التحكيم في منازعات العمليات المصرفية الاسلامية في القانون الليبي
الواقع والآفاق

إعداد :عزالدين أبوبكر علي
المحاضر بكلية القانون .جامعة عمر المختار ليبيا

لقد برزت فكرة المصارف الاسلامية لتحقق عدة اغراض كالرفع من كفاءة أداء الجهاز المصرفي في ممارسة دوره كوسيط مالي بين أصحاب الفائض والعجز المالي خاصة الشريح ة التي تعزف عن التعامل مع الجهاز المصرفي التقليدي خوفاً من الوقوع في حرمة الربا.

حيث تعتبر ليبيا حديثة العهد بالصيرفة الإسلامي، أذ تصنف ضمن الدول التي أخذت بنظام النوافذ الإسلامية التي تقدم الخدمات والتمويلات المصرفية الإسلامية دون تنظيم خاص يحكمها ، ودون إعفائها من النظم المصرفية التقليدية. وهذا مايزيد من صعاب وتحديات الصيرفة الاسلامية؛ فعدم وجود تشريعات وإجراءات إدارية خاصة بالصيرفة الإسلامية تراعي طبيعتها وبنيتها التنظيمية؛ وتضمن لها أداء دورها على الوجه الأفضل يجعل من الصعوبة بمكان الفصل فيما ينجم منازعات بين المتعاملين فيها.

لذلك يري الباحث أنة بعد أن دخلت الصيرفة الاسلامية لمنظومة المصارف في ليبيا بات من المؤكد تسليط الضوء علي التحكيم لكونة الاقدر علي فض المنازعات المالية الحاكومة بقواعد شريعة وقانونية في إلى درجة يستعصي على القضاء ملاحقتها هذا من جهة؛ومن جهة أخرى فإن القانون والقضاء الليبي لا يعرفان عن المصارف الإسلامية الشئ الكثير. فحداثة العمل المصرفي الإسلامي تزيد من المخاطر القانونية المصرفية،اذ ما والتي اخذنا في عين الاعتبار التطبيقات القضائية في البلدان العربية التي أعتمدت نظام الصيرفة الاسلامية حديثاً، دلت علي عدم مقدرة القضاء علي الفصل في المنازعات المصرفية الاسلامية ؛نظرً لعدم توافر الخبرة الكافية لدى القضاة الوطنيين للفصل في المنازعات الناشئة عن العمليات المصرفية الاسلامية ، فهي تحتاج إلى مؤهلات علمية وفنية وشرعية خاصة، لكونها تتعلق بمسائل مالية وشرعية غاية في التعقيد.

المقدمة:

تعتبر الصيرفة الإسلامية أحد أسرع القطاعات الاقتصادية والمالية نمواً في العالم. ومنذ أن بدأ النشاط قبل أكثر من ثلاثة عقود تطور قطاع الصيرفة الإسلامية في السنوات الأخيرة، وتعمل أكثر من 50 دولة بنظام الصيرفة الإسلامية. واستقطبت صناعة الصيرفة الإسلامية أهتمام المستثمرين والمصرفين في جميع أنحاء العالم ومن بينهم مؤسسات مالية دولية كبيرة مثل مصرف سيتي غروب الأميركي و"دويتشة بنك" الألماني، و"اتش . إس . بي" البريطاني[1] .

وتُعرف المصارف الإسلامية،" بأنها مؤسسات تمويلية ذات رسالة ومنهج، رسالة تتعدى كم التمويل إلى نوع هذا التمويل ومجالاته وأهدافه، ولها منهج تعمل في إطاره، وتستمد قواعده ا من آداب وقيم وأخلاق وقواعد الشريعة الإسلامية وهي بذلك تعمل على إيجاد أوعية لتجميع المدخرات من بين أفراد المجتمع وليس لتكثيرها، بل أولاً وأخيراً لتوظيفها التوظيف الإسلامي الفعال الذي يزيد من إنتاجها وإنتاجيتها لصالح الأمة الإسلامية"[2].

ونظراً للنجاح الذي حققتة الصيرفة الإسلامية ، سعت ليبيا لتبني الأسس والأعمال التي تقوم عليها تمهيداً لإحداث تحول من المصارف التقليدية إلي المصارف الإسلامية. حيث صُنفت ليبيا ضمن الدول التي أخذت بنظام النوافذ الإسلامية التي تقدم الخدمات والتمويلات المصرفية الإسلامية دون قانون خاص يحكمها ، ودون إعفائها من النظم المصرفية التقليدية. وهذا مايزيد من صعاب وتحديات الصيرفة الاسلامية؛ فعدم وجود تشريعات وإجراءات إدارية خاصة بالصيرفة الإسلامية تراعي طبيعتها وبنيتها التنظيمية؛ يجعل من الصعوبة بمكان الفصل فيما ينجم من منازعات بين المتعاملين فيها.

اولاً: مشكلة البحث

أن التحول من المصارف التقليدية إلى المصارف الإسلامية توجهه تحديات من الناحيتن القانونية والقضائية نظراً لحداثة التجربة وعدم إستصدار التشريعات اللازمة لتنظيم العمل المصرفي. ففي حال نشوب

(1) د. محمود عبد الحفيظ المغبوب المصارف الإسلامية ... مآخذ وتحديات واستحقاقات ورقة مقدمة لمؤتمر الخدمات المالية الإسلامية الثاني 2010 ،ص1

(2) د. مصطفى علي أبوحميرة ود. نوري محمد اسويسي تحول المصارف التقليدية في ليبيا نحو الصيرفة الإسلاميةدراسة تطبيقية على مصرفي الجمهورية والتجارة والتنميةورقة مقدمة لمؤتمر الخدمات المالية الإسلامية الثاني24أبريل 2010.

منازعات تتعلق بعمليات الصيرفة الإسلامية فـأول مايتبادر للذهن هو اللجؤ الي القضاء ،الذي قد تزيد الامر تعقيداً ،لان السوابق القضائية لمصارف إسلامية أجنبية في بعض البلدان العربية كانت غير مشجعة؛فضلاً عن ذلك فأن الواقع العملي يؤكد أن الفصل المنازعات المالية يستغرق سنوات طويلة بعد أن أُدخلت الصيرفة الاسلامية لمنظومة المصارف في ليبيا بات من الاهمية بمكان البحث علي الوسيلة المثلي لفض منازعات الصيرفة الإسلامية

ثانياً: الفرضية

تفترض الدراسة بأن التحكيم هو الاقدر علي فض منازعات الصيرفة الاسلامية ،لكونها منازعات مالية محكومة بقواعد شريعة وقانونية إلى درجة يستعصي على القضاء ملاحقتها، حيث تعتبر الدراسة التحكيم مكملاً للعدالة في الحالات التي تعجز فيها محاكم الدولة عن تقديم العدالة السريعة والمتخصصة ،ويشاطر القضاء الوطني مهمة الفصل في المنازعات، ويساعد في تخفيف العب ء عن كاهل القضاء الذي بات عاجزاً عن تحقيق العدالة بسبب اكتظاظه بالقضايا ،لان التحكيم يُعد وسيلة ناجزة موثوقاً بها لحل المنازعات ذات الطبيعة الخاصة، التي تستلزم سرعة الفصل و الخبرة.

ثالثاً:أهداف الدراسة

تسعي الدراسة الي تحقيق عدة أهداف تتمثل في:

1–معالجة المسائل القانونية المتعلقة بموضوع الدراسة معالجة تتسم بالحيدة والموضوعية؛ وصولًا الي بث الحياة في نظام التحكيم بمنازعات الصيرفة الاسلامية في القانون الليبي ، وبما يُمكن المؤسسات المصرفية ، والافراد من الإستفادة من نظام التحكيم كطريقاً لفض منازعاتهما، تمشياً مع سياسات الدولة التي تشهد إنفتاحا اقتصادياً

2– تهدف هذه الدراسة إلى تسليط الضوء علي م فهوم التحكيم في الشريعة الإسلامية ، بوصفها الٌمعين الذي لا يُنضب والذي يفترض فينا الرجوع إليه لننهل منه، ونستفيد من بعض أحكا مه التي يمكن تطبيقها على أرض

3– تهدف الدراسة أيضاً الي تنقية التحكيم مما لحق به من شوائب،أفرزتها الممارسة الدولية. بعد وضعة بين كفتي الميزان، لان التحكيم في تصورنا يعد الوسيلة الانجع لفض المنازعات المالية باسرع الطرق، ودونما أن يحدث شرخاً في العلاقات التعاقدية

رابعاً:أهمية الدراسة:

تعالج الدراسة أحدي الموضوعات الهامة في القانون الليبي التي ظلت خارج نطاق أهتمام الفقة في ليبيا، حيث تستمد أهميتها من كونها الدراسة الاولي التي تعالج التحكيم في منازعات الصيرفة الإسلامية في القانون الليبي واذا ماُ قدر لهذة الدراسة السداد ، فلأنها ستسهم في سد النقص الذي يعتري المكتبه القانونية وإثراء الثقافة القانونية في مجال التحكيم بوجة عام ،والتحكيم في الصيرفة الاسلامية علي وجه الحصوص.

خامساً:منهج وخطة الدراسة

ولما كان منهج البحث القانوني يتحدد في ضوء أهمية الموضوع ، وطبيعة المعالجة القانونيه لمشكلة البحث ،وحيث أن التحكيم يعد من الموضوعات الدقيقة ،التي تنطوي علي مزيج من القواعد الشرعية والقانونيه الوضعيه، .فلن ذلك مدعاة لإتباع أسلوب التحليل و المقارنة بالشريعة الاسلامية. ولما كان المنطق القانوني يُحتم عند تناول أية فكرة قانونية ،تحديد ذاتيتهاو التعرض لنظامها القانوني وتطبيقاتها.على نحو يمكن من كشف النقاب عن كافة المشاكل التي تثار بصدد ها . لهذا فقد رأيت أن أتبع هذا النهج لتحقيق الاهداف المعلن عنها سلفاً وتقسيم البحث على النحو التالي

المبحث الاول:تطور الخدمات المصرفية في ليبيا

المطلب الاول: أنواع المصارف العاملة في ليبيا

المطلب الثاني :تحول المصارف التقليدية الى مصارف إسلامية

المطلب الثالث: بداية العمل الصيرفي الاسلامي في ليبيا

المطلب الرابع الصعوبات القانونيةوالقضائية التي تواجه الصيرفة الإسلامية في ليبيا:

المبحث الثاني : التحكيم في القانون الليبي(الواقع والآفاق)

المطلب الأول: ماهية التحكيم

المطلب الثاني: مزاياوعيوب التحكيم

المطلب الثالث: حتمية التحكيم في منازعات الصيرفة الإسلامية

المبحث الاول

تطور الخدمات المصرفيه في ليبيا

تأسس الجهاز المصرفي الليبي منذ الخمسينيات تحت إطار لجنة النقد الليبية والتي أنشئت في سنة 1951، والتي لم تكن فعلياً تشرف على أياً من المصارف الوطنية، لهيمنة المصارف الأجنبية على القطاع المصرفي، ولعدم وجود مصارف وطنية تؤثر بشكل أساسي في القطاع المصرفي، وعلى إثرها تم انشاء مصرف ليبيا المركزي الذي بدأ نشاطه في 1956/04/1 وحل بذلك محل لجنة النقد الليبية . وقد كانت من بين وظائفه المحافظة على تغطية العملة المصدرة بأصول إسترلينية ولم يكن له في بداية نشاطه أي دور في مراقبة عرض النقود أو الائتمان المصرفي أو في الرقابة على المصارف. حيث لانه في تلك الفترة لم تكن المصارف الوطنية قد تأسست بشكل فاعل في الحياة الاقتصادية. وبعدها صدر قانون المصارف سنة 1963 واستمر العمل به إلى أن قامت الثورة 1969 م.وأممت القطاع المصرفي ، وتحولت المصارف الأجنبية إلى مصارف وطنية مملوكة لليبيين ،وأنشئت العديد من المصارف منها، مصرف الأمة، ومصرف الصحارى، المصرف التجاري الوطني، مصرف الوحدة، ومصرف الجمهورية.

ونظراً للانفتاح الاقتصادي الذى تشهده ليبيا فى هذه الفترة فقد بدات السلطات النقدية فى توسيع دائرة ملكية القطاع المصرفي ،وفتح المجال للقطاع الأهلي والخاص القطاع الأجنبي لتملك جزء من القطاع المصرفي، الليبي. وتمخضت هذه الجهود حديثا في بيع حصة 19% من مصرف الصحارى لائتلاف بي إن بي الفرنسية، كما تم بيع حصة بنسبة 19% من مصرف الوحدة للمصرف العربي، ويحق لهذين المصرفين زيادة حصتها إلى 49%، كما أنه يحق لهما الاشتراك في مجلس الإدارة والإشراف على إدارة المصرفين وفقا لحصتهما المتوقع والمسموح لهما تملكها[1].

ونظراً للنجاح الذي حققتة الصيرفة الإسلامية ، بدات ليبيا تسعي لتبني الأسس والأعمال التي تقوم عليها تمهيداً لإحداث تحول من المصارف التقليدية إلي المصارف الإسلامية. لهذا سوف نتعرض لإنواع

(1) د. إسماعيل إبراهيم الطراد ود. سالم رحومة الحوتي، ورقة مقدمة لمؤتمر الخدمات المالية الإسلامية الثاني ، التشريعات والإجراءات التي تنظمالعلاقة بين المصارف الإسلامية والمصرف المركزي دراسة مقارنه بين الأردن وليبيا،ص10.

المصارف العاملة في ليبيا،وكيفية التحول للعمل بالصيرفة الإسلامية ،مايعترضها من صعوبات قانونية وقضائية.على النحو التالي:-

المطلب الاول : أنواع المصارف العاملة في ليبيا

لقد حدد القانون رقم (1) لسنة 1373 ور (2005 مسيحي) في الانواع التالية:

أولاً:مصرف ليبيا المركزي

نصت المادة الأولى من القانون المشارإلية على أن "مصرف ليبيا المركزي مؤسسة مستقلة تتمتع بالشخصية الاعتبارية والذمة المالية المستقلة ". كما نصت المادة الخامسة من القانون المذكور في فقرتها الأولى على أن يختص المصرف بمزاولة الوظائف التالية:

1. إصدار النقد الليبي، والمحافظة على استقراره في الداخل والخارج.
2. إدارة احتياطات الدولة من الذهب والنقد الأجنبي .
3. تنظيم السياسة النقدية، والإشراف على عمليات تحويل العملة داخل الجماهيرية العظمى وخارجها
4. تنظيم السياسة الائتمانية والمصرفية والإشراف على تنفيذها، في ظل السياسة العامة للدولة.
5. تحقيق أهداف السياسة الاقتصادية في استقرار المستوى العام للأسعار وسلامة النظام المصرفي
6. إدارة السيولة النقدية في الاقتصاد الوطني .
7. تنظيم سوف الصرف الأجنبي والإشراف عليه.

تقديم المشورة للدولة في المسائل المتعلقة بالسياسة الاقتصادية العامة . فضلاً عن أختصاصة بإنشاء المصارف بناءً علي الفقرة التاسعة من المادة، حيث جاء نصها كما يلي:

"الإذن بتأسيس المصارف التجارية والمتخصصة ومصارف التمويل والاستثمار وغيرها، ووضع الضوابط المنظمة لممارسة أنشطتها، ونماذج عقود تأسيسها ونظمها الأساسية".

أولاً: المصارف التجارية:

نصت المادة 65 من القانون السابق في فقرتها (أولاً) تعريف المصارف التجارية بقولها ((يعتبر مصرفا تجارياً كل شركة تقوم بصفة معتادة بقبول الودائع في حسابات جارية تُدفع عند الطلب، أو حسابات لأجل، ومنح القروض والتسهيلات الائتمانية وغير ذلك من الأعمال المصرفية. . .))

ثانياً: المصارف المتخصصة:

حددت المادة 65 الفقرة (أولا) من القانون المشارإليها المصارف المتخصصة الغير تجارية بقولها : ((يعتبر مصرفاً متخصصاً الذي يكون غرضه الرئيسي التمويل ومنح الائتمان لأنشطة محددة، ولا يكون قبول الودائع تحت الطلب من أوجه نشاطاته الأساسية، ويجوز لمجلس إدارة مصرف ليبيا المركزي الإذن للمصارف المتخصصة بممارسة بعض أنشطة المصارف التجارية وذلك بالنسبة للمستفيدين منها))

ثالثاً: المصارف الإستثمارية.

أجازت الفقرة التاسعة من المادة 16 من القانون المشار إليها علي أنه "الاذن بتأسيس المصارف التجارية والمتخصصة ومصارف التمويل والاستثمار وغيرها ، وضع الضوابط المنظمة لممارسة أنشطتها ونماذج عقود تأسيسها ونظمها الاساسية. "

حيث سمحت هذة الفقرة لمصرف ليبيا المركزي أنُ يرخص لإنشطة أخرى تتعلق بالأعمال المصرفية غير الداخلة في المصارف التجارية أو المتخصصية أو مصارف التمويل والاستثمار.

المطلب الثاني

تحول المصارف التقليدية الي مصارف إسلامية

التحول في اللغة: يعني التنقل من موضع إلى موضع آخر، والانتقال من حال إلى حال، والاسم الحِول، ومنه قوله تعالى: ((**خَالِدِينَ فِيهَا لا يَبْغُونَ عَنْهَا حِوَلاً**)) [1]. أي: تحولاً وتغيراً وانتقالاً أما **الاصطلاح:** فهو الانتقال من وضع فاسد شرعاً إلى وضع صالح شرعاً[2]،

ويقصد بالتحول هنا الانتقال من الاوضاع المصرفية التقليدية المحضورهشرعاً ،والمبنية على سعر الفائدة إلى المصرفية الإسلامية المباحة شرعاً، بحيث يتم إحلال العمل المصرفي المطابق لأحكام الشريعة الإسلامية محل العمل المصرفي التقليدي حتى تصبح جميع أعمال المصرف وأنشطته خاضعة لقواعد وأسس الشريعة الإسلامية

أشكال التحول

أن الأخذ بفكرة المصارف الإسلامية والشروع في تطبيقها يتخذ عدة أشكال، تتمثل في الآتي :

(1) سورة الكهف، الآية رقم (108).

(2) د. سعود محمد الربيعة، "تحول المصرف الربوي إلى مصرف إسلامي ومقتضياته"، جمعية إحياء التراث الإسلامي، الكويت، 1992ف، ص15.

الشكل الأول: تحويل المصارف العاملة من مصارف تقليدية إلى مصارف إسلامية، حيث يتحول المصرف بالكامل إلى العمل وفق الشريعة الإسلامية؛ والتوقف عن ممارسة الاعمال المخالفة لاحكام الشريعة الإسلامية.

الشكل الثاني: إستحداث المصرف التقليدي لخدمات وصيغ مصرفية تتوافق مع أحكام الشريعة الإسلامية ؛تقدم إلى جانب الخدمات والصيغ المصرفية التقليدية.

الشكل الثالث: إنشاء مصارف إسلامية بقوانين استثنائية تعمل إلى جانب البنوك التجارية التقليدية وهذا ما أخذت به مصر، الأردن، البحرين.

الشكل الرابع : إفتتاح فروع داخل المصارف القائمة، أو تحويل فروع قائمة إلى نظام المصارف الإسلامية؛ حيث يلتزم المصرف التقليدي في جميع أعماله بأحكام الشريعة الإسلامية [1].

المطلب الثالث:

بداية العمل الصيرفي الاسلامي في ليبيا

يُرجح أحد الإقتصاديين في ليبيا أن الدولة سوف تتبع سياسة مرحلية تهدف إلى التحول التدريجي نحو الصيرفة الإسلامية،حيث بدات بفكرة أفتتاح نوافذ صيرفه إسلامية داخل فروع المصارف القائمة، وفي مرحلة لاحقة تسعي الدولة إلي تحويل فروع قائمة إلى فروع مصرفية إسلامية وينتهى الامربالتحول الكامل نحو المصارف الإسلامية [2].

ولقد أعطى المنشور رقم (2009/09م) الصادر عن مصرف ليبيا المركزي بتاريخ 2009.8.29 م. بشأن المنتجات المصرفية البديلة، الاذن للمصارف التجارية العاملة بفتح نوافذ لتقديم التمويلات والخدمات المصرفية الإسلامية ، ولقد عرف المنشور المنتجات المصرفية البديلة بأنها أدوات وصيغ تمويل واستثمار متوافقة مع الشريعة الإسلامية وحددها في الصيغ التالية[3]

التمويل على أساس المرابحة.

---

(1)للمزيد يراجع د. يزن خلف سالم العطيات ،تحول المصارف التقليدية للعمل وفق أحكام الشريعة الإسلامية ،منشورات دار النفائس،طبعة 2009،ص69 ومابعدها.

(2) يري أ.د نوري بريون "أن أسلوب التحول التدريجي علاوة على كونه منهجا ربانيا سماويا، فإنه يوصل فلسفة المصارف الإسلامية إلى النظام المصرفي التقليدي بشكل يشجع على التعايش بين النظامين بدلا من المواجهة بينهما، ومن ثم البقاء للأصلح، وقد كللت هذه الإستراتيجية بالنجاح في عدد من البلدان الإسلامية" نقلاً عن د. جمعة محمود الزريقي، المرجع السابق ،ص9.

(3) لم يتسع المقام لبيان صيغ الصيرفة الإسلامية، بشئ من التفصيل .

التمويل على أساس المضاربة.

التمويل على أساس المشاركة.

حيث خاض مصرف الجمهورية تجربة تقديم الصيرفة الإسلامية من خلال تقديم صيغة المرابحة للأمر بالشراء مع بداية السنة المالية 2009 مسيحي. وقد حدد المصرف أهداف الصيرفة الإسلامية في:

1 -تفعيل الجانب الشرعي في المعاملات المصرفية.

2 -تحقيق رضا الزبائن والمستفيدين.

3 -تطوير العمل المصرفي بمنتجات متنوعة وجديدة ومواكبة العالم.

4 - تنمية المجتمع وتوفير متطلباته بسهولة ويسر.

5 -تنشيط الحركة التجارية للقطاعين العام والخاص.

6 -ضمان وجود تدفقات سلعية مقابل التدفقات النقدية.

7 -استثمار السيولة و توظيفها التوظيف الأمثل.

8 -كسب حصة مرضية من السوق.

9 -نشر ثقافة الصيرفة الإسلامية و المعاملات الشرعية.

10 -تشجيع الأفراد على الادخار والاستثمار.

ولقد قام المصرف بإنشاء هيئة شرعية عليا ، حيث تضم اللجنة مجموعة من المتخصصين في الشريعة الإسلامية وفقه المعاملات من خارج المصرف[1].

المطلب الرابع

الصعوبات القانونيةوالقضائية التي تواجه الصيرفة الإسلامية في الجماهيرية الليبية:

بالإضافة إلى ما تواجهه الصيرفة الإسلامية عموماً من صعاب وتحديات فان الصيرفة الإسلامية في الجماهيرية تعترضها العديد من الصعاب [2] . سوف نقتصر في هذا المقام علي إظهار الصعوبات القانونية والقضائية عبر فرعين متتاليين:-

(1) بموجب قرار مجلس إدارةمصرف الجمهورية رقم (47) لسنة 2009 للمزيد حول تشكيل هذة الهئية يراجع د. عبدالسلام عبدالله امحمد تجربة مصرف الجمهورية في بيع المرابحة للأمر بالشراء(دراسة تحليلية تقويمية) (ورقة مقدمة لمؤتمر الخدمات المالية الإسلامية الثاني المنعقد في طرابلس 24ابريل ص10.

(2) د. محمود عبد الحفيظ المغبوب المصارف الإسلامية ... مآخذ وتحديات واستحقاقات ورقة مقدمة لمؤتمر الخدمات المالية الإسلامية الثاني 2010 ،ص7

الفرع الاول: الصعوبات القانونية

تتمثل الصعوبات القانونية في عدم وجود تشريعات تنظم الصيرفة الإسلامية،وعدم التوافق بين الصيرفة الإسلاميةوالقوانين الليبية ، وكذلك عدم مراعاة المنشورات المنظمة للعمل المصرفي لخصوصية الصيرفة الإسلامية .نتاولها على النحو التالي:-

أولاً:عدم وجود قانون مستقل ينظم الصيرفة الاسلامية:

علي الرغم من حرص المشرع الليبي عقب قيام الثورة سنة 1969 م على إعادة النظر في التشريعات كافه، وتعديل أحكامها بما يتوافق و الشريعة الإسلامية،حيث تم تشكيل لجان من العلماء المتخصصين في مجال الشريعة والقانون قامت بوضع مشاريع قوانين تتفق مع الشريعة الإسلامية ، تم إعتمادها وإصدارها، وطال التعديل القانون المدني والقانون التجاري ،حيث تم تحريم ربا النسيئة في المعاملات المدنية والتجارية بين الأشخاص الطبيعيين ؛ بموجب بالقانون رقم 74 لسنة 1972م. إلغاء عقود الغرر في القانون المدني بموجب القانون رقم 86 لسنة 1972 م ،وكان من المتوقع أن تستمر اللجان المتخصصة في عملها إلى أن يتم تحريم الربا حتى في المعاملات المصرفية. بيد أن عمل تلك اللجان توقف؛واستمر لمشرع فى إصدار القوانين المنظمة لعمل لعمل المصارف التقليدية وكان آخرها قانون المصارف رقم 1لسنة 2005، الذى لم يتعرض للمصارف الإسلامية بالتنظيم. وأزاء ذلك انقسم الفقة الليبي الي أتجاهين

أولهما: يذهب إلى القول بكفاية التشريعات الحالية وبأمكانية تغطية العمليات المصرفية الاسلامية .

ثانيهما : يري ضرورة الإسراع في إصدار قانون خاص بالمصارف الاسلامية .

نستعرضهما علي النحو التالي:-

الاتجاة الاول :- يري أن التشريع المنظم لأعمال المصارف في ليبيا لا يشكل عائقاً أمام قيام نشاط مصرفي إسلامي ، بل إن المادة السادسة عشر من القانون رقم 1 لسنة 2005 ف تجيز لمصرف ليبيا المركزي منح الإذن بإنشاء مصارف تجارية أو متخصصة أو مصارف تمويل واستثمار وغيرها ووضع الضوابط المنظمة لممارسة أنشطتها وبالتالي يجوز إنشاء مصارف أو فروع لمصارف قائمة لتقديم الخدمات المالية الإسلامية [1].

(1) د. جمعة محمود الزريقي موقف التشريع الليبي من قيام الخدمات المالية الإسلامية وفقا لقانون المصارف رقم (1) لسنة 1373ور (2005 مسيحي) ورقة مقدمة لمؤتمر الخدمات المالية الإسلامية الثاني 24أبريل 2010،ص10

الاتجاة الثاني :– يري أن التشريعات الليبية وخصوصاً القانون رقم (1) لسنة 2005 المنظم لعمل المصارف والنقد " ، غير قادر على استيعاب تجربة المصارف الإسلامية "لانة لم يصمم ليستوعب النظم المصرفية الإسلامية. وهو في حاجة لإجراء العديد من التعديلات على بنوده والإضافات على مواده ليستوعب فكر ونظم الصيرفة الإسلامية. ولعل الوضع في حاجة لصياغة و إعتماد قانون خاص بالصيرفة الإسلامية على غرار ما عليه الحال في التجارب المصرفية الإسلامية الرائدة الأخرى"[1].

ثانياً: بُعد القوانين الوضعية والضريبية عن القواعد الشرعية:

"تتمثل هذه الإشكالية في بُعد القوانين الوضعية والضريبية منها بصورة خاصة عن الأحكام والقواعد الشرعية، فهي مستقاة من تشريعات ونظم بعيدة عن واقع المجتمع الإسلامي، لذلك فإن المصارف والمؤسسات المالية الإسلامية تعمل في مجال التمويل على أساس العقود والاتفاقات الخاصة دون أن تكون لها في الواقع مؤيدات قانونية، وقواعد مكملة ومزايا ضريبة مماثلة للمصارف التقليدية، وتعاني المصارف الإسلامية من الضرائب التي تؤخذ على الأرباح التي توزع على الودائع الاستثمارية حيث لا تعامل على أساس أنها جزء من تكاليف المصرف الإجمالية، على عكس ما عليه العمل مع المصارف التجارية التقليدية، حيث تعد الفوائد المدفوعة من قبلها جزءاً من تكاليفها الإجمالية، مما يشكل ضغطاً على المصارف الإسلامية. الأمر الذي دفع هذه المصارف إزاء هذا الواقع إلى السعي إلى تمويل المشاريع ذات الأرباح المنخفضة، حتى لو كانت تحل مكان الأولوية في متطلبات التنمية الاقتصادية للبلد الذي تعمل فيه" [2].

ثالثاً:القرارات والمنشورات المنظمة للعمل المصرفي

نصت المادة الثانية من قانون المصارف رقم 1لسنة 2005 على أنه

"...يباشر مصرف ليبيا المركزي وظائفه و يؤدي أغراضه المنصوص عليها في هذا القانون في إطار السياسة العامة للدولة، وله أن يتخذ الاسس والاجراءات التي يرأها مناسبة. ..".

حيث يتولي مصرف ليبيا المركزي إصدار قرارات ومنشورات لتنظيم العمل المصرفي تعمم على المصارف التجارية ،للعمل بمقتضاها ؛ وتصدر هذه التعليمات وفقاً لمقتضيات الأوضاع النقدية والمصرفية فى الدولة .

(1) د. سالم رحومة الحوتي الورقة السابقة ،ولقد أشارإلى نتائج دراسة ميدانية قام بها بأن 100 % من المستجوبين العاملين في مصرف ليبيا المركزي و في فروع الصيرفة الإسلامية العاملة في ليبيا أن قانون المصارف الليبي رقم (1) لسنة 2005 الذي لا يحوي بنود خاصة عن الصيرفة الإسلامية، لا يستوعب إمكانية إدارة وتنظيم الصيرفة الإسلامية، ويرون ضرورة تعديل القانون ساري المفعول أو إضافة بعض المواد بالصيرفة الإسلامية، ويرى أغلبيتهم وبنسبة 56% ضرورة اعتماد قانون خاص بالصيرفة الإسلامية. راجع ص 43.

(2) د. عبد الرزاق رحيم الهيتي ، المصارف الإسلامية بين النظرية والتطبيق ،الطبعة الاولى ، دار أسامة ، الأردن ، عمان ، 1998 م ، ص689 .

وتخضع جميع المصارف لهذة المنشورات دون مراعاة الطبيعة الخاصة للمصارف التي تتعامل بالصيرفه الإسلامية. فعلي سبيل المثال تتم معاملة المصارف التي تقدم خدمات صيرفه إسلامية بنفس معاملة المصارف التقليدية فيما يتعلق بأسعار الفائدة المدينة ، "ويتضح ذلك من خلال آلية احتساب سعر الفائدة على القروض، حيث يشير قرار مجلس إدارة مصرف ليبيا المركزي رقم (26) لسنة 2007 مسيحي بتحرير أسعار الفائدة وقرار رقم (39) لسنة 2005 بشأن توحيد وتحديد آلية احتساب سعر الفائدة المدينة على جميع القروض والتسهيلات التي تمنحها المصارف التجارية. على أساس سعر إعادة الخصم "لدى مصرف ليبيا المركزي" + نسبة لا تزيد على 2.5% وهو في ذلك يضع الفروع والمصارف التي تقدم خدمات وتمويلات مصرفية إسلامية في موقف حرج بمخالفة إما تعليمات المصرف المركزي أو مخالفة أنظمتها الأساسية التي تمنعها من التعامل بالفوائد المصرفية" [1].

الفرع الثانى: الصعوبات القضائية

أن القضاه فى لا يعرفون عن المصارف الإسلامية الشئ الكثير. لان جلهم من خريجي كليات القانون الليبية والتي لاتقوم بتدريس مواد تتعلق بالتمويل الإسلامي ،فضلاً عن حداثة العمل المصرفي الإسلامي حيث سيؤدي ذلك إلى زيادة المخاطر القانونية المصرفية، و من ثم إنكماش العمل المصرفي الإسلامي بخاصة وأن السوابق القضائية لمصارف إسلامية أجنبية في بعض البلدان العربية كانت غيرمطمئنه.و هناك مثالين قد أوردهما د. موسي خليل المتري يدلان دلالة واضحة عدم مقدرة القضاء في فهم عمليات المصارف الإسلامية .

" الأول : عندما حاول احد المصارف الإسلامية الخليجية توريق الدين الممنوح لأحد الموطنين السوريين، فعرض القاضي المشكلة أمامه بطريقتين:

الطريقة الأولى الربط بين الدين الأصلي قبل توريقه وبين الدين بعد توريقه دون فهم سبب التوريق بالمصرف الإسلامي.

الطريقة الثانية عدم الربط بينهما وبالتالي مضاعفة مقدار الدين حيث يمكن للمصرف الإسلامي المطالبة بالدين وبالسندات الصادرة به.

المثال الثاني: كان عندما مول أحد المصارف الإسلامية اعتماداً لاستيراد السيارات.

(1) د. سالم أرحومة المرجع السابق، ص 30 .

حيث ترد البوالص والمستندات باسم المصرف الذي يظهرها للعميل (وفقاً لقواعد عمل المصارف الإسلامية ، وقد استلم العميل السيارات وامتنع عن سداد الدين فرفع المصرف الإسلامي الدعوى وطلب إلقاء الحجز الاحتياطي على أموال العميل فرفض القاضي ذلك بحجة أن السيارات وصلت إلى سورية باسم المصرف الإسلامي وفقاً للمستندات التي سلمها للعميل بالتظهير وبالتالي "فالمستورد لم يكن العميل والاعتماد لم يفتح باسمه.

شرح عملية تمويل التجارة الدولية للقاضي الناظر في النزاع أخذت بعض الوقت حيث استطاع العميل بيع السيارات في العراق قبل إلقاء الحجز عليها" [1].

المبحث الثاني:

التحكيم في القانون الليبي(الواقع والآفاق)

يُعد التحكيم من بين الأفكار القانونية التي تتجاذبها الآراء بين معارض ومؤيد، وإن كان الفقه في عمومه قد سبر غور هذا الموضوع وبُين ما للتحكيم من مزايا أو ما به من عيوب، غير أننا وجدنا أنفسنا مضطرين في هذه الدراسة لمحاولة إعادة صياغة الآراء التي قيلت في التحكيم، بما يحقق التضاد بين المزايا والعيوب ومن ثم الترجيح بينها، وكان الدافع لذلك أمران ، **أولهما:** أن التحكيم في ليبيا على الرغم من تنظيم المشرع له في قانون المرافعات من المادة 737إلى771 إلا أنه لا يزال طريقاً غير مطروق بكثرة لفض المنازعات والسبب في ذلك قديكون راجعاً لعدم فهمه أو لعدم ثقة الأفراد به، فضلاً عن ذلك فإن ليبيا قد تعرضت لعدة وخزات من التحكيم التجاري الدولي دون يتساءل الفقه الليبي أو يهتم بدراسة هذا النظام ومعرفة ما له من مزايا وما عليه من عيوب [2]

ثانيهما: بعد أن أُدخلت الصيرفة الاسلامية لمنظومة المصارف في ليبيا بات من المؤكد تسليط الضوء علي التحكيم لان الاقدر علي فض المنازعات المالية المحكومة بقواعد شريعة وقانونية إلى درجة يستعصي على القضاء ملاحقتها.

---

(1) نقلاً عن د. موسى خليل متري، بحث بعنوان"التحكيم في العمليات المصرفية في الدول ذات الاقتصاد المتحول" مقدم لمؤتمر التحكيم التجاري الدولي المنعقد في دبي سنة 2008،ص85.

(2)خلافاً لما عليه الحال في جمهورية مصر العربية من اهتماماً منقطع النظير علي الصعيدين الفقهي والتشريعي بالتحكيم حيث عقدت لأجله عدة مؤتمرات. واحتضنت مصر مركز القاهرة للتحكيم المنشأ بناءً على توصية اللجنة الأفرواسيوية وعقدت لها جلسة دورات تدريبية وأنشئت مراكز تدريبية متخصصة للتحكيم منها على سبيل المثال مركز عين شمس للتحكيم فإن الأمر في الجماهيرية على ما يرام وحيد في التحكيم للدكتور أحمد عمر بوزقية، أوراق في التحكيم ، وبعض المقالات للمحامي مصطفى العالم في مجال التحكيم، ودورة تدريبية للقانونيين عقدت في الفترة من 28-29 أبريل 1999 بمدينة مصراته تحت إشراف النقابة العامة للمحامين.

لهذا سوف نتعرض في هذا المبحث إلى ذاتية التحكيم من خلال تعريفه لغةً وشرعاً وقانوناً، ، وإيضاح مزاياة التحكيم وعيوبه وتقييم دورة في فض المنازعات المصرفية .

المطلب الأول ماهية التحكيم

سوف نقتصر في هذا المطلب على بيان تعريف التحكيم لغةً واصطلاحاًوقانوناً،ومدي مشروعيتة في الشريعة الإسلامية،وبيان مايجوزفية التحكيم شرعاً .

الفرع الأول: تعريف التحكيم

التحكيم لغةً: لفظ التحكيم مصدر للفعل حكَّم بتشديد الكاف وهي من الحكمة، والحكمة هي معرفة أفضل الأشياء بأفضل العلوم ،كما جاء في لسان العرب المحيط لابن منظوربأنه التفويض في الحكم، ومصدرة حكم فقيل حكمت فلاناً في مالي تحكيماً أي فوضت إليه الحكم فيه، استحكم فلان في مال فلان إذا أجاز فيه حكمه . [1]

التحكيم إصطلاحاً: لقد جاءت التعريفات الشرعية متأثرة بالتعريف اللغوي ، فالتحكيم هو اتخاذ الخصمين حاكماًبينهما [2]

والمراد بالخصَمْين : هوالفريقان المتخاصمان ، فيشمل مالوتعدد الفريقان

والمراد بالحاكم: هو مايَعُم الواحد والمتعدد.

في حين عرفتة مجلة الاحكام العدلية في المادة 1790بانة، هو اتخاذ الخصمين حاكماً بينهما برضاهما لفصل خصومتهما ودعواهما.

التحكيم قانوناً

لم يقم المشرع الليبي بتعريف التحكيم .غير أن هناك عدة تعريفات قال بها الفقهاء أمكن حوصلتها في أتجاهين هما:-

(1) لسان العرب لابن منظور الدمشقي، المجلد الثاني عشر، دار صادر للطباعة والنشر، طبعة 1956، ص142

(2) (المادة 1720).وكذلك الدر المختار-حاشية رد المحتارج5 ص 428

الاتجاه الأول: التحكيم اتفاق

اتجه جانب من الفقه إلى تعريف التحكيم بأنه:"اتفاق أطراف علاقة قانونية معينة عقدية أو غير عقدية على أن يتم الفصل في المنازعة التي ثارت بينهم بالفعل أو يحتمل أن تثور عن طريق أشخاص يتم اختيارهم كمحكمين.[1]

الاتجاه الثاني: التحكيم قضاء خاص بديل عن قضاء الدولة

يقول بهذا الاتجاه عدد كبير من الفقهاء الفرنسيين والمصريين ، حيث يذهب الأستاذ جان روبر للقول بان التحكيم "إنشاء قضاء خاص بُغية إقصاء المنازعات من اختصاص القضاء العادي لتجري تسويتها بواسطة أفراد مفوضين لهذا الغرض"[2].

على الرغم من اختلاف الاتجاهات السابقة في تعريف التحكيم ، إلا أننا نراها تدور حول مضمون واحد هو إتفاق أطراف العلاقة القانونية على إستبعاد المنازعات التي نشأت أوقد تنشأ عن هذه العلاقة في المستقبل من نطاق إختصاص قضاء الدولة ليختص بنظرها أفراد عاديين يتم اختيارهم من قبل الأطراف المتنازعة للفصل في المنازعة بقرار ملزم.

الفرع الثاني: مشروعية التحكيم في الشريعة الاسلامية

يستمد التحكيم مشروعيته من الكتاب والسنة والإجماع

اولاً في الكتاب : لقد ورد لفظ التحكيم في عدة ايات قرانيه

أ – قول الله تعالي ((وان خفُتم شقَاقَ بينهما فأبعُثواْ حكَماً من أهلهَ وحَكَماً من أَهلها ان يريدا إصلحاً يُوفَ ق اللهُ بَينَهُمَا إن ٱللهَ كَانَ عَليماً خبيراً)) لقد جآت هذه الآية لتنظيم العلاقات الزوجية في حال إ إستفحال الخلاف بين الزوجين ، حيث يجمع الفقهاء علي جواز التحكيم بين الزوجين إذا وقع خلاف بينهما ، اوخيف وقوعه ؛ بل أن بعض الفقهاء ذهبوا للقول بوجوب التحكيم استناداً لقولة ((فابعثوا)) [3]

(1) د. محمود مختار بريري، التحكيم التجاري الدولي، مطبعة دار النهضة العربية، الطبعة الثالثة، 1999، ص5، راجع ذات المعنى د.أحمد أبو الوفا، التحكيم الاختياري والتحكيم الإجباري، منشأة المعارف، الطبعة الرابعة، 1983، ص15، وكذلك د.محمد عبد الحميد إسماعيل، عقود الأشغال الدولية والتحكيم فيها، منشورات الحلبي الحقوقية، طبعة 2003، ص365، وأيضاً د.عبد الله عصمت الشيخ ، التحكيم في العقود الإدارية ذات الطابع الدولي، دار النهضة العربية، طبعة 2003، ص21.

(2) نقلاً عن د.أحمد عبد الكريم ، سلامة التحكيم في المعاملات المالية الداخلية والدولية، منشورات دار النهضة ، الطبعة الأولى، 2006، ص14، 15.

(3) بداية المجتهد ونهاية المجتهد لابن رشد ج2 ص 81دار الفكر. وكذلك مغني المحتاج ج3 ص261 طبعة 1955مصر

ب- وقد ورد التحكيم ايضاً في الآيةرقم 65 من سورة النساء لقوله تعالى ((فَلاَ وَرَبِّكَ لاَ يُؤْمِنُونَ حَتَّىَ يُحَكِّمُوكَ فِيمَا شَجَرَ بَيْنَهُمْ ثُمَّ لاَ يَجِدُواْ فِي أَنفُسِهِمْ حَرَجًا مِّمَّا قَضَيْتَ وَيُسَلِّمُواْ تَسْلِيمًا)) فهذه الآية الكريمة نزلت بعد تكوين الدولة الإسلامية في المدينة المنورة ، حيث أوجبت على المسلمين ا لإمتثال أمام الرسول للفصل في منازعاتهم بإعتباره صاحب السلطة القضائية في الدولة الإسلامية، ومن ثم الانصياع لأوامره ، ولفظ((يُحَكِّمُوكَ فِيمَا شَجَرَ بَيْنَهُمْ)) يعني أمرُّوه التحكيم ويقال حكمنا فلاناً فيما بيننا أي أجزنا حكمه بيننا .[1]

وقد فسر الشوكاني قوله تعالي((ثُمَّ لاَ يَجِدُواْ فِي أَنفُسِهِمْ حَرَجًا مِّمَّا قَضَيْتَ وَيُسَلِّمُواْ تَسْلِيمًا)) بعد أن يحكم الرسول بينهم ، فلا مكان لوجود الحرج ((نضم الي التحكيم أمر أخر ، هو عدم وجود حرج في صدورهم،فلايكون مجرد التحكيم والاذعان كافياً حتي يكون من صميم القلب عن رضا واطمئنان وانثلاج قلب وطيب نفس ، ثم لم يكتف بذلك ، بل ضم الية قولة(ويسلموا) اي يذعنوا وينقادوا ظاهراً او باطناً ، ثم لم يكتف بهذا كله، بل ضم الية المصدر المؤكد فقال (تسليما) فلايثبت الايمان لعبد حتي يقع منه هذا التحكيم ولايجد الحرج في صدرة بما قضي علية وسلم لحكم الله شرعاً ، تسليماً لايخالطه. رد ولا تشويه مخالفة))[2]

ثانياً: السرة النبوية

لقد ورد فى السرة النبوية مايفيد بموافقة الرسول علية أفضل الصلاة والسلام على ا لتحكيم ، فقد قال أبوداود في سننه حدثنا الربيع بن نافع عن يزيد- يعني أبن المقدام بن شريح عن أبيه،عن جده شريح ،عن ابيه هاني : إنه لما وفد الي رسول الله صلي الله عليه وسلم مع قومه سمعهم يكنونه بأبي الحكم ،فدعاة رسول الله صلي الله عليه وسلم فقال ((إن الله هو الحكم ، وإليه الحكم ، فلم تكني أبا الحكم))؟ فقال: أن قومي إذا اختلفوا في شئ أتوني فحكمت بينهم ، فرضي كلا الفريقين ، فقال: رسول الله ((ما أحسن هذا ، فمالك من الولد))؟ قال: لي شريح ومسلم ، وعبدالله ،قال ((فمن اكبرهم))؟فقلت : شريح ،قال ((أنت أبوشريح))[3] وجه الدلاله : لقد اقر رسول الله ماقد وقع من أبي شريح بقوله ((ما أحسن

(1) مختار الصحاح ، للإمام محمد بن أبي بكر عبد القادر الرازي ترتيب محمود خاطر، القاهرة، دار الحديث، (د.ت) ص148. 3

(2) تفسير فتح القدير للشوكاني ج1ص483 .

(3) سنن ابوداود ج4 مطبعة السعادة مصر ص39

هذا)) حيث كان شريح يتولي التحكيم بين الناس ، دونما ان يكون معيناً من الامام . فدل استحسان الرسول علي جواز التحكيم [1]

الإجماع :

لقد أجمع الصحابه رضوان الله عليهم علي جواز اللجؤ الي التحكيم، حيث وقعت عدة وقائع من الصحابه دلت علي الاخذ بالتحكيم ؛ بيد أن أشهرها علي الاطلاق واقعة التحكيم بين علي بن ابي طالب رضي الله عنه ومعاويه بن ابي سفيان علي الخلافه . وتتلخص الواقعة في انه بعد وفاة الخليفة عثمان بن عفان رضي الله عنة مقتولاً بويع علي بن ابي طالب خليفةً للمسلمين ، وكان معاوية وقتئذ والياً علي الشام ، حيث طالب بالثآر لمقتل عثمان أبن العفان ، والاقتصاص ممن قتله قبل أختيار من يخلفهُ. ولم تسفر المراسلات بينهم عن حل ، فخرج علي علي رأس جيشه ،والتقى جيش معاوية عند صفين بمحاذاة نهر الفرات ،حيث أوشكي جُند الخليفة علي بن ابي طالب علي الانتصار ؛لولا أن رفع جنود معاوية المصاحف علي أسنة الرماح مطالبين بتحكيم كتاب الله فيما نشب بينهم من خلاف ، حيث عين الخليفة علي أبوموسي الاشعري حكماً عنة ، وعُين معاوية عمرو أبن العاص حكماً عنه ، حيث كتبت الوثيقة التحكيمية الاولي في التاريخ الاسلامي التي جاء فيها((هذا ماتقاضي عليه علي بن أبي طالب ومعاوية بن ابي سفيان : قاضي عليٌ علي اهل الكوفة ومن معهم من شيعتهم من المسلمين ، وقاضي معاوية علي اهل الشام ومن كان معهم من المؤمنين والمسلمين ،إنا ننزل عند حكم الله وكتابه ، ولايجمع بيننا غيره ، وإن كتاب الله عز وجل بيننا من فاتحته إلي خاتمته، نحيي ما أحيا ونميت ما أمات فما وجد الحكمان في كتاب الله عز وجل ــ وهما أبوموسي الاشعري عبدالله بن قيس وعمر بن العاص القرشي ــ عملا به، وما لم يجدا في كتاب الله عز وجل فالسنة الجامعة غير المفرقة)) . [2]

حيث أجتمع الحكمان وأصدرا حكمهما الشهير واتفقا علي خلع كل من علي ومعاوية ؛ وهذا يدل دلاله واضحة على إجماع الصحابة علي آتخاذ التحكيم سبيل لفض المنازعات.

(1) د.نجيب أحمد عبدالله ثابت الجبلي ، التحكيم في القوانين العربية ، دراسة مقارنة بالفقة الإسلامي والانظمة الوضعية.مطبعة المكتب الجامعي الحديث، سنة 2006. ص29.

(2) للمزيد يراجع د. قحطان عبدالرحمن الدوري، عقد التحكيم في الفقة الإسلامي والقانون الوضعي ،منشورات دار الفرقان للنشروالتوزيع طبعة 2002،ص53

الفرع الثالث: مايجوز التحكيم فيهشرعاً:

لقد أختلف الفقهاء المسلمين حول ما يجوز في هالتحكيم من عدم ه، ومناط خلافهم هوتقسيمات الحقوق في الفقة الاسلامي[1]

حيث أجاز الحنابلة التحكيم في كافة المسائل سواءً تعلقت بالنكاح واللعان والقذف والقصا والحدود.[2]

في حين ذهب الحنيفة للقول بعدم جواز التحكيم في الحدود لانه ا من حقوق الله التي لايجوز فيها الصلح ؛وكذلك القصاص، لايجوز فيه التحكيم لان المحتكمين ليست لهما ولاية علي دمهما لكونهما لايملكان الاباحة[3] .

إما المالكية فلم يجيزوا التحكيم في القصاص والنكاح واللعان ،لان القاعدة عندهم هي عدم جواز التسامح او التحكيم بحقوق الله ،والقصاص اختلط فيه الحقان ومن ثم لايجوز استيفاءة بالصلح اوبالتحكيم[4] .

وأخيرا ذهب الشافعية الي القول بجواز التحكيم في كافة الامور الماليه ، وماتعلق بالعقود والمعاوضات ، اما الامور التعلقة بحقوق الله والولايات علي الايتام وإيقاع الحجر فلايجوز فيها التحكيم ؛ اما النكاح واللعان والقذف والقصاص فالراجح عندهم عدم جواز التحكيم فيهالانها حقوق وحدود يختص الولاة بها .[5]

---

(1) ان الحقوق في الفقه الاسلامي تنقسم الي ثلاثة اقسام أ- حقوق الله تعالي : وهي الحقوق التي لايجوز فيها الصلح ، ولايملك الفرد ولا الجماعة إسقاطها كالحدود في الزنا واقامة العبادات مثل الصوم والصلاة ؛ ولاتقبل فيها شفاعة لقولة صلي علية الله عليه وسلم ((إنما هلك من كان قبلكم بأنة إذا سرق فيهم الشريف تركوة . وإذا سرق فيهم الضعيف قطعوة،والذي نفسي بيده لوكانت فاطمة بنت محمد لقطعت يدها)) نيل الاوطارج 7 ص 138ب- حقوق خالصة للعباد: وهي الحقوق المتعلقة بالمصالح الدنيوية للافراد فيجوز فيها الصلح ويقبل معاوضتها بالمال ج- ما اجتمع فية الحقان وحق الله غالب كحد القذف اواجتمعافيه الحقان وكان حق العبد هو الغالب كالقصاص فمتي استوفي احد الحقين سقط الاخر .ا لمغني والشرح الكبيرج11ص 484

(2) فتح القدير الجزء الخامس ص 5000 .

(3) د. نجيب احمد ، المرجع السابق ص63 .

(4) أدب القاصي للماوردي،ص380.

(5) د.حفيظة السيد الحداد، الاتفاق على التحكيم في عقود الدولة ذات الطبيعة الإدارية، المرجع السابق، ص6، 7.

المطلب الثاني

مزاياوعيوب التحكيم

الفرع الاول مزايا التحكيم

يمكن حوصلة الآراء المؤيدة للتحكيم والتي تعاضدهفي سرعة الفصل في المنازعات على أيد متخصصين ، وزيادة فاعلية الحماية القضائية وتقوية الروابط بين المتعاملين نتعرض علي النحو التالي :-

اولاً: الخبرة والتخصص

إن المستثمر الاجنبى وحتي الوطني لا يطمئنان للقضاء لسببين : **الأول** خوفهم من مساس الدولة بحياد القضاء فمهما كانت المزايا أو السمعة التي يتمتع بها القضاء فهو في النهاية لا يلتزم بالحياد في المنازعات التي تكون الدولة طرفاً فيها [1]؛ **والثاني**: عدم توافر الخبرة الكافية لدى القضاة الوطنيين للفصل في المنازعات الناشئة العمليات المصرفية الاسلامية فهي تحتاج إلى مؤهلات علمية وفنية وشرعية خاصة، لكونها تتعلق بمسائل مالية وشرعية غاية في التعقيد، وإذا ما عرضت على القضاء العادي سيأمر بإحالتها لأحد الخبراء للإدلاء برأيه الفني حيالها ، الأمر الذي قد لا يلقى قبولاً من قبل الأطراف المتنازعة [2] ،لهذا فإن هذه المنازعات تتطلب فضلاً عن التكوين القانوني لأعضاء هيئة التحكيم ؛ التخصص الفني ، لكي تتمكن الهيئة من الإلمام بجوانب النزاع المختلفة، ولقد جرت العادة على أن تشكل من متخصصين في المجالات المختلفة [3] [4].

ثانياً: السرعة في الإجراءات والاقتصاد في النفقات يؤسس التحكيم على نقائص القضاء، ومحاولة معالجتها وإستغلالها في مجال التحكيم، بما يحقق حماية سريعة للمتعاملين ويوفر عليهم الوقت والجهد والمال،

---

(1) د.محمد طلعت الغنيمي ، شرط التحكيم في اتفاقيات البترول، مجلة الحقوق السنة العاشرة العدد الأول والثاني 1960، صـ42

(2) د.جورجي شفيق ساري، التحكيم ومدى جواز اللجوء إليه لفض المنازعات في مجال العقود الإدارية، دار النهضة ، طبعة 1999،76، 78.

(3) لقد نصت المادة 14 من اتفاقية عمان العربية للتحكيم التجاري على أنه:"يعد مجلس الإدارة سنوياً قائمة بأسماء المحكمين من رجال القانون والقضاء أو من ذوي الخبرة العالية والإطلاع الواسع في التجارة والصناعة أو المال ومتمتعين بالأخلاق العالية والسمعة الحسنة....".

(4)نصت المادة 45 من قانون التحكيم المصري على أنه:"على هيئة التحكيم إصدار الحكم المنهي للخصومة كلها خلال الميعاد الذي اتفق عليه الطرفان، فإن لم يوجد اتفاق وجب أن يصدر الحكم خلال اثني عشر شهراً من تاريخ بدء إجراءات التحكيم " في حين نجد أن اتفاقية عمان للتحكيم التجاري قد قصرت هذه المادة فنصت في المادة 31 فـ2 على أنه:"يصدر القرار بالاتفاق أو الأكثرية خلال مدة أقصاها ستة أشهر من تاريخ إحالة الملف على الهيئة ". صدقت الجماهيرية على هذه الاتفاقية في 29. 11. 1987 ونشرت بالجريدة الرسمية السنة السادسة والعشرون، العدد التاسع والعشرون بتاريخ 19. 9. 1988

ويحفظ عليهم أسرارهم ، لأنه من السمات البارزة للقضاء اليوم هو التأخر في فض المنازعات ، بسبب تعدد درجاته التي تسهم في إطالة أمد الخصومة ، وهذا من شأنه التأثير على العدالة، فالعدالة البطيئة نوع من الظلم . حيث تتسم قوانين المرافعات بالشكلية، لأن المشرع يحدد بشكل واضح ودقيق للإجراءات الواجب إتباعها، والمواعيد المحددة لمباشرة الدعوى أمام القضاء، وما على المتقاضين إلا الرضوخ لهذه الأوضاع، ويترتب على خرقها بطلان الإجراء وفي أحيان أخرى المساس بأصل الحق المدعى بها[1]

فهذه الشكلية قد تُستغل من قبل الخصوم لإطالة أمد المنازعة وتأييدها أمام القضاء [2] ، لهذا فإن اللجوء للتحكيم يبرهن عن صدق رغبة المتنازعين في حسم النزاع على وجه السرعة، لا تهم بمسلكهم هذا قد ارتضوا ما يصدر عن المحكمين من أحكام [3] . وخصوصاً إذا ما أخذ في الاعتبار أن الأطراف المتنازعة هي التي قامت باختيار المحكمين، ومكان التحكيم وإجراءاته "[4]. إذ لا يجوز الطعن عليها بالطرق الطعن والآجل الذي يجب فيه على المحكمين إصدار أحكامهم لذلك فإن التحكيم يضمن المستقبل التنفيذي للقرار التحكيمي ، فيكون له الصفة الملزمة بالنسبة للأطراف ، حيث يلتزمون بتنفيذ الحكم الصادر دون إبطاء

ثالثاً: السرية:

تعُد علانية الجلسات من الضمانات الأساسية للتقاضي، لأنها تبث الطمأنينة، وتبعث الثقة في نفوس الشعب تجاه القضاء، كما تخلق نوعاً من الرقابة الشعبية على سير مرفق القضاء مما يكون له أفضل الأثر في دفع القضاة إلى تحري المزيد من الدقة في عملهم [5]، وإن كان هذا المبدأ بهذه الأهمية غير أنه لا يتماشى مع طبيعة المنازعات المصرفية ذات الأهمية الاقتصادية الكبرى. حيث تتسم العمليات المصرفية بالسرية لتتعلقها برؤوس أموال الشركات الكبرى الحقيقة– نقل التكنولوجيا، المعرفة الفنية في مجال تصنيع الأدوية،

(1) د.أحمد مفتاح بوزقيه، قانون المرافعات دروس موجزة لطلاب القانون، الجزء الأول، منشورات جامعة قاريونس، الطبعة الأولى، 2003، صـ12

(2) د.مجدي عبد الحميد شعيب، ، صـ7.

(3) تنص المادة 17 من قانون التحكيم المصري على أنه:"لطرفي التحكيم الاتفاق على اختيار المحكمين وعلى كيفية ووقت اختيارهم...".

(4)تنص المادة 25 من قانون التحكيم المصري على أنه:"لطرفي التحكيم الاتفاق على الإجراءات التي تتبعها هيئة التحكيم بما في ذلك حقهما في إخضاع هذه الإجراءات للقواعد النافذة في أي منظمة أو مركز تحكيم في جمهورية مصر العربية أو خارجها....." في حين تنص المادة 28 على أن:"لطرفي التحكيم الاتفاق على مكان التحكيم في مصر أو خارجها، فإذا لم يوجد اتفاق عينت هيئة التحكيم مكان التحكيم مع مراعاة ظروف الدعوى وملاءمة المكان لأطرافها".

(5) د.عبد المنعم عبد العظيم جيرة، التنظيم القضائي في ليبيا، منشورات جامعة قاريونس، الطبعة الثالثة، 1978، صـ49. ولقد أخذ المشرع الليبي لهذا المبدأ في قانون القضاء رقم 29 لسنة 1962 في المادة 20 التي نصت على أنه:"تكون جلسات المحاكم علنية إلا اذا أمرت بجعلها سرية مراعاة للآداب ومحافظة على النظام العام....." كما نصت المادة 130 من قانون المرافعات الليبي على أنه:"تكون المرافعة علنية، إلا إذا رأت المحكمة من تلقاء نفسها أو بناءً على طلب أحد الخصوم إجراءها سراً محافظة على النظام العام أو مراعاة للآداب وحرمة الأسرة".

وتصميم وتصنيع الأقمار الصناعية وتنظيم الحاسبات الالكترونية، ومعالجة البيانات آلياً وتخزينها في بنوك المعلومات– التي تكون موضوعاً لأحد العقود المبرمة على الصعيد الدولي ،قد تسبب أضراراً كبيرة في مجال المنافسة الدولية، لذلك فإن عرض تلك المنازعات على القضاء سوف يؤدي إلى إفشاء تلك الأسرار، في حين أن التحكيم يحرص على السرية في جميع مراحله، حيث يتولى المحكم إدارة الجلسات في حضور الأطراف المتنازعة ولا يسمح بحضور أشخاص لا علاقة لهم بالإجراءات ، ما لم يتفق الأطراف والمحكم على خلاف ذلك. ويكون لأعمال هيئة التحكيم طابع السرية الذي يحتم على كل شخص يشترك فيها بأية صفة مراعاته؛ كما لا يجوز نشر حكم التحكيم أو نشر أجزاء منه إلا بموافقة طرفي التحكيم، ويتم الاحتفاظ بكافة الأوراق والتحقيقات التي تمت في القضية التحكيمية .

رابعاً: تقوية الروابط بين المتعاملين

إن اللجوء الي القضاء لفض المنازعات يزيد من حمية الأطراف تجاه بعضهم البعض، حيث يكيد كل منهم للآخر، ويحاول إكتساب القضية على حسابه فهو يؤجج مشاعر الكراهية والعداء ، أما اللجوء إلى التحكيم فيعبر عن رغبة الأطراف في المحافظة على العلاقات الطيبة واستمرار التعامل بينهم بما يحقق مصالحهم المشتركة[1] .

لهذا فإن التحكيم يحقق ما يعجز القضاء عن تحقيقه ويتمخض عنه التقريب بين وجهات نظر المتعاملين، للوصول إلى حل يرتضيه أطراف النزاع، ولا يتحقق هذا المسعى إذا تم اللجوء إلى القضاء، لأن القضاء يتولى الفصل في المنازعات التي لم يعد فيها التوفيق ممكناً ليصدر حكماً قد لا يرتضيه احد الاطراف ويؤدي في النهاية إلى عدم إقامة علاقات طيبة بين الطرفين[2] .

(1) د.جورجي شفيق ، المرجع السابق، ص71.

(2) د.مجدي عبد الحميد شعيب، المرجع السابق، ص9، 10.

الفرع الثاني

عيوب التحكيم

أسس الفقه المعارض آرائه على محاولة تفنيد المزايا التي يحققها التحكيم، فمن وجهة نظر مؤيدة لا يوفرالتحكيم الضمانات القضائية، فضلاً عن تأخره في حسم المنازعات ، وأرتفاع تكاليفه، وعجزه عن نظر المنازعات متعددة الأطراف. سوف نتعرض لها على النحو التالي:-

اولاً: عدم توافر الضمانات القضائية

يقوم التنظيم القضائي على جملة من المبادئ تمكنه من أداء وظيفته الأساسية ألا وهي تحقيق العدالة، إذ تُعد هذه المبادئ ضمانات حقيقية لأداء العمل القضائي، لهذا فإن اللجوء إلى التحكيم يجعل هيئات التحكيم محاكم فوق القانون تفلت من كل رقابة فتحرم الخصوم من الضمانات التي يكفلها القضاء [1] وتتمثل هذه المظاهر في الآتي:-

1: عدم فاعلية هيئات التحكيم

فعدم فاعلية هيئات التحكيم ينبع من أمران:-

أولهما: هو النظرة التخصصية للمحكم، حيث يشترط في المحكم أن يكون ذا خبرة في مجال المنازعة المعروضة على هيئة التحكيم رغم جهله بأبسط القواعد القانونية التي تحكم النزاع الأمر الذي لا يساعد على تحقيق العدالة[2] .

ثانيهما: عدم تمتع المحكمة بسلطة الأمر التي يتمتع بها القاضي، لأنه يستمد سلطاته أو اختصاصاته من اتفاق التحكيم ، فإذا ما رغب في إجبار المتنازعين أو الغير على تقديم ما بحوزتهم من مستندات أو إلزام الشاهد بالحضور للإدلاء بالشهادة فما عليه إلا اللجوء إلى قضاء الدولة للأمر بذلك[3] .

2: عدم تسبيب قرارات التحكيم أو نشرها

فالتسبيب هو تضمين ورقة الحكم الأدلة الواقعية والقانونية التي أسس عليها القاضي حكمه، حيث يعتبر ضمانة للمتقاضين ضد تحيز القضاة، الذين يجدون أنفسهم مجبرين على بذل العناية اللازمة في دراسة القضية وتمحيص إدعاءات الخصوم، ووزن الأدلة والمستندات التي قدموها من أجل استخلاص الوقائع

(1) د.حسني المصري، المرجع السابق، ص7.

(2) د.مصطفى الجمال وعكاشة عبد العال، التحكيم في العلاقات الخاصة الدولية والداخلية، مرجع سابق، ص613.

(3)أنظر د.باسمة مصطفى دباس، شروط اتفاق التحكيم وآثاره ، رسالة دكتوراه مقدمة لجامعة القاهرة، 2005، ص385.

الصحيحة وتكييفها وإعمال حكم القانون عليها وهذا بالطبع يبث الثقة في نفوس الجموع ويهيئ في الوقت ذاته للخصوم فرصة تقييم الحكم فأما أن يقبلوه عن اقتناع وإما أن يستعملوا حقهم في الطعن عليه إذا لم يكن قائماً على سند من القانون[1] .

فعدم تسبيب أحكام التحكيم وعدم السماح بنشرها ، لا يبعثان علي الثقة فيها ، كما لا يساعدان على وجود اتجاه عام في التحكيم يمكن الاسترشاد به[2] .

3: عدم جواز الطعن على قرارات التحكيم

عندما يصدر الحكم القضائي مخالفاً للقانون ، أو عندما يخطئ القاضي في حقيقة الوقائع التي بنى عليها الحكم يُتاح للخصوم فرصة الطعن عليه، بإعادة طرح الوقائع التي بُنى عليها أو المجادلة في الأسس التي استند إليها عن طريق اللجوء إلى طرق الطعن المختلفة[3] .

أما في مجال التحكيم فغالبية النظم القانونية لا تجيز لمن صدر قرار التحكيم في غير مصلحته الطعن في هذا القرار إلا إذا شابه البطلان عن طريق دعوى البطلان ولأسباب محددة على سبيل الحصر وهذا ما نصت عليه المادة 52 من قانون التحكيم المصري بقولها:" 1- لا تقبل أحكام التحكيم التي تصدر طبقاً لأحكام هذا القانون الطعن فيها بأي طريق من طرق الطعن المنصوص عليها في قانون المرافعات المدنية والتجارية".

ثانياً: أرتفاع كلفة التحكيم والتأخر في حسم النزاع

تعتبر تكاليف التحكيم باهظة إذا ما قورنت بتكاليف اللجوء إلى القضاء إذ قد تنوء بكاهل أحد الأطراف، ومن ثم يعجز عن اللجوء إليه فأتعاب المحكمين تقدر عادة بنسبة من قيمة المنازعة، زد على ذلك المصاريف الإدارية وأتعاب المحامين والمستشارين والخبراء، ونفقات الانتقال من دولة إلى أخرى في بعض الأحيان[4] .

علاوة عما تقدم فإن التحكيم لا يمتاز بسرعة الفصل في المنازعة، إذ يشهد الواقع العملي أن هناك منازعات ظلت منظورة أمام هيئات التحكيم لعدة سنوات، كنزاع الحكومة السعودية مع الشركة العربية

(1) د.الكوني علي أعبودة، قانون علم القضاء (قانون المرافعات المدنية التجارية) الجزء الثاني، المركز القومي للبحوث والدراسات العلمية، الطبعة الأولى 1998 ، ص348.

(2)د.جورجي شفيق ساري، المرجع السابق، ص87.

(3) د. أحمد بوزقية، دروس في قانون المرافعات ، المرجع السابق، ص233.

(4) يراجع كلاً من د.جورجي شفيق، المرجع السابق، ص82. وكذلك د.ناريمان عبد القادر، المرجع السابق، ص65، ود.محمد إسماعيل، المرجع السابق، ص368، ود.جابر جاد نصار، المرجع السابق، ص14.

الأمريكية للزيوت أرامكو الذي أستمر منظوراً أمام هيئة التحكيم في الفترة الممتدة ما بين 1955 إلى عام 1958[1].

ثالثاً: صعوبة نظر المنازعات متعددة الأطراف

عندما تتعدد المنازعات فإنه من السهل نظرها أمام قاضي واحد، حيث يتم ضمها وتركيزها أمام محكمة واحدة تختص بنظرها من كافة جوانبها ، ويصدر فيها حكماً حاسماً للنزاع، أما إذا كانت المنازعات متعددة الأطراف منظورة أمام هيئات تحكيمية، فيصعب تجميعها أمام محكمة تحكيم واحدة، فمثلاً عقود البوت BOT يتعدد بها الأطراف، حيث يكثر المتدخلين في تنفيذ هذا النوع من العقود نظراً لكثرة العقود المبرمة لترجمة ما تم النص عليه في عقد الامتياز المبرم بين اتحاد المشروعات أو الشركة صاحبة المشروع أو السلطة مانحة الالتزام، حيث يتطلب تنفيذ هذا العقد تدخل عدة أطراف من خلال شركة تقام خصيصاً لإنجاز هذا المشروع، وينعكس تعدد الأطراف المتدخلين في هذا العقد على المهام والأهداف التي يسعون إلى تحقيقها، فهناك رعاة المشروع الذين يتعاقدون مع الدولة صاحبة الامتياز ، ومجموعة المقترضين، والسلطة مانحة الالتزام ، والمقاولين المسئولين عن التنفيذ في نطاق عقد تسليم المفتاح، والمستغلين للمشروع، والمستثمرين الذين شاركوا في رأسمال الشركة، وعليه إذا ما حدث نزاع بين بعض هذه الأطراف ، فإن اللجوء للتحكيم يفترض فيه موافقة جميع الأطراف على شرط التحكيم ، هذا أمر صعب من الناحية العملية نظراً لكثرة المدعى والمدعي عليهم الذين تتعارض مصالحهم ، فلا يمكن الاحتجاج بشرط التحكيم الموجود في أحد العقود في مواجهة الأطراف الأخرى[2] .

المطلب الثالث :

حتمية التحكيم في منازعات الصيرفة الإسلامية

سوف نتولى الرد علي الاتجاة المناهض للتحكيم يشئ من الايجاز ، ثم نعرض مقترحنا بشأن التحكيم في عمليات الصيرفة الإسلامية، وذلك على النحو الآتي:-

الفرع الاول رجحان كفة التحكيم

(1) د.سراج الدين بو زيد، المرجع السابق، ص12.

(2)للمزيد يراجع بحث د.محمد سامي عبد الباقي ابو صالح العنوان:"الموافق اللجوء إلى التحكيم في مجال المنازعات الناشئة عن تنفيذ مشروعات البنية الأساسية طبقاً لنظام الBOT المقدم للدورة التدريبية للقانونيين في مجال التحكيم في العقود الإدارية التي نظمها مركز التنمية التجارية بكلية الحقوق بجامعة القاهرة في الفترة ما بين5 مارس إلى9 مارس 2005، وكذلك د.محمد إسماعيل ، عقود الأشغال الدولية والتحكيم فيها ، المرجع السابق، ص369.

على الرغم مما قيل في التحكيم الا أن مزاياة تترجح على عيوبه على النحو التالى:-

1-أن طبيعة المنازعة هي التي تفرض الإستعانة بأناس متخصصين ، ومع ذلك فأن الواقع العلمي يشهد أن اغلب التحكميات التي أجريت قد تولها كبار رجال القانون من فقهاء وقضاء ومرموقين[1]

2- بالنسبة لعدم تسبيب قرارات الحكم أو السماح بنشرها فأن عدم قيام هيئة التحكيم في بعض الأحيان بتسبيب أحكامها لا يعد م آخذاً لأن طبيعة المنازعة التحكمية تستدعي ذلك، ومع ذلك أما عدم النشر و بالرغم من أن السبب الحقيقي للجوء إلى التحكيم وهو ما يتمتع به من محافظة على خصوصية المتنازعين، بالنسبة لعدم جواز الطعن على قرارات الحكم .

3-أن المراجعة التي تتعرض لها الأحكام شكلياً وموضوعياً ، تتعارض مع الإحترام المتطلب لخصوصية نظام التحكيم كقضاء إرادي من درجة واحدة، يتسم بالسرعة والمرونة والتخصص و لكي يتم تفادي الأخطاء التي قد تلحق بحكم التحكيم عادة ما يتم إخضاع تلك الأحكام لرقابة سابقة على صدورها، وخصوصاً الأحكام الصادرة من هيئات التحكيم الدائمة

4- أن تكلفة التحكيم من الناحية المالية لا تقاس بما سيدفعه الخصوم من مبالغ عالية تتمثل في أتعاب المحكمين والمصاريف الإدارية ، وإنما يجب الأخذ في الاعتبار أن تلك النفقات المترتبة علي التأخير علي التأخير في تنفيذ العقود ، ولا سيما إذا تعلق الأمر بالمعاملات المصرفية ،اذ يُعد عنصر الزمن فيها مؤشراً هاماً في تنفيذ الصفقات التجارية ، فالتأخير في تنفيذها يؤدي إلى وقوع خسائر مالية كبيرة بالأطراف المتنازعة .

5- أن صعوبة نظر المنازعات المتعددة الأطراف تعتبر طبيعية ،لان تعدد الأطراف ناتج عن الحاجات الفنية و القانونية للمشروع [2] ، قد يؤدي إلى خلق منازعات متعددة الأطراف تضم أكثر من مدعي و مدعى عليه ، ولتفادي المشكلات الناجمة عن تعدد الأطراف و بالأخص إختصاص أكثر من هيئة تحكم بنظر منازعة تكون ذات علاقة بالمنازعات الأخرى ، يجوز تضمين العقد علي إلزام جميع المدعي عليهم بالانضمام إلى شروط التحكيم الواحد .

الفرع الثاني :الصيغة المقترحة للتحكيم في منازعات الصيرفة الإسلامية.

(1) د.سراج حسين أبو زيد، المرجع السابق، ص12.

(2) ان الحاجات الفنية تقتضي تدخل أكثر من طرف لإنجاز المشروع ، وقد تفرض الاعتبارات القانونية وجود أكثر من شركه كما هو الحال في القانون المصري الذي يوجب لا يقل عدد المؤسسين في الشركات المساهمة، عن ثلاثة راجع د. هاني صلاح الدين ، التنظيم القانوني في التعاقد لمشروعات البنية الأساسية الممولة عن طريق القطاع الخاص ، منشورات دار النهضة العربية، الطبعة الأولى، 2001 ،ص 124 .

يظهر التحكيم في هذه الفترة، وكأنه مكملاً للعدالة في الحالات التي تعجز فيها محاكم الدولة عن تقديم العدالة السريعة المتخصصة ،حيث بآت يشاطر القضاء الوطني مهمة الفصل في المنازعات، بل و يُفضل عليه في بعض الأحيان، خصوصاً إذا ما أخذ في الاعتبار مزية تخفيف العبء عن كاهل القضاء الذي بآت عاجزاً عن تحقيق العدالة في أحيان كثيرة بسبب إكتظاظه بالقضايا [1].

ويؤكد الواقع العملي أن الفصل المنازعات المالية يستغرق سنوات طويلة تتعد العشر سنوات، وكثيراً ما تصدر الأحكام بعد تغيير الظروف وزوال مصالح المدعين ، التي ترافعوا من أجلها أمام القضاء ، حتى أن بعضهم يترك دعوه يأساً ، والبعض الأخر تكون المنية وافته قبل أن يسمع حكم القضاء في مظلمته[2].

اولاً: **نوعية التحكيم المتفق مع منازعات الصيرفة الإسلامية**

لما كان التحكيم اصطلاح عام تقترن به مسميات فرعية تختلف بحسب المنازعة المراد حسمها، فإن أنواعه تختلف حسب الزاوية المنظور منها إليه، فمن حيث مدى حرية الأفراد في اللجوء إليه يكون تحكيماً اختيارياً أو إجبارياً ، أما من حيث كيفية إدارته فيكون تحكيماً حراً أو مؤسسياً ، ومن حيث نطاقه الجغرافي ينقسم إلى تحكيم وطني ودولي، وأما من حيث القواعد المطبقة على النزاع فهناك التحكيم طبقاً للقانون والتحكيم استناداً على قواعد العدالة والإنصاف.سوف يقتصر حديثنا علي التحكيم الحر والتحكيم المؤسسي.

فالتحكيم الحر Adhoc هو التحكيم الذي يتم بمعرفة الأطراف أنفسهم ، حيث يتولون اختيار المحكمين وتحديد مكان التحكيم ، والقواعد القانونية الواجبة الإتباع من الناحية الإجرائية والموضوعية فهو الأسبق في الظهور على التحكيم المؤسسي[3] .

أما التحكيم المؤسسي Institutional فهو التحكيم الذي له وجود دائم في كنف نظام قائم تتولاه منظمات دولية أو وطنية تتبع إجراءات وقواعد محددة سلفاً في الاتفاقيات والقرارات المنشئة لها[4]

لهذا فقد انتشرت مراكز التحكيم على المستوى العالمي كغرفة التجارة الدولية بباريس ICC ومحكمة لندن للتحكيم الدولي في لندن L.C.I.A والمركز الدولي لتسوية المنازعات المتعلقة بالاستثمار في واشنطن I.C.S.I.D أما على الصعيد الإقليمي فهناك مركز القاهرة الإقليمي للتحكيم التجاري، مركز التحكيم

(1) د. حفيظة السيد الحداد ، الاتجاهات المعاصرة بشأن اتفاق التحكيم ، دار الفكر الجامعي، طبعة 2001 ، صـ 7 وما بعدها .

(2) د. أحمد حشيش طبيعة المهمة التحكيمية ، المرجع السابق ص 26.

(3) د.أبو زيد رضوان، المرجع السابق، صـ21 وما بعدها 5.

(4) د.عصمت عبد الله الشيخ، المرجع السابق، صـ29.

التجاري لمجلس التعاون لدول الخليج العربي [1] ، ونظراً لكفاءة هذه المراكز المتخصصة في إدارة المنازعات الكبيرة والمعقدة، فإن التحكيم المؤسسي أصبح هو القاعدة ،واللجوء للتحكيم الخاص هو الاستثناء، على الرغم من أن هناك منازعات لا يمكن تسويتها إلا عن طريق التحكيم الخاص.

ثانيًا: إنشاء مركز متخصص بمنازعات الصيرفة الإسلامية:

لكل ماذكرناه آنفًا فأننا نفضل أن يتم اللجؤ الي التحكيم لتسوية منازعات الصيرفة الاسلامية ، و نري ضرورة تأسيس مركز للتحكيم المؤسسي يتبع مصرف ليبيا المركزي يضم المتخصصين في المجالات القانونية والشرعية والمالية ، على غرار ما يجري عليه العمل بمركز كوالالمبور للتحكيم التجاري من أختصاص بفض منازعات المصارف الاسلامية ،لان ذلك سيساعد علي أستقرار ا لإجتهاد في مسائل الصيرفة الاسلامية . وذلك ط بقاً للاسس التالية:-

1: شرط التحكيم

يجب أن تُبذل أقصي درجات العناية والحرص عند صياغة شرط التحكيم ،لان أتفاق التحكيم ينبع من هذا الشرط ،فهو يأتي كبند من بنود العقد ،بحيث يكون سابقاً علي قيام أي نزاع ينشأ بشأن أية معاملة من معاملات الصيرفة الإسلامية؛لان ذلك سيكون قاطعاً لدابر المماطلة والتسويف اللذان يجعلان من التحكيم وسيلة غير فعالة.

2:تشكيل هيئة التحكيم

يجب أن يراعى في تشكيل هيئات التحكيم الشروط الشرعية ، حيث إشترط الفقهاء ألايكون المحكم كافراً أوفاسقاً أوذمياً [2] .لان محل التحكيم يتعلق بتطبيق الشريعة الاسلامية ؛فضلاً عن ذلك فيجب أن يكون المحكم متخصصاً وذو كفاءة ونز اهة ؛ويتم إحتيارهم من بين المستشارين في المحاكم ، وأساتذة الشريعة والقانون والمحاسبة،وموظفي المصارف المشهود لهم بالكفاءة على أن يقوم مصرف ليبيا المركزي بتسمية المحكمين .

3:مكان إنعقاد جلسات التحكيم

تعقد هيئة التحكيم المكلفة بالفصل في المنازعة جلساتها بمقر المركز أو بمقرمصرف ليبيا المركزي

(1) للمزيد حول هذه المراكز يراجع د.أحمد عبد الكريم سلامة، المرجع السابق، ص72 وما بعدها.
(2) د. قحطان الدوري المرجع السابق،ص268 ومابعدها.

4:الشريعة الإسلامية واجبة التطبيق

تلتزم الهيئات التحكيمية بتطبيق أحكام الشريعة الإسلامية على كافة المنازعات المعروضة عليها، وفقاً لما شرعة الله لعباده من الاحكام الثابتة بألادلة الشرعية من الكتاب والسنة ،وما تفرع عنها من الإجماع والقياس والادلة الاخرى [1].

الخاتمة

توصلنا في ختام هذا البحث لجملة من النتائج والمقترحات نعرضها على النحو التالي.

اولاً: أن السلطات النقدية في ليبيا آثرت إتباع سياسية مرحلية تهدف إلى التحول التدريجي نحو الصيرفة الإسلامية،حيث بدات بفكرة أفتتاح نوافذ صيرفه إسلامية داخل فروع داخل المصارف القائمة، وفي مرحلة لاحقة تسعي الدولة إلي تحويل فروع قائمة إلى فروع مصرفية إسلامية وانتهاء بالتحول الكامل نحو المصارف الإسلامية.

ثانياً: نتفق مع جانباً من الفقة في ليبيا أن التشريعات الليبية وبالاخص القانون رقم (1) لسنة 2005 المنظم لعمل المصارف والنقد " ، غير قادر على إستيعاب تجربة المصارف الإسلامية "لانة لم يصمم ليستوعب النظم المصرفية الإسلامية. وهو في حاجة لإجراء العديد من التعديلات على بنوده والإضافات على مواده ليستوعب فكر ونظم الصيرفة الإسلامية. ولعل الوضع في حاجة لصياغة واعتماد قانون خاص بالصيرفة الإسلامية على غرار ما عليه الحال في التجارب المصرفية الإسلامية

ثالثاً: عدم محاكاة المنشورات المنظمة للعمل المصرفي فى ليبيا للفروع التي تعمل آطار الصيرفة الإسلامية ،حيث تصدر هذه التعليمات وفقاً لمقتضيات الأوضاع النقدية والمصرفية فى الدولة .وتخضع جميع المصارف لهذة المنشورات دون مراعاة للطبيعة الخاصة للمصارف التي تتعامل بالصيرفه الإسلامية.

رابعاً: أن القضاهاللبيين لا يعرفون عن المصارف الإسلامية الشئ الكثير. فحداثة العمل المصرفي الإسلامي تزيد من المخاطر القانونية المصرفية، و من ثم تؤدي الي انكماش العمل المصرفي الإسلامي بخاصة وأن السوابق القضائية لمصارف إسلامية أجنبية في بعض البلدان العربية كانت غير مشجعة؛فضلاً عن ذلك فأن الواقع العملي يؤكد أن الفصل المنازعات المالية يستغرق سنوات طويلة .

(1) د. يزن خلف، المرجع السابق،ص38.

خامساً: يظهر التحكيم في هذه الفترة، وكأنه مكملاً للعدالة في الحالات التي تعجز فيها محاكم الدولة عن تقديم العدالة السريعة المتخصصة ،حيث بآت يشاطر القضاء الوطني مهمة الفصل في المنازعات، بل و يُفضل عليه في بعض الأحيان، خصوصاً إذا ما أُخذ في الاعتبار مزية تخفيف العبء عن كاهل القضاء الذي بآت عاجزاً عن تحقيق العدالة في أحيان كثيرة بسبب اكتظاظه بالقضايا ،لهذة نفضل اللجؤ الى التحكيم لفض منازعات الصيرفة الإسلامية ،لان التحكيم وسيلة ناجزة موثوقاً بها لحل المنازعات ذات الطبيعة الخاصة، التي تستلزم سرعة الفصل و الخبرة.

سادساً: نوصي بتبني التحكيم المؤسسي ،ومن ثم إنشاء مركز للتحكيم متخصص في فض منازعات الصيرفة الإسلامية يتبع مصرف ليبيا المركزي يضم المتخصصين في المجالات القانونية والشرعية والمالية ، على غرار ما يجري عليه العمل بمركز كوالالمبور للتحكيم التجاري من أختصاص بفض منازعات المصارف الاسلامية ،لان ذلك سيساعد علي أستقرار الاجتهاد في مسائل الصيرفة الاسلامية.

وفي ختام هذا البحث لا يسعنا إلا القول بأن:" التحكيم ليس معصوم من النقائص، ولا القضاء محروم من المزايا ولا التحكيم و القضاء فرسي رهان في ميدان واحد ، و لا القضاء بطبيعته عاجز عن ملاحقة فنيات النزاع أياً كانت درجة تطورها " [1] . وإن كان التحكيم أقدر على ملاحقة تطورات المعاملات المالية.

قائمة المراجع

1) كتب التراث

1. ابن منظور الدمشقي لسان العرب ، المجلد الثاني عشر، دار صادر للطباعة والنشر، طبعة 1956
2. الإمام محمد بن أبي بكر عبد القادر الرازي مختار الصحاح ، ترتيب محمود خاطر، القاهرة، دار الحديث، (د.ت)
3. أحمد بن عبد الحليم ابن تيمية مجموع الفتاوى، مكتبة ابن تيمية، الطبعة الثانية.
4. محمد الشربيني الخطيب ،مغني المحتاج الي معرفة معاني ألفاظ المنهاج ج 3 ص 261 طبعة 1955مصر .
5. أحمد بن محمد الدردير ، الشرح الصغير على أقرب المسالك، دار المعارف، القاهرة.

(1) د.أحمد حشيش طبيعة المهمة التحكيمية ، المرجع السابق ص 26.

6. محمد بن أحمد ابن رشد بداية المجتهد ونهاية المجتهد ،الجزء الثاني دار الفكر
7. محمد بن شهاب الرملي ، نهاية المحتاج إلى شرح المنهاج، دار الفكر، بيروت،1404هـ.
8. محمد أمين بن عمر ابن عابدين، رد المحتار على الدر المختار، دار الكتب العلمية، بيروت، الطبعة الأولى، 1415هـ، 1994م.
9. محمدبن علي الشوكاني تفسير فتح القدير الجزء الاول. بدون بيانات.
10. شمس الدين أبو بكر محمد ابن القيم، شرح مختصر أبي داود، دار الكتب العلمية، بيروت، الطبعة الأولى، 1410هـ-1990م.

2)الكتب الحديثة

1 -د. احمد محمد حشيش

- طبيعة المهمة التحكمية منشورات دار الفكر الجامعى . طبعة 2000.
- القوة التنفيدية لحكم التحكيم،منشورات دار الفكر الجامعى2001.

2 -د. أحمد عبدالكريم سلامة

- نظرية العقد الطليق بين القانون الدولى الخاص وقانون التجارة الدولية ، منشورات دار النهضة العربية .. طبعه 1998
- التحكيم في المعاملات المالية الداخلية والدولية ،منشورات دار النهضة..الطبعة الاولي.

3 -د. جابر جاد نصار ، التحكيم فى العقود الادارية ، دراسة مقارنة منشورات دار النهضة العربية .. طبعه 1992 .

4 -جورجى شفيق سارى ، التحكيم ومدى جواز اللجوء اليه لفض المنازعات فى مجال العقود الادارية منشورات دار النهضة .. طبعه 1999 .

5 -د. حفيظة السيد الحداد .

- العقود المبرمة بين الدول والاشخاص الاجنبية ومنشورات دار الفكر الجامعى .. طبعه2000.
- الرقابة القضائية على احكام التحكيم بين الردواجية والوحده منشورات دار الفكر الجامعى الطبعةالاولى 2000

- الاتفاق على التحكيم فى عقود الدولة ذات الطبيعة الادارية واثرها على القانون الواجب التطبيق منشورات دار المطبوعات الجامعية الطبعة الاولي2001

6-د. مجدى عبدالحميد شعيب ، التحكيم فى العقود الادارية ، منشورات دار النهضة .. طبعه 1998

د. محمود السيد عمر التحيوى ، مفهوم التحكيم الاختيارى والتحكيم الاجبارى واساس التفرقة بينهما ، منشورات منشأة المعارف .. طبعه 2002.

7- د. مختار بربرى ، التحكيم التجارى الدولى ، منشورات دار النهضة .. طبعة 1995 .

8- د. هشام خالد

-العقود الادراية وخضوعها للقواعد الموضوعية ، دار الفكر الجامعى .. طبعه 2001

-جدوي اللجؤ الي التحكيم التجاري الدولي، مطبوعات منشاة المعارف الاسكندرية..طبعة 2005.

10- د.حسني المصري ،التحكيم التجاري الدولي في ظل القانون الكويتي والقانون المقارن،بدون ناشر.. طبعة 1996.

11- د.يسري محمد العصار، التحكيم في المنازعات الادارية العقدية وغير العقدية، منشورات دار النهضة القاهرة..طبعة2001

12- د.عيد محمد القصا ص، حكم التحكيم ،منشورات دار النهضة..طبعة 2004.

13- د.ابراهيم احمد ابراهيم، التحكيم الدولي الخاص، منشورات دار النهضة العربية القاهرة..طبعة 2000.

14- د.احمد مفتاح بوزقية ، أوراق في التحكيم ، منشورات جامعة قاريونس- ليبيا ..طبعة 2002.

15- د. سعود محمد الربيعة، "تحول المصرف الربوي إلى مصرف إسلامي ومقتضياته"، جمعية إحياء التراث الإسلامي، الكويت، 1992ف،.

16- د. عبد الرزاق رحيم الهيتي ، المصارف الإسلامية بين النظرية والتطبيق ،الطبعة الاولى ، دار أسامة ، الأردن ، عمان ، 1998 م .

17- د.الكوني علي أعبودة، قانون علم القضاء (قانون المرافعات المدنية التجارية) الجزء الثاني، المركز القومي للبحوث والدراسات العلمية، الطبعة الأولى 1998 .

18 – د. يزن خلف سالم العطيات ،تحول المصارف التقليدية للعمل وفق أحكام الشريعة الإسلامية ،منشورات دار النفائس،طبعة 2009.

19– د.نجيب أحمد عبدالله ثابت الجبلي ، التحكيم في القوانين العربية ، دراسة مقارنة بالفقة الإسلامي والانظمة الوضعية.مطبعة المكتب الجامعي الحديث، سنة 2006.

20 – د. قحطان عبدالرحمن الدوري، عقد التحكيم في الفقة الإسلامي والقانون الوضعي ،منشورات دار الفرقان للنشروالتوزيع طبعة 2002.

21 - د. هاني صلاح الدين ، التنظيم القانوني في التعاقد لمشروعات البنية الأساسية الممولة عن طريق القطاع الخاص ، منشورات دار النهضة العربية، الطبعة الأولى، 2001

22 – د .عبد المنعم عبد العظيم جيرة، التنظيم القضائي في ليبيا، منشورات جامعة قاريونس، الطبعة الثالثة، 1978

2)– الرسائل العلمية ..

1 د. خالد بن محمد عبدالله العطية ، النظام القانونى لعقود التشييد والتشغيل ونقل الملكية ، رسالة ماجستير مقدمة لكلية الحقوق جامعة القاهرة 1999.

2 –د. سراج حسين محمد ابوزيد ، التحكيم فى عقود البترول ، رسالة دكتوراه مقدمة لكلية الحقوق جامعة عين شمس 1998 ضمن المنشورات دار النهضة 2004 .

3–احمد مخلوف، اتفاق التحكيم كاسلوب لتسوية منازعات التجارة الدولية، رسالة دكتوراة مقدمة الي جامعة القاهرة.. 2001

4– د.باسمة مصطفى دباس، شروط اتفاق التحكيم وآثاره ، رسالة دكتوراه مقدمة لجامعة القاهرة، 2005،

3)– المقالات والابحاث ..

1 د. محمود ابو السعود ، سلطة ادارة الرقابة على تنفيذ العقد الادارى ، مجلة العلوم القانونية والاقتصادية يناير سنة 1997 العدد الاول السنة التاسعة والثلاثون ..

2 د. محمود سعيد الشرقاوى ، التطورات الحديثة فى قانون التحكيم المصرى ، مجلة مصر المعاصرة يناير ابريل 1998 العددان 449 / 450 السنة التاسعة والثلاثون ..

3 د. محمد طلعت الغنيمى ،شرط التحكيم فى اتفاقات البترول ، مجلة الحقوق الاسكندرية للسنة العاشرة العددان الاول والثانى 1960 1961 .

4 د. حسني درويش ، التأميم في القوانين الوضعية والشريعة الإسلامية ، مجلة العلوم الإدارية ، العدد الأول ، نوفمبر ، 1986 .

5 –د. محمد كمال منير ، مدى جواز الاتفاق على الالتجاء الى التحكيم الاختيارى فى العقود الادارية تعليق على حكم المحكمة الادارية العليا الطعن رقم 3049 لسنة 32 مجلة العلوم الادارية 1991 السنة الثالثة والثلاثون العدد الاول يونيو 1991 .

6 –د. محمود عبد الحفيظ المغبوب المصارف الإسلامية ... مآخذ وتحديات واستحقاقات ورقة مقدمة لمؤتمر الخدمات المالية الإسلامية الثاني 2010

7 د. مصطفى علي أبوحميرة ود. نوري محمد اسويسي تحول المصارف التقليدية في ليبيا نحو الصيرفة الإسلاميةدراسة تطبيقية على مصرفي الجمهورية والتجارة والتنميةورقة مقدمة لمؤتمر الخدمات المالية الإسلامية الثاني24أبريل 2010.

8 –د. إسماعيل إبراهيم الطراد ود. سالم رحومة الحوتي ، ورقة مقدمة لمؤتمر الخدمات المالية الإسلامية الثاني ، التشريعات والإجراءات التي تنظمالعلاقة بين المصارف الإسلامية والمصرف المركزي دراسة مقارنه بين الأردن وليبيا،

9 د. عبدالسلام عبدالله امحمد تجربة مصرف الجمهورية في بيع المرابحة للأمر بالشراء(دراسة تحليلية تقويمية) (ورقة مقدمة لمؤتمر الخدمات المالية الإسلامية الثاني المنعقد في طرابلس 24ابريل.

10 – د.جمعة محمود الزريقي موقف التشريع الليبي من قيام الخدمات المالية الإسلامية وفقا لقانون المصارف رقم (1) لسنة 1373ور (2005 مسيحي) ورقة مقدمة لمؤتمر الخدمات المالية الإسلامية الثاني 24أبريل 2010

11 - د. موسى خليل متري، بحث بعنوان"التحكيم في العمليات المصرفية في الدول ذات الاقتصاد المتحول" مقدم لمؤتمر التحكيم التجاري الدولي المنعقد في دبي سنة 2008،.

12 - مجموعة الابحاث التى القاها الاساتذة الافاضل فى الدورة التدريبية فى مجال التحكيم فى العقود الادارية التى نظمها مركز البحوث والدراسات القانونية بكلية الحقوق جامعة القاهرة فى الفترة ما بين 5 . 3 الى 9 .3 .2005وهى على النحو التالى :-

د. أبراهيم احمد * الطعن على احكام المحكمين .

د. حسام فرحات * المحكمون حقوقهم وواجباتهم .

د. جورجى شفيق * التحكيم فى العقود الادارية فى فرنسا تطبيق عل قضية . ديزى لاند

د. سامى عبد الباقى * التحكيم فى عقود البوت .

د. المستشار طارق البشرى * التحكيم فى العقود الادارية واثره على اختصاص فى مجلس الدولة طبقاً للمادة 172

المستشار عبدالنعم صادق * نطاق اختصاص القضاء مع الاتفاق على التحكيم .

أ.د. عاطف البنا * اثر التحكيم على السلطات الادارة فى تنفيذ العقد الادارى

د.محمد ابو العنين * التحكيم الدولى والداخلى .

د. محمد محمد بدران * صياغة حكم المحكمين .