COPYRIGHT© INTERNATIONAL ISLAMIC UNIVERSITY MALAYSIA

تحاكم البنوك الإسلامية في قضاياها لدى القوانين الوضعية: دراسة فقهية قانونية

إعداد

عماد نهاد أحمد بركات

بحث متطلب مقدم لنيل درجة الدكتوراه في المصارف الإسلامية والتمويل

معهد المصرفية الإسلامية والتمويل
الجامعة الإسلامية العالمية ماليزيا

مايو ٢٠١٧م

ملخص البحث

اشتملت هذه الرسالة على دراسة مقارنة لقضية التحاكم وما يتفرع عنها من أحكام فقهية متعددة ومسائل عقدية، وذلك لغرض الوصول إلى حل مشكلة تحاكم المصارف الإسلامية في المحاكم غير الشرعية بحلول شرعية قانونية يمكن معها تطبيق الشريعة الإسلامية في تلك المحاكمات، وقد قارن الباحث في المسائل الفقهية بين أقوال العلماء وذكر الراجح في المسائل أو ما يميل إليه من أقوال وذلك في كتب التراث الإسلامي، والكتب والبحوث المعاصرة التي رجع إليها الباحث، واستخدم الباحث المنهج التحليلي في الوصول إلى إشكالية التحاكم لغير الشريعة وهل تنطبق على مسائل المصارف، وكذلك في الوصول إلى سبب عدم تطبيق الشريعة الإسلامية في قضايا المصارف الإسلامية السابقة، ووصل الباحث إلى أن الحل الأمثل للمصارف الإسلامية هو إنشاء محكمة تجارية إسلامية دولية تطبق الشريعة، كما وصل إلى أن الترافع لرفع الظلم دون رضى بغير حكم الله جائز عند الضرورة، ووضح الباحث الضوابط الشرعية في ذلك، ومن هنا نبه الباحث على تدابير في العقد تتخذ، وعلى بدائل يلجأ لها إلى أن يتم إنشاء المحكمة، وخلص الباحث إلى أهمية تقنين أحكام المعاملات، ووضع معايير لها؛ ليسوغ التعامل معها دولياً في المحاكم الأجنبية.

ABSTRACT

This study containts of a compartive search for issue of arbitration and branched for several juris razed rules and ideological issues, in order to show problem arbitration of Islamic banks in the civil courts within Islamic lawful solutions which we able to apply Islamic Sharia'a (law) in those judgment. The researcher has compared among schooler's views in jurispadental issues. He has indicated the preponderant view in issue, or he has tipped to views in Islamic heritage, books, modern researches which he has checked. The researcher used the analytical approach to know why didn't apply Sharea'a. Do it apply on banks issue? Also to know what was the reason to not apply Islamic Share'a (laws) in the previous Islamic issues? The researcher has concluded that the best solution for Islamic banks to build up international Islamic economic court which applies Sharea'a. He said that pleading to remove injustice using civil laws in necessity through Islamic limits, hence he mentioned that the contract has to contain strategies and procedures which are used until the court will be built up. He summarized the importance of legalizing of handlings, he suggested standards for them to rationalize treat with them internationally in civil courts.

APPROVAL PAGE

The thesis of Emad Nehad Ahmad Barakat has been approved by the following:

_____

Aznan Hasan
Supervisor

_____

Hassan Ibrahim Hendaoui
Internal Examiner

_____

Sabri Haron
External Examiner

_____

Zaben Mahmoud Ali Al-Zabe
External Examiner

_____

Saim Kayadibi
Chairperson

DECLARATION

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

Emad Nehad Ahmad Barakat

Signature: ……..……..…… Date: …...…….

الجامعة الإسلامية العالمية–ماليزيا

إقرار بحقوق الطبع وإثبات مشروعية استخدام الأبحاث غير المنشورة

حقوق الطبع ٢٠١٧م محفوظة لـ: عماد نهاد أحمد بركات

تحاكم البنوك الإسلامية في قضاياها لدى القوانين الوضعية: دراسة فقهية قانونية

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

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

أكد هذا الإقرار: عماد نهاد أحمد بركات

التوقيع:..... التاريخ: .....

أهدي هذه الرسالة العلمية إلى من لا أستطيع مكافأتهم والديَّ العزيزين على ما أسدياه لي من تربية ورعاية وعون، وعلى ما صبرا وتحملا فيه من أجلي لأكمل دراستي.

كما أهديها لزوجتي وبناتي وأولادي الذين كنت أغيب عنهم لفترات طوال.

موصولٌ إهدائي لإخوتي وأخواتي، وجميع من له حقٌ عليَّ وأخص بالذكر منهم الشيخ أحمد باهمام.

وكل من عاونني ويسر لي درب العلم والاجتهاد.

الشكر والتقدير

الحمد لله الذي يسر لي طريق العلم وعلمني مالم أكن أعلم، وسهل لي كتابة هذه الرسالة العلمية لنيل درجة الدكتوراه، فله الحمد كله وله الشكر كله، والصلاة والسلام على من بعثه الله رحمة للعالمين، ونوراً للمتقين، وعلى آله وصحبه أجمعين.

فأسمى آيات الشكر والعرفان أنثرها لشخنا الفاضل الدكتور عزنان حسن الذي تفضل عليَّ بالإشراف على هذه الرسالة وتسهيل إتمامها؛ بتوجيه ناصح، وانتقاد صادق، وتبيين عالم، سدت خلل هذا البحث ووجهت مقاصده، ويسرت إكماله، فله مني خالص الدعاء بأن ييسر الله له كل خير، ويحجب عنه كل شر.

وفائض شكري للدكتور محمد ليبا الذي كان يتخللنا بالنصيحة وتبيين طرق البحث.

وشكري موصول للأساتذة الكرام أعضاء لجنة المناقشة على ما بينوه لي من آراء، وما أسدوه من توجيهات واقتراحات.

ولجامعتنا من شكري نصيب؛ فقد كانت لنا دار علم وحكمه؛ استقينا من منابعها، وأتممنا دراستنا فيها.

ولا أنسى بالشكر أهل ماليزيا على لطفهم واستضافتهم وكريم خلقهم واحترامهم لنا.

فهرس محتويات البحث

ملخص البحث ..... ب

ملخص البحث باللغة الانجليزية ..... ج

صفحة القبول ..... د

صفحة التصريح ..... هـ

صفحة الإقرار بحقوق الطبع ..... و

الإهداء ..... ز

الشكر والتقدير ..... ح

الفصل الأول: التمهيدي المدخل إلى البحث ١

المقدمة ١

مشكلة البحث ٢

أسئلة البحث ٣

أهداف البحث ٣

أسباب اختيار الموضوع ٣

نطاق البحث ٤

فرضية البحث ٤

الدراسات السابقة ٥

منهج البحث ١٣

الفصل الثاني مفهوم التحاكم في الشريعة للقضاء أو للتحكيم، والمصارف الإسلامية والشرع الواجب التطبيق في منازعاتها ١٤

المبحث الأول: معنى التحاكم للقضاء أو للتحكيم ومشروعيتهما والعلاقة بينهما، وإيجابيات وسلبيات تحاكم البنوك إلى كل منهما، وفيه خمسة مطالب: ... ١٥

المطلب الأول: المعنى اللغوي للتحاكم: ١٥
المطلب الثاني: المعنى الإصطلاحي للتحاكم للقضاء أو للتحكيم ١٦
المطلب الثالث: مشروعية التحاكم للتحكيم في الشريعة. ١٨
أولاً: من القرآن الكريم. ١٩
ثانياً: من السنة النبوية. ٢٠
ثالثاً: من آثار الصحابة رضي الله عنهم. ٢١
المطلب الرابع: العلاقة بين القضاء والتحكيم. ٢٢
المسألة الأولى: أوجه الاتفاق بين القضاء والتحكيم. وهي: ٢٢
المسألة الثانية: الفروق بين القضاء والتحكيم. ٢٢
المطلب الخامس: إيجابيات وسلبيات تحاكم البنوك للقضاء. ٢٥
أولاً: إيجابيات التحاكم للقضاء: ٢٥
ثانياً: سلبيات تحاكم المصارف والبنوك للقضاء: ٢٧
المبحث الثاني: المصارف الإسلامية مفهومها ونشأتها وطبيعتها ٢٩
المطلب الأول: مفهوم المصارف الإسلامية. ٢٩
أولاً: المصرف لغةً: ٢٩
ثانياً: المصرف اصطلاحاً ٣١
المطلب الثاني: نشأة المصارف الإسلامية. ٣٤
المطلب الثالث: طبيعة المصارف الإسلامية. ٣٨
المبحث الثالث: إشكالية خضوع المصارف الإسلامية لقوانين البنوك المركزية
التقليدية وآثارها، ورجوع المحاكم الوضعية للهيئات الشرعية للحكم في
منازعاتها، وفيه مطلبان. ٤٥
المطلب الأول: رقابة البنوك المركزية على المصارف الإسلامية وأثرها. ٤٨
المسألة الأولى: علاقة المصارف الإسلامية بالبنوك المركزية والاستفادة
من ميزاتها: ٤٨

المسألة الثانية: عمل المصارف الإسلامية وإنتاجيتها في ظل قوانين
البنوك المركزية: ٥٢
المطلب الثاني: رجوع المحاكم الوضعية للهيئات الشرعية في منازعات
المصارف الإسلامية، وتحكيم شروط العقد فيها. ٥٤
المسألة الأولى: رجوع المحاكم الوضعية للهيئات الشرعية للحكم في
منازعات المصارف. ٥٥
المسألة الثانية: تحكيم شروط العقد في منازعات المصارف: ٥٧
المبحث الرابع: تقنين الأحكام الشرعية وأثره على تحاكم البنوك الإسلامية
للقوانين الوضعية. ٥٩
المطلب الأول: التقنين مفهومه وتاريخه. ٥٩
المسألة الأولى: تعريف التقنين. ٥٩
المسألة الثانية: في تاريخ التقنين. ٦٠
المطلب الثاني: إلزام القاضي بمذهب معين. ٦٣
المطلب الثالث: حكم التقنين وأثره على منازعات المصارف الإسلامية. ٦٤
المبحث الخامس: التحاكم إلى القوانين الوضعية، وحكم ابتداء العقود
المنصوص فيها على ذلك في المصارف الإسلامية. وفيه ثلاثة مطالب: ٦٩
المطلب الأول: تحكيم الشريعة في الإسلام وتحكيم الحاكم لغيرها. ٦٩
المسألة الأولى: تحكيم الشريعة ومنزلتها في الإسلام: ٧٣
المسألة الثانية: حكم الحاكم بغير ما أنزل الله: ٧٦
المطلب الثاني: حكم تحاكم المصارف الإسلامية إلى القوانين الوضعية. ٨٢
المطلب الثالث: التوقيع على العقد المنصوص فيه على التحاكم للمحاكم
الوضعية عند النزاع. ٩٥

الفصل الثالث: التحديات التي تواجه البنوك الإسلامية في حل منازعاتها من الوجهة القانونية..... ١٠٣

المبحث الأول: مفهوم التحاكم في القانون والجهة المختصة بمنازعات المصارف الإسلامية. ١٠٣

المطلب الأول: مفهوم التحاكم الدولي (التقاضي العابر للحدود الدولية). ... ١٠٣

أولاً: مفهوم التحاكم في القانون. ١٠٣

ثانياً: مفهوم العقد الدولي:..... ١٠٧

ثالثاً: استراتيجيات تحديد مكان التحاكم. ١١٠

المطلب الثاني: الجهة المختصة بمنازعات المصارف الإسلامية في ماليزيا وبريطانيا. ١١٣

المسألة الأولى: جهة الاختصاص في منازعات المصارف الإسلامية في ماليزيا. ١١٣

المسألة الثانية: قضايا المصارف الإسلامية في بريطانيا. ١١٦

المبحث الثاني: القانون الواجب التطبيق في المنازعات الدولية..... ١١٧

المطلب الأول: مفهوم القانون الواجب التطبيق. ١١٧

المسألة الأولى: قواعد اختيار القانون الواجب التطبيق في العقود. ١١٨

المسألة الثانية: مراحل تحديد القانون الواجب التطبيق. ١٢٠

المطلب الثاني: طرق تحديد القانون الواجب التطبيق. ١٢١

الطريقة الأولى: الطريقة التقليدية. ١٢١

الطريقة الثانية: الطريقة الحديثة. ١٢٢

المطلب الثالث: القانون الواجب التطبيق في التحكيم. ١٢٤

المطلب الرابع: القانون الواجب التطبيق في معاملات المصارف الإسلامية. ١٢٤

المبحث الثالث: أسباب عدم تطبيق الشريعة الإسلامية في منازعات المصارف الإسلامية من خلال القضايا التالية. وفيه ثلاثة مطالب: ١٢٧

المطلب الأول: دراسة للقضايا التي لم تطبق فيها الشريعة الإسلامية. ١٢٨
المطلب الثاني: استخلاص أسباب عدم تطبيق الشريعة الإسلامية في
القضايا السابقة..... ١٣٧
المطلب الثالث: الوسائل التي اتخذتها ماليزيا لتطبيق الشريعة في محاكمات
المصارف الإسلامية. ١٣٩

الفصل الرابع: الحلول والبدائل..... ١٤١
المطلب الأول: بيان عناصر العقد في القانون الإنجليزي. ١٤٢
المطلب الثاني: الاستناد إلى قاعدة الأصل في العقود والشروط الحل
والإباحة في هذا الحل. ١٤٣
المطلب الثالث: التدابير القانونية التي يمكن اتخاذها في ضبط صياغة
العقد لضمان تحكيم الشريعة. ١٤٤
المبحث الثاني: المحكمة التجارية الإسلامية الدولية. ١٤٨
المطلب الأولى: نظرة على المحاكم الدولية وجهات فض النزاعات المالية
والتجارية..... ١٤٨
أولاً: المحاكم الدولية المختصة بمنازعات الدول: ١٤٨
ثانياً: جهات فض النزاعات المالية والتجارية:..... ١٥١
المطلب الثاني: المحكمة التجارية الإسلامية الدولية. ١٥٤
أولاً: الحاجة إلى المحكمة التجارية الإسلامية الدولية: ١٥٤
ثانياً: اختصاص المحكمة التجارية الإسلامية الدولية والقانون الواجب
التطبيق:..... ١٥٤
ثالثاً: متطلبات المحكمة التجارية الإسلامية:..... ١٥٤
رابعاً: فوائد المحكمة التجارية الإسلامية: ١٥٥
المبحث الثالث: التحكيم والوسائل البديلة. ١٥٥
المطلب الأول: المراد بالوسائل البديلة ودورها في حل المنازعات. ١٥٥

المطلب الثاني: تحاكم المصارف الإسلامية في منازعاتها للتحكيم ومميزاته. ١٥٧
أولاً: قلة الشحناء والعداوات: ١٥٩
ثانياً: سهولة إجراءات التحكيم والتعامل معه: ١٥٩
ثالثاً: التحكيم أقرب لتطبيق الشريعة الإسلامية في منازعات
المصارف: ١٦٠
رابعاً: التحكيم أقل خسائر مادية: ١٦٠
خامساً: الحفاظ على سمعة المصارف والعملاء: ١٦١
المبحث الرابع: إيجاد هيئة شرعية عليا. ١٦٣
المطلب الأول: ملامحها وأهميتها. ١٦٣
المطلب الثاني: مهام الهيئة وأهدافها ١٦٤
المطلب الثالث: المبادرات السابقة لإنشاء هيئة عليا. ١٦٥
المطلب الرابع: ماليزيا والهيئة الشرعية العليا. ١٦٨
المبحث الخامس: إكمال المنظومة الاقتصادية الإسلامية. ١٦٩
المطلب الأول: أهم المؤسسات المالية الإسلامية. ١٧٠
المطلب الثاني: الهيئة الاقتصادية العليا. ١٧٣
المطلب الثالث: تخريج كوادر متخصصة لنهضة الاقتصاد الإسلامي: ١٧٤

الخاتمة **١٧٦**
التوصيات والمقترحات ١٧٨

قائمة المراجع والمصادر **١٨١**

الفصل الأول التمهيدي
المدخل إلى البحث

المقدمة

الحمد لله رب العالمين والصلاة والسلام على المبعوث رحمة للعالمين وعلى آله وأصحابه ومن تبعهم بإحسان إلى يوم الدين

أما بعد:

فقد أنزل الله عز وجل الدين الإسلامي ليظهره على الدين كله، وليتمم به مكارم الأخلاق، وليقيم به العدل بين الناس؛ فأنزل تفاصيل الشريعة الإسلامية العقدية والعملية، ووضع أسساً للعدل، وبين طرقاً لإقامته، قال تعالى: ﴿**أَفَحُكْمَ ٱلْجَٰهِلِيَّةِ يَبْغُونَ ۚ وَمَنْ أَحْسَنُ مِنَ ٱللَّهِ حُكْمًا لِّقَوْمٍ يُوقِنُونَ**﴾[1].

في الوقت الحالي مع تنافر الثقافات، وتصارع الحضارات، وخبو نور المسلمين وضعف مساهمتهم في صنع القرار؛ أصبح تطبيق الشريعة الإسلامية في المسائل التجارية في معاملات المسلمين يواجه عقبات وصعوبات. فلقد قامت الحياة الاقتصادية في المجتمعات المعاصرة على وجود المؤسسات المالية، والتي تشكل عاملاً مهمًا في الجانب التجاري والاقتصادي في كل الدول، مما جعلها مترابطة ومتصلة ببعضها البعض؛ حيث تتعامل المؤسسة المالية الإسلامية مع أطراف متعددة في دول مختلفة، ويستدعي هذا التعامل التزام المؤسسة المالية الإسلامية بأنظمة وقوانين مختلفة في تلك البلدان، وهذه الأنظمة والقوانين إما أن تكون إجرائية تحكم طرق ووسائل أداء العمل وما يتبع ذلك من إجراءات وشروط وخلافه، أوتكون نصوصاً قانونية تبين الحكم في المسائل أو المشاكل التي تنشأ بين المتعاملين، وتنص تلك الأنظمة والقوانين غالباً على المرجع الذي يحتكم إليه في تنفيذ ما اشتملت عليه من أحكام وشروط.كما أن العقود والاتفاقيات لابد لها من مرجع قانوني يُنص عليه في العقد ليصار

[1] المائدة: ٥٠.

إليه عند حصول النزاع؛ وهو مرجع وضعي بالضرورة غالباً؛ ولا يخفى الإشكال الشرعي في قبول الحكم بالقوانين الوضعية المتناقضة مع الشريعة الإسلامية، والذي يلزم منه منع توقيع المستثمر المسلم ـ الملتزم بأحكام الشريعة ـ على تلك العقود التجارية لوجود هذا المانع المشكل في كثير من التعاملات التجارية الخارجية المعاصرة، وخاصة أن هذا التوجه في المرجعية القضائية في العقود أمر محسوم وغير قابل للمفاوضة عند كثير من المتعاملين؛ وهذا مما يجعل المؤسسات الإسلامية في حرج.

ومن هنا برزت أهمية دراسة القوانين والأحوال التي تتيح للمصارف والمؤسسات المالية الإسلامية وللتجار المسلمين التحاكم لدى القوانين الوضعية بما يضمن لهم تطبيق الشريعة الإسلامية في محاكماتهم.

فأتت هذه الدراسة لتبين الحكم الشرعي في التحاكم لتلك القوانين الوضعية، وكيف يمكن التعامل مع العقود المشتملة على شرط التحاكم لغير الشريعة، وحكم التوقيع عليها، كما طرحت هذه الدراسة التدابير التي يجب اتخاذها أثناء كتابة العقد لضمان تطبيق الشريعة بناءً على حرية التعاقد التي تمنحها القوانين الوضعية، وذكرت الدراسة بعض الحلول والوسائل التي يجب السعي إليها، وأوضحت ما تميزت به دولة ماليزيا في هذا المجال.

مشكلة البحث

تكمن مشكلة البحث في وجود خلل في تطبيق الشريعة الإسلامية على معاملات المؤسسات المالية الإسلامية عند تحاكمها للقوانين الوضعية بحيث تخرج المعاملة الإسلامية عن شروطها الشرعية المنضبطة؛ لذلك كان التحاكم لدى هذه القوانين من أصعب التحديات التي تواجه البنوك الإسلامية؛ إذ كيف تحكم المحاكم الوضعية في العقود الإسلامية مع وجود الاختلاف الجوهري في المبادئ والمنطلقات والمفاهيم.

ومن هنا تبرز مشكلة البحث: وهي مشكلة تحاكم البنوك الإسلامية لدى القوانين الوضعية في قضاياها، حيث لا يمكن أن يطلق عليها بنوكاً إسلامية إذا لم تطبق الشرع من بداية العقد وحتى نهاية الخلاف وفض النزاع، ولاتحتمل العقود الإسلامية مخالفة الشريعة في

نتائج الحكم، فجوهر تطبيق الشريعة في العقد هو تطبيقها في الشروط، وتنفيذ تلك الشروط والأحكام عند فض النزاع.

أسئلة البحث

١. ما الحكم الشرعي في التحاكم للقوانين الوضعية؟
٢. ما الحلول الممكنة لضمان تطبيق الشريعة الإسلامية في المرافعات لدى القوانين الوضعية ؟
٣. ما الحل عند اختلاف المذاهب الفقهية إذا نُص في العقد على أن المرجع للشريعة الإسلامية؟
٤. ما البدائل التي يمكن الاستعانة بها لفض منازعات البنوك الإسلامية سواءً فيما بينها أم مع بنوك ومؤسسات لا تلتزم بالشريعة؟

أهداف البحث

بناءً على ما سبق من إشكاليات البحث، فإن هذا البحث تظهر أهدافه في التالي:

١. بيان الحكم الشرعي في التحاكم للقوانين الوضعية.
٢. استنباط الحلول الممكنة لضمان تطبيق الشريعة الإسلامية في المرافعات لدى القوانين الوضعية.
٣. إيجاد الحلول التي توائم الشريعة الإسلامية بمذاهبها الفقهية المعتبرة لتكون مرجعاً مناسبًا عند التحاكم.
٤. طرح البدائل الشرعية والقانونية للتحاكم لدى القوانين الوضعية.

أسباب اختيار الموضوع

هذا الموضوع متعلق بمباحث العقيدة والفقه في الدين الإسلامي؛ فكان بيانه من الأمور المهمة لكل مسلم، لاسيما أنه لم يحظ بإفراده برسالة مستقلة تلم بجوانب الموضوع (فيما علمت) فغالبية ما كتب هي مقالات أو بحوث مقتضبة لندوات ومؤتمرات، فكان بحاجة إلى دراسة

قانونية مؤصلة تضمن أن يكون التحاكم وفقًا للشريعة الإسلامية، ومتماشيا مع قيم ومبادئ المصارف الإسلامية التي أضحت من المؤسسات المالية التي تسيّر عمليات النشاط الاقتصادي في المجتمعات المعاصرة، ولها ارتباطات بالبنوك التقليدية والدولية، وموضوع التحاكم لدى القوانين الوضعية يعتبر أحد التحديات الكبيرة التي تواجه البنوك الإسلامية في سعيها لتطبيق الشريعة الإسلامية في تعاملاتها، كما أن رجوع "قضاة المحاكم الوضعية" إلى مسائل الشريعة وتفاصيل مقاصدها أمر يصعب تطبيقه في المحاكم الوضعية؛ ذلك كله جعل دراسة تحاكم البنوك الإسلامية لدى القوانين الوضعية من الدراسات ذات الأهمية بمكان؛ لإيجاد الحلول المناسبة في الشريعة الإسلامية والتي يمكن تطبيقها من خلال القوانين الوضعية.

نطاق البحث

سيناقش البحث مشكلة تحاكم البنوك الإسلامية لدى القوانين الوضعية، ويضع الحلول الممكنة من الناحية الشرعية والقانونية، فمن الناحية الشرعية يناقش حكم تحاكم البنوك الإسلامية لدى القوانين الوضعية، ومناقشة أقوال العلماء، واستخلاص الحكم في موضوع المسألة؛ ومن الناحية القانونية يدرس نماذج من قضايا مرافعات البنوك الإسلامية السابقة في ماليزيا وبريطانيا، وأسباب عدم تطبيق الشريعة فيها، وكذلك دراسة الحريات في هذه القوانين والتي قد تجعل من الشريعة الإسلامية قانوناً حاكماً للعقد، والإشادة بما تميزت به ماليزيا في هذا الصعيد.

فرضية البحث

البنوك الإسلامية مرتبطة بالدين الإسلامي من الناحية التشريعية وملتزمة بأحكامه، فلابد أن تكون منتجاتها ومعاملاتها موافقة للشريعة من نشأتها وحتى نهايتها، ولابد عند الخلاف والتقاضي ثم فض النزاع ألا تخرج عن طور الشريعة، كما أنها مرتبطة بمنظومة قوانين داخلية ودولية، فهي مرتبطة بقانون البنوك للبلد التي توجد فيه وقوانين البنوك المركزية، وقوانين الشركات حيث إن البنوك الإسلامية تصنف على أنها شركات، بالإضافة إلى القوانين الدولية التي تنظم البنوك ومجال عملها وعلاقاتها بصندوق النقد الدولي وغيره من المؤسسات الدولية،

بالإضافة إلى الشروط التي يتفق عليها بين البنك الإسلامي والعملاء، أو بين البنك الإسلامي والبنوك الأخرى؛ وهذا كله مما يؤثر على تطبيق الشريعة عند التحاكم لدى محاكم غير شرعية، والفرضية تقول: إنه رغم كل تلك العوائق وغيرها إلا أن البنوك الإسلامية باستطاعتها مراعاة الأحكام الشرعية في العقود وتطبيقها عند التحاكم من خلال المحاكم الأجنبية، وإيجاد البدائل المناسبة لتطبيق الشريعة الإسلامية لتكتمل صفة الإسلامية فيها، وتلتزم بالشريعة في معاملاتها وعقودها.

الدراسات السابقة

بحث الحلول الشرعية والوسائل القانونية لضمان تطبيق الشريعة الإسلامية في منازعات المصارف الإسلامية هو عادة من المواضيع التي تعتني بها البنوك والمؤسسات المالية الإسلامية بالدرجة الأولى، ولم أعثر فيما بحثت عن رسالة مستقلة في تحاكم المصارف الإسلامية لدى القوانين الوضعية ألمت بجوانب الموضوع ككل، وجمعت متفرقه ودرسته من ناحية شرعية وقانونية على حد سواء، وخرجت بنتائج وحلول مقبولة على الصعيد الشرعي، ويمكن تطبيقها في الجانب القانوني، وإنما أبرز الموجود هو بحوث لمؤتمرات أو مقالات في مجلات أعاد بعضها البعض، وركزت بمجملها على مفهوم التحكيم والفرق بينه وبين غيره مثل القضاء والفتوى، والحكم الشرعي للتحاكم لدى القوانين الوضعية، وشروط القاضي ونحوها، أو أبحاث تحدثت عن التحكيم التجاري وليس عن تحاكم المصارف الإسلامية ونحوها.

وكُتب في الموضوع أيضا رسائل جامعية تحدثت عن جزء وجانب من الموضوع؛ فهناك بحث بعنوان: (**تسوية المنازعات المصرفية في المملكة العربية السعودية**)[٢]، وفيه بيَّن الباحث طرق وإجراءات حل النزاعات المصرفية في السعودية، والأنظمة والقوانين المختصة بذلك، واللجان القضائية المعنية بشؤون النظر في نزاعات المصارف، حيث تحدث كاتب الرسالة عن ماهية الأعمال المصرفية وطبيعة البنوك وجهة الاختصاص بالفصل في المنازعات المصرفية – في المملكة العربية السعودية –، وأنها لجنة من غير المحاكم الشرعية خاصة لتسوية المنازعات

[٢] صالح بن علي صالح الصويلح."**تسوية المنازعات المصرفية في المملكة العربية السعودية**". (رسالة ماجستير، جامعة نايف العربية للعلوم الأمنية بالرياض، كلية الجنايات الدولية، الرياض، ٢٠١٠م).

المصرفية تتبع وزارة التجارة، وتحدث عن اختصاص هذه اللجنة المكاني والزماني والنوعي والدولي، وعن إجراءات التحاكم لهذه اللجنة والنظر في الدعوى وما يتبع ذلك من إجراءات الجلسة والطلبات أثناء سير الدعوى، وعوارض الخصومة وإجراءات الإثبات، وخلص إلى أن اللجنة تطبق ما جاء في نظام المرافعات الشرعية من إجراءات، وتحدث أيضاً عن طرق الفصل في المنازعات المصرفية وهي: الصلح، والتسوية، والتحكيم، وعن صدور القرار من لجنة تسوية المنازعات المصرفية والتظلم منه وكيفية تنفيذه، وخلص إلى أن اللجنة تطبق في الواقع عملاً شبه قضائيٍ، وأوضح أنها على درجة واحدة من التقاضي وليست على درجتين، كما تحدث البحث عن تسوية المنازعات المصرفية في الفقه والنظام السعودي. إلا أن الأنظمة السعودية لا يوجد بها قانون خاص بالمصارف الإسلامية، ولا تحال قضايا البنوك والمصارف التقليدية للمحاكم الشرعية. ومما سبق يتبين أن الكاتب حديثه كان عن البنوك التقليدية ولم يتطرق إلى إشكالية البنوك الإسلامية إذا تحاكمت لهذه اللجنة شبه القضائية التي تتبع مؤسسة النقد السعودي (البنك المركزي).

وبحث بعنوان: (**اشتراط التحاكم في العقود المالية إلى القوانين الوضعية**)[٣]، وفيه تحدث الكاتب عن حقيقة التحاكم وما لا يدخل في التحاكم، وحكم التحاكم للقوانين الوضعية، وفصّل فيه وقسمه إلى قسمين: حكم التحاكم إلى القوانين الوضعية في بلد إسلامي، وذكر له ثلاث حالات: حالة الاختيار، حالة الحاجة، حالة الضرورة، والقسم الثاني: التحاكم إلى القوانين الوضعية في بلد غير إسلامي وذكر له ثلاث حالات أيضا: حالة الاختيار، حالة الحاجة، حالة الضرورة. وخلص إلى نتائج منها: أنه يجوز في حالة الضرورة أو الحاجة المقدرة بقدرها التحاكم إلى القوانين الوضعية سواءً كان المتحاكم في بلد إسلامي أو غير إسلامي. إلا أن هذا البحث كان مختصراً في استدلاله بالنصوص الشرعية، ولم يذكر أدلة الرأي الآخر، كما تطرق إلى الناحية الشرعية فقط دون الناحية القانونية، ورسالتي ستبحث

---

[٣] أحمد المرابط بن الشيخ محمد الشنقيطي "**اشتراط التحاكم في العقود المالية إلى القوانين الوضعية**"، بحث مقدم للدورة العشرين للمجمع الفقهي الإسلامي التابع لرابطة العالم الإسلامي بمكة المكرمة (٢٥/١٢/٢٠١٠م).
http://www.themwl.org/Publications/default.aspx?ct=1&cid=14&l=AR

الجانب الشرعي والمخرج القانوني للرجوع إلى الحكم الشرعي أو لتحكيم الشريعة عن طريق القانون الوضعي.

وبحث بعنوان: (**حكم اشتراط التحاكم للقوانين الوضعية في العقود التجارية**)[٤]، وقسم الكاتب بحثه إلى مباحث أولها: التحكيم وذكر تعاريفه والمذاهب التي تشترط في المحكّم شروط القاضي وعن شروط المحكم، وذكر ما يجوز فيه التحكيم وما لايجوز، وخلص إلى أن التحكيم في القوانين الوضعية يخالف الشريعة؛ فلا يجوز أن يصار إليه وذلك لاختلاف شروط المحكم لدى كلا الطرفين. وثاني المباحث: كان في التحاكم إلى غير شرع الله وذكر أقوال العلماء المعاصرين في مسألة التحاكم إلى القوانين الوضعية، ورجح بين الأقوال وخلص إلى جواز التحاكم إلى القوانين الوضعية عند الضرورة لذلك، وأن مراكز التحكيم التي يصار إليها أو ينص عليها في العقد لا بد أن تتوافق مع الأحكام الشرعية في شروط اختيار المحكم والقانون الواجب التطبيق.

ولم يذكر الباحث حلولاً مختلفة حول الموضوع، ولم يناقش الجانب القانوني، وكيفية تطبيق الشريعة عن طريق القانون؛ لأنه تبنى رأي وجوب أن يكون القاضي مسلماً وهذا ما قد يخالفه بحثي.

ودراسة بعنوان: (**حكم التحاكم للقوانين الوضعية**)[٥]، حيث تناول البحث تعريف القضاء ومكانته والأسس التي يقوم عليها القضاء في الإسلام، وما يمتاز به عن فروع الفقه الأخرى، والشروط الواجب توافرها فيمن يتولى القضاء، وأوضح أن الشرع الواجب التطبيق والحكم به من القاضي هو شرع الله؛ فإنه لا يحل الحكم إلا بما أنزل الله للأدلة الواردة على ذلك من الكتاب والسنة وفعل الصحابة – رضي الله عنهم – وعلى القاضي الالتزام بالأحكام الواردة في الكتاب والسنة والإجماع والقياس، فإن لم يجد القاضي حكم الحادثة في المصادر الأربعة فيجب

---

[٤] حمزة بن حسين الفعر الشريف"**حكم اشتراط التحاكم إلى القوانين الوضعية في العقود التجارية**"، بحث مقدم للدورة العشرين للمجمع الفقهي الإسلامي التابع لرابطة العالم الإسلامي بمكة المكرمة (٢٠١٠/١٢/٢٥م).
http://www.themwl.org/Publications/default.aspx?ct=1&cid=14&l=AR

[٥] عبد الله بن محمد الجبوري "**حكم التحاكم للقوانين الوضعية**"، بحث مقدم للدورة العشرين للمجمع الفقهي الإسلامي التابع لرابطة العالم الإسلامي بمكة المكرمة (2010/12/25م).
http://www.themwl.org/Publications/default.aspx?ct=1&cid=14&l=AR

عليه العمل بما أدى إليه اجتهاده إن كان من أهل الاجتهاد، وإن لم يكن من أهل الاجتهاد يختار قول الأفقه والأورع من الأئمة المجتهدين بحسب اعتقاده، ثم تناول البحث حكم التحاكم إلى القوانين الوضعية في البلاد الإسلامية، فبين أنه لا يجوز الحكم إلا بما أنزل الله سبحانه فلا يجوز التحاكم إلا إلى حكم الله وشرعه، وأن الحكم والتحاكم من العبادات التي لا يجوز صرفها إلا لله، وأنه لا يجوز التحاكم في البلاد الإسلامية إلى غير المسلم أو القوانين الوضعية المخالفة للشريعة الإسلامية إلا في حالة الضرورة؛ لكي لا تتعطل مصالح الناس. أما في البلاد غير الإسلامية فقد بين البحث الضوابط الشرعية للتحاكم إلى القوانين الوضعية في تلك البلاد، وذلك بالحرص بشتى الطرق على التحاكم للشريعة، وطلب تعيين قضاة مسلمين، أو اختيار القانون الواجب التطبيق إن أمكن، أو اللجوء للتحكيم المنصوص فيه على المرجعية الشريعة، فإن لم يكن واضطر للتحاكم لتلكم المحاكم والقوانين الوضعية فلا يأخذ المسلم أكثر من حقه المقرر له شرعاً. والبحث لم يأت بأي نتائج جديدة أو حلول يمكن تطبيقها سوى أنه ذكر اللجوء للتحكيم من دون تفصيل كاف، وهو من الحلول التي سأتكلم عنها بالتفصيل بإذن الله، وكذلك البحث كان مقتصرا على الناحية الشرعية النظرية، وبحثي يبحث الحلول الشرعية وكيفية تطبيقها في القانون الوضعي.

ودراسة بعنوان: (**التحكيم والتحاكم الدولي في الشريعة الإسلامية**)[٦]، وتحدث البحث عن حكم التحكيم، وشرط ومشارطة التحكيم، وضابط التحكيم، وما يجوز التحاكم به، وأدلة جواز التحكيم من القرآن والسنة وإجماع الصحابة والقياس، والفرق بين التحكيم والقضاء والافتاء، وشروط التحكيم والمحكم، وإذا خالف حكم المحكم رأي القاضي، وعزل المحكم، وتحدث عن التحكيم الدولي والقضاء الدولي، ومحكمة العدل الدولية واختصاصها، ومحكمة العدل الأوربية واختصاصها، وبعض مراكز التحكيم الدولية. وخلص في بحثه إلى حرمة الحكم بغير ما أنزل الله، وينبني عليه حرمة تحاكم المسلمين فيما بينهم، أو فيما بينهم وبين غير المسلمين إلى محكمة دولية لا تحكم بالشريعة الإسلامية سواء أكان قضاتها كلهم مسلمون، أو كلهم غير مسلمين، أو كانوا مسلمين وغير مسلمين، وذكر أنه في حالة الضرورة

[٦] عجيل بن جاسم النشمي. "**التحكيم والتحاكم الدولي في الشريعة الإسلامية**"، من بحوث المجلس الأوربي للإفتاء والبحوث، الدورة التاسعة بباريس.(٢٠٠٢م).

القطعية التي يترتب عليها تفويت مصالح يقينية كلية للمسلمين فإن الأمر يحتمل النظر؛ لكن لا يعتبر حالة ضرورة مع وجود محكمة عدل إسلامية دولية مُفعَّلة، وإن لم تُفعّل فيجب تفعيل تلك المحكمة. والبحث كان جله منصبا على التحكيم وشروطه وضوابطه، وتطرق في جوانب بسيطة للتحاكم وخرج بآراء شرعية قد لا تلبي حاجة الأمة، وترجعها مرة أخرى لدائرة الحرج، وتلك الآراء بحاجة إلى إعادة نظر؛ ومن ذلك أنه ذكر أنه لا تعتبر الحال ضرورة في ظل وجود محكمة العدل الإسلامية؛ ومحكمة العدل الإسلامية فكرة مطروحة لدى منظمة المؤتمر الإسلامي لم يتم الاتفاق عليها ولا تنفيذها، ثم إنها مختصة بالخلافات بين الدول، وليست محكمة تجارية لنزاعات الشركات والمؤسسات والأفراد، وبحثي ينصب بالدرجة الأولى على جانب التحاكم وليس التحكيم، ويبحث حلولاً شرعية يمكن تطبيقها قانونياً.

ودراسة بعنوان: (**تقييد الرجوع للقوانين في العقود واللجوء للتحكيم إلى الهيئات الشرعية**)[٧]، وقد تحدث الباحث عن مصادر سلطة الهيئات الشرعية في تقييد الرجوع للقوانين في العقود، وعن طبيعة الدور المالي والاستثماري للمؤسسات المالية الإسلامية، وأنه يحق لها ممارسة الأنشطة التجارية بخلاف البنوك التقليدية، بل تمارس التجارة والاستثمار كمطلوبات شرعية، وعن سلطات الهيئات الشرعية في اللجوء إليها للتحكيم، وأنه أكثر مناسبة لتحقيق القواعد الفقهية الحاكمة للعقود، وأننا بحاجة إلى نظام قانوني يحكم معاملات المصارف الإسلامية. وخلص إلى أن التحكيم أحد الطرق والوسائل البديلة والمناسبة لفض المنازعات التجارية، وأنه يكفل للأطراف الاتفاق على تطبيق النظام القانوني الذي يرغبونه ويرونه الأكثر توافقاً مع أحكام الشريعة الإسلامية، لكنه في بحثه أيضا لم يؤصل مشكلة تحاكم البنوك الإسلامية لدى القوانين الوضعية من الناحية الشرعية ولا القانونية، وإنما كانت حلوله المذكورة منصبة على التحكيم ومميزاته في فض المنازعات.

---

[٧] عبد الحميد محمود البعلي. "**تقييد الرجوع للقوانين في العقود واللجوء للتحكيم إلى الهيئات الشرعية**"، بحث مقدم للمؤتمر الخامس للهيئات الشرعية للمؤسسات المالية الإسلامية بالبحرين. (١٩/١١/٢٠٠٥ م).
http://www.mail-archive.com/kantakjigroup@googlegroups.com/msg04287.html (٢/٤/٢٠١٣).

ودراسة بعنوان: (**التحاكم للقوانين الوضعية في العقود والمعاملات**)[٨]، وقد ذكرت الورقة أن العقود التجارية لا بد لها من مرجع قانوني يصار إليه عند حصول النزاع، وجرت العادة على أن التحاكم يكون عند محاكم مختصة لا تحكم بالشريعة الإسلامية، وذكرت أمثلة لبعض النصوص الواردة في الاتفاقيات والعقود، وتحدثت الورقة عن أربع مقدمات الأولى: يجب الرد عند الخلاف إلى الكتاب والسنة، ولا يجوز الرضى بحكم الطاغوت أو إرادة التحاكم إليه، الثانية: يجوز الترافع لمحاكم لا تحكم بالشريعة عند وقوع النزاع توصلاً لما هو جائز شرعاً؛ إذا تعذر اللجوء للشريعة وأن هذا ماعليه جمهور العلماء، الثالثة: يمكن القول بجواز التحاكم للقوانين الوضعية مع عدم الرضى بذلك، الرابعة: أن فقرة القانون الحاكم تتعلق بجانب عقدي، وجانب فقهي وهي شروط القاضي وأنه يجب أن يكون مسلماً. وناقشت الورقة الموضوع من جانب شرعي وخلصت إلى نتائج أهمها: وجوب اتحاد البنوك الإسلامية ليكون لها جهة اختصاص قضائي موحد، أو محكمة إسلامية موحدة، كما ذكرت حلولاً قانونية قد لا تقبل في المحاكم الإنجليزية؛ وذلك كالنص على أن التحاكم وإن كان في محاكم أجنبية ولكن يكون إلى الشريعة الإسلامية وتحت نظر قاضٍ مسلم، أو النص على أن التحاكم يكون إلى الشريعة الإسلامية، وإهمال تحديد دين القاضي، وهذه الشروط سأبين في البحث ما الإشكالية فيها، وأنها لم تطبق وأسباب عدم تطبيقها.

ودراسة بعنوان: (**خيارات القانون والاختصاص القضائي في الاتفاقيات التي يكون أحد أطرافها مؤسسات مالية إسلامية أمام المحاكم العلمانية، ومسألة تفسير أحكام الشريعة**)[٩]، وقد ذكرت الورقة أربعة فتاوى في حكم التحاكم للقوانين الوضعية، وجميع هذه

---

[٨] الهيئة الشرعية في بنك الراجحي."**التحاكم للقوانين الوضعية في العقود والمعاملات**"، بحث مقدم للندوة الفقهية التي أقامها مصرف الراجحي في المملكة العربية السعودية لدراسة قضية بنك الشامل في البحرين مع أحد الشركات البنغلاديشية Beximco Pharmaceuticals ltd vs Shamil Bank of Bahrain (٢٠٠٩/٤/٨م). وهذه البحوث بحوث خاصة باللجان الشرعية ولم تطبع.

[٩] الهيئة الشرعية في بنك البلاد."**خيارات القانون والاختصاص القضائي في الاتفاقيات التي يكون أحد أطرافها مؤسسات مالية إسلامية أمام المحاكم العلمانية، ومسألة تفسير أحكام الشريعة**"، بحث مقدم للندوة الفقهية التي أقامها بنك الراجحي في المملكة العربية السعودية لدراسة قضية بنك الشامل في البحرين مع أحد الشركات البنغلاديشية