الجمهورية التونسية

مجلة IAFA
للعلوم الإنسانية والإقتصادية والقانونية

مجلة دولية علمية فصلية محكمة

تصدر عن الأكاديمية الدولية للمالية والتحكيم

رئيس التحرير
الدكتور حنان علي نغده

م. لؤي عبد المجيد مصطفى الحسن(فلسطين)

د. م. إبراهيم حسن توفيق(العراق)

د. إبراهيم خليفة لغويل (ليبيا)

د. وصال نعمه (العراق)

د. إيمان البياري (المغرب)

د. محمد نعمان الداودي (العراق)

أ. م. د. خالد عبد الحميد عبد المجيد العبدلي (العراق)

د. رعد أدهم عبد الحميد (العراق)

د. فادي دراغمة (فلسطين)

العدد التاسع: مارس /آذار2023

الترقيم الدولي ISSN: 1737-7161

الإيداع القانوني: 4197-2018

الأكاديمية الدولية للمالية والتحكيم
مجلة IAFA
للعلوم الإنسانية والإقتصادية والقانونية
مجلة دولية علمية فصلية محكمة

ISSN 1737-7161 الترقيم الدولي
4197/2018 الإيداع القانوني

رئيس التحرير
المستشار د حنان علي سعده

رئيس التحرير : المستشار د حنان علي سعده
مدير عام الأكاديمية الدولية للمالية والتحكيم IAFA – الجمهورية التونسية
مدير التحرير : أ. صباح مولاهي
رئيسة اللجنة التنظيمية بالأكاديمية الدولية للمالية والتحكيم IAFA – الجمهورية التونسية

أعضاء اللجنة العلمية :
– أ.د عيسى العزام – جامعة العلوم والتكنولوجيا– الاردن
– أ.د.محمد عويد الساير – جامعة الانبار – العراق
– أ.د.رضوان الرحمن – مركز الدراسات العربية والإفريقية جامعة جواهر لال نهرو – الهند
– أ.د.داود لينتانج اليمين – المعهد العالي الإسلامي – اندونيسيا
– أ.د.رائد ناجي أحمد –جامعة الفلوجة – العراق
– أ.د.مصطفى بخوش – جامعة محمد خيضر – بسكرة– الجزائر
– أ.د حسن حمود إبراهيم الفلاحي – العراق
– أ.م.د.عيسى أحمد محل الفلاحي– الجامعة العراقية – العراق
– د.محمد البلتاجي – خبير المصرفية – الجمعية المصرية للتمويل الإسلامي – مصر
– د.حسني الخولي – خبير إقتصادي – مصر
– د.عبد الحنان محمد العيسى – محكم دولي في القانون و التحكيم و المالية الإسلامية – سوريا
– د.جمال معتوق – جامعة عبد الحميد مهري قسنطينة – الجزائر
– د.أمين عويسي – جامعة فرحات عباس سطيف – الجزائر
– د.زكية بنت محمد العتيبي – جامعة الأميرة نورة بنت عبد الرحمن – المملكة العربية السعودية
– د.حسين حسين زيدان المديرية العامة لتربية ديالى – العراق
– د.سليمان ناصر – ورقلة – الجزائر
– د.وليد عبد الهادي العويمر – جامعة مؤتة – الاردن
– د.مجدوب قوراري – جامعة طاهري محمد بشار – الجزائر
– أ.محمد إبراهيم حماد – عضو المجلس الدولي للمحاسبة والمراجعة التابع للأيوفي

أعضاء اللجنة الاستشارية :
– أ.د. سليمان براك الجميلي – جامعة الفلوجة
– أ.د. ماجدالينا كوباريك – جامعة نيكولاس كوبرنيكوس – بولندا
– أ.د حنيفي بن ناصر – جامعة مستغانم – الجزائر
– أ.د ضياء غني العبودي – مدير تحرير مجلة جامعة ذي قار – العراق
– أ.د.سليمان محمد عمر منصور – جامعة الزاوية – ليبيا
– أ.م.د احمد الفلاحي – جامعة الفلوجة – العراق
– د. سعاد زبيطه – جامعةابن طفيل – المغرب

مجلة IAFA
ISBN 1737-7161: الترقيم الدولي
4197/2018: الإيداع القانوني
للعلوم الإنسانية والاقتصادية والقانونية

رئيس التحرير
المستشار د. حنان علي سعده

المستشار د. حنان علي سعده

رئيس التحرير

إن كل شئ يحدث أولا في التفكير.... وقوة التفكير لها تأثير على أحاسيسك وسلوكك ونتائجك وبالتالي لها تأثير على واقع حياتك. فالحياة التي تعيشها الآن كما يقول الدكتور إبراهيم الفقي ليست إلا انعكاسا من أفكارك وقراراتك واختياراتك سواء كنت مدركا لذلك أم لا، ولو أخذت المسؤولية تكون قد بدأت الطريق إلى التغيير والتقدم والنمو.

لذلك سعت الأكاديمية الدولية للمالية والتحكيم بتونس على تحمل المسؤولية الجادة في النهوض بالعلم ومبادئ التدريب من خلال إقامتها لمؤتمرات وملتقيات دولية ودورات تدريبية دولية في مجالات متعددة ومتنوعة، حتى تلتقي بنخبة المجتمعات العربية وتتعلم وترتقي بهم ومعهم لتعبر الحدود، متجاوزة الصعاب.

وهنا يمضى بنا الحلم الجميل الذي تمخض في البداية عن ولادة الأكاديمية الدولية للمالية والتحكيم بتونس ليخبرنا عن ولادة جديدة لمجلة دولية علمية فصلية محكمة اختير لها اسم مجلة IAFA للعلوم الإنسانية والاقتصادية والقانونية... ."

وحيث جاءت وكأنها اشراقة جديدة تزامن إصدارها مع المولد النبوي الشريف فإنها ستحمل في طياتها الوعد الجميل لتكون صوت الباحث والطالب الواعد بانطلاقته نحو القمة بقلمه الصريح والفعال في المجال الاقتصادي والاجتماعي والفكري وفي شتى المجالات التي تخدم صالح القارئ.

وبفرحة تحقق أهم رسالة **للأكاديمية الدولية للمالية والتحكيم** وهو إنشاء مجلة دولية محكمة، انبثقت لجنة علمية واستشارية دولية لتكون المساند الرسمي للباحثين عن المعلومة القيمة والساعين إلى الرقي في سلم العلم.

سلطة التحكيم المؤسسي وإستقلالية المحكمين وتضارب المصالح

م. لؤي عبد المجيد مصطفى الحسن
(فلسطين)

مجلة IAFA للعلوم الإنسانية والاقتصادية والقانونية
رئيس التحرير
المشارك حمادي علي نغدة

المقدمة:

يشغل التحكيم منزلة بارزة في المشاريع الهندسية والإستثمارية بإعتباره أحد أهم الوسائل البديلة لحل النزاعات والخلافات الناشئة عن العقود الهندسية والإستثمارية ولقد إزدادت أهمية التحكيم في الآونة الأخيرة نتيجة تطور العلاقات الإقتصادية على المستوى المحلي والدولي، فإن كانت القاعدة العامة تعطي لمحاكم الدولة صلاحية القضاء المتمثل في الفصل في المنازعات، فإن التحكيم يأتي كوسيلة إختيارية أو إجبارية بديلة عن اللجوء إلى القضاء وأضحى التحكيم نظاما ذو مكانة عالية لما يوفره من سهولة ومرونة للإجراءات والسرية والسرعة وإختصار المدة الزمنية للتقاضي.

أصبح التحكيم نظاما عالميا ومظهرا من مظاهر العصر الحديث الذي تكثر فيه الإشتباكات في المصالح والعلاقات، ونظراً لأهمية التحكيم وتزايد انتشاره خاصة في مجال المشاريع الهندسية والإستثمارية فإن تطبيق وسيلة التحكيم من خلال مؤسسة أو كيان محدد يساعد في تنظيم وإدارة وضبط الإجراءات التحكيمية بهدف ضمان سلامة الإجراءات وعدم حدوث أي إخلال بالشروط والأحكام الخاضعة لقوانين التحكيم الدولية وقانون التحكيم الخاص بالدولة محل النزاع، بالإضافة لمراقبة وإدارة العملية التحكيمية من بدايتها وحتى نهايتها من قبل مؤسسة التحكيم، وهو ما يسمى بالتحكيم المؤسسي.

حيث أصبح التحكيم مساندا للقضاء ما يتحتم توسيع سلطة التحكيم المؤسسي من خلال تنفيذ إجراءات وتدابير تحفظية ووقائية لا تحظرها القواعد الآمرة الواجبة التطبيق.

المحكم الذي ينفذ أو يطبق وسيلة التحكيم يمارس دوراً مشابهاً للقاضي فهو بمثابة قاضي يجب عليه التحلي بالنزاهة والشفافية والأمانة وحفظ الحقوق والإلتزام بالقانون وأن يكون حسن السير والسلوك والأخلاق والأدبيات الحميدة لا سيما مع وجود الفراغ التشريعي المتمثل في عدم وجود قواعد تضبط أخلاق المُحكَّم، كما يجب أن يتسم بالوضوح والصراحة والتصريح والإفصاح وأن يتحلى بالإستقلالية وعدم المحاباة أو الإنحياز أو ما يسمى بالحيدة.

1. أهمية البحث وأهدافه:

تتمثل أهمية البحث وأهدافه في ما يلي:

1. بيان مدى الحاجة لضبط إجراءات التحكيم من خلال كيان مؤسسي مسؤول يتمتع بصلاحيات الجهات القضائية لتسهيل وتيسير العملية التحكيمية لفض النزاعات.

2. بيان الأهمية في سلطات وصلاحيات مؤسسة التحكيم في إتخاذ الإجراءات والتدابير الوقتية والتحفظية خلال سير خصومة التحكيم عند توفر المبررات والإعتبارات وذلك بهدف تلافي أي أحداث أو أضرار أو آثار سلبية.

3. إظهار أهم الشروط الواجب توفرها في المحكمين (هيئة التحكيم) وخاصة الإستقلالية والحيدة وبشكل لا يؤدي إلى تقييد المحكمين بسبب إختلاف طبيعة عمل ومجال المحكم عن طبيعة القاضي.

2. المبحث الأول: التحكيم المؤسسي والسلطات والصلاحيات الممنوحة

تزايد إنتشار وسيلة التحكيم لحل النزاعات وخاصة في مجال العقود الهندسية والإستثمارية إستدعى تشكل مؤسسات تعنى بتنظيم عملية التحكيم من خلال وضع قواعد خاصة للتحكيم لتكون على مستوى الدولة كما توجد مؤسسات دولية تعنى بالتحكيم الدولي ولها قواعدها.

ضرورات وإحتياجات وضعية القضايا التحكيمية أيضا تستدعي أن تكون هذه المؤسسات ممثلة بالهيئة التحكيمية المشكلة لقضاياها لها سلطات وصلاحيات تمكنها من إتخاذ إجراءات وتدابير تحفظية ووقتية وتكون ضرورية للتعامل مع أي ظرف أو طارىء يمكن حدوثه أثناء النظر في النزاع المنظور وتساهم في تلافي ضرر يصيب أحد الخصوم أو كلاهما مثلا سماع شاهد على وشك الموت، أو تسليم موقع المشروع لإستئناف العمل ووقف الخسائر أو حدوث أضرار نتيجة كوارث أو ظروف جوية أو. . .. الخ، لذا سيتم في المطلب الثاني من هذا المبحث توضيح ماهية التدابير الوقتية والتحفظية وما هي الشروط الواجب توافرها.

1.3 المطلب الأول: التحكيم المؤسسي

يشكل التحكيم وخصوصاً في المشاريع الهندسية والإستثمارية والعقارية أسلوبا عملياً لحل المنازعات، والتحكيم من حيث تنظيمه ينقسمإلى تحكيم حر وتحكيم مؤسسي بمعنى:

- التحكيم الحر هو إحالة النزاع إلى التحكيم فقط من قبل محكم فرد أو أكثر ووفق قواعد تحكيم معينة دون الإشارة إلى مؤسسة تحكيمية بعينها.

- أما التحكيم المؤسسي هو التحكيم وفق قواعد مركز تحكيم معين أو هيئة معينة، ومثاله

تحكيم غرفة التجارة الدولية بباريس، وهيئة التحكيم الأمريكية ومحكمة لندن للتحكيم التجاري الدولي وغرفة التحكيم الفلسطينية الدولية، وغيرها من المؤسسات التحكيمية. [1]

مشكلة التحكيم الفردي أنه لا يستند إلى غطاء مؤسسي، وهو ما يجعل الحكم الصادر في الموضوع غير قاطع للنزاع تماماً أو منشأ لخلاف طارئ مستقبلاً متعلق بحقوق أخرى مما يعني نظر القضاء لتبعات تحكيمية، رغم أن التحكيم إنما جاء خدمة للدولة في عدم تكدس القضايا وتحقيقاً لمبدأ سرعة الفصل في النزاعات.

إن طبيعة المرحلة الاستثمارية في المشاريع الهندسية والعقارية تتطلب وجود مؤسسات تحكيمية تنظم عملية التحكيم من خلال وضع قواعد خاصة للتحكيم تتعلق بإجراءات التحكيم بما فيها تعيين هيئات التحكيم وفق شروط وأحكام معينة نصت عليها تلك القواعد، والهدف من ذلك هو تسهيل العملية التحكيمية وتيسيرها على الأطراف وضبطها بطريقة أصولية بالإضافة إلى مراقبة وإدارة العملية التحكيمية من بدايتها وحتى نهايتها من قبل مؤسسة التحكيم، وهو ما يسمى بالتحكيم المؤسسي على مستوى عالٍ من الخبرة والجودة ويكون دور مؤسسة التحكيم في العملية التحكيمية دور تنظيمي لها وإشرافي عليها حسب ما هو منصوص عليه في قواعدها، مقابل رسوم وأتعاب محددة سلفا يدفعها الطرفان لتلك المؤسسة.

تتضمن قواعد المؤسسة التحكيمية شرط تحكيم نموذجي ينصح الأطراف بإدراجه في العقود إذا رغبوا بتسوية أي نزاعات أو خلافات تنشأ عن العقد عن طريق مؤسسة التحكيم، وعلى الأغلب يكون مثل هذا الشرط جامعاً لأي منازعة تتعلق بالعقد أو أي بند من بنوده أو تفسيره، أو أي مطالبة ناشئة عنه من أي نوع كانت ومثل هذا الشرط النموذجي يوضع لإسترشاد الأطراف به ولكن ليس بالضرورة الأخذ به كما ورد حرفياً. وتجدر الإشارة إلى أن المادة (2/1) من إتفاقية نيويورك لسنة 1985[2] بشأن الاعتراف بأحكام التحكيم الأجنبية وتنفيذه انصت على أن حكم التحكيم يشمل التحكيم الطليق والتحكيم المؤسسي أي أن الأحكام التي تصدر عن مؤسسات تحكيم دائمة ومن الجدير بالذكر أن غالبية الدول العربية منضمة لإتفاقية نيويورك مما يعني قبول هذه الدول للتحكيم المؤسسي.

[1] **صفحة الرياض www.alriyadh.com / رؤى عقارية – التحكيم المؤسسي – عثمان سليمان العيسى**

[2] المادة (2/1) من إتفاقية نيويورك لسنة 1985

إن من أهم ميزات التحكيم المؤسسي:

1. الشفافية من خلال الاشراف على العملية التحكيمية ومراقبتها وادارتها من بدايتها وحتى نهايتها من قبل مؤسسة التحكيم المعنية وضبط اجراءات التحكيم بحيادية واستقلالية.

2. الوضوح في قواعد واجراءات التحكيم، عن طريق عمل دليل موحد للاجراءات المطبقة تضمن لاطراف النزاع والمحكمين معرفة الاجراءات والحصول على افكار مسبقة عن آلية سير عملية التحكيم.

3. مصداقية التوجه العملي في التحكيم من خلال الارشفة الالكترونية لكافة قرارات التحكيم والوصول للمعلومة بكل سهولة ويسر بما لا يتعارض مع سرية اجراءات التحكيم.

2.3 المطلب الثاني: التدابير الوقتية والتحفظية

1.2.3 الفرع الأول: مفهوم التدابير الوقتية والتحفظية:

قد تقتضي طبيعة موضوع النزاع أو ظروف وملابسات الدعوى المعروضة على هيئة التحكيم سرعة اتخاذ بعض التدابير المؤقتة أو الوقتية أو أو التحفظية أو إصدار بعض الأحكام التمهيدية تجنبا لأضرار بالغة قد تلحق بأحد الخصوم نتيجة انتظار صدور حكم التحكيم الفاصل في موضوع الخصومة. من ذلك الأمر إنتداب خبير لمعاينة الحالة، أو بسماع شاهد مشرف على الهلاك أو يتأهب للسفر، أو بمعاينة البضاعة لإثبات صلاحيتها إذا كانت معرضة للتلف، أو بإيداع المستندات لدى طرف ثالث، أو بتقديم كفالة شخصية أو عينية

لضمان سلامة المال المتنازع عليه، أو الأمر بحبس المنقول، أو اتخاذ إجراءات سريعة للحفاظ على بضاعة أو معدات أو أجهزة أو أدوات تجنبا لتلفها أو ضررها، أو الأمر ببيع البضاعة المعرضة للتلف. . . الخ، وعليه يمكن تعريف التدابير كما يلي:

- التدابير الوقتية تعرف على أنها إجراء لا يرمي إلى الفصل في أصل موضوع النزاع ولكن يرمي إلى الحصول على نتيجة ثانوية مثل التعويض المؤقت الذي يطلبه أحد طرفي الخصومة أثناء السير في الإجراءات التحكيمية حتى يتم الفصل في موضوع النزاع[1]، والهدف من هذه التدابير هو حماية مصلحة عاجلة لا يتسنى حمايتها بالطرق التقليدية بسبب بطء إجراءات

[1] من موقع www.maroclaw.com

التقاضي ولا تهدف إلى حسم النزاع وإنما هي حماية بديلة تحل مؤقتا.

- أما التدابير التحفظية تعرف على أنها تدابير تهدف إلى حماية الحق في المستقبل وتكفل وجود الحق عند صدور الحكم في القضية ومثال ذلك الحجز التحفظي على الأملاك لحين صدور الحكم.

تتسم التدابير الوقتية والتحفظية بما يلي:

1. الطابع التبعي: حيث لا يوجد إلا عند نزاع موجود أو سيوجد حول الموضوع فتتبعه وجودا وعدما.
2. الطابع الوقتي: لا تكون حاسمة أو قاطعة وبقاؤها متوقف على بقاء الخصومة ولا تتمتع بأي حجية.
3. لا تهدف إلى حل النزاع مباشرةبل تهدف تسهيل وتحقيق غرض الخصومة الأصلية.
4. يجوز للمحكم (القاضي) الذي أصدر الأمر بالتدابير الوقتية أو التحفظية أن يلغيه أو يعدله.

1.2.4 الفرع الثاني: شروط إتخاذ التدابير الوقتية والتحفظية

من أجل إتخاذ التدابير الوقتية والتحفظية توجد متطلبات وشروط ضرورية يجب توافرها حتى يمكن للمحكمة أو هيئة التحكيم تطبيق الإجراءات وهذه الشروط على النحو التالي:

1. أن تحمل صفة الإستعجال أو الخطر وبالتالي خطر فوات الأوان والخشية منه:
   - الخشية من زوال المعالم والحدود وخلافه.
   - الخشية من فوات المصلحة أو ضياع الحق.
2. أن يكون الإجراء وقتيا حيث لا يكفي فقط توفر عنصر الإستعجال.
3. أن لا تمس هذه التدابير أصل النزاع.

الأصل في الأمور المستعجلة أنها لحماية الحقوق من الإهدار بسبب فوات الوقت والخوف من أي خطر أو ضرر يتهدد مصالح أفراد معينين في الدعوى وبالمقابل لا يجوز المساس بأصل الحق المتنازع عليه وتهديد مصالح الأطراف الأخرى.

4. المبحث الثاني: حياد المحكم واستقلاليته:

إن المحكم هو " شخص يتمتع بثقة الخصوم" ومقتضى ذلك أن يكون متمتعاً بهذه الثقة ليس فقط لحظة اختياره، وإنما في كل مراحل إجراءات التحكيم بمعنى أن هذه الثقة هي شرط وجود واستمرار في آن واحد وبما أن المحكم يمارس دوراً مشابهاً

للقاضي فيجب عليه أن يتحلى بما يتحلى به القاضي من أخلاق وسلوكيات وأدبيات والتزامات قانونية وفي معظم الأنظمة القانونية الداخلية ومعاهدات التحكيم الدولية يطرح موضوع استقلالية المحكم وحياده ففي القانون النموذجي للتحكيم اليونسترال يشترط في المحكم "حيدته واستقلاله"[1] وفي هذا الاتجاه ذهب القانون المصري[2] الذي اشترط ايضاً في المُحكّم "استقلاله وحياده".

1. 4 المطلب الأول : شروط المحكم:

يتعين توافر شروط فيمن يتم إختياره محكما سواء من أطراف النزاع أو أحدهم أو المحكمة أو مؤسسة التحكيم وبدون هذه الشروط لا يمكن للمحكم أن يقوم بدوره في عملية التحكيم بصورة سليمة وناجحة وعليه ينقسم هذا المطلب إلى فرعين:

1.1.4 الفرع الأول: الشروط القانونية الواجب توافرها في المحكم:

معظم قوانين التحكيم اشترطت فيمن يتولى مهمة التحكيم توافر شروط قانونية أهمها:

- أن لا يكون المُحكَّم قاصراً أو محجوراً عليه، أو محروماً من حقوقه المدنية بسبب الحكم عليه بجناية أو بجنحة شائنة أو مخلة بالشرف، أو مفلساً ما لم يرد إليه اعتباره.
- أن يكون الشخص طبيعياً أي إنسان– وليس شخصاً معنوياً– كشركة أو منظمة أو هيئة – وذلك لأن نظام التحكيم مبني على الثقة التي يمنحها الأطراف للمُحكَّم عند اختياره للفصل في نزاعهم.
- أن لا يكون ممنوعً قانوناً من ممارسة التحكيم، حيث يحدث أن ينص قانون ما على منع بعض الأشخاص من تولي مهمة التحكيم رغم توافر الأهلية المدنية الكاملة لديهم وذلك لاعتبارات خاصة.
- أن يكون محايداً ومستقلاً.
- أن يكون مؤهلاً للقيام بالتحكيم، ويكون لديه الكفاءة والقدرة اللازمة لإدارة عملية التحكيم، وأن يكون ملماً بالتشريعات القانونية وأن يكون مطلعا، إلى جانب أن يكون على قدر كبير من الخلق والأمانة التي تجعله يفصل في التحكيم بنزاهة تامة.

2.1.4 الفرع الثاني: الشروط الإتفاقية الواجب توافرها في المحكم:

اتجهت غالبية قوانين التحكيم إلى التسليم بحرية الأطراف في اختيار الممحكم، ولم تلزمهم

[1] القانون النموذجي اليونسترال

[2] قانون التحكيم المصري

مجلة IAFA للعلوم الإنسانية والاقتصادية والقانونية
ISSN 1737-7161 :الترقيم الدولي
4197/2018 :الإيداع القانوني
رئيس التحرير
المشارف حنان علي نقده

بشروط أو مواصفات معينة للمحكم، بل اكتفت بوضع ضوابط عامة تضمن صلاحية المحكم للقيام بمهمته بصورة سليمة، وتركت للأطراف حرية الاتفاق على أي شروط أو مواصفات إضافية يرغبون في توفرها في المحكم الذي يتولى الفصل في نزاعهم، ومن المواصفات والشروط المسمية بالشروط الإتفاقية ما يلي:

1. أن يتمتع بقدرات قضائية.
2. أن يكون من جنسية محددة.
3. أن يكون صاحب مهارة فنية ومتخصصاً وخبيراً عالماً بالعادات والتقاليد المتعلقة به.
4. أن يكون من جنس محدد، فمثلا قد يشترطون أن يكون رجلاً.
5. أن يكون متمتعاً بصفات أخلاقية رفيعة وأهمها النزاهة والصدق.
6. أن تكون لديه مهارات نظرية في استنباط وتحليل الأمور، ذكياً قوي الشخصية.
7. أن يكون حاصلاً على مؤهل معين.
8. أن يجيد بعض اللغات.
9. أن يكون من ديانة معينة.
10. أن يكون صاحب كفاءة مهنية في مجال التحكيم.

وبالطبع فإن مثل هذه الشروط طالما أنها لا تخالف النظام العام فهي صحيحة وملزمة للأطراف ولمؤسسة التحكيم أو المحكمة التي تتولى تعيين المُحكَّم في حال عدم الاتفاق عليه ومادام أنها شروط تعاقدية لا تعتبر من النظام العام فلا يجوز للمحكمة إثارتها من تلقاء نفسها ويجوز لكل من الطرفين التنازل عن حقه بالتمسك بها وذلك خلافاً للشروط القانونية الواجب توافرها في المُحكَّم فلا يجوز الاتفاق على خلافها أو التنازل عنها.

2. 4 المطلب الثاني: مفهوم الحيادية والإستقلالية:

لما كان المحكم يقوم بمهمة القضاء الخاص فلا بد من أن يتمتع بالاستقلال عن الخصوم وان يكون محايداً فلا يصدر حكمه عن غرض أو هوى ولذا حرصت معظم قوانين التحكيم على النص على ضرورة أن يكون المُحكَّم متمتعاً بهاتين الصفتين الاستقلال والحيدة بحيث يتعامل المُحكَّم مع الأطراف بأمانة وتجرد دون إبداء أي تعاطف أو كراهية لأحدهم ودون أن تكون له أي مصلحة مادية أو معنوية أو علاقة مع أحد الأطراف تؤثر على حكمه والاستقلال والحيدة مفهومان متشابهان في غايتهما ولكنهما مختلفان في مضمونهما أما غايتهما فهي ضمان قيام المحكم بعمله بصورة

عادلة وأن يتعامل مع الأطراف بنزاهة تامة وبصورة متساوية بحيث لا يتم تمييز أحدهما عن الآخر في شيء.

مجلة IAFA ISSN 1737-7161 4197/2018 للعلوم الإنسانية والإقتصادية والقانونية
رئيس التحرير الدكتور حنان علي نعمة

1.2.5 الفرع الأول: مفهوم الإستقلالية:

يعد استقلال المحكم مبدأ أساسياً في التحكيم ويتمثل في عدم وجود صلة مصلحة مادية أو شراكة أو ارتباطات مالية أو تبعية من جانب المُحكَّم بأي من طرفي التحكيم، فلا يكفي أن يكون مستقلاً عن الخصم الآخر وإنما أيضاً عن الطرف الذي عينه والاستقلال بصورته هذه يعد مسألة موضوعية وواقعية من السهل الاستدلال عليها وذلك بإثبات وجود أي نوع من هذه الصلات ولا يعتبر المُحكَّم مستقلاً إذا كان يباشر مهمة شخصية لأحد أطراف التحكيم كتقديم الاستشارة أو المساعدة الفنية له أو إذا كان مستشاراً لإحدى الشركات الداخلة ضمن مجموعة الشركات التي تدخل فيها الشركة الطرف في التحكيم[1].

2. 2. 4 الفرع الثاني: مفهوم الحيدة:

هو عدم انحياز المُحكَّم إلى أي من طرفي التحكيم أو ضده لأسباب شخصية أو أسباب خاصة وإنما يلتزم أن يكون عادلاً بين الطرفين متجرداً عن كل ما ينأى به عن اعتبارات العدالة ولأن الحيدة تمثل حالة ذهنية وعاطفية فإنه لا يمكن إثباتها أو الاستدلال عليها بأشياء واقعية ملموسة بل لا تثبت إلا بالممارسة العملية من خلال متابعة تصرفات ومواقف المُحكَّم مع الأطراف وتنتفي الحيدة عندما يحابي المُحكَّم أحد الأطراف أو يبدي رأياً مسبقاً في النزاع وجدير بالذكر أن إبداء الرأي بعيداً عن وقائع النزاع المطروح لا ينال من هذه الحيدة.[2]

3.2.4 الفرع الثالث: الجمع بين الحيدة والاستقلالية:

إن تحقيق الحيدة والاستقلال معاً أمر لا بد منه لنجاح العملية التحكيمية وإثبات مصداقية المُحكَّم وأنه يؤدي عمله بنزاهة تامة بصرف النظر عن ظروف تعيينه وهذا ما أكدته محكمة استئناف القاهرة في حكمها الصادر في 2003/4/29 بقولها" إن المُحكَّم المسمى من قبل أحد الخصوم يصبح في منزلة القاضي بمجرد قبوله المهمة المسندة إليه، وبذلك فإنه ليس وكيلاً أو محامياً للخصم الذي اختاره، بل هو قاضٍ يجب أن يتوافر

[1] د. محمود سمير الشرقاوي، مقارنة بين قانون التحكيم السوري الجديد وقانون التحكيم المصري، بحث منشور في مجلة التحكيم، العدد الثالث، 2009، ص154.

[2] د. أ. أكثم الخولي، خلقيات المُحكَّم، ورقة عمل مقدمة إلى مجمع تحكيم الشرق الأوسط والبحر المتوسط، 8 يناير 1989، ص5.

فيه شرطا الحيدة والاستقلال عن جميع أطراف النزاع بما فيهم الخصم الذي اختاره"[1].

إن صفتي الاستقلال والحيدة يجب أن يتوافرا بالنسبة لجميع أعضاء الهيئة التحكيمية، والقول بغير ذلك يفقد الثقة بالتحكيم ويخل بتوقعات الأطراف ويجعله صورة ممسوخة لنظام قضائي غير مألوف، ويجعل وظيفة المُحكَّم ودوره تتباين بين مُحكَّم وآخر داخل ذات الهيئة، ويضع المُحكَّم المرجح في حالة يتوجس فيها خيفة من المُحكَّمين الآخرين فيما يصدر عنهما من تصرفات إذ هو يعرف سلفاً أن كلاً منهما يتبنى وجهة نظر فريق من الفرقاء.

4.2.4 الفرع الرابع: العلاقة بين الحيدة والاستقلالية:

نطرح السؤال التالي: إذا كان المُحكَّم مستقلاً هل يعني ذلك أنه محايد؟ وإذا كان محايداً هل تكون حيدته هذه ناتجة عن استقلاله؟

إن الحيدة والاستقلال أمران منفصلان ولا يؤثر أحدهما على الآخر بشكل مباشر وليس هناك ما يمنع أن يكون المُحكَّم مستقلاً عن الأطراف وفي نفس الوقت يكون غير محايد يعني مع ثبوت عدم وجود رابطة أو علاقة قرابة أو عمل للمُحكَّم بأحد الأطراف ولكنه يميل ويجامل أحد الأطراف على الآخر والعكس صحيح أيضاً أي أنه لا شيء يمنع أن يكون المُحكَّم محايداً في أدائه لعمله رغم أنه غير مستقل عن الأطراف.

وبالرغم من ذلك نستطيع القول أن الاستقلال غالباً ما يكون قرينة على الحياد أو بعبارة أصح أن عدم الاستقلال غالباً ما يكون قرينة على عدم الحياد مع التأكيد على أنه لا مبرر ولا أهمية لوجود الاستقلال إذا لم يوجد الحياد وإذا وجدت أي صلة أو علاقة من أي نوع للمُحكَّم بأحد الأطراف فيها شبهة عدم استقلال فإنه يجب على المُحكَّم أن يُطلع الأطراف عليها قبل قبوله التحكيم وللأطراف حرية في أن يقبلوا أو أن يرفضوا تحكميه وفي حالة قبولهم فإنه لا يكون بعد ذلك مجال للتشكيك بعدم استقلال المحكم ويمكن أن نستنتج أن شرط الاستقلال إنما وضع للوصول إلى تحقيق الحياد فإذا ما تحقق الحياد فعلاً فلا يهم بعد ذلك إذا كان الاستقلال متحققاً أم لا ما دام لم يؤثر عملياً ولم ينعكس بصورة سلبية على أداء المُحكَّم لعمله.

وتجدر الإشارة إلى أن شرط الحيدة والاستقلال لا يتعلق بالنظام العام وإنما بمصلحة

[1] الحكم الصادر من محكمة إستئناف القاهرة بتاريخ 2003/4/29.

الخصوم ولهذا إذا توافر عدم الحيدة أو عدم الاستقلال في المُحكَّم وكان الطرف ذو المصلحة على علم بهذا العيب أن يتمسك به وإلا سقط حقه في التمسك بهذا العيب ولا يكون له بعد صدور الحكم أن يرفع دعوى بطلان حكم التحكيم استناداً إلى عدم توافر أيهما في الحكم.

وهنا نوضح أن أهمية الإستقلالية والحيدة لا يجب بأي شكل من الاشكال أن تؤدي إلى تقييد المحكمين الذين تختلف طبيعة عملهم عن طبيعة القضاة وقد قامت بعض المؤسسات التحكيمية بوضع إشتراطات على المحكمين تتعلق بعدم السماح للمحكم المعتمد لديهم أن يقوم بتمثيل أطراف النزاع في أي قضية حتى لو لم يكن محكما في هذه القضية ويمكن تفهم هذا الإشتراط أنه يأتي ضمن إدارة وضبط إجراءات التحكيم للقضايا المنظورة وضمان سلامة الإجراءات وعدم حدوث أي إخلال بالشروط والأحكام الخاضعة لقانون التحكيم الفلسطيني ولقواعد التحكيم المتبعة ما يصب في صالح حل الخلافات وحفظ الحقوق كما يهدف الإشتراط إلى ضمان نزاهة وشفافية الإجراءات التحكيمية ولضمان عدم حدوث أي شبهات أو تضارب مصالح خلال العملية التحكيمية لأي قضية.

لكن هذا الإشتراط فيه تعامل مع المحكم على أنه قاض وفيه تقييد للمحكم في قبوله للقضايا حيث يحدث إرباكًا لدى المحكمين كونهم ممثلين لشركاتهم أو مؤسساتهم أو أعمالهم الشخصية مما قد يؤدي إلى إحجامهم عن قبول مهمة التحكيم وبالتالي إنحسار القضايا التحكيمية عبر التحكيم المؤسسي نتيجة المحددات والإشتراطات الموضوعة ويمكن النظر في الإشتراط وكيفية تطبيقه وفقا للإعتبارات التالية:

1. ما يميز التحكيم عن القضاء هو السهولة والسرعة ومرونة الإجراءات وإختصار المدة الزمنية للتقاضي، والمحكم هو بمثابة قاض يجب عليه التحلي بالنزاهة والشفافية والأمانة وحفظ الحقوق والإلتزام بالقانون.

2. القاضي لا يمكن إطلاقا أن يكون محاميا لأن وظفيته القضاء والحكم القضائي ولا يمكنه تمثيل أطراف النزاع في أي قضية حتى لو لم يكن قاضيا فيها بينما المحكم هو خبير أو مهندس أو محامي أو مالي أو أي متخصص لديه خبرات فنية إستشارية تساعد في تسوية وحل النزاعات التي تنشأ بين أطراف العقد ووظيفته الفصل في الخلافات، وتكون طبيعة عمله معرضة لحدوث النزاعات ما

يجعله طرفا في النزاع أو ممثلا عن أحد أطراف النزاع.

مجلة IAFA
ISSN 1737-2161 الترقيم الدولي
4197/2018 الإيداع القانوني
للعلوم الإنسانية والاقتصادية والقانونية
رئيس التحرير
المستشار د. حنان علي نعده

5. التوصيات:

تناول هذا البحث دراسة مدى أهمية نقاط وإجراءات ضروري توافرها ضمن عملية التحكيم لفض الخلاف بحيث تشكل رافد وداعم للعملية التحكيمية وكذلك ضامن لقرار التحكيم وكل ذلك لضمان سير العملية التحكيمية والحيلولة دون الطعن في الإجراءات وأهم التوصيات المراد إستنتاجها من هذا البحث ما يلي:

1. أفضلية إدارة العملية التحكيمية من خلال كيان مؤسسي وليس من قبل أفراد وبالتالي تميز التحكيم المؤسسي عن التحكيم الفردي.

2. أهمية قيام المؤسسة التحكيمية أو هيئة التحكيم بإتخاذ الإجراءات والتدابير الوقتية والتحفظية وضرورة دعم هذا التوجه لضمان حفظ الحقوق.

3. أهمية شروط وصفات المحكمين المتعلقة بالإستقلالية والحيدة وضرورة الإفصاح عنها وبشكل لا يقيد المحكم كما القاضي وهذا الأمر مهم لتوضيح التعميمات الصادرة من مؤسسات التحكيم.

4. النظر في التعميم الذي وضعته أحد المؤسسات التحكيمية فيما يتعلق بتمثيل أطراف النزاع، وبحيث يعدل التعميم لكي لا يكون معمما على جميع القضايا وبيان وتفسير التعميم كما يلي:

" التعميم للقضايا التي يحدث فيها تقاطع من حيث أطراف النزاع أو أطراف هيئة التحكيم وأنه في حال إثبات عدم وجود أي صلة أو تقاطع بين القضايا وبعد تقديم الإفصاح والإستقلالية من المحكمين يمكن للمحكم في قضية ما أن يكون طرف نزاع أو ممثلا في قضية أخرى، شريطة أن لا يكون أي أحد من المحكمين في هيئة التحكيم للقضية متواجدا في هيئة التحكيم للقضية الأخرى وكذلك بالنسبة لأطراف النزاع وبالتالي عدم وجود أي إحتمال لحدوث شبهة أو تضارب مصالح أو تأثير على سير إجراءات التحكيم وعلى قرار التحكيم".

المراجع:

- قانون التحكيم الفلسطيني رقم (3) لسنة 2000.
- قانون التحكيم المصري رقم 27 لسنة 1994.
- قانون الأونيسترال النموذجي للتحكيم التجاري الدولي (1985).

دور الإدارة الرشيدة في تحقيق أهداف التنمية المستدامة في القطاع الصناعي

د. م. إبراهيم حسن توفيق
(العراق)

رئيس التحرير
الدكتور حمادي علي شعده

الملخص

تمر بنا في هذه الفترة ثورة تقنية عالية جدا في التقدم العلمي والتكنولوجي وفي جميع نواحي الحياه العملية، وبالتالي أثر هذا التطور بشكل كبير في تكنولوجيا المعلومات والاتصـــالات مما أدي لظهور العديد من الطرق والتقنيات الجديدة في كافة المجالات ووظائفها، مما فرض على الجميع لإعـادة تقييم الاداء الحكومي و إعـادة النظر في وظائفها التقليدية وايضـــا الخدمات التي تقدمها، وطرق اداء الاعمـال وكيفيتهـا، وتنفيذ المعـاملات في القطاعات المختلفة كخيار اســـترتيجي رغبة منها في مواكبة متطلبات هذا العصـــر، وهو ما فرض بـدوره في ادخـال تقنيـة المعلومـات في الاعمـال وربطهـا بمختلف الاجهزة المعنيـة وذلك بهدف توفير المعلومات والسـلع والخدمات المقدمة بمختلف انواعها بشـــكل آلي، مما أدى الاعتراف المتزايد بأهمية الدور الذي تلعبه الادارة المتكاملة في الاســـتغلال الأمثل لكافة الإمكانيات والثروات الطبيعية في تحقيق اهداف التنمية المســـتدامة في جميع العمليات بالمجال الصناعي.

الكلمـات الافتتـاحيـة: الادارة المتكـاملـة – التنميـة المستدامة – القطاع الصناعي.

Abstract

During this period, we are going through a very high technical revolution in scientific and technological progress and in all aspects of practical life ،and thus this development has greatly affected information and communication technology, which led to the emergence of many new methods and technologies in all fields and their functions, which forced everyone to re-evaluate government performance And reconsidering its traditional functions as well as the services it provides, the ways and manner of doing business, and the implementation of transactions in different sectors as a strategic option in its desire to keep pace with the requirements of this era. And the services provided of various kinds automatically, which led to the increasing recognition of the importance of the role that integrated management plays in the optimal utilization of all potentials and natural resources in achieving sustainable development goals in all operations in the industrial field.

Key words: integrated management - sustainable development - the industrial sector.

المقدمة:

تهدف التنمية دوما إلى تمكين الانسان في جميع أنحاء العالم لتلبية احتياجاته الأساسية والتمتع ايضا بحياة أفضل دون المساومة على قدرة الأجيال القادمة في تلبية احتياجاتهم، فهو بالتالي يعتبر مفهوم تنموي شامل لخدمة الأجيال الحالية دون المساس بحياة الأجيال القادمة، حيث انها تهتم ايضا بتنمية الأرض وإعمارها والحفاظ على استدامة وصيانة ذلك الإعمار دون المساس بالتوازن الرباني الذي خلقه الله لكل مكونات الكون لأن كل شيء ضروري لتحقيق التكامل المتوازن إيكولوجياً. وحتى يتحقق ذلك من الواجب أن نكون مبتكرين فيما نصمم له ونخطط تنمويا لما فيه مصلحة الأرض والبشر، فلا يكون لأي عمل تأثير سلبي على الاتزان البيئي فيعمل تبعاً لنظام الكون نحو إعماره مع المحافظة عليه، ليضمن حق الأجيال القادمة في الاستفادة والتمتع بالطبيعة وجمالها، والسعي دوما جاهدين نحو تنمية البيئة والعمران من خلال كافة الممارسات البيئية الايجابية التي تهدف دوما إلى التقليل من التأثيرات السلبية على البيئة خاصة في مجال المياه والطاقة والهواء والنفايات. وبما ان القطاع الصناعي يعود بالعديد من النتائج الإيجابية والتي تنعكس على المجتمع والذي يساهم في تشغيل الافراد، ومكافحة الفقر، وتوفير التعليم والرعاية الصحية للعديد من أفراد المجتمع، وعلى الرغم من وجود هذه المنافع الكثيرة إلّا أنّ العمليات الصناعية قد تعود بالعديد من الآثار السلبية على البيئة، مثل استنزاف الموارد الطبيعية، والتلوّث الذي يحدث في الهواء والماء، والتغيّرات المناخية، بالإضافة إلى انقراض بعض أنواع الكائنات الحية، حيث تشكّل هذه الآثار تهديداً للبيئة في العالم، وكذلك ايضا إلى جانب كونها خطراً على الرفاهية الاقتصادية والاجتماعية[1].

إن ظهور مفهوم التنمية المستدامة كاصطلاح يعد حديث النشـــأة، لكن فكرة الوصـــول إلى تنمية شـــاملة تتوافق فيها عمليات اســـتغلال الموارد والثروات الطبيعيـة مع احتيـاجـات الحـاضـــر والمســـتقبل وتحقيق التوازن البيئي يعود إلى بداية القرن المـاضـــي، حيـث أشـــار Girfford) (Pinchot عام 1910 إلى أن " الحفاظ على البيئة يعني حصـــول أكبر عدد من الأفراد على أكبر كم من السـلع لأطول فترة زمنية «. وأشـارت اللجنة الكندية للمحافظة على البيئة إلى هذه المســـألة منذ عام 1915 م، حيث يعود الفضـل في صـقل مفهوم التنمية المسـتدامة وتأصـليه بشـكل نظري إلى كل من الباحث الباكسـتاني " محبوب الحق " و ايضـا

[1]"Environment fact sheet: industrial development", www.ec.europa.eu,3-2006 Retrieved 21-6-2020. Edited.

الباحث الهندي " أمارتياسن " خلال المدة التي كان يعملان فيها بالأمم المتحدة في إطار البرنامج الإنمائي للأمم المتحدة، لذا فالتنمية بالنسبة لهما فهي تعني تنمية اقتصادية- وإجتماعية تتعامل مع الأبعاد البشرية والاجتماعية باعتبارها العنصر المهيمن، حيث ينظر للطاقة المادية باعتبارها شرطا هاما من شروط تحقيق هذه التنمية.

أما من رسّخ هذا المفهوم فعليا وحدّد ملامحه فهي " كروهارام برونتلاند " رئيسة وزراء النرويج والتي كان لها دورا هاما في ترسيمه من خلال تقرير " مستقبلنا المشترك " الصادر عن اللجنة العالمية للتنمية والبيئة في عام 1987م.

ولقد ركزت النظرية الكلاسيكية للتنمية على الاستخدام الأمثل للموارد المتاحة، وعلى نصيب الفرد من الدخل الوطني، ثم توالت نظريات التنمية بداية من نظرية " تيودور تشولتز " والتي ركزت على قدرات الإنسان كعامل مستقل في زيادة الناتج الحدي، ثم جاءت نظرية " الحاجات الأساسية " التي ساهمت في تحويل نظريات النمو الاقتصادي تجاه التنمية البشرية، أي طغيان نظريات أكثر تقدم[1]، وكانت هذه النظريات تنطوي على وجهة نظر أكثر عمقا وشمولا بالنسبة للنمو والتنمية، حيث حلّلت أثر السياسات الاقتصادية على المسائل الاجتماعية والبيئية، علي سبيل المثال الفقر وتضاءل الموارد الاقتصادية والتلوث. . . . . وغيرها، وهو يعتبر أوّل إهتمام بالبيئة وبالتالي بالتنمية المستدامة، حيث كان في التقرير الذي نشره نادي روما في عام 1972 حول المجتمع البشري وعلاقته باستغلال الموارد الاقتصادية وتوقعات ذلك حتى سنة 2100، وكذلك نشر دراسة " جاي فوستر " حدود النمو التي تضمنت نموذجا رياضيا لدراسة خمسة متغيرات أساسية وهي: (استنزاف الموارد الطبيعية - النمو السكاني – التصنيع - سوء التغذية - تدهور البيئة) حيث أبرزت هذه الدراسة اتجاهات المتغيرات الخمسة السابق ذكرها وأثرها على الأرض لمدة ثلاثين سنة[2]. ثم انعقد مؤتمر استوكهولم في نفس العام والذي أكد على ضرورة الترابط بين البيئة والمشاكل الاقتصادية، أما في عام 1982م فلقد وضع برنامج الأمم المتحدة للبيئة تقريرا عن حالة البيئة العالمية، حيث أقرت الجمعية العامة في السنة نفسها الميثاق العالمي للطبيعة الذي يلحّ على ضرورة الأخذ دوما بعين الاعتبار للنظام الطبيعي عند وضع الخطط التنموية. وفي أكتوبر

[1] كمال محمد منصوري، جودي محمد رمزي، " المراجعة البيئية كأحد متطلبات المؤسسة المستدامة وتحقيق التنمية المستدامة "، التنمية المستدامة والكفاءة الاستخدامية، الجزء الأول، جامعة فرحات عباس، كلية العلوم الاقتصادية والتسيير، ش أ م ف أ م، 2008، ص ص. 595-614.

[2] عمار عمادي، " إشكالية التنمية المستدامة وأبعادها "، التنمية المستدامة والكفاءة الاستخدامية للموارد المتاحة، بحوث وأوراق عمل الملتقى الدولي المنعقد خلال فترة 7-8 أبريل 2008، الجزء الأول، جامعة فرحات عباس، كلية العلوم الاقتصادية والتسيير، ش أ م ف أ م، 2008، ص ص. 35-50.

مجلة IAFA للعلوم الإنسانية والاقتصادية والقانونية
رئيس التحرير

ســـنة1987م قدمت اللجنة الدولية للبيئة والتنمية التابعة للأمم المتحدة تقريرا بعنوان " مســـتقبلنا المشـــترك " والمعروف بتقرير بروتنلاند " الذي أظهر فصلا كاملا عن التنمية المستدامة[1].

لقد شـــهد مفهوم التنمية تطورا تدريجيا منذ عام 1990م وحتى بداية القرن الحالي في تقارير التنمية البشـرية وايضـا مسـاهمات البنك الدولي، حيث أنه تم تجاوز المفهوم الاقتصـــادي المرتكز على أســـاس الزيادة الكمية في الدخل إلى المفهوم الدولي المجتمعي الشامل، حيث يضع جميع الأفراد في مركز العملية التنموية، وايضـــا يرتبط بثقافة الاســـتدامة، وكذلك ينمي جميع القدرات الإبداعية من أجل تطوير مفهوم تنموي بشـري يشـتمل على كافة المؤســـســـات التي ترتبط بمضـــامين حجم المشـاركة الجماعية في صـنع القرار. ولقد جاءت قمة ريو في عام 1982 التي نتجت عنها " الأجندة رقم 21 « والتي أقرت عدم امكانية الفصـــل بين قضايا البيئة وقضايا التنمية، حيث تضمنت حوالي 40 فصـلا تناولت ما ينبغي الاسترشـاد به في كافة مجالات التنمية الاقتصـــادية والاجتماعية، و التي خصـصـت اسـتراتيجيات وتدابير تحد من تدهور البيئة في إطار تنمية قابلة للاســـتمرار وملائمة بيئيـا. [2] وفي العـام2002م انعقـد مؤتمر الأمم المتحدة حول التنمية المســـتدامة في جوهانســـبرغ بهدف التأكيد على الالتزام الدولي بتحقيق التنمية المســـتدامة وتقويم التقدم المحرز في تنفيذ جدول أعمال القرن الحادي والعشـــرون، و كذلك إقتراح الإجراءات المطلوب اتخـاذهـا و كـافـة الترتيبـات المؤســـســـية والمالية اللازمة لتنفيذها، وتحديات ذلك[3]. وعليه فإن التطور من فكرة بيئة الإنسـان في العـام 1972 إلى فكرة البيئـة والتنميـة عـام 1992 إلى فكرة التنمية المسـتدامة في عام 2002م والذي ينطوي على تقدم ناضـــج في العلاقة بين كلا من البيئة والتنمية[4].

***مشكلة الدراسة:**

تعتبر البيئـة والتلوث والحفـاظ عليهـا من الأمور التي تثير الاهتمام في الوقت الراهن، حيث تعتبر البيئـة منظومـة معقدة تنشـــأ وتتطور حيـاة المجتمع فيهـا وتتجســـد بيئـة الحيـاة العـامـة وفقـا للظروف الطبيعية على سـطح الكوكب الارضـي، حيـث تعيش الكـائنـات عليـه وتتطور متـأثر بهـا وبدورها، ولكن تكمن المشكلة هنا في عدم الإلتزام

[1] حرفوش سهام، صحراوي إيمان، بوباية ذهبية ريمة، الإطار النظري للتنمية المستدامة ومؤشرات قياسها "، التنمية المستدامة والكفاءة لاستخدامية للموارد المتاحة، بحوث وأوراق عمل الملتقى الدولي المنعقد خلال فترة 7-8 ابريل، 2008، الجزء الأول، جامعة فرحات عباس، كلية العلوم الاقتصادية والتسيير، سطيف، ش أ م ق أ م، 2008 ص ص، 99-100.

[2] كمال محمد منصوري، جودي محمد رمزي، " المراجعة البيئية كأحد متطلبات المؤسسة المستدامة وتحقيق التنمية المستدامة "، التنمية المستدامة والكفاءة الاستخدامية، الجزء الأول، جامعة فرحات عباس، كلية العلوم الاقتصادية والتسيير، ش أ م ف أ م، 2008، ص ص. 595-614.

[3] مرجع سابق رقم 3.

[4] . مرجع سابق رقم 5.

بتطبيق القوانين أو التشـــريعات المحلية أو الدولية التي تنظم وتهتم بسلامة وصحة المجتمع والكائنات الحية بالرغم من أن معظم التشـــريعات الحالية تحتوي على العديد من اللوائح والإجراءات القانونية الواضـــحة والتي لاتدع مجالا لأي إختراقات قد تستفيد منها الجهة الأخرى.

***أهداف الدراسة:**

تهدف الدراســـة الى تحقيق جملة من المواضـيع العلمية لتعريف وتحديد مدى خطورة التلوث على الحياة وبالأخص على الإنســان في البيئة المحلية، ومنها الاشارة الى ان قوانين حماية البيئة هي حديثة النشـــأة تســتلزم تطويرها واعطاءها قوة قانونية الزامية بمعنى دعوة المشـرعين الى سـن قوانين صـارمة وملزمة لحماية البيئة من الانتهاكات اثناء الحياة العملية والاجتماعية، وايضا مطالبة الحكومات في تكثيف جهودها لمعالجة آثار التلوث ونتائجه البيئية وانعكاساته على حياة ومسـتقبل الفرد في البيئة العمرانية.

*أهمية الدراسة:

- تكمن أهمية الدراسة في تقييم دور الإدارة المتكاملة لتحسـين الأداء والمزايا التنافسـية للمؤسسات الصناعية.

- تأتي هذه الدراسة استكمالا للجهود العلمية خاصـــة المحلية منها في مجالات البيئة والتنمية بإضـــافتها بعدا يكاد لم يتم تناوله أكاديميا، حيث تعتبر ضـرورية للإدارة المتكاملة في المؤسسات الصناعية.

- تكمن أهمية الدراســة في الاشــارة الى وجود علاقة قوية بين حماية البيئة والموارد الطبيعية والقانون الدولي الانســاني والقانون الدولي العام. حيث تعد حماية البيئة وتحسينها من مستلزمات الدفاع عن الحاضـر الحالي ومستقبل الأجيال القادمة خاصـــة أن آثار التدهور البيئي السـلبية امتدت الى جميع المسـتويات الاجتماعية والاقتصـــادية والتعليمية والصـــحية. . .. . الخ وباتت تتطلب رؤية استراتيجية حكومية وشعبية تأخذ بنظر الاعتبار دمج جميع السـياسـات المحركة لقوى الدولة والمجتمع بهدف رسم خطط ترقى الى مســتوى التحدي الذي يمثله التطور العلمي والتكنولوجي التي يشهده العالم حاليا.

- تعد الدراسة ذات أهمية بالغة، ولاسيما أن الدراسات والبحوث المكتوبة في هذا المجال تعتبر قليلة نوعا ما، كما إن الدراســات القليلة تلك لم تتطرق الى تلك المواضـيع باسـتفاضـة في العلوم البيئية.

*** الاقتصاد الاخضر:**

في البداية يجب ان نوضح ما هو مفهوم كلمة الأخضـر و التي تعني هو كل ما يوجد في البيئة و لكن بشـرط أن يكون صـديق لها ولا يسـبب لها أية تلوثات أو علي الأقل لا يضـيف أو يزيد علي البيئة المزيد من الأعباء التي تضـرها أكثر أو يؤدي الي

تدهورها، حيث أن الجانب الأقتصـــادي في البيئة يأخذ العديد من الأشـــكال، منها المياه الجوفية والمعادن في المحاجر و التربة و الهواء و الغابات و الأشـــجار و البراري، وهذه كلها يطلق عليها القاعدة من أجل تحقيق التنمية الأقتصـــادية و أن الاســتخدام الجائر لكلا من هذه العناصـــر ســوف يؤدي الي تـدمير المنظمـة البيئيـة، ولـذلـك ظهر إصـــطلاح ومفهوم الإقتصـــاد الأخضـــر من اجل الحفاظ علي البيئة و حتي يحمي البيئة العالمية من التدهور.

تعريف (مصطلح) الإقتصاد الأخضر:

-وفقا لبرنـامج الأمم المتحـدة للبيئـة يعرف بأنه " هو ذلك الإقتصـــاد الذي ينتج فيه تحسـن في رفاهية الأنســـان والمســـاواة الإجتماعية، في حين يقلل بصـــورة ملحوظة من المخاطر البيئية و من الندرة الأيكولوجية للموارد، و يمكن أن ننظر الي الإقتصـاد الأخضـر في ابسـط صـوره و هو ذلك الإقتصـــاد الذي يقلل من الإنبعاثات الكربونية ويزداد فيه كفاءة اســـتخدام الموارد و يســـتوعب جميع الفئات العمرية" .

- ويعرف الأقتصاد الأخضر بأنه " واحد من الاســـباب التي تؤدي الي تطور و نمو البشـــرية وســـيصـــبح المجتمع عـادلا في توزيع الموارد، وتحقيقه ســـوف يؤدي بشـــكل ملحوظ الي تقليل الأخطار و الندرة البيئية[1]"

أن الاقتصـــاد الاخضـــر" هو أحد النماذج الجديدة للتنمية الإقتصـــادية الســـريعة النمو والذي يقوم أســـاســـا علي المعرفة الجيدة للبيئة و التي أهم أهـدافهـا هو معـالجـة العلاقـة المتبـادلـة مـا بين الإقتصاديات الإنسانية والنظام البيئي الطبيعي".

– ويعرف أيضا الإقتصاد الإخضر بمفهومه البســـيط بأنه " هو ذلك الإقتصـــاد الذي توجد فيه نســـبة صـــغيرة من الكربون و يتم فيه إســـتخدام الموارد بكفاءة ".

*حـافز الإنتقـال والتحول الي الإقتصـــاد الأخضر:

إن الإنتقال الي التنمية الخضـــراء هو حدثا ليس ســـهلا ولا يمكن الانتقال اليه بســـهولة... بل هي عملية طويلة وشاقة توجهها نظرة سياسية من الأعلي الي الجماهرية، وأيضا توجهها الجماهيري الي القمة، و قد جاء التفكير بالتحول الي الإقتصـاد الأخضـــر وذلك نتيجة الي خيبات الأمل المتكررة في الإقتصـاد العالمي وكثرة الأزمات التي يمر بها ومنهـا (إنهيـار الأســـواق، الأزمـات المـاليـة والإقتصـــادية، إرتفاع أســـعار الغذاء، التقلبات المناخية، التراجع الســـريع في الموارد الطبيعية

[1] بخوش صبيحة، اتحاد المغرب العربي بين دوافع التكامل الإقتصادي والمعوقات السياسية (2007_1989) الطبعة الأولي، دار ومكتبة الحامد للنشر والتوزيع، عمان، ص88.

وســـرعـة التغيير البيئي)، حيـث تتمثـل حوافز الإنتقال للاقتصاد الاخضر في النقاط التالية[1]:

– الإهتمـام بـالتنميـة الريفيـة بهـدف تخفيف الفقر في المنـاطق الريفيـة: حيـث أن الإقتصـــاد الأخضـر يسـاهم في تخفيف الفقر وذلك عن طريق الإدارة الحكيمـة للموارد الطبيعيـة والأنظمـة الأيكولوجية وذلك ســـوف يحقق المنافع من رأس المال الطبيعي ونستطيع ان نوصلها الي الفقراء.

– الإهتمام بالمياه وعدم تلويثها والإجتهاد في ترشيدها: حيث أن تحسين كفاءة المياه واستخدامها يمكن أن يخفض بقدر كبير أســـتهلاكها كما أن تحسن طرق الحصول على المياه سوف يساهم في توفير المياه الجوفية داخل الأبار وأيضـــا الحفاظ على المياه السطحية.

- دعم قطـاع النقـل الجمـاعي: حيـث يؤدي للوصول الي خفض دعم أسعار الطاقة في المنطقة العربية بنســبة حوالي 25%، وســوف يوفر أكثر من 100 بليون دولار خلال ثلاث ســـنوات و هذا المبلغ يمكن تحويله الي تخضـــير الطاقة والإنتقال اليها في مجال النقل و بتخضـــير 50% من قطاع النقل في البلدان العربية نتيجة إرتفاع فاعلية الطاقة و استعمال النقل العام و السيارات الهجينة يوفر ما يقرب من حوالي 23 بليون دولار سنويا، و بإنفاق 100 بليون دولار في تخضـــير 20% من الأبنية القائمة خلال العشـــر ســـنوات القادمة، من المتوقع توفير أكثر من حوالي 4 مليون فرصة عمل.

- التصدي لمشكلة النفايات الصلبة ومحاولة إعـادة تـدويرهـا: حيـث يعتبر (إنتـاج الحمض الفســـفوري والأســـمدة، وإنتاج المعادن المركزة، والأستخدام المركز للأسمدة في الزراعة والمدابغ الصناعية والتقليدية، والصناعة الدوائية والصناعة التحويليـة) أكثر من 50%، وهـذه النفـايـات يتم إلقـائهـا في الميـاه وان الانبعـاثـات الخـارجـة منهـا تؤدي الي تلوث الميـاه ولكن إذا تم التخلص منهـا بصورة جيدة عن طريق دفنها

في مدفن صـــحي أو محاولة تدويرها ســـوف تؤدي الي نظـافـة البيئـة والتقليـل من الانبعـاثـات السامة.

- العمل علي زيادة الإســتثمارات المســتدامة في مجـال الطـاقـة وإجراءات رفع كفـاءة الطـاقـة: حيث النقلة الي الإقتصاد الأخضر سوف تؤدي الي تخفيض ملحوظ في انبعـاثـات غـازات الإحتبـاس الحراري، ففي المخطط الإستثماري الذي يستثمر فيـه نســـبـة 2% من النـاتج المحلي الإجمـالي في قطاعات رئيسية من الإقتصـاد الأخضـر يخصـص أكثر من نصـف مقدار ذلك الإستثمار لزيادة كفاءة إسـتخدام الطاقة وتوسـيع الإنتاج وإسـتخدام موارد الطاقة المتجددة، لتكون النتيجة هي تحقيق خفض

[1] دانيال رايش – سياسات الطاقة المتجددة في دول الخليج: دراسة حالة"مدينة مصدر" الخالية من الكربون في أبو ظبي – منتدى الابحاث والسياسة حول حول تغيير المناخ والبيئة فى العالم العربى – الجامعة الامريكية فى بيروت.

بنسبة قدرها حوالي 36% في كثافة إستخدام الطاقة على الصعيد العالمي.

* تحديات التحول والإنتقال الي الإقتصاد الأخضر:

هناك العديد من التحديات والتي سوف تواجه معظم الدول في مرحلة تحولها الي الطاقة النظيفة (الخضراء)، ولكن يجب أن تكثف من جهودها من أجل التغلب على هذه التحديات والتي منها:

-عدم التخطيط المحكم في مجال السياسات التنموية.

-تحول الوظائف من قطاعات الي أخري حيث أن زيادة الوظائف في قطاعات معينة يقابلها تراجع في عدد من الوظائف في قطاعات اخري خاصة في المرحلة الانتقالية، وهذا يؤدي بدوره الي تفشي مشكلة البطالة بين فئة كبيرة في المجتمع و خاصة فئة الشباب.

-إمكانية نشوء سياسات حماية وحواجز فنية أضافية امام التجارة.

-ان الفقر لايزال يطال قرابة السبعين مليون نسمة في الوطن العربي و منها إفتقار لأكثر من 45 مليون عربي الي الخدمات الصحية الدنيا والي المياه النظيفة والإفتقار في كفاءة إستخدام المياه العذبة ومصادر الطاقة.

-خيار التحول الي الإقتصاد الأخضر خيار مكلف و قد لا ينتج عنه فوز تلقائي ومتساوي علي الصعيدين الإقتصادي والبيئي وقد يكون ذلك علي حساب أهداف إنمائية أخري.

-إرتفاع تكلفة التدهور البيئي في البلدان العربية والتي تبلغ سنويا 95مليار دولار، أي ما يعادل 5% من مجموع الناتج المحلي الإجمالي.[1]

* الأبنية الخضراء:

يتطلب التحول الى الإقتصاد الإخضر التركيز على العمارة الخضراء، والتي تتمثل في استخدام مواد صديقة للبيئة، وتحافظ على المياه في ضوء محدودية الموارد المائية، وتقلل من استهلاك الطاقة الكهربائية رغم زياده الطلب عليها، وذلك لتقليص الانبعاثات التي تغير في المناخ، ويعتبر التحول الاخضر لقطاع البناء قضية اقتصادية واجتماعية مهمة من حيث انشاء وظائف وصناعات جديدة، وسيكون لهذا البناء تأثير بعيد المدى يشجع على التحول اليه لتحقيق استدامة ونمو اقتصادى. [2]

* النقل المستدام: يوفر النقل المستدام الحاجات الاساسية للافراد والمجتمعات بشكل آمن واكيد، وذلك دون احداث ضرر بالصحة او النظام البيئي ومصالح الاجيال القادمة، ويعد هو الاقل

[1] سمير أكرم أحمد، أ.د محمد حنفي حسن , أ.نجوى يوسف جمال الدين – الاقتصاد الاخضر.... المفهوم والمتطلبات في التعليم_ العلوم التربوية العدد الثالث ج 1 _ يوليو 2014 – ص ص 439-441.

[2] محمد محمود إبراهيم الديب، الطاقة فى مصر، مكتبة الانجلو المصرية 1993، ص 823.

تلويثا سواء للهواء او الماء او التربة، والاقل اصدارا للضجيج، ويحد من الانبعاثات الدفيئة، وبالتالى لا يؤثر بالسلب على المناخ او الاحترار، وذلك لان وسائل النقل فيه تكون معتمدة على مصادر الطاقة المتجددة، والسيارات والنقل العام تعمل جزئيا على الكهرباء.

* إدارة المياه : تعد المياه عنصرا جوهريا من عناصر التنمية المستدامة، وان للنظم الايكولوجية دورا رئيسيا في الحفاظ على المياه كما ونوعا، وان ادارة المياه ترتبط بالري وتوفر مياه الشرب والصحة والمرافق الصحية، وتشير التقديرات الى ان نحو نصف الى ثلثي المياه تهدر في الري السطحي، حيث تكمن بعض الحلول في تغيير الهيكل المؤسسي لإدارة المياه، وهناك ما يدعو الى استثمار رأس المال العام والخاص بصورة مباشرة في شبكات امداد المياه، والقيام بمثل هذه الجهود لن يؤدى الى تقليل الهادر من المياه، بل ايضا سيوفر فرص العمل المنخفضة لمتوسطي المهارات، وسيعمل الاقتصاد الاخضر على جمع مياه الامطار واعاده استخدامها، وتحليه مياه البحار، وتوليد طاقة من المياه، وايضا اعاده استخدام المياه المستخدمة وذلك رغبة في الحفاظ على المخزون المائي.

* إدارة المخلفات : وهى عباره عن إعادة تدوير المخلفات لانتاج منتجات اخرى اقل جودة من المنتج الاصلي ومنها على سبيل المثال تدوير الورق، والبلاستيك، المخلفات المعدنية، الزجاج، وكذلك اعادة تدوير المخلفات الحيوية عن طريق المعالجة بالتخمر الهوائي والتخمر اللاهوائي وعملية التخمر بالديدان، ومعالجة النفايات السامة، حيث ان الادارة الخضراء للمخلفات تعمل على انشاء وظائف وتوفير فرص استثمارية فريدة في اعادة التدوير وانتاج السماد العضوي وتوليد الطاقة، حيث يتم الاستفادة من المخلفات الزراعية التي هي منتجات ثانوية داخل منظومة الانتاج الزراعي عبر تحويلها الى اسمدة عضوية او اعلاف او غذاء للحيوان او طاقة نظيفة او تصنيعها فيما يضمن تحقيق زراعة نظيفة وحماية البيئة من التلوث وتحسين الوضع الاقتصادي والبيئي ورفع المستوى الصحي والاجتماعي والريفي.[1]

* الزراعة المستدامة: [2] ينبغي الاهتمام بمفهوم الاقتصاد الاخضر لتخضير القطاع الزراعي، وايضا دعم سبل المعيشة في الريف، ودمج سياسات الحد من الفقر في استراتيجيات التنمية، وتكيف تكنولوجيا الزراعة الجديدة للتخفيف من الاثار الناجمة عن تغير المناخ،

[1] مراد ناصر، التنمية المستدامة وتحديتها في الجزائر، كليه العلوم الاقتصادية وعلوم التيسير، مجله التواصل، ال عدد26 جوان 2010, ص ص135-136.

[2] مسعد سلامة مسعد مندور -الإشعاع الشمسي في مصر – دراسة في جغرافيا المناخية- كلية الأداب جامعة المنصورة- 2002.

وتعزيز شراكات التنمية، لمواجهة التحديات البيئية المعاصرة كالتصحر، وازالة الغابات، والزحف العمراني غير المستدام، وتاكل التربة، وفقدان التنوع البيولوجي، ويتطلب ذلك تكوين فهم مشترك للنمو الاخضر وتطوير نموذج نظري بشان ذلك، فضلا عن تطوير مجموعة من المؤشرات التي تغطى الجوانب الاقتصادية و البيئية والرفاهية الاجتماعية، فتخضير قطاع الزراعة يهدف في الاساس الى :

– استعادة وتعزيز خصوبة التربة عن طريق زيادة استخدام مدخلات طبيعية ومستدامة من المغذيات المنتجة، وتناوب المحاصيل المتنوعة، فضلا عن تكامل الثروة الحيوانية والمحاصيل.

– الحد من تلف وخسارة المواد الغذائية عبر التوسع في استخدام عمليات وتجهيزات تخزين ما بعد الحصاد

– الحد من كافة المبيدات الكيميائية وايضا مبيدات الاعشاب، من خلال تنفيذ الممارسات البيولوجية المتكاملة لإدارة الاعشاب الضارة والأفات، والزراعة العضوية، واعادة التشجير لتنقية الهواء.

– التقليل من ظاهرة الاحتباس الحراري باستخدام نظام الزراعة بدون حرث نتيجة لعدم الحاجة الكبيرة الى تشغيل الالات الزراعية وبذلك نستطيع ان نقلل من غاز ثاني اكسيد الكربون في الجو، والحد من استخدام الوقود، فضلا عن ترك نسبة كبيرة من الكربون العضوي بدون تحلل.

* البيئة المواتية لنمو الاقتصاد الاخضر وادوار الجهات المعنية:

لكى تخوض الدول تجربة تخضير اقتصادها والتحول من الاقتصاد البني الي الاقتصاد الاخضر، فإنها تحتاج بحكوماتها الى اعداد وتهيئة بيئة تشريعية وقانونية قوية، حيث ان هذه التجربة وهذا التحول يحتاج الى مراقبة وتشريع قوانين في هذا الصدد، كما انه يحتاج لإعادة هيكله لنواحي كثيرة في المجتمع.

- تظهر تلك الخصائص للبيئات المواتية/المناسبة لنمو الاقتصاد الاخضر كالتالي:[1]

- ادماج كلفة التلوث واستخدام الموارد الطبيعية ضمن الكلفة الاجمالية للسلع والخدمات.
- مراجعة وتحديث القوانين البيئية وتوضيح آليات التنفيذ.
- وضع استراتيجيات وطنية للتنمية الخضراء (أي تحديد القطاعات ذات الاولوية القابلة للتحول للاقتصاد الاخضر).

[1] موللى سكوت كاتو ترجمة علا احمد إصلاح مقدمة في النظرية والسياسة والتطبيق ـــــ مجموعة النيل العربية – ص78.

مجلة IAFA ISSN 1737-7161 للعلوم الإنسانية والاقتصادية والقانونية
رئيس التحرير المشارك حنان علي نعمه

- ادماج الاعتبارات البيئية ضمن اطر الخطط الوطنية واستراتيجيات التنمية.

- بناء الوعي لدى المستهلك وتعزيز ثقافة انماط الانتاج والاستهلاك المستدامة.

- اعتماد سلسة من السياسات الداعمة مثل (المشتريات العامة، ضرائب مباشرة، حوافز للانشطة البيئية، نقل التكنولوجيا، بحث وتطوير، برامج شهادات الجودة. .. . الخ.

* ادوات الجهات المعنية بالاقتصاد الاخضر: [1]

- الحكومة: تقوم بسن القوانين، السياسات التي تنتهجها، تشجيع الريادة والابتكار البيئي.

- القطاع الخاص: له دور خاص لرواد الاعمال مثل (الشباب والمؤسسات الصغيرة، والمتوسطة) وأيضا تصميم سلع مبدعة، اعتماد انظمة ادارة البيئة، استثمارات بيئية جديدة.

- المؤسسات المالية: الاستثمارات البيئية.

- المنظمات الدولية: تقديم المعونة الفنية، دعم نقل التكنولوجيا، تشجيع التعاون الاقليمي، الحث على تحقيق التنمية المستدامة.

- منظمات المجتمع المدني: المشورة القانونية، بناء القدرات المحلية في اعداد المشاريع الخضراء المدرة للدخل.

- المستهلكين: يعتبروا اقوى حليف لنمو الاقتصاد الاخضر وذلك من خلال اعتناقهم ثقافة الانتاج والاستهلاك المستدام.

*كيفية قياس تقدم الاقتصاد الأخضر:[2]

لكي نقوم بتوضيح الاقتصاد الاخضر فلابد لنا من معرفة مؤشراته المناسبة واستخدامها علي مستوي الاقتصاد الكلي، فهناك مؤشر الناتج المحلي الاجمالي ولكنه ينظر للأداء الاقتصادي من خلال منظور ضيق لان المؤشر لا يعكس ما يستنزفه عمليات الانتاج والاستهلاك من موارد راس المال الطبيعي، ويعتمد الاقتصاد علي النقص من راس المال الطبيعي اما بنفاذ الموارد الطبيعية او جعل النظام البيئي غير قادر علي تقديم المنافع الاقتصادية، وفي الوضع المثالي يتم حساب التغيرات الحادثة في راس المال الطبيعي بقيمة مالية وتدخل ضمن الحسابات القومية كما يتم في الامم المتحدة، وكذلك في طرق حساب صافي المدخرات القومية المعدلة بواسطة البنك الدولي. ان نظم المحاسبة الخضراء هي اطر من المتوقع ان يتبناها عدد محدود من الدول ثم تمهد الطريق لقياس الاقتصاد الاخضر علي مستوي الاقتصاد الكلي، حيث لم يقتصر قياس النتائج على الناتج المحلي الاجمالي بل شمل قياس التأثيرات على

[1] نجري يوسف جمال الدين، سمير أكرم احمد، محمد حنفي حسن، الاقتصاد الأخضر المفهوم والمتطلبات في التعليم، معهد الدراسات والبحوث التربوية، جامعة القاهرة.

[2] وكاع فرمان -الطاقة الشمسية دعوة لاستغلالها قبل فوات الاوان– جامعة فيلادلفيا- الاردن – ص57.

العمل والانبعاثات ومقدار الموارد، وقدر الطلب السنوي على التمويل لتخضير الاقتصاد العالمي في حدود 1. 05-2. 59 تريليون دولار امريكي وهو اقل من عشر الاستثمار العالمي. ان الاستثمار في الاقتصاد الاخضر سوف يحسن بمرور الزمن الاداء الاقتصادي على المدي البعيد ويمكنه ايضا ان يزيد من اجمالي الثروة العالمية، وبالتالي يعيد بناء وتحقيق الرفاهية في المستقبل.

*فوائد واهمية الاقتصاد الاخضر[1]:

أن للاقتصاد الاخضر اهمية كبيرة وواضحة في الحفاظ علي البيئة، حيث انه يعمل علي تحقيق التنمية المستدامة التي تودي الي تمكين العدالة الاجتماعية مع العناية في الوقت ذاته بالرخاء الاقتصادي، وذلك من خلال تبني مشروعات تعني بالاستدامة مثل الانتاج النظيف والطاقة المتجددة والاستهلاك الرشيد والزراعة العضوية وتدوير المخلفات مع التقليل من انبعاثات الغازات الضارة (الكربون) واستبدال الوقود الاحفوري، ايضا ارتفاع معدلات العمالة ومعدلات النمو الاقتصادي وزياده الدخل للأسر الفقيرة والعمل علي تقليل الفجوة بين الاغنياء والفقراء. لذلك يمكننا ان نوجه دراستنا نحو اهمية الاقتصاد الاخضر الذي توضح من خلال خمس مكونات رئيسه وهي:

1- الاقتصاد الاخضر محوري لإزالة الفقر[2]:

يعد الفقر المستدام اكثر صور انعدام للعدالة الاجتماعية وضوحا لما له من علاقة بعدم تساوي فرص التعليم والرعاية الصحية وتوفير القروض وفرص الدخل وتامين حقوق الملكية، لذلك يساهم الاقتصاد الاخضر في التخفيف من حدة الفقر من خلال الادارة الحكيمة للموارد الطبيعية والانظمة الايكولوجية وذلك لتدفق المنافع من راس المال الطبيعي وايصالها مباشرة الي الفقراء، بالإضافة الي توفير وزيادة وظائف جديدة وخاصة في قطاعات الزراعة والنباتات والطاقة والنقل والصحة، حيث يعتبر ذلك ضروريا وخاصة في الدول منخفضة الدخل، ويمكن ذلك من خلال النقاط التالية :

- تخضير الزراعة في الدول النامية والتركيز على صغار الملاك، حيث يمكن ان يقلل الفقر مع الاستثمار في راس المال الطبيعي الذي يعتمد عليه الفقراء.

- ان زيادة الاستثمار في الاصول الطبيعية التي يستخدمها الفقراء لكسب معيشتهم تجعل

[1] يحيى حمود حسن،" الطاقة المتجددة ودورها في تحقيق التنمية المستدامة في دولة الإمارات العربية المتحدة"، قسم الدراسات الاقتصادية، مركز دراسات الخليج العربي، جامعة البصرة، العراق.

[2] خالد عبد الحميد محمد عمر، اقتصاديات الطاقة الشمسية في مصر "دراسة مقارنة ودراسة قياسية، رسالة دكتوراه، كلية التجارة جامعة عين شمس، مايو 2012، ص 23-36.

التحرك نحو الاقتصاد الاخضر يحسن المعيشة في الكثير من المناطق منخفضة الدخل.

- وايضا الاستثمار في توفير المياه النظيفة وخدمات الصرف الصحي للفقراء يمثل في العديد من البلدان النامية واحدة من أكبر الفرص للإسراع في الاقتصاد الأخضر.

- يمكن للطاقة المتجددة ان تلعب دورا فعال للتكلفة ضمن اسراتيجيات لأنهاء فقر الطاقة.

- واخيرا يمكن لتنمية السياحة إذا أحسن تصميمها ان تدعم الاقتصاد المحلي وتقلل من الفقر.

2- الاقتصاد الأخضر يخلق فرص العمل ويدعم المساواة الاجتماعية :[1]

في الوقت الذي اتجه الاقتصاد العالمي الي ازمة الكساد عام 2008 متأثرا بأزمة البنوك والقروض تصاعد القلق من فقدان الوظائف وكان لابد ان نتوجه الي فرص التوظف التي يوفرها لنا تخضير الاقتصاد وذلك من خلال التالي:

- التحول الى الاقتصاد الاخضر يعنى ايضا تحولا في التوظيف الذى يخلق عددا مماثلا على الاقل من الوظائف التي يخلقها نهج العمل المعتاد، ولكن المكاسب الإجمالية في التوظف طبقا لسيناريو الاستثمار الأخضر يمكن ان تكون اعلي وستشهد قطاعات الزراعة والمباني والجراحة والنقل وفي سيناريوهات الاستثمار الأخضر نموا في الوظائف علي المدي القصير والمتوسط والبعيد يفوق نظيره في سيناريوهات نهج العمل المعتاد.[2]

- تخصيص 1% على الاقل من الناتج المحلي الاجمالي العالمي لرفع كفاءه الطاقة وتوسع في استخدام الطاقة المتجددة سيخلق وظائف اضافية مع توفير طاقة تنافسية، وبنمو الوظائف في مجالي ادارة المخلفات وتدويرها لتتمكن من التعامل مع المخلفات الناتجة عن نمو الدخل والسكان على الرغم من وجود تحديات معتبرة في هذا القطاع فيما يتعلق بالوظائف الكريمة.

- سيشهد التوظيف المرتبط بتخضير قطاعات المياه ومصايد الاسماك تعديلا مع الوقت تحتمه الحاجة للمحافظة على الموارد.

3- الاقتصاد الأخضر يستبدل الوقود الأحفوري بالطاقة المستدامة والتقنيات منخفضة الكربون:

ان زيادة المعروض من الطاقة عن طريق المصادر المتجددة تقلل من مخاطر اسعار الوقود الأحفوري المرتفعة وغير المستقرة بالإضافة الي تقديم فوائد تشير الى ان الطاقة المتجددة تمثل فرصا اقتصادية رئيسية، كما يتطلب تخضير

[1] د. خبابه عبد الله – تطوير الطاقات المتجددة بين الأهداف الطموحة وتحديات التنفيذ –دراسة حالة برنامج التحول الطاقوي لألمانيا – جامعة المسيلة.

[2] احمد بشارة، التنمية المستدامة. ابعادها.. مؤشراتها، مصر,29 اكتوبر 2015.

قطاع الطاقة استبدال الاستثمارات في مصادر الطاقة المعتمدة بشدة علي الكربون باستثمارات الطاقة النظيفة وتحسين الكفاءة وبهذه السياسة الحكومية دور كبير تلعبه في تحسين حوافز الاستثمار في الطاقة المتجددة، وذلك من الحوافز المرتبطة بزمن ومن اهمها التعريفة التفصيلية، فإمدادات الطاقة المتجددة والدعم المباشر والاستقطاعات الضريبية يمكن ان تجعل نموذج المخاطر للاستثمار في الطاقة المتجددة اكثر جاذبية.

4-الاقتصاد الاخضر يشجع تحسين كفاءه الموارد والطاقة:[1]

يمكن للاقتصاد الأخضر أن يشجع من كفاءه الموارد وذلك بداية من انه سوف يواجه التصنيع العديد من التحديات والفرص السانحة لتحسين كفاءه الموارد وهناك العديد من الادلة علي ان الاقتصاد العالمي لا يزال لديه فرصة غير مستغلة لإنتاج الثروة باستخدام قدر اقل من موارد الطاقة والمواد، ويمكن تحقيق كفاءه الموارد من خلال فك الارتباط بين النفايات وبين النمو الاقتصادي، وارتفاع مستوي المعيشة امر محوري لتحقيق كفاءه الموارد، واخيرا يمكن ان تساهم في تقليل المخلفات وزيادة كفاءه انظمة القطاع والزراعة في تامين الامن الغذائي العالمي الان وفي المستقبل.

5- الاقتصاد الاخضر يعطي معيشة حضرية أكثر استدامة وتنقلا مع خفض الكربون:[2]

تمثل المناطق الحضرية حوالي 50%من تعداد العالم، ولكنها تمثل حوالي 60-80% من استهلاك الطاقة و75%من انبعاث الكربون، وبضغط الميل لزيادة المناطق الحضرية على موارد المياه العذبة وانظمة الصرف الصحي والصحة العامة الذى عادة ما ينتج عنه ضعف في البنية التحتية وانخفاض في الاداء البيئي وتكاليف باهظة للصحة العامة، وعلي هذه الخلفية توجد بعض الفرص الفريدة لتزيد المدن من كفاءه الطاقة والانتاجية وتقليل من الانبعاث في المباني، وكذلك المخلفات لترويج الوصول الي الخدمات الاساسية عن طريق اساليب نقل مبتكره ومنخفضة الكربون مما يوفر ويحسن من الانتاجية والشمول الاجتماعي في نفس الوقت، ويمكننا ان نشجع المدن الخضراء لتزيد من الكفاءة والانتاجية أيضا، وفي العقود القادمة ستشهد المدن توسعات سريعة واستثمار متزايدا وبخاصة في الاقتصاديات الناشئة، حيث يعد تأثير المباني جزء من جهود بناء المدن الخضراء عاملا مهما في انبعاث

[1] أحمد خضر، الإقتصاد الأخضر مسارات بديلة الي التنمية المستدامة – ملف مجلة العلوم والتكنولوجيا ،مرسل من دكتور رأفت ميسال معهد الكويت للأبحاث،ص4.

[2] أشرف ابراهيم، كيف استطاعة سنغافورة ان تتحول من قزم مقفر الي مارد اقتصادي عملاق، جريدة ساسة, 15 يونيو 2016.

الاحتباس الحراري، لذلك يمكن لبناء مساكن خضراء جديدة وتطوير المباني الحالية عالية الاستهلاك للطاقة والموارد ان يحقق وفرا ملموسا، اما لقطاع النقل تعتبر الاشكال الحالية المبنية علي العربات الخاصة ذات المحركات مسببا رئيسيا لتغير المناخ والتلوث والمخاطر الصحية. واخيرا ان تحسين كفاءه الطاقة في قطاع النقل والانتقال الي الوقود النظيف، وبالتالي الانتقال من النقل الخاص الي العام غير المعتمد على المحركات يمكن ان ينتج عنها مكاسب صحية واقتصادية عالية، واخيرا نذكر ان هناك ميزة اخري للاقتصاد الأخضر ألا وهي أنه ينمو أسرع من الاقتصاد البني بمرور الزمن ويحافظ على الموارد الطبيعية ويستعيدها.

*متطلبات التحول الى الاقتصاد الاخضر:

لكي تتحول الدولة من اقتصاد متخلف او راكد الي اقتصاد اخضر مزدهر قليل الانبعاثات يشمل كيان الدولة ككل ويجعلها متقدمة ويحافظ على البيئة ويتم الاستفادة من الفوائد التي تتحقق من تخضير الاقتصاد فعليها بعدة اشياء اهمها:

- ان تقوم الدولة بتنمية الريف عن طريق الاهتمام بالزراعة والمحافظة علي الغابات واستخدامها كموارد هامة في الدولة وتحسين مستوي المعيشة لدي سكان الريف.[1]
- الاهتمام بالموارد المائية ومعالجة المياه الغير نظيفة وترشيد الاستهلاك والعمل على الحفاظ على الموارد المائية ومنعها من التلوث.
- مراجعة السياسات الحكومية وجعلها سياسات خاضعة لنظام الاقتصاد الاخضر فاذا كانت سياسة ديكتاتورية يجب تغيرها الي سياسة ديمقراطية، والعمل في سياسة السوق لتشجيع الانتاج.
- على الاقتصاد الاخضر ان يعترف بالسياسة الوطنية على الموارد الطبيعية وان يركز على كفاءتها بأن يجعل الانتاج دائم ومستدام.
- عدم فرض قيود على التجارة الدولية، وعلى الاقتصاد الاخضر معالجة التشوهات التجارية كالضرائب المفروضة على الصادرات والواردات.
- ان تقوم الدولة بالتصدي لمشكلة النفايات والعمل على معالجتها، واعادة تصنيعها مرة اخري، وجعلها مورد بديل من كونها تسبب تلوث للبيئة.
- وضع خطة للعمل على تطوير الكربون واستخدام تكنولوجيا ذات كفاءة مرتفعة.
- دعم قطاع النقل الجماعي.

[1] الاقتصاد الاخضر في سياق التنمية المستدامة والقضاء على الفقر: المبادئ والفروض والتحديات في المنطقة العربية. استعراض الانتاجية وانشطة التنمية المستدامة في منطقة الاسكوا - العدد الاول ص ص 79 - 80.

- تحسين التعليم وتشجيع الابتكار.
- مشاركة القطاع الخاص للقطاع العام.

* مفاهيم التنمية المستدامة ومبادئها:

- مفهوم التنمية المستدامة وخصائصها:

يمكن تعريف التنمية المستدامة من خلال المنظور العربي[1] علي انها :

" النهوض بالمستوي المعيشي للمجتمع العربي بأسلوب حضاري يضمن طيب العيش للناس ويشمل: التنمية المطردة للثروة البشرية والشراكة العربية علي اسس المعرفة والارث العربي الثقافي والحضاري والترقية المتواصلة للأوضاع الاقتصادية علي اسس المعرفة والابتكار والتطوير واستغلال القدرات المحلية والاستثمار العربي والقصد في استخدام الثروات الطبيعية مع ترشيد الاستهلاك وحفظ التوازن بين التعمير والبيئة وبين الكم والكيف".

و وفقاً لأحد التعريفات فإنَّ التنمية المستدامة (Development Sustainable) تعرف بأنها" التنمية التي تُلبي احتياجات البشر في الوقت الحالي دون المساس بقدرة الأجيال القادمة على تحقيق أهدافها، وتركز على النمو الاقتصادي المتكامل المستدام والإشراف البيئي والمسؤولية الاجتماعية".

قد عرف تقرير برونتلاند الذي أصدرته اللجنة الدولية للبيئة والتنمية في عام 1987 بعنوان "مستقبلنا المشترك" التنمية المستدامة بأنها "التنمية التي تلبي احتياجات الحاضر دون أن يعرض للخطر قدرة الأجيال التالية على إشباع احتياجاتها".

تعرف منظمة الأغذية والزراعة (الفاو) التنمية المستدامة (الذي تم تبنيه في عام ١٩٨٩) كما يلي:

- التنمية المستدامة هي" إدارة وحماية قاعدة الموارد الطبيعية وتوجيه التغير التقني والمؤسسي بطريقة تضمن تحقيق واستمرار إرضاء الحاجات البشرية للأجيال الحالية والمستقبلية. إن تلك التنمية المستدامة (في الزراعة والغابات والمصادر السمكية) تحمي الأرض والمياه والمصادر الوراثية النباتية والحيوانية ولا تضر بالبيئة وتتسم بأنها ملائمة من الناحية الفنية ومناسبة من الناحية الاقتصادية ومقبولة من الناحية الاجتماعية".

- خصائص التنمية المستدامة: طرح مصطلح التنمية المستدامة عام 1974 م في أعقاب مؤتمر ستوكهولم، الذي عقبته قمة ريو للمرة الأولى حول البيئة والتنمية المستدامة الذي أعلن

[1] عايدة راضي خنفر، الإقتصاد البيئي "الأقتصاد الأخضر ، " مجلة اسيوط للدراسات البيئية- العدد التاسع والثلاثون (يناير 2014) , ص 55 - 58.

عام 1992 عن خصائص التنمية المستدامة التي تتلخص فيما يلي:

- هي تنمية يعتبر البعد الزمني هو الأساس فيها، فهي تنمية طويلة المدى بالضرورة، تعتمد على تقدير إمكانات الحاضر، ويتم التخطيط لها لأطول فترة زمنية مستقبلية يمكن خلالها التنبؤ بالمتغيرات.
- هي تنمية تضع تلبية احتياجات الأفراد في المقام الأول، فأولوياتها هي تلبية الحاجات الأساسية والضرورية من الغذاء والملبس والتعليم والخدمات الصحية، وكل ما يتصل بتحسين نوعية حياة البشر المادية والاجتماعية.
- وهي تنمية تراعي الحفاظ على المحيط الحيوي في البيئة الطبيعية سواء عناصره ومركباته الأساسية كالهواء، والماء مثلا، أو العمليات الحيوية في المحيط الحيوي كالغازات مثلا، لذلك فهي تنمية تشترط عدم استنزاف قاعدة الموارد الطبيعية في المحيط الحيوي، كما تشترط أيضا الحفاظ على العمليات الدورية الصغرى، والكبرى في المحيط الحيوي، والتي يتم عن طريقها انتقال الموارد والعناصر وتنقيتها بما يضمن استمرار الحياة.
- هي تنمية متكاملة تقوم على التنسيق بين سلبيات استخدام الموارد، واتجاهات الاستثمارات والاختيار التكنولوجي، ويجعلها تعمل جميعها بانسجام داخل المنظومة البيئية بما يحافظ عليها ويحقق التنمية المتواصلة المنشودة.
- هي تنمية ترعى تلبية الاحتياجات القادمة في الموارد الطبيعية للمجال الحيوي لكوكب الأرض.

*ابعاد التنمية المستدامة:[1]

تعتبر التنمية المستدامة ذات ابعاد مختلفة، فهي لا ترتكز على الجانب البيئي ولكن تشمل ايضا جوانب اقتصادية واجتماعية وهذه الابعاد متداخلة ومتشابكة بعضها البعض لا يجوز التعامل معها بمعزل عن بعضها البعض فهي تعمل في إطار تفاعلي يتم بالضبط والتنظيم والترشيد لأنها تكرس مبادي واساليب التنمية المستدامة، حيث تتمثل ابعادها الثلاثة الاساسية كالتالي:

- البعد الاقتصادى: وهو يعني الاستدامة بتحقيق الاستمرارية وذلك بتوليد دخل مرتفع يمكن من اعادة استثمار جزء منه حتى يسمح بأجراء الاحلال والتجديد والصيانة للموارد، وكذلك بإنتاج السلع والخدمات بشكل مستمر ويحافظ على مستوي معين من التوازن يشمل العناصر التالية

[1] عبد الله حسون محمد واخرون، التنمية المستدامة المفهوم والعناصر والابعاد، اطروحه دكتوراه، مجله ديالي2015,العدد السابع والستون.

وهي: النمو الاقتصـــادي المســـتديم، وكفـء راس المال، والعدالة الاقتصـــادية، وتوفير واشـــباع الحاجات الاساسية.

- البعد الاجتماعي: يركز البعد الاجتماعي للتنمية المسـتدامة على ان الانسـان يشـكل جوهر التنمية و هدفها النهائي من خلال الاهتمام بالعدالة الاجتمـاعيـة ومكـافحـة الفقر وتوفير الخـدمـات الاجتماعية الي جميع المحتاجين لها بالإضـافة الي ضـمان الديموقراطية من خلال مشـاركة الشـعوب في اتخاذ القرار بشكل شفافية واستدامة المؤسسات والتنوع الثقافي.[1]

- البعـد البيئي: وذلـك من خلال مراعـاة الحدود البيئية بحيث لكل نظام بيئة وحدود معينة لا يمكن تجاوزها من الاستهلاك والاستنزاف، اما في حـالـة تجـاوز تلـك الحـدود فـانـه يودي الي تـدهور النظام البيئي وعلي هذا الاســـاس يجب وضـــع الحدود امام الاســتهلاك والنمو الســكاني والتلوث وانماط الانتاج الســيئة واســتنزاف المياه وقطع الاشـــجار وانجراف التربة، وهو يركز علي قاعدة ثبـات الموارد الطبيعيـة وتجنـب الاســـتغلال غير العقلاني للموارد غير المتجـددة والمحـافظـة علي التنوع البيولوجي والاسـتخدام التكنولوجيا النظيفة، والقادرة علي التكيف وتحقيق التوازن البيئي ينبغي المحافظة على البيئة بما يضـــمن طبيعة ســـليمة وضـمان انتاج الموارد المتجددة مع عدم اسـتنزاف الموارد غير المتجـددة، التوازن البيئي محور ضـابط للموارد الطبيعية يهدف الي رفع المسـتوي المعيشـي من جميع الجوانب وتنظيم الموارد البيئية بحيث تشـكل عنصـرا اسـاسـيا ضـمن اي نشـاط تنموي بحيث تؤثر على توجهات التنمية واختيار أنشطتها ومواقع مشاريعها بما يهدف إلي المحافظة علي سلامه البيئية.

* الـترابـط بـين الابعـاد الأســـاســـيـة للتنمية المستدامة:[2]

يتمثل ترابط ابعاد التنمية المســتدامة الثلاثة فيما بينها وفق أحد الباحثين المتخصين فيما يلي

- اقتصـــاديا: النظام المســتدام اقتصـــاديا هو ذلك النظام الذي يتمكن من انتاج الســلع والخدمات بشكل مستمر وان يحافظ على مستوي معين قابل للادارة من التوازن الاقتصـادي ما بين الناتج العام والدين العام، وان يمنع حدوث اختلالات اجتماعية ناتجة عن السياسات الاقتصادية.

- بيئيا: النظام المسـتدام بيئيا يجب ان يحافظ على قـاعـدة ثـابتـة من الموارد الطبيعيـة، وتجنـب الاستنزاف الزائد للموارد المتجددة وغير المتجددة، ويتضـــمن ذلـك حمـايـة التنوع الحيوي والاتزان

[1] عثمان محمد غنيم، ماجدة ابوزنط، التنمية المستدامة فلسفتها وأساليب تخطيطها، ومعوقات التنمية وأدوات قياسها، دار الصفا 2010, ص ص30-31.

[2] غيورك ميك، الأبطال الخضر، مجلة ألمانيا، ال عدد3، دار نشر سوسيتيس، فرانكفورت،2007، ص ص40-41.

الجوي وانتاجية التربة والانظمة البيئية الطبيعية الأخرى التي لا تصنف عادة كموارد اقتصادية.

- اجتماعيا: وفيه يكون النظام مستدامة اجتماعيا في تحقيق العدالة في التوزيع، وايصال الخدمات الاجتماعية كالصحة والتعليم الي محتاجيها والمساواة في النوع الاجتماعي والمحاسبة السياسية والمشاركة الشعبية.

*الابعاد الثانوية للتنمية المستدامة : بالإضافة الي الأبعاد الثلاثة السابقة هناك من يضيف ابعادا ثانوية تتمثل في ثلاث ابعاد ايضا وهما البعد التكنولوجي او (البعد الاداري والتقني)، حيث يعتبر هذا البعد هو الذي يهتم بالتحول الي تكنولوجيات انظف واكفا تنقل المجتمع الي عصر يستخدم اقل قدر من الطاقة والموارد وان يكون الهدف من هذه النظم تكنولوجيا هو: [1]

- انتاج حد ادني من الغازات والملوثات واستخدام معايير معينة تؤدي الي الحد من تدفق النفايات وتعيد النفايات داخليا. فالبعد التكنولوجي هو عنصر مهم في تحقيق التنمية المستدامة، ذلك انه من اجل تحقيق التنمية المستدامة، فانه لابد من التجول من تكنولوجيا تكثيف الموارد الي تكثيف تكنولوجيا المعلومات وهذا يعني التحول من الاعتماد علي راس المال الانتاجي الي الاعتماد علي راس المال البشري وراس المال الاجتماعي، وبالتالي فان التنمية المستدامة يمكن ان تحدث فقط اذا تم الانتاج بطرق ووسائل تعمل على صيانة وزيادة مخزون راس المال بأنواعه الخمسة المذكوره، وعليه فان العمليات الاقتصادية الاساسية الثلاث الممثلة في الانتاج والتوزيع والاستهلاك لابد ان يضاف إليها عملية رابعة وهي صيانة الموارد.

- ويضاف خامسا بعدا آخر يسمي بالبعد الثقافي وقد جاءت حتمية ادماج هذا البعد منذ عام 2005م بعد المصادقة على الاتفاقية الدولية حول التنوع الثقافي.

- واخيرا يضاف إليهم بعدا سادسا ويسمي بالبعد السياسي، وهو يرمز الي ان تطبيق الحكم الديمقراطي

والذي يسمح بالمساواة في توزيع الموارد بين ابناء الجيل والأجيال المقبلة وكذلك الاستخدام العقلاني للموارد الطبيعية.

* اهداف التنمية المستدامة ومعوقاتها: تسعي التنمية المستدامة من خلال آلياتها وأجهزتها الي تحقيق عدة أهداف منها:[2]

[1] فروحات حده، الطاقات المتجددة كمدخل لتحقيق التنمية المستدامة في الجزائر :دراسة لواقع مشروع تطبيق الطاقة الشمسية في الجنوب الكبير في الجزائر، مجلة البحث، العدد 11, 2012.

[2] مانع جمال عبد الناصر، اتحاد المغرب العربي: دراسة قانونية سياسية، دار العلوم للنشر والتوزيع، عنابة،2004، ص22.

مجلة IAFA للعلوم الإنسانية والاقتصادية والقانونية
ISSN 1737-7161 :الترقيم الدولي
4197/2018 :الإيداع القانوني
رئيس التحرير

- تحسين القدرة الوطنية على إدارة الموارد الطبيعية ادارة واعية رشيدة لتحقيق حياة أفضل لكافة فئات المجتمع.

- إحترام البيئة الطبيعية من خلال تنظيم العلاقة بين الأنشطة البشرية وعناصر البيئة وعدم الأضرار بها، أضافة الي تعزيز الوعي البيئي للسكان وتنمية أحساس الفرد بمسئوليته تجاه المشكلة البيئية.

- ضمان إدراج التخطيط البيئي في كافة مراحل التخطيط الإنمائي من أجل تحقيق الاستغلال الرشيد الواعي للموارد الطبيعية للحيلولة دون إستنزافها أو تدميرها.

- ربط التكنولوجيا الحديثة بما يخدم أهداف المجتمع، وجمع ما يكفي من البيانات الأساسية ذات الطابع البيئي للسماح بإجراء تخطيط إنمائي سليم.

- إعلام الجمهور بما يواجهه من تحديات في شتي المجالات لضمان المشاركة الشعبية الفعالة.

- التركيز بوجه خاص على الأنظمة المعرضة للأخطار، سواء كانت أراضي زراعية معرضة للتهجير، او مصادر مياه معرضة للتلوث، او نموا عمرانيا عشوائيا.[1]

- تحقيق حياة أفضل للسكان وذلك من خلال عمليات التخطيط وتنفيذ السياسات التنموية وعن طريق التركيز على مجالات وجوانب النمو وكيفية تحقيق نمو جيد للمجتمع سواء الأقتصادي او الأجتماعي أو النفسي أو الروحي بشرط أن يكون بشكل مقبول ديمقراطيا.

- توفير قوت المعيشة: وتعني القدرة على تلبية الحاجات الضرورية منها المأكل والمشرب والمسكن والصحة والأمن وهي في مجملها المتطلبات الأساسية حتى يستطيع أن يعيش الفرد وتستمر حياته.

- تقدير الذات: ويعني أن يكون الأنسان مكرما ويشعر بتقدير نفسه.

- التحرر من العبودية: ويعني ذلك أن يتحرر الشخص من الفقر ومن الجوع ومن العادات والمعتقدات الخرافية، وتقليل المعوقات الخارجية لمواصلة تحقيق الأهداف الأجتماعية.[2]

وهناك أيضا بعض المعوقات التي تتحدي التنمية المستدامة وتتحدي قيامها وهي تتمثل في الوطن العربي كالتالي:

- الفقر وتراكم الديون التي تستنزف أكثر من نصف الدخل القومي لمعظم الدول العربية.

[1] محمد رأفت إسماعيل رمضان، الطاقة المتجددة، دار الشروق، مصر,1988 ,ص20.

[2] محمد ساحل، محمد طالبي،" بحث بعنوان اهمية الطاقة المتجددة في حماية البيئة لاجل التنمية المستدامة", عرض تجربة المانيا، مجلة الباحث، عدد 06/ 2008.

- الحروب الداخلية وعدم الإستقرار وغياب الأمن وسباق التسليح الذي تتسارع عليه الدول مما يؤدي الي أهدار الكثير من المال والتي يمكن أن يتم أستخدامها في عملية التنمية.

- ضعف الأمكانيات التقنية والخبرات الفنية وذلك بسبب هجرة الكثير من الشباب ذوي العقول المستنيرة الي الدول الاجنبية مما أدي الي ضعف العنصر البشري وأدي الي إتساع الفجوة بين الدول العربية والأجنبية.

- تدني القطاع الإقتصادي مما ادي الي انتشار البطالة وضعف التنمية الإقتصادية وتحويل أكثر من حوالي 900 مليار دولار من الدول العربية الي البنوك الأجنبية.

- النمو السكاني الكبير والذي يزيد عن 3% سنويا أي أكثر من 11 مليون نسمة، حيث تلتهم كل جهود التنمية الإقتصادية والإجتماعية للدول العربية.[1]

- الأمية حيث أنها تواجه الدول العربية بشكل كبير، فمع زيادة عدد السكان يصبح الاهم هو توفير المسكن والملبس والمأكل والصحة، ولكن يتم إهمال التعليم بشكل كبير هذا فضلا عن تخلف نظم التعليم في البلدان العربية وبالتالي ينتج مهارات غير مسايرة لإحتياجات الإقتصاد العالمي المتغير.

*مؤشرات التنمية المستدامة:

تساهم تلك المؤشرات في تقييم مدى تقدم الدول والمؤسسات لتحقيق أهداف التنمية المستدامة بصورة فعلية، حتى يستطيع صناع السياسة استخدامها في عمليات صنع القرار، كما أن مؤشر التنمية المستدامة هو المؤشر الذي يساعد على توضيح، أين نحن، وأي طريق سوف نتجه، وكم هو البعد عن الهدف المنشود.... . والمؤشر الجيد هو الذي يحدد المشكلة قبل وقوعها أو قبل أن نصل للكارثة وقبل الإشارة الى تلك المؤشرات لابد من معرفة ما يجب ان يتوافر في تلك المؤشرات لنتمكن من الاعتماد عليها، على ان تكون كنقاط التالية:[2]

- مؤشرات قومية في المقام الأول من حيث المدى والحجم.
- وان ترتبط بالهدف الرئيسي لتقييم التقدم نحو التنمية المستدامة.
- وأنها قابلة للفهم، بمعنى أن تكون واضحة وبسيطة وغير غامضة إلى أقصى درجة ممكنة.

[1] هاني سويلم، استراتيجية التنمية: رؤية مصر2030 بعيون من الخارج، الجمهورية ,2016/3/5.
[2] ابراهيم سليمان مهنا، التحضر وهيمنة المدن الرئيسية في الدول العربية،" ابعاد واثار على التنمية المستدامة "، دراسات اقتصادية، مركز الامارات للدراسات والبحوث الاستراتيجية، العدد 44، 2000، ص 22.

- وأن تكون في إطار قدرات الحكومات الوطنية.
- وأن تكون محدودة من حيث العدد، ويمكن تكييفها طبقًا للتنمية المستقبلية.
- لها خاصية الاتساع لتشمل أجندة أعمال القرن الحادي والعشرين والتنمية المستدامة.
- وأن تمثل الاتفاق الجماعي العالمي إلى أقصى درجة ممكنة.
- وأن تعتمد على البيانات المتاحة، أو المتاحة بتكلفة معقولة، وموثقة وبجودة معلومة ويمكن تحديثها بانتظام.

ويعتمد قياس الاستدامة البيئية[1] على(20)مؤشر رئيسي، حيث ينقسم الى(68)مؤشر فرعي، وهو يقدم دراسة مقارنة للدول في مدى نجاحها في تحقيق التنمية المستدامة وذلك وفقا لأسلوب ومنهجية رقمية دقيقة، ولكن لا يمكن اعتبار مؤشر الاستدامة البيئية مقياسا عالميا، لأنه تعرض للكثير من النقد المنهجي.

أما المؤشرات الاكثر دقة وشمولية وقدرة على عكس حقيقة التطور في التنمية المستدامة، فهي تعتبر تلك المؤشرات حول تصورات أجندة القرن الحادي والعشرون التي حددتها الأمم المتحدة وسمتها بمؤشرات (الضغط والحالة والاستجابة) وهي تتمثل في الاتي:

1- المؤشرات الاجتماعية[2]: وهي تعنى توفير الظروف للدول والبشر ليتمكنوا من تحقيق النقاط التالية :

ا -المساواة الاجتماعية وتحقيق عدالة توزيع الثروة ومكافحة الفقر، حيث هناك مؤشرين لقياس مدى تحقيق الدول للعدالة الاجتماعية، هما (نسبة عدد السكان تحت خط الفقر، ومقدار التفاوت بين الفئات الغنية والفئات الفقيرة).

ب -الرعاية الصحية المناسبة لجميع فئات الشعب، وخاصة الاهتمام بالمناطق النائية والارياف مع السيطرة على الامراض المتوطنة والاوبئة الناتجة عن تلوث البيئة، والمقياس لمعرفة مدى تقدم الرعاية الصحية يتمثل في (معدلات وفيات الامهات والاطفال والرعاية الصحية الاولية، والعمر المتوقع عند الولادة، ونسب التطعيم ضد الامراض المعدية).

ج -التعليم الذي يعد اهم حقوق الانسان، لأنه هو السبيل الاهم لتحقيق التنمية المستدامة في اي مجتمع عصري، وذلك يحدث من خلال اعادة توجيه التعليم الى اهمية التنمية وسبل تحقيقها ومجالاتها المختلفة، والعمل على زيادة التوعية

[1] افاق المستقبل – مجلة سياسية اقتصادية استراتيجية تصدر عن مركز الإمارات للدراسات والبحوث الاستراتيجية- السنة الثانية يوليو/ أغسطس 2011.

[2] الاستراتيجية العربية لتطوير استخدامات الطاقة المتجددة (2010-2030)، القطاع الاقتصادي، ادارة الطاقة، امانة المجلس الوزاري العربي للكهرباء.

عند الافراد خاصـــة الفقير منهم وتعريفهم بأهمية التعليم على الفرد ومجتمعه، ومن مؤشـــرات تقدم التعليم (نســـبة الامية، مدى اســـتمرار الفرد في مســـيرة التعليم، ونســـبة إنفاق الدولة على التعليم والبحث العلمي).

ء -السكن والسكان حيث يؤثر النمو السكاني السـريع، وهجرة سـكان الريف للمدن على تحقيق التنمية المسـتدامة وتؤدى الى افشـال خطط التنمية الاقتصـادية والعمرانية للدولة، وتم اعدام مؤشـرين لقياس ذلك هما (معدل النمو الســكاني، ونصــيب الفرد من الابنية العمرانية.)

ه -الامن الاجتمـاعي وحمـايـة الافراد من الجرائم ويتحقق ذلـك من خلال تحقيق العـدالـة والديمقراطية والســـلام الاجتماعي، ويقاس ذلك بمؤشـر (عدد الجرائم المرتكبة لكل 1000 فرد في المجتمع.)

2-المؤشـرات الاقتصـادية: وتشـمل قضـايا البنية الاقتصـادية وانماط الانتاج والاسـتهلاك في الدول:

ا- البنية الاقتصـــادية حيث تتحد من خلال (معدل نصـــيب الفرد من الناتج المحلى، والميزان التجـاري للـدولـة، ونســـبـة المـديونيـة الخـارجيـة والمحلية من الدخل القومي، مدى المسـاعدات التي تحصـل عليها الدول، ونسـبة الاسـتثمار في معدل الدخل القومي) .

ب -انماط الانتاج والاســتهلاك حيث تحولت معظم الدول الى انماط الانتاج والاســـتهلاك غير المسـتدام، والتي تسـتنزف الموارد بشـكل سـريع وغير مدروس ويمكن قياس ذلك من خلال (مدى كثافة استخدام الموارد في الانتاج، معدل استهلاك الفرد من الطاقة، كميات النفايات وتدويرها، مدى توافر المواصلات).

3- المؤشرات المؤسسية:

ا -الإطار المؤسـسـي وهو يشـمل انشـاء أطر مؤسـســية مناسـبة لتطبيق التنمية المسـتدامة من خلال وضـــع اســـتراتيجيات وطنية لكل دولة، والتوقيع على اتفـاقيـات عـالميـة بشـــأن التنميـة المستدامة.

ب -قدرة مؤسسات الدول على تحقيق التنمية المسـتدامة وذلك من الامكانيات البشـرية والعلمية والاقتصادية والسياسية.

4- المؤشـــرات البيئية:[1] وتتمثل في قضـــايا البيئة المعاصرة.

ا -التغير في الغلاف الغازي للأرض ويتمثل في (الاحتباس الحراري، وثقب الاوزون)، وتغير المناخ ويقاس من خلال (تحديد انبعاثات غاز ثاني اكسـيد الكربون في الجو) ومعالجة التلوث الهوائي

[1] مأمون احمد محمد النور، التنمية المستدامة، الامن والحياة، العدد 361 , 1433هـ، ص ص 59-60.

الزائد، وتحسين نوعية الهواء من خلال بروتوكولات (منتريال وكيتو).

ب -استخدامات الارض من خلال حمايتها من التدهور البيئي، ومكافحة التصحر، ووقف ازالة الغابات الطبيعية، والزحف العمراني على الأراضي الزراعية، مع العمل على تحقيق تنمية مستدامة للإنتاج الزراعي والغابي والرعوي.

ج -المسطحات المائية وحمايتها من التلوث وذلك بوقف الصيد البحري الجائر، ومعرفة منسوب التلوث في المياه، وحساب كمية المياه بكل انواعها ومقدار ما نفقده كل سنة، وتنمية الثروة السمكية وحماية انواع الاسماك المعرضة للانقراض، وحل مشكلة ارتفاع منسوب سطح البحر في السنوات القادمة والذي يشكل تهديد كبير سيؤدى الى اغراق مساحات شاسعة من الجزر واليابس

***التوصيات:**

هناك العديد من الحلول المقترحة والتوصيات لتحقيق دور الادارة المتكاملة في التنمية المستدامة يجب العمل عليها وهي تتمثل في النقاط التالية:

1- يجب ان يصدر قانون خاص باستخدام الطاقة المتجددة وتفعيل هذا القانون بصرامة والزاميته ويجب ان يحوي هذا القانون في طياته على حوافز.

2- يجب تفعيل وتشجيع مراكز البحث العلمي والباحثين في مجال الطاقة من اجل الاعتماد على أكبر قدر من الطاقات المتجددة بدلا من استخدام الطاقة التقليدية الملوثة للبيئة.

3- يجب توعية المستثمرين والجمهور بأهمية التحول الى الاقتصاد الاخضر من اجل حماية البيئة للحد من التغيرات المناخية التي يشهدها العالم اليوم بسبب تزايد الانبعاثات الكربونية واتساع طبقة الاوزون.

4- الاهتمام بالتعليم والتطور التكنولوجي لأنه يعتبر أساس التقدم في كل الدول.

5- الاهتمام بالفنون المعمارية لأساليب البناء والانشاء للطرق والمباني، والذي سوف يلعب دور كبير في درجات الحرارة ويعمل على تخفيف حدتها وبالتالي التخفيف من استخدام الطاقة في هذه المناطق.

6- الاستهلاك المعتدل والكفء للموارد والأطر الزمنية لاستبدال الموارد غير المتجددة بموارد بديلة.

7- عدم استهلاك الموارد المتجددة بوتيرة أسرع من قدرتها على التجدد أو بطريقة مؤذية للبشر، خاصة تلك التي ليس لها بدائل.

8- التوسع في مجال الاعتماد على الطاقة النظيفة المتجددة كالطاقة الشمسية، والمائية وطاقة الرياح.

9- تدوير النفايات قدر الإمكان والتخلص منها عند الحاجة بطريقة غير ضارة.

10- التخلص من المبيدات السامة والمواد الكيميائية.

11- تفضيل الفلاحة التعددية على الفلاحة الأحادية للإبقاء على خصوبة التربة وإعادة تأهيل البيئات المتدهورة.

12- تبني مبدأ الملوث الدافع على مستوى التشريعات الوطنية والدولية.

13- إيجاد مصادر تمويل للدول النامية ورفع دعم الدول المتقدمة لها.

14- إعداد البرامج التنموية والصحية والتعليمية للشعوب الأقل نموا، وتمويلها ووضع الخطط والسياسات الفاعلة.

15- نقل التكنولوجيا وتشجيع البحث عن طريق نشر الوعي في مجال التنمية المستدامة.

16- تأمين مشاركة كاملة وفعالة للدول النامية داخل مراكز اتخاذ القرار والمؤسسات الاقتصادية الدولية، وجعلها أكثر شفافية وإنصافا على نحو يمكّن الدول النامية من رفع التحديات التي تواجهها بسبب العولمة.

*المراجع

1- "Environment fact sheet: industrial development", www. ec. europa. eu ،3-2006, Retrieved 21-6-2020. Edited.

2- كمال محمد منصوري، جودي محمد رمزي، " المراجعة البيئية كأحد متطلبات المؤسسة المستدامة وتحقيق التنمية المستدامة "، التنمية المستدامة والكفاءة الاستخدامية، الجزء الأول، جامعة فرحات عباس، كلية العلوم الاقتصادية والتسيير، ش أ م ف أ م، 2008، ص ص 595-614.

3- عمار عمادي، " إشكالية التنمية المستدامة وأبعادها "، التنمية المستدامة والكفاءة الاستخدامية للموارد المتاحة، بحوث وأوراق عمل الملتقى الدولي المنعقد خلال فترة 7-8 أبريل 2008، الجزء الأول، جامعة فرحات عباس، كلية العلوم الاقتصادية والتسيير، ش أ م ف أ م، 2008، ص ص. 35-50.

4- حرفوش سهام، صحراوي إيمان، بوباية ذهبية ريمة، الإطار النظري للتنمية المستدامة ومؤشرات قياسها "، التنمية المستدامة والكفاءة لاستخدامية للموارد المتاحة، بحوث وأوراق عمل الملتقى الدولي المنعقد خلال فترة 7-8 ابريل، 2008، الجزء الأول، جامعة فرحات عباس، كلية العلوم الاقتصادية والتسيير، سطيف، ش أ م ق أ م، 2008 ص ص، 99-100.

5- كمال محمد منصوري، جودي محمد رمزي، " المراجعة البيئية كأحد متطلبات المؤسسة المستدامة وتحقيق التنمية المستدامة"، التنمية المستدامة والكفاءة الاستخدامية، الجزء الأول، جامعة فرحات عباس، كلية العلوم الاقتصادية والتسيير، ش أ م ف أ م، 2008، ص ص. 595-614.

6- بخوش صبيحة، اتحاد المغرب العربي بين دوافع التكامل الاقتصادي والمعوقات السياسية (1989_2007) الطبعة الأولي، دار ومكتبة الحامد للنشر والتوزيع، عمان، ص88.

7- دانيال رايش – سياسات الطاقة المتجددة في دول الخليج: دراسة حالة "مدينة مصدر" الخالية من الكربون في أبو ظبي – منتدى الابحاث والسياسة حول حول تغيير المناخ والبيئة في العالم العربى – الجامعة الامريكية في بيروت.

8- سمير أكرم أحمد، أ. د محمد حنفى حسن، أ. نجوى يوسف جمال الدين – الاقتصاد الاخضر.... المفهوم والمتطلبات في التعليم_ العلوم التربوية العدد الثالث ج 1 _ يوليو 2014 – ص ص 439-441.

9- محمد محمود إبراهيم الديب، الطاقة في مصر، مكتبة الانجلو المصرية 1993، ص 823.

10- مراد ناصر، التنمية المستدامة وتحديتها في الجزائر، كليه العلوم الاقتصادية وعلوم التيسير، مجله التواصل، ال عدد26 جوان 2010، ص ص135-136.

11- مسعد سلامة مسعد مندور –الإشعاع الشمسي في مصر – دراسة في جغرافيا المناخية– كلية الأداب جامعة المنصورة– 2002.

12- موللى سكوت كاتو ترجمة علا احمد إصلاح مقدمة في النظرية والسياسة والتطبيق —— مجموعة النيل العربية – ص78.

13- نجري يوسف جمال الدين، سمير أكرم احمد، محمد حنفي حسن، الاقتصاد الأخضر المفهوم والمتطلبات في التعليم، معهد الدراسات والبحوث التربوية، جامعة القاهرة.

14- وكاع فرمان –الطاقة الشمسية دعوة لاستغلالها قبل فوات الاوان– جامعة فيلادلفيا– الاردن – ص57.

15- يحيى حمود حسن، "الطاقة المتجددة ودورها في تحقيق التنمية المستدامة في دولة الإمارات العربية المتحدة"، قسم الدراسات الاقتصادية، مركز دراسات الخليج العربي، جامعة البصرة، العراق.

16- خالد عبد الحميد محمد عمر، اقتصاديات الطاقة الشمسية في مصر "دراسة مقارنة ودراسة قياسية، رسالة دكتوراه، كلية التجارة جامعة عين شمس، مايو 2012، ص ص 23-36.

17- د. خبابه عبد الله – تطوير الطاقات المتجددة بين الأهداف الطموحة وتحديات التنفيذ –دراسة حالة برنامج التحول الطاقوي لألمانيا – جامعة المسيلة.

18- احمد بشاره، التنمية المستدامة. ابعادها. مؤشراتها، مصر، 29 اكتوبر 2015.

19- أحمد خضر، الإقتصاد الأخضر مسارات بديلة الي التنمية المستدامة – ملف مجلة العلوم والتكنولوجيا 'مرسل من دكتور رأفت ميسال معهد الكويت للأبحاث'ص4.

20- اشرف ابراهيم، كيف استطاعة سنغاقورة ان تتحول من قزم مقفر الي مارد اقتصادي عملاق، جريدة ساسة، 15 يونيو 2016.

21- الاقتصاد الاخضر في سياق التنمية المستدامة والقضاء علي الفقر: المبادئ والفروض والتحديات في المنطقة العربية. استعراض الانتاجية وانشطة التنمية المستدامة في منطقة الاسكوا – العدد الاول ص ص 79 – 80.

22- عايدة راضي خنفر، الاقتصاد البيئي "الاقتصاد الأخضر' "مجلة اسيوط للدراسات البيئية- العدد التاسع والثلاثون (يناير 2014)، ص 55 - 58.

23- عبد الله حسون محمد واخرون، التنمية المستدامة المفهوم والعناصر والابعاد، اطرحوه دكتوراه، مجله ديالي2015، العدد السابع والستون.

24- عثمان محمد غنيم، ماجدة بوزنط، التنمية المستدامة فلسفتها وأساليب تخطيطها، ومعوقات التنمية وأدوات قياسها، دار الصفا 2010، ص ص 30-31.

25- غيورك ميك، الأبطال الخضر، مجلة ألمانيا، العدد3، دار نشر سوسيتيس، فرانكفورت، 2007، ص ص40-41.

26- فروحات حده، الطاقات المتجددة كمدخل لتحقيق التنمية المستدامة في الجزائر: دراسة لواقع مشروع تطبيق الطاقة الشمسية في الجنوب الكبير في الجزائر، مجلة البحث، العدد 11، 2012.

27- مانع جمال عبد الناصر، اتحاد المغرب العربي: دراسة قانونية سياسية، دار العلوم للنشر والتوزيع، عنابة، 2004، ص22.

28- محمد رأفت إسماعيل رمضان، الطاقة المتجددة، دار الشروق، مصر، 1988، ص20.

29- محمد ساحل، محمد طالبي، " بحث بعنوان اهمية الطاقة المتجددة في حماية البيئة لأجل التنمية المستدامة"، عرض تجربة المانيا، مجلة الباحث، عدد 06/ 2008.

30- هاني سويلم استراتيجية التنمية: رؤية مصر2030 بعيون من الخارج، الجمهورية، 2016/3/5.

31- ابراهيم سليمان مهنا، التحضر وهيمنة المدن الرئيسية في الدول العربية، " ابعاد واثار على التنمية المستدامة "، دراسات اقتصادية، مركز الامارات للدراسات والبحوث الاستراتيجية، العدد 44، 2000، ص22.

التحكيم في النزاعات المالية في المؤسسات المالية الإسلامية

د. إبراهيم خليفة لغويل

(ليبيا)

مجلة IAFA
ISSN 1737-7161 :الترقيم الدولي
4197/2018 :الإيداع القانوني
للعلوم الإنسانية والاقتصادية والقانونية

رئيس التحرير
الدكتور حمدي علي سعده

الملخص

مع التطور الحاصل في المالية الإسلامية وما تقدمه من خدمات تحاول جهدها في ضبطها وإخراجها وفقا للشريعة الإسلامية عبر القوانين والرقابة الشرعية ووضع المعايير والمباديء من أجل الإبقاء على أطر منظمة ومحكمة للمالية الإسلامية تبقيها على أصلها ومرجعيتها الأحادية وهي الشريعة الإسلامية، ويلحظ أنّ التحكيم مهمل في جانب العقود خاصة لإبقاءه على شكله القانوني وهو الالتجاء للقضاء في حال النزاع، وهذا ما يفتح تحديا جديدا على مؤسسات المالية الإسلامية في مواجهة مخاطر الثقة بينها ومتعامليها وغير ذلك من المخاطر، على الرغم من أنّ موضوع التحكيم مشروع بالكتاب والسنة والإجماع ومرغَّب فيه لانهاء النزاع والحفاظ على روابط الأخوة والمحبة فمراعاة أحكام الشريعة الإسلامية في كل تطبيقات المؤسسات المالية الإسلامية أمر ضروري لبقائها على أصولها

Abstract

With the development taking place in Islamic finance and the services it provides ،trying its best to control it and bring it out in accordance with Islamic principlesthrough laws, Shari’a supervision ،and setting standards and principles in order to maintain organized and court frameworks for Islamic finance that keep it on its original and single reference, which is Islamic Shari’a ، and it is noted that arbitration is neglected in the aspect of contracts. Especially to keep it in its legal form ، which is to resort to the judiciary in the event of a dispute, and this guides to challenge facing Islamic financial institutions in facing the risks of trust between the financial institute and their clients and other risks, despite the fact that the arbitration is legitimate in the Qur’an ،Sunnah and consensus and desirable to end the dispute and maintain relations brotherhood and love ،for observing the provisions of Islamic Sharia in all the applications of Islamic financial institutions is necessary to keep them on their origins

الفصل الأول: ماهية التحكيم وما مشروعيته وما قواعده الشرعية

مجلة IAFA ISSN 1737-7161 الترقيم الدولي للإيداع القانوني 4197/2018 للعلوم الإنسانية والاقتصادية و القانونية

أولا: تعريف التحكيم لغة وشرعا

رئيس التحرير الدكتور حماد علي نعده

التحكيم لغة:

"الحاء والكاف والميم أصل واحد، وهو المنع. وأول ذلك الحكم، وهو المنع من الظلم"[1]، قال ابن منظور: "وحكموه بينهم، أمروه أن يحكم، ويقال: حكمنا فلانا بيننا أي أجرينا حكمه بيننا [2] "وقال الخليل: "وحكمنا فلانا أمرنا أن يحكم بيننا"[3].

التحكيم اصطلاحا:

قال ابن نجم هو: "تولية الخصمين حكما يحكم بينهما، أي اختيار ذوي الشأن شخصا أو أكثر ليحكم فيما تنازعا فيه دون أن يكون للمحكم ولاية القضاء بينهما"[4].

وجاء في مجلة الأحكام العدلية: "المادة (1790) التحكيم هو عبارة عن اتخاذ الخصمين آخر حاكما برضاهما; لفصل خصومتهما ودعواهما ويقال لذلك حكم بفتحتين ومحكم بضم الميم وفتح الحاء وتشديد الكاف المفتوحة". [5]

فلم يخرج تعريف التحكيم عند فقهاء القانون الوضعي عن فقهاء الشريعة فهو عندهم اتفاق ذوي الشأن على عرض نزاع معين قائم، على فرد أو أفراد أو هيئة للفصل فيه دون المحكمة المختصة.

فالتحكيم وسيلة قانونية اعترف بها المشرع للفصل في النزاعات المراد عرضها على التحكيم – أي على حكم أو أكثر يختارهم الخصوم مرتضين للحكم الذي ينتهي إليه التحكيم من غير عرض النزاع على القضاء.

ثانيا: مشروعية التحكيم

تضافرت أدلة الشرع الحنيف على جواز التحكيم:

أ): من القرآن الكريم:

قال تعالى: فَلَا وَرَبِّكَ لَا يُؤْمِنُونَ حَتَّىٰ يُحَكِّمُوكَ فِيمَا شَجَرَ بَيْنَهُمْ ثُمَّ لَا يَجِدُوا فِي أَنْفُسِهِمْ حَرَجًا مِمَّا قَضَيْتَ وَيُسَلِّمُوا تَسْلِيمًا **[النساء: ٦٥].**

وقال سبحانه: ﴿ **وَإِنْ خِفْتُمْ شِقَاقَ بَيْنِهِمَا فَابْعَثُوا حَكَمًا مِّنْ أَهْلِهِ وَحَكَمًا مِّنْ أَهْلِهَا إِن يُرِيدَا إِصْلَاحًا يُوَفِّقِ اللَّهُ بَيْنَهُمَا ۗ إِنَّ اللَّهَ كَانَ عَلِيمًا خَبِيرًا**﴾ **[النساء: ٣٥].**

وقال سبحانه: سَمَّاعُونَ لِلْكَذِبِ أَكَّالُونَ لِلسُّحْتِ ۚ فَإِنْ جَاءُوكَ فَاحْكُمْ بَيْنَهُمْ أَوْ أَعْرِضْ عَنْهُمْ ۖ وَإِنْ تُعْرِضْ عَنْهُمْ فَلَنْ يَضُرُّوكَ شَيْئًا ۖ وَإِنْ حَكَمْتَ فَاحْكُمْ بَيْنَهُمْ بِالْقِسْطِ ۚ إِنَّ اللَّهَ يُحِبُّ الْمُقْسِطِينَ **[المائدة: ٤٢].**

ب) من السنة:

فقد وردت السنة بجواز التحكيم؛ ومن ذلك ما صحَّ عَنْ عَائِشَةَ رَضِيَ اللهُ عَنْهَا قَالَتْ: أُصِيبَ سَعْدٌ

(1) ابن فارس (مقاييس اللغة) ج2، ص91.
(2) ابن منظور، لسان العرب، ج15، ص31-32.
(3) كتاب (العين) ج3، ص67

(4) ابن نجيم، البحر الرائق شرح كنز الدقائق، ج7، ص24، وانظر: الحصفي، (الدر المختار) ج5، ص428.
(5) مجلة الأحكام العدلية، ص365.

يَوْمَ الْخَنْدَقِ، رَمَاهُ رَجُلٌ مِنْ قُرَيْشٍ، يُقَالُ لَهُ حِبَّانُ بْنُ الْعَرِقَةِ، رَمَاهُ فِي الْأَكْحَلِ، فَضَرَبَ النَّبِيُّ صَلَّى اللهُ عَلَيْهِ وَسَلَّمَ خَيْمَةً فِي الْمَسْجِدِ لِيَعُودَهُ مِنْ قَرِيبٍ، فَلَمَّا رَجَعَ رَسُولُ اللهِ صَلَّى اللهُ عَلَيْهِ وَسَلَّمَ مِنَ الْخَنْدَقِ وَضَعَ السِّلَاحَ وَاغْتَسَلَ، فَأَتَاهُ جِبْرِيلُ عَلَيْهِ السَّلَامُ وَهُوَ يَنْفُضُ رَأْسَهُ مِنَ الْغُبَارِ، فَقَالَ: قَدْ وَضَعْتَ السِّلَاحَ، وَاللهِ مَا وَضَعْتُهُ، اخْرُجْ إِلَيْهِمْ. قَالَ النَّبِيُّ صَلَّى اللهُ عَلَيْهِ وَسَلَّمَ: «فَأَيْنَ». فَأَشَارَ إِلَى بَنِي قُرَيْظَةَ، فَأَتَاهُمْ رَسُولُ اللهِ صَلَّى اللهُ عَلَيْهِ وَسَلَّمَ فَنَزَلُوا عَلَى حُكْمِهِ، فَرَدَّ الْحُكْمَ إِلَى سَعْدٍ، قَالَ: فَإِنِّي أَحْكُمُ فِيهِمْ: أَنْ تُقْتَلَ الْمُقَاتِلَةُ، وَأَنْ تُسْبَى النِّسَاءُ وَالذُّرِّيَّةُ، وَأَنْ تُقَسَّمَ أَمْوَالُهُمْ. قَالَ هِشَامٌ: فَأَخْبَرَنِي أَبِي، عَنْ عَائِشَةَ أَنَّ سَعْدًا قَالَ: اللَّهُمَّ إِنَّكَ تَعْلَمُ أَنَّهُ لَيْسَ أَحَدٌ أَحَبَّ إِلَيَّ أَنْ أُجَاهِدَهُمْ فِيكَ، مِنْ قَوْمٍكَذَّبُوا رَسُولَكَ صَلَّى اللهُ عَلَيْهِ وَسَلَّمَ وَأَخْرَجُوهُ، اللَّهُمَّ فَإِنِّي أَظُنُّ أَنَّكَ قَدْ وَضَعْتَ الْحَرْبَ بَيْنَنَا وَبَيْنَهُمْ، فَإِنْ كَانَ بَقِيَ مِنْ حَرْبِ قُرَيْشٍ شَيْءٌ فَأَبْقِنِي لَهُ، حَتَّى أُجَاهِدَهُمْ فِيكَ، وَإِنْ كُنْتَ وَضَعْتَ الْحَرْبَ فَافْجُرْهَا وَاجْعَلْ مَوْتَتِي فِيهَا، فَانْفَجَرَتْ مِنْ لَبَّتِهِ، فَلَمْ يَرُعْهُمْ، وَفِي الْمَسْجِدِ خَيْمَةٌ مِنْ بَنِي غِفَارٍ، إِلَّا الدَّمُ يَسِيلُ إِلَيْهِمْ، فَقَالُوا: يَا أَهْلَ الْخَيْمَةِ، مَا هَذَا الَّذِي يَأْتِينَا مِنْ قِبَلِكُمْ. فَإِذَا سَعْدٌ يَغْذُو جُرْحُهُ دَمًا، فَمَاتَ مِنْهَا رَضِيَ اللهُ عَنْهُ[1].

وما صحَّ –كذلك– عَنْ أَبِي هُرَيْرَةَ رَضِيَ اللهُ عَنْهُ قَالَ: قَالَ النَّبِيُّ ρ: «اشْتَرَى رَجُلٌ مِنْ رَجُلٍ عَقَارًا لَهُ فَوَجَدَ الرَّجُلُ الَّذِي اشْتَرَى الْعَقَارَ فِي عَقَارِهِ جَرَّةً فِيهَا ذَهَبٌ فَقَالَ لَهُ الَّذِي اشْتَرَى الْعَقَارَ خُذْ ذَهَبَكَ مِنِّي إِنَّمَا اشْتَرَيْتُ مِنْكَ الْأَرْضَ وَلَمْ أَبْتَعْ مِنْكَ الذَّهَبَ وَقَالَ الَّذِي لَهُ الْأَرْضُ إِنَّمَا بِعْتُكَ الْأَرْضَ وَمَا فِيهَا فَتَحَاكَمَا إِلَى رَجُلٍ فَقَالَ الَّذِي تَحَاكَمَا إِلَيْهِ أَلَكُمَا وَلَدٌ قَالَ أَحَدُهُمَا لِي غُلَامٌ وَقَالَ الْآخَرُ لِي جَارِيَةٌ قَالَ أَنْكِحُوا الْغُلَامَ الْجَارِيَةَ وَأَنْفِقُوا عَلَى أَنْفُسِهِمَا مِنْهُوَتَصَدَّقَا»[2].

والصحابة – رضي الله عنهم – كانوا مجمعين على جواز التحكيم ولهذا بدأ الباب بحديث الشعبي – رحمه الله – قال: كان بين عمر وأبي بن كعب – رضي الله عنهما – مدارأة بينهما في شيء فحكما بينهما زيد بن ثابت – رحمه الله –: فأتياه فخرج زيد بن ثابت إليهما وقال لعمر – رحمه الله –: ألا تبعث إلي فآتيك يا أمير المؤمنين فقال عمر – رحمه الله –: " في بيته يؤتى الحكم " فأذن لهما فدخلا وألقى لعمر وسادة فقال: عمر – رحمه الله –: هذا أول جورك. وكانت اليمين على عمر – رحمه الله – فقال زيد لأبي – رحمه الله –: لو أعفيت أمير المؤمنين من اليمين فقال عمر يمين لزمتني،

(1) رواه البخاري في صحيحه، كتاب المغازي، باب مرجع النبي ρ من الأحزاب، برقم [4122]، 112/5، ومسلم في صحيحه، كتاب الجهاد والسير، باب جواز قتال من نقد العهد، برقم [1769]، 160/5.

(2) رواه البخاري في صحيحه، كتاب أحاديث الأنبياء، برقم [٣٤٧٢]، 174/4، ومسلم في صحيحه، كتاب الأقضية، باب استحباب إصلاح الحاكم بين الخصمين، برقم [١٧٢١]، 133/5.

فلأحلف فقال: أبي – رحمه الله –: بل يعفى أمير المؤمنين ويصدقه[1].

الفرق بين التحكيم والقضاء والإفتاء:

أما التحكيم فقد توضح معناه مما تقدم، ويبقى أن نعطي أمثلة للتفريق بينه وبين القضاء والإفتاء:

فالقضاء في اللغة الحكم وفي الاصطلاح فصل الخصومة بين المتنازعين، وهو منصب من المناصب، وشأن من شؤون الوالي ويحتاج إلى نصب الإمام في مشروعيته لأنه من شؤونه بالأصالة.

أما الإفتاء لغة فهو تبيين الحكم والجواب عما يشكل من الأحكام وفي الاصطلاح هو الإخبار عن الله تعالى بحكم شرعي متعلق بكلي [2].

أما الفرق بين الإفتاء والتحكيم والقضاء؛ فالإفتاء إخبار، والتحكيم والقضاء إنشاء وإلزام بالحكم الجزئي في شيء مخصوص ولحكم القاضي آثار كوجوب التنفيذ غير أن القاضي ينصبه الإمام والمحكم يصير حكما بتراضي الخصمين وترافعهما إليه من دون أن ينصبه الإمام.

شروط قاضي التحكيم في منظور الفقه الإسلامي

اشترط الفقهاء في قاضي التحكيم شروطًا؛ يمكن إيجازها في الآتي[3]:

1- البلوغ: فإن استجماعه لشرائط الفتوى شرط إجماعًا.

2- العقل: والدليل على ذلك انصراف أدلة جواز التحكيم عن المجنون، وهذا لا الإشكال فيه، وعن السفيه أيضًا.

3- العدالة: فالفاسق ظالم، والاحتكام إليه ركون إلى الظالم وهو منهي عنه، مع أنه ادعي عليه الإجماع.

4- الذكورة: فلم ينقل أحد فيها خلافًا، ويبعد اختصاص قاضي التحكيم بعدم اشتراطها وإن كان محتملًا.

5- طهارة المولد: وولد الزنا الذي يكون مؤمنًا لا إشكال فيه، فحكمه نافذ، فالأقوى أنه لا يشترط طهارة المولد في قاضي التحكيم.

6- غلبة الحفظ والضبط: والتحكيم في واقعة لا يحتاج إلى غلبة الحفظ والضبط، إلا أن يكون غير ضابط ولو في قضية واحدة.

7 – الاجتهاد: المشهور هو اشتراط الاجتهاد في قاضي التحكيم، وقيل بعدم اعتبار الاجتهاد فيه، وهو الأقوى.

شروط التحكيم في الشريعة الإسلامية

هل يشترط لجواز التحكيم عدم وجود قاض منصوب من الإمام في البلد؟

(1) المبسوط للسرخسي ج21، ص62، والأصل لمحمد بن الحسن ج11، ص190.

(2) القاموس المحيط، ص654 ولسان العرب، مجمع البحرين، ج1، ص326.

(3) انظر: مجلة مجمع الفقه الإسلامي، ج6، ص1779-1780.

المشهور عدم الاشتراط، فقضاء التحكيم سائغ وإن كان في البلد قاض منصوب من الإمام، جاء في الروضة: "قاضي التحكيم وهو الذي تراضى به الخصمان للحكم بينهما مع وجود قاض منصوب من قبل الإمام"[1]

ويشترط في التحكيم ما يأتي:

أ – قيام نزاع، وخصومة حول حق من الحقوق: وهذا الشرط يستدعي حكما قيام طرفين متشاكسين، كل يدعي حقا له قبل الآخر.

ب – تراضي طرفي الخصومة على قبول حكمه، أما المعين من قبل القاضي فلا يشترط رضاهما به، لأنه نائب عن القاضي: ولا يشترط عند الحنفية تقدم رضى الخصمين عن التحكيم، بل لو رضيا بحكمه بعد صدوره جاز. وعند الشافعية: لا بد من تقدم التراضي.

ج – اتفاق المتخاصمين والحكم على قبول مهمة التحكيم. . . ومجمل هذين الاتفاقين يشكل ركن التحكيم، الذي هو لفظه الدال عليه مع قبول الآخر.

وهذا الركن قد يظهر صراحة، كما لو قال الخصمان: حكمناك بيننا. أو قال لهما: أحكم بينكما، فقبلا.

وقد يظهر دلالة: فلو اصطلح الخصمان على رجل بينهما، ولم يعلماه بذلك، ولكنهما اختصما إليه، فحكم بينهما، جاز. وإن لم يقبل الحكم، لم يجز حكمه إلا بتجديد التحكيم[2].

مجال ما يجري فيه التحكيم

اختلف الفقهاء فيما يجري فيه التحكيم على أقوال:

1. جواز التحكيم في كل الأحكام وقال بذلك صاحب كشف اللثام وصاحب الجواهر على القول بالمشروعية.
2. جواز التحكيم في جميع ما يقع فيه التداعي وعدم جوازه في حقوق الله المحضة التي ليس لها خصم معين.
3. جواز التحكيم في جميع الأحكام إلا أربعة أشياء النكاح واللعان والقذف والقصاص.
4. جواز التحكيم في الأموال فقط.

فمجال التحكيم في الشريعة الإسلامية مجال محدود فهو لا يتجاوز الحقوق التي يملك الأفراد التصرف فيها، قال ابن عرفة: ظاهر الروايات أن التحكيم يجوز فيما يصح لأحدهما ترك حقه فيه ولا يجوز في كل ما تعلق به حق الغير أو حق لله تعالى، إن التحكيم لا يجوز في إقامة الحدود وفي القصاص، واللعان، والولاء، والنسب، والطلاق، والعتق، والرشد، والوصية، والحبس المعقب، وأمر الغائب، ومال اليتيم، فالنسب لا يمكن أن يكون محلا للتحكيم لأنه تعلق به حق الولد، وكذلك الترشيد، فإذا أردنا أن نحكم بتسفيه شخص، وذلك

(1) الروضة، ج1، ص9-394، وانظر: مجلة مجمع الفقه الإسلامي، ج9، ص1870.

(2) الموسوعة الفقهية الكويتية، ج10، ص240-241.

لنتمكن من الحجر عليه، فإن هذا الحكم تتعلق به حقوق هذا الشخص، وما يترتب على ذلك من أضرار على أمواله وعلى وضعيته، فيتطلب الأمر تصدي جهة خارجة على الخصوم للبث في هذه النازلة وهي جهة القضاء.

وعليه، فإن كل أمر استلزم جهة ثالثة غير الأطراف والمحكم للبث فيه لا يمكن أن يكون موضوع التحكيم. وكذلك الشأن في المسائل المتعلقة بالحالة الشخصية للأفراد، فهذه لا يمكن أن تكون محلا للتحكيم[1]

الرجوع عن التحكيم

يلتزم المتحاكمان بقرار المحكم عند الحنفية والحنبلية. ولكل واحد الرجوع عن التحكيم قبل إصدار الحكم عند الحنفية. والراجح عند المالكية ألا يشترط دوام رضائهما حتى صدور الحكم، فإن رجعا معاً ولم يرتضياه قبل الحكم، فلهما ذلك. وإن رجع أحدهما فله ذلك عند سحنون، وليس له حق الرجوع عند ابن الماجشون[2]

هل يجوز للمحكم الرجوع عن حكمه؟

إذا حكم المحكم بعد تحكيمه فلا يجوز له الرجوع عن حكمه لأنه بعد التحكيم يصبح حكم المحكم كحكم القاضي، وإما إن تبين له أن حكمه حكم بغير حق فيجب عليه الرجوع امتثالا لقوله تعالى: ﴿ومن لم يحكم بما أنزل الله فأولئك هم الفاسقون﴾ (المائدة: 47) وقوله جل جلاله: ﴿وأقسطوا إن الله يحب المقسطين﴾ (الحجرات: 9) وقوله تعالى: ﴿وإن حكمت فاحكم بينهم بالقسط﴾ (المائدة: 42) وقوله عز من قائل: ﴿ولا تتبع أهواءهم عما جاءك من الحق﴾ (المائدة: 48).

الفصل الثاني: التحكيم التقليدي

أولا: التحكيم في القوانين الوضعية:

إن معظم القوانين الوضعية أفردت لنظام التحكيم بابا خاصا؛ ويقصد بالتحكيم اتفاق أطراف النزاع على اللجوء إلى جهة قضائية اختيارية لفض نزاعاتهم القائمة أو المحتملة بواسطة شخص أو عدة أشخاص معينين من طرفهم أو من طرف هيئة مختصة، فالتحكيم قضاء غير نظامي يمارس من طرف جهات معينة منظمة تنظيما قانونيا أو حرا.

والتحكيم تتعدد صوره بحسب تطور العلاقات الإنسانية، فبعد أن كان قاصرا على نوع معين من المنازعات نجده، اليوم، يشمل كثيرا من العلاقات الإنسانية والاجتماعية والاقتصادية والدولية، فهو إما تحكيم اختياري أو إجباري، خارجي أو داخلي.

ثانيا: أهم قواعد التحكيم:

1- يجوز أن يحكم الخصمان، رجلاً واحد، ويجوز أن يحكما رجلين فما زاد ولهما أن يخرجا الحكمين من الحكم.

(1) عبد الكبير العلوي المدغري، التحكيم وموقعه من القضاء في الشريعة الإسلامية، مطبوعات وزارة الأوقاف والشؤون الإسلامية، ص41-42.

(2) الفقه الإسلامي وأدلته للزحيلي، ج8، ص6251.

2- لا ينفذ الحكم من الحكم على غير الخصم الذي حكمه.

3- إذا حكم الحكم بشيء ثم رفع إلى القاضي وكان موافقا للحق ورأيه أمضاه وإلا رده[1].

ثالثا: التحكيم في المنازعات المالية:

التحكيم في المنازعات المالية هو الأصل ولهذا كان أول تقنين لمسائل التحكيم طبقًا لأحكام الشريعة الإسلامية النصوص التي اشتملت عليها مجلة الأحكام العدلية مأخوذة من المذهب الحنفي.

فقد نصت المادة 1841: (يجوز التحكيم في دعاوى المال المتعلقة بحقوق الناس) وجاءت بقية المواد لتنظيم أحكامه التفصيلية ثم أخذت التشريعات الوضعية تخصص للتحكيم نصوصًا خاصة في قوانين المرافعات وبات التحكيم يأخذ مكانة مرموقة على مستوى دول العالم ومختلف نظمه وهيئاته فالتحكيم في مسائل المعاملات كالكفالة بالنفس والمال والشفعة والديون والبيوع صحيحة وجائزة وقال في التبصرة: إن الخصمين إذا حكما بينهما رجلًا وارتضياه لأن يحكم بينهما فإن ذلك جائز في الأموال وما في معناها وجاء في الشرح الصغير: وجاز تحكيم ... في مال من دين وبيع وشراء فله الحكم بثبوت ما ذكر أو عدم ثبوته ولزومه وعدم لزومه وجوازه وعدمه.

وقد ورد قول ضعيف لبعض الفقهاء أنه لا يجوز لما فيه من الافتيات على الإمام ونوابه وقد رد هذا القول على قائله بأنه ليس للمحاكم حبس ولا استيفاء عقوبته فلا افتيات ولا خرق لهيبة السلطان وشرط بعضهم لجواز التحكيم أن لا يكون قاض بالبلد وهذا القول أيضًا مردود بأن الحكم بين الناس إنما هو حق للناس لا حق الحاكم ولكن لما كان الاسترسال على التحكيم خرقًا لقاعدة الولاية ومؤديا إلى تهارج الناس فأمر الشارع بنصب الوالي ليحسم قاعدة الهرج وأذن في التحكيم تخفيفًا عنه وعنهم في مشقة الترافع؛ لتتم المصلحتان، وتحصل الفائدتان[2].

رابعا: التحكيم الدولي: [3]

إذا كان التحكيم سمة من السمات التي تطبع العصر الحاضر نظرا لأهميته المتزايدة في العلاقات التجارية بصفة عامة، فإنه في العلاقات التجارية الدولية يعد من أهم الوسائل المجدية والفعالة التي تساهم في تنشيط وتشجيع التجارة الخارجية واستقرارها.

وهكذا لا يكاد يخلو عقد من عقود التجارة الدولية من النص على أن كافة المنازعات الناشئة عن العقد أو تنفيذه تحل عن طريق التحكيم، وأن العقد الذي لا يحتوي على شرط التحكيم يتفق أطرافه

(1) روضة القضاة وطريق النجاة، ج1، ص32.
(2) مجلة مجمع الفقه الإسلامي، ج9، ص1794.
([3])عبد الرحيم بن سلامة، التحكيم في الشريعة الإسلامية والقانون الوضعي مجلة الإحياء العدد 13، تصدرها رابطة علماء المغرب.

مجلة IAFA ISSN 1737-7161 للعلوم الإنسانية والاقتصادية والقانونية

حينما يثور نزاع على اللجوء إلى التحكيم لتسوية حيث بلغ عدد القضايا التحكيمية المعروضة عليها حتى سنة 1995، 855 قضية بلغت قيمتها 20 مليون دولار وفي عام 1995 بلغ عدد طلبات التحكيم المقدمة للغرفة 437 طلبا تخص أكثر من 1012 طرفا من 93 دولة منها العديد من الدول النامية معظمها جهات حكومية.

وبالرغم من أن اسمها ظاهريا "محكمة التحكيم الدولية" فهي في الحقيقة ليست محكمة، بل مجرد جهة إدارية تقوم بالمساعدة والإشراف على إجراءات التحكيم في قضايا التحكيم التي تقوم بها هيئات التحكيم طبقا لقواعد إجراءات التحكيم لدى غرفة التجارة الدولية، مع أن محكمة التحكيم تعقد جلساتها في مقر الغرفة في باريس، إلا أن الهيئات التحكيمية التابعة لها والمكونة من مواطنين لأكثر من 60 دولة تعقد جلسات التحكيم في 30 دولة عبر العالم وتقوم محكمة التحكيم بتلقي طلبات التحكيم من أطراف النزاع واختيار المحكم أو المحكمين في حالة عدم قيام الأطراف بذلك، ثم تتولى الإشراف المباشر على إجراءات التحكيم منذ بدايتها، حيث تعقد محكمة التحكيم اجتماعاتها أربع مرات في الشهر، لمتابعة القضايا التحكيمية المعروضة عليها عبر العالم، ويرأس محكمة التحكيم رئيس وبمعيته ثمانية محكمين يمثلون القارات الخمس وتختص محكمة التحكيم طبقا

وهكذا فقد قامت غرف التجارة في مختلف دول العالم بإنشاء العديد من المراكز الدائمة والمتخصصة في التحكيم تقوم بتقديم خدماتها لكل من يطلبها من بينها جمعية التحكيم الأمريكيةAmerain ribition Association: ومحكمة التحكيم الأوربية Lacour Arbitrale Europeénne: ورابطة الدول الأمريكية للتحكيم التجاري Commission Inter– Mericain commercial Arbitaration: وغرفة التجارة الدولية بباريس La cour D'arbitrage De La chambre De Commerce International: ويهمنا في هذا البحث أن نعرف بغرفة التجارة الدولية باعتبارها أهم غرفة للتحكيم التجاري الدولي: تعتبر غرفة التجارة الدولية ((Iccأحد أهم المنظمات الدولية في مجال التجارة العالمية حيث ساهمت منذ إنشائها في تنظيم العديد من قواعد التجارة العالمية، من عقود البيع الدولي إلى خطابات الاعتمادات المستندية ومصطلحات البيع الدولية، المسماة اختصارا بـ"نكوتيرمز" ومن أهم إسهامات غرفة التجارة الدولية في تسوية منازعات التجارة الدولية ما تقوم به عبر محكمة التحكيم وقواعد التحكيم التي وضعتها ونظمتها غرفة التجارة الدولية.

وقد تأسست محكمة التحكيم بغرفة التجارة الدولية في باريس سنة 1923 وتعد حاليا أكبر منظمة عالمية في مجال التحكيم التجاري الدولي

لقواعد التحكيم لدى الغرفة بأن تقوم عند الضرورة بالمهام التالية[1]:

1- تحديد هل يوجد اتفاق واضح على التحكيم
2- تعيين المحكمين
3- الفصل في الطعن في المحكمة
4- تحديد مكان جلسات التحكيم
5- مراجعة وثيقة التحكيم
6- الموافقة على تمديد مدة التحكيم
7- تحديد أتعاب ومصاريف التحكيم
8- المصادقة على قرارات التحكيم

وتعتبر المهمة الأخيرة هي أهم المهام التي تمارسها محكمة التحكيم حيث يتطلب نظامها في الحكم أو المحكمين عرض مسودة قرار التحكيم على محكمة التحكيم لمراجعته والتأكد من سلامته من الناحية الشكلية فقط، دون التدخل في مضمون القرار، مع حقها في إبداء الملاحظات على القرار أو إعادته للمحكم للتصحيح قبل صياغته النهائية والتوقيع، وهذه تعتبر خاصية هامة للتحكيم لدى غرفة التجارة الدولية لضمان "جودة نوعية القرارات" ولا يوجد لها مثيل في هيئات التحكيم الدولية الأخرى ومتى تمت المصادقة على القرار فإنه يصبح نهائيا وملزما للأطراف[2]

ومع الإقرار بأن التحكيم لدى غرفة التجارة الدولية يعتبر أكثر كلفة من غيره من الهيئات الدولية الأخرى إلا أن التنظيم الإداري والإشراف والمتابعة وبالأخص المصادقة على الأحكام التي تقدمها محكمة التحكيم بغرفة التجارة الدولية، تجعل خدماتها مميزة عن غيرها من الهيئات، وكذا حسن اختيارها للمحكمين من أفضل الكفاءات القانونية في مجال تخصصها عالميا.

وتحرص محكمة التحكيم على تنوع الخبرات في أعضائها وخلفياتها القانونية، فخلال العشر سنوات الماضية ضمت أكثر من عشرين دولة إلى الممثلين في المحكمة وبالطبع فإن هذا ينعكس على اختيار المحكمين الذين تعود محكمة التحكيم في اختيارهم إلى اللجان الوطنية الممثلة في محكمة التحكيم، ولا شك أن وسائل التقدم في التجارة العالمية وما أسفرت عنه الاتفاقيات الدولية كاتفاقيات (الكاط) وغيرها من متطلبات تفرض على سائر دول العالم المزيد من العناية بقضايا التجارة العالمية. [3]

الفصل الثالث: التحكيم في تسوية النزاع بديل عن التسوية التقليدية

التحكيم هو ما طلبه الشرع كما جاء بآيات عديدة للصلح عند النزاع وهو أفضل ما تفض به الخصومات كما فيقوله تعالى: وَالصُّلْحُ خَيْرٌ [4] فالصلح وسيلة للتخلص من تعلق الحق بالذمة سواء

(1)عبد الرحيم بن سلامة، التحكيم في الشريعة الإسلامية والقانون الوضعي مجلة الإحياء العدد 13، تصدرها رابطة علماء المغرب.
(2)نفس الرجع
(3) نفس المرجع
(4) سورة النساء: 128.

نشأ هذا التعلق مع قصد أحد الخصوم في فترة ما عمدًا تعدى على حق صاحبه وأكله بالباطل، أو نشأ عن ظرف خارج عن إرادة المتعاقدين، كالعجز عن إثبات الحق بوثيقة أو بالقضاء، ويمكن الإشارة إلى تفسير مقاصد الشارع من تشريع الصلح إلى أنه وسيلة لإعادة الحقوق غير القاطعة وغير الواضحة إلى أصحابها[1] كما أنّ الصلح يخفف العبء على القضاء، وهذا يكشف لنا أن الفقه الإسلامي في المجتمع المسلم له من المقاصد ما يحل نزاعات الناس على الأموال خارج ساحات القضاء، وهو بذلك يخفف كثيرًا عن المؤسسات القضائية، فالقضاء في المجتمع الإسلامي ليس الوسيلة الوحيدة للتوصل إلى الحق[2]

إذا لعقد الصلح مكان الصدارة من بين سائر العقود في الفقه الإسلامي ذلك أن هذا العقد يأخذ صوراً شتى في المعاملات المالية، الأمر الذي يبرز أهمية هذا العقد ويكسبه مكانه خاصة بين سائر العقود تجعله جديراً بأن يكون نموذجاً لتطبيق أحكام نظرية العقد على صوره المتعددة[3]سواء كان صلح بين الأزواج أو صلح على مال أو دية عن جناية فكلها مرغب عند الشرع.

أولا: التحكيم في عصرنا الحديث:

لقد اعتنت الدراسات المعاصرة والندوات والمجامع بموضوع التحكيم لما رأو من أنّ أهميته بالغة في حل وتسوية النزاعات بعيدا عن القضاء ومن بين هذه القرارات والضوابط:

أ) **قرار مجمع الفقه الإسلامي الدولي رقم: 91(8/9) لسنة 1995**[4] والذي جاء من أجل تثبيت وتأصيل مبدأ التحكيم في الفقه الإسلامي وأفاد فيه أنّ التحكيم يكون بين الأفراد كما بين الدول وهو مشروع مادام في حق العبد مع اشتراط توافر شروط القاضي [5]

(1) قواعد الأحكام، لابن عبد السلام ص 22.
(2) نظام القضاء في الشريعة الإسلامية، عبد الكريم زيدان ص9
(3) الخلافات المالية و طرق حلها في الفقه الإسلامي - سعدي حسين علي جبر - دار النفائس – الأردن- 2003م-ص88
(4) مجلة المجمع (العدد التاسع ج4 ص5).
(5) بشأن مبدأ التحكيم في الفقه الإسلامي
إن مجلس مجمع الفقه الإسلامي الدولي المنعقد في دورة مؤتمره التاسع بأبو ظبي بدولة الإمارات العربية المتحدة من 1-6 ذي القعدة 1415هـ، الموافق 1-6 نيسان (إبريل) 1995م،
بعد اطلاعه على البحوث الواردة إلى المجمع بخصوص موضوع مبدأ التحكيم في الفقه الإسلامي،
وبعد استماعه إلى المناقشات التي دارت حوله،
قرر ما يلي:
أولًا :التحكيم اتفاق طرفي خصومة معينة، على تولية من يفصل في منازعة بينهما، بحكم ملزم، يطبق الشريعة الإسلامية.
وهو مشروع سواء أكان بين الأفراد أم في مجال المنازعات الدولية.
ثانيًا :التحكيم عقد غير لازم لكل من الطرفين المحتكمين والحكم، فيجوز لكل من الطرفين الرجوع فيه ما لم يشرع الحكم في التحكيم، ويجوز للحكم أن يعزل نفسه -ولو بعد قبوله- ما دام لم يصدر حكمه، ولا يجوز له أن يستخلف غيره دون إذن الطرفين لأن الرضا مرتبط بشخصه.
ثالثًا :لا يجوز التحكيم في كل ما هو ليس حقًّا للعبد كالحدود، ولا فيما استلزم الحكمُ فيه إثبات حكم أو نفيه بالنسبة لغير المتحاكمين ممن لا ولاية للحَكَم عليه، كاللعان، لتعلق حق الولد به، ولا فيما ينفرد القضاء دون غيره بالنظر فيه، فإذا قضى الحكم فيما لا يجوز فيه التحكيم، فحكمه باطل ولا ينفذ.
رابعًا :يشترط في الحكم بحسب الأصل توافر شروط القاضي.
خامسًا :الأصل أن يتم تنفيذ حكم المُحكّم طواعية، فإن أبى أحد المحتكمين، عرض الأمر على القضاء لتنفيذه، وليس للقضاء نقضه، ما لم يكن جورًا بيّنًا، أو مخالفًا لحكم الشرع.
سادسًا :إذا لم تكن هناك محاكم دولية إسلامية، يجوز احتكام الدول أو المؤسسات الإسلامية إلى محاكم دولية غير إسلامية، توصلًا لما هو جائز شرعًا.

ب: المعيار الشرعي رقم (32) لسنة 2007[1]

والذي جاء ضابطا للتحكيم في المعاملات المالية الإسلامية من حيث تعريف التحكيم وصور اللجوء إليه ومشروعيته وأركان عقد التحكيم وإجراءاته وتنفيذه.

ثانيا مزايا التحكيم عموما:

السرعة: وهذ اهم ميزات التحكيم بالمقارنة مع القضاء العادي، وتتعلق بسرعة الوصول إلى قرار تحكيمي نهائي.

السرية: فالتحكيم يقتصر على أفراده ولا يتم إعلانه، وليس كما القضاء وإشهاره وعقد جلسات كثيرة من أجل الحكم.

غير مكلف: التحكيم يجنب الخصوم كثيرا من النفقات التي تمتد لسنوات في القضاء بالإضافة إلى تأخر استلام الأموال المتنازع عنها وأيضا المصاريف الإدارية التي وجب دفعها قبل وبعد وأثناء القضية في المحكمة.

خبرة المحكمين: فمن خلال التحكيم يتم اختيار القاضي والمحكم من طرف الشخص وليس كالمحاكم فهو ملزم به.

ثالثا: قواعد التحكيم:

توجد قواعد راسخة في موضوع التحكيم ويمكن ذكر بعذها كما يلي:

قاعدة: المحكم قاض وليس وكيل

المحكم هو قاض وليس وكيل عن أحد الأطراف وهو حيادي وتسري عليه شروط القاضي كما جاء في قرار المجمع الفقهي [2] وعلى المحكم التزام الحيادية، وتنقطع صلته بالطرف الذي قام يتعيينه وينظر في الأدلة ووسائل الإثبات.

قاعدة: الوترية

التحكيم بشكل عام يقوم على الوترية إما فردا وهذا قليل جدا إو ثلاثة محكمين أو خمسة وهكذا، حيث يقوم طرفي النزاع بتعيين محكم عن كل طرف ثم يقوم الطرفين بتعيين محكم ثالث، إلا أنّ المعيار 32 المذكور آنفا أجاز التحكيم لاثنين [3]والباحث يرى أن يكونا وترا.

قاعدة: توثيق اتفاق التحكيم

اتفاق التحكيم هو من العقود الشكلية ويفترض توثيقه، مع العلم أنّ المعيار الشرعي 32 قد أجاز التحكيم الشفوي.

قاعدة: استقلالية شرط التحكيم

وضع هذا المبدأ أنع عند فسخ العقد أو إبطاله حتى لا يكون أثرا لها العقد على القضاء، وكما

ويوصي بما يلي:
دعوة الدول الأعضاء في منظمة المؤتمر الإسلامي إلى استكمال الإجراءات اللازمة لإقامة محكمة العدل الإسلامية الدولية، وتمكينها من أداء مهامها المنصوص عليها في نظامها.
والله الموفق؛؛

(1) https://iefpedia.com/arab/wp-content/uploads/2009/12/zxc1.pdf
(2)مجلة مجمع الفقه الإسلامي، ج9، ص1794
(3) المعيار الشرعي 32، ص: 518.

ذكرته النزاعات في المؤسسات المالية حتى ينتهي التحكيم عند هيئة التحكيم ولا يحال الأمر إلى القضاء.

مجلة IAFA ISSN 1737-7161 للعلوم الإنسانية والإقتصادية والقانونية
رئيس التحرير الدكتور حنان علي

قاعدة: الاختصاص بالاختصاص

يبقى في التحكيم أنّ هيئة التحكيم مهما كانت وتم الاتفاق بين طرفي العقد على التحكيم، وللهيئة الحكم في النزاع.

قاعدة: الإعلان والإشعار

إجراءات التحكيم مرنة جدا في التحكيم عكس القضاء والمحاكم والتي تمتاز بالصرامة في تطبيق إجراءات القضاء واتباع منهج ونمط محدد في ذلك محتوى وتأقيتا، عكس التحكيم الذي يهدف إلى تسوية النزاع وبالإجراءات المتاحة دون التقيد بإجراء معين أو محدد أو توقيت معيّن.

مستند التحكيم[1]

1. ينشأ مستند التحكيم عن موافقة طرفي النزاع وموافقة المحكم على مهمة التحكيم ويسمى (عقد التحكيم) أو (اتفاق التحكيم)
2. يجب أن يشتمل مستند التحكيم على أسماء طرفي النزاع والمحكم ومجمل موضوع النزاع، والأجلال محدد للتحكيم، وأتعاب المحكم إن وجدت.
3. شرط التحكيم هو التزام طرفي عقد أو اتفاقية بإخضاع النزاعات التي تتولد عنهما للتحكيم، فإذاأدرج في أي اتفاقية أو عقد شرط التحكيم فإنه يكتفى به عن الاتفاق عند نشوء النزاع.
4. يجب على المحكم تطبيق أحكام الشريعة الإسلامية وإذا قيد المحكم بقانون معين فيجب عليه عدم مخالفة أحكام الشريعة.
5. يحق لطرفي التحكيم تقييد التحكيم بأي شرط مشروع يتعلق به غرض صحيح لهما، مثل إنجاز الحكم في زمن معين، أو وفقًا لمذهب معين أو قانون معين لا يخالف الشريعة الإسلامية، أو استشارة خبراء يتم تعيينهم بالاسم أو الصفة ولا يلزم المحكم برأي الخبراء. إلا بموافقة طرفي النزاع
6. إذا انتهى الأجل المحدد لإصدار الحكم دون صدوره اعتبر المحكم معزولا
7. على تمديد الأجل، ويعتبر لبدء المدة تاريخ اكتمال توقيع مستند التحكيم من جميع المحتكمين، ولانتهائها توقيع قرار التحكيم من جميعهم.
8. يصحّ شرعا عقد التحكيم شفويا، وينبغي في المؤسسات توثيق مستند الحكم كتابيا.
9. لا يشترط الإشهاد على الموافقة على التحكيم في مستند التحكيم، ولكن الأولى الإشهاد.

أولا: تسوية النزاعات في المالية الإسلامية

إن النزاعات موجودة ومنصوصة في كل العقود والخلاف واقع وقائم مادام هناك مصالح بين الناس واتفاقات وعدم اتفاقات ورغبات مختلفة وغيره، كل هذا يؤدي إلى النزاع وسوء التفاهم بين

(1)المعيار الشرعي 32 "التحكيم"

الأطراف، وهو حال الأفراد مع الأفراد أو المؤسسات مع المؤسسات أو الفرد مع المؤسسة والذي يهمنا هنا في هذا الباب هو نزاع الفرد مع المؤسسة المالية، ونزاع المؤسسة مع مؤسسة أخرى، والواقع أنّ النزاعات في المالية الإسلامية يتم تسويتها عن طريق القضاء وطبعا الممثل للقضاء هو القانون الوضعي على الرغم من أنّ المؤسسات المالية الإسلامية ونذكر المصارف الإسلامية والمؤسسات التأمين ومؤسسات الوقف، تقوم كلها على مبادئ الشريعة الإسلامية، لذا ينبغي اعتماد وسيلة أخرى للتقاضي وهي التحكيم الإسلامي، للتوافق أعمال هذه المؤسسات المالية مع أحكام الشريعة الإسلامية في كل أعمالها، وهذا تحدي كبير عند مؤسسات التمويل الإسلامي وغيره.

ثانيا: في حال الإبقاء على عن طرق القضاء

مخاطر الثقة: العملاء يتعع المؤسسات المالية على أنها بديل عن المؤسسات المالية التقليدية، ولنا أن نتخيل أنّه في حال النزاع تحكم هذه المؤسسات القضاء وهو وضعي، فيقع هنا خلاف لما قامت عليه هذه المؤسسات من مباديء الشريعة الإسلامية في كل عقودها وأنشطتها.

مخاطر قانونية: وذلك لعدم توفر أنظم قضائية متخصصة بالشريعة.

مخاطر السمعة: وذلك بسبب سرية النزاع أما القضاء فهو أمر معلن وقد يعصف بسمعة المؤسسة المالية في حال تمّ التشهير به وتداوله.

مخاطر التصنيف: فعدم التزام المؤسسة المالية في فض التزاماتها فهذا يدل على أنّها ليست قائمة على مباديء الشريعة وهو مبدأ واضح وهو التحاكم إلى الشريعة في كل نزاع.

مخاطر السيولة: والتي تمّ ذكر أنّ ميزة التحكيم هي السرعة وإنهاء النزاع في أسرع وقت ممكن من أجل إرضاء المتحاكمين وإنهاء النزاع.

ثالثا: صور التحكيم في عقود المالية الإسلامية

يمكن لنا أن نلجأ للتحكيم في المنازعات وتسويتها عبر عدة صور ومنها:

شرط التحكيم: هذه الصورة أن يكون شرط التحكيم كبند في العقد الذي يتم عقده مع المتعاملين، ويكون واضحا ومبينا لضوابطه كما هو الحال الآن في العقود المبرمة مثلا عقود التمويل الإسلامي، نجد في حال النزاع يلجأ للقضاء لفض النزاع وهنا يأتي البديل وهو التحكيم ويتم النص عليه وتوضيحه وتحديده.

صورة المشارطة: هي للعقود التي تمّ إبرامها مسبقا والمنصوص فيها على الالتجاء للقضاء في حال النزاع فهنا يتم بعد الاقتناع بمسألة التحكيم، ويقوموا بما يسمى بمشارطة التحكيم وذلك على أنّ العقد الأصلي لا يتضمن التحكيم فلذلك يتم الاتفاق

على التحكيم في حال النزاع وهو ما يعرف بمشارطة التحكيم وهذا أفضل حل للعقود المبرمة وإعادة تصحيحها وفقا لما تمّ مناقشته من إيجاد البديل لتسوية النزاعات سواء لعقود قادمة أو عقود مبرمة.

صورة التحكيم بالإحالة: وهو إحالة العقود الحالية إلى عقود نموذجية، مثل عقود الإستصناع وغيره، فكأنما فحالة إلى ضوابط التحكيم التي تمّ ذكرها في عقد آخر.

خامسا: الرجوع إلى تسوية النزاع عن طريق مراكز تحكيم إسلامية

وهذه المراكز تعتبر مؤسسات تتم لبنات بناء الإقتصاد الإسلامي المتكامل وتهدف إلى لتمكين كافة المتعاملين في الصناعة المالية الإسلامية سواءً كانوا أشخاصاً طبيعيين أو إعتباريين من فض نزاعاتهم المالية والتجارية والمصرفية والاستثمارية والعقارية عبر الصلح والتحكيم المؤسسي وأذكر منها:

المركز الإسلامي الدولي للصلح والتحكيم[1]

التحكيم الدولي في مركز كوالالمبور الإقليمي للتحكيم[2]

الخاتمة

في خاتمة هذ البحث وبعد عرض التحكيم في المؤسسات المالية فيخلص الباحث إلى ما يلي:

تلجأ المؤسسات المالية الإسلامية إلى التحكيم الإسلامي لحل النزاعات مراعية في ذلك أحكام الشريعة الإسلامية كما هو في كل تطبيقاتها ومعاملاتها، وهذه خصوصية الفقه الإسلامي في عدم اللجوء إلى قانون يخالف مباديء الشريعة، مما يبقى ثبات المعاملات المالية على مرجعيتها.

تضمين العقود الصادرة عن المؤسسات المالية الإسلامية على اتفاق التحكيم الإسلامي والذي يتضمن عدد المحكمين وأفضلها الوترية، وشروط خاصة بهم.

الرجوع إلى القوانين المحكمة للمعاملات المالية الإسلامية مثل المعايير الشرعية والمجامع الفقهية وغيرها في حال العقود مع المؤسسات مع جهات أخرى غير إسلامية وهنا صعوبة تنفيذ التحكيم وهنا نجد المعيار 32: 2/3 ينص على: "يجب النص على وجوب الرجوع إلى التحكيم الإسلامي في الاتفاقيات التي لا يمكن تقييد الرجوع

(1) جاء تأسيس المركز بتضافر جهود كل من البنك الإسلامي للتنمية والمجلس العام للبنوك المؤسسات المالية الإسلامية ودولة الإمارات العربية المتحدة بصفتها دولة المقر وخدمة للصناعة المالية الإسلامية في أبعادها الفنية والشرعية وعلى ضوء الخبرة التي كسبها المركز منذ انطلاق نشاطه في يناير 2007 يضع المركز على ذمة المحتكمين قائمة من المحكمين والخبراء المحاكمين بأحكام الشريعة الإسلامية والقوانين الوضعية ويتمتعون بالسمعة الحسنة و النزاهة. كما يقدم المركز عدة خدمات قانونية وشرعية مساندة للصناعة المالية. قد حضر اجتماع الجمعية التأسيسية للمركز أكثر من (70) بجهة إسلامية من مختلف الدول والإسلامية الأعضاء في منظمة التعاون الإسلامي؛ حيث تم اقرر النظام الأساسي والهيكل التنظيمي للمركز

(2) مركز كوالالمبور الإقليمي للتحكيم ((KLRCAتم إطلاقه في 1978 من قبل المنظمة الاستشارية القانونية الآسيوية الأفريقية، كما يوفر المركز قواعد التحكيم في المنازعات التجارية على أساس المبادئ الإسلامية. هكذا، تتوافق الإجراءات والحكم من حيث المبدأ مع خصوصية الشريعة.

فيها للقوانين بعدم التعارض مع الشريعة الإسلامية" وهنا نطبق التحكيم الإسلامي.

يمكن للمؤسسات المالية الإسلامية استدراك ما فاتها من عقود مبرمة على أنّ في حال النزاع يتم اللجوء للقضاء بصورة التحكيم "عبر المشارطة" والعقود الجديدة بصيغة التحكيم "شرط التحكيم" أو " شرط التحكيم بالإحالة" وبهذا فتصحح عقودها السارية والجديدة.

التوصيات

يوصي الباحث بإلزام المؤسسات المالية الإسلامية بحل النزاعات يوصي الجهات والهيئات بتأسيس مركز متخصص في تسوية النزاعات مثل المركز الإسلامي الدولي للصلح والتحكيم وتفعيلها في المعاملات المالية الإسلامية والذي سيقلص من المخاطر القانونية التي تتعرض لها.

المراجع

1. ابن فارس (مقاييس اللغة)
2. ابن منظور، لسان العرب،
3. كتاب (العين)
4. ابن نجيم، البحر الرائق شرح كنز الدقائق،
5. الحصكفي، (الدر المختار)
6. مجلة الأحكام العدلية،
7. صحيح البخاري صحيحه، كتاب المغازي،
8. صحيح مسلم كتاب الجهاد والسير
9. المبسوط للسرخسي ج21،
10. الأصل لمحمد بن الحسن ج11،
11. القاموس المحيط
12. لسان العرب
13. مجمع البحرين
14. عبد الرحيم بن سلامة، التحكيم في الشريعة الإسلامية والقانون الوضعي مجلة الإحياء العدد 13، تصدرها رابطة علماء المغرب.
15. مجلة مجمع الفقه الإسلامي، ج6
16. الموسوعة الفقهية الكويتية، ج10
17. عبد الكبير العلوي المدغري، التحكيم وموقعه من القضاء في الشريعة الإسلامية، مطبوعات وزارة الأوقاف والشؤون الإسلامية،
18. الفقه الإسلامي وأدلته للزحيلي، ج8
19. روضة القضاة وطريق النجاة، ج1
20. قواعد الأحكام، لابن عبد السلام
21. نظام القضاء في الشريعة الإسلامية، عبد الكريم زيدان
22. الخلافات المالية وطرق حلّها في الفقه الإسلامي – سعدي حسين علي جبر – دار النفائس – الأردن– 2003م.

رئيس التحرير
المشارك حنان علي نعمه

"التحكيم المؤسسي العراقي بين الواقع والتوقع"

د. وصال نعمه

(العراق)

مجلة IAFA ISSN 1737-7161 للعلوم الإنسانية والاقتصادية والقانونية
رئيس التحرير الدكتور حنان علي نعمه

المقدمة:

نظراً لأهمية التحكيم–لاسيما التحكيم التجاري– كوسيلة لفض المنازعات، فقد أزداد اهتمام الباحثين بموضوعاته المختلفة، فتناولوا العديد منها بالتحليل تارة وبالنقد تارة اخرى، فضلاً عن المقارنة بين قواعد التحكيم في قوانين الدول المختلفة، على اعتبار أن التحكيم كقضاء خاص قد يكون تحكيم وطنيا وتحكيم دولي. وتجدر الأشاعرة الى أن هذا التزايد في الاهتمام بجوانب التحكيم المختلفة، لا يمس حقيقة أن التحكيم نظام قديم قدم المجتمعات الإنسانية ذاتها، وقد كان للتحكيم أنماطاً متعددة، اختلفت باختلاف العصور والحضارات، وتطور تتبعاً للتطورات الاجتماعية والسياسية والاقتصادية التي لحقت بسائر المجتمعات والتي كان لها الفضل في أن يضحى التحكيم كقضاء خاص– وسواء كان التحكيم التجاري الوطني أو التحكيم التجاري الدولي– بمثابة متطلب ضروري هام لا يمكن الاستغناء عنه

لذلك أضحى التحكيم الطريقة المفضلة نتيجة التطور الاقتصادي وتزايد الاستثمار العالمي لفض النزاعات الدوليه خارج منظومة القضاء الوطني الذي قد يكون منحازا للطرف الوطني والتي قد تكون الدول أطراف فيها أو يكون النزاع الناشىء بين أشخاص طبيعيين أو بين مؤسسات (أشخاص اعتباريون) الذي يوفر ضمانات وثقة للمستثمرين. وكنتيجة لهذا الاهتمام المتزايد أدى الى زيادة التشريعات المتناسقة لقوانين التحكيم بواسطه محكمين متمرسين ذوي اختصاص في نظام التحكيم. الممارسات المتناسقة في التحكيم ماهي الا امتداد لبعض القواعد لمراكز دوليه ظهرت بمراحل متقدمة من القرنيين المنصرمين، كمركز غرفة التجارة الدولية (ICC)، جمعية التحكيم الأمريكية (AAA)، ومحكمة لندن الدولية للتحكيم (LCIA). وبجانب هذه القواعد تأتي أحكام التحكيم المحلي التي تقوي وتدعم قواعد هذه المراكز وبالتالي تدعم منظومة التحكيم كنظام متقدم موثق به من قبل الاطراف للجوء الى هذه المراكز بدلا عن المحاكم الوطنية لفض نزاعاتهم. معظم أحكام التحكيم الوطنية جاءت منبثقه من قواعد التحكيم النموذجية للأمم المتحدة –اليونسترال (UNCITRAL) بهدف زيادة كفاءة عملية التحكيم وتقليل تدخل القضاء

الوطني لتكون ضمن حالات محدودة. ولذلك كانت النتائج مذهلة على حد سواء بالنسبة لقوانين وممارسات التحكيم.

مجلة IAFA
ISSN 1737-7161 :الترقيم الدولي
4157/2018 :الإيداع القانوني
للعلوم الإنسانية والاقتصادية و القانونية
رئيس التحرير
المشارك من طرف المعهد

ويعتبر التحكيم التجاري المؤسسي الذي هو محور بحثي هذا ما هو ألا وسيلة قانونية لحسم المنازعات عن طريق مركز تحكيم ينظم دائمي لحل المنازعات الناتجة عن الأعمال التجارية الناشئة أو التي ستنشأ بين أطراف النزاع سواء كانت عقدية أم غير عقدية بموجب اتفاق أطراف النزاع والخضوع لحكم وقواعد وإجراءات المركز التحكيمية وإذا شاءوا محكم يهمن بدء العملية التحكيمية وإلى حين حسم النزاع وصدور حكم ملزم.

سوف يتضمن هذا البحث ما يلي:

أولا: لمحه تاريخيه عن التحكيم المؤسسي

ثانيا: ثانيا تعريف التحكيم التجاري المؤسسي في الاصطلاح التشريعي

ثالثا: نواع التحكيم

رابعا: اهم المؤسسات التحكيمية العالمية والعربية

خامسا: مصادر قوانين التحكيم في الدول العربية

سادسا: واقع التحكيم المؤسسي في العراق

سابعا: الاتفاقات الدولية التي انضم لها العراق

ثامنا: التوصيات

أولا: لمحه تاريخية عن التحكيم المؤسسي

أن المتتبع لتطور نظام التحكيم يجد أن في الاصل أعتبر التحكيم وسيلة لفض النزاعات ويبدوا أن التحكيم قد عرف في المراحل الاولى لتكوين الفكر القانوني لدى الانسان وتطور بتطور المجتمعات البشرية حتى وصل الى هذه المرحلة التي نشهدها في عصرنا الحالي. مثلا كان التحكيم هو الوسيلة التي تفض بموجبها النزاعات في المراحل الاولى من الحضارة في العراق القديم[1]. حيث أن أكبر الاعضاء سنا في كل مشترك هو من يقوم بالتحكيم ولم تكن عملية التحكيم تعتبر عملا

[1]عرف السومريين التحكيم في بلاد وادي الرافدين (العراق) وتحديدا في جنوب العراق حيث عثر على لوح حجري ينص على أتفاقية تحكيم بين مدنيتين كتب باللغه السومريية نصوص معاهدة صلح أبرمت بين مدينتي (لجش) المعروفة اليوم بأسم (تلو) قرب الشطرة ومدينة (أوما) القريبه منها،وتعرف اليوم أنقاضها (جوخي جوخه) وكان بين هاتين المدنيتين نزاع حول تحديد الحدود ومياه الارواء، فالتجاء الى التحكيم وكان الحكم ملكا محايد من ملوك (كيش) وهي الأن (تل الأحمير) قرب (الحلة) وأسمة (مسيلم) الذي قام بالوساطه بتحديد الحدود بنصب أقامة بين المدينتين .وتصت المعاهدة على وجوب أحترام الحدود بين المدنيتين وعلى شرط التحكيم لفض أي نزاع ينشاء بخصوص الحدود- عقد التحكيم في الفقه الاسلامي والقانون الوضعي –انظر صفحة 39

مستقلا عن سياق المجتمع وأنماء كانت تتم في سياق الوظيفة العامة للمجتمع، والعقوبة التي تترتب عليها تتم باسم المجتمع أيضا. وأصبح حكم التحكيم الذي يلجاء اليه المتخاصمون من السوابق القضائية التي أصبحت مصدرا مهما القانون المدون فيما بعد. أيضا عرف قدماء الإغريق التحكيم، فكان يفصل في المنازعات بين دويلات المدن اليونانية مجلس الدائم للتحكيم (الامفيكتيوني). كما أنهم عرفوا معاهدات التحكيم الدائم بالإضافة الى حالات التحكيم المنفردة. ولقد أقتصر التحكيم لدى الرومان في القانون الخاص ولم يعترفوا بالتحكيم الدولي لانهم أنكروا المساواة بين الدول[1].

في عصر ما قبل الاسلام ساد النظام القبلي بعاداته وتقاليده وكان للعرب حكامها الذين عرفوا برجاحة العقل وسعة الأدراك والعدل والصدق في اعطاء الأحكام، ولم تكن لهم سلطة تشريعيه لسن القوانيين، فالحكم أو الحاكم لم يكن عملة رسميا من أعمال الحكومة كما هو معروف لدينا الان، وأنما كان القضاء أمرا يعود الى الناس، إن شاؤوا رجعوا الى عقلاء الناس في الحي لفض النزاع، وأن شاؤا اختاروا حكما يرتضونه بينهم ليقضي بينهم. وليس بالضرورة كان الحكام من رؤساء القبيلة بل هم من الذين برزوا في معرفتهم بطبائع وأصول وأعراف الناس. ومن الثابت أن الناس في الجاهلية كانوا يتحاكمون الى الرسول محمد (صلى الله عليه وسلم). حيث أحتكم العرب لديه في وضع الحجر الأسود عند بناء الكعبة وقد أنتهى النزاع بحكمه.

أما بعد اللإسلام فقد وردت أحاديث نبوية شريفه كثيرة وأخبار وردت عن الصحابة والتابعين عن وقائع كثيرة جرى فيها التحكيم لفض النزاع ومن وقائع التحكيم المشهورة في عصر الخلافة الراشدة أشهرها تحكيم بين علي بن ابي طالب ومعاوية بن أبي سفيان في واقعة صفين أبا موسى الاشعري وعمرو ابن العاص رضي الله عنهم[2].

تطور التحكيم خلال القرون الوسطى في البلاد الاوربية حتى أصبح نظام مألوف لفض النزاعات الدولية. وساعد على هذا التطور نفوذ البابا وبعض الملوك، فكانت الدولة المسحية تتحكم في منازعاتها في تلك العصور الى البابا او الامبراطور وكان القرار الصادر منهما يتخذ في الغالب صفه حكم قضائي صادر من أعلى سلطة روحية. والى جانب هذا القضاء الصادر من السلطة العليا، كان

[1] قحطان عبد الرحمن الدوري، عقد التحكيم في الفقه الاسلامي والقانون الوضعي عمان 2002، ص40

[2] قحطان عبد الرحمن الدوري، عقد التحكيمفي الفقه الاسلامي والقانون الوضعي، عمان 2002، ص70

يتم تعيين المحكميين من كبار رجال القانون او إحدى الكليات القانون المشهورة. كما كان يتبع في اختيار المحكمين مبدأ تحكيم (الأقران)، وبمقتضى هذا المبدأ كان يختار الأمراء المتنازعون محكما من بين الامراء الأخريين، وتحتكم المدن المتنازعة الى مدن الأخرى وهكذا. وفي أواخر العصور الوسطى أبرمت اتفاقيات تحكيم بين الأمراء تناول بعضها فض النزاعات التي تنشأ في المستقبل كما نص على الإجراءات الدائمة للتحكيم. ولقد أشتهر الاتحاد السويسري للتحكيم في تطوير أساليب التحكيم حيث يقوم هذا الاتحاد على شبكة واسعه من معاهدات الاتحاد والتحكيم المعقودة بين المقاطعات التي يتكون منها الاتحاد.

خلال القرن السادس عشر ظهرت حركات الاصلاح الديني، حيث فقد البابا والامبراطور سلطته العليا على الدولة وكانت تعتبر الدول نفسها ذات سيادة ومستقله عن غيرها من الدول، فأخذت الدول المتنازعة تحتكم الى رئيس دولة أخرى تطبيقا لفكرة تحكيم الأقران السابقة. الا أن مبالغة الدول في التمسك بالسيادة المطلقة قد عرقل وأضعف نظام اللجوء الى التحكيم خلال القرنين السابع والثامن عشر.

في أواخر القرن الثامن عشر كثر اللجوء الى التحكيم لفض النزاعات بين الدول الأنكلو الأمريكية وبين الدول الأمريكية حيث تبنوا فكرة اللجوء أما الى المحكم الفرد وهو مبدأ عرف على مر العصور باتخاذ رئيس دولة أو فقية أو قاضيا معروفا كمحكم. الا أن بانتهاء الحرب العالمية الأولى بداءت الدول تفضل اللجوء للفرد المعروف بدلا عن اللجوء الى رئيس دولة. أو اللجوء الى لجنة مختلطة في حينها كان يمر بمرحلتين. الاولى أن يتم اختيار اللجنة من عضوين يمثل كل طرف الذي عينة يقوم بسوية النزاع وديا. اما المرحلة الثانية والتي تكسب اللجنة صفة التحكيم بعد اضافه الى العضويين الوطنيين عضو أجنبي له القول الفصل في حسم النزاع في حال اختلاف العضويين الوطنيين.

شهد النصف الثاني من القرن التاسع عشر تطورات مهمة في التحكيم الدولي وتقدم تحكيم اللجان المختلطة باختيار رئيس محايد لا ينتمي بجنشته الى أي طرف ومن ثم تقرر بخطوة أخرى أن يكون أعضاء اللجنة من دول أجنبية لا ينتمي اليها أي طرف.

ومن ثم تداخلت الطريقتان السابقتان فظهر نوع ثالث من أنواع التحكيم القضائي المعاصر أتخذ التحكيم عن طريق محكمة التحكيم وهو وسط بين

التحكيم التقليدي والتحكيم القضاء. بحيث تتألف محكمة التحكيم من قضاة محايديين مشهود لهم بالاختصاص الفني ويصدرون قرارتهم على أساس القانون وطبقا للاجراءات منظمة، لذلك يتوافر في هذه المحكمة ضمان حيادتها واختصاصها الفني[1].

وفي عام 1899 و1907 تم عقد مؤتمرين في لاهاي طرح فيها الزامية للتحكيم لفض النزاعات التي ستمنع نشوب حروب. الا أن كلا المؤتمرين قد فشل في تحديد النزاعات التي وجوب اللجوء الى التحكيم فيها وفشلا في أنشاء محكمة عدلية دولية ولكنهما نجحا في تدوين اجراءات التحكيم وانشاء محكمة التحكيم الدائمة.

ولقد بذلت الأمم المتحدة الجهود أواخر القرن الماضي لتطوير التحكيم عن طريق تحقيق التحكيم الإلزامي وضمان استقلال هيئات التحكيم الدولية وعدم انحيازها وأجياد السبل الكفيلة التي ما قد يمنع تكوين محكمة التحكيم أو يحول دون اتمام مدتها في فض النزاع. فجاء برتوكل جنيف الذي أقرتة الجمعية العامة للعصبة عام 1924 ولكن لم يصبح نافذ وذلك لعدم مصادقه العدد الالزم من المطلوب علية.

ثم في عام 1928 وضعت ميثاق التحكيم العام والذي وافقت علية الجمعية العامة للعصبة ليكون نموذجا تسير علية الدول للتسوية السلمية للمنازعات الدولية وأصبح هذا الميثاق نافذا منذ عام 1929 حتى تاريخنا. وفي عام 1958 أسفر مؤتمر دبلوماسي للتحكيم دعت اليه هيئة الأمم المتحدة عن أعداد أتفاقيه دوليه لإقرار حكم التحكيم الخارجي وتنفيذه.

ومن بعدها ظهرت مؤسسات دولية متخصصة بالتحكيم في الدول الرأسمالية والاشتراكية.

ثانيا تعريف التحكيم التجاري المؤسسي في الاصطلاح التشريعي

لقد أختلف المشرعين في تعريف التحكيم عموما والتحكيم التجاري الدولي بصوره خاصة فعند الاطلاع على نصوص قوانين التحكيم في المنطقة العربية خصوصا نجد أن المشرعين تارة يعطوا تعريفا علما وتارة لم يذكر أو يعرفوا التحكيم التجاري

[1]كما في محكمة تحكيم جنيف التي فصلت في قضية السفينة (الالباما) سنة 72 - 1871 والتي كاد النزاع يؤدي الى وقوع حرب بين الولايات المتحدة وبريطانيا-عقد التحكيم –ص72

المؤسسي بصورة خاصه. على سبيل المثال نجد أن معينة، فإن ذلك يضمن حقهما في الترخيص للغير المشرع العراقي في قانون المرافعات رقم 83 لسنة في اختيار هذا الإجراء، ويعد من الغير في هذا في1969 في المواد 251-276 الخاصة بالتحكيم الشأن كل فرد، أو هيئة، أو منظمة، أو مركز لم يتطرق الى تعريف التحكيم سواء كان تجاري، للتحكيم في المملكة العربية السعودية، أو في حر أو التحكيم المؤسسي حيث أكتفى في نص خارجها"[1]. حيث نجد المشرع السعودي لم يذكر او المادة (251) من قانون المرافعات العراقي إذ نص يعرف التحكيم المؤسسي صراحه ولكن أجاز اللجوء على" يجوز الاتفاق على التحكيم في نزاع معين، الأطراف لأي مركز سواء كان محلي أو دولي كما يجوز الاتفاق على التحكيم في جميع المنازعات باستخدام كلمة الغير.

التي تنشأ من تنفيذ عقد معين".

أيضا بالرجوع الى نصوص قانون التحكيم

في حين نجد أن المشرع المصري قد أخذ الاماراتي رقم 6 لسنة 2018 في المادة (1)، " في بالنظر الاعتبار كلا النوعين (التحكيم الحر تطبيق أحكام هذا القانون، يكون للكلمات والعبارات والتحكيم التجاري المؤسسي) دون تعريف التحكيم التالية المعاني المبينة قرين كل منها ما لم يقض التجاري المؤسسي بشكل مستقل وذلك وفق المادة سياق النص بغير ذلك: **مؤسسة تحكيم:** جهة أو 1/4 ينصرف لفظ" التحكيم "فيحكم هذا القانون إلى مركز منشأ لتنظيم إجراءات التحكيم"[2].

التحكيم الذي يتفق عليه طرف النزاع بإرادتهما الحرة

وأخيرا لابد من الاشارة الى تعريف التحكيم سواء كانت الجهة التي تتولى إجراءات التحكيم، استنادا لقانون اليونسترال لاسيما أن معظم قوانين بمقتضى اتفاق الطرفين، منظمة أو مركز دائم التحكيم الوطنية قد استندت على قانون اليونسترال للتحكيم أو لم يكن ذلك".

النموذجي للتحكيم التجاري الدولي 1985 بإعداد

اما المشرع السعودي في نظاما لتحكيم قانونها الخاصبالتحكيم أمابأخذ قانون التحكيم السعودي رقم 34 لسنة 1433 في نص المادة رقم النموذجي كما هو بدون تعديل أو بتعديل جزء من 4 "في الأحوال التي يجيز فيها هذا النظام لطرفي نصوص ليتلائم مع طبيعة القانونية والتشريعية لكل التحكيم اختيار الإجراء الواجب الاتباع في مسألة

[1]نظام التحكيم السعودي رقم 34 لسنة 1433

[2]قانون التحكيم الاماراتي رقم 6 لسنة 2018

بلد[1]. حيث ورد في القانون النموذجي اليونسترال للتحكيم التجاري فينص المادة 3 (أ)، التحكيم "يعني أي تحكيم سواء تولته مؤسسة تحكيم دائمة ام لا"[2]

ثالثا: أنواع التحكيم

يمكن تقسيم أنواع التحكيم إلى عدة تقسيمات، حيث يمكن تقسيمها من حيث الإرادة إلى تحكيم اختياري وآخر إجباري" قسري"، كما يمكن تقسيمها من حيث السمة المكانية للتحكيم إلى تحكيم داخلي "وطني "وتحكيم أجنبي وتحكيم دولي، وأيضاً يُقسَّم من حيث تقيده بتطبيق القانون إلى تحكيم بالقانون "التحكيم العادي " وآخر تحكيم مع تفويض بالصلح "التحكيم المطلق"، وأخيراً يمكن تقسيمه من حيث الجهة المباشرة له تحكيم حر وآخر "نظامي " مؤسسي.

- **التحكيم الاختياري والتحكيم الإجباري:**

الأصل في التحكيم هو حرية الأطراف اختيارهم اللجوء الى التحكيم بدلا عن المحاكم الوطنية لما يتمتع به من سرعه وسرية وكذلك المرونة في اختيار الأطراف لمحكميهم وتعتبر معظم التشريعات قد أجازت هذه الحرية للأطراف.

يتخذ التحكيم الإجباري صورة من صورتين أولهما أن يكتفي المشرع بغرض التحكيم ويترك للخصوم حرية اختيار القائم بالتحكيم (المُحكَم) وتحديد الإجراءات المتبعة في التحكيم. وأما عن الصورة الثانية فتتحقق من خلال قيام المشرع بوضع تنظيماً التزاما لإجراءات التحكيم ولا يكون لإرادة الخصوم أي دور آنذاك.

أو أن التحكيم الإجباري هو الذي ينص المشرع على الالتزام بالالتجاء إليه كطريق لحل النزاع وهو غالباً ما تسبقه إجراءات للتفاوض نص عليها القانون حتى إذا تعذرت التسوية الودية تعين طرح النزاع على هيئة التحكيم الذي نص القانون على تشكيلها والتي تصدر أحكاماً يجرى تنفيذها بالطرق الجبرية بعد وضع الصيغة التنفيذية عليها فهذا النوع من التحكيم هو بمثابة قضاء استثنائي قدر المشرع أنه الأجدر والأقدر على حل بعض أنواع من المنازعات لها طبيعة خاصة مثل منازعات العمل ومنازعات الضرائب والجمارك. وقد فرض المشرع المصري نظام التحكيم الإجباري في صور

[1]Nigel blackaby and Constantine with alanredfern،international arbitration p 63

[2]قانون اليونسترال النموذجي للتحكيم التجاري الدولي 1985 والمعدل 2006

معينة من المنازعات ومنها ما ورد في قانون الجمارك رقم 66 لسنة 1963 المعدل بالقانون رقم 88 لسنة 1976 وأيضاً القانون رقم 75 لسنة1980 والقانون رقم 48 لسنة1977 الخاص بإنشاء بنك فيصل الإسلامي والقانون رقم 11 لسنة1991 بشأن الضريبة العامة على المبيعات والقانون رقم95 لسنة 1992 بشأن سوق رأس المال. وقد انتهت المحكمة الدستورية إلى عدم دستورية للتحكيم الإجباري وذلك لمخالفتها للمادة 68 من الدستور المصرى الصادر عام 1971 والتى ورد فيها أن: "التقاضي حق مصون ومكفول للناس كافة، ولكل مواطن حق الالتجاء إلى قاضيه الطبيعي، وتكفل الدولة تقريب جهات القضاء من المتقاضين وسرعة الفصل في القضايا[1]. والتحكيم الإلزاميا والاجباري غير معروف في العراق حيث يتم طرح المنازعات التي تثور بين مؤسسات وشركات الدولة على التسوية الودية التحكيم الوطني او الداخلي وتحكيم اجنبي او دولي[2].

•التحكيم بالصلح والتحكيم بالقانون:

يقصد بالتحكيم بالصلح هو أن يفوض المحتكمون هيئة التحكيم في ان لا تتقيد بقانون معين وأن تحكم بما تراه عدلاً. فلا تتقيد إلا بما يمليه عليها النظام العام ففي التحكيم بالصلح ليس هناك قانون إجرائي أو موضوعي يتقيد بهما المحكم. أما التحكيم بالقانون فهو الذي يلتزم فيه المحكمون بقانون يحدده المحتكم ونفي تقيد في حكمه بقواعد القانون الموضوعي، وهذا النوع من التحكيم يعد من أكثر أنواع التحكيم شيوعاً وتقرهُ قوانين التحكيم في معظم الدول العربية. وقد أشار قانون المرافعات المدنية العراقي النافذ في المادة 265 منه إلى المحكِّم بالقضاء، إذ يحق للمحكمين الذين فوِضوا بالحكم أن يسيروا على الإجراءات المحددة في قانون المرافعات مالم يتفق طرفا النزاع صراحةً على عدم التقيد بيها.

حيث تنص المادة 1/265 على أنَّه: يجب على المحكمين إتباع الأوضاع والإجراءات المقررة في قانون المرافعات إلا إذا تضمن الاتفاقُ على التحكيم أو أي اتفاق لاحق عليهِ إعفاء المحكمين كمها صراحةً، أو وضع إجراءات معينة يسير عليها المحكمون. اذا كان المحكمون مفوضين بالصلح

1المستشار الدكتور محمد الشهاوي رئيس محكمة الاستئناف العالي، ورقة عمل أطلاله على قانون التحكيم على موقع اكاديمية العدالة، https://justice-academy.com/1-introduction-commercial-international-arbitration-2/#_ftn36

2من منشورات الموقع الرسمي الاكاديمية الدولية للوساطة والتحكيم، https://iamaeg.net/ar/publications/articles/compu . lsory-arbitration

يعفون من التقييد باجراءات المرافعات وقواعد القانون الا ما تعلق منها بالنظام العام.

- **ومن حيث الجهة التي تتولى تنظيم التحكيم الى التحكيم المؤسسي او التحكيم الحر:** التحكيم المؤسسي هو ذلك التحكيم الذي يجري بحسب إ رادة الأطراف بمعرفة هيئة دائمة للتحكيم تتولى إدارة عملية التحكيم من بدايتها إلى نهايتها واصدار الحكم. ويُعرف بأنه: التحكيم الذي يتفق فيه الأطراف على إحالة المنازعات التي ستنشأ أو التي نشأت بالفعل إلى التحكيم أمام إحدى مؤسسات التحكيم الدائمة، إذ تتولى العملية التحكيمية من بدايتها منذ تلقي الطلب وحتى إصدار حكم التحكيم عن طريق أجهزتها الإدارية ولوائحها الخاصة. اما التحكيم الحر هو الذي يتفق طرفا الخصومة على اختيار محكميهم و القانون الاجرائي والموضوعي بدون اللجوء الى مركز او مؤسسة تحكيمية معينة للفصل في النزاع بينهما طبقا لشرط التحكيم الوارد في العقد او باتفاق لاحق للعقد بالتحكيم يبرم بعد نشوء النزاع[1].

رابعا: أهم المؤسسات التحكيمية العالمية والعربية

نتيجة تنوع العلاقات التجارية ومن ثم النزاعات الناشئة عنها في إطار القوانين المختلفة المنظمة لهذه العلاقات، أدت إلى أهمية اللجوء إلى الهيئات الأكثر تخصصا كبديل عن القضاء لتسوية المنازعات، مما أدى إلى ظهور مراكز تحكيم متخصصة لها عدة مسميات. فقد شهد العصر الحديث ظاهرة أنشاء العديد من مراكز التحكيم الدائم التي تتيح لأطراف العقود الدولية والتجارية الاستفادة من خدماتها وقبول اختصاصها، سواء مقدماً في بنود التحكيم الواردة في العقد أو بعد ظهور النزاع بالنص في مشارطة التحكيم لإحالة النزاع إلى مركز من مراكز التحكيم التجاري المؤسسي، فظهرت العديد من مراكز التحكيم التجارية عالمياً وعربي.

يقوم عدد متزايد من المؤسسات بإدارة التحكيم أو المطالبات بعضها يخدم تجارة أو صناعة معينه والبعض الأخر في المقام الأول يخدم بلد أو منطقة جغرافية معينه. لكل منها مجموعة من القواعد الخاصة بها، وغالبا ما تستند

[1]محمد سليم العوا، ماجد خلوصي، محمد ناجي دربالة، التحكيم في الشريعة الاسلامية والنظم الدولية، ص 121

على قواعد اليونسترال[1]. بالإضافة الى أن كل مركز لدية الشكل النموذجي الخاص بشرط التحكيم حيث من المعقول وليس بالضرورة استخدام أحد هذه النماذج أذا كان سيتم تبني التحكيم المؤسسي.

نظرا للعد الكبير من المؤسسات والمراكز التحكيمية في العالم وحقيقة استمرار تزايد أعداد المؤسسات التحكيمية، فليس من الممكن عمليا أدراجها جميعها في هذا البحث ولكن سيتم تسليط الضوء على بعض أهم المؤسسات المعروفة دوليا وإقليميا بشكل موجز.

يوجد العديد من مراكز التحكيم عالميا وحيث ان معظمها ان لم يكن كلها لديها قواعدها الخاصة والاداريين والتي تختلف في العدد من مركز الى اخر:

- **LCIA – محكمة لندن للتحكيم الدولي :** وهو من اقدم مراكز التحكيم الدولية ففي عام1883 قام المجلس التجاري في لندن بوضع الخطة لانشاء المحكمة حيث كانت في بدايتها كمحكمة محلية لحل المنزاعات التجارية في نطاق مدينة لندن. وعلى مدى عقود مرت بتغيرات ونتيجة تزايد الاهتمام بتوسيع نشاطها ليشمل المنازعات الدولية أصبحت محكمة دولية عام 1991[2] ولها قواعد خاصة بها صدرت عام 1985 وتم تحديثها عام 2020[3].

- **ICC –محكمة التحكيم في غرفه التجارة الدوليه بباريس:** أنشأت سنة 1923 لدى الغرفة التجارية محكمة للتحكيم وهي محكمة دوليه خاصه غير حكومية من مجلس مكون من ممثليين لأكثر من 60 دولة ولها لجان وطنية ولقد كان العراق يملك لجنة وطنية عراقية تابعة لغرفة التجارة الدولية وعضو فيها منذ عام 2-12-1970 ويتم الرجوع اليها من الغرفة للاستشارة بأمور التحكيم لكن العراق حلها وأنسحب من عضوية اللجان الوطنية إذ تعد هذه اللجان بمثابة المراكز التي

[1]مثال ذلك قواعد التحكيم السويسريه حيث استندت الى قواعد اليونسترال مع بعض التغييرات التي اعتبرت مفيدة وايضا قانون التحكيم البحريني

[2]يمكن الرجوع الى موقع المحكمة للمزيد من المعلومات عن التغييرات التي مرت بها المحكمة وصولا الى كيانها الدولي الحالي-

https://www.lcia.org/Dispute_Resolution_Services/lcia-arbitration-rules-2020.aspx

[3]-يمكن ايجاد القواعد لأخر نسخة على موقع المحكمة https://www.lcia.org/Dispute_Resolution_Services/lcia-arbitration-rules-2020.aspx

تمد الغرفة بكل ما تحتاجه من معلومات خاصة بالتجارة الدولية في البلاد التي توجد بها هذه اللجان[1].

مجلة IAFA ISSN 1737-7161 الترقيم الدولي 4197/2018 للعلوم الإنسانية والاقتصادية والقانونية

•AAA–جمعية التحكيم الأمريكية : تم أنشائها عام 1926 وهي منظمة غير حكومية غير ربحية في مجال التحكيم ووسائل تسوية المنازعات البديلة، ويقع مركزها الرئيسي في مدينة نيويورك، وفي 35 مكتب إقليمي في المدن الأمريكية الكبرى. وفي عام 1996 أسست جمعية التحكيم الامريكية المركز الدولي لحسم المنازعات في مدينة نيويورك[2].

رئيس التحرير
المستشار حنان علي شعره

•CRCICA –مركز القاهرة الإقليمي للتحكيم التجاري الدولي: منظمة دولية مستقلة لا تهدف إلى الربح. وقد تم إنشاء المركز عام 1979 تحت مظلة المنظمة القانونية الاستشارية لدول آسيا وإفريقيا (AALCO)–[3]إعمالاً لقرارها الصادر بجلستها المنعقدة بالدوحة عام 1978 بإنشاء مراكز إقليمية للتحكيم التجاري الدولي في آسيا وإفريقيا[4].

في عام 1979، أبرم اتفاق بين المنظمة وبين الحكومة المصرية لإنشاء مركز القاهرة لمدة ثلاث سنوات تجريبية. وبموجب اتفاقات لاحقة أبرمت بين المنظمة وبين الحكومة المصرية في أعوام 1983 و1986و1989 تم الاتفاق على استمرار عمل المركز لمدتين إضافيتين متماثلتين وبانتهائهما استمراره بشكل دائم.

وفقاً لاتفاق المقر المبرم بين المنظمة وبين الحكومة المصرية في عام 1987، تم اعتماد مركز

[1] عبد الباسط حسين، اثر تأسيس المراكز التحكيم التجارية في حسم المنازعات التجارية، رسالة ماجستير، ص7

[2] د.سليم العوا، ماجد خلوصي، محمد ناجي، التحكيم في الشريعة الاسلامية والنظم الدولية،2018، ص319

[3] اللجنة القانونية الاستشارية الآسيو-أفريقية" وهي لجنة قانونية استشارية أنشأتها حكومات الدول الأسيوية والأفريقية عام 1956 بهدف توثيق
التعاون بينهم، وهي ذات أمانه عامة، مقرها نيوديلهي بالهند، وتعقد دورات عامة، تتولي فيها اتخاذ قرارات تمس الموضوعات ذات الاهتمام المشترك ويعد العراق من الاعضاء الدائمين فيها وكانت اللجنة تضم في عضويتها وقت أنشائها سبعة دول، أما الأن فهي تضم حوالي أربعين دولة عضوا، هذا فضلا عن أستراليا ونيوزلندا كمراقبين دائمين في اجتماعات اللجنة السنوية، كما تضم عدداً من المراقبين في بعض المنظمات الحكومية ومن أربعين دولة من دول غرب وشرق أوروبا وأمريكا اللاتينية، كما تتمتع اللجنة بصفة مراقب دائم لدي الأمم المتحدة، وتعمل بصورة وثيقة مع وكالاتها،

[4] يقع المركز الرئيسي لهذه المنظمة في نيودلهي بالهند. وقد تأسست عام 1956 كإحدى نتائج مؤتمر باندونغ الذي عقد عام 1955 في باندونغ بإندونيسيا، حيث كانت هذه المنظمة تعرف إبتداءً باسم اللجنة القانونية الاستشارية لدول آسيا وإفريقيا، وذلك حتى يونيو 2001 عندما تم تغيير اسمها إلى المنظمة القانونية الاستشارية لدول آسيا وإفريقيا. وتضم المنظمة حالياً 47 دولة عضو من بين أكبر دول آسيا وإفريقيا وهي: جمهورية مصر العربية؛ البحرين؛ بنجلاديش؛ بروناي دار السلام؛ بوتسوانا؛ الكاميرون؛ قبرص؛ جمهورية كوريا الشعبية الديمقراطية؛ جامبيا، غانا؛ الهند؛ اندونيسيا؛ العراق؛ جمهورية إيران الإسلامية؛ اليابان؛ الأردن؛ كينيا؛ الكويت؛ لبنان؛ ليبيا؛ ماليزيا؛ موريشيوس؛ منغوليا؛ مينمار؛ نيبال؛ نيجيريا؛ سلطنة عمان؛ باكستان؛ جمهورية الصين الشعبية؛ قطر؛ جمهورية كوريا؛ المملكة العربية السعودية؛ سيراليون؛ السنغال؛ سنغافورة؛ الصومال؛ جنوب أفريقيا؛ سري لانكا؛ فلسطين؛ السودان؛ سوريا؛ تنزانيا؛ تايلاند؛ تركيا؛ أوغندا؛ الإمارات العربية المتحدة؛ والجمهورية اليمنية.

القاهرة كمنظمة دولية، كما تم منح المركز وفروعه كافة الامتيازات والحصانات التي تكفل استقلالية القيام بوظائفه[1].

مجلة IAFA ISSN 1737-7161 للعلوم الإنسانية والاقتصادية والقانونية
رئيس التحرير المستشار جمال كامل نعده

- **DIAC– مركز دبي للتحكيم الدولي:** تأسس مركز التحكيم والتوفيق التجاري سنة 1994 والذي تطور ليصبح الان مركز دبي للتحكيم الدولي وهو مؤسسة غير ربحية تهدف الى توفير الخدمات التحكيم وتسوية النزاعات التجارية في مجتمعات الاعمال المحلية والاقليمية والدولية[2].

- **SCCA–المركز السعودي للتحكيم التجاري:** يعد من مراكز التحكيم حديثة النشأة وهو منشأة غير ربحية تأسست بقرار مجلس الوزراء رقم 257 لسنه 1435هـ الموافق 2014 م ويتم تشكيل مجلس إدارته بأمر من رئيس مجلس الوزراء، ولا يكون أيٌّ من أعضاء مجلس إدارة المركز شاغلًا لمنصب أو وظيفة حكومية، ويمثل المركز السعودي للتحكيم التجاري المملكة العربية السعودية رسمياً في مجال التحكيم محلياً ودولياً، كما يقدم المركز خدمات بدائل تسوية المنازعات التحكيم، الوساطة وفق أفضل المعايير المهنية العالمية[3].

بالإضافة الى مراكز التحكيم المتخصصة بالنزاعات التجارية يوجد مراكز اكثر تخصصا تشمل التحكيم البحري والتحكيم الرياضي وكذلك التحكيم الاستثماري ومن ابرزها:

- **CMI–اللجنة البحرية الدولية:** وهي منظمة دولية غير حكومية لا تستهدف الربح أنشئت في عام 1897، وهدفها الإسهام بجميع الوسائل والأنشطة المناسبة في توحيد القانون البحري بجميع جوانبه. وتحقيقا لهذه الغاية، تشجع اللجنة إنشاء رابطات وطنية للقانون البحري وتتعاون مع المنظمات الدولية الأخرى[4].

وتعد اللجنة الدائمة للتحكيم البحري من هيئات أو مراكز التحكيم الدائمة ذات الطابع التجاري الدولي والمتخصصة في تحكيم نوع معين من المسائل، ألا وهي المسائل البحرية، مثل عقود الشحن، والنقل البحرية، والتأمين البحري، وكل ما يتعلق بعمليات الإنقاذ والخسائر المشتركة، وبناء

[1]الموقع الالكتروني لمركز القاهرة الإقليمي للتحكيم التجاري الدوليhttps:// crcica.org/AboutUs
[2]-https://www.dubaichamber.com/wp-content/uploads/2008/04/diac.pdfالموقع الالكتروني غرفة دبي
[3]الموقع الالكتروني للمركز السعودي https://www.sadr.org/about-scca?lang=ar
[4]للمزيد من المعلومات يمكن زيارة الموقع الالكتروني /https://comitemaritime.org/about-us

وإصلاح السفن وعقود بيع السفن، وغيرها من العقود المنشئة لحقوق عينية على السفن.

•ICSID – المركز الدولي لتسوية منازعات الاستثمار: تأسس بتاريخ 18-3-1965 تحت اتفاقية تسوية منازعات الاستثمار بين الدول ومواطني الدول الأخرى، وتسمى أيضًا اتفاقية واشنطن أو اتفاقية تسوية منازعات الاستثمار. يشكل المركز الدولي لتسوية منازعات الاستثمار جزءًا من البنك الدولي ومقره" في المكتب الرئيسي للبنك الدولي للإنشاء والتعمير الغرض من ICSID هو لتوفير التسهيلات للتوفيق والتحكيم في منازعات الاستثمار بين الدول المتعاقدة ومواطني الدول المتعاقدة الأخرى وفقا لأحكام هذه الاتفاقية. حاليا، صادق على الاتفاقية 162 دولة مع جيبوتي كونها أحدث دولة دخلت اتفاقية تسوية منازعات الاستثمار[1].

•WIPO– مركز التحكيم التابع للمنظمة العالمية للملكية الفكرية المنظمة العالمية للملكية الفكرية: هي منظمة متخصصة تابعة للأمم المتحدة، ومقرها جنيف، وافقت الجمعية العامة للمنظمة العالمية للملكية الفكرية على إنشاء مركز تحكم لديها في سبتمبر 1993، وبدأ هذا المركز في مباشرة عمله في أكتوبر 1994. ويختص مركز التحكيم التابع للمنظمة العالمية للملكية الفكرية بوظيفين رئيسيتين: مباشرة إجراءات التحكيم وإدارة الخدمات المختلفة المرتبطة بالوساطة والتحكيم في موضوع الملكية الفكرية. واللجوء إلى المركز متاح لكل شخص طبيعي أو معنوي، وذلك دون اشتراط أن

مجلة IAFA ISSN 1737-7161 الترقيم الدولي 4187/2018 للعلوم الإنسانية والاقتصادية والقانونية

رئيس التحرير
المشارك حنان علي نعده

[1]انضم العراق الى الاتفاقية بتاريخ 17-11-2015 وتنقسم اتفاقية تسوية منازعات الاستثمار إلى 10 الفصول و75 مادة، تهدف إلى:

1. طمأنة المستثمرين الأجانب وتشجيعهم على الاستثمار في دول العالم الثالث، بما يضمن تسوية المنازعات الناشئة عن هذا الاستثمار من خلال فض المنازعات التي تنشب بين المستثمر الأجنبي وبين الدولة المستثمر فيها المال الطرف في الاتفاقية، ويكون ذلك بطريق التحكيم والمصالحة وتطبق هيئة التحكيم القواعد الدولية المنصوص عليها في الاتفاقية الدولية.
2. إيجاد القواعد القانونية الموحدة التي تهدف إلى تبسيط إجراءات التوفق والاستعانة بشخصيات مستقلة لها طابع قضائي تقوم بمهمتها طبقا لقواعد محددة تقبلها الأطراف المعنية.
3. إيجاد الجو المناسب والمشجع لرأس المال الأجنبي في مجالات التنمية الاقتصادية وذلك عن طريق إيجاد توازن بين مصالح المستثمرين ومصالح الدول التي يتم فيها الاستثمار.

وبموجب هذه الاتفاقية تم إنشاء المركز الدولي لتسوية منازعات الاستثمار The International Center for Settlement of Investment Disputesويشار إليه اختصارا(ICSID) ، ويمتد الاختصاص القانوني للمركز إلى أيه خلافات قانونية تنشا مباشرة عن الاستثمار –أيا كان نوعه- بين دولة متعاقدة، بشرط موافقة طرفي النزاع كتابة على تقديمها للمركز. ولا يحق لأي من الطرفين الانسحاب من هذه الموافقة دون قبول الطرف الأخر، وعلى هذا الأساس فان مجرد انضمام الدولة إلي اتفاقية واشنطن لا يعني قبولها لتسوية المنازعات أمام الأكسيد بشكل تلقائي، وإنما يلزم موافقتها على ذلك.

يكون ممن يحملون جنسية دولة عضو في تلك المنظمة أو من المقيمين على أرضها.

•CAS- محكمة التحكيم الرياضي:

أنشئت محكمة التحكيم الرياضية عام 1984، وتوجد لديها محاكم في مدينتي نيويورك بالولايات المتحدة وسيدني بأستراليا، فضلا عن محكمة مؤقتة يجري إنشاؤها في المدن المستضيفة للألعاب الأولمبية خلال فترة إقامة الألعاب. وترتكز فكرة إنشائها حسب الموقع الرسمي للمحكمة على إيجاد «هيئة قضائية للتسوية المباشرة أو غير المباشرة لقضايا مرتبطة بالرياضة، وكذا خلق سلطة متخصصة قادرة على البت في النزاعات الدولية من خلال مسطرة مرنة وسريعة وغير مكلفة.

تتميز بأنها مستقلة عن أي منظمة رياضية، وتابعة إداريا وماليا للمجلس الدولي للتحكيم الرياضي(ICAS)، وصادقت اللجنة الأولمبية الدولية على قانونها الأساسي الذي دخل حيز العمل به منذ 30 يونيو عام 1984. وتضم المحكمة حوالي ثلاثمئة محكم ينتمون لـ87 دولة، يقع اختيارهم لمعرفتهم المتخصصة بالتحكيم وقانون الرياضة[1].

خامسا: مصادر قوانين التحكيم في الدول العربية

الأصل في أي عقد من العقود أن يكون خاضعا لقانون معين ينظمه من شروط انعقاده ابتداء وحتى تنفيذ ما يترتب عليه من التزامات بموجب هذا القانون يجب أن يحترمها كلا الطرفين ولا يشذ أتفاق التحكيم التجاري سواءا دوليا أو وطنيا عن هذا الاصل. لذلك يعتبر القانون الواجب التطبيق له دور اساسي في تعزيز ثقة المستثمرين وتعتبر قوانين التحكيم في الدول العربية قوانين حديثه بعدما كانت احكام التحكيم ضمن قانون المرافعات والتي كانت تثير الكثير من الصعوبات امام الخصوم والقضاء على حد سواء مما ادى الى تأخر تطور التحكيم بالمنطقة العربية عموما وبالعراق خصوصا الذي هو محور هذي الورقة البحثية. الا ان معظم البلدان العربية باستثناء القليل قد اعتمدت قوانين وفي معظمها مستوحى أو أسست على غرار قواعد التحكيم التابع للجنة الأمم المتحدة (اليونيسترال) وفي أحيان أخرى بعض الدول استخدمته حرفيا مع بعض التعديلات التي تناسب كل سلطه قضائية

[1] من ويكيبيديا، الموسوعة الحرة

ومن بين بعض الدول التي سنت قانون خاص للتحكيم وهي:

- مصر والتي تطبق قانون التحكيم المصري رقم 27 لسنه 1994؛
- اليمن تطبق قانون التحكيم اليمني رقم 22 لسنة 1992 والمعدل سنة 1997
- سوريا قانون التحكيم السوري رقم 4 لسنه 2008
- السعودية تطبق نظام التحكيم السعودي الصادر بالمرسوم الملكي رقم م/34 بتاريخ 1433/5/24(2012)
- البحرين تطبق قانون التحكيم النمذجي عن الامم المتحدة لعام 1985 الصادر بقانون التحكيم البحريني رقم 9 لسنة 2015
- قطر تطبق قانون التحكيم القطري رقم 2 لسنة 2017
- الاردن يطبق قانون التحكيم رقم 31 لسنه 2001
- سلطنة عمان تطبق قانون التحكيم العماني رقم97/47 عام 1997 والذي تم تعديله رقم 3 / 2007 بتعديل بعض احكام قانون التحكيم
- السودان يطبق قانون التحكيم السوداني الصادر عام 2005
- فلسطين تطبق قانون التحكيم الفلسطيني رقم 3 لسنه 2000
- دولة الامارات العربية المتحدة، قانون التحكيم الاماراتي رقم 6 لسنة 2018

من الملاحظ معظم الدول العربية حديثا أصدرت قوانين الخاصة بالتحكيم والذي يعطي دلالة على تغير نظرة هذي الدول تجاة التحكيم وانخرطت مرغمة او بمحض ارادتها في التوجه الجديد الذي يجعل من التحكيم الوسيلة المفضلة لفض المنزاعات. فبالإضافة الى انضمامها الى الاتفاقيات المعنية بالتحكيم وبالأخص اتفاقيه نيويورك 1958 والتي تتضمن على الدول المنضمة للاتفاقية الاعتراف بالأحكام الاجنية وتنفيذها الا انها لم تتوقف عند هذا الحد وأرتأت الى أعادة النظر في تشريعتها الداخليه لتعيد الاعتبار لنظام التحكيم وبالتالي تعزيز حركة الاستثمار وثقة المستثمرين. أنه جدير بالذكر أن مصر تعتبر من وائل الدول العربية التي صادقت واعترفت باتفاقية نيويورك وذلك في عام 1959/3/9 في حين بعض ان العراق مؤخرا في نوفمبر 2021 قد انضم الى اتفاقية نيورك التحكيم بعضها صادقت علية بدون تحفظات

بينما البعض الأخر بتحفظات[1]. بالأضافة تعتبر مصر أول من أصدرت قانونا للتحكيم سنة 1994 وأيضا هي من البلدان الرائدة (عربيا) في تطور التحكيم المؤسسي وذلك بأنشاء مراكز متخصصة بالتحكيم مثل المركز القاهرة للتحكيم التجاري الدولي سنة 1979 للتحكيم والمركز العربي للتحكيم سنه 1990 وغيرها. وتتشابة القوانيين العربيه في الكثير من الأوجه ويرجع هذا التشابه الى وحدة المصدر الذي أستمدت القوانين العربية وهي قوانين المرافعات المصرية ماعدا القانون اللبناني المستمد من القانون الفرنسي.

من جهة أخرى لاتزال العديد من الدول العربية لم تنتهج هذا النهج وظلت قوانينها الخاصة بالتحكيم بدون تطور، ومن بين الدول العربية على سبيل المثال لا الحصر:

- العراق يطبق قانون المرافعات المدنية رقم 83 لسنة 1969؛
- الكويت يطبق قانون المرافعات المدنية والتجارية رقم 30 لسنة 1980؛
- لبنان يطبق قانون اصول المحاكمات اللبناني المرسوم الاشتراعي رقم 83/90؛
- الجزائر يطبق قانون المرافعات الجزائري؛
- ليبيا يطبق قانون المرافعات المدنية والتجارية لسنة 1953؛
- تونس يطبق قانون المرافعات التونسي رقم 42 لسنة 1993 وقانون مجالس التحكيم في نزاعات الشغل الجماعية رقم 539 لسنة 1995[2].

سادسا: واقع التحكيم المؤسسي في العراق

لقد كان التحكيم معروفا في العراق لدى مدينتي "لكش وأوما" السومريتين جنوب العراق قبل خمسة الاف سنة، حيث عثر على لوح حجري كتب عليه باللغة السومرية نصوص معاهدة صلح ابرمت قبل خمسة الاف سنة تضمنت تلك المعاهدة على احترام خندق الحدود بين الدولتين كما تضمنت اشتراط فض اي نزاع ينشاء بين هذين الدولتين بشأن الحدود عن طريق التحكيم[3].

كما أسلفنا سابقا أن التحكيم ليس من صنع التشريعات الوضعية، وانما هو ثابت بكتاب الله وسنة رسوله وأجماع الفقهاء عليه وتعتبر أحكام

[1] United Nations –Web site
[2] قوانين التحكيم العربية وفعاليتها بنشر ثقافة التحكيم، مهندس ماجد ص 122
[3] ياسمين خيري، رسالة ماجستير-إثر النظام العام على اتفاق التحكيم في القانون العراقي، ص 18

المجلة العدلية (القانون المدني التركي) في عهد الدولة العثمانية وهذي المجلة كانت قائمة على المذهب الحنفي وقد نصت على التحكيم في الباب الرابع من كتاب القضاء والتي كانت ساريه المفعول في العراق حتى منتصف 1953 هي الاخرى قد اخذت بمبدأ التحكيم فجاء فيها " على القاضي قبل اصدار الحكم بالتفريق بين الزوجين في حالة عدم دوام العشرة وحصول التوفيق بينهما، أن يعين حكما من أهل الزوج وحكما من أهل الزوجة، لإصلاح ذات البين بينهما" وما جاءت به المجلة يوافق بوجه عام أقوال المذاهب الاسلامية المعروفة، وخلاصة ما جاء في أقوالهم عن التحكيم، هو أن حكم المحكم واجب التنفيذ متى كان موافقا لأحكام الشرع شأنه في ذلك شأن الصلح فكما أن الصلح بعد تمامه لا يجوز الرجوع فيه (المجلة م 1556، مدني 712)، كذلك أولى لا يجوز الرجوع في حكم المحكمين[1].

لما شرع القانون القانون المدني العراقي سنة 1951، ابقى على احكام التحكيم الواردة في المجلة ضمن ما أبقى عليه منها، غير أن قانون المرفعات المدنيه رقم 88 لسنة 1956 ألغى كتابي الدعوة والقضاء من المجلة وهما الكتابان الباقيان منها بعد تشريع القانون المدني وضع احكاما خاصة بالتحكيم، نص عليها في الفصل الرابع من الباب الثالث المواد 139 الى 149 وكانت هذي المواد بادية القصور مرتبكة النصوص تسبب عنها أشكلات في التنفيذ. مما حدا بالحكمومة التشاور مع الأساتذة : عبد الرزاق السنهوري، وحشمت ابو ستيت وعبد الباسط الجميعي في هذا الشأن لذلك جاء قانون المرافعات رقم 83 لسنة 1969[2] فقد عني بالتحكيم عناية خاصة فخصصت له في قانون المرافعات الجديد المواد 251 الى276 وعلى الرغم من اجراءات التحكيم في القانون القائم اكثر وضوحا وتبسيط منها في السابق (اغلبها مستمدة من القانون المصري) الا انها لا تزال تثير كثير من الصعوبات في التنفيذ اما الخصوم والقضاء. وقد علق حينها أجد أساتذة المرافعات المصريين في هذا الخصوص (الاخذ بنظر الاعتبار في ذلك الوقت كان قوانين التحكيم ضمن قانون المرافعات 13 لسنة 1968)، حيث قال الدكتور احمد ابو الوفا "أن المشرع وأن أجاز التحكيم، ألا أنه أحاطه بكثير من الأجراءات، بحيث يمكن الخصم سيء النية من استنفاد وقت خصمه وماله وجهدة،

[1] الوجيز في التحكيم، حسين المؤمن، ص 7

[2] الوجيز في التحكيم، حسين المؤمن، ص 8

وبعبارة أخرى، اذا كان المشرع قد وضع نظام للتحكيم ليغني الخصم عن الالتجاء الى القضاء، وما يقتضيه هذا من توفير الوقت والجهد والنفقات، فأنه مع ذلك وضع قواعد أوجب أتباعها أمام ألمحكمين، وألا ما امكن تنفيذ أحكامهم، وبناءا عليه، أذا لم تكن هذه القواعد الاخيرة واضحة وبسيطة محكمة وصالحة لتفادي اي نزاع يحدث بشأن تنفيذ أحكامهم، فأن التحكيم يكون سببا لكثرة القضايا وتعقيدها بدلا من أن تكون سببا لتفاديها ويكون من الخير المبادرة بالالتجاء الى القضاء بدل الالتجاء أليه[1]"

بالرغم من ان العراق القديم قد عرف التحكيم الا ان العراق الحديث لم يطور هذا النظام لذلك نجد ان القانون الخاص بالتحكيم ضمن قانون المرافعات كما بينا اعلاه ولم يشرع المشرع العراقي قانون خاص بالتحكيم اسوة بالدول العربية والاقليمية. بالإضافة الى ان العراق لم يصادق على اتفاقيه نيورك الخاصة بالاعتراف بحكم التحكيم الاجنبي الا مؤخرا في ابريل سنة 2021. بالإضافة الى العوامل والظروف التي مر بها العراق خلال القرن المنصرم ادت الى توقف عجلة التطوير في الكثير من البنى التحتية ومن ضمنها نظام التحكيم. حيث بعد البحث لم نجد ان العراق يمتلك مراكز تحكيمية ذات ثقل اسوة بقرينتها في الدول العربية. ومن المراكز الموجودة في العراق وهي:

- **ICIA –المركز العراقي للتحكيم الدولي:** جاء تأسيس المركز الذي تم افتتاحه سنة 2011 في محافظة النجف الاشرف وذلك نتيجة للتطورات الاقتصادية والتكنولوجية العالمية وثورة المعلومات والإتصالات في الألفية الثالثة، وانعكاسها على مجمل الإقتصادات المحلية والعالمية، فإن علاقاتها التعاقدية واستثماراتها وما ينشأ عنها من منازعات يتطلب حسمها بعيداً عن القضاء المحلي وإجراءاته الطويلة، اختصاراً للوقت والجهد.

وإعمالاً لإرادة أطراف العقد والنزاع، جاء تأسيس مركز التحكيم التجاري الدولي–النجف الأشرف ليسد فراغاً كبيراً داخل العراق في مجال حسم المنازعات الناشئة عن عقود التجارة الدولية وعقود الاستثمار(المحلية والدولية)

[1]الوجيز في التحكيم، حسين المؤمن، ص 9

وليكون رافداً قوياً لدعم مسيرة العدالة داخل العراق وخارجه عن طريق التحكيم[1].

يسعى مركز التحكيم التجاري الدولي – النجف الأشرف إلى:

1. حسم المنازعات الناشئة عن عقود التجارة وعقود الاستثمارات محليا ودولياً.
2. تقليل الخسائر المالية التي تتكبدها الشركات العراقية والأشخاص في منازعاتهم عند اللجوء إلى غرف مراكز التحكيم الأجنبية.
3. جذب رجال الأعمال والشركات الأجنبية للإستثمار في العراق لعزوفهم عن اللجوء إلى القضاء المحلي في حسم منازعاتهم التعاقدية.
4. تطوير المعرفة التحكيمية لدى الأفراد والشركات والمؤسسات العراقية لأهمية التحكيم في حسم المنازعات الناشئة عن العقود التجارية والاستثمارية بأقل الجهود وأقصر الإجراءات.
5. دعم وتطوير مسيرة العدالة العراقية عن طريق التحكيم[2].

- **منظمة تحكيم كوردستان:** منظمة مدنية مستقلة غير ربحية يعمل من أجل تحفيز تطبيق التحكيم والوساطة والصلح في حل نزاعات مشاريع الاستثمار والمقاولات والتجارية [3].

سابعا: الاتفاقات الدولية التي انضم لها العراق

- بروتوكل جنيف لسنه 1923 بشأن قرارات التحكيم: العراق انضم الى بروتوكول جنيف بشأن التحكيم لعام 1923 وصدر القانون رقم 34 لسنة 1928 وهو قانون انضمام العراق الى البروتوكول المذكور والذي تم بموجبه اعتراف العراق بشرط التحكيم الدوليون أيضاً فيه على أن محكمة التحكيم تكون خاضعة لقانون البلد الذي يجري التحكيم في أراضيه.
- اتفاقية الرياض العربية للتعاون القضائي 1983قانون رقم 110 لسنة 1983 بتاريخ 16 / 1 / 1984[4].

[1]الموقع الرسمي للمركز العراقي للتحكيم التجاري/http://www.icacn.org/about

[2]من خلال البحث في الموقع الرسمي لم يشر المركز الى اي احصائيات بالقرار التحكيمية او عدد القضايا التي تم تداولها في المركز بالإضافة الى ان الانشطة الخاصة بالمركز غير محدثة وتاد تكون متوقفة منذ عام 2019

[3]لم يتطرق الموقع الرسمي الى تاريخ انشاء المركز ولم يوفر اي معلومات عن نشاطات المركز ولم استطع ان اتوصل الى اي نشاطات او فعليات للمركز

[4]موقع التشريعات العراقية https://iraqld.hjc.iq/LoadLawBook.aspx?page=1&SC=061220059659832

- قانون تصديق الاتفاقية الموحدة لاستثمار رؤوس الاموال العربية في الدول العربية رقم (44) لسنة 1981
- عندما حصلت "الثورة" النفطية عام 1973، أرادت الدول العربية أن تستفيد من اتفاقية واشنطن بوضعها صيغة عربية لهذه الاتفاقية على شكل "اتفاقية لتسوية المنازعات ما بين الدول المضيفة للاستثمارات العربية وبين مواطني الدول العربية الأخرى". وهكذا تم الانتقال من اتفاقية دولية إلى اتفاقية إقليمية، ومن اتفاقية جاءت نتيجة للجهود التي بذلها مسؤولو البنك الدولي في واشنطن إلى اتفاقية هي ثمرة الجهود التي بذلها مسؤولو مجلس الوحدة الاقتصادية للدول المنضمة إلى الجامعة العربية. وقد تم توقيع اتفاقية تسوية منازعات الاستثمار بتاريخ 10 يونيو 1974 من قبل البلدان التالية: الأردن – السودان – سوريا – العراق – مصر – الكويت – اليمن – الإمارات العربية.

إن هذه الاتفاقية لم تكن إلا تعبيرا عن الرغبة في إنشاء سوق موحدة عربية، كانت تشكل أحد المشاغل الرئيسية المجلس الوحدة الاقتصادية العربية. وقد استكملت هذه الاتفاقية باتفاقية أخرى "الاتفاقية الموحدة الاستثمار رؤوس الأموال العربية في الدول العربية والتي دخلت حيز التنفيذ في سبتمبر عام 1981[1].

رئيس التحرير
المستشار حماد علي شعره

- اتفاقية عمان العربية للتحكيم التجاري لسنة 1987 (اتفاقية عمان / ملاحظة لم تدخل الاتفاقية حيز التنفيذ إذ لم يتم إنشاء مركز التحكيم في الرباط بالمغرب كما كان مخططاً له كما لم يتم الفصل في أية قضية تحكيم تحت رعايته منذ دخول الاتفاقية حيز التنفيذ)[2].
- كما أبرم العراق بروتوكول تشجيع انتقال رأس المال والاستثمار بين العراق والكويت الموقع عليها في عام 1964 والذي تطرق بدوره لأحكام التحكيم واعتبارها ملزمة للأطراف في حال صدورها من لجنة التحكيم.
- الاتفاقية الخاصة بتسوية المنازعات الناشئة عن الاستثمارات بين الدولة وبين رعايا الدول الأخرى (اتفاقيه واشنطن 1965– الأكسيد) ووقع العراق عليها عام 2015[3].

[1]موقع الاكادمية الدولية للوساطه والتحكيم https://iamaeg.net/ar/publications/articles/important-international-arbitration-agreements،ايضا انظر موقع مجلس القضاء الاعلى العراقي https://www.hjc.iq/view.69466/#.Yt_0owyQFd4.link

[2] موقع مجلس القضاء العراقي الاعلى

[3]موقع رئاسة مجلس الوزراء الهيئة الوطنية للاستثمار https://investpromo.gov.iq/

- تعد اتفاقية نيويورك من أهم اتفاقية فيما يتعلق بالتحكيم التجاري الدولي، وتعود أسباب وضعها إلى الرغبة في البحث عن وضع قواعد قانونية دولية تسهل الاعتراف بأحكام التحكيم الأجنبية وتنفيذها، وجاءت المبادرة من غرفة التجارة الدولية 1953 عندما قدمت مشروعا لاتفاقية تتضمن قواعد جديدة لتنفيذ أحكام التحكيم الدولية. وبعد دراسة المشروع من المجلس الاقتصادي والاجتماعي التابع للأمم المتحدة وإجراء تعديلات على المشروع المقدم من غرفة التجارة الدولية، تم وضع مشروع اتفاقية حول الاعتراف وتنفيذ أحكام التحكيم الأجنبية وعرض المشروع للمناقشة في مؤتمر للأمم المتحدة انعقد في مقرها بنيويورك في الفترة من 30 مايو إلي 10 يونيو 1958 وسميت باتفاقية الاعتراف وتنفيذ أحكام التحكيم الأجنبية[1]. وقد صادق العراق عليها مؤخرا عام 2021[2].

ثامنا : التوصيات

- ينبغي على العراق في هذي المرحلة ولأجل تنشيط حركة الاستثمار والاقتصاد لابد من أن يسرع من سن قانون خاص بالتحكيم يعنى بتنظيم عملية التحكيم بالكامل بداء من مفهومه واجراءتة وتنفيذه وعدم ترك نصوصة مبعثره ومشتته أسؤة بدول منطقتنا العربية حيث معضمها خصصت قانونا خاصا للتحكيم كما هو الحال في دوله الأمارات العربية المتحدة حيث صدر قانونها للتحكيم سنه 2018 وكان خطوة فعالة ومؤثرة على نظام التحكيم بالامارات.
- ضرورة انشاء مركز للتحكيم التجاري الدولي في بغداد العاصمة بالاستعانة بالخبرات الاقليمية كمزر دبي للتحكيم الدولي ومركز القاهرة الاقليمي ووالمركز السعودي.
- العمل على تفعيل المراكز الموجودة حاليا كالمركز العراقي للتحكيم التجاري الدولي ومركز كوردستان للتحكيم والعمل على النهوض بهذة المراكز التي انشاءت ولم تمارس دورها الفعال في حل القضايا او نشر الثقافة التحكيمية.
- انشاء شراكات مع مراكز ومعاهد اقليمية ودوليه من اجل النهوض بنظام التحكيم

[1]موقع الامم المتحدة https://uncitral.un.org/en/texts/arbitration/conventions/foreign_arbitral_awards/status2

[2]موقع قاعدة التشريعات العراقية https://iraqld.hjc.iq/Law_result.aspx

العراقي اسوة ببعض التجارب الناجحة في هذا المجال كالشراكات بين المعهد الملكي البريطاني للمحكمين والمراكز الاقليمية كمرز دبي الدولي ومكز السعودي ومركز القاهرة الاقليمي وغيرها.

- أدراج مادة التحكيم ضمن مفردات الدراسية سواء المتعلقة بالقانون أو الهندسة، كون العراق بيئة خصبة للأستثمار في قطاع الانشاءت وايضا يشهد تقدما الى حدا والذي يتطلب عوامل تعزز من هذا النشاط ومن بينها التحكيم كطريقة لتسوية المنازعات بعيدا عن القضاء الوطني والتي تعزز ثقة المستثمر بتسوية النزاع خارج منظومة القضاء العام / الوطني الذي ممكن ينحاز لطرف دون الاخر على غرار معظم الدول الإقليمية وعالميا.
- أن محاولات نشر ثقافه التحكيم ضرورية وحتميه في ظل التطورات الاقتصادية الدولية والتي بدورها تطلبت ابتداع وسائل عصرية للتسوية المنازعات سواء داخليه أو خارجية ويعتبر التحكيم الوسيلة التي تنسجم مع متطلبات العلاقات القانونية الخاصة أكثر من القضاء العام الذي يشمل كل أنواع المنازعات، من هنا أذا أردنا اشاعة ثقافة اللجوء للتحكيم كوسيلة لتسوية المنازعات على الهيئات والمؤسسات التحكيمية أن تأخذ بنظر الاعتبار أن لا تكون التكاليف باهظة للعملية التحكيمية.

مجلة IAFA ISSN 1737-7161 للعلوم الإنسانية والاقتصادية والقانونية
رئيس التحرير

- تفعيل النشاطات المتعلقة بالمؤتمرات المتعلقة بالتحكيم بالتنسيق مع الدول المجاورة والتي لها باع في هذا المجال واتاحة الفرصة للجيل الحديث المشاركة بها ولذلك للاطلاع على وضع التحكيم وفعاليته كطريقه لفض النزاعات بعيد عن المحاكم المثقلة بالقضايا وبحكام متخصصين بموضوع النزاع في جميع المجالات الهندسية، المالية، المجال الطبي. . .

المصادر

الكتب

(1) د. سليم العوا، محمد ناجي، ماجد خلوصي، التحكيم في الشريعة الاسلامية والنظم الدولية، مصر 2018

(2) قحطان عبد الرحمن الدوري، عقد التحكيم في الفقه الاسلامي والقانون الوضعي، الاردن 2001، الطبعة الثانية.

(3) د. خالد محمد القاضي، موسوعة التحكيم الدولي، مصر 2002

(4) حسين المؤمن، الوجيز في التحكيم، الطبعة الثانية 2017

(5) م. ماجد خلوصي، التحكيم في عقود الانشاءات وعقود الفديك، مصر 2020

(6) م. ماجد خلوصي، محمد حسين، قوانين التحكيم العربية وفاعليتها في نشر الثقافة التحكيمية، مصر 2020

(7) ماجد خلوصي، التحكيم والوسائل البديلة لفض النزاعات في ضوء بنود التحكيم بقانون المرافعات العراقي، مصر 2021

(8) سيد عبد النبي، التحكيم في المنازعات التجارية الدولية النظرية والتطبيق، مصر 2019

(9) المستشار الدكتور سمير جاويد، التحكيم كألية لفض المنازعات، دائرة القضاء –ابو ظبي 2014

(10) د. احمد ابو الوفا، التحكيم في القوانين العربية، الاسكندرية 2015

(11) Mahmasani ،Mahir ،Islam in Retrospect ،Recovering the Message

(12) International Arbitration ،Redfern and Hunter On ،sixth Edition ،2015

(13) The Principles and Practice of International Commercial Arbitration Margaret L. Moses ،Third Edition 2017

رسائل الماجستير واطروحات الدكتوراه

(1) عبد الباسط حسين فخري الجوادي، أثر تأسيس مراكز التحكيم التجاري في حسم المنازعات التجارية (دراسة مقارنة)، رسالة ماجستير مقدمة الى مجلس كلية الحقوق في جامعة الموصل، 2022.

(2) عبد الله محمد المحاميد، القيود الواردة على نظام التحكيم التجاري، رسالة ماجستير مقدمة الى جامعة الشرق الأوسط، الأردن، 2018.

(3) تعويلت كريم، فعالية اتفاق التحكيم التجاري الدولي اطروحة مقدمة لنيل درجة الدكتوراة الى جامعة مولود معمري، 2017

(4) الهام عزام وحيد الخراز، التحكيم التجاري الدولي في إطار منهج التنازع دراسة مقارنة رسالة ماجستير مقدمة الى لكلية الدراسات العليا في جامعة النجاح الوطنية في نابلس، فلسطين، 2009.

(5) ياسمسن خيري، أثرالنظام العام على اتفاق التحكيم في القانون العراقي رسالة الماجستير المقدمة الى جامعة الشرق الأدنىكلية الدراسات العليا في العلوم الاجتماعية برنامج القانون، نيقوسيا 2019.

البحوث والدرسات

(1) بحث المرسل الى مؤتمر موريتانيا التحكيم بديلاً للتقاضى التحكيم وسيلة لحماية وتشجيع الاستثمار

(2) هيوا علي حسين، التحكيم قضاءا اصيلا للمنازعات التجارية، بحث مقدم الى جامعة القانون في السليمانيه العراق

(3) د. خالد رأفت أحمد، إشكاليات ومعوقات تطبيق الشريعة الإسلامية في التحكيم أمام مراكز التحكيم الإسلامية، 2017

رهانات التحكيم التجاري في ظل تعاقب الأزمات الاقتصادية بين الفاعلية والتكلفة

د. إيمان البياري
(المغرب)

مجلة IAFA ISSN 1737-7161 للعلوم الإنسانية والاقتصادية والقانونية

رئيس التحرير
المستشار حنا علي نعمه

ملخص للموضوع:

لطالما كان للحروب وللأوبئة أثر مباشر على الاقتصاد العالمي وقد كان للعشرية الثانية من القرن الواحد والعشرين نصيب وافر من هذه الأزمات تمثل في تعاقب كل من وباء كورونا والحرب الروسية الأوكرانية، الأمر الذي كان له بالغ الأثر على مختلف المجالات وعلى رأسها المجال الاقتصادي حيث اشهرت عدد من الشركات التجارية افلاسها نتيجة ارتفاع الاسعار أو عجزها عن الوفاء بالتزاماتها في ظل هذه الظروف القاهرة بينما استمرت شركات أخرى في العمل ضمن ظروف صعبة، كل هذا أدى إلى إرتفاع ملحوظ في عدد المنازعات التجارية المعروضة على هيئات التحكيم التجاري.

يمتاز التحكيم التجاري بقدر كبير من المرونة هذه المرونة تجلت بشكل أكثر وضوحا مع ما عرفه العالم من أزمات حيث لجأت عدد من مؤسسات التحكيم التجاري الدولي لتقديم خدماتها بشكل إلكتروني خلال فترة الحجر الصحي مما وفر الحماية الصحية المطلوبة من جهة وقلص من التكلفة وسرع من عملية فض المنازعات نفسها الأمر الذي لم تتحه عدد من الأنظمة القضائية إلا في وقت لاحق، ويضمن التحكيم النجاعة والفاعلية من خلال سرعة البث وحماية حقوق مختلف الأطراف دون إمكانية التحيز التي قد تنتج عن ما تتمتع به مؤسسات الدولة كطرف في النزاع أمام القضاء في بعض البلدان، بالإضافة إلى انخفاض تكلفة التحكيم خاصة مع ارتفاع أسعار المواد الخام الناتج عن الحرب وما عرفته المؤسسات التجارية والقطاعات الانتاجية من صعوبات مالية، كلها عوامل جعلت من التحكيم التجاري الملجأ والملاذ الأكثر فاعلية وأمانا.

Résumé :

Les guerres et les épidémies ont toujours eu un impact direct sur l'économie mondiale et les années 20 ont eu une part importante de ces crises successives à l'épidémie de coronavirus et à la guerre russo-ukrainienne.

Cela a eu des répercussions importantes dans des divers domaines, en particulier dans le domaine économique, où un certain nombre d'entreprises ont annoncé leurs faillites en raison du Hausse des prixou de leur incapacité à respecter leurs obligations dans ces circonstances impérieuses, tandis que d'autres ont continué à fonctionner dans ces circonstances difficiles. Tout cela a conduit à une augmentation significative du nombre de litiges commerciaux devant les tribunaux arbitraux commerciaux.

L'arbitrage commercial est très souple. Cette souplesse est particulièrement évidente dans les crises mondiales. Un certain nombre d'institutions internationales d'arbitrage commercial ont eu recours à la fourniture de leurs services par voie électronique pendant la période de quarantaine, en assurant d'une part la protection sanitaire, en réduisant d'autre part les coûts, et en accélérant le processus de règlement des différends, qui n'a pas été mis à disposition que plus tard par un certain nombre de systèmes judiciaires. l'arbitrage garantit l'efficience et l'efficacité par la diffusion rapide et la protection des droits des différentes parties sans risque de partialité qui pourrait résulter des institutions de l'État en tant que parties au différend devant le pouvoir judiciaire dans certains pays, Outre le faible coût de l'arbitrage, notamment avec les prix élevés des matières premières résultant de la guerre, et les difficultés financières rencontrées par les institutions commerciales et les secteurs de production, tous les facteurs ont fait de l'arbitrage commercial le recours le plus efficace et le plus sûr.

مقدمة

رئيس التحرير
الدكتور حنان علي

يعرف العالم عددا من الأزمات المتعاقبة والمستمرة إلى يومنا هذا، ففي اللحظات التي كان الاقتصاد العالمي يحاول فيها التعافي من تأثيرات الخسائر الهائلة التي نتجت عن وباء كورونا جاءت الحرب الروسية الاوكرانية كضربة قاضية لتختل موازين القوى معلنة بداية لرسم خارطة اقتصادية عالمية جديدة.

ومما لا شك فيه أن هذه الأزمات كانت سببا مباشرا في ارتفاع عدد المنازعات التجارية، بل إن هناك علاقة ترابطية بين تراجع مستوى الاستثمار وانخفاض معدلات التداول من جهة وبين ارتفاع عدد المنازعات التجارية من جهة أخرى. ونظرا لما يوفره التحكيم التجاري من سرعة في البث وما يضمنه من سرية وخصوصية للأطراف فإنه يعتبر الملجأ الأكثر ضمانا وفاعلية خاصة في ظل هذه الظروف العصيبة. غير أن تحديد تأثير هذه الأزمات على التحكيم ورصد مدى ارتفاع عدد المنازعات من عدمه، مرتبط أساسا بما تقدمه مؤسسات التحكيم من معطيات على اعتبار أنها المصدر الأساسي لكل معطى ومعلومة بهذا الصدد. وهو الأمر الذي لم يكن دائما متاحا فمن المعلوم أن مؤسسات التحكيم شديدة التكتم حول جميع ما يتعلق بحجم وقيمة المنازعات المعروضة عليها حفاظا على خصوصية ومصالح جميع الأطراف في مجال عمل قد يعني فيه خروج معلومة واحدة للعلن نهاية وجود أعتى الشركات التجارية، فضلا عن أن هذا التكتم يخدم مصالح مؤسسات التحكيم نفسها. لكن سعيها إسوة بمختلف الجهات الفاعلة في المجال الاقتصادي لتعزيز الجهود وتبادل المعطيات والخبرات في سبيل تجاوز الأزمة وكذا للرفع من مستوى التنافس مع ما عرفه العالم من انتشار لمؤسسات التحكيم التجاري كلها عوامل ساهمت في دفع عددا من المؤسسات لمشاركة مؤشرات ارتفاع عدد المنازعات المعروضة على هيئات التحكيم حيث وصل الارتفاع إلى ما يقارب47% سنة 2020 مقابل انخفاض في معدل الاستثمار بنسبة 58% في نفس السنة [1].

وإذا كان تأثير كل من وباء كورونا والحرب الروسية الأوكرانية على ارتفاع المنازعات التجارية المعروضة على المؤسسات التحكيمية واضحا فإن

[1]JAMES NICHOLSON, MARK BEZANT, International Arbitration After the Pandemic, AN FTI CONSULTING REPORT – PUBLISHED MARCH 2022, fticonsulting, https://www.fticonsulting.com/emea/-/media/files/emea--files/insights/reports/2022

أثر هذه الأزمات على فاعلية قرار التحكيم وتكلفته لايزال محط دراسة وتحليل وسنحاول فيما يلي رصد أهم هذه التأثيرات من خلال محورين أساسيين:

- المحور الأول: فاعلية قرار التحكيم في ظل الأزمات العالمية
- المحور الثاني: تأثير الأزمات العالمية على تكلفة التحكيم

مجلة IAFA ISSN 1737-7161 الترقيم الدولي الإيداع القانوني 4197/2018 للعلوم الإنسانية والاقتصادية والقانونية
رئيس التحرير المستشار حمادي علي معزو

المحور الأول: فاعلية التحكيم في ظل الأزمات

يقصد بفاعلية قرار التحكيم مدى تحقيقه للعدالة التحكيمية بصيغة توافقية من جهة واحترامه للقوانين والنصوص التشريعية المنظمة للتحكيم بشكل عام وللقانون الواجب التطبيق بمقتضى نص اتفاق التحكيم وعدم مخالفته للقوانين الداخلية لبلد التنفيذ من جهة أخرى.

انخرطت عدد من مؤسسات التحكيم التجاري الدولي في مسار الرقمنة قبل أزمة وباء كورونا بهدف الاستفادة من الإمكانيات الكبيرة التي توفرها التقنيات الحديثة في هذا المجال حيث تضمن فض المنازعات في وقت وجيز وبتكلفة أقل، وقد دعمت عددا من الجهات الفاعلة في المجال القانوني والتجاري الحكومية منها والغير حكومية هذا التوجه عن طريق إصدار مجموعة من النصوص التوجيهية كما هو الحال بالنسبة لغرفة التجارة الدولية (ICC) التي قدمت منذ سنة 2004 دليلًا لاستخدام التقنيات الحديثة في التحكيم تضمن عددا من النقاط الهامة المتعلقة بالحفاظ على سرية المعلومات والتحقق من صحة المستندات وغيرها وأصدرت الغرفة أنذاك تقريرا مفصلا حول استخدام التكنولوجية الحديثة في التحكيم[1]. غير أن وباء كورونا جاء للتعجيل بانخراط الجميع في هذا المسار الرقمي بحيث أصبح واقعا يجب استثمار جوانبه الإيجابية لتجاوز الازمات المتلاحقة التي يعرفها العالم.

هذا الانخراط لا يتطلب فقط ربط الاتصال وعقد الاجتماعات واللقاءات عن بعد وإنما يتطلب تكييف العمل الداخلي الإجرائي لمؤسسات التحكيم مع متطلبات الرقمنة الأمر الذي يستدعي التوفر على بنية تقنية مناسبة، وهو الأمر الذي لم يكن متاحا لجميع مؤسسات التحكيم بالقدر نفسه، مما أدى بعدد منها إلى تعليق البث في المنازعات

[1]Report of the ICC Commission on Arbitration and ADR Task Force on the Use of Information Technology in International Arbitration – An UpdatedOverview of Issues to ConsiderwhenUsing Information Technology in International Arbitration

المعروضة عليها لتتدخل بعض الدول بشكل مباشر بسن نصوص قانونية تمنع مؤسسات التحكيم من تعليق عملية البث في المنازعات كما هو حال المشرع الكولومبي حيث أصدرت الحكومة المرسوم رقم 491 (2020)[1] والذي يمنع تعليق جميع الإجراءات المتعلقة بالآليات البديلة لتسوية المنازعات مالم يتم إثبات وجود صعوبات تقنية أو شخصية أو قانونية التي لا يمكن تجاوزها، وهو توجه وإن كان ظاهره فيه شيء من الشدة إلا أن باطنه فيه الكثير من المراعاة والحماية للمصلحة العامة المرتبطة باستمرار الدينامية الاقتصادية رغم الاكراهات وحماية للمصلحة الخاصة لأطراف المنازعات والمتمثلة في سرعة البث[2].

ومع ما للتقنيات الحديثة من مزايا أصبحت تفرض نفسها بقوة في مجال التحكيم إلا أنه لا يمكننا إلا أن ننصت إلى التجارب التي تؤكد خصوصية بعض الملفات التي تحتاج إلى عقد لقاءات واجتماعات على أرض الواقع فضلا عن ارتباطها بإجراء معاينات والاستعانة بخبرات لا يتصور أن تتم عن بعد، وفي مواجهة هذا التدافع بين ما توفره التقنية من مميزات وما تتطلبه خصوصية بعض الملفات لا يسعنا إلا التأكيد على ضرورة تبني الخيار الرقمي بما يوفره من امكانيات اثبتت فاعليتها خلال الأزمة مع مراعاة الحالات الخاصة التي تتطلب التنقل الشخصي للمحكمين والخبراء.

وإذا كانت التقنيات الحديثة قد ساهمت بشكل مباشر في اضطلاع مؤسسات التحكيم برهان مواكبة الوضع الحرج إبان فترة انتشار الوباء فإن الرهانات التي طرحتها تأثيرات الحرب الروسية الأوكرانية على الاقتصاد العالمي والارتفاع الغير مسبوق في أسعار المواد الخام[3] يتطلب ما هو أكثر من الجانب التقني فقط، فقد اثرت الحرب منذ أولى لحظات اندلاعها بشكل مباشر على مصير عددا من المؤسسات والشركات التجارية الكبرى عبر مختلف دول العالم بين المهددة بالإفلاس والغارقة في المنازعات، حيث إن ارتفاع أسعار المحروقات

[1]Colombia República, DECRETO 491 DE 2020 (Marzo 28)

[2] Horacio Grigera Naón , Adjunct Professor Björn Arp, Virtual Arbitration in Viral Times: The Impact of Covid-19 on the Practice of International Commercial Arbitration, set web of INTERNATIONAL AND COMPARATIVE LAW, https://www.wcl.american.edu/impact/initiatives-programs/international/news/virtual-arbitration-in-viral-times-the-impact-of-covid-19-on-the-practice-of-international-commercial-arbitration/

[3] ألفريد كامر، وجهاد أزعور، وأبيبيه آمرو سيلاسي، وإيلان غولدفاين، تشانغ يونغ ري، الحرب في أوكرانيا وأصداؤها عبر مختلف مناطق العالم، تقرير صندوق النقد الدولي، منشور بتاريخ 17 مارس 2022، الموقع الرسمي لصندوق النقد الدولي، https://www.imf.org/ar/News/Articles/2022/03/15/blog-how-war-in-ukraine-is-reverberating-across-worlds-regions-031522

والمواد الخام أدى إلى ارتفاع تكلفة إنجاز عددا من الصفقات والعقود المبرمة قبل الأزمة، بحيث أصبحت التكلفة تفوق قيمة الصفقة نفسها الأمر الذي دفع بعدد من الشركات للانسحاب والتوقف عن التنفيذ وبالتالي تحمل شروط جزائية مرتفعة قد تدفع بها نحو الافلاس المحقق.

كان الهدف الأول لدى عددا من الشركات التجارية الدولية المتواجدة في روسيا باعتبارها مقرا رئيسيا أو فرعا من الفروع خلال اللحظات الأولى من اندلاع الحرب بين البلدين هو العمل على ترحيل الموظفين والأجراء الأجانب وضمان سلامتهم والانتظار حتى تتضح معالم الوضع، ومع التطورات المتلاحقة وتوالي صدور العقوبات الاقتصادية من طرف المجتمع الدولي ضد روسيا ولجوء هذه الأخيرة إلى سن قوانين داخلية مضادة فضلا عن ارتفاع الأسعار والتغيرات المفاجئة التي عرفها سوق العملات وجدت عددا من الشركات والمؤسسات التجارية نفسها مضطرة لاتخاذ قرار إيقاف أو فسخ ما يجمعها بالمنطقة من عقود والتزامات غير أن أغلب العقود لا تشتمل على إمكانية الفسخ أو الإيقاف بإرادة منفردة لذلك فإن قرار من هذا النوع من شأنه أن يدخل المؤسسة التجارية في منازعات قانونية ليست بالهينة وإذا كانت أغلب التشريعات تعترف بمبدأ القوة القاهرة أو ما يشابهها إلا أن بعض التشريعات لا تعترف به كالتشريع البريطاني الذي لا يعتد بالقوة القاهرة وإن توفرت كل شروطها المحددة قانونا إلا إذا تم تضمينها مسبقا في العقد وعلى وجه التحديد بحيث يتم ذكر نوع القوة القاهرة والتخفيف الذي سيترتب عن توفرها ومن المعلوم أنه لا يمكن أن يكون للتحكيم أي أساسا قانوني مستقل إلا من خلال قانون بلد معين يرتضي أطراف النزاع الخضوع له وفقا لاتفاق التحكيم، ففي حالة كان القانون المتفق عليه هو القانون البريطاني أو عرض قرار التحكيم على محكمة بريطانية بهدف تذييله بالصيغة التنفيذية وكان هذا الحكم يقضي بإعمال مبدأ القوة القاهرة رغم عدم تضمينه في العقد فإن قرار التحكيم هذا لن يحظى بالموافقة عليه من طرف القضاء البريطاني لتعارضه مع القانون البريطاني وهذا ما يجعل التحكيم غالبا ما يوصف بالتعددية ويعيدنا إلى النقاش الدائر حول مدى إمكانية وجود مرجع قانوني موحد للتحكيم التجاري الدولي. [1]

[1]Rob Broom and Paul Brennan, Invoking Force Majeure Due to COVID-19 Under English Law, Squire Patton Boggs, UK – 29 April 2020, p2

وإذا كانت الشركات الدولية المرتبطة بدائرة الحرب تعلل انسحابها وعدم تنفيذها لالتزاماتها القانونية بالقوة القاهرة المتمثلة في الحرب نفسها[1] فضلا عن ما نجم عنها من عقوبات اقتصادية فرضها المجتمع الدولي على روسيا، فإن عددا من الشركات البعيدة عن هذه الدائرة والتي تأثرت بارتفاع الاسعار واقعة أيضا تحت نفس التأثير وإن اختلفت مظاهره ودرجاته ذلك أن المعاملات التجارية اليوم محكومة بواقع السوق العالمي المفتوح والتبادل الحر وحتى أقوى الانظمة الاقتصادية خاضعة لهذه المبادئ وعليه فحتى أقوى المؤسسات والشركات التجارية العالمية إما مهددة بالإفلاس أو تعاني من صعوبات بالغة، وإذا كان المبدأ الأساسي الذي يقوم عليه التحكيم هو الحلول التوافقية الرضائية فإن خصوصية المرحلة تصعب من عمل المحكمين وتجعل الوصول لحل توافقي أمرا ليس بالهين في ظل تضرر مختلف الأطراف نتيجة وضع خارج عن إرادة الجميع فيبقى الرهان هو الخروج بأقل الخسائر الممكنة لتحقيق العدالة التحكيمية.

إن تبني التحكيم من طرف مختلف الدول والأنظمة لا يعتبر وسيلة توافقية لحل المنازعات بسرعة ونجاعة أكبر بل يعتبر عنصرا فاعلا في جذب الاستثمارات الأجنبية لما يضمنه من مساواة بين جميع الأطراف حتى لو كانت إحدى مؤسسات الدولة طرفا في النزاع[2]، الأمر الذي قد لا يوفره القضاء في بعض البلدان ولا يتحقق هذا التبني والاحترام المنشودين بمجرد التوقيع على الاتفاقيات الدولية المتعلقة بالتحكيم بل لابد من الالتزام بها والعمل على تحقيق الأهداف الأساسية منها ومن التحكيم ككل، بدل التمسك بالمقتضيات التي تحددها الاتفاقيات كاستثناءات لرفض حكم التحكيم وتحويلها لقاعدة عامة في ظل الأزمات الاقتصادية حيث تسعى الدول إلى الخروج من الأزمات الداخلية أو تخفيف تأثير الأزمات العالمية من خلال تبني سياسات توفر حماية أكبر للاقتصاد الوطني في مقابل التراجع عن الالتزام بمقتضيات الاتفاقيات الدولية التي قد تمس بالوضع الاقتصادي للبلاد.

وعلى ذلك فإن تأثير الأزمات لا ينعكس فقط على كم المنازعات والإجراءات المرتبطة بها وصولا

[1]MirellaLechna-Marchewk , Anna Prigan , war as forse majeure, Posted on 3 March 2022, " Co do zasady " website , https://codozasady.pl/en/p/war-as-force-majeure

[2] ألفريد موريس دي زاياس، تعزيز وحماية جميع حقوق الإنسان، المدنية والسياسية والاقتصادية والاجتماعية والثقافية، بما في ذلك الحق في التنمية، تقرير مقدم ضمن فعاليات مؤتمر الجمعية العامة للأمم المتحدة، الدورة الثلاثون، 14 يوليوز 2015، ص 11

إلى الفصل فيها إنما يمتد لمرحلة أهم وهي التنفيذ، فإذا كان الأصل في تنفيذ قرارات التحكيم أن يتم بشكل طوعي واختياري فإنه في حال رفض المحكوم ضده التنفيذ فإن هيئات ومؤسسات التحكيم لا تتمتع بما للقضاء من صلاحيات ونفوذ لإجباره، لذلك فحكم التحكيم ورغم اعتباره سندا حائزا لقوة الشيء المقضي به إلا أنه لا يصبح سندا تنفيذيا إلا بعد إعطائه هذه الصفة من طرف القضاء، وهو الأمر الذي يعتبر مقياسا أساسيا لفاعلية حكم التحكيم، فكل حكم لا نفاذ له لا فاعلية له أيضا.

لاشك ان رفض تذييل حكم التحكيم بالصيغة التنفيذية من طرف القضاء يضع قدرا من المسؤولية على الجهة المصدرة للحكم خاصة في حال تزايد عدد الاحكام المرفوضة الصادرة عن نفس الجهة، وقد حددت اتفاقية نيويورك الأسباب المبررة لرفض حكم التحكيم بمقتضى المادتين الخامسة والسادسة من الاتفاقية حيث يجوز رفضه في حال ثبوت عدم صحة اتفاق التحكيم وفي حال ارتكاب مخالفات إجرائية جسيمة تمس بمبادئ العدالة أو اتفاق الأطراف أو قانون البلد ويرفض حكم التحكيم أيضا إذا ما قضت هيئة التحكيم بما يتجاوز اختصاصها أو تحيزت لطرف دون الأخر أو كان موضوع النزاع غير قابل للتحكيم فضلا عن إمكانية رفضه أيضا إذا ما شكل انتهاكا للسياسة العامة للدولة أو تم إلغاؤه أو تعليقه من قيل سلطة مختصة في البلد أو بموجب القانون وإذا ما رفض حكم التحكيم في بلد التحكيم فمن الممكن أن يكون ذلك سببا لرفضه في بلد أخر. الأمر الذي قد يمثل مؤشرا واضحا على عدم احترام هذه المؤسسة للشروط والمقتضيات الجاري بها العمل[1].

غير أن هناك جانبا مهما لا يمكن إغفاله خاصة في ظل الأزمات الاقتصادية حيث تسعى معظم الدول إلى إعطاء الأولوية لإجراءات سياسية تهدف إلى التخفيف من الأثار السلبية للأزمات الاقتصادية داخليا وتعزيز سيادة القوانين الوطنية مقابل تراجع في الالتزام والامتثال للاتفاقيات الدولية[2]. ومعلوم أن الاعتراف بقرارات التحكيم واعتمادها كسند تنفيذي من طرف القضاء يستمد

[1] السيد عبدالنبي محمد، التحكيم في المنازعات التجارية الدولية النظرية والتطبيق، وكالة الصحافة العربية الناشرون، القاهرة، مصر، الطبعة الأولى، 2019، ص15

[2]BerensmannKatrin, Brandi Clara, The financial crisis and international trde : the consequences for developing countries, Briefing Paper 13/2011, German Development Institute, IDOS site web, https://www.idos-research.de/en/briefing-paper/article/the-financial-crisis-and-international-trade-the-consequences-for-developing-countries/

أساسه القانوني من عددا من الاتفاقيات الدولية أبرزها اتفاقية نيويورك للاعتراف بقرارات التحكيم الأجنبية والمعتمدة من قبل المؤتمر الدبلوماسي للأمم المتحدة في 10 يونيو 1958واتفاقية واشنطن لسنة 1965 المتعلقة بتسوية المنازعات الناشئة عن الاستثمار بين الدول ورعايا الدول الأخرى، والتي بموجبها تم إنشاء المركز الدولي لتسوية منازعات الاستثمار ICSID. ومما لا شك فيه أن انتهاج مثل هذه السياسات يؤثر بشكل مباشر في فاعلية قرار التحكيم.

بالإضافة إلى تأثير ما عرفه العالم من أزمات متلاحقة على عدد المنازعات المعروضة على التحكيم، والرهانات والتحديات التي يواجهها التحكيم والمرتبطة بمدى فاعليته ونجاعته في ظل هذه الظرفية نجد أيضا رهان المتعلق بتكلفة التحكيم والذي يطرح نفسه بإلحاح في الآونة الأخيرة خاصة مع ما توفره التقنيات الحديثة من حلول وإمكانيات.

المحور الثاني: تكلفة التحكيم والازمات الاقتصادية

كان لجائحة كورونا تداعيات خطيرة على كافة مناحي الحياة الاقتصادية، لكنها شكلت تحديا أيضا لمدى قدرة المؤسسات والأنظمة الاقتصادية والقانونية على التكيف مع أزمة مفاجئة وغير متوقعة بالسرعة والكفاءة المطلوبة في عالم المال والأعمال حيث الوقت هو العملة التي لا تعرف انخفاضا.

وعليه فقد انخرطت مؤسسات التحكيم التجاري في هذا التحدي وحاولت الخروج باستراتيجيات عمل تستجيب لخصوصية الوضع عن طريق اعتماد الوسائل الالكترونية الحديثة في عقد الاجتماعات واللقاءات الأمر الذي كان له انعكاس مباشر ليس فقط على احترام الاجراءات الاحترازية من الوباء بل أيضا في تقليص النفقات والرفع من مستوى النجاعة والفاعلية عن طريق الفصل في المنازعات في وقت أسرع.

وعامل التكلفة هو عامل لا يقل أهمية عن غيره من مميزات التحكيم فلاشك أن الجميع يرغب في حل توافقي سريع وبتكلفة أقل بدل ما يكلفه اللجوء للقضاء من أتعاب المحامين والخبراء ورسوم قضائية وقانونية فضلا عن طول مدة الفصل في المنازعات وتعقيد المساطر والإجراءات، كما أن ما يضخم من تكلفة التقاضي هو ما قد يلجأ له القضاء من تجميد لرأس المال أو حجوزات تحفظية وغيرها من الإجراءات القانونية المؤقتة إلى حين الفصل في

النزاع والتي تكلف الكثير[1]، لكن السؤال الذي يطرح نفسه هو هل التحكيم متاح للجميع؟ واقع الحال أن التحكيم غالبا ما تلجأ إليه الشركات الكبرى بينما تتردد الشركات المتوسطة والصغرى في اللجوء إليه نظرا لعدة أسباب على رأسها ارتفاع التكلفة في المنازعات المتوسطة القيمة إذا ما تمت مقارنتها بتكلف التقاضي أمام المحاكم في بعض البلدان.

الأكيد أن التحكيم الإلكتروني قد فتح المجال أمام عدد كبير من المؤسسات التجارية التي ربما كانت تتردد سابقا في اللجوء للتحكيم خاصة مع الدعم الكبير والواضح من الأنظمة التشريعية والسياسية لعدد كبير من دول العالم للتحكيم وتشجيعها عليه نظرا لفاعليته ودوره في استقطاب الاستثمارات الأجنبية وتخفيفه من الضغط الواقع على القضاء وكذلك لإنخفاض تكلفته مقارنة مع التحكيم العادي[2]، ذلك أن جزءا مهما من عمل التحكيم التجاري الدولي يقوم على تنقل المحكمين والخبراء عبر مختلف المواقع المرتبطة بالنزاع والتي قد تتوزع بين عددا من بلدان العالم لعقد اجتماعات ولقاءات تفاوضية فضلا عن المعاينات وما تستوجبه من تنقل الخبراء ويضاف إلى تكلفة التنقل التكاليف المتعلقة بالرسوم القانونية وتكاليف العمل المكتبي كل هذا مرتبط بطرق العمل التقليدية التي ترفع تكلفة التحكيم[3].

ومن المفترض أن تكون تكلفة اللجوء إلى التحكيم أقل من تكلفة اللجوء إلى القضاء، لكن واقع الحال هو أن هذه التكلفة ليست بالهينة وأنها كفيلة بإثقال كاهل الأطراف، إذ يتم احتساب الأجور باحتساب ساعات العمل والتي تتراوح بين 1500 و4500 ساعة عمل بمعدل أجر ما بين 300 دولار و450 دولار للساعة الواحدة ف يالقضية الواحدة يضاف إليها أتعاب الخبراء والرسوم القانونية. لكن انتشار مؤسسات التحكيم عبر مختلف دول العالم جعل من هذه التكلفة تتجه نحو الانخفاض بفعل التنافسية ليصبح الرهان مرتبطا بتناسب التكلفة مع الجودة والفاعلية[4].

[1] حيدر ضياء طالب مناف، عقد النقل البحري للبضائع والحاويات في التحكيم التجاري الدولي، المصرية للنشر والتوزيع، مصر، الطبعة الأولى، 2020، ص 15

[2] حسين الماحي، انعكاسات العولمة على التحكيم التجاري الدولي، ورقة مقدمة للمؤتمر السنوي الخامس لكلية حقوق المنصورة، الاتجاهات الحديثة في التحكيم، 28_29 مارس 2000، ص 32

[3]Labatut Tifany, L'arbitrage pour tous : est-ce possible ?, Publié le 19/11/2021 - mis à 10H33 jour le 19/11/2021 , set web " actu-juridique ",https://www.actu-juridique.fr/international/arbitrage-marl/larbitrage-pour-tous-est-ce-possible/

[4]Cost of International Arbitration, Data on the Cost of International Arbitration, set web of International Arbitration Information by Aceris Law LLC, https://www.international-arbitration-attorney.com/cost-of-international-arbitration/

وفي سبيل التشجيع على اللجوء إلى التحكيم تسخر عدد من المنصات الإلكترونية التابعة لمؤسسات قانونية واقتصادية ومحركات البحث التي تعتمد على قاعدة بيانات دولية ضخمة إمكانياتها لتوفير خدمات مجانية كالبحث عن المحكمين الدوليين المعترف بهم وسجلات أعمالهم السابقة وتقدم كافة المعطيات القانونية المرتبطة بالتحكيم بالإضافة إلى إمكانية الحصول على استشارات مجانية ونصائح وتوجيهات عامة كالشروط الواجب توفرها في اتفاق التحكيم وصياغته.

أصبح من الضروري تكتيف الجهود في سبيل جعل التحكيم الخيار الأساسي لكافة المتعاملين في المجال التجاري سواء كانوا من أشخاص القانون العام كمؤسسات الدولة أو من أشخاص القانون الخاص كالشركات التجارية ولا شك أن العمل على توفير مستوى عالي من المهنية والفاعلية مع تكلفة أقل وفي مدة أسرع هو ثالوث الذهبي لنجاح التحكيم وضمان انتشاره واستفادة الجميع وكل ذلك يصب في التطور الاقتصادي المنشود وتجاوز الأزمات المتلاحقة التي يعرفها العالم.

خاتمة

يقال أن الخبرات تكتسب في فترات الأزمات لا في مراحل الرفاهية والرخاء، ومما لا شك فيه أن العالم قد عرف في ظل هذه الظروف الصعبة تطور عددا من آليات مواجهة المخاطر والتقليل من الخسائر وتم تسخير مختلف الوسائل والتقنيات الحديثة لأجل تحقيق هذه الغاية، وكل هذا يعتبر مكتسبات يجب التمسك بها والعمل باستمرار على تطويرها بالإضافة إلى تضافر جهود المتدخلين والفاعلين في مجال التحكيم عن طريق وضع استراتيجيات خاصة لتوزيع التكاليف والتسريع من وثيرة الفصل في المنازعات تتناسب مع تغير مناخ الاقتصاد العالمي وحساسية المرحلة.

قائمة المراجع المعتمدة :

❖ **كتب**

1. السيد عبد النبي محمد، التحكيم في المنازعات التجارية الدولية النظرية والتطبيق، وكالة الصحافة العربية الناشرون، القاهرة، مصر، الطبعة الأولى، 2019
2. حيدر ضياء طالب مناف، عقد النقل البحري للبضائع والحاويات في التحكيم التجاري الدولي، المصرية للنشر والتوزيع، مصر، الطبعة الأولى، 2020.

❖ **مؤتمرات**

1. حسين الماحي، انعكاسات العولمة على التحكيم التجاري الدولي، ورقة مقدمة للمؤتمر السنوي الخامس لكلية حقوق المنصورة، الاتجاهات الحديثة في التحكيم، 28_29 مارس 2000.

❖ **مقالات إلكترونية**

1. JAMES NICHOLSON, MARK BEZANT, International Arbitration After the Pandemic, AN FTI CONSULTING REPORT – PUBLISHED MARCH 2022, fticonsulting, https: //www. fticonsulting. com/emea/-/media/files/emea--files/insights/reports/2022

2. Horacio Grigera Naón , Adjunct Professor Björn Arp, Virtual Arbitration in Viral Times: The Impact of Covid-19 on the Practice of International Commercial Arbitration, set web of INTERNATIONAL AND COMPARATIVE LAW, https: //www. wcl. american. edu/impact/initiatives-programs/international/news/virtual-arbitration-in-viral-times-the-impact-of-covid-19-on-the-practice-of-international-commercial-arbitration/

3. Berensmann Katrin , Brandi Clara, The financial crisis and international trde : the consequences for developing countries, Briefing Paper 13/2011, German Development Institute, IDOS site web,https: //www. idos-research. de/en/briefing-paper/article/the-financial-crisis-and-international-trade-the-consequences-for-developing-countries/

4. LabatutTifany, L'arbitrage pour tous : est-ce possible ?, Publié le 19/11/2021 - mis à 10H33 jour le 19/11/2021 , set web " actu-juridique ",https: //www. actu-juridique. fr/international/arbitrage-marl/larbitrage-pour-tous-est-ce-possible/

5. Rob Broom and Paul Brennan, Invoking Force Majeure Due to COVID-19 Under English Law, Squire Patton Boggs, UK – 29 April 2020

6. Mirella Lechna- Marchewk , Anna Prigan , war as forse majeure, Posted on 3 March 2022, " Co do zasady " website , https: //codozasady. pl/en/p/war-as-force-majeure.

❖ **تقارير ودراسات**

1. اتفاقية واشنطن لعام 1965 "بشأن إجراءات تسوية المنازعات الاستثمارية".

2. Report of the ICC Commission on Arbitration and ADR Task Force on the Use of Information Technology in

International Arbitration – An Updated Overview of Issues to Considerwhen Using Information Technology in International Arbitration

3. Cost of International Arbitration, Data on the Cost of International Arbitration, set web of International Arbitration Information by Aceris Law LLC, https: //www. international-arbitration-attorney. com/cost-of-international-arbitration/

4. ألفريد كامر، وجهاد أزعور، وأبيبيه آمرو سيلاسي، وإيلان غولدفاين، تشانغ يونغ ري، الحرب في أوكرانيا وأصداؤها عبر مختلف مناطق العالم، تقرير صندوق النقد الدولي.

5. https: //www. imf. org/ar/News/Articles/2022/03/15/blog-how-war-in-ukraine-is-reverberating-across-worlds-regions-031522

6. ألفريد موريس دي زاياس، تعزيز وحماية جميع حقوق الإنسان، المدنية والسياسية والاقتصادية والاجتماعية والثقافية، بما في ذلك الحق في التنمية، تقرير مقدم ضمن فعاليات مؤتمر الجمعية العامة للأمم المتحدة، الدورة الثلاثون، 14 يوليوز 2015

مجلة IAFA
ISSN 1737-7161 :الترقيم الدولي
4197/2018 :الإيداع القانوني
للعلوم الإنسانية والاقتصادية والقانونية
رئيس التحرير
المستشار د. حنان علي نغده

أثر الضمان المصرفي في الإثبات

د. محمد نعمان الداودي
(العراق)

مجلة IAFA ISSN 1737-7161 للعلوم الإنسانية والاقتصادية والقانونية
رئيس التحرير والمشارف حنان علي بقدره

ملخص الدراسة

لخطاب الضمان المصرفي أهمية كبيرة في الحياة العملية، ويتمثل ذلك عندما يجد العميل نفسه مضطرًا إلى تقديم تأمين نقدي إلى من يرغب في التعامل معه لكي يقبل هذا الأخير بالتعاقد معه، حينها يلجأ العميل المعني بالتعاقد إلى المصرف ليطلب منه إصدار خطاب ضمان مصرفي لصالح الشخص المستفيد الذي يتولى التعامل معه ويتعهد فيه للمصرف بضمان هذا العميل في حدود المبلغ المعين في الخطاب وخلال مدة محددة، وذلك عن طريق القيام بدفع المبلغ إلى المستفيد بمجرد أن يطلب المستفيد ذلك، دون إمكانية التمسك بأية دفوع مستمدة من علاقة أخرى.

وبذلك ينبثق عن خطاب الضمان المصرفي هذا ثلاث أطراف أساسية ومستقلة عن بعضها البعض وهي علاقة العميل بالمستفيد التي ينظمها العقد الأساسي بينهم، وعلاقة العميل بالمصرف والتي تقوم على عقد فتح الاعتماد بالضمان، وعلاقة المستفيد بالمصرف والتي تنشأ مباشرة عن خطاب الضمان.

كل ما تقدم بيناه في دراستنا هذه بمقدمة ومبحثين وخاتمة، موزع على مطالب وكالآتي:

في المبحث الأول، ماهية خطاب الضمان المصرفي، موزع على ثلاث مطالب، في المطلب الأول تعريف خطاب الضمان، وفي المطلب الثاني خصائص خطاب الضمان، وفي المطلب الثالث أهمية خطاب الضمان.

وفي المبحث الثاني، الآثار القانونية لعقد خطاب الضمان المصرفي، موزع على ثلاث مطالب، في المطلب الأول آثار عقد خطاب الضمان على العميل، وفي المطلب الثاني آثار خطاب الضمان على المصرف، وفي المطلب الثالث آثار خطاب الضمان على المستفيد.

وأخيرًا وفي الخاتمة بينا أهم ما توصلت إليها الدراسة من نتائج وتوصيات.

Abstract

The letter of bank guarantee is of great importance in practical life, and this is when the client finds himself obliged to provide cash insurance to those who wish to deal with him in order for the latter to accept a contract with him. He undertakes to deal with it and pledges to the bank to guarantee this customer within the limits of the

amount specified in the letter and within a specified period, by paying the amount to the beneficiary as soon as the beneficiary requests it, without the possibility of holding on to any defenses derived from another relationship.

Thus, from this letter of bank guarantee emerge three basic and independent parties from each other, namely, the client's relationship with the beneficiary, which is regulated by the basic contract between them, the client's relationship with the bank, which is based on the contract of opening credit with the guarantee, and the relationship of the beneficiary with the bank, which arises directly from the risk of the guarantee.

All of what was presented in this study, with an introduction, two chapters, and a conclusion, is divided into demands as follows:

In the first topic, the nature of the bank guarantee letter, it is divided into three demands, in the first requirement the definition of the letter of guarantee, and in the second requirement the characteristics of the letter of guarantee, and in the third application the importance of the letter of guarantee.

In the second topic, the legal effects of the bank guarantee letter contract, divided into three demands, in the first requirement the effects of the letter of guarantee contract on the client, and in the second requirement the effects of the letter of guarantee on the bank, and in the third requirement the effects of the letter of guarantee on the beneficiary.

Finally, in the conclusion, we show the most important findings and recommendations of the study.

مجلة IAFA للعلوم الإنسانية والاقتصادية والقانونية
ISSN 1737-7161 الترقيم الدولي
4197/2018 الإيداع القانوني
رئيس التحرير المستشار حنان علي بعره

مقدمة

تمثل خطابات الضمان المصرفي دورًا مهمًا في المعاملات التجارية بوصفها من أدوات الثقة المصرفية لاسيما وأنها تقوم على التزام المصرف بالاستقلالية كونه يشكل أحد الأطراف التي تجسد هذه الثقة في الخطاب وتصون سمعته لكونها من الضمانات الأساسية المطلوبة لإتمام العمل التجاري.

وفي العصر الحديث تزايدت الحاجة وكثر الإقبال على خطاب الضمان، كأن تطلب الدولة المتعاقدة مع التاجر تقديم تأمين نقدي يغطي عمله لتنفيذ التزامه التعاقدي معها، مع العلم أن تأمين مثل هذه الضمانات يفترض أن تكون نقدية أي مبلغ من المال يودعه في المصرف بمعنى سيجمده ولا يستطيع التصرف به على الرغم من أنه في حاجة كبيرة لهذا المال للإنفاق على إكمال مشروعه أو تجارته مما يدعوه ذلك إلى أن يتقدم إلى المصرف طالبًا منه إصدار خطاب ضمان لصالح المستفيد.

ويتمثل خطاب الضمان في تمكين العميل من الحصول على طلب من المصرف يمكنه الوفاء بالتزاماته لدى الغير والحصول على أجل أو ثقة من دائنه من خلال المصرف، فهو إذن نوع من الاعتماد بالضمان الذي تقدمه المصارف لعملائها وتنشأ من تقديم المصرف لعملائها مبعثًا للثقة والمعرفة بين أطراف التعامل لما يملكه من مال موثق ومعروف لدى المصرف وسمعة تجارية تؤهله لذلك قد لا تتوفر في الآخرين.

وعلى ذلك فإن تقديم خطابات الضمان يترتب عليها التزامات وآثار قانونية بحق العميل والمستفيد وكذلك تصاحبها فوائد للمصرف من جراء إتمام هذه العملية لتيسير العمل التجاري.

أولاً. أهمية الدراسة:

تزيد أهمية هذه الدراسة في كونها تشكل إثراء للأدب النظري المتعلق بخطابات الضمان المصرفية كونها من أهم أعمال المصرف الائتمانية التي تمارسها بكثرة ويحتاج إليها أغلب التجار لتمشية وتسهيل أعمالهم التجارية على الرغم من أن التشريعات لم تعطها شأن كبير وواضح بنصوص صريحة مما يتطلب من الباحث دراستها ومعرفة الآليات التي تساهم في إتمامها بشكلها الطبيعي والتي بالنتيجة ستسهم في تحريك وتفعيل العقود التجارية بين الأطراف المعنية وهي العميل، والمصرف، والمستفيد.

ثانيًا. أهداف الدراسة:

تهدف الدراسة إلى البحث في الإشكاليات التي تواجهه خطاب الضمان المصرفي ومنها مثلاً مطالبة الجهة المستفيدة بالأداء وهو ينفذ من قبل

المصرف ومحاولة إيجاد الحلول المناسبة له لتسهيل وتيسير إتمام هذه الأعمال خدمة لجميع الأطراف سواء العميل أو المصرف أو المستفيد، فضلاً عن إعطاء إجابات واضحة للمتعاملين والباحثين في توضيح أسباب الوفاء في خطاب الضمان مع الالتزامات والآثار القانونية التي ترافقه عند تعسر أحد أطرافه في الإيفاء بشروط العقد بينهم.

ثالثًا. مشكلة الدراسة:

يثير خطاب الضمان كونه إحدى الضمانات المصرفية ومستقل بذاته إشكالية باعتباره قد يكون بديلاً عن الضمانات التقليدية المعروفة ومدى ملائمة هذه الضمانات مع مبادئ التعاقد المنصوص عليها في العقود العامة ومدى فهم المستفيد لدور الخطاب، وكذلك قدرة المصارف المصدرة للخطابات على الاستجابة لطلبات المستفيدين بالأداء، الأمر الذي يجعلها تتأخر عن مواكبة التطور السريع الحاصل في مجال التجارة.

رابعًا. فرضيات الدراسة:

لكل دراسة فرضيات وتساؤلات ينبغي على الباحث إثباتها والإجابة عليها في ثنايا الدراسة والتي من أهمها الآتي:

1. ما هو خطاب الضمان وما مدى الاستفادة منه من قبل العملاء؟
2. هل يشكل خطاب الضمان نقلة نوعية في تنشيط التجارة؟ وما مدى مساهمة أطرافه بذلك؟
3. ما هي الالتزامات التي تقع على أطراف هذا الخطاب؟ وما أهميتها على العميل والمصرف، والمستفيد؟
4. ما هي أبرز الآثار القانونية التي تترتب على أطراف خطاب الضمان المصرفي؟

خامسًا. منهجية الدراسة:

اعتمدت دراستنا على المنهج الوصفي والمنهج التحليلي والذي من خلاله تم عرض بعض النصوص القانونية ذات الصلة بموضوع الدراسة وتحليلها ولاسيما النصوص الواردة في قانون التجارة العراقي النافذ والقانون المدني، ومحاولة إبداء الرأي حول بنودها كلما كان الأمر يستوجب ذلك بالاعتماد على تحليل وعرض الآراء الفقهية والقانونية بهذا الشأن.

سادسًا. خطة الدراسة:

تضمنت دراستنا مبحثين وخاتمة وعلى النحو الآتي:

في المبحث الأول، ماهية خطاب الضمان المصرفي، موزع على ثلاث مطالب، المطلب الأول تعريف خطاب الضمان، والمطلب الثاني خصائص

خطاب الضمان، والمطلب الثالث أهمية خطاب الضمان.

وفي المبحث الثاني، الآثار القانونية لعقد خطاب الضمان المصرفي موزع على ثلاث مطالب، في المطلب الأول آثار خطاب الضمان على العميل، والمطلب الثاني آثار خطاب الضمان على المصرف، والمطلب الثالث آثار خطاب الضمان على المستفيد.

وأخيرًا وبالخاتمة فقد بينا ما توصلت له الدراسة من نتائج وتوصيات معتمدين في كل ما تقدم على مصادر ومراجع أثرت دراستنا بالمعلومات المختصة.

المبحث الأول: ماهية خطاب الضمان المصرفي

تعد خطابات الضمان من أبرز الأعمال المصرفية التي تقوم بها المصارف في مجال العمل التجاري، وقد ساعدت على انتشارها الزيادة في التعاملات التجارية وباعتبارها تشكل إحدى أهم أدوات الضمان واسعة الانتشار في مجال التجارة وسير التعاملات التجارية[1]، فالبنك يلتزم بدفع المبلغ المحدد في الخطاب خلال المدة المحددة فيه بغض النظر عن الطبيعة القانونية التي تربط العميل بالمستفيد، أو التي تربط المصرف بالعميل، وعليه فإن خطاب الضمان هذا لا يمثل ضمانًا قويًا في نظر المستفيد إلا إذا كان إلزام المصرف بمقتضى الخطاب نهائي مجرد في التزامات الثابتة على أطرافه.

وبرغم ذلك فإن خطاب الضمان بالغالب تواجهها تحديات وإشكاليات كثيرة تتمثل في تعدد المصطلحات المتداولة لبيان مفهوم الضمان المصرفي مما يقتضي ذلك توضيحه وبيان ماهيته سواء بتعريفه أو توضيح خصائصه التي يتميز بها مع تعدد لأنواعه[2].

كل ما تقدم سنبينه بثلاث مطالب، في المطلب الأول تعريف خطاب الضمان، وفي المطلب الثاني خصائص خطاب الضمان، وفي المطلب الثالث أهمية خطاب الضمان، وعلى النحو الآتي.

المطلب الأول: تعريف خطاب الضمان المصرفي

يشكل خطاب الضمان صورة من الاعتماد أو الائتمان المصرفي أسسها العرف التجاري وشاع استخدامها لتلبية احتياجات التجارة والتجار وتمشية

(1) مصـــطفى كمال، عمليات البنوك، دار الفكر الجامعي، الإسكندرية، 2005م، ص81.

(2) علي جمال الدين عوض، خطابات الضمان المصرفية، دار النهضة العربية، القاهرة، 2000م، ص18.

المعاملات التجارية وحددت بحقوق والتزامات حددتها التشريعات القانونية.

فإن لجوء العميل إلى خطاب الضمان عندما يكون لديه الرغبة في التعاقد مع جهة أخرى والتي تريد ضمانًا ماليًا يساوي نسبة أو قيمة العطاء لضمان تنفيذه؛ مما يجبر العميل إلى الذهاب إلى المصرف طالبًا توجيه خطاب الضمان لصالح صاحب المشروع ويتعهد المصرف بدفع للمستفيد خلال المدة المحددة.

ولأجل الدقة والتوضيح سنبين خطاب الضمان لغةً واصطلاحًا وقانونًا وكالآتي:

أولاً. الضمان لغةً:

يعني الخطب أو الأمر إذا صغر أو عظم، وقيل: وهو سبب الأمر، والضمان يعني: الضمين والخطب، الأمر الذي تقع من الخطاب والشأن والحال، ويقال جل خطب: بمعنى أعظم الأمر والشأن[1].

ثانيًا. الضمان اصطلاحًا:

عرف الضمان بأنه: (تعهد كتابي من المصرف على طلب عملية يلتزم فيه لصالح هذا العميل في مواجهة شخص ثالث هو المستفيد بأن يدفع مبلغًا معينًا إذا طلب المستفيد خلال أجل محدد في الخطاب)[2].

ويعرف أيضًا بأنه: (تعهدًا خطيًا صادرًا من المصرف لغرض معين بالذات بناءً على طلب عميل ثمة بدفع مبلغ معين أو قابل للتعيين لشخص المستفيد دون قيد أو شرط بمجرد تقديمه طلبًا إليه خلال المدة المعينة بخطاب الضمان وبين فيه عادة مخالفة العميل لالتزامه أو الالتزامات لضمان تنفيذها ثم إصدار خطاب الضمان)[3].

ويعرف كذلك بأنه: (علاقة قانونية فيما بين البنك والمستفيد يترتب عليها التزامات على عاتق البنك يدفع مبلغ من النقود عند أول طلب من المستفيد من الخطاب خلال مدة محددة)[4].

كما عرف أيضًا بأنه: (تعهد مصرفي يدفع مبلغ مالي لدى أول طلب من المستفيد بالرجوع إلى النص الوحيد للتعهد بدون إمكان بالتذرع بأسباب مستخرجة من العقد الأساسي على أساس أن فرضية الغش محتفظ بها مع ذلك)[5].

(1) ابن منظور، لسان العرب، المجلد الخامس، ط4، دار القلم، بيروت، 2005م، ص97.
(2) محمود الكيلاني، الموسوعة التجارية المصرفية، دار الثقافة للنشر والتوزيع، عمان، 2008م، ص305.
(3) د. أكرم يا ملكي، الأوراق التجارية والعمليات المصرفية، دار الثقافة للنشر والتوزيع، عمان، 2009م، ص326.
(4) علي البارودي، العقود وعمليات البنود التجارية، جامعة الإسكندرية، 2001م، ص416.
(5) جاك غاستان، المطول في القانون المدني، تكوين العقد، ط2، ترجمة منصور القاضي، المؤسسة الجامعية، بيروت، 2008م، ص1045.

ثالثًا. الضمان قانونًا.

عرف المشرع العراقي خطاب الضمان في قانون التجارة العراقي رقم (30) عام 1984م وذلك في المادة (287) بأنه: (تعهد بأن يصدر من مصرف بناء على طلبه أو متعاملين معه (الأمر) بدفع مبلغ معين أو قابل للتعيين لشخص آخر (المستفيد) دون قيد أو شرط أو طلب منه ذلك خلال مدة معينة في الخطاب ليحدد في خطاب الضمان الغرض الذي صدر من أجله).

وعرف قانون التجارة المصري رقم (17) عام 1999 في المادة (1/355) خطاب الضمان بأنه: (تعهد مكتوب يصدر من البنك بناء على طلب شخص يسمى الأمر بدفع مبلغ معين أو قابل للتعيين لشخص آخر يسمى المستفيد إذا طلب منه ذلك خلال المدة المعينة بالخطاب، ودون اعتداء بأي معارضة).

كما عرف قانون المعاملات التجاري الإماراتي في (414) خطاب الضمان بأنه (تعهد يصدر من المصرف الضامن بناء على طلب عميل له يدفع مبلغ معين أو قابل للتعيين لشخص آخر المستفيد دون قيد أو شرط، ما لم يكن خطاب الضمان مشروطًا إذا طلب منه ذلك خلال المدة المعينة في الخطاب، ويوضح في خطاب الضمان الغرض الذي صدر من أجله).

وأيضًا عرف المشرع البحريني في قانون التجارة رقم (7) لسنة 1987م في المادة (382) خطاب الضمان بأنه: (تعهد يصدر من بنك بناء على طلب عميله يسمى (الأمر) يدفع مبلغ معين أو قابل للتعيين للمستفيد إذا طلب منه ذلك خلال المدة المعينة في الخطاب ويوضح في الخطاب الغرض الذي صدر من أجله).

ويرى الباحث من خلال ما تقدم من تعاريف لخطاب الضمان برغم تباين المصطلحات واختلاف الصيغ بينها إلا أنها اتفقت على وجود ثلاث أطراف تشكل عقد الضمان هي (العميل والمستفيد والبنك) وكل منهما له التزاماته التي يؤديها تجاه الآخر.

المطلب الثاني: خصائص خطاب الضمان المصرفي

يتميز خطاب الضمان المصرفي بخصائص تجعله يمتاز عن غيره من الأنظمة القانونية التي يتوجب توافرها كعنصر مهم في خطابات الضمان المصرفية.

أولاً. التعهد بالكتابة لتحقيق غرض معين في الضمان المصرفي:

أوجبت خطابات الضمان أن تكون مكتوبة وذلك لتحديد المستفيد منها ومبلغ الضمان المحدد، فلا يستطيع المصرف التمسك تجاه المستفيد بأي دفع خارجي عن خطاب الضمان بسبب عبارات

الخطاب التي تلزم المصرف بالدفع فورًا، ولذلك فإن الكتابة هي التي تحدد حقوق والتزامات المستفيد والبنك الضمان مع بيان شروط تنفيذه فهي تعد المرجع الأساسي في توافر أو عدم توافر الشروط اللازمة لاعتباره خطاب ضمان وليس كفالة[1].

وهذا الأمر سار عليه أغلب المشرعين ومنهم المشرع العراقي والإماراتي والبحريني على الرغم من قيامهم بإبراز أهمية الكتابة ضمنًا لاشتراط تحديد مدة الضمان والهدف الذي صدر هذا الضمان من أجله ولا يمكن تنفيذ ذلك من دون كتابته.

وينبغي الإشارة إلى أن عنصر الكتابة يظهر مبدأ الاستقلالية ويحد من الغش الصادر من المستفيد، فضلاً عن أن الكتابة للجمل الواردة في خطاب الضمان تميزه عن الكفالة وما يترتب عليها من آثار[2].

وعليه فإن خطابات الضمان المصرفي المحلية تصدر للعملاء باللغة العربية، وإذا وجدت لغتان وحدث بينهما خلاف لغوي وجب تغليب اللغة العربية في النص لأنها تعد اللغة الرسمية للدولة.

ونظرًا للتطور الحاصل في مجال التجارة الدولية وانتشار المعاملات الإلكترونية في المصارف، فمن الممكن أن يصدر خطاب الضمان لصالح مستفيد أجنبي على شكل محرر إلكتروني يتم إرساله من قبل المصرف بواسطة الوسائل الإلكترونية لتسهيل العمل التجاري بين أطرافه[3].

وأشارت بذلك المادة (287) من قانون التجارة العراقي النافذ رقم (30) لسنة 1984 إلى وجوب أن يتحدد خطاب الضمان الذي صدر من أجله الغرض بعبارات واضحة بعيدة عن الإنشاء وتعدد التفسيرات حيث يتحدد التعهد بخطاب الضمان للالتزام بالغرض المحدد منه[4].

ثانيًا. الاستقلالية في خطاب الضمان المصرفي:

تعد استقلال التزام المصرف ضروري ليطمئن المستفيد بقيام المصرف بالوفاء، وعليه فإن خطاب الضمان يقوم على استقلال التعهد الصادر بموجبه عن العلاقة القائمة بين المستفيد والعميل والعقد المبرم بين العميل والمصرف إصداره، وعليه فالمصرف آنذاك يكون ملزمًا بدفع قيمة خطاب الضمان المصرفي للمستفيد بمجرد مطالبة المستفيد بالوفاء بمبلغ خطاب الضمان[5].

(1) علي جمال الدين عوض، خطابات الضمان المصرفية، مرجع سابق، ص127.
(2) مصطفى كمال، عمليات البنوك، مرجع سابق، ص88.
(3) محمود الكيلاني، الموسوعة التجارية المصرفية، مرجع سابق، ص316.
(4) د. فاروق إبراهيم، الوجيز في القانون التجاري العراقي، دار البيان، بغداد، 2014م، ص383.
(5) د. تامر زيمون مهم، ضمانات الائتمان المصرفي، دار النهضة العربية، القاهرة، 2001م، ص299.

وعلى ذلك فقد نصت المادة (290) من قانون التجارة العراقي رقم (30) لسنة 1984 على أنه: (لا يجوز للمصرف أن يرفض الأداء للمستفيد لسبب يرجع إلى علاقة المصرف بالأمر أو المستفيد أو علاقة الأمر بالمستفيد).

مما يوضح مبدأ الاستقلالية للتعهد الصادر بموجبه.

مجلة IAFA ISSN 1737-7161 للعلوم الإنسانية والاقتصادية والقانونية
رئيس التحرير

ثالثًا. خطاب الضمان المصرفي محدد المدة:

يمثل خطاب الضمان المصرفي التزامًا في ذمة المصرف، وهذا الالتزام ذو طبيعة مؤقتة، لأنه بحكم المعتاد لا توجد التزامات دائمة أبدية لأنه من الصعب على المصرف التعهد بدفعها إلى أجل غير محدد، وهذا ما أشارت إليه المادة (287) من قانون التجارة العراقي رقم (30) لسنة 1984 بأن خطاب الضمان هو تعهد بدفع مبلغ معين أو قابل للتعيين خلال المدة المحددة بالخطاب[1].

وعليه فإن تحديد المدة بمثابة التزام يجب أن يرد في أصل الخطاب على الرغم من أن بعض الفقهاء اختلفوا في تحديد المدة صراحة، فمنهم من يعتقد أن عدم ذكر المدة صراحة لأنه من الممكن تحديدها استنادًا للغرض الذي صدر الخطاب من أجله، وذهب آخرون إلى ضرورة تحديد المدة وبخلافه لا ينتج آثار عند عدم تحديد مدته.

ولكن الرأي الراجح والأدق هو تحديد المدة لضمان الخطاب المصرفي وبقاءه لفترة غير محدودة يصعب الالتزام بها لاسيما في ظل المتغيرات التي قد تحصل والتي من شأنها أن تؤدي إلى عدم الالتزام والذي يشكل نقض للتعهد[2].

رابعًا. خطاب الضمان عملية مصرفية كاملة:

على خلاف بعض الدول التي تقوم شركات التامين بإصدار خطاب الضمان فإن خطاب الضمان في العراق لا يصدر إلا من المصرف ولا يمكن إصداره من أية مؤسسات مالية أخرى استنادًا لما ورد في نص المادة (287) من قانون التجارة العراقي رقم (30) لسنة 1984م[3].

خامسًا. يعد خطاب الضمان المصرفي عملاً تجاريًا:

لكون أن المصرف هو مصدر الخطاب وتعد جميع أعمال المصرف تجارية ولو تمت بطريقة مفردة أو حتى الشخص غير تاجر[4].

ويرى الباحث أن خطاب الضمان هي من صلب الأعمال المصرفية والتي تتحمل تبعاتها

(1) د. عزيز العكيلي، الوسيط في شرح القانون التجاري، ط2، دار الثقافة للنشر والتوزيع، عمان، 2013م، ص406.
(2) المرجع نفسه، ص411.
(3) د. فاروق إبراهيم، الوجيز في القانون التجاري العراقي، مرجع سابق، ص384.
(4) أكرم يا ملكي، الأوراق التجارية، مرجع سابق، ص328.

المصارف ومن الأجدر بذلك أن تقوم المصارف بهذه الأعمال لأنها مختصة بها وقادرة على الالتزام والوفاء بتعهداتها للمستفيد الذي يرغب الحصول عليها لإتمام أعماله التجارية.

المطلب الثالث: أهمية خطابات الضمان المصرفي

يتعين على كل من يرسو عليه العطاء التجاري أن يقدم تأمين يوازي نسبة معينة من مجموع قيمة العطاء التجاري المعروض ضمانًا لحسن تنفيذ الالتزام المطلوب.

من هنا تنشأ الحاجة إلى خطاب ضمان مصرفي بدلاً من اضطرار الشخص المطلوب منه الضمان إلى تقديم ضمان نقدي إلى الجهة الطالبة للضمان عند تقديم العطاء وإحالته عليه[1].

وعلى ذلك يلجأ المطلوب منه الضمان إلى أحد المصارف ويطلب منه إصدار خطاب ضمان للجهة المتعاقدة يتعهد بها المصرف بأن يتضح تحت تصرف هذه الجهة مبلغًا يساوي قيمة الضمان المطلوب منه، وأنه على استعداد لوضعه كاملاً دون تأخير بمجرد الطلب ودون أية معارضة من العميل[2].

ويترتب على قبول خطابات الضمان المصرفية بديلاً عن التأمين النقدي فائدة كبيرة بجميع الأطراف وهم العميل أو المورد مصدر الأمر للمصرف والمستفيد الذي يعلن قبوله لهذه الخطابات، وبذلك تعد هذه العملية مريحة للمصرف ذاته.

وعليه سنوضح أهمية خطاب الضمان لكل من العميل والمصرف والمستفيد وكالآتي:

أولاً. أهمية خطاب الضمان للعميل:

يوفر خطاب الضمان للعميل مؤنة السعي إلى استرداد قيمة التأمين النقدي، ويستطيع العميل توفير أمواله واستغلالها في أي مجال آخر.

وبذلك يستطيع العميل عدم تجميد قيمة التأمين لدى لجهة الإدارية المتعاقدة معه مدة قد تكون طويلة حيث يستطيع أيضًا استثمارها في أماكن واتجاهات وميادين أخرى[3].

وكثيرًا ما تشهد عملية إصدار خطاب الضمان المصرفي تسهيلاً ائتمانيًا يمنحه المصرف لعملائه لاسيما وأن المصرف يكتفي بمطالبة العميل بغطاء جزئي (كوديعة نقدية أو عينية) مقابل إصدار هذا الخطاب المصرفي، وبذلك يعد إصدار خطاب الضمان بغطاء جزئي تسهيلاً ائتمانيًا للعميل[4].

(1) د. عزيز العكيلي، الوسيط في شرح القانون التجاري، مرجع سابق، ص448.
(2) المرجع نفسه، ص448.
(3) عبد الحميد الشـــواربي، عمليات البنوك، منشـــأة المعارف، الإسكندرية، 2002م، ص37.
(4) المرجع نفسه، ص371.

ثانيًا. أهمية خطاب الضمان للمصرف:

كما هو معروف أن المصرف هو أساس أو مصدر خطاب الضمان، فهو يتقاضى عمولته من العملية مقابل إصدار هذا الخطاب تتناسب هذه العمولة مع قيمة الضمان وأجله ونوعية العملية المطلوب تقديم خطاب الضمان عنها، وهي بذلك نتيجة غطاء خطابات الضمان ستزيد من ودائع المصرف وتحتفظ لها لحين انتهاء مدتها[1].

مع العلم أن خطابات الضمان لا تسدد قيمتها للمستفيد في أغلب الأحوال، ولا تكلف المصرف في إصدارها إلا نفقات إدارية بسيطة، إذا ما قارناها بالعمليات المصرفية الأخرى كفتح الحسابات الجارية وتقديم القروض وغيرها.

ولا ننسى أن تقديم خطابات الضمان من قبل المصرف يحقق هدف مهم وهو خدمة عملائه الذين تربطهم به علاقات مصرفية أخرى أكثر ربحًا للمصرف مثل الاعتمادات وتقديم العروض، فالمصرف بهذه الخدمات يقوم بعمل متكامل لصالحه وصالح العملاء، مما يساهم في جذب العملاء له وتحسين سمعته المصرفية[2].

ثالثًا. أهمية خطاب الضمان للمستفيد:

إن عملية إصدار خطابات الضمان تعود بالفائدة إلى الجهات المستفيدة نفسها وللمستفيد، وأن قبول الجهات المستفيدة لخطابات الضمان يجعلها تتجنب المشاكل التي قد تنتج على إيداع المبالغ لديها وإعادة سحبها في نهاية المدة التي قد تقصر أو تطول حسب نوع العملية[3].

وخلاصة القول، فإن قبول خطابات الضمان بدلاً من التامين النقدي من الجهات المستفيدة يشجع الموردين على التقدم إلى المناقصات التي يعلن عنها نتيجة للمزايا التي يحققها خطاب الضمان لهم وذلك بعدم ضرورة إيداعهم مبالغ نقدية وتعطيلها مما يترتب عليه حصول الجهة المستفيدة على أفضل الشروط وأرخص الأسعار.

المبحث الثاني: الآثار القانونية لعقد خطاب الضمان المصرفي

يرتب عقد الضمان المصرفي التزامات متقابلة على أطرافه الثلاثة وهم المصرف والعميل والمستفيد، ولكل من هذه الأطراف حقوق والتزامات متبادلة على الجميع المحافظة عليها لضمان سير العملية المالية أو المصرفية بشكلها الطبيعي[4].

(1) مصطفى كمال، عمليات البنوك، مرجع سابق، ص88.
(2) علي جمال الدين عوض، خطابات الضمان المصرفية، مرجع سابق، ص86.
(3) علي البارودي، الأوراق التجارية، مرجع سابق، ص329.
(4)علي جمال الدين عوض، خطابات الضمان المصرفية، مرجع سابق، ص129.

وهنالك نتيجة هذه الالتزامات بين هذه الأطراف المشار لها آثار تترتب على كل منهما ينبغي التعرف عليها.

ولما كان الأصل في خطابات الضمان المصرفي ألا يتوقف به على واقعة خارجة عنه ولا على تحقق شرط ولا على حلول أجل، إلا أنه قد يحدث ويذكر في خطاب الضمان المصرفي تاريخ انتهاء صلاحية التعهد، وينتهي به الضمان بحلول تاريخ محدد أو عند وقوع سبب معين فيكون التزام المصرف بالوفاء للمستفيد محدد بمدة معينة أيضًا[1].

لكل ما تقدم ولأجل الدقة والوضوح سنوزع مبحثنا هذا إلى ثلاث مطالب في المطلب الأول آثار عقد خطاب الضمان على العميل، وفي المطلب الثاني آثار عقد خطاب الضمان على المصرف، وفي المطلب الثالث آثار فقد خطاب الضمان على المستفيد وكالآتي.

المطلب الأول: آثار عقد خطاب الضمان على العميل

يرتب عقد الضمان على العميل آثار مهمة والتزامات متعددة عليه العمل بها وأدائها وأهمها: الالتزام بتقديم خطاب الضمان حيث إن بموجب هذا العقد يلتزم العميل بتغطية خطاب الضمان متى ما طلب منه المصرف ذلك بشكل نقدي أو عيني[2].

ويعتمد المصرف على الحالة المالية والثقة التي يتمتع بها العميل بتعامله مع المصرف، وأن المصرف هو الذي يحدد مقدار الغطاء الذي يطلبه من العميل فقد يكون كاملاً لخطاب الضمان أو جزئي، وقد يصدر المصرف خطاب ضمان للعميل بدون غطاء فهي صلاحية المصرف وتقييم وضع العميل المالي معهم والثقة به[3].

وقد يكون الالتزام بدفع قيمة غطاء الضمان الذي قام المصرف بدفعها إلى المستفيد، وبذلك فقد أشارت المادة (292) من قانون التجارة العراقي رقم (30) لسنة 1984 النافذ بقولها: (إذا أوفى المصرف للمستفيد المبلغ المتفق عليه في خطاب الضمان حل محله في كل من العمولة والفوائد والمصارف المترتبة على إصدار خطاب الضمان).

وكذلك الالتزام بأداء الحقوق المالية للمصرف ويكون على اتجاهين، الأول الالتزام بدفع العمولة، والثاني الالتزام بدفع الفوائد والمصاريف المترتبة على خطاب الضمان، مع ضرورة التزام العميل بعدم الاعتراض على الدفع، ولا يحق للعميل أن يعارض الوفاء للمستفيد[4].

(1)رياض ناظم حميدة، النظام القانوني لخطاب الضمان، دار الفكر الجامعي، الإسكندرية، 2015م، ص56.
(2)المرجع نفسه، ص57.
(3)د. عزيز العكيلي، الوسيط في شرح القانون التجاري، مرجع سابق، ص410.
(4) المرجع نفسه، ص411.

ويرى الباحث أن المشرع العراقي في قانون التجارة النافذ لم ينص صراحة على هذه الفوائد إلا أن ما ورد من قواعد عامة في القانون المدني العراقي أجازت للمصرف المطالبة بالفوائد.

المطلب الثاني: آثار خطاب الضمان على المصرف

كما ترتب على العميل آثار تم ذكرها آنفًا وأن المصرف باعتباره طرفًا في العملية المصرفية هذه أيضًا يترتب عليه آثار متعددة منها: الالتزام بإصدار خطاب الضمان، بموجب الاتفاق الحاصل بين العميل والمصرف إذا تم الاتفاق بينهم فعلى المصرف أن يلتزم بإصدار خطاب الضمان إلى المستفيد وفقًا للشروط المحددة فيه[1].

ولا يكفي تعهد المصرف بإصدار خطاب الضمان إلى المستفيد بل عليه أن يصدر فعلاً خطاب الضمان وفي حالة عدم إصداره يكون المصرف قد أخل بشروط الاتفاق في العقد، ويكون هذا الخطاب مكتوب بصيغة واضحة وفيه جميع بيانات المستفيد واسم العميل والغرض منه ومدة سريانه، وعلى المصرف إيصال هذا الخطاب إلى المستفيد أو وكيله القانوني[2].

ويلتزم المصرف بالوفاء بقيمة الخطاب عند إصداره إلى المستفيد، وهو التزام أساسي يمثل الهدف الأساسي من إنشاء هذا الخطاب بعد التحقق من الشروط الواردة في هذا الخطاب[3].

وكذلك يلتزم المصرف برد غطاء الضمان إلى المستفيد بموجب ذلك يلتزم العميل برد خطاب الضمان متى ما انتهت مدة سريان الخطاب دون أن يتقدم المستفيد بإشعار المصرف بقيمة الخطاب المستفيد وبرد خطاب الضمان إلى المصرف معلنًا انتهاء الغرض منه، أو أن يتقدم المستفيد بطلب الوفاء خلال المدة المحددة في الاتفاق، وهذه في الأوضاع الطبيعية لحالة العميل والمستفيد أما إذا حصل غش أو تعسف فيجوز للمصرف أن يمتنع عن الوفاء بقيمة الخطاب وعليه أن يرد الخطاب إلى العميل[4].

وأخيرًا هنالك التزام على المصرف بضرورة إخطار العميل قبل الوفاء بقيمة خطاب الضمان إلى المستفيد ولا يمكن للمصرف رفض هذا الوفاء إلا في حالتي الغش والتعسف[5].

(1) د. خالد وهيب الراوي، العمليات المصرفية الخارجية، دار المنهاج للنشر، عمان، 2005م، ص151.
(2) المرجع نفسه، ص154.
(3) د. رياض ناظم حميد، النظام القانوني لخطاب الضمان، مرجع سابق، ص150.
(4) المرجع نفسه، ص150.
(5) عبد الحميد الشواربي، عمليات البنوك، مرجع سابق، ص386.

المطلب الثالث: آثار خطاب الضمان على المستفيد

يعد المستفيد هو الطرف المكمل لخطاب الضمان المصرفي كونه الشخص الذي يصدر الخطاب لمصلحته، ولأن خطاب الضمان المصرفي يلزم أداء وفاءه للمستفيد ويهدف إلى ترتيب حق التزام المستفيد فإن للمستفيد أيضًا الحق في رفض خطاب الضمان أو رفضه وأن لهذا الرفض أو الرفض آثار منها إسقاط الالتزام للمصرف وبالتالي فإن خطاب الضمان يعد منقضيًا، والمصرف لا يلتزم بالوفاء فيما لو جرت المطالبة من قبل المستفيد[1].

وينبغي الإشارة إلى أن رفض المستفيد لخطاب الضمان يرتب آثار قانونية تمس علاقته بالمصرف وكذلك قد يقوم المستفيد برفض التعاقد مع العميل في الحالات التي تستوجب مصلحته ذلك، فعند مطالبة العميل تقديم خطاب الضمان ورفض المستفيد الخطاب لأسباب متعددة فإنه يؤدي إلى صدم المتعاقدين العميل والمستفيد[2].

أما إذا وافق المستفيد على خطابا لضمان الذي أصدره المصرف فإن الأثر المترتب على ذلك هو وجود الثقة اللازمة للتعاقد بين العميل والمستفيد لأن القبول يمنع المستفيد من مطالبة العميل بتقديم أية تأمينات نقدية مادام خطاب الضمان لديه، وكذلك فإن قبول المستفيد لخطاب الضمان يعد تأكيد لحق المستفيد بمواجهة المصرف للوفاء بقيمة خطاب الضمان إلى المستفيد متى ما رغب ذلك، بمعنى أن المستفيد يستمد من خطاب الضمان مباشرة دون أن يكون أثر للعلاقات الأخرى عليه[3].

وخلاصة القول، فإن على قدر فائدة العميل من خطاب الضمان المقدم من المصرف للمستفيد لإتمام العقد بينهما فإن لذلك آثار قانونية أيضًا تلزم جميع الأطراف كلٌّ حسب مدى وفاءه وأداءه لإتمام مهمته وفق القانون والضوابط المصرفية وبالنتيجة هي عملية تجارية يتم من خلالها إتمام العقد وتسهيل مهمة التعاقد بتقديم المساعدة حسب الشروط المتاحة من طرف لآخر لتعم الفوائد للجميع كل حسب احتياجه وعمله والتزامه.

رئيس التحرير
المستشار حمادي علي شعره

(1) د. خالد وهيب الراوي، العمليات المصرفية الخارجية، مرجع سابق، ص154.

(2) موفق علي العبدلي، آثار خطاب الضمان، دار الشؤون الثقافية، بغداد، 2010م، ص61.

(3) المرجع نفسه، ص62.

الخاتمة

يعد خطاب الضمان المصرفي من المعاملات التجارية المهمة باعتباره يشكل أداة من الأدوات المصرفية المالية المستحدثة في العمل التجاري لتوفير الثقة بين العملاء والمستثمرين ويساهم في توفير قدر كبير من الأمان ويشجع زيادة العمليات التجارية ويخلف بيئة خصبة للعمل التجاري والاستثمار.

وقد لاحظنا في الآونة الأخيرة انتشار مثل هذه المعاملات المصرفية وكثرة فروعها وتعدد لأنواعها وشيوع هذه المعاملات واتساع نطاقها في جميع الدول التي تهدف إلى تحقيق التوازن الاقتصادي، وقد اتضح لنا مدى التأثير الإيجابي لهذا النوع من الضمان على التجارة الداخلية والخارجية.

أولاً. النتائج:

سنبين أهم ما توصلت له الدراسة من نتائج وكالآتي:

1. يعد خطاب الضمان بمثابة تأمين ضمان نقدي جعله يحقق مزايا وأهداف تساهم بشكل كبير في إنعاش التجارة وتخدم جميع الأطراف في مجال المال والعمل.
2. يتضح أن لهذا الخطاب خصوصية متمثلة في استقلالية التزام المصرف عن العلاقة الأصلية وما تقتضيه من عدم جواز التمسك بدفوع مستمدة من هذه العلاقة، مع وجوب وفاء المصرف بقيمة الخطاب للمستفيد بمجرد الطلب ودون الرجوع للعميل الأمر، وعلى المصرف ألا يمتنع عن الوفاء مستندًا إلى وقوع مستمدة من عقد الأساس.
3. هنالك معوقات وآثار قانونية تحول دون نجاح عملية خطاب الضمان المصرفي وتضعف من أداء وظيفتها والهدف الذي أنشأت من أجله لاسيما عند المطالبة التي قد تقوم على تعسف المستفيد خاصة عند طلب تسديد الضمان لدى أول مطالبة له والضغط بالسداد بمدة محددة دون إبداء أية مرونة لتمشية العمل التجاري.
4. ينقضي خطاب الضمان إما بالوفاء وعلى طلب المستفيد خلال المدة المحددة في الخطاب أو بانتهاء المدة المحددة في الخطاب دون أن يطالب المستفيد بذلك.

ثانيًا. التوصيات:

توصلت الدراسة إلى أهم التوصيات وعلى النحو الآتي:

1. على المصارف أن تسهل آليات وإجراءات منح خطابات الضمان للعملاء وذلك لتنشيط وتسهيل العمل التجاري خدمة للصالح العام، وإيجاد الحلول المناسبة للأداء الفوري من المصارف وعدم تأخرها في التنفيذ كل هذه الإشكالية التي تقلل من دور خطاب الضمان في العملية الاقتصادية.
2. ضرورة العمل بخطابات الضمان المصرفية من قبل التجار لما لها من أثر إيجابي وثقة لإكمال المشاريع المطلوبة وإتمامها دون أن يؤثر ذلك على الضغط على العملاء بدفع وتجميد أموال عالية لإكمال مشاريعهم والاستفادة منها في النهضة التجارية والعلمية.
3. ضرورة تدخل المشرع العراقي بالعمل على وضع قواعد وآليات أكثر دقة لتتماشى مع التطور الحاصل في العالم وتعالج الخلافات الناشئة عن هذه العقود لاسيما عند طلب خطاب ضمان خارجي، والعمل على إدخال تعديلات أخرى تهدف من ورائها تقييد المطالبة بالوفاء.

رئيس التحرير
الدكتور حنان علي نعمه

قائمة المراجع

1. ابن منظور، لسان العرب، المجلد الخامس، ط4، دار القلم، بيروت، 2005م.
2. أكرم يا ملكي، الأوراق التجارية والعمليات المصرفية، دار الثقافة للنشر والتوزيع، عمان، 2009م.
3. تامر زيمون مهم، ضمانات الائتمان المصرفي، دار النهضة العربية، القاهرة، 2001م.
4. جاك غاستان، المطول في القانون المدني، تكوين العقد، ط2، ترجمة منصور القاضي، المؤسسة الجامعية، بيروت، 2008م.
5. خالد وهيب الراوي، العمليات المصرفية الخارجية، دار المنهاج للنشر، عمان، 2005م.
6. رياض ناظم حميد، النظام القانوني لخطاب الضمان، دار الفكر الجامعي، الإسكندرية، 2015م.
7. عبد الحميد الشواربي، عمليات البنوك، منشأة المعارف، الإسكندرية، 2002م.
8. عزيز العكيلي، الوسيط في شرح القانون التجاري، ط2، دار الثقافة للنشر والتوزيع، عمان، 2013م.
9. علي البارودي، العقود وعمليات البنود التجارية، جامعة الإسكندرية، 2001م.
10. علي جمال الدين عوض، خطابات الضمان المصرفية، دار النهضة العربية، القاهرة، 2000م.
11. فاروق إبراهيم، الوجيز في القانون التجاري العراقي، دار البيان، بغداد، 2014م.
12. محمود الكيلاني، الموسوعة التجارية المصرفية، دار الثقافة للنشر والتوزيع، عمان، 2008م.
13. مصطفى كمال، عمليات البنوك، دار الفكر الجامعي، الإسكندرية، 2005م.
14. موفق علي العبدلي، آثار خطاب الضمان، دار الشؤون الثقافية، بغداد، 2010م.

" التحكيم الالكتروني لحل النزاعات التجارية لعقود الرقمنة "

أ. م. د. خالد عبد الحميد عبد المجيد العبدلي
(العراق)

مجلة IAFA ISSN 1737-7161: الترقيم الدولي 4197/2018: الإيداع القانوني للعلوم الإنسانية والاقتصادية و القانونية

رئيس التحرير
الدكتور حماد علي نفعه

مقدمة

لقد ساد في العصر الحديث انتشار واسع في استخدام تقنيات المعلومات والاتصالات، وذلك لأسباب عدة تحقق للجهات الراغبة بتسويق منتجاتها بزيادة وانتشار مبيعاتها وانجاز صفقاتها التجارية وابرام العقود عبر شبكة الاتصالات الدولية والمتاحة للجميع. فبعد شيوع استخدام تقنيات المعلومات والاتصالات في إنجاز الأعمال الإلكترونية وإبرام العقود وتنفيذها عبر شبكة الإنترنت، اتجه التفكير إلى استخدام نفس هذه التقنيات الإلكترونية لتسوية ما قد ينشأ عن هذه الأعمال من منازعات. وبسبب الزيادة الكبيرة في اعداد هذه العقود ظهرت منازعات ومشاكل صاحبت هذا التوجه ولأسباب عدة، لذا، كان لابد من مواكبة تنفيذ هذه العقود بطريقة تتوافق مع سرعة وانتشار وطبيعة العقود الالكترونية، من خلال التوصية باستخدام نفس التقنيات الالكترونية لتسوية وحل أي نزاع او اخلال بالعقود المبرمة، وظهرت الحاجة الى ما عرف بـ" التحكيم الالكتروني" والذي اقتضى تطوير نظام قانوني ملائم وموازي يحكم هذه العملية[1]، يستجيب للسرعة المطلوبة لأجل حسم النزاعات والقضايا، في ظل عدم مواكبة التحكيم التقليدي لعمل ذلك بدرجة كافية لها.

ولابد معرفة هل التحكيم الالكتروني يشكل تطوراً للتحكيم التقليدي أم هو بديل عنه؟

فبعضهم يرى ان الثورة المعلوماتية والتكنولوجية التي هي اهم مميزات عصرنا الحالي تبعها تطور في كل شيء مثل الرسائل التي أصبحت الكترونية ولا تحتاج إلى أوراق أو استخدام الفاكس أو البريد، والتي شملت جميع المجالات ومنها التحكيم في ظل عالم تعد فيه عقود التجارة والتبادلات التجارية من اول اولويات دول العالم.

بينما يرى البعض الآخر بأنه لا يمكن تصور التحكيم بلا المتطلبات التقليدية مثل الكتابة على الورق، الاجتماعات المادية أي الحضور الشخصي لجلسات التحكيم لكل الأطراف والهيئة والتي هي من المظاهر اليومية للتحكيم. ومع أن التحكيم التقليدي المتعارف عليه دولياً في حل منازعات التجارة الدولية سريع وغير مكلف مادياً بالنسبة للأطراف، إلا أن هذا التحكيم يبقى بالنسبة

[1] نبيل زيد مقابلة، التحكيم الالكتروني، طبيعة 2007، ص41.

لمعاملات التجارة الإلكترونية بطيئاً ومكلفاً، وذلك بسبب ضآلة المبالغ المادية أو التعويض المطالب به في غالب الأحيان.

في حين يقرر اتجاه ثالث بأن التحكيم التقليدي لا يجب أن يأخذ قالباً الكترونياً، كما أن البيئة الالكترونية لا يجب أن تستخدم التحكيم التقليدي[1]. ويرى البعض[2] أنه لا يمكن إنكار دور قواعد ومبادئ التحكيم التقليدي في المساهمة في بزوغ التحكيم الالكتروني، إلا انه في نفس الوقت لا يجب إغفال وجود قواعد وأعراف جديدة شكلت نوعاً من الاستقلالية للنوع الجديد من التحكيم، وينبغي دراستها كنوع مستقل من أنواع الحلول البديلة للمنازعات، فقد نشأ التعاقد عبر الانترنت على التحكيم قبل صدور قوانين المنظمة للتحكيم الالكتروني، وقد رتب آثارا لا يمكن تجاوزها رغم عدم المرجعية إلى أي من الاتفاقيات، ورغم إمكانية أبطال القرار التحكيمي ككل إذا ما طبقنا عليه قواعد الاتفاقيات الدولية (السابقة على نشؤ التحكيم الالكتروني) والتي مازالت سارية بهذه الخصوص كاتفاقية نيويورك 1958 بشأن الاعتراف وتنفيذ قرارات التحكيم الأجنبية.

اشكالية الدراسة

نظرا للأهمية الكبيرة للعقود الذكية واتساع نطاق التعامل بها على كافة الاصعدة، وكذلك فقد واكب ذلك تزايد النزاعات التجارية بين أطراف هذه العقود، انطلقت اشكالية الدراسة من التساؤل هل ان التحكيم التقليدي يصلح لحل نزاعات ومواجهة تعقيدات "العقود الالكترونية"، ام ان قواعدها تعجز عن استيعاب المشاكل التي تتولد عن استخدام التقنيات الحديثة في تلك العقود وبالتالي فهنالك حاجة ماسة الى قواعد وتشريعات ووسائل جديدة لأجل حل نزاعاتها. خاصة وان معظم هذه العقود تتجاوز الحدود الجغرافية للدول، وبالتالي صعوبة جمع أطراف النزاع في وقت ومكان واحد.

أهمية الدراسة

تتأتى اهمية الدراسة من انها تتطرق الى موضوع يدخل في صلب الاقتصاد الرقمي والعقود المبرمة باستخدام التقنيات والتكنولوجيا الحديثة، والتي باتت تحتل نطاق واسع من التجارة الالكترونية والتي يطلق عليها اليوم بـ"العقود الذكية" والتي واجهت منذ البداية اشكالية حل نزاعاتها

[1] د. احمد أبو الوفا: التحكيم الاختياري والإجباري. منشأة دار المعارف، الإسكندرية، 1979.

[2] د. احمد عبد الكريم سلامة: التحكيم في المعاملات المالية الداخلية والدولية. دار النهضة العربية، القاهرة.

بشكل سلس وسريع بما يضمن حقوق الاطراف الداخلة في تلك العقود.

كما وحرصت الدراسة على تبيان أهم العقبات والمشاكل التي واجهت "التحكيم الالكتروني"، ومقومات نجاحه وشروطه، وكذلك الشروط ومتطلبات التحكيم الناجع.

أهداف الدراسة

هدفت الدراسة الى تذليل عقبات ومشاكل التحكيم الالكتروني او الذكي، والتطرق الى موضوع يدخل في صميم خلق البيئة المناسبة لإنجاز وعمل " العقود الذكية"، والحيلولة دون ان يكون للنزاعات الناجمة عن تلك العقود سببا في تراجع العقود والتبادلات التجارية من خلال تهيئة كافة الحلول لحل كل النزاعات التي تطرأ على تلك التبادلات او العقود، كل ذلك، باتجاه تشجيع الاعمال التجارية وتذليل المصاعب والعراقيل امام انجازها.

منهجية الدراسة

اتبع الباحث المنهج الوصفي في استقراء ما توفر للباحث من دراسات ومصادر اجنبية وعربية تخص في مجال "التحكيم للعقود الذكية "موضوع الدراسة، وتحليل دواعي وحاجة العقود التجارية الى التحكيم الذكي لمواكبة سعة نطاق وانتشار العقود الذكية، وبحث متطلبات هذا التحكيم لأجل تمكينه من حل جميع النزاعات التي تحدث وتطرأ على الاسواق الدولية. من اجل تحقيق ذلك فقد قسمت الدراسة الى فصلين، تناول الاول **العقود الذكية والتحكيم الالكتروني** والذي قسم الى **اولا** العقود الذكية، **وثانياً** – مزايا العقود الذكية والتحكيم الإلكتروني. بينما تناول **الفصل الثاني / التحديات القانونية للعقود الذكية ومعوقات التحكيم الالكتروني**، والتي قسمت الى تحديات ومخاطر تواجه التحكيم الالكتروني وايضا إجراءات التحكيم الالكتروني. **ويخلص** الباحث من الدراسة الى عدة نتائج وتوصيات تدفع نحو تذليل كل ما يعترض سريان وانتشار التعاملات التجارية للعقود الذكية في العالم.

الفصل الاول / العقود الذكية والتحكيم الالكتروني

"Smart Contracts and Electronic Arbitration"

اولا/ العقود الذكية (Smart Contracts).

تعتبر العقود الذكية (Smart Contracts) أحد أهم مخرجات ونتائج التطورًات الهائلة في عالم الاتصالات والبرمجيات الذي انعكست آثاره في عالم المال والتسويق وعقد الاتفاقات والصفقات

التجارية بين مختلف دول العالم، وبالنسبة للدول التي تسعى الى تحديث وعصرنة اداراتها للدولة يتوقع أن يكون لها تأثير كبير على كثير من القطاعات الحكومية والمالية والمصرفية وقطاعات الصناعة والرعاية الصحية فيها، وفي مجال التجارة الدولية وصفت العقود الذكية بأنها ثورة جديدة. العقود الذكية هي إحدى تطبيقات تقنية سلسلة الكتل أو شبكة **البلوك تشين** التي تتفوق على أختها الكبرى الإنترنت بقوتها وأمانها[1]. **ونظرًا** لهذه المميزات فقد اتجهت بعض الحكومات إلى استغلال هذه التقنية في تعاملاتها اليومية مثل حكومة دبي التي قررت التحول كليًا بحلول العام 2020م إلى هذه التقنية، وقدرت مؤسسة جارتنر أن أكثر من 25% من المنظمات الدولية ستعتمد على هذه التقنية بحلول عام 2022م[2]. **ولما كانت هذه العقود الذكية عقودًا ذاتية التنفيذ، ولا تقبل البطلان ولا الفسخ،** كانت بذلك تحافظ على استقرار العقود والمعاملات، بالإضافة إلى خصائص أخرى، منها: –

اهم خصائص العقود التي تستخدم تقنية البلوك تشين: –

1– اهم مميزاتها القوة والامان.

2– عقودا ذاتية التنفيذ.

3– لا تقبل البطلان او الفسخ.

4– انها عقود واضحة ولا تحتاج التفسير او التأويل.

5– عدم امكانية التزوير.

ولكن رغم ذلك. فان العقد الذكي مثله كمثل العقد التقليدي يحتاج الى توافر أهلية التعاقد في طرفيه المتعاقدين، **والواقع أن التأكد من أهلية المتعاقدين يعتبر من مشكلات العقود الذكية وكذلك العقود الإلكترونية بشكل عام، خاصة ونحن في صدد جهات لا تتواجد في مكان واحد، كم ان كل الذي يجمع بينهم هو الصفقة التجارية،** والتي لا تشترط توفر معلومات مفصلة ودقيقة عن تلك الجهات، سوى ان ربما درجة الامان في جهة التجهيز يمكن الحصول عليها وتكوين فكرة عنها من خلال السمعة والعنوان التجاري لها، اضافة الى السمعة المكتسبة لها من استمرارية تلك الجهة واستمرارية تجدد التعاملات معها.

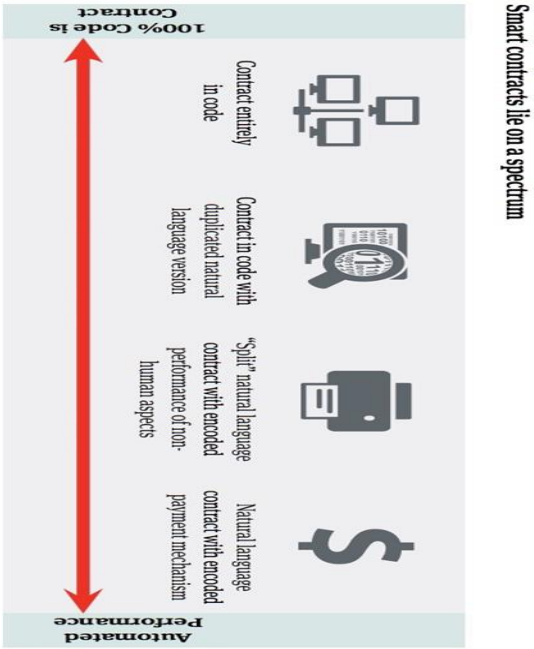
1 https://businesslawtoday.org/2017/09/blockchain-and-beyond-smart-contracts

2 https://www.gartner.com/smarterwithgartner/why-blockchains-smart-contracts-arent-ready-for-the-business-world

لذا يميل بعض القانونين إلى التوسع في نظرية الوضع الظاهر للتغلب على هذه المشكلة، فما دام المتعاقد قد استطاع أن يحقق شروط العقد الذكي فإنه يفترض توفر شروط أهليته، ولا يقع على المتعاقد الآخر حسن النية مغبة ظهور خلاف ذلك[1].

ويمكن تقديم ايضاح للعقود الذكية وكما هو في الرسم (1-1).

شكل (1-1) العقود الذكية



1 العقود الإلكترونية وتطبيقاتها المعاصرة في المصارف الإسلامية: دراسة مقارنة، عوض مظلوم الدوش، رسالة دكتوراه، أم درمان، السودان، (2011م)، (ص: 179).

Available at http: //www. nortonrosefulbright. com/files/r3-and-norton-rose-fulbright-white-paper-full-report-144581. pdf

حيث يلاحظ ان العقد يبدأ بـ(العقد كاملا يدخل كرمز) ثم يتحول الى (العقد في الكود مع استنساخ النسخة لا صليه) وبعدها انقسام اللغة الى (عقد + ترميز) واخيرا (عقد مع ترميز + ألية الدفع).

كم ويشير مصطلح "العقود الذكية" عادةً إلى البرامج التي تم إنشاؤها على blockchain لتنفيذ الاتفاقيات التي توصل إليها الطرفان. ففي أواخر التسعينيات، تصور عالم الكمبيوتر Nick Szabo استخدام بروتوكولات تشفير أكثر قوة لاستخدامها في كتابة برامج كمبيوتر تشبه "البنود التعاقدية" بطريقة تجعل انتهاك مثل هذه العقود مكلفًا للغاية[2]. ثم في عام 2004، جاء إيان جريج بمفهوم "العقد الريكاردي" وهو عقد يمكن قراءته بواسطة الآلات والبشر على حدٍ سواء. وفي الآونة الأخيرة، في عام 2012، اقترح هاري سوردن مفهوم العقود الموجهة نحو البيانات وإنشاء "قابلة للحساب". العقود. "[3] ومن الأمثلة الحديثة على العقود الذكية

2 Harry Surden، *Computable Contracts*، University of California-Davis Law Review 46 (2012): pp. 629.

3Available at: http://www.nortonrosefulbright.com/knowledge/

المنفذة بالكامل عبر blockchain عقد ذكي لبوليصة تأمين ضد الفيضانات، مرتبطة ببيانات هطول الأمطار من Met Office. . بمجرد تغذية البيانات من Met Office في blockchain، يتم تشغيل السياسة تلقائيًا، ويتم دفع مطالبات التأمين.

ثانياً – مزايا العقود الذكية والتحكيم الإلكتروني

تتميز العقود الذكية عادةً بالخصائص التالية:

(1) تنفيذ العقد الذكي آليًا

يتم ضمان أداء العقد الذكي دون اللجوء إلى المحاكم[1]. في هذا الصدد، فإن الاختلاف الرئيسي بين العقود الذكية والعقود التقليدية العقود القانونية هي "قدرة العقود الذكية على تنفيذ الالتزامات باستخدام رمز مستقل"[2]. العقود الذكية تفعل ذلك من خلال تسجيل التزامات الأداء بلغة برمجة صارمة ورسمية (مثل Ethereum's Solidity).

بشكل عام، يتم تنفيذ كود العقد الذكي دون الاعتماد على طرف ثالث موثوق به؛ بدلاً من ذلك، يتم تنفيذ الكود بطريقة موزعة بواسطة جميع العقود التي تدعم الشبكة الأساسية القائمة على blockchain حيث لا يتحكم أي طرف في blockchain (أي Ethereum). يجعل هذا المخطط المستقل الوعود المسجلة في العقود الذكية – بشكل افتراضي – أكثر صعوبة في تعديلها أو إنهاؤها من الوعود الواردة في العقود القانونية التقليدية المسجلة بلغة طبيعية (ie.، legalese). وبناءً على ذلك، ما لم يدمج الطرفان بعض المنطق في عقدهما الذكي لتمكين التعديل وإنهاء مثل هذا العقد الذكي، فقد لا تكون هناك طريقة لوقف تنفيذ العقد الذكي بعد أن يتم تفعيله من قبل أطرافه.

(2)–سرعة انجاز حسم النزاعات

إن أهم ما يميز "التحكيم الإلكتروني" هو السرعة في حسم قضايا النزاعات الناشئة من العقود الذكية، وهذه الميزة تفوق كثيراً سرعة الفصل في المنازعات المعروضة على التحكيم التقليدي والذي يحتاج إلى مدة أطول بكثير مما يتطلبه هذا التحكيم. ولما كان التحكيم الإلكتروني لا يلزم أطراف النزاع بالانتقال والحضور أمام المحكمين، فحتى تقديم المتخاصمين حججهم وسماع شهودهم يمكن أن يتم عبر وسائل الاتصال الإلكترونية. كما أن التحكيم الإلكتروني يُمكّن من تبادل المستندات

[1] M. Raskin، *The Law and Legality of Smart Contracts* (2017). pp. 306. De Filippi Primavera and Aron Wright، *Blockchain and the Law: The Rule of Code* (2018).

[2] Ibt.

والأدلة فيما بين أطراف خصومة التحكيم في ذات اللحظة عبر البريد الإلكتروني أو أية وسيلة إلكترونية أخرى.

مجلة IAFA ISSN 1737-7161 للعلوم الإنسانية والإقتصادية والقانونية
رئيس التحرير الدكتور حنان علي نقده

(3)-الحفاظ على السرية:

وهي الميزة التي ينبغي عدم غيابها في جميع أنواع التحكيم ويجب توفرها في كل المراحل التي يمرّ بها التحكيم، فمن اجل عدم إلحاق الضرر بسمعة الأطراف المحتكمين ونشاطاتهم لابد اشتراط عدم العلانية في التحكيم وسرية المعلومات. ولما كانت الاتصالات الالكترونية تنجز بسرعة فائقة، لذا فإن امكانية انتشار أسرار العمليات التجارية أو الصناعية أو المالية أو الاقتصادية لن يتم الا بعد انجاز تلك الصفقات وتنفيذها، وبذلك لن يكون لها اي تأثير على تلك الصفقات ولا يمكن لها ان تعرقل تفيزها. والواقع أن السرية التي يكفلها التحكيم الإلكتروني تبدو أكثر أهمية في مجال العلاقات التجارية الدولية التي تبرم بطريقة إلكترونية. وفي هذا الصدد، فان سرية منازعات العقود الذكية توجب أن تدرك الأطراف أن التحكيم ليس سريًا بشكل افتراضي. لذلك، يجب عليهم النص صراحة على سرية نزاعهم بموجب العقد الذكي. وإلا، فقد يتعرضون لخطر الكشف عن معلوماتهم السرية للجمهور.

(4)-عدم الحاجة الى مصاريف كبيرة :

واحدة من اهم ميزات التحكيم الالكتروني هو تدني كبير في النفقات المدفوعة، لأنها لا تستوجب انتقال وإقامة ولا حتى استقرار أطراف النزاع والمحكمة بمكان محدد، والذي يقلل مصاريف كل ذلك، وهذا يجعله أكثر ملائمة لأطراف المنازعات التي تفرزها عقود التجارة الإلكترونية وتوفر لهم الكثير من الاموال.

ولاشك أن استخدام نظم الوسائط المتعددة التي تتيح استخدام الوسائل السمعية والبصرية (Video conference)فيعقد جلسات التحكيم على الخط المباشر للأطراف وللخبراء يُساهم أيضاً في تجنب نفقات السفر والانتقال.

(5)- تمكن التحكيم الالكتروني اختيار جهات تحكيم رصينة ومعتمدة دوليا :

في الغالب يتم اختيار المحكمين في التحكيم الالكتروني بعيداً عن المعرفة المسبقة بأطراف النزاع، ومن ثم فان المحكمين فيه يتمتعون بقدر أكبر من الحيدة والاستقلالية تجاه الطرفين.

ومن جهة أخرى يستلزم حلّ المنازعات التي تنشأ عن إبرام وتنفيذ العقود الإلكترونية أشخاصاً يتمتعون بخبرات في هذا المجال وهي خبرات لا تتوافر، غالبا، في القاضي أو المحكّم الوطني.

اما بخصوص المؤهلات الفنية للمحكمين فيجب على الأطراف محاولة اختيار المحكمين الذين يمتلكون المعرفة التقنية للفصل في منازعات العقود الذكية، خاصة إذا كان الخلاف يتعلق بخلل فني على سبيل المثال. سيوفر هذا الوقت والمال على الأطراف عندما يشرعون في التحكيم وسيمكنهم من الاستفادة من واحدة من أهم فوائد التحكيم.

(6)–تجاوز الاختصاص القضائي وتنازع القوانين :

الازدياد المتسارع في حجم التجارة الالكتروني ومعدل الخلافات وزيادة في حجم العمليات الناجمة عن التبادلات التجارية، حيث يتم الاتفاق بين الجهات المتنازعة على اختيار القانون الواجب التطبيق.

الفصل الثاني / التحديات القانونية للعقود الذكية ومعوقات التحكيم الالكتروني

Legal Challenges of Smart Contracts and Obstacles to Electronic Arbitration"

اولا / التحديات القانونية:

تثير العقود الذكية العديد من التحديات القانونية.

مجلة IAFA ISSN 1737-7161 4197/2018 للعلوم الإنسانية والاقتصادية والقانونية
رئيس التحرير المستشار حنان علي نغده

1. التأثيرات القانونية:

بنتاب "العقود الذكية " حالة من الشك او عدم اليقين التي تحيط بالآثار القانونية للعقود الذكية، ومن أجل القضاء على ذلك أصدرت بعض الولايات في الولايات المتحدة الامريكية مثل ديلاوير وتينيسي وأريزونا تشريعات للتعرف على الآثار القانونية للعقود الذكية. في عام 2017، أقرت ولاية أريزونا قانون المعاملات الإلكترونية المعدل في ولاية أريزونا ((AETA، HB 2417))، والذي يُعرّف تقنية blockchain بأنها "دفتر الأستاذ الموزع واللامركزي والمشترك والمكرر، والذي قد يكون عامًا أو خاصًا، أو مُصرحًا به أو أقل، أو مدفوعًا برموز رمزية اقتصاديات التشفير أو رمز أقل "[1] ويشير إلى أن" البيانات الموجودة في دفتر الأستاذ محمية بالتشفير وغير قابلة للتغيير وقابلة للتدقيق وتوفر حقيقة غير خاضعة للرقابة.

[1] Bambara, *Blockchain: A Practical Guide to Developing Business, Law, and Technology Solutions* (2017), pp. 103-4.

وتواجه هذه العقود تساؤل، هل العقود الذكية عقود ملزمة قانونية؟ تعتمد الإجابة على هذا السؤال على ثلاثة عوامل رئيسية: (1) حالة الاستخدام المحددة؛ (2) شكل العقد الذكي المستخدم (أي مشفر بالكامل في برنامج أو عقد ذكي مختلط مع نسخة مشفرة وإصدار نصي)؛ (3) القانون الواجب التطبيق على العقد. هذا يعني أن الإجابة قد تختلف اختلافًا كبيرًا اعتمادًا على الاختصاص القضائي المعني. غالبًا ما يكون اليقين من محتوى الشروط التعاقدية وما إذا كانت شاملة بدرجة كافية عاملاً حاسمًا في تحديد الآثار القانونية لأي عقد في العديد من الولايات القضائية.

قد تتمكن أطراف العقد الذكي من ضمان أن يكون عقدهم الذكي ملزمًا قانونًا إذا اختاروا أن يكون القانون المطبق على العقد هو قانون ولاية مثل أريزونا أو ديلاوير أو تينيسي أو أي ولاية قضائية أخرى **تعترف بالآثار القانونية الملزمة للذكاء في العقود التجارية المبرمة.**

وعلى الرغم من المزايا المتعددة للتحكيم الالكتروني، إلا أنه توجد بعض المشكلات والمعوقات التي تعترض التحكيم الالكتروني تتمثل في الآتي[1]:

1-عدم مواكبة النظم القانونية الحالية للتطورات الحاصلة في مجال التجارة الالكترونية والتي نسجل عليها: -

مجلة IAFA ISSN 1737-7161 4197/2018 للعلوم الإنسانية والاقتصادية والقانونية
رئيس التحرير المشارى حناء علي نعده

- فبعض النظم القانونية لم تشرع حتى الآن قواعد خاصة بالمعاملات الذكية،
- وبعضها الآخر يعاني من جمود القواعد القانونية فيما يتعلق بإجراءات التقاضي والتحكيم التجاري،
- واخرى لا تعترف أصلاً بصحة إجراء التحكيم بوسائل الكترونية، الأمر الذي يطرح إشكالية حقيقية حول الاعتراف بحكم التحكيم الالكتروني وقابليته للتنفيذ جبراً.

وعندما يثار إشكالات في مثل هذه العقود التي تبرم وتنفذ في العالم الافتراضي، يرغب الأفراد في حلها بذات الطريقة. والالتجاء الى التحكيم الالكتروني.

2. الأهلية: اشترطت سائر أنظمة وتشريعات التحكيم وجوب توافر الأهلية القانونية في كل من فريقي النزاع والمحكمين. ولما كانت عمليات التحكيم تتم عن طريق الانترنت وعن طريق مراكز كبرى تحرص على الدقة في شتى الجوانب وخصوصاً الأمور الأساسية فيها فان بحث الاهلية

[1] أسامة إدريس بيد الله، جامعة قاريونس، التحكيم الالكتروني ماهيته واجراءاته، 2019، المغرب.

لن يكون له ضرورة، ويبقى مجال الحديث والبحث في الأهلية القانونية لطرفي النزاع، وحيث أنه على فرض عدم توافر الأهلية لطرفي النزاع فإننا نكون بصدد اتفاق تحكيم باطل لنقص أو انعدام أهلية احد أطراف النزاع عند توقيعه وما يترتب عليه من بطلان لحكم التحكيم الصادر في المنازعة التجارية.[1]

ويمكن التغلب على هذه المشكلة فيما يخص الجهة التي تطلب التحكيم بعمل تصميم بذات الموقع بشكل يلزم الطرف الذي ينوي الاتفاق لإحالة نزاعه لإحدى مراكز التحكيم الالكتروني بالكشف عن هويته والإفصاح عن عمره، على أنه إذا اغفل تحديد ذلك لا يسمح له بالمضي أو استكمال اتفاقه مما يضفي نوع من المصداقية أمام طرفي النزاع ويبعده عن شبهة البطلان[2].

3. تعرض معلومات العملية التحكيمية للقرصنة:

حيث تعد صيانة وحفظ سرية التحكيم – وفقاً لما أُشير إليه سلفاً– احد الشروط الجوهرية لنجاح عملية التحكيم الالكتروني والإقبال عليها، وقد عملت مراكز التحكيم الالكترونية على صيانة ذلك بتضمينها نصوصاً تحفظ سرية أية معلومة تتعلق بالنزاع لتؤكد على كل من يطلع عليها تعهده بعدم نشر ما اطلع عليه وخصوصاً من الشهود والخبراء، **ولكن المشكلة تكمن في فرض تحدياً آخر ألا وهو الاختراق القادم من الخارج عن طريق المتطفلين؛ وهم من يقتحمون خصوصيات الغير لمجرد إشباع الفضول، وكذلك المخربين ممن يبحثون عن ضحايا يوقعون بهم مثل سرقة أرقام بطاقات الائتمان أو بطاقات الدفع الالكتروني واستغلالها**، والحل المطروح حالياً يكمن في تشفير البيانات المحفوظة والمتبادلة بصورة وتمنع من قراءتها إلا من قبل المرسل إليه[3].

2: مخاطر اللجوء للتحكيم الالكتروني:

لقد تزايد الاهتمام المتزايدة بالتحكيم الالكتروني في حل النزاعات في مجال التجارة الالكترونية لما تتميز به من خصائص ومواصفات تحقق للجهات المتعاقدة منافع عديدة، إلا أنه قد توجد بعض المخاطر التي تصاحبه وتشكك في مدى جدواه وفاعليته، وتتمثل هذه الإخطار فيما يلي:

[1] انظر لمزيد التفصيل عن مزايا التحكيم الالكتروني: د.هيثم عبد الرحمن البقلي : ((التحكيم الالكتروني كأحد وسائل تسوية المنازعات)) . بحث منشور بموقع: www. kenanaonline .com

[2] انظر لمزيد من التفصيل فيما يتعلق بأهلية اتفاق التحكيم: د. احمد أبو زقية: ص43 – 47.

[3] د. عصام عبد الفتاح مطر: التجارة الالكترونية في التشريعات العربية والتشريعات الأجنبية. دار الجامعة الجديدة الإسكندرية 2000، ص 56.

1. النظم القانونية الحالية تعد متأخرة عن اللحاق بالتطورات السريعة الحاصلة في مجال التجارة الالكترونية:

تركز النظم القانونية على جوانب الجريمة وامور الاحوال الشخصية، بينما تولي اهتماما محدودا للمعاملات التجارية، كما انها لا تشرع معاملات عقود التجارة الالكترونية في قوانينها، إضافة إلى جمود القواعد القانونية الموجودة في كثير من دول العالم المتعلقة بإجراءات التقاضي والتحكيم التقليدي من الاعتراف بإجراءات التحكيم بوسائل الكترونية، وعدم تعديل التشريع الموجود للاعتراف بأحكام التحكيم الالكترونية ومن هنا ثار التساؤل عن مدى صحة إجراءات التسوية بالوسائل الالكترونية، ومدى الاعتراف بالحكم التحكيمي الالكتروني ؟

ولازال هناك ثغرات تتعلق بتحديد مكان التحكيم، والذي يترتب عليه آثار كثيرة ومهمة، فما هو المكان الذي يعتبر انه مكان التحكيم، هل هو مكان المحكم الفرد أم مكان المورد؟ أو المستخدم في عقود خدمات المعلومات الالكترونية؟ هذا إذا كان المحكم فرداً؟ ولاشك أن هذه المسائل جميعها تتطلب تدخلاً تشريعياً من جانب الدولة إضافة إلى الاتفاقيات الدولية.

2. عدم استحصال موافقة كاملة من المستخدم لشرط التحكيم:

عند اجراء المقارنة ما بين امكانيات المستهلك وامكانيات المجهزين، نلاحظ عدم امتلاك المستهلك لجزء ولو قليل من امكانيات الشركات والمجهزين، وأكثر من ذلك بأن يكون قبول المستهلك لشرط التحكيم ناتجاً عن عدم خبرة وجهل بحقوقه. ويرجع ذلك إلى أن المستهلك لا يمكنه التفاوض على هذه الشروط حيث يقوم المورد بعرض شروطه على موقع Web.

هذا فضلاً عن أن سرعة وتعدد العقود التي تبرم في هذا المجال لا تعطي الفرصة لحدوث تفاوض حول هذه الشروط، كما أنه لا يمكن تعديل الشروط العامة الموجودة بشكل الكتروني لحظة إبرام العقد، علاوة على أنه من الصعوبة بمكان البحث عن بديل آخر بسبب انتشار العقود النموذجية بشكل واسع على الانترنت[1].

[1] د. عادل ابو هشيمة، لنظام القانوني للوكيل الإلكتروني دراسة مقارنة، جامعة اهل البيت، 2004، ص296.

3. **الخشية من عدم المساواة في الفرص بين الأطراف المتنازعة والنزاهة النسبية للمحكمين:**

مجلة IAFA ISSN 1737-7161 4197/2018 للعلوم الإنسانية والاقتصادية و القانونية
رئيس التحرير المنصاري حنان علي بعده

ويعود ذلك إلى وجود علاقات مالية تجمع بين المهنيين ومؤسسات التحكيم تجعل المحكمين يميلون لصالح المهنيين مراعاة لحجم الأعمال التي يخضعها هؤلاء المهنيون لمراكز التحكيم، أما العملاء فيكون أول تعامل لهم أمام مركز التحكيم وقد يكون الأخير، فلا توجد علاقة سابقة مع مركز التحكيم.

4. التفاف الطرف المجهز على التحكيم:

يخشى الطرف الضعيف في العقد من اللجوء إلى التحكيم بصفة عامة والتحكيم الالكتروني بصفة خاصة، وذلك بسبب الخشية من عدم تطبيق القواعد الآمرة والمنصوص عليها في القانون الوطني الخاص به، خاصة إذا كان هذا الطرف مستهلكاً مما يترتب عليه بطلان حكم التحكيم وعدم إمكانية تطبيقه وتنفيذه على ارض الواقع.[1]

5. خطر إنكار العدالة:

وأساس هذا الخطر هو الخشية والخوف من أن يؤدي اتفاق الأطراف على خضوع جميع المنازعات التي تحدث بينهم إلى التحكيم إلى إنكار العدالة، وذلك خاصة وأنه يتم حرمان الشخص أو الطرف الآخر في الاتفاق من اللجوء إلى القضاء الوطني دون ضمان أن يتم حل النزاع من خلال الطرق غير القضائية.

6. الإخلال بحقوق الدفاع:

ويقوم هذا الخطر على سند من أن التقاضي أو التحكيم الالكتروني يلغي روح القانون، كما يلغي حقوق الدفاع في كثير من الأحيان بتقليص فرص المطلوبة في أن يستفيد من الدفوع الإجرائية والموضوعية التي هي أساس مهنة المحاماة، كما تلغي حقه في الاستفادة من المشاعر الإنسانية التي بطبعها العفو والتسامح والظروف المخففة.

<u>3- إجراءات التحكيم الالكتروني</u>

لا تجري خصومة التحكيم في فراغ زماني أو مكاني، فهي لابد ان تكون منطلقة من مرتكز وموقع جغرافي محدد تنعقد فيه هيئة التحكيم وتباشر مهمتها، ويطلق على هذا المرتكز النطاق المكاني للتحكيم.

ولما كان تحديد المكان بذاته غير كاف لضبط بدء وسير إجراءات التحكيم، بل لابد من التعرف

[1] د. عصام عبد الفتاح مطر: التحكيم الالكتروني، مرجع سابق، ص 60

على الخطة التي منها تلك الإجراءات، بحيث تكون هي نقطة الأساس التي تحسب منها المدة الاتفاقية أو القانونية التي يعبر عنه بالنطاق الزماني للتحكيم. وحيث إن الإجراء التحكيمي يمر بمرحلتين هما مرحلة نشوء النزاع وبدء الخصومة، ومرحلة إصدار حكم في النزاع، ومن ثم فإنه يجب التعرض لهاتين المرحلتين باعتبارهما جوهر عملية التحكيم من الفقرات الآتية:

أولاً: النطاق المكاني والزماني لإجراءات التحكيم:

يمثل النطاق المكاني والزماني لإجراءات التحكيم أهمية كبرى تؤثر على التحكيم ذاته وذلك على النحو التالي:

أ- مكان وحيز التحكيم:

من خلال مراجعة قوانين وتشريعات التحكيم الدولية المعمول بها نلاحظ أن المشرع قد ترك لطرفي النزاع الحرية الكاملة في اختيار مكان التحكيم، دون تمييز فيما إذا كانت الاطراف في بلد واحد او لا، ويفترض ان يكون هنالك اتفاق بين الطرفين عند حدوث النزاع على مكان التحكيم، اما إذا لم يوجد اتفاق بين الطرفين على مكان التحكيم بطريق مباشر أو غير مباشر تولت هيئة التحكيم ذاتها تعيين المكان على أن تراعي في هذا التعيين ظروف الدعوى وملائمة المكان الذي تختاره لأطرافها.

وتظهر هناك صعوبات في توطين مثل هذا النوع من التحكيم، ولذا فقد تم طرح العديد من الحلول لتحديد مكان التحكيم:

منها تفضيل المكان الذي يوجد فيه المحكم وهو ما يعني تطبيق قانون مكان المحكم والعمل بقانون موطن المحكم أو محل إقامته، وتتعقد الأمور عندما نكون أمام هيئة تحكيم ثلاثية ولسنا أمام محكم وحيد.

ولأجل يمكن الحل بالرجوع إلى قانون مكان المجهز او مقدم الخدمة، ولا يمكن قبول هذا الحل أيضا في حالة تعدد مقدمو خدمة الانتفاع بالإجراء التحكيمي إذا كان كل منهم مقيماً في دولة مختلفة.

ولما كان التحكيم الالكتروني يتم عبر شبكات التواصل والانترنيت الدولية، فبالإمكان تداول القضية ودراستها وإصدار الحكم وإبلاغه الأطراف عبر شبكة الانترنت حيث لا يلزم أمامها حضور الأطراف بل يكفي تبادل المستندات ومذكرات الدفاع والطلبات الأخرى الكترونياً.

ب- تحديد وقت إجراءات التحكيم:

يعد تحديد وقت الشروع بإجراءات التحكيم أمراً مهماً لأطراف النزاعات، والتي تمكنهم من متابعة ومواكبة اجراءات التحكيم.

فمن حيث بدايات التحكيم، وذلك بتقديم المدعي طلب التحكيم إلى تلك الهيئة كما يتعين على الطرف المطلوب التحكيم ضده الرد على طلب الطرف الأول خلال مدة معينة.

يتبع ذلك المضي بإجراءات التحكيم، وتحديد وقت بدء الإجراءات والتي تعتبر مهمة لتنفيذ سير التحكيم.

واخيرا نهاية إجراءات التحكيم، فإن تحديد وقت بدء الإجراءات يبدو حاسماً في حساب المدة التي يتعين في غضونها إصدار حكم التحكيم، أو الأمر بإنهاء إجراءات التحكيم.

ثانياً: القانون الواجب التطبيق على إجراءات التحكيم الالكتروني:

القانون الواجب التطبيق على إجراءات التحكيم أما يتم تحديده باتفاق الطرفين، وفي حالة غياب إرادة هذين الطرفين يتم الاحتكام إلى معايير أخرى لتحديد ماهية هذا القانون وهذه المعايير هي:

- المعيار الأول: يستند إلى قانون دولة مقر التحكيم.
- المعيار الثاني: يستند إلى تطبيق قانون الدولة الذي يحكم موضوع النزاع.
- المعيار الثالث: يستند إلى تطبيق القواعد الإجرائية المنصوص عليها في اللوائح والأنظمة الداخلية لهيئات التحكيم المنتظم[1].

وتواجه عملية اختيار او الاتفاق على القانون الذي يتم من خلاله فض النزاعات العديد من الاعتراضات والانتقادات، لكن ومع هذا، فان حرص أطراف النزاع على المحافظة على السمعة التجارية لهم، وعدم انتشار معلومات قد تضر بجميع الاطراف، وان لا تتسبب عملية التحكيم بتحمل تكاليف اضافية، فان الجميع يحرص على فض النزاعات بسرعة وسرية. لذلك يمكن ان نلخص تفاصيل التحكيم الالكتروني.

ويهدف التحكيم بالدرجة الاساس الى تحقيق مصلحة خاص بالأطراف المتنازعة وليس مصلحة عامة.

وكما لا يشترط بالمحكم ان يكون من داخل البلد، فيمكن ان يكون اجنبيا وشخص يقيم بالخارج. كما لا تلزم المحاكم اللالكترونية اي

[1] التحكيم الالكتروني (ماهيته، إجراءاته)، أ. أسامة إدريس بيدالله. عضو هيأة تدريس بكلية القانون جامعة قاريونس،2016.

طرف من النزاع لتقديم مستندات معينة يعتبرها ذاك الطرف سرية.[1]

مجلة IAFA ISSN 1737-7161 للعلوم الإنسانية والاقتصادية والقانونية
رئيس التحرير المنار د. حنان علي شعره

ومما سبق، نواجه التساؤل التالي: –

هل التحكيم آلية مواتية لتسوية المنازعات في منازعات العقود الذكية؟

ان المرونة في إجراءات التحكيم والتنفيذ المباشر التي تتصف بها التحكيم الالكتروني او الآلي، وكذلك قرارات التحكيم الصادرة منها والتي من اهم السمات الرئيسية هي التي تجعل التحكيم الالكتروني والآلي الآلية المثلى لتسوية المنازعات لنزاعات العقود الذكية. فبموجب اتفاقية نيويورك (يوجد حاليًا 159 سلطة قضائية هي أطراف متعاقدة). يمكن أن يساهم التحكيم في حل القضايا التالية: [2]

. اولا: حل عدم اليقين بشأن السلطة القضائية والقانون الحاكم.

نظرًا لأن العقود الذكية تعمل عبر العقد الموزعة على أكثر من بلد او جهة، فقد يكون من الصعب تحديد القانون المعمول به والسلطة القضائية المعنية؛ خاصة وأن معظم منازعات العقود الذكية ستتخذ شكل نزاعات عبر الحدود والتي ستؤدي عادةً إلى قضايا تضارب القوانين التي يصعب التعامل معها.

ثانيًا. حماية المعلومات السرية.

من المحتمل أن تتضمن بعض نزاعات العقود الذكية أدلة حول البرامج و / أو الأجهزة الاحتكارية. حقيقة أن الأطراف يمكن أن توافق على التحكيم لجعل نزاعاتهم سرية ستمكن الأطراف من الحد من تعرضهم وإعلان معلوماتهم السرية.

ثالثا. وجود محكمة ذات معرفة فنية متخصصة.

ستكون بعض نزاعات العقود الذكية منازعات قانون العقود القانونية (البحتة) إلى حد ما، لكن البعض الآخر سيكون ذا طبيعة تقنية للغاية، على سبيل المثال، عندما لا يعمل الرمز كما هو متوقع أو يحدث خطأ تقني. تتمتع المحاكم في العديد من الولايات القضائية بالخبرة في التعامل مع القضايا التقنية بسرعة، ولكن يمكن لأطراف العقد الذكي الموافقة على شرط التحكيم الذي يمكنهم من تعيين شخص ما، على سبيل المثال، مع) فهم الترميز

[1] مصطفى الجمال، وعكاشة عبد العال، المحتكم في العلاقات الخاصة الدولية والداخلية، الاسكندرية 1998، ص20.

[2] Available at: http://www.nortonrosefulbright.com/knowledge/publications/157162/arbitrating-smart-contract-disputes

والعقود الذكية. blockchain معين (أي Ethereum

رابعا. سهولة الاعتراف والتنفيذ على مستوى العالم.

يوفر التحكيم للأطراف إمكانية الاتفاق على إجراءات مرنة قد تساعد في التغلب على التحديات التي تطرحها العقود الذكية. بالإضافة إلى ذلك، فإن حقيقة أن 159 ولاية قضائية قد اعتمدت مرافق اتفاقية نيويورك عملية الاعتراف بأي قرار تحكيم ناتج عن نزاع عقد ذكي على أساس عالمي وإنفاذه.

اخيرا فقد اجري استطلاع يوضح جدوى استخدام آلية التحكيم الدولية لتسوية نزاعات العقود الذكية، حيث بين هذا الاستطلاع أن هناك فجوة واسعة بين مجتمع التحكيم الدولي ومجتمع التحكيم الآلي، اذ لم يطور مجتمع تقنية blockchain ويحلل بدقة جميع المخاطر المرتبطة باستخدام آلية التحكيم الدولية لتسوية نزاعات العقود الذكية. لذلك، يحتاج مجتمع التكنولوجيا إلى تطوير نماذجهم بشكل كبير لتراكم الخبرة الكافية في مجال التحكيم في العقود الذكية، [1]

وهكذا يمكن ان نلخص اهم متطلبات التحكيم الذكي ما يلي: –

1. الاتفاق على مركز التحكيم والقانون الواجب التطبيق: وهي تحديد مقر وقوانين التحكيم.

2. قابلية التحكيم: يمكن أن تكون نزاعات العقود الذكية من فئات مختلفة؛ هذا يعني أننا بحاجة إلى تحديد ما إذا كان أي من هذه النزاعات سيكون قابلاً للتحكيم بموجب القانون المعمول به المختار.

3. لغة الشفرة مقابل اللغة الطبيعية: مشروع واحد فقط يفكر في المخاطر القانونية المرتبطة بلغة كود العقود الذكية، ويحاول معالجة هذه المشكلة من خلال تقديم مفهوم "العقد الريكاردي".

4. صفة الأطراف والمحكمين: مسألة أهلية الأطراف للدخول في عقد التحكيم الذكي من أولى القضايا التي يجب التعامل معها.

6. السرية: يعتقد غالبية ممارسي التحكيم أن التحكيم سري بشكل افتراضي. ومع ذلك، هذا اعتقاد خاطئ تمامًا. لذلك، يجب أن تنص المشاريع صراحة على سرية نزاعات العقود الذكية لحل هذه المشكلة.

[1] Ibrahim Mohamed& Nour Shehata, PhD Candidate at Maastricht University, Lecturer Assistant at Cairo University،SMART CONTRACTS &INTERNATIONAL ARBITRATION p18 - 2018.

7. توافر إجراءات الإبطال ومعاقبة المحكمين: عادة ما يكون التحكيم في شكل مرحلة واحدة، حيث لا يمكن إعادة النظر في الأسس الموضوعية مرة أخرى من قبل أي محكمة على الإطلاق.

كما ولابد من توفر شروط أخرى لكي يكون التحكيم الذكي يتوافق مع عوامل نجاحه وقبوله لدى جميع أطراف النزاع، مثل: –

1. توقع واعتبار تضارب مصالح المحكمين
2. التأهيل القانوني للمحكمين:
3. قواعد التحكيم: التي يقع الاختيار عليها.
4. مؤسسات التحكيم: يبدو أن جميع المشاريع باستثناء واحدة فقط ستعمل كمؤسسات تحكيم.
5. عدد المحكمين: قرر أحد المشاريع أن يكون العدد الافتراضي للمحكمين ثلاثة. بالإضافة إلى ذلك، ستكون هناك آلية حيث يمكن لجميع القضاة المتواجدين على الشبكة المشاركة في التحكيم.
6. المهلة الزمنية لعملية التحكيم:

الخاتمـــة

رئيس التحرير
المشارف حنان علي نغده

أهم النتائج:

1– يمكن اعتبار العصر الحالي هو عصر "العقود الذكية " والتي لا تستطيع اي جهة ان تتجاهلها او لا تدخلها في معاملاتها التجارية.

2– للعقود الذكية والتحكيم الالكتروني ميزات ومنافع تحقق لجميع الاطراف في الاسواق العالمية منافع وامتيازات كثيرة وعديدة لا يمكن الاستغناء عنها او الحياد منها.

3– حرص جميع الاطراف في العقود الذكية على سرية معلوماتهم يدفعهم باتجاه القبول بالتحكيم الالكتروني وتحمل نتائجه.

4– تؤدي تقنية العقود الذكية دورًا في استقرار المعاملات وزيادة التعاملات التجارية بيسر وسرعة ودقة ايضا.

5– أهم خصائص العقود الذكية المؤثرة في استقرار المعاملات هي: ذاتية التنفيذ والحتمية وعدم قابلية التزوير.

6– يمكن حل مشكلة عدم إمكانية الرجوع في العقد عن طريق عمل عقد إقالة مضاد يوافق عليه الطرفان وينفذ تلقائيًا.

7- يمكن حل مشكلة عدم معرفة الأطراف بالقانون من خلال وضع شرط واقف على موافقة محامي معين.

8- اتضح من خلال هذا البحث أن التحكيم الالكتروني قد تفوق على التحكيم بصورته التقليدية أو العادية من حيث توظيف الوسائل التي هيأتها ثورة المعلومات والاتصالات الحديثة في كافة مراحل عملية التحكيم، بدءاً من الاتفاق عليه ومروراً بإجراءاته وانتهاءً بصدور حكم فيه.

9- التحكيم الالكتروني هو وسيلة لحسم المنازعات الناشئة من التجارة الالكترونية، والعناوين الالكترونية وغيرها عن طريق اختيار محكم أو محكمين يقومون بالفصل في تلك المنازعات من خلال وبواسطة الانترنت بقرار ملزم للخصوم.

10- ولعل من أهم المزايا التي يحققها التحكيم الالكتروني هي المزيد من السرعة في الفصل في النزاع، والاقتصاد في النفقات، بالإضافة إلى ميزة الخبرة في مجالات التجارة الالكترونية، والملكية الفكرية والتي تتوافر في المحكمين.

التوصيات:

توصيات للمشهد المستقبلي للعقود الذكية

1- التوصية بعدم إخفاء هوية أطراف العقود الذكية:

من منظور قانوني بحت، فإن إبرام عقد من قبل أطراف بأسماء مستعارة يثير الشكوك وعدم الثقة. فان إبرام عقود ذكية جديدة او تعديلها لتتماشى مع الظروف الاقتصادية الجديدة أو تعديلها لأي سبب من الأسباب

وابعد من ذلك، إذا كانت أي منصة للعقود الذكية ترغب في اكتساب زخم الأعمال، فيجب أن تبدأ بإلغاء إخفاء هوية الأطراف في العقود الذكية لتمكين درجة مرغوبة من المرونة المطلوبة في أي عقد تجاري، سواء أكان ذكيًا أم قائمًا على النصوص. تسير هذه التوصية جنبًا إلى جنب مع التوصية بتزويد الأطراف بالأدوات اللازمة لتعديل عقودهم الذكية وإنهائها والتخلص منها. كلاهما يعملان معًا من أجل تحقيق هيكل عملي للعقود الذكية التي يمكن أن تكون بديلاً موثوقًا للعقود التقليدية.

2. تمكين تعديل وإنهاء العقود الذكية:

سلاسل الكتل العامة، كما نفهمها، غير قابلة للتغيير؛ هذا يجعل تعديل أو إنهاء عقد ذكي على

blockchain العامة عملية أكثر تعقيدًا بكثير من تعديل أي كود برمجي. يمكن أن يؤدي هذا إلى (1) ارتفاع تكاليف المعاملات؛ و (2) زيادة هامش الخطأ لإحداث هذه التعديلات. علاوة على ذلك، لا تقدم العقود الذكية حتى الآن علاجات مساعدة ذاتية مماثلة لتلك المتاحة بموجب العقود التقليدية. لذا لابد لان تكون هنالك عقود ذكية قابلة للتعديل ويمكن إنهاؤها في أي وقت.

3. إدراج طرف ثالث في العقود الذكية المعقدة:

فيما يتعلق بتسوية المنازعات سوف يتطلب أيضًا طرفًا ثالثًا موثوقًا به. لحسن الحظ، هناك حل؛ استخدام طرف ثالث موثوق به، يمكن أن يكون أفرادًا أو برامج تخزن المعلومات وتنقلها من "خارج السلسلة"، وبالتالي توفر وسيلة لمنصات blockchain للتفاعل مع أشخاص في العالم الحقيقي وربما التفاعل مع مثل هذه الأحداث الخارجية.

4. كما ويوصي الباحث بأهمية دراسة جميع تطبيقات شبكة سلسلة الكتل (الشاركة) كالعملات الرقمية والعقود الذكية والمنظمات اللامركزية المستقلة وغيرها الدراسة الفقهية والقانونية.

5. وأخيراً فإننا نوصي بعقد المؤتمرات الدولية والندوات – وما هذه الندوة إلا إحداها – لبيان مفهوم التحكيم الالكتروني وإبراز أهمية وتعاظم دوره في حسم المنازعات المتعلقة بالمعاملات الالكترونية.

6. كما يجب العمل على توفير الأمن القانوني المعلوماتي للمعاملات التي تتم عبر الانترنت والارتقاء به وتطويره ويتعين استخدام تقنيات حديثة ومتطورة للحفاظ على الوجود المادي للمحررات الالكترونية والتوقيع الالكتروني.

7. كما يجب على الجهات المختصة والمهتمة بشؤون التحكيم الالكتروني وخاصة كليات القانون القيام بإعداد الدراسات والبحوث حول التجارة الالكترونية والمعاملات والعقود الرقمية وعلاقتها بالتحكيم الالكتروني، هذا بالإضافة إلى تنمية الكوادر البشرية في مجال التحكيم الالكتروني.

مجلة IAFA للعلوم الإنسانية والاقتصادية والقانونية
رئيس التحرير
الدكتور حنان علي نعده

المصادر

1-نبيل زيد مقابلة، التحكيم الالكتروني، طبيعة 2007.

2-د. احمد أبو الوفا: التحكيم الاختياري والإجباري. منشأة دار المعارف، الإسكندرية، 1979.

3-د. احمد عبد الكريم سلامة: التحكيم في المعاملات المالية الداخلية والدولية. دار النهضة العربية، القاهرة.

مجلة IAFA للعلوم الإنسانية والاقتصادية والقانونية
رئيس التحرير
الاستاذ حنان علي نغيمش

(4 https: //businesslawtoday. org/2017/09/blockchain-and-beyond-smart-contracts

5)https: //www. gartner. com/smarterwithgartner/why-blockchains-smart-contracts-arent-ready-for-the-business-world

6 – العقود الإلكترونية وتطبيقاتها المعاصرة في المصارف الإسلامية: دراسة مقارنة، عوض مظلوم الدوش، رسالة دكتوراه، أم درمان، السودان، (2011م)، (7) Harry Surden, *Computable Contracts* ،University of California-Davis Law Review 46 (2012)

(8)Available at: http: //www. nortonrosefulbright. com/knowledge/publications/157162/arbitrating-smart-contract-disputes

(9) M. Raskin, *The Law and Legality of Smart Contracts* (2017). pp. 306. De Filippi Primavera and Aron Wright, *Blockchain and the Law: The Rule of Code* (2018).

(10) Ibt.

(11)Bambara, *Blockchain: A Practical Guide to Developing Business, Law, and Technology Solutions* (2017).

(12). أسامة إدريس بيدالله، جامعة قاريونس، التحكيم الالكتروني ماهيته واجراءاته، 2019، المغرب.

(13) انظر لمزيد التفصيل عن مزايا التحكيم الالكتروني: د. هيثم عبد الرحمن البقلي : ((التحكيم الالكتروني كأحد وسائل تسوية المنازعات)). بحث منشور موقع: www. kenanaonline. com

(14) انظر لمزيد من التفصيل فيما يتعلق بأهلية اتفاق التحكيم : د. احمد أبو زقية.

(15) د. عصام عبد الفتاح مطر: التجارة الالكترونية في التشريعات العربية والتشريعات الأجنبية. دار الجامعة الجديدة الإسكندرية 2000.

(16) د. عادل ابو هشيمة، لنظام القانوني للوكيل الإلكتروني دراسة مقارنة، جامعة اهل البيت، 2004،.

(17) د. عصام عبد الفتاح مطر: التحكيم الالكتروني.

(18) التحكيم الالكتروني (ماهيته، إجراءاته)، أ. أسامة إدريس بيدالله. عضو هيأة تدريس بكلية القانون جامعة قاريونس، 2016.

(19) مصطفى الجمال، وعكاشة عبد العال، المحتكم في العلاقات الخاصة الدولية والداخلية، الاسكندرية 1998.

(20)Available at: http: //www. nortonrosefulbright.

com/knowledge/publications/157162/arbitrating-smart-contract-disputes

(21) Ibrahim Mohamed& Nour Shehata ،PhD Candidate at Maastricht University, Lecturer Assistant at Cairo University, SMART CONTRACTS &INTERNATIONAL ARBITRATION 2018.

طبيعة ومفهوم التحكيم المحلي والاجنبي والدولي

د. رعد أدهم عبد الحميد (العراق)

رئيس التحرير
الدكتور جمال علي خليل الدهراوي

تمهيد:

لاشك فيه بأن التطورات التكنلوجية والتقنية الحديثة التي اصابت عالمنا اليوم قد بلغت شيء من الذهول، الامر الذي يستلزم وللضرورة منضبط ايقاع تلك التطورات بعد ايجاد الحلول التشريعية الوطنية منها والدولية وذلك للحد من هذه الاشكاليات الناشئة وخصوصا في باب المسؤولية حيث تشعبت الحياة الاجتماعية والاقتصادية والتجارية في تلبية الحاجات والرغبات والميول مما يتطلب الوقوف وبجدية لاحتواء تلك الحقول المتنوعة على نحو من التنظيم بغية رفد الحياة الاجتماعية بالأمن والاستقرار والازدهار، وعليه سنتناول في هذه الورقة احدى المحاور الهامة والناشئة عن تسوية اثار تحقق تلك المسؤولية، الا وهو التحكيم والذي يعد وسيلة بديلة عن القضاء واداة فعالة في حسم مختلف القضايا القابلة للصلح بعد الاتفاق على التحكيم بين الاطراف المتنازعة من قبل هيئة محايدة ومؤتمنة وهذا ما سنبينه في هذه الورقة بإيجاز عن نشأة التحكيم وتطوره ومن ثم التعريف به وتمييزه عما يشتبه به من اوضاع قانونية مختلفة وبعدها بيان طبيعته القانونية ونطاق سريانه وذلك تباعا : _

الفرع الأول _ نشأة التحكيم وتطوره

لقد ظهر التحكيم قبل ظهور القضاء لان ظهور القضاء ارتبط بظهور المجتمعات المنظمة او شبه المنظمة في شكلها الحديث اي شكل الدولة وأن كان الجهاز القضائي ظهر مع ظهور الدولة فأن نظام التحكيم قد ظهر قبل ذلك[1]. وحيث عرفت الحضارات القديمة التحكيم ومنهم اليونان ومصر كما وعرف الرومان نظام التحكيم ايضا منذ القرنين السادس والسابع قبل الميلاد[2]. اما العرب فقد عرفوا التحكيم ايضا قبل الاسلام واعتبرته الوسيلة المناسبة لفض المنازعات، ومع تطور المجتمعات وانتقالها الى دول اخرى وبالعكس جراء دخولها في ميدان التعامل والتبادل الاقتصادي والتجاري والصناعي ظهرت الحاجة وللضرورة الى ايجاد قنوات وحلول اخرى بديلة للقضاء الا وهو التحكيم باعتباره وسيلة هامة لفض المنازعات وذلك ليسهم في حسمها بيسر وسهولة بعيدة عن الارهاق والتكلف.

(1) د. نجيب احمد الجبلي، التحكيم في القوانين العربية، المكتب الجامعي الحديث، الاسكندرية، 2006،ص 7.

(2) د. شاكر عبدالله العبادي، التحكيم في العقود الادارية، دراسة مقارنة، دار الثقافة والتوزيع، عمان، 2019، ص13.

الفرع الثاني _ تعريف التحكيم وتمييزه عما يشتبه به من اوضاع قانونية مختلفة

المقصد الأول _ لقد اشارت التشريعات الداخلية المقارنة على التحكيم ومنها القانون العراقي حيث اشار في م/ 251 من قانون المرافعات المدنية رقم 83 لسنة 1969النافذ على التحكيم والتي نصت على انه (يجوز الاتفاق على التحكيم في نزاع معين، كما يجوز الاتفاق على التحكيم في جميع المنازعات التي تنشأ من تنفيذ عقد معين). اما القانون الاماراتي فهو الاخر حينما اشار الى التحكيم في قانون التحكيم الاتحادي رقم 6 لسنة 2018 في م/1 (بأنه وسيلة ينظمها القانون يتم من خلالها الفصل بحكم ملزم في نزاع بين طرفين او أكثر بواسطة هيئة التحكيم بناء على اتفاق الاطراف). اما القانون الفرنسي فقد اشار في م/ 1442 من قانون المرافعات المدنية النافذ الى التحكيم بأنه (الاتفاق الذي يتعهد بموجبه المتعاقدون على احالة النزاعات التي تنشأ عن العقد الى التحكيم). [1]وعليه يمكننا تعريف التحكيم (بأنه اتفاق كتابي بين اطراف النزاع في مسألة معينة قابلة للصلح بعد احالتها الى هيئة تسمى بهيئة التحكيم للبت في موضوع النزاع واصدار حكما ملزما فيه، شريطة اقترانه بمصادقة محكمة الموضوع). اما التحكيم الاجنبي فأنه يمكننا تعريفه (بانه وسيلة قانونية تهدف الى فض المنازعات في الدولة التي صدر فيها قرار التحكيم). والسؤال الذي يمكن ان يثار عن الوضع القانوني في حالة تعدد الدول التي يعقد فيها هيئة التحكيم وللإجابة عن ذلك علينا النظر الى الدولة التي صدر فيها قرار التحكيم وهي التي تم ربط الحكم بها، والمشرع العراقي قد اخذ بهذا المعيار وهو المعيار الجغرافي او المكاني في تحديد مفهوم الحكم الاجنبي وهذا ما اشار اليه في قانون تنفيذ الاحكام الاجنبية في العراق رقم 30 لسنة 1928 في م/1 منه والتي نصت على انه يراد بهذا القانون (الحكم الاجنبي هو الحكم الصادر من محكمة مؤلفة من خارج العراق) و (المحكمة الاجنبية هي المحكمة التي اصدرت الحكم الاجنبي) و(البلاد الاجنبية هي البلاد التي صدر فيها الحكم الاجنبي). كما وعلينا النظر الى احكام الاتفاقيات الدولية المعمول بها في العراق. وعلى سبيل المثال الاحكام الصادرة من محاكم الدول العربية التي ترتبط مع العراق باتفاقيات ثنائية او متعددة الاطراف كاتفاقية الرياض للتعاون القضائي لسنة 1983. اما المشرع الاردني فقد اخذ بالمعيار الجغرافي او المكاني ايضا في تحديد مفهوم الحكم الاجنبي حينما اشار اليه في م/ 2 من

(1) نقلا عن د. وجدي راغب علامة، مفهوم التحكيم وطبيعته، جامعة الكويت، الدورة التدريبية للتحكيم، 1992.

قانون تنفيذ الاحكام الاجنبية الاردني رقم 8 لسنة 1952 والتي نصت على انه (تعني عبارة الحكم الاجنبي الواردة في هذا القانون كل حكم صدر من محكمة خارج المملكة الاردنية الهاشمية. . . . ويشمل قرار المحكمين في اجراءات التحكيم إذا كان ذلك القرار قد أصبح بحكم القانون المعمول به في البلد الذي جرى فيه التحكيم قابلا للتنفيذ كقرار صدر من المحكمة في البلد المذكور). اما المشرع المصري فانه لم ينص بشكل صريح على الاخذ بهذا المعيار وانما اشار اليه في م/ 299 من ق. م. م لسنة 1968 والتي نصت على انه (تسري احكام المواد السابقة على احكام المحكمين الصادرة في بلد أجنبي، ويجب ان يكون الحكم صادرا في مسالة يجوز التحكيم فيها طبقا لقانون الجمهورية). والنص المذكور يبين بوضوح مفهوم المخالفة والذي تنطبق عليه قرارات التحكيم الصادرة في بلاد اجنبية هي ذات القواعد التي تسري عليها حكام وقواعد القانون الوطني. اما التشريع الاماراتي فقد اتجه في الاخذ بالمعيار القانوني والذي يتخذ بموجبه حكم التحكيم جنسية الدولة التي تم تطبيق قانونها الاجرائي على التحكيم الا إذا تم الاتفاق على اخضاعه اجرائيا لقانون دولة اخرى وهذا ما اشار اليه قانون التحكيم الاتحادي في م/ 2ف1 ففي التحكيم والتي نصت على انه (كل تحكيم يجرى في الدولة مالم يتفق على اخضاعه لأحكام قانون تحكيم اخر شريطة عدم تعارضه مع النظام العام والآداب العامة للدولة).

المقصد الثاني_ تمييز التحكيم عن غيره من النظم القانونية

اولا _ تمييز التحكيم الداخلي (الوطني) عن التحكيم الاجنبي

لاشك بأن هنالك ثمة تمييز بين التحكيم الداخلي (الوطني) والتحكيم الاجنبي، ولأهمية ذلك نجد بأن القواعد القانونية التي وضعها المشرع الوطني في قضايا التحكيم انما تأتي ضمن نصوص تشريعية تتولى حسم تلك القضايا القابلة للصلح ابتداء وفي مسائل معينة وبأرادة الاطراف وكما هو الحال في باب المعاملات المالية والمعاملات الشخصية (1) (ينظر م/ 254 ق. م. م عراقي) كما وينظر قرار هيئة التحكيم الاماراتي في قراره (رقم 35ر) لسنة 2008 بتعديل م/ 2 والتي نصت على انه (يتم الفصل في المنازعات الناشئة عن تطبيق احكام القانون فيما بين المتعاملين في مجال الاوراق المالية والسلع عن طريق التحكيم دون غيره وتطبق في هذا الشأن احكام هذا النظام، ويعد التعامل في السوق اقرار بقبول التحكيم والتزاما بتنفيذ حكم المحكمين وتنازلا عن الطعن فيه عدا ما هو مقرر في هذا النظام). وجعل التحكيم اختياريا وليس اجباريا وتحديدا في مسائل المنازعات الناشئة

عن تداول الاوراق المالية والسلع ونرى بأنه حسنا فعل المشرع الاماراتي في هذا الامر لكونه يخالف مبدأ المشروعية، أما التحكيم الاجنبي فهو وسيلة لفض المنازعات بين الخصوم بعد الاتفاق في مسألة معينة بواسطة المشرع بعد احالة تلك المسألة الى القانون الواجب التطبيق طبقا الى نظرية التكييف ولدى الرجوع اليم/ 17 ق. م. ع والتي نصت على انه (القانون العراقي هو المرجع في تكييف العلاقات عندما يطلب تحديد نوع هذه العلاقات في قضية تتنازع فيها القوانين لمعرفة القانون الواجب التطبيق). أما بخصوص تنفيذ قرارات التحكيم طبقا للاتفاقيات والمعاهدات التي ابرمت بهذا الشأن، فأننا نرى ولدى الرجوع الى قانون التنفيذ العراقي رقم 45 لسنة 1980 وما اشارت اليه م/ 3ف2 والتي نصت على انه (الاحكام الاجنبية القابلة للتنفيذ في العراق، وفقا لتنفيذ الاحكام الاجنبية، مع مراعاة احكام الاتفاقيات الدولية المعمول بها في العراق). وطبقا لذلك علينا معرفة وتحديد المعيار للتفرقة بين التحكيم الداخلي والتحكيم الاجنبي فهنالك من يأخذ بمعيار القانون الواجب التطبيق وهو المعيار الشكلي والمتعلقة بإجراءات التحكيم عندئذ يعد التحكيم داخليا ومن ثم يخضع الى القانون الوطني، بينما ذهب اخرون الاخذ بالمعيار الموضوعي والذي يتمثل بطبيعة النزاع حينما تكون طبيعته متعلقة بمعاملة تجارية دولية. [1]

مجلة IAFA
ترقيم الدولي: ISSN 1737-2161
الإيداع القانوني: 4197/2018
للعلوم الإنسانية والاقتصادية والقانونية
رئيس التحرير
المشارك حمادي علي نعمه

ثانيا _ تمييز التحكيم الاجنبي والتحكيم في القانون الدولي العام

قد تتشابك المفاهيم والمصطلحات بعضها مع البعض الاخر ذلك فالتحكيم الاجنبي يتم تحديده بناءا على توجه المشرع الوطني فهو الذي يحدد طبيعة تلك العلاقة في مسألة تتنازع فيها القوانين لمعرفة القانون الواجب التطبيق والمتعلقة غالبا في باب المعاملات المالية والشخصية اما التحكيم الدولي في القانون الدولي العام انما ينصرف مفهومه وطبقا للتعريف الذي اوردته اتفاقية لاهاي لعام 1907 بشأن التسوية السلمية للمنازعات الدولية وما اشارت اليه م/ 37 من هذه الاتفاقية والتي نصت على انه (الغرض من التحكيم الدولي هو تسوية المنازعات فيما بين الدول بواسطة القضاة الذين تختارهم وعلى اساس احترام القانون الدولي العام). ومن التعريف المتقدم يتبين بأن التحكيم تعد وسيلة قانونية لتسوية المنازعات الدولية وبالتالي فهي لا تختلف عن سير عمل القضاء الدولي بهذا الشأن من حيث كلاهما يستند الى القانون الدولي العام في تسوية المنازعات الدولية وكلاهما ايضا

(1) د. محمود سمير الشرقاوي، التحكيم التجاري الدولي، دار النهضة العربية، 2011، ص36.

يستلزم اتفاق بين اطراف النزاع بعد عرض نزاعهم امام التحكيم او القضاء الدولي الا ان الفرق الوحيد بين التحكيم والقضاء في القانون الدولي هو شكلي ينصرف في مفهومه الى التحكيم القضائي والذي يعتمد في وجوده وفي تشكيل هيئة التحكيم التي تفصل في النزاع على ارادة الاطراف المتنازعة فهم الذين يختارون المحكمون الذين يفصلون في النزاع وذلك بمقتضى اتفاق خاص لتسوية نزاع معين دون سواه، أما نظام القضاء الدولي فهو وأن اعتمد على ارادة الدول الاطراف في النزاع من حيث ولاية القاضي الا ان تشكيل المحكمة والاجراءات التي تقتضيها، يتولى القانون الدولي العام تحديدها قبل نشوء النزاع وقبل اتفاق اطرافها بعرضها على المحكمة الدولية، عموما فأن النزاعات التي تعرض سواء على هيئة التحكيم او القضاء الدولي فهي التي تتعلق وفي الغالب على تفسير معاهدة او اتفاقية دولية او تطبيق مبدأ دولي او نزاع حول تحديد ورسم الحدود بين دولتين او اكثر.[1] مما تقدم بيانه فان التحكيم الدولي الذي نقصده في بحثنا هو حسم المنازعات وخصوصا في المسائل التجارية ذات الطابع الدولي والتي تمزج بين دفتيها عناصر اجراءات القانون المدني والقانون العام مع تمكين الاطراف المتنازعة في تسويتها بواسطة التحكيم.

ثالثا _ تمييز التحكيم والصلح

لدى الرجوع الى التشريعات الوطنية المقارنة نجد بأن الصلح يعد من وسائل التسوية بين أطراف النزاع ولدى الرجوع الى القانون المدني العراقي وما اشارت اليه م/ 698 والتي نصت على انه (الصلح، عقد يرفع النزاع ويقطع الخصومة بالتراضي). وهي تقابل قانون المعاملات المدنية الاماراتي فقد اشارت م/ 722 منه والتي نصت على انه (الصلح، عقد يرفع النزاع ويقطع الخصومة بين المتصالحين بالتراضي). ومن النصوص المتقدمة يمكننا اجمال وجه التمييز بينهما وكالاتي: –

أ_ يقتضي في الصلح حل المنازعة بإرادة الاطراف ابتداء وحتى نهايته، بينما في التحكيم وأن كانت ارادة الاطراف اساس نشأته الا انه ليس لهم الحق في التدخل بإجراءاته او لهم السلطة في صدور حكم التحكيم.

ب_ في الصلح يمكن للأطراف ان يتنازلوا عن جانب من طلباتهم، اما في التحكيم فيجوز للمحكم ان يحكم بكل الطلبات وادعاءات أحد الاطراف حتى وان كان مفوضا بالصلح.[2]

ج_ حكم التحكيم يحوز حجية الامر المقضي فيه، بينما في الصلح لا يحوز حجية الامر المقضي

(1) د. عصام العطية، القانون الدولي العام، جامعة بغداد، ط1987،4، ص394.

(2)د. فتحي والي، قانون التحكيم في النظرية والتطبيق، الطبعة الاولى، منشأة المعارف، الاسكندرية، 2007 ص38.

فيه وبالتالي يجوز لأطراف النزاع اللجوء الى القضاء او التحكيم.

رابعا _ تمييز التحكيم والوساطة (التوفيق)

يمكننا اجمال وجه التمييز بينهما وكالاتي: _

أ_ تهدف الوساطة الى تقريب وجهات النظر من قبل الغير للوصول الى تسوية من دون ان تكون له اية سلطة في فرض التسوية بين أطراف النزاع، بينما الحكم الذي يصدر من هيئة التحكيم يكون ملزما للأطراف المتنازعة بعد مصادقة المحكمة عليه. وهذا ما ذهب اليه قانون التحكيم الاتحادي الاماراتي النافذ في م/ 52 والتي نصت على انه (يعد حكم التحكيم. . ملزما لجميع الاطراف).

ب_ يعد التحكيم وسيلة بديلة عن القضاء يلتجا اليها أطراف النزاع بالاتفاق ابتداء أوقد يكون ذلك اثناء المرافعة، وبالتالي اذا ثبت بوجود اتفاق على التحكيم او اذا اقرت اطراف النزاع عليه اثناء المرافعة اعتبرت الدعوى مستأخرة الى ان يصدر قرار التحكيم. (ينظر م/ 253 ف3 ق. م. ع) كما لو اتفق أطراف العقد على فصل ما ينشأ بينهما من نزاع عن طريق التحكيم عندئذ لا يجوز عرض النزاع على القضاء باعتبار الدعوى مستأخرة حتى صدور قرار التحكيم بينما هذا الدفع ليس متاحا في الوساطة او التوفيق بل يكون للأطراف اللجوء الى القضاء او التحكيم للفصل في الخصومة.

ج_ أن شروط التسوية في الوساطة ستتيح لأطراف النزاع معرفة الحل مسبقا، بينما في التحكيم فأن الاطراف لن يتمكنوا من التعرف على الحل مسبقا قبل صدور حكم التحكيم [1]

خامسا _ التمييز بين التحكيم والوكالة

لقد اشارت التشريعات الوضعية المقارنة موضوعة الدراسة الى الوكالة باعتبارها من العقود المسماة التي جارت وشذبت احكامها بشيء من التنظيم ولدى الرجوع الى القانون المدني العراقي وما اشارت اليه م/ 927 والتي نصت على انه (الوكالة عقد يقيم به شخص غيره مقام نفسه في تصرف جائز معلوم). اما قانون المعاملات المدنية الاماراتي فقد اشارت م/ 924 والتي نصت على انه (الوكالة انها عقد يقيم الموكل بمقتضاه شخصا اخر مقام نفسه في تصرف جائز معلوم). والنصوص المتقدمة تبين بوضح بأن الوكيل يعمل باسم ولصالح الاصيل (الموكل) وبالتالي تنصرف جميع التصرفات القانونية لهذا الموكل، اما التصرفات القانونية التي تكون خارج حدود الوكالة فأنها لا تنصرف الى الموكل الا إذا اجازها وأن كانت لاحقة

(1) ينظر د. احمد مخلوف، د. فؤاد القهالي، الوجيز في شرح قانون التحكيم الاتحادي رقم 6 لسنة 2018، ص31.

ذلك فأن القاعدة القانونية تعد الاجازة اللاحقة في حكم الوكالة السابقة. أما التحكيم فأن المحكم لا يملك سلطة صدور قرار التحكيم باسم الطرف الذي اختاره انما يصدر حكمه طبقا للقانون.

سادسا _ تمييز التحكيم الخبرة

يمكننا تعريف الخبرة بانها تقدير ذهني او فكري يبديه أهل الفن أو الخبرة في مسألة معينة لا يتمكن فيها القائم بالتحقيق من معرفتها ويكون حكمهم غير ملزما لأطراف النزاع ولا للقاضي ايضا. بينما في التحكيم فان الحكم الصادر من المحكم يكون ملزما لأطراف النزاع.

سابعا _ تمييز التحكيم والقضاء

أ_ لاشك بأن الخصومة القضائية اوسع نطاقا من خصومة التحكيم وحيث لا يجوز التحكيم في المسائل التي لا يجوز فيها الصلح وهذا ما اشارت اليه م/ 254 ق. م. م عراقي والتي نصت على انه (لا يصح التحكيم الا في المسائل التي يجوز فيها الصلح، ولا يصح الا من له اهلية التصرف في حقوقه ويجوز التحكيم بين الزوجين طبقا لقانون الاحوال الشخصية واحكام الشريعة الاسلامية). اما قانون التحكيم الاتحادي الاماراتي النافذ فقد اشار في م/ 4 ف2 الاحوال التي لا يجوز فيها التحكيم وتحديدا في المسائل المتعلقة بقضايا الاحوال الشخصية وهذا بخلاف ما ذهب اليه التشريع العراقي في مسائل الاحوال الشخصية ونرى بأن المشرع الاماراتي حسنا فعل في ذلك باعتبار تلك المسائل لها من الاهمية بل والقدسية في اسس بناء المجتمعات وتكوينها مما يتطلب حسمها من قبل المحاكم

ب_ لأطراف التحكيم الحرية في اختيار المحكمين وذلك اقتصادا في الوقت والنفقات والرغبة عن شطط الخصومة واللدد فيها، بينما في القضاء لا يملك الاطراف حرية اختيار القضاة بل يخضعون لقضاة يتم تعيينهم من قبل الدولة.

ج_ أن الحكم الصادر من المحكمين لا يمكن تنفيذه جبرا الا بعد مصادقة المحكمة المختصة في النزاع وهذا ما ذهب اليه المشرع العراقي حينما اشار في م/ 274 ق. م. م عراقي والتي نصت على انه (يجوز للمحكمة ان تصدق قرار المحكمة او تبطله كلا او بعضا ويجوز لها في حالة الابطال كلا او بعضا ان تعيد القضية الى المحكمين لإصلاح ما شاب قرار التحكيم او تفصل في النزاع بنفسها إذا كانت القضية صالحة للفصل فيها). اما قانون التحكيم الاتحادي الاماراتي النافذ فقد اشار في م/ 52 منه والتي نصت على انه (. . ... يشترط لتنفيذ حكم التحكيم الحصول على قرار للمصادقة عليه من المحكمة). والنصوص المتقدمة تبين

بوضوح على اشتراط المصادقة على قرار التحكيم من قبل محكمة الموضوع. بينما الحكم القضائي يكون صالحا للتنفيذ بمجرد صدوره بعد استنفاذه طرق الطعن المنصوص عليها في القانون.

الفرع الثالث _ الطبيعة القانونية للتحكيم ونطاق سريانه

مجلة IAFA ISSN 1737-7161 الترقيم الدولي الإيداع القانوني 4197/2018 للعلوم الإنسانية والاقتصادية والقانونية
رئيس التحرير المستشار حماد علي نعده

اختلف الفقه حول الطبيعة القانونية للتحكيم فذهب فريق منهم وهو يرى بأن التحكيم ذو طبيعة تعاقدية بينما ذهب فريق اخر وهو يرى بان التحكيم ذو طبيعة قضائية بينما ذهب اخرون وهو يرى بان التحكيم ذو طبيعة مختلطة وهذا ما سنبحثه في هذه الورقة وذلك تباعا.

المقصد الأول _ الطبيعة التعاقدية للتحكيم

يرى أصحاب هذه النظرية بأن الاصل في التحكيم هي رغبة ارادة الاطراف المتنازعة وبالتراضي في تحديد شخص ثالث للفصل في النزاع وحسمه وديا، وهذا يعني بانه لا يمكن اللجوء الى التحكيم فيما اذا لم يوافق احد اطرافه عليه بل ينبغي بأن يكون هنالك اتفاقا شاملا بين جميع الاطراف المتنازعة على التحكيم وعليه لابد من اطلاق سلطان الارادة وترك الامر الى اطراف التحكيم فلا يجوز ان تتدخل الدولة الا لمنع المساس بالنظام العام[1]وقد وجهت انتقادات لهذه النظرية ومنها بأنها تبالغ من كون أرادة اطراف التحكيم لها دورا رئيسيا في عملية التحكيم وعلى الرغم بان مهمة التحكيم هي ليست الكشف عن ارادة اطراف المحتكمين وانما الكشف عن ارادة القانون وتطبيقه على موضوع النزاع، كما وأن النظرية التعاقدية لنظام التحكيم تأخذ بالمعيار الشكلي لتمييز العمل القضائي وبعيدا عن المعيار الموضوعي والذي يفترض ان يأخذ به في تمييز العمل القضائي.[2]

المقصد الثاني _ الطبيعة القضائية للتحكيم

يرى اصحاب هذه النظرية بأن التحكيم ذو طبيعة قضائية ذلك فالتحكيم نوع من انواع القضاء الى جانب القضاء في الدولة، شأنه شأن القضاء الاجنبي الذي يعترف في القانون الداخلي بأحكامه[3] ويستند اصحاب هذا الاتجاه الى حجج عديدة ومنها بأن اصحاب النظرية التعاقدية الذين يأخذون بالمعيار الشكلي هو معيار غير صحيح وبالتالي كان عليهم الاخذ بالمعيار الموضوعي في المنازعة ذلك فأن دور هيئة التحكيم هو نفس دور القاضي والذي يتمثل في تطبيق ارادة القانون كما وان طبيعة الاجراءات التي يقوم بها المحكم او

(1) د. مختار احمد بريري، التحكيم التجاري، دار النهضة العربية، القاهرة، 1995، ص708.

(2) د. محمود السيد التحيوي، الطبيعة القانونية لنظام التحكيم، منشأة المعارف، الاسكندرية، 2003، ص200.

(3) د. محمد السيد التحيوي، المصدر السابق، ص381.

هيئة التحكيم تعد خصومة قضائية وعليه فأن حكم التحكيم يعد عملا قضائيا سواء من حيث الشكل او الموضوع.

المقصد الثالث_ الطبيعة المختلطة للتحكيم

ويرى اصحاب هذه النظرية بأن التحكيم ذو طبيعة مختلطة، فهو عقد بالنظر الى العمل الارادي لأطراف التحكيم من ناحية، ويكون قضائيا بالنظر الى كون المحكمين يلزم الاطراف المحتكمين بقوة تختلف عن مجرد القوة الملزمة للعقد من ناحية اخرى[1]وبعد تقديم أتلك الآراء والحجج واوجه تلك النظريات فنحن نرجح تلك النظرية التي تذهب قولا بأن الاساس الذي يستند اليه التحكيم هي ارادة الاطراف المتنازعة التي دفعت الى اختيار هيئة التحكيم ذلك لكون هيئة التحكيم ستعطي مساحة من الحرية في اختيار هيئة التحكيم اضافة الى بساطة الاجراءات وبعيدا عن أوجه التعقيد والتكلف كما وأن مصادقة محكمة الموضوع على حكم التحكيم يعد قرارا كاشفا للحق وليس منشئا له.

الخاتمة

بعد الانتهاء من البحث والدراسة في هذه الورقة العلمية وجدنا بأن التشريعات المقارنة موضوعة الدراسة قد سايرت ركب الحضارة والتقدم الى حد كبير حينما اولت اهتماما بالغا في حسم المنازعات بوسائل عدة وقد كان من بينها التحكيم باعتباره اداة فعالة وحاسمة للكثير من القضايا الخلافية وبإرادة اطراف النزاع وخصوصا في المسائل التجارية باختيار طرف ثالث ليتولى مهام حسم النزاع بعيدا عن سوح القضاء وقد عالجت التشريعات الوضعية المقارنة التحكيم بشيء من التنظيم من حيث اختيار المحكمين وماهية الاجراءات القانونية المتخذة من حيث اجراءات التحقيق والمدد الزمنية الممنوحة للأطراف المتنازعة وطرق تقديم اللوائح والمذكرات والمستندات والبيانات والوثائق الخاصة بموضوع النزاع الى جهة التحكيم والذي سيكون حكمها ملزما لأطراف النزاع بعد اقترانه بمصادقة محكمة الموضوع، كما وتعرضت الدراسة الى مفهوم التحكيم وماهيته وصوره والتي يمكن بسطها في التحكيم الداخلي والتحكيم الاجنبي والتحكيم الدولي وكذلك تمييز التحكيم عما يشتبه به من اوضاع قانونية مختلفة كالصلح والوساطة

(1) د. عصام الدين القصبي، النفاذ الدولي لأحكام التحكيم، دراسة تحليلية لقواعد القانون الدولي الاتفاقي والقانون المقارن، دار النهضة العربية، القاهرة، 1993،ص5.

والوكالة والخبرة بالإضافة الى تمييزه عن الحكم القضائي وقد توصلت الدراسة بوجود اختلافات بينهما وحيث يذهب الفقه تارة في النظر اليه من الناحية الشكلية وتارة اخرى بالنظر اليه من الناحية الموضوعية واخيرا انتهت الدراسة بتسليط الضوء على الطبيعة القانونية للتحكيم وقد وجدنا في الدراسة بوجود مذاهب عدة ومسارات مختلفة في تكييف الطبيعة القانونية للتحكيم فمنهم من رجح الطبيعة العقدية لأطراف النزاع ومنهم من رجح الطبيعة القضائية باعتبار التحكيم عملا قضائيا ومنهم من رجح الطبيعة المختلطة وجمع بين الطبيعة العقدية والطبيعة القضائية وهذا ما تناولناه طبقا للخطة العلمية الموضوعة.

المقترحات: _

اولا _ تفعيل الاتفاقيات والمعاهدات الدولية والخاصة بالتحكيم باعتبارها اداة هامة في حسم المنازعات والظهير الساند للقضاء.

ثانيا _ استخدام الوسائل التكنلوجية والتقنية الحديثة في مسائل التحكيم وذلك اختصارا في الوقت والجهد وخصوصا في ميدان التجارة الدولية.

ثالثا_ اعداد وارشفة السجلات الخاصة بتسجيل اسماء المحكمين وعناوينهم وتحصيلهم الثقافي ومركزهم الاجتماعي بشكل دوري على ان تدول تلك السجلات بين الدول العربية المنظمة باتفاقية او معاهدة.

رابعا _ نقترح على التشريعات الوضعية من جعل التحكيم اختياريا وليس اجباريا وذلك ايمانا بمبدأ المشروعية في حرية الفرد باختيار القضاء الذي يبتغيه.

خامسا _ نقترح على الدول المنظمة باتفاقية او معاهدة من توفير البيئة المناسبة للمحكمين وتذليل كافة الصعوبات التي تواجههم عند تنفيذ مهام اعمالهم بيسر وسهولة.

المصادر

_ بعد المصحف الكريم

1_د. نجيب احمد الجبلي، التحكيم في القوانين العربية، المكتب الجامعي، الاسكندرية، 2006.

2_ د. شاكر عبد الله العبادي، التحكيم في العقود الادارية، دار الثقافة والتوزيع، عمان، 2019. 3_ د. وجدي راغب علامة، مفهوم التحكيم وطبيعته، جامعة الكويت، الدورة التدريبية للتحكيم 1992.

4_ د. عصام العطية، القانون الدولي العام، جامعة بغداد، ط4، 1987.

5_ د. فتحي والي، قانون التحكيم في النظرية والتطبيق، منشأة المعارف، الاسكندرية، 2007. 6_ د. احمد مخلوف، د. فؤاد القهالي، الوجيز في شرح قانون التحكيم الاتحادي رقم 6 لسنة 2018.

7_ د. مختار احمد بريري، التحكيم التجاري، دار النهضة العربية، القاهرة، 1995.

8_ د. محمود السيد التحيوي، الطبيعة القانونية لنظام التحكيم، منشأة المعارف، الاسكندرية، 2003.

9_ د. عصام الدين القصبي، النفاذ الدولي لأحكام التحكيم، دراسة تحليلية لقواعد القانون الدولي الاتفاقي والقانون المقارن، دار النهضة العربية، القاهرة، 1993.

10_ د. محمود سمير الشرقاوي، التحكيم التجاري الدولي، دار النهضة العربية، القاهرة، 2011، ص36.

القوانين: _

1_ القانون المدني العراقي رقم 40 لسنة 1951.

2_ القانون المدني المصري رقم 131 لسنة 1948.

3_ قانون المعاملات المدنية الاماراتي رقم 5 لسنة 1985.

4_ قانون المرافعات المدني العراقي رقم83 لسنة 1969.

5_ قانون تنفيذ الاحكام الاجنبي الاردني رقم 8 لسنة 1952.

6_قانون تنفيذ الاحكام الاجنبية العراقي رقم 30 لسنة 1928.

7_ قانون التحكيم الاتحادي لدولة الامارات العربية المتحدة رقم 6 لسنة 2018.

مجلة IAFA للعلوم الإنسانية والاقتصادية والقانونية
رئيس التحرير
المستشار حنان علي نعده

المدقق الشرعي بين الواقع والمأمول ودوره في الحد من المخالفات الشرعية في البنوك الإسلامية

د.أ.م. فادي دراغمة
(فلسطين)

مجلة IAFA ISSN 1737-7161 / 4197/2018 للعلوم الإنسانية والاقتصادية و القانونية
رئيس التحرير المشارك حنان علي نعمه

قام الباحث بتسليط الضوء في دراسته على مفهوم المدقق الشرعي عن طريق تعريف بالمفهوم الأساسي له وللتدقيق الشرعي وعمل على شرح وافي للتدقيق الشرعي الخارجي والتدقيق الشرعي الداخلي وتوضيح الفرق بينهم، وتسليط الضوء على التدقيق المالي والإداري والقانوني والاجتماعي وتوضيح للدور الرئيسي في التكامل والتعاون بين الأقسام والوحدات في المصرف أو البنك مع المدقق الشرعي ليكون دور المدقق الشرعي يبنى على تحليل وبيان المخاطر الشرعية التي يمكن أن تواجه التطبيق والبدء بتنفيذ أي اتفاقية شرعية واكتشاف الزيف أو الغش والاستغلال لأي معاملة أو إبرام عقد.

هدف البحث

تهدف هذه الدراسة إلى توضيح المفاهيم الأساسية المدقق الشرعي وبيان ووضع الاقتراحات والحلول لأي تحديات ومشاكل التي قد تنشأ من أي انحراف يطال المصرف أو البنك بإهمال الالتزام بالشرع أو الإهمال بتنفيذ القوانين والمبادئ للأنظمة، أو أي خلل في تدريب الموظفين ووضع الخطط والدراسات للوصول لحل أي معضلة في طريق تطبيق التدقيق الشرعي في البنوك والمصارف لمواكبة تطورات والظروف التي تتزامن بها البلد.

المنهجية:

اعتمد الباحث في منهجية الدراسة على المنهج الاستقرائي وفيه قام باستقرار المادة العلمية المناطة بموضوع التدقيق الشرعي وكتب الاقتصاد والفقه الإسلامي والدراسات السابقة ورسالات الماجستير وخلاصة المؤتمرات للأعمال والاقتصاد والسياسات المدرجة للبنوك والمصارف وخطط العمل لديهم.

النتائج:

حصل الباحث في هذه الدراسة على أن فكرة تطبيق التدقيق الشرعي في البنوك فكرة سامية وذلك لأن اعتماد الأرباح من ناتج بالحلال بعيدا عن أي نظام ربوي، وبوضع خط طريق لأثر الرقابة الشرعية في نظام المرابحات والمضاربة وكذلك لإبعاد العملاء والمدعين من انخفاض الربح بالإقناع أن الرزق الحلال لا يخضع للربا الذي أمر الله تعالى اجتنابه. وبذلك يتم جذب المزيد من الودائع لواقع نأمل به يبرز فيه نتائج مبشرة في النهوض بالتدقيق الشرعي لا سمى مكانة بالعمل والهدف وليكون

بشكل فيه كل النزاهة والشفافية بكل خطواته ومراحله وانواعه.

المقدمة

الصلاة والسلام على اطهر خلق الله سيدنا محمد صلى الله عليه وسلم أما بعد:

سلطت هذه الدراسة ضوئها في ظلال تطور في كافة مؤسسات البلد والتي تطال الاقتصاد والسياسة والتجارة، وتتميز الشريعة الإسلامية أنها تواكب كل التطورات بأي قطاع أو صعيد يختص بالأفراد أو المؤسسات والشركات، ونجد ان اكبر دليل إثبات على ذلك هو المصارف الإسلامية، والبنوك الاسلامية، التي تتوزع على جميع البلاد، فالمصارف الإسلامية تعتبر نمط حديث ومعاصر، ويؤكد بشكل ثابت مرونة شريعتنا الإسلامية، واستجابتها لأي مستجدات وتطورات تطرأ على عصرنا الحديث، وبالتالي تم وفق ذلك العمل على إنشاء المصارف التي تتوافق مع الشريعة الإسلامية بالالتزام بالتعليم الاسلامية في جميع معاملات البنك الداخلية والخارجية، وسيقوم الباحث بتوضيح المفاهيم الأساسية للتدقيق الشرعي والمدقق وذكر خصائص التدقيق الشرعي بنوعيه الداخلي والخارجي وطرح الدراسات السابقة التي تقترب في بحثها من هذا البحث وتسليط الضوء على أهم ما جاء بها وذكر ما يميز هذه الدراسة عن غيرها.

مشكلة البحث:

أن واقع التدقيق الشرعي من المفاهيم التي كانت ضعيفة في تسليط الضوء عليها بالدراسات والاطروحات والبنوك التي تلتزم وتتبع لأحكام الشريعة الإسلامية في تطبيقها والتعامل بها ومعاملاتها والوقوف على مشاكلها ومعضلاتها واهمال ملاحظات التي تواجه المدقق الشرعي والعمل على إيجاد الحلول لها مع وضع أهمية التدقيق الشرعي وصفات التي يجب أن تتوفر في المدقق الشرعي وانواعه وخصائصه.

أهداف البحث:

- من أهداف هذه الدراسة هو التعريف بشكل كبير بالتدقيق الشرعي والتوصل إلى صورة وافية لمشهد التدقيق الشرعي وتوضيح بشكل أكبر للخصائص في المصارف، والبنوك الإسلامية.
- تسليط الضوء على صفات المدقق الشرعي الواجب توفرها وابراز وتسليط الضوء على أي مشكلات قد تعيق عملها، إلى جانب وضع الحلول الممكنة لها.

- وضع طريقة تحتمل الدليل والتطبيق العملي الواضح ليعتمد عليه في جميع أعمال البنك الإسلامي للمدققين ووضع حلول ومقترحات لمواجهة أي معضلة، او أي تحدي يواجه هذه المسألة.

مجلة IAFA ISSN 1737-7161 للعلوم الإنسانية والاقتصادية والقانونية
رئيس التحرير الدكتور حنان علي نعمه

أهمية البحث:

في ظل التطور الذي يسود كل القطاعات نحتاج تطويع شريعتنا الإسلامية لتبقى السائدة في أي تعاملات للأفراد أو المؤسسات، وبالتالي عند التطور نشأت المصارف فكان من الواجب ضبطها بتعامل وفق شريعة الإسلام فيجب تسليط الضوء على هذه الظاهرة عبر دراسات يقوم بها الباحث لاجتياز اي تحدي يواجه ضبطها ويعمل على إبراز مرونتها في تطبيقها في المصارف الإسلامية عبر وجود التدقيق الشرعي الذي يعتبر صمام الأمان لتطبيق الشرع في تلك المصارف عبر رقابتها.

الفصل الأول

المبحث الأول: التدقيق الشرعي:

تعريفه:

هو العمل على التحقق أن المؤسسة المالية سواء كانت شركة أو بنك مصرفي يتعامل وفق أحكام الشريعة الإسلامية في جميع المعاملات والاتفاقيات وإبرام العقود.

وهي مجموعة الوسائل التي تلجأ إليها إدارة الرقابة الشرعية للحصول على معلومات صادقة بكل أمانة وحرص واكيد بتولد قناعة شخصية وراي واضح حول التزام هذه المؤسسة بتعاليم الشرع.

وهو عبارة عن تأكيد ان جميع المعاملات والخطوات التي ينجزها أو يطبقها ويتم تنفيذها البنك الاسلامي تتم وفق القواعد والاحكام الاسلامية المقبولة لدى هيئة الرقابة الشرعية المعينة في ذلك البنك أو المشرفة عليه.

وهو فحص شرعي لمنتجات ومعاملات المؤسسات المالية والمصارف الإسلامية للتحقق من مدى التزامها بالضوابط الشرعية المستمدة من أحكام ومبادئ الشريعة الإسلامية ويعتبر التدقيق الشرعي يد واذن هيئة الرقابة الشرعية داخل المؤسسة، حيث يقوم بتقديم التقارير الدورية إلى هيئة الرقابة الفرعية، فتعمل إدارة التدقيق الشرعي بدورها وفق منهج مهني لوضع توصيات الهيئة الشرعية موضع التنفيذ والتطبيق الحقيقي.

المبحث الثاني: اقسام التدقيق الشرعي:

ينقسم التدقيق الشرعي الى قسمين:

–**تدقيق شرعي داخلي:** وهو الذي تقوم به إدارة الرقابة الشرعية بهدف مساعدة إدارة المؤسسة

أو المصرف في القيام بمسؤوليتها في الالتزام وتطبيق فعلي بأحكام الشريعة الإسلامية.

وتقوم المنهجية فيه في وضع دليل إجراءات وخطوات شاملة للالتزام بأحكام الشريعة الإسلامية على بُعدين أساسيين:

– أولاً: المحافظة على القيمة الذي يرتكز بصورة رئيسية على العمل على مراقبة الالتزام مع التركيز على سلامة التطبيق العملي للفتاوى وتوفير حماية كافية للبيانات الحساسة بكل شفافية ومصداقية.

– وثانياً بناء القيمة، والذي يركز على الأداء والتطبيق والذي يتحقق من خلال تحسين المتطلبات الإجرائية والخطوات للحكومة الشرعية الفعالة، وبناء معايير الأداء التي يمكن استخدامها والقياس بها والرقابة الإدارية الداخلية ومعاييرها.

- **التدقيق الشرعي الخارجي:** وفيه تكون جهة خارجية تتكون من خيرة تعمل على تنظيم الحسابات للمصرف أو البنك ومقارنته مع معيار تلك الهيئة لعام كامل وجدوى الحسابات وتحليل الأخطاء ووضع النتائج وتقديم الحلول.

وتكون منهجية التدقيق الخارجي كالتالي:

اولاً – دراسة العقود:

يقوم الموظفون بمراجعة العقود ودراستها للتأكد من خلوها من المخالفات الشرعية وكذلك موافقتها لقرارات وفتاوى هيئة الفتوى والرقابة الشرعية، ويتم التعاون مع العميل لإخراج العقد بصورة شرعية مناسبة للتعامل به.

ثانياً– التأكد من سلامة التطبيق:

إن سلامة التطبيق من أكثر المهام حساسية في عمل الشركات الإسلامية، وهي التي تعتبر ثمرة ما غرسته الهيئة الشرعية من فتاوى وقرارات وما قام المراقب الشرعي بتوجيه الشركة إليه على ضوء فتاوى الهيئة الشرعية، ولهذه الأهمية فإن التأكد من سلامة التطبيق من خلال اعتماد نماذج وعقود وآليات عمل للمنتجات الإسلامية هو من صلب مهام التدقيق الشرعي الخارجي.

ثالثاً– المراجعة والتدقيق الشرعي:

وتعتمد فيه على أسس مهنية واضحة للمراجعة والتدقيق الشرعي وهي معدة إعداداً ممتازا من الناحية المهنية والشرعية وذلك بهدف تأدية مهام المراجعة والتدقيق الشرعي على أكمل وجه، والقيام بتوضيح هذه السياسة لعملائها بهدف تعزيز روح

التعاون لتنفيذ العمليات والأنشطة وتحفيزهم لاستمرار التعامل واستدامته.

رابعاً– التواصل مع العملاء:

التواصل مع الجهات المعنية لدى العملاء وتعميق روح الارتباط من أهم ما يميز التدقيق الخارجي، لان هذا التواصل له عظيم الأثر في زيادة الوعي الشرعي لدى العملاء مما يساعد على الالتزام بأحكام الشريعة الإسلامية.

خامساً – دراسة البيانات المالية واعتمادها:

من منطلق أهمية بأن البيانات المالية السنوية للشركات توضح خلاصة أعمالها ونشاطاتها، فيجب مراجعتها والتدقيق على ما تضمنته من بيانات ونتائج ونشاطات، والتأكد من خلو هذه البيانات من مخالفات شرعية والتصديق عليها واعتمادها بعد تعديل الملاحظات الشرعية التي وجدت فيها.

سادساً– القيام بأعمال التدقيق الشرعي الشامل:

القيام سنوياً وقبل انتهاء السنة المالية بأعمال التدقيق الشرعي السنوي بصورة شاملة وافية، وتتم هذه العملية بعد إعداد خطة متكاملة ومدروسة من الناحية المهنية والعملية متضمنة للأهداف المرجوة من عملية التدقيق الشرعي والنطاقات والخطوات المستهدفة والوسائل المقترحة والحلول الميسرة لتحقيق هذه الأهداف.

وبعد انتهاء عملية التدقيق القيام بالتعاون مع الإدارات المعنية لدى العملاء بتصحيح الأخطاء التي وقعت بها الشركة (العميل) خلال السنة المالية السابقة.

الشروط الواجب توفرها فيمن يتولى وظيفة التدقيق الشرعي

- يجب على موظف التدقيق الشرعي الاهتمام والالمام ومعرفة كبيرة بطبيعة العقود والتعاملات والمشاكل التي يمكن التعرض لها والحلول والاتفاقيات والتعاقدات الإسلامية واشكالها المختلفة في المصارف الاسلامية والبنوك.
- الامانة والصدق والحيادية والنزاهة.
- الفطنة والذكاء والاجتهاد والمثابرة
- اللجوء للتطور عبر المؤتمرات وحضور الورش التي تتعلق بالتدقيق الشرعي ومزامنة اي جديد.
- الجرأة والشجاعة في مواجهة أي تحديات من قبل الإدارة أو الموظفين أو العملاء في مواجهة المخاطر التي تؤثر على البنك.

الفصل الثاني

المبحث الأول: تصنيفات التدقيق الشرعي

– **التدقيق المالي:** وذلك يشمل القيام لمدقق الحسابات القانوني بعمل تدقيق بين الدفاتر والحسابات والسجلات والعقود جب نتيجة وبرأي نزيه وشفاف ومحايد بالتعبير عن مدى صحة الأوضاع المالية بالتزامها بتطبيق بأحكام الشريعة الإسلامية.

– **التدقيق الإداري: وفيه** يقوم المدقق تدقيق الخطوات الإدارية للتأكد من أنها تحقق كل المنفعة للوصول إلى نتائج صحيحة وتحقق المكاسب للمنشأة واعطاء أفضل النتائج في الربح لتثبت الإدارة أن منهجها صيح ويحقق الافادة والاستدامة للمنشأة فتسمى أيضا تدقيق الكفاءة.

- التدقيق الداخلي: وفيها يقوم المدقق الداخلي بالتدقيق والمقارنة بخطوات وإجراءات في تلك المنشأة سواء كانت مؤسسة أو شركة أو بنك والتأكيد أنها تلتزم بأحكام الشريعة.

- التدقيق القانوني: وفيها يقوم المدقق بالتحقق أن المنشأة تلتزم بالقوانين والأنظمة المعتمدة فيها

- التدقيق المجتمعي: وفيه يتم التأكد والبحث من قبل المدقق أن تلك المنشأة تحقق الرضا للعميل والمجتمع وتخدم العميل بشكل مناسب.

مكتب التدقيق الشرعي:

وهو عبارة عن المؤسسة التي يتم فيها تدقيق العقود والدفاتر والسجلات من قبل موظفين متخصصين ولهم دراية كاملة بمقارنتها مع أحكام الشريعة الاسلامية، ويتم فيها وضع كل الاخطاء المثيرة للي شبهة للغش والتلاعب أو الاخطاء غير المقصودة ووضع الحلول لها.

المبحث الثاني: مكونات مكتب التدقيق الشرعي

وجود موظفين على أعلى مستوى من الدراية والفهم والحنكة. والذكاء بالمحاسبة ومقارنة السجلات والدفاتر الحسابية ولهم الخبرة الكافية في تقديم الاقتراحات في إنهاء المشاكل التي يتم العثور عليها أو الحد منها مستقبلا بتقديم الحلول المناسبة في اي اقتراحات.

تعيين مكتب التدقيق الشرعي:

تقوم الجمعية العلمية للمصارف على تعيين مكتب التدقيق الشرعي لكل مصرف أو شركة. ومؤسسة مالية ويكون يعمل وفق أحكام الشريعة

الإسلامية بما يرضي المساهمين والعملاء لتقديم الثقة الغالية بالبنك.

العناصر التي يجب توفرها في مكتب التدقيق الشرعي

– توفر جميع العقود والشروط المتعلقة بها وفقا لأحكام الشريعة

– توفر كل المعلومات التي تكفي لمقارنة السجلات ومراقبتها وتقديم أفضل صورة واقتراحات في تنظيم العمل الحسابي لأي مؤسسة وفق أحكام الشريعة الإسلامية.

– وجود كل القوانين التي يجب المقارنة بها ضمن احكام الشريعة الإسلامية في مراجعة وتدقيق السجلات والعقود المبرمة بين المصلحة والعميل.

– وضع كل الاخطاء التي يتم العثور عليها ضمن أسس للفرز سواء في العقود أو السجلات والاتفاقات ووضع سبل الإجراء لها وخطوات الحلول لها والعمل على انهاءها أو الحد منها مستقبلا. ووضع خطة بمرحلة زمنية بذلك.

– وضع الاقتراحات والحلول ضمن خطة لأي مصلحة يتم فيها التدقيق الشرعي، ووضع برنامج واضح المعالم وسجل كامل بالزيارات وعدد التدقيق في تلك الزيارات وكيف تم حلول اي معضلة أو شبهة

أهداف التدقيق الشرعي في البنوك الاسلامية:

– الثقة أن الإدارة ستقدم اهتمام وافي وإخلاص لتقدم كل الحلول الممكنة من العقود التي فيها أخطاء وإيضاح القوانين المبنية على أحكام الشريعة الإسلامية، وإثبات أن أحكام الإسلام لها من المرونة ما يواكب كل التعاملات.

– يجب توضيح الأدلة الشرعية في أي تعاملات أو قوانين في العقود وارفاقها مع أي توضيح ينجم عن الاخطاء بها.

. يجب توفير الاستبيانات وشرح مفصل والايضاحات بالأسئلة والأجوبة على اي استفسار بعد الرجوع الى الإفتاء وأحكام الشريعة في أي مسألة غريبة ومستحدثة قد تطرأ بأي تعاملات في البنوك.

. يجب تقييم ووضع المستوى الحقيقي للإدارة شرعي الفرض الثقة والقرب بهم من قبل العملاء للبنك.

- الاهتمام بالتقارير السنوية ووضع اي شروحات او اقتراحات أمام العميل أو المنشأة في كيفية تطبيقها للأحكام الإسلامية.

.تقديم الاطمئنان النفسي والثقة الكبيرة للعملاء في تعاملهم مع البنك أو المصرف الإسلامي، وأنها تتعامل على أساس الحلال وتحريه.

مجلة IAFA ISSN 1737-7161 للعلوم الإنسانية والاقتصادية والقانونية
رئيس التحرير الدكتور حماد علي شعده

الضوابط الشرعية في التدقيق:

أن يكون صانع القرار أو متخذ القرار من مدير عام أو مدير قسم الإداري له ثقافة عالية بالفقه الاسلامي، وملتزم دينيا ويفرق بين الحلال والحرام.

- أن يتم التحري الحلال بأي معاملة في التدقيق

– الالتزام بأحكام الشرع بكل معاملة يتم تطبيقها.

– اختيار الموظف الأمين الصادق والذي له خبرة كبيرة في تطبيق أحكام الشرع

– التشاور والتعاون بين المدقق ومختلف اقسام الإدارة في البنك.

– إيضاح للعقود والشهود بشكل موثوق

– أن يكون هناك التزام بالقوانين للبنك بما انها لا تخالف الشرع.

– الاعتدال والحيادية والوسطية عند اتخاذ أي قرار في المعاملات وتدقيق العقود.

– تسهيل التعامل لدى العملاء وعدم تعقيد الإجراءات

احترام الموظفين للإدارة والقوانين والعملاء.

- تقديم التعاون والإرشاد ومتابعة المعاملات حتى نهايتها ووضع الحلول للأخطاء أن وجدت

- الالتزام بقرارات المدراء بما انها لا تخالف العقيدة الإسلامية.

الفصل الرابع

المبحث الأول: صفات القرارات الإدارية الاستراتيجية في المصارف الإسلامية:

تتصف القرارات الإدارية الاستراتيجية في المصارف الإسلامية بمجموعة من الخصائص من أهمها:

–يجب أن تكون قراراتها يمتد تأثيرها لفترات زمنية قادمة.

– هذه القرارات د تتعلق بالمستقبل الذي لا يعلم حقيقته إلاّ الله سبحانه وتعالى.

– هذه القرارات تتضمن درجة عالية من المخاطر والجرأة في الإقدام لارتباطها بالمستقبل.

– تتسم هذه القرارات ذات آثار متعددة تؤثر في كافة جوانب أنشطة المصرفي الإسلامي.

– قرارات تتأثر بقيم وافكار المجتمع الإسلامي وليس المصرف وحده وفكره وأسسه.

– قرارات يمتد آثارها إلى العالم الإسلامي بكافة طوائفه ومؤسساته.

– قرارات تتسم بارتباطها بالشرع وبالفكر الإسلامي التي تعمل في ضوئه المصارف الإسلامية.

مجلة IAFA ISSN 1737-2161 للعلوم الانسانية والاقتصادية والقانونية
رئيس التحرير المستشار د. حنان علي نعده

المبحث الثاني: نقاط ضعف الرقابة الشرعية

–عدم تأثيرها وأنها غير موضوعية فتكون مستقلة

– تعاني من التحجيم وتقليص دورها

– تكون غير مواكبة التطور ومحدودة القدرات.

– عدم وجود الأطروحات والدراسات الكافية في التصدي لأي مشاكل قد تواجه التدقيق الشرعي في البنوك الاسلامية

ما الفرق بين المحاسب والمدقق الشرعي

- المحاسب يقوم بعمليات حسابية لأي سجلات ودفاتر ضمن أنظمة محاسبي. لا تعاني بالدقة الشرعية والتعامل بأحكام الشرع.

اما المدقق فيقوم بعمل تلك الحسابات ضمن احكام وأنظمة الأحكام الشرعية فيتحرى العقود والمعاملات بميزان الحلال والحرام.

بالتالي المدقق يشمل المحاسب ولكن العكس ليس صحيح فالمحاسب لا يشكل المدقق. فالمدقق يجب أن يكون محاسب مثقف وواعي بأحكام الشرعة الاسلامية.

مراحل تطور التدقيق الشرعي

المرحلة الأولى: وهي عملية الفرز وتحضير السجلات لدراسة اي عمليات حسابية بوضع الاخطاء جانبا ليتم التعامل بها عن طريق مناقشتها ووضع الحلول لها بالالتزام بالأحكام الشرعية.

المرحلة الثانية: التأكد من الأصول للعقود والالتزام بها بما انها لا تخالف العقيدة الشرعية وأحكامها

المرحلة الثالثة: التعاون بين المدقق والإدارة للمنشأة في احترام وجهات النظر وتوضيح الآراء بما يخدم مصلحة المنشأة.

اسباب تطور التدقيق الشرعي

– التطورات التقنية التي أدت إلى إزالة موانع الاتصال والقرب بين بعضها.

– تأثير الأحداث الدولية على التدقيق من اقتصاد بارتفاع أو انخفاض كل من النفط والذهب والدولار من خلال الحروب أو الزلازل أو أي أحداث دولية.

– وطلبات العميل بأن يتم تقديم له الخدمة بأفضل الصور.

– بسبب وجود معهد التدقيق والمدققين ونشأته عام ١٩٤١م

ما هي أهداف معهد المدققين:

– أهمية مكانة المدقق الشرعي كموظف مهم في أي منشأة

– طرح دراسات عبر المؤتمرات والورش تعمل على تطور المدقق الشرعي.

– العمل على الإرشاد والنصح في كيفية التعامل مع أي غش وتلاعب لدى أي معاملة في البنوك

– التعاون بين المدققين الشرعيين في أنحاء العالم وتبادل الخبرات بينهم والنصائح والارشادات.

والجدير بالذكر وعلى سبيل المثال فإن من أهم الأسباب التي أدت إلى انهيار الامازون لعدم وجود استقلالية في التدقيق الشرعي مما أدى بها للانهيار.

التدقيق الداخلي بوضع خاص:

هو التدقيق بشكل خاص لوضع معين أو حدث معين خلال معاملة أو اتفاق أو إبرام عقد معين للقيام بوضع دراسة وتوضيح الإشكالية فيها أو تبيان لأي خلل أو غش فيها ووضع الحلول لها أو حذفها وانهاءها. وفق متطلبات الدراسة في اتخاذ إجراء خاص بها.

عوامل تطور التدقيق الداخلي

– كبر حجم المشاريع أدى إلى الحاجة إلى تطور المصارف واللجوء بها إلى حكم إسلامي بسبب متطلبات العملاء بذلك.

– ازدياد حجم العملاء على امتداد جغرافية العالم وبالتالي التضخم في البنوك والمصارف مما استدعى لوجود المصارف بالطريقة الاسلامية.

– الحاجة إلى وجود المدققين في تحري معاملات البنك من القروض والايجار. والعقود واي اتفاقيات تتم عن طريق البنوك مثل البورصات بارتفاعها او انخفاضها.

ما هي أهداف التدقيق الداخلي:

– وضع تحليل مناسب لأي اتفاقية داخلية ووضع شرح وافي بالأخطاء ووضع الحلول لها.

– وجود اصول المنشأة والتأكد من معلوماتها وأمنية التعامل معها بأنها مسجلة لدى الجهات المعتمدة.

– إيجاد الاخطاء في المنشأة ووضع الحلول لها بطريقة حسابية مقنعة مع مواكبتها الأحكام الإسلامية.

– التحقق من كل المعاملات وتحديد نسبة الخطأ بها

– تقييم أداء كل الأقسام الإدارية والمحاسبية والتزامها بأحكام الشريعة الإسلامية.

– وضع التوصيات والنصائح في المعاملات ورفقها بالحلول والاقتراحات.

– مقارنة بين العقود وأيها أفضل في العادة الربحي للمصلحة بما يناسب العميل.

– التواصل المجتمعي مع العملاء واتخاذ اقتراحاتكم والشكوى لهم بعين الاعتبار وتطبيق ما يناسب المصلحة أو المنشأة تحت مظلة احكام الشريعة الإسلامية.

انواع التدقيق الداخلي

١. التدقيق الداخلي المالي

٢. التدقيق الداخلي التشغيلي

التدقيق الداخلي المالي

وهو الفحص بشكل منظم لأي عملية مالية بقوامها وسجلاتها المحاسبية لتحديد مدى التزام العملية بالشريعة الإسلامية وأحكامها والتزامها بالقوانين والمبادئ الحسابية والسياسات لإدارة المنشأة.

وايضا يشمل مراقبة موظف لموظف اخر قبل البدء بأي عملية أو اتفاق وتنفيذ عقود، قبل الصرف.

والتدقيق المالي بعد الصرف ويشمل التزام الموظف بالعقد ضمن قوانين وأنظمة البنك وأحكام الشريعة الإسلامية بشكل تدقيق لالتزام الموظف مع العميل بكل قوانين العقد وبنود الشروط.

والتدقيق المالي الداخلي يعمل بشكل ضمانة للإدارة في الاطمئنان انه ليس هناك أي تجاوزات أو تلاعب أو غش أو استهتار في أي معاملة تؤدي إلى الأضرار بالمصلحة الكبرى للبنك

المفهوم الجزئي في التدقيق المالي يعتبر جزء من المفهوم العام للتدقيق الداخلي

ويعتبر أداة رقابية تطبق السيارات والبنود الرقابية ووضع الخطط والإجراءات الإدارية المرسومة باقتراح التحسينات والاقتراحات المدعمة بالحلول لمواجهة أي مشكلة في كل معاملة.

جمعية المحاسبين الأمريكية عرفت التدقيق أنه عبارة عن عملية منتظمة بالحصول فيها على القرارات المرتبطة بالعناصر الدالة على الأحداث الاقتصادية والعمل على تقييم المعاملة بطريقة موضوعية للتأكد من مواكبة هذه العناصر للمعايير والمبادئ الأساسية.

– التدقيق المسبق لأي معاملة بوضع خطة معينة في البدء بالتدقيق

– حصول المدقق على الأدلة والبراهين عند دراسته لأي معاملة وتدقيقها

– التدقيق عملية اتصال بين مختلف أقسام البنك من إدارة. وموظفين وعملاء.

ما أهمية التدقيق الداخلي:

– له بالغ الأهمية لأنه وسيلة تخدم كافة الأطراف من الإدارة والموظفين والعملاء والتعرف على ملحة هذه المنشأة بتحقيق الربحية لها بأعلى مستوى بمزامنة رضا العميل

– مساعدة كل الأطراف بالقيام بوظيفته بتقديم النصح والإرشاد بدءا من الإدارة ومن ثم الموظفين والعملاء، وتصحيح اي أخطاء أن عثرت بطريقة فيها التزام بالأحكام الإسلامية مع تحقيق السنة العليا في ربحية المنشأة

– تعمل التدقيق الداخلي بشكل حيادي بين العميل والبنك يؤدي إلى تحقيق الأرباح للمنشأة ومراجعة العقود بصورة أفضل أما يحقق الوصول الى رضا العميل لكن بمصلحة كبيرة للبنك.

الصفات الواجب توفرها بالمدقق الشرعي

– الفطنة والذكاء والاجتهاد والأمانة والصدق والنزاهة والحيادية

– التركيز العالي وصفاء الذهن لاستيعاب العمليات الحسابية بشكل حالة من الخطأ ورصد اي أخطاء أو شبهات غش أو اختلاس.

–الرغبة بالتطور عبر حضور المؤتمرات والورش لتحقيق أكبر فائدة مرجوة من المشاريع بربحية عالية وفقا لأحكام الشريعة الإسلامية.

– التحمل لمختلف ضغوط العمل والظروف المحيطة بها.

الدراسات السابقة:

1. الشاعر، سمير (2013)، التدقيق الشرعي وإدارة المخاطر.

وفيها أسهب الباحث في دراسته إلى وجود مصطلحات فنية متشابهة ومتداخلة في الرقابة والمراجعة الداخلية والخارجية والرقابة الداخلية والتدقيق والضبط والخطط، والتفتيش.

2. عيسى موسى ادم (2013)، التدقيق الشرعي وإدارة المخاطر.

وفي هذه الدراسة عرف الباحث التدقيق الشرعي الداخلي استنادا الى تعريف التدقيق الداخلي الصادر عن معهد المدققين الداخلي (IIA)، وقد تكون هذه المحاولة، وفق الباحث، أول تعريف للتدقيق الشرعي الداخلي يكون أقرب للواقع العملي في المؤسسات المالية الاسلامية.

3. العمراني، تاريخ البحث غير محدد، أثر المعايير الشرعية في كفاءة التدقيق الشرعي

وفي هذه الدراسة يتطرق الباحث إلى وجود اختلاف في تسمية بعض المصطلحات الخاصة بالرقابة الشرعية، فقد تطرق الباحث على تعاريف لبعض الباحثين ميزّ فيها بين الرقابة الشرعية كنظام وبين مفاهيم التدقيق الشرعي والمراجعة الشرعية.

٤. رضوان، (٢٠٠٢): تحمل عنوان " إثر التدقيق الداخلي على إدارة المخاطر في ضوء معايير التدقيق الدولية ":

قام الباحث في هذه الدراسة بتوضيح تأثير التدقيق الداخلي في إدارة المخاطر للتجارة في غزة وفقا للمعايير الدولية ووضع استبيان مكون من أربعة محاور وبالاعتماد على دراسات سابقة وأطر نظرية وتوزيعه على المدققين الداخليين في البنوك في غزة وبعدد ٣١ مدقق حسابي. ووصل ال نتائج أهمها:

- وجود لآلة إيجابية بين تطبيق الاستقلالية والكفاءة المهنية والموضوعية من قبل التدقيق الداخلي في المصارف الفلسطينية وبين إدارة المخاطر.
- حصل على نتائج إيجابية من تطبيق التخطيط وإدارة الموارد والتحكم المؤسسي وتحديد معلومات التدقيق الداخلي في المصارف التجارية وإدارة المخاطر المصرفية
- حصل على نتائج إيجابية في دور المدقق الداخلي وادراكها لإدارة التطبيق.

٥. مرابطيي (٢٠١٣) دراسة تحمل عنوان "دور التدقيق الداخلي في إدارة المخاطر المصرفية بدراسة عينة من البنوك لبنوك ولاية ورقلة ":

وهدف الباحث في هذه الدراسة إلى التعرف على دور ووظيفة المدقق الداخلي في تفعيل إدارة المخاطر في البنوك باستخدامه المنهج الوصفي التحليلي في إجراء الدراسة وأخذ العينة من ٣١ مدقق من البنوك في اورقلة وتوصل الباحث إلى هذه النتائج:

– وجود وعي وإدراك لدى المدققين الداخليين في تفعيل إدارة المخاطر المصرفية والبنوك ودوره يتمثل في تقديم الاقتراحات والاستفسارات والاستشارات وليس تحديد المخاطر وقياسها.

صيام (٢٠١٢): وهي دراسة حملت عنوان " آلية الحكمة على إدارة المخاطر السيولة في البنوك المصرية".

وهدف فيها الباحث إلى دراسة تأثير آليات الحكومة على إدارة مخاطر السيولة وقامت الدراسة بتحليل المؤثرات على مخاطر السيولة. بالتحليل الوصفي لمؤشرات هيكل الأصول والقروض والودائع والربحية.

مميزات هذه الدراسة عن الدراسات السابقة:

- التقت هذه الدراسة مع دراسة الشاعر والعمراني وادم بالتعريف بأهم مصطلحات التدقيق الشرعي وتوضيح اي مفاهيم خاصة بأنواع التدقيق الشرعي والمدقق

- والتقت هذه الدراسة مع دراسة رضوان وصيام ومرابطي في الأهداف لدور المدقق الشرعي في البنوك وإدارة المخاطر التي يمكن اعتراضها للبنك أو المصرف

- ما يميز هذه الدراسة عن الدراسات السابقة هو التركيز بشكل أكبر على إثر التدقيق الحد من المخاطر للبنوك والمصارف عبر الالتزام بالشريعة الإسلامية في المعاملات وإجراءات العقود والاتفاقيات بمصلحة كبيرة لتحقيق الربحية للبنك ونيل رضا العميل بنفس الوقت.

الخاتمة

مجلة IAFA ISSN 1737-7161 للعلوم الإنسانية والاقتصادية والقانونية
رئيس التحرير الدكتور حنان علي نعمة

عمل الباحث جهده في هذه الدراسة في عملية التدقيق الشرعي في تلافي مجموعة من المخاطر ذات الطبيعة المنتظمة بعد التعرف على أنماطها؛ وتحقيق فائدة مرجوة في التعامل بين المدقق الشرعي والموظفين في البنك والإدارة وعمل حلقة من التعاون في تحقيق اكبر رفادة من الربحية للمصرف أو البنك والعمل على إيصال هذه الحلقة مع العميل لنيل رضاه في تطبيق الشريعة الإسلامية والالتزام بأحكامها في تطبيق كافة معاملات البنك مثل أي اتفاق ايجار أو قروض أو أي تعامل مما يصب فيه إلى خدمة العميل وتحقيق الربحية للبنك، وعمد الباحث إلى إيصال فكرة أن التعاليم الإسلامية فيها الكثير. من المرونة للتعامل مع أي تطور في الاقتصاد أو تضخم بما يناسب تحقيق مصلحة المنشأة. وان عملية التدقيق الداخلية تعمل على مراجعة اي مخلفات أو اخطاء داخلية كالموظفين غير المنضبطين وفق السياسات والإجراءات بالأصول الشرعية للمعاملات، أو خارجية كتواطؤ بعض التجار مع بعضهم لتركيب معاملات تجاه المصرف الإسلامي يلجؤون إليها كلما قلت النقدية بين أيديهم وحلت عليهم بعض الاستحقاقات عن طريق الغش والتلاعب، فضلاً عن تواطئهم

بمعلومات غير صحيحة ومضللة بينهم وبين بعض العملاء لزيادة مبيعاتهم دون إلزام العميل بالدفعات المقدمة والمتطلبات المالية المستحقة عليهن، فكانت هذه الدراسة تبين أهمية التدقيق الذي يتبع إلى الشريعة الإسلامية بتوضيح أنواعه الداخلي أو الخارجي وأهميته وشرح كاف لصفات المدقق كموظف والفرق بينه وبين المحاسب، والقيام بوضع بنود التدقيق الشرعي والذي فيه يتعاون مع البنك أو المصرف والقوانين التي ينصاع لها واولياتها في التعاملات التجارية والتي يكفل بها رضا العميل بذلك.

مجلة IAFA ISSN 1737-7161 الترقيم الدولي الإيداع القانوني 4197/2018 للعلوم الإنسانية والاقتصادية والقانونية

المراجع :

رئيس التحرير الدكتور حمادي علي نعده

– أبو غدة، عبد الستار، (٢٠١٢) الهيئات الشرعية، تأسيسها، أهدافها، واقعها، بحث مقدم للمؤتمر الأول لهيئات الشرعية للمؤسسات المالية الاسلامية.

–ابن منظور، أبو الفضل جمال الدين محمد بن مكرم (1994)، لسان العرب، الطبعة الثالثة، بيروت، لبنان.

–احمد، نضال رؤوف (2013)، " دراسة مخاطر السيولة باستخدام كشف التدفق النقدي مع بيان أثرها على كفاية رأس المال في القطاع المصرفي" دراسة تحليلية على مصرف الرافدين"، مجلة جامعة بغداد للعلوم الاقتصادية الجامعة، العدد 36.

–الحسيني، فلاحو الدوري، مؤيد (2000)، إدارة البنوك "المدخل الكمي والاستراتيجي المعاصر"، دار وائل للطباعة والنشر، عمان، الأردن.

–الخطيب، خالد راغب (2010)، " مفاهيم حديثة في الرقابة المالية والداخلية في القطاع العام والخاص"، مكتبة المجتمع العربي، عمان، الأردن.

–الفتلاوي، جبار ياسر عبيد (2009)، " دور كشف التدفق النقدي في تقليل مخاطر الإئتمان والسيولة في النشاط المصرفي"، رسالة ماجستير، جامعة بغداد، المعهد العالي للدراسات المحاسبية والمالية.

–المطارنة، غسان فلاح (2009)، "إدارة المخاطر في المصارف الإسلامية" وهو بحث مقدم للمؤتمر السنوي الدولي السابع إدارة المخاطر واقتصاد المعرفة، جامعة الزيتونة، عمان، الأردن.

–الوردات، خلف عبد الله (2006)، "التدقيق الداخلي بين النظرية والتطبيق"، مؤسسة الوراق للنشر والتوزيع، عمان، الأردن.

–جمعه، احمد حلمي (2015)، " المدخل إلى التدقيق والتأكيد وفقاً للمعايير الدولية للتدقيق"، دار الصفاء للنشر والتوزيع، عمان، الأردن.

–رضوان، ايهاب، (2012)، "أثر التدقيق الداخلي على إدارة المخاطر في ضوء معايير التدقيق الدولية"، رسالة ماجستير، الجامعة الاسلامية /غزة.

– الشاعر، سمير (2013)، المؤتمر الرابع للتدقيق الشرعي، التدقيق الشرعي وإدارة المخاطر، المنامة، البحرين.

–صيام، دنيا عبد الحكيم، (2017)، "أثر اليات الحوكمة على إدارة مخاطر السيولة": "دراسة تطبيقية على القطاع المصر في بمصر"، مجلة البحوث التجارية، كلية التجارة، جامعة الزقازيق.

–عبد الحميد، عبد المطلب (2002)، " البنوك الشاملة وعملياته او إدارتها'، الدار الجامعية الإسكندرية، مصر.

– العمراني، نادر السنوسي غير محدد، أثر المعايير الشرعية في كفاءة التدقيق الشرعي، ليبيا.

– علي كاظم (2009) الرقابة المالية في الإسلام، مجلة كلية بغداد للعلوم الاقتصادية الجامعة، العدد الثاني والعشرون، بغداد، العراق.

– عيس، موسى ادم (2013)، المؤتمر الرابع للتدقيق الشرعي، التدقيق الشرعي وإدارة المخاطر، المنامة، البحرين.

•عطية، عبد الله عطية، (2014)، نحو بناء نماذج لتقييم مخاطر التشغيل والتدقيق المبني على المخاطر في المصارف الاسلامية، أطروحة دكتوراه غير منشورة، عمان، الاردن.

–عقل، مفلح محمد (2005)، " مقدمة في الإدارة المالية والتحليل المالي"، دار اجنادين للنشر والتوزيع، عمان، الأردن.

–عقل، مفلح (2006)، "وجها تنظر مصرفية"، مكتبة المجمع العربي، عمان، الأردن.

–علي، خالد ومحيسن، حسين وعبد الرضا، ثامر (2018)، " إنموذج مقترح لتقويم إدارة مخاطر الرقابة الداخلية في الوحدات الحكومية على وفق إطار "coso، المؤتمر العلمي الدولي لجامعة جيهان – أربيل العلمية، العلوم الإدارية والمالية، العدد 2.

–لطفي، امين السيد أحمد (2005)، «مراجعات مختلفة لإغراض مختلفة"، الدار الجامعية، الإسكندرية، مصر.

–نوال، مرابطي (2013)، " دور التدقيق الداخلي في إدارة المخاطر المصرفية دراسة عينة من البنوك لولاية ورقلة"، رسالة ماجستير، جامعة قاصدي – كلية العلوم الاقتصادية والتجارية وعلوم التسيير.

رئيس التحرير
الدكتور حماد علي شعده

الفهرس

مجلة IAFA للعلوم الإنسانية والاقتصادية والقانونية
ISSN 1737-7161 :الترقيم الدولي
4197/2018 :الإيداع القانوني
رئيس التحرير
الدكتور حنان علي نغده

- **سلطة التحكيم المؤسسي وإستقلالية المحكمين وتضارب المصالح(م. لؤي عبد المجيد مصطفى الحسن/ فلسطين)** 4
- **دور الإدارة الرشيدة في تحقيق أهداف التنمية المستدامة في القطاع الصناعي(د. م. إبراهيم حسن توفيق/ العراق)** 15
- **التحكيم في النزاعات المالية في المؤسسات المالية الإسلامية(د. إبراهيم خليفة لغويل/ ليبيا)** ...42
- **"التحكيم المؤسسي العراقي بين الواقع والتوقع"(د. وصال نعمه/العراق)** 57
- **رهانات التحكيم التجاري في ظل تعاقب الأزمات الاقتصادية بين الفاعلية والتكلفة(د. إيمان البياري/ المغرب)** 80
- **أثر الضمان المصرفي في الإثبات(د. محمد نعمان الداودي/ العراق)** 93
- **" التحكيم الالكتروني لحل النزاعات التجارية لعقود الرقمنة "(أ. م. د. خالد عبد الحميد عبد المجيد العبدلي/ العراق)** 109
- **طبيعة ومفهوم التحكيم المحلي والاجنبي والدولي(د. رعد أدهم عبد الحميد /العراق)** 130
- **المدقق الشرعي بين الواقع والمأمول ودوره في الحد من المخالفات الشرعية في البنوك الإسلامية(د. فادي دراغمة/ فلسطين)** 141

مجلة IAFA للعلوم الإنسانية والاقتصادية والقانونية

قواعد النشر

1 – تنشر المجلة البحوث والدراسات باللغة العربية، والفرنسية، والانجليزية
2 – يشترط أن يكون البحث المرسل غير منشور أو مرسل لمجلات علمية أخرى
3 – قبل النشر يتم إعلام الباحث بقرار اللجنة العلمية (النشر كما هو – القيام بتعديلات بسيطة – الرفض)
4 – إن كان البحث أو الدراسة لغتها العربية فيجب اعتماد الشروط التالية:
– نوع الخط **Simplified Arabic**:، نط **14**
– العنوان الرئيسي بخط نوع **Simplified Arabic**، نط **16**، خط داكن
– العنوان الفرعي بخط نوع **Simplified Arabic**، نط **12**، خط داكن
5 – إن كان البحث أو الدراسة لغتها الفرنسية أو الانجليزية فيجب اعتماد الشروط التالية
– نوع الخط **Time New Roman** ، نط **15**
– المصادر ومراجع البحث بنط **12**تكتب آخر الورقة بترقيم مسترسل.
6 – الهوامش تعرض أسفل كل صفحة نط **11** وفق الترتيب التالي
– اسم المؤلف ولقبه، عنوان الكتاب أو المقال ، عنوان المجلة أو المؤتمر، دار النشر، البلد عدد الطبعة، السنة، عدد الصفحة
7 – ضرورة إرفاق البحث بملخص تكون لغته مخالفة للغة البحث ويكون في أول صفحة.
لا تزيد عدد صفحات البحث عن **15** صفحة تتضمن الصفحة الأولى منه: الاسم واللقب للباحث
8 – الدرجة العلمية، جامعة أو كلية الانتساب، التخصص الدقيق، البريد الالكتروني الهاتف صورة شمسية حديثة بالألوان)، وتتضمن الصفحة الأخيرة منه المراجع والمصادر.
9 – لاتتقاضى المجلة أجورا على النشر فيها في العدد الأول والثاني، ولا تدفع للباحث مكافأة مالية عن البحث الذي ينشر فيها.
10 – بمجرد إشعار الباحث بقبول بحثه للنشر قبولا نهائياً ، تنتقل حقوق الطبع والنشر إلى مجلة **IAFA** للعلوم الإنسانية والاقتصادية والقانونية.
11 – أي بحث يتم المشاركة به في مؤتمرات أو ملتقيات الأكاديمية، لا يتم نشره بالمجلة إلا بعد خضوعه إلى التحكيم من قبل اللجنة العلمية الخاصة بالمجلة.
12 – يمكن لأي باحث إرسال بحثه للنشر بعد التقييم العلمي من قبل اللجنة الخاصة بالمجلة.
13 – يتحصل كل باحث على نسخة إلكترونية بعد دفع رسوم النشر بالمجلة.
14 – لا تقبل البحوث إلا عبر البريد الالكتروني الخاص بالمجلة وهو **revueiafatn@gmail.com**
15 – الأبحاث المنشورة في المجلة تعبر عن آراء أصحابها، ولاتعبّر بالضرورة عن رأي هيأة التحرير أو الهيأة الاستشارية للمجلة

مجلة IAFA
ISSN 1737-2161 الترقيم الدولي
4197/2018 الإيداع القانوني
للعلوم الإنسانية والاقتصادية والقانونية

رئيس التحرير
المستشار حنان عثمان نعمه

نلتقي لنتعلم و نرتقي

مجلة IAFA
الترقيم الدولي: ISSN 1737-7161
الإيداع القانوني: 4197/2018
للعلوم الإنسانية والإقتصادية والقانونية

رئيس التحرير
المستشار جمال علي زعده

إقامة مليكة، الطابق 4، مدرج ب، شقة 08، ضفاف البحيرة1،
1053 تونس - الجمهورية التونسية

الثمن 50 دت / 20 $