آثار شرط التحكيم في الاعتماد المستندي

وضاح نسيمة

طالبة دكتوراه – كلية الحقوق والعلوم السياسية

جامعة جيلالي ليابس – سيدي بلعباس –

المقدمة

يعد التحكيم من أهم الوسائل البديلة لحسم المنازعات في ضل المتغيرات الحالية، بل بات يشكل ضرورة حتمية في البعض منها وأهمها ما تعلق بالاعتماد ألمستندي الذي يعتبر الية لتمويل العقود التجارية الدولية

و في هذا الفرض، أي اذا كان هناك عقد دولي (بيع) و اشتمل هو كذلك على شرط التحكيم،فهل يسري في مواجهة أطراف الاعتماد ألمستندي الممثل في المستفيد ؟ بمعنى آخر يحتج بشرط التحكيم الوارد في عقد الأساس في مواجهة المستفيد عند المطالبة بالوفاء بقيمة الاعتماد و نفس الأمر اذا ما ورد هذا الشرط في عقد الاعتماد المستندي ؟ وعلى أي أساس يتم ذلك ؟

أ/ اتفاق التحكيم الوارد في عقد الأساس والاحتجاج به وأساسه القانوني

1. اتفاق التحكيم الوارد في عقد الأساس والاحتجاج به

قد يتفق العميل الآمر والمستفيد في عقد الأساس المبرم بينهما على أن كافة المنازعات الناشئة عن تنفيذ بنود هذا العقد يتم الفصل فيها عن طريق التحكيم، وقد يطلب المستفيد من البنك قيمة الاعتماد ويعترض العميل الآمر على ذلك، فيثور بينهما نزاع في هذا الشأن .

فالسؤال الذي يثور في هذا الجانب هو : هل يمتد أثر شرط التحكيم الوارد في علاقة الأساس إلى النزاع الناشئ عن مطالبة المستفيد بقيمة الإعتماد ؟ أو بتعبير أوضح هل يجوز الاحتجاج بشرط التحكيم الوارد في عقد الأساس في مواجهة المستفيد عندما يطالب بقيمة الاعتماد ؟

هناك إجماع فقهي وقضائي على عدم جواز التمسك بشرط التحكيم الوارد في عقد الأساس سواء كان قد صدر من العميل الآمر للحيلولة بين المستفيد والحصول على قيمة الاعتماد أو من قبل البنك .

كما تجب الإشارة إلى أن مجرد وجود شرط التحكيم في العلاقة التي تربط بين العميل الآمر والمستفيد، لا يمنع هذا الأخير من المطالبة بقيمة الاعتماد وفقا لشروط التي حددها الخطاب بحيث أن شرط التحكيم الوارد في عقد الأساس لا يمثل قيدا على حق المستفيد في المطالبة بقيمة الاعتماد .

أما الخلاف فيثور حول الأساس القانوني لعدم الاحتجاج ؟

ذهب البعض إلى اعتبار الأساس القانوني لعدم الاحتجاج هو مبدأ الاستقلالية والذاتية التي يتمتع بها الاعتماد المستندي في عقد الأساس، بينما ذهب الرأي الآخر إلى أن ذلك يرجع إلى طبيعة شرط التحكيم ذاته .

2 . الأساس القانوني لعدم الاحتجاج بشرط التحكيم الوارد في عقد الأساس

أولا : استقلال علاقة الأساس عن الاعتماد المستندي لعدم الاحتجاج

إن أهم ما يميز الاعتماد المستندي هو استقلال علاقة الأساس القائمة بين المستفيد والعميل الآمر عن تلك الضمانات، ومن نتائج هذا الاستقلال أنه لا يجوز التمسك بأي دفع ناشئ عن تلك العلاقة للتأثير على التزام البنك بالوفاء بقيمة الاعتماد، أو على مطالبة المستفيد به .وهذا بخلاف الكفالة التي يجوز فيها للكفيل ان يتمسك بدفع ناشئ عن العقد الأصلي المبرم بين المدين المكفول والدائن للتخلص من التزام بتغطية خطر عدم الوفاء للدين المكفول .

وقد استندت بعض أحكام القضاء على مبدأ الاستقلال المذكور للقول بعدم الاحتجاج بشرط التحكيم الوارد في عقد الأساس في مواجهة المستفيد بشأن المطالبة بقيمة الاعتماد، حيث قضت محكمة النقض الفرنسية في حكمها الصادر في 20/ 12 / 1982 بأنه " طالما أن التزام البنك في مواجهة المستفيد هو التزام لدى أول مطالبة ومستقل عن عقد الأساس وكان محكوما بشروط الخطاب فقط فإن محكمة الاستئناف لم تخالف هذه الشروط عندما قضت بان اتفاق التحكيم المنصوص عليه في عقد الأساس لا تأثير له على تطبيق خطاب الضمان."

ويجب التنويه إلى أن هذا القرار قد صدر في نزاع متعلق بخطاب الضمان، إلا أنه يسري كذلك على الاعتماد المستندي لاشتراك العمليتين المصرفيتين في استقلال علاقة الأساس عن كل منهما .

وعلى ذلك وفقا لهذا القرار، فإن عدم الاحتجاج بشرط التحكيم الوارد في عقد الأساس على كل من البنك أو المستفيد في شأن النزاع الذي ينشأ عن المطالبة بقيمة الاعتماد إلى اعتبار شرط التحكيم ضمن الدفوع الناشئة عن عقد الأساس، ونظرا لما يتمتع به هذا العقد من استقلال عن الاعتماد المستندي، فلا يجوز التمسك بهذا الدفع في نزاع ناشئ عنه سواء أكان ذلك في مواجهة البنك أو المستفيد.

إلا أنه يرى جانب آخر من الفقه أن الأساس المذكور لعدم الاحتجاج ليس كافيا، فمبدأ الاستقلال بين الاعتماد المستندي وعلاقة الأساس لا يكفي للقول بعدم الاحتجاج بشرط التحكيم الوارد في تلك العلاقة بشان نزاع ناشئ عن الاعتماد، ذلك أنه حتى في حالة الكفالة المصرفية لا يجوز الاحتجاج بشرط التحكيم الوارد في العقد المبرم بين المدين والدائن على الكفيل بالرغم من عدم وجود مبدأ الاستقلال بين هذا العقد والكفالة المصرفية، إضافة إلى أنه يجوز الاحتجاج في مواجهة الكفيل بالدفوع الناشئة عن هذا العقد . وعليه فلو كان استقلال علاقة الأساس هو السبب في عدم الاحتجاج بشرط التحكيم الوارد في هذه العلاقة لكان من الممكن الاحتجاج بهذا الشرط إذا ورد في العقد المبرم بين الدائن و المدين على الكفيل أخذا بمفهوم المخالفة، وهذا ليس بصواب.

و هذا ما يجرنا للبحث عن أساس آخر لعدم الاحتجاج بشرط التحكيم الوارد في علاقة الأساس في منازعة ناشئة عن المطالبة بقيمة الاعتماد .

ثانيا : نسبية أثر شرط التحكيم كسبب لعدم الاحتجاج

لقد ذهب هذا الاتجاه إلى القول بأن الأساس القانوني لعدم الاحتجاج بشرط التحكيم الوارد في عقد الأساس بشان المطالبة بقيمة الاعتماد يجد ذاته في شرط التحكيم باعتباره اتفاق تحكمه القاعدة العامة في العقود يتمثل في مبدأ نسبية أثر العقود بصفة عامة، والذي بموجبه لا يرتب العقد أي التزامات ولا يكسب أي حقوق لغير أطرافه، فلا يرتب شرط التحكيم الوارد في علاقة الأساس أثارا إلا بالنسبة لطرفيه وخلفهما العام، وهما العميل الآمر والمستفيد، والأثر الملزم لهذا الشرط هو التزام الطرفين باللجوء إلى التحكيم عند نشوب نزاع عن تنفيذ أو تفسير أحد بنود عقد الأساس .

ومن ثم، فعندما يثور نزاع بين العميل الآمر والمستفيد بشأن مطالبة المستفيد بقيمة الاعتماد، فإنه لا يجوز للعميل الآمر التمسك بشرط التحكيم لعرض هذا النزاع على التحكيم، لأن النزاع المذكور نشأ عن علاقة أخرى لم تتضمن شرط التحكيم، كما لا يجوز للعميل التمسك بهذا الشرط في مواجهة البنك لأنه لم يكن طرفا في عقد الأساس.

وقد قضت محكمة استئناف باريس في قرارها الصادر في 1987/12/14 بأنه " لا يجوز للعميل الآمر التمسك بإجراء التحكيم المنصوص عليه في عقد الأساس لإخضاع المنازعات الناشئة عن دفع قيمة الاعتماد أو الضمان المقابل للتحكيم، حيث أن التزام البنك الضامن المقابل اتجاه البنك الضامن يقع على عاتق الأول بصفة شخصية وأصلية، وكل من البنكيين أجنبي بالنسبة لعقد الأساس، ومن ثم ليس طرفا في اتفاق التحكيم، الآمر الذي ينعدم معه كل اثر لهذا الاتفاق على وضع الضمانات المصرفية موضع التنفيذ ".

كما لا يستطيع العميل الآمر أن يتمسك بشرط التحكيم المنصوص عليه في عقد الأساس على المستفيد محتجا بأن المستفيد طرفا في هذا العقد،إذ أن هذا الأخير له صفتان، فيعتبر مستفيد من الضمان في علاقته بالبنك، ومن ثم ليس طرفا في علاقة الأساس بتلك الصفة ويعتبر بائعا أو مشتريا وموردا أو مستوردا في علاقة الأساس التي ورد بها شرط التحكيم ضد المستفيد في حالة نشوء نزاع بينهما متعلق بعقد الأساس ذاته .

لا شك أن لمبدأ النسبية التي يمتاز بها اتفاق التحكيم دورا بارزا في عدم امتداد هذا الاتفاق لغير أطراف علاقة الأساس كما سبق الذكر ليظل محصورا بين طرفي العلاقة، إلا أن الواقع العملي يطرح لنا تساؤلا عن دور هذا الاتفاق على تنفيذ البنك لالتزاماته، حيث أنه قد يسعى العميل الآمر من خلال هذا الاتفاق إلى تجميد قيمة الاعتماد أو إيقاف الفصل في الخصومة بين البنك والمستفيد بشأن الاعتماد إلى حين الفصل في النزاع القائم بينه وبين المستفيد .

وقف الدعوى القضائية بين البنك والمستفيد

هناك فرض آخر يثور فيه السؤال حول أثر الدعوى التحكيمية القائمة بين العميل الآمر والمستفيد بشان عقد الأساس على الدعوى القضائية التي يمكن أن تنشأ بين البنك والمستفيد للفصل في نزاع قائم بينهما حول حق هذا الأخير في قيمة الاعتماد .

فقد يحدث ان يطالب المستفيد بقيمة الاعتماد ويعترض البنك لأسباب تتعلق بتنفيذ شروط الاعتماد ذاته، كعدم المطالبة به في الميعاد أو عدم استيفاء المستندات المطلوبة في خطاب الاعتماد، فيرفع المستفيد دعوى ضد البنك ويتم نظرها أمام قضاء الدولة، وفي ذات الوقت تكون هناك دعوى تحكيمية بين المستفيد والعميل الآمر متعلقة بنزاع ناشئ عن عقد الأساس، فهل يجوز للمحكمة وقف الدعوى القضائية وقفا تعليقيا لحين الفصل في الدعوى التحكيمية ؟

ويكون للمحكمة وفقا قانون الإجراءات المدنية والإدارية أن تأمر بوقف الخصومة كلما رأت تعليق حكمها في موضوعها على الفصل في مسالة أخرى يتوقف عليها الحكم، و في الفرض المطروح يجوز للمحكمة التي تنظر النزاع القائم بين البنك والمستفيد حول أحقية هذا الأخير في الاعتماد، أن توقف الخصومة إذا رأت أن حكمها في تلك الأحقية يتوقف على الحكم في مسألة أخرى تخرج عن نطاقها، وتلك المسألة قد تكون مدى توافر الغش في مطالبة المستفيد، والتي يتم الفصل فيها بصدور حكم التحكيم في النزاع القائم بين العميل الآمر والمستفيد بشأن علاقة الأساس، وإذا صدر هذا الحكم بعدم ثبوت أي حق للمستفيد في مواجهة العميل الآمر، كانت مطالبة المستفيد بالثمن منطوية على غش، مما يؤدي إلى عدم أحقيته في تسييل قيمة الاعتماد .

ومما لا شك فيه أن مسألة تحديد حقوق المستفيد قبل العميل الآمر استنادا لعلاقة الأساس تخرج عن اختصاص المحكمة التي تنظر بين البنك والمستفيد، بموجب اتفاق التحكيم الذي حجب عن القضاء الاختصاص بنظرها، وكذا الفصل في مسالة حقوق المستفيد تجاه العميل الآمر،ومن ثم في مسالة توافر الغش في مطالبة الأول بقيمة الاعتماد، يتوقف عليها حكم المحكمة في خصوص الموضوع المطروح عليها وهو مدى حق المستفيد في قيمة الاعتماد لذا يرى الفقهاء أنه يجوز للمحكمة أن توقف الخصومة المطروحة أمامها وقفا تعليقيا لحين صدور حكم هيئة التحكيم في النزاع الناشب بين المستفيد والعميل .

مدى خضوع حق المستفيد من الاعتماد للتحكيم

يجب التحديد وبدقة نطاق خضوع المنازعات الناشئة عن الاعتماد المستندي للتحكيم إعمالا لاتفاق التحكيم الوارد في عقد الأساس للفصل في المنازعات الناشئة بين أطراف هذا العقد

بداية، يجب استبعاد من الخضوع لهذا التحكيم المنازعات المتعلقة بالاعتماد والتي تنشأ بين البنك والمستفيد، استنادا إلى نسبية أثر اتفاق التحكيم المنصوص عليه في عقد الأساس والتي تمنع من مد أثر هذا الاتفاق إلى منازعات بين أطراف آخرين غير أطرافه .

لكن التساؤل المطروح يدور حول مصير المنازعات المتعلقة بالاعتماد والتي تنشا بين المستفيد والعميل الآمر، كتمسك هذا الأخير ببطلان الاعتماد أو سقوطه، هل تخضع للتحكيم أم أن الاستقلال بين عقد الأساس وهذا الضمان يمنع من ذلك ؟

للإجابة على هذا التساؤل، لابد من تبيان أثر استقلال الاعتماد، فمن المستقر عليه فقها وقضاء أن الاستقلال بين عقد الأساس والاعتماد وضع أساسا لمنع العميل الآمر من التمسك بأي دفع ناشئ عن عقد الأساس، لتعطيل أو عرقلة تنفيذ البنك الضامن لالتزامه بدفع قيمة الاعتماد واحترام تعهده بذلك، فأثر الاستقلال هنا ينصرف إلى البنك ويجعله ملتزما أصليا بالوفاء بقيمة الاعتماد، بصرف النظر عما يطرأ على عقد الأساس من أسباب الفسخ أو البطلان، لأنه عند موافقة العميل الآمر على الاعتماد فيكون بذلك قد تنازل مقدما عن إثارة أية اعتراضات في مواجهة البنك عند قيامه بالوفاء .

أما بالنسبة لأثر الاستقلال على حق المستفيد في قيمة الاعتماد، فانه يكمن في الحصول على قيمة الاعتماد لدى أول مطالبة أو تقديم المستندات المشروطة، على اعتبار أن البنك لا يستطيع الامتناع عن الوفاء استنادا إلى أي دفع يثيره العميل الآمر، و بالتالي يكون المستفيد في مركز ايجابي الذي يخوله له مبدأ الاستقلال بالنسبة للبنك الضامن فيما يتعلق بدفع قيمة الاعتماد دون أي اعتراض من جانب العميل الآمر .

إلا أن هذا لا يعني أبدا أن حصول المستفيد على قيمة الاعتماد قد أنشأ له حق ملكية على تلك القيمة، ذلك أن مبدأ الاستقلال بين عقد الأساس والاعتماد يتيح فقط للمستفيد المطالبة بقيمة الاعتماد والحصول عليه دون اعتبار عدم التزامه بردها للعميل فيما إذا ثبت عدم أحقيته فيها، ومسالة ثبوت تلك الأحقية من عدمها لا تكون إلا بعد الرجوع لعقد الأساس وإجراء تسوية نهائية لأثاره، لمعرفة حقوق والتزامات لكل منهما، حيث أنه بعد أن يفي البنك بقيمة الاعتماد فإنه يخرج من دائرة العملية المصرفية لتنشا المواجهة بين العميل الآمر والمستفيد، ويثور بينهما نزاع حول مدى أحقية هذا الأخير في قيمة الاعتماد الذي قبضه، وبالتالي فهل ينظر هذا النزاع أمام هيئة التحكيم المنعقدة تطبيقا لاتفاق التحكيم

الوارد في عقد الأساس، أم أنه يجوز للمستفيد التمسك بان تلك المنازعات لم تنشأ عن عقد الأساس وإنما عن الاعتماد، ومن ثم لا تخضع لهذا التحكيم ويطلب نظرها أمام القضاء ؟

يرى الفقهاء أن المنازعات التي تنشأ عن الاعتماد بين المستفيد و العميل الآمر تخضع للتحكيم المنعقد لنظر المنازعات الناشئة بينهما بخصوص عقد الأساس، واستندوا في ذلك إلى الأسباب الآتية :

أولا : لا يوجد مجال لتمسك المستفيد بمبدأ الاستقلال بين عقد الأساس والاعتماد المستندي، لان هذا الأخير يستقل عن عقد الأساس فيما يتعلق بالتزام البنك بدفع قيمة الاعتماد وليس فيما يتعلق بحق المستفيد في تلك القيمة، فالتزام البنك هو المستقل عن علاقة الأساس، أما حق المستفيد ليس مستقلا عنها، ولذلك فإن الكلام عن تجرد الاعتماد عن السبب من عدمه، فعادة ما يقال " التزام البنك مجرد عن سببه أم لا " ولا يقال أن حق المستفيد مجرد عن السبب .

وعليه فإن حق المستفيد على قيمة الاعتماد لم يكن في أي ظرف من الظروف مستقل عن عقد الأساس سواء من حيث النشوء أو المطالبة أو الحصول على قيمته ، باعتبار أن هذا الحق مرتبط دائما بعقد الأساس .

ثانيا : أن المحكمين في هذا الفرض لن يتعرضوا لفحص الشروط التي على أساسها قام البنك بالوفاء بالتزامه بالدفع إلى المستفيد، ولكن دورهم سينحصر في تقدير ما إذا كان طلب المستفيد لقيمة الاعتماد المستقل في العلاقة بينه وبين العميل الآمر له سند في الواقع أو القانون أم لا، فالضمان أو الاعتماد المستقل وغير المشروط لا ينتج للمستفيد حقا مجردا في تحصيل قيمة الضمان النقدية، والوفاء الذي يقوم به البنك لن يكون صحيحا إلا إذا كان للمستفيد دين في ذمة العميل الآمر على الرغم من أن إثبات هذا الدين ليس لازما لتبرير رجوع المستفيد على البنك . و إثبات هذا الدين من عدمه لن يكون إلا بالرجوع لعقد الأساس .

ثالثا: قد يحتج المستفيد بأن مشارطة التحكيم المحررة بينه و بين العميل الآمر لم تتضمن المنازعات عن الاعتماد المستقل، وجاءت قاصرة على المنازعات المتعلقة بعقد الأساس، إذ أنه من المقرر قانونا لا يجوز لهيئة التحكيم الفصل في مسألة لم يعرضها عليها الخصوم وإلا كان محل الطعن بالبطلان .

لكن هل تمثل أحقية المستفيد في قيمة الاعتماد أو الضمان من عدمه مسألة أولية أو فرع بالنسبة لعقد الأساس، ومن ثم لا تخضع المنازعات المتعلقة بتلك القيمة للتحكيم الذي ينظر منازعات الأصل وهي المتعلقة بعقد الأساس ؟

يعتبر الفقهاء أن هناك صعوبة في القول بأن قيمة الاعتماد تعد فرعا لعقد الأساس، ذلك أنها جزءا لا يتجزأ منه ومن الصعب الفصل بينهما، فالاعتماد من حيث الأصل يعتبر تنفيذا لأحد بنود هذا العقد، كما أن ثبوت أحقية المستفيد في قيمة الضمان من عدمه تتوقف على وجود أو عدم وجود دين له في ذمة العميل الأمر، وهذه المسألة لا يمكن تبينها إلا إذا نظرت جميع عناصر عقد الأساس متوفرة، من أجل تمكين المحكمين من وضع تسوية نهائية لاستحقاقات هذا العقد، باعتبار قيمة الضمان إحدى الوقائع المؤثرة في عقد الأساس وأحد مستلزماته الضرورية .

وفي الأخير يمكن القول أن الحق في قيمة الاعتماد لا تعد فرعا لعقد الأساس، ومن ثم لا يجوز للمستفيد التمسك بعدم انطباق قاعدة أن قاضي الأصل هو قاضي الفرع على التحكيم للقول بعدم خضوع النزاع القائم بينه وبين العميل الآمر بشان الأحقية في قيمة الاعتماد للتحكيم، وترك أمر الفصل فيه لقضاء الدولة .

رابعا : هناك اعتبار عملي يصعب إغفاله على حد تعبير الفقهاء في هذا الشأن وهو أن طرح المنازعات التي يربط بينها روابط وثيقة أمام جهة واحدة من شأنه تجنب إصدار أحكام متعارضة، لأن عرض بعض المنازعات على التحكيم والبعض الآخر على القضاء يؤدي إلى تناقض في الأحكام، تثور مسالة الفصل في هذا التعارض .

ب / أثر اتفاق التحكيم الوارد في الاعتماد المستندي

قد يرد في اتفاق التحكيم في عقد الاعتماد الذي يربط بين البنك والمستفيد .ويثور التساؤل عن أثر هذا الاتفاق على التزام البنك بدفع قيمة الاعتماد وعلى حق المستفيد في المطالبة بها ولا يقتصر عدد أطراف الاعتماد في الكثير من الحالات على ثلاثة : البنك المنشئ، العميل الآمر، المستفيد، ولكن قد يتدخل بنك ثاني كما في الاعتماد المعزز (المؤيد) فيصبح أطراف الاعتماد بذلك أربعة، وفي هذا الفرض يكون الأطراف الأربعة هم : العميل الآمر المستفيد – البنك الموجود في بلد المستفيد، ويسمى بالضامن الأصلي، حيث يرجع عليه المستفيد للمطالبة بقيمة الاعتماد، ويرجع هذا البنك بدوره على بنك

العميل الآمر ليحصل منه على قيمة ما دفعه للمستفيد، أي أن بنك العميل الآمر يعد ضامنا لبنك المستفيد .وعلى ذلك يمكن القول أننا أمام نوعين من الضمان، الأول هو الضمان الذي يحكم العلاقة بين المستفيد والبنك الضامن الأصلي ويسمى ضمان من الدرجة الأولى، والثاني : هو الضمان بين البنك الضامن المقابل (بنك العميل الآمر) والبنك الضامن الأصلي (بنك المستفيد) ويسمى بالضمان المقابل

وقد يحدث أن يوقع جميع أطراف الاعتماد على اتفاق تحكيم واحد، يتم بموجبه عرض كافة المنازعات التي تنشأ عن هذا الاعتماد أيا كان أطراف تلك المنازعات على التحكيم، أو يوجد اتفاق تحكيم بصدد كل علاقة على حدة من علاقات الاعتماد، ويتفق الأطراف على ضم كل المنازعات التحكيمية التي تنشأ أمام هيئة تحكيم واحدة لتجنب التعارض بين الأحكام، ويسمى التحكيم في هذه الفروض " بالتحكيم متعدد الأطراف " .

قد يتفق البنك المنشئ والمستفيد على عرض المنازعات التي تنشأ بينهما على التحكيم، فهل يعد هذا الاتفاق سببا يمكن أن يستند عليه البنك ليمتنع عن دفع قيمة الاعتماد عندما يطالبه المستفيد بها، لحين الفصل في النزاع الناشئ بينهما بخصوص تلك المطالبة ؟ وهل يستطيع العميل الأمر، استنادا إلى هذا الاتفاق، مطالبة البنك بعدم الوفاء للمستفيد إلا بعد صدور حكم تحكيمي يلزمه بذلك ؟

وفيما يتعلق بأثر اتفاق التحكيم المذكور على التزام البنك بدفع قيمة الاعتماد، لابد من التفريق بين فرضين هما : أن يتم الاتفاق على التحكيم قبل نشوء النزاع أو بعده .

1. حالة الاتفاق على التحكيم قبل نشوء النزاع

فقد يتفق البنك المنشئ والمستفيد في العقد المبرم بينهما على أن أي نزاع ينشأ عن مطالبة المستفيد بقيمة الاعتماد يتم الفصل فيه عن طريق التحكيم، وفي هذا الفرض يكون الاتفاق على التحكيم سابقا على طلب المستفيد بتسييل الاعتماد، فهل يستطيع البنك الاحتجاج بمجرد وجود شرط التحكيم للامتناع عن الوفاء بقيمة الاعتماد عندما يطلبه المستفيد ؟ أو هل يحق للبنك الامتناع عن الوفاء ويطلب من المستفيد اللجوء إلى التحكيم والحصول على حكم لصالحه أولا حتى يدفع له البنك إعمالا لشرط التحكيم في العقد المبرم بينهما ؟

إن الإجابة على هذا التساؤل يجب أن تكون بالنفي، فإذا لم يستند البنك في امتناعه عن الدفع لأسباب أخرى، كالغش أو التعسف الظاهر الصادر من المستفيد، فإن تمسكه بمجرد إدراج شرط التحكيم في العقد المبرم بينه وبين المستفيد يفتقر إلى أساس في الواقع أو القانون، وذلك لسببين هما :

الأول : إن طلب البنك من المستفيد اللجوء للتحكيم أولا والحصول على حكم لصالحه حتى يوفي بقيمة الاعتماد من شأنه أن يجعل حكم التحكيم مستندا وشرطا للوفاء أي أن البنك يحول الاعتماد بإرادته المنفردة من اعتماد غير مشروط إلى اعتماد مشروط أو مبرر، وهذا يعد مخالفة لقاعدة العقد شريعة المتعاقدين لا يجوز نقضه أو تعديله إلا باتفاقهما .

الثاني : إن القول بأن مجرد الاتفاق على اللجوء إلى التحكيم يعد سببا يمكن أن يرتكن إليه البنك للامتناع عن الدفع، يفتقر إلى المنطق القانوني الصحيح، لأن اختيار التحكيم كوسيلة لحل النزاعات ما هو إلا تحديد الإجراء لحماية الحق الموضوعي شأنه في ذلك شأن الدعوى القضائية، ذلك أن الملتزم بهذا الحق لا يستطيع أن يطالب المدعي به بأن يستعمل تلك الوسيلة للحصول على حقه طالما ليست لدى هذا الملتزم أسباب أخرى للامتناع عن تنفيذ التزامه .والقول بغير ذلك يؤدي إلى نتيجة غريبة،ذلك الوسيلة التقليدية لحماية الحق الموضوعي هي الدعوى القضائية، وتلك الوسيلة متاحة لكل صاحب حق، ولا يوجد ما يمنع قانونا صاحب الحق من مطالبة الملتزم به دون رفع تلك الدعوى ولا يوجد أيضا أي سبب قانوني يعطي الملتزم الحق في مطالبة صحب الحق برفع دعوى قضائية للحصول على حقه دون أن يكون لديه أسباب متعلقة بالحق الموضوعي ذاته يستند إليها للمنازعة فيه.

وعليه، فإذا كان الأمر كذلك بالنسبة للدعوى القضائية، فانه لا يوجد ثمة سبب يغير من هذا الأمر لو كانت وسيلة حماية الحق الموضوعي هي الدعوى التحكيمية .فالمسالة في الحالتين تتعلق بالحق في الدعوى،سواء كانت تحكيمية أو قضائية .

2 . حالة الاتفاق على التحكيم بعد نشوء النزاع

قد يطالب المستفيد بقيمة الاعتماد ويمتنع البنك عن الوفاء به لأسباب تتعلق بالاعتماد ذاته، ويتفق مع المستفيد على عرض النزاع الناشئ بينهما على التحكيم . فهنا لن يدفع البنك قيمة الاعتماد إلا بعد صدور حكم التحكيم لصالح المستفيد، إلا أن اتفاق التحكيم في ذاته ليس سببا لامتناع البنك، ولكن الامتناع راجع لأسباب أخرى تتعلق بالاعتماد .فهنا قد وافق المستفيد على أن يكون حكم التحكيم لصالحه

شرطا لحصوله على قيمة الاعتماد، ليتحول بذلك بإرادة الطرفين المتمثلة في اتفاق التحكيم من اعتماد غير مشروط إلى اعتماد مشروط، وهذا أمر جائز قانونا .