إنشاء هيأة تحكيمية تابعة لمصرف ليبيا المركزي، تكون وظيفتها حسم المنازعات الناشئة عن العمليات المصرفية.

- نوصي المصارف الليبية بإدراج شرط التحكيم في المعاملات المصرفية، بحيث يتم اللجوء إلى التحكيم عند حدوث منازعات، وذلك للاستفادة من المزايا التي تمتع بها التحكيم المصرفي.

المصادر

أولاً- الكتب:

- أبو العلاء علي النمر: القانون واجب التطبيق على المسائل الإجرائية في التحكيم، القاهرة، ط1، دار النهضة العربية، 1999م.
- أحمد عبد الكريم سلامة: التحكيم في المعاملات المالية الداخلية والدولية، القاهرة، ط1، دار النهضة العربية، 2006م.
- أحمد عمر أبو زقية: أوراق في التحكيم، بنغازي، جامعة قاريونس، ط1، 2003م.
- عبدالحميد علي زيادة: اتفاق التحكيم التجاري "دراسة مقارنة بالشريعة الإسلامية والقانونين المصري والليبي"، الإسكندرية، دار المطبوعات الجامعية، 2014م.
- محمود مختار أحمد بربري: التحكيم التجاري الدولي، القاهرة، دار النهضة العربية، ط2، 1999م.

ثانياً- الرسائل العلمية:

- عبد السلام الجندوبي: التحكيم في المنازعات المصرفية الإسلامية "دراسة فقهية- قانونية"، رسالة ماجستير، جامعة الزيتونة، 2016م.
- فلاح بن موسى الزهراني: التحكيم في المنازعات المصرفية في دول مجلس التعاون الخليجي "دراسة تأصيلية مقارنة تطبيقية"، رسالة ماجستير، جامعة نايف للعلوم الأمنية، 2010م.
- سوالم سفيان: الطرق البديلة لتسوية المنازعات المدنية في القانون الجزائري، رسالة دكتوراه، كلية الحقوق والعلوم السياسية، جامعة محمد خيضر، بسكرة، 2014م.

- صالح بن علي بن صالح الصويلح: تسوية المنازعات المصرفية في المملكة العربية السعودية، رسالة ماجستير، جامعة نايف للعلوم الأمنية، 2010م.

- وضاح نسيمة: التحكيم في الاعتماد المستندي، رسالة دكتوراه، كلية الحقوق والعلوم السياسية، جامعة جيلالي ليابس، 2017م.

ثالثاً- البحوث:

- أحمد ضاعن السمدان: القانون واجب التطبيق في التحكيم التجاري والدولي، مجلة الحقوق والشريعة، العدد الأول، السنة السابعة عشرة، 1993م.

- حسين شحادة الحسين: التحكيم في منازعات العمليات المصرفية، المجلة القضائية، العدد الرابع، 2013م.

- محمد سليم العوا: التحكيم في المعاملات المصرفية الإلكترونية، مؤتمر الأعمال المصرفية الإلكترونية بين الشريعة والقانون، غرفة التجارة والصناعة، دبي، 10-12 مايو 2003م.

- محمد مرسي عبده: التحكيم المصرفي كآلية للحد من مخاطر التحول إلى الاقتصاد الإسلامي، المؤتمر السنوي الثالث والعشرون، الاقتصاد الإسلامي: الحاجة إلى التطبيق وضرورات التحول"، كلية القانون، جامعة الإمارات العربية المتحدة، 6-7 أكتوبر 2015م.

- محمود سمير الشرقاوي: التحكيم في المعاملات المصرفية، مؤتمر الأعمال المصرفية الإلكترونية بين الشريعة والقانون، غرفة التجارة والصناعة، دبي، 10-12 مايو 2003م.

- موسى خليل متري- أديب مفضي ميالة: التحكيم في العمليات المصرفية في الدول ذات الاقتصاد المتحول -المثال السوري-، مجلة جامعة دمشق للعلوم الاقتصادية والقانونية، المجلد 26، العدد الأول، 2010م.