جامعة 08 ماي 1945

كلية الحقوق و العلوم السياسية

قسم الحقوق **تخصص قانون أعمال**

مذكرة مكملة لمتطلبات نيل شهادة الماستر في القانون

التحكيم في منازعات الاعتماد المستندي

من اعداد الطالبتين: **تحت اشراف الاستاذ الدكتور:**

_ صبرينة الشاوي **_ عصام نجاح**

_ خولة كشيتي

تشكيل لجنة المناقشة

الرقم	الأستاذ	الجامعة	الرتبة العلمية	الصفة
1	أ.د/ منية شوايدية	08 ماي 1945	استاذ	رئيسا
2	أ.د/ عصام نجاح	08 ماي 1945	استاذ	مشرفا
3	د/ حنان موشارة	08 ماي 1945	استاذ محاضر " أ "	عضو مناقشا

السنة الجامعية: 2022/2021

بسم الله

الرحمن الرحيم

" قالوا سبحانك لا علم لنا إلا ما علمتنا إنك أنت العليم الحكيم"

(الآية 32-سورة البقرة)

شكـــر و عـــرفان

الى الله تعالى نتوجه بالحمد و الشكر الذي احسن بنا لإخراج هذا العمل المتواضع الى الوجود

و صلي و سلم على سيد الاولين و الاخرين محمد عليه افضل الصلاة و السلام.

كما نتقدم بجزيل الشكر و فائق الاحترام و التقدير الى الاستاذ الدكتور " **عصام نجاح** " على قبوله عناء الاشراف رغم انشغالاته و ظروفه لم يبخل علينا بتوجهاته الثمينة و إرشاداته النيرة إلى حين إتمام العمل، فكل الاحترام و التقدير لك أستاذنا.

و كذلك نتقدم بالشكر الى الاستاذة الدكتورة " **منية شوايدية** " و الدكتورة " **حنان موشارة** " على قبولهم دعوة المناقشة.

الاهـداء

اهدي هذا العمل المتواضع:

إلى الحكيم **أبي** إلى الجدار الذي استند عليه و الى الكتف التي اضع عليها اثقالي، و الى اليد التي تربت عليا في كل حين الى اغلاهم على قلبي و اقربهم اليه.

الى من ادين ليها **امي** الغالية التي رافقتني من المدرسة الابتدائية الى الجامعة

اطال الله في عمركما

الي اخواتي " **احلام**" و " **هداية**" شكرا لكم على وجودكم معي و سندكم الدائم لي

الى زميلتي و شريكتي في هذا العمل المتواضع " **خولة كشيتي**" كنت خير شريكة

الى كل من قدم لي يد العون عن قريب او عن بعيد.

صبرينة

الاهـداء

أهدي هذا العمل المتواضع الى:

والدي العزيز أطال الله في عمره ، و الى نبع الحنان و سر الوجود أمي

الحنونة أسال الله أن يطيل عمرها، الى اخواتي الأحباء حفظهم الله.

الى صديقتي العزيزة التي شاركتني و تقاسمت هذا العمل معها

"صبرينة الشاوي"

الى كل أساتذتي الأعزاء من الطور الابتدائي

الى الجامعي(دفعة 2017).

الى كل من ساعدني و قدم لي يد

العون للإتمام هذا البحث المتواضع .

الى كل هؤلاء أهدي ثمرة جهدي

المتواضع.

خولة كشيتي

خطة الدراسة

مقدمة

الفصل الاول: الاعتماد المستندي محل التحكيم

المبحث الاول: ماهية الاعتماد المستندي

المطلب الاول: مفهوم الاعتماد المستندي

المطلب الثاني: خصائص الاعتماد المستندي و انواعه

المبحث الثاني: خصوصية الاعتماد المستندي

المطلب الاول: أطراف الاعتماد المستندي

المطلب الثاني: التكييف القانوني للاعتماد المستندي

الفصل الثاني: خصوصية التحكيم في الاعتماد المستندي

المبحث الاول: ماهية التحكيم في الاعتماد المستندي

المطلب الاول: مفهوم التحكيم و طبيعته القانونية

المطلب الثاني: اتفاق التحكيم

المبحث الثاني: اجراءات و آثار التحكيم المتعلق بالاعتماد المستندي

المطلب الاول: اجراءات التحكيم في الاعتماد المستندي

المطلب الثاني: آثار التحكيم في الاعتماد المستندي.

خاتمة.

مقـــــدمة

مقدمـة:

تعتبر التجارة الدولية عالم كبير فمجالها من اوسع المجالات، بالإضافة الى الاهمية التي تمثلها فهي تتميز بوجود العديد من التعقيدات التي تعرقلها و تصعب سيرها بالشكل العادي، لكن كل هذا يعد امر طبيعي بوجود عنصر اجنبي في العملية لان طبيعة العلاقة في حد ذاتها تكون خارج الحدود الاقليمية، وبالتالي فأطراف العملية التحكيمية يختلفون عن بعضهم البعض وهذا راجع لإزالة الصعوبات والعوائق لتتدخل البنوك محاولة لعب دور الوسيط الذي يربط بين هؤلاء الاطراف .

و أمام كل هذا ظهرت الحاجة الماسة للظهور ما يسمى بالاعتماد المستندي الذي نشأ بداية لتلبية حاجات التجارة الخارجية و ارتبط ارتباط وثيقا بالبيوع البحرية، ثم اندمج في اواخر القرن التاسع عشر كآلية مصرفية لتسوية الديون الناتجة عن التجارة الخارجية، و لكنه لم يعرف أنداك بالشكل الذي عليه الان الا بعد نهاية الحرب العالمية الاولى و ازدهر و ظهرت بعد ذلك بوادر نجاحه في نهاية الحرب العالمية الثانية.[1]

و عليه لا يمكننا انكار الدور البارز الذي يلعبه الاعتماد المستندي، فهو يتمتع بدور مهم في نطاق التجارة الدولية، و كذلك لأنه ساهم بشكل متميز في دعم عمليات التجارة الدولية بطرق مباشرة و تسهيل حركتها بشكل اساسي كونها احدى ادوات الائتمان التي تساهم في تمويل عمليات التجارة الدولية، و لديه أهمية بارزة بكونه اداة وفاء سريعة كما ذكرنا سابقا، بالإضافة الى قلة التكاليف التي يبحث عنها الكثير من المتعاملين.

فالاعتماد المستندي لديه دور مزدوج فهو اداة وفاء و ائتمان في آن واحد، و هو بذلك يوفر الامن و الثقة المطلوبة لأطراف البيوع الدولية، و في المقابل و نظرا للأهمية فهو نظام لا يخلو من التعقيد نظرا لتعدد اطرافه، و بالتالي تعدد و تشابك العلاقات القانونية التي تنشأ فيها بينهم.

و مما لاشك فيه أن هكذا نظام ينشأ عنه العديد من الخلافات و المنازعات بين أطرافه نظرا لاختلاف مصالحها و أهدافها، و هنا و من أجل اجاد حل لتلك النزاعات لابد من التطرق الى

[1]– فوزي محمد سامي، التحكيم التجاري الدولي(دراسة مقارنة لأحكام التحكيم التجاري الدولي)، دار الثقافة للنشر و التوزيع، عمان، دون سنة نشر، ص6.

القضاء المختص في مثل هكذا قضايا باعتبارنا في عصر السرعة فإن القضاء يحاول اضافة عنصر السرعة في الفصل في النزاع فتم تطور القضاء بأكثر من وسيلة من أجل مواكبته و موازنته مع سرعة ايقاع الانشطة الاقتصادية و الحياة ذات التطور السريع، رغم ذلك لازال القضاء العادي لم يصل الى ذلك التطور المطلوب بعد و لهذا تم اللجوء الى احد الوسائل البديلة لفض النزاعات، الا و هو التحكيم الذي يلعب دور بارز في هذا النوع من النزاعات التي تنشأ عن الاعتماد المستندي.

رغم أهمية الاعتماد المستندي و دوره في عملية التجارة الدولية الا أن المشرع الجزائري لم يتولاه بالتنظيم سوى بالإشارة اليه في قوانيين المالية فقط، لذا يعتبر التحكيم في الوقت الراهن الوسيلة الارجح لحسم النزاعات الناجمة عن الاعتماد المستندي.

و يعتبر من أكثر الطرق شيوعا لحسم المنازعات الدولية، و بعبارة اصح فهو اسلوب خاص و عدالة خاصة لتسوية المنازعات.

اذن فإن هذا الامر يستدعي منا التصدي لهذا النظام الذي يحتاج دراسته و التعمق فيه أكثر

للوصول الى استنتاج قانوني سليم فيما يخص التحكيم في منازعات الاعتماد المستندي بصفة خاصة.

و نظرا لأهمية الموضوع و انطلاقا من أهمية العمليات المصرفية و بالأخص الاعتماد المستندي في عمليات التجارة الدولية و نظرا للدور البارز في دعم التجارة الدولية و تسهيل حركتها، ما ينعكس و النمو الاقتصادي، و في جانب اخر الدور الهام الذي يلعبه التحكيم في حل المنازعات الناشئة عنه.

يرجع الهدف من هذا البحث الى تنويه المشرع الجزائري بأهمية الاعتماد المستندي في حركة التجارة الدولية وكذلك وضع قواعد واضحة باعتباره قد اهمله من الجانب القانوني و من جانب اخر ابراز دور التحكيم في منازعات الاعتماد المستندي بما انه من بين اهم الوسائل البديلة لحل النزاعات.

ترجع الاسباب و الدوافع التي ادت بنا الى اختيار موضوع التحكيم في منازعات الاعتماد المستندي الى عدة اسباب، منها اسباب ذاتية تتعلق برغبتنا الشخصية و ميولنا في دراسة هذا المجال و البحث فيه لكونه مرتبط بتخصص " قانون اعمال". اما عن الاسباب الموضوعية لاختيار الموضوع، هو الدور الكبير الذي يلعبه الاعتماد المستندي في دعم و تسهيل حركة التجارة الدولية و الاقتصاد العالمي، بالإضافة الى النزاعات القائمة بين اطرافه التي يتدخل التحكيم لحلها كونه وسيلة لفض النزاعات و تحقيق الاستقرار.

و كما هو متعارف عليه لا يوجد عمل لا يخلو من الصعوبات و العقبات و تجاوزها يجعلنا نتذوق ثمرة الجهد المبذول، و من الصعوبات التي واجهتنا:

– قلة الدراسات القانونية و الجزائرية خاصة في موضوع التحكيم باعتباره نظام حديث في القانون الجزائري.

– صعوبة البحث في الموضوع بحد ذاته لاسيما و امام تبيان الآراء و اختلافها بين مختلف الانظمة القانونية الاخرى خاصة ان الاعتماد المستندي، نظام لم يعنيه المشرع الجزائري الكثير من الاعتبار من الجانب القانوني مقارنة بالتشريع المصري و الفرنسي.

اما بالنسبة للدراسات الأكاديمية و الابحاث العلمية السابقة التي عالجت من قبل موضوع بحثنا، و لو في جانب من جوانب دراستنا فيمكننا الرجوع اليها للاستفادة منها ومن بين اهم هذه الدراسات السابقة نذكر ما يلي:

– وضاح نسيمة، التحكيم في الاعتماد المستندي، اطروحة مقدمة لنيل شهادة الدكتوراه في الحقوق، تخصص قانون اعمال، جامعة سيدي بلعباس، 2017/2016.

– محمد بواط، التحكيم في حل النزاعات الدولية، مذكرة لنيل شهادة الماجستير في القانون العام، جامعة حسيبة بن بوعلي، الشلف، 2008.

– شكيب كلوج، النظام القانوني للاعتماد المستندي، رسالة لنيل ديبلوم الدارسات العليا المعمقة في القانون الخاص، تخصص التجاري المقارن، جامعة محمد الاول، جدة، 2008.

و ما تتميز به دراستنا عن الدراسات السابقة ان هذه الاخيرة منها من احاط بالاطار المفاهيمي لاعتماد المستندي فقط دون تعمق في منازعاته بالإضافة الى حصره في مجال التجارة الدولية بصفة عامة، اما دراستنا فاختلافها انها جمعت دراسة موضوعين في موضوع واحد و هو كيف حاول التحكيم فض النازعات الناشئة عن عقد الاعتماد المستندي، و اغلب هده الدراسات دراسات نظرية.

و من هذا المنطلق يمكننا طرح الاشكالية على النحو التالي:

هل وفق المشرع الجزائري في وضع قواعد تحكيمية تتماشى و خصوصية الاعتماد المستندي؟

و للإجابة على الاشكالية المطروحة اعتمدنا على المنهج التحليلي، و ذلك من خلال تحليل النصوص القانونية التي جاءت بها الانظمة و الاعراف الخاصة بالاعتماد المستندي، و كذلك الاتفاقيات و الانظمة القانونية المتعلقة بالتحكيم. و الى جانب المنهج التحليلي تم الاعتماد على المنهج المقارن و ذلك من خلال تبيان اراء الفقهاء و الاتجاهات الفقهية سواء الخاصة بالاعتماد المستندي او التحكيم.

و لمعالجة موضوع بحثنا " التحكيم في منازعات الاعتماد المستندي " ، قمنا بتقسيمه الي فصلين:

تناولنا في الفصل الاول الاعتماد المستندي محل التحكيم، اما الفصل الثاني تناولنا فيه خصوصية التحكيم في الاعتماد المستندي.

و انتهى بحثنا بخاتمة تتضمن نتائج و بعض من الاقتراحات التي توصلنا اليها.

الفصل الأول

الفصل الأول: الاعتماد المستندي محل التحكيم

يعد الاعتماد المستندي من أهم الوسائل وأكثرها شيوعا في خدمة التجارة الدولية وتسهيل حركتها، وهذه الاعتمادات لا غنى عنها حيث تعتبر من أهم أدوات الوفاء والائتمان المصرفي، ومما لا شك فيه أن هكذا نظام مصرفي ينشأ عنه العديد من المنازعات والخلافات وهنا يظهر لنا الدور الفعال والهام الذي يلعبه التحكيم في حل وفض هذه النزاعات الناشئة عن الاعتمادات المستندية.

وعليه فإن دراسة هذا الفصل سوف تشمل مبحثين مهمين وهما كما يلي:

المبحث الأول: ماهية الاعتماد المستندي

المبحث الثاني: خصوصية الاعتماد المستندي

المبحث الأول: ماهية الاعتماد المستندي

الاعتماد المستندي يعتبر في التجارة الدولية من أهم وسائل الوفاء والضمان، وكذلك الائتمان لكل من المشتري (العميل) والبائع (المستفيد)، وهذا ما سنتناول دراسته من خلال هذا المبحث الذي يتضمن مطلبين: يتناول المطلب الأول مفهوم الاعتماد المستندي، أما المطلب الثاني فيتناول خصائص الاعتماد المستندي وأنواعه.

المطلب الأول: مفهوم الاعتماد المستندي

سنتطرق من خلال هذا المطلب إلى تحديد مفهوم الاعتماد المستندي وذلك من خلال تعريفين؛ التعريف التشريعي والتعريف الفقهي وهذا سنتناوله في الفرع الأول، أما الفرع الثاني فخصصناه إلى تحديد أهمية الاعتماد المستندي.

الفرع الأول: تعريف الاعتماد المستندي

سوف نتناول هنا تعريف الاعتماد المستندي وذلك من خلال التعريف التشريعي والتعريف الفقهي

أولا: التعريف التشريعي للاعتماد المستندي

الاعتماد المستندي هو عقد بمقتضاه يجوز للمصرف بأن يتصرف بناء على تعليمات أو طلب أحد عملائه بدفع لصالح شخص آخر يسمى المستفيد وذلك بدفع أو قبول سحبا، أو بتفويض مصرف آخر بدفع أو قبول سحوبات لصالح المستفيد مقابل مستندات مطابقة تماما للشروط الواردة في الاعتماد[1].

ومن التشريعات التي عرفت الاعتماد المستندي نجد:

المشرع القطري عرف الاعتماد المستندي في قانون التجارة رقم (27) لسنة 2006 في مادته 386 بأنه: "عقد يتعهد بمقتضاه البنك بفتح اعتماد بناء على طلب أحد عملائه يسمى "الآمر" في

[1]- خالد رمزي سالم البزايغة، الاعتمادات المستندية من منظور شرعي، دراسة فقهية قانونية، دار النفائس، الأردن، 2009، ص17، 18.

حدود مبلغ معين وللمدة معية لصالح شخص آخر يسمى "المستفيد" بضمان حيازة البنك للمستندات تمثل بضاعة منقولة أو معدة للنقل"[1].

وكذلك فعل المشرع المصري في قانون التجارة رقم 17 لسنة 1999 وعرف الاعتماد المستندي بصورة مباشرة في مادته 341 بأنه:

"1-عقد يتعهد البنك بمقتضاه بفتح اعتماد بناء على طلب أحد عملائه (ويسمى الأمر) لصالح شخص آخر (ويسمى المستفيد) بضمان مستندات تمثل بضاعة منقولة أو معدة للنقل.

2-عقد الاعتماد المستندي مستقل عن العقد الذي فتح الاعتماد بسببه، ويبقى البنك أجنبيا عن هذا العقد"[2].

ومنها أيضا قانون التجارة العراقي والذي عرفه في المادة 381 بأنه: "الاعتماد المستندي عقد يتعهد بمقتضاه بفتح اعتماد بناء على طلب أحد عملائه (الآمر بفتح الاعتماد لصالح شخص آخر (المستفيد) بضمان مستندات تمثل بضاعة منقولة أو معدة للنقل"[3].

وفي نفس السياق كذلك جاء نص المادة 371 من قانون التجارة الفلسطيني لسنة 2014.

أما في التشريع الجزائري فنجد أن المشرع الجزائري لم ينظم الاعتماد المستندي بصورة مباشرة بل نص عليه بطريقة ضمنية[4] في نظام 01/07 وبالتحديد في نص المادة 18 منه حيث جاء فيها ما يلي:

"تشكل وسائل الدفع في مفهوم المادة 17 أعلاه

---

[1]- المادة 386 من قانون التجارة القطري رقم 27 لسنة 2006 على الربط https://www.almeezam.qa زيارة بتاريخ 2022/06/03على الساعة 13:00

[2]- المادة 341 من قانون رقم 17 لسنة 1999، بإصدار قانون التجارة المصري، لجريدة الرسمية العدد 19 مكرر في 17 مايو سنة 1999 على الرابط https://www.kms.usc-org.org زيارة بتاريخ 2022/05/20على الساعة 11:15.

[3]- المادة 381 من قانون التجارة العراقي رقم 149 لسنة 1970 على الرابط https://www.iraqa.hjc-iq زيارة بتاريخ 2022/05/28 على الساعة 15:15.

[4]- عصام صبرينة، الاعتماد المستندي آلية جديدة للرقابة على التجارة الخارجية في التشريع الجزائري، مجلة آفاق للعلوم، جامعة تيزي وزو، الجزائر، المجلد 05، العدد 03، 2020، ص315.

-الأوراق النقدية

الصكوك السياحية

- الصكوك المصرفية أو البريدية

- خطابات الاعتماد

- السندات التجارية

- كل وسيلة أو أداة دفع مقومة بالعملة الأجنبية القابلة للتحويل بصفة حرة مهما كانت الأداة المستعملة"[1]

فنستنتج من هذه المادة أن المشرع لم يذكر الاعتماد المستندي بصورة مباشرة وإنما ذكره بصورة ضمنية في قوله خطابات الاعتماد.

كذلك نص المادة 27 منه تنص على: "يمكن استعمال مجموع المصطلحات التجارية (INCOTERM) التي تتضمنها أصول وأعراف الغرفة التجارية الدولية في العقود التجارية ما لم تنص الأحكام التشريعية أو التنظيمية على خلاف ذلك"[2].

نستنتج من خلال نص هذه المادة أن المشرع ذكر لنا ضمنيا مصطلح أعراف الغرفة التجارية الدولية للدلالة على الاعتماد المستندي[3].

ونجد كذلك المشرع الجزائري نص على الاعتماد المستندي في القانون 01/09 المتضمن قانون المالية التكميلي لسنة 2009 حيث نجد المادة 69 منه تنص على ما يلي: "يتم دفع مقابل

[1]- المادة 18 من النظام رقم 01/07 مؤرخ في 03 فبراير 2007 يتعلق بالقواعد المطبقة على المعاملات الجارية مع الخارج والحسابات بالعملة الصعبة، جريدة رسمية العدد 31، صادر في 31 مايو 2007.

[2]- المادة 27 من النظام 01/07.

[3]- عصام صبرينة، مرجع سابق، ص310.

الواردات إجباريا فقط بواسطة الائتمان المستندي تحدد السلطة النقدية والوزير المكلف بالمالية، عند الحاجة، كيفيات تطبيق أحكام هذه المادة"[1].

نستخلص من نص المادة 69 أن المشرع الجزائري أورد لنا مصطلح الائتمان المستندي للدلالة على الاعتماد المستندي واعتبرها الوسيلة التي يتم الدفع بها مقابل الواردات في التجارة الخارجية لكل البنوك الجزائرية بصفة إجبارية[2].

عموما نجد في النظام القانوني الجزائري أن البنوك الوطنية تتعامل بالاعتماد المستندي بدل الاعتماد الإيجاري[3].

ثانيا: التعريف الفقهي للاعتماد المستندي

الاعتماد المستندي عرفه الدكتور جمال الدين علي عوض بأنه: "الاعتماد الذي يفتحه البنك بناء على طلب شخص يسمى الآمر أيا كانت طريقة تنفيذه أي سواء كان بقبول الكمبيالة أو بخصمها أو بدفع مبلغ لصالح عميل لهذا الأمر ومضمون بحيازة المستندات الممثلة للبضاعة في الطريق أو معدة للإرسال"[4].

أما الأستاذ علي البارودي عرفه بأنه: "تعهد صادر من البنك بناء على طلب العميل (يسمى الآمر أو معطي الأمر) لصالح غير المصدر (ويسمى المستفيد) يلتزم البنك بمقتضاه بدفع أو بقبول كمبيالات مسحوبة عليه من هذا المستفيد وذلك بشروط معينة وإرادة في هذا التعهد ومضمون برهن حيازي على المستندات الممثلة للبضائع المصدرة"[5].

كما نجد جانب آخر من الفقه القانوني يعرفه بأنه:

---

[1]– المادة 69 من قانون رقم 01/09 مؤرخ في 22 يوليو 2009 يتضمن قانون المالية التكميلي لسنة 2009، جريدة رسمية العدد 44، صادر في 26 يوليو 2009.

[2]– أحمد معوج، النظام القانوني للاعتماد المستندي، مذكرة تكميلية لنيل شهادة الماستر، تخصص قانون أعمال ، كلية الحقوق والعلوم السياسية، جامعة العربي بن مهيدي، أم البواقي، 2016/2015، ص08.

[3]– فهيمة قسوري، دور الاعتماد المستندي في تسوية ثمن عقود التجارة الدولية، مجلة الباحث للدراسات الأكاديمية، كلية الحقوق والعلوم السياسية، جامعة الحاج لخضر، باتنة، العدد الثاني، 2014، ص149.

[4]– عوض علي جمال الدين، الاعتمادات المستندية، دراسة للقضاء والفقه المقارن وقواعد سنة 1983 الدولية، دار النهضة العربية، القاهرة، 1989، ص11.

[5]– البارودي علي، العقود وعمليات البنوك التجارية، منشأة المعارف، الإسكندرية، 1990، ص372.

عقد يتعهد بمقتضاه شخص يسمى (البنك) بناء على طلب أحد عملائه لصالح شخص ثالث يسمى المستفيد يلتزم فيه البنك فاتح الاعتماد بقبول أو الوفاء بقيمة سندات السحب عند التقيد بالشروط المحددة في الاعتماد[1].

كما نجد أيضا من يعرف الاعتماد المستندي على أنه:

تعهد قانوني صادر من بنك فاتح الاعتماد بناء على طلب شخص والذي يسمى العميل وذلك لصالح شخص آخر والذي يسمى بالمستفيد بضمان حيازة البنك للمستندات والتي تمثل بضاعة منقولة أو معدة للنقل[2].

كما يعرفه البعض كذلك على أنه:

أهم وسيلة دفع حديثة وأكثرها ثقة وضمان[3]، بالنسبة للمتعاملين بها المشتري (المستورد) البائع (المصدر) وذلك نظرا للبعد المكاني بين المتعاملين والتي تضمن لهما الحقوق والواجبات[4]، وعملية التبادل التجاري تتم دون الالتقاء الشخصي بين المستورد والمصدر فتكون عن طريق وسيط وهو البنك، فالمشتري هنا يدفع ثمن البضاعة للبائع متى استلم المستندات[5].

من خلال التعريفات السابقة الذكر نستنتج أنه هناك اختلاف في مسألة تعريف الاعتماد المستندي بين كل من التشريع والفقه، فالاختلاف يكمن في أن التشريع عند تطرقه إلى تعريف الاعتماد المستندي كيف طبيعته القانونية على أنها عقد[6]، بينما وقع التشابه بينهم على الجوهر وعلى نفس مضمون هذا الاعتماد من خلال التركيز على أطراف عملية الاعتماد وهم الآمر، العميل الذي

[1]– خالد رمزي سالم البزايغة، مرجع سابق، ص19.

[2]– عرفات أحمد المنجي، التحكيم في منازعات الاعتمادات المستندية (في الفقه والقانون المقارن)، المركز القومي للإصدارات القانونية، القاهرة، 2017، ص26.

[3]– رباح محمد / عقاب فاتح، الاعتماد المستندي كأداة بنكية في تمويل التجارة الخارجية، مذكرة لنيل شهادة الماستر في العلوم الاقتصادية، تخصص اقتصاديات المالية والبنوك، كلية العلوم الاقتصادية والتجارية وعلوم التسيير، جامعة أكلي محند أولحاج، البويرة، 2015/2014، ص77.

[4]– ماجد حميد عبد المهدي الجبوري، القانون الواجب التطبيق على الاعتماد المستندي، رسالة استكمالا للحصول على شهادة الماجستير، في القانون الخاص، كلية الحقوق، جامعة الشرق الأوسط، عمان، 2020، ص09.

[5]– خالد رمزي سالم البزايغة، مرجع سابق، ص11، 12.

[6]– فهيمة قسوري، مرجع سابق، ص149

يتم فتح الاعتماد بناء على أمره، والبنك فاتح الاعتماد الذي يفتح هذا الاعتماد طبقا للشروط الواردة في طلب فتح الاعتماد[1].

الفرع الثاني: أهمية الاعتماد المستندي

الاعتماد المستندي له دور جوهري في خدمة التجارة الدولية لأنه يضمن حقوق البائع المصدر والمشتري المورد[2]، ومن هنا يتضح لنا أن الاعتماد المستندي يمثل وسيلة ضمان، وكذلك وسيلة وفاء ،كما يمثل أيضا وسيلة ائتمان[3].

أولا: الاعتماد المستندي وسيلة ضمان

يعتبر الاعتماد المستندي وسيلة ضمان في التجارة الدولية[4]، لأن كل من الطرفين لديه التزامات اتجاه الطرف الآخر فالبائع والمشتري هنا لا يعرفان بعضهم البعض وكل واحد منهم لديه مخاوف وشكوك حول تنفيذ الطرف الآخر لالتزاماته لأن البعد المكاني بين المستفيد والعميل له تأثير كبير على ذلك فيولد لدى المشتري العميل شكوك حول ما إذا البائع سوف ينفذ ما اتفق عليه ويسلمه بضاعته وتكون مطابقة تماما للشروط المتفق عليها أم لا؟ وكذلك الحال بالنسبة للطرف الثاني البائع المستفيد من عدم التزام العميل بدفع الثمن المتفق عليه[5].

ولسد فجوة عدم الثقة جاءت فكرة الاعتماد المستندي لتحد من هذه الشكوك وهذه المشكلة وتسهل التعامل وتبقي حقوق الطرفين محفوظة ومضمونة لأنها تعتبر الوسيلة التي توفر الثقة للطرفين[6].

---

[1]– أحمد معوج، مرجع سابق، ص09.

[2]– خالد رمزي سالم البزايغة، مرجع سابق، ص12.

[3]– عرفات أحمد المنجي، مرجع سابق، ص68.

[4]– مرجع نفسه، ص88.

[5]–خالد رمزي سالم البزايغة، مرجع سابق، ص22.

[6]– محي الدين إسماعيل علم الدين، الاعتمادات المستندية ، المعهد العالي للفكر الإسلامي، القاهرة، 1996، ص35.

ثانيا: الاعتماد المستندي وسيلة وفاء

الاعتماد المستندي يقوم بوظيفة أساسية وهي أنه يعتبر وسيلة وفاء للطرفين بالتزاماتهم[1]، يلتزم المشتري العميل بدفع مستحقاته من خلال اعتمادات المستندية إلى البنك[2]، والبائع المصدر يقبض ثمن البضاعة قور تسليمه للمستندات إلى البنك حتى إذا لم تصل إلى المشتري بعد[3].

ثالثا: الاعتماد المستندي وسيلة ائتمان

الاعتماد المستندي يعتبر أداة ائتمان لكل من العميل والمستفيد.

العميل ويسمى كذلك (الآمر، المشتري) يحصل على بعض التسهيلات من البنك والتي تتمثل في عدم التسديد للبنك لأن العميل لا يستطيع الوفاء بقيمة البضاعة وبالتالي حصل على مساعدات وتسهيلات، حتى يعيد بيعها أو رهنها حتى لو أن البضاعة لم تصل بعد وذلك لتسديد ثمنها[4]، لأن البضاعة ما زالت في حوزة المستفيد لم تصل بعد إلى العميل وبالتالي هو ليس مضطر إلى تسديد مستحقات البضاعة كاملة، وعندما تصل مستندات الشحن أي البضاعة تقترب من الوصول هناك يتم تسديد الجزء الأكبر من قيمتها[5].

أما المستفيد (البائع) عندما ينفذ شروط الاعتماد ويسلم سند الشحن للبنك فإنه وقتها يحصل على مستحقات الاعتماد لأن البضاعة خرجت من حوزته واقتربت من ميناء الوصول إلى العميل حتى لو أن البضاعة ما زالت لم تصل إلى العميل بعد[6].

المطلب الثاني: خصائص الاعتماد المستندي وأنواعه

الاعتماد المستندي يتمتع بمجموعة من الخصائص والتي سوف يتم استعراضها من خلال الفرع الأول، أما الفرع الثاني فسنتناول فيه أهم أنواع وصور الاعتمادات المستندية.

---

[1]– عوض علي جمال الدين، مرجع سابق، ص08.

[2]– محي الدين إسماعيل علم الدين، مرجع سابق، ص36.

[3]– عرفات أحمد المنجي، مرجع سابق، ص70.

[4]– مرجع نفسه، ص70.

[5]– جمال يوسف عبد النبي، الاعتمادات المستندية، مركز الكتاب الأكاديمي، عمان، 2001، ص37.

[6]– عرفات أحمد المنجي، مرجع سابق، ص70.

الفرع الأول: خصائص الاعتماد المستندي

الاعتماد المستندي يتميز بعدة خصائص ومميزات تميزه عن غيره من العقود فنجد أن له خصائص عامة و خصائص خاصة يمتاز بها كوسيلة دفع في مجال التجارة الدولية نوضحها كما يلي:

أولا: الخصائص العامة للاعتماد المستندي

1-عقد رضائي

يتميز الاعتماد المستندي بأنه عقد رضائي، بمجرد اقتران الإيجاب والقبول وتطابق إرادتي الطرفين (المستورد) طالب الاعتماد و(البنك) فاتح الاعتماد[1]، ولم يوضع له المشرع قالبا أو شكلا معينا ومخصصا لإبرام العقد لكن جرت العادة والعمل به إلى أن يوضع له البنك نموذج معين مكتوب، لأن فتح الاعتماد يكون بتوفر إجراءات وشروط معينة لتجنب المخاطر التي يمكن أن تحصل في حالات النزاع والتي تكون من الصعب إثباتها بطرق الإثبات[2]، لكن الأصل هو عقد رضائي لا يتطلب الشكلية لإبرام العقد[3].

2-عقد تجاري

الاعتماد المستندي يعتبر بالنسبة للبنك فاتح الاعتماد عمل تجاري بطبيعته، أما بالنسبة للمشتري (العميل)فيعتبر تاجر ويعتبر بالنسبة له الاعتماد عمل تجاري بالتبعية، وإبرام عقد الاعتماد المستندي يتم غالبا في بلد البنك والمشتري وتطبيق النظام القانوني لنفس البلد[4]، فيثبت كل عقد تجاري، بمستندات رسمية و بمستندات عرفية و بفاتورة مقبولة و كذلك بالرسائل و بالإضافة الى دفاتر الطرفين و كذلك الاثبات بالبينة او بأية وسيلة اخرى..[5]

---

[1]- فهيمة قسوري، مرجع سابق، ص159.

[2]- الموقع الإلكتروني للدكتور عثمان التكروري: http://www.othman.ps، بتاريخ 2022/04/15، على الساعة 16:39.

[3]- فهيمة قسوري، مرجع سابق، ص159.

[4]- مرجع نفسه، ص159.

[5]- المادة 30 من الامر رقم 75 – 59 المؤرخ في 26 سبتمبر سنة 1975 الذي يتضمن القانون التجاري، المعدل و المتمم.

3-عقد ملزم للجانبين

عقد الاعتماد المستندي يعتبر من العقود التبادلية التي تنشئ التزامات متقابلة بين طرفيه[1]، العميل الآمر والبنك المنشئ والمصدر للاعتماد (دائن/مدين) الذي يترتب عليهم حقوق وتحمل التزامات[2].

4- عقد معاوضة

عقد الاعتماد المستندي يتميز بأنه من عقود المعاوضة، لأن فيه البنك يلتزم بفتح الاعتماد للمصلحة المصدر البائع، ولا يتم ذلك إلا مقابل التزام العميل الآمر[3] بدفع عمولة معينة أي تنتفي فيه نية التبرع[4].

ثانيا: الخصائص الخاصة للاعتماد المستندي

1- الاستقلالية

عقد الاعتماد المستندي منفصل وغير مرتبط بعقد البيع، إلا أن هذا الأخير من الآثار الناجمة عنه إبرام عقد الاعتماد المستندي، لكن عقد الاعتماد مستقل عنه، وكذلك نجد عقد الاعتماد منفصل عن خطاب الاعتماد رغم أن خطاب الاعتماد هو من آثار إبرام عقد الاعتماد[5]، وهذا ما أكدته لنا الفقرة أ المادة 03 من الأصول والأعراف الموحدة للاعتمادات المستندية نشرة رقم 500: "الاعتمادات بطبيعتها هي عمليات منفصلة عن عقد البيع، عقود البيع أو غيرها من العقود التي قد تستند إليها، ولا تكون المصارف بأي حال معنية أو ملتزمة بمثل هذا العقد/العقود، حتى لو تضمن الاعتماد أي إشارة إليها مهما كانت هذه الإشارة، وعليه فإن تعهد المصرف بالدفع أو بقبول، ودفع السحوبات، أو بالتداول و/أو بالوفاء بأي التزام آخر بموجب الاعتماد لا يكون

---

[1]- الموقع الإلكتروني :http://www.moqatel.com، 2022/05/07، على الساعة 12:00.

[2]- خولة بلعروسي، الآليات القانونية للحد من مخاطر الاعتماد المستندي، مذكرة تخرج للحصول على شهادة الماستر في الحقوق، تخصص قانون أعمال، كلية الحقوق والعلوم السياسية، جامعة الوادي، 2015/2014، ص18.

[3]- الموقع الإلكتروني سابق، بتاريخ 2022/04/15، على الساعة 18:00.

[4]- سلطان عبد الله محمود الجواري، القانون الواجب التطبيق على الحساب الجاري والاعتماد المستندي (دراسة مقارنة)، منشورات الحلبي الحقوقية، بيروت، لبنان، 2010، ص129.

[5]- فهيمة قسوري، مرجع سابق، ص160.

خاضعا لأي ادعاءات أو حجج مقدمة من طالب فتح الاعتماد ناتجة عن علاقاته بالمصرف مصدر الاعتماد أو المستفيد"[1].

هناك ثلاثة علاقات تعاقدية تتداخل لإيجاد الاعتماد المستندي[2] وهي:

-العلاقة بين المشتري (العميل) ملزم أمام البائع (المستفيد) بعقد البيع، والعلاقة بين المشتري (العميل) ملزم أمام البنك بعقد الاعتماد المستندي[3]، والعلاقة بين البنك فاتح الاعتماد والمستفيد بخطاب الاعتماد[4].

وهذه العلاقات التعاقدية الثلاثة كلها منفصلة عن بعضها البعض وهذا ما حقق الهدف من وجود الاعتماد المستندي بأن يكون مصدر طمأنينة وثقة لذوي الشأن في الاعتماد[5]، وأي طرف من أطراف هذه العلاقات التعاقدية الثلاثة لا يستطيع أن يتمسك بعقد يختلف عن العقد الذي يحكمه وهذه هي الخاصية المميزة التي ميزت الاعتماد المستندي[6].

فنصت الفقرة ب المادة 03 من الأصول والأعراف الموحدة للاعتمادات المستندية نشرة رقم 500 على ما يلي: "لا يحق للمستفيد بأي حال من الأحوال أن ينتفع من العلاقات التعاقدية القائمة بين المصارف أو بين طالب تح الاعتماد والمصرف مصدر الاعتماد"[7].

[1]- جمال يوسف عبد النبي، مرجع سابق، ص188.
[2]- ماجد حميد عبد المهدي الجبوري، مرجع سابق، ص12
[3]- علي جمال الدين عوض، مرجع سابق، ص10.
[4]- فهيمة قسوري، مرجع سابق، ص161.
[5]- علي جمال الدين عوض، مرجع سابق، ص10.
[6]- ماجد حميد عبد المهدي الجبوري، مرجع سابق، ص12.
[7]- جمال يوسف عبد النبي، مرجع سابق، ص189.

2- التعامل على المستندات

الاعتماد المستندي يتعامل بالمستندات فقط وليس بالبضائع محل البيع أو الخدمات[1]، لاعتبار العملية اعتماد مستندي[2]، حيث أن المستفيد يقدم المستندات وهذا يعتبر شرط جوهري ويجب أن تكون مطابقة تماما لشروط الاعتماد[3]، ويتضح لنا ذلك في نص المادة 04 من الأصول والأعراف الموحدة للاعتمادات المستندية نشرة رقم 500: "تتعامل جميع الأطراف المعنية بعمليات الاعتماد بمستندات ولا تتعامل ببضائع و/أو خدمات و/أو غير ذلك من أوجه التنفيذ التي قد تتعلق بها تلك المستندات"[4].

المصرف مسؤول عن فحص والتحقق من دقة المستندات وتطابقها مع شروط الاعتماد أو انها مخالفة لذلك وله الحق في رفضها وعدم استلامها في حال ما تكون غير متوافقة مع الشروط الواردة في الاعتماد. كذلك هناك أمر آخر مهم وهو أن المصرف ليس مسؤول عن طريقة الشحن أو مواصفات السلعة ونوعيتها[5].

3-الالتزام

يتميز كذلك الاعتماد المستندي بخاصية الالتزام ومعناه أن نحترم الشروط الواردة في الاعتماد بشكل دقيق بحيث لا يمكن زيادة عليها أو نقصانها أو تغييرها تطبق حرفيا كما هي مكتوبة[6]، وهذا التفصيل كله نجده في الفقرة أ المادة 05 من الأصول والأعراف الموحدة للاعتمادات المستندية نشرة 500 نصت عليه كما يلي: "يجب أن تكون تعليمات إصدار الاعتماد والاعتماد نفسه وتعليمات تعديل الاعتماد والتعديل نفسه مكتملة ودقيقة تجنبا للبس وسوء الفهم، ينبغي على المصارف أن لا تشجع أي محاولة:

---

[1]- جمال يوسف عبد النبي،مرجع سابق، ص189.

[2]- علي جمال الدين عوض، مرجع سابق، ص09.

[3]- فهيمة قسوري، مرجع سابق، ص160.

[4]- جمال يوسف عبد النبي، مرجع سابق، ص189.

[5]- بوحالة الطيب، النظام القانوني لعقد الاعتماد المستندي ودوره في التجارة الخارجية، بحوث جامعة الجزائر 01، كلية الحقوق والعلوم السياسية، جامعة باتنة 01، العدد 09، الجزء الثاني، دون سنة نشر، ص215.

[6]- أحمد معوج، مرجع سابق، ص16.

1- لتضمين الاعتماد أو أي تعديل عليه تفاصيل مبالغ فيها

2- لإعطاء تعليمات إصدار تبليغ أو تعزيز اعتماد، بالإحالة إلى اعتماد صدر في السابق (اعتماد مشابه)، إذا كان الاعتماد السابق قد خضع لتعديل أو تعديلات مقبولة و/أو تعديل/تعديلات غير مقبولة"[1].

الفرع الثاني: أنواع الاعتمادات المستندية

سنوضح من خلال هذا الفرع الأنواع والصور المختلفة للاعتمادات المستندية كما يأتي:

أولا: الاعتمادات المستندية من حيث قوة التعهد (الالتزام)

وتنقسم إلى اعتماد مستندي قابل للإلغاء واعتماد مستندي غير قابل للإلغاء

1- الاعتماد المستندي القابل للإلغاء

ويسمى كذلك بالاعتماد القابل للنقض، كما يطلق عليه أيضا بالاعتماد غير القطعي، وهو الاعتماد المستندي الذي يمكن إلغاؤه أو تعديله من البنك مصدر الاعتماد دون إخطار مسبق للمستفيد أي تعديله أو إلغاؤه يكون في أي لحظة ممكنة دون سابق إنذار[2]، وفي هذه الحالة المستفيد (البائع) لا يمكنه أن يحمل البنك مصدر الاعتماد مسؤولية ما حصل لأنه ليس له الحق في مواجهته[3].

هذا النوع من الاعتماد لا توجد ثقة وطمأنينة فيه إلى غاية لحظة تنفيذه[4]، وهذا الأمر أدى إلى ندرة استعمال هذا النوع من الاعتمادات في الوقت الحالي من قبل المصدرين ولم يجد له أي قبول في التطبيق العملي لما يسببه من مخاطر وأضرار[5].

---

[1]- جمال يوسف عبد النبي، مرجع سابق، ص189.

[2]- مرجع نفسه، ص21.

[3]- وضاح نسيمة، التحكيم في الاعتماد المستندي، أطروحة مقدمة لنيل شهادة الدكتوراه في الحقوق، تخصص قانون أعمال، كلية الحقوق والعلوم السياسية، جامعة جيلالي اليابس، سيدي بلعباس، 2017/2016، ص144، 145.

[4]- علي جمال الدين عوض، مرجع سابق، ص17.

[5]- بوحالة الطيب، مرجع سابق، ص211.

الاعتماد القابل للإلغاء يعتبر التزام طبيعي هو التزام قانوني يشمل عنصر المديونية ولكنه لا يتضمن عنصر المسؤولية إلا أن هناك واجب وهو الوعد بالوفاء بمبلغ محدد فإذا المدين وفى من تلقاء نفسه بدينه اختياريا أي دون ضغط من الدائن كان وفاء صحيحا وإذا لم يوفي به فلا يجبر على تنفيذه[1].

نرى أن الاعتماد القابل للإلغاء يمنح للعميل خاصية مميزة وهي أنه يمكنه من عدم تنفيذ الالتزام الذي يقع على عاتقه ويمكنه من الانسحاب منه، كما يمكن له في أي لحظة أن يدخل على الشروط تعديلات وتغييرات دون سابق إنذار أو أي إشعار المصدر (المستفيد) بذلك، لكن هناك أمر مهم وهو انه هذا النقص أو التغيير أو التعديل لا يدخل حيز التنفيذ إلا بعد تلقي المراسل إشعار من البنك على هذا الغرض لأن هناك علاقة تربط البنك بالمصدر (المستفيد) هي دفع قيمة المستندات في حين أن هذا الدفع تم من قبل البنك المراسل وذلك قبل استلام التعديل أو النقض، كما يمكن للبنك كذلك إلغاء الاعتماد دون تبرير فعلته[2].

وهذا ما أكدته المادة 344 من قانون التجارة المصري لسنة 1999:

"1-لا يترتب على الاعتماد المستندي القابل للإلغاء أي التزام على البنك قبل المستفيد،

2-ويجوز للبنك في كل وقت تعديله أو إلغائه من تلقاء نفسه أو بناء على طلب الآمر دون الحاجة إلى إخطار المستفيد ما لم يكن قد تم التنفيذ"[3].

وكذلك نص المادة 276 من قانون التجارة العراقي:

"1-لا يترتب على عقد الاعتماد المستندي القابل للإلغاء أي التزام على المصرف اتجاه المستفيد ويجوز للمصرف تعديله أو إلغاؤه من تلقاء نفسه أو بناء على طلب الآمر.

[1]- محي الدين إسماعيل علم الدين، مرجع سابق، ص22.

[2]- رياح محمد/ عقاب فاتح، مرجع سابق، ص82

[3]- المادة 344، من قانون التجارة المصري على الرابط https://www.kms.usc-org.org زيارة بتاريخ 2022/05/21 على الساعة 18:00.

2-إذا قدمت المستندات التي فتح الاعتماد بسببها وكانت مطابقة لبيانات شروط عقد الاعتماد خلال مدة العقد وقبل طلب إلغاء الاعتماد يكون المصرف والآمر مسؤولية اتجاه المستفيد"[1].

ونجد أيضا المادة 371 من قانون التجارة الكويتي لسنة 1980:

"لا يترتب على الاعتماد المستندي القابل للنقض أي التزام على البنك قبل المستفيد ويجوز للبنك في كل وقت تعديله أو إلغائه من تلقاء نفسه أو بناء على طلب الآمر دون حاجة إلى إخطار المستفيد بشرط أن يقع التعديل أو الإلغاء بحسن نية وفي وقت مناسب"[2].

معظم التشريعات تناولت الاعتماد المستندي ما عدا المشرع الجزائري لم ينظم أحكام عقد الاعتماد المستندي في قوانينه وإنما اكتفى فقط بالإشارة إليها في قوانين المالية التكميلية[3].

يسمى كذلك بالاعتماد غير القطعي لأنه لا يترتب على البنك أي التزام اتجاه المصدر (المستفيد)، والبنك في أي وقت يجوز له الإلغاء أو التعديل[4] ولا يسأل عن عدم إخطار المستفيد بذلك وإذا تضرر المستفيد فما عليه إلا تقديم شكوى إلى العميل وإذا البائع (المستفيد) نفذ التزامه وتقدم بالمستندات إلى البنك وكانت مطابقة تماما لشروط الاعتماد وفي هذا الوقت البنك مازال لم يلغي الاعتماد وطلب منه البائع تنفيذه ففي هذه الحالة يجب عليه أن ينفذه لأن البائع احترم الشروط الواردة في خطاب الاعتماد[5].

الاعتماد القابل للإلغاء هو علاقة وكالة تربط بين الآمر والبنك[6]، أي وكالة عادي بين العميل والآمر بفتح الاعتماد والبنك[7]، حيث هذا الأخير يتعهد بقبول الكمبيالة التي يسحبها المستفيد

---

[1]- المادة 276 من قانون التجارة العراقي، رقم 30 لسنة 1984 على الرابط https://www.krg.eregulatatioms.org زيارة بتاريخ 2022/06/01 على الساعة 19:00.

[2]- المادة 371 من قانون التجارة الكويتي رقم 68 لسنة 1980 على الرابط https://www.wiplesc-res-wipo.imt زيارة بتاريخ 2022/05/29 على الساعة 20:00.

[3]- وضاح نسيمة، مرجع سابق، ص08.

[4]- عباس مصطفى المصري، عقد الاعتماد في قانون التجارة الجديد، دراسة قانونية مقارنة بالشريعة الإسلامية، دون طبعة، دار الجامعة الجديدة للنشر، الإسكندرية، 2005، ص29.

[5]- علي جمال الدين عوض، مرجع سابق، ص20.

[6]-عباس مصطفى المصري، مرجع سابق، ص29.

[7]- سلطان عبد الله محمود الجواري، مرجع سابق، ص132.

عليه، مع توفر شروط معينة لكن هذه العلاقة التي تجمع بين المستفيد والبنك ليس لها صفة الالزامية[1].

سحب الاعتماد لا يعتبر اعتماد لأن البائع لا يملك حق مباشر على البنك[2]، وهذا هو لب الاعتماد المستندي القابل للإلغاء الذي يمكننا القول أنه اسم على مسمى أي يعطي للبنك حق الرجوع في الاعتماد في أي لحظة يشاء[3].

إذن في الأخير يمكننا القول أن الاعتماد المستندي القابل للإلغاء هو ليس اعتماد مستندي حقيقي وليس له قبول في الوقت الحاضر لأنه لا يوفر الضمانات الكافية ولا الثقة التي ينتظرها أطراف العقد التجاري الدولي[4].

2- الاعتماد المستندي غير القابل للإلغاء

ويطلق عليه بالاعتماد غير قابل للنقض وكذلك بالاعتماد القطعي، يعتبر هذا النوع من الاعتمادات أكثر انتشارا وشيوعا واستعمالا في التطبيق العملي لأنه يوفر الثقة والضمان التي تحفظ حقوق المصدر[5] لأن البنك مصدر الاعتماد ملزم بصورة مباشرة اتجاه المصدر[6].

وهو الاعتماد غير قابل للتعديل أو الإلغاء إلا إذا تم ذلك بتراضي جميع أطراف العقد[7]، وهو عكس الاعتماد القابل للإلغاء، فالاعتماد القطعي ينشأ كحق مباشر ومستقل للمصدر والبنك

---

[1]- عباس مصطفى المصري، مرجع سابق، ص29، 30.

[2]- علي جمال الدين عوض، مرجع سابق، ص21.

[3]- إلياس ناصيف، العقود المصرفية الاعتماد المستندي، المجلد الثالث، منشورات الحلبي الحقوقية، بيروت، لبنان، 2014/، ص30.

[4]- شكيب كلوج، النظام القانون للاعتماد المستندي، رسالة لنيل دبلوم الدراسات العليا المعتمدة في القانون الخاص، تخصص التجاري المقارن، كلية العلوم القانونية والاقتصادية والاجتماعية، جامعة محمد الأول، وجدة، 2008/2007، ص14، 15.

[5]- سلطان عبد الله محمود الجواري، مرجع سابق، ص130.

[6]- زقاي حفيظة، أهمية الاعتماد المستندي في تمويل التجارة الخارجية، مجلة أبحاث قانونية وسياسية، كلية الحقوق والعلوم السياسية، جامعة ابن باديس، مستغانم، العدد 07، 2018، ص122.

[7]- أحمد معوج، مرجع سابق، ص10.

يصبح مدين أصلي للمصدر في تنفيذ الاعتماد ولا يمكنه الرجوع عنه لأنه أصبح التزام بات ونهائي[1]، وهذا ما نصت عليه المادة 345 من القانون التجاري المصري على أنه:

"1- يكون التزام البنك في حالة الاعتماد المستندي البات قطعيا ومباشرا قبل المستفيد وكل حامل حسن النية للصك الذي سحب تنفيذ للعقد الذي فتح الاعتماد بسببه

2- ولا يجوز إلغاء الاعتماد المستندي البات أو تعديله إلا باتفاق جميع ذوي الشأن فيه"[2].

الاعتماد القابل للإلغاء التزام مدني وليس التزام طبيعي لأنه يتكون من عنصر المديونية وعنصر المسؤولية أي فيه يجبر المدين على تنفيذ التزامه عكس الالتزام الطبيعي الذي لا جبر في تنفيذه[3].

وحسب العادات المتعامل بها فإن البنك فاتح الاعتماد لا يتعامل أو لا يخاطب المصدر مباشرة وإنما يخاطبه عن طريق بنك مراسل له في بلد المصدر المستفيد من أجل تحقيق السرعة في التبادل بين البنوك والمراسل الأجنبي ليس له أي التزام اتجاه المصدر بشيء[4].

وإن فتح البنك اعتماد لمصلحة المستفيد بناء على طلب العميل، فبموجب هذه العلاقة بين المستفيد والبنك ينشأ التزام على عاتق البنك يلزمه بتنفيذ تعهده ولا يمكنه الرجوع فيه أو تعديله دون تراضي وموافقة جميع أطراف العقد، وهم العميل والمستفيد وكل البنوك التي تساهم في تنفيذ الاعتماد فكل هذه الأطراف لا يمكن لأحد منهم أن يقوم بتعديل أو الإلغاء بنفسه دون موافقتهم[5].

وهذا ما نصت عليه المادة 372 من القانون التجاري الكويتي:

"1- يكون التزام البنك في حالة الاعتماد المستندي البات قطعيا ومباشرا قبل المستفيد وكل حامل حسن النية للصك المسحوب تنفيذا للعقد الذي فتح الاعتماد بسببه.

2- لا يجوز إلغاء الاعتماد المستندي البات أو تعديله إلا باتفاق جميع ذوي الشأن

---

[1]- وضاح نسيمة، مرجع سابق، ص146.

[2]- المادة 345 من قانون التجارة المصري على الرابط https://www.kms.usc-org.org زيارة بتاريخ 2022/05/23 على الساعة 10:15.

[3]- محي الدين إسماعيل علم الدين، مرجع سابق، ص22.

[4]- إلياس ناصيف، مرجع سابق، ص25.

[5]- مرجع نفسه، ص26، 27.

3- ويجوز تأييد الاعتماد البات من بنك آخر يلتزم بدوره بصفة قطعين ومباشرة قبل المستفيد

4- ولا يعتبر مجرد الإخطار بفتح الاعتماد المستندي البات المرسل إلى المستفيد عن طريق بنك آخر تأييدا منه لهذا الاعتماد"[1].

وكذلك نص المادة 277 من قانون التجارة العراقي سنة 1984:

"1- يكون التزام المصرف في حالة الاعتماد المستندي غير القابل للإلغاء قطعيا ومباشرا اتجاه المستفيد وكل حامل حسن النية للورقة التجارية المسحوبة تنفيذا للعقد الذي فتح الاعتماد بسببه

2- لا يجوز إلغاء الاعتماد المستندي البات أو تعديله إلا باتفاق ذوي الشأن فيه"[2].

وقد انتشر الاعتماد المستندي غير القابل للإلغاء في الحرب العالمية الأولى، حيث كان في تلك الحقبة المصدرين في الولايات المتحدة الأمريكية لا يثقون في المستوردين في أوروبا وبسبب انعدام الطمأنينة والثقة بينهم لا يقبلوا بشحن بضاعتهم إلا إذا وصلهم من البنوك المعروفة خطاب اعتماد قطعي بات غير قابل للرجوع فيه وبذلك أصبح لهذا النوع من الاعتماد انتشارا ورواجا كبيرا بعد الحرب العالمية الثانية لأنه من أكثر الأصناف التي يوفر الائتمان والضمان والثقة للمصدرين[3].

ثانيا: من حيث قوة تعهد البنك المرسل

وينقسم إلى اعتماد معزز (مؤيد) واعتماد غير معزز (غير مؤيد)

1- الاعتماد المستندي المعزز

[1]- المادة 372 من قانون التجارة الكويتي على الرابط https://www.wipolesc-res.wipo.imt زيارة بتاريخ 2022/05/30 على الساعة 16:20.

[2]- المادة 277 من قانون التجارة العراقي رقم 30 لسنة 1984 على الرابط https://www.krg.eregulatioms.org زيارة بتاريخ 2022/06/03 على الساعة 18:16.

[3]- عرفات أحمد المنجي، مرجع سابق، ص86.

ويسمى كذلك بالاعتماد المؤيد، وفي الأصل هو اعتماد قطعي غير قابل للإلغاء ونكون أمام هذا النوع من الاعتمادات عندما لا يكون للمستفيد ثقة وطمأنينة اتجاه العميل ولا بنك العميل فهنا يشترط أن يتدخل بنك ثاني لضمان الوفاء أكثر يكون غالبا في بلد المستفيد للتأييد[1].

البنك الموجود في بلد العميل الآمر يكون مجهول للمستفيد، وبالتالي هذا الأخير يطلب التأييد من بنك ثاني لأن وسيط في بلده والتأييد يكون إلا في الاعتماد غير القابل للإلغاء اعتماد قطعي والمؤيد فيه يلتزم التزام نهائي[2]، وتصبح هناك علاقة بين البنك فاتح الاعتماد الموجود في بلد العميل الآمر وبنك الوسيط في بلد المستفيد[3]، والغاية من التأييد هي حصول المصدر على قيم المستندات من أقصر الطرق وهو بنك بلد المصدر[4].

ويتمتع هذا النوع من الاعتمادات بضمانات قوية وتوفر ثقة أكبر وطمأنينة للمستفيد بقبض قيمة المستندات لأنه يحظى بوجود بنكين بنك فاتح الاعتماد يكون في بلد المشتري وبنك ثاني وسيط في بلد المستفيد[5]، وبسبب ذلك أصبح هذا النوع من الاعتمادات شائع الاستعمال وقبولا في التطبيق العملي[6].

وقد أوضحت المادة 346 من قانون التجارة المصري ما يلي: "1- يجوز تأييد الاعتماد المستندي البات من بنك آخر يلتزم بدوره بصورة قطعية ومباشرة قبل المستفيد

2- لا يعتبر مجرد الاخطار بفتح الاعتماد المستندي البات المرسل إلى المستفيد عن طريق بنك آخر تأييدا من هذا البنك للاعتماد"[7].

---

[1]- علي البارودي، القانون التجاري، العقود التجارية وعمليات البنوك (وفقا لأحكام قانون التجارة رقم 17 لسنة 1999)، دون طبعة، الجزء الثاني، دار المطبوعات الجامعية، الإسكندرية، 2000، ص399.

[2]- وضاح نسيمة، مرجع سابق، ص137، 138.

[3]- وسيلة شريبط، الاعتماد المستندي والتكييف القانوني والشرعي له، مجلة جامعة الأمير عبد القادر للعلوم الإسلامية، جامعة الأمير عبد القادر للعلوم الإسلامية، قسنطينة، الجزائر، المجلد 32، العدد 02، 2018، ص563.

[4]- محي الدين إسماعيل علم الدين، مرجع سابق، ص22.

[5]- بوحالة الطيب، مرجع سابق، ص211، 212.

[6]- زقاي حفيظة، مرجع سابق، ص122.

[7]- المادة 346 من قانون التجارة المصري على الرابط https://www.kms.usc-org.org زيارة بتاريخ 2022/05/23 على الساعة 17:00.

ولا نحتاج إلى تأييد الاعتماد وتعزيزه إذا كان البنك فاتح الاعتماد هو من البنوك العالمية المشهورة التي يمكن للمصدر عمل الثقة فيها ولا يشترط تدخل بنك ثاني مراسل[1].

إذا حدثت مشكلة ورفض البنك المؤيد الدفع[2]، فيتم المقاضاة في بلد المستفيد وفق قوانين بلده دون اللجوء إلى المقاضاة في بلد العميل وهو لا يعلم قوانين بلده[3].

وكذلك قد ورد النص على هذا النوع من الاعتماد في المادة 392 من قانون التجارة القطري كما يلي:

"1- يكون التزام البنك في حالة الاعتماد المستندي البات قطعيا ومباشرا قبل المستفيد وكل حامل حسن النية للصك المسحوب تنفيذا للعقد الذي فتح الاعتماد بسببه

2- ولا يجوز إلغاء الاعتماد المستندي البات أو تعديله إلا باتفاق جميع ذوي الشأن فيه

3- ويجوز تأييد الاعتماد البات من بنك آخر يلتزم بدوره بصفة قطعية ومباشرة قبل المستفيد وكل حامل حسن النية للصك المسحوب تنفيذا للعقد الذي فتح الاعتماد بسببه

4-ولا يعتبر مجرد الإخطار بفتح الاعتماد المستندي البات المرسل إلى المستفيد عن طريق بنك آخر تأييدا منه لهذا الاعتماد"[4].

في الواقع العملي المستفيد لا يلجأ كثيرا إلى هذا النوع من الاعتمادات إلا إذا كان في حالة شك وعدم ثقة اتجاه العميل لأن هذا الاعتماد المعزز تكلفته عالية جدا لأن التزامات المستورد تزيد بحجم العمولة التي يأخذها البنك مقابل تعهده[5].

---

[1]- أحمد معوج، مرجع سابق، ص11.

[2]- محي الدين إسماعيل علم الدين، مرجع سابق، ص22.

[3]- وضاح نسيمة، مرجع سابق، ص137.

[4]- المادة 392 من قانون التجارة القطري رقم 27 لسنة 2006 على الرابط https://www.almeezam.qa زيارة بتاريخ 2022/06/05 على الساعة 11:13.

[5]- وسيلة شريبط، مرجع سابق، ص563.

التزام البنك فاتح الاعتماد تجاه المستفيد مستقل عن التزام البنك اتجاه المستفيد أيضا لأن كل بنك منهم صدر منه تعهد بمحض إرادته وبالتالي يكون كل واحد منهم ملزم بتنفيذ الاعتماد[1].

والبنك المؤيد المعزز يلتزم اتجاه المصدر واتجاه البنك فاتح الاعتماد بطريقة شخصية مباشرة وفي حالة ما إذا البنك فاتح الاعتماد أفلس وتوقف عن الدفع فإن البنك المؤيد لا يعفى من التزامه وإنما يبقى ملتزم اتجاه المصدر[2]، لأنه التزام البنك المؤيد لا يتوقف على مدى إمكانية رجوعه على البنك فاتح الاعتماد لأي سبب لأن التزامه مستقل كليا وهنا تظهر الخاصية مميزة لاعتماد المؤيد الذي يعتبر بمثابة ضمانة مستقلة[3].

التأييد والتعزيز يلتزم به البنك الوسيط اتجاه المصدر (المستفيد) ويعطيه ضمانة لأنه يعتبر بمثابة تعهد قطعي ونهائي من البنك المؤيد متى قدم المصدر مستندات مطابقة للشروط[4] الواردة في الاعتماد والتعهد يكون إذا كان الاعتماد يحتوي على ان يكون الدفع عند الاطلاع فتعهد البنك يكون عند الاطلاع، وإذا كان الاعتماد يحتوي على قبول البنك المؤيد السحوبات المسحوبة من المصدر على هذا البنك ويدفعها عند الضرورة والاستحقاق، وإذا كان الاعتماد يحتوي على التداول فالبنك يتعهد بدفع قيمة السحوبات المسحوبة عليه من المصدر أو دفع قيمة المستندات دون الرجوع على الساحبين حسني النية[5].

وهذا ما أوضحته لنا المادة 313 من قانون التجارة اللبناني:

"إذا خصص الاعتماد المصرفي بالإيفاء لمصلحة الغير وأيد المصرف هذا الاعتماد لمستحقه فلا يجوز بعد ذلك الرجوع عنه أو تعديله بدون رضاه، ويصبح المصرف ملزما إزاءه مباشرة ونهائيا بقبول الأوراق والإيفاءات المعقودة.

---

[1]– وضاح نسيمة، مرجع سابق، ص 138.

[2]– إلياس ناصيف، مرجع سابق، ص42.

[3]– مرجع نفسه، ص44.

[4]– عبد الهادي محمد الغامدي، مضمون ونطاق التام المصرف المصدر للاعتماد المستندي بفحص المستندات طبقا للأحوال والأعراف الموحدة (النشرة 600) وفي ضوء القضاء المقارن (الإنجليزي والأمريكي)، المجلة الدولية للقانون، كلية الحقوق، جامعة الملك عبد العزيز، المملكة العربية السعودية، 2016، ص05.

[5]– إلياس ناصيف، مرجع سابق، ص45.

ويحق للمصرف أن يسترد المبالغ التي دفعها والمصاريف التي أنفقها لإنفاذ ما وكل به مع الفائدة المتفق عليها أو الفائدة القانونية في حال عدم وجود اتفاق ابتداء من يوم الدفع ويحق له أيضا استيفاء عمولة"[1].

ومن الفقرة الثانية من هذه نستنتج أنه هناك التزام يقع على المشتري اتجاه البنك وهو دفع الفوائد[2].

ظهرت فكرة التأييد والتعزيز لأول مرة في المملكة المتحدة إنجلترا حيث كان السوق العالمي يخضع لنظام الجنيه الإسترليني، وكان المستفيدين في إنجلترا لا يطمئنون ولا يضمنون في تعهدات مصارف أمريكا اللاتينية فطلب المستفيدين من فتح اعتماد مؤيد غير قابل للإلغاء لدى أحد البنوك في بلدهم وذلك كضمانة لهم[3].

2- الاعتماد المستندي غير المعزز

ويطلق عليه بالاعتماد غير المؤيد وكذلك الاعتماد غير المثبت أو غير المؤكد، يترتب على البنك المنشئ والمصدر للاعتماد مجموعة من الالتزامات تقع على عاتقه منها التزامه بالإخطار بفتح الاعتماد لصالح المصدر بناء على طلب من الآمر المشتري ويتم الإخطار بصورتين، إما بصورة مباشرة حيث يصدر البنك المنشئ والمصدر للاعتماد خطاب اعتماد لصالح المصدر البائع ليخطره بفتح الاعتماد لصالحه أو يتم الإخطار بصورة غير مباشرة ففيها البنك المنشئ والمصدر للاعتماد يستعين بالبنك المبلغ للاعتماد وهو بنك موجود في بلد المصدر البائع ودوره هذا البنك هو إخطار المصدر بفتح اعتماد لصالحه لدى البنك المنشئ والمصدر للاعتماد ومن

[1]- المادة 313 من قانون التجارة اللبناني، رقم 304 لسنة 1942 على الرابط https://kms.uac-org.org زيارة بتاريخ 2022/06/25 على الساعة 19:18.

[2]- إلياس ناصيف/ بول مرقص، المصارف العربية في مواجهة التحديات القانونية، أبحاث ودراسات (07)، جامعة الدول العربية، بيروت، لبنان، 2019، ص153.

[3]- عرفات أحمد المنجي، مرجع سابق، ص89.

هنا نستنتج أنه اعتماد مستندي غير معزز وغير مؤيد[1]. فهنا دور البنك يقتصر على مجرد التبليغ والاخطار فقط من دون أن يترتب عليه أي مسؤولية[2].

ثالثا: الاعتماد المستندي من حيث الشكل

ونتناول فيه ما يلي: الاعتماد القابل للتحويل/ الاعتماد الدائري (المتجدد)/ الاعتماد الظهير.

1/ الاعتماد المستندي القابل للتحويل

وهو اعتماد غير قابل للإلغاء وهو كذلك الاعتماد الذي يحقق فيه للمصدر المستفيد الطلب من البنك المفوض بالدفع[3] أن يحول الاعتماد جزئيا أو كليا لمصلحة مستفيد ثاني ويسمى بالمحول إليه، وهذا النوع من الاعتمادات يستعمل عادة إذا كان المصدر المستفيد الأصلي وكيل لعميل أي المستورد في بلد التصدير أو كان وسيط فيحق له تحويل الاعتماد على المستفيدين الفعليين مقابل عمولة أو أن يستفيد من الفرق في الأسعار بين الاعتماد قبل التحويل وبعد التحويل[4].

وكذلك الاعتماد المحول يجب عليه أن يكون بنفس الشروط الواردة في الاعتماد لأصلي ما عدا مدة الشحن، تاريخ الصلاحية، قيمة الاعتماد...الخ. هذه الشروط ممكن أن تكون مخفضة عن الموجودة في الاعتماد الأصلي وحتى يمكننا تحويل الاعتماد لا بد من ذكر مصطلح قابل للتحويل وليس مصطلحات ثانية مثل قابل للتجزئة...الخ[5].

2- الاعتماد المستندي الدائري (المتجدد)

وهو الاعتماد القابل للتجديد تلقائيا والذي يفتح لمدة محددة وبمبلغ معين أي أن مدته وقيمته إذا ما تم استعماله تتجدد تلقائيا[6]، والاعتمادات الدائرية نجدها في حالة ما كان العميل الآمر تربطه

---

[1]- عرفات احمد المنجي، مرجع سابق، ص87.

[2]- سماح يوسف إسماعيل السعيد، العلاقات التعاقدية بين أطراف عقد الاعتماد المستندي، أطروحة استكمل للمتطلبات درجة الماجستير، في القانون، كلية الدراسات العليا، جامعة النجاح الوطنية، نابلس، فلسطين، 2007، ص24.

[3]- أحمد معوج، مرجع سابق، ص13.

[4]- عرفات أحمد المنجي، مرجع سابق، ص94، 95.

[5]- شكيب كلوج، مرجع سابق، ص17.

[6]- أحمد معوج، مرجع سابق، ص13.

عمليات تجارية متعددة مع شخص محدد فهنا يمكن أن يفتح اعتماد واحد متجدد بدل من فتح اعتماد مستقل لكل عملية وحدها ولكن البنك يلتزم في حدود المبلغ المحدد[1].

الاعتماد الدائري له صورتين، اعتماد داخلي مجمع، واعتماد دائري غير مجمع، فالنوع الأول نقصد به أن المستفيد يمكنه أن يدفع مستندات لقيمة دفعتين أي يتدارك التأخير للشهر المتخلف والشهر الحالي، أما النوع الثاني فنقصد به أن المصدر المستفيد يقدم مستندات كل دفعة على كل شهر وإذا لم يقدم في أحد الشهور مستندات فيسقط حقه في هذه الحالة[2].

والاعتمادات الدائرية يعود ظهورها إلى القرن العشرين أي في فترة الستينات والسبعينات وتم استبداله هذا الاعتماد في فترة من الزمن لكنه في السنوات الأخيرة ظهر من جديد وأصبح يطلق عليه بالاعتمادات الدوارة أو المتجددة[3].

3- الاعتماد المستندي الظهير

ويطلق عليه كذلك تسمية الاعتمادات المقابلة لاعتمادات أخرى. وهذا النوع من الاعتمادات يلجأ إليه المستفيدين وهم من يشترطونه ويلزمونه على العملاء في عقد البيع لأن الاعتمادات الأصلية هنا تكون لصالحهم وكذلك مفتوحة وغير قابلة للتحويل[4]، إذن هي اعتمادات يفتحها المستفيدين أي المصدرين بضمان اعتمادات ثانية مفتوحة لصالحهم[5].

المبحث الثاني: خصوصية الاعتماد المستندي

الاعتماد المستندي يعد من أهم وسائل التمويل في عملية التجارة الدولية، حيث هذه الأخيرة تحتاج إلى طرق حديثة ومتطورة تساعدها في تعاملاتها وكذلك لأنه يعتبر من أهم عمليات الائتمان التجاري[6]، لأنه له خصوصية ينفرد بها وتميزه عن غيره من وسائل التمويل الأخرى[7]،

[1]- عرفات أحمد المنجي، مرجع سابق، ص101.
[2]- مرجع نفسه ، ص102.
[3]- مرجع نفسه ، ص102.
[4]- مرجع نفسه، ص103.
[5]- سماح يوسف إسماعيل السعيد، مرجع سابق، ص28.
[6]- أحمد معوج، مرجع سابق، ص06.
[7]- مرجع نفسه، ص15.

تتمثل في الالتزام بالشروط الواردة في عقد الاعتماد المستندي التعامل بالمستندات والاستقلالية وهذه الأخيرة أثارت خلافا حول تكييفيه وطبيعته القانونية[1]، ولمناقشة هذه النقاط قسمنا هذا المبحث إلى مطلبين، المطلب الأول تناولنا فيه أطراف الاعتماد المستندي، اما المطلب الثاني فيتعلق بالتكييف القانوني للاعتماد المستندي.

المطلب الأول: أطراف الاعتماد المستندي

عادة هناك أربعة أطراف للاعتماد المستندي تشترك في هذه العملية وهم:

1-العميل الآمر (طالب فتح الاعتماد)

2-البنك (فاتح الاعتماد المستندي)

3-المستفيد (المصدر)

وكذلك يأتي إلى جانب هذه العلاقات التعاقدية طرف رابع وهو البنك المعزز المؤيد (المبلغ الاعتماد المستندي) وهذا ما سنوضحه من خلال هذا المطلب.

الفرع الأول: طالب فتح الاعتماد والبنك فاتح الاعتماد

ونتناول فيه ما يلي:

أولا: طالب فتح الاعتماد (العميل الآمر)

ويسمى كذلك المستورد وهو شخص طبيعي أو معنوي يقدم طلب بشأن فتح الاعتماد المستندي إلى البنك[2]، وهذا الطلب يكون بعد إبرام العميل لعقد البيع الدولي مع المستفيد ومن أجل الوفاء بالثمن يتقدم العميل بهذا الطلب[3] إلى أحد البنوك المحلية لإتمام الصفقة التجارية[4]، ومصطلح الآمر لا نقصد به أن الطلب المقدم من طرف العميل فيه إلزام للبنك بالفتح وإنما يكون بالرضا

[1]- إلياس ناصيف، مرجع سابق، ص108.

[2]- سماح يوسف إسماعيل السعيد، مرجع سابق، ص38.

[3]- فهيمة قسوري، مرجع سابق، ص158.

[4]- رباح محمد/ عقاب فاتح، مرجع سابق، ص95.

وإذا قبل البنك بفتح الاعتماد[1] فعليه أن يلتزم بالبيانات التي قدمها له الآمر في طلبه[2]، وإجراءات فتح الاعتماد من تقديم المستندات اللازمة[3]، التي يحددها البنك والشروط المطابقة للعقد البيع الدولي المحدد للمواصفات التفصيلية للبضاعة بينه وبين المصدر[4]، أي خطاب الاعتماد (LC) الذي يرسله البنك إلى المستفيد ليعلمه بفتح اعتماد لصالحه في حدود مدة زمنية معينة وثمن معين، ويتعهد فيه بالوفاء وبقبول كمبيالة التي يسحبها عليه المستفيد مقابل تقديم البضاعة المتمثلة في المستندات كضمانة وعند وصول الخطاب إلى المستفيد يشحن البضاعة ويسحب الكمبيالة على البنك وبذلك يتحقق الشرط الذي اشترطه المستفيد على العميل تخلفه عن الوفاء بدفع الثمن[5]، لأن الغاية من فتح الاعتماد هو الوفاء بالتزام العميل الآمر بدفع ثمن البضاعة أي إيصال المبلغ المالي إلى المستفيد[6].

وفتح هذا الاعتماد يكون بموجب اتفاق بين المصدر والعميل وهذا الاتفاق منفصل عن الاعتماد المستندي[7]، وهذا الأخير يسمى بالاعتماد المستندي لأنه يحمل لنا في طياته رهن على البضاعة المتمثلة في المستندات كضمانة للاعتماد الذي يقدمه البنك الذي لا يتخلى عنه إلا إذا تم الوفاء في ميعاد الاستحقاق[8]، ويسمى كذلك بالمشتري وبغض النظر على التسميات[9]، إلا أنه هو الطرف الذي يتقدم إلى البنك بفتح اعتماد مستندي لحسابه[10] وهناك جملة من الالتزامات تقع على عاتق العميل الآمر أهمها ما يلي:

---

[1]– أحمد معوج، مرجع سابق، ص16.

[2]– وسيلة شريبط، مرجع سابق، ص564.

[3]– رباح محمد/ عقاب فاتح، مرجع سابق، ص95.

[4]– جمال يوسف عبد النبي، مرجع سابق، ص17.

[5]– مصطفى كمال طه، العقود التجارية وعمليات البنوك، دراسة مقارنة ، منشورات الحلبي الحقوقية، بيروت، لبنان، 2006، ص166، 167.

[6]– سماح يوسف إسماعيل السعيد، مرجع سابق، ص38.

[7]– أحمد معوج، مرجع سابق، ص16.

[8]– مصطفى كمال طه، مرجع سابق، ص166، 167.

[9]– رباح محمد/ عقاب فاتح، مرجع سابق، ص95.

[10]– سماح يوسف إسماعيل السعيد، مرجع سابق، ص38.

1- يلتزم العميل بدفع عمولة متفق عليها للبنك فاتح الاعتماد وهذه العمولة تكون أجر نظير فتح الاعتماد وتكون مستحقة الدفع للبنك، بغض النظر على أن العميل الآمر استخدم الاعتماد أو لم يستفد منه[1].

2-التزام العميل بدفع مصاريف الاعتماد أي جميع المبالغ المالية التي أنفقها البنك كتكاليف الرسوم والبرقيات المرسلة للمستفيد البائع والخطابات والمراسلات البريدية وغير ذلك من المصروفات التي أنفقها[2].

3-للبنك حق رهن البضاعة الممثلة في المستندات إذا الناقل أوصل البضاعة والبنك فاتح الاعتماد تسلمها منه والمشتري لم يدفع ثمنها فالبنك في هذه الحالة يطلب بيع البضاعة ويستوفي حقه بصفته دائن مرتهن، وإذا خسرت البضاعة فيحق للبنك مطالبة المؤمن بحقه لأن حق الرهن انتقل إلى مبلغ التأمين[3]، وكذلك له حق حبس هذه المستندات الدالة على البضاعة والتي يتلقاها من المصدر البائع[4].

4-كما يلتزم العميل كذلك بتلقي المستندات وفحصها من قبل البنك والتأكد من مطابقتها للشروط الواردة في خطاب الاعتماد ويتسلمها مقابل دفع قيمتها[5] والأمر هنا ما هو إلا يرجع للبنك قيمة المستندات التي دفعها للمصدر دون أن ينتظره وهو التزام غير نقدي[6].

ثانيا: البنك فاتح الاعتماد المستندي

ويسمى كذلك بالبنك المصدر والمنشئ للاعتماد وهو مؤسسة مصرفية أو بنك وسيط بين المستورد المشتري والمصدر البائع[7]، وكذلك يعتبر من بين أهم الأطراف الأساسية والركيزة في عقد الاعتماد المستندي[8]، وهو البنك الذي يفتح الاعتماد المستندي عن طريقه بناء على طلب

[1]- مصطفى كمال طه، مرجع سابق، ص171.
[2]- وسيلة شريبط، مرجع سابق، ص565.
[3]- مصطفى كمال طه، مرجع سابق، ص171.
[4]- وسيلة شريبط، مرجع سابق، ص566.
[5]- مرجع نفسه ، ص566.
[6]- محي الدين إسماعيل علم الدين، مرجع سابق، ص38.
[7]- فهيمة قسوري، مرجع سابق، ص150.
[8]- رباح محمد/ عقاب فاتح، مرجع سابق، ص94.

العميل الأمر الذي يتعهد فيه المصدر البائع بدفع قيمة الصفقة مقابل تقديم المستندات، ويطلق عليه ببنك العميل الآمر أو المشتري لأنه يعمل نيابة عنه[1].

ويقع على البنك مصدر الاعتماد التزامات أساسية وهي:

1-التزام البنك بفتح الاعتماد المستندي بطلب من العميل الآمر لمصلحة المستفيد البائع وبشروط معينة في حدود مدة زمنية محددة ومبلغ معين وكيفية التنفيذ وغير ذلك من التفاصيل وكل ذلك مشروط سابقا في عقد الاعتماد ومتفق عليه، ثم يتعين على البنك مصدر الاعتماد إرسال خطاب اعتماد إلى المستفيد ليعلمه بفتح الاعتماد أو إخطاره بواسطة "البنك المبلغ" في بلد المستفيد[2].

2-قد يصدر العميل بعض التعديلات والتغييرات والتي لا تحتاج موافقة باقي الأطراف فتدخل حيز التنفيذ وتصبح سارية المفعول[3].

3-فحص المستندات من قبل البنك فاتح الاعتماد للتأكد من مطابقتها الظاهرية لشروط الاعتماد[4]، وهذا ما أوضحته لنا المادة 348 من قانون التجارة المصري: "1- لا مسؤولية على البنك إذا كانت المستندات في ظاهرها مطابقة للتعليمات التي تلقاها من الآمر

2- ولا يتحمل البنك أي التزام يتعلق بالبضاعة التي فتح الاعتماد بسببها"[5].

وفي نفس السياق نجد نص المادة 375 من قانون التجارة الكويتي:

"1-لا يسأل البنك إذا كانت المستندات المقدمة مطابقة في ظاهرها لتعليمات التي تلقاها من الآمر

2-كما لا يحتمل البنك أية مسؤولية فيما يتعلق بتعيين البضاعة التي فتح بسببها الاعتماد أو بكميتها أو وزنها أو حالتها الخارجية أو تغليفها أو قيمتها ولا فيما يتعلق بتنفيذ المرسلين

---

[1]- أحمد معوج، مرجع سابق، ص17.

[2]- سماح يوسف إسماعيل السعيد، مرجع سابق، ص40.

[3]- رباح محمد/ عقاب فاتح، مرجع سابق، ص94.

[4]- مرجع نفسه، ص95.

[5]- المادة 348 من قانون التجارة المصري على الرابط https://www.kms.usc-org.org زيارة بتاريخ 2022/05/28 على الساعة 14:30.

أو المؤمنين لالتزاماتهم"[1].

4-المستندات الغير مطلوبة في شروط الاعتماد لا تفحص وترجع إلى مقدمها إلى المصدر، وعادة فترة الفحص تكون 07 أيام[2].

5-استلام المستندات وإذا كانت في ظاهرها غير مطابقة لشروط الاعتماد ترفض ولا تقبل ويتم إعادتها إلى المصدر إلى مقدمها[3]، وإخطاره خلال مدة معينة قبل نهاية اليوم السابع عمل التي تبدأ من اليوم التالي لاستلام المستندات[4]، والبنك لا يدفع قيمة المستندات الغير مطابقة لخطاب الاعتماد وأي اختلاف أو خطب ما ترجع إلى المستفيد[5].

وهذا ما نصت عليه المادة 347 من قانون التجارة المصري: "1- على البنك أن يتحقق من مطابقة المستندات لتعليمات الأمر بفتح الاعتماد.

2- وإذا رفض البنك المستندات وجب أن يخطر الأمر فورا بالرفض مبينا أسبابه"[6].

وكذلك في نفس السياق نجد نص المادة 374 من قانون التجارة الكويتي: "1- على البنك أن يتحقق من مطابقة المستندات لتعليمات الآمر بفتح الاعتماد

2- وإذا رفض البنك المستندات فعليه أن يخطر الآمر فورا بالرفض مبينا له أسبابه"[7].

---

[1]- المادة 375 من قانون التجارة الكويتي على الرابط https://www.wipolesc-res.wipo.imt زيارة بتاريخ 2022/06/1 على الساعة 20:30.

[2]- رباح محمد/ عقاب فاتح، مرجع سابق، ص95.

[3]- سماح يوسف إسماعيل السعيد، مرجع سابق، ص48.

[4]- رباح محمد/ عقاب فاتح، مرجع سابق، ص95.

[5]- محي الدين إسماعيل علم الدين، مرجع سابق، ص45.

[6]- المادة 347 من قانون التجارة المصري على الرابط https://www.kms.usc-org.org زيارة بتاريخ 2022/05/30 على الساعة 16:45.

[7]- المادة 374 من قانون التجارة الكويتي على الرابط https://www.wipolesc-res.wipo.imt زيارة بتاريخ 2022/06/5 على الساعة 22:00.

6- قبول المستندات المطابقة للشروط الواردة في الاعتماد ودفع للمصدر ما يحتاجه من مبلغ الاعتماد المستحق[1].

وكذلك نجد هناك التزامات غير نقدية للبنك تتمثل في:

- إخبار الآمر بوصول المستندات وهي فاتورة تنص على وصف البضاعة ومستحقاتها ووثيقة التأمين على البضاعة للإعفاء من الخسارات والحصول على التعويض ووثائق الشحن للبضاعة[2].

الفرع الثاني: البنك المبلغ للاعتماد المستندي والمستفيد (المصدر)

ونناقش فيه ما يلي:

أولا: البنك المبلغ للاعتماد المستندي

ويسمى كذلك بالبنك المؤيد، المعزز، المؤكد، المراسل، كلها تسميات واحدة للبنك المبلغ للاعتماد المستندي والبنك فاتح الاعتماد هو من يختار بنك مراسل ومبلغ له يكون في بلد المستفيد ليخطره مباشرة، وسمي البنك المبلغ للاعتماد بالمعزز المؤكد لأن البنك فاتح الاعتماد قد يطلب تأييده إلى الاعتماد[3].

عندما يتفق الأطراف العميل والمستفيد على توفر شروط معينة في عقد الاعتماد وكانت هذه الشروط تطلب التأييد للاعتماد فيتعين على البنك المصدر والمنشئ للاعتماد الالتزام بالبيانات المقدمة له وإبلاغ البنك المراسل في بلد المستفيد إضافة تأييده إلى الاعتماد المستندي وإذا قبل ذلك، فيصبح يحمل تسمية البنك المعزز المؤيد[4].

في حالة ما إذا البنك المعزز رفض تنفيذ الاعتماد فيحق للمصدر مقاضاته أمام محاكم بلده مع تنفيذ الحكم الصادر، والغاية الأساسية من التعزيز هي تغيير قواعد الإسناد والقضاء على هذه الحالة وحدوث هذه الأسباب فيطلب تعهد البنك المعزز أمام المصدر بنفس التزام البنك المنشئ

[1]- سماح يوسف إسماعيل السعيد، مرجع سابق، ص40.

[2]- وسيلة شريبط، مرجع سابق، ص567.

[3]- مرجع نفسه، ص569.

[4]- رباح محمد/ عقاب فاتح، مرجع سابق، ص97.

والمصدر للاعتماد والتزام البنك المعزز مستقل عن التزام البنك المنشئ للاعتماد فالأول مصدره تأييد الاعتماد والثاني مصدره خطاب الاعتماد[1].

والبنك المؤكد قد يكون بنك محلي أو قد يكون بنك أجنبي ففي حالة ما كان اعتماد الاستيراد يكون البنك المنشئ والمصدر للاعتماد محلي والبنك المعزز أجنبي، أما في حالة ما كان اعتماد التصدير يكون البنك المنشئ المصدر للاعتماد أجنبي والبنك المعزز محلي[2].

ونجد أن هناك جملة من الالتزامات الجوهرية التي يلتزم بها البنك المراسل وهي كما يلي:

1- يلتزم البنك المؤيد بدفع قيمة المستندات وهو متضامن مع البنك[3]، المنشئ والمصدر للاعتماد وبذلك يحق للمصدر المطالبة بالدفع من أي بنك يختاره منهم[4].

2- البنك المعزز لا يدفع قيمة المستندات إلا بعد فحصها والتدقيق فيها وإيجادها مستوفية لكامل شروط خطاب الاعتماد[5].

3- إرسال المستندات إلى البنك المنشئ والمصدر للاعتماد بعد فحصها وفي حال تأخره في الإرسال إلى البنك المنشئ للاعتماد فإنه يتحمل مسؤولية التأخير[6].

وللمحافظة على المستندات من الضياع تكون هناك نسختين إذا ضاعت الأولى الثانية عوضت مكانها وكذلك للبنك المؤيد حق حبس المستندات حتى يدفع البنك المنشئ والمصدر للاعتماد قيمتها[7].

---

[1]- ماجد حميد عبد المهدي الجبوري، مرجع سابق، ص22، 23.

[2]- محي الدين إسماعيل علم الدين، مرجع سابق، ص48.

[3]- مرجع نفسه، ص48.

[4]- وسيلة شريبط، مرجع سابق، ص569.

[5]- محي الدين إسماعيل علم الدين، مرجع سابق، ص48.

[6]- وسيلة شريبط، مرجع سابق، ص569.

[7]- محي الدين إسماعيل علم الدين، مرجع سابق، ص49.

ثانيا: المستفيد (المصدر)

ويطلق عليه كذلك باسم (البائع، المصدر) وهو الشخص الطبيعي قد يكون شخص أو مجموعة من الأشخاص أو المعنوي كشركة ...الخ، والاعتماد المستندي متمثل في خطاب الاعتماد قد يصدر باسم أحد المصارف في بلد المستفيد أو يصدر مباشرة إليه[1].

المستفيد يستفيد من الاعتماد المستندي عن طريق خطاب الاعتماد والذي يتم تبليغه من طرف البنك المنشئ والمصدر للاعتماد بإخطاره بالاعتماد المفتوح لصالحه "المستفيد" والمطلوب منه هذا الأخير الموافقة على الشروط الواردة في العقد أو هناك أية تعديلات بخصوصها بعد دراستها خلال مدة زمنية معينة وبعدما تتم الموافقة يمكن للمستفيد من قبض قيمة الاعتماد[2].

المصدر المستفيد له سمعته الطيبة والتي تحظى بأهمية كبيرة بصفته الملتزم بتقديم المستندات وهذه الأخيرة لها مقام البضاعة والبنك لا يدفع المبلغ ما لم يسلم هذه المستندات[3].

والمستفيد تقع على عاتقه جملة من الالتزامات بعد إخطاره بخطاب الاعتماد تتمثل في:

1- التأكد من أن المدة الزمنية المحددة للاعتماد المستندي مازالت تسمح بتقديم المستندات لحصوله على حقوقه[4].

2- كذلك يقع عليه التزام بتنفيذ الشروط والتعليمات الواردة في خطاب الاعتماد حتى يستفيد من قيمة الاعتماد[5]، وكذلك التأكد من مواصفات السلعة الواردة في الاعتماد من أنها متطابقة في

ظاهرها مع ما اتفق عليه في العقد المبرم مع العميل[6].

3- كذلك التأكد من أنه لا توجد شروط تتعلق بدفع الفوائد وغيرها من الأعباء[7].

---

[1]- رباح محمد/ عقاب فاتح، مرجع سابق، ص96.

[2]- فهيمة قسوري، مرجع سابق، ص150.

[3]- أحمد معوج، مرجع سابق، ص17.

[4]- رباح محمد/ عقاب فاتح، مرجع سابق، ص96.

[5]- وسيلة شريبط، مرجع سابق، ص568.

[6]- رباح محمد/ عقاب فاتح، مرجع سابق، ص96.

[7]- مرجع نفسه، ص96.

4- والمستفيد لا يربطه أي التزام اتجاه البنك أي ليس هناك بينهم عقد[1].

المطلب الثاني: التكيف القانوني للاعتماد المستندي

التزام البنك هو التزام نهائي ومستقل عن عقد البيع فعلاقة البنك والمستفيد البائع مستقلة عن علاقة البنك والعميل المشتري إذن عقد الاعتماد المستندي مستقل عن عقد البيع وهذه الاستقلالية الناتجة أثارت جدلا كبير حول طبيعته القانونية وكيفية تكيفه ولهذا نجد أنه انقسمت الآراء حوله وظهرت عدة نظريات ومعظمها يرجع أساسها القانوني إلى قواعد القانون المدني مثل: الإنابة والكفالة والوكالة...إلخ وهذا ما سوف نوضحه من خلال هذا المطلب[2].

الفرع الأول: نظرية الإنابة ونظرية الوكالة

سنتطرق من خلال هذا الفرع إلى مناقشة كل من نظرية الانابة ونظرية الوكالة كما يلي:

أولا: نظرية الإنابة

الأساس القانوني لنظرية الإنابة هو القانون المدني (نجدها في المواد 294، 295، 296) يمكننا القول بأن الإنابة هي: "عمل قانوني، به يحصل المدين على رضاء الدائن بشخص أجنبي يلتزم بالوفاء بالدين مكانه، وهي على هذا النحو تفترض وجود أطراف هم: المنيب(المفوض) أي المدين، المناب لديه (المفوض لديه) أي الدائن، والمناب (المفوض إليه) وهو الغير، أي الأجنبي الذي يرتضى وفاء الدين مكان المدين"[3].

بعض الفقهاء الفرنسيين اخذو بنظرية الإنابة وقالو إنها تفسر الاعتماد المستندي وكذلك تنطبق أكثر على الاعتماد المستندي غير القابل للإلغاء[4].

[1]- ماجد حميد عبد المهدي الجبوري، مرجع سابق، ص35.

[2]- إلياس ناصيف، مرجع سابق ص 108.

[3]- بن ددوش نضرة، انقضاء الالتزام دون الوفاء به في القانون الوضعي والفقه الإسلامي (دراسة مقارنة)، أطروحة لنيل درجة الدكتوراه الدولة، كلية الحقوق والعلوم السياسية، جامعه وهران، 2011/2010، ص 10.

[4]- إلياس ناصيف، مرجع سابق ص 118.

ذهب أصحاب نظرية الإنابة إلى أن هذه الفكرة القانونية[1] تصلح لتفسير عملية الاعتماد المستندي، فنجد أن العالم الفرنسي **HAMEL** قال أن في الإنابة هناك ثلاث أطراف أي عقد ثلاثي الأطراف المنيب هو المدين والمناب لديه هو الدائن، أما المناب وهو الشخص الأجنبي، فنجد أن العميل المشتري بمقتضى عقد الاعتماد هو دائن، أما بالنسبة لعقد البيع هو مدين أي هو المنيب والمستفيد البائع هو المناب لديه، اما البنك فهو المناب، ونجد اشكال في علاقة المناب بالمناب لديه الذي لا يلتزم بقبوله عكس الاعتماد المستندي الذي لا نجد فيه هذه الصعوبة للقبول بين البنك والمستفيد، وهذا حسب رأي العالم الفرنسي **HAMEL** الذي قال أن هذا القبول عبر عنه ضمنيا عندما طلب المستفيد من العميل فتح الاعتماد[2].

فنجد نص المادة 296 من القانون المدني الجزائري تنص على: "يكون التزام المناب اتجاه المناب لديه صحيحا ولو كان التزامه اتجاه المنيب باطلاً أو كان خاضع لدفع من الدفوع ما لم يرجع المناب على المنيب، ومالم يوجد اتفاق يقتضي بغير ذلك"[3].

وتنقسم الإنابة إلى نوعين:

1-الإنابة الكاملة

فيها يبرئ المناب لديه ذمة المنيب، أي الدائن يبرء ذمة مدينه من الالتزامات وتصبح للمناب بدله، لذلك يطلق عليها بمصطلح التجديد لأنها فيها يتجدد المدين أي تغيير المدين القديم[4].

وهذا ما أكدته لنا المادة 295 من القانون المدني الجزائري: "إذا اتفق المتعاقدون في الإنابة أن يستبدلوا بالتزام سابق التزاما جديدا كانت هذه الإنابة تجديدا للالتزام بتغيير المدين ويترتب عليها إبراء ذمة المنيب قبل المناب لديه على أن يكون الالتزام الجديد الذي ارتضاه المناب صحيحا وألا يكون هذا الأخير معسرا وقت الإنابة.

[1]- عباس مصطفى المصري، مرجع سابق، ص 13.

[2]- إلياس ناصيف، مرجع سابق ص118، 119.

[3]- القانون رقم 05/07 المؤرخ في 13 مايو سنه 2007، المتضمن القانون المدني الجزائري.

[4]- بن ددوش نضرة، مرجع سابق، ص11.

غير أنه لا يفترض التجديد في الإنابة فإن لم يكن هناك اتفاق على التجديد بقي الالتزام القديم إلى جانب الالتزام الجديد"[1].

2-الإنابة الناقصة

ويطلق عليها بمصطلح الاستقلالية فالمناب لديه لا يبرئ ذمة المنيب وإنما يقبل المناب كمدين ثاني عوض واحد، أي الدائن لا يبرئ ذمة مدينه وإنما يقبله كمدين آخر[2].

التزام البنك هو التزام مستقل عن عقد البيع، وفكرة الإنابة في العلاقة بين البائع والمشتري تبقى ناقصة غير تامة لأنه في لحظة قبول البائع كتاب الاعتماد بعدها لا يمكن للمشتري الرجوع في أمره[3].

أ- أوجه التشابه بين الإنابة والاعتماد المستندي

من حيث العلاقات، فالعلاقة بين المناب والمناب لديه مستقلة عن العلاقة بين المنيب والمناب، فهذا الأخير لا يمكن له أن يدلي بالدفوع تجاه المناب لديه التي كانت له بوجه المنيب، وهذا ما نجده في الاعتماد المستندي البنك والمصدر البائع علاقتهم مستقلة عن البنك والمستورد المشتري، ففي هذه الحالة لا يحق له أن يدلي تجاه المصدر بالدفوع التي له تجاه المستورد[4].

ب- أوجه الاختلاف

الإنابة هو عقد ثلاثي الأطراف (المناب، المنيب، المناب لديه) والعقد لا ينعقد إلا برضاهم جميعا، لكن في عقد الاعتماد المستندي يختلف الأمر فطرفي العقد (البنك والآمر العميل) أما المستفيد البائع ليس طرفا فيه وموافقته غير لازمة، ولكن إذا كانت له مصلحة فيحق له رفض الاعتماد[5].

[1]- المادة 295، من القانون المدني الجزائري.
[2]- بن ددوش نضرة، مرجع سابق، ص11.
[3]- إلياس ناصيف، مرجع سابق، ص119.
[4]- مرجع نفسه، ص119.
[5]- الياس ناصيف، مرجع سابق، ص119.

فكرة الإنابة تحقق لنا وحدة الدين، نجد العلاقة بين المنيب والمناب مستقلة لكن وحدة الدين تجمعهم دين المنيب الذي المنيب يتعهد بإيفائه[1].

ثانيا: نظرية الوكالة

نجد المشرع الجزائري قد نص عليها في القانون المدني الجزائري في المواد من المادة 571 إلى 589.

المشرع الجزائري عرف لنا الوكالة في نص المادة 571 كما يلي: "عقد بمقتضاه يفوض شخص شخصا آخر للقيام بعمل شيء لحساب الموكل وباسمه"[2].

إذن الوكالة هي عقد نيابة أو عمل قانوني بين طرفين هما الموكل والوكيل يقوم به هذا الأخير لحساب الموكل[3].

ويرى أصحاب هذه النظرية ان التزام البنك اتجاه المصدر البائع بدفع مستحقات البضاعة يجد أساسه في أحكام الوكالة الواردة في القواعد العامة، فالبنك هنا يعتبر وكيل عن الآمر المشتري في دفع الثمن النقدي للمصدر البائع[4]، ووفقا لهذه النظرية نجد أنه ثمة تشابه بين عقد الاعتماد المستندي وعقد الوكالة، في الاعتماد المستندي الآمر المشتري الموكل[5]، والبنك عادة يلتزم التزام قطعي في مواجهة المصدر البائع بدفع مستحقات البضاعة والتزامه هذا يتأكد عندما يصل للمصدر خطاب اعتماد[6]، وكل من عقد الوكالة والاعتماد المستندي يشترطان موافقة الوكيل وكذلك البنك المنشئ والمصدر للاعتماد[7].

---

[1]– الياس ناصيف ، مرجع سابق، ص119.

[2]– المادة 571، من القانون المدني الجزائري.

[3]– هبة بوذراع، النظام القانوني لعقد الوكالة، مذكرة تكميلية لنيل شهادة الماستر، شعبة الحقوق، تخصص قانون أعمال، كلية الحقوق والعلوم السياسية، جامعة العربي بي مهيدي، أم البواقي، 2016/2015، ص12.

[4]– عباس مصطفى المصري، مرجع سابق، ص19.

[5]– إلياس ناصيف، مرجع سابق، ص109.

[6]– عباس مصطفى المصري، مرجع سابق، ص119.

[7]– إلياس ناصيف، مرجع سابق، ص109.

الرابطة القانونية التي تربط بين العميل الآمر بفتح الاعتماد البنكي المنشئ والمصدر للاعتماد هو عقد اعتماد لكن في طياته يحمل عقد آخر أو رابطة أخرى وهي رابطة الوكالة فالبنك هو الوكيل كما يمكن لهذا الأخير أن ينيب شخص ثاني لتنفيذ الوكالة يسمى بالمستناب ولكن الوكيل يبقى هو المسؤول أمام الموكل عن الأعمال التي يقوم بها المستناب سواء أحسن الاختيار أم أساء[1]، وهذا ما أكدته لنا المادة 783 من الموجبات والعقود: "الوكيل الذي لا يملك التوكيل يكون مسؤولا عمن ينيبه منابه كما يسأل عن أعمال نفسه.

وإذا كان التوكيل مباحا له فلا يكون مسؤولا إلا إذا اختار شخصا لم تتوافر فيه الصفات المطلوبة للوكالة أو إذا كان مع إحسان الاختيار، قد أعطى نائبه تعليمات كانت سببا في الضرر أو أغفل السهر عليه عندما كانت تقتاضيه الضرورة"[2].

1- أوجه التشابه بين عقد الاعتماد المستندي وعقد الوكالة

-تقييد البنك بأوامر الآمر المشتري استلام المستندات، ودفع مستحقات البضاعة[3].

2- أوجه الاختلاف

-عقد الوكالة يطبق عليه القانون المدني.

-عقد الاعتماد المستندي يطبق عليه قانون التجارة والقواعد والأعراف الموحدة الصادرة عن غرفة التجارة الدولية.

-في عقد الوكالة الوكيل يمكنه أن يعدل عن الوكالة متى أراد ذلك.

-البنك عندما يفتح الاعتماد المستندي لحساب المصدر البائع يبقى أمامه ملتزم بصفة نهائية، ولا يصح له عدم الدفع، وذلك لاستقلال العلاقة بين البنك والمصدر البائع عن علاقة المستورد المشتري والبنك وكذلك عن علاقة المستورد المشتري والمصدر البائع[4].

---

[1]- الياس ناصيف ،مرجع سابق، ص109.

[2]- المادة 783 من قانون الموجبات والعقود اللبناني، لسنة 1932 على الرابط https://www.e-lawyerassistamce.com زيارة بتاريخ 2022/05/24 على الساعة 21:00.

[3]- إلياس ناصيف، مرجع سابق، ص112.

[4]- مرجع نفسه، ص12.

الفرع الثاني: نظرية اعتبار عقد الاعتماد المستندي عقد كفالة ونظرية اعتبار عقد الاعتماد المستندي اشتراط لمصلحة الغير

سنوضح من خلال هذا الفرع ما يلي:

أولا: نظرية اعتبار عقد الاعتماد المستندي عقد كفالة

المشرع الجزائري نظم الكفالة في القانون المدني الجزائري في المواد من 644 إلى 673، حيث عرفها لنا في نص المادة 644 منه بقوله: "عقد يكفل بمقتضاه شخص تنفيذ التزام بأن يتعهد للدائن بأن يفي بهذا الالتزام إذا لم يفي به المدين نفسه"[1].

يرى أصحاب هذه النظرية أن في عقد الاعتماد المستندي التزام البنك اتجاه المصدر البائع يجد أساسه القانوني في نظام الكفالة، لأن البنك المنشئ والمصدر للاعتماد هو كفيل متضامن للعميل (المكفول) في التزامه اتجاه المستفيد بدفع مستحقات البضاعة[2]، لأن البنك لا يحق له الرجوع عن تعهده لأن العميل الآمر لم يدفع له أجره[3].

عقد الاعتماد المستندي وعقد الكفالة بينهم أوجه تشابه متعددة كما لهم أجه اختلاف كذلك نتناولها كما يلي:

1-أوجه التشابه بينهم

يجب قبول الكفيل بالكفالة وتنفيذه للكفالة في حالة ما المدين امتنع عن فكرة التنفيذ وكذلك موافقة البنك بفتح الاعتماد ودفعه لقيمة الاعتماد المستندي[4].

2-أوجه الاختلاف

- الاختلاف الجوهري بينهم هو في اختلاف الأطراف نجد طرفي عقد الكفالة هما (الكفيل والدائن) وطرفي عقد الاعتماد المستندي هم (البنك والعميل المشتري) وكذلك لدينا المستفيد البائع لكنه ليس طرف في العقد واتفاقهما هو الذي ينشأ حقه (الدائن)[1].

[1]- المادة 644 من القانون المدني الجزائري.
[2]- شكيب كلوج، مرجع سابق، ص20.
[3]- إلياس ناصيف، مرجع سابق، ص113.
[4]- مرجع نفسه، ص113.

– الاعتماد المستندي يكون مقابل عمولة، أما الكفالة تكون مجانا.

– في الاعتماد المستندي التزام البنك هو التزام شخصي أما في عقد الكفالة التنفيذ يكون عيني لأن في الاعتماد البنك يلتزم التزام نهائي بدفع مستحقات البضاعة عند استلامه المستندات.

– كذلك نجد أن البنك والمصدر علاقتهم مستقلة عن علاقة البنك والمستورد وكذلك مستقلة عن علاقة المستورد والمصدر. وفي عقد الكفالة فالكفيل يمكنه أن يتذرع بكل الدفوع التي تكون للمدين اتجاه الدائن[2].

–عقد الكفالة هو عقد تابع، يفسخ ببطلان الالتزام الأصلي بين الدائن والمدين، والأمر يختلف في عقد الاعتماد المستندي الذي يتميز بخاصية مميزة وهي الاستقلالية استقلال التزام البنك عن عقد البيع[3].

ثانيا: نظرية اعتبار عقد الاعتماد المستندي اشتراط لمصلحة الغير

تتميز هذه النظرية عن النظريات السابقة في أنه تم قبولها من طرف الفقهاء واعتبروها كسند قانوني في تكييف الطبيعة القانونية للاعتماد المستندي[4].

الاشتراط لمصلحة الغير هو عمل قانوني يكون بين طرفين (المتعاقد ويسمى كذلك بالمشترط) و(المتعهد) حيث يشترط فيه المتعاقد على المتعهد التزام المصلحة (المستفيد أو المنتفع) وهو طرف ثالث أجنبي عن العقد المبرم بين المتعاقد والمتعهد إلا أنه ينشأ له حق مباشر من العقد[5].

وهناك العديد من القوانين المدنية التي نصت على نظرية الاشتراط لمصلحة الغير منها المشرع الجزائري نص فيها في المواد 116، 117، 118 قانون مدني جزائري، وكذلك المشرع الفرنسي

[1]– محي الدين إسماعيل علم الدين، مرجع سابق، ص79.

[2]– إلياس ناصيف، مرجع سابق، ص114.

[3]– محي الدين إسماعيل علم الدين، مرجع سابق، ص79.

[4]– سماح يوسف إسماعيل السعيد، مرجع سابق، ص63.

[5]– إلياس ناصيف، مرجع سابق، ص115.

والفقه الذي يعود لهم الفضل في ترسيخ قواعد نظرية الاشتراط لمصلحة الغير، وهذا التوسع أدى إلى تأثر جميع القوانين به[1].

الفكرة الأساسية في نظرية الاشتراط لمصلحة الغير هي أن المستفيد أو المنتفع هو طرف ثالث أجنبي عن التعاقد إلا أنه ينشأ ويكتسب حق مباشر عن العقد دون المتعهد[2].

في عقد فتح الاعتماد المستندي يرى أصحاب نظرية الاشتراط لمصلحة الغير أن الاعتماد يحتوي على اشتراط ضمنيا لمصلحة الطرف الأجنبي وهو المستفيد بأن يدفع له المتعهد وهو البنك مراسل الاعتماد بناء على تعليمات المشترط وهو الآمر المشتري[3] وهذا ما أكدته المادة 116 "يجوز للشخص أن يتعاقد باسمه على التزامات يشترطها لمصلحة الغير، إذا كان له في تنفيذ هذه الالتزامات مصلحة شخصية مادية كانت أو أدبية ويترتب على هذا الاشتراط أن يكسب الغير حقا مباشرا قبل المتعهد بتنفيذ الاشتراك يستطيع أن يطالبه بوفائه، ما لم يتفق على خلاف ذلك، ويكون لهذا المدين أن يحتج ضد المنتفع بما يعارض مضمون العقد. ويجوز كذلك للمشترط أن يطالب بتنفيذ ما اشترط لمصلحة المنتفع، إلا إذا تبين من العقد أن المنتفع هو الذي يجوز له ذلك[4]".

في نظرية الاشتراط لمصلحة الغير الطرف الأجنبي يكتسب حق مباشر من علاقة هو ليس طرفا فيها وهو المستفيد أو المنتفع ولا يلتزم فيها بأي التزامات بينما في عقد الاعتماد المستندي المصدر البائع يلتزم بتقديم مستندات مطابقة للشروط الواردة في عقد الاعتماد وهو شرط أساسي لالتزام البنك بدفع مستحقات الاعتماد له[5].

[1]– إياد إبراهيم محمد كلوب، الاشتراط لمصلحة الغير (دراسة فقهية مقارنة)، رسالة استكمالا لمتطلبات الحصول على درجة الماجيستر، في القانون الخاص، كلية الحقوق والعلوم السياسية، جامعة الأزهر، غزة، 2014، ص25.

[2]– اياد ابراهيم محمد كلوب، مرجع سابق، ص7.

[3]– عباس مصطفى المصري، مرجع سابق، ص20.

[4]– المادة 116 من القانون المدني الجزائري.

[5]– شكيب كلوج، مرجع سابق، ص19.

خلاصـــة الفصل الاول

من خلال دراستنا لهذا الفصل نخلص إلى أن الاعتماد المستندي يعد روح التجارة الدولية لما له من أهمية بالغة ودور كبير في تسوية معاملاتها التجارية، لأنه يعتبر من بين أهم الطرق والوسائل الأكثر ضمانا ووفاء والتي توفر الطمأنينة والثقة بين أطرافه (المصدر، المستورد) وهذا العقد نجده يتميز بمجموعة من الخصائص والمميزات التي تميزه عن غيره من العقود منها الالتزام بالشروط الواردة في الاعتماد المستندي بحذافيرها واستقلاله عن عقد البيع.

كما أن الاعتمادات المستندية لها أنواع وأشكال متعددة ومختلفة نذكر منها على سبيل المثال الاعتمادات غير القابلة للإلغاء والتي هي الأكثر انتشارا لأن المتعاملين أي الأطراف يثقون في هذا النوع أكثر من غيره ولكن المشرع الجزائري لم ينظم أحكام عقد الاعتماد المستندي في قوانينه مثلما فعلت التشريعات الأخرى.

الفصـل الثانـي

الفصل الثاني : خصوصية التحكيم في الاعتماد المستندي

التحكيم يعتبر من أول و أهم الوسائل البديلة لحل النزاعات فهو من اقدم الطرق في حل النزاع بين أطراف الخصومة كما أنه سابق للقضاء ، و هذا ما جعله الوسيلة الاهم في فض النزاعات في مجال التجارة الدولية و بأخص الاعتماد المستندي ، فهذا الاخير لم يخصص له المشرع الجزائري القواعد القانونية الكافية التي تحكمه ، رغم دوره البارز في مجال التجارة الدولية.

اذن و من خلال هذا الفصل سنقوم بالتطرق الى التحكيم في كنف التجارة الدولية و بالتحديد في الاعتماد المستندي، و من هنا سنبرز الدور الذي يلعبه في حل نزاعات الاعتماد المستندي.

و بالتالي ارتأينا الى تقسيم هذا الفصل الى مبحثين ، ماهية التحكيم في الاعتماد المستندي(المبحث الاول) و اجراءات و آثار التحكيم المتعلق بالاعتماد المستندي (المبحث الثاني).

المبحث الاول: ماهية التحكيم في الاعتماد المستندي

من أجل تحديد ماهية التحكيم في الاعتماد المستندي ، لابد علينا التطرق الى تعريف التحكيم الذي بدوره و ردت فيه العديد من التعريفات، بالإضافة الى الاراء و الاتجاهات الفقهية المختلفة الخاصة بالطبيعة القانونية للتحكيم، ثم بعد ذلك التطرق الى اتفاق التحكيم.

اذن من خلال هذا سنقوم بتقسيم المبحث الى مطلبين، مفهوم التحكيم و طبيعته القانونية(المطلب الاول)، و اتفاق التحكيم(المطلب الثاني).

المطلب الاول: مفهوم التحكيم و طبيعته القانونية

كما هو متعارف عليه فإن التحكيم و ردت فيه العديد من التعاريف، و في مقابل ذلك يجب التطرق الى مفهوم التحكيم في الاعتماد المستندي كأصل خاص(الفرع الاول)، ثم دراسة الاتجاهات الفقيهة و أهم نظريات الطبيعة القانونية للتحكيم(الفرع الثاني).

الفرع الاول: تعريف التحكيم

سنتطرق الى مفهوم التحكيم من جانبين، اللغوي(اولا) و الاصطلاحي(ثانيا).

أولا: تعريف لغــة

التحكيم في اللغة يأتي من مصدر حكم بتشديد الكاف مع الفتح (حَكَّم)، و هو بمعنى التفويض في الحكم، و يقال حكمنا فلان بيننا اي اجزنا حكمه بيننا.[1]

ثانيا: تعريف الاصطلاحي

و هنا سوف نجد عدة تعاريف اصطلاحية للتحكيم، تعريف التحكيم في الاصطلاحي الشرعي و القانوني، وكذا بعض التعاريف الفقهية للتحكيم.

[1]– لسان العرب لابن المنظور، المؤسسة المصرية لتأليف و النشر، الجزء 15، ص 31–32

1 – الاصطلاح الشرعي للتحكيم

لقد ورد ذكر التحكيم في القرآن الكريم في قوله تعالى:" يا داود انا جعلناك خليفة في الارض فاحكم بين الناس بالحق و لا تتبع الهوى فيضلك عن سبيل الله "[1] و قوله تعالى ايضا:" فلا و ربك لا يؤمن حتى يحكموك فيها شجرة بينهم ثم لا تجدوا في أنفسهم حرجاً مما قضيت و يسلموا تسليماً "[2]

2 – الاصطلاح القانوني للتحكيم

تعددت تعريفات التحكيم من الجانب القانوني، فمنهم من عرفه بأنه اسلوب مختار من أطراف الخصومة لفض المنازعات التي بإمكانها أن تتولد عن العقد الذي يعرضون نزاعهم أمام شخص أو عدة اشخاص يطلق عليهم بالمحكم او محكمين دون حتمية اللجوء الى القضاء.[3]

كما عرف أيضا بأنه عبارة عن علاقة قانونية معينة سواء كانت عقدية او غير عقدية، يتم الفصل في المنازعات التي بينهم بالفعل، او محتملة الوقوع مستقبلا من طرف أشخاص يختارون كمحكمين.[4]

و هناك من التعاريف الفقهية للتحكيم، فالأستاذ "Philippe fouchard" عرف التحكيم بأنه " اتفاق الاطراف على ان يخضع نزاعهم الى قضاء خاص يختارونه." [5] و يعرفه كذلك الأستاذان "Robert et Moreau" بأنه " نظام للقضاء الخاص يتم بموجبه اخراج المنازعات من القضاء العادي ليتم الفصل فيها بواسطة افراد يكتسبون مهمة القضاء منها. "[6]

---

[1]– سورة ص، الآية 26.

[2]– سورة النساء، الآية 65.

[3]– فوزي محمد سامي، مرجع سابق، ص 13.

[4]– كفاح حمودي حسون، الآثار القانونية لقرار التحكيم التجاري، مجلة الجامعة العراقية، كلية الرشيد الجامعة، قسم القانون، العدد 44، الجزء 2، ص 324.

[5]– نقلا عن: أحمد مخلوف، اتفاق التحكيم كأسلوب لتسوية منازعات عقود التجارة الدولية (دراسة تحليلية تأصيلية)، دار النهضة العربية، القاهرة، 2001، ص09

[6]– نقلا عن: مرجع نفسه، ص 09.

أما الاستاذ رحمة الله عليه محسن شفيق يعرفه بأنه " طريق لفض المنازعات و ملزم لأطرافها."[1]

أما محمد بجاوي فقد عرفه بأنه " التحكيم هو تلك العدالة الخاصة التي تسلب فيها الاختصاص من المحاكم الوطنية العادية للدولة و يجعله من اختصاص اشخاص خواص يختارهم الاطراف المتنازعة."[2]

و هناك من يعرفه ايضا بأنه:" نظام خاص للتقاضي، ينشأ من الاتفاق بين الاطراف المعينة على العهدة الى شخص او اشخاص من الغير بمهمة الفصل في المنازعات القائمة بينهم بحكم يتمتع بحجية الامر المقضي.[3]

اذن من خلال جل التعاريف السابقة سواء من الجانب اللغوي او الاصطلاحي الشرعي و القانوني و بعض من التعاريف الفقهية، لابد لنا من تعريف التحكيم في الاعتماد المستندي.

و بالتالي فإن مفهوم التحكيم في الاعتماد المستندي لا يختلف كثيرا عن التحكيم بشكل عام الا من جانب واحد و هو أطراف العملية التحكمية و محل النزاع، فيتبادر مباشرة ان أطراف العلاقة في التحكيم في الاعتماد المستندي، البنك أو مصرف و النزاع يكون حول عملية بنكية. اذن فيمكننا تعريف التحكيم في الاعتماد المستندي بانه عبارة عن نظام قانوني، يقوم أطراف عملية الاعتماد المستندي باللجوء اليه في حالة حدوث نزاع بينهم سواء كان هذا النزاع يحدث في مستقبل العلاقة او حاضرها، و ذلك طبقا و وفقا لنص يتضمنه عقد الاعتماد المستندي.[4]

الفرع الثاني: الطبيعة القانونية للتحكيم

ان الطبيعة القانونية للتحكيم لقيت جدلا فقهيا كبيرا لهذا لا يمكننا اهمالها، و في ذات السياق فإن الطبيعة القانونية للتحكيم في الاعتماد المستندي ، قد تخرج عن سياق الطبيعة القانونية

---

[1]– نقلا عن: علي النعيمي، التحكيم (1) – تعريف التحكيم (فقها و تشريعا و قضاء)، على الرابط https://almerja.com زيارة بتاريخ 2022/04/20،على الساعة 10: 22.

[2]– نقلا عن: منى بوختالة، التحكيم كوسيلة لتسوية المنازعات في مجال الاستثمار، مذكرة مقدمة لنيل شهادة الماجستير، في القانون العام فرع التنظيم الاقتصادي، كلية الحقوق، جامعة قسنطينة، 2014/2013، ص 08.

[3]– نقلا عن: السيد حداد حفيظة، الموجز في النظرية العامة في التحكيم التجاري الدولي، منشورات الحلبي الحقوقية، بيروت ، لبنان، 2010، ص 44.

[4]– وضاح نسيمة، مرجع سابق، ص 16.

للتحكيم بشكل عام[1]. و الاختلاف الفقهي في تحديد الطبيعة القانونية للتحكيم، من طبيعة تعاقدية (أولا)، الى طبيعة قضائية على اساس تطبيق القانون المتفق عليه(ثانيا)، ثم الى الطبيعة المختلطة التي جمعت بين النظريتين السابقتين(ثالثا)، بعد ذلك ظهور اتجاه آخر يقر بالطبيعة المستقلة للتحكيم(رابعا) بإضافة الى تبيان موقف المشرع الجزائري من الطبيعة القانونية للتحكيم.

أولا: الطبيعة التعاقدية للتحكيم

يرى أصحاب هذه النظرية بأن التحكيم ذو طبيعة عقدية، فهو عبارة عن عقد مبرم بين أطراف متنازعة كما أن له صيغة تعاقدية في جميع مراحل عملية التحكيم، و ذلك ابتداء بالاتفاق بين الاطراف المتنازعة و انتهاء بصدور قرار التحكيم.[2]

و قد استندوا في تأكيد نظريتهم على جملة من الحجج لإثبات صحة ما ذهبوا اليه، سنقوم بذكر بعض منها على النحو التالي:

1 – ان التحكيم يختلف في هدفه عن القضاء، فالأخير يهدف الى تحقيق المصلحة العامة، بينما التحكيم يسعى الى تحقيق المصلحة الخاصة لأطراف عقد التحكيم.[3]

2 – ان الاطراف المتنازعة يقبلون ضمنيا على التنازل عن الدعوى القضائية و يمنحون المحكم الفصل في النزاع، استنادا الى السلطة الممنوحة من الاطراف المتنازعة، و بالتالي فالسلطة الممنوحة هنا لن تكون قضائية أي أن الرابطة القانونية هي الاساس. و في ذات السياق لا يمنع من ان تكون الطبيعة التعاقدية بالقيام بتعيين محكم، الى جانب السلطة القضائية، و بعبارة اصح المحكمة تحل محل الاطراف المتخاصمة في استعمال حقهم لاختيار المحكم.[4]

[1]– وضاح نسيمة، مرجع سابق، ص 32.

[2]– حاتم غائب سعيد/ فرحان محمد جاسم الجانبي، التحكيم التجاري الدولي و الطبيعة القانونية له، مجلة معالم الدراسات القانونية و السياسية، كلية القانون جامعة الفلوجة، المجلد 04، العدد 02، 2020، ص43.

[3]– فتحي والي، قانون التحكيم في النظرية و التطبيق، منشأة المعارف، اسكندرية، 2007، ص 50.

[4]– حاتم غائب سعيد/ فرحان محمد الجانبي، مرجع سابق، ص44.

3 – يرى اصحاب النظرية التعاقدية أن الاساس في التحكيم الاتفاق أو ارادة اطراف الخصومة سواء كان هذا الاتفاق ضمن بند من بنود العقد او مشارطة مستقلة عن التحكيم.[1]

بالإضافة الى الحجج المطروحة من طرف اصحاب النظرية التعاقدية للتحكيم، " فإن محكمة النقض الفرنسية ايدت الطبيعة التعاقدية للتحكيم، و انسحاب هذه الاخيرة الى كل من اتفاق التحكيم، و حكم التحكيم، و ذلك في حكمها الصادر في 27 يوليو سنة 1937 و الذي جاء فيه أن قرارات التحكيم الصادرة على أسس مشارطة التحكيم تكون وحدة واحدة مع هذه المشارطة و تشاركها في صفتها التعاقدية."[2]

و في مقابل ذلك فإن النظرية التعاقدية للتحكيم آلت الى جملة من الانتقادات فمن ابرزها، انها قد بالغت في اعطاء الدور الاساسي لأطراف النزاع في تحديد الطبيعة القانونية للتحكيم، كذلك بالنسبة لأطراف الاتفاق فإن ارادتهم لا تكفي وحدها للجوء الى التحكيم، و انما يجب ان يقرر القانون ذلك، كما هو الحال بالنسبة للشخص الثالث الذي يحدد الثمن المبيع و انما يطلبون منه الكشف عن ارادة القانون في الحالة المعينة و من ناحية اخر ليس صحيحا ان التحكيم بالنسبة للعدالة هو الاصل.[3]

ثانيا: الطبيعة القضائية للتحكيم

يرى أصحاب النظرية القضائية، ان التحكيم ذو طبيعة قضائية و يرجع ذلك بالنظر الى المهمة التي تعطى الى المحكم، تعد مهمة قضائية مستمدة من المعيار الموضوعي متمثل في فكرة حل النزاع و اننا امام قاضي وفقا لقانون دولة ما.[4]

و تبعا لهذا فإن انصار النظرية القضائية استمدوا على جملة من الحجج لتأكيد صحة ما ذهبوا اليه، سنقوم بذكر بعض هذه الحجج فيما يلي:

---

[1]– محمد سامي الشوا، التحكيم التجاري الدولي أهم الحلول البديلة لحل المنازعات الاقتصادية، المؤتمر السنوي السادس عشر(التحكيم التجاري الدولي)، كلية القانون، جامعة الامارات العربية المتحدة، ص 19.

[2]– نقلا عن: موسوعة العدالة للتحكيم التجاري الدولي، على الرابط https://justice-academy.com زيارة بتاريخ 31/05/2022 على الساعة 15:00.

[3]– فتحي والي، مرجع سابق، ص51.

[4]– محمد سامي الشوا، مرجع سابق، ص22.

1 – يرى انصار هذه النظرية ان اعمال الطابع القضائي على التحكيم و اعتباره نوع من انواع القضاء، فهو يتخذ شكلا خاصا للعدالة لا اطراف النزاع عندما يلجؤون الى التحكيم لا يتنازلون عن حقهم في التقاضي.[1]

2 – التحكيم يتمتع بالطبيعة القضائية لأنه يشمل على جميع عناصر العمل القضائي(خصومة، ادعاء الشهود، المحكم الذي يعتبر قاضي لأنه يفصل في نزاع) و بالتالي فإنه يستمد المحكم سلطته من ارادة المشرع.[2]

3 – يرى اصحاب النظرية القضائية أن ظهور التحكيم اتبعه ظهور المنظمات و مراكز الدائمة للتحكيم، التي تقوم باتباع اجراءات محددة جعل من البعض يعتبر التحكيم قضاء اصيل للتجارة الدولية، فالصيغة القضائية لها استباقية على الطبيعة القضائية في التحكيم التجاري الدولي.[3]

و في مقابل ذلك فإن هذه النظرية قد تعرضت الى جملة من الانتقادات، حيث يرى اصحاب هذه النظرية أنه و على الرغم من التشابه بين نظامي التحكيم و القضاء، و رغم انه جاء نتيجة العديد من القواعد و الانظمة الا انه لا يجب التفريق بين المصدر و المؤسس، لكل منهما على حد سواء[4]. و يرى بعض من الفقهاء ان النظرية القضائية لا تستقيم مع طبيعة التحكيم، لان القضاء سلطة عامة من الدولة لا يتولاها الا القاضي، فهو يصدر احكامه لتحقيق سيادة القانون على غرار وظيفة المحكم الذي يسعى لتحقيق التعايش السلمي بين أطراف النزاع.[5]

---

[1]– حسن كليبي، الطبيعة القانونية للتحكيم التجاري الدولي، مجلة المفكر، جامعة محمد خيضر بسكرة، الجزائر ، المجلد 16، العدد02، منشور بتاريخ 2021/12/31، ص 230.

[2]– حاتم غائب سعيد/ فرحات محمد جاسم الجاني، مرجع سابق، ص46.

[3]– بوالصلصال نور الدين، اختصاص في تسوية النزاعات التجارة الدولية عن طريق التحكيم، رسالة مقدمة لنيل شهادة دكتوراه علوم، كلية الحقوق، جامعة منتوري، قسنطينة، 2011/2010، ص 44.

[4]– اميرة سعيد/ سامي العوض، الطبيعة القانونية لحكم التحكيم، مقال على الرابط https://www.google.com زيارة بتاريخ 2022/05/22 على الساعة 11:00.

[5]– وضاح نسيمة، مرجع سابق، ص 38.

ثالثا: الطبيعة المختلطة للتحكيم

ان هذه النظرية جمعت بين الطبيعة التعاقدية و الطبيعة القضائية للتحكيم، فيرى أصحابها أن التحكيم ذو طبيعة مختلطة أو مركبة و ذلك من خلال الدور الذي تلعبه ارادة الاطراف، بالإضافة الى المهمة القضائية للمحكم.[1]

و لتأكيد صحة ما ذهبوا اليه استندوا على جملة من الحجج نذكر البعض منها فيما يلي:

1 – ان اتفاق الاطراف بإرادتهما يعتمد على الطبيعة العقدية، ثم يتلاشى و يذهب لصالح الطبيعة القضائية.[2]

2 – يرى اصحاب هذه النظرية ان التحكيم ذو طبيعة مختلطة فهو يبدأ باتفاق، و يمر بإجراء، و ينتهي بحكم، و بالتالي فكل مرحلة من هذه المراحل تختلف عن الاخرى.[3]

3 –ان القانون الواجب التطبيق طبقا لمراحل التحكيم ، فبالنسبة لمرحلة الاتفاق يتم تطبيق القانون على الاتفاقيات و العقود، و اما المرحلة الثانية فهي مرحلة الاجراءات و التداعي، يتم تطبيق القانون على المسائل ذات الطابع القضائي، اما المرحلة الاخيرة فهي كمرحلة تنفيذ الاحكام التي تعد بمنزلة الحكم القضائي بعد صدور الامر بالتنفيذ.[4]

اذن و بطبيعة الحال فإن هذه النظرية تعرضت لجملة من الانتقادات، ابرزها أن التحكيم غير ثابت لأنه يتحول من الطبيعة التعاقدية الى الطبيعة القضائية، و ذلك عند حلول صدور قرار في النزاع[5]. عند الاخذ بالنظرية المختلطة يؤدي الى الخلط بين حجية التحكيم، و قوة تنفيذ أحكامه، فحجية التحكيم تثبت بمجرد صدوره، اما بالنسبة للقوة التنفيذية لا يجوزها حكم التحكيم الا بصدور أمر قضائي.[6]

---

[1]– منى بوختالة، مرجع سابق، ص24.

[2]– حاتم غائب سعيد/ فرحان محمد جاسم الجاني، مرجع سابق،ص47.

[3]– حسن كليبي، مرجع سابق، ص233.

[4]– حاتم غاب سعيد/فرحان محمد جاسم الجاني، مرجع سابق، ص47.

[5]– كفاح حمودي حسون، مرجع سابق، ص326

[6]– حاتم غائب سعيد/ فرحان محمد جاسم الجاني، مرجع سابق، ص 48.

رابعا: الطبيعة المستقلة للتحكيم

يرى أصحاب هذه النظرية أن التحكيم ذو طبيعة مستقلة خاصة تختلف عن معنى العقود كما تختلف عن القضاء، و لذلك فالتحكيم نظام قانوني يمكن للأطراف حل نزاعاتهم بطريقة غير القضاء[1]. و بالتالي قد استند اصحاب هذه النظرية على جملة من الحجج لتأكيد صحة ما ذهبوا اليه، سنتطرق الى بعض من هذه الحجج فيما يلي:

1 – ان ما يؤكد الطبيعة المستقلة للتحكيم، ان هذا الاخير اقرته القوانين الداخلية و الانظمة بالإضافة كذلك الى اللوائح و مراكز التحكيم الدائمة، و المعاهدات الدولية المتعلقة بالتحكيم.[2]

2 – ان اتفاق التحكيم ليس اساس التحكيم، كما يندد بيه اصحاب النظرية التعاقدية فافي بعض الحالات يتم استبعاد القضاء و يلزمون الاطراف للجوء الى التحكيم، و ذلك ما يؤكد الطبيعة المستقلة للتحكيم عن القضاء.[3]

3 – يرى اصحاب هذه النظرية أن العقد ليس اساس التحكيم و دليل ذلك التحكيم الاجباري، الذي يلزم الاطراف باللجوء اليه و فقا للقانون، و كذا انه في بعض الاحيان لا يتم تعيين المحكمين باتفاق الاطراف و انما تتدخل المحكمة المختصة بذلك.[4]

ان هذه النظرية كغيرها من النظريات السابقة، وقع عليها جملة من الانتقادات، ابرزها ان ما تم الاستناد عليه لا يؤكد على استقلالية نظام التحكيم عن القضاء العام و ان يؤكد على خصوصية التحكيم فقط[5]. بالإضافة الى ان الطبيعة المستقلة للتحكيم لم تأتي بجدية في مختلف الجوانب، لا من الجانب التأصيلي لقانون و كذلك لم تعطي تفسيرا للسلطات الواسعة للمحكم. بالإضافة الى

---

[1]– بوالصلصال نور الدين، مرجع سابق، ص51.

[2]– حسن بكليبي، مرجع سابق، ص235– 236.

[3]– بوالصلصال نور الدين، مرجع سابق، ص51– 52.

[4]– حسن بكليبي، مرجع سابق، ص 236.

[5]– ياسمين زرزور، الطبيعة القانونية للتحكيم و تمييزه عن غيره من الوسائل المشابهة له، مقال على الرابط https://www.mohamad.net زيارة بتاريخ 2022/05/23 على الساعة 16:45.

ان انصار هذه النظرية لم ينكروا الطبيعة المختلطة للتحكيم ، باعتباره عمل قضائي اساسه اتفاق التحكيم، و في المقابل يرو ان النظرية التعاقدية عاجزة عن تفسير التحكيم.[1]

اذن من خلال كل هذه النظريات السابقة، و الانتقادات الموجهة لكل نظرية، نخلص بالقول أن المشرع الجزائري عندما اصدر المرسوم التشريعي رقم 93 -09[2] الذي كرس التحكيم التجاري الدولي وجعله لأول مرة ضمن القانون الجزائري، لأنه لم يكن يعتبره جزء من المنظومة التشريعية الجزائرية، رغم ممارسته الفعلية و بعبارة اصح كان ينكره قانونيا و يمارسه عمليا. اذن وكملاحظة اولية فإن المشرع الجزائري في قانون الاجراءات المدنية القديم قد اعتبر التحكيم ذو طبيعة قانونية اجرائية.[3]

و بالتالي فالمشرع الجزائري لم يحدد صراحة الطبيعة القانونية للتحكيم[4]، و لكن تم استخلاصها بشكل ضمني من خلال أحكام القانون رقم 08 – 09[5] المتضمن قانون الاجراءات المدنية و الادارية، حيث جاء فيه:" تفصل محكمو التحكيم في النزاع عملا بقواعد القانون الذي اختاره الاطراف، و في غياب هذا تفصل حسب قواعد القانون و الاعراف التي تراها ملائمة."[6] و بالتالي هنا تبين ان المشرع الجزائري تبنى الطبيعة القضائية للتحكيم وانه يعامل احكام التحكيم معاملة الاحكام القضائية.[7]

---

[1]– بوالصلصال نور الدين، مرجع سابق، ص53.

[2]– المرسوم التشريعي رقم 93 – 09 المؤرخ في 25 ابريل 1993، يعدل و يتمم الامر 66 – 154 المؤرخ في 8 يونيو و المتضمن قانون الاجراءات المدنية، جريدة رسمية العدد 27(ملغى).

[3]– باسود عبد الملك، طبيعة النظام القانوني للتحكيم التجاري الدولي في التشريع الجزائري، مجلة القانون و المجتمع، كلية الحقوق و العلوم السياسية، جامعة الدكتور طاهر مولاي ، سعيدة، 2015، ص 14.

[4]– محمد عيساوي، محاضرات في التحكيم التجاري الدولي، القيت على طلبة سنة الثانية ماستر، تخصص قانون اعمال، كلية الحقوق و العلوم السياسية، جامعة أكلي بولحاج، بالبويرة ، 2020/2019، ص10.

[5]– القانون رقم 08 – 09 المؤرخ في 25 فبراير 2008 المتضمن قانون الاجراءات المدنية و الادارية الجزائري، جريدة رسمية رقم 21 الصادرة في 23 افريل 2008.

[6]– المادة 1050 من قانون الاجراءات المدنية و الادارية الجزائري.

[7]– محمد عيساوي، مرجع سابق، ص10.

المطلب الثاني: اتفاق التحكيم التجاري الدولي

ان جوهر و اساس التحكيم بصفة عامة و التحكيم التجاري الدولي بصفة خاصة، هو اتفاق الاطراف الراغبين في للجوء اليه. و بالتالي فالمشرع الجزائري قد خص التحكيم التجاري الدولي بتنظيم خاص ضمن قانون الاجراءات المدنية و الادارية.[1]

انطلاقا من هذا سنقوم بالتطرق الى مفهوم اتفاق التحكيم و صوره(الفرع الاول) ثم الى شروط صحة اتفاق التحكيم(الفرع الثاني).

الفرع الاول: مفهوم اتفاق التحكيم و صوره

نتطرق من خلال هذا الفرع الى تعريف اتفاق التحكيم (اولا) ثم الى صور اتفاق التحكيم (ثانيا).

أولا: تعريف اتفاق التحكيم

اتفاق التحكيم هو الاتفاق الذي يقوم به أطراف النزاع للفصل في المنازعات الناشئة بينهما او المحتمل نشؤها و ذلك من خلال التحكيم .[2]

كما يمكن تعريفه بانه التعبير عن الارادتين تراضيا على اختيار تحكيم الوسيلة التي من خلالها يتم تسوية منازعات نشأت بينهم، او سوف تنشئ بينهم[3]. اذن سوف نبادر الى بيان ان اتفاق التحكيم يعتبر دوليا طالما كانت العلاقة محل النزاع تعتبر دولية، بمعنى ان دولية العلاقة محل النزاع هي التي تضفي الطابع الدولي على اتفاق التحكيم، سواء ادرج شرط التحكيم في العقد الاصلي او اتخذ شكل اتفاق مستقبل.[4]

[1]– تعولت كريم، محاضرات في التحكيم التجاري الدولي القيت على طلبة سنة اولى ماستر، تخصص القانون العام الاقتصادي، كلية الحقوق و العلوم السياسية، جامعة عبد الرحمان ميرة، بجاية، 2020/2019، ص 18.

[2]–السيد حداد حفيظة، مرجع سابق، ص177.

[3]– وضاح نسيمة، مرجع سابق، ص81.

[4]– منير عبد المجيد، الاسس العامة للتحكيم الدولي و الداخلي(في القانون الخاص في ضوء الفقه و قضاء التحكيم)، منشأة المعارف، الاسكندرية، 2000، ص497.

ثانيا: صور اتفاق التحكيم

لدينا صورتين من اتفاق التحكيم، شرط التحكيم و مشارطة التحكيم[1].

1 – شرط التحكيم

نص المشرع الجزائري في قانون الاجراءات المدنية و الادارية على انه: "شرط التحكيم هو الاتفاق الذي يلتزم بموجبه الاطراف في عقد متصل بحقوق متاحة بمفهوم المادة 1006 اعلاه، لعرض النزاعات التي قد تثار بشكل هذا العقد على التحكيم."[2] و يعتبر الصورة الغالبة في الاعتماد المستندي، سواء كان الشرط ضمن العقد المصرفي او مستقلا بذاته، فكل منهما لديه نفس الاثار القانونية، حتى لو كان اتفاق التحكيم بعد مدة زمنية من توقيع العقد الاصلي، لأن العبرة بلحظة الاتفاق على التحكيم فإذا كانت قبل النزاع فنحن امام شرط التحكيم المصرفي، و يعتبر اتفاق التحكيم اكثر شيوعا من الناحية العملية لأنه لا يبرم بعد وقوع النزاع مما يصعب ابرام اتفاق التحكيم معه.[3]

كما ان شرط التحكيم اتفاق يكون مكتوب بين طرفين وذلك ضمن عقد يتعهدان بمقتضاه ان يخضعوا في منازعاتهم للتحكيم التي يحتمل نشؤها في العقد[4]. و بصفة عامة فإن شرط التحكيم قد نجده في عقد من العقود أو في اتفاق لاحق للعقد و مستقل عنه كما انه قد ورد في اتفاق مستقل عنه دون وجود علاقة عقدية.[5]

2 – مشارطة التحكيم

لقد تطرق اليها المشرع الجزائري في نص صريح ضمن قانون الاجراءات المدنية و الادارية على ان: " اتفاق التحكيم هو الاتفاق الذي يقبل الاطراف بموجبه عرض نزاع سبق نشوؤه على

[1]– أرزقي رمضان/ كيسوم كاميلية، اتفاقية التحكيم التجاري الدولي، مذكرة لنيل شهادة ماستر تخصص قانون اعمال، كلية الحقوق و العلوم السياسية، جامعة مولود معمري، تيزي وزو، 2018، ص 17.

[2]– المادة 1007 من قانون الاجراءات المدنية والادارية الجزائري.

[3]– وضاح نسيمة، مرجع سابق، ص 81.

[4]– أرزقي رمضان/ كيسوم كاميلية، مرجع سابق، ص 18.

[5]- عرفات أحمد المنجي، مرجع سابق، ص87.

التحكيم." [1]و المتميز عن مشارطة التحكيم هي انها تتم بعد نشأة النزاع، فهذه الاخيرة مفترض ضروري لصحة مشارطة التحكيم[2]. فمشارطة التحكيم تكون بصدد منازعة قد سبق، و تم نشؤها فيقوم الاطراف على تسويتها من خلال التحكيم.[3]

لم يحدد القانون شكلا محددا للاتفاق ، وانما يجب التفريق بين شرط التحكيم و مشارطة التحكيم، هو زمان وقوع الاتفاق. و بالتالي فالفقه اعتبر اتفاق التحكيم السابق على نشوء النزاع هو الصوة الاولى(شرط التحكيم)، اما الاتفاق اللاحق على نشوء النزاع فهو الصورة الثانية(مشارطة التحكيم).[4]

الفرع الثاني: شروط صحة اتفاق الحكيم

ان اتفاق التحكيم و كغيره من الاتفاقات و العقود، يجب توفر شروط لقيامه صحيحا[5] و لهذا يجب توفر شروط موضوعية(اولا) و الشروط الشكلية (ثانيا).

أولا: الشروط الموضوعية لصحة اتفاق التحكيم

سنتطرق اليها فيما يلي:

1 – الرضا

ان شرط التراضي لابد من توفره، لأنه يعبر عن ارادة الطرفين المتعاقدين، فإن لم يتفق الطرفين المتعاقدين على ذلك فلا ينعقد العقد.[6]

[1]– المادة 1011 من قانون الاجراءات المدنية والادارية الجزائري.

[2]– أرزقي رمضان/ كيسوم كاميلية، مرجع سابق، ص19.

[3]– خليفة عبد العزيز عبد المنعم، التحكيم في المنازعات الادارية العقدية و غير العقدية(دراسة تحليلية)، المكتب الجامعي الحديث، 2015، ص 33.

[4]– حاتم غائب سعيد، التحكيم كأداة لفض النزاعات التجارية الدولية، مجلة كلية القانون و العلوم السياسية، دون سنة نشر، ص428.

[5]– تعويلت كريم، مرجع سابق، ص19.

[6]– أرزقي رمضان/ كيسوم كاميلية، مرجع سابق، ص07.

فهو يكون باتجاه الارادة نحو امر قانوني معين و بمعنى اصح توافق الارادتين او التراضي، لان رضا الطرفين يعتبر أهم ركن من اركان العقد[1]. و هذا ما أكده المشرع الجزائري من خلال قانون المدني "يتم العقد بمجرد أن يتبادل الطرفان التعبير عن ارادتهما المتطابقتين، دون الاخلال بالنصوص القانونية."[2]

و بما أن اتفاق التحكيم عقد رضائي، فلا يجب أن يشوبه عيب من عيوب الرضا التي تتمثل في (الاكراه والغلط و الغبن) اي يجب أن يكون بتعبير صريح في الاتفاق او العقد اتباعا للقاعدة العامة " العقد شريعة المتعاقدين "، و اذا شابه عيب من عيوب الرضا يصبح كل آثر ينتج عن اتفاق التحكيم باطلا و يكون طلب المتضرر لإبطال العقد[3].

كما يجب توفر الاهلية بالنسبة لطرفي العقد، و الأهلية اللازمة لإبرام اتفاق التحكيم هي أهلية التصرف، اي ضرورة توفر أهلية الاداء بالنسبة لطرفي العقد.[4]

فلقد نصت المادة 1006 من قانون الاجراءات المدنية و الادارية على أنه: "يمكن لكل شخص اللجوء الى التحكيم في الحقوق التي له مطلق التصرف فيها. لا يجوز التحكيم في المسائل المتعلقة بالنظام العام او حالة الاشخاص و اهليتهم."[5]وعليه فإنه لا يجوز لفاقد الاهلية طلب التحكيم، اي ان القاصر الذي لم يبلغ سن الرشد، و ذات الامر بالنسبة للمحجور عليه، كما لا يجوز للوكيل طلب التحكيم الا بموجب وكالة خاصة.[6] و المفروض في الشخص أن يكون كامل الاهلية، مالم يسقف القانون أهليته أو يحد منها.[7]

---

[1]– نور الدين بكلي، اتفاق التحكيم التجاري الدولي في القانون الجزائري، مذكرة لنيل شهادة الماجستير في القانون الدولي و العلاقات الدولية، معهد الحقوق و العلوم الادارية، جامعة الجزائر، 1996/1995، ص19.

[2]– المادة 59 من القانون المدني الجزائري.

[3]– أرباب عيسى يوسف زكريا، اتفاق التحكيم صوره و شروط صحته، مجلة جامعة القرآن الكريم و تأصيل العلوم عماد البحث العلمي، العدد الاول، 06 أكتوبر 2015، ص 149.

[4]– أرزقي رمضان/ كيسوم كاميلية، مرجع سابق، 08.

[5]– المادة 1006 فقرة 1 و 2 من قانون الاجراءات المدنية والادارية الجزائري.

[6]– أرزقي رمضان/ كيسلوم كاميلية، مرجع سابق، ص 08– 09.

[7]– عبد الرزاق السنهوري، الوسيط في شرح القانون المدني مصادر الالتزام، الجزءالاول، دون سنة نشر، ص223.

اما بالنسبة للأهلية المطلوبة للبنوك في ابرام اتفاق التحكيم، فإنه يحق لشخص الاعتباري الاتفاق على التحكيم وفقا لنص القانون الذي ساوى بين الشخص الطبيعي و الاعتباري في حقهما بلجوء الى التحكيم في فض النزاعات.[1] و ذلك من خلال نص المادة 1006 من قانون الاجراءات المدنية و الادارية " لا يجوز للأشخاص المعنوية العامة أن تطلب التحكيم، ما عدا علاقاتها الاقتصادية الدولية أو في اطار الصفقات العمومية. "[2]

2 – المحل

ان محل الاتفاق هو النزاع، و هو كذلك العلاقة الموضوعية التي يراد بها فض النزاع[3]، و في مقابل ذلك فإنه اذا كان محل الالتزام مستحيلا بذاته او مخالفا للنظام العام او الآداب العامة، كان باطلا بطلانا مطلقا.[4]

و بما أن محل الالتزام في العقد قد يكون اداء عمل او الامتناع عن عمل فإن محل الالتزام بالنسبة لاتفاق التحكيم هو التزام الاطراف بعرض منازعتهم للتحكيم و ينجم عنه التزامين ، التزام سلبي و التزام ايجابي، الالتزام الاول عدم اللجوء الى القضاء العادي لعدم الاختصاص، اما الالتزام الايجابي هو اخضاع المنازعة للتحكيم.[5]

3 – السبب

يعتبر السبب ركن جوهري ولا يتم بدونه العقد[6]، وهو اهم نتيجة ينتظرها الاطراف المتنازعة عند ابرام اتفاق التحكيم، في عرض نزاعهما امام محكمة التحكيم. اي ان سبب اتفاق التحكيم يتمثل في ارادة اطرافه في استبعاد القضاء الوطني و عقد اختصاص محكمة التحكيم، و هو سبب مشروع.[7]

---

[1]– وضاح نسيمة، مرجع سابق، ص114.

[2]– المادة 1006 فقرة 3 من قانون الاجراءات المدنية و الادارية الجزائري.

[3]– علي ارباب يوسف زكريا، مرجع سابق، ص169.

[4]– المادة 93 من القانون المدني الجزائري.

[5]– نور الدين بكلي، مرجع سابق، ص20.

[6]– أرزقي رمضان/ كيلسوم كاميلية، مرجع سابق، ص10.

[7]– تعويلت كريم، مرجع سابق، ص29.

ثانيا: الشروط الشكلية لصحة اتفاق التحكيم

ان الانظمة القانونية تختلف حول مسألة الكتابة التي يقوم عليها اتفاق التحكيم حول كونها، مجرد وسيلة اثبات ام شرط لوجود اتفاق التحكيم.[1]

ان المشرع الجزائري يستلزم الكتابة كشرط لوجود اتفاق التحكيم و الا كان باطلا[2]. حيث ذهب الى القول" يجب من حيث الشكل، و تحت طائلة البطلان، ان تبرم اتفاقية التحكيم، او بأية وسيلة اتصال اخرى تجيز الاثبات بالكتابة."[3]

ان المشرع الجزائري من خلال المادة 1012 من قانون اجراءات المدنية و الادارية كان واضحا فيما يخص شرط الكتابة[4]" يحصل الاتفاق على التحكيم كتابيا..."[5] لذا فالكتابة هنا شرطا لوجود اتفاق التحكيم و ليس مجرد وسيلة اثبات، و في مقابل ذلك فالمشرع لم يبين لنا شكل الكتابة التي يكون عليها اتفاق التحكيم اذا كانت عرفية أو رسمية مكتوبة باليد أو بالآلة او كتابة رقمية على شبكة الأنترنت.[6]

لقد جعل المشرع من الكتابة وسيلة للإثبات و الانعقاد في التحكيم التجاري الدولي[7]، و تبين ذلك من خلال المادة 1040/ 2 من قانون الاجراءات المدنية و الادارية " ...بأية وسيلة اتصال أخرى تجيز الكتابة." أي أن كل ما من شأنه ان يعبر عن ارادة الطرفين في لجوء الى التحكيم.[8]

و اورد المشرع كذلك في نص المادة 1052 من القانون سابق الذكر" يثبت حكم التحكيم بتقديم

---

[1]– تكتوك شريفة، شروط صحة اتفاق التحكيم في التشريع الجزائري، المجلة الجزائرية للحقوق و العلوم السياسية، معهد العلوم القانونية و الادارية، المركز الجامعي أحمد بن يحي الونشريسي تيسمسيلت، الجزائر، المجلد3، العدد6، ديسمبر 2018، ص142.

[2]– رمضان أرزقي / كيسوم كاميلية، مرجع سابق، ص 12.

[3]– المادة 1040 فقرة2 من قانون الاجراءات المدنية والادارية الجزائري.

[4]– تكتوك شريفة، مرجع سابق، ص 142.

[5]– المادة 1012 فقرة 1من قانون الاجراءات المدنية والادارية الجزائري.

[6]– تكتوك شريفة، مرجع سابق، ص 142.

[7]– أرزقي رمضان/ كيسوم كاميلية، مرجع سابق،ص13.

[8]– مرجع نفسه، ص 13.

الاصل مرفقا باتفاقية التحكيم او بنسخ عنهما، يستوفي شروط صحتها."[1]

اذن وعليه يمكننا القول ان المشرع الجزائري من خلال قانون الاجراءات المدنية و الادارية، ان الكتابة شرط لانعقاد اتفاقية التحكيم و شرط لإثباتها، مع التأكيد على ان تخلفها يؤدي الى البطلان.[2]

المبحث الثاني: اجراءات و آثار التحكيم المتعلق بالاعتماد المستندي

إن اجراءات التحكيم في الاعتماد المستندي تعتبر اهم مرحلة بالنسبة للأطراف النزاع و ذلك من أجل حل نزاعاتهم، و بالتالي فهو العملية التنفيذية لتطبيق القانون و فض النزاع القائم بينهم عن طريق التحكيم و في ذات السياق فإن التحكيم في الاعتماد المستندي يترتب عنه آثار قانونية متعلقة بطبيعة الاعتماد المستندي.

اذن من خلال هذا المبحث سنقوم بتقسيمه الى مطلبين، اجراءات التحكيم في الاعتماد المستندي(المطلب الاول)، ثم آثار التحكيم في الاعتماد المستندي(المطلب الثاني).

المطلب الاول: اجراءات التحكيم في الاعتماد المستندي

ان اجراءات التحكيم هي بداية تلك المسائل المتعلقة بولاية قضاء التحكيم، الى غاية الوصول الى الحكم النهائي. اذن فالتحكيم التجاري الدولي يعتمد على قانون اجراءات المدنية و الادارية بالإضافة الى الاتفاقيات و الانظمة الدولية المنظمة له[3]. و في مقابل ذلك فإن اجراءات التحكيم في الاعتماد المستندي، لا تختلف عن اجراءات التحكيم بشكل عام.[4]

اذن سنقوم بالتطرق الى الاجراءات المتبعة لنظر في النزاع(الفرع الاول) ثم الاجراءات المتبعة للسير في الخصومة(الفرع الثاني) واخير صدور حكم التحكيم(الفرع الثالث).

---

[1]– المادة 1052 من قانون الاجراءات المدنية و الادارية الجزائري.

[2]– ارزقي رمضان/ كيسوم كاميلية، مرجع سابق، ص 13.

[3]– تعويلت كريم، مرجع سابق، ص55.

[4]– وضاح نسيمة، مرجع سابق، ص208.

الفرع الاول: الاجراءات المتبعة للنظر في النزاع

سنتطرق الى شروط و طرق تعيين المحكمين(اولا) ثم الى عزل و رد المحكمين(ثانيا).

أولا: شروط و طرق تعيين المحكمين

لابد اولا بمعرفة الشروط التي يجب ان تتوفر في المحكمين باعتبارهم يحملون دور مهم من اجل نجاح المهمة التحكمية، من ثم التطرق الى طرق تعيين المحكمين .

1 – شروط تعيين المحكمين

أ – شرط الاهلية

تتفق معظم الانظمة القانونية على اشتراط ان يكون المحكم كامل الاهلية المدنية، فلا يجوز ان يكون قاصرا او محجور عليه او محروم من حقوقه المدنية، و اذن فيما يخص اذا كانت مهنة المحكم ان تكون حاجزا دون امكانية تعيينه كمحكم فالمهنة هنا لا تحرم صاحبها من ان يكون محكما[1]. فامن خلال الاتفاقية الاوروبية للتحكيم نصت على امكانية الاجانب ان يعينوا كمحكمين.[2]

ب – شرط الحياد و الاستقلال

لا بد ان يكون المحكم حياديا في ممارسة المهمة التحكمية، فنقصد بالحيادية بأنها "موقف بالضرورة غير موضوعي من تجاه المحكم فيما يخص النزاع المحال اليه."[3]اما الاستقلالية يعني عدم وجود أي روابط خاصة بين المحكم و احد الاطراف.[4]

---

[1]– سامي بلعابد، انعقاد الخصومة التحكمية في القانون الجزائري، مجلة الحوار الفكري، جامعة قسنطينة1، 2012، ص124.

[2]– المادة 03 من الاتفاقية الاوروبية للتحكيم التجاري الدولي جنيف 1961 على الرابط https://justice-academy.com زيارة بتاريخ 2022/04/25 على الساعة 13:00.

[3]– نقلا عن: عبد الوهاب عجيري، شرط التحكيم التجاري الدولي في التشريع الجزائري، مذكرة لنيل شهادة الماجستير في القانون، كلية الحقوق و العلوم السياسية، جامعة سطيف 2، 2014/2013، ص72.

[4]– وضاح نسيمة، مرجع سابق، ص 211.

فيجوز الاعتراض على أي محكم اذا وجدت فيه ظروف تثير شكوكا لها ما يبررها بشأن حياده و استقلاليته كما لا يجوز لأي طرف ان يعترض على المحكم الذي عينه لأسباب اصبح على علم بها بعد تعيينه.[1]

ج – شرط اسناد التحكيم الى شخص طبيعي

و هذا ما نصت عليه المادة 1014 من قانون الاجراءات المدنية و الادارية " ...اذا عينت اتفاقية التحكيم شخص معنويا، تولى هذا الاخير تعيين عضو او اكثر من اعضائه بصفة محكم."[2] و ما تم استنتاجه من هذه المادة ان الشخص الطبيعي وحده من يتولى مهمة التحكيم.

2 – طرق تعيين المحكمين

و ذلك بالطرق التالية:

أ – تعيين المحكمين عن طريق الاطراف

لقد نص المشرع الجزائري في قانون الاجراءات المدنية و الادارية على أنه: " يمكن للأطراف مباشرة او بالرجوع الى التحكيم تعيين المحكم او المحكمين.."[3] و معنى ذلك أن الاطراف يمكنها ان تعين مسبقا في اتفاق التحكيم المحكم او المحكمين، او تنتظر الى حين نشوء النزاع بينهم. و في حالة التحكيم الذي يشمل ثلاثة محكمين، يمكن للأطراف ان تعين المحكم الثالث أو تترك ذلك الامر للمحكمين المعينين و يمكن الرجوع الى النظام التحكيمي.[4]

بالإضافة لما جاء في قانون الاونسيترال النموذجي للتحكيم التجاري الدولي" للطرفين حرية الاتفاق على اجراء الواجب اتباعه في تعيين المحكم او المحكمين.."[5]

---

[1]– المادة 12 فقرة 1 و 2 من قانون الاونسيترال للتحكيم بصيغتها المنقحة 2010 ،على الرابط https://uncitral.un.org ، زيارة بتاريخ 2022/04/20 على الساعة 12:12

[2]– المادة 1014 من القانون رقم 08 – 09.

[3]– المادة 1041 مرجع نفسه.

[4]– عليوش قربوع كمال، التحكيم التجاري الدولي في الجزائر، الطبعة الثانية، ديوان المطبوعات الجامعية، بن عكنون الجزائر، 2004، ص40.

[5]– المادة 11 فقرة 2 من قانون الاونسيترال النموذجي للتحكيم التجاري الدولي 1985 مع التعديلات التي اعتمدت 2006 على الرابط https://uncitral.un.org بتاريخ 2022/04/21 على الساعة 18:00

ب –تعيين المحكمين بالرجوع الى نظام تحكيمي

فعند الرجوع الى نظام تحكيمي، يؤدي الى تدخل هيئة دائمة للتحكيم من أجل تعيين المحكمين و فقا لذلك تكون طرق تعيين المحكمين المحددة في النظام التحكيمي، مقبولة من طرف الاطراف و يمكنهم اختيار اية هيئة تحكمية دائمة، و يلاحظ ان الجزائر تلجأ في غالب الاحيان الى نظام تحكيم غرفة التجارة الدولية.[1]

ج – تعيين المحكمين بالرجوع الى القاضي

يكون تدخل القاضي في تعيين المحكمين عادة عندما يختار الاطراف التحكيم الخاص و استثناء عندما يكون التحكيم المختار نظامي او المؤسسي، فقد اتفقت معظم التشريعات على تدخل القاضي الوطني في هذا المجال وذلك للقضاء على الصعوبات التي يفتعلها الاطراف.[2]

فالمشرع الجزائري من خلال المادة 1041 من قانون الاجراءات المدنية و الادارية ترك مهمة تعيين المحكمين الى الاطراف كأصل عام فقد حصرت ذات المادة الحالات التي يتعين فيها تعيين المحكمين في حالة غياب التعيين و كذلك في حالة صعوبة تعيين المحكمين او عزلهم او استبدالهم و يجوز للشخص الذي يهمه التعجيل القيام بما يلي:

– رفع الامر الى رئيس المحكمة التي يقع في دائرة اختصاصها التحكيم اذا كان التحكيم يجرى في الجزائر.

– رفع الامر الى رئيس محكمة الجزائر اذا كان التحكيم يجرى في الخارج ،اختيار الاطراف تطبيق قواعد الاجراءات المعمول بها في الجزائر.[3]

ثانيا: عزل و رد المحكمين

سنتطرق الى عزل المحكمين ثم الى رد المحكمين فيما يلي:

[1]– عليوش قربوع كمال، مرجع سابق، ص41.

[2]– أرزقي رمضان / كيسلوم كاميلية، مرجع سابق، ص43– 44.

[3]– المادة 1041 فقرة 2 من قانون الاجراءات المدنية و الادارية الجزائري.

1 – عزل المحكمين

لقد نص المشرع الجزائري عن عزل المحكمين من خلال قانون الاجراءات المدنية و الادارية" لا يجوز عزل المحكمين خلال هذا الاجل الا باتفاق جميع الاطراف."[1]

ان عزل المحكمين يكون اتفاقيا او قضائيا، ويقصد بالعزل الاتفاقي اتفاق المحتكمين على ايقاف المحكم عن اداء عمله و في جانب اخر فأنه لا يعتد بالعزل عند صدور الحكم في موضوع النزاع، اما بالنسبة للعزل القضائي فالمشرع الجزائري لم ينص عليه.[2]

2 – رد المحكمين

ان رد المحكمين يكون في الحالات التالية:

أ – عندما لا تتوفر فيه المؤهلات المتفق عليها بين الاطراف.

ب–عندما يوجد سبب رد منصوص عليه في نظام التحكيم الموافق عليه من قبل الاطراف.

ج–عندما تتبين من الظروف شبهة مشروعة في استقلاليته، لاسيما بسبب وجود مصلحة او علاقة اقتصادية او عائلية مع احد الاطراف مباشرة او عن طريق وسيط.[3]

و في مقابل ذلك اشترط المشرع الجزائري، عدم الرد من الطرف الذي كان عينه، او شارك في تعيينه، الا لسبب علم به بعد التعيين تبلغ محكمة التحكيم و الطرف الاخر دون تأجيل بسبب الرد[4]. و في ذات السياق نصت المادة 1015 من قانون الاجراءات المدنية و الادارية "...اذا علم المحكم انه قابل للرد، يخبر الاطراف بذلك، و لا يجوز له القيام بالمهمة الا بعد موفقتهم."[5] و فحوى هذا النص ان المحكم يلزم في حالة ما اذا رأى انه قابل للرد ان يخبر الاطراف بذلك،

[1]– المادة 1018 فقرة 3 من قانون الاجراءات المدنية و الادارية الجزائري.

[2]– أرزقي رمضان / كيلسوم كاميلية، مرجع سابق، ص44 – 45.

[3]– المادة 1016 فقرة1 من قانون الاجراءات المدنية و الادارية الجزائري.

[4]– المادة 1016 فقرة 5 مرجع نفسه.

[5]– المادة 1015 فقرة 2، مرجع نفسه.

وعلى الطرفان اما رد المحكم نتيجة للحالة التي هو موجود فيها التي ادت الى امكانية رده، او القبول بذلك.[1]

الفرع الثاني: الاجراءات المتبعة للسير في الخصومة

لمباشرة اجراءات الخصومة لابد من البدء في الاجراءات (اولا) ثم التطرق الى القانون الواجب التطبيق على موضوع النزاع و الاجراءات(ثانيا)

أولا: بدء الاجراءات

لبدء اجراءات التحكيم لابد من تقديم اطراف الخصومة لمذكراتهم ،ثم اعلام الخصم التحكيمي و المواعيد المقررة لذلك، بالإضافة الى تحديد لغة و مكان التحكيم ثم عقد الجلسات .

1 – تقديم أطراف الخصومة لمذكراتهم

إن طلب التحكيم الذي يرسله المدعي للمدعى عليه يعتبر بمثابة دعوى تحكمية اولية[2]، فيقدم المدعى طلب يسمى طلب التحكيم و المذكرة الجوابية للمدعى عليه، و يمكن عند تقديم المدعى عليه لجوابه ان يتقدم بدعوى مقابلة، و في المقابل ليس بالضرورة وجود علاقة او ارتباط بين الدعوى الاصلية او الدعوى المقابلة، فالمهم وجود ارتباط بين الطرفين ناشئ عن العقد التحكيمي.[3] و يجب ان يتضمن طلب التحكيم البيانات الآتية:

–اسم و عناوين و مهمة كل طرف من الاطراف النزاع او ارقام الهواتف الخ.

–الاساس القانوني للنزاع مع شرح لطلبات المدعى.

–جمع المعلومات بعدد المحكمين وكيفية اختيارهم .

[1]– حرير أحمد، دور قانون الاونسيترال النموذجي للتحكيم التجاري الدولي في تسوية منازعات عقود التجارة الدولية و مدى مسايرة المشرع الجزائري له (دراسة تحليلية مقارنة)، مجلة دراسات قانونية و سياسية، كلية الحقوق و العلوم السياسية، جامعة سيدي بلعباس، 2018، ص140.

[2]– رقيقة ميدون، اجراءات التحكيم التجاري الدولي، مذكرة مقدمة لاستكمال متطلبات شهادة الماستر اكاديمي تخصص علاقات دولية خاصة، كلية الحقوق و العلوم السياسية، جامعة قاصدي مرباح، ورقلة، ص21.

[3]– أرزقي رمضان / كيلسوم كاميلية، مرجع سابق، ص47.

-الوثائق و النسخ الخاصة بالقضية(كالعقد الاصلي و اتفاق التحكيم) وأي وثائق اخرى متعلقة بالنزاع.

ان المشرع الجزائري فيما يخص تقديم الطلب الافتتاحي لإجراءات الخصومة تركها لسلطة ادارة الاطراف فاهي المسيطرة على مسألة تحديد انطلاق الخصومة، و في حالة عدم اتفاق الاطراف على ذلك يترك الامر لمحكمة التحكيم السلطة التقديرية لتحديد الموعد.[1]

2- اعلام الخصم التحكيمي و المواعيد المقررة لذلك

تكمن رغبة الاطراف لجوء الى التحكيم ، هي الوصول الى حل عادل و سريع لفض نزاعاتهم و لهذا تحرص العديد من القوانين ومن بينها المشرع الجزائري على الموازنة بين احترام مبدأ المواجهة و مرونة التحكيم لتتماشى مع الطابع القضائي للتحكيم.[2]

وباعتبار ان الخصومة التحكمية خصومة حقيقية، فيتوجب على الخصوم اقامة دعواهم و تقديم طلباتهم و في مقابل ذلك يتعن عليهم اعلان كل خصم بموعد اجراء الذي يتخذه ضده فيجوز اعلان المدعى او محكمة التحكيم للمدعى عليه للحضور بالبريد العادي او عن طرق محضر قضائي.[3]

3 – لغة التحكيم

مع مراعاة ما قد يتفق علية الاطراف فإن هيئة التحكيم، تسارع عقب تشكيلها الى تحديد اللغة او اللغات التي تستخدم في الاجراءات و يسري هذا التحديد على بيان الدعوى و كذلك الدفاع و أي بيانات كتابية اخرى، و كذلك على اللغة او اللغات التي تستخدم في جلسات الاستماع الشفوية اذا تمت جلسات على هذا القبيل و كذلك يجوز لهيئة التحكيم ان تأمر بأن تكون أي وثائق مرفقة

[1]- رقية ميدون، مرجع سابق، ص22- 23.

[2]- بن صقر مليكة أسماء، الخصومة التحكمية الدولية و دور القاضي الوطني في سيره، مجلة آفاق للعلوم، العدد الثامن، الجزء الاول، جامعة الجلفة، جوان 2017، ص142.

[3]- أرزقي رمضان / كيسلوم كاميلية، مرجع سابق، ص48- 49.

ببيان الدعوى او بيان الدفاع، و أي وثائق او مستندات تكميلية تابعة للإجراءات مقدمة بلغتها الاصلية تقابلها ترجمة الى اللغة او اللغات التي اتفق عليها الاطراف او حددتها هيئة التحكيم.[1]

4 – مكان التحكيم

يجوز ان يجرى التحكيم في أي مكان يتفق عليه الطرفان فيكون هذا المكان مقر للتحكيم.[2]

فحسب ما جاء في نص المادة 1042 " اذا لم تحدد الجهة القضائية المختصة في اتفاقية التحكيم، يؤول الاختصاص الى المحكمة التي يقع في دائرة اختصاصها مكان ابرام العقد او مكان التنفيذ."[3]

بالإضافة كذلك لما جاء في المادة الرابعة من الاتفاقية الاوروبية للتحكيم الدولي على انه :" في حالة لم يتفق الاطراف على مكان التحكيم، للمدعى ان يطلب ذلك وفقا لخياره اما من رئيس غرفة التجارة ذات الصلاحية في البلد الذي يشمل على محل اقامته المعتاد، او على مقر عمله وقت تنظيم طلب التحكيم، او من لجنة خاصة يحدد الملحق بهذه الاتفاقية تركيبها و طريقة عملها."[4]

ثانيا: القانون الواجب التطبيق على موضوع النزاع و على الاجراءات

لابد علينا من دراسة القانون واجب التطبيق على موضوع النزاع و الاجراءات.

1 – القانون الواجب التطبيق في موضوع النزاع

ان اهم القضايا التي تواجه التحكيم معرفة القانون الواجب التطبيق على موضوع النزاع، لان القانون المذكور هو الاساس في اصدار حكم التحكيم و حسم النزاع و انتهاءه فالقضايا من دول مختلفة في هذه الحالة لن يجدو صعوبة في تحديد القانون الواجب التطبيق لانهم سيطبقون النصوص القانونية لدولتهم أي انهم يطبقون القانون او قواعد القانون الدولي الخاصة بتنازل

[1]– المادة 19 فقرة 1 – 2 من قواعد الاونسيترال للتحكيم بصبغتها المنقحة 2010 على الرابط https://uncitral.un.org زيارة بتاريخ 2022/04/25 على الساعة 15:00.

[2]– فتحي والي، مرجع سابق، ص312.

[3]– المادة 1042 من قانون الاجراءات المدنية و الادارية الجزائري.

[4]– المادة 4 فقرة 3 من الاتفاقية الاوروبية للتحكيم التجاري الدولي جنيف 1961 على الرابط https://justice-academy.com زيارة بتاريخ 2022/04/20 على الساعة 14:30.

القوانيين في دولتهم، لكن في مقابل هذا الامر يختلف بالنسبة للمحكم، الذي يستمد سلطته من اتفاق التحكيم و معنى ذلك ان مصدر سلطته ارادة الطرفين.[1]

و امام غياب نصوص التي تحكم الاعتماد المستندي في تشريعات الدول، كونه يعد من خلق الممارسات الدولية بين المصارف بالنظر الى طبيعة العادات و الاعراف الموحدة التي لا تطبق بشكل تلقائي اذا لم يتم الاطراف بتبيانها.[2] سنقوم بتحديد القانون الواجب التطبيق على موضوع النزاع نظرا لطبيعة الاعتماد المستندي فيما يلي :

أ – القانون الذي يحكم علاقة المصرف بالمستفيد

ان عمليات المصرف بصفة عامة يحكمها قانون المكان الذي فيه المصرف او الفرع الذي يقوم بتنفيذ العملية[3]، وقد يكون مكان تنفيذ الاعتماد الذي هو مكان تنفيذ الاعتماد هو الذي يفتح فيه الاعتماد، و هنا يكون الامر مختلف بحيث يكون قانون البلد الفرع او المراسل في دولة البائع هو محل التطبيق اذا فتح الاعتماد مصرف المشتري.[4]

ب–القانون الذي يحكم علاقة المصرف بالعميل الآمر

هنا سنفرق بين حالتين، لان علاقة المصرف بالبنك الآمر علاقة غير منفصلة عن علاقة المصرف بالمستفيد[5].على النحو التالي:

– حالة ما يكون مصرف المستفيد هو منفذ العملية: يخضع الاعتماد المستندي في هذه الحالة لقانون مكان التنفيذ و هو في العادة قانون مكان الذي يعرض فيه البيع.[6]

– حالة ما يكون المصرف فاتح الاعتماد المنفذ: هنا قد يحدث أن يلجأ المصرف فاتح الاعتماد الى الآمر كما قد يرسله الى البائع، لان في هذه الحالة يكون قانون دولة المصرف هو القانون

[1]– فوزي محمد سامي، مرجع سابق، ص179.

[2]– وضاح نسيمة، مرجع سابق، ص281.

[3]–سلطان عبد الله محمود الجواري، مرجع سابق، ص157.

[4]– وضاح نسيمة، مرجع سابق، ص282– 283.

[5]– سلطان عبد الله محمود الجواري، مرجع سابق، ص158.

[6]– مسعودي يوسف، القانون الواجب التطبيق على عمليات البنوك (دراسة مقارنة) ، المجلة المتوسطية للقانون و الاقتصاد، جامعة أحمد دراية، ادرار، 2016، ص260.

الواجب التطبيق من أجل ربط العلاقة القانونية الناشئة عن الاعتماد المستندي، كون المصرف هو فاتحه و منفذه.[1]

كما يكون للبنك فروع في أماكن متفرقة تقترب من العملاء داخل و خارج الدولة، وقد يكون له مراسلون أي بنوك مستقلة عنه خاصة في الاماكن التي ليس لها فروع يقوم بالتعامل معها.[2] وهنا ذهب رأي بتطبيق قانون المصرف المصدر للاعتماد أي قانون مصرف المشتري، و لكن هذا الرأي تعرض لانتقاد كون انه لا يوفر حماية للبائع. و عليه فإن الحل الامثل تطبيق قانون المصرف المنفذ للاعتماد باعتباره يحمي توقعات الاطراف.[3]

اذن نستنتج موقف المشرع الجزائري من القانون الواجب التطبيق على موضوع النزاع حيث نص قانون إجراءات المدنية و الادارية على انه:" تفصل محكمة التحكيم في النزاع عملا بقواعد القانون الذي اختاره الاطراف، و في غياب

هذا الاختيار تفصل حسب قواعد القانون و الاعراف التي تراها ملائمة."[4]

2 – القانون الواجب التطبيق على الاجراءات

بعد التطرق الى القانون الواجب التطبيق على موضوع النزاع، جاء دور معرفة القانون الذي يطبق على الاجراءات المتبعة لنظام التحكيم[5]. ان الاصل في القانون الذي يطبق على الاجراءات هو قانون الدولة التي يقع فيها التحكيم و هذا راجع لسببين[6]:

– ان الدولة التي يجرى فيها التحكيم هي الدولة التي يمكن الطعن فيها بالبطلان.

– اذا استدعى الامر مساعدة قضائية، فالقاضي الذي يطلب مساعدته هو قاضي الدولة التي يجرى فيها التحكيم ومن هنا يظهر الدور الذي يلعبه الاطراف في تحديد القانون الواجب التطبيق

[1]– وضاح نسيمة، مرجع سابق، ص284.

[2]– علي جمال الدين عوض، عمليات البنوك من الوجهة القانونية(دراسة للقضاء المصري و المقارن و تشريعات للبلاد العربية)، طبعة مكبرة، 1993، ص 12.

[3]– مسعود يوسف، مرجع سابق، ص260– 261.

[4]– المادة 1050 من القانون رقم 08– 09.

[5]– عبد الوهاب عجيري، مرجع سابق، ص 94

[6]– محمد عيساوي، مرجع سابق، ص63.

على اجراءات التحكيم، و بالتالي يمكنهم ضبط صياغة قواعد اجراءات مستقلة عن كل قانون و هو نوع من انواع التنظيم المادي التابع للنظرية الشخصية التي تكرس مبدأ سلطان الارادة دون وضع قواعد تفرضها القوانيين الوطنية.[1]

و هذا ما نصت عليه المادة 1043 من قانون الإجراءات المدنية و الادارية " يمكن ان تضبط في اتفاقية التحكيم الاجراءات الواجب اتباعها في الخصومة مباشرة او استنادا على نظام تحكيم، كما يمكن اخضاع هذه الاجراءات الى قانون الاجراءات الذي يحدده الاطراف في اتفاقية التحكيم، اذا لم تنص الاتفاقية على ذلك، تتولى محكمة التحكيم ضبط الاجراءات، عند الحاجة مباشرة او استنادا الى قانون او نظام التحكيم."[2]

الفرع الثالث: حكم التحكيم التجاري الدولي

تقوم الهيئة التحكمية بتوجيه مهامها بالفصل في النزاع، و ذلك من خلال اصدار قرارها في النزاع المعروض امامها.[3] و بالتالي فإن حكم التحكيم هو قرار تصدره الهيئة التحكمية لوضع حد للطلبات المتبادلة بين الاطراف النزاع او لطلبات احدهم.[4]

سنقوم بالتطرق من خلال هذا الفرع الى المدة المقررة لصدور حكم التحكيم(اولا) ثم الى الطعن في قرار التحكيم(ثانيا).

اولا: صدور حكم التحكيم

ان صدور حكم التحكيم او قرار التحكيم يصدر بأغلبية الاصوات، وفقا لما جاء في نص المادة 1026 من قانون الإجراءات المدنية و الادارية " تصدر أحكام التحكيم بأغلبية الاصوات."[5] كما يجب ان يكون حكم التحكيم مسبب، و ذلك ما اجازه المشرع الجزائري من خلال قانون الاجراءات

[1]– محمد عيساوي، مرجع سابق، ص 63– 64.
[2]– المادة 1043 من القانون رقم 08– 09.
[3]– حرير أحمد، مرجع سابق، ص145.
[4]– محمد عيساوي، مرجع سابق، ص68.
[5]– المادة 1026 من القانون رقم 08 – 09.

المدنية و الادارية " يجب أن تتضمن أحكام التحكيم عرضا موجزا لادعاءات الاطراف و اوجه دفاعهم يجب ان تكون أحكام التحكيم مسببة."[1]

و عليه فإن حكم التحكيم يجب ان يصدر مكتوبا ويوقعه المحكم او المحكمين[2]، بالإضافة الى البيانات التي اقرها المشرع الجزائري في نص المادة 1028 من قانون إجراءات المدنية والادارية الآتية:

– اسم و لقب المحكم او المحكمين.

–تاريخ صدور الحكم.

– مكان اصداره.

– اسماء و ألقاب الاطراف و موطن كل منهم و تسمية الاشخاص المعنوية و مقرها الاجتماعي.

– أسماء و ألقاب المحاميين او من مثل او ساعد الاطراف، عند الاقتضاء.[3]

أما بالنسبة للمدة المقررة للتحكيم باعتباره يتميز بالسرعة في فض النزاعات فإن اغلب القوانين الوطنية و الاتفاقيات الدولية الخاصة بالتحكيم، تقوم بتحديد مدة معينة للمحكمين لصدور قرارهم.[4] و هذا ما اقره المشرع الجزائري فقد حدد مدة 4 أشهر تبدأ من تاريخ تعيينهم او من تاريخ اخطار محكمة التحكيم و يمكن تمديد الاجل بموافقة الاطراف، اما في حالة عدم الموافقة يتم التمديد وفقا لنظام التحكيم و في غياب ذلك، يتم من طرف رئيس المحكمة المختصة.[5]اذن و بمجرد صدور حكم التحكيم تنتهي اجراءات التحكيم.[6]

---

[1]– المادة 1027 من قانون الاجراءات المدنية و الادارية الجزائري.

[2]– المادة 31 من قانون الاونسيترال النموذجي للتحكيم التجاري الدولي 1994 على الرابط https://uncitraj.un.org بتاريخ 2022/05/20 على الساعة 12:00

[3]– المادة 1028 من قانون الاجراءات المدنية و الادارية الجزائري .

[4]– محمد عيساوي، مرجع سابق، ص 68.

[5]– المادة 1018 فقرة 1 و 2 من قانون الاجراءات المدنية و الادارية الجزائري.

[6]– أحمد حرير، مرجع سابق، ص146.

ثانيا: الطعن في قرار التحكيم

لقد خول المشرع الجزائري باب الطعن و ذلك بقرار رئيس المحكمة القاضي بمنح الصيغة التنفيذية و ذلك اما عن طريق الاستئناف او الابطال.[1] و قد نص المشرع الجزائري على ست حالات الاستئناف بالأمر للقاضي بالاعتراف او التنفيذ في الحالات التالية:

– اذا كان تشكيل محكمة التحكيم بدون اتفاقية تحكيم او بناء على اتفاقية باطلة او انقضاء مدة الاتفاقية.

– اذا كان تشكيل محكمة التحكيم او تعيين المحكم الوحيد مخالف للقانون.

– اذا فصلت محكمة التحكيم بما يخالف المهمة المسندة اليها.

– اذا لم يراعي مبدأ الوجاهية.

– اذا لم تسبب محكمة التحكيم حكمها، او اذا وجدت تناقض في الاسباب.

– اذا كان حكم التحكيم مخالف للنظام العام الدولي.[2]

و كما يمكن ان يكون حكم التحكيم الدولي الصادر في الجزائر موضوع طعن بالبطلان في الحالات المذكورة في المادة 1056 من قانون اجراءات المدنية والادارية ولا يقبل الامر الذي يقضي بتنفيذ حكم التحكيم الدولي المشار اليه في المادة (1058 فقرة 1) اي طعن، غير ان الطعن ببطلان حكم التحكيم يترتب بقوة القانون، الطعن بأمر التنفيذ أو تخلي المحكمة عن الفصل في التنفيذ..[3]

و معنى ذلك ان الطعن بالبطلان يؤدي الى الطعن ضد الامر الصادر من قاضي التنفيذ، بالإضافة الى انه في حالة لم يصدر قاضي التنفيذ امره يتم سحب الدعوى منه. و ان الطعن

[1]– وضاح نسيمة، مرجع سابق، ص 278.

[2]– المادة 1056 من قانون الاجراءات المدنية و الادارية الجزائري.

[3]– المادة 1058 فقرة 1 و2 ، مرجع نفسه .

المنصوص عليه في المادة 1058 هو طعن مباشر، بما انه يرمي الى بطلان الامر التحكيمي نفسه.[1]

يرفع الطعن بالبطلان في حكم التحكيم امام المجلس القضائي الذي تم صدور حكم التحكيم في دائرة اختصاصه، و يقبل الطعن ابتداء من تاريخ النطق بحكم التحكيم ولا يقبل هذا الطعن بعد اجل شهرا من تاريخ التبليغ الرسمي للأمر القاضي بالتنفيذ.[2]

المطلب الثاني: آثار التحكيم في الاعتماد المستندي

ان التحكيم بمثابة طريق استثنائي لحل منازعات الاعتماد المستندي، خروجا عن الولاية العامة لمحاكم الدولة و من ثم فإن اتفاق التحكيم يترتب عنه آثار على الاختصاص سالبا بالنسبة لمحاكم الدولة و اجابيا بالنسبة لهيئات التحكيم.[3]

اذن سنتطرق في هذا الصدد الى آثار اتفاق التحكيم الوارد في الاعتماد المستندي(الفرع الاول) ثم الى آثار شرط التحكيم الوارد في عقد الاساس(الفرع الثاني)

الفرع الاول: آثار اتفاق التحكيم الوارد في الاعتماد المستندي

ان نطاق قانون العقد هو القوة الالزامية التعاقدية، و هي التي تحدد حقوق و التزامات الاطراف و تطبق بالضرورة بنفس العقد[4] فينجم عن الاتفاق على التحكيم اثرين هما:

اولا: الأثر السلبي

بمجرد قيام الخصوم بالاتفاق على التحكيم سواء كان ذلك صريحا او ضمني، يجب تسوية نزاعهم بهذه الوسيلة اما في حالة قيام أحد طرفا التحكيم برفع النزاع محل التحكيم الى القضاء فيجوز هنا للطرف الاخر التمسك بالتحكيم في صورة دفع. و في ما برهنت عليه العديد من الاتفاقيات

[1]– عليوش قربوع كمال، مرجع سابق، ص 66– 67.

[2]– المادة 1059 فقرة 1 و 2 من قانون الاجراءات المدنية و الادارية الجزائري.

[3]– نتاري عبد الجليل، التحكيم في العمليات المصرفية، مذكرة مقدمة لاستكمال متطلبات شهادة الماستر اكاديمي تخصص علاقات دولية خاصة، كلية الحقوق و العلوم السياسية، جامعة قاصي مرباح، ورقلة، 2018/2017، ص 34.

[4]– نور الدين بكلي، مرجع سابق، ص131.

الدولية و كذا التشريعات[1]، فنصت المادة الثامنة من القانون النموذجي للتحكيم التجاري الدولي التي نصت " على المحكمة التي ترفع امامها دعوى في مسألة ابرام بشأنها اتفاق التحكيم ان تحيل الطرفين في موعد اقصاه تاريخ تقديم بيانه الاول في موضوع النزاع، ما لم يتضح لها أن الاتفاق باطل او عديم الاثر او لا يمكن تنفيذه."[2]

وكذلك " اذا رفعت الدعوى من النوع المشار اليه في (الفقرة 1 من المادة الثامنة اعلاه) يظل من الجائز البدء او الاستمرار في اجراءات التحكيم، و يجوز ان يصدر قرار تحكيم و الدعوى لا تزال عالقة امام المحكمة"[3]و معنى هذا عدم اختصاص المحاكم الوطنية في النظر في النزاع المتفق بشأنه على التحكيم.[4]

ثانيا: الأثر الايجابي

وهو فض الخصومة عن طريق التحكيم و الاعتداد بالحكم الصادر فيه و اعتباره كأنه صدر من المحكمة المختصة. فتمنح هيئة خاصة مؤقتة(أي هيئة التحكيم) الحق في النظر في النزاع، و لكن هذا الأثر ينجم عنه قيود باعتباره اثر ناقص لا يمتد الى مسائل لا يختص التحكيم فيها.[5]

و من المعروف ان مبدأ القوة الملزمة للعقود او ان العقد شريعة المتعاقدين من المبادئ المستقرة في القانون الدولي للعقود و كنتيجة لهذه القوة الملزمة لاتفاق التحكيم هو ثبوت الاخصاص للهيئة التحكمية لمباشرة اختصاصها.[6]

---

[1]–نتاري عبد الجليل، مرجع سابق، ص35.

[2]– المادة 08 من قانون الاونسيترال النموذجي للتحكيم التجاري الدولي الصادر عن الامم المتحدة 1994 على الرابط https://uncitral.un.org بتاريخ 2022/04/29 على الساعة 15:12.

[3]– المادة 08 فقرة 2 من قانون الاونستيرال النموذجي للتحكيم التجاري الدولي 1994 على الرابط https://uncitral.un.org بتاريخ 2022/04/30 على الساعة 13:00.

[4]– نتاري عبد الجليل، مرجع سابق، ص36.

[5]– موسوعة العدالة للتحكيم التجاري الدولي، على الرابط https://justice-academy.com زيارة بتاريخ 2022/05/29 على الساعة 17:25.

[6]– نتاري عبد الجليل، مرجع سابق، ص36.

الفرع الثاني: آثار شرط التحكيم الوارد في عقد الاساس

سنتطرق اليها في النقاط الاتية:

اولا: عدم الاحتجاج بشرط التحكيم في عقد الاساس

ان الاعتماد المستندي يمتاز بالاستقلال عن علاقة الاساس القائمة بين المستفيد و العميل الامر عن تلك الضمانات، و من نتائج هذا الاستقلال انه لا يجوز التمسك بأي دفع ناشئ عن تلك العلاقة للتأثير على التزام البنك بالوفاء بقيمة الاعتماد، او على مطالبة المستفيد به.[1] و هذا بخلاف الكفيل الذي لا يعد طرف في اتفاق التحكيم المبرم بالمدين الاصلي و الدائن، مالم يوقع الكفيل عن العقد الاصلي المتضمن اتفاق التحكيم كطرف في هذا العقد.[2]

و يرى جانب اخر من الفقه بأن الاساس المذكور لعدم الاحتجاج ليس كافيا، فمبدأ الاستقلال بين الاعتماد المستندي و علاقة الاساس لا يكفي للقول بعدم الاحتجاج بشرط التحكيم الوارد في تلك العلاقة.[3]

ثانيا: اثر شرط التحكيم على تنفيذ المصرف و التزامه

فيما يخص تجميد قيمة الاعتماد على يد المصرف فإنه عند ادراج شرط التحكيم في عقد الاساس يؤدي الى تعليق المصرف بأداء قيمة الاعتماد الى المستفيد، الى تجميد القيمة تحت يد المصرف و ذلك عند اثبات العميل الامر غش المستفيد او سوء نيته بقيمة الاعتماد.[4]

اما فيما يخص وقف الدعوى القضائية بين المصرف و المستفيد فإنه قد يقوم المستفيد بطلب بأداء قيمة الاعتماد، و لكن المصرف يعترض على ذلك الطلب و ذلك بسبب كما لو انه لم

[1]– وضاح نسيمة، مرجع سابق، ص129.

[2]– القيلوجي سميحة، اثر اتفاق التحكيم على المنازعات التي تنشئ عن كل تحرير شيك دون رصيد وعلى خطاب الضمان و الاعتماد المستندي، المجلة الدولية للفقه و القضاء و التشريع، المجلد2، العدد1، 2021، ص10.

[3]– وضاح نسيمة، مرجع سابق، ص130.

[4]– نتاري عبد الجليل، مرجع سابق، ص40.

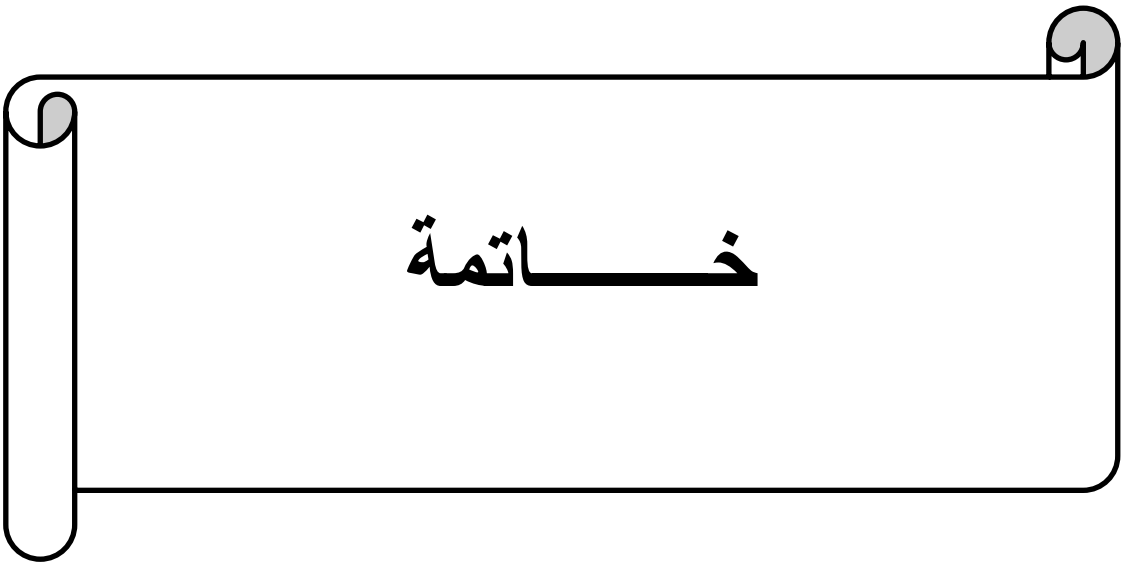
يتقدم المستفيد للمطالبة في الموعد المحدد او انه لم يقدم الوثائق الكافية المطلوب للمصرف و في الغالب هنا يلجأ المستفيد لإقامة دعوى قضائية امام قضاء دولته.[1]

[1]– اسيل باقر جاسم، اثار شرط التحكيم على خطاب الضمان، مجلة المحقق الحلي للعلوم القانونية و السياسية، العدد الاول، السنة الخامسة، ص192.

خلاصـــة الفصل الثاني

نخلص بالقول من خلال ما سبق ذكره ان خصوصية التحكيم في الاعتماد المستندي من ناحية تعريف التحكيم التجاري الدولي و التحكيم في الاعتماد المستندي لا يختلفان الا من جانب واحد هو اطراف العملية التحكمية و محل النزاع، اما من ناحية الاجراءات لحل المنازعات فإنها نفس الاجراءات المتبعة في التحكيم التجاري الدولي بشكل عام و لكن يجب مراعاة طبيعة الاعتماد المستندي خاصة من جانب القانون الواجب التطبيق على موضوع النزاع.

اما فيما يخص الاثار المترتبة عن التحكيم في الاعتماد المستندي لدينا اثار اتفاق التحكيم المتعلق بالاعتماد المستندي الذي ينجم عنه اثرين الاول سلبي و الثاني ايجابي، بالإضافة الى اثار شرط التحكيم الوارد في عقد الاساس، الاثر الاول متعلق بعدم الاحتجاج بشرط التحكيم في عقد الاساس و هذا يوافق ما يتميز به عقد الاعتماد المستندي من استقلالية، و بالتالي لا يجوز التمسك بأي دفع ناتج عن تلك العلاقة للتأثير على التزامات البنك و كذا اثر شرط التحكيم على تنفيذ المصرف و التزامه.


خـــــاتمة

خـاتمـــــــة

هنا و نكون قد وصلنا لختام بحثنا " التحكيم في منازعات الاعتماد المستندي"، الذي توصلنا فيه الى ان عقد الاعتماد المستندي له اهمية كبيرة في الحركة التجارية الخارجية و له دور بارز حيث يعد روح التجارة الخارجية، و اصبح من اهم طرق الدفع الحديثة و الاكثر شيوعا، لأنه يعتبر من بين اهم الوسائل التي توفر الثقة و الطمأنينة للمتعاملين المصدرين و المستوردين في دول مختلفة، و مما لاشك فيه ان هذه الوسيلة تنشأ عنها العديد من المنازعات و هنا يظهر دور التحكيم الذي يتدخل بصفته وسيلة لحل هذه النزاعات الناشئة عن عقد الاعتماد المستندي.

و قد توصلنا من خلال بحثنا و درستنا الى النتائج التالية:

1 – عقد الاعتماد المستندي جاء كوسيلة ضمان في معاملات التجارة الدولية لسد فجوة عدم الثقة بين المتعاملين الاقتصاديين، و كذلك وسيلة ائتمان و وفاء للمتعاملين بالتزاماتهم ،كما يمتاز بخصائص تميزه عن غيرة من العقود منها الاستقلالية فعقد الاعتماد المستندي منفصل عن عقد البيع، و انه يتعامل فقط بالمستندات الممثلة للبضائع ،و كذلك يمتاز بالالتزام بالشروط الواردة في عقد الاعتماد.

2 – عقد الاعتماد المستندي له ثلاثة اطراف رئيسية و هي طالب فتح الاعتماد المستندي(العميل) و البنك فاتح الاعتماد المستندي و المستفيد، و يقبل الاعتماد المستندي تدخل طرف رابع و هو البنك المبلغ للاعتماد المستندي حسب الاتفاق ،كما ان الاعتمادات المستندية لها صور متعددة نذكر منها الانواع الاكثر انتشارا و هم الاعتماد المستندي غير القابل للإلغاء و الاعتماد المستندي المعزز(المؤيد) اذ يعملوا على توفير الضمان و الثقة للمتعاملين.

3 – العلاقة التعاقدية بين المستفيد و العميل لا يوجد فيها اي اشكال لتحديد طبيعته القانونية فالتكيف على انها عقد بيع، فالخلاف و الجدل الفقهي الذي ثار كان حول البنك المؤيد في مواجهة البائع، و هنا ظهرت عدة نظريات حول تحديد طبيعته القانونية منها نظرية الكفالة، نظرية الانابة، و نظرية و الوكالة. الخ.

4 – جل التشريعات بما فيها التشريع الجزائري التي نظمت الاعتماد المستندي تبنت احكاما مستمدة من القواعد و الاصول الموحدة للاعتمادات المستندية الصادرة عن غرفة التجارة الدولية.

5 – يعد التحكيم من أهم الطرق البديلة لفض المنازعات الواقعة بين الخصوم و وضع حد لخلافاتهم و هذه الوسيلة تختار بإرادة الاطراف دون اللجوء الى القضاء، و بالتالي ثار جدل فقهي واسع حول الطبيعة القانونية للتحكيم فمنهم من اتجه الى النظرية التعاقدية للتحكيم و منهم من اتجه الى النظرية القضائية للتحكيم وهناك اتجاه ثالث مؤيد للنظرية المستقلة التي جمعت بين النظريتين السابقتين، اما الاتجاه الاخر الذي يندد بالنظرية المستقلة الخاصة و يعتبر ان التحكيم خارج عن العقود و عن القضاء، اما المشرع الجزائري من خلال احكام قانون الاجراءات المدنية و الادارية قد اعتبر التحكيم ذو طبيعة قضائية ولم يتبنى احكاما منظمة له واضحة بالشكل اللازم .

6 – اتفاق التحكيم في الاعتماد المستندي يأخذ صورتين شرط التحكيم يكون قبل النزاع و مشارطة التحكيم يكون بعد حدوث النزاع و الصورة الغالبة في الاعتماد المستندي هي شرط التحكيم.

7 – اما بالسنبة للإجراءات التحكيم في الاعتماد المستندي تعد بمثابة حجر الاساس في حسم المنازعات الواقعة بين اطراف الخصومة.

وبناء على ما سبق ذكره من النتائج المتواصل لها يمكننا القول ان المشرع الجزائري لم يوفق بالشكل اللازم في وضع قواعد تحكمية تتماشى و خصوصية الاعتماد المستندي لأنه لم يعطي للتحكيم الاهتمام الكافي من الجانب التنظيمي و اكتفى فقط بما تنص عليه اتفاقيات التجارة الدولية و الانظمة المتعلقة بها، و كذلك بالنسبة للاعتماد المستندي فالتشريع المحلي لم يتناوله بالشكل المطلوب و الاحكام المنظمة له قليلة جدا مقارنة بالتشريعات الاجنبية الاخرى.

و من خلال ما توصلنا اليه من نتائج في هذا البحث يمكننا تقديم الاقتراحات التالية:

1 – نقترح على المشرع الجزائري الاهتمام بالتحكيم في مجال الاعتماد المستندي و أخذه بعين الاعتبار.

2 – سن أحكام أكثر وضوحا تنظم الاعتماد المستندي و تنظيمها في القانون التجاري الجزائري، او تنظيمها في القانون المدني الجزائري ،مثلما هو معمول به القوانيين المقارنة.

3 – ضرورة اعادة معالجة هذه المسألة و تسليط عليها الضوء من جديد لان التشريع المحلي لم يتناولها بالشكل المطلوب و لم يعطيها الاهتمام الكافي.

4 – وضع قواعد قانونية واضحة للتحكيم التجاري الدولي وخاصة فيما يخص موضوع الاعتمادات المستندية.

و في نهاية هذا البحث يمكننا القول ان هذه الدراسة قد تفتح افاق جديدة لمواصلة اجراء المزيد من البحوث القانونية و الدراسات المعمقة في هذا المجال و تسليط الضوء عليه مثل:

1 – دور الاعتماد المستندي في التجارة الخارجية.

2 – النطاق القانوني للاعتماد المستندي في التشريع الجزائري و القوانين المقارنة.

3 – اجراءات التحكيم في الاعتماد المستندي.

4 – خصوصية الاعتمادات المستندية.

5 – مزايا و سلبيات اللجوء الى التحكيم التجاري الدولي.

نتمنى أن نكون قد أعطينا موضوع هذا البحث حقه.

قائمة المصادر و المراجع

قائمة المصادر و المراجع

اولا: المصادر

أ – القرآن الكريم

ب – الاتفاقيات و الانظمة الدولية

1– الاتفاقية الاوروبية لسنة 1961 المعقودة في جنيف المتعلقة بالتحكيم التجاري الدولي على الرابط https://jastice-academy.com زيارة بتاريخ 2022/04/25.

2–قواعد لجنة الامم المتحدة للقانون التجاري الدولي على الرابط https://uncitral.un.org زيارة بتاريخ 2022/04/20.

ج–القوانين و الاوامر

1– القانون رقم 07 – 05 المؤرخ في 13 مايو 2007 المتضمن القانون المدني الجزائري.

2– القانون رقم 08 – 09 المؤرخ في 25 فبراير 2008 المتضمن قانون الاجراءات المدنية و الادارية الجزائري، الجريدة الرسمية رقم 21 المؤرخة في 23 ابريل 2008

3– القانون رقم 09 – 01 المؤرخ في 22 يوليو 2008 يتضمن قانون المالية التكميلي لسنة 2009، الجريدة الرسمية العدد 44 الصادرة في 26 يوليو

4– الامر رقم 75 – 59 المؤرخ في26 سبتمبر 1975 الذي يتضمن القانون التجاري الجزائري، المعدل و المتمم.

5– القوانين العربية

– قانون الموجبات و العقود اللبناني لسنة 1932 على الرابط https://www.e-lawyerassistamce.com زيارة بتاريخ 2022/05/24.

– قانون التجارة العراقي رقم 149 لسنة 1970 على الرابط https://www.iraqla.hjc.iq زيارة بتاريخ 2022/05/29.

– قانون التجارة الكويتي رقم 68 لسنة 1980 على الرابط https://wipolesc-res.wipo.imt زيارة بتاريخ 2022/05/29.

– قانون التجارة العراقي رقم 30 لسنة 1984 على الرابط https://krg.eregulatioms.org زيارة بتاريخ 2022/06/01.

– قانون التجارة المصري رقم 17 لسنة 1999، الجريدة الرسمية العدد 19 مكرر في 17 مايو سنة1999 على الرابط https://www.kms.unc-org.org زيارة بتاريخ 2022/05/20.

– قانون التجارة القطري رقم 27 سنة 2006 على الرابط https://www.almeezam.qa زيارة بتاريخ 2022/06/03.

د – المراسيم

1– المرسوم التشريعي رقم 93 – 09 المؤرخ في 25 ابريل 1993 يعدل و يتمم الامر 66 – 154 المؤرخ في 08 يونيو ، و المتضمن قانون الاجراءات المدنية جريدة رسمية العدد 27(الملغى).

هـ–الانظمة

1–النظام رقم 07–01 المؤرخ في 3 فبراير 2007 يتعلق بالقواعد المطبقة على المعاملات الجارية مع الخارج و الحسابات بالعملة الصعبة ،جريدة رسمية، العدد 31 الصادر في 31 ماي 2007.

ثانيا: المراجع

أ – الكتب

1 –احمد مخلوف، اتفاق التحكيم كأسلوب لتسوية منازعات عقود التجارة الدولية(دراسة تحليلية تأصيلية)، دار النهضة العربية، القاهرة، 2001

2- الياس ناصيف، العقود المصرفية الاعتماد المستندي، المجلد الثالث، منشورات الحلبي الحقوقية، بيروت، لبنان، 2014

3- حفيظة السيد حداد، الموجز في النظرية العامة في التحكيم التجاري الدولي، منشورات الحلبي الحقوقية، بيروت، لبنان، 2010

4- جمال الدين علي عوض، الاعتمادات المستندية(دراسة للقضاء و الفقه المقارن و قواعد سنة 1983 الدولية)، دار النهضة العربية، القاهرة، 1989

5- جمال الدين علي عوض، عمليات البنوك من الوجهة القانونية(دراسة للقضاء المصري و المقارن و تشريعات للبلاد العربية)، طبعة مكبرة، 1993

6- جمال يوسف عبد النبي، الاعتمادات المستندية، الطبعة الاولى، مركز الكتاب الاكاديمي، عمان، 2001

7- خالد رمزي سالم البزايغة، الاعتمادات المستندية من منظور شرعي(دراسة فقهية قانونية)، دار النفائس، الاردن، 2009

8- سلطان عبد الله محمود الجواري، القانون الواجب التطبيق على الحساب الجاري و الاعتماد المستندي(دراسة مقارنة)، منشورات الحلبي الحقوقية، بيروت، لبنان، 2010

9- عباس مصطفى المصري، عقد الاعتماد في القانون التجاري الجديد(دراسة قانونية مقارنة بالشريعة الاسلامية)، دون طبعة، دار الجامعة الجديدة للنشر، الاسكندرية، 2005

10- عبد الرزاق السنهوري، الوسيط في شرح القانون المدني مصادر الالتزام، دون دار نشر، دون بلد نشر، دون سنة نشر.

11- عبد العزيز خليفة عبد المنعم، التحكيم في المنازعات الادارية العقدية و غير العقدية(دراسة تحليلية)، المكتب الجامعي الحديث، 2015

12- عرفات احمد المنجي، التحكيم في منازعات الاعتمادات المستندية(في الفقه و القانون المقارن)، المركز القومي للإصدارات القانونية، القاهرة، 2017

13- علي البارودي، العقود و عمليات البنوك التجارية، منشأة المعارف، الاسكندرية، 1990

14- علي البارودي، القانون التجاري العقود التجارية و عمليات البنوك(وفقا لأحكام قانون التجارة رقم 17 سنة 1999)، الجزء الثاني، دار المطبوعات الجامعية، الاسكندرية، 2000

15- فتحي والي، قانون التحكيم في النظرية و التطبيق، منشأة المعارف، الاسكندرية، 2007

16- فوزي محمد سامي، التحكيم التجاري الدولي(دراسة مقارنة للأحكام التحكيم التجاري الدولي)، دار الثقافة، عمان، دون سنة نشر

17- كمال عليوش قربوع، التحكيم التجاري الدولي في الجزائر، ديوان المطبوعات الجامعية، بن عكنون، الجزائر، 2014

18- لسان العرب لابن النظور، المؤسسة المصرية لتأليف و النشر، الجزء 15، دون سنة نشر

19- محي الدين اسماعيل علم الدين، الاعتمادات المستندية، المعهد العالي للفكر الاسلامي، القاهرة، 1996

20- مصطفى كمال طه، العقود التجارية و عمليات البنوك(دراسة مقارنة)، منشورات الحلبي الحقوقية، بيروت، لبنان، 2006

21- منير عبد المجيد، الأسس العامة للتحكيم الدولي و الداخلي(في القانون الخاص في ضوء الفقه و قضاء التحكيم)، منشأة المعارف، الاسكندرية، 2000

ب – الرسائل و المذكرات العلمية

- الدكتوراه

1- نسيمة وضاح، انقضاء التحكيم في الاعتماد المستندي، اطروحة مقدمة لنيل شهادة الدكتوراه في الحقوق تخصص قانون اعمال، كلية الحقوق و العلوم السياسية، جامعة جيلالي اليابس، سيدي بلعباس، 2017/2016

2- نضرة بن ددوش، انقضاء الالتزام دون الوفاء به في القانون الوضعي و الفقه الاسلامي(دراسة مقارنة)، اطروحة لنيل درجة الدكتوراه الدولية، كلية الحقوق و العلوم السياسية، جامعة وهران، 2011/2010

3- نور الدين بوالصلصال، الاختصاص في تسوية النزاعات التجارية الدولية عن طريق التحكيم، رسالة مقدمة لنيل شهادة الدكتوراه علوم، كلية الحقوق، جامعة منتوري، قسنطينة، 2011/2010

- الماجستير

1- اياد ابراهيم محمد كلوب، الاشتراك لمصلحة الغير(دراسة فقهية مقارنة)، رسالة استكمالا لمتطلبات الحصول على درجة الماجستير في القانون الخاص، كلية الحقوق و العلوم السياسية، جامعة الازهر، غزة، 2014

2- سماح يوسف اسماعيل السعيد، العلاقات التعاقدية بين اطراف عقد الاعتماد المستندي، اطروحة استكمال لمتطلبات درجة الماجستير في القانون، كلية الدارسات العلية، جامعة النجاح الوطنية، نابلس، فلسطين، 2007

3- شكيب كلوج، النظام القانوني للاعتماد المستندي، لرسالة لنيل ديبلوم الدراسات العليا المعمدة في القانون الخاص تخصص التجاري المقارن، كلية العلوم القانونية و الاقتصادية و الاجتماعية، جامعة محمد الاول، وجدة، 2008/2007

4- عبد الوهاب عجيري، شرط التحكيم التجاري الدولي في التشريع الجزائري، مذكرة لنيل شهادة الماجستير في القانون، كلية الحقوق و العلوم السياسية، جامعة سطيف2، 2014/2013

5- ماجد حميد عبد المهدي الجبوري، القانون الواجب التطبيق على الاعتماد المستندي، رسالة استكمالا للحصول على شهادة الماجستير في القانون الخاص، كلية الحقوق، جامعة الشرق الاوسط، عمان،2020

6- منى بوختالة، التحكيم كوسيلة لتسوية المنازعات في مجال الاستثمار، مذكرة مقدمة لنيل شهادة الماجستير في القانون العام فرع القانون الاقتصادي، كلية الحقوق، جامعة قسنطينة، 2014/2013

7- نور الدين بكلي، اتفاق التحكيم التجاري الدولي في القانون الجزائري، مذكرة لنيل شهادة الماجستير في القانون الدولي و العلاقات الدولية، معهد الحقوق و العلوم الادارية، جامعة الجزائر، 1996/1995

- الماستر

1- أحمد معوج، النظام القانوني للاعتماد المستندي، مذكرة تكميلية لنيل شهادة الماستر تخصص قانون اعمال، كلية الحقوق و العلوم السياسية، جامعة العربي بن مهيدي، ام البواقي، 2016/2015

2- خولة بلعروسي، الاليات القانونية للحد من مخاطر الاعتماد المستندي، مذكرة تخرج للحصول على شهادة الماستر في الحقوق تخصص قانون اعمال، كلية الحقوق و العلوم السياسية، جامعة الوادي، 2015/2014

3- رباح محمد/عقاب فاتح، الاعتماد المستندي كأداء بنكية في تمويل التجارة الخارجية، مذكرة لنيل شهادة الماستر في العلوم الاقتصادية تخصص اقتصاديات المالية و البنوك، كلية العلوم الاقتصادية و التجارية و علوم التسيير، جامعة اكلي محند اولحاج، لبويرة، 2015/2014

4- رقيقة ميدون، اجراءات التحكيم التجاري الدولي، مذكرة مقدمة لاستكمال متطلبات شهادة الماستر اكاديمي تخصص علاقات دولية خاصة، كلية الحقوق و العلوم السياسية، جامعة قاصدي مرباح، ورقلة،2015/2014

5- رمضان ارزقي/ كيلسوم كاميلية، اتفاقية التحكيم التجاري الدولي، مذكرة لنيل شهادة الماستر تخصص قانون اعمال، كلية الحقوق و العلوم السياسية، جامعة مولود معمري، تيزي وزو، 2018

6- عبد الجليل نتاري، التحكيم في العمليات المصرفية، مذكرة مقدمة لاستكمال متطلبات شهادة الماستر اكاديمي تخصص علاقات دولية خاصة، كلية الحقوق و العلوم السياسية، جامعة قاصي مرباح، ورقلة، 2018/2017

7- هبة بوذراع، النظام القانوني لعقد الوكالة، مذكرة تكميلية لنيل شهادة الماستر شعبة الحقوق تخصص قانون اعمال، كلية الحقوق و العلوم السياسية، جامعة العربي بن مهيدي، ام البواقي، 2016/2015

ج- المقالات

1- احمد حرير، دور قانون الاونسيترال النموذجي للتحكيم التجاري الدولي في تسوية منازعات عقود التجارة الدولية و مدى مسايرة المشرع الجزائري له(دراسة تحليلية مقارنة)، مجلة دراسات القانونية و السياسية، كلية الحقوق و العلوم السياسية، جامعة سيدي بلعباس، 2018

2-اسيل باقر جاسم، آثار شرط التحكيم على خطاب الضمان، مجلة المحقق الحلي للعلوم القانونية و السياسية، العدد الاول، السنة الخامسة.

3- الطيب بوحالة، النظام القانوني لعقد الاعتماد المستندي و دوره في التجارة الخارجية، بحوث جامعة الجزائر، كلية الحقوق و العلوم السياسية، جامعة باتنة1، العدد 09، الجزء الثاني، دون سنة نشر

4- الياس ناصيف/بول مرقص، المصارف العربية في مواجهة التحديات القانونية، ابحاث و دراسات(7)، جامعة الدول العربية، بيروت، لبنان،2019.

5- امير سعيد/ العوض سامي، الطبيعة القانونية لحكم التحكيم، مقال على الرابط https://www.google.com زيارة بتاريخ 2022/05/22.

6- حسن كليبي، الطبيعة القانونية للتحكيم التجاري الدولي، مجلة المفكر، جامعة محمد خيضر، بسكرة- الجزائر، المجلد 16، العدد02، منشور بتاريخ 2021/12/31

7- حفيظة زقاي، اهمية الاعتماد المستندي في تمويل التجارة الخارجية، مجلة ابحاث قانونية و سياسية، كلية الحقوق و العلوم السياسية، جامعة ابن باديس، مستغانم، العدد7، 2018

8- حمودي حسون كفاح، الاثار القانونية لقرار التحكيم التجاري، مجلة الجامعة العراقة، كلية الرشيد الجامعة قسم القانون، العدد44، الجزء02

9- سامي بلعابد، انعقاد الخصومة التحكمية في القانون الجزائري، مجلة الحوار الفكري، جامعة قسنطينة1، 2012

10- سعيد حاتم غائب، التحكيم كأداة لفض النزاعات التجارية الدولية، مجلة كلية القانون و العلوم السياسية دون عدد .

11- سعيد حاتم غائب/ الجانبي جاسم محمد فرحان، التحكيم التجاري الدولي و الطبيعة القانونية له، مجلة معالم الدراسات القانونية و السياسية، كلية القانون، جامعة لفلوجة، مجلد4، العدد2، 2020

12- سميحة القيلوجي، آثر اتفاق التحكيم على المنازعات التي تنشأ عن كل تحرير شيك دون رصيد و على خطاب الضمان و الاعتماد المستندي، المجلة الدولية للفقه و القضاء و التشريع، المجلد02، العدد01، 2021

13- شريفة تكوك، شروط صحة اتفاق التحكيم في التشريع الجزائري، المجلة الجزائرية للحقوق و العلوم السياسية، معهد العلوم القانونية و الادارية، المركز الجامعي احمد بن يحي الونشرسي، تيسمسيلت، الجزائر، مجلد03، العدد06، ديسمبر 2018

14- صبرينة عصام، الاعتماد المستندي آلية جديدة للرقابة على التجارة الخارجية في التشريع الجزائري، مجلة آفاق للعلوم، جامعة تيزي وزو، الجزائر، المجلد05، العدد03، 2020

15- عبد المالك باسود، طبيعة النظام القانوني للتحكيم التجاري في التشريع الجزائري، مجلة القانون و المجتمع، كلية الحقوق و العلوم السياسية، جامعة الدكتور الطاهر مولاي، سعيدة، 2015

16- عبد الهادي محمد الغامدي، مضمون و نطاق التام المصرف المصدر للاعتماد المستندي بفحص المستندات طبقا للأحوال و الاعراف الموحدة(النشرة 600) و في ضوء القضاء المقارن(الانجليزي و الامريكي)، المجلة الدولية للقانون، كلية الحقوق، جامعة الملك عبد العزيز، المملكة العربية السعودية، 2016

17- فهيمة قسوري، دور الاعتماد المستندي في تسوية ثمن عقود التجارة الدولية، مجلة الباحث للدراسات الأكاديمية، كلية الحقوق و العلوم السياسية، جامعة الحاج لخضر، باتنة، العدد الثاني، 2017

18- مليكة اسماء بن صقر، الخصومة التحكمية الدولية و دور القاضي الوطني في سيره، مجلة آفاق للعلوم، جامعة الجلفة، العدد الثامن، الجزء1، جوان 2017

19- وسيلة شريبط، الاعتماد المستندي و التكييف القانوني و الشرعي له، مجلة جامعة الامير عبد القادر للعلوم الاسلامية، جامعة الامير عبد القادر للعلوم الاسلامية، قسنطينة- الجزائر، مجلد32، العدد2، 2018

20- ياسمين زرزور، الطبيعة القانونية للتحكيم و تمييزه عن غيره من الوسائل المشابهة له، مقال على الرابط https://www.mohamad.net زيارة بتاريخ 2022/05/23.

21- يوسف زكرياء ارباب عيسى، اتفاق التحكيم صوره و شروط صحته، مجلة جامعة القرآن الكريم و تأصيل العلوم عماد البحث العلمي، العدد الاول، 6 اكتوبر 2015

22- يوسف مسعودي، القانون الواجب التطبيق على عمليات البنوك(دراسة مقارنة)، المجلة المتوسطية للقانون و الاقتصاد، جامعة احمد دراية، ادرار، 2016

د- المداخلات

1- محمد سامي الشوا، التحكيم التجاري الدولي اهم الحلول البديلة لحل منازعات الاقتصادية، المؤتمر السنوي السادس عشر(التحكيم التجاري الدولي)، كلية القانون، جامعة الامارات العربية المتحدة

ز- المحاضرات

1- الدكتور كريم تعولت، محاضرات في التحكيم التجاري الدولي، القيت على طلبة سنة اولى ماستر تخصص القانون العام الاقتصادي، كلية الحقوق و العلوم السياسية، جامعة عبد الرحمان ميرة، بجاية، 2020/2019

2- الدكتور محمد عيساوي، محاضرات في التحكيم التجاري الدولي، القيت على طلبة سنة ثانية ماستر تخصص قانون اعمال، كلية الحقوق و العلوم السياسية، جامعة اكلي بولحاج، البويرة، 2020/2019

س- المواقع الالكترونية

1- https://www.almerja.com بتاريخ 2022/04/20 .

2- https://www.moqatel.com بتاريخ 2022/05/07 .

3 - https://justice-academy.com بتاريخ 2022/05/31.

4 - https://www.othmin.ps بتاريخ 2022/04/15

فـهرس المحتويات

فهرس المحتويات

مقدمة.....	1
الفصل الاول: الاعتماد المستندي محل التحكيم	**5**
المبحث الاول: ماهية الاعتماد المستندي.....	6
المطلب الاول: مفهوم الاعتماد المستندي.....	6
الفرع الاول: تعريف الاعتماد المستندي.....	6
اولا: التعريف التشريعي للاعتماد المستندي.....	6
ثانيا: التعريف الفقهي للاعتماد المستندي.....	9
الفرع الثاني: اهمية الاعتماد المستندي.....	11
اولا: الاعتماد المستندي وسيلة ضمان.....	11
ثانيا: الاعتماد المستندي وسيلة وفاء.....	12
ثالثا: الاعتماد المستندي وسيلة ائتمان.....	12
المطلب الثاني: خصائص الاعتماد المستندي و انواعه.....	12
الفرع الاول: خصائص الاعتماد المستندي.....	13
اولا: الخصائص العامة للاعتماد المستندي.....	13
1-عقد رضائي.....	13
2- عقد تجاري.....	13
3- عقد ملزم للجانبين.....	14
4- عقد معاوضة.....	14
ثانيا: الخصائص الخاصة للاعتماد المستندي.....	14
1- الاستقلالية.....	14
2- التعامل على المستندات.....	16
3- الالتزام.....	16
الفرع الثاني: انواع الاعتمادات المستندية.....	17
اولا: الاعتمادات المستندية من حيث قوة التعهد(الالتزام)	17
1- الاعتماد المستندي القابل للإلغاء.....	17
2- الاعتماد المستندي غير القابل للإلغاء.....	20
ثانيا: من حيث قوة تعهد البنك المرسل.....	22
1- الاعتماد المستندي المعزز.....	23
2- الاعتماد المستندي غير المعزز.....	26

ثالثا: الاعتماد المستندي من حيث الشكل.....	27
1- الاعتماد المستندي القابل للتحويل.....	27
2- الاعتماد المستندي الدائري(المتجدد)	27
3-الاعتماد المستندي الظهير.....	28
المبحث الثاني: خصوصية التحكيم في الاعتماد المستندي.....	28
المطلب الاول: اطراف الاعتماد المستندي.....	29
الفرع الاول: طالب فتح الاعتماد و البنك فاتح الاعتماد.....	29
اولا: طالب فتح الاعتماد(العميل الامر)	29
ثانيا: البنك فاتح الاعتماد المستندي.....	31
الفرع الثاني: البنك المبلغ للاعتماد المستندي و المستفيد(المصدر)	34
اولا: البنك المبلغ للاعتماد المستندي.....	34
ثانيا: المستفيد(المصدر)	36
المطلب الثاني: التكييف القانوني للاعتماد المستندي.....	37
الفرع الاول: نظرية الانابة و نظرية الوكالة.....	37
اولا: نظرية الانابة.....	37
1- الانابة الكاملة.....	38
2- الانابة الناقصة.....	39
أ-اوجه التشابه بين الانابة و الاعتماد المستندي.....	39
ب- اوجه الاختلاف.....	39
ثانيا: نظرية الوكالة.....	40
1- اوجه التشابه بين عقد الاعتماد المستندي و عقد الوكالة.....	41
2- اوجه الاختلاف.....	41
الفرع الثاني: نظرية اعتبار عقد الاعتماد المستندي عقد كفالة و نظرية اعتبار عقد الاعتماد المستندي اشتراط لمصلحة الغير.....	42
اولا: نظرية اعتبار عقد الاعتماد المستندي عقد كفالة.....	42
1- اوجه التشابه بينهم.....	42
2- اوجه الاختلاف.....	43
ثانيا: نظرية اعتبار عقد الاعتماد المستندي اشتراط لمصلحة الغير.....	43
خلاصة الفصل الاول	45

الفصل الثاني: خصوصية التحكيم في الاعتماد المستندي	**46**
المبحث الاول: ماهية التحكيم في الاعتماد المستندي.....	47
المطلب الاول: مفهوم التحكيم و طبيعته القانونية.....	47
الفرع الاول: تعريف التحكيم.....	47
اولا: تعريف لغة.....	47
ثانيا: اصطلاحا.....	47
1-الاصطلاح الشرعي للتحكيم.....	48
2-الاصطلاح القانوني للتحكيم.....	48
الفرع الثاني: الطبيعة القانونية للتحكيم.....	49
اولا: الطبيعة التعاقدية للتحكيم.....	50
ثانيا: الطبيعة القضائية للتحكيم	51
ثالثا: الطبيعة المختلطة للتحكيم.....	53
رابعا: الطبيعة المستقلة للتحكيم.....	54
المطلب الثاني: اتفاق التحكيم التجاري الدولي.....	56
الفرع الاول: مفهوم اتفاق التحكيم و صوره.....	56
اولا: تعريف اتفاق التحكيم.....	56
ثانيا: صور اتفاق التحكيم.....	57
1-شرط التحكيم.....	57
2- مشارطة التحكيم.....	57
الفرع الثاني: شروط صحة اتفاق التحكيم.....	58
اولا: الشروط الموضوعية لصحة اتفاق التحكيم.....	58
1-الرضا.....	58
2-المحل.....	60
3-السبب.....	60
ثانيا: الشروط الشكلية لصحة اتفاق التحكيم.....	61
المبحث الثاني: اجراءات و آثار التحكيم المتعلق بالاعتماد المستندي.....	62
المطلب الاول: اجراءات التحكيم في الاعتماد المستندي.....	62
الفرع الاول: الاجراءات المتبعة للنظر في النزاع.....	63
اولا: شروط و طرق تعيين المحكمين.....	63

1-شروط تعيين المحكمين.....	63
أ- شرط الاهلية.....	63
ب- شرط الحياد و الاستقلال.....	63
ج- شرط اسناد التحكيم الى شخص طبيعي.....	64
2- طرق تعيين المحكمين.....	64
أ- تعيين المحكمين عن طريق الاطراف.....	64
ب- تعيين المحكيين بالرجوع الى نظام تحكيمي.....	65
ج- تعيين المحكمين بالرجوع الى القاضي.....	65
ثانيا: عزل و رد المحكمين.....	65
1-عزل المحكمين.....	66
2- رد المحكمين.....	66
الفرع الثاني: الاجراءات المتبعة للسير في الخصومة.....	67
اولا: بدء الاجراءات.....	67
1-تقديم اطراف الخصومة لمذكراتهم.....	67
2- اعلام الخصم التحكيمي و المواعيد المقررة لذلك.....	68
3- لغة التحكيم.....	68
4- مكان التحكيم.....	69
ثانيا: القانون الواجب التطبيق على موضوع النزاع و على الاجراءات.....	69
1-القانون الواجب التطبيق على موضوع النزاع.....	69
أ- القانون الذي يحكم علاقة المصرف بالمستفيد	70
ب- القانون الذي يحكم علاقة المصرف بالعميل الامر	70
2- القانون الواجب التطبيق على الاجراءات.....	71
الفرع الثالث: حكم التحكيم التجاري الدولي.....	72
اولا: صدور حكم التحكيم.....	72
ثانيا: الطعن في قرار التحكيم.....	74
المطلب الثاني: آثار التحكيم في الاعتماد المستندي.....	75
الفرع الاول: اثار اتفاق التحكيم الوارد في الاعتماد المستندي.....	75
اولا-الاثر السلبي.....	75
ثانيا- الاثر الايجابي.....	76

الفرع الثاني: آثار شرط التحكيم الوارد في عقد الاساس.....	77
اولا–عدم الاحتجاج بشرط التحكيم في عقد الاساس.....	77
ثانيا– اثار شرط التحكيم على تنفيذ المصرف و التزامه.....	77
خلاصة الفصل الثاني	79
خاتمة.....	80
قائمة المصادر و المراجع.....	83
الفهرس.....	93

الملخص

يعد الاعتماد المستندي من أهم الاليات التي تعمل على تسهيل عمليات التجارة الخارجية حتى وصف بأنه روح التجارة الدولية، ظهر هذا النظام كآلية مصرفية نظرا للحاجة الماسة اليه لتوفير الطمأنينة و الثقة بين الاطراف(المصدر ، المستورد) نظرا للبعد الجغرافي بينهم. فتشوب نزاعات ناتجة عن" الاعتماد المستندي " و هنا يظهر الدور الفعال للتحكيم في حسم وفض تلك المنازعات و تحقيق الاستقرار بين الاطراف المتنازعة.

الكلمات المفتاحية: الاعتماد المستندي، التجارة الدولية، نظام مصرفي، التحكيم، البعد الجغرافي.

Résumé :

Le crédit documentaire est l'un des mécanismes les plus importants qui facilitent les opérations de commerce extérieur, jusqu'à ce qu'il soit décrit comme l'esprit du commerce international. Ce système s'est imposé comme un mécanisme bancaire en raison de l'impérieuse nécessité pour lui de rassurer et de mettre en confiance les parties (exportateur, importateur) en raison de la distance géographique entre eux, et des différends ont éclaté résultant du "crédit documentaire" et montre ici le rôle efficace de l'arbitrage dans la résolution et le règlement de ces différends et la stabilité entre les parties en conflit.

Les mots clés : lettre de crédit, le commerce international, système bancaire, arbitrage, distance géographique.