قانون النموذجي للتحكيم المؤسسي في المنازعات المالية الإسلامية

Model Law for Institutional Arbitration in Islamic Financial Disputes

جلجال محفوظ رضا*

كلية الحقوق والعلوم السياسية، جامعة ابن خلدون -تيارت-، الجزائر

reda.djeldjel@univ-tiaret.dz

تاريخ الاستلام: 12 / 01/ 2020 تاريخ القبول: 13 / 05/ 2020 تاريخ النشر: 15 / 06/ 2020

الملخص :

يسعى المشرفون على القطاع المصرفي الإسلامي لإيجاد أطر تنظيمية لتطوير ومواجهة المخاطر المتعلقة بالصيرفة الإسلامية، حيث ظهرت مؤسسات مالية مساندة لها ذات طابع دولي منها البنك الإسلامي وهيئة المحاسبة والمراجعة للمؤسسات المالية الإسلامية ومجلس الخدمات المالية الإسلامية وهيئة التصنيف للبنوك الإسلامية.

ولكن تم إهمال جانب مهم متعلق بالمنازعات المصرفية الإسلامية وكيفية إيجاد القانون النموذجي لحل المنازعات المصرفية الإسلامية، لذلك ظهر المركز الإسلامي الدولي للصلح والتحكيم من أجل حل المنازعات المصرفية مع مراعاة أحكام الشريعة الإسلامية، بدلاً من القضاء الذي لم يهتم بخصوصية العمليات المصرفية الإسلامية، وعليه تم اللجوء إلى التحكيم المصرفي الإسلامي لحل النزاعات مع مراعاة أحكام الشريعة الإسلامية.

الكلمات المفتاحية: التحكيم، البنوك الإسلامية، المنازعات المصرفية، المركز الدولي الإسلامي للصلح والتحكيم

* المؤلف المرسل

Abstract:

The supervisors in the Islamic banking sectors attempt to find planned and regular ways to expand and face the Risks that faced the banking Islamic system. In this respect, New international and financial institutions have appeared to support these sectors such as The Islamic Bank, The Accounting and Auditing Organization for Islamic Financial Institutions, the Islamic Financial Services Board and the Classification Authority for Islamic Banks.

However, a very crucial aspect related to the Islamic banking disputes has been neglected, in addition to finding the Model law that should be used to solve these disputes. Therefore, the International Islamic Center appeared to the conciliation and arbitration that consider the rules of Islam.

Keywords: Arbitration, Islamic Bank, Banking disputes, the International Islamic Center for conciliation and arbitration

المقدمة :

تقوم البنوك الإسلامية بمجموعة من العمليات المصرفية عن طريق إبرام العقود مع العميل أو مع مؤسسات إقتصادية، ولكن قد ينجر عنها ظهور عدة منازعات بسبب عدم تنفيذ العقد أو الإخلال بأحد شروطه، فيلجأ صاحب الحق إلى القضاء للمطالبة بحقوقه، والقاضي هنا يطبق القوانين التي قد تكون مخالفة للأحكام الشرعية، وهذا ما يؤثر سلباً على مستقبل البنوك الإسلامية.

لذلك كان من واجب البحث عن وسيلة أو إجراء لحل المنازعات كبديل للقضاء مع تطبيق أحكام الشريعة الإسلامية، والتي تتلاءم مع طبيعة المعاملات المصرفية الإسلامية.

ومن هنا تظهر أهمية دراسة التحكيم المصرفي بإعتباره وسيلة لحل المنازعات مع إيجاد قانون نموذجي للتحكيم المصرفي الإسلامي، وعليه ظهر المركز الإسلامي الدولي للصلح والتحكيم كآلية لحل المنازعات المصرفية الإسلامية مع مراعاة أحكام الشريعة الإسلامية.

وتظهر أهمية الموضوع أيضاً في خصوصية المنازعات المصرفية الإسلامية، وحاجتها إلى جهة أو هيئة تفصل في النزاع بناءً على أحكام الشريعة الإسلامية، وأن يكون من يفصلون في النزاع مختصين في المجال المصرفي الإسلامي وهذا ما لا نجده في القضاء، لذلك تلجأ البنوك الإسلامية إلى التحكيم للفصل في المنازعات التي تكون طرفاً فيها.

ومن هنا تظهر إشكالية الموضوع في إيجاد إطار تنظيمي للتحكيم المصرفي الإسلامي؟

وللإجابة على الإشكال اعتمدنا على أكثر من منهج، المنهج الوصفي لتبيان مفهوم التحكيم بصفة عامة والتحكيم المصرفي الإسلامي بصفة خاصة ولبيان أيضاً خصوصية التحكيم المصرفي الإسلامي، وأما المنهج التحليلي فهو يتلاءم مع الإطار التنظيمي للتحكيم المصرفي من حيث دراسة أركانه والإجراءات المتبعة.

تقسم الدراسة إلى مبحثين، المبحث الأول تم التطرق إلى مفهوم التحكيم وخصوصيته كجهة لحل المنازعات وإلى خصوصية العمليات المصرفية الإسلامية من جهة أخرى، وأما في المبحث الثاني فتم فيه تناول الإطار التنظيمي للتحكيم المصرفي الإسلامي من خلال دراسة أركان التحكيم المصرفي والإجراءات المتبعة أمام المركز الدولي الإسلامي للتحكيم والصلح.

المبحث الأول: مفهوم التحكيم المصرفي وخصوصيته

القضاء هو الجهاز المخول بحل المنازعات كقاعدة عامة وإستثناءً يمكن اللجوء إلى طرق أخرى لحل النزاع مثل التحكيم، والذي يفصل في المنازعات التجارية لأنه يناسب طبيعته التي يتميز بها، ويمكن اللجوء إلى التحكيم في المجال المصرفي بإعتباره يكتسي الطابع التجاري.

المطلب الأول: مفهوم التحكيم المؤسسي

التحكيم ينقسم إلى قسمين، أحدهما يسمى التحكيم الحر وهو الأصل حيث يقوم الخصوم في إختيار المحكمين مع تحديد القواعد والإجراءات التي يتبعونها والقانون الواجب التطبيق، ومكان

التحكيم وهوية المحكم إلى غير ذلك من مسائل التحكيم، وسبب تسمية التحكيم الحر لكونه غير جاهز مسبقاً وهو تحكيم خاص بحالة أصحاب النزاع دون غيرهم، حيث يقوم الحضور بإختيار المحكم أو المحكمين ويحددون لهم القواعد الإجرائية والموضوعية الواجب إتباعها، وتنتهي مهمة المحكمين بصدور الحكم الفاصل في النزاع [1].

أما التحكيم المؤسسي أو المنظم هو ذلك التحكيم الذي يتم عن طريق هيئات أو مؤسسات أو مراكز وطنية أو دولية دائمة تضطلع بالتحكيم وفق قواعد وإجراءات تتضمنها لوائحها معروفة سلفاً [2]، وتعد قوائم بأسماء المحكمين المعتمدين لديها من ذوي الخبرات والكفاءات والسمعة الدولية يختار الأطراف من بينهم، وتوفر للراغبين في التحكيم وحسن سير إجراءاته.

إن هذا النوع من التحكيم هو الأكثر شيوعاً وإنتشاراً في مجال تحكيم منازعات العقود الدولية وسائر العمليات التجارية، وهذا نظراً لما يجدونه المحتكمين من لوائح ونظم داخلية معدة مسبقاً ، تنظم مختلف جوانب ومراحل عملية التحكيم وتكون إجراءاته واضحة مما يسهل عملية التحكيم.

ولقد ظهرت عدة هيئات ومراكز متخصصة في مجال التحكيم، كمحكمة التحكيم الدولي في لندن، محكمة التحكيم للغرفة التجارة الدولية في باريس، المركز التحكيمي للغرفة التجارية الاقتصادية في فيينا، والمركز الإقليمي للتحكيم التجاري الدولي في القاهرة.

أما في الجانب المصرفي الإسلامي فنجد المركز الدولي الإسلامي للصلح والتحكيم الذي تأسس بتاريخ **26** صفر **1424**هـ الموافق **05** أبريل **2005** وبدء نشاطه الفعلي في يناير **2007**، والذي تزامن مع تبني المعيار رقم **32** الخاص بالتحكيم الصادر عن هيئة المحاسبة والمراجعة للمؤسسات المالية الإسلامية.

إن تأسيس المركز لم يأت من فراغ وإنما جاء بمساندة المؤسسات الدولية المشرفة على الصيرفة الإسلامية مثل البنك الإسلامي للتنمية وهيئة المحاسبة والمراجعة للمؤسسات المالية الإسلامية، والمجلس العام للبنوك والمؤسسات المالية الإسلامية، بالإضافة إلى دور دولة الإمارات المتحدة صاحبة المقر، ولقد حضر إجتماع الجمعية التأسيسية أكثر من **40** جهة إسلامية من مختلف الدول، ويعتبر

هذا المركز أحد مؤسسات البنية التحتية للصيرفة الإسلامية في جانب حل المنازعات المصرفية والمالية والتجارية[3].

المطلب الثاني :خصوصية التحكيم المصرفي الإسلامي.

التحكيم المصرفي الإسلامي له خصوصية تميزه عن القضاء بإعتباره صاحب الإختصاص الأصيل لحل النزاعات مهما كان موضوعها، وفي نفس الوقت من خلال هذا النوع من التحكيم يتم إصدار أحكام غير مخالفة للشريعة الإسلامية، وعليه للتحكيم المصرفي الإسلامي عدة خصوصيات ومميزات والتي تمثل إيجابيات بالنسبة له التي سيتم التطرق إليها وهذا بالنظر إلى التحكيم كجهة لحل النزاعات وإلى العمليات المصرفية الإسلامية.

الفرع الأول: مشروعية التحكيم

ما دام أننا في مجال الأحكام الإسلامية لابد من معرفة مشروعية التحكيم من الكتاب والسنة والإجماع.

.ز َل ْن َا إ ِل َي ْك َ ال ْك ِت َاب ِ ق َال ب ِال ّله ت َع َال ْح َ إ ِن ّا أ َن ت َح ْك ُم َ ب َي ْ َن ال َّن َاس ِ ب ِم َا أ َر َاك َ ال ّله ُ و َ لا َ ت َك ُن ْ إ ِن ْخ َائ ِن ً ف ْل ُي ْل ِ ْ ح َق ِه َا ب ً" [4] ي ُق ُول ُه أ َي ْض َا ب ً ع ْ ث ُوا ح َك َم ً ا م ِن ْ أ َه ْل ِه ِ و َ ح َك َم ً ا م ِن ْ أ َه ْل ِه َا إ ِن ْ ا إ ِص ْل َا ح ً ا ي ُو َ ف ِّق ِ ال ّله ُ ب َي ْ َن ه ُم َا إ ِن َّ ال ّله َ ك َ ع َل ِيم ً ا خ َب ِير ً ا" [5]، إن الله عز وجل قد شرع التحكيم في حق الزوجين لرأب الصدع كيان الأسرة وحفاظاً على تماسكها، وعلى المودة والرحمة بين ركنيها وهي النواة الأولى لكيان المجتمع المسلم، كان جوازه أولى فيما يقع بين أفراد المجتمع من منازعات وخصومات حفاظاً على المجتمع المسلم وتماسكه والوحدة بين أفراده، وكان أدعى إلى استقراره[6].

و من السنة: لقد كان التحكيم موجود في عصر النبوة والدليل على ذلك تحكيم رسول الله صلى الله عليه وسلم لسعد بن معاذ رضي الله عنه في بني قريظة؛ فعن أبي سعيد الخذري أنه قال "نزل أهل قريظة على حكم سعد بن معاذ فأرسل النبي صلى الله عليه وسلم إلى سعد فأتى على حمار فلما دنا من

المسجد قال الأنصار قوموا إلى سيدكم أو خيركم فقال هؤلاء، نزلوا على حكمك فقال تقتل مقاتلتهم ونسبي ذراريهم قال قضيت بحكم الله وربما قال بحكم الملك"[7] ، فوجه الدلالة لتحكيم رسول الله صلى الله عليه وسلم لسعد في بني قريظة هو أن رسول الله قبل بتحكيم بني قريظة له لما نزلت على حكمه ثم جعل الحكم فيهم إلى سعد بن معاذ برضاهم، فكان الحديث نصاً في جواز التحكيم وإلا حكم فيهم سعداً برضاهم، ولما عمل بحكم سعد فيهم، إذ أن التحكيم لو لم يكن مشروعاً لما صح حكم سعد ولما وجب تنفيذه[8].

ويوجد دليل آخر على مشروعية التحكيم في السنة النبوية هو التحكيم في أول معاهدة مكتوبة، حيث يقول الدكتور إسماعيل الأسطل والذي يعنينا في هذا المقام، ما كان خاصاً بالإتفاق على التحكيم مسبقاً، بين المسلمين كأمة واليهود كأمة، وإختياره صلى الله عليه وسلم حكماً بين الطرفين فيما سيقع من نزاع مستقبلاً، فقد جاء في كتاب العهد: "وأنه ما كان بين أهل هذه الصحيفة من حدث أو شجار يخاف فساده، فإن مرده إلى الله وإلى محمد رسول الله صلى الله عليه وسلم"، فهنا رسول الله قبل بالتحكيم فيما سيجد بينه وبين اليهود في الخصومات التي قدتحدث مستقبلاً بين الأمتين[9].

ومن الإجماع أجمع الفقهاء على جواز التحكيم، فقد أجمعوا الصحابة على جوازه ومن الآثار التي رويت عن الصحابة، روى أبو داود في سننه عن عبد الرحمان بن قيس بن محمد بن الأشعث عن أبيه عن جده قال: "إشترى الأشعث ألفا فأرسل عبد الله إليه في ثمنهم"، فقال: "إنما أخذتهم بعشرة آلاف"، فقال عبد الله: "فإختر رجلاً يكون بيني وبينك"، قال الأشعث: "أنت بيني وبين نفسك"، قال عبد الله فإني سمعت رسول الله صلى الله عليه وسلم يقول: " إذا اختلف البيِّعان وليس بينهما بيِّنةٌ فهو مايقول رب السلعة أو يترادان" [10]فقوله اختر رجلاً يكون بيني وبينك، فهذا دليل صريح على مشروعية التحكيم [11].

من خلال ما سبق يتضح لنا أن التحكيم مشروع بالكتاب الله والسنة النبوية و بالإجماع، ولقد عمل به الفقهاء المعاصرين

الفرع الثاني: خصوصية التحكيم.

التحكيم كجهة لحل المنازعات له خصوصيات تميزه عن القضاء من عدة جوانب لذلك يفضله أطراف العقد لحل المنازعات بدلاً من القضاء

أولاً - سرية إجراء التحكيم:

من المبادئ الأساسية التي يقوم عليها القضاء هو مبدأ العلانية، حيث يمكن للغير حضور جلسات المحاكمة مع نشر جداول القضايا بين الخصوم في لوحة الإعلانات الموجودة على مستوى المحاكم والمجالس القضائية وهذا من أجل تحقيق العدالة أمام المجتمع، إلا أن هذا المبدأ لا يساير أسس ومبادئ المعاملات التجارية خاصة في المجال المصرفي، وهذا نظراً لحساسية وسرية الوثائق والمعلومات والحسابات[12].

أما إجراء التحكيم يحافظ على سرية الإجراءات وعدم نشر الأحكام، وهذا ما يتناسب مع عدم إفشاء أسرار المتعاملين الإقتصاديين مثل الحسابات التجارية للتجار و رقم أعماهم .

وفي هذا، نص المركز الدولي الإسلامي للصلح والتحكيم على مبدأ السرية، حيث يفرض المركز ضمن قواعد الصلح والتحكيم التي يعتمدها إجراءات وتدابير كفيلة بالحفاظ على سرية المعلومات والبيانات والوثائق الخاصة بالنزاعات المعروضة لديه بما فيها هيئات التحكيم المعتمدة لديه بحيث لا يمكن الإفصاح عن تلك البيانات إلا للأطراف ذو الصلة.

ولقد نصت المادة السابعة **(07)** من اللائحة المتعلقة بضوابط السلوك الأخلاقي والشرعي للمصالح والمحكم والخبير، في فقرتها الرابعة على: "على المكلف الحفاظ على سرية المعلومات التي حصل عليها في إجراءات فض النزاع"، وحتى أنه لا يجوز للطرف الآخر في النزاع الإطلاع على المعلومات التي حصل عليها المحكم وهذا ما ذكرته الفقرة السادسة من نفس المادة السابقة بنصها على: "على المكلف إذا إجتمع بأي طرف بشكل منفرد خلال فض النزاع ألا ينقل بشكل مباشر أو

غير مباشر للأطراف الأخرى أي معلومات حصل عليها خلال ذلك الإجتماع دون الحصول على موافقة من أفصح عن تلك المعلومات" [13].

من خلال ما سبق يتضح لنا حرص هيئة التحكيم على سرية إجراءات التحكيم وخاصة في المجال المصرفي لأنه مرتبط بأحد مبادئ العمل المصرفي والمتمثل في السرية المصرفية، فالرابطة العقدية بين البنك والعميل توجب الإلتزام بالسرية المصرفية، والتي يمكن المحافظة عليها باللجوء إلى التحكيم لحل النزاع بدلاً من القضاء.

ثانيا- تخصص المحكمين:

تتميز العمليات المصرفية بالطابع الفني وتستخدم فيها مصطلحات قد لا تتطابق مع معناها اللغوي، لذلك كان يجب من أجل تحقيق العدالة أن يكون الشخص الذي يقوم بحل المنازعات المصرفية مختص في هذا المجال[14]، وهذا ما نجده في هيئة التحكيم التي لديها أشخاص مختصين ولهم خبرة في المجال المصرفي.

حيث نص المركز الدولي الإسلامي للصلح والتحكيم في المادة الرابعة الفقرة الأولى من اللائحة المتعلقة بضوابط السلوك الأخلاقي والشرعي للمصالح والمحكم والخبير بقوله: "لا يجوز للمكلف أن يمارس مهمته في قضية معينة إلا إذا كان يتمتع بالكفاءة العلمية والعملية الملائمة لتلبية التوقعات المعقولة من الأطراف، ومن ذلك إدراكه بالجوانب والأحكام القانونية والفنية والشرعية للمعاملات المالية الإسلامية".

وبالنسبة إلى إلتزام المحكم بتطبيق الشريعة الإسلامية نصت نفس المادة في الفقرة الرابعة على: "يضع المحكم نصب عينه رسالة المركز المتمثلة في فض النزاعات بما لا يخالف أحكام الشريعة الإسلامية".

إن تخصص المحكمين يسهل في طريقة إيجاد الحلول المناسبة والملائمة لطبيعة النزاع،خاصة إذا كان المحكمون لهم خبرة وتكوين في المجال المصرفي الإسلامي، فبدلاً من اللجوء إلى القضاء الذي نجد فيه قضاة لهم تكوين في جميع التخصصات وبعد مضي مدة معينة يتم تغيير تخصصه مما يعكس

عليه سلباً من أجل كسب خبرة في مجال معين، ومثال ذلك نجد قاضي مختص في المجال التجاري يمارس مهامهم لمدة معينة ثم يتم تحويله إلى العمل لدى قسم مختص في مجال آخر.

الفرع الثالث: خصوصية العمليات المصرفية الإسلامية.

العقود المصرفية الإسلامية تختلف عن العقود المصرفية التقليدية وهذا راجع إلى المرجعية الإسلامية التي تعتمدها البنوك الإسلامية، وإلى إعتمادها على مبدأ المشاركة في الربح والخسارة وفقاً لقاعدة الغُنم بالغُرم والتي لا نجدها في عمل البنوك التقليدية حيث تعتمد على مبدأ الفائدة (الربا).

وتوجد بعض العقود المصرفية الإسلامية لا تتعامل بها البنوك التقليدية، مثل عقد المرابحة وعقد المضاربة وعقد المزارعة وعقد إستصناع.

وكذلك مواجهة المخاطر القانونية المتعلقة بالعمليات المصرفية، إن عدم وجود مرجعية قانونية لحل النزاعات المتعلقة بالمصارف الإسلامية تتناسب مع الأحكام الشريعة الإسلامية، يشكل ذلك أكبر خطر بالنسبة لمستقبل البنوك الإسلامية، وخاصة بالنسبة للدول التي لا تطبق الشريعة الإسلامية أو ليست لها قوانين خاصة بالمنازعات المصرفية الإسلامية.

ولتفادي هذا الخطر أو المشكل يجب النص في بنود العقد في حالة وجود أي نزاع يتم عرضه على هيئة تحكيم مختصة في مجال الصيرفة الإسلامية مثل المركز الإسلامي الدولي للصلح والتحكيم، والذي أوصى الراغبين في تسوية نزاعاتهم بموجب قواعده ونظمه، بأن يدرجوا في عقودهم وإتفاقياتهم شروط التحكيم وفق الصيغة التالية: "أي نزاع ينشأ بين الطرفين عن إنعقاد أو تفسير أو تنفيذ أو فسخ أو إلغاء أو صحة أو بطلان هذه الإتفاقية (العقد) أو ما يتفرع عنهما أو يرتبط بها يحال إلى هيئة تحكيم تعيين بعدد وتر من المحكمين لتفصل في النزاع عن طريق التحكيم بحكم نهائي وملزم وفقاً لقواعد المركز الإسلامي الدولي للمصالحة والتحكيم".

فأغلب القوانين الوضعية وخاصة غير المستمدة من الشريعة الإسلامية لا تتلاءم مع طبيعة عمل المصارف الإسلامية في طريقة تحصيلها لحقوقها ولديونها، حيث يلاحظ أن العملاء وعند قيامهم

بتسديد ما عليهم من ديون لدى البنك الإسلامي تختلف عن طريقة معاملتهم مع البنوك التقليدية، ونذكر في هذا المجال الفوائد التأخيرية، والتي تعد ربا من الناحية الشرعية، حيث يحكم بها القاضي للبنك دون التفريق بين البنوك الإسلامية والتقليدية.

المبحث الثاني: الإطار التنظيمي للتحكيم المصرفي الإسلامي.

التحكيم المصرفي الإسلامي هو إتفاق بين طرفي العقد ولكي يكون صحيح يجب أن تتوافر فيه أركان العقد وهي التراضي والمحل السبب والشكلية.

بعد أن يصبح إتفاق التحكيم صحيح، وفي حالة وقوع النزاع بين الطرفين يمكن لأحد الأطراف اللجوء إلى هيئة التحكيم بإتباع الإجراءات المنصوص عليها لدى هيئة التحكيم .

المطلب الأول: أركان التحكيم المصرفي

إتفاق التحكيم هو عبارة عن عقد مثل باقي العقود لذلك يجب توافر فيه الأركان العامة للعقود، و المتمثلة في ركن التراضي، المحل، السبب وركن الشكلية.

الفرع الأول: ركن التراضي

التراضي هو توافق الإيجاب مع القبول، أما في مجال التحكيم هو إتفاق إرادة طرفي العقد على اللجوء إلى التحكيم في حالة وقوع نزاع ما بدلاً من القضاء، ويكون ذلك إما في شكل شرط يتم إدراجه في بنود العقد ويسمى في هذه الحالة بشرط التحكيم[15]، وقد يتم إبرام اتفاق مستقل بين طرفي العقد بعد حصول النزاع المتعلق بالعقد، فبدلاً أن يتم اللجوء إلى القضاء يتفق الطرفان على حل النزاع عن طريق التحكيم ويسمى هنا بمشارطة التحكيم.

والفرق بين شرط التحكيم ومشارطة التحكيم أن الأول يتم أثناء إبرام العقد ويتفق عليه الطرفان كشرط أو بند يدرج في العقد، بينما الثاني يتم بعد نشوء النزاع، أما الوجه الشبه بينهما هما كلاهما

يتفقان على اللجوء إلى إجراء التحكيم وتظهر أهمية التفرقة بين شرط التحكيم ومشارطة التحكيم في كون أن بعض القوانين الوطنية تتطلب في مشارطة التحكيم ضرورة تحديد طبيعة النزاع الذي وقع تحت طائلة بطلان الإتفاق [16].

ويتم التعبير عن الإرادة بلفظ صريح مثل ما نصت عليه قواعد المنظمة للتحكيم والخاصة بمركز الدولي الإسلامي للصلح والتحكيم بقولها: "أي نزاع ينشأ بين الطرفين عن إنعقاد أو تفسير أو تنفيذ أو فسخ أو إلغاء أو صحة أو بطلان هذه الإتفاقية أو ما يتفرع عنها أو يرتبط بها يحال إلى هيئة تحكيم بحكم نهائي وملزم وفقاً لقواعد المركز الإسلامي الدولي للمصالحة والتحكيم".

ويجب أن يكون الرضا من كلا الطرفين، فإذا اتجهت إرادة أحد الطرفين للتحكيم دون قبول الطرف الثاني أو كان عن طريق الإرادة المنفردة فهذا غير جائز، حيث نصت المادة **1011** من قانون الإجراءات المدنية والإدارية على أن التحكيم يكون بقبول الطرف الثاني حيث نصت على: "إتفاق التحكيم هو إتفاق يقبل بموجبه عرض نزاع سبق نشؤه على التحكيم"[17]، وتأكيداً على ما سبق أصدرت المحكمة الدستورية العليا عدم دستورية إجبار أحد الطرفين على التحكيم حيث قضت بعدم دستورية الفقرة الثانية من المادة **18**من قانون إنشاء بنك فيصل الإسلامي المصري التي توجب عرض كافة المنازعات التي تنشأ بين البنك وعملائه على التحكيم مؤكدة بذلك أنه لا يجوز للمشرع أن يفرض التحكيم قصراً على أشخاص لا يسعون إليه ويأبون الدخول فيه، المحكمة الدستورية العليا **17** ديسمبر **1994** ، القضية رقم **13** .

ويشترط في التراضي توفر أهلية التصرف وهي طبقاً للقواعد العامة في القانون الجزائري **19**سنة كاملة بالنسبة للشخص الطبيعي، أما الشخص الإعتباري فمتى اكتسب الشخصية المعنوية يكتسب أهلية التصرف، غير أن الأشخاص المعنوية العامة لا يمكن لها اللجوء إلى التحكيم إلا في علاقاتها الإقتصادية الدولية أو في إطار الصفقات العمومية وهذا حسب المادة **1006** من الفقرة الثالثة من قانون الإجراءات المدنية والإدارية، أما الأشخاص المعنوية الخاصة فلها المطلق الحرية في اللجوء إلى التحكيم مثل البنوك والمؤسسات المالية.

الفرع الثاني: المحل

محل التحكيم هو موضوع المنازعة أو المنازعات التي يطرحها إتفاق التحكيم على هيئة التحكيم[18]، وإن موضوع النزاع يجب أن يكون من الأمور التي يجوز فيها التحكيم ومن الأفضل في نطاق التحكيم التجاري الدولي وأن تكون المنازعة متعلقة بمعاملة تجارية دولية، وأن لا يكون موضوع النزاع من المواضيع التي تخالف النظام العام أو حالة الأشخاص وأهليتهم وهو ما نصت عليه المادة **1006** الفقرة الثانية من قانون الإجراءات المدنية والإدارية حيث نصت على ما يلي: "لا يجوز التحكيم في المسائل المتعلقة بالنظام العام أو حالة الأشخاص وأهليتهم"، المادة جاءت صريحة لتحديد مجال التحكيم، حيث لا يجوز التحكيم في المسائل المتعلقة بالنظام العام والذي يقصد به ما يتعلق بالنظم العليا للمجتمع وما يمس نسيجه الإجتماعي والسياسي و الإقتصادي ويخل بقيمه العقائدية والأخلاقية، أما حالة الأشخاص فتتمثل في مسائل الطلاق أو ثبوت النسب أو تقسيم التركة أو الأهلية مثل تناول مسائل تتعلق بناقصي الأهلية ومسألة الحجر [19].

كذلك لا يجوز التحكيم في المسائل الجزائية والحقوق المالية الناشئة عنها، فلا وجود للتحكيم بين الأفراد والنيابة العامة، ولا يمكن أن يؤثر التحكيم على سير الدعوى الجنائية [20].

أما في مجال التحكيم المصرفي الإسلامي فلقد نصت هيئة المحاسبة والمراجعة للمؤسسات المالية الإسلامية ضمن المعيار **32 /7** على مجال التحكيم بقولها: "يجوز التحكيم في كل ما يصلح لكل واحد من الطرفين ترك حقه فيه و لا يجوز التحكيم كل ما هو حق لله تعالى مثل الحدود، ما يستلزم الحكم فيه إثبات حكم أو نفيه بالنسبة لغير المحتكمين، إذا قضى المحكم فيما لا يجوز فيه التحكيم فحكمه باطل ولا ينفذ" [21].

الفرع الثالث: السبب

السبب هو الباعث الدافع الأطراف لحل المزاع عن طريق التحكيم بدلاً من القضاء، ولكي يكون السبب صحيح لابد أن يكون مشروع غير مخالف للنظام العام وغير مخالف للقوانين المنظمة له، فلا يجوز اللجوء إلى التحكيم في المسائل الجزائية من أجل التهرب من العقاب.

أما السبب الجوهري من وراء اللجوء إلى التحكيم وخاصة في المسائل التجارية هو المحافظة على العلاقات التجارية والإقتصادية بين الأطراف، وبغية التشجيع على الإستثمار وكذلك سرعة ومرونة إجراءات التحكيم، وإن اللجوء إلى القضاء قد يزيد الهوة بين أطراف النزاع ولا يحافظ على السمعة التجارية لكل طرف.

الفرع الرابع : الشكلية

يجب أن يرد إتفاق التحكيم مكتوباً وهو ما نصت عليه أغلب التشريعات الوطنية والإتفاقيات الدولية، وهو ما أكدته القواعد الصادرة عن المركز الإسلامي الدولي للصلح والتحكيم بإلزامية كتابة إتفاق التحكيم، وهذا كي لا يقع لبس في اللجوء إلى التحكيم بإعتباره إجراء استثنائي.

وكذلك نص المشرع الجزائري على وجوب الكتابة في مادتين 1008 و1012 من قانون الإجراءات المدنية والإدارية، حيث نصت المادة 1008 على: "يثبت شرط التحكيم تحت طائلة البطلان بالكتابة في الإتفاقية الأصلية أو في الوثيقة التي تستند إليها.

يجب أن يتضمن شرط التحكيم تحت طائلة البطلان تعيين المحكم أو المحكمين أو تحديد كيفيات تعيينهم"

أما المادة 1012 نصت على ما يلي: "يحصل الإتفاق على التحكيم كتابياً ، يجب أن يتضمن إتفاق التحكيم تحت طائلة البطلان موضوع النزاع وأسماء المحكمين أو كيفية تعيينهم"

من خلال المادتين السابقتين يتضح لنا أن المادة 1008 تطرقت إلى شرط التحكيم وإعتبرت أن الكتابة وسيلة للإثبات وليس ركن لإنعقاد إتفاق التحكيم، أما المادة 1012 نصت على مشارطة التحكيم واعتبرت أن الكتابة هي ركن لإنعقاد إتفاق التحكيم مع تحديد طبيعة النزاع.

ومدام أن التحكيم يعد طريق إستثنائي لحل النزاعات فلا بد أن يكون إتفاق التحكيم مكتوباً وهذا طبقاً للقاعدة القانونية أن الاستثناء يكون بنص صريح.

المطلب الثاني: إجراءات التحكيم وتنفيذ أحكامه

إن إجراءات التحكيم تختلف حسب نوع التحكيم، فالتحكيم المؤسسي تكون الإجراءات جاهزة ومنصوص عليها مسبقاً عكس التحكيم الحر.

وإن المركز الإسلامي الدولي للصلح والتحكيم نص على مجموعة من الإجراءات التي يجب على أطراف النزاع إتباعها مع إمكانية اختيار المحكمين والقانون الواجب التطبيق.

وطبقاً للمادة التاسعة من القواعد المنظمة للتحكيم والخاصة بالمركز الإسلامي الدولي للمصالحة والتحكيم يجب على المحتكم أن يقدم الطلب مكتوباً إلى الأمين العام، والذي يحتوي على إسمه ولقبه وصفته وجنسيته وعنوانه وإسم المحتكم ضده ولقبه وصفته وجنسيته وعنوانه، مع بيان النزاع ووقائعه وأدلته مع تحديد الطلبات، ويتم تحديد إسم المحكم المختار مع إتفاق التحكيم وكافة الوثائق المتعلقة بالنزاع.

وبعد تلقي طلب التحكيم يقوم الأمين العام بإشعار مقدم الطلب بتسلمه له وإخطار المحتكم ضده بنسخة منه خلال سبعة أيام من تسلمه لهذا الطلب بكتاب مسجل بعلم الوصول.

وتجسيداً لمبدأ العدالة يمكن للمحتكم ضده أن يقدم خلال عشرين يوماً من تاريخ إخطاره بالطلب مذكرة جوابية يتضمن دفوعه وطلباته المقابلة إن وجدت مشفوعة بما لديه من الوثائق والأدلة وعليه أن يختار محكماً ويمكن له أن يستفيد من مهلة إضافية بناءً على طلبه بشرط أن لا تزيد عن عشرين يوماً [(22)].

وقبل مباشرة التحكيم على الأطراف توقيع وثيقة التحكيم، وفي حالة إذا لم يعين المحتكم والمحتكم ضده المحكم يتولى الأمين العام تعيين المحكم لكلا الطرفين.

وبعد تعيين المحكمين من طرف المحتكم والمحتكم ضده يجب على المحكمين تعيين محكم ثالث يكون هو رئيس هيئة التحكيم، مع توقيع عقد إلتزام بالحيادية والسرية والإلتزام بالمدة المحدودة لحل النزاع.

أما عن جلسات المرافعة فيجب عقد جلسة واحدة على الأقل ويتم من خلالها دراسة الوثائق والمستندات، ويمكن أن تكون جلسات المرافعة شفوية حيث تقوم الهيئة بتبليغ الطرفين قبل الجلسة بتاريخ إنعقاد الجلسة ومكانها.

وفي الإثبات بشهادة الشهود يقوم الطرف الذي يقع عليه عبء الإثبات بإبلاغ الهيئة والطرف الآخر قبل إنعقاد جلسة أداء الشهادة بسبعة أيام على الأقل، بأسماء الشهود الذين يعتزم تقديمهم وعناوينهم والمسائل التي سيدلي بها هؤلاء الشهود وشهادتهم فيها واللغة المستخدمة في أداء الشهادة، وللهيئة تحديد الطريقة التي يستجوب بها الشهود، على أن تكون جلسات المرافعة وسماع الشهود سرية.

أما عن القانون الواجب التطبيق، فعلى المحكمين الإلتزام بالقانون الذي إختاره أطراف النزاع بشرط أن لا تتعارض أحكامه مع الشريعة الإسلامية، وفي حالة عدم إختيار القانون الواجب التطبيق وعدم ذكره في شرط التحكيم أو في مشارطة التحكيم، فهنا على هيئة التحكيم إختيار القانون الأنسب لطبيعة النزاع مثل قانون بلد إبرام العقد أو تنفيذه، وحتى أنه يمكن الاستعانة بالأعراف التجارية مع إستبعاد الأحكام أو النصوص المخالفة للشريعة الإسلامية.

وبعد قفل باب المرافعة وإنتهاء مدة تقديم المذكرات الكتابية، تجتمع الهيئة للمداولة وإصدار الحكم بالأغلبية على أن تكون أقصى مدة إصدار الحكم هي 06 أشهر من تاريخ إحالة ملف القضية على الهيئة.

ويجب أن يكون الحكم الصادر من الهيئة مسبباً ، وأن يتضمن اتفاق التحكيم وأسماء المحكمين وتوقيعاتهم وأسماء الأطراف وتاريخ الحكم ومكان صدور ووقائع الدعوى وطلبات الخصوم وموجز دفوعهم والرد عليها والطرف الذي يتحمل المصاريف والأتعاب كلياً أو جزئياً ، ويكون الحكم الصادر

من الهيئة ملزماً ونهائياً أي غير قابل للطعن ويكون قابل للتنفيذ في بلد طالب التحكيم، حيث نصت المادة **1035** من قانون الإجراءات المدنية والإدارية على: "يكون حكم التحكيم النهائي أو الجزئي أو التحضيري قابلا للتنفيذ بأمر من قبل رئيس المحكمة التي صدر في دائرة إختصاصها"، ومعنى ذلك أن المشرع الجزائري يقبل تنفيذ الأحكام الصادرة عن هيئات التحكيم ولكنه يمكن للقاضي رفض التنفيذ الحكم أو الإعتراف به وذلك في الحالات التالية حسب المادة **1056** :

"- إذا فصلت محكمة التحكيم بدون إتفاقية تحكيم أو بناء على إتفاقية باطلة أو إنقضاء مدة الإتفاقية؛

- إذا كان تشكيل محكمة التحكيم أو تعيين المحكم الوحيد مخالفا للقانون؛
- إذا فصلت محكمة التحكيم بما يخالف المهمة المسندة إليها؛
- إذا لم يراع مبدأ الوجاهية؛
- إذا لم تسبب محكمة التحكيم حكمها، أو إذا وجد تناقض في الأسباب؛
- إذا كان حكم التحكيم مخالفا للنظام العام الدولي".

خاتمة:

نستنتج أنالتحكيم يعتبر أحد الوسائل لحل النزاعات بدلاً من القضاء، وهو مناسب للمنازعات المصرفية الإسلامية خاصة في ظل وجود قوانين وضعية لا تراع طبيعة البنوك الإسلامية وإختلافها عن البنوك التقليدية، فالقاضي قد لا يميز بينهما ويطبق عليهما قانون واحد في قضية واحدة.

وعليه اللجوء إلى التحكيم المصرفي الإسلامي يعد أحد الحلول التي جاء بها المشرفون على البنوك الإسلامية من أجل عدم مخالفة أحكام الشريعة الإسلامية وكذلك من أجل تفادي المخاطر القانونية التي توجهها، وإن وجود مركز للتحكيم مثل المركز الإسلامي الدولي للصلح والتحكيم يعتبر إنجاز ونجاح للمنظومة المصرفية الإسلامية، حيث يهدف إلى توحيد الجهود لحل المنازعات المصرفية وفق قانون نموذجي للتحكيم المصرفي الإسلامي.

إن القانون النموذجي المناسب للتحكيم في مجال الصيرفة الإسلامية، هو وجود هيئة أو مركز يختص بحل المنازعات المصرفية من أجل تمكين كافة المتعاملين في الصناعة المالية الإسلاميةسواء كانوا أشخاص طبيعيين أو إعتباريين من فض نزاعاتهم المصرفية والمالية والتجارية عبر التحكيم المؤسسي المتخصص والقادر على التكييف الشرعي والقانوني السليم للمعاملات المالية مثل المركز الدولي الإسلامي للصلح والتحكيم بدبي الذي إستطاع في فترة وجيزة أن يأخذ مكانة دولية في حل المنازعات المصرفية الإسلامية.

إن المشرع الجزائري تطرق إلى التحكيم وإجراءاته بإسهاب، ومعنى ذلك وجود إطار قانوني للتحكيم، وهذا ما يسهل من تطبيق وتجسيد التحكيم المصرفي الإسلامي بوجود هيئة متخصصة في هذا المجال.

وتجسيداً ولنجاح تجربة المركز السابق لابد من فتح فروع لهذا المركز في مختلف الدول التي تمارس فيها البنوك الإسلامية نشاطها وخاصة في الدول التي لا تميز قوانينها بين البنوك الإسلامية والبنوك التقليدية.

الهوامش:

1- عباس عبد القادر، التحكيم التجاري الدولي وآثارها، مجلة الحقوق والعلوم الإنسانية، المجلد **09**، العدد **04**، جامعة زيان عاشور الجلفة، **2016**،ص**318**

2- لزهر بن سعيد، التحكيم التجاري الدولي،دار هومة، د طبعة، الجزائر، **2012**، ص**32**

3 - الموقع لرسمي لمركز الإسلامي الدولي للصلح والتحكيم: أطلع عليه يوم **2019/12/12**/https://www.iicra.com/ar/about-iicra

4- الآية **105** من سورة النساء

5- الآية **35** من سورة النساء

6- قديري محمد محمود، التحكيم في ضوء أحكام الشريعة الإسلامية، دار الصميعي، الرياض- السعودية، **1430**هـ-**2009**، ص**47-48**

- رواه عن أبي سعيد خذري الإمام أحمد في مسنده، الجزء الثالث، ص **22 7**

- قديري محمد محمود، المرجع السابق، ص **54 8**

9- الموقع لرسمي لمركز الإسلامي الدولي للصلح والتحكيم: أطلع عليه يوم **2019/12/12**/https://www.iicra.com/ar/about-iicra

- قديري محمد محمود، المرجع السابق، ص **58 10**

11 - سنن أبو داود

12- صبرينة جبايلي، أثر التحكيم على خصوصية العقد الإداري، أطروحة دكتوراه علوم،كلية الحقوق والعلوم السياسية، جامعة العربي بن المهيدي أم البواقي، **2016-2017**، ص **17**

13- قديري محمد محمود، المرجع السابق، ص**60**

14- إخلاص حميد حمزة الجوراني، التحكيم في العمليات المصرفية، كلية المأمون، مجلة الجامعة العراقية،عدد**01/38**، العراق، **2017**، ص**531**

15- فوزي محمد سامي، التحكيم التجاري الدولي، دار الثقافة، الطبعة الثالثة، عمان-الأردن،**2008**، ص**122.**

16- عباس عبد القادر، المرجع السابق، ص **158**

17- نصت المادة **1011** من قانون الإجراءات المدنية والإدارية على أن التحكيم يكون بقبول الطرف الثاني حيث نصت على**:** "اتفاق التحكيم هو اتفاق يقبل بموجبه عرض نزاع سبق نشؤوه على التحكيم" وتأكيداً على ما سبق أصدرت المحكمة الدستورية العليا عدم دستورية إجبار أحد الطرفين عل التحكيم حيث قضت بعدم دستورية الفقرة الثانية من المادة **18** من قانون إنشاء بنك فيصل الإسلامي المصري التي توجب عرض كافة المنازعات التي تنشأ بين البنك وعملائه على التحكيم " مؤكدة بذلك أنه لا يجوز للمشرع ان يفرض التحكيم قصراً على أشخاص لا يسعون إليه ويأبون الدخول فيه، المحكمة الدستورية العليا **17** ديسمبر **1994** ، القضية رقم **13**

18- أحمد السيرصاوي، التحكيم طبقاً للقانون رقم **27** لسنة **1994** وأنظمة التحكيم الدولية ، المؤسسة للطباعة،مصر، **2002**، ص**39**

19- حيث نصت المادة **1006** الفقرة الثانية على ما يلي**:** "لا يجوز التحكيم في المسائل المتعلقة بالنظام العام أو حالة الأشخاص وأهليتهم" المادة جاءت صريحة لتجديد مجال التحكيم، حيث لا يجوز التحكيم في المسائل المتعلقة بالنظام العام والذي يقصد به ما يتعلق بالنظم العليا للمجتمع وما يمس نسيجه الاجتماعي والسياسي والاقتصادي ويخل بقيمه العقائدية والأخلاقية، أما حالة الأشخاص فتتمثل في مسائل الطلاق أو ثبوت النسب أو تقسيم التركة أم الأهلية مثل تناول مسائل تتعلق بناقصي الأهلية ومسألة الحجر.

20- فريجه حسين، التحكيم بين الشريعة الإسلامية والقوانين الوضعية، مجلة الحقيقة، المجلد **10**، العدد **18**، جامعة أحمد دراية، أدرار، **2011**، ص **245**

21- المعايير الشرعية للمؤسسات المالية الإسلامية، المعيار رقم **32**

22- الموقع لرسمي لمركز الإسلامي الدولي للصلح والتحكيم**:** أطلع عليه يوم **2019/12/12** **https://www.iicra.com/ar/about-iicra/**

قائمة المصادر و المراجع المعتمد عليها**:**

أولا- المصادر**:**

- القرآن الكريم
- السنة النبوية

ثانياً - المراجع**:**

الكتب:

- أحمد السيرصاوي، التحكيم طبقاً للقانون رقم **27** لسنة **1994** وأنظمة التحكيم الدولية، المؤسسة للطباعة، مصر، **2002.**

- قديري محمد محمود، التحكيم في ضوء أحكام الشريعة الإسلامية، دار الصميعي، الرياض- السعودية، 1430هـ-2009.
- لزهر بن سعيد، التحكيم التجاري الدولي،دار هومة، د طبعة، الجزائر، 2012.

المقالات:

- إخلاص حميد حمزة الجوراني، التحكيم في العمليات المصرفية، كلية المأمون، مجلة الجامعة العراقية،عدد01/38، العراق، 2017.
- عباس عبد القادر، التحكيم التجاري الدولي وآثارها، مجلة الحقوق والعلوم الإنسانية، المجلد 09، العدد 04، جامعة زيان عاشور الجلفة، 2016.
- - فريجه حسين، التحكيم بين الشريعة الإسلامية والقوانين الوضعية، مجلة الحقيقة، المجلد 10، العدد 18، جامعة أحمد دراية أدرار، 2011.

الأطروحات:

- صبرينة جبايلي، أثر التحكيم على خصوصية العقد الإداري، أطروحة دكتوراه علوم،كلية الحقوق والعلوم السياسية، جامعة العربي بن المهيدي أم البواقي، 2016-2017

النصوص القانونية:

- الأمر رقم 08-09 المؤرخ في 18 صفر 1429 الموافق 25 فبراير2008 المتضمن قانون الإجراءات المدنية والإدارية الجزائري، ج ر، عدد 21 المؤرخة 23 أبريل 2008.
- المعايير الشرعية، هيئة المحاسبة والمراجعة للمؤسسات المالية الإسلامية، مكتبة الملك فهد الوطنية، المنامة- البحرين، صفر 1439 الموافق أبريل 2017.

مواقع الإنترنت:

- الموقع الرسمي لمركز الإسلامي الدولي للصلح والتحكيم: أطلع عليه يوم 2019/12/12 https://www.iicra.com/ar/about-iicra/