التحكيم بين الوكالة والولاية وتطبيقاته في المالية الإسلامية
دراسة فقهية مقارنة مع القانون السوري

إعداد

عبد الحنان العيسى بن محمد

رسالة مقدمة لنيل درجة الدكتوراه في الفقه وأصول الفقه

كلية معارف الوحي والعلوم الإنسانية
الجامعة الإسلامية العالمية ماليزيا

يوليو ٢٠١٦م

ملخص البحث

يتناول هذا البحث "التحكيم بين الوكالة والولاية وتطبيقاته في الماليَّة الإسلاميَّة: دراسة فقهية مقارنة مع القانون السوري"، وتُبيَّن هذه الدراسة ماهية التحكيم، هل هي وكالة أم ولاية، وما طبيعة عمل المحكِّم، حيث اكتنفها الغموض، فالتبس الفهم على العاملين في هذا المجال، وعلى فقهاء القانون الوضعي، وفقهاء المسلمين، واعتمد على الباحث المنهج الاستقرائي، والتحليلي، والمقارن، فتناولت الدراسة مفهوم التحكيم، ومشروعيته، وأهميته بين الفقه الإسلامي والقانون السوري، ثم تطرقت الدراسة في الباب الثالث لأحكام كلٍ من الوكالة، والولاية (ولاية القضاء)، وما يتميز به التحكيم عنهما من ضوابط وأحكام، وتُبيّن الدراسة في الباب الرابع تكييف طبيعة التحكيم، وعمل المحكِّم، والآثار التي ترتبت على ذلك من حيث التعيين، والعزل، والصلاحيات، وسير العملية التحكيمية، وصدور حكم التحكيم، وفي الباب الخامس والأخير استعرضت الدراسة تطبيقات التحكيم في الماليَّة الإسلاميّة من خلال تجربة المركز الإسلامي الدولي للمصالحة والتحكيم في دُبي، ودور المحكّم في إعادة تكييف الالتزامات التعاقدية، وتوصلت الدراسة لعددٍ من النتائج، أهمها: يعد التحكيم الوسيلة المفضَّلة لفضِّ نزاعات المؤسسات المالية الإسلامية، كون الأطراف باستطاعتهم اختيار الشريعة الإسلامية كقانونٍ موضوعيٍّ لتطبيقه على النزاع، والتي تتلاءم مع الطبيعة التي قامت على أساسها هذه المؤسسات. وطبيعة التحكيم باعتبار محله: هو ولاية قضائية جزئية، للفصل في نزاعاتٍ محددةٍ، من حيث الأشخاص، والموضوع، والزمان، والمكان، وباعتبار صفته: عقد التحكيم يعد عقداً لازماً، وأما الاتفاق بين الأطراف والمحكِّم لتولّي مهمة التحكيم، هو من جهةٍ عقداً جائز بحقِّ أطراف التحكيم مجتمعين، والمحكِّم، ومن جهةٍ هو لازم بحقِّ الأطراف منفردين تجاه المحكِّم.

ABSTRACT

The study discusses the concept of arbitration, its legitimacy, and its importance in Islamic jurisprudence and the Syrian law. The study defines arbitration, whether it is Proxy or Guardianship, the nature of the arbiter's function since ambiguity surrounds it and leads to vagueness in the understanding of those who work in the field including the jurists of secular law and Muslim jurists. The study also sheds light on the injunctions of both proxy and guardianship and the distinguishing injunctions and parameters that sets arbitration apart. Moreover, it discusses the adaptation of the nature of arbitration and the function of the arbiter. The implications resulting from adapting the nature of the arbiter's function in terms of appointment, termination, mandate, and the progress of the arbitration process and the issuance of the arbiter's decision are also examined. The last chapter of the study reviews the applications of arbitration in Islamic finance through the experience of the International Islamic Centre for Reconciliation and Arbitration (IICRA) in Dubai and the role of the arbiter in readapting the contractual obligations. The researcher adopted the methods of inductive, analytical, and comparative. The study finds that arbitration is the best mechanism to resolve the disputes of Islamic financial institutions, since the parties to the dispute can choose Sharia as the law to be applied to the dispute, which is in line with the nature upon which these institutions are established.

APPROVAL PAGE

The thesis of Abdul Hanan Alissa has been approved by the following:

_____

Younes Soualhi
Supervisor

_____

Arif Ali Arif
Internal Examiner

_____

Ahmad Ben Sulaiman Al -Rabish
External Examiner

_____

Abdullah Khalil Al-Jabury
External Examiner

_____

Feham Md Ghalib
Chairman

DECLARATION

I hereby declare that this dissertation is the result of my own investigations, except where otherwise stated. I also declare that is has not been previously or concurrently submitted as a whole for any other degrees at IIUM or other institutions.

Abdul Hanan Alissa

Signature: ……..……..…… Date: …...…….

الجامعة الإسلامية العالمية–ماليزيا

إقرار بحقوق الطبع وإثبات مشروعية استخدام الأبحاث غير المنشورة

حقوق الطبع ٢٠١٦م محفوظة لـ: عبد الحنان العيسى بن محمد

التحكيم بين الوكالة والولاية وتطبيقاته في المالية الإسلامية
دراسة فقهية مقارنة مع القانون السوري

لا يجوز إعادة إنتاج أو استخدام هذا البحث غير المنشور في أي شكل وبأي صورة (آلية كانت أو إلكترونية أو غيرها) بما في ذلك الاستنساخ أو التسجيل، من دون إذن مكتوب من الباحث إلا في الحالات الآتية:

١- يمكن للآخرين اقتباس أية مادة من هذا البحث غير المنشور في كتابتهم بشرط الاعتراف بفضل صاحب النص المقتبس وتوثيق النص بصورة مناسبة.
٢- يكون للجامعة الإسلامية العالمية بماليزيا ومكتبتها حق الاستنساخ (بشكل الطبع أو بصورة آلية) لأغراض مؤسساتية وتعليمية، ولكن ليس لأغراض البيع العام.
٣- يكون لمكتبة الجامعة الإسلامية العالمية بماليزيا حق استخراج نسخ من هذا البحث غير المنشور إذا طلبتها مكتبات الجامعات ومراكز البحوث الأخرى.
٤- سيزود الباحث مكتبة الجامعة الإسلامية العالمية بماليزيا بعنوانه مع إعلامها عند تغير العنوان.
٥- سيتم الاتصال بالباحث لغرض الحصول على موافقته على استنساخ هذا البحث غير المنشور للأفراد من خلال عنوانه البريدي أو الإلكتروني المتوفر في المكتبة. وإذا لم يجب الباحث خلال عشرة أسابيع من تاريخ الرسالة الموجهة إليه، ستقوم مكتبة الجامعة الإسلامية العالمية بماليزيا باستخدام حقها في تزويد المطالبين به.

أكد هذا الإقرار: عبد الحنان العيسى بن محمد

التوقيع:..... التاريخ: .....

إلى الشمعة التي احترقت لكي تنير الدرب لي ...

والدتي الغالية تغمدها الله بواسع رحمته ...

إلى الذي يؤثر على نفسه ولو كان به خصاصة، المحب للعلم والمشجع عليه...

والدي الفاضل أمد الله بعمره...

إلى من وقف بجانبي وشجعني على مواصلة رحلتي مع العلم والبحث العلمي...

إلى كل من أنار دربي بنصيحة، أو بتشجيع، أو بمد يد العون لي...

أخوتي وزملائي بالعمل وأساتذتي...

الشكر والتقدير

الشكر والثناء والحمد لله رب العالمين، الذي وهبنا العقل والصحة وأنعم علينا بدين الإسلام، والصلاة والسلام على معلم الإنسانية، وقدوتها، بقدر ما ذكره الذاكرون، وغفل عن ذكره الغافلون...

والشكر للجامعة الإسلامية العالمية بماليزيا، منارة العلم، والتي أخذت على عاتقها نشر العلم بمعايير عصرية وفق منظور إسلامي، وأخص بالشكر السادة العلماء الأفاضل، القائمين على كلية معارف الوحي وقسم الفقه وأصول الفقه.

وأخص بالذكر أستاذي الفاضل الدكتور المشارك يونس صوالحي الذي شرَّفني بقبوله الإشراف على رسالتي، والذي خصني بجزء من وقته الثمين، فأسدى لي النصح، ووجهني، ولم يبخل علي بأي جهد، فكان مثال العالم المتواضع، كما أشكر المربي الفاضل البروفيسور عارف علي عارف، ورؤساء قسم الفقه المتعاقبين الدكتور عزمان محمد نور، والدكتور صبري زكريا، اللذين لم يبخلوا عليَّ بالنصح والإرشاد، وتذليل كل الصعوبات التي واجهتني، حتى أكمل هذا البحث، فنسأل الله أن يجعل ذلك في ميزان حسناتهم جميعاً، وأن يجعلهم دائماً في خدمة الشريعة، وعلومها وقضاياها، جزاهم الله جميعاً عنَّي كل خير.

كما أشكر كل من شجعني على إتمام التحصيل العلمي، وأخص بالذكر الدكتور عبد الستار الخويلدي، الأمين العام للمركز الإسلامي الدولي للمصالحة والتحكيم في دبي، الذي أمدني بأحكام تحكيم صادرة عن المركز أغنت البحث.

كما أتوجه بخالص شكري وتقديري للجنة الحكم والمناقشة، والتي تفضلت مشكورة بقبول تحكيم البحث، وإسداء النصح والإرشاد.

فهرس محتويات البحث

ملخص البحث ..... ب

ملخص البحث باللغة الانجليزية ..... ج

صفحة القبول ..... د

صفحة التصريح ..... ه

صفحة الإقرار بحقوق الطبع ..... و

الإهداء ..... ز

الشكر والتقدير ..... ح

الباب الأول: المدخل إلى البحث ١

المقدمة ١

مشكلة البحث: ٥

أسئلة البحث: ٦

أهداف البحث: ٧

أهمية البحث: ٨

حدود البحث: ٨

منهج البحث: ٩

الدِّراسات السابقة: ٩

الباب الثاني: مفهوم التحكيم ومشروعيته بين الفقه الإسلامي والقانون السوري ٢٣

الفصل الأول: تعريف التحكيم ومشروعيَّته وطبيعته وأنواعه ومزاياه والمسائل التي لا يجوز التحكيم فيها ٢٤
المبحث الأول: تعريف التحكيم ومشروعيته ٢٤
المطلب الأول: تعريف التحكيم ٢٥
الفرع الأول: تعريف التحكيم لغةً ٢٥
الفرع الثاني: تعريف التحكيم اصطلاحاً ٢٦
المطلب الثاني: مشروعية التحكيم ٢٧
الفرع الأول: مشروعية التحكيم في القرآن الكريم ٢٧
الفرع الثاني: مشروعية التحكيم في السنَّة النبويَّة ٢٨
الفرع الثالث: مشروعية التحكيم في الإجماع ٣٠
المبحث الثاني: طبيعة التحكيم وأنواعه ٣٣
المطلب الأول: طبيعة التحكيم: ٣٣
المطلب الثاني: أنواع التحكيم: ٣٥
المبحث الثالث: محل التحكيم ومزايا التحكيم ٣٨
المطلب الأول: المسائل التي يجوز التحكيم فيها (محلُّ التحكيم) ٣٨
الفرع الأول: في الشريعة الإسلاميَّة ٣٨
الفرع الثاني: في القانون السوري: ٤١
المطلب الثاني: مزايا التحكيم ٤٣
الفرع الأول: مزايا التحكيم العامة ٤٣
الفرع الثاني: مزايا التحكيم في فض النزاعات الماليَّة الإسلاميَّة ٤٧
الفصل الثاني: تعريف اتفاق التحكيم، وصوره وأركانه وشروطه ٤٩
المبحث الأول: اتفاق التحكيم ٤٩
المطلب الأول: تعريف اتفاق التحكيم ٤٩
المطلب الثاني: طرفا اتفاق التحكيم ٥٠

الفرع الأول: في الشريعة الاسلامية ٥٠
الفرع الثاني: في القانون..... ٥١
المبحث الثاني: صور اتفاق التحكيم ٥١
المطلب الأول: في الشريعة الإسلامية ٥١
المطلب الثاني: في القانون..... ٥٢
المبحث الثالث: أركان وشروط اتفاق التحكيم وامتداه للغير..... ٥٣
المطلب الأول: أركانه وشروطه..... ٥٣
الفرع الأول: أركانه ٥٣
الفرع الثاني: شروطه ٥٧
المطلب الثاني: مدى امتداد التحكيم للغير ٥٨
الفرع الأول: في الشريعة الإسلاميَّة ٥٨
الفرع الثاني: في القانون..... ٦٠
الفصل الثالث: المحكِّم تعريفه وشروط تعيينه ومسؤوليته وتشكيل هيئة التحكيم، وسلطاتها..... ٦٣
المبحث الأول: المحكِّم..... ٦٣
المطلب الأول: تعريفه وتعيينه وقبوله مهمة التحكيم..... ٦٤
الفرع الأول: تعريف المحكِّم..... ٦٤
الفرع الثاني: تعيينه ٦٤
المطلب الثاني: شروط المحكِّم..... ٦٥
الفرع الأول: في الشريعة الإسلاميَّة ٦٥
الفرع الثاني: في القانون..... ٦٨
المطلب الثالث: مسؤولية المحكِّم..... ٦٩
المبحث الثاني: هيئة التحكيم ٧٠
المطلب الأول: تعريفها وتشكيلها ٧٠
الفرع الأول: تعريفها..... ٧٠

الفرع الثاني: تشكيل هيئة التحكيم ٧١
المطلب الثاني: اعتزال وعزل المحكِّم..... ٧٢
الفرع الأول: العزل في الشريعة..... ٧٢
الفرع الثاني: العزل في القانون..... ٧٤
الفصل الرابع: إجراءات سير خصومة التحكيم، والقرارات الصادرة، وبطلانها وتنفيذها ٧٧
المبحث الأول: إجراءات سير خصومة التحكيم وانقطاعها..... ٧٧
المطلب الأول: إجراءات سير الخصومة..... ٧٨
المطلب الثاني: انقطاع سير الخصومة ٨٠
المبحث الثاني: القرارات الصادرة عن هيئة التحكيم ٨٢
المطلب الأول: القرارات الإعدادية أو التمهيدية..... ٨٢
المطلب الثاني: القرارات النهائية..... ٨٣
الفرع الأول: القرارات المنهية للخصومة المتخذة خلال سير الإجراءات:..... ٨٣
الفرع الثاني: القرار النهائي المنهي للخصومة: ٨٣
الفرع الثالث: القرارات التي تتخذها هيئة التحكيم بعد انتهاء الخصومة: ٨٦
المبحث الثالث: لزوم الحكم(تنفيذه) وبطلانه ٨٨
المطلب الأول: لزوم الحكم(تنفيذه)..... ٨٨
الفرع الأول: التنفيذ في الشريعة: ٨٨
الفرع الثاني: التنفيذ في القانون ٩٠
المطلب الثاني: بطلان التحكيم ونقضه..... ٩١

الفرع الأول: نقض الحكم في الشريعة: ٩١
الفرع الثاني: نقض الحكم(بطلانه) في القانون: ٩٢

الباب الثالث: أحكام الوكالة والولاية في الفقه الإسلامي والقانون السوري..... ٩٦

الفصل الأول: الوكالة تعريفها ومشروعيتها وأركانها وشروطها وطبيعتها وأنواعها وانتهائها ٩٧

المبحث الأول: تعريف الوكالة ومشروعيتها ٩٧
المطلب الأول: تعريف الوكالة ٩٧
الفرع الأول: لغةً ٩٧
الفرع الثاني: اصطلاحاً ٩٩
المطلب الثاني: مشروعية الوكالة ١٠١
الفرع الأول: في القرآن الكريم ١٠١
الفرع الثاني: في السنَّة المطهرة ١٠١
الفرع الثالث: في الاجماع والمعقول ١٠٢
المبحث الثاني: أركان الوكالة ١٠٣
المطلب الأول: الصيغة ١٠٣
المطلب الثاني: العاقدين ١٠٤
الفرع الأول: الموكِّل ١٠٤
الفرع الثاني: الوكيل ١٠٥
المطلب الثالث: محل الوكالة ١٠٨
الفرع الأول: ما يجوز التوكيل فيه ١٠٨
الفرع الثاني: ما لا يجوز التوكيل فيه ١٠٩
الفرع الثالث: ما هو محل خلاف لدى الفقهاء ١١٠
المبحث الثالث: طبيعة الوكالة وأنواعها وحكمها وحالات انتهائها ١١٦

المطلب الأول: طبيعة الوكالة وصفتها ١١٦
المطلب الثاني: أنواع الوكالة..... ١١٧
الفرع الأول: أنواع الوكالة باعتبار المحلِّ:..... ١١٧
الفرع الثاني: أنواع الوكالة باعتبار صفتها: ١١٩
المطلب الثالث: أحكام الوكالة:..... ١١٩
المطلب الرابع: حالات انتهاء الوكالة..... ١٢٥
الفصل الثاني: الولاية القضائية تعريفها وطبيعتها وأنواعها وشروطها ١٣٣
المبحث الأول: تعريف الولاية ومشروعيتها..... ١٣٤
المطلب الأول: تعريف ولاية القضاء..... ١٣٤
الفرع الأول: تعريف الولاية ١٣٤
الفرع الثاني: تعريف القضاء:..... ١٣٥
المطلب الثاني: صفة القضاء ومشروعيته:..... ١٣٦
الفرع الأول: في الكتاب..... ١٣٦
الفرع الثاني: في السنة ١٣٧
الفرع الثالث: في الإجماع والمعقول ١٣٧
المبحث الثاني: شروط تعيين القضاة وأنواع ولايتهم..... ١٣٧
المطلب الأول: شروط تعيين القضاة: ١٣٨
المطلب الثاني: أنواع ولاية القضاء..... ١٤١
الفرع الأول: عامة مطلقة والغاية منها:..... ١٤٢
الفرع الثاني: خاصة مقيدة: ١٤٢
المبحث الثالث: أحكام تتعلق بالقضاء وعزل القاضي وانعزاله ١٤٣
المطلب الأول: أحكام تتعلق بالقضاء: ١٤٣
المطلب الثاني: عزل القاضي وانعزاله:..... ١٤٧

الفصل الثالث: الأحكام والضوابط التي تميّز
الوكالة والولاية والتحكيم ١٥٠
المبحث الأول: المشروعية والتعيين وشروط المولَّى ١٥٠
المطلب الأول: المشروعية ١٥٠
المطلب الثاني: سلطة التعيين وشروط المولَّى ١٥٢
الفرع الأول: سلطة التعيين ١٥٢
الفرع الثاني: شروط المولَّى ١٥٣
المبحث الثاني: أنواع الولاية باعتبار محلها واعتبار صفتها ١٥٦
المطلب الأول: أنواع الولاية باعتبار محلها ١٥٦
الفرع الأول: شرعاً ١٥٦
الفرع الثاني: قانوناً ١٥٨
المطلب الثاني: أنواع الولاية باعتبار صفتها ١٥٨
الفرع الأول: شرعاً: ١٥٨
الفرع الثاني: قانوناً ١٦٠
المبحث الثالث: العزل والاعتزال والمسؤولية(الضمان) ١٦٠
المطلب الأول: العزل والاعتزال ١٦٠
الفرع الأول: شرعاً: ١٦٠
الفرع الثاني: قانوناً: ١٦٢
المطلب الثاني: المسؤولية(الضمان) ١٦٤
الفرع الأول: شرعاً: ١٦٤
الفرع الثاني: قانوناً: ١٦٤

الباب الرابع: طبيعة التحكيم وعمل المحكّم وأطراف التحكيم والآثار
المترتبة على ذلك في الفقه الإسلاميّ والقانون السوريّ ١٦٧
الفصل الأول: طبيعة التحكيم وطبيعة عمل المحكّم وأطراف التحكيم ... ١٦٨

المبحث الأول: طبيعة التحكيم ١٦٨
المطلب الأول: شرعاً ١٦٨
المطلب الثاني: قانوناً ١٧٠
المبحث الثاني: طبيعة عمل المُحكِّم ١٧٤
المطلب الأول: شرعاً ١٧٤
المطلب الثاني: قانوناً ١٧٨
المبحث الثالث: طبيعة عمل أطراف التحكيم ١٨٠
المطلب الأول: في الشريعة ١٨٠
المطلب الثاني: في القانون ١٨١
الفصل الثاني: الآثار المترتبة على طبيعة التحكيم وعمل المحكِّم ١٨٧
المبحث الأول: الآثار المترتبة من حيث التعيين والعزل
والصلاحيات ١٨٧
المطلب الأول: الآثار المترتبة من حيث التعيين والعزل ١٨٧
الفرع الأول: التعيين(التولية): ١٨٨
الفرع الثاني: الرُّد والعزل والتنحي ١٩٠
المطلب الثاني: الآثار المترتبة من حيث صلاحيات وحقوق المحكِّم ... ١٩١
الفرع الأول: الصلاحيات الخاصة بالمحكِّم ١٩١
الفرع الثاني: الصلاحيات المشتركة بين المحكِّم والقاضي ١٩٣
المبحث الثاني: الآثار المترتبة على سير العملية
التحكيمية وصدور وتنفيذ أحكام التحكيم وعلى عمل أطراف التحكيم... ١٩٣
المطلب الأول: الآثار المترتبة على سير العملية التحكيمية ١٩٤
المطلب الثاني: الآثار المترتبة على حكم التحكيم من حيث الصدور
والبطلان والتنفيذ ١٩٧
الفرع الأول: صدور حكم التحكيم ١٩٧
الفرع الثاني: بطلان وتنفيذ حكم التحكيم ١٩٨

المطلب الثالث: الآثار المترتبة على عمل أطراف التحكيم بوصفهم وكلاء عن الغير على كل من اتفاق التحكيم وحكم التحكيم..... ١٩٩
الفرع الأول: الآثار المترتبة على عمل أطراف التحكيم بوصفهم وكلاء عن الغير على اتفاق التحكيم..... ٢٠٠
الفرع الثاني: الآثار المترتبة على عمل أطراف التحكيم بوصفهم وكلاء عن الغير على حكم التحكيم..... ٢٠١

الباب الخامس: تطبيقات التحكيم في المالية الإسلاميَّة من خلال تجربة المركز الإسلامي الدولي للمصالحة والتحكيم في دبي ٢٠٢

الفصل الأول: المركز الإسلامي الدولي للمصالحة والتحكيم في دبي ٢٠٤

المبحث الأول: النظام الأساسي ٢٠٤
المطلب الأول: التأسيس والهيكل التنظيمي ٢٠٥
المطلب الثاني: مزايا التحكيم الخاصة بالمركز الإسلامي الدولي للمصالحة والتحكيم ٢٠٧
المبحث الثاني: إجراءات التحكيم والمصالحة في المركز الإسلامي الدولي للمصالحة والتحكيم..... ٢١٠
المطلب الأول: إجراءات المصالحة ٢١١
المطلب الثاني: إجراءات التحكيم..... ٢١٣

الفصل الثاني: دور المحكِّم في إعادة تكييف الالتزامات التعاقدية ٢٢١

المبحث الأول: قواعد التفسير والتكييف ٢٢١
المطلب الأول: التفسير ٢٢١
المطلب الثاني: التكييف ٢٢٤

المبحث الثاني: أحكام قضائية صادرة في مجال المنتجات الماليَّة الإسلاميَّة ٢٢٧
المطلب الأول: عقد الإجارة المنتهية بالتمليك..... ٢٢٧
المطلب الثاني: عقد مرابحة للآمر بالشراء..... ٢٢٨
الفصل الثالث: نماذج من أحكام تحكيم صادرة في الماليَّة الإسلاميَّة..... ٢٣١
المبحث الأول: أحكام تحكيمية صادرة بتحكيم حر..... ٢٣١
المطلب الأول: حكم تحكيمي في المضاربة صدر بتاريخ ٣١ / ٧/
٢٠٠٥:..... ٢٣٢
المطلب الثاني: حكم تحكيم صادر بشأن الوكالة بالاستثمار لشراء وبيع
أسهم مدرجة في البورصات العالمية (حكم تحكيم صادر بتاريخ
٢٠٠٨/٦/٣٠)..... ٢٣٦
المبحث الثاني: أحكام تحكيم مؤسساتية..... ٢٥٥
المطلب الأول: عقد المشاركة المتناقصة في القضية التحكيمية رقم ٠٦/
٢٠١٢الصادر بتاريخ ٢٣ مايو(ايار) ٢٠١٣..... ٢٥٥
المطلب الثاني: التعاملات العقارية كنموذج، الدعوى التحكيمية رقم
١٠٢/ ٢٠١٠ الصادر بتاريخ ٢١/٤/ ٢٠١١..... ٢٨٠
المطلب الثالث: عقد الإجارة المنتهية بالتمليك..... ٢٩٧

الخاتمة..... ٣١١
أهم هذه النتائج: ٣١١
التوصيات والاقتراحات: ٣١٥

قائمة المصادر والمراجع..... ٣١٨

الباب الأول
المدخل إلى البحث

المقدمة

الحمد الله رب العالمين على ما ألهم وعلم من العلم ما لم نعلم، والصلاة والسلام على خير خلقه، إمام العلماء، الداعي إلى سبيل ربه بالحكمة والموعظة الحسنة، صلى الله عليه وآله وصحبه وسلم، المبعوث إلى سائر الأمم بالشرع الأقوم، والمنهج الأحكم، خاتمة الشرائع، الذي لا يحيد عنها إلا هالك، صالحةً لكل زمان ومكان، شاملةً على تنظيم أحكام العباد في علاقتهم مع ربهم (العبادات)، وعلى علاقتهم فيما بينهم (المعاملات)، فهي الدين الذي ارتضاه الله لعباده....

خلق الله عباده شعوباً وقبائل، مختلفةً ألوانهم وألسنتهم وطباعهم وعقولهم، ليتعارفوا، وهذا التعارف الذي يتولد عنه التواصل والتعامل، أخذاً وعطاءً، سينتج عنه اختلاف وجهات النظر حول هذه المعاملات، مما سيتولد عنه النزاعات والخصومات، وفض النزاعات بالعدل، وإزالة الشحناء والبغضاء بين البشر، هي من مقاصد الشريعة، وهي من أعظم القربات عند الله سبحانه وتعالى.

فالحياة مبنية على التزاحم، وإن طباع البشر مجبولة على التظالم، ومنع الحقوق، ولا بدَّ من أن يكون هناك تنازع يؤدي لخلاف، فدعت الحاجة لحل الخلافات، فالبشرية عبر تاريخها الطويل، عرفت أشكالاً عديدةً لفض النزاعات، فكانوا يلجؤون لمن يُعرفون بالحكمة (كهنة، حكيم، كبير قوم، شيخ الكار) وذلك للفصل بينهم، و لما كان اللجوء للقضاء يورث الضغينة والبغضاء بين الخصوم فيحترز عنه ما أمكن؛ لأن القضاء إن وقع بحق فربما يكون سبباً للعداوة بين الفرقاء من جهةٍ، ولطول أمد التقاضي من جهةٍ أخرى، فأصبح الفرقاء يفضلون اللجوء لاستخدام الوسائل البديلة لفض النزاعات مثل: التحكيم

والوساطة والمصالحة، ويأتي التحكيم في مقدمتها لما يتمتع به من مزايا: كالسرعة والسرية والمرونة و...إلخ.

فالتحكيم نشأ منذ نشوء البشرية، مارسته كل الشعوب القديمة، قبل تشكيل الدولة وظهور القضاء الرسمي فيها، وقبل الإسلام كانت العرب تمارس التحكيم، وعُرف ممن اشتهر بالتحكيم: قس بن ساعدة، وأكثم بن صيفي، وعبد المطلب بن هشام وغيرهم.

وفي الإسلام حيث "إن الشريعة مبناها وأساسها على الحكم ومصالح العباد، في المعاش والمعاد، وهي عدل كلها، ورحمة كلها، ومصالح كلها، وحكمة كلها، فكلُّ مسألةٍ خرجت عن العدل إلى الجور، وعن الرحمة إلى ضدها، وعن المصلحة إلى المفسدة، وعن الحكمة إلى العبث، فليست من الشريعة، وإن أدخلت فيها بالتأويل؛ فالشريعة عدل الله بين عباده، ورحمته بين خلقه، وظله في أرضه، وحكمته الدالة عليه، وعلى صدق رسوله – صلى الله عليه وسلم – أتم دلالة وأصدقها"[1]، وإن الإسلام يهذب النفوس، وخشية الله وطاعته، تجعل المسلم يلتزم أوامر الله ويتجنب نواهيه، فالمسلم غير معصوم عن اقتراف المعصية، ومخالفة أوامر الله وهذا حصل في خير العصور، عصر رسول الله ρ، فكان لا بد من نصب القضاء[2]، حيث اعتنى الإسلام بالتحكيم فنظَّمه من حيث شروط أهلية المحكَّم ومحل التحكيم والإجراءات؛ فنظَّم كل قواعده، كي يصل إلى غايته، وهي إقامة شرع الله، والحكم بما أنزل الله، فالقيام بالفصل بالخصومات، لتحقيق العدل ومنع الظلم، وإقامة حدود الله، من أفضل العبادات التي يتقرب بها العبد لله لما فيه من مصالح العباد؛ قال الله تعالى ﴿**وَإِنْ حَكَمْتَ فَاحْكُمْ بَيْنَهُمْ بِالْقِسْطِ إِنَّ اللَّهَ يُحِبُّ الْمُقْسِطِينَ**﴾ [المائدة: ٤٢].

وقد وردت في القرآن عدة آيات تدل على الحُكم والتحكيم منها قوله تعالى: ﴿**يَا أَيُّهَا الَّذِينَ آمَنُوا لَا تَقْتُلُوا الصَّيْدَ وَأَنْتُمْ حُرُمٌ وَمَنْ قَتَلَهُ مِنْكُمْ مُتَعَمِّدًا فَجَزَاءٌ مِثْلُ مَا قَتَلَ مِنَ النَّعَمِ يَحْكُمُ بِهِ ذَوَا عَدْلٍ مِنْكُمْ**﴾ [المائدة: ٩٥]. ورسول الله ρ مارس التحكيم بنفسه قبل البعثة (قصة وضع الحجر الأسود)، وكذلك فقد صحّ أنَّ رسول الله ρ قد

---

[1] محمد بن أبي بكر بن أيوب بن سعد بن حريز بن مكي زيد الدين الزُّرعي أبو عبد الله ابن قيّم الجوزية، **إعلام الموقعين عن رب العالمين** (الرياض: دار ابن الجوزي، ط١، ١٤٢٣هـ)، ج ٣، ص١٤.

[2] انظر: عبد الكريم زيدان، **نظام القضاء في الشريعة الإسلامية** (بيروت: مؤسسة الرسالة، ط٢، ١٩٨٣)، ص٧.

رضي بتحكيم ســـعد بن معاذ τ في أمر يهود بني قريظة؛ حينما رضوا بالنـــزول على حكمه، وكذلك في عهد الصحابة ψ، جرى التحكيم بين الخليفة عمر بن الخطاب وأُبَي بن كعب ψ، وهذا هو التحكيم الرضائي، وأما التحكيم الإجباري فيتجلى في حالة وقوع الشقاق بين الزوجين، فلابد من إرسال حكمين لرأب الصدع بينهما وإصلاح ذات البين؛ وكذلك في جزاء قتل الصيد متعمداً في الإحرام، فيجب تحكيم ذوا عدل. وأما مجالات التحكيم فهي: في الخلاف بن الزوجين وفي الأموال، وكذلك في النزاع على الحُكم بين علي بن أبي طالب ومعاوية بن أبي سفيان، الذي تولاه أبو موسى الأشعريّ وعمرو بن العاص ψ.

والتحكيم جائز لدى جمهور الفقهاء، لكن الخلاف بين المذاهب تجلّى بمسائل عدة، منها شروط أهلية المحكَّم وعزله، والمسائل المستثناة من التحكيم، وطبيعة التحكيم فمنهم من يرى أنه وكالة وصلح ومنهم من يرى أنه قضاء، وتطور فقه التحكيم في الشريعة في ظل مبدأين، الأول: الابتعاد عن كلِّ ما يخالف القرآن والسنة والإجماع، والثاني: الأصل في الأشياء الإباحة ومبدأ المصلحة والعرف. فأورد فقهاء المسلمين في مؤلفاتهم، أحكام وضوابط التحكيم في كتاب القضاء، وأما في العصر الحديث فقد أفردت مجلة الأحكام العدلية للتحكيم فصلاً، وفق أحكام المذهب الحنفي، وكذلك تناول أحكامه مجمع الفقه الإسلامي الدولي بجدة، بالقرار رقم: ٩١ (٩/٨) لعام ١٩٩٥م، وهيئة المحاسبة والمراجعة للمؤسسات المالية الإسلامية بالمعيار رقم (٣٢) لعام ٢٠٠٧م.

وبازدهار التجارة الدولية منذ مطلع الخمسينات، التي توسع مفهومها كثيراً، ليشمل كل المسائل الناشئة عن العلاقات ذات الطبيعة التجارية، سواءً أكانت تعاقدية أو غير تعاقدية، و كل النشاطات سواءً الاقتصادية أو المالية، وما يترافق ذلك من نشوء نزعات، فكان لابدَّ من وسيلةٍ لفض هذه النزاعات تتلاءم مع طبيعة هذه الأعمال، من سرعةٍ وسريةٍ ومهنيةٍ وعدالةٍ، فتطورت الوسائل البديلة لفض النزاعات وأهمها التحكيم، فبدأت الدول بإبرام الاتفاقيات، ووضع قواعد للتحكيم الدولي، واعُتمد التحكيم الدولي كوسيلةٍ لفض نزاعات التجارة الدولية، وأصبح يتم إدارج شرط التحكيم في عقود التجارة الدولية، وتطور التحكيم من التحكيم الحر إلى التحكيم المؤسساتي حيث تمَّ تأسيس مراكز

التحكيم؛ وتَّم سَّن التشريعات الوطنية لتنظيم التحكيم، وهي تشريعات غالبيتها أخذت من القانون النموذجي للتحكيم التجاري الدولي، الذي وضعته لجنة قانون التجارة الدولية في الأمم المتحدة (الأونسيترال) مثل القانون السوريّ والسعوديّ والماليزيّ، لكن التحكيم الداخلي(الوطني-المحلي) لم يتطور في البلدان العربية والإسلامية، ويواكب تطور ورسوخ التحكيم الدولي، بسبب العقلية التي يتمتع بها بعض القضاة في هذه البلدان، الذين رأوا فيه دخيلاً عليهم، ينافسهم بمهمتهم، على عكس باقي الدول كفرنسا مثلاً: حيث كان للقضاء الدور الأهم بتطور التحكيم، وتقديمه على أنه وسيلة عادلة، وتتمتع بالضمانة الكافية لتحقيق العدالة، وتخفف عن كاهل القضاء عبء الفصل بالدعاوي الكثيرة.

لم يعد للعرب والمسلمين مجال، للتغاضي عن التحكيم، وإهماله، كوسيلة لفض النزاعات التجارية سواءً المحلية أو الدولية؛ ولأهميته في فض نزاعات المؤسسات المالية الإسلامية بشكلٍ خاص، فبعد النمو والازدهار الكبير الذي شهدته الصناعة المالية الإسلامية في العقود الأخيرة، فكان لا بدَّ أن يواكب هذا الازدهار كذلك، نمو وتطور في التحكيم كوسيلة مفضلة لفض نزاعات المؤسسات المالية الإسلامية؛ وحيث أنه ما تزال هناك في مجال التحكيم مفاهيم ومسائل هامةٍ غامضةٍ، والرأي حولها غير مستقر، وذلك في الفقه الإسلامي والقوانين الوضعية ولدى الكثيرين من العاملين في هذا المجال في واقعنا المعاصر، منها طبيعة التحكيم هل تنطبق عليها ضوابط وأحكام الوكالة أم الولاية القضائية، وطبيعة عمل المحكَّم هل هو وكيل أم مصلح أم قاضٍ؟

حيث أنه في الآونة الأخيرة بدأ يظهر من المحكّمين المعينين من قبل أحد أطراف النزاع، نوعية من المحكِّمين الذي يعتبر نفسه وكيلاً عن الطرف الذي عيَّنه، فيتبنى وجهة نظره، ويدافع عن مصالحه -**وهذا ما بات يعرف بمصطلح المحكَّم المحامي**-فإن تبين له أن القرار سيصدر ضد مصلحة الطرف الذي عيَّنه، بادر إلى الاستقالة أو الامتناع عن إكمال المشاركة في الإجراءات، بهدف تعطيل إصدار حكم التحكيم؛ وهذا السلوك في حال تفشيه، سيؤدي إلى الإساءة للتحكيم، والعزوف عنه.

إن من يقوم بالفصل في المنازعات بين الناس، إما أن يكون معيَّناً من قبل وليّ الأمر (الحكومة)، كما هو الحال في المحاكم الآن ويسمى قاضي، وهذا هو المقصود بمفهوم

الولاية في هذا البحث، حيث أنَّه يجب أن تتوفر فيه أحكاماً وشروطاً خاصةٍ بالتعيين، والعزل، ونفاذ الحكم، والصلاحيات، وإما أن يكون ليس معيَّناً من قبل وليّ الأمر، حيث غالباً ما يتم تعيينه من قبول الخصوم ويسمى المحكِّم، للفصل في النـــزاع القائم بينهم، وهو المقصود بمفهوم الوكالة في هذا البحث. فمثل هذا التعيين هل يعتبر وكالةً أم ولايةً؟ وما أثر ذلك من حيث الصلاحيات، والحصانات والعزل، والمسؤولية وأثر ذلك على تنفيذ حكم التحكم؟

ستتناول هذا الدراسة الأحكام والضوابط التي تُميّز كلاًّ من الوكالة، والولاية والتحكيم، وطبيعة التحكيم وطبيعة عمل المحكِّم، وذلك في الفقه الإسلامي، ومقارنتها مع القانون السوري، والآثار المترتبة على تحديد طبيعة التحكيم وعمل المحكِّم، ثم يتناول الباحث بالدراسة والتعليق على عدَّة أحكام تحكيمٍ صادرةٍ في المالية الإسلامية، عن المركز الإسلامي للمصالحة والتحكيم بدبيَّ، للتعرف من خلالها على مهمة المحكَّم وطبيعة عمله.

وأسأل الله أن يوفقني في هذا العمل خدمة لشريعته، وأن ينفع به المسلمين، وصلى الله على المبعوث بالحق رحمة للعالمين، والحمد لله رب العالمين.

مشكلة البحث:

تتجلى الإشكالية المحورية للبحث، في اللبس والغموض الذي يكتنف تكييف طبيعة التحكيم، هل هي وكالة أم ولاية من جهة، ومن جهةٍ أخرى في معرفة التكييف الفقهي والقانوني لمهمة المحكَّم، هل هو وكيل عن الطرف الذي عيَّنه، أم هو مصالح أم قاضٍ، وما هي الآثار المترتبة على هذا التكييف، من حيث عزله من قبل الأطراف، ومن حيث أثره على سير العملية التحكيمية، ومن حيث سلطته وصلاحياته في فضِّ النزاع.

الإشكالية الأخرى تكمن بطبيعة تصرف أطراف التحكيم، الذين يُبرمون اتفاق التحكيم نيابة عن الغير (وكيل، وليّ، وصيّ)، هل لها طبيعة خاصة أم تخضع للأحكام العامة للنيابة، وأثر ذلك على بطلان اتفاق التحكيم وحكم التحكيم.

فالاختلاف الواقع بين الفقه الإسلامي، والقوانين الوضعية في تحديد طبيعة التحكيم، وطبيعة عمل المحكِّم، وطبيعة تصرف أطراف التحكيم بالنيابة عن الغير، وعدم