

"التحكيم في المعيار الشرعي رقم (٣١)"

(الصادر عن هيئة المحاسبة والمراجعة للمؤسسات المالية الإسلامية)^١

الدكتور/ عبد الستار الخويلدي

الأمين العام للمركز الإسلامي الدولي للمصالحة والتحكيم - دبي

التحكيم في المعيار الشرعي رقم (٣١)

مقدمة عامة

أدى انتشار المؤسسات المالية التي تعمل وفق أحكام الشريعة الإسلامية إلى وجود ما يعرف الآن بـ "الصناعة المالية الإسلامية". كما أدى هذا التوسع إلى تعدد المنتجات (آليات التمويل) وبالتالي الحاجة لوجود ضوابط لتأطير هذا التوسع والتنوع الكمي والكيفي.

كما أن التعامل مع موضوع الصناعة المالية الإسلامية يستوجب الأخذ بعين الاعتبار أن المؤسسات المالية الإسلامية وإن كانت مرجعيتها الأساسية هي أحكام

^١ تم إنشاء هيئة المحاسبة والمراجعة للمؤسسات المالية الإسلامية بموجب اتفاقية التأسيس الموقعة من عدد من المؤسسات المالية الإسلامية بتاريخ ١ صفر ١٤١٠هـ الموافق ٢٦ أبريل ١٩٩٠ في الجزائر. وتم تسجيل الهيئة في ١١ رمضان ١٤١١هـ الموافق ٢٧ مارس ١٩٩١م في دولة البحرين بصفتها هيئة عالمية ذات شخصية معنوية مستقلة لا تسعى إلى الربح. وتهدف الهيئة إلى تطوير فكر المحاسبة والمراجعة للمؤسسات المالية الإسلامية، ونشر ذلك الفكر وتطبيقاته. وأصدرت الهيئة إلى الآن حوالي سبعين معياراً في مجال العمل المصرفي والمالي الإسلامي.

الشريعة الإسلامية، إلا أنها تخضع في نفس الوقت لضوابط أخرى فهي بذلك تنشط تحت "تعدد الأنظمة"، ونقصد بذلك:

- القوانين والنظم السارية في البلدان التي تنشط فيها (نظم المصارف، وشركات التأمين، وشركات التأجير، وشركات التمويل، والصناديق وغيرها).
- رقابة الهيئات الشرعية التي تتبعها.
- المعايير والمبادئ الإرشادية التي تصدرها مؤسسات البنية التحتية (المعايير الشرعية الصادرة عن هيئة المحاسبة والمراجعة، ومجلس الخدمات المالية الإسلامية)^٢.

● المعايير الدولية التي تنظم كفاية راس المال ومخاطر الإدارة، والتدقيق وغيرها.

والمؤسسات المالية الإسلامية شأنها شأن المؤسسات المالية الأخرى (بالرغم من اختلاف الرؤية في النشاط مقارنة بالمؤسسات المالية التقليدية) قد تدخل في نزاع مع عملائها أو مع الغير بسبب المعاملة. ومثل هذا النزاع يحتاج إلى حل.

وإذا كان من الوجهه أن الإجازة المسبقة لمعاملات المؤسسات المالية الإسلامية من قبل هيئاتها الشرعية يشكل ضماناً لسلامتها من العيوب الشرعية، فهذا لا يمنع من نشوب الخلاف في قراءة وتفسير ما هو جائز، وبالتالي لا تحول الإجازة المسبقة للعقود والمعاملات المالية القائمة على أحكام الشريعة دون إمكانية رصد هيئة التحكيم لخلل في تطبيق العقود المجازة أو في بعض شروطها، أو في تفسير بعض بنودها.

^٢ تجدر الإشارة بأن هذه المعايير ليست ملزمة في كل الدول التي تحتضن مؤسسات مالية إسلامية. فهناك دولاً أخذت بالزاميتها، ودولاً جعلتها على سبيل الإسترشاد.

وقد أثبتت التجربة ومن خلال دراسة بعض الأحكام الصادرة عن المحاكم أن القضاء (داخل العالم الإسلامي وخارجه) علاوة على ما يتصف به من بطء في تسوية النزاعات بسبب التأجيل المتكرر للقضايا، وتعدد درجات التقاضي، وانتداب الخبراء في مجالات لا تتصف دائما بالطابع الفني، وغيرها من الأسباب، لم يأخذ القضاء في كثير من الأحكام الصادرة عنه بعين الاعتبار خصوصية المنتجات المالية الإسلامية، والتي تعتبر في الحقيقة عقودا غير مألوفة لدى الجهاز القضائي.

وقد رصدنا بعض العينات (نماذج) من الأحكام القضائية الصادرة عن المحاكم بشأن المنتجات المالية الإسلامية تؤكد هذا الأمر، لا يتسع المجال لذكرها في هذا البحث.

ملاحظات تمهيدية قبل التعليق على المعيار

١/ صدوره هذا المعيار في إطار المؤسسات المالية الإسلامية والتي لا تقتصر على البنوك كما يتبادر للذهن، بل يغطي المصطلح شركات التأمين، وشركات التأجير، وشركات التمويل، والصناديق وغيرها من المؤسسات التي تتعاطى النشاط المالي^٣، يستوجب أن يكون مضمون المعيار قريبا من واقع هذه المؤسسات ومحيطها القانوني، وما يهملها مباشرة، وما تتطلع إليه في هذا الشأن خدمة للصناعة وحماية لأطراف النزاع، وتحقيقا للعدل.

^٣ تجدر الإشارة بأنه عملا بما ورد بالمادة الأولى من المعيار والمتعلقة بنطاق المعيار، يتناول المعيار "التحكيم في المعاملات المالية وانشطة والعلاقات التي تتم بين المؤسسات المالية الإسلامية، أو بينها وبين عملائها، أو موظفيها أو أطراف أخرى، سواء كانوا في بلد المؤسسة أم في بلد آخر".

٢/ في معيار يتعلق بفض نزاعات تخص مؤسسات مالية (حماية أموال المودعين، والمستثمرين، وما يعرف بالإدخار العام)، يتعين من الأساس رفع أي التباس حول مسائل محددة. ومن أمثلة ذلك:

- قيمة حكم المحكمين من حيث تنفيذه: والسبب في ذلك ما يقال هنا وهناك من أن حكم المحكمين ملزم كحكم القاضي لكنه مسلوب التنفيذ^٤.
 - مدى جواز التنصل من الاتفاق على التحكيم بالإرادة المنفردة (شرطا او مشاركة) عند من يرى بأن عقد التحكيم عقد غير لازم.
 - حياد واستقلالية المحكمين عن أطراف النزاع ولو كانوا هم الذين اختاروهم لثقتهم بهم.
 - ضبط حالات عزل المحكم ورده وخاصة التوقيت الذي يتم فيه العزل أو الرد.
 - مدى الأخذ بعين الاعتبار الأسباب المؤدية إلى إبطال أحكام المحكمين.
- وهي حالات نص عليها القانون الوضعي في اتفاقيات دولية تحظى بشبه إجماع الدول الأعضاء في الأمم المتحدة.

وحتى يكون مضمون المعيار عمليا، وغير متعارض مع الاتفاقيات الدولية الخاصة بالاعتراف وتنفيذ الأحكام الأجنبية، وحتى لا تكون الأحكام الصادرة تطبيقا

^٤ يقول الدكتور عجيل النشمي في مقاله "التحكيم والتحاكم في الشريعة الإسلامية" المجلة العلمية للمجلس الأوروبي للإفتاء والبحوث". حزيران/ربيع الثاني ١٤٢٤هـ ص ٧٠ "وقد نظم الإسلام التحكيم، واعتبره نظاما لفصل الخصومات دون القضاء وفوق الصلح والفتوى فضبط شروط المحكم، وما يصح محلا للتحكيم، وما لا يصح التحكيم فيه، وأعطى لحكم المحكم صفة الإلزام كالقضاء، وسلبه التنفيذ كالتفتوى".

للمعيار عرضة للإبطال، يبدو من المناسب الوقوف على الاتفاقية المحورية في الموضوع وهي اتفاقية نيويورك ١٩٥٨ المتعلقة بالاعتراف وتنفيذ الأحكام الأجنبية والتي صادقت عليها جل الدول العربية والإسلامية.

٣/ يتميز هذا المعيار عن المعايير الأخرى بأنه سوف يستخدم على نطاق واسع أمام القضاء. والسبب في ذلك أنه باستثناء حالات التحكيم بالتفويض بالصلح (التحكيم المطلق) والذي تغيب فيه جزئياً احتياجات ما بعد صدور الحكم، تلجأ أطراف النزاع إلى الطعن في حكم المحكمين بصيغة الإبطال وذلك سواء بمناسبة طلب التصديق على الحكم، أو بصفة مستقلة. ومحامي الطرف الخاسر عادة ما يلجأ إلى الجوانب الشكلية لأن المضمون قلما يسعفه. فمن الأوفق أن يصدر المعيار خالياً من أي ثغرة يتم استغلالها من قبل أحد طرفي النزاع.

٤/ تعمل المؤسسات المالية في محيط يتميز برقابة داخلية (المدقق الداخلي) وخارجية (مدقق الحسابات)، إضافة إلى الجهات الإشرافية. وبناء عليه يتعين الأخذ بعين الاعتبار ما يمكن أن تثيره هذه الجهات حول جدية الإجراءات التحكيمية وما تتوصل إليه من نتائج. فالصلح داخل المجموعات المالية وبين الشركات الأم والفروع والذي لا يحفظ حق الأقلية قد يكون عرضة للشك فيه. كما أن تحكيم الخصم نفسه لفض النزاع الذي هو طرف فيه -على افتراض جوازه شرعاً- قد لا ينظر إليه بعين الجدية من قبل هيئات الرقابة والإشراف.

هذه بعض مقومات التحكيم العملي والناجح. فما هي أجوبة المعيار على

هذه التساؤلات؟

من خلال قراءة المعيار لاحظنا أن هناك ثلاث سمات اتسم بها المعيار:

السمة الأولى: الواقعية، وذلك بإصدار ضوابط لا تصادم القانون الوضعي ولا تنتكر في نفس الوقت لأحكام الشريعة الإسلامية ومبادئها والتي قام على أساسها المعيار.

السمة الثانية: الإبقاء على بعض الخصائص الإجرائية التي تتعلق بإصدار الأحكام في الفقه الإسلامي. فالمعيار ليس نقلاً للقانون الوضعي بأسلوب فقهي، بل حافظ على بعض الخصائص التي تميز فقه المعاملات في الشريعة الإسلامية عن القوانين الوضعية.

السمة الثالثة: أن هناك مسائل سكت عنها المعيار، منها ما هو تحسيني مكمل، وإغفاله لا يعيب المعيار، ومنها ما هو مهم، وكان بإمكان المعيار النظر فيها، وتوضيح الموقف الفقهي منها حتى لا تكون عرضة للاختلاف في التأويلات.

تأكيد مبدأ مشروعية التحكيم

قبل الشروع في التعليق على بنود المعيار يبدو من المناسب الإشارة إلى تأكيد المعيار (وهو أحدث فتوى جمعية في العصر الحاضر بعد مجمع الفقه الإسلامي الدولي بجدة ومجلة الأحكام العدلية - إذا ما اعتبرناها تدويناً للفقه الحنفي -^٥) على مشروعية التحكيم، سواء أتم ذلك بين شخصين طبيعيين أم اعتباريين، أم بين شخص اعتباري وشخص طبيعي (المادة الرابعة من المعيار).

^٥ خصصت مجلة الأحكام العدلية المعروفة كذلك باسم المجلة العثمانية في الكتاب الأخير (السادس عشر) المتعلق بالقضاء الباب الرابع والأخير ١١ مادة للتحكيم من ١٨٤١ إلى ١٨٥١

وقد عرّف المعيار التحكيم على أنه: "اتفاق طرفين أو أكثر على تولية من يفصل في منازعة بينهم بحكم ملزم" (الفقرة ١/٢ من المادة الثانية) وهو نفس المفهوم تقريبا الذي تبناه مجمع الفقه الإسلامي الدولي بجدة في قراره رقم ٩١ (٩/٨) حيث ورد في القرار المذكور أن: "التحكيم اتفاق طرفي خصومة معينة، على تولية من يفصل في منازعة بينهما، بحكم ملزم، يطبق الشريعة الإسلامية".

ولا يختلف مفهوم التحكيم في الفقه الإسلامي عن المفهوم المتداول في القوانين الوضعية من حيث تفويض شخص أو أكثر من غير التابعين للنظام القضائي الرسمي للبت في النزاع. فالتحكيم سواء في القانون الوضعي أو في الفقه الإسلامي هو "عقد بين طرفين متنازعين يجعلان فيه برضاهما شخصا آخر حكما بينهما للفصل في خصوماتهما" (الشيخ مصطفى الزرقا - الفقه الإسلامي في ثوبه الجديد -، الجزء الأول الطبعة التاسعة، مطابع ألف باء، دمشق ١٩٦٧/١٩٦٨ ص ٤٥١-٤٥٥). والمجمع عليه فقها أن التحكيم جائز شرعا من نص القرآن الكريم، والسنة النبوية، والإجماع. كما أن التحكيم في القانون كما هو في الشريعة لا يمتد إلى كل المجالات، بل ينحصر في مجالات محددة تكون قابلة للتحكيم فيها. ففي القانون لا يقبل التحكيم في المسائل التي يصنفها القانون من قبيل النظام العام. أما في الفقه الإسلامي فيمكن تلخيص الموضوع فيما قاله الماوردي: "والأحكام تقسم في التحكيم إلى ثلاثة أقسام: قسم يجوز فيه التحكيم وهو حقوق الأموال وعقود المعاوضات وما يصح فيه العقد والإبراء. وقسم لا يجوز فيه التحكيم وهو ما اختص القضاة بالإجبار عليه من حقوق الله تعالى والولايات على الأيتام وإيقاع الحجر على مستحقه. وقسم مختلف فيه وهو أربعة أحكام: النكاح، واللعان، والقذف، والقصاص".^٦

^٦ المهذب ج ٢/٢٩١

الخطة المعتمدة في البحث:

١/ سنرى في نقطة أولى كيف حاول المعيار التأقلم مع القانون الوضعي دون مخالفة أحكام الفقه الإسلامي (الواقعية).

٢/ كما سنرى في نقطة ثانية كيف أبقى المعيار على بعض الخصائص الإجرائية التي تتعلق بإصدار الأحكام في الفقه الإسلامي (الأصالة).

٣/ وسنقوم في نقطة ثالثة بمحاولة حصر المسائل التي سكت عنها المعيار ومدى تأثيرها في الواقع والتطبيق (المسكوت عنه).

وفي خاتمة البحث سوف نقف عند بعض الاستنتاجات

(١)

مظاهر واقعية المعيار

(التوفيق بين القانون الوضعي وأحكام الفقه الإسلامي)

الحديث عن واقعية المعيار يجبرنا حتما إلى إجراء مقارنة بين الفقه "القديم" والفقه "الجديد" في مجال التحكيم، وهذا يدل على أن هناك في الموضوع سعة، وإلا تناقض الجديد مع القديم. فالتجديد بلغ حدا كبيرا، يمكن أن يتصف بـ "الثورة الفقهية". والشواهد التي سنذكرها تنقسم إلى مجموعتين:

- مجموعة حاولت عدم التصادم مع القوانين الوضعية.
- ومجموعة تركت المجال للقانون لسد أي فراغ، وذلك بما لا يخالف أحكام الشريعة الإسلامية.

١/١ شواهد في عدم التصادم مع القوانين الوضعية.

ومن أهم الشواهد في المجال يمكن ذكر ما يلي:

١/١/١ اعتماد العدد الوتر في الهيئة التحكيمية: تشترط القوانين الوضعية دون أي استثناء أن يكون عدد المحكمين وترا. أما المعروف في الفقه الإسلامي فإنه لا يشترط أن يكون العدد وترا، بل يجوز أن يكون عدد المحكمين شفعاً. والشواهد التاريخية تدل على تولى التحكيم من قبل المحكم الفرد، أو أن يعين كل طرف محكمه دون الإشارة إلى محكم ثالث مرجح. ولا نعرف أمثلة (في العصور الأولى من التاريخ الإسلامي) اختار فيها المحكمان محكما ثالثا ليكون مرجحا. وإدراكا من المعيار أن العدد الشفع قد يعطل إصدار الحكم بسبب احتمال إصرار كل محكم على موقفه دون وجود حكم مرجح، فقد نصت الفقرة ٣/٨ من المادة الثامنة على أن "الأولى أن يكون العدد فرديا، فإن لم يكن كذلك فيعين أطراف النزاع أو المحكمون أحد المحكمين رئيسا لهيئة التحكيم، ويكون رأيه مرجحا عند تساوي الآراء". فهناك سعة في اختيار الرأي الذي تستلزمه المصلحة. وتطبيقا لذلك نرى على سبيل المثال أن المادة الرابعة من نظام التحكيم السعودي قد نصت على أنه "إذا تعدد المحكمون وجب أن يكون عددهم وترا".

وبذلك يكون المعيار قد أخذ بما يتناسب والمحيط القانوني الذي يرى في العدد الوتر مخرجا لإتخاذ القرار عند تساوي مواقف المحكمين إذا كانوا أكثر من اثنين. والعدد الشفع الذي ساد في التاريخ الإسلامي (إلى جانب المحكم الفرد) ينظر إليه اليوم على أنه قد يكون عامل تعطيل في إتخاذ القرار إذا تمسك كل من المحكمين بموقفه، وهو أمر وارد جدا. بالرغم من أن العدد الشفع قد يدفع المحكمين إلى

البحث عن الحلول محل اجماع. وفي المسعى طمأنة للمحكّمين أنفسهم ولأطراف النزاع.

هذا وتجدر الإشارة بأن اعتماد العدد الوتر في التحكيم ليس باطلا في حد ذاته. فقد اعتبر فقه القضاء الفرنسي أن قاعدة وترية عدد المحكّمين غير متعلّقة بالنظام العام. وبناء عليه رفضت المحكمة ابطال حكم المحكّمين الذي صدر عن هيئة تحكيم مشكلة من عدد زوجي مستندة إلى المادة ٣٠/٤ من قانون المرافعات الفرنسي التي نصت على أن الدفع المتعلقة بصحة تشكيل المحكمة يجب إبداءها قبل الخوض في الموضوع، وإلا سقط الحق في إبطالها وهي القاعدة المعمول بها أمام القضاء^٧. ومثل هذا القرار يؤكد مدى نسبية المسائل الإجرائية.

٢/١/١ التحلي الجزئي عن توفر شروط القاضي في الحكم: المقرر في الفقه الإسلامي أن الأصل الإشتراط في المحتكم إليه (الحكم) ما يشترط في القاضي المولى من قبل السلطان. ويشترط في القاضي دراية كبيرة بالفقه إلى حد بلوغ مرتبة الإجتهد عند بعض الفقهاء. والمتداول في كتب الفقه قديمها وحديثها أنه يجب أن يكون القاضي "ذا دراية بكتاب الله تعالى وبسنة رسوله صلى الله عليه وسلم، وذا فقه بما عليه الأئمة الأعلام من قواعد مذاهبهم في فروع الشريعة من عبادات ومعاملات وجنايات، فضلا عما يجب أن يتصف به من الورع والتقوى والتزاهة... كما يجب على القاضي أن يستشعر بأنه أحد قضاة ثلاثة، اثنين منهم في

^٧ محكمة تولوز ١٧/١١/١٩٨٧ مجلة التحكيم (الفرنسية) ١٩٨٧ ص ١٧٥

النار وواحد في الجنة، وأنه أحد الإثنين إن لم يكن عالماً بحكمه حاكماً بما يراه الحق، فمن حكم بجهل أو هوى فهو في النار"^٨

أما القانون الوضعي فلا يشترط مثل هذا الشرط. ويقتصر على التزاهة والحياد. وكذلك الشأن في الفتاوى المعاصرة والتي أخذت بتخفيف الشروط. ولم يشر المعيار إلى أي صفة من الصفات المذكورة، واقتصر على توفر "اهلية الأداء الكاملة" (الفقرة ١/٨). وواقعية المعيار المتمثلة في عدم الإشارة إلى شروط تكاد تكون مفقودة، لا يمنع أطراف النزاع من ذكر مواصفات محددة، كأن يكون الحكم ضليعاً في مجال فقهي معين كالمعرفة بشروط العقود والخيارات، أو في مذهب فقهي معين، أو أن يكون ملماً بفقهاء المعاملات في مجموعة من المذاهب تحدد بعينها.

٣/١/١ اختيار أطراف النزاع للقانون الواجب التطبيق بما لا يخالف الشريعة: في القانون الوضعي قد يكون القانون الواجب التطبيق الذي اختاره أطراف النزاع أو فوضوا هيئة التحكيم باختياره، هو قانون أحد أطراف النزاع، أو قانون بلد طرفي النزاع، أو قانون محايد دون لزوم أن يكون هذا القانون مطابقاً لأحكام الشريعة.

أما في الفقه الإسلامي فإنه لا يمكن اختيار قانون مخالف لأحكام الشريعة. وهذه خصوصية الشرع والتي تقتضي أن يتم اختيار قانون لا يصادم مبادئه.

والإشترط أن لا يخالف القانون الذي اختاره أطراف النزاع أحكام الشريعة الإسلامية، فيه إشارة إلى الإحتكام إلى القانون الوضعي ما لم تخالف أحكامه

^٨ أنظر مجموع فتاوى وبحوث. إعداد وتأليف الشيخ عبد الله بن سليمان المبنع. المجلد الرابع. الطبعة الأولى ١٤٢٠هـ/١٩٩٩م دار العاصمة للنشر والتوزيع. ص ٣٨٥-٣٨٦

أحكام الشريعة الإسلامية. وتمثل واقعية المعيار في أنه انطلق من أن القانون الوضعي لا يخالف أحكام الشريعة بصفة مبدئية خاصة وأن مجال التحكيم التجاري هو في صميم فقه المعاملات، وهو فقه يلتقي مع القانون الوضعي في كثير من المبادئ الكبرى وفي أكثر من موضع. ومن أمثلة ذلك:

- اعتماد مبدأ سلطان الإرادة في الشروط ويعبر عنه الحقوقيون (أو القانونيون) بقولهم "العقد شريعة المتعاقدين". ويقابل هذه القاعدة في القانون المقارن المبدأ القانوني الذي جاءت به المجلة المدنية الفرنسية القائلة: "الاتفاقات المعقودة على الوجه المشروع تقوم مقام القانون في حق عاقيها" المادة (١١٣٤).

- اعتماد قاعدة الأصل في الأشياء الإباحة التي يتفرع عنها قبول المعاملات المستحدثة ما لم تخالف القانون والمعروف عند الحقوقيين بـ "العقود غير المسماة" لأنه لا يوجد في الشريعة ما يحدد أنواع العقود. كما لا يوجد ما يقيد موضوعاتها، إلا قيد واحد وهو أن تكون هذه العقود غير منافية لما قرر الشرع من القواعد والشروط العامة في التعاقد.

- قاعدة الأصل براءة الذمة.

- قاعدة العبرة في العقود للمقاصد والمعاني التي تجعل القصد هو الحكم في تفسير العقود وفي تكييفها أيضا.

- قاعدة الأصل في الكلام الحقيقة.

٤/١/١ تبني التفريق بين الشرط والمشاركة مع ما يترتب عنهما من آثار:

لا نجد في كتب الفقه الإسلامي تقسيماً صريحاً بين شرط التحكيم والمشاركة كما هو مبين اليوم في المعيار وفي عقود المؤسسات المالية الإسلامية. فلم يوجد في كتب الفقه إشارة إلى تحكيم يتعلق بخلاف مستقبلي. فالتحكيم كما مورس في القرون الأولى والقرون التي تلتها كان تحكيماً على نزاع قائم ويأخذ من الناحية الإجرائية صفة الآلية (أي يتم البت في الخلاف في الحين). لكن مثل هذا التقسيم تبنته جل القوانين التي تستمد مرجعيتها من الشريعة الإسلامية. كما أن الفتاوى المعاصرة الجمعية منها والفردية قد أعطت قيمة لشرط التحكيم (وهو الشرط المنصوص عليه في العقد قبل نشوب النزاع). ونذكر على سبيل المثال ما أفقته به الشيخ عبد الله بن سليمان المنيع بقوله "إذا نص في عقد الالتزام على الرجوع إلى التحكيم في حال وجود الاختلاف، وتعذر إتمامه بالوسائل الودية، فيجب الأخذ بهذا النص، إذ هو شرط في عقد يجب الوفاء به، قال تعالى: "يا أيها الذين آمنوا أوفوا بالعقود" (سورة المائدة الآية ٥). وقال صلى الله عليه وسلم "المسلمون على شروطهم إلا شرطاً أحل حراماً أو حرم حلالاً" (أخرجه أبو داود والترمذي) وليس في اشتراط التحكيم تحريم حلال أو تحليل حرام"^٩.

وبناء على أن الشروط المذكورة جملها خلافية فإن هناك سعة في اختيار الرأي الذي تستلزمه المصلحة. وتطبيقاً لهذه السعة نذكر على سبيل المثال أن المادة الرابعة من نظام التحكيم السعودي قد نصت على أنه "إذا تعدد المحكمون وجب أن يكون عددهم وتراً". وبذلك يكون هذا النص قد أخذ بما يتناسب والمحيط القانوني

^٩ أنظر "مجموع فتاوى وبحوث". إعداد وتأليف الشيخ عبد الله سليمان المنيع. المجلد الرابع ص ٦٠. الطبعة الأولى ١٤٢٠هـ/١٩٩٩م. دار العاصمة.

الذي يرى في العدد الوتر مخرجا لإتخاذ القرار عند تساوي مواقف المحكمين إذا كانوا أكثر من اثنين. والعدد الشفع الذي ساد في التاريخ الإسلامي (إلى جانب المحكم الفرد) ينظر إليه على أنه قد يكون عامل تعطيل في إتخاذ القرار إذا تمسك كل من الحكمين بموقفه.

٥/١/١ تجاوز مسألة مدى جواز التحكيم في حضرة قاض في البلد: ذهب بعض فقهاء الشافعية^{١٠}، وما يظهر من قول ابن حزم^{١١} أن التحكيم يجوز بشرط ألا يوجد قاض في البلد. والفكرة وراء هذا الشرط هو تعظيم وظيفة الحكم بين الناس التي يجب أن تكون من صلاحيات الإمام ونوابه. فالقيام بالتحكيم خارج هذا الإطار فيه نوع من الافتيات على عمل الإمام. وهذا ما كان سائدا على الأقل في فترة من الزمن.

ونرى اليوم أن التحكيم المنصوص عليه في القوانين، وكذلك الصادر عن الجامع الفقهي، واللجان الشرعية هو عدالة اتفاقية موازية للعدالة الصادرة عن أجهزة الدولة ومكملة لها. وما مساندة القضاء النظامي للتحكيم قبل صدور حكم التحكيم، وما رقابة القضاء بعد صدور حكم التحكيم سواء عبر المصادقة أو البطلان، إلا دليلا واضحا على هذا التكامل. كما أن مراكز التحكيم تنظر في قضايا ومسائل في نفس دائرة نظر المحاكم النظامية.

^{١٠} الشريبي، معني المحتاج ٤/٣٧٩

^{١١} ابن حزم المحلى، تحقيق أحمد محمد شاكر. دار التراث القاهرة. فقد يستنتج من كلامه "ولا يجوز الحكم إلا ممن ولاه الإمام القرشي الواجبة طاعته، فإن لم يقدر على ذلك فكل من أنفذ حقا فهو نافذ... أن أداء العدالة لمن ولاه الإمام، فإن لم يوجد فكل من أداها يجوز.

٦/١/١ تحكيم غير المسلم: اقتضي الواقع العملي في المعاملات المالية الإسلامية أن تعين كل مؤسسة مالية محكمها. وقد تكون إحدى المؤسستين غير إسلامية. فتعين محكم غير مسلم. والسؤال المطروح: هل يجوز تعيين محكم غير مسلم للنظر في مسائل لها علاقة بتطبيق فقه المعاملات؟

أجاب المعيار على هذا السؤال بأن "الأصل أن يكون المحكم مسلماً، وإذا دعت الحاجة المتعينة إلى اختيار محكم غير مسلم فيجوز ذلك للتوصل لما هو جائز شرعاً...". (الفقرة ٢/٨). ويستنتج من نص المعيار أن اللجوء إلى المحكم غير المسلم في المسائل التي لها علاقة بتحكيم الشرع ليس الأصل، وإنما يكون عند الحاجة لذلك.

ونرى أنه من بين الحلول التي كان بإمكان المعيار اعتمادها تتمثل في التفريق بين التحكيم بالمحكم الفرد والتحكيم الذي يصدر عن هيئة. أي أن نفرق بين التحكيم الفردي (تعيين محكم واحد) والتحكيم عن طريق هيئة (ثلاثية عادة). ومثل هذا التفريق في التركيبة يساعد على التدقيق أكثر في الموضوع من المحكم الفرد. وفيما يلي بعض آثار التفرقة:

إذا كان المحكم فرداً فيشترط أن يكون مسلماً ملماً بالأحكام الشرعية، ولا يبدو من المناسب أن ينظر غير المسلم (إلا من توفرت فيه دراية واسعة بمجالات الفقه) في النزاع بمفرده في حكم غير قابل لطرق الطعن العادية (كما هو الشأن في التحكيم التجاري الدولي)، ويستند لأحكام الشريعة الإسلامية. والسبب في ذلك احتمال عدم الحرص على التقيد بأحكام الشريعة ولو كان ملماً بأصول المعاملات المالية. أما إذا كان التحكيم في شكل هيئة فلا يبدو ما يمنع أن يكون عضواً فيها بسبب رجوع القرار إلى الهيئة بكامل عضويتها بفضل تكامل التأهيلات داخل الهيئة.

فاللجنة تستفيد بملاحظات كل أعضائها مهما تعددت أديانهم وثقافتهم القانونية والاجتماعية.

وبقدر ما للموضوع من حساسية في وقت طغت فيه العولمة وتراجع فيه التمييز بسبب الدين، نعتقد في هذا السياق بأن المعاملات المالية الإسلامية هي ثقافة وليست نصوصاً فقط. فلا يمكن أن نطلب من المحكم على سبيل المثال تطبيق بنود عقد الإجارة والتأمينات التي تحيط به، والعلاقة بين المضارب ورب المال، وعقود المشاركات إذا كان لا يملك دراية وساعة بالقواعد الكلية كقاعدة الغنم بالغرم. ومقولة أن العقد شريعة الأطراف - وهي قاعدة راسخة وتشارك المدارس القانونية في الثناء عليها - لا يمكن أن تشكل لوحدها مفتاحاً لتفسير كل المسائل القانونية والشرعية التي تطرحها المعاملة. ولا بد أن يعزز ويفسر العقد بقواعد أخرى مساندة. وبناء عليه، على المحكم المسلم أن تكون له ذهنية أوسع من قانون بلده أو المدرسة القانونية التي نشأ فيها. كما يتعين على المحكم غير المسلم ان يستجيب لهذه الشروط. فاستبعاده من التحكيم في المعاملات المالية الإسلامية إذا تم ليس بسبب دينه، وإنما بسبب ما يحمله من ثقافة قانونية تعتبر الفائدة جزءاً أساسياً في المعاملات المالية (مقابل إجارة العملة)، وترى في غرامات التأخير معاملة عادلة لما فات الدائن من كسب دون النظر في عسر الميدان.

هذا وتجدر الإشارة بأنه بعد ظهور جهات تحكيم إسلامية متخصصة في المعاملات المالية الإسلامية، أصبحت مسألة إحالة النزاع إلى جهات تحكيم غير إسلامية غير مبررة. ولجهات التحكيم الإسلامية أن تسقطب الكفاءات حسب ضلوعها ومهارتها في مجال فقه المعاملات دون أن يكون الدين حاجزاً في ولوج هذا المجال.

٧/١/١ استبعاد تعيين أحد طرفي النزاع محكما للبت في النزاع الذي هو طرفاً فيه (تحكيم الخصم)

من الناحية الفقهية البحتة يجوز أن يحكم أحد اطراف النزاع الطرف الآخر (خصمه) للبت في النزاع إما لثقتته به رغم الإختلاف، أو لأنه عاجز عن تقديم حجة رغم اعتقاده بوضوح حقه، فيكون تحكيم الخصم بمثابة طلب أداء اليمين من الطرف الآخر. ففي تعيين الخصم (عندما كان الوازع الديني قويا) لحسم النزاع الذي هو طرف فيه ينطوي على مسئولية عظيمة وشاقة على كاهل المحكم/الخصم.

لكن من الناحية المبدئية كيف نتصور أن يكون أحد طرفي النزاع خصما وحكما في نفس الوقت. ألا يتعارض ذلك مع شرط الحياد من ناحية. ومن ناحية أخرى ألا يدل ذلك على أنه ليس هناك نزاع حقيقي، والحال أنه من خصائص التحكيم النظر في النزاع.

من الناحية العملية فإن اللجوء إلى التحكيم من قبل المؤسسات المالية الإسلامية كسائر المؤسسات يفترض وجود خلاف جدي (فقهية/قانوني، أو فني، أو الاثنين معا) وإلا ما وصل النزاع إلى التحكيم. فكيف يعرض فض النزاع على من هو سبب /أو طرف فيه. وإذا كانت العلاقة بين طرفي النزاع قد بلغت هذه الدرجة من الثقة المتبادلة فلماذا لا يتم فض النزاع عن طريق الصلح مثلا.

ومن مخاطر تحكيم الخصم هي الخشية من أن تكون هذه الأحكام - لو صدرت بهذه الصيغة- عرضة للبطلان. كما أنه يمكن أن ترفض من قبل هيئات المراجعة والتدقيق التي قد ترى في مثل هذه الأحكام تماونا في حقوق المودعين و/أو أصحاب راس المال.

وكان بإمكان المعيار أن يشير على أن مثل هذا التحكيم جائز شرعا (حتى يحافظ على الإنسجام داخل الفقه الإسلامي)، مع توصية تتضمن لفت انتباه المؤسسات المالية الإسلامية التي تختار هذه الصيغة أن تأخذ بعين الاعتبار ما تنص عليه القوانين في هذا الشأن حتى لا يتعطل تنفيذ الأحكام الصادرة بهذه الصيغة، أو تكون نتيجة الحكم مرفوضة من قبل الهيئات الرقابية والإشرافية مما يؤدي إلى فقدان جدوى التحكيم. ولكن رأى المعيار أنه ربما رأى لا داعي لذكر مسائل جائزة على إطلاقها لكنها غير عملية. وقد تتماشى مع حالات فردية خاصة ولكنها لا تتناسب مع الشخصية المعنوية حيث توجد هياكل تنظيمية مختلفة من إدارة، ورقابة، وإشراف.

٨/١/١ الإشارة للتحكيم المؤسسي: المعروف فقها أن التحكيم في التاريخ الإسلامي لم يكن مؤسسيا أي لا نعرف وجود جهة هدفها ووظيفتها تنظيم فض النزاعات في أماكن وأوقات محددة (وإن عرف بعض الناس برغبة المتخاصمين في الإحتكام إليهم كأئمة المساجد، أو الفقهاء المعروفين بعلمهم وورعهم، ولكن هذه الحالات لا ترقى إلى مرتبة صدور حكم ملزم كحكم القاضي)، وإنما خضع التحكيم عبر العصور لإرادة أطراف النزاع في اختيار محكميهم وعادة ما يكون محكما فردا، وبيت في النزاع في الحين. لكن المعيار أشار للتحكيم المؤسسي وأخذ بما يوفره من إيجابيات. وقد أشار المعيار للتحكيم المؤسسي عند الحديث عن استخلاف المحكم غيره. فقد ذكرت الفقرة ٦/٨ أن الأصل في استخلاف المحكم غيره عدم الجواز إلا بإذن من اختاره للتحكيم وذلك بسبب ارتباط الرضا بشخص المحكم. وقد استثنت الفقرة حالة "التحكيم لمؤسسة أو لجنة تحكيمية". ويفهم من الاستثناء أنه يجوز للتحكيم المؤسسي أن يغير المحكم المعين من قبل أطراف النزاع حسب نظم ولوائح

مؤسسة التحكيم دون الرجوع إلى من عينه. وهذا يحدث عندما يعين أحد أطراف النزاع محكما لم يثبت انضباطه في حضور الجلسات أو لاحظت إدارة التحكيم المؤسسي عدم جديته في مواصلة النظر في القضية حيث يتم تغييره دون الرجوع للقاضي. وهذه إحدى مزايا التحكيم المؤسسي.

٩/١/١ التحلي عن العدول عن التحكيم بالإرادة المنفردة:

عدول أطراف النزاع باتفاقهما عن التحكيم أمر ممكن في كل أطوار القضية ولا حاجة للنص عليه. وكما هو الشأن بالنسبة للقضاء النظامي يجوز لطرفي النزاع سحب القضية من بين يدي المحكمة صراحة بطلب التنازل من الطرفين أو من المدعي، أو ضمنا بعدم حضور المدعي الجلسات، وكذلك الشأن بالنسبة للتحكيم. أما السؤال الحقيقي المطروح هنا فهو: هل يجوز العدول عن التحكيم بالإرادة المنفردة؟ في الفقه "التقديم" يجوز لأطراف النزاع الرجوع في التحكيم ما لم يصدر حكم المحكمين. وعدم إشارة المعيار إلى الحق في الرجوع فيه دلالة على عدم قبول مثل هذا الحق من جانب واحد. ويكمن تفسير عدم حق رجوع أحد طرفي النزاع في مبدأ اللجوء إلى التحكيم في أن الشرط على التحكيم في عقود المعاملات المالية عموما والمصرفية خصوصا جزء من المعاملة. فجل المؤسسات ما كانت لتقبل الدخول في المعاملة لولا هذا الشرط. فالرجوع فيه بإرادة منفردة كالرجوع في بند آخر من بنود العقد. ومخالفة بنود العقد من جانب واحد مرفوضة شرعا وقانونا.

كما أن الأخذ بالقول الذي يرى في حق طرف النزاع عزل محكمه حتى صدور الحكم، يؤدي في مجال المعاملات المالية المعاصرة عموما وفي المؤسسات المالية خصوصا إلى أن المحكمين الذين اشتغلوا لعدة أشهر بالتنسيق مع الأطراف وممثليهم، وبعد دعوة الخبراء والترافع في جلسة أو أكثر، وقبل صدور الحكم بأسابيع أو أيام

عرضة لميزاج أحد الطرفين بعزل المحكم بحجة جواز عزله قبل صدور الحكم. فهل هذا من العدل من ناحية، ثم هل هذا يعطي طمأنة لأطراف النزاع باختيار التحكيم صيغة بديلة عن القضاء النظامي؟

٢/١ شواهد في ترك المجال للقانون فيما لا يخالف الشرع.

من سمات واقعية المعيار وعدم اهماله أهمية المحيط القانوني الذي سيعمل في إطاره المعيار، أنه ترك للقانون الوضعي مجالاً فسيحاً لتغطية المجالات التي يكون للقانون فيها رأي سواء بسبب السياسة التشريعية العامة للدولة، أو بسبب مصلحة عامة أو غيرها.

١/٢/١ اللجوء للتحكيم بإلزام قانوني: عند الحديث عن صور اللجوء إلى التحكيم موضوع الفقرة ١/٣ نصت الفقرة المذكورة على صيغة اللجوء للتحكيم "باتفاق حين نشوء النزاع" وهو شرط التحكيم الإرادي في القانون الوضعي، أو أن يكون اللجوء للتحكيم "تنفيذا لاتفاق سابق على اشتراط المصير إلى التحكيم" وهي المشاركة الإرادية في القانون الوضعي، كما أشارت الفقرة كذلك إلى صورة أخرى وهي "التحكيم بإلزام قانوني". وهذا إقرار بوجود تحكيم لا يقوم على إرادة أطراف النزاع، وإنما يقوم بأرادته القانون. ومثل هذا التحكيم وإن كان محل نقاش عند بعض رجال القانون لمخالفته لمبدأ قيام التحكيم على إرادة الطرفين، إلا أنه لم يتم التوسع في ذلك من الناحية القانونية، بحيث تم الاقتصار على مجالات محددة كالعلاقات الجماعية في مجال الشغل، والتحكيم في مجال الوكالة التجارية في بعض القوانين، فبقي تطبيق التحكيم بالإلزام قانوني استثناء ويمارس في أضيق الحدود. وقد أجاز المعيار هذا الصنف من التحكيم دون مناقشته أو التحفظ عليه.

٢/٢/١ شروط صدور الحكم: لم يكن التوثيق في صدور الأحكام في فجر الإسلام من المسائل الأساسية في الفصل في النزاعات لأن جل الأحكام كانت شفاهية. فالحكم يصدر في جل الأحيان في حينه، فهو قريب من الفتوى الملزمة. وقد أشار المعيار إلى ضرورة ان يتضمن قرار التحكيم النهائي الفصل في جميع نقاط النزاع، وتحديد حقوق أطرافه على أساس العدل (الفقرة ٢/١١). وأوضحت الفقرة المذكورة الغاية من وراء الفصل في جميع نقاط النزاع وهي إغناء طرفي النزاع من الرجوع للقضاء. وهذا أمر صحيح ودقيق إلى حد بعيد لأن معالجة بعض جوانب النزاع (المعالجة الجزئية) وإهمال جوانب أخرى تجعل التحكيم منقوصاً، وعندها يساور أطراف النزاع الشعور بأن النزاع لم يحسم. وبالتالي يفكرون في اللجوء إلى القضاء. وفي هذا اللجوء - بناء على السبب المذكور - يضعف من قيمة التحكيم ومهنيته. كما أشارت الفقرة ٩/١١ إلى ضرورة أن يشتمل قرار التحكيم "على نص الحكم وأسماء طرفي النزاع وهوياتهم وعناوينهم والإشارة إلى مستند التحكيم وتاريخه، وملخص موضوع النزاع، وملخص ادعاءات طرفي النزاع ومستنداها...". وقد فعل المعيار حسناً لما نص على ما يجب أن يشتمل عليه الحكم لأن موقف القضاء متشدد كل التشدد حول البيانات الضرورية التي يجب أن يشتمل عليه القرار التحكيمي، وذلك تحت طائلة البطلان. وهذه البيانات هي أسباب القرار، والفقرة التحكيمية، ومطالب الخصوم والأسباب والوسائل المؤيدة لها. وقد أصدرت محكمة التمييز اللبنانية قراراً (قرار ٢٠٠٢/٢٤ - تاريخ ٢٣/٤/٢٠٠٢ منشور بالجلد اللبنانية للتحكيم العربي والدولي، ٢٠٠٢. العدد الثالث والعشرون ص ٢٨) بنقض قرار الاستئناف الذي قبل منح الصيغة التنفيذية في قضية أصدر فيها العلامة الشيخ محمد حسين فضل الله إفادة (اختلف الخصوم في تكييفها: فالبعض يرى فيها

مجرد إفادة قريبة من الفتوى، والبعض يرى فيها حكماً صادر عن محكم وله حجية الأحكام)، واعتبرت محكمة التمييز أن الحكم الذي يخلو من البيانات المتعلقة بالمطالب والأسباب، ومن منطوق يحمل ظاهراً معنى الفصل لا يتصف بالقرار التحكيمي. وبالتالي يفقد السند الصيغة التنفيذية لإفتقاره مقدمات القرار التحكيمي. وبذلك أتيحت الفرصة للمحكمة لتفرق بين مجرد الإفادة وبين القرار التحكيمي.

(٢)

الإبقاء على بعض الخصائص الإجرائية التي تتعلق

بإصدار الأحكام في الفقه الإسلامي

(تأكيد الخصوصية)

إن ما تم ذكره آنفاً من شواهد حول مرونة وواقعية تعامل بها المعيار مع المحيط القانوني للتحكيم، لم يمنع المعيار من الإبقاء على بعض الخصائص التي تصور أداء العدالة في الفقه الإسلامي. ومن أمثلة ذلك التوسع في وسائل الإثبات مقارنة بما نصت عليه القوانين الوضعية، والميل للإجماع في إصدار الأحكام، وعلاقة الأجرة بمدى إلزامية التحكيم في حق المحكم، والإبقاء على صحة العقود الشفوية، ورجوع المحكم في حكمه، وغيرها من المسائل التي لا نرى مصدراً لها إلا في الفقه الإسلامي على اختلاف مدارسه.

١/٢ التوسع في وسائل الإثبات: المعروف في الفقه الإسلامي تعدد وسائل الإثبات مع الأهمية التي يقرها الفقه لشهادة الشهود (والتي ضعفت قيمتها في القوانين الوضعية). وقد ذكرت الفقرة ٤/١٠ من المعيار أن حكم المحكم "لا يقتصر على قواعد الإثبات المنصوص عليها قانوناً، بل يحق له الاستناد إلى أي دليل آخر لا يتنافى قبوله مع أحكام الشريعة الإسلامية". وتدل هذه الفقرة أنه على المحكم الإمام بوسائل الإثبات المنصوص عليها شرعاً وهي أوسع مجالاً من تلك التي نص عليها القانون. كما أن الميل لشهادة الشهود واضح في المعيار بالرغم من تراجع الشهادة في حياة الناس وفي مجال الأعمال بالخصوص. والتمسك بأولية الإشهاد على وسائل الإثبات الأخرى واضح. ويظهر ذلك من خلال ابلاغ الحكم. فقد نصت الفقرة ٢/١٢ أن "لا يشترط لنفذ التحكيم الإشهاد على ابلاغ طرفي النزاع قرار التحكيم أو على رضائهما به، لكن الأولى للإشهاد لتجنب المنازعة".

التحكيم في المعيار الشرعي رقم (٣١)

٢/٢ الميل للإجماع في إصدار الأحكام: المعروف في الفقه الإسلامي أن قاعدة الإجماع في اتخاذ القرارات سواء أكان حكماً قضائياً أو حكم المحكمين مستحبة. فالإجماع مفضل لما يتضمنه من وحدة الموقف في مسائل جد دقيقة ألا وهي صدور الأحكام. ولكن لا ينكر الفقه في نفس الوقت الأخذ بالأغلبية. ووفاء لهذه القاعدة أشار المعيار إلى قاعدة الإجماع، وذكره قبل الأغلبية. فقد نصت الفقرة ٥/١٠ من المعيار على ما يلي: "يصدر قرار التحكيم بالإجماع، أو بالأغلبية، وإذا تساوت الأصوات يرجح الطرف الذي فيه الرئيس، وإذا كان في مستند التحكيم أو لوائح الجهة المحكمة ما ينظم ذلك على وجه آخر فليلتزم به".

والإجماع في القانون الوضعي معتمد في مجال التحكيم بالتفويض بالصلح في بعض النظم القانونية. فقد نصت المادة ١٦ من نظام التحكيم في المملكة العربية

السعودية على ما يلي: "يصدر حكم المحكمين بأغلبية الآراء، وإذا كانوا مفوضين بالصلح وجب صدور الحكم بالإجماع".

٣/٢ المجالات التي لا يجري فيها التحكيم: ذكرت الفقرة ٢/٧ من المعيار الحالات التي لا يجوز التحكيم فيها: وهي كل ما هو متعلق بحق الله تعالى مثل الحدود، وما يستلزم الحكم فيه اثبات حكم أو نفيه بالنسبة لغير المختكمين. وقضى المعيار بأن الحكم في المسائل المذكورة من قبل المحكمين يعتبر باطلا ولا ينفذ. والحقوق المستبعدة من التحكيم هي:

• حقوق الله

• اثبات حكم أو نفيه بالنسبة لغير المختكمين.

ولم يشر المعيار إلى مدى قبول التحكيم في مجالي الوقف والزكاة. فهما من حقوق الله، ولكنهما يغطيان مجالات لها علاقة بفقهاء المعاملات. ومن الناحية العملية فقد تلجأ مؤسسات الوقف إلى طلب التمويل بالصيغ الإسلامية.

٤/٢ علاقة الأجرة بمدى إلزامية التحكيم في حق المحكم: ذكرت المادة ٢/٥ أن "التحكيم غير لازم في حق المحكم بغير أجر، فيجوز للمحكم أن يعزل نفسه بعد قبوله، أما إذا كان التحكيم بأجر فهو لازم للمحكم فإن عزل المحكم نفسه وترتب على ذلك ضرر فعلي فإنه يتحمل مقدار الضرر". يؤكد المعيار في هذه الفقرة وفاءه للمبدأ الفقهي الذي يفرق في المسؤولية بين الذي صرف له أجر حيث تكون مسؤوليته أشد، وبين الذي لا يتقاضى أجرا حيث تكون مسؤوليته أقل. ونجد تطبيقا واضحا لهذا المبدأ في الوكالة، حيث تعتبر مسؤولية الوكيل بأجر أكثر صرامة من تلك التي يتحملها الوكيل بدون أجر. ومثل هذا التفريق بين المحكم بأجر والمحكم

بدون أجر أصبح نظريا في أيامنا هذه التي أصبح فيها التحكيم مهنة قائمة بذاتها وذلك بسبب انتشار مؤسسات التحكيم المؤسسي، التي تلجأ إلى محكمين يتقاضون أتعابا عادة ما تكون محددة في لوائح التحكيم المؤسسي. ولكن لا بأس من تغطية مجالات ولو لم يكن الإقبال عليها كبيرا.

٥/٢ توقيع طرفي النزاع على قرار المحكمين: ذكرت الفقرة ٩/١١ المسائل التي يجب أن يتضمنها قرار التحكيم. ومنها نص الحكم، وأسماء طرفي النزاع، وملخص موضوع النزاع، وأسماء المحكمين، ومكان إصدار القرار... كما ذكرت الحالات غير الوجودية ومنها: "توقيع طرفي النزاع إن أمكن". ونشير هنا إلى أن القانون الوضعي لا يشترط ولا يوصي بتوقيع قرار المحكمين من قبل أطراف النزاع. فحكم التحكيم ماض دون حاجة لتأكيد من قبل المتنازعين.

وقد يطرح السؤال حول الأهمية العملية لتوقيع طرفي النزاع على قرار المحكمين على افتراض أخذ أطراف النزاع بذلك. فقد ينظر إلى توقيع أطراف النزاع على قرار التحكيم إلى جانب المحكمين، إقرارا وتصريحا كتابيا منهم وقبولا بمضمون القرار. ولكن هل يصل الأمر إلى اعتبار قبولهم هذا، تنازلا عن أي طريقة من طرق الطعن بما في ذلك الطعن بالإبطال؟ نرى أن مثل هذا التفسير مقبولا وينسجم مع إرادة أطراف النزاع التي اختارت منذ البداية صيغة مرنة لكسب الوقت ولتفادي التقيدات القانونية. كما ينسجم مع القوانين الوضعية التي سعت للحد من طرق الطعن في أحكام المحكمين لا سيما إذا تعلق الأمر بالتحكيم الدولي. وحتى على افتراض أن التوقيع على قرار التحكيم لا يعد تنازلا صريحا على الحق في الطعن، فإن مثل هذا التوقيع له أثر عند نظر القاضي في طلب الطعن بالإبطال.

٦/٢ الإبقاء على صحة العقود الشفوية: وفاء لمبادئ الفقه الإسلامي التي تقر بصحة العقود الشفوية على نطاق واسع، نصت الفقرة ٧/٩ من المادة التاسعة من المعيار على أنه "يصح شرعا عقد التحكيم شفويا"^{١٢}. ولكن سرعان ما تدارك المعيار بالنص في نفس الفقرة على أنه "ينبغي في المؤسسات المالية توثيق مستند التحكيم كتابيا". ومن الناحية العملية فإن السهولة على التوثيق الكتابي لمستند التحكيم ستكون له عواقب ثقيلة تؤدي إلى بطلان حكم المحكمين. ومثل هذا البطلان محل إجماع بين القوانين الوضعية تساندها في ذلك الإتفاقيات الدولية، ولعل أهمها في المجال اتفاقية نيويورك لسنة ١٩٥٨ المتعلقة بتنفيذ أحكام المحكمين.

٧/٢ رجوع المحكم في حكمه: نصت الفقرة ٣/١٣ على أن الأصل أنه ليس للمحكم الرجوع عن حكمه. ولكن يجوز له الرجوع عن حكمه "إذا صرح بأنه قد أخطأ فيه فله حينئذ إلغاؤه أو تعديله بمقتضى الشريعة وما يحقق العدل". إن مثل هذا الرجوع مستمد من الفقه الإسلامي، وبالتحديد رسالة عمر بن الخطاب إلى أبي موسى الأشعري والتي ورد فيها: "...ولا يمنعك قضاء قضيت فيه اليوم فراجعت فيه رأيك فهديت فيه لرشدك أن تراجع فيه الحق، فإن الحق قديم لا يبطله شيء، ومراجعة الحق خير من التماسه في الباطل...".

ولكن القانون الوضعي لا يعتمد مثل هذه المراجعة. ففي القانون إما أن تكون هناك طرق طعن فتمت أمام المحاكم، وبالتالي ترفع يد المحكم لتتولى المحاكم النظر في القضية، وإما أن يكون حكم المحكم نهائياً وهذا الأصل ترفع يد المحكم نهائياً بعد صدور الحكم، ولا يرجع إليه إلا لتفسير ما كان غامضاً وتصويب الأخطاء المادية.

^{١٢} المقصود بعقد التحكيم (ويسمى أيضا اتفاق التحكيم أو مستند التحكيم) موافقة طرفي النزاع وموافقة المحكم على مهمة التحكيم (الفقرة ١/٩ من المادة التاسعة)

وإذا ما وضعنا هذا الرجوع في الحكم بالإلغاء أو التعديل في ميزان القانون لوجدنا أن القانون الوضعي لا يقبل هذا الإجراء كما ذكرنا. وإذا ما اتخذ المحكم قرارا في إلغاء حكمه، واعترض على ذلك أحد الأطراف وطلب إبطاله، فإن المحكمة قد تستجيب لذلك وإن كانت مراجعة الحكم بالإلغاء أو التعديل ليست من الأسباب المذكورة حصرا في قائمة أسبا البطلان، ولكن يمكن للقاضي أن يستند إلى مبادئ قانونية عليا. ومن امثلة ذلك: مبدأ حجية المر المقتضي فيه التي تؤدي إلى رفض القاضي أو المحكم يده عن الحكم.

وليس من الوجيه ترك باب رجوع المحكمين في حكمهم مفتوحا إلى ما لا نهاية له، بل من المناسب تقييد الرجوع إما :

- بفترة معينة بعد صدور الحكم (كأن يكون شهرا أو شهرين مثلا)، أو
- بالشروع في تنفيذ الحكم.

٨/٢ صفة المحتكم: إنطلاقا من أن التحكيم استثناء للولاية العامة، يستنتج
الفقه أن هذا الإستثناء لا يسري فقط على مجال التحكيم (ما يجري فيه التحكيم شرعا)، بل يسري الإستثناء أيضا على من له الحق في اللجوء إلى التحكيم. فقد نصت الفقرة ٧/٨ على أنه "لا يحق للوكيل أو المضارب الموافقة على التحكيم إلا برضا الموكل، أو أرباب المال، أو بالنص على ذلك في شروط المضاربة مثل شروط حسابات الاستثمار، ولا يكون طرفا في التحكيم عن المؤسسة ذات الشخصية الاعتبارية إلا من يمثلها رسميا". وقد نصت هذه الفقرة على نقطتين: نقطة تتعلق بالتمثيل القانوني للشخصية المعنوية. وهذا ما يقول به القانون الوضعي. والنقطة

الثانية وهي التي تتعلق ببعض المعاملات المالية الإسلامية كالمضاربة حيث لا يحق للمضارب اللجوء للتحكيم إلا بموافقة رب المال.

(٣)

المسائل المسكوت عنها

المسائل التي لم يتعرض لها المعيار ليست كلها بنفس الدرجة من الأهمية. فهناك مسائل لا يشكل السكوت عنها نقصاً ولا عيباً في المعيار، وهناك من المسائل التي كان من المناسب التفصيل فيها أو الإشارة إلى بعض الحلول فيها.

١/٣ المسكوت عنه الذي يشكل نقصاً في المعيار

١/١/٣ موضوع استقلالية شرط التحكيم عن العقد موضوع النزاع

لم يشر المعيار إلى موضوع استقلالية شرط التحكيم عن العقد موضوع النزاع. وكان من المناسب للمعيار النظر في مدى توافق ما يعرف في القانون الوضعي بـ "استقلالية اتفاقية التحكيم" (شرط أو مشاركة) عن العقد موضوع النزاع، مع المبادئ الشرعية. لأن هذه القاعدة هي ركيزة التحكيم المعاصر وخاصة الدولي منه. كما أن الخوض في مثل هذه المسائل التي أسهب فيها القانون الوضعي ليست مستهجنة. فقد اعتمد المعيار في الفقرة ١/٣ التفرقة بين الشرط والمشاركة دون ذكرها بالإسم.

مضمون هذا المبدأ: ينطوي هذا المبدأ على عدم تأثير الدفع ببطلان العقد (المتضمن شرط التحكيم) عن الاتفاق على اللجوء إلى التحكيم. إن اعتماد مبدأ استقلال اتفاق التحكيم يعطي للمحكم الحق في النظر في المنازعات المتعلقة ببطلان

العقد الأصلي لأنه يستمد سلطته منه. أما لو تم ربط شرط التحكيم بالعقد موضوع النزاع أي تبعية شرط التحكيم للعقد الأصلي، لوجب حرمان المحكم من النظر في البطلان لأنه لا يستطيع أن يفصل في عقد محل بطلان هو مصدر سلطته.

مزاي المبدأ: ومن المزايا العملية لاعتماد هذا المبدأ أنه يسمح بفتح باب التقاضي وفض النزاع ويسد باب الدرائع للتوصل من التحكيم. فلولا هذا الشرط لاستحال التحكيم بسبب ادعاء أحد الطرفين بطلان العقد سعياً منه لإعاقة التحكيم. وحتى على افتراض أن العقد باطل فلا يمكن تعطيل الحكم فيه من هيئة التحكيم. فحجة منع اللجوء إلى التحكيم بحجة بطلان العقد الذي نص على التحكيم هي مجرد مزاعم ما لم ينظر فيها من أهل الاختصاص (قاضياً أو محكماً). ولا يوجد إلى حد علمنا تأصيلاً لهذا المبدأ من الناحية الشرعية سواء في المعيار أو لدى الجهات الجمعية في باقي أبواب الفقه الأخرى.

٢/١/٣ التحكيم في مجال الوقف والزكاة: عند الحديث عن المجالات التي لا يجري فيها التحكيم، ذكرت الفقرة ٢/٧ الحالات التي لا يجوز التحكيم فيها: وهي كل ما هو حق لله تعالى مثل الحدود، وما يستلزم الحكم فيه اثبات حكم أو نفيه بالنسبة لغير المحكّمين. وقضى المعيار بأن الحكم في المسائل المذكورة من قبل المحكّمين يعتبر باطلاً ولا ينفذ. وفي هذا المجال كان بإمكان المعيار أن يشير إلى مدى قبول التحكيم في مجالي الوقف والزكاة. فهما من حقوق الله، ولكنهما يغطيان مجالات لها علاقة بفقه المعاملات. ومن الناحية العملية نحن نعلم اليوم أن مؤسسات الوقف تلجأ إلى التمويل بالصيغ الإسلامية. والسؤال: هل يجوز التحكيم في مجالات الوقف عند النزاع في مجالات التمويل بالصيغ الإسلامية؟ أي هل يجوز أن تلجأ جهة الوقف في فض نزاعها المالية إلى التحكيم؟. ومصدر السؤال هو أن الجهات الوقفية

مصنفة في كثير من الأحوال على أنها جهات حكومية أو شبه حكومية، أو أنها تحت رقابة القضاء. فكان من المناسب التأكيد على أن الأصل في تعاملات الوقف المالية قابليتها للتحكيم ما لم يوجد نصاً قانونياً صريحاً يمنع ذلك.

٣/١/٣ الاستقلالية عن أطراف النزاع: في مجال المعاملات المالية المعاصرة يبدو من المناسب جداً أن يكون الجواب على المسائل التي يطرحها موضوع الاستقلالية جواباً واضحاً لأن موضوع الاستقلالية مطروح بإلحاح في أيامنا هذه. والسبب في ذلك هو أن المؤسسات المالية تميل إلى تعيين محكميها من مستشاريها القانونيين سواء المباشرين للعمل وقت التحكيم، أو المتقاعدين، أو المستقلين أخص. وهؤلاء عادة هم الذين صاغوا بنود العقود موضوع النزاع، أو أثروا بطريقة أو بأخرى على صياغتها. وكان من المناسب للمعيار لتوضيح الموقف الشرعي من هذا التعيين وما هي حدود شروط الحياد شرعاً. هذا وتجدر الإشارة بأن لموضوع الحياد في القانون الوضعي تأثيراً كبيراً على تنفيذ أحكام المحكمين بعد صدورها. فهناك العديد من حالات الإبطال سببها عدم الاستقلالية.

٤/١/٣ هل من صلاحيات المحكم تعديل التزامات المتعاقدين؟

المقصود من طرح السؤال هو معرفة مدى امتداد سلطة المحكم لإجراء تعديلات مضمنة في العقد المبرم بين الطرفين كتخفيف نسبة الشرط الجزائي، أو إعادة النظر في نسب توزيع الأرباح. إذا كان اتفاق أطراف النزاع يقتضي ذلك فيجوز للمحكم أن يجري التعديلات التعاقدية دون صعوبة. كما أن إجازة القانون الواجب التطبيق لمثل هذه التعديلات، يسمح للمحكم أن يجريها. وخارج هذه الحالات المنصوص عليها اتفاقاً و/أو قانوناً، يمكن كذلك للمحكم المفوض بالصلح أن يجري التعديلات التي يراها مناسبة لأن أطراف النزاع مستعدون لقبول وجهة نظر

المحكّمين بالطريقة التي تراها هيئة التحكيم مناسبة. وما استبعاد القوانين من التطبيق إلا دليلاً على البحث على مطلق العدل والمرونة. أما خارّج هذه الحالات، فعلى المحكّم أن يتفادى تعديل الإلتزامات التعاقدية الصريحة، وإن كان الأصل أن للمحكّم من صلاحيات ما للقاضي، وأن الحرص على مبدأ العدل والإنصاف من الأمور الأساسية في الشريعة الإسلامية، وأن قاعدة العدل والإنصاف تسمو على الشروط التعاقدية، التي وإن كانت محل اتفاق بين الطرفين لا تستجيب بالضرورة لقواعد العدل والإنصاف، خاصة إذا امتدت مدة العقد بحيث أصبح ما كان عدلاً وإنصافاً في بداية العقد، اختلالاً وإجحافاً في وسط أو نهاية تنفيذ المدة التعاقدية.

٢/٣ المسكوت عنه الذي لا يشكل نقصاً في المعيار.

سبق وأن ذكرنا وان المعيار سكت عن مجموعة من المسائل منها ما هو أساس، وهي المسائل موضوع الفقرة ١/٣ أعلاه، ومنها ما هو أقل من ذلك. ومن أمثلة ذلك: عدم الإشارة إلى التقسيمات القانونية الحديثة، تفويض القضاء لملاء الفراغ عند عدم تعيين المحكّم، مسؤولية المحكّم، طبيعة العلاقة بين المحكّم والمحتكّم وغيرها.

١/٢/٣ عدم الإشارة إلى التقسيمات القانونية الحديثة

لم يتطرق المعيار إلى أنواع التحكيم المعتمدة في القوانين الوضعية والتي تتمثل أساساً في التفريق بين التحكيم الحر والتحكيم المؤسسي، وكذلك الفرق بين التحكيم الدولي والتحكيم المحلي أو الداخلي وما يترتب عن تلك التصنيفات من آثار، بالرغم من الإشارة إلى التحكيم المؤسسي في الفقرة ٦/٨. ولا يبدو في إغفال مثل هذه التصنيف ما ينقص من قيمة المعيار. فالمعيار يتسم بالطابع الدولي بحكم

إشارته إلى أحكام الشريعة الإسلامية. كما أن عالمية رسالة الإسلام تجعله لا يميل إلى التفريق بين المحلي والدولي وإن كان التحكيم النصوص عليه بالمعيار سوف يطبق داخل دول لها حدودها وسيدها القانونية، ونظمها الاجتماعية.

٢/٢/٣ سد الفراغ من قبل القضاء: ذكرت الفقرة ٥/٨ من المادة الثامنة من المعيار على أنه "إذا لم يعين أحد طرفي النزاع محكما عنه تنفيذاً لشرط التحكيم في العقد يحق للطرف الآخر الرجوع للقضاء لإختيار محكم عن الطرف الممتنع إن لم يكن في شرط التحكيم نص لطريقة تعيين المحكم الآخر". والقراءة الضيقة لهذه المادة تؤدي إلى أن الفراغ المتمثل في تقصير أحد طرفي النزاع في تعيين محكمه لا يسده إلا القضاء. وهذا الأصل في التحكيم الحر. أما في التحكيم المؤسسي، فإن نظم ولوائح مؤسسة التحكيم كفيلة بتغطية هذا الفراغ. أما إذا اعتمدنا قراءة واسعة للفقرة المذكورة وخاصة عبارة "إن لم يكن في شرط التحكيم نص لطريقة تعيين المحكم الآخر"، فإن مجرد الإشارة في شرط التحكيم إلى مؤسسة التحكيم فإنه يتم ملء الفراغ حسب نظم ولوائح مؤسسة التحكيم.

٣/٢/٣ مسؤولية المحكم: في جل قوانين التحكيم التي اطلعنا عليها، لم يتم إفراد مسؤولية المحكم بنص خاص، ولكن ترك ذلك للمبادئ العامة للقانون ولإجتهاد القضاء. ولا شك أن قياس مسؤولية المحكم على مسؤولية القاضي يستقيم إلى حد كبير. ويبدو من المناسب في المعيار أن يشار إلى هذه المسؤولية مع بعض التفصيل، وذلك لسببين:

أولاً: القاضي غير مقيد بأجل معين لإصدار الحكم. أما في التحكيم فمهمة المحكمين تحكمها مدة زمنية. والسؤال: هل يسأل المحكم مدنيا على تجاوزه التاريخ المحدد في اتفاقية التحكيم لإصدار الحكم؟ في القانون الوضعي نعم. لأن تجاوز

التاريخ المحدد في اتفاقية التحكيم يجعل صدور الحكم خارجا عن دائرة التفويض (العقد الذي يربط المحكم بأطراف النزاع في بداية التحكيم)، وبالتالي قد يعرض الحكم للبطلان مع ما يترتب على ذلك من ضرر على طرفي النزاع وخاصة الطرف الذي كسب القضية في الأصل وأبطلت بعد ذلك. وقد أشار المعيار في الفقرة ٦/٩ إلى أنه "إذا انتهى الأجل المحدد لإصدار الحكم دون صدوره اعتبر المحكم معزولا إلا بموافقة طرفي النزاع على تمديد الأجل..." ولم يرتب المعيار على ذلك مسؤولية مدنية. أما في فقه القضاء المقارن فقد رأت محكمة التمييز الفرنسية في قرار صادر لها بتاريخ ٢٠٠٥/١٢/٦ أن مهمة المحكم محددة في آجال معينة، وفي غياب طلب تمديد من قبل أطراف التحكيم أو من قبل القضاء، فإن الحكم يكون صادرا بعد الآجال وبالتالي باطلا. وتتمثل وقائع هذه القضية في أن ثلاثة محكمين أصدروا حكما بعد ٢٢ يوما من التاريخ المحدد في اتفاقية التحكيم. وقد تم إبطال هذا الحكم من قبل محكمة الاستئناف. وقد استند أحد الأطراف على حكم الإبطال هذا للقيام بقضية مدنية في التعويض ضد المحكمين. والنقاش القانوني في هذه النقطة المتمثل في عدم التوافق بين موقف محكمة التمييز ومحكمة الاستئناف يدل على أن حسم هذا الأمر ليس بديهيا. فقد رفضت محكمة الاستئناف مسؤولية المحكمين استنادا إلى أنه بالرغم من إمكانية مساءلة المحكمين (في إطار أداء مهامهم) بناء على قواعد القانون العام، إلا أن هذا لا يعني أن كل تقصير تعاقدي يؤدي على الحكم عليهم بالمسؤولية، وذلك بسبب طبيعة مهمتهم وهي مهمة قضائية، ولم يثبت خطأ أو تقصيرا من جانب المحكمين، وأن لطرفي التحكيم دور نشط في سير إجراءات التحكيم. ولكن محكمة التمييز لم تقتنع بهذه الحجج، وقررت أن "فوات أجل التحكيم دون طلب التمديد

من أطراف التحكيم أو من القاضي يكون المحكمون - وهم مطالبون بتحقيق نتيجة- قد ارتكبوا خطأ أدى إلى إلغاء الحكم، وبالتالي يكونون مسئولين عن ذلك" ومن أهم نتائج هذا القرار، نذكر ما يلي:

● أن مسؤولية المحكمين ليست أمراً مستهجناً في القانون حيث قررت المحاكم بأن الطبيعة التعاقدية التي تربط أطراف التحكيم بالمحكمين هي مسؤولية تعاقدية، وبالتالي تبني المسؤولية على هذا الأساس أي على العقد.

● حتى لا يقع ارتباك في أداء المحكمين لوظيفتهم، يميل فقه القضاء إلى عدم تحميل المحكمين مسؤولية مدنية بسهولة. فالمحكم كالقاضي له حصانة.

ثانياً: المحكم الذي لم يعلن بصدق في بداية المهمة عن عدم استقلاليته عن أحد أطراف النزاع. وأدى عدم الاستقلالية والحياد إلى إبطال الحكم. فيكون المحكم بذلك قد تسبب في ضرر لأحد أطراف النزاع أو للطرفين.

٤/٢/٣ هل المحكمون وكلاء عن أطراف النزاع الذين اختاروهم؟

من الناحية القانونية، يكاد يكون الجواب حاسماً في المجال. فلا يعتبر المحكم وكيلاً عن طرف النزاع الذي اختاره لأن الأصل في الوكالة أن يستمد سلطته من الموكل، ويعمل باسمه ولحسابه، ويتقيد بتعليماته، وإلا اعتبر متجاوزاً ومقصراً. أما المحكم فإنه يؤدي وظيفة قضائية ألا وهي فض النزاع. ويحق لطرف النزاع أن يعين محامياً للدفاع عن وجهة نظره. وبذلك يكون المحامي وكيلاً عن طرف النزاع وترطبه به علاقة وكيل بموكل مع كل ما يترتب عن هذه العلاقة من آثار قانونية. كما أن أطراف اتفاقية التحكيم هم أطراف النزاع وموضوع اتفاقية التحكيم هو

تنصيب أجنبي عن أطراف النزاع للفصل فيه. أما عقد الوكالة فطرفاه هما الموكل والوكيل وموضوعه هو تخويل الوكيل سلطة النيابة عن الموكل لأداء عمل قانوني جائز.

وقد ذهبت المحاكم إلى التأكيد بأن المحكم ليس وكيلا عن طرف بقدر ما هو أمين على ميزان العدل أن يختل بالرغم مما للأطراف من حرية في اختيار المحكم. وكان ذلك بمناسبة نظر القضاء في محكم سبق وأن أبدى رأيه في ذات المسألة المتنازع فيها، حيث قررت المحكمة بأن هذا المحكم "لا يصلح أن يباشر التحكيم ورايه معروف معلوم لأنه من الأمانة التي يطمئن إليها الأطراف في هيئة التحكيم بديلة الهيئة القضائية بالنسبة لفض النزاعات بينهم أن يزنوا بالقسطاس المستقيم، وألا يكون ظاهرا ميلا من الميزان لجهة دون أخرى فتقيد عندئذ حرية هذا الاختيار. وليس المحكم وطبلا من طرف بقدر ما هو أمين على ميزان العدل ن يختل ولمثل هذا كانت مؤسسة التحكيم ونظامه"^{١٣}

مع العلم وحتى في القانون الوضعي، فإن مثل هذا الوضوح في الموقف القانوني لم يكن نتيجة النصوص القانونية، وإنما كان ذلك بفضل التطبيق الذي أفرز هذا المبدأ. وكان من المناسب أن يتطرق المعيار لذلك لأن بعض الكتابات في المجال الفقهي ما زالت تربط العلاقة بين المحكم واختكم بعقد الوكالة .

^{١٣} أنظر مجموعة الأحكام الصادرة من دوائر المواد المدنية والتجارية واحوال الشخصية. السنة العاشرة

٤ / الخلاصة والاستنتاجات

في خاتمة هذا البحث يمكن القول بأن هذا المعيار نجح إلى حد كبير في التوفيق بين السائد في القانون في مجال التحكيم وبين الفقه الإسلامي. وهذا اجتهاد مشكور لأن التوفيق تم دون التنكر لأي قاعدة فقهية مجمع عليها. ولعل معيار التحكيم أكبر مثال على هذا جديد دون المساس بالثوابت.

نلاحظ في السنوات الأخيرة سواء من خلال الفتاوى الصادرة في مجال المعاملات المالية المعاصرة أو القوانين المنظمة لها أن هناك تطوراً كبيراً وتجديداً جريئاً وفي نفس الوقت لا يتعارض مع أحكام الفقه الإسلامي. ونلمس ذلك في عدة مجالات لعل التحكيم التجاري أهمها. وقد بلغ التجديد والتطور في هذا المجال إلى عدم المبالغة في القول أنه ينطبق على التحكيم التفريق بين الفقه "القديم" والفقه "الجديد".

إن الإصرار على الحفاظ على بعض مبادئ الشريعة الإسلامية كالسعي للعدل المطلق، ربما يشكل تصادماً مع القوانين الوضعية. ومن أمثلة ذلك ما نصت عليه الفقرة ٣/١٣ من المعيار والتي أجازت إمكانية رجوع المحكم في حكمه سواء بالإلغاء أو بالتعديل وذلك لتحقيق العدل. وقد ناقشنا هذه المسألة على ضوء القوانين الوضعية التي لا تميز مثل هذه المراجعة من قبل من صدر عنه الحكم، ولفتنا الانتباه إلى صعوبة تطبيقها، والمخاطر القانونية التي تترتب عنها.

وسوف يملأ هذا المعيار فراغاً في المجال الفقهي المعاصر عموماً وفي مجال الصناعة المالية الإسلامية خصوصاً. فبصدور هذا المعيار سوف تتضح أكثر مزايا هذه الصيغة في فض النزاعات. فهي صيغة تجمع بين الجواز الشرعي والمرونة القانونية/

الإجرائية. كما أن وجود هذا المعيار إلى جانب وجود مركز متخصص في فض النزاعات في المعاملات المالية الإسلامية، سوف يقلص من المخاطر القانونية التي تتعرض لها المؤسسات المالية الإسلامية والتي تضرر البعض منها من عرض قضاياها على المحاكم الغربية التي استبعدت تطبيق الشريعة لأسباب مختلفة. كما أن صدور المعيار سيرسم الطريق لصدور أحكام مطابقة للشريعة الإسلامية من متخصصين في المعاملات المالية الإسلامية بشقيها الفني والشرعي. فبعد أكثر من ثلاثين سنة من ممارسة الصناعة المالية الإسلامية عموماً والعمل المصرفي الإسلامي المنظم خصوصاً، وبعد صدور مئات الفتاوى في مجالات شتى من فقه المعاملات، توفرت في نفس الوقت طاقات بشرية متمرسية في استيعاب تفصيلات المسائل المالية المعاصرة واقتراح الحلول المناسبة لها بما لا يخالف أحكام الشريعة الإسلامية.

المراجع:

١/ المراجع القانونية:

- ١/١ د. مصطفى محمد الجمال ود. عكاشة محمد عبد العال "التحكيم في العلاقات الخاصة الدولية والداخلية". الطبعة الأولى ١٩٩٨. منشورات دار الحلبي الحقوقية. بيروت - لبنان ١٩٩٨.
- ٢/١ د. محسن شفيق "التحكيم التجاري الدولي (دراسة مقارنة في قانون التجارة الدولية). دار النهضة العربية.
- ٣/١ عزة رشاد قطورة "التحكيم في ضوء الشريعة الإسلامية". ١٤١٥ - ١٤١٦ هـ.
- ٤/١ د. أحمد حداد "دعوة لتفضيل مؤسسة المصالحة". مجلة التحكيم العربي. العدد الرابع ص ١١٣
- ٥/١ د. أحمد عبد الحميد سلامة طقانون التحكيم التجاري الدولي". دار النهضة العربية. الطبعة الأولى ٢٠٠٤
- ٦/١ د. فتحي والي "قانون التحكيم في النظرية والتطبيق". دار النهضة العربية. الطبعة الأولى ٢٠٠٧
- ٧/١ د. أحمد شرف الدين "دراسات في التحكيم في منازعات العقود الدولية". دار النهضة العربية ١٩٩٣
- ٨/١ د. علي بركات "خصومة التحكيم في القانون المصري والقانون المقارن". رسالة. حقوق القاهرة. ١٩٩٦
- ٩/١ د. عزمي عبد الفتاح "نظام الطعن في حكم التحكيم: التحكيم بين التشريعات العربية والمواثيق الدولية دراسات ووثائق" - ج ١ إصدار اتحاد المحامين العرب.

١٠/١ أبو زيد رضوان "الأسس العامة في التحكيم التجاري الدولي". دار الفكر العربي.
دار الفكر العربي بالقاهرة.

١١/١ د. نجيب الجبلي "التحكيم في القانون اليمني". رسالة دكتوراه. جامعة الإسكندرية.

١٩٩٦م

٢/ المراجع الفقهية:

• مجلة الأحكام العدلية: المواد ١٨٤١ إلى ١٨٥١

• قرار مجمع الفقه الإسلامي الدولي رقم ٩١ (٩/٨) بشأن "مبدأ التحكيم في الفقه الإسلامي". الدورة التاسعة. أبوظبي ٦ ذي القعدة ١٤١٥ هـ الموافق ٦ نيسان/أبريل ١٩٩٥م.

• الموسوعة الفقهية الكويتية. مصطلح "تحكيم".

• د. قحطان الدوري "عقد التحكيم والفقه الإسلامي والقانون الوضعي". ط. الخلود.

بغداد ١٤٠٥

• د. عبد الله محمد عبد الله "مبدأ التحكيم في الفقه الإسلامي والقانون". مجلة مجمع الفقه الإسلامي الدولي. العدد التاسع. الجزء الرابع.

• محمد مصطفى شلبي "نظام المعاملات في الفقه الإسلامي". الطبعة الأولى. ١٩٥٦

٣/ المراجع التشريعية

• قانون التحكيم بدولة الإمارات العربية المتحدة. المواد: ٢٠٣ إلى ٢١٨ من قانون

الإجراءات المدنية. (سيصدر قريباً قانوناً جديداً في المجال)

• مجلة التحكيم التونسية الصادرة بمقتضى القانون رقم ٤٢ لسنة ١٩٩٣ المؤرخ في ٢٦

أبريل ١٩٩٣

• القانون النموذجي للتحكيم التجاري الدولي للجنة الأمم المتحدة للقانون التجاري

الدولي لعام ١٩٨٥.

- القانون النموذجي للتوفيق التجاري الدولي. أعد من قبل لجنة امم المتحدة لقانون التجارة الدولي UNICITRAL قرار الجمعية العامة للأمم المتحدة رقم ٣٥/٣٥ بتاريخ ٢٠٠٢/١١/١٩.
- نظام التحكيم في المملكة العربية السعودية الصادر بمقتضى المرسوم الملكي رقم م/٤٦ وتاريخ ١٤٠٣/٧/١٢هـ.

التحكيم التجاري الدولي
International Commercial Arbitration

د. عبدالستار الخويلدي