General Council for Islamic Banks and Financial Institutions

CIBAFI

المجلس العام للبنوك والمؤسسات المالية الإسلامية

المجلس العام للبنوك والمؤسسات المالية الإسلامية
بحث من متطلبات الحصول على الماجستير المهني في المالية الإسلامية

مماطلة المدين في المؤسسات المالية الإسلامية الحد منها من خلال بند التحكيم المعجل والمتعدد المراحل ومعالجة صورة التصدق الملزم

مقدم البحث/آية هشام عيسى

مدرب معتمد في المالية والمصرفية الإسلامية

متخصصة في الفقه المقارن-مراقب ومدقق شرعي-CSAA

عضو المجمع الملكي البريطاني للمحكمين المعتمدين-MCIArb

سُورَةُ الحَدِيدِ

بِسْمِ اللَّهِ الرَّحْمَٰنِ الرَّحِيمِ

لَقَدْ أَرْسَلْنَا رُسُلَنَا بِالْبَيِّنَاتِ وَأَنزَلْنَا مَعَهُمُ الْكِتَابَ
وَالْمِيزَانَ لِيَقُومَ النَّاسُ بِالْقِسْطِ ۖ وَأَنزَلْنَا الْحَدِيدَ فِيهِ
بَأْسٌ شَدِيدٌ وَمَنَافِعُ لِلنَّاسِ وَلِيَعْلَمَ اللَّهُ مَن يَنصُرُهُ وَرُسُلَهُ
بِالْغَيْبِ ۚ إِنَّ اللَّهَ قَوِيٌّ عَزِيزٌ ﴿٢٥﴾

ملخص البحث	3
مقدمة	5
مشكلة البحث/أهمية البحث/منهج البحث	6
الدراسات السابقة	7
المبحث الأول: في عقوبة المدين المماطل في الفقه الإسلامي المطلب الأول:	10
المطلب الثاني: العقوبات المتفق عليها والمختلف فيها	10
المطلب الثالث: بند التصدق الملزم في معيار المدين المماطل	11
المبحث الثاني: في شرط التحكيم	19
المطلب الأول: في تعريف التحكيم وأنواع التحكيم	19
المطلب الثاني: في التفرقة بين التحكيم وبين الخبرة الفنية والصلح والوساطة ونظام التوفيق	21
المطلب الثالث: في ما يجوز التحكيم فيه ومالا يجوز	22
المطلب الرابع: في تعريف شرط التحكيم	23
المبحث الثالث: بند التحكيم التطبيق المعاصر لملازمة المدين المليء المماطل	24
المطلب الأول: حقيقة الملازمة.	24
المطلب الثاني: في شرط التحكيم والبند المتعدد المراحل وبند التحكيم المعجل	26

المطلب الثالث: القوة الملزمة لشرط التحكيم	**27**
المطلب الرابع: آثار حكم التحكيم	**27**
المطلب الخامس: في وجه تكييف شرط التحكيم أو البند المتعدد المراحل المنتهى بالتحكيم بكونه تطبيقًا معاصرًا لملازمة المدين المماطل	**28**
المطلب السادس: في كيفية صياغة شرط التحكيم والبند المتعدد المراحل وبند التحكيم المعجل	**29**
الخاتمة : التوصيات والنتائج	**33**

ملخص البحث:

يعالج البحث إشكالية المماطلة في الديون في المؤسسات المالية الإسلامية على مسارين، **المسار الأول** يتعلق بوضع بند التحكيم في العقد بأحد صورتين، وهي البند المتعدد المراحل، والبند المعجل وهذا يعد تطبيقًا معاصرًا لمسألة ملازمة المدين المماطل في الفقه الإسلامي حتى يمكن التوصل إلى الحقوق في أسرع وقت، وهذا يمكن تطبيقه في ما يتعلق بائتمان الشركات، **والمسار الثاني** يتعلق بتصحيح الصورة القائمة للتصدق الملزم عن طريق التحليل الفقهي لهذه الصورة في تطبيقها العملي والذي نتج عنه وجود تناقض في اعتبار المدين مدينا أو غير مدين بمبلغ التبرع كما توصلت لذلك نتائج البحث، وكذلك عرض الضوابط التي اعتمدها المالكية للتصدق الملزم بشيء من التفصيل حتى يمكن تطبيقها مع تجنب التناقض الحادث و ذلك بإخراج المؤسسة من هذا الإجراء وجعله محصورًا بين ثلاثة أطراف وهم: المدين المماطل، والمؤسسة الخيرية، والهيئة الشرعية باقتراح إجرائين يمكن من خلالهما إظهار آثار الإرادة المنفردة والتي بناء عليها يزول الإشكال في تطبيق التصدق الملزم ، بل ويمنح العميل الثقة في أداء المؤسسة.

إهداء

إلهي وسيدي...الفهم عنك من أعظم الهبات لا تطيب الجنة إلا برؤياك فلا تحرمنا لذة النظر إلى وجهك الكريم

إلى من اشتاق لرؤيتنا....ءامنا بك ولم نراك جمعنا الله بك في فردوس جنانه

إلي كل العاملين بالمؤسسات المالية الإسلامية....هذا جهد متواضع أضعه بين أيديكم أسأل الله فيه القبول وأن يجعله خالصًا لوجهه الكريم

إلى كل الباحثين عن الحقائق...الراضين بالله ربًا وبالإسلام دينًا التاركين هوى النفس والتعصب المستضيئين بنور الشريعة

أهدي هذا العمل

مقدمة

بِسۡمِ ٱللَّهِ ٱلرَّحۡمَٰنِ ٱلرَّحِيمِ

قال الله تعالى: " فلا وربك لا يؤمنون حتى يحكموك فيما شجر بينهم ثم لا يجدوا في أنفسهم حرجًا مما قضيت ويسلموا تسليمًا".[النساء:65]

دلت الآية علي وجوب التحاكم إلي الشريعة حتي في الفصل بين المتخاصمين ، حتى لو كان النزاع بين المسلم وغير المسلم ولا تنفك المؤسسات المالية الإسلامية فمنهجيتها تطبيق أحكام الشريعة علي المنتجات المالية فهي تحتاج اللجوء إلي الشريعة في الخلافات الحاصلة فيما بينها وكذلك الخلافات بينها وبين المؤسسات المالية التقليدية محلية أو عالمية، وبالتالي يجب تطبيق أحكام الشريعة الإسلامية فيها بأي طريق يمكن من خلاله التحاكم إلى أحكامها ومن هذه الأحكام التي يجب مراعاتها والحرص على تطبيقها ما يتعلق بعقوبة المدين المماطل والحد من المماطلة بالطرق التي أقرتها الشريعة وكانت محل اتفاق بين الفقهاء، خروجا من الخلاف الواقع بالنسبة للعقوبة المالية المقررة في معايير الأيوفي وهى إلزام المدين المماطل بالتصدق والتي وردت في معيار المدين المماطل في المعايير الشرعية الصادرة عن أيوفى في المادة 8/1/2 والتي نصت على أنه: **" يجوز أن ينص في عقود المداينة؛ مثل المرابحة على التزام المدين عند المماطلة بالتصدق بمبلغ أو نسبة من الدين بشرط أن يصرف ذلك في وجوه البر عن طريق المؤسسة بالتنسيق مع الهيئة الشرعية للمؤسسة"**. ولذا سيتناول البحث بشكل مختصر الخلاف الفقهي في مسألة الالتزام بالتصدق و ما قرره الفقه الإسلامي من عقوبات، ثم بيان كيفية معالجة هذا الشرط حتي يتوافق مع الصورة التي أوردها السادة المالكية، ولتجنب إشكاليات التطبيق الواقع في المصارف ووضع التحليل الفقهي لها موضحًا الفرق بين وجود هذه الصورة كبند ضمن إرادتين متوافقتين، وكون الأساس فيه أن يكون صادرًا عن إرادة منفردة، وكذلك يقدم البحث مقترحًا بشأن البند الوارد في معايير الأيوفي السابق ذكره، وتصورًا لتطبيقه يقوم علي أساس محاولة الفصل بين التبرع وأصل المديونية حتى تظهر آثار الإرادة المنفردة على مبلغ التبرع.

ويضيف البحث مسارًا آخر في التعامل مع المماطلة في الديون، وكيفية تحقيق ملازمة المدي المماطل عن طريق شرط التحكيم الذي يتم النص عليه في العقد أو البند المتعدد المراحل الذي يشمل اللجوء للتحكيم كمرحلة ثانية او ثالثة، وكذلك كيفية صياغة هذا البند طبقًا لإرشادات نقابة المحامين الدولية حول صياغة بنود التحكيم الدولية (IBA) وهي إرشادات صممت لتعكس أفضل الممارسات

الدولية الحالية فهي تؤمن إطار عمل مناسب وأحكام تفصيلية لصائغي بنود التحكيم الدولية، موضحةً أهمية التحكيم في تطبيق الشريعة على موضوع النزاع أو المطالبة التي تتم من خلال بند التحكيم في العقد، وكذلك بند التحكيم المعجل وكيفية صياغته ومزايا كل بند و أثر ذلك في العقد.

مشكلة البحث: تظهر في أن التطبيق الواقع للتصدق الملزم يخالف الصورة الواردة في فقه المالكية، بل ويؤدي إلى التناقض في الأحكام الشرعية بجعل المدين مدينًا بحكم الإلزام الثابت بالعقد وهو بالأساس غير مدين لأنه متبرع، وفي نفس الوقت اشتراط هذا الشرط في العقد لم يخرج عن صورة ربا النسيئة لكونه اشتراط زيادة عند التأخير بدون النظر إلى المآل، وأيضًا صعوبة ملازمة المدين لتحصيل الدين منه كما ورد في الفقه الإسلامي.

أهمية البحث: تظهر أهمية هذا البحث في حل إشكالية المماطلة وكذلك صورة التصدق الملزم، والخروج من أي شبهة ربا في التطبيق العملي بدون الخروج عن ما وضعته الشريعة من قيود في التعامل مع الديون، والذي يؤثر إيجابيًا على ثقة المتعاملين مع البنوك والمؤسسات المالية الإسلامية، وكذلك إزالة الشبهات عن أدائها في هذا الجانب.

منهج البحث:

اعتمد البحث المنهج التحليلي متبنيًا القاعدة الفقهية العبرة في العقود بالمقاصد والمعاني لا بالألفاظ والمباني، فعمد إلى ماورد في فقه المالكية من ضوابط في هذه الصورة ومحاولة فهم الصورة ودعائمها ثم محاولة تكييفها على الواقع في التطبيق كاشفًا تباين النتائج في كلٍ ، ومحاولًا التوفيق بينهما عن طريق وضع الشروط والإجراءات.

وكذا اعتمد المنهج المقارن بين الفقه والقانون فيما يخص بنود التحكيم المختلفة والتي قد تحقق جانبًا من الفقه لم يمكن تحقيقه من بعد الصدر الأول في الإسلام عن طريق تطبيق المعايير الدولية التي صُممت لصياغة بنود التحكيم لنحقق به ملازمة المدين المماطل ومن ثم الحصول منه على الدين المستحق.

تحريت فيه الاختصار في ذكر بعض المسائل، واقتصرت على التعريفات الأساسية التي تخدم الغرض من البحث بعيدا عن الاستطراد حتى لا أخرج عن الهدف من البحث

الدراسات السابقة:

1-ملازمة المدين الجدوى والفاعلية في ظل الوسائل المالية المعاصرة (دراسة فقهية)؛ للدكتور سليم على الرجوب، جامعة القدس، فلسطين، 28ع ,7مج، مجمع الفقه الإسلامي بالهند، إبريل 2021،

وقد تناولت الدراسة ما يلي:

تعريف الملازمة وحكمها في حال المدين الموسر وفى حال المدين المعسر، وغاية التشريع من الملازمة وبعض الأحكام المتعلقة بها، والضوابط والحدود التي تستقيم بها الملازمة في زماننا، وكذلك مدى فاعلية الملازمة في ظل الأنظمة المالية المعاصرة.

وقد اتفقت هذه الدراسة فيما يهدف له البحث عامة؛ وهنا أستعير عبارة ذكرت في مقدمة الدراسة وهي أن الهدف هو في استخراج كنوز التراث وصياغتها في قوالب معاصرة، وكذلك يظهر الاتفاق في بعض عناصر البحث من التعريف بالملازمة، وأن الملازمة شرعت لتحصيل الحقوق وكذلك حكم الملازمة في حال المدين المليء المماطل إلا أنه في البحث الذي بين أيدينا آثرت الاقتصار على حكم ملازمة المدين الموسر ولم أتعرض للمدين المعسر حتى لا أخرج عن الهدف من البحث.

أما وجه الخلاف بين هذه الدراسة وبين البحث :

هو في كيفية نقل الملازمة من إطار النظر الفقهي إلى حيز التطبيق العملي فتناولت الدراسة كيفية الحد من مماطلة المدين عن طريق البنك، وبالتالي يظهر هنا أن البنك ليس طرفا في العلاقة فليس هو الدائن وإنما عن طريق البنوك تقترح الدراسة إمكانية تسهيل أمر معرفة زمان رصيد الرواتب؛ فيقوم بملازمة المدين عندها ليأخذ الدائن ما يستحق وهذا كله لمصلحة الدائن وهو طرف آخر غير البنك ، فالدراسة كان هدفها هو توضيح انه يمكن الاستعانة بالبنوك في تفعيل الملازمة بين طرفين(دائن ومدين) عن طريق القضاء بأن يُمنح الدائن إذنًا قضائيًا بالاطلاع على حساب المدين البنكي فيعرف الداخل والخارج لديه حتى تؤتى الملازمة أكلها.

ومن هنا يظهر الخلاف بين الدراسة السابقة والبحث:

أولًا: البحث يهدف إلى الوصول إلى حل يمكن من خلاله الحد من مماطلة المدين المماطل عن طريق الملازمة التي وردت في الفقه الإسلامي، والتي اتفق الفقهاء بشأنها في كونها وسيلة للحد من مماطلة المدين الموسر وكذلك هي وسيلة لتطبيق العقوبة القضائية عليه، وتوصل البحث إلى أنه يمكن تطبيق هذه الملازمة عن طريق شرط التحكيم أو البند المتعدد المراحل لأن طبيعة هذا البند تثبت

تطابقًا كبيرًا بينه وبين الملازمة وإن كانت لا تأخذ نفس النمط الفقهي إلا أن القوة الملزمة لهذا البند و طبيعته القانونية تحقق ما تحققه الملازمة ولكن بشكل معاصر والتي سيتم توضيحها في البحث.

ثانيًا: أن البنك هو طرف في العلاقة كدائن في مواجهة المدين المماطل الموسر وهو العميل الملتزم بالأقساط امام البنك.

ثالثًا: البحث فيه تحليل فقهى لمسألة الإلزام بالتصدق والركائز التي اعتمدها المالكية والتي تجعلها غير مخالفة للشريعة متبنيًا القول بمنعها بالصورة المطبقة في المصارف حاليًا ومبينًا وجه المنع وهذا لم تتعرض له الدراسة السابقة.

2-الغرامة في المصارف الإسلامية حقيقتها وأحكامها وتطبيقاتها؛ للباحث عبد الرحمن بن عبد الله بن عبد الرحمن الطريقي، وهو بحث تكميلي مقدم لنيل درجة الماجستير في الفقه المقارن، جامعة الامام محمد بن سعود، المعهد العالي للقضاء، 1434/1433.

وهي دراسة شاملة مفصلة في هذا الجانب، وتعد مرجعًا في هذا الباب؛ فقد تناولت الغرامات التي تُفرض على البنوك الإسلامية من البنك المركزي أو البنوك التقليدية وكذلك الأفراد ومن يدخل في حكمهم، وكذلك التي يفرضها البنك الإسلامي على غيره، وأحكامها الفقهية ثم دراسة تطبيقية على الغرامات الواردة في عقود المصارف الإسلامية وانتهت بالبدائل والحلول.

وقد اتفق البحث مع هذه الدراسة في الجزئية الخاصة بالغرامة المصروفة في وجوه البر وقد تبنت الدراسة المنع بالصورة الحالية التي تطبقها المصارف الإسلامية.

ما أضافه البحث في هذه الجزئية إلى هذه الدراسة هو التحليل الفقهي لمسألة الإلزام بالتصدق والركائز التي اعتمدها المالكية والتي تجعلها غير مخالفة للشريعة، ووضع حل للحد من المماطلة وليس معالجتها؛ وذلك من خلال بند التحكيم بصورتيه المعجل، والمتعدد المراحل، وهذا في حالة ائتمان الشركات، وبالنسبة لائتمان الأفراد ففي البحث تصور لكيفية إظهار الإرادة المنفردة للتصدق الملزم.

3-وسائل حمل المدين المماطل على الأداء مع التطبيقات القضائية، للباحث عامر اللحيدان، وهو بحث تكميلي مقدم لنيل درجة الماجستير في الفقه المقارن، جامعة الامام محمد بن سعود، المعهد العالي للقضاء، 1425/1424.

وقد تناولت الدراسة ما يلي:

الوسائل المعنوية والوسائل المالية لحمل المدين المماطل على الأداء، ولم تتناول مسألة التصدق الملزم، بل كانت دراسة فقهية مذيلةً بالضوابط القضائية.

4-أحكام وآثار شرط الالتزام بالتصدق عند المماطلة في سداد الدين، للدكتور عبد العزيز الدميجي، وهي ورقة علمية مقدمة لمؤتمر أيوفي الدولي الحادي والعشرين للهيئات الشرعية في البحرين، 17-1444/10/18، 7-2023/5/8.

وأهم ما تناولته ما يلي:

حكم الالتزام بالتصدق، وكذا الصياغة المعبرة لشرط الالتزام بالتصدق، والصياغة التي يعتد بها فبي المحاكم المختصة بالمملكة العربية السعودية، وغيرها من المسائل.

ويتفق البحث مع هذه الورقة العلمية في بعض الأطر العامة إلا أن البحث قدم تفصيلا لهذه المسألة وتصورًا للخروج من إشكاليات تطبيقها في المؤسسات المالية الإسلامية حتى تكون أقرب إلى الصورة التي أوردها السادة المالكية، وأضاف البحث جانب إدراج بنود التحكيم في العقد بالنسبة لائتمان الشركات للإسراع من الحصول على المستحقات المالية.

دوافع الاهتمام بالموضوع:

هو ما سبق وذكر في أهمية البحث وبالإضافة إلى ذلك أنه في ظل الاهتمام بالمعايير الشرعية والتعريف والتوعية بها فإنه لابد من ضبط صورة التصدق الملزم حتى لا ينتشر مثل هذا الشرط بين الأفراد والذي سيكون وسيلة إلى التحايل على الربا خصوصًا وأن المالكية قيدوه بإجازة القاضي، وفي نفس الوقت نص المعيار في هذا ليس جازمًا فهو يعطي المؤسسة الحق في اشتراط مثل هذا الشرط في عقد ضمن إرادتين متوافقتين ثم يصرف في أوجه البر بالتنسيق مع الهيئة الشرعية ولذا كان لابد من تحديد إطار هذا الإجراء وتعزيز دور الهيئة الشرعية في إجازة التصرف حتي لا ينتشر هذا بين الأفراد.

المبحث الأول

في عقوبة المدين المماطل في الشرع

وفيه أربعة مطالب

المطلب الأول: في المقصود بالمماطلة التي تستوجب العقوبة:

هي المذكورة في الحديث الشريف :" لي الواجد يحل عرضه وعقوبته". (رواه البخاري، باب لصاحب الحق مقال، 845/2)

وكذا في الحديث: "مطل الغني ظلم". (رواه البخاري،799/2/ رقم 2166،باب في الحوالة)

وهو إذا امتنع المدين المليء المتمكن من الأداء عن قضاء ما استحق عليه قضاؤه، فلا يكون مماطلًا ما لم يحل أجله من الديون ، وإنما يكون مماطلًا بعد حلول أجله،وتأخير ما بيع على النقد عن الوقت المعتاد في ذلك على وجه ما جرت عليه عادة الناس من القضاء قد جاء التشديد فيه. (المنتقى، 66/5،المفهم،438/4)

المطلب الثاني: في العقوبات المتفق عليها والمختلف فيها:

أولًا: المتفق عليها:

وأذكر منها على سبيل المثال لا الحصر

الوعظ: وهو ثابت بقول النبي صلي الله عليه وسلم:" لي الواجد يحل عرضه وعقوبته".

(سبق تخريجه)

يقول ابن تيمية ـ رحمه الله ـ: فقد يعزر الرجل بوعظه. (السياسة الشرعية،184/1)

إسقاط عدالته ورد شهادته:

يفسق المدين إن كان غنيًا بمطله فترد شهادته وتسقط عدالته، لتسمية النبي صلي الله عليه وسلم له بكونه ظالمًا، وقيد الشافعية ذلك بثلاث مرات فدونها غير مفسق.

(قليوبي وعميرة، 399/5،المنتقي شرح الموطأ،67/5،تبصرة الحكام،372/1،371 ، فتح البارى466/4)

الحبس: وهو ثابت بقول النبي صلي الله عليه وسلم:" لي الواجد يحل عرضه وعقوبته".

فالعقوبة يقصد بها هنا : الحبس، وقد حبس كثير من الصدر الأول.

(الاختيار، 89/2، بداية المجتهد، 4/ 68، الحاوي،333/6، الإشراف لابن المنذر، 252/6، المغني لابن قدامة،588/6)

الملازمة: وسيأتي بيانها بالتفصيل، مع كيفية تطبيقها من خلال بند التحكيم.

ثانيًا: في العقوبات المختلف فيها: ولا مجال للتفصيل فيها في هذا البحث فأذكرها علي سبيل الإجمال:

- تمكين الدائن من فسخ العقد الموجب للدين، وحكم ذلك فيما إذا كان مشترطًا في العقد أو لم يكن مشترطًا.
- التعويض المالي عن الضرر الفعلي الناتج عن التأخير.
- التعويض المالي عن التأخير ذاته.

المطلب الثالث: بند التصدق الملزم في معيار المدين المماطل:

تحرير محل النزاع في المسألة:

هذه المسألة متعلقة باشتراط زيادة في العقد عند التأخير ثم صرف هذه الزيادة إلى أوجه الخير، وغرامة التأخير لم يختلف الفقهاء المعاصرون في حرمتها إن لم تصرف في وجوه الخير، واختلفوا في هذه الزيادة حال اشتراطها في العقد على أن تصرفها المؤسسة في أوجه الخير.

اختلف الفقهاء المعاصرون فيها على قولين:

القول الأول: جواز اشتراط غرامة مالية على المدين وصرفها في وجوه البر، وهو ما ذهب إليه بعض الفقهاء المعاصرين منهم الشيخ محمد تقي العثماني، ود. محمد عثمان شبير، ود. محمد علي القري، ود. وهبة الزحيلي، وصدرت به بعض الفتاوى والقرارات.

(د. الطريقي، 206، د. الزحيلي،34، الشيخ العثماني، 44:46، د. شبير،285، د. القري، 245، ، البنك الأهلي السعودي،رقم12127302، البركة ص290)

واستدلوا على ما ذهبوا إليه بالكتاب والسنة والمعقول:

من الكتاب:

قوله تعالى: "يا أيها الذين ءامنوا أوفوا بالعقود" سورة المائدة:1

من السنة:

أن رَسُولَ اللَّهِ r قَالَ: «الصلح جائز بين المسلمين، إلا صلحًا حرم حلالًا، أو أحل حرامًا، والمسلمون على شروطهم، إلا شرطًا حرم حلالًا، أو أحل حرامًا» **(رواه الترمذي وقال: هَذَا حَدِيثٌ حَسَنٌ صَحِيحٌ، سنن الترمذي، ت:شاكر، حديث رقم: 1352، 626/3)**

وجه الدلالة: أن الأصل الإباحة في العقود والشروط، واشتراط تغريم المماطل بغير حق إذا تأخر في الوفاء لمصلحة الغير شرط صحيح معتبر، ويجب على المدين الوفاء به؛ لأن :تلك الزيادة لا يأخذها الدائن وله اشتراطها في غرض صحيح وهو حث المدين على الوفاء بدينه في وقته. **(المراجع السابقة)**

من المعقول:

أن حقيقة اشتراط زيادة على المدين عند التأخر في السداد لمصلحة غير الدائن؛ كجهة بر، التزام بالتبرع من المدين معلق على عدم الوفاء، وإلزام به من قبل الدائن، والالتزام بالتبرع جائز، ويستحب الوفاء به بالاتفاق، وأما الإلزام به فقد قال به بعض المالكية في هذه المسألة، قال الحطاب: "وأما إذا التزم أنه إن لم يوفه حقه في وقت كذا فعليه كذا وكذا لفلان أو صدقة للمساكين، فهذا هو محل الخلاف المعقود له هذا الباب؛ فالمشهور أنه لا يقضى به كما تقدم، وقال ابن دينار: يقضى به"

(المراجع السابقة، الحطاب،176)

القول الثاني: عدم جواز هذه الغرامة ولا هذا الشرط.

وهو ما ذهب إليه بعض الفقهاء المعاصرين منهم الشيخ عبد الله ابن منيع، وصدرت به بعض الفتاوى والقرارات.

(المراجع بنك البلاد ضابط رقم 600،ص61، 183، دبي الإسلامي، رقم 370، 918/2، الراجحي، 335/1، الإنماء،303/1،302، رقم 185)

واستدلوا على ما ذهبوا إليه بالكتاب والمعقول:

من الكتاب:

قوله تعالى: " فمن جاءه موعظة من ربه فانتهى فله ما سلف وأمره إلى الله ومن عاد فأولئك أصحاب النار هم فيها خالدون". **سورة البقرة:275**

وجه الدلالة:

اشتهر ربا النسيئة في الجاهلية، فقد كانوا يدفعون المال بشرط أن يأخذوا كل شهر مقدارًا معينًا، ويبقى رأس المال، فإذا حل الدين طالب الدائن المدين برأس المال، فإن تعذر على المدين الأداء زاد الدائن في الحق و كذا الأجل، فهذا هو الربا الذي كانوا في الجاهلية يتعاملون به، و بهذا المعنى لا فرق بين أن يكون صرف هذه الزيادة للدائن أو لغيره.

(الرازي،7/ 72، الطريقي، 107)

من المعقول:

أنه باستقراء ما ذكره العلماء في عقوبة المدين المماطل بغير حق نجد أنه لم ينقل عن أحد قبل هذا العصر أنه قضى أو أفتى بجواز اشتراط غرامة مالية تدفع لغير المدين كجهات بر فلم يذكروا إلا

العقوبات الزاجرة عن المطل كالحبس ونحوه مما يدل على أن هذا الشرط داخل في الربا المحرم إذ هو زيادة مقابل زيادة في الأجل.. (د. الدخيل، 515، د. العنزي، 200/1)

الترجيح والمناقشة:

الذي يترجح لدي والله أعلم أنه يجب النظر إلى صورة التصدق الملزم عند المالكية وضوابطها و تطبيق هذه الضوابط وذلك لأن:

صورة (التصدق الملزم) المنصوص عليها عند المالكية لا تخالف صريح النص الشرعي الذي يقضي بحرمة اشتراط الزيادة

لأنها ترتكز على أربعة ركائز:

الأولي: أن إرادة المتصدق منفردة

وهو ما يتضح من النص الذي ذكره الحطاب في قوله :" وأما إذا التزم أنه إن لم يوفِّه حقه في وقت كذا..." فقوله التزم أي أنه التزامٌ ابتداءً من قبل المدين، وهذا يؤكد أنه غير مشترط ابتداء في العقد؛ وبالتالي لا تشترط زيادة من الدائن على المدين، ولا تعتبر بندا في العقد .

الثانية: أن إخراج الزيادة للمساكين أو عدم إخراجها هو بحكم القاضي.

وهو ما يتضح من النص في قول الحطاب: "فالمشهور أنه لا يُقضي به.."

وأيضًا مما سبق هذا النص في الكلام عن حكم بعض قضاة المالكية فيما إذا التزم المدعي عليه للمدعي إن لم يوفه حقه في وقت كذا فله عليه كذا وكذا، وذكر أن هذا من صريح الربا.

وهو ما يؤكد كون إلزام الملتزم بما التزم به لا يكون من قبل الدائن أو الملتزَم له وهو ما انعقد له كتاب الحطاب " تحرير الكلام في مسائل الالتزام ".

الثالثة: مسؤولية المدين عن إخراج هذه الصدقة وصرفها في الأوجه التي يحددها

أنه كنتيجة للإرادة المنفردة فإن المسؤول عن إخراج هذه الصدقة هو المدين نفسه وليس الدائن؛ لأنه لا يوجد ما يدل على مسؤولية الدائن عن إخراج هذه الصدقة، فمجرد التصدق الملزم لا يعطي الحق للدائن في حيازة هذه الصدقة ولا حتى في صرفها في الأوجه التي يحددها؛ ولذا كان للقاضي أن يلزمه في غير المشهور في مذهب المالكية.

الرابعة: أن الالتزام إذا لم يكن على وجه المعاوضة فلا يتم إلا بالحيازة فيبطل بالموت والفلس قبل الحيازة كسائر التبرعات.

وهذا ما ذكره الحطاب في أول كتابه " تحرير الكلام في مسائل الالتزام " وهذا يثبت أن هذا الالتزام صدر بإرادة منفردة؛ لأنه إذا لم يكن على وجه المعاوضة فإنه لا يكون دينًا في ذمته ينتقل إلى ورثته، بل يبطل التزامه بموته، وكذلك إذا أفلس قبل الحيازة فحكمه حكم التبرعات.

وللتوضيح لابد من التحليل الفقهي للعلاقة بين الدائن والمدين في حالة اشتراط التصدق المُلزم في العقد في حق العميل المماطل يعتمد على إظهار الواقع، وما يترتب عليه من نتائج:

أولًا: أن التطبيق الواقع يخالف النص الصريح الذي يفيد عدم اشتراط الزيادة مقابل التأخير بدون النظر إلى مآل تلك الزيادة

فإن البنك الدائن عند اشتراطه في العقد هذه الزيادة لم يخرج من عهدة النص الصريح بتحريم اشتراط الزيادة مقابل التأخير والامتثال للنهي الوارد في النصوص هو تعظيم لشريعة الله تعالي فالشريعة حاكمة على الجميع أفرادًا ومؤسسات، فالسؤال هنا هل يمكن للأفراد التعامل بين بعضهم البعض بصورة اشتراط زيادة في العقد على أن تصرف في وجوه الخير؟

والجواب عن هذا السؤال:

هو أنه لا يجوز للأفراد التعامل بمثل هذه الصورة لأن الصورة التي ذكرها المالكية أساسها الالتزام الصادر عن الإرادة المنفردة؛ أي: الالتزام الذي ليس على وجه المعاوضة، وهذه الإرادة المنفردة لا يمكن للأفراد شرعًا إلزام الطرف المدين بمضمونها إلا عن طريق القاضي، وهو ما نص عليه المالكية أيضًا.

ويضاف إلى هذا، أن الإلزام بالتبرع يُعد تكليفًا، فهو من قبيل المندوب، وهو من قبيل الحكم الشرعي والذي يُكلف المكلف بمثل هذه التكليفات هو الشارع لأن الحكم الشرعي ينقسم إلى حكم تكليفي و حكم وضعي، وكلاهما من خطاب الشارع.

ثانيًا: أن التطبيق الواقع يؤدي إلى التناقض في الأحكام الشرعية والتصدق الملزم في حقيقته لا يؤدي إلى التناقض.

من خلال ما ورد في النص الخاص بالتصدق الملزم في معيار المدين المماطل كالتالي:

"8/1/2 **يجوز أن ينص في عقود المداينة؛ مثل المرابحة، على التزام المدين عند المماطلة بالتصدق بمبلغ أو نسبة من الدين بشرط أن يُصرف ذلك في وجوه البر عن طريق المؤسسة بالتنسيق مع هيئة الرقابة الشرعية للمؤسسة".**

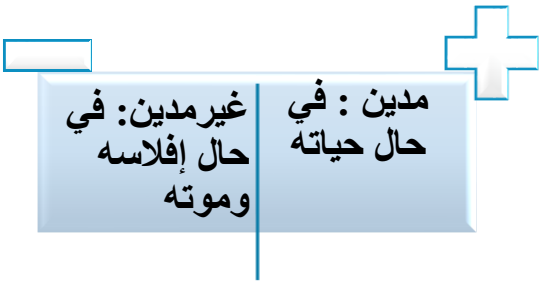
التعليق على هذا النص:

أولًا: أن القول "بجواز النص على التزام المدين في عقود المداينة بالتصدق بمبلغ أو نسبة من الدين بشرط أن يُصرف ذلك في وجوه البر"، ثم نسبة هذا القول إلى المالكية في المستند الشرعي فهو فيه نسبة إلى المالكية بما لم يقولوا به؛ لأن المالكية كما ذكرت في الركائز الأربعة للتصدق الملزم عندهم لم يكن الالتزام بالتصدق عندهم عن طريق إرادتين متوافقتين بالنص عليها في التعاقد، بل الإرادة فيه منفردة.

ثانيًا: في هذا النص نجد أن العميل أصبح مدينًا بالمبلغ كاملًا (الدين الأصلي مضافًا إليه مبلغ الالتزام بالتبرع) في مواجهة المؤسسة وهي (الدائن) وهذا يؤدي إلى التناقض.

لأن: العميل عند التزامه بالتصدق لا ينبغي أن يكون مدينًا بهذا المبلغ للمؤسسة المالية، بل التكييف الفقهي له أنه: ملتزم بالتبرع، وهذا يعني أنه لا يكون دينًا عليه لأنه: ليس على وجه المعاوضة فلا يكون دينًا في ذمته ينتقل إلى ورثته، بل يبطل التزامه بموته، وكذلك إذا أفلس قبل الحيازة فحكمه حكم التبرعات.

وبالتالي: عند فرض هذه الغرامة من قبل البنك أو المؤسسة حتى لو صرفت في وجوه الخير بعد ذلك يُصبح العميل مدينًا بالمبلغ كامل في مواجهة المؤسسة (الدائن) وهو في الأساس غير مدين بالجزء الخاص بالتبرع شرعًا فأصبح مدينًا وغير مدين بهذا الجزء مما يسبب تناقض في الحكم الشرعي وهذا التناقض بالأساس غير موجود في الحكم الشرعي بل تسبب به الواقع العملي؛ فالواقع العملي يجعل من العميل مدينًا وغير مدين في نفس الوقت لأنه: في حال حياته يطالبه بهذا المبلغ، فيكون مدينًا، لأنه في حالة الحوالة هو مطالب بالمبلغ كامل، وبعد وفاته لا يطالب به، فيصبح غير مدين؛ لأنه: لو كان مدينًا به لانتقل إلي ورثته.



وما يؤكد ذلك المعنى الفتوى الصادرة عن هيئة الرقابة الشرعية لبنك البحرين الإسلامي وكانت بشأن إرجاع مبالغ الالتزام بالتبرع للعملاء الذين تم أخذ المبلغ منهم، فإذا تم احتساب رسوم تأخير

على حامل البطاقة، ودخلت هذه الرسوم حساب التبرعات ثم لعدم ثبوت المماطلة أو لعذر مقبول رأت الإدارة إرجاع هذا المبلغ المحتسب عليه كالتزام بالتبرع فهل يجوز للبنك إرجاع مبلغ رسوم التأخير لحامل البطاقة بعد إدخاله في حساب التبرعات؟

وكان الجواب: أنه يجوز إرجاع مبلغ الالتزام بالتبرع على حامل البطاقة الذي ارتأت الإدارة إرجاعه عليه من حساب التبرعات الذي أودعت فيه؛ لأن فرض الالتزام بالتبرع إنما هو نوع من العقوبة على المماطل المليء فإذا تبين عدم مماطلته، أو له عذر مقبول من البنك فللبنك أن يسحب المبلغ من حساب التبرعات بعد ما تبين عدم استحقاق فرض الالتزام عليه والله أعلم.

(فتاوي هيئة الرقابة الشرعية لبنك البحرين الإسلامي، من عام 1979 إلى عام 2014، رقم 17/18 ص356، الطبعة الثانية، 2016)

تعليق على الفتوي:

هذه الفتوى تم فيها إرجاع مبلغ الالتزام بالتبرع لوجود عذر، وهي فتوي صائبة، فهي في هذا الشأن طبقت ركيزة من الركائز الأساسية للتصدق الملزم عند المالكية وهو إجازة هذا المبلغ أو عدم إجازته من قبل الهيئة الشرعية ، فلم تعتبره مدينًا بالمبلغ مع أن التعاقد في البداية يجعل العميل مدينًا بالمبلغ، وهذا ما أردت التوصل إليه، فهذا قد يتم في بعض المصارف والبعض الآخر قد لا يتم فلابد من صياغة هذا في بند التصدق الملزم في معيار المدين المماطل، والتأكيد علي أنه لابد من إجازة الهيئة الشرعية للتصرف حتي لا يتعامل الأفراد بمثل هذه التعاملات مع انتشار الوعي بالمعايير الشرعية.

ثالثًا: كان من ضمن الخلافات التي وقعت بين الفقهاء المعاصرين بناءً على التطبيق الواقع هو هل للدائن أن يعفي المدين من شرط الالتزام بالتصدق بعد تحقق موجب دفعه؛ فمنهم من تبنى القول بأن الدائن ليس له الحق في إعفاء المدين المماطل؛ لأنه مبلغ مُستحَق لجهات الخير، ووضع بديلًا لهذا أن يُنص في العقد على كون الالتزام بالتبرع يتوقف على مطالبة الدائن له.

(ضوابط معايير اقتطاع تكاليف المتابعة والتحصيل في المؤسسات المالية الإسلامية من المبالغ المحصلة على سبيل التبرع ، رقم(2020/2/69، فتاوى هيئة الرقابة الشرعية لبنك البحرين الإسلامي ،ق 6/449، -م 9/5)

ومنهم من يرى أن الدائن يحق له إعفاء المدين المماطل من غرامة التأخير بخلاف التصدق الملزم، وقد صاغوا الشرط على أنها غرامة تأخير تُصرف في وجوه الخير.

(أحكام وآثار شرط الالتزام بالتصدق عند المماطلة في سداد الدين، د. الدميجي،ص21)

التعليق على هذا الرأي بناء على ما توصل البحث إليه:

فإن المنوط به إجازة التصرف وأخذ المبلغ لصالح المؤسسة الخيرية، أو إعفاء المدين من هذا التبرع، هي "الهيئة الشرعية" وليس للدائن سلطة الإعفاء أو عدمه لما ذكرت سابقًا فالمفترض أن

هذا الإجراء وهو التبرع الملزم يسري بين أطراف ثلاثة : المدين المماطل، المؤسسة الخيرية، الهيئة الشرعية.

ولذا يمكن اقتراح تعديل للنص الخاص بالتصدق المُلزم في معيار الأيوفي يتضمن الآتي:

يجوز للمؤسسة أن تتخذ إجراءًا عند مماطلة المدين بالتصدق الملزم بضوابطه المقررة عند المالكية، تطالبه به المؤسسة لصالح المؤسسة الخيرية، مع اعتبار إجازة الهيئة الشرعية لهذا الإجراء.

فالنص المقترح قد شمل ضوابط التصدق الملزم عند المالكية فاعتمد عدم كون الدائن طرفًا في الإجراء، بل اقتصر دوره فقط على المطالبة، فالمبلغ يؤخذ من العميل يدخل إلى حساب المؤسسة الخيرية بعد إجازة الهيئة الشرعية، وكانت الاستعانة فيه بالهيئة الشرعية وإجازتها للتصرف لكونها لها السلطة الشرعية في ذلك.

وكيف يمكن أن يتحقق ذلك ؟

يتحقق ذلك بأحد أمرين:

الأول: بفصل هذا الإجراء عن العقد الأصلي، واعتباره إجراءً عند حدوث المماطلة، حتي لو تزامن هذا مع التعاقد لكن يفصل فصلا تامًا عن العقد، وإذا لم يمكن هذا ابتداءً ففي كل الأحوال، يجب علي المؤسسات إدخال هذا المبلغ إلي صندوق خاص بهذه الأموال أو إلي حساب خاص للجمعيات الخيرية في المؤسسات، بحيث لا يدخل إلي حساب البنك أي نسبة من هذا المال علي الإطلاق، ويتم هذا بإجازة الهيئة الشرعية، وليس بالتنسيق معها، وأيضًا يأخذ العميل إشعارًا بدخول هذا المبلغ إلي حساب هذه المؤسسات، أو يمكن إعطاؤه الحق في اختيار مؤسسات خيرية بعينها لها تعامل مع المؤسسة المالية، كل هذا في محاولة لإظهار آثار الإرادة المنفردة؛ ، وكذلك تجنب تراكم هذه الأموال في المؤسسة، وتجنب استلام هذه الأموال علي سبيل الزيادة علي الدين الأصلي.

الثاني: إذا تضمن العقد بند التصدق الملزم فلابد أن يضاف إلى نصه الركائز الأربعة لهذا التصدق المُلزم وهي:

1- يُعد العميل مدينًا للمؤسسة الخيرية بهذا المبلغ، ويسقط عنه المطالبة بهذا المبلغ بموته و كذلك بإفلاسه.

2-أن حيازة المبلغ تكون لحساب المؤسسة الخيرية، أويتم استلامها من خلال صندوق خاص على أن تُصرف إلى المؤسسة الخيرية،

3-يتاح للعميل اختيار وجه صرفها ضمن ما يكون متاحا من خيارات لدي المؤسسة المالية الإسلامية، مع إعطاءه إشعار عند خروج هذا المبلغ إلى مستحقيه.

4-اعتماد إجازة الهيئة الشرعية لهذا الإجراء، ولها كذلك أن تعفي المدين من هذا المبلغ.

فبوجود هذه الشروط نكون قد أظهرنا آثار الإرادة المنفردة في هذا التصرف، وبالتالي طبقًا لما توصل إليه البحث يمكن التخلص من التناقض الذي يسببه هذا البند والذي هو أساس التفرقة بين حالة كون التصدق الملزم واقعًا ضمن إرادتين متوافقتين ونتيجة ذلك بسط سيطرة الدائن على هذا المبلغ؛ لكونه داخل في أحد العوضين في العقد، و حالة كون التصدق الملزم تم بإجراء منفصل عن أصل المديونية و كان صادرًا من إرادة منفردة تتضح آثارها.

المبحث الثاني

شرط التحكيم

المطلب الأول: في تعريف التحكيم وأنواع التحكيم

التحكيم: هو نظام خاص للتقاضي في المسائل المدنية والتجارية والإدارية يلجأ بمقتضاه أطراف التحكيم إلى محكم أو أكثر دون قضاء الدولة أو المحكمة المختصة، للفصل فيما يثور بينهم من منازعات تتعلق بمعاملاتهم العقدية أو غير العقدية بحكم ملزم وقابل للتنفيذ.(د. عبد التواب،10)

أنواع التحكيم:

وسأقتصر على بعضها

التحكيم الداخلي(الوطني) والتحكيم الدولي:

المعيار الذي اتجه إليه الفقه الحديث، وأخذ به القضاء الفرنسي في تحديد الفرق بين التحكيم الداخلي والتحكيم الدولي هو أن التحكيم الدولي هو الذي يتعلق بنزاع له طبيعة دولية أي يتعلق بمعاملة تجارية دولية وحتى لو جري التحكيم بين شخصين يحملان جنسية نفس الدولة، أو جري هذا التحكيم في دولة يحمل الطرفان جنسيتها.

وقد تناول القانون النموذجي للتحكيم التجاري الدولي ثلاثة معايير لاعتبار التحكيم دوليًا:

أولها: أنه يعتبر تحكيما دوليا إذا كان مقر عمل طرفي اتفاق التحكيم وقت عقد ذلك الاتفاق واقعا في دولتين مختلفتين، **ثانيًا:** إذا كان أحد الأماكن التالية واقعًا خارج الدولة التي يقع فيها مقر عمل الطرفين، **مكان التحكيم** إذا كان محددًا في اتفاق التحكيم أو طبقًا له، وكذلك **أي مكان يُنفذ فيه جزء هام من الالتزامات الناشئة عن العلاقة التجارية** أو كان **المكان له صلة بموضوع النزاع**

ثالثا : حالة اتفاق الطرفان على أن موضوع اتفاق التحكيم لا يتعلق بدولة واحدة، بل بأكثر من دولة.

وقد أضاف قانون التحكيم المصري رقم (27) لسنة 1994، في المادة(3) إلى الحالات الثلاثة الواردة في القانون النموذجي **حالة رابعة** ، وهي:

في حالة اتفاق طرفي التحكيم على اللجوء إلى منظمة تحكيم دائمة أو مركز للتحكيم يوجد مقره داخل جمهورية مصر العربية أو خارجها.

مثل؛ غرفة التجارة الدولية في باريس، وكما في حالة مركز القاهرة الإقليمي للتحكيم التجاري الدولي، أو مركز تسوية منازعات الاستثمار في واشنطن (ICSID).

وأما التحكيم الوطني: فهو ينطبق في حالة ما إذا تعلق بنزاع يمس دولة واحدة، وسواء كان مدنيًا أو تجاريًا.

(د. المنشاوي،24،23،22، د. فتحي والي، 76)

التحكيم الحر(Ad hoc)و التحكيم (المقيد) المؤسسي(Institutional):

الفرق الرئيسي هو وجود سلطة لإدارة الإجراءات التحكيمية والتحكيم المؤسسي هو السائد في إجراءات التحكيم التجاري الدولي (أميليا أونيما، 2)

وأساس هذا التقسيم هو اختيار أطراف النزاع لطريقة التحكيم الحر أو لطريقة التحكيم المقيد، فالتحكيم المقيد هو نظام لتسوية المنازعات التي تقوم في إطار مراكز أو مؤسسات دائمة للتحكيم، والإحالة إليه يعني الأخذ بقواعده الموحدة، ومثل هذه الإحالة تعفي الأطراف المحتكمين من التصدي لكل تفصيلات شرط التحكيم اكتفاءً بما ورد في شأنها في نظام التحكيم المقيد المختار لأنه: يترتب على ذلك الأخذ بما ورد في نظامه القانوني فيما يتعلق بطريقة اختيار أعضاء هيئة التحكيم المكلفة في فصل النزاع والقواعد واجبة التطبيق إلا إذا اتفق الطرفان على خلافها.

وأما التحكيم الحر: فهو تحكيم لا يختار فيه الأطراف هيئة تحكيم دائمة، وإنما يجري التحكيم وفق مشيئة الأطراف المحتكمين من

يعكس رغبة الأطراف في كيفية الفصل في النزاع. (د. التحيوي،190: 193)

المطلب الثاني: في التفرقة بين التحكيم وبين الخبرة الفنية والصلح والوساطة ونظام التوفيق

أولًا: الخبرة الفنية: تختلف مهمة المحكم عن مهمة الخبير الفني؛ فالمحكم يفصل في نزاع قانوني بحكم مُلزم لأطرافه ويقرر حقوق طرفي النزاع، أما الخبير الفني فيبدي رأيًا فنيًا، ولايفصل في نزاع قانوني بين الطرفين ولا يقرر حقوقهما، ورأيه غير مُلزم للقاضي أو للمحكم أو للأطراف. (د. فتحي والي،34/1،33)

ثانيًا: الوساطة: لم تتطرق بعض التشريعات القانونية لتعريف الوساطة خلافًا للبعض الآخر؛ كما في القانون البحريني والإماراتي وكذلك المصري، فنجد تعريف الوساطة في **مرسوم بقانون اتحادي رقم (40) لسنة 2023** بشأن الوساطة والتوفيق في المنازعات التجارية والمدنية بأنها : وسيلة اختيارية بديلة للتسوية الودية في المنازعات المدنية والتجارية التي نشأت أو التي قد تنشأ بين أطراف علاقة قانونية عقدية كانت أو غير عقدية ويستعينون فيها بطرف ثالث محايد (الوسيط) سواء كانت تلك الوساطة اتفاقية أو بإحالة قضائية.

وأما المشرع المصري فأورد تعريفًا للوساطة في قانون العمل المصري رقم (12) لسنة 2003 فنص فيه على أن الوساطة هي عملية تفويض الوسيط أن يبذل ما عليه للتقريب بين وجهات نظر طرفي النزاع فإذا لم يتمكن من تحقيق ذلك كان عليه أن يقدم للطرفين ما يقترحه من توصيات لحل النزاع به.

وقد أفرد المشرع المصري تنظيمًا خاصًا للوساطة في قانون إعادة الهيكلة والصلح الواقي من الإفلاس رقم (11) لسنة 2018 فعرف الوساطة في المادة (1) بأنها "وسيلة ودية لتسوية المنازعات التجارية عن طريق وسيط يسمى بقاضي الإفلاس".

إلا أنه في المادة (7) أشار إلى أن الهدف هو الوصول إلى اتفاق تسوية ملزم للطرفين، ثم في المادة **(9)** ذكر أنه إذا تم التوصل إلى تسوية يصدر قاضى الإفلاس باعتماد التسوية وإنهاء الطلب ويكون لهذا الاتفاق قوة السند التنفيذي، وفى المادة**(10)** من نفس القانون نص على ان قرارات قاضى الإفلاس نهائية لا يجوز الطعن عليها، مالم ينص هذا القانون على خلاف ذلك أو كان ذلك القرار مما يجاوز اختصاصه.

ويجب التنويه إلى أنه: على الرغم من الطابع الاختياري للوساطة إلا أن إدراج بند الوساطة كبند في العقد المبرم بين الأطراف في وقت سابق على المطالبة القضائية أو على المطالبة التحكيمية أصبح

إلزاميًا طالما اتجهت إرادة الأطراف وانعقدت كلمتهم على الوساطة إعمالًا للقواعد العامة المطبقة وهذا يتضح مما أشارت إليه معايير نقابة المحامين الدولية في الإرشاد الثالث لتعدد المراحل بأنه يجب أن يحدد البند النزاعات الخاضعة للمفاوضات أو للوساطة بذات الصيغة التي نصت على أنها ستحال للتحكيم. (معايير IBA، 92)

ثالثًا: الصلح: عقد يحسم به الطرفان نزاعًا محتملًا وذلك بأن ينزل كل منهما على وجه التقابل عن جزء من ادعائه.

الفرق بين الصلح، والتحكيم ، والتحكيم مع التفويض بالصلح:

الصلح فيه تنازل كل من الطرفين عن جزء من ادعاءاته، ويتم حل النزاع فيه بعمل تعاقدي، يمكن مهاجمته كأي عقد بدعوى بطلان أصلية لعيب من العيوب التي تلحق العقد.

التحكيم يمكن أن يحكم فيه المحكم لطرف بكل ما يدعيه ولو كان المحكم مفوضًا بالصلح، وحكم التحكيم مُلزم يحوز حجية الأمر المقضي، وكذلك لو كان تحكيمًا مع التفويض بالصلح ؛ فلا يجوز المساس بحجيته إلا بطريق الطعن الذي يقرره القانون بالنسبة له. (د. فتحي والي،21/1،20)

رابعًا: نظام التوفيق:

كما جاء في قانون الأونسيترال النموذجي للتوفيق التجاري الدولي لسنة (2002):

هو عملية سواء أشير إليها بتعبير التوفيق أو الوساطة أو بتعبير آخر ذي مدلول مماثل، يطلب فيها الطرفان إلى شخص آخر أو أشخاص آخرين (الموفق) مساعدتهما في سعيهما إلى التوصل على تسوية ودية لنزاعهما الناشئ عن علاقة تعاقدية او علاقة قانونية أخرى أو المتصل بتلك العلاقة، ولا يكون للموفق الصلاحية لفرض حل النزاع على الطرفين.

المطلب الثالث: في ما يجوز التحكيم فيه ومالا يجوز:

أولًا: حددت المادة الأولي من قانون التحكيم المصري رقم (27) لسنة 1994 بشأن التحكيم في المواد المدنية والتجارية طبيعة النزاع الذي يقبل التحكيم فيخضع للتحكيم أي نزاع وأيًا كانت طبيعة العلاقة القانونية التي يدور حولها إلا أن هذا الحكم يكون مقيدًا بما تقضي به المادة (11) من نفس القانون في شأن التحكيم في المواد المدنية والتجارية ،بأنه "لا يجوز التحكيم في المسائل التي لا يجوز فيها الصلح"

ثانيًا: يجب أن يكون محل التحكيم حقًا ماليًا سواء كان هذا الحق له طابع مدني أو تجاري أو إداري وهو ما يشمله التحكيم التجاري في المادة (2) من قانون التحكيم المصري التي تفيد بأنه يكون التحكيم

تجاريًا إذا نشأ النزاع حول علاقة قانونية ذات طابع اقتصادي عقدية ،أو غير عقدية وعددت أمثلةً لذلك منها توريد السلع، والخدمات، والوكالات التجارية، وكذلك نقل التكنولوجيا، والاستثمار، وعقود التنمية، وعمليات البنوك.

ثالثًا: يستوي ان يكون الحق المتعلق به النزاع شخصيًا أو عينيًا، أو كان محل الحق العيني عقارًا أو منقولًا، وقد اشارت المادة(1/10) من نفس القانون إلى أن اتفاق التحكيم يتعلق بمنازعات بين طرفين نشأت أو يمكن أن تنشأ بينهما علاقة قانونية معينة عقدية أو غير عقدية.

رابعًا: يجب أن تكون العلاقة القانونية التي يتعلق بها النزاع علاقة قانونية قائمة، فلا يصح اتفاق التحكيم بشأن علاقة لم تنشأ بعد.

خامسًا: لا يجوز التحكيم فيما لا يجوز الصلح فيه، فلا يجوز التحكيم في المسائل المتعلقة بالأحوال الشخصية، وكذلك المتعلقة بالنظام العام؛ لرغبة المشرع في بسط ولاية القضاء العام عليها، وإنما يجوز الصلح على المصالح المالية التي تترتب على الأحوال الشخصية أو التي تنشأ عن ارتكاب إحدى الجرائم.

سادسًا: لا يجوز التحكيم في مسائل مرتبطة بعضها لا يجوز الصلح فيها لتعلقها بالنظام العام وبعضها الآخر يجوز فيه الصلح؛ فهي لا تقبل التجزئة، وبالتالي لا يصلح النزاع أن يكون محلًا للتحكيم بأكمله.

وهنا يجدر بنا الإشارة إلى معيار التحكيم الصادر عن أيوفي في المادة السابعة الخاصة بمجال التحكيم، وذكرت هذه المادة أن مجال التحكيم ما يجري فيه التحكيم شرعًا، ومثلت لذلك:

1/7 يجوز التحكيم في كل ما يصلح لكل واحد من الطرفين ترك حقه فيه.

2/7 لا يجوز التحكيم في ما يأتي

1/2/7 كل ما هو حق لله تعالي مثل الحدود. **(معيار التحكيم، 32 أيوفي)**

ولا يوجد مانع شرعي من الاتفاق على التحكيم في المنازعات الخاصة بالوقف؛ لأنه لا شيء في هذا يمس النظام العام خاصةً إذا اتفق في عقد التحكيم على أن المحكم يتبع في عمله نصوص كتاب الوقف وقصد الواقف. **(د. فتحي والي،209/1،210،213)، د. التحيوي ص 46، د. أبو الوفا،27،28)**

المطلب الرابع: في تعريف شرط التحكيم:

الاتفاق الذي يلتزم بموجبه أطراف عقد معين علي عرض ما قد ينشأ بينهم من منازعات محتملة بصدد تفسير العقد أو تنفيذه أو فسخه على محكم أو أكثر بدل من المحكمة المختصة أصلًا بنظرها، فيكون الاتفاق عليه كبند من بنود عقد معين يكون مبرمًا بين الأطراف المحتكمين بشأن الفصل في

نزاع محتمل، وغير محدد يمكن أن ينشأ في المستقبل عن تفسيره، أو تنفيذه عن طريق هيئة تحكيم تتشكل من أفراد عاديين أو هيئات غير قضائية دون المحكمة المختصة اصلًا بتحقيقه ،أو الفصل في موضوعه، فشرط التحكيم لا يرد على نزاع معين،

وهذا بخلاف مشارطة التحكيم والتي هي اتفاق بين أطراف الاتفاق على التحكيم والذين نشأ بالفعل بينهم نزاع لحظة إبرام الاتفاق على التحكيم. (د.الظفيري،457، د. مجمود عمر، 35،36)

المبحث الثالث

بند التحكيم التطبيق المعاصر لملازمة المدين المليء المماطل

سبب التعبير بالبند في عنوان المبحث كي يشمل شرط التحكيم كأساس وكذلك في حالة كان التحكيم مرحلة ثانية او ثالثة كما في حالة البند المتعدد المراحل، وكذلك بند التحكيم المعجل.

المطلب الأول: حقيقة الملازمة.

في اللغة:

اللام والزاي والميم أصل واحد صحيح، يدل على مصاحبة الشيء بالشيء دائماً.

ولزم الشيء يلزم لزوما ثبت ودام، ويتعدى بالهمزة فيقال ألزمته أي أثبته وأدمته ولزمه المال وجب عليه، وألزمته المال والعمل وغيره فالتزمه، ولازمت الغريم ملازمة ولزمته ألزمه أيضا تعلقت به ولزمت به (مقاييس اللغة (245/5)، المصباح المنير (552/2)

في الاصطلاح الفقهي:

الملازمة عند الفقهاء في جملة تعريفاتهم:

هي مصاحبة المدين لاستيفاء ما يحصل في يده من مال فاضل عن ضرورته، بأن يدور معه حيث دار تأمينًا من هروب المدين أو تغيبه؛ ليتمكن من إحضاره إلى مجلس الحكم، والاستيفاء مما يفضل من كسبه.[المبسوط (76/20)، حاشية ابن عابدين (298/5)، المغني (164/11)، شرح منتهى الإرادات (359/5)، الإنصاف (228/13)، أحكام القرآن للجصاص (654/1)، عمدة القاري (263/12) ، حاشية ابن عابدين (387/5)

الدليل على ذلك:من الكتاب والسنة:

أولًا: من الكتاب:

قوله تعالي:" ومن أهل الكتاب من إن تأمنه بقنطارٍ يؤده إليك ومنهم من إن تأمنه بدينارٍ لا يؤده إليك إلا ما دمت عليه قائمًا" . (آل عمران:75)

وجه الدلالة من الآية :

دلت الآية على وجود نوعين من البشر في الدين؛ الأول: وهو من يؤدى دينه، والثاني: من لا يؤدى إلا بالملازمة عليه وهو ما دل عليه قوله: "إلا ما دمت عليه قائمًا" أي بالمطالبة، والملازمة، والإلحاح في استخلاص حقك. (القرطبي، 116/4،ابن كثير،51/2)

ثانيًا: من السنة:

. عن أبي هريرة رضي الله عنه:

أتى النبي r رجل يتقاضاه فأغلظ له، فهم به أصحابه، فقال: (دعوه، فإن لصاحب الحق مقالا). (صحيح البخاري، (845/2)

وجه الدلالة:

أفاد الحديث أن صولة الطلب وقوة الحجة تكون على من يماطل في أداء الدين أو يسئ المعاملة.

(عمدة القاري، (136/12)

ومما سبق يتبين لنا:

أن الملازمة هي مصاحبة المدين المماطل في أداء دينه ومرافقته لأجل استيفاء الحق منه، وكذلك حتى يتمكن من إحضاره إلى مجلس الحكم ، وهذا الأمر تعذر ويتعذر في الوقت الحاضر بهذه الصورة، ولذا كان الاقتراح في البحث هو وضع شرط التحكيم في العقد بصورته المعروفة أو بشكله المعجل الصادر عن الأونسيترال، أو البند المتعدد المراحل بحيث يكون التحكيم كمرحلة ثانية بعد التفاوض أو الوساطة أو كمرحلة ثالثة بعدهما؛ أي: التفاوض ثم الوساطة ثم التحكيم ،وفى هذا الشأن لابد من توضيح ما هو البند المتعدد المراحل ، وكذلك بند التحكيم المعجل وهو ما سأوضحه في المطلب التالي ثم في مطلب لاحق يتطرق البحث إلى وجه تكييف هذا الشرط بكونه تطبيقًا معاصرًا لملازمة المدين المماطل، وكذلك كيفية صياغة شرط التحكيم بصورتيه وكذلك البند المتعدد المراحل طبقًا لإرشادات نقابة المحامين الدولية والعيوب التي قد تشوب صياغة شرط التحكيم وكذلك البند المتعدد المراحل.

المطلب الثاني: في شرط التحكيم(Arbitration Clause)، والبند المتعدد المراحل (Multi-Tier Dispute Resolution Clauses) وبند التحكيم المعجل (The Model Clause on Highly Expedited Arbitration).

عرفنا سابقًا شرط التحكيم وهنا يجدر بنا الإشارة إلى ماهية البند المتعدد المراحل، وكذلك البند المعجل.

البند المتعدد المراحل: هو نوع من البنود المتعلقة بحل النزاعات في العقود الدولية طبقًا لإرشادات نقابة المحامين الدولية **(IBA)** حول صياغة بنود التحكيم الدولي ينص هذا البند على المفاوضات، أو الوساطة ،أو أي نوع آخر من أنواع السبل البديلة لحل النزاعات كخطوة أولى تسبق التحكيم.

(معاييرIBA رقم 86)

بند التحكيم المعجل للغاية:

هو أحد بنود نموذج (**UNCITRAL**) بشأن تسوية النزاعات السريعة المتخصصة (**SPEDR**) **(2024)**من قبل لجنة الأمم المتحدة للقانون التجاري الدولي(**UNCITRAL**) تقدم ، حلولاً مخصصة تهدف إلى التكيف والتعديل لتناسب ظروف واختيارات الأطراف، معتمدةً على قواعد التحكيم المعجلة الخاصة بـ .(**EARs**) تم تصميمها كموارد للشركات والممارسين الذين يشاركون في تسوية النزاعات الدولية، خاصة عندما تكون السرعة والخبرة الفنية عوامل حاسمة، حيث توفر بنود النموذج للأطراف وسائل مخصصة لتسوية النزاعات بطريقة سريعة، مما يضمن نزاهة وفعالية عمليات تسوية النزاعات الخاصة بهم.

فهذا البند (بند التحكيم المعجل) صمم للأطراف الذين لديهم احتياجات غير عادية مثل التي قد تنشأ في قطاعات التكنولوجيا والبناء، بالإضافة إلى قطاعات أخرى، لكنها أيضًا مناسبة للاستخدام في التحكيم بشكل عام، وبالتالي يمكن استخدامها في عقود المصارف الإسلامية للتوصل إلى المطالبات المالية الناشئة عنها في إطار زمني قصير و إلزام الطرف المماطل بأدائها في خلال مدة لا تتجاوز الثلاثة أشهر.

(3/21Draft UNCITRAL Model Clauses on Specialized Express Dispute Resolution (SPEDR))

المطلب الثالث: القوة الملزمة لشرط التحكيم :

يُنشئ اتفاق التحكيم أثر إجباري وليس إلزامي بين الأطراف يعنى أنه إذا تم إبرام اتفاق التحكيم بشكل صحيح تترتب آثاره عليه؛ فينبغي على الأطراف تنفيذه، فاتفاق التحكيم وإن كان لا يفرض قواعد أو سلوكيات معينة للأفراد فهو يكون إلزاميًا للأطراف ويتم تطبيقه بصورة تلقائية، فإذا أبدى أحد الأطراف عدم الرغبة في تنفيذ شرط التحكيم أو اتفاق التحكيم طواعيةً فإن حكم التحكيم الغيابي الصادر في هذا الشأن يكون إلزاميًا للأطراف، كما ذهبت إلى ذلك المحاكم الفرنسية، وهو ما يتضح من خلال قواعد المركز الإسلامي للصلح والتحكيم بدبى كمثال للتحكيم المؤسسي في المادة الرابعة البند الثاني: "**يحجب سند التحكيم ولاية القضاء أو أي جهة أخرى ويفرض على الأطراف فض نزاعهم لدى المركز وفقًا لقواعد التحكيم.**" (المصيلحى،4،5،6)

المطلب الرابع: آثار حكم التحكيم:

أولًا: حكم التحكيم يتمتع بحجية الأمر المقضي به بمجرد صدوره، وبالتالي فإن ذلك يضع حدًا لمنع تكرر النزاع حيث إن استمراره يؤدى إلي عدم استقرار الحقوق، ونظرًا لذلك يلتزم الأطراف بعدم عرض النزاع على القضاء أو التحكيم بعد صدور الحكم، وكذلك يلتزموا بتنفيذ الحكم اختياريًا، أو طواعيةً كما يتضح من نص التشريع المصري في المادة(**55**) والتي تقضى بأنه طبقًا لقانون التحكيم المصري فإن أحكام المحكمين تحوز حجية الأمر المقضي وتكون واجبة النفاذ بمراعاة الأحكام المنصوص عليها في نفس القانون، وهو ما أوضحته المادة **(56)** من نفس القانون.

وكذلك في ما أوردته نصوص قواعد المركز الإسلامي للصلح والتحكيم بدبي في المادة(**61**) الخاصة بتنفيذ حكم التحكيم النهائي في البند الأول.

ثانيًا: أن اكتساب حكم التحكيم لحجية الأمر المقضي لا يعنى اكتسابه القوة التنفيذية وبالتالي فإذا لم يتم التنفيذ الاختياري فيلجأ المحكوم له إلى التنفيذ الجبري بعد تصديق حكم التحكيم وإصدار أمر بتنفيذه من الجهة القضائية المختصة، وهو ما أوردته نصوص قواعد المركز الإسلامي للصلح والتحكيم بدبي في المادة(**61**) الخاصة بتنفيذ حكم التحكيم النهائي في البند الثاني، في حالة عدم التنفيذ طوعًا.

وهو ما أورده التشريع المصري في المادة **(9)** بأن الاختصاص بنظر مسائل التحكيم التي يحيلها إلى القضاء المصري يكون للمحكمة المختصة أصلًا بنظر النزاع، وإذا كان التحكيم تجاريًا دوليًا

بالمفهوم الذي أوردته المادة **(3)** من نفس القانون فيكون الاختصاص لمحكمة استئناف القاهرة مالم يتفق الطرفان على اختصاص محكمة استئناف أخرى في مصر.

ثالثًا: هذه الحجية يكون نطاقها قاصرًا على الموضوع الذي فصل فيه الحكم وهذا الموضوع يكون قد تم تحديده قبل حدوث النزاع وهو ما يكون من خلال شرط التحكيم، أو بعد حدوث النزاع وهو ما يكون من خلال مشارطة التحكيم؛ ولذا مالم يفصل الحكم فيه من طلبات أخرى لا يحوز الحجية ومالم يطلب الخصوم بشأنه حكمًا يبطل الحكم فيه عند عدم الاتفاق.

وكذلك يكون نطاق هذه الحجية قاصرًا على أطراف النزاع(وهم أطراف الخصومة التي صدر الحكم بشأنها فلا يتم مواجهة الغير بهذه الأحكام إلا في ماورد بشأن الخلف العام والخاص وهذا فيه تفصيل لا مجال لذكره في هذا البحث. **(أشجان داوود 89:79)**

المطلب الخامس: في وجه تكييف شرط التحكيم أو البند المتعدد المراحل المنتهى بالتحكيم بكونه تطبيقًا معاصرًا لملازمة المدين المماطل.

بناءً على ما سبق ذكره في تعريف الملازمة في الفقه و كذلك ما يتعلق بالقوة الملزمة لشرط التحكيم وأثر هذا الشرط على أطراف العقد من كونه إجباريًا ينبغي على الأطراف تنفيذه واللجوء إليه عند أي نزاع أو مطالبة وكذلك كون هذا الشرط يحجب ولاية القضاء، ولا يلجأ إلى القضاء فيه إلا عند عدم التنفيذ الاختياري من الطرف المعنى بذلك ،وبالتالي فإنه يتبين لنا مدى كون شرط التحكيم أو البند في حالة تعدد المراحل يحقق الملازمة بالنسبة للمدين المماطل بل وتحقيق الحصول على الحق عند عدم التنفيذ من قبل الطرف الواجب عليه التنفيذ؛ فإن الملازمة هي مصاحبة المدين المماطل في أداء دينه ومرافقته لأجل استيفاء الحق منه، وكذلك حتى يتمكن من إحضاره إلى مجلس الحكم، وهذا ما يحققه بند التحكيم فإنه يعطى الطرف المتضرر الحق في طلب اللجوء إلى التحكيم في أي وقت فيما يتعلق بالعقد الذى بينهما فهو يعد إلزاميًا للأطراف ويتم تطبيقه بصورة تلقائية، فإذا أبدى أحد الأطراف عدم الرغبة في تنفيذ شرط التحكيم أو اتفاق التحكيم طواعيةً فإن حكم التحكيم الغيابي الصادر في هذا الشأن يكون إلزاميًا للأطراف، وبالتالي يتحقق فيه تمكين الطرف المتضرر من إحضار الطرف الآخر إلى مجلس الحكم.

المطلب السادس: في كيفية صياغة شرط التحكيم و البند المتعدد المراحل، والبند المعجل:

إن تعاظم مبدأ سلطان الإرادة والذى هو أساس اللجوء إلى التحكيم حيث أقرته المادتان (4)،(5) من قانون الأونسيترال لا ينحصر على مجرد اللجوء للتسوية عن طريق التحكيم أو غيره من وسائل تسوية النزاعات وإنما يتسع هذا المبدأ ليشمل جميع الإجراءات ومراحل التحكيم ابتداءً من تحديد ما إن كان التحكيم حرًا أو مؤسسيًا وكذلك يشمل تحديد القواعد القانونية واجبة التطبيق على موضوع النزاع وكذلك القانون الإجرائي الواجب التطبيق كما يمتد ويتسع هذا المبدأ ليشمل مدى حرية اختيار قواعد قانونية محددة للفصل في النزاع او المطالبات وهو ما ينطلق منه معيار التمييز بين التحكيم بالقضاء أو التحكيم بالصلح، و تشكيل الهيئة وسلطاتها وعدد المحكمين وإجراءات التحكيم وغيرها وأيضًا اختيار التحكيم كمرحلة لاحقة على المفاوضات أو الوساطة . (محمود وافى،21،22،هبه سالم،182،183)

وهذا المبدأ (سلطان الإرادة) وما يتبعه من إجراءات من حرية اختيار المحكم والمساواة بين الخصوم ومبدأ حق الدفاع في الخصومة التحكيمية أقرته الشريعة الإسلامية فيما ورد من قوله تعالي "فابعثوا حكمًا من أهله وحكمًا من أهلها إن يريدا إصلاحًا يوفق الله بينهما". (النساء،35)

وفى رسالة عمر رضى الله عنه لأبى موسي الأشعري (آس بين الناس في وجهك ومجلسك وعدلك)، (والبينة على من ادعى واليمين على من أنكر).(سنن الدارقطنى،367/5)

البند المتعدد المراحل:

يتطرق البحث هنا لكيفية صياغة هذا البند طبقًا لإرشادات نقابة المحامين الدولية حول صياغة بنود التحكيم الدولية والتي تم اعتمادها بموجب قرار من مجلس نقابة المحامين الدولية في 7تشرين الأول/أكتوبر 2010.

توفر هذه الإرشادات للأطراف المعرفة حول الخيارات المتوفرة والمخاطر التي يجب عليهم تجنبها عند صياغة البند المتعدد المراحل فهي تعالج بعض مشاكل صياغة البنود لضمان صياغة بند تحكيمي فعال يعكس احتياجات الأطراف ورغباتهم بشكل واضح لا لبس فيه دون تقييد حريتهم في تضمين البنود أية تفاصيل يرغبون بها فقد صممت لضمان إدراك الأطراف الميزات المتاحة لهم للتقرير حولها مسبقًا. (التمهيد الخاص بمعايير IBA)

أولًا: يجب تحديد الفترة الزمنية التي يمكن من بعدها اللجوء إلى التحكيم، ويجب أن تكون هذه الفترة قصيرة، فالمباشرة بالتفاوض أو بالوساطة لا تكفي لتعليق مرور الزمن أو لوقف سريان التقادم الزمني ، وأن تبدأ فترة التفاوض او الوساطة مثلًا عند إرسال طلب خطي للتفاوض.

ثانيًا: أن تكون الصيغة حاسمة في كون اللجوء إلى التفاوض أو الوساطة كخطوة أولي إلزاميًا أو اللجوء إلى التفاوض أو الوساطة كخطوتين متتاليتين إلزاميتين، ثم اللجوء للتحكيم كمرحلة لاحقة إجباريًا وليس اختياريًا، مع الأخذ في الاعتبار تحديد المدة الزمنية بين كل مرحلة والتي تليها.

ثالثًا: يجب أن يحدد البند النزاعات التي ستخضع للمفاوضات أو للوساطة بذات الصيغة التي نصت على أنها ستحال إلى التحكيم؛ حتى لا يفهم منه أنه بالإمكان إحالة بعض النزاعات إلى التحكيم فورًا دون اللجوء إلى الوساطة أو التفاوض كخطوة أولية.

مقترح للبند:

أي نزاع أو خلاف أو مطالبة تنشأ عن أو تتعلق بهذا العقد، أو خرقه، أو إنهائه، أو عدم صلاحيته، يجب أن يتم تسويته وفقًا للإجراءات المحددة أدناه والتي يجب أن تكون الإجراءات الوحيدة والحصرية التي يمكن اللجوء إليها لحل أي نزاع.

(أ)**التفاوض:**

في حالة أي نزاع أو خلاف أو مطالبة تنشأ عن أو تتعلق بهذا العقد، أو خرقه، أو إنهائه، أو عدم صلاحيته

يجب على الأطراف اللجوء إلى التسوية بطريقة ودية عبر التفاوض بين المسؤولين التنفيذيين الذين يتمتعون بسلطة حل النزاع.

(ب)**الوساطة:**

في حالة إذا لم يتم التوصل إلى حل عن طريق التفاوض بموجب الفقرة (أ) خلال ثلاثين يومًا من تقديم طلب خطي للتفاوض من قبل أي من الأطراف بموجب الفقرة(أ) أو خلال أية فترة زمنية أخرى اتفق عليها الأطراف خطيًا يتم حله وديًا عن طريق الوساطة وبموجب (مجموعة قواعد الوساطة المختارة)

(ت)**التحكيم:**

في حالة إذا لم يتم التوصل إلى حل عن طريق الوساطة بموجب الفقرة(ب) خلال 45 يوم من تعيين الوسيط أو ضمن فترة زمنية أخرى اتفق عليها الأطراف خطيًا، يتم حله نهائيًا بموجب (مجموعة

مختارة من قوانين التحكيم) من قبل (محكم واحد أو ثلاثة محكمين) يعينون بموجب هذه القواعد ويكون مكان التحكيم (.....) وستكون لغة التحكيم(.....)

وفى حالة المصارف الإسلامية يكون القانون الواجب التطبيق على موضوع النزاع هو الشريعة الإسلامية أو معايير الأيوفي.

مميزاته:

هذا البند يحقق ثلاثة أمور مهمة في حالة المدين المماطل:

الأول: هذا البند قد يسرى في نوعي التحكيم الحر والمؤسسي، فيمكن صياغته في حالة التحكيم الحر عند اختيار أحد القوانين الوطنية لتطبيقه على إجراءات التحكيم، وكذلك قواعد التحكيم التي طورتها لجنة الأمم المتحدة للقانون التجاري الدولي(**UNCITRAL**) وعند قيامهم بهذا الاختيار يجب تعيين كيان محايد آخر كسلطة تعيين لاختيار المحكم الفرد أو المحكمين في حال تعددهم.

ويمكن صياغة هذا البند في حالة التحكيم المؤسسي، وفى هذه الحالة تطبق قواعد مركز التحكيم المختار من قبل الأطراف، ويجب الاستعانة بالموقع الالكتروني الخاص بالمؤسسة المختارة واستخدام البند النموذجي المقترح لديهم.

الثاني: هو أن هذا البند في تعدد مراحله يعطي فرصة للمدين المماطل بتسوية ما عليه من مستحقات مالية في خلال فترة التفاوض أو الوساطة ويكون في هذه الحالة على علم تام بأنه في حالة عدم سداده في هذه الفترة فإنه سوف يتخطى هذه المرحلة إلى مرحلة أخرى وهي التحكيم ويلزم بدفع أتعاب التحكيم في هذه الحالة.

الثالث: هو خاص بالمؤسسة فإن المؤسسة في هذه الحالة قد لازمت هذا العميل المماطل عن طريق شرط التحكيم وحققت بذلك الالتزام بالشرع في التعامل مع مماطلة المدين بدون اللجوء إلى اشتراط زيادة عليه في العقد وهو محرمٌ بنص الحديث، حتى لو صُرف إلى وجوه البر ثم أنه يرفع عنها حمل عبء دخول هذه الزيادة إلى سجلات البنك والتعامل معها محاسبيًا.

وقد أوضحت المسألة سابقًا.

و التعامل بمثل هذه البنود قد يسهل في ما يتعلق بائتمان الشركات أما ائتمان التجزئة فقد وضعت له تصورًا لتجنب مخالفة النص فيه بتصحيح التطبيق الواقع ومحاولة إظهار الإرادة المنفردة بعدة أمور فيما سبق في المطلب الثاني من المبحث الأول.

بند الأونسيترال المعجل للغاية:

أي نزاع أو خلاف أو مطالبة تنشأ عن أو تتعلق بهذا العقد، أو خرقه، أو إنهائه، أو عدم صلاحيته، يجب أن يتم تسويته عن طريق التحكيم وفقًا لقواعد التحكيم المعجلة التابعة للأونسيترال ("القواعد إضافة ما يلي:المعجلة")، مع

(أ) المدة التي يجب على الأطراف خلالها التوصل إلى اتفاق بشأن تعيين محكم فرد وفقًا للمادة 8 (2) من القواعد المعجلة يجب أن تكون [7] أيام بعد استلام الاقتراح من جميع الأطراف الأخرى؛

(ب) سلطة التعيين هي/ هو .....[اسم المؤسسة أو الشخص]؛

(ج) المدة التي يجب على هيئة التحكيم خلالها استشارة الأطراف بشأن الطريقة التي سيجري بها التحكيم وفقًا للمادة 9 من القواعد المعجلة يجب أن تكون [7] أيام؛

(د) المدة التي يجب أن يتم خلالها إصدار الحكم وفقًا للمادة 16(1) من القواعد المعجلة يجب أن تكون [45] يومًا؛

(ه) الخيار الأول: يجب ألا تتجاوز المدة الممتدة في المادة 16(2) من القواعد المعجلة إجمالي [90] يومًا؛

أو

الخيار الثاني: يجب ألا تتجاوز المدة الممتدة في المادة 16(2) من القواعد المعجلة إجمالي [90] يومًا، ولا يجوز تمديد المدة التي يتم خلالها إصدار الحكم، ولا تنطبق المادة 16(3) و(4) من القواعد المعجلة؛

(و) تمتد صلاحيات هيئة التحكيم وفقًا للمادة 2(2) من القواعد المعجلة لتحديد أن القواعد المعجلة لم تعد تنطبق على التحكيم كما تمتد أيضًا إلى صلاحية تحديد أن التعديلات على القواعد المعجلة الواردة هنا لم تعد تنطبق.

مميزاته:

يمكن أن تكون إجراءات التحكيم المعجل للغاية مفيدة بشكل خاص في حل النزاعات التي تنشأ من المشاريع المالية ،أو أي مشاريع أخرى ،فإن الأطر الزمنية الأقصر تمكن من حل النزاعات بسرعة، وتقلل من مدة الإجراءات التحكيمية الطويلة والمكلفة مع الحفاظ على الحقوق الإجرائية، وهو ما يناسب طبيعة عمل المصارف عمومًا والمصارف الإسلامية خصوصًا والذي قد يفيد في سرعة الحصول على المستحقات المالية للمؤسسة.

خاتمة

في الختام أسأل الله العلي العظيم أن يجعل هذا العمل خالصًا متقبلًا وأن يجعلنا من الذين أحسنوا عملًا فلا يضيع لنا جهدًا ولا أجرًا وأن يثقل به موازين حسناتنا

النتائج:

1. أنه يمكن الحد من مماطلة المدين عن طريق ملازمته من خلال شرط التحكيم، وكذلك البند المتعدد المراحل ومحاولة الوصول للحق عبر خطوة التفاوض أو الوساطة قبل الوصول للتحكيم.
2. أنه يمكن الحصول على المستحقات المالية للمؤسسات من خلال شرط التحكيم المعجل في خلال مدة 45 يوم ولا تتجاوز 90 يوم.
3. أن التصدق الملزم عند المالكية لا يخالف الشريعة، ولا يتعارض مع صحيح النصوص، أما التطبيق الواقع فقد أغفل ركائز هذا التصدق، ولذا تسبب في إشكال كبير.
4. أن وجود التصدق الملزم كبند ضمن إرادتين متوافقتين يؤدي إلى التناقض في الحكم علي المدين بكونه مدينا وغير مدين في نفس الوقت.
5. أنه يمكن تعديل بند التصدق الملزم داخل العقود، بإضافة بعض الشروط وتعديل بعض الإجراءات لإظهار الإرادة المنفردة وتطبيق ركائزها التي يبني عليها التصدق الملزم.
6. أن العبرة في العقود بالمقاصد والمعاني لا الألفاظ والمباني، وقد يدخل بند التصدق الملزم في العقد ولا يخرج من عهدة الربا، مع أنه تصدق في ظاهره، وقد يتم تقييده ببعض الشروط والإجراءات فتخرجه من صورة الربا إلى صورته الصحيحة، واعتماد ذلك التحليل الفقهي لهذه الصورة.
7. أن معيار الأيوفي الخاص بالمدين المماطل في بند التصدق الملزم في صياغته الحالية يخالف ما ذهب إليه المالكية.
8. أن أساس التعامل مع الديون لابد أن ينضبط بما ورد في الشريعة.
9. أن أساس التعامل مع المدين المليء المماطل هو العقوبة وأي طريق آخر قد يخرج عن مقاصد الشريعة، بل وقد يؤدي إلى تفشي المماطلة.

التوصيات:

1. أهمية تعديل بند التصدق الملزم في معيار الأيوفي بتعزيز دور الهيئة الشرعية بإجازة التصرف من عدمه و جعل إجراء التصدق بين ثلاثة أطراف: المدين ، والمؤسسة الخيرية، والهيئة الشرعية.

2. أهمية إضافة البنود المختلفة من البند المتعدد المراحل والبند المعجل من التحكيم التجاري الدولي إلى معيار التحكيم الصادر عن أيوفي حتى يواكب أحدث الممارسات.
3. ضرورة العمل على وضع قواعد خاصة بالتحكيم وغيره من الوسائل البديلة لتسوية النزاعات خاصة بهيئة المراجعة والمحاسبة للمؤسسات المالية الإسلامية (أيوفي) للنهوض بالمؤسسات المالية الإسلامية في جانب تسوية المنازعات الخاصة بها.

الإثنين-العاشر من رمضان1446- العاشر من مدس 2025

كوالالمبور-ماليزيا

مراجع

كتب اللغة:

- **معجم مقاييس اللغة**، أحمد بن فارس بن زكرياء القزويني الرازي، أبو الحسين (ت 395هـ)،المحقق: عبد السلام محمد هارون، الناشر: دار الفكر، 1399هـ - 1979م.
- **المصباح المنير في غريب الشرح الكبير**، أحمد بن محمد بن علي الفيومي ثم الحموي، أبو العباس (ت نحو 770 هـ)، الناشر: المكتبة العلمية - بيروت

كتب الفقه المقارن والسياسة الشرعية:

- **الاختيار لتعليل المختار، عبد الله بن محمود بن مودود الموصلي الحنفي**، عليه تعليقات: محمود أبو دقيقة (من علماء الحنفية ومدرس بكلية أصول الدين سابقا)، مطبعة الحلبي – القاهرة، (وصورتها دار الكتب العلمية - بيروت، وغيرها)، 1356 هـ - 1937 م
- **المبسوط**، محمد بن أحمد بن أبي سهل شمس الأئمة السرخسي (ت 483 هـ)،الناشر: مطبعة السعادة – مصر
- **حاشية رد المحتار، على الدر المختار: شرح تنوير الأبصار**، محمد أمين، الشهير بابن عابدين [ت 1252 هـ]، شركة مكتبة ومطبعة مصطفى البابي الحلبي وأولاده بمصر الطبعة: الثانية 1386 هـ = 1966 م
- **تبصرة الحكام في أصول الأقضية ومناهج الأحكام**، إبراهيم بن علي بن محمد، ابن فرحون، برهان الدين اليعمري (ت 799هـ)، مكتبة الكليات الأزهرية، الطبعة: الأولى، 1406هـ - 1986م
- **بداية المجتهد ونهاية المقتصد**، أبو الوليد محمد بن أحمد بن محمد بن أحمد بن رشد القرطبي الشهير بابن رشد الحفيد (ت 595هـ)،دار الحديث – القاهرة،1425هـ - 2004م
- **تحرير الكلام في مسائل الالتزام**، أبي عبد الله محمد بن محمد الحطاب، ت: 954، تحقيق: عبد السلام محمد الشريف، ط: دار الغرب الإسلامي، الطبعة الأولى، 1404-1984-بيروت
- **الحاوي الكبير في فقه مذهب الإمام الشافعي وهو شرح مختصر المزني**، أبو الحسن علي بن محمد بن محمد بن حبيب البصري البغدادي، الشهير بالماوردي (ت 450هـ)، المحقق: الشيخ علي محمد معوض - الشيخ عادل أحمد عبد الموجود، دار الكتب العلمية، بيروت – لبنان، الطبعة: الأولى، 1419 هـ -1999 م.

❖ **حاشيتا قليوبي وعميرة**، أحمد سلامة القليوبي وأحمد البرلسي عميرة، دار الفكر – بيروت ، 1415هـ-1995م

❖ **المغني**، موفق الدين أبو محمد عبد الله بن أحمد بن محمد بن قدامة المقدسي الجماعيلي الدمشقي الصالحي الحنبلي (541 - 620 هـ)،المحقق: الدكتور عبد اللَّه بن عبد المحسن التركي، الدكتور عبد الفتاح محمد الحلو ، دار عالم الكتب للطباعة والنشر والتوزيع، الرياض - المملكة العربية السعودية، الطبعة: الثالثة، 1417 هـ - 1997 م

❖ **معونة أولي النُهَى شرح المنتهى (منتهى الإرادات)**، محمد بن أحمد بن عبد العزيز الفتوحى الحنبلي، الشهير بابن النجار (898 - 972 هـ)،دراسة وتحقيق: أ. د عبد الملك بن عبد الله دهيش [ت 1434 هـ]،توزيع: مكتبة الأسدي، مكة المكرمة، الطبعة: الخامسة (منقحة ومزيدة)، 1429 هـ - 2008 م

❖ **الإنصاف في معرفة الراجح من الخلاف (المطبوع مع المقنع والشرح الكبير)**، علاء الدين أبو الحسن علي بن سليمان بن أحمد المَرْداوي (ت 885 هـ)،تحقيق: د عبد الله بن عبد المحسن التركي - د عبد الفتاح محمد الحلو،هجر للطباعة والنشر والتوزيع والإعلان، القاهرة ،الطبعة: الأولى، 1415 هـ - 1995 م

❖ **الإشراف على مذاهب العلماء**، أبو بكر محمد بن إبراهيم بن المنذر النيسابوري (ت 319هـ)المحقق: صغير أحمد الأنصاري أبو حماد، مكتبة مكة الثقافية، رأس الخيمة - الإمارات العربية المتحدة، الطبعة: الأولى، 1425هـ - 2004 م

❖ **السياسة الشرعية**، تقي الدين أبو العباس أحمد بن عبد الحليم بن عبد السلام بن عبد الله بن أبي القاسم بن محمد ابن تيمية الحراني الحنبلي الدمشقي (ت 728هـ)، وزارة الشئون الإسلامية والأوقاف والدعوة والإرشاد - المملكة العربية السعودية، الطبعة: الأولى، 1418هـ

❖ **دراسات المعايير الشرعية، الصادرة عن أيوفي**

كتب التفسير

❖ **الجامع لأحكام القرآن**، أبو عبد الله، محمد بن أحمد الأنصاري القرطبي، تحقيق: أحمد البردوني وإبراهيم أطفيش، دار الكتب المصرية – القاهرة الطبعة: الثانية، 1384 هـ - 1964 م

❖ **أحكام القرآن**، أحمد بن علي أبو بكر الرازي الجصاص الحنفي (ت 370هـ)، المحقق: عبد السلام محمد علي شاهين، دار الكتب العلمية بيروت – لبنان، الطبعة: الأولى، 1415هـ/1994م

❖ **تفسير القرآن العظيم**، عماد الدين أبو الفداء إسماعيل بن عمر بن كثير الدمشقي (ت 774 هـ)، تعليق: محمد حسين شمس الدين، دار الكتب العلمية، بيروت – لبنان، الطبعة: الأولى، 1419 هـ - 1998 م

❖ **مفاتيح الغيب = التفسير الكبير**، أبو عبد الله محمد بن عمر بن الحسن بن الحسين التيمي الرازي الملقب بفخر الدين الرازي خطيب الري (ت 606هـ)، دار إحياء التراث العربي – بيروت، الطبعة: الثالثة - 1420 هـ

كتب الحديث وشروحه:

❖ **صحيح البخاري**، أبو عبد الله محمد بن إسماعيل البخاري الجعفي،المحقق: د. مصطفى ديب البغا،الناشر: (دار ابن كثير، دار اليمامة) – دمشق، الطبعة: الخامسة، 1414 هـ - 1993 م

❖ **سنن الترمذي**، محمد بن عيسى بن سَوْرة بن موسى بن الضحاك، الترمذي، أبو عيسى (ت 279 هـ) تحقيق وتعليق: أحمد محمد شاكر (جـ 1، 2)، ومحمد فؤاد عبد الباقي (جـ 3)، وإبراهيم عطوة عوض المدرس في الأزهر الشريف (جـ 4، 5)، الناشر: شركة مكتبة ومطبعة مصطفى البابي الحلبي – مصر، الطبعة: الثانية، 1395 هـ - 1975 م

❖ **عمدة القاري شرح صحيح البخاري**، بدر الدين أبو محمد محمود بن أحمد العينى (ت 855 هـ)،تصحيح وتعليق: شركة من العلماء بمساعدة إدارة الطباعة المنيرية، لصاحبها ومديرها محمد منير عبده أغا الدمشقي

❖ المفهم لما أشكل من تلخيص كتاب مسلم، أبو العباس أحمد بن عمر بن إبراهيم القرطبي (578 - 656 هـ)، حققه وعلق عليه: محيي الدين ديب ميستو - أحمد محمد السيد - يوسف علي بديوي - محمود إبراهيم بزال، (دار ابن كثير، دمشق - بيروت)، (دار الكلم الطيب، دمشق - بيروت)،الطبعة: الأولى، 1417 هـ - 1996 م

❖ **المنتقى شرح الموطأ**، أبو الوليد سليمان بن خلف بن سعد بن أيوب بن وارث التجيبي القرطبي الباجي الأندلسي (ت 474هـ)، مطبعة السعادة - بجوار محافظة مصر الطبعة: الأولى، 1332 هـ

القرارات والفتاوى:

❖ **ضوابط معايير اقتطاع تكاليف المتابعة والتحصيل في المؤسسات المالية الإسلامية من المبالغ المحصلة على سبيل التبرع**

❖ **قرارات اللجنة الشرعية للبنك الأهلي السعودي،2021**

❖ **قرارات هيئة الفتوى والرقابة الشرعية لبنك دبي الإسلامي اعتنى به أ.د. علي القره داغي، دار البشائر**

❖ **قرارات هيئة الفتوى والرقابة الشرعية لمصرف الإنماء**
❖ **الضوابط المستخلصة من قرارات اللجنة الشرعية لبنك البلاد**، أمانة الهيئة الشرعية لبنك البلاد، دار الميمان، 1434 هـ-2013م
❖ **قرارات هيئة الفتوى والرقابة الشرعية لمصرف الراجحي**، المجموعة الشرعية لمصرف الراجحي، دار كنوز إشبيليا، 1431 هـ،ط:1
❖ **فتاوى هيئة الرقابة الشرعية لبنك البحرين الإسلامي من سنة 1979 إلى 2011، ط1**

الرسائل والدراسات:

○ **أحكام التقسيط في الفقه الإسلامي**، الشيخ محمد تقي العثماني، دار القلم، دمشق، سوريا، الطبعة الأولي، 1419
○ **ملازمة المدين الجدوى والفاعلية في ظل الوسائل المالية المعاصرة (دراسة فقهية)**؛ للدكتور سليم على الرجوب، جامعة القدس، فلسطين، 28ع ,7مج، مجمع الفقه الإسلامي بالهند، إبريل 2021.
○ **الغرامة في المصارف الإسلامية حقيقتها وأحكامها وتطبيقاتها**؛ للباحث عبد الرحمن بن عبد الله بن عبد الرحمن الطريقي، وهو بحث تكميلي مقدم لنيل درجة الماجستير في الفقه المقارن، جامعة الامام محمد بن سعود، المعهد العالي للقضاء.
○ **وسائل حمل المدين المماطل على الأداء مع التطبيقات القضائية**، للباحث عامر اللحيدان، وهو بحث تكميلي مقدم لنيل درجة الماجستير في الفقه المقارن، جامعة الامام محمد بن سعود، المعهد العالي للقضاء.
○ **التعويض عن ضرر المماطلة في الدين بين الفقه والاقتصاد**، د. محمد الزرقا، د. محمد علي القري، بحث منشور في مجلة جامعة الملك عبد العزيز في الاقتصاد الإسلامي،م3، 1991،1411
○ **مطل الغني وأنه ظلم يحل عرضه وعقوبته**، عبد الله ابن سليمان ابن منيع، بحوث في الاقتصاد الإسلامي، المكتب الإسلامي، 1416، 1996
○ **أحكام وآثار شرط الالتزام بالتصدق عند المماطلة في سداد الدين**، للدكتور عبد العزيز الدميجي، وهي ورقة علمية مقدمة لمؤتمر أيوفي الدولي الحادي والعشرين للهيئات الشرعية في البحرين، 17-1444/10/18، 7-2023/5/8.
○ **الشروط التعويضية**، د. إياد العنزي، دار كنوز إشبيليا، الطبعة الأولى،(1430ه)
○ **المعاملات المالية المعاصرة بحوث وفتاوى وحلول**، أ.د وهبة الزحيلي، دار الفكر، دمشق، الطبعة الثالثة،2006،1427.

- **المماطلة في الديون**، د. سلمان الدخيل، دار كنوز إشبيليا، الطبعة الأولى.

كتب وأبحاث التحكيم:

- **الوسيط في التحكيم الوطني والتجاري الدولي**، علمًا وعملًا، الدكتور، فتحي والي ،العميد الأسبق لكلية الحقوق جامعة القاهرة، دار النهضة العربية، 2021
- **الطبيعة القانونية لنظام التحكيم**، النظرية التعاقدية لنظم التحكيم، النظرية القضائية، نظرية الطبيعة المختلطة، د. محمود السيد عمر التحيوي، كلية الحقوق ، جامعة الفيوم
- **شرط التحكيم في منازعات الأوراق التجارية**، بحث د. وليد الظفيري أستاذ القانون التجاري المساعد
- **التحكيم الدولي والداخلي**، المستشار عبد الحميد المشاوي، رئيس محكمة الاستئناف، 2014، دار الجامعة الجديدة، الإسكندرية
- **مقدمة في التحكيم التجاري الدولي**، د. أميليا أونيما، CIArbمحاضرة في القانون
- **خصوصية شرط التحكيم في المجموعة العقدية**، منة الله المصيلحى
- **اتفاق التحكيم، مفهومه وأركانه وشروطه**، د. أحمد إبراهيم عبد التواب، كلية الحقوق، جامعة القاهرة، دار النهضة العربية
- **التحكيم في القوانين العربية**، د. أحمد أبو الوفا، 2015، مكتبة الوفاء القانونية، الإسكندرية
- **التحكيم الحر والتحكيم المقيد**، د. محمود السيد عمر التحيوي، كلية الحقوق، جامعة الفيوم،2001
- **الطبيعة القانونية لحكم التحكيم وآثاره وطرق الطعن به، دراسة مقارنة**، أشجان فيصل شكري داوود، رسالة ماجستير ، 2008
- **الشروط التحكيمية وعيوب صياغتها من واقع قضايا مركز القاهرة الإقليمي للتحكيم التجاري الدولي**، أ/هبة أحمد سالم

القوانين:

1-قانون الأونسيترال النموذجي للتوفيق التجاري الدولي لسنة (2002)

2- نموذج(UNCITRAL) بشأن تسوية النزاعات السريعة المتخصصة(2024) (SPEDR) من قبل لجنة الأمم المتحدة للقانون التجاري الدولي(UNCITRAL)

Draft UNCITRAL Model Clauses on Specialized Express Dispute Resolution (SPEDR

3-قانون التحكيم المصري رقم (27) لسنة 1994

4-قانون إعادة الهيكلة والصلح الواقي من الإفلاس رقم (11) لسنة 2018

5-قانون العمل المصري رقم (12) لسنة 2003

6-مرسوم بقانون اتحادي رقم (40) لسنة 2023 في شأن الوساطة والتوفيق

7-إرشادات نقابة المحامين الدولية حول صياغة بنود التحكيم الدولية والتي تم اعتمادها بموجب قرار من مجلس نقابة المحامين الدولية في 7تشرين الأول/أكتوبر 2010.

8-قواعد المركز الإسلامي للصلح والتحكيم بدبي.