التحكيم في الصناعة المالية الإسلامية
في القانونين الاماراتي والسوداني

أ.د الحاج محمد الحاج الدوش – المحامي
العميد المؤسس لكلية القانون جامعة شندي – السودان
الأستاذ بكلية القانون جامعة الإمارات العربية المتحدة حالياً

ملخص البحث

يتناول هذا البحث تجربة التحكيم في منازعات الصناعة المالية الاسلامية في دولة الإمارات والسودان مع الوقوف على تطبيقاتها القضائية في ظل الحاجة لحل منازعات الصناعة المالية الإسلامية وفق منهاج عملي وقضائي واضح المعالم وفق رؤية إسلامية تسهم في تطوير تلك الصناعة محلياً وعالمياً تنسجم مع عنصري السرعة والائتمان في التجارة وقوانينها. ويعتبر التحكيم أنجع وسيلة لفض المنازعات التجارية المختلفة لما يمتاز به من نفقات زهيدة ولما يحققه من سرعة في الإجراءات وتفادٍ للبطء الذي قد يلازم إجراءات القضاء العادي في الدولة ، لذا فان الحاجة ملحة لاستخدام التحكيم في منازعات الصناعة المالية الإسلامية وفقاً للقوانين الوطنية والدولية والمنظمات الدولية التي تحكم التحكيم في الصناعة المالية الاسلامية وخلافها .

توصل البحث الى نتائج أهمها وضوح أثر التحكيم في الصناعة المالية الإسلامية وانسجامه مع الفقه الاسلامي في القانونين الإماراتي والسوداني ، كما تبنت الدراسة عدة توصيات منها ضرورة الابتكار في تطوير أسس التحكيم في الصناعة المالية الاسلامية وتفعيل ادواتها المتمثلة في الرقابة الشرعية من الناحيتين الموضوعية والشكلية وتجويد إجراءات و وسائل التحكيم وموائمته مع ضوابط الفقه الإسلامي و القانون الوطني والدولي ومتغيرات الاقتصاد والتجارة والتكنولوجيا بغية إسهام التحكيم في تطوير أدوات الصناعة المالية الإسلامية .

Summary:

This research deals with the experience of arbitration in the disputes of the Islamic financial industry in the UAE and Sudan and to stand on its judicial applications in light of the need to resolve the disputes of the Islamic financial industry according to a clear practical and judicial approach according to an Islamic vision that contributes to the development of that industry locally and globally consistent with the elements of speed and credit in trade and its laws.

Arbitration is considered the most effective means of settling various commercial disputes due to the low costs of arbitration and the speed it achieves

in the procedures and avoiding the slowness of the ordinary judicial procedures in the country.

Therefore, there is an urgent need to use arbitration in the disputes of the Islamic financial industry in accordance with the national and international laws and international organizations that govern arbitration in the Islamic financial industry and so on.

The research reached results, the most important of which is the clarity of the impact of arbitration in the Islamic financial industry and its consistency with Islamic jurisprudence in the Emirati and Sudanese laws. And harmonizing it with the controls of Islamic jurisprudence, national and international law, economic variables, trade and technology, in order to contribute to arbitration in the development of Islamic financial industry tools.

مقدمة :

الحمد الله حمداً كثيراً والصلاة والسلام على نبيه سيدنا محمد صلي الله عليه وسلم وعلى وآله وصحبه وسلم إلى يوم الدين.

وبعد ،

كثيرة هى أدوات الصناعة المالية الإسلامية في الفقه الإسلامي في المصارف والمؤسسات المالية محلياً وعالمياً فقد استنبط فقهاء المسلمين من مصادر الشريعة الإسلامية صيغاً للتمويل الإسلامي منها ما يقوم على المشاركة في الغنم والغرم، ومنها ما يقوم على البيع والشراء، ومنها ما يقوم على الإجارة والشركة والمشاركة ونحو ذلك. لتكون بديلاً عن الصيغ الوضعية التقليدية التي تتضمن شبهات الربا والغرر والجهالة.، ولكن تبقى هذه الصيغ التمويلية في حاجة لوضع منهاج عملي وقضائي واضح المعالم لفض المنازعات التي تصاحب عملية تنفيذ هذه الصيغ بوجه يتماشى وينسجم مع فلسفة الصناعة المالية الاسلامية

أهمية البحث :

لما كان الصناعة المالية الإسلامية مرتبطة بالعمل التجاري الذي يقوم على عنصري السرعة والائتمان، فإن منهج فض النزاعات وحل المشكلات التي تنتج عن منتجات الصناعة الاسلامية المالية في كل أحوالها يحتاج لذات السرعة في الفصل والبت فيها و بوجه سريع وناجز ومرضٍ ويقوم على قواعد وأحكام وضوابط مستنبطة من مصادر الشريعة الإسلامية تجمع بين الأصالة والمعاصرة، وبين الثبات والمرونة لتواكب كل العصور والأزمنة وتفي بحاجات الإنسانية فإن وسائل فض النزاعات فيه يجب أن تتم وفق رؤية إسلامية واضحة تسهم في تطوير الصناعة المالية محلياً وعالمياً وبصورة جاذبة وسهلة تتلائم مع طبيعة التمويل

أهداف البحث :

تهدف الدراسة إلى تحقيق مايلي :

أولاً: إبراز أحكام الفقه الإسلامي حول التحكيم في الفقه الإسلامي ، و معرفة مقاصده والضوابط الشرعية التي تحكمه

ثانياً: الوقوف على تجربة القانون الإماراتي والقانون السوداني ، وأثرها في استخلاص المفاهيم الفقهية والقانونية الضابطة للصناعة المالية في الفقه الإسلامي قديماً وحديثاً ، وبيان أثر التحكيم في الصناعة المالية الإسلامية ، وحركة الاجتهاد القضائي في استخدام التحكيم .

ثالثاً: الإسهام في المجهود البحثي حول الصناعة المالية الإسلامية بدولة الإمارات ودولة السودان وتحقيق مقاصد المشرع الإسلامي في ذلك .

مشكلة الدراسة :

أن التحكيم قد أصبح من أهم وسائل تسوية المنازعات التى تنشأ بين الأفراد والمؤسسات والدول على السواء. لما يحققه التحكيم من سرعة في الإجراءات وتفادي البطء في إجراءات القضاء العادي في الدولة، فضلا عن ان نفقاته زهيدة.

وإزاء ما يشهده العالم من عولمة تشريعية وقانونية على العمل التجاري كافة فان التحكيم فيالصناعة المالية الاسلامية كواحد من وسائل فض المنازعات يقتضي المواءمة مع البعد الوطني والدولي خارج وداخل الدولة. ومن هنا تظهر مشكلة الدراسة بالاجابة البحث للإجابة عن التساؤلات الآتية :

إلي أي مدى يمكن الاستفادة من التحكيم في فض منازعات التمويل؟ و ما هو موقف الفقه الإسلامي من توظيف التحكيم الداخلي والدولي في حل منازعات التمويل؟ ألا يمكن الاعتماد على التحكيم كواحدة من وسائل فض النزاعات المتمشية مع طبيعة وسرعة التمويل انشاءً وتطبيقاً وتشريعاً وفقاً لمؤسسات تحكيمية متخصصة مستقلة عن مؤسسات التمويل الإسلامي المختلفة؟

منهج البحث:

يعتمد منهج البحث هنا أساسيات البحث النوعي وفق المنهج المقارن الذي يقوم على الاستنباط والاستقراء كما يستخدم البحث المنهج التحليلي لما يتصل بموضوعه من خلال الوثائق والمعلومات والوقائع الفقهية والقانونية المتصلة بالصناعة المالية الاسلامية والتحكيم .

الدراسات السابقة :

لم أقف على دراسة بهذا العنوان في تطبيقات القانونين الاماراتي والسوداني -في حدود اطلاعي ، غير أن هناك العديد من البحوث حول التحكيم والصناعة المالية في الفقه الاسلامي ولكنها تناولت الفقه الاسلامي فقط ولم تتناول تجربة القانون الاماراتي أو القانون السوداني في التحكيم في الصناعة المالية الاسلامية ومن هنا تظهر جدة الموضوع و خصوصيته من خلال تناول الموضوع وتقديم الحلول التي تعترض مسيرة القانونين الإماراتي والسوداني فيه .

هيكل الدراسة :

يحتوي هذا البحث على ثلاثة مباحث وخاتمة.

المبحث الأول : التعريف بمفاهيم البحث .

المبحث الثاني: ضوابط توظيف التحكيم في فض منازعات الصناعة المالية الإسلامية .

المبحث الثالث : ملامح التحكيم في الصناعة المالية الإسلامية في القانونين الإماراتي والسوداني وفرص النجاح .

الخاتمة: وبها أهم النتائج والتوصيات.

المبحث الأول

التعريف بمفاهيم البحث

يهدف هذا المبحث للتعريفات المفاهيمية للصناعة المالية الإسلامية والتحكيم في الفقه الاسلامي والقانون ومتغيرات الاقتصاد الالكتروني والرقمي في هذا العصر الذي تشكلت فيه البيئة التي تعمل فيه الصناعة المالية الاسلامي وفرص تطبيق التحكيم في منازعاتها .

يقصد بالصناعة المالية الإسلامية كل ما يتصل بأحكام العمل المصرفي والبنكي والتمويلي في العصر الحاضر من وجهة نظر الاسلام . وقد ظهر هذا المصطلح في ظل نشاط الدراسات المتعمقة في فقه المعاملات الإسلامية في هذا العصر من خلال الاجتهادات الفقهية الجماعية في مستجدات ونوازل المعاملات الإسلامية في الصيرفة المالية وعقود البيع والإيجار والمشاركة والشركات والتورق وأسهم وصكوك مالية و.. الخ في الدولة الحديثه في نهايات القرن العشرين وبدايات القرن الواحد والعشرين ، ويرجع ذلك لحاجة المسلمين للتعامل وفقاً لقانونهم المالي الإسلامي وعزز من تلك الحاجة انتشار المسلمين في كل بقاع الأرض وكل دول العالم فضلاً عن سهولة المعاملات الالكترونية التي كشفت وحتمت

عموم البلوى بالمعاملات الإسلامية مع المؤسسات المالية وغير الإسلامية وهذا الأمر أدى الى قيام كثير من الدول الإسلامية والمؤسسات المالية الإسلامية في البلاد الاسلامية وغيرها الى تقعيد الفقه الإسلامي في شكل قوانين وضوابط ومعايير مالية إسلامية يحتكم اليها المسلم في كل معاملة إسلامية ، وقد تم استنباط تلك القوانين والضوابط والأحكام من خلال الفقه الإسلامي وأصوله ومصادره المعتمدة وفق منهجية الإجتهاد في النوازل الفقهية في الإسلام التي تتصل بالمرونة والثبات وفق منهج رباني محدد ومعلوم لمقابلة مستجدات الاقتصاد الرقمي والالكتروني في هذا العصر .

يقصد بالاقتصاد الالكتروني: الاقتصاد المعتمد على الانترنيت في أنشطته وتجارته وأسواقه بصورة عامة، وأما الاقتصاد الرقمي فيقصد به أن تكون الأنشطة الاقتصادية وبخاصة في مجال التبادل والخدمات(عبر الانترنيت، وأن تتحول السلع والخدمات والمنتجات من الشكل المادي المحسوس إلى الشكل الرقمي، حتى يسهل حفظها وتخزينها، وحينئذ يكون التبادل والتسويق في السوق الرقمي، وفي ذلك تسهيل واختصار للوقتبشكل كبير ولكن ذلك يتطلب القيام بتطوير النظم الالكترونية، وأجهزتها، وإيجاد العقول المبدعةوالأيادي الماهرة التي تدير ادواتها وشبكاتها الالكترونية وبرمجياتها [1]

وقد ظهر مصطلح الهندسة المالية الإسلامية بانها مجموعة الأنشطة التى تتضمَّن عمليات التصميم والتطوير والتنفيذ لكلٍ من الأدوات والعمليات المالية المبتكرة، وكذا صياغة حلول إبداعية لمشكلات التمويل والصناعة المالية الإسلامية وفقاً لاحكام الشريعة الإسلامية ، فالهندسة المالية الإسلامية تعني الابتكار والتطوير والبحث عن حلول إبداعية لمشكلات التمويل الإسلامي والصناعة المالية الإسلامية ، وسعيها نحو تحقيق اكبر قدر من الربح في ظل الضوابط والرقابة الأخلاقية وفق فلسفة الاسلام الداعية الى تجويد العمل المالي وتطوير اساليبه وتقوية الضوابط الاخلاقية والشرعية على هدي تعاليم الإسلام الحميدة وهو ما سيجلب التفوق دوما للمالية الاسلامية بخلاف المحاكاة لأساليب السياسة المالية التقليدية التي ستحول المالية الى نسخة شوهاء ميتة من المالية التقليدية ولعل غياب الهندسة المالية المنضبطة وفق تعاليم الإسلام وأخلاقه ومثله هو اكبر مهدد لانتشار وتطور المالية الإسلامية في العالم آنيا ومستقبلاً ، وتحظى الهندسة المالية باهتمام بالغ لدورها الأساسي في

---

(١)د.حسن الرزو: مقومات الاقتصاد الرقمي، ومدخل إلى اقتصاديات الانترنيت،معهد الادارة العامة،مركز البحوث/ الرياض ٢٠٠٦م،ص ٥ ،د. فضل البشير : دور الاقتصاد الرقمي في تعزيز تنامي التمويل الإسلامي مجلة بيت المشوورة القطرية العدد٩/٢٠١٨ ص ٣٧ .

ابتكار وتطوير المنتجات المالية التي تحتاجها هذه المؤسسات، وتحافظ على ديمومة نموها وزيادة تنافسيتها فضلاً عن بقائها في السوق .وفي إطار مواجهة تحديات الأنشطة المتنوعة و المتزايدة في بيئة عالمية تنافسية شرسة من المؤسسات المالية التقليدية، فقدّ طورت المؤسسات المالية الإسلامية من آليات عملها، بدلاً من الاعتماد على صيغ تمويلية واستثمارية محدودة، صارت الآن تطبق حلولاً مالية مبتكرة، فيما يعرف بعمليات الهندسة المالية الإسلامية .[١]

ان ما يستفاد من جماع الأراء والأقوال في تعريفات الهندسة المالية الإسلامية لا تخرج عن كونها احدى ضرورات التجويد واسبابه ودواعيه والاشتغال بالاجتهاد في كل ما يتصل بالمالية الإسلامية، فالهندسة المالية الإسلامية في تقديرنا هي ثمرة الحاجة للمراجعة والضبط والتطوير للمالية الإسلامية من خلال البحث في فروعها المختلفة من حيث التطبيق والتنظير والإبتكار لما هو مفيد ومنضبط وفقاً لفلسفة الإسلام واحكام شريعته السمحة وبهذا المفهوم لا يمكننا القول ان كل اجتهاد في تقديم الحلول او تطوير المالية الإسلامية في كل زمان او مكان هو لبنة من لبنات الهندسة المالية الإسلامية التي هدف الى تطويرها او تقديم حلول لمشكلاتها) وبهذا التعريف فإن كل جهود هيئات الرقابة الشرعية والتحكيم في منازعات المالية يشترك مع أهداف الهندسة المالية الاسلامية .

التمويل في اللغة : مصدر موّل يمول تمويلاً، يقال تمول الرجل: اتخذ مالاً وموله غيره: قدم له ما يحتاج من المال. والمال هو كل ما يملكه الفرد أو الجماعة من متاع أو عروض تجارة أو نقود أو حيوان.[٢]

جاء في القاموس المحيط :" و مُلتَ تَمالُ و مِلتَ وتَموَّلتَ و استمَلْتَ : كثر مالُكَ ... ومُلْتُه (بالضم) : أعطيته المال " ، أي أنّ التموّل : هو كسب المال ، و التمويل: هو إنفاقه (عادة) ، أموله أو أموّله تمويلاً أي أزوّده بالمال.[٣]

وفي الإصطلاح : فقد كشفت كتب الفقه الإسلامي اختلافاً في مفهوم المال انحصر في رأيين :

---

(١)سهام بوداب ، دور الإبتكارات المالية في حفظ تماسك الصناعة المالية الإسلامية ، مجلة العلوم الإنسانية لجامعة أم البواقي -ISSN 1112العدد التاسع جوان ٢٠١٨.

(٢) المعجم الوسيط٢ ٨٩٢ انظر لسان العرب لابن منظور مادة مول - تاج العروس ، الزبيدي الطبعة الاولي المطبعة الخيرية الجمالية مصر ١٣٠٦ ص٢١٣ وما بعدها .

(٣) القاموس المحيط- الفيروز آباذي : ، المطبعة الحسينية، القاهرة، ١٣٤٤هـ ج :٤ ، ص : ٢٥ ،.

الأول : وهو مذهب الحنفية الذين جعلوا المال محصوراً في الأعيان التي يمكن ادخارها ويميل إليها الطبع؛ لذا يقولون المال هو:(ما يميل إليه الطبع ويمكن ادخاره لوقت الحاجة، والمالية تثبت بتمول الناس كافة أو ببعضهم.[١]

وقد خرج بتعريفهم هذا: كل المنافع وكل الأموال التي دل العرف على تمولها بالرغم من أن الطبع لا يستسيغها ولا يميل إليها .

الثاني: وهو رأي الجمهور حيث يرى الشافعية: أن المال هو: (ما له قيمة يباع بها وتلزم متلفه وإن قلت) [٢]. ، وعند الحنابلة هو ما فيه منفعة غير مباحة لغير ضرورة)[٣] .

والذي يفهم من أراء الجمهور: أن المال هو ما كان فيه منفعة ومتقوّم شرعاً، بخلاف الأحناف الذين قصروا المال على العينيات المحسوسات ذات الكتلة التي تشغل حيزاً ويمكن ادخارها لوقت الحاجة، غير أنه لا خلاف بين الحنفية والجمهور على أن المنافع بمعنى الفوائد العينية التي تكون هي المنفعة ذاتها وتعتبر من الأموال، وإنما الخلاف على الفوائد التي تكون عرضاً ناتجاً من ذات العين فلا يرى الأحناف المنافع العرضية أموالاً بينما يعتبرها الجمهور من قبيل الأموال. ولكنه من جانب آخر فإن متأخري الحنفية يتفقون مع الجمهور على أن المنافع إذا ورد عليها عقد معاوضة فإنهم يعتبرونها من الأموال استحساناً، وهم بذلك يقتربون مع الجمهور من حيث النتيجة[٤] .

والخلاصة أن المال في الفقه الإسلامي يشمل الدَّين والعين والمنفعة متى ما كانت متعارفاً عليها ومتقوَّمة شرعاً. ولعل رأي الجمهور والمتأخرين من الحنفية هو الراجح.[٥]) [٦]

---

(١) ابن عابدين محمد أمين بن عمر عابدين (١٤٠٧)،(حاشية علي رد المحتار على الدر المختار الطبعة الثانية ، بيروت طبعة دار إحياء التراث العربي ٤□٣

(٢) الشاطبي . إبراهيم بن موسى اللخمي الغرناطي المالكي. الموافقات. بيروت . طبعة دار المعرفة٢/٣٣٢.

(٣) أبو يعلى: القاضي ، محمد بن الحسين بن محمد بن خلف ابن الفراء (المتوفى: ٤٥٨هـ) .الأحكام السلطانية م الطبعة الثانية مطبعة الياس الحلبي عام ١٩٦٦صفحة ٢٨٥.

(٤) (موفق الدين ابن قدامة - شمس الدين ابن قدامة - المرداوي) .المقنع والشرح الكبير والإنصاف -تحقيق : عبد الله بن عبد المحسن التركي وعبد الفتاح محمد الحلو - طبع على نفقة خادم الحرمين الشريفين - الطبعة الأولى : ١٤١٤ هـ - ١٩٩٣ م - ج١١/ ٢٣ .

(٥) (الكاساني) علاء الدين، أبو بكر بن مسعود بن أحمد الكاساني الحنفي (المتوفى: ٥٨٧هـ) . بدائع الصنائع في ترتيب الشرائع. دار الكتب العلميةالطبعة:الثانية، ١٤٠٦هـ - ١٩٨٦م. ٦ /٤٢

(٦) للمزيد انظر: الشافعي. الإمامأبي عبد الله محمد بن إدريس الشافعي. الأم مع مختصر المزني، كتاب الغضب، بيروت دمشق دار الفكرللطباعة والنشر، ١٤٠٣هـ - ١٩٨٣م، ٢١٦/٨ وما بعدها. انظر كذلك: (الدردير). أبي البركات أحمد بن محمد بن أحمدالدردير.الشرح الصغير علىأقرب المسالك إلى مذهب الإمام مالك، ، دمشق .مطبعة عيسى البابي الحلبي وشركاؤه، ج١ ص٥٣.. وما بعدها .

التمويل اصطلاحاً: هو في علم الإقتصاد والمحاسبة يطلق على: "مجموعة الفعاليات التي تؤدي إلى توفير الأموال اللازمة للدفع. والغرض منه تزويد المنشأة أو أي قطاع عامل بالأموال اللازمة لتحقيق أهدافه وتسديد التزاماته المالية وتمويل البرامج المقترحة" [١].

وينصرف مفهوم التمويل إلى تكوين الموارد وتعبئتها، وتوجيهها لإقامة الاستثمارات المختلفة والتمويل متعدد المراحل، فهو يتطلب توفير الموارد واستغلال الطاقات، ويتطلب توافر المال النقدي والسلع والأعيان، ويهدف من ذلك كله إلى توظيف تلك الموارد وتعبئتها ثم توجيهها لتنفيذ الاستثمارات المختلفة.

والتمويل عادة يتم عن طريق المؤسسات المالية المختلفة داخل وخارج الدولة القطرية، ووفقاً للقانون الوطني أو القوانين الأجنبية. ولم تعد مسألة جنسية المقترض أو العميل الذي تتعاقد معه المؤسسة المالية ذات اعتبار من الناحيتين القانونية والشرعية. والملاحظ أن محور نجاح التمويل هو تلك الفرصة الثمينة المفضية للربح والفائدة في ظل اقتصاديات العولمة التي تسيطر على العالم في الوقت الحاضر، وما من شك ان ما يسمى بالنظام المصرفي التقليدي هو الذي يحكم التمويل والإستثمار الذي يقوم على إقراض المال وتسديدة متضمناً الربا و الفائدة في سالف الأزمان وحتى وقتنا الان .

ولعل القوانين المرتبطة بالبنوك التقليدية كانت وحتى الستينات من القرن الماضي هي المحور القانوني الأول والوحيد؛ حيث لم تظهر المؤسسات المالية الإسلامية في عالم التمويل القانوني الذي تحكمه قوانين خاصة به، ولكن الثابت أنه ومع ظهور البنوك الإسلامية ظهرت صيغ جديدة للتمويل، وتبعتها قوانين جديدة تقوم على فلسفة الإسلام وضوابطه وأحكامه. ومنها ما يرتبط بالأعيان والأموال مثل المرابحة للآمر بالشراء، والمضاربة، والاستصناع، والإجارة المنتهية بالتمليك، والبيع بالتقسيط، والبيع المؤجل .....الخ.

ويرى الدكتور منذر قحف: أن التمويل الإسلامي هو: (تقديم ثروة عينية أو نقدية بقصد الاسترباح من مالكها إلى شخص آخر يديرها ويتصرف فيها لقاء عائد تبيحه الإحكام الشرعية)[٢]

والباحث يستصوب هذا التعريف لأنه ينظر الى المال بنوعيه عيناً ودينا، وينسجم مع طبيعة المال والواقع ، وينسجم مع ضوابط التمويل الكلية في الإسلام من ضرورة توافقه مع

---

(١) (علية) د .محمد بشير(١٩٨٥): القاموس الاقتصادي ، ط : ١ ، المؤسسة العربية للدراسات و النشر ، بيروت ، ص: ١٢٧..

(٢) (قحف) منذر (١٤٢٤)، مفهوم التمويل في الاقتصاد الإسلامي تحليل فقهي اقتصادي، جدة ، البنك الإسلامي للتنمية- المعهد الإسلامي للبحوث والتدريب ص ١٣.

الشريعة الإسلامية، وفي ذات الوقت يأخذ برأي الجمهور ومتأخري الحنفية الذين عدلوا عن رأي المذهب حول اعتبار الدين والمنافع أنواعاً من الأموال. ولو اكتفى بقوله تقديم (مالاً) بدلاً عن عبارة ثروة عينية أو نقدية لكان أشمل وأحوط؛ إذ أن الفقه الإسلامي قد وضع ضوابطاً عامة للتمويل والمالية وتمول الأعيان والأشياء، قامت كلها على الأعراف الحميدة ومسايرة التطور الطبيعي الفطري لاعتبار كون الشيء مالاً في العرف. وبذا يكون التمويل وأدواته وصيغه هو أحد الشواهد التي تكشف مرونة الفقه الإسلامي ومسايرته للواقع عبر الأزمنة والأمكنة المختلفة؛ إذ إن نظرة الفقه الإسلامي للأموال المعتبرة شرعاً في تزايد بالنظر إلى تاريخ الفقه الإسلامي، فبينما اختلف الأحناف في اعتبار المنافع من الأموال، يرى المالكية إن للمفاليس شركة، ويمكن لأصحاب الوجوه تأسيس شركة أيضا وبذا اعترفوا بالتجارة المبنية على الديون والاعتبار الشخصي.

وفي المجال المادي توسع الفقه الإسلامي مع العرف لدرجة صارت النجاسات من روث البهائم ومخلفات الحيوان والمسالخ البيطرية من الأموال المعتبرة شرعاً، كما دخلت أشياء جديدة في دائرة المال والتمويل مثل الطاقة الشمسية والنووية والملكية الفكرية والأدوية السامة والعقارات الطبية المختلفة بالرغم من أنها لم تعتبر من ضمن الأموال عند المذاهب الفقهية المختلفة عبر تاريخها الطويل [1].

أما التمويل بنوعيه التمويل المالي والتمويل التجاري فان الفقه الإسلامي يرى جواز أن يكون التمويل بالمال العيني المادي الملموس أو بالمال المعنوي الاعتباري أو المآلي حسب الحال: ففي التمويل المآلي يجوز لرب المال أن يتخذ أياً من الشكلين:

الشكل الأول: اختيار الطرف المدير الذي يقوم بإدارة المال موضوع التمويل وتحديد العلاقة الاستثمارية معه وتحديد نوع النشاط الاستثماري ومجاله. وأوضح مثال لذلك هو ما نراه في صيغ المضاربة .

الشكل الثاني: اختيار الأصل الثابت الذي يتم استثماره بالإضافة إلى اختيار الطرف المدير كما في المساقاة أو المزارعة أو شركة الوجوه؛ لما في الاعتبار المعنوي من دور في مثل هذه الصيغ.

أما في التمويل التجاري فإن رب المال يتخذ القرار الاستثماري كاملاً، بمعنى أنه يقوم بما يقوم به التجار غالباً فيحدد السلعة محل التمويل التي يمتلكها فيقوم بتعهدها ورعايتها

---

(١) الزرقاء،الشيخ مصطفي احمد1968 المدخل الفقهي العام، 3ج، ٣مج،الطبعةالتاسعة ، دار الفكر، دمشق،جزء ٣/ صفحة ١١٥.

وإدارتها وتسويقها ثم بيعها أو إيجارها أو القيام بأي تصرف آخر لمصلحة الطرف الآخر طالب التمويل وهو ظاهر في المرابحة للأمر بالشراء.

وفي هذا الزمان نلاحظ ان التمويل الإسلامي يواجه تحديات في ظل التمويل عبر البنوك الالكترونية التي تتم إجراءاتها المصرفية والتمويلية وخدماتها المالية عبر شبكة الانترنيت دون الحاجة لأن يكون لها وجود عملي على الأرض كما هو في البنوك العاملة اليوم فهي بنوك افتراضية على النت وليس لها وجود مادي او مكافئ فيزيائي بل موقعها في بطن شبكة الانترنيت[1] وكل عملياتها المصرفية من فتح الحسابات والتمويل والقروض والسداد وتوقيع عقود الصيغ التمويلية كالمرابحة ونحوها تتم عبر شبكة الانترنيت وفي بضع دقائق وهذا الوضع الجديد يتطلب وجود برامج الكترونية للتمويل عبر شبكة الانترنيت تكون متوافقة ومنسجمة مع احكام التمويل في الفقه الاسلامي كما يجب تصميم برامج الكترونية مصاحبة لحل المنازعات التي تنشأ في هذه الصناعة المالية الإسلامية كبرامج التحكيم ونحوه . لذلك فالمؤسسات المالية الإسلامية تحتاج إلى أن تدخل في هذا العمل التقني الإفتراضي الالكتروني والرقمي حتى تستطيع ان تنافس المؤسسات المالية التقليدية، لأنها تساعد من خلالها التعريف بمنتجاتها وخدماتها بكفاءة كبيرة، وبجودة عالية وتعجيل خطى التقدم التكنولوجي مما يؤدي بدوره إلى تعزيز استمرار النمو، والربحية،والتنظيم، والرقابة، والمنافسة، والسياسات المصرفية وتحسين كفاءة الموارد البشرية.

ولا يخفى أن ما يواجه التمويل في هذا الزمان كواحد من منتجات الصناعة المالية الاسلامية هو تحديات المواءمة الفقهية مع هذا الاقتصاد الالكتروني الرقمي الذي يسيطر على كل العالم ويضع الحاجة للفتوى الشرعية ومعرفة الحكم الشرعي في تحركات المالية العالمية ومدى توافقها وانسجامها مع تعاليم الاسلام في واقع فقهي وقانوني يحتاج الى ذات السرعة الرقمية والالكترونية في فض المنازعات وحل المشكلات التي تصاحب التمويل الإسلامي .

ماهية التحكيم:

التحكيم في اللغة: مصدر حكّم، فالحاء والكاف والميم أصل واحد، وهو المنع؛ يقال حكم فلان في كذا إذا جعل أمره إليه.

([1])طارق عبدالعال حماد: التجارة الإلكترونية، المفاهيم، التجارب، التحديات ط. الدار الجامعية / الإسكندرية ٢٠٠٣. ص ١٤٠ وما بعدها،.

ومن معاني التحكيم: التفويض في الحكم، فهو مأخوذ من حكم، وأحكم، فاستحكم، أي: صار محكماً في ماله"تحكيما"،إذا جعل إليه الحكم فيه، فاحتكم على ذلك.

قال ابن منظور:"حكموه بينهم أي:أمروه أن يحكم بينهم، ويقال حكمنا فلان فيما بيننا أي أجزنا حكمه بيننا" .

فالتحكيم في اللغة هو التفويض؛ أي جعل الأمر إلى الغير ليحكم ويفصل فيه [١].

اما تعريف التحكيم في الفقه الإسلامي:

عَرَّفَ فقهاء المذاهب الأربعة التحكيم بصياغات مختلفة تؤدي جميعها لمعنى واحد، والمتأمل في تعاريفهم يجدها موافقة للمعنى اللغوي للتحكيم.

فعَرَّفَ علماء الحنفية التحكيم بأنه: تولية الخصمين حاكماً يحكم بينهما، كما عَرَّفَه علماء المالكية بأنه: تولية الخصمين حكماً يرتضيانه ليحكم بينهما.

أما علماء الشافعية فقد عَرَّفَوا التحكيم بأنه: تولية خصمين حكماً صالحاً للقضاء ليحكم بينهما.

وعَرَّفَ علماء الحنابلة التحكيم بأنه:تولية شخصين حكماً صالحاً للقضاء يرتضيانه للحُكم بينهما. [٢]

ومن التعاريف المعاصرة تعريف مجلة الأحكام العدلية في المادة (١٧٩٠) بنصها الآتي:"التحكيم هو عبارة عن اتخاذ الخصمين حاكماً برضاهما لفصل خصومتهما ودعواهما؛ ولذلك يقال حكم بفتحتين، ومحكم بضم الميم وفتح الحاء وتشديد الكاف المفتوح.

وجاء في مجلة الأحكام الشرعية في المادة (٢٠٩١) أن التحكيم:"أن يحكم الخصمان رجلاً يرتضيانه ليحكم بينهما ،فينفذ حكمه في كل ما ينفذ فيه حكم القاضي".

ومن التعاريف أعلاه يمكننا القول إن التحكيم هو: "عقد بين طرفين متنازعين، يجعلان فيه برضاهما شخصاً آخر حكماً.

التحكيم في القانون :

لقد عرف شراح القانون في عالمنا المعاصر التحكيم بتعريفات كثيرة منها: إن التحكيم هو: (اتفاق الأطراف على اختيار شخص محكم أو أكثر يفصل فيما يثور مستقبلاً

---

(١) انظرلسان العرب ج١٢ ص ١٤٢ والقاموس المحيط ج٤ ص ٩٨ .(مرجع سابق) .

(٢) حاشية بن عابدين ج٨ ص ١٢٥.(مرجع سابق) .

أو يثور فعلاً بينهم من منازعات بحكم ملزم دون المحكمة المختصة).[١] وهذا التعريف يستند على تاريخ نشوء التحكيم وسبقه للمنازعة أو سبق المنازعة على اتفاق التحكيم. وهناك من يقول: إن التحكيم هو نظام للقضاء الخاص يستبعد بمقتضاه قضاء الدولة ويختارون أفراداً للفصل في المنازعات التي تثور بينهم. فهذا القول تمركز في تعريف التحكيم من خلال من يقوم به وتميزهم عن القضاء الوطني في الدولة، وهذا راجع إلى بيان وكشف طبيعة التحكيم هل هو قضاء أم عقد؟ فقطع التعريف بأنه هو نظام قضائي خاص، وهو أمر محل خلاف فقهي عريض بين رجال القانون والقضاء والتشريع. وذهبت بعض التعريفات الى القول بأن التحكيم هو في جوهره: عقد. ومن ذلك قول بعض الكتاب: إن التحكيم هو بمثابة الاتفاق على طرح النزاع على شخص أو أشخاص معينين ليفصلوا فيه دون المحكمة المختصة. ويمضي في ذات الاتجاه من يقول بأن التحكيم هو: (اتفاق أطراف علاقة قانونية معينة عقدية أو غير عقدية على أن يتم الفصل في المنازعة التي ثارت بينهم بالفعل أو التي يحتمل أن تثور عن طريق أشخاص يتم اختيارهم كمحكمين)[٢].

ورغم هذا التباين حول الطبيعة القانونية للتحكيم، وموقفه من قضاء الدولة، فإنه يعتبر من أهم طرق حل المنازعات بين الأشخاص الطبيعية والأشخاص المعنوية العامة والخاصة على السواء، وذلك عن طريق إجراءات معلومة وواضحة للكافة وللخصوم من خلال شروط العقد، ويلتزم بها طرفا العقد. وهذه المنازعات: إما منازعة مدنية أو تجارية أو مالية أو شخصية أو حول تنفيذ أحد بنود ذلك العقد المختلف عليه سواء أكان عقد تمويل أو خلافه ، ويعتبر وجود بند التحكيم في العقد شرط أساسي للجوء لإجراءات التحكيم حيث يتم الاتفاق مسبقاً من خلال ذلك البند على اختيار المحكمين أو مركز التحكيم والقانون الواجب التطبيق لحل النزاع في حالة وقوعه . وقد يتم التحكيم بعد نشوء العقد دون النص عليه بأن يتم الاتفاق على إحالة النزاع الحالي أو المستقبلي الى التحكيم وفق اتفاق جديد لاحق للاتفاق الأول الخالي من النص على التحكيم ابتداء.

---

(١) صاوي :احمد السيد (٢٠٠٤) التحكيم طبقا للقانون رقم ٢٧ لسنة ١٩٩٤م وأنظمة التحكيم الدولية الطبعة الثانية. القاهرة ، المؤسسة الفنية للطباعة والنشر صفحة ١٢ .

(٢) انظر عبد الفتاح ، عزمي (١٩٩٠) قانون التحكيم الكويتي ، ط ١، مطبوعات جامعة الكويت ص ١١ .

وانظر كذلك إبراهيم،احمد إبراهيم التحكيم الدولي الخاص ط٢ القاهرة دار النهضة العربية ص ٢١ .

وتختلف إجراءات التحكيم عن إجراءات إقامة الدعوى القضائية من الناحية الشكلية والموضوعية، وذلك بسهولة السير في إجراءات التحكيم وطريق الطعن بقراره حيث يتم الطعن بقرار التحكيم عن طريق إقامة دعوى البطلان إذا شاب القرار سبب من أسباب البطلان.

ويعني اتجاه الأطراف إلى التحكيم واختيارهم له ـ سواء كان مشارطة أو شرط تحكيم ـ هو اتجاه إرادتهم إلى ترتيب أثرين قانونيين هما [1]:

١. سلب الاختصاص من قضاء الدولة الذي كان يتحتم على الأطراف اللجوء إليه لفض النزاع لأن الأصل هو بقاء اختصاص القضاء في الدولة بكل النزاعات التي تحدث داخل إقليمها أو بموجب القانون إذا لم يوجد شرط أو مشارطه التحكيم. وبذلك أصبح اتفاق اللجوء إلى التحكيم له أثر مانع من نظر الدعوى إذا أقيمت أمام القضاء وتمسك الطرف الأخر بذلك الشرط.

٢. قبول الأطراف لقرار التحكيم الذي يصدر من المحكمين، فلا يحق للخاسر رفع دعوى أمام القضاء لإعادة النظر بالنزاع حيث لقرار المحكمين قوة الشيء المقضي به في خصوص ما فصل فيه ولا يجوز الطعن بقرار المحكمين إلا بدعوى البطلان وحصر ذلك الاعتراض بها، كما أن دعوى البطلان تكون على سلامة الإجراءات فقط.

ومن المؤكد أن التحكيم سواء أكان داخل الدولة أو خارجها أو كان فيه عنصر أجنبي فإنه يسلب سلطة القضاء بلا شك، إما قبول الأطراف بالقرار التحكيمي: فهو يكون طواعية إذا كان التحكيم قد تم بناء على إرادة واضحة في الإتفاق على إحالة النزاع قبل حدوثه أو بعد حدوثه □ حسب الحال□ للتحكيم، أو يكون قبول الأطراف بالقرار التحكيمي في حالات وجود نصوص قانونية تحيل النزاعات للتحكيم كما هو الحال في التحكيم الإجباري في قانون العمل السوداني لسنة ١٩٩٧ م.

أما أهم مميزات التحكيم فهي:

١ □ حرية اختيار المحكمين أو مركز التحكيم والقانون الواجب التطبيق في حالة حصول نزاع وذلك من خلال الاتفاق المسبق ضمن بنود العقد وبرضاء الإطراف المتعاقدة.

٢ □ الاختصار في التكاليف والوقت والإجراءات للوصول إلى قرار فض النزاع خلافاً للإجراءات المتبعة في إقامة الدعوى القضائية التي تستغرق وقتاً أطول وجهداً أكثر ومبالغ أكبر.

---

(١) بربري : مختار محمود ،(٢٠٠٤) التحكيم التجاري الدولي الطبعة الثالثة القاهرة دار النهضة العربية ص ١٠ وما بعدها

٣ ☐ امتناع القضاء عن نظر الدعوى في حالة وجود بند التحكيم في العقد المختلف عليه.
٤ ☐ تمتع طريقة التحكيم بسرية تامة بين الأطراف وحل النزاع خلافاً للدعوى القضائية العلنية.

لذا يعرف التحكيم بانه عقد تلتقي فيه ارادة المتعاقدين (الخصوم) على احالة النزاع الناشيء عن العقد المبرم بينهما او أي نزاع قد ينشأ بخصوص هذا العقد على شخص او اشخاص معينين (محكم او محكمين) ليفصلوا في هذا النزاع دون اللجوء الى القضاء المختص اصلاً بالفصل في هذا النزاع).[١]

ويلاحظ ان بعض جهات التقنين في بعض البلدان اغفلت عن تعريف التحكيم في قوانينها مثل قانون التحكيم السوداني لسنة ٢٠٠٥ م وقانون التحكيم السوداني لسنة ٢٠١٦م وقانون التحكيم الأردني رقم(٣)لسنة٢٠٠١م، وكذا التشريع السعودي الصادر بالمرسوم الملكي رقم(٤٦)الصادر في عام١٤٠٣هـ. وقانون التحكيم الإماراتي الصادر بالقانون اتحادي رقم (٦)لسنة ٢٠١٨ م بشأن التحكيم .

مما سبق نلاحظ أهمية التحكيم في العلاقات التجارية والمالية وغيرها داخل الدولة وخارجها فهو يسهل من انشاء وتنفيذ العقود لان احتواء تلك العقود على شرط التحكيم دون اللجوء إلى القضاء والقوانين المحلية من خلال اتباع القانون المتفق عليه وسهولة إجراءات تطبيق القانون من خلال التحكيم يجعل المتعاقدين والمستثمرين الأجانب أكثر اطمئناناً لما يبرم من اتفاقات تجارية وعقود تمويل ؛ لمعرفتهم المسبقة بالقانون الذي سيتبع في حالة النزاع، الشيء الذي يؤدي الى تطوير التجارة والعمل المصرفي في عقود التمويل، فالتحكيم هو ضمانة لسرعة فض النزاعات التي تقتضيها التجارة.

صور التحكيم :

وللتحكيم عدة صور[٢] ، تتعدد بتعدد الاعتبارات. ولأغراض هذه الدراسة التي تتصل بالتشريعات **التشريعات الوطنية والدولية** فإننا سنأخذ بالتقسيم من حيث إطار المنازعة التي يتصدى لها التحكيم ، فللتحكيم صورتين :

١/ التحكيم الوطني :

---

(١) أبو الوفا : احمد ، (١٩٨٨) ،التحكيم الاختياري والإجباري ، ط٥ الإسكندرية، منشأة الإسكندرية ،ص١٥.

(٢)أنظر المرجع السابق صفحة ١٧وما بعدها ، وانظر عمر: محمد الشيخ قانون الاجراءات المدنية السوداني لسنة ١٩٨٣ ☐ الدعوي الطبع السادسة الخرطوم ج١ ص ٣٨٩ .

وهو التحكيم الذي يتصدى لفض منازعات، عناصرها كلها موجودة في إطار دولة واحدة، وحتى ولو تم التطبيق طبقا للقانون الدولي أو الإتفاقيات الدولية في اجراءات التحكيم.

٢/ التحكيم الدولي :

وهو التحكيم الذي يتصدى لفض منازعات فيها عنصر أو عناصر تتعدى إطار الدولة الواحدة، ويشمل الحالتين: حالة التحكيم الداخلي، وحالة التحكيم الدولي.

ومن حيث نوعية وتنظيمه، توجد صورتان من صور التحكيم:

١/ التحكيم ذو التنظيم العارض :

وهو التحكيم الذي يكون - غالباً - تحكيماً داخلياً ، حيث يحتوي العقد على شرط التحكيم الذي أثار المنازعة وينص فيه على حق المتنازعين في أن يختاروا محكماً واحداً أو أن يختار كل منهم محكماً ثم يختار المحكمان محكماً ثالثاً أو يتم اختيار المحكم الثالث بطريقة أخرى متفق عليها سلفاً. كأن يقال مثلا إن نقيب المهندسين أو رئيس محكمة النقض هو الذي يختار المحكم الثالث ومن حق الطرفين أن يختارا القواعد الموضوعية التي تطبق على النزاع بما لا يتعارض مع النظام العام للدولة.

كذلك فإن من حق هيئة التحكيم أن تحدد الاجراءات التي تسير عليها بما لا يؤدي الى الإخلال بحق الدفاع وهذا النوع من التحكيم هو التحكيم الغالب في المنازعات الداخلية وهو ما يسمى أحياناً بالتحكيم الحر.

٢/ التحكيم ذو التنظيم المؤسسي:

ويتحقق هذا النظام في المنازعات ذات العنصر الأجنبي أو الدولي ويتصور بشأنها الوسيلة السابقة أيضا والتي تقوم على اختيار المحكمين. لكن الغالب أنه في قضايا التحكيم الدولية يتم اللجوء عادة الى مؤسسات التحكيم، وهى لها قوالب إجرائية في التحكيم ثابتة لا تتغير وهو بخلاف التحكيم الحر. وأهم هذه المؤسسات التحكيمية في الوقت الراهن: غرفة التجارة الدولية في باريس، وهيئة التحكيم الأمريكية، ومحكمة لندن للتحكيم . وقد اهتمت الأمم المتحدة بالتحكيم الدولي المؤسسي ووضعت نموذجاً خاصاً بالتحكيم الدولي (لجنة الأمم المتحدة للقانون التجاري الدولي اليونيسترال) ، كذلك فقد عقدت العديد من المعاهدات الدولية التي هدفت إلى تنظيم أمور التحكيم وتنظيم كيفية تنفيذ أحكام المحكمين في البلاد المختلفة. نذكر من هذه المعاهدات:

- اتفاقية نيويورك بشأن الاعتراف وتنفيذ أحكام المحكمين الأجنبية ١٩٥٨م.

- اتفاقية جينف الأوربية ١٩٦١ م.
- قواعد الاونسترال (القانون النموذجي) .
- اتفاقية البنك الدولي ١٩٦٥م.
- اتفاقية عمان العربية للتحكيم التجاري الدولي (في آخر الثمانينات) وبمقتضاها أنشيء مركز للتحكيم في الرباط.
- غرفة التحكيم العربية التي تضم كلاً من إتحاد المهندسين العرب، وإتحاد المقاولين العرب، واتحاد المحامين العرب. وهناك العشرات من مراكز التحكيم في البلدان العربية والإسلامية، مثلاً: المركز الوطني للتحكيم بالخرطوم، ومركز القاهرة للتحكيم التجاري الإقليمي والدولي والمركز الإسلامي للمصالحة والتحكيم بدبي وغيرها.

التحكيم في التمويل الإسلامي وتنازع القوانين :

ويلاحظ أن نظم الرقابة والتدقيق في المؤسسات المالية الإسلامية بشقيه المالي والشرعي تطور وتوسع في الآونة الأخيرة، فبعد أن كانت تأخذ صفة الاسترشاد والاستئناس برائها حول المسائل الشرعية صارت آراؤها تأخذ حكم الفتوى الشرعية التي تلزم المؤسسة المالية بعض الشئ باعتبارها مرجعاً فقهياً اجتهادياً، وهو أحد مصادر التشريع في الشريعة الاسلامية [1]، واخيراً صارت آراء وأقوال الرقابة ذات طابع شبه قضائي أو صارت حكماً نافذاً لا معقب له في كثير من المؤسسات المالية الإسلامية في دول العالم المختلفة وهو ما يثير شبهة ممارسة عمل السلطة القضائية في المؤسسات المالية الاسلامية والإفلات من خضوع المؤسسة للقانون في الدولة. وقد يستشف من هذا أن العملاء في المؤسسات المالية الإسلامية كأنهم عينوا هيئات الرقابة الشرعية والتدقيق الشرعي وادارة المؤسسات المالية في حل كثير من الأمور الفقهية التي تتصل بتطبيق الشريعة أو الاجتهاد في اختيار الكثير من الاحكام الفقهية وارتضوا بنتيجة حكمهم وهذا الامر هو ضرب من ضروب التحكيم في الإسلام.

ومهما يكن من أمر يعتبر الفقه السليم الموصل لتطبيق هذه المبادئ والأسس هو الفارق الجوهري بين المؤسسات المالية الإسلامية والمؤسسات التقليدية. ويفتح عدم الإحاطة الكافية والاستيعاب الدقيق لهذه المبادئ الكثير من أبواب العلل والعيوب التي تواجه الصناعة المالية الإسلامية، ومن هنا تتضح ضرورة الفهم الفقهي السليم والتخريجات الفقهية المنسجمة مع

---

(1) الهيتي : د عبد الرزاق رحيم جدي (١٩٩٨) المصارف الإسلامية بين النظرية والتطبيق ، الطبعة الاولي دار اسامة ،عمان الاردن ا ص ١٧٣.

القوانين الضابطة لعمل التحكيم والرقابة الشرعية والصناعة المالية الإسلامية، مع معرفة تطبيقها على أرض الواقع بوجه سليم وصحيح، ودراسة الاختلافات الناجمة عن ذلك بين مؤسسة وأخرى وبين بلد وآخر. كما أن توافق ذلك كله مع الدساتير والقوانين المنظمة للعمل المصرفي في كل دولة هو المدخل الأصيل لدراسة مفاهيم الصناعة المالية في عالمنا المعاصر، ومن هنا يتبنى هذا البحث نظرة مفاهيمية شاملة للصناعة المالية الإسلامية من خلال الرقابة الشرعية العليا على مستوى الدولة وليس على مستوى المؤسسة المالية الواحدة حيث إن النزاعات التي تثور دائما حول المال وصيغ التمويل الإسلامي.

وفي تقديرنا: إنه ومن خلال تطور الصناعة المالية الإسلامية وصيغ التمويل الإسلامي في العقدين الاخيرين فإن مفهوم الرقابة الشرعية وحل النزاعات المرتبطة بها لم يعد هو من اختصاص لجنة مكونة من شخص او شخصين او ثلاثة يدلون بفتاويهم أو آرائهم بتقرير سنوي حول مدى التزام المؤسسة المالية بتطبيق الشريعة في اعمالها كلها !؟ ، ولكن يجب النظر إلى الرقابة الشرعية من خلال وظيفتها لحل نزاعات التمويل بأنها جهاز إداري وفني مستقل عن المؤسسة المالية الإسلامية، وله قانون خاص بالدولة ويتكون من عدد من الفقهاء الشرعيين والاقتصاديين والماليين والمختصين في العلوم ذات الصلة التي تضمن سلامة تطبيق الشريعة الاسلامية في المؤسسة المالية الإسلامية من بنوك وخلافه، كما أن اتصاله بالجهاز القضائي اتصال حتمي، كما أن ضرورة الالتجاء للتحكيم والتوفيق لحل نزاعات التمويل هي إحدى وسائل تطوير الصناعة المالية من خلال الإستفادة من ميزات التحكيم المتصلة بعامل الثقة وسرعة في البت في النزاع وفق قوانين خاصة تراعي خصوصية العمل المصرفي.

المبحث الثاني

ضوابط توظيف التحكيم في فض منازعات التمويل الإسلامي

مما سبق بيانه عن التحكيم فإنه يستتبع منظومة قانونية ترتبط بتطور الدولة ومؤسساتها في الفقة القانوني في عالمنا المعاصر، وهو يعتبر واحدة من الحلقات الفقهية التي أقرها الإسلام في أحكامه منذ ظهور الدولة التي أقامها الرسول صلي الله عليه وسلم حيث إنها تأسست على مبادئ تخضع خضوعاً كاملاً لقواعد تسمو عليها ولا تستطيع الخروج عليها بأية حال، وهي أحكام القران والسنة إجمالاً. واتصلت بقواعد الدولة الإسلامية أحكام الإجماع والقياس والاجتهاد في تاريخ الدولة الإسلامية إلى يومنا هذا وفق رؤية مقاصدية، ترتبط بالمحافظة على الدين والنفس والعقل والنسل والمال، وقد انبرى الفقه الاسلامي - عبر تاريخه الطويل - باجتهادات كثيرة لإيجاد الحلول العصرية والعملية لكل

مشكلات المحافظة على المال وتطوير الصناعة المالية. ومن ذلك أعمال التحكيم بنوعيه الوطني والدولي في فض منازعات التمويل الإسلامي، وهو ما يقتضي مسايرة شكل الدولة التنظيمي والدستوري والقانوني فيما يخص قوانين وضوابط المعاملات المالية في المؤسسات الإسلامية في الدول الإسلامية وغيرها من الدول الأخرى. و لكن هذا الاجتهاد ما زال بحاجة الى تطوير ومراجعة من وقت لاخر، ويأتي هذا البحث في ذات الاتجاه، فالفقه الإسلامي أكثر رحابة ومتسعاً مما يظنه بعض أبنائه المعجبين بتجارب أعدائه، لكن إحدى المشكلات تكمن في توجه مؤسسات الصناعة المالية الإسلامية إلى الأدوات التنفيذية والتطبيقية المشبوهة أحيانا مما يفسد التجارب الإسلامية في التحكيم وخلافه، ويتناسون أو يفوت عليهم أن المقصد الأساسي والهدف السامي من تلك المؤسسات هو تحقيق مقاصد الشريعة الإسلامية المتمثلة في تحقيق العبادة لله أولاً، ورضا الله من خلال الصناعة المالية من خلال المعايير الشرعية والأخلاقية، التي تنظم الاقتصاد الكلي والجزئي بصورة واقعية أكثر من الاقتصاد الليبرالي. والمعلوم أن الوسائل تأخذ حكم المقاصد فإن كانت المقاصد ضرورية فالوسائل كذلك، يقول الشاطبي: (إن المندوب إليه بالجزء ينتهض أن يكون واجبا بالكل)[1]، وبالنظر لتغير الظروف البيئية ومن منطلق المصلحة في الدول الإسلامية في عالم اليوم، فإننا نرى إمكانية الأخذ بالتحكيم كوسيلة لفض النزاعات في التمويل الإسلامي مع الالتزام بأحكام الإسلام ، حيث إن الفصل بين السلطة التشريعية وبين السلطتين القضائية والتنفيذية هو فصل واضح وحتمي ونهائي في الإسلام. وإن مسألة توزيع سلطات الدولة بين السلطتين القضائية والتنفيذية وارتباط ذلك بالسلطة التشريعية والقضاء الإداري والدستوري هو أمر اجتهادي يجوز تنظيمه لخضوعه للملاءمات والظروف في كل مكان وزمان.[2]. ويعتبر تطبيق التحكيم في فض منازعات التمويل الإسلامي من الضرورات العصرية التي تحتاج لاجتهاد ونظر، فلا تضاد بين مفهوم الدولة القانونية الحديثة ومؤسساتها التي نراها في عالم اليوم وبين الاحكام الفقهية في الشريعة الإسلامية، فمتى ما كان تشكيل الدولة الحديثة متمشياً مع مقاصد الشرع الإسلامي وكلياته الراجحة الثبوت فلا بأس من الاجتهاد الفقهي بالوجه المطلوب سواء أكان ذلك في المؤسسات المالية الإسلامية أم في غيرها

---

(١) الشاطبي : الموافقات ج٢ ص١٢٢ ومابعدها (مرجع سابق)

(٢) متولي : عبد الحميد (١٩٨٧) ، مبادئ نظام الحكم في الاسلام مع المقارنة بالمبادئ الدستورية الحديثة ، ، الاسكندرية، منشأة المعارف و ، ص ٣٣٦ - ٣٣٨. وانظر القاسمي الظافر :(١٩٨٧-١٤٠٧) نظام الحكم في الشريعة والتاريخ الاسلامي ، الكتاب الاول الحياة الدستورية، بيروت، دار النفائس، ، ص ٤٠٢ - ٤٠٧. وانظر كذلك وصفي كمال(١٣٩٧ - ١٩٧٧ ،)مصنفة النظم الاسلامية الدستورية والدولية والادارية والاقتصادية والاجتماعية، القاهرة، مكتبة وهبة، ص ٢٢٩.

من المسائل والأمور التي تدعو الحاجة إلى الاجتهاد فيها، وهو ما يؤدي الى تطوير الصناعة المالية - بلا شك - وزيادة كفاءتها وتقنياتها وحراستها وتقوية تقنيناتها وخصوصيتها ووضع منهجية راسخة لتفعيلها وفقاً لروح الشرع الحنيف؛ لأن نظرية التحكيم في الشريعة الإسلامية هي بمثابة التكميل لرسالة القضاء السامية وقد وضع لها علماء المسلمين من الأحكام والضوابط ما يجعلها كذلك، وفي هذا البحث نرى أن تتم الاستفادة من التحكيم الوطني والاجنبي داخل الدولة وخارجها وفق للضوابط الاتية :

١- وجود اتفاق التحكيم ومشارطة التحكيم .

قد يرد إتفاق التحكيم ضمن نصوص عقد من العقود لمواجهة ما قد يحدث من خلاف في تفسيره أو تنفيذه . ويسمى الاتفاق في هذه الحالة شرط التحكيم، لأنه أحد شروط عقد أخر (أصلي) ويتصل بأمر التحكيم. وقد يأتي الاتفاق بعد نشؤ نزاع معين .وبقصد إيجاد حل له ، ويسمى في هذه الحالة مشارطة التحكيم ، ويعتبر شرط التحكيم أتفاقاً مستقبلاً عن شروط العقد الأخرى ولا يترتب على بطلان العقد أو فسخه أو إنهائه أي أثر على شرط التحكيم الذي يتضمنه إذا كان هذا الشرط صحيحاً في ذاته.

الجدير بالذكر أن قانون التحكيم السوداني لسنة ٢٠١٦م قد استخدم عبارة اتفاق التحكيم ومشارطة التحكيم حيث عرفت المادة الرابعة عبارة مشارطة التحكيم بقولها (يقصد بها الاتفاق الذي تعده هيئة التحكيم بالاتفاق مع طرفي النزاع ويوقعا عليه ويتضمن اجراءات التحكيم ومدته ولغته ومقره واتعاب التحكيم واي مسألة أخرى يرى تضمينها) كما عرف عبارة اتفاق التحكيم بقوله " اتفاق التحكيم " يقصد به كل اتفاق يتعهد فيه الأطراف بعرض منازعاتهم للفصل فيها عن طريق التحكيم أو كل اتفاق لاحق لإحالة النزاع القائم للتحكيم) . كما أن قانون التحكيم الإماراتي القانون الاتحادي رقم (٦) لسنة ٢٠١٨م بشأن التحكيم عرف اتفاق التحكيم في المادة الاولى منه بقولها (اتفاق الاطراف على اللجوء الى التحكيم سواء تم هذا الاتفاق قبل حدوث النزاع أو بعده) وقد نظم الفصل الثاني احكام اتفاق التحكيم وأهلية الاتفاق على التحكيم [١]، .

فشرط التحكيم هو بمثابة احد شروط العقد في كثير من الحالات يرد كبند في العقدبإحالة المنازعات المستقبلية حول ذلك العقد إلى التحكيم وهذا هو الغالب في الممارسةالعملية والعقود الدولية باختلاف أنواعها.

([١])انظر قانون التحكيم السوداني لسنة ٢٠١٦م و قانون التحكيم الإماراتي القانون الاتحادي رقم (٦) لسنة ٢٠١٨م بشأن التحكيم .

اما مشارطة التحكيم : فهي عبارة عن اتفاق تحكيم لاحق على وقوع المنازعة يبرم بشروط خاصة وعقد مستقل ويقوم على تراضي الطرفين، وقد يكون بعد نشوء النزاع أو قبله ؛ إذ لا فرق واضح في الأثر القانوني في الحالتين.

وقد أعطت قوانين التحكيم الأطراف الحرية في صياغة شرط ومشارطة التحكيم، فكان من المستحسن تضمينهما في كل ما هو ضروري لتجنب الرجوع للقضاء؛ لأنالمبدأ القانوني قد نص على أن ما لا ينطق به في العقود يحال بتطبيقه إلى القانونالساري؛ مما ينجم عنه التعقيد وإطالة أمد النزاع. هذا وإن القرار الذي سوف يصدرهالقضاء بخصوص أي خلاف على إجراء معين يكون في أغلب التشريعات قابل للاستئناف كغيرهمن القرارات القضائية، مما يطيل أمد التحكيم ويعرقل إجراءاته فكان واجباً على رجالالقانون العمل على صياغة شرط ومشارطة التحكيم بدقة ورؤية من خلال مراعاة النقاطالتالية:

١- عند صياغة شرط أو مشارطة التحكيم يجب عدم الاعتماد على العقود النموذجية في التمويل وهي تلك العقود التي تضعها ادارات المؤسسة المالية الإسلامية غالبا مسبقلا لكل معاملاتها ، لأن هناك شروطاً خاصة بكل حالة وبكل قانون على حده، يجب إضافتها ومراعاتها في الصياغة في كل عقد تمويل بصورة مستقلة. .

٢ - مراعاة قواعد النظام العام (وهي مجموعة القواعد والقوانين الأساسية التي تنظم الجماعة من كافة النواحي السياسيةوالإقتصادية والإجتماعية) عند صياغة شرط أو مشارطة التحكيم بما لايخالفها .

٣ -اختيار القانون الموضوعي والقانون الإجرائي الذي يحكم عمليةالتحكيم بدقة متناهية من خلال دراسة طبيعة العقد المبرم بين الأطراف والنشاط الذييمنظمه، بالشكل الذي يؤدي لاختيار القواعد الأنسب والأسهل، التي تحقق المنفعة المرجوةمن اللجوء للتحكيم، هذا مع الإشارة إلى أنه ليس من الضرورة دائما التمسك بالقانون الوطني ليحكم النزاع خاصة في مجال المطالبة بالتعويضات في عقود التمويل الإسلامي.

٤ ☐ ضرورة بيان العنصر الأجنبي في التحكيم بوضوح، وعليه يجب أن تكون شروط تعيين المحكمين وجنسيتهم واضحة وصريحة في شرط أو مشارطة التحكيم بالنسبة لمحكميالطرفين وطرق اختيار الحكم المرجح، وبالتالي يمكن تلافي هذا الأمر من خلال تحديدالمدة الزمنية الممنوحة لكل طرف لاختيار محكمه، وتحديد الجهة التي ستقوم باختيارالمحكم المرجح في حال امتنع أو عارض أحد الأطراف في اختياره. وهنا نكون قد غطينا هذاالجانب القانوني وهذه الثغرة في شرط أو مشارطة التحكيم، وبالتالي تلافينا

التأخير فيتشكيل الهيئة، وهي أهم مرحلة من مراحل التحكيم. أما إذا كانت العملية التحكيمية فيمجملها تخضع للنظام المؤسسي فإن نظام المؤسسة يحدد طريقة التعيين والإجراءات والمددوغيرها مع أمكانية الاتفاق على خلافها وفي نواح معينة يحددها الأطراف .

٥ - مراعاة شروط حالات الوفاة والتنحي في اختيار البديل وتحديد الجهة التي تختارها، والاتفاق على الجهة صاحبة الاختصاص في ردّ المحكم، والتي يقدم لها طلب الرد.

٦ - يجب مراعاة التفاصيل التي تخلق مشاكل في القانون المختار للتحكيم،وضرورة التدقيق في هذه التفاصيل في شرط أو مشارطة التحكيم من خلال مراجعة نص القانونالمراد تطبيقه. ومثل ذلك - اختيار مكان المحكمة المختصة التي يلجأ إليها المتعاقدون عند الخلاف - أو القانون الذي يتم اختياره وتطبيقه على إجراء معين مع الوضع في الاعتبار ضوابط العمل المصرفي الإسلامي بوجه عام، وضوابط التمويل الإسلامي بوجه خاص ومراعاة أن يتم الترجيح في المسائل الفقهية على الغالب والراجح عملاً في المذاهب أو الفقه الإسلامي بوجه عام.

٧ - يجب ألا يطغى القيد الشكلي على المضمون فالحكمة ضالة المؤمن.وعليه:

يمكن اختيار قوانين إجرائية مختلفة وتطبيقها على كل حالة منفردة من حالات العقد ويرجع هذا الأمر لإرادة الطرفين.

٨ - يجب أن تكون صيغة شرط التحكيم واضحة فيما يتعلق بموضوع النزاع، وفيما يثور من خلافات في تفسير العقد، وما يثور من خلافات أثناء تنفيذه، وما يترتب على إنهائه أو فسخه من تبعات قانونية و فيما إذا كان المحكمون مفوضين بالصلح أو تخويلهم بالقضاء وفق قواعد العدل والانصاف.

٩ - يجب ضبط طريقة الإبلاغ و العلم في شرط التحكيم بشكل دقيق من حيث الاستلام والتسليم والمكان والوسيلة للتبليغ لأنه عند اللجوء إلى تنفيذ شرط التحكيم أو المشارطة ينفذ على العنوان والطريقة المبينة فيهما؛ فيتم على سبيل المثال النص على أن يتم التبليغ في مقر العمل أو محل الإقامة المعتاد أو على عنوان البريد المعروف للأطراف المحدد في شرط أو مشارطة التحكيم وحتى عن طريق البريد الالكتروني.

١٠ - تحديد زمن ومدة بداية وإنهاء التحكيم بدقة وتحديد مكان إجراء التحكيم ومراعاة الحكمة السامية من المواعيد والسلطة الطبيعية للهيئة التحكيمية في مد المواعيد واتخاذ التدابير اللازمة لملافاة الأضرار الناجمة عن التأخير و المماطلة .

١١ - يمكن تحديدالخصومة التي ينطبق عليها شرط التحكيم بدقة واختيار البند من العقد أو الجزء المرادالتحكيم بشأنه وتطبيق قانون أو إجراء معين عليه دون أن يشمل شرط أو مشارطة التحكيم العقد كله.

١٢ - في حالة احتمال دخول طرف جديد على عقد التمويل عقب إبرامه يجب أن نشير في العقد الأساسي عند إبرامه أنه فيما انتهى إليه شرط التحكيم يمتد أثره إلى العقود الممتدة، والتي تطرأ عقب العقد الأساسي . ويستعمل هذا الشرط كثيراً في عقود المقاولات والإنشاءات الهندسية وغيره . ويجب أن يتم تضمين رقم البند الخاص بالتحكيم في العقد الأساسي ضمن العقد الفرعي حتى نتلافى المشاكل وعرقلة عملية التحكيم. وفي العقود الفرعية يكون الالتزام بالإحالة الضمنية بالموافقة على بنود العقد الأساسي و بالانضمام لمجموعة العقد ليتماشى العقد الفرعي مع العقد الأساسي فيما يلزم في تنفيذه.

١٣ - تضمين شرط ومشارطة التحكيم اللغة المعتمدة في التحكيم بما يتناسب مع رغبة الأطراف وظروف النزاع ولغة العقد لتجنب استخدام المترجمين أثناء التحكيم ؛ مما يزيد في النفقات ويبطئ الإجراءات ويؤدي لحالات سوء فهم المحكمين للخصوم، وإذا لم يختاروا لغة معينة في التحكيم المؤسسي يعود للمحكمين تحديدها بناءً على رأي الطرفين وظروف القضية، ولا يمنع ذلك من مراجعة الخصوم باللغة التي يريدونها وتقديم وثيقة بلغة أخرى على أن يتم ترجمتها إلى اللغة المعتمدة في التحكيم.

١٤ - منح هيئة التحكيم الحق بإتخاذ الإجراءات الوقتية التي تراها ضرورية، بناءً على طلب أحد الأطراف أو منعها من اتخاذ تلك الإجراءات أو تحديد الجهةالقضائية التي يتم اللجوء اليها لإتخاذ إجراء معين. ومثال ذلك: الحجز الإحتياطي على أموال أحد الطرفين الموجودة تحت يده أو تحت يد شخص ثالث، وتعيين حارس لإدارة المال المتنازع عليه، أو إتخاذ قرار ببيعه لأنه قابل للتلف السريع، أو إيداعه في مخزن تتوفر فيه شروط معينة تناسب طبيعته.

من خلال ما بيناه سابقاً يتضحلنا أن شرط ومشارطة التحكيم هما بالواقع اللبنة الأساسية لإنهاء أي خلاف بواسطة التحكيم، ومن خلالها : يمكن أن تتسم تلك العملية بالسهولة والسرعة والاقتصاد بالنفقات وصولاً لقرار عادل أو تتسم بالتعقيد والتطويل اذا اسند الأمر للقضاء العادي اذا لم يتضمن التمويل شرطاً أو مشارطة باحالة النزاعات الى التحكيم لذا وجب تجنيب عقود التمويل ذلك الأمر لضمان تطوير بعض جوانب الصناعة المالية .

ولعل من أهم شروط التحكيم هو وجود مستند له هو وجود شرط أو مشارطة التحكيم بين المتنازعين، وقد يكون ذلك المستند في صلب العقد الذي اتفق عليه المتنازعان

عند بداية عقد التمويل ، أو يتم اتفاق المتنازعين الى إحالة النزاع الى التحكيم بالرغم من عدم وجود ذلك الشرط في العقد الأساس . وبدون ذلك الشرط أو تلك المشارطة لا يتصور وجود تحكيم صحيح قانوناً لان جوهر التحكيم يقوم على الارادة واعمالها غالبا.

ويهدف الفقه الإسلامي من تطبيق التحكيم في منازعات التمويل الإسلامي باعتباره إحدى حلقات البناء والتطور في المؤسسات المالية الإسلامية بوجه خاص والصناعة المالية الاسلامية بوجه عام، إلى دفع الشُبه و ملافاة العيوب عن تلك الصناعة، وذلك بتجويد الجوانب الفنية والشكلية فيها مما يتصل بالجوهر والمضمون ، وذلك من خلال المراجعة العلمية الدقيقة والتقويم الفكري والاجتهاد الفقهي الجاد، وهو ما يؤسس لمرجعية مرموقة لمقومات الصناعة المالية الإسلامية وخلق الأطر التشريعية والأوضاع القانونية والوسائط المؤسسية لها، الشئ الذي يجسد قيم الشريعة الإسلامية والتعبير عن المبادئ الأساسية والغايات العليا لنظام الاقتصاد الإسلامي التي تربط المعاملات المالية المختلفة بواقع الاقتصاد الحقيقي وتقديم الحلول للواقع المعاش؛ فقد دلت الدراسات على أن هناك الكثير من الاختلافات في الفتاوي الشرعية المتناقضة في الموضوع الواحد في البلد الواحد وفي الوقت الواحد[1]. وكل يستمد من الفقه الإسلامي ويتدثر بثوب الاجتهاد مما أفرز بيئة تطبيقية عملية منفرة غير جاذبة في الصناعة المالية الإسلامية. وهذا يعتبر من أكبر العيوب والخلل الذي شاب تلك الصناعة في العقدين الأخيرين. ويتطلب الأمر الابتعاد عنها في إجراءات التحكيم قدر الطاقة . ولأن شرط ومشارطة التحكيم هو الحلقة الأولى والمهمة في التحكيم، فلا بد أن يتماشى ذلك الأمر مع الأحكام العامة للشريعة الإسلامية بوجه عام، فلا تحكيم ولا شرط تحكيم في المحرمات، أو تلك التي أورد الله نصاً قطعياً باجتنابها أو منعها، فلابد أن يكون التحكيم هو أحد وسائل حل النزاعات المعتمدة داخل المؤسسة المالية الإسلامية؛ ليتكامل مع هيكلة الدولة القطرية الحديثة ومنظومة القضاء والتشريع العام في الدولة حتى ينسجم النظام الأساسي للمؤسسة المالية ونظامها القانوني مع القانون الإقتصادي والمالي في الدولة؛ لأنه من المؤكد قانوناً أنه بدون ذلك التكامل القانوني والانسجام لا سبيل لتطبيق وتنفيذ القرارات الصادرة عن التحكيم في شأن نزاع يخص المؤسسة المالية والغير، أو يتعلق بالفتاوى الصادرة عن هيئات الرقابة الشرعية في واقع المؤسسة، ما لم تدمج تلك القرارات والفتاوى في قوانين ولوائح البنك ودوراته المستندية.

---

(1) عبد الله: د احمد علي ، فرص تطوير معايير موحدة للرقابة الشرعية ، مجلةدراسات اقتصادية اسلامية ، المعهد الاسلامي للبحوث والتدريب مجلد ٩ ، عدد٢، ١ ص ١٤٨.

ويتطلب شرط ومشارطة التحكيم جملة من الشروط والقيود التي تتصل بحرية التعاقد والرضا التي جاءت كأصل في الإسلام من قوله تعالي (يَا أَيُّهَا الَّذِينَ آمَنُوا أَوْفُوا بِالْعُقُودِ)[١]، وقوله تعالي:(يَا أَيُّهَا الَّذِينَ آمَنُواْ لاَ تَأْكُلُواْ أَمْوَالَكُمْ بَيْنَكُمْ بِالْبَاطِلِ إِلاَّ أَن تَكُونَ تِجَارَةً عَن تَرَاضٍ مِّنكُمْ وَلاَ تَقْتُلُواْ أَنفُسَكُمْ إِنَّ اللّهَ كَانَ بِكُمْ رَحِيماً)[٢].ومن ذلك القاعدة الفقهية: (العبرة في العقود بالمقاصد والمعاني لا بالألفاظ والمباني)، وقاعدة (دلالة الحال تغني عن اللفظ)[٣]. ولكن الثابت هو تقيد هذه الأحكام بجملة من الأمور أهمها:

١-حرية الفرد في الدخول في أية معاملة أو عقد من العقود مع من يشاء من الأفراد أو الجماعات.

٢-حق وحرية الفرد في اشتراط الشروط المقترنة بتعاقده وتحديد آثارها وفق رضائية العقد.

٣-وجوب الرجوع الى إرادة المتعاقدين وفق نظرة الشارع الحكيم والقوانين الحاكمة في الدولة على السواء متى ما توافقت مع أحكام الشريعة الإسلامية.

٤- إن استشراف البعد الدولي للخدمات المصرفية وتحديد النظام القانوني الضابط لها داخل الدولة بشكل دقيق في ظل انتشار التمويل الإسلامي خارج الدولة المسلمة وداخلها هو أمر من مقتضيات التجارة في العصر الحالي فلا بد من وجود نظام قانوني محكم في العقود والمعاملات المصرفية الإسلامية، واستحداث نموذج موحد ـ قدر الطاقة ـ للمعاملة في المؤسسة المالية الإسلامية في الدولة الواحدة لاخراج الصناعة المالية الاسلامية من التباين والاختلاف الحادث من الخلافات الفقهية في المذاهب الفقهية ؛ لأن ذلك يسهم في تطوير عملية التحكيم وإحكام تشريعاته الوطنية والدولية و ذلك بسهولة اختيار شرط التحكيم او الاتفاق على مشارطته حيث ما كان الأمر .

٢-هيئات التحكيم ومؤسساته وإجراءاته :

الثابت قانوناً أن طرفا النزاع المحال للتحكيم في الواقع هما : المؤسسة المالية الإسلامية ومن يتعامل معها من الجمهور أو الغير، وهما من يمنحهما القانون الحق في اختيار المحكمين وتشكيل هيئات التحكيم بنوعيه: الحر الذي يقوم به الأفراد، أو الذي تقوم به المؤسسات المختصة بالتحكيم داخل أو خارج الدولة، سواء كان القانون الذي يجب تطبيقه هو القانون الوطني أو القانون الدولي، أو كان القانون الواجب التطبيق هو مزيج من القانون

---

(١) سورة المائدة -الاية ١

(٢)سورة النساء -الآية ٢٩

(٣) الهيثمي ، ابن حجر (٩٧٤) الفتاوى الفقهية الكبرى ، طبعة دار الفكر □ بيروت ، ٢/ ١٤٢

والتشريعات الوطنية والدولية، وحتى تتم عملية التحكيم ودوره في نزاعات التمويل في المؤسسات المالية الإسلامية لابد من بيان الآتي:

١- إن التحكيم في عقود التمويل هو عملية شرعية قانونية إجرائية مزدوجة تستلزم فحص المعاملة التي ينطوي عليها عقد التمويل سواء أكان مشاركة أو مضاربة أو سَلَماً أو استصناعاً، .. الخ من العقود الأخرى. ومن هنا كان لزاماً على المتعاملين في التمويل الإسلامي الإلمام بالضوابط الشرعية، وضرورة التحقق ابتداءً من خلو المعاملة الشرعية -محل التمويل -وعقد التمويل من أية محظورات شرعية، وبالتالي لا يتصور سلامة التحكيم في عقود التمويل إلا بوجود تدقيق شرعي قبل وأثناء عملية التحكيم والتمويل.

٢- ضرورة وجود الرقابة الشرعية في مستويين: الأول : داخل المؤسسة المالية الإسلامية، والثاني: مستوى الهيئة العليا للرقابة الشرعية المستقلة في الدولة ذات البعدين الرقابي والإصلاحي، وتهدف لتطوير الصناعة المالية وينسجم مع أهداف الاقتصاد والسياسة المالية داخل الدولة التي تعمل فيها المؤسسة المالية الإسلامية وفقا للدستور والقانون وتتكامل نظم الرقابة الشرعية الخاصة بالمؤسسة المالية الإسلامية مع عمل الهيئة العليا للرقابة الشرعية دون تعارض أو تداخل أو ازدواجية وبهدف تصحيح الرقابة الشرعية في واقع الصناعة المالية المعاش. يقوم هذا الاستشراف برؤية اجتهادية لإيجاد الهيئة العليا للرقابة الشرعية وتعميمها في كل الدول التي تعمل بالمصرفية الإسلامية بغية استكمال الجهود المبذولة في تطوير مجال الصناعة المالية الإسلامية.

٣- إن الحماية القانونية للغير في العقود هي أمر قانوني لا تخلو منه القوانين الوطنية والدولية وما يؤيد فكرة الرقابة الشرعية ؛ لأنها تمثل ضمانة تحكيمية لأطراف النزاع وتستمد قوتها من الدستور حيث أن هناك نصاً في أغلب دساتير الدول الإسلامية يقول: (إن الشريعة الإسلامية هي مصدر التشريع في الدولة). وهذا يعني: أن أية تشريعات أو قوانين في المؤسسات المالية الإسلامية يجوز للقائمين عليها واستناداً للدستور أن يضعوا من الضوابط والأسس والقوانين المستمدة من الشريعة الاسلامية الكثير. ومن ذلك يجوز إصدار قانون للتحكيم بالسمات والضوابط الإسلامية، كما يجوز إصدار قوانين أخرى للرقابة الشرعية داخل المؤسسات في الدولة كلها، كما أنه يمكن للدول الاسلامية إنشاء اتفاقية دولية لكي تقوم

بتنظيم وتنسيق عمل هيئات التحكيم والرقابة الشرعية بالمؤسسات المالية الاسلامية تقويةً للاجتهاد الجماعي وتطويراً للصناعة المالية في القانون الوطني والدولي.

٤- ان الضرورة العصرية والتشريعية التي نقصدها في دور التحكيم في التمويل الإسلامي هي من باب الحاجة الملحة لوجود آليات تنسيقية بين هيئات الرقابة الشرعية في البلد الواحد مرحلياً وهيئات التحكيم في التمويل الإسلامي وغيره من أعمال المؤسسة المالية الإسلامية، ولا نقول بتوحيد معطيات تلك الهيئات في المؤسسات المختلفة؛ لأن الاختلاف الفقهي في الإسلام هو ثروة فقهية كما المذاهب الفقهية، ولكن ما من شك أن ما يتمخض من التحكيم التجاري في منازعات المعاملات في الصناعة المالية الإسلامية سيمثل ثروة قانونية فعالة سيكون لها الأثر الطيب في تقوية القانون المالي الإسلامي داخل الدولة من خلال دعم سياسات المصرف المركزي والمؤسسات المالية الاسلامية وفقاً للخطط الاقتصادية والسياسات المالية في الدولة وبموجب الدستور والقانون . وفي ذات الوقت ومن خلال الاتفاقيات الدولية بين المؤسسات المالية المختلفة يمثل التحكيم لبنة قوية في مجال التحكيم الدولي والتجاري ويسهم في شراكة الإسلام في تأسيس القانون الدولي الذي يخدم الانسانية جمعاء التي هي رسالة الاسلام ايضا.

٥- ضرورة عدم مخالفة الحكم التحكيمي لأية قانون أو تشريع للدولة أو الاتفاقيات والقوانين الدولية، وتعتبر تلك المواءمة والموافقة بين الحكم التحكيمي وتلك القوانين والاتفاقية الداخلية والدولية هي أكبر تحديات التحكيم في المؤسسات المالية الإسلامية في عصر العولمة الاقتصادية التي تسعى إلى توحيد القانون الدولي والداخلي على نهج يتصادم في كثير من الأحيان مع الأحكام الإسلامية التي يشترط في التحكيم مراعاتها في التمويل الإسلامي، وبالرغم من وجود قرارات من منظمات إسلامية دولية إقليمية تدعم التحكيم الإسلامي، مثل منظمة المؤتمر الإسلامي التي أصدرت قراراً من مجمع الفقه الاسلامي التابع لها بالرقم (٨/٩/٩١) والمنشور بمجلة مجمع الفقه الاسلامي بالعدد(٩) جزء (٤)صفحة(٥) في ذي القعدة ١٤١٥هـ ابريل ١٩٩٥م بشأن مبدأ التحكيم في الفقه الإسلامي :

(أولا: التحكيم اتفاق طرفي خصومة معينة على تولية من يفصل في منازعة بينهما بحكم ملزم يطبق الشريعة الإسلامية، وهو مشروع سواء أكان بين الافراد أم في مجال المنازعات الدولية).

فهذه المنظمة الدولية تدعم التحكيم والتعاون الإسلامي، وتجيز التحكيم الدولي في المؤسسات المالية الإسلامية المختلفة بين الدول الاسلامية الأعضاء في المنظمة وغيرها، إلا أن جهود هذه المنظمة لن تتبلور بالصورة المثلى إلا بالمزيد من العمل الدولي والاقليمي وبالمزيد من الاتفاقيات الدولية بشأن التحكيم في المؤسسات المالية. ولعل المركز الإسلامي الدولي للمصالحة والتحكيم التجاري الذي تم إنشاؤه بواسطة البنك الاسلامي للتنمية بجدة، والمجلس العام للبنوك والمؤسسات المالية الإسلامية ودولة الإمارات العربية المتحدة في ٢٠٠٥/٤/٩ م هو ثمرة اتفاقية دولية بين أشخاص القانون الدولي بين الدول الاسلامية و هو بمثابة اتفاقية دولية بين الأعضاء فيه، حيث بدأ نشاطه الفعلي في يناير ٢٠٠٧ م ومقره بدبي في دولة الإمارات العربية المتحدة هذا المجلس بالأساس ويمكن أن يكون ذلك المركز هو إحدى المراكز الدولية التي تبلور دور التحكيم التجاري الإسلامي في المجال الوطني والدولي بعد أن صادقت كل من محاكم دبي وأبوظبي على أحكام المركز ونفذتها (خلال ست سنوات على بدء النشاط الفعلي للمركز) نظرًا لاستيفاء أحكام المركز الشروط الشكلية والموضوعية لصياغة الأحكام وضبطها وفق الأصول، فقد صادقت محاكم إمارة الشارقة بتاريخ ٢٠١٤/٣/١٦ م بموجب القضية رقم (٩٥٣) لسنة ٢٠١٣ (كلي-تجاري) على حكم تحكيمي صادر من المركز.

وبالرغم من الجهود المبذولة التي تدعم التحكيم في منازعات التمويل التجاري إلا أن هناك العديد من الاتفاقيات الدولية، مثل اتفاقية بازل ١و ٢ لرأس المال: تفرض على المؤسسات المالية الإسلامية الكثير من التغيرات في نظمها الاساسية وقوانينها وهو بلا شك من التحديات التي تواجه التحكيم في عقود التمويل الإسلامي بجانب تلك القواعد التي وضعتها لجنة قانون التجارة الدولية متمثلة في قانون اليونسترال (UNCITRAL)[1]. وقد انتشرت تلك القواعد في إطار التحكيم الدولي لقانون اليونسترال النموذجي للتحكيم على نطاق واسع في القوانين الداخلية لكثير من الدول.

(1) ابتدأ العمل باعداد هذه القواعد سنة ١٩٧٣ م واقرتها لجنة قانون التجارة الدولية سنة ١٩٧٦م ☐ انظر وثيقة الامم المتحدة رقم ٣١/١٧/ Aالقسم الخامس (الكتاب السنوي لليونسترال ١٩٧٦ ص ٩-٢٠-٢٧وما تبعها من القانون النموذجي لليونسترال سنة ١٩٨٥ م .

المبحث الثالث

ملامح التحكيم في الصناعة المالية الإسلامية

في القانونين الإماراتي والسوداني وفرص النجاح

لعله من المسلم به قانوناً وفقهاً وعملاً إن التحكيم في التمويل الإسلامي يقتضي أن يكون تشكيل الهيئة التحكيمية متكاملاً بين علماء الشريعة الإسلامية وخبراء الاقتصاد والقانون والصيرفة، الذين يكيفون المعاملات وفقاً لواقعها العلمي المحلي والدولي بغية الاستفادة من العلم البشري في تقنيات الصيرفة؛ لدفع وتطوير الصناعة المالية الإسلامية وفقاً لمسوغات الاجتهاد في النوازل في الصناعة المالية الإسلامية بجانب عملهم القانوني الموضوعي والاجرائي الذي تستلزمه عملية التحكيم بوصفها أداة من أدوات حل النزاعات .

ولأغراض هذا البحث سأتناول نماذج من التحكيم في دولة الإمارات العربية المتحدة وفي السودان، لإعطاء فكرة عن دور التحكيم في فض منازعات التحكيم وتطوير الصناعة المالية عموماً.

التحكيم في الصناعة المالية في دولة الإمارات العربية المتحدة :

تعتبر دولة الإمارات العربية المتحدة من أوائل الدول الإسلامية التي اهتمت بالاقتصاد الإسلامي والصناعة المالية الإسلامية وهي من الدول الرائدة في مجال المصرفية الإسلامية والصناعة المالية الإسلامية وقد صدر القانون الإتحادي الإماراتي رقم(٦) لسنة ١٩٨٥م بشأن المصارف والمؤسسات المالية والشركات الإستثمارية الاسلامية و وضع احكاماً لتنظيم عمل المصارف والمؤسسات المالية واستلزم وجود هيئة شرعية للرقابة داخل كل مصرف واشترع هيئة عليا للرقابة حيث تنص المادة الثانية منه على: (١-تؤسس المصارف والمؤسسات المالية والشركات الإستثمارية الإسلامية في الدولة وتمارس نشاطها طبقا لأحكام هذا القانون.

٢- وتخضع هذه المصارف والمؤسسات والشركات للقانون الاتحادي رقم (١٠) لسنة ١٩٨٠م، وللقانون الإتحادي رقم (٨) لسنة ١٩٨٤م، المشار اليهما ولغيرهما من القوانين والنظم المعمول بها في الدولة ولقواعد العرف السائدة وذلك كله فيما لم يرد في شأنه نص خاص في هذا القانون).

٣- وتتخذ تلك المصارف والمؤسسات والشركات شكل شركة المساهمة العامة ويتم تأسيسها وفقا للأحكام المنصوص عليها في القانون الإتحادي رقم (٨) لسنة ١٩٨٤م، المشار اليه وتخضع لترخيص المصرف المركزي ورقابته وتفتيشه طبقا للقانون الإتحادي رقم (١٠) لسنة ١٩٨٠م، المشار اليه وبما لا يتعارض مع أحكام هذا القانون.

٤- وتسري احكام الفقرات السابقة- فيما عدا ما يتعلق بالتأسيس والشكل، على الفروع والمكاتب التي تنشئها في الدولة والمصارف والمؤسسات المالية والشركات الإستثمارية الإسلامية الأجنبية).

وتنص المادة(٥) من ذلك القانون على إنشاء هيئة عليا للإشراف والتحقق من تطبيق الشريعة الإسلامية في المصارف وتكون ملحقة بوزارة الأوقاف بقولها : (تشكل بقرار من مجلس الوزراء هيئة عليا شرعية تضم عناصر شرعية وقانونية ومصرفية تتولى الرقابة العليا على المصارف والمؤسسات المالية والشركات الإستثمارية الإسلامية للتحقق من مشروعية معاملاتها وفقا لأحكام الشريعة الإسلامية كذلك ابداء الرأي فيما يعرض على هذه الجهات من مسائل اثناء ممارستها لنشاطها . ويكون رأي الهيئة العليا ملزماً للجهات المذكورة. وتلحق هذه الهيئة بوزارة الشؤون الإسلامية والأوقاف).

اما الهيئة الشرعية في داخل كل مؤسسة فقد جاءت احكامها في المادة (٦) التي تنص على : (يتعين النص في عقد تأسيس المصرف او المؤسسة المالية او الشركة الإستثمارية الإسلامية وفي النظام الأساسي لكل منها على تشكيل هيئة للرقابة الشرعية لا يقل عدد اعضائها عن ثلاثة تتولى مطابقة معاملاتها وتصرفاتها لأحكام الشريعة الاسلامية وقواعدها ويحدد النظام الأساسي لكل منها كيفية تشكيل هذه الهيئة وأسلوب ممارستها لعملها واختصاصاتها الأخرى. وتعرض اسماء هيئة الرقابة الشرعية على الهيئة العليا المنصوص عليها في المادة السابقة لاجازتها قبل صدور قرار التشكيل).

ويلاحظ أن القانون الإماراتي رغم أنه سبق العديد من الدول بالنص على الهيئة العليا للرقابة إلا أن تشكيل تلك اللجنة لم يتم حتى الآن ولعل الفترة المقبلة تشهد تشكيل تلك الهيئة ومباشرتها أعمالها لحاجة بيئة المؤسسات المالية الأسلامية لها .

وقد صدر قانون البنك المركزي الإماراتي الجديد بموجب مرسوم بقانون اتحادي رقم (١٤)لسنة ٢٠١٨م.

في شأن المصرف المركزي وتنظيم المنشآت والأنشطة المالية فجاء النص على الهيئة العليا الشرعية في المادة (١٧) التي جاء فيها :

١)تنشأ بمقتضى هذا المرسوم بقانون هيئة شرعية تسمى "الهيئة العليا الشرعية" لايقل عدد أعضائها عن خمسة (٥) و لا يزيد عن سبعة (٧) من ذوي الخبرة والإختصاص في فقه المعاملات المالية الإسلامية .

٢)يصدر بتشكيل الهيئة وتعيين أعضائها قرار من مجلس الإدارة ويحدد القرار نظام عمل الهيئة، ومهامهاومسؤوليات أعضائها، ومدة تعيينهم، وتلحق هذه الهيئة بالمصرف المركزي .

٣)تتحمل المنشآت المالية المرخصة التي تمارس كافة أو جزء من أعمالها وأنشطتها وفقا لأحكام الشريعةالإسلامية كافة نفقات الهيئة المشار إليها في البند (١)من هذه المادة بما فيها مخصصات ومكافآت ومصاريف أعضائها وآلية تمويل تكاليف إنشائها وإستمرارية عملها، وذلك حسب ما يحدده مجلس الإدارة.

٤)تضع الهيئة العليا الشرعية القواعد والمعايير والمبادئ العامة للأعمال والأنشطة المالية المرخصةالتي تتوافق وأحكام الشريعة الإسلامية، وتتولى الرقابة والإشراف على لجان الرقابة الشرعية الداخلية للمنشآت المالية المرخصة المشار إليها في المادة (٧٩)من هذا المرسوم بقانون.

٥)تعتمد الهيئة العليا الشرعية الأدوات النقدية والمالية الإسلامية التي يصدرها ويطورها المصرف المركزي لإدارة عمليات السياسة النقدية في الدولة، وتبدي رأيها بشأن الأنظمة والتعليمات الرقابية الخاصة بأعمال المنشآت المالية المرخصة التي تمارس كافة أعمالها وانشطتها أو جزء منها وفقا لأحكام الشريعة الإسلامية.

٦)تعتبر فتاوى وآراء الهيئة العليا الشرعية الملزمة للجان الرقابة الشرعية الداخلية، المشار إليها في المادة (٧٩)من هذا المرسوم بقانون، وعلى المنشآت المالية المرخصة التي تمارس كافة أعمالها وأنشطتها أو جزء منها وفقاً لأحكام الشريعة الإسلامية.

٧)للهيئة العليا الشرعية أن تستعين بجهة متخصصة، إن دعت الحاجة إلى ذلك، للقيام بالتدقيق الشرعي الخارجي على أعمال أي منشأة مالية مرخصة تمارس كافة أعمالها وأنشطتها أو جزء منها وفقا لأحكام الشريعة الإسلامية والشروط والإجراءات التي تضعها الهيئة وعلى نفقة المنشأة المعنية.))

وقد نصت المادة (٧٩) من قانون المصرف المركزي المشار اليها اعلاه على:

(تشكل في كل منشأة مالية مرخصة تمارس كافة أعمالها وأنشطتها أو جزء منها وفقاً لأحكام الشريعة ً الإسلامية لجنة مستقلة للرقابة الشرعية الداخلية تسمى "لجنة الرقابة الشرعية الداخلية" من ذوي الخبرة والاختصاص في فقه المعاملات المالية والمصرفية الإسلامية تتولى الرقابة الشرعية على كافة أعمال وأنشطة ومنتجات وخدمات و عقود ومستندات ومواثيق عمل المنشأة المعنية، واعتمادها ووضع الضوابط الشرعية اللازمة لها في إطار القواعد والمبادئ والمعايير التي تضعها الهيئة العليا الشرعية، وذلك لضمان توافقها مع أحكام الشريعة الإسلامية، و ً يكون ما تصدره اللجنة من فتاوى أو آراء ملزما.)

وقد صدر قانون التحكيم الإماراتي القانون الاتحادي رقم (٦) لسنة ٢٠١٨م بشأن التحكيم حيث عرف اتفاق التحكيم في المادة الاولى منه بقولها (اتفاق الاطراف على اللجوء الى التحكيم سواء تم هذا الاتفاق قبل حدوث النزاع أو بعده) وقد نظم الفصل الثاني احكام اتفاق التحكيم وأهلية الاتفاق على التحكيم .

كما أشار القانون الإماراتي الى نطاق تطبيق القانون في المادة الثانية التي تنص على : (تسري أحكام هذا القانون على:

١ -كل تحكيم يجري في الدولة ما لم يتفق أطرافه على إخضاعه لأحكام قانون تحكيم أخر شريطة عدم تعارضه مع النظام العام والآداب العامة في الدولة .

٢ -كل تحكيم تجاري دولي يجري في الخارج ويتفق أطرافه على إخضاعه أحكام هذا القانون.

٣ -كل تحكيم ناشئ عن نزاع بشأن عالقة قانونية عقدية كانت أو غير عقدية تنظمها القوانين النافذة في الدولة، إلا ما استثنى فيها بنص خاص).

وقد نظم المشرع الإماراتي في ضوء أحكامه على إن أساس التحكيم ومشارطته يكون بموجب اتفاق الأطراف على اللجوء الى التحكيم بالأساس ، فلا يجوز عرض النزاع على التحكيم بدون ذلك الاتفاق ، وهذا الاتفاق هو ما يسمى (مشارطة التحكيم)[1]وقد يرد في صورة شرط تحكيم ضمن بنود العقد الأصلي ، وقد يكون اتفاق مستقل وقد يرد في صورة مشارطة تحكيم وفي كلا الصورتين فان للاتفاق على التحكيم خصوصية تختلف عن العقد الاصلي المبرم بشأنه . وقد جاءت صور اتفاق التحكيم في المادة (٥) من قانون التحكيم الإماراتي التي تنص على : (١-يجوز أن يكون اتفاق التحكيم سابقاً على قيام النزاع سواء أكان مستقلاً بذاته أو ورد في عقد معين بشأن كل أو بعض المنازعات التي قد تنشأ بين الأطراف.

٢ -يجوز أن يتم الاتفاق على التحكيم بعد قيام النزاع ولو كانت قد أقيمت في شأنه دعوى أمام أي محكمة، وفي هذه الحالة يجب أن يحدد الاتفاق المسائل التي يشملها التحكيم .

-يجوز الاتفاق على التحكيم من خلال الإحالة التي ترد في أي عقد أو أي وثيقة أخرى تتضمن شرط التحكيم إذا كانت هذه الإحالة واضحة في اعتبار هذا الشرط جزءاً من العقد).

وقد ميزت التطبيقات القضائية الإماراتية بين اتفاق التحكيم ومشارطة التحكيم فقد ذهبت محكمة تمييز دبي الى أن مشارطة التحكيم هو اتفاق بموجبه يخضع الأطراف

---

(١) محمود مختار البربري التحكيم التجاري الدولي ، دار النهضة العربية ، القاهرة ط٤ ص١٧ .

في نزاعهم القائم فعلاً للتحكيم ، فالنزاع في هذه الحالة يكون قد نشأ فعلاً بين الاطراف فيقررون اللجوء الى التحكيم بدلاً من القضاء وذلك عن طريق اتفاق مستقل يحددون فيه موضوع النزاع ومنح الإختصاص للفصل فيه المحكم وهذا الاتفاق هو ما يسمى بمشارطة التحكيم[١].

وقد أشار قانون التحكيم الإماراتي الى الصفة الدولية للتحكيم في المادة (٣) التي تنص على : (يكون التحكيم ذا صفة دولية حتى لو جرى داخل الدولة، وذلك في أي من الحالات الآتية :

١-إذا كان المركز الرئيسي لأعمال الأطراف يقع في دولتين مختلفتين أو أكثر وقت إبرام اتفاق التحكيم، فإذا كان ألحق بموضوع اتفاق التحكيم، وإذا لم يكن قد ألحق أطراف عدة مراكز أعمال، فالعبرة بالمركز الأكثر ارتباطاً التحكيم مركز أعمال، فالعبرة بمحل إقامته المعتاد.

٢-إذا كان أحد الأماكن التالية يقع خارج الدولة التي يقع فيها المقر الرئيسي لعمل أي من الأطراف:

أ- مكان إجراء التحكيم كما حدده اتفاق التحكيم أو أشار إلى كيفية تحديده.

ب- مكان التنفيذ جانب جوهري من الإلتزامات الناشئة عن العالقات التجارية بين الأطراف، أو المكان الذي يكون له صلة وثيقة بموضوع النزاع .

٣-إذا كان موضوع النزاع الذي ينصب عليه اتفاق التحكيم يرتبط بأكثر من دولة واحدة.

٤-إذا اتفق الأطراف صراحة على أن موضوع اتفاق التحكيم يتعلق بأكثر من دولة.)

ويلاحظ من هذه المادة اختصاص القانون الإماراتي بالتحكيم في منازعات التحكيم الوطنية والدولية سيما وأن دولة الإمارات العربية المتحدة تعتبر مركزاً مالياً دولياً للتمويل وتشيع فيه المنتجات المالية الاسلامية كما تعتبر دبي عاصمة للاقتصاد الإسلامي عام ٢٠١٦م.و في عام ٢٠١٧م، وبتوجيهات من سمو الشيخ حمدان بن محمد بن راشد آل مكتوم، ولي عهد دبي رئيس المجلس التنفيذي والمشرف العام على مبادرة دبي عاصمة الاقتصاد الإسلامي، أطلق مركز دبي لتطوير الاقتصاد الإسلامي استراتيجيته التي تركز على تحقيق أثر طويل الأجل. ويكمن الهدف الرئيسي من الاستراتيجية في دفع نمو قطاعات الاقتصاد الإسلامي على المستوى المحلي والإقليمي والعالمي، ووضع معيار لنظام الاقتصاد الإسلامي في

---

(١) الطعن رقم ٢٢٠ لسنة ٢٠٠٤ تجاري ، محكمة تمييز دبي والى ذات الاتجاه تسير المحكمة العليا الإتحادية بدولة الإماراتفي الطعن رقم ١٠١ لسنة ١٩ق جلسة ١٧-٥-١٩٩٨م .

جميع أنحاء العالم. وتقوم هذه الاستراتيجية على ثلاث ركائز اقتصادية رئيسية هي: التمويل الإسلامي، والمنتجات الحلال، ونمط الحياة الإسلامي الذي يشمل الفن والثقافة الإسلامية، والأزياء المحتشمة، والسياحة العائلية، كما يعمل المركز على تطوير ركائز داعمة تشمل: المعرفة، والمعايير الإسلامية والاقتصاد الإسلامي الرقمي. وتعمل هذه الركائز الاقتصادية والداعمة جنباً إلى جنب لتحقيق رؤية القيادة الإماراتية للاقتصاد الإسلامي من خلال تهيئة بيئة داعمة للاستثمارات المستدامة والتنمية الحقيقية[١].

كما يبرز دور القضاء في مساندة أو مساعدة ومعاونة هيئات التحكيم فى لزوم اللجوء للقضاء فى الكثير من الأوقات وذلك اثناء مراحل الدعوى التحكيمية أى أن للقضاء دور ملزم لخصومة التحكيم منذ بدء إجراءات التحكيم في الحالات التي يناط بالقضاء تعيين هيئة التحكيم ويمتد دوره أثناء خصومة التحكيم في الحالات التي تستلزم إتخاذ تدابير وقتية أو تحفظية أو إجراءات طعن أثناء سير خصومة التحكيم كالطعن بالتزوير على مستند مقدم بالدعوى التحكيمية، و للمحكمة الاتحادية العليا بدولة الإمارات العربية المتحدة دوراً هاماً فى تطور التحكيم كوسيلة من أهم الوسائل البديلة لفض المنازعات بين الخصوم فى الوقت الراهن وقد ساهمت بأحكامها الرائدة والزاخرة فى ذيوع وإنتشار هذه الوسيلة بالدولة حيث كان لأحكامها السبق فى إرساء وإقرار مبادىء وقواعد التحكيم وفقاً لما استقر عليه فقه وفلسفة وتشريعات التحكيم على الصعيدين المحلي والعالمي إلا أنه ليس هناك مانعاً من أن تكون قد صدرت بعض الأحكام - وإن كانت قليلة للغاية- التى اختلفت مع ما إستقر عليه فقه وفلسفة وقضاء التحكيم سواء فى داخل الدولة أو فى الخارج . وبخصوص اعمال التحكيم في المنازعات الناشئة عن التمويل المصرفي قررت المحكمة الاتحادية العليا ان اللجوء إلى التحكيم بدلا عن القضاء يستلزم من اطراف الدعوى الاعتراض عليه في الجلسة الأولى أمام المحكمة واذا لم يتم الدفع بحق اللجوء في تلك الجلسة يعتبر التحكيم باطلاً [٢].

ففي قضية بمحكمة نقض أبوظبي قالت المحكمة : (ان تخويل المتعاقدين الحق في الالتجاء إلى التحكيم لنظر ما قد ينشأ بينهم من نزاع كانت تختص به المحاكم أصلاً ، فاختصاص جهة التحكيم بنظر النزاع وإن كان يرتكن أساساً إلى حكم القانون الذي أجاز استثناء سلب اختصاص جهات القضاء إلا انه ينبني مباشرة على اتفاق الطرفين ، ولأن

---

(١). https://www.iedcdubai.ae/strategy/?lang=ar تمت الزيارة في ١ اكتوبر ٢٠٢١م

(٢). انظر الطعن رقم ٧٣١ للسنة القضائية (٢٧) بتاريخ ٢٠٠٦/١/٢٩م

التحكيم طريق استثنائي لفض الخصومات قوامه الخروج على طرق التقاضي العادية فهو مقصور على ما تنصرف إرادة المحتكمين إلى عرضه على هيئة التحكيم ، يستوي في ذلك أن يكون الاتفاق على التحكيم في نزاع معين لوثيقة خاصة أو انصرف إلى جميع المنازعات التي تنشأ عن تنفيذ عقد معين فلا يمتد نطاق التحكيم إلى عقد لم تنصرف إرادة الطرفين إلى فض النزاع بشأنه عن طريق التحكيم ، أو إلى اتفاق لاحق له ما لم يكن بينهما رباط لا ينفصم ....ولمحكمة الموضوع السلطة التامة في تفسير العقود والاقرارات وسائر المحررات والشروط المختلف عليها واستظهار نية طرفيها بما تراه أوفى بمقصودها ما دامت قد أقامت قضاءها على أسباب سائغة ، وطالما أنها لم تخرج في تفسيرها عن المعنى الظاهر لعباراتها. لما كان ذلك وكان البين من الأوراق أن المصرف الطاعن منح الشركة المطعون ضدها الأولى تمويل لسداد قرض كانت الأخيرة قد قامت باقتراضه من بنك (أتش اس بي سي) خلال ابريل سنة ٢٠٠٥ م بمبلغ (٨٣,٩٧٢,٥٠٠) درهم ، ووقع معها عقد تمويل اسلامي لإنشاء المصنع وشراء المواد المطلوبة وسداد مصاريف ونفقات رأس المال في حدود تسهيلات ائتمانية بمبلغ (١٩٠,٣٠٠,٠٠٠) درهم وفقاً لشروط وأحكام خطاب عرض التسهيلات المؤرخ ٢٠٠٧/٧/١٠ ، ونص بالبند (٣/٩) من اتفاقية المرابحة الرئيسي لبيع وشراء سلع (اتفاق التمويل) على اتفاق أطراف هذا التعاقد على انعقاد الاختصاص القضائي لمحاكم دولة الإمارات العربية المتحدة فيما يتعلق بالمنازعات التي قد تنشأ فيما يتعلق بهذا الاتفاق ، كما اتفق بالبند (٢/١٧) من الاتفاقية الأولى وبالبند (٧/٨) من الاتفاقية الثانية على أن أي نزاع قد ينشأ أو فيما يتعلق بهاتين الاتفاقيتين سوف تتم احالته وتسويته بصورة نهائية بموجب قواعد مركز التوفيق والتحكيم التجاري في أبوظبي ، وإذ خلص الحكم الابتدائي المؤيد بالحكم المطعون فيه وفي نطاق ما لمحكمة الموضوع من سلطة تقديرية أن شرط التحكيم الوارد بهما لا يقتصر على العلاقة التي ينظمها العقدان المشار إليهما بل يمتد أثره إلى اتفاقية المرابحة على سند من أن اتفاقيتي شراء الحصص ناشئة عن هذه التسهيلات الائتمانية ومرتبطة بها ارتباطاً لا يقبل التجزئة بشأن جميع المنازعات والخلافات التي تثور بين طرفي التعاقد وإنهما حلتا محل الاتفاقات السابقة المتعلقة بالتسهيلات ، مطرحاً دفاع الطاعن بأن اتفاقية التسهيلات الائتمانية محل الدعوى سندها مستقل بذاته عن اتفاقيتي بيع المطعون ضدهما الثانية والثالثة كامل حصص الشركة المطعون ضدها الأولى للطاعن ، ورتب على ذلك قضاءه بقبول الدفع المبدى من المطعون ضدهم بعدم قبول الدعوى لسبق الاتفاق على التحكيم طبقاً لشرط التحكيم المتفق عليه باتفاقيتي شراء الحصص سالف الإشارة إليهما ، وكان هذا

الاستخلاص سائغاً وله سنده من أوراق الدعوى ويكفي لحمل قضاء الحكم المطعون فيه والرد على دفاع الطاعن الذي تمسك به ، فإن النعي على الحكم بما ورد بسبب الطعن يكون على غير أساس).[١]

وجاء في نقض حديث لمحكمة أبوظبي ان الإحالة في عقود المرابحة جائزة ولو انقعدت المرابحة على جزء من المبيع وفقا لاحكام الشريعة الإسلامية بشرط ان يكون شرط التحكيم واضحا ويمكن اثباته امام المحكمة المختصة [٢]

وقد استقر العمل في دولة الإمارات العربية المتحدة على أنه يجوز الطعن في المسائل التي تخالف الشريعة الإسلامية في أحكام القضاء أو الأحكام الصادرة عن الهيئة التحكيمية، كما ذهبت لذلك محكمة استئناف أبوظبي في الطعن رقم (٤) و(٥) الصادرين من بتاريخ ١٩٩٩/٥/١٨م بشأن المشاركة المتناقصة المنتهية بتمليك العقار حيث قضت بأن المشاركة المنتهية بالتمليك هي إحدى العقود الإسلامية التي لا تخالف أحكام الشريعة الإسلامية[٣]

ملامح التحكيم في الصناعة المالية في السودان:

يعتبر السودان أول دولة في العالم تقوم بأسلمة النظام المصرفي بالكامل ، وظلت الصناعة المالية الإسلامية هي التي يعمل بها في السودان حتى عام ٢٠٢٠ م وتم تعديل القانون باعتماد النظام المصرفي التقليدي فصار يعمل به جنباً الى جنب مع النظام المصرفي الإسلامي[٤] على مستوى البنك المركزي والمؤسسات المالية الإسلامية و المؤسسات المالية التقليدية.

كما يعتبر السودان هو أول دولة في العالم تنشئ أول هيئة عليا للرقابة الشرعية [٥] بحيث يكون مقرها البنك المركزي منذ عام ١٩٩٢م، وتعمل هذه الهيئة العليا باستقلال

---

(١) محكمة النقض أبوظبي - الأحكام المدنية والتجارية - الطعن رقم(٢٩٦) لسنة ٢٠١٢ م قضائية - الدائرة التجارية - بتاريخ ٢٠١٣-٠٥-٠٩..

(٢) محكمة نقض أبوظبي رقم ٢٠٢١/٤٦٥م وانظر الاستئناف رقم ٢٠٢١/٢٩٤م محكمة الاستئنف أبوظبي ..

(٣) انظرمحكمة استئناف أبوظبي الطعن رقم ٤ و٥ الصادرين من بتاريخ ١٩٩٩/٥/١٨م.

(٤)أنظر قرار تكوين الهيئة الصادر من وزير الإقتصاد والمالية السوداني في ٢مارس ١٩٩٢م والمادة الثانية وما بعدها من قانون تنظيم العمل المصرفي السوداني لسنة ٢٠٠٣ م ، وانظر لائحة تنظيم أعمال الهيئة العليا للرقابة الشرعية للجهاز المصرفي والمؤسسات المالية لسنة١٩٩٤م وتعديلاتها في ٢٠٢٠م ..

(٥) المعلوم ان الاتحاد الدولي للبنوك الاسلامية كان قد انشأ هيئة عليا للرقابة الشرعية في عام ١٩٨٣م تحت ضيافة بنك دبي الإسلامي وعقدت عدة اجتماعات غير ان هذه التجربة لم تدم طويلا وكونت مرة اخرى هيئة عليا في جدة غير ان ظروفا ما عرقلتها ولو كتب لها الاستمرار لأسهمت في تطوير الصناعة المالية الإسلامية ولذا تعتبر التجربة السودانية الاولى عالميا لتكوينها واستمرارها في العمل وقد اقتدت بالتجربة السودانية دول اسلامية كثيرة من بينهادولة ماليزيا فأنشأ البنك

متضامنة ومتعاونة مع البنك المركزي؛ لضمان سلامة الجهاز المصرفي والمؤسسات المالية من الناحية الشرعية، وتعمل هذه الهيئة على أن تكون السياسات والقرارات والتعليمات الصادرة عن الجهاز المصرفي والمؤسسات المالية في الدولة موافقة لأحكام الشريعة الإسلامية وهديها، ووفقا للمادة (٢١) من قانون تنظيم العمل المصرفي السوداني لسنة٢٠٠٣ م تعتبر الفتوى الصادرة عن الهيئة العليا للرقابة الشرعية في النشاط المصرفي أو في أي نزاع ملزمة لأطراف النزاع وللبنك المركزي وكل المصارف والمؤسسات المالية العاملة بالسودان كما تكون أحكام الفتاوى واجبة التنفيذ ما لم يطعن فيها الغير أمام القضاء، والمعلوم أن النظام المصرفي والقضائي في السودان يعمل وفق الشريعة الإسلامية منذ عام ١٩٩١م، ولا يجوز التعامل بالربا بالسودان منذ تطبيق الشريعة الإسلامية في عام ١٩٨٣م. بموجب أحكام المادة (١٠٨) من قانون المعاملات المدنية لسنة ١٩٨٤م. وبلا شك كانت تجربة عمل الهيئة العليا للرقابة الشرعية السودانية مفيدة ورائدة خدمت أغراضها، وتكامل فيها العلم الشرعي والقانوني الوضعي والاقتصاد والمحاسبة والرقابة الادارية والدستورية.

وتعتبر التجربة السودانية في الصناعة المالية رائدة في العصر المعاصر من حيث وجود هيئات رقابة شرعية في كل مؤسسة مالية اسلامية في السودان بجانب وجود اشراف عام على الصناعة المالية في الدولة من قبل الهيئة العليا للرقابة الشرعية في السودان على السياسات الصادرة من البنك المركزي للمصارف الإسلامية للتأكد من مدى موافقتها للشريعة الإسلامية. ويتنوع الاختصاص في عضوية الهيئة العليا للرقابة الشرعية في السودان ويتوزع العمل فيها عبر مكاتب متخصصة في تلك التجارب عن توريع الأمانات والتنوع في الاختصاص الحادث في الهيئة السودانية وهو في تقديرنا ما يقوي حلقات الاجتهاد الجماعي المنشود في العصر الحالي وهو ما يشكل ضمانة قوية لنجاح التحكيم في التمويل الإسلامي وابتعاد احتمال وقوع الحكم التحكيمي في المحظورات التي نهت الشريعة الإسلامية عنها.

المركزي الماليزي الهيئة العليا الإستشارية الشرعية عام ١٩٩٦م قد واختار البنك المركزي الماليزي الأمين العام للهيئة العليا للرقابة الشرعية بالسودان عضوا في الهيئة الشرعية الإستشارية العليا في ماليزيا لمدة ثلاث سنوات . كما أنشأ البنك الاسلامي للتنمية بجدة هيئة عليا للرقابة الشرعية عام ٢٠٠٤ م وكذا البنك المركزي الباكستاني في عام ٢٠٠٥م. وغيرها وتعتبر سلطة عمان آخر من أدخل الهيئة العليا للرقابة الشرعية في المصرف المركزي العماني في اكتوبر ٢٠١٤ م ويتوقع الباحث ان تؤسس كل الدول الإسلامية وغير الإسلامية هيئات عليا للرقابة المالية باعتبارها قانونا ساميا بمثامة الدستور الذي تستمد منه هيئات التحكيم في التمويل الإسلامي قوتها في التسبيب القانوني للقرارات التحكيمية من الناحية الموضوعية والشكلية كذلك .

ويلاحظ أن منهج الهيئة هو اجتهاد محض بين المتنازعين وقد استفادت التجربة السودانية من هذه الاجتهادات في تطوير الصناعة المالية وفي تحويل كثير من المصارف التقليدية إلى مصارف إسلامية.

وإن ما تقوم به الهيئة العليا من اختصاصات يمكن أن تؤدي مستقبلا إلى دعم التحكيم و الاجتهاد الجماعي الفقهي من خلال دراسة الفتاوى والاستشارات والقرارات الفقهية المتصلة بجوانب الصناعة المالية السابق صدورها عن هيئات الرقابة الشرعية بالبنوك المختلفة العاملة بالسودان، كما أن الدور الرقابي للهيئة العليا يمكن أن يؤدي الى مراقبة نشاط البنوك والمؤسسات المالية الإسلامية العاملة بالسودان، وهو ما يمكنها من التأكد من التزامها بأحكام الشريعة الاسلامية وتنبيه الجهات المعنية بما قد يظهر في هذه النشاطات من مخالفة لهذه الأحكام ومراقبة ما يستدعي من أمور تتعلق بالمعاملات المالية والمصرفية وإبداء الرأي فيها بصفة دائمة ومستمرة،

ويعتبر قانون الأموال المرهونة للمصارف لسنة ١٩٩٠م من أهم دعائم التجربة السودانية في التحكيم في نزاعات التمويل الإسلامي وقامت عليه كثير من الدراسات واحتذته الكثير من الدول منها بعد أن تفحصت الجوانب المضيئة فيه وغضت الطرف عن إخفاقاته.

ولكن بالرغم من مظاهر النجاح التي لابست هذا القانون فإن هناك صعوبات اكتنفت التحكيم الذي يتم بموجبه ومن ذلك الآتي:

نص على إحالة النزاع للتحكيم في المادة (٨) منه بقوله: (يجوز للراهن (المدين) في حالة وجود نزاع بينه وبين المصرف، أن يطلب كتابة في مدة لا تزيد على أسبوع واحد من تاريخ تسلمه الإنذار المنصوص عليه في المادة (٥)، إحالة النزاع للتحكيم)، والجدير بالذكر أن المادة (٥) تحدثت عن إنذار المرتهن بعزمه بيع المال المرهون استيفاءً لمبلغ الرهن، وقد تحدثت المادة (٩) عن تكوين هيئة التحكيم في مدة لا تزيد على أسبوع واحد من تاريخ تسليم المصرف طلب إجراء التحكيم، ويعين كل طرف حكما ويتفق الطرفان على تعيين حكم ثالث يكون رئيساً لهيئة التحكيم. وإذا تعذر تكوين هيئة التحكيم فيجوز أن يطلب من محافظ بنك السودان المركزي تعيين من تعذر تعيينه على أن يقوم محافظ بنك السودان بذلك خلال مدة لا تزيد على أسبوع وقد نصت المادة (١٠) على أن تصدر هيئة التحكيم قرارها في مدة لا تزيد عن شهر من تاريخ تكوينها ويكون قرارها نهائيا، وغير قابل للطعن فيه أمام المحاكم.

من خلال ما سبق من خارطة إجرائية وموضوعية رسمها القانون السوداني لهذا النوع من التحكيم ورغم أنه اختار التحكيم في التمويل الإسلامي؛ لما فيه من مواكبة لسرعة الفصل في النزاع والابتعاد عل طريق القضاء العادي إلا أن تطبيق القانون وإجراءات التحكيم الواردة فيه قد كشف عيوبا نوردها هنا بغية الاستفادة منها وتفاديها في عمليات التحكيم الإسلامي المنشود ومن تلك العيوب:

١- قصر الفترة الزمنية ما بين طلب إجراء التحكيم وتكوين الهيئة التحكيمية وإصدار قرارها التحكيمي؛ إذ لم تتعد تلك الفترة شهراً ونصف!؟ وقد دلت سنة العمل على النص على مدة زمنية مناسبة للفصل في النزاع قد تصل الى أكثر من ستة شهور في كثير من قوانين التحكيم، مثل قانون التحكيم السوداني والمصري والإماراتي.[١]

٢- وجود بعض التناقض والتداخل بين العمل القضائي والتنفيذي للمؤسسات العاملة في الصناعة المالية الإسلامية. ويتعارض هذا القانون مع بعض أحكام الدستور والأسس العامة للقضاء. ومن ذلك: فقد أعطى قانون الأموال المرهونة للمصارف لسنة١٩٩٠م مدير البنك سلطة بيع المال المرهون جبرا على صاحبه الراهن رغم ان الراجح فقهياً والثابت قضاءً أن القضاء وحده هو من يملك تلك السلطة.

٣- إن أكبر العيوب التي وقع فيها قانون الأموال المرهونة للمصارف لسنة ١٩٩٠م هو النص على عدم قابلية القرار التحكيمي للطعن فيه أمام القضاء ،

وقد تناولت أحكام القضاء السوداني الكثير من المعاملات في الصيرفة المالية بالإلغاء أو التعديل وقد قضت المحكمة الدستورية السودانية [٢] بعدم دستورية هذا القانون بموجب حكم لها في عام٢٠٠١ م الشيء الذي يؤكد خضوع الصناعة المالية في السودان إلى الرقابة الدستورية والقضائية، بالرغم من نص القانون على نهائية الأحكام الصادرة بموجب القانون وعدم قابليتها للطعن امام المحاكم، وهو ما يؤدي إلى تجويد الأداء أيضا ويقوي من الفرص الثمينة لتطوير الصناعة المالية الإسلامية .

---

(١) انظر قضية سامي الطيب بابكر واخر ضد بنك الشمال الاسلامي (٢٠٠٧/١٧المحكمة التجارية الخرطوم غير منشورة وأنظر قانون التحكيم السوداني لسنة ٢٠١٦ م وقانون التحكيم الإماراتي حول اشتراط مدة ستة شهور للفصل في النزاع أمام الهيئة التحكيمية .

(٢) قررت المحكمة الدستورية في الدعوى الدستورية بالنمرة م د/ق د/١٦/٢٠٠١- أحمد عبد الجليل أبو زيد وشركة مرحب لصناعة الصابون والكيماويات ضد(١) حكومة السودان(٢) بنك فيصل فرع بحري عدم دستورية نص المادة١٠(٢) من هذا القانون. .

وقد أشارت المحكمة العليا السودانية الى امكانية خضوع القرار التحكيمي الصادر عن هيئة التحكيم بموجب المادة (١٠) من قانون الأموال المرهونة للمصارف لسنة ١٩٩١م إلى رقابة القضاء بعد استنفاذ العملية التحكيمية [١]

ضمانات التحكيم في الصناعة المالية الإسلامية :

لكي يكون التحكيم أكثر فاعلية في الواقع التطبيقي فان القانوني الإماراتي والسوداني قد احاطا العملية التحكيمية من جهتين :

الأولى/ ضمانة تنفيذ الحكم الصادر عن هئية التحكيم عبر القضاء :

من الملاحظ أن دور القضاء يمتد إلى ما بعد صدور حكم التحكيم في القانونين السوداني والإماراتي حيث يجوز لأطراف التحكيم بعد انتهاؤه او للغير تنفيذ الحكم التحكيمي عبر مؤسسات القضاء الوطني والأجنبي وفقاً للاتفاقيات الدولية [٢]كما للمحكمة أثناء نظر طلب التصديق على حكم المحكمين أن تعيد الحكم لهم للنظر فيما أغفلوا الفصل فيه أو لتوضيحه إذا كان محدداً بالدرجة التى يمكن معها تنفيذه، فأحكام التحكيم لا تكتسب بذاتها القوة التنفيذية التي تخولها الحصول على الحماية القضائية بواسطة التنفيذ الجبري إذ أنها لا تعد بذاتها سندات تنفيذية ، فالقوة التنفيذية لا تلحق أحكام المحكمين إلا بصدور أمر خاص من جهة قضاء الدولة المختص بإجراءات التصديق على حكم المحكمين الذى يعقبه تذييله بالصيغة التنفيذية وهو ما يعد إعترافاً من قضاء الدولة بصالحية الحكم وإمكانية تنفيذه جبراً بكافة الوسائل التي يتيحها القانون وهو ما عبرت عنه المادة الخامسة من القانون النموذجى اليونسترال قانون التجارة الدولية للجنة الأمم المتحدة بأنه : (لا يجوز لأي محكمة التدخل فى العملية التحكيمية الإ إذا نص القانون على ذلك) . وذلك سعياً نحو تحقيق وكفالة حرية التحكيم لذا جاء النص العام بعدم جواز تدخل المحكمة فى العملية التحكيمية ووضع الاستثناء على ذلك فى حالات النص على جواز التدخل وبالرجوع للنصوص نجد أنها تجيز تدخل القضاء فى العملية التحكيمية أثناء سيرها من قبيل المساندة أو المساعدة والمعاونة فى الحالات التى سبق الإشارة إليها وهذا قيد ملزم للتحكيم في مسائل الصناعة المالية الإسلامية في كل صورها المختلفة من منازعات تمويل وخلافه.

---

(١)انظر حكم المحكمة العليا السودانية بالرقم ط.م/٢٠٠٥/٩٠ . وانظر ط.م /٤٩٣ /٢٠٠٥ .

(٢)انظر المواد ٤٧ و٤٨ من قانون التحكيم السوداني لسنة ٢٠١٦ وكذلك المواد ٥٥ و٥٦ و٥٧ من قانون التحكيم الإماراتي لسنة٢٠١٨ . .

الثانية / اقامة دعوى البطلان :

اجاز المشرعين السوداني والإماراتي لأي من أطراف التحكيم اقامة دعوي بطلان في مواجهة الحكم الصادر عن هيئة التحكيم أمام القضاء في حالات مخصوصه وذلك يعتبر أكبر ضمانة لسير العملية التحكيمية وفق القانون وعدم انحرافه نحو الظلم والحيف فقد نصت المادة (٥٣) من قانون التحكيم الإماراتي لسنة ٢٠١٨ م على ما يلي :

(١- لا يقبل الاعتراض على حكم التحكيم إلا بموجب رفع دعوى بطلان إلى المحكمة أو أثناء نظر طلب المصادقة على الحكم.

وعلى طالب البطلان أن يثبت أياً من الأسباب الأتية :

أ. عدم وجود اتفاق تحكيم أو أن الاتفاق كان باطلا أو سقطت مدته وفق القانون الذي أخضعه له الأطراف أو وفقا لهذا القانون وذلك في حالة عدم وجود إشارة إلى قانون معين..

ب. أن أحد الأطراف كان وقت إبرام اتفاق التحكيم فاقد الأهلية أو ناقصها وفقاً للقانون الذي يحكم أهليته.

ج. عدم امتلاك الشخص أهلية التصرف في الحق المتنازع بشأنه وفقا للقانون الذي يحكم أهليته والمنصوص عليهفي المادة (٤)من هذا القانون.

د. إذا تعذر على أحد أطراف التحكيم تقديم دفاعه بسبب عدم إعلانه إعلانا صحيحا بتعيين محكم أو بإجراءات التحكيم أو نتيجة إخلال هيئة التحكيم بأسس التقاضي أو لأي سبب آخر خارج عن إرادته. وإذا استبعد حكم التحكيم تطبيق القانون الذي اتفق الأطراف على تطبيقه على موضوع النزاع، وإذا تم تشكيل هيئة التحكيم أو تعيين أحد المحكمين على وجه مخالف لأحكام هذا القانون أو لاتفاق الأطراف.

ز. إذا كانت إجراءات التحكيم باطلة بطلانا أثر في الحكم أو صدر حكم التحكيم بعد انتهاء المدة المقررة لها.

ح. إذا كان حكم التحكيم قد فصل في مسائل لم يشملها اتفاق التحكيم أو جاوز حدود هذا الاتفاق، ومع ذلك إذا كان من الممكن فصل أجزاء الحكم الخاصة بالمسائل الخاضعة للتحكيم من أجزائه الخاصة بالمسائل الخاضعة له، فلا يقع البطلان إلا على الأجزاء الأخيرة وحدها.

٢ -تحكم المحكمة ببطلان حكم التحكيم من تلقاء نفسها إذا وجدت أيا مما يأتي:

أ. أن موضوع النزاع يعد من المسائل التي لا يجوز التحكيم فيها.

ب. مخالفة حكم التحكيم للنظام العام والآداب العامة بالدولة.)

وكذلك نصت المادة (٤٢) من قانون التحكيم السوداني على دعوى البطلان وأسبابها فقالت: (١) يجوز لأي من طرفي التحكيم طلب إلغاء حكم هيئة التحكيم للبطلان، من محكمة الإستئناف لأي من الأسباب الآتية:

(أ) ☐ إذا لم يوجد إتفاق تحكيم ، أو كان باطلاً، أو قابلاً للأبطال، أو سقط بانتهاء مدته،

(ب) ☐ إذا كان أحد طرفي اتفاق التحكيم، وقت إبرامه، فاقداً للأهلية أو ناقصها وفقاً للقانون الذى يحكم أهليته،

(ج) ☐ إذا تعذر على أحد طرفى التحكيم تقديم دفاعه بسبب عدم إعلانه إعلاناً صحيحاً بتعيين محكم أو بإجراءات التحكيم أو لأي سبب آخر خارج عن إرادته،

(د) ☐ إذا استبعد حكم التحكيم تطبيق القانون الذى اتفق الأطراف على تطبيقه على موضوع النزاع،

(هـ) ☐ إذا تم تشكيل هيئة التحكيم أو تعيين المحكمين على وجه مخالف للقانون أو لاتفاق الطرفين،

(و) ☐ إذا فصل حكم التحكيم فى مسائل لا يشملها اتفاق التحكيم، أو جاوز حدود هذا الاتفاق، ومع ذلك إذا أمكن فصل أجزاء الحكم الخاصة بالمسائل الخاضعة للتحكيم عن أجزائه الخاصة بالمسائل غير الخاضعة له، فلا يقع البطلان إلا على الأجزاء الأخيرة وحدها،

(ز) ☐ إذا وقع بطلان فى حكم التحكيم أو كانت إجراءات التحكيم باطلة بطلاناً أثّر فى الحكم.

(٢) يقدم الطلب المشار إليه فى البند (١) أمام محكمة الاستئناف.

(٣) لمحكمة الاستئناف أن تقضى ببطلان الحكم من تلقاء ذاتها، أثناء نظر الطلب المذكور فى البند (١) إذا تضمن حكم هيئة التحكيم ما يخالف النظام العام فى السودان.

ويلاحظ أن دعوى البطلان في القانونين الإماراتي والسوداني تكاد تكون متطابقة في كل فقراتها غير انهما يتطابقان حينما قررا بطلان التحكيم اذا تضمن حكم هيئة التحكيم ما يخالف النظام العام فى الإمارات أو في السودان ، والثابت تشريعاً وقضاءً في دول الإمارات العربية المتحدة وجمهورية السودان أن مخالفة حكم هيئة التحكيم لأحكام الشريعة الاسلامية تعتبر مخالفة للنظام العام لان الشريعة الإسلامية هي مصدر أساس

للتشريع وقد نص على ذلك في دستور الاتحاد بدولة الإمارات ودساتير جمهورية السودان [1].

ويعتبر تحصين الحكم التحكيمي في الصناعة المالية الإسلامية وعدم مخالفته للشريعة الإسلامية هو من أكبر الفرص التي تشجع استمرار التحكيم في الصناعة المالية في دولة الإمارات والسودان وكل بقاع العالم .

الخاتمة:

يجدر بنا في نهاية هذا البحث أن نختم بأهم نتائجه وتوصياته:

أولاً / النتائج :

١. تبين من البحث رسوخ التحكيم في الفقه الإسلامي كواحد من وسائل فض النزاعات في الشريعة الإسلامية والقوانين الوطنية والدولية .
٢. إن الهيئة العليا للرقابة الشرعية والهيئات الشرعية في المؤسسات المالية في دولة الإمارات وفي السودان هي إحدى الجهات التي تقوي دور التحكيم في فض النزاعات في عقود التمويل الإسلامي بصفة خاصة، ومنتجات الصناعة المالية الأخرى بصفة عامة، وهي إحدى الضرورات العصرية الاجتهادية التي يمكن ان تسهم في تطوير الصناعة المالية الاسلامية.
٣. لخصوصية التحكيم في الصناعة المالية الإسلامية فإنه يشترط في هيئات التحكيم في الصناعة المالية التأهيل الفقهي والقانوني والعلم والإلمام الكافيين بأحكام الفقه الإسلامي والشريعة الإسلامية .
٤. وجود تكامل بين هيئات التحكيم والقضاء الوطني والدولي في دولة الإمارات العربية المتحدة والسودان في منازعات الصناعة المالية الإسلامية وهو ما يقوي جانب الرقابة الشرعية وصيانة أحكام الشريعة الإسلامية الغراء والتأكد من سلامة تطبيقها في حال القضاء والاقتضاء.

ثانياً / التوصيات :

---

(١)انظر المواد(٧) من دستور دولة الإمارات العربية المتحدة ١٩٧١م وقد أجازت المادة (٧٥) من قانون انشاء المحكمة الاتحادية العليا رقم ١٠ لسنة ١٩٧٣م ان للمحكمة العليا القضاء وفق اختصاصاتها بشرط الا تخالف مبادئ القانون المقارن أحكام الشريعة الإسلامية أو النظام العام. وأنظر دستور السودان الانتقالي لسنة ٢٠٠٥ م المادة ا لخامسة التي تنص : (تكون الشريعة الإسلامية والإجماع مصدراً للتشريعات ....) . .

١. نوصي بضرورة تفعيل الرقابة الشرعية وحوكمتها في دولة الامارات و في السودان بوصفها أداة داعمة للتحكيم في الصناعة المالية الاسلامية على المستويين القانوني والفقهي في المؤسسات المالية الإسلامية.
٢. نوصي بضرورة تفعيل التعاون بين المؤسسات المالية الإسلامية في دولة الامارات والسودان من خلال إنشاء الاتفاقيات الدولية والابتكار في اسس ووسائل لتحكيم في نزاعات الصناعة المالية الاسلامية ، وانشاء مراكز دولية للتحكيم الإسلامي دعما لمسيرتها في تطوير الصناعة المالية الاسلامية محليا واقليمياً عالمياً
٣. نوصي بتفعيل اجراءات التحكيم في الصناعة المالية الاسلامية وذلك عن طريق تشجيع ابتكار وتصميم برامج الكترونية ورقمية يتم التحكيم فيها عن بعد بين المؤسسات المالية الاسلامية والمحكمين خارج وداخل الدولة لتسهيل اجراءات التحكيم والحصول علي احكامه على جناح السرعة التي تنسجم مع الاقتصاد الرقمي والالكتروني الدولي.
٤. نوصي المشرعين الاماراتي والسوداني بالارتقاء بمراكز التحكيم الوطنية والاقليمية المتخصصة في التحكيم لتتوسع في مجال الصناعة المالية الاسلامية على غرار المراكز الدولية وتوفير الضمانات والآليات التي تتيح لهذه المراكز فرصة أداء الدور المنوط بها.

قائمة المصادر والمراجع

أولاً / اللغة :

١. إبراهيم مصطفى / أحمد الزيات / حامد عبد القادر / محمد النجار) ،المعجم الوسيط ،مجمع اللغة العربية القاهرة دار الدعوة .
٢. ابن منظور جمال الدين لسان العرب مادة مول .
٣. الفيروز آبادي. القاموس المحيط- : المطبعة الحسينية، القاهرة، ١٣٤٤هـ .

ثانياً / الفقة الإسلامي وأصوله:

١. ابن عابدين محمد أمين بن عمر عابدين (١٤٠٧)،(حاشية علي رد المحتار على الدر المختار الطبعة الثانية ، بيروت طبعة دار إحياء التراث العربي
٢. أبو يعلى :القاضي ، محمد بن الحسين بن محمد بن خلف ابن الفراء (المتوفى: ٤٥٨هـ) .الأحكام السلطانية م الطبعة الثانية مطبعة الياس الحلبي ١٩٦٦.
٣. الدردير:. أبي البركات أحمد بن محمد بن أحمدالدردير.الشرح الصغير علىأقرب المسالك إلى مذهب الإمام مالك، ، دمشق .مطبعة عيسى البابي الحلبي وشركاؤه، ج١

٤. الزبيدي (١٣٠٦) .تاج العروس ، الطبعة الاولي المطبعة الخيرية الجمالية مصر .
٥. الزرقاء : الشيخ مصطفي الزرقاء المدخل الفقهي العام الطبعة السادسة
٦. الشاطبي . إبراهيم بن موسى اللخمي الغرناطي المالكي. الموافقات. بيروت . طبعة دار المعرفة
٧. الشافعي. الإمام أبي عبد الله محمد بن إدريس الشافعي. الأم مع مختصر المزني، كتاب الغضب، بيروت دمشق دار الفكرللطباعة والنشر، ١٤٠٣هـ - ١٩٨٣م
٨. القاسمي : الظاهر ، نظام الحكم في الشريعة والتاريخ الاسلامي ، الكتاب الاول الحياة الدستورية، بيروت، دار النفائس، ١٤٠٣هـ- ١٩٨٢
٩. الكاساني : علاء الدين، أبو بكر بن مسعود بن أحمد الكاساني الحنفي (المتوفى: ٥٨٧هـ) . بدائع الصنائع في ترتيب الشرائع. دار الكتب العلمية الطبعة: الثانية، ١٤٠٦هـ ١٩٨٦م.
١٠. الهيثمي ، ابن حجر (٩٧٤) الفتاوى الفقهية الكبرى ،طبعة دار الفكر □ بيروت
١١. قحف : منذر (١٤٢٤)، مفهوم التمويل في الاقتصاد الإسلامي تحليل فقهي اقتصادي، جدة ، البنك الإسلامي للتنمية- المعهد الإسلامي للبحوث والتدريب
١٢. موفق الدين: شمس الدين ابن قدامة المرداوي) .المقنع والشرح الكبير والإنصاف - تحقيق : عبد الله بن عبد المحسن التركي وعبد الفتاح محمد الحلو - طبع على نفقة خادم الحرمين الشريفين - الطبعة الأولى : ١٤١٤ هـ - ١٩٩٣ م .

ثالثاً / القانون :

١٣. إبراهيم : أحمد إبراهيم التحكيم الدولي الخاص ط٢ القاهرة دار النهضة العربية .
١٤. أبو الوفا : احمد ، (١٩٨٨) ،التحكيم الاختياري والإجباري ، ط٥ ،الإسكندرية منشأة الإسكندرية .
١٥. بربري: محمود بربري، التحكيم التجاري الدولي
١٦. صاوي :احمد السيد (٢٠٠٤) التحكيم طبقا للقانون رقم ٢٧ لسنة ١٩٩٤م وأنظمة التحكيم الدولية الطبعة الثانية. القاهرة ، المؤسسة الفنية للطباعة والنشر
١٧. عبد الفتاح ، عزمي (١٩٩٠) قانون التحكيم الكويتي ، ط ١، مطبوعات جامعة الكويت
١٨. عبد الله : احمد علي فرص تطوير معايير موحدة للرقابة الشرعية ، مجلةدراسات اقتصادية اسلامية ،المعهد الاسلامي للبحوث والتدريب مجلد ٩
١٩. عمر: محمد الشيخ قانون الإجراءات المدنية السوداني لسنة ١٩٨٣ □ الدعوي الطبعة السادسة الخرطوم ج١
٢٠. متولي : مبادئ نظام الحكم في الاسلام مع المقارنة بالمبادئ الدستورية الحديثة ، الاسكندرية، منشأة المعارف و ١٩٨٧
٢١. مصنفة النظم الاسلامية الدستورية والدولية والادارية والاقتصادية والاجتماعية، كمال وصفي القاهرة، مكتبة وهبة.

رابعاً / الاقتصاد :

١. الهيتي : د عبد الرزاق رحيم جدي (١٩٩٨) المصارف الإسلامية بين النظرية والتطبيق، الطبعة الأولي دار إسامة ،عمان الأردن

٢. علية: د . محمد بشير(١٩٨٥): القاموس الاقتصادي ، ط : ١ ، المؤسسة العربية للدراسات و النشر ، بيروت