مجلة الحقوق

فصلية علمية محكمة - تصدر عن مجلس النشر العلمي - جامعة الكويت

تمويل الطرف الثالث في التحكيم في مجال الاستثمار الدولي «دراسة شرعية وقانونية»

الدكتورة/ مزنة عدنان القادري

جامعة الكويت

مجلس النشر العلمي

جامعة الكويت
KUWAIT UNIVERSITY

ISSN: 1029 - 6069

العدد ٤ - ج٢ - السنة ٤٦

جمادى الأولى ١٤٤٤ هـ - ديسمبر ٢٠٢٢م

تمويل الطرف الثالث في التحكيم في مجال الاستثمار الدولي «دراسة شرعية وقانونية»

الدكتورة/ مزنة عدنان القادري(*)

ملخص:

يهدف البحث إلى بيان مدى موافقة عقد التمويل من طرف ثالث في التحكيم TPF لأحكام الشريعة الإسلامية، ومن ثم التركيز على ملاءمة تكييفه بعقد الجعالة، أو المضاربة، أو المساقاة والمزارعة، والمؤاخذات التي قد تطرأ على هذه التكييفات، والعلاقة بين هذه الممارسة TPF وبين القمار المحرم في الإسلام، وقد ذكر الباحث عدة نماذج شرعية مقترحة لتصحيح ممارسة التمويل TPF من الناحية الشرعية. ولبيان هذا استخدم الباحث المنهج الوصفي التحليلي، وتوصل في بحثه إلى عدة نتائج تضمنت في مجملها: أن تكييف عقد تمويل الطرف الثالث في التحكيم بالجعالة أو المضاربة أو المساقاة والمزارعة تشوبه مؤاخذات وإشكالات شرعية، وأن هذه الممارسة بإطارها النظري والعملي الحالي تعد صورة من صور القمار المحرم في الشريعة الإسلامية.

الكلمات المفتاحية: الطرف الثالث، التحكيم، الاستثمار الدولي، التمويل، تمويل التحكيم.

المقدمة

بسم الله الرحمن الرحيم والحمد الله رب العالمين، والصلاة والسلام على أشرف النبيين والمرسلين، وعلى آله الطيبين الطاهرين، وأصحابه الغرّ الميامين، وبعد:

مع تسارع دوران عجلة الاستثمار تتسابق الدول النامية إلى جذب المستثمرين الأجانب لضخ استثماراتهم في الدولة المضيفة، مما يزيد من موارد هذه الدولة وثرواتها، وذلك لأجل النهوض باقتصادها وإلحاقها بمصاف الدول المتقدمة.

وبما أن اللجوء إلى القضاء التقليدي لا يعد الوسيلة المثلى لحل النزاع -في حال وقوعه- بين المستثمر والدولة المضيفة للاستثمار؛ وذلك بسبب المشاكل المتأصلة في إجراءات المحاكم الوطنية، كالبطء الملحوظ في إجراءات التقاضي، ونقص خبرة القضاة، بالإضافة إلى تخوف المستثمر من عدم حيادية القضاء من جهة أو تمتع الدولة بالحصانة

(*) كلية الشريعة والدراسات الإسلامية - جامعة الكويت.

القضائية من جهة أخرى، مما لا يتماشى وأهداف المستثمرين من هذا الاستثمار، مما يجعل هذه الدول تسعى إلى طمأنة هؤلاء المستثمرين من خلال تقديم ضمانات بأشكال مختلفة(١).

من هذه الضمانات التي تقدمها الدول للمستثمر الأجنبي توقيعها على الاتفاقية التابعة للمركز الدولي لتسوية منازعات الاستثمار (الإكسيد)(٢) والذي تم إنشاؤه تنفيذاً للاتفاقية الدولية المبرمة عام ١٩٦٥م في واشنطن من قبل البنك الدولي للإنشاء والتعمير(٣)، وبالتالي فإنه يمكن للطرفين أن يلجآ إلى التحكيم أمام هذا المركز بدلاً عن القضاء التقليدي في الدولة المضيفة.

ومما يجدر بالذكر أن دولة الكويت تعتبر من الدول السباقة لهذه الاتفاقية، حيث وقعت للانضمام في ٩ فبراير ١٩٧٨م؛ وفي الوقت الحالي يبلغ عدد الدول التي وقعت على اتفاقية المركز الدولي لتسوية منازعات الاستثمار ١٦٣(٤) دولة(٥).

وعلى الرغم من هذا، ففي الواقع قد يواجه المستثمر الأجنبي صعوبة في اللجوء إلى التحكيم ويقف عاجزاً أمام ارتفاع تكاليفه من أتعاب المحكمين والخبراء وإجراءات الدعوى ونحوها، مما يجعله منفتحاً لقبول الدعم المادي من طرف آخر -يعبر عنه بالطرف الثالث- ليس طرفاً في المنازعة في مقابل عائد يتوقف على نتيجة التحكيم، وقد كانت هذه بداية لظاهرة جديدة يطلق عليها تمويل الطرف الثالث في التحكيم Third-party funding (TPF).

أهمية الدراسة:

تكمن أهمية هذه الدراسة في اعتبار ظاهرة تمويل الطرف الثالث في التحكيم في مجال الاستثمار الدولي من أكثر القضايا المثيرة للجدل بما يتعلق بالتحكيم، إضافة إلى اعتبارها أداة استثمار واعدة في هذا العصر مع تطور حجم رأس المال المتاح، وتزايد

(١) ينظر: التحكيم بين المستثمر الأجنبي والدولة المضيفة للاستثمار وفقاً لاتفاقية واشنطن، ص٢.

(٢) The International Centre for Settlement of investment Disputes (ICSID).

(٣) ينظر: التحكيم كوسيلة لفض منازعات الاستثمار الأجنبي، ص٦٠٣، والمركز الدولي لتسوية منازعات الاستثمار كطريق لحل منازعات الاستثمار المباشر، ص٢١٣.

(٤) حتى ٢٦ مارس ٢٠٢١.

(٥) بالرجوع إلى موقع المركز الدولي لتسوية منازعات الاستثمار على شبكة الإنترنت (٢٦ مارس ٢٠٢١، الساعة ٢:٠٠ مساءً):
https://icsid.worldbank.org/about/member-states/database-of-member-states.

أعداد الممولين والصناديق في هذا الميدان[٦]، حيث تقدر السوق العالمية لتمويل الدعاوى (القضائية والتحكيمية) في عام ٢٠١٧م بما يجاوز ١٠ مليارات دولار، ومازالت في ازدياد[٧]، وفي ظل هذه المتغيرات المتسارعة تبرز أهمية معرفة الحكم الشرعي لعقد تمويل الطرف الثالث في التحكيم الاستثماري ومدى ملاءمته لأحكام الشريعة الإسلامية.

إشكالية الدراسة:

تتحدد مشكلة الدراسة في قلة الأبحاث والدراسات المنشورة في مسألة تمويل الطرف الثالث في التحكيم، خاصة باللغة العربية، بسبب حداثة هذا العقد من جهة وعدم نضج الممارسات المتعلقة به من جهة أخرى، مما يزيد من صعوبة معرفة مدى توافق أداة الاستثمار الجديدة هذه مع أحكام الشريعة الإسلامية.

بالتالي يمكن صياغة المشكلة في الأسئلة التالية:

١ - هل تعد ممارسة التمويل من طرف ثالث في التحكيم موافقة لأحكام الشريعة الإسلامية؟

٢ - ما مدى ملاءمة تصوير عقد التمويل من طرف ثالث بالجعالة؟

٣ - إلى أي حد يتشابه عقد التمويل من طرف ثالث بالمضاربة؟

٤ - هل يمكن تكييف عقد التمويل من طرف ثالث بالمساقاة والمزارعة؟

٥ - هل القمار أقرب إلى عقد تمويل الطرف الثالث منه إلى العقود الشرعية في ظل إطاره الحالي؟

أهداف الدراسة:

تركز هذه الدراسة على تحقيق جملة من الأهداف، وهي:

١ - تكييف التمويل من طرف ثالث من الناحية الشرعية.

٢ - دراسة مدى ملاءمة تكييف عقد تمويل الطرف الثالث بالعقود الشرعية التالية: الجعالة والمضاربة والمساقاة والمزارعة.

٣ - الكشف عن مدى تداخل عقد تمويل الطرف الثالث بالقمار.

---

(٦) ينظر: الإصلاحات الممكنة في مجال تسوية المنازعات بين المستثمرين والدول، وثيقة لجنة الأمم المتحدة، (A/CN.9/WG.III/WP.157) فقرة ٥ و٧.

(٧) Report of the ICCA-Queen Mary Task Force on Third-Party Funding in International Arbitration, P.17.

٤ - اقتراح نموذج شرعي موافق للتعاليم الإسلامية فيما يتعلق بالتمويل من طرف ثالث في التحكيم.

الدراسات السابقة:

بسبب حداثة ظاهرة تمويل الطرف الثالث في التحكيم فإن هذه الممارسة غير معروفة بشكل كافٍ في الدول العربية، ولم تأخذ حقها في الدراسات الأكاديمية، حيث إن المراجع العربية تكاد تنعدم مقارنة بالمراجع الأجنبية(٨).

لذلك، في الواقع، تنحصر الدراسات الشرعية المتعلقة بهذا الموضوع -وبحسب اطلاعي- في بحث واحد بعنوان:

(تمويل التحكيم من طرف ثالث، رؤية شرعية وقانونية) د. عبد الرحمن بن محمد الزير، د. فارس بن محمد القرني، مجلة الجامعة الإسلامية للعلوم الشرعية، المدينة المنورة- المملكة العربية السعودية، العدد ١٩٣ ج٢ سنة ١٤٤١هـ.

وقد ركزت هذه الدراسة على بيان الإطار النظري والقانوني لتمويل الطرف الثالث في التحكيم، كما تطرقت لأثر هذه الممارسة على حيادية التحكيم واستقلاله، واقترحت بشكل مختصر بعض التكيفات الفقهية لتمويل الطرف الثالث: كالجعالة، والمضاربة، والمساقاة، من خلال بيان أوجه الشبه بين هذه العقود وبين تمويل الطرف الثالث في التحكيم، دون التعرض لأوجه الاختلاف بينهم.

وبعد الاطلاع على هذه الدراسة السابقة يتبين لنا أن موضوع الدراسة التي بين أيدينا لم يتم تناوله، حيث إنها تركز بشكل أكثر عمقاً على بحث ودراسة الجانب الشرعي الفقهي لمسألة تمويل الطرف الثالث في التحكيم، ومدى موافقة هذه الممارسة أو مخالفتها لأحكام الشريعة الإسلامية، بما في ذلك علاقتها بالقمار والميسر، إضافة إلى هذا، توضح الدراسة الإشكالات الشرعية المتعلقة بالتكييفات المقترحة في الدراسة السابقة ووسائل تلافيها من خلال اقتراح عدد من النماذج الشرعية.

منهج الدراسة:

اتبعت في هذه الدراسة المنهج الوصفي التحليلي بما يشمله من منهج المقارنة ومناهج الاستقراء والاستنباط، فقد استقرأت النصوص الشرعية بالإضافة إلى أقوال الفقهاء، لأستنبط منها أحكام المسألة موضوع الدراسة.

(٨) ينظر: التمويل من طرف ثالث في التحكيم التجاري الدولي، ص١٥.

حدود الدراسة:

بالنظر إلى أن التمويل من طرف ثالث يعد مجالاً معقداً يحتوي أشكالاً وأنواعاً مختلفة -كما نصت على ذلك لجنة الأمم المتحدة للقانون التجاري الدولي[٩]- وكونه محل خلاف بين الباحثين ما بين مؤيد ومخالف[١٠]، إلى جانب أن الممارسات المتعلقة بهذه الصناعة المالية لم تنضج بعد، فإني آثرت أن تكون حدود الدراسة في التكييف الفقهي لعقد التمويل من طرف ثالث لأحد طرفي دعوى التمويل، مقابل أتعاب أو مكافأة متفق عليها مسبقاً للمُمَوِّل في حال نجاح المطالبة، سواء اتخذت صورة أحد مضاعفات مبلغ التمويل أو نسبة محددة من التعويضات أو أي شكل آخر، وذلك بعيداً عن مدى تأثير هذا التمويل على نزاهة التحكيم واستقلاله، أو التطرق لمبدأ الإفصاح وملاءمته للشريعة الإسلامية من هذا الاتجاه.

خطة الدراسة:

اقتضت طبيعة هذه الدراسة أن تقسم إلى مقدمة وثلاثة مباحث وخاتمة، مرتبة على النحو التالي:

المقدمة:

وتحتوي على أهمية الدراسة، ومشكلة الدراسة، وأهداف الدراسة، بالإضافة إلى الدراسات السابقة، ومنهج الدراسة، وحدود الدراسة، ثم أخيراً خطة الدراسة.

وقد تضمنت الدراسة ثلاثة مباحث، مقسمة على النحو التالي:

المبحث الأول: تعريف (تمويل الطرف الثالث في التحكيم). وفيه ثلاثة مطالب:

المطلب الأول: تعريف (التمويل) لغة واصطلاحاً.

المطلب الثاني: تعريف (التحكيم) لغة واصطلاحاً في الشريعة والقانون.

المطلب الثالث: تعريف (تمويل الطرف الثالث في التحكيم).

---

(٩) تقرير الفريق العامل الثالث (المعني بإصلاح نظام تسوية المنازعات بين المستثمرين والدول)، وثيقة لجنة الأمم المتحدة، (A/CN.9/935)، فقرة ٩٠.

(١٠) Independence and Impartiality of Arbitrators in Cases Involving Third Party Funding, p.1.

المبحث الثاني: التكييف الفقهي لعقد تمويل الطرف الثالث في التحكيم. وفيه أربعة مطالب:

المطلب الأول: الجعالة. وفيه خمس مسائل:

المسألة الأولى: تعريف (الجعالة) لغة واصطلاحاً.

المسألة الثانية: حكم الجعالة وأدلة مشروعيتها.

المسألة الثالثة: أركان الجعالة وأحكامها.

المسألة الرابعة: تكييف عقد التمويل TPF بالجعالة.

المسألة الخامسة: إشكالات في التكييف بالجعالة.

المطلب الثاني: المضاربة. وفيه خمس مسائل:

المسألة الأولى: تعريف (المضاربة) لغة واصطلاحاً.

المسألة الثانية: حكم المضاربة وأدلة مشروعيتها.

المسألة الثالثة: أركان المضاربة وأحكامها.

المسألة الرابعة: تكييف عقد التمويل TPF بالمضاربة.

المسألة الخامسة: إشكالات في التكييف بالمضاربة.

المطلب الثالث: المساقاة والمزارعة. وفيه خمس مسائل:

المسألة الأولى: تعريف (المساقاة) لغة واصطلاحاً.

المسألة الثانية: تعريف (المزارعة) لغة واصطلاحاً.

المسألة الثالثة: حكم المساقاة والمزارعة وأدلة مشروعيتهما.

المسألة الرابعة: الفرق بين المساقاة والمزارعة وبين المخابرة.

المسألة الخامسة: تكييف عقد التمويل TPF بالمساقاة أو المزارعة.

المطلب الرابع: القمار. وفيه خمس مسائل:

المسألة الأولى: تعريف (القمار) لغة واصطلاحاً.

المسألة الثانية: حكم القمار وأدلة تحريمه.

المسألة الثالثة: الغرر وعلاقته بالقمار.

المسألة الرابعة: تكييف عقد التمويل TPF بالقمار.

المبحث الثالث: نماذج شرعية مقترحة لعقد التمويل من طرف ثالث TPF بما يوافق الشريعة الإسلامية.

المطلب الأول: ضوابط تتعلق بتكييف عقد التمويل TPF بالجعالة.

المطلب الثاني: ضوابط تتعلق بتكييف عقد التمويل TPF بالمضاربة.

الخاتمة:

وتحتوي على ملخص الدراسة ثم أبرز النتائج والتوصيات.

والله ولي التوفيق.

المبحث الأول: تعريف (تمويل الطرف الثالث في التحكيم)

تمهيد

حتى نتمكن من تكييف عقد التمويل من طرف ثالث في التحكيم أو ما يسمى Third-party funding (TPF) بشكل دقيق فإنا بحاجة إلى بيان الإطار النظري لهذا العقد، وهو ما سيتم توضيحه في هذا المبحث من خلال تقسيمه إلى ثلاثة مطالب.

المطلب الأول: تعريف (التمويل) لغة واصطلاحاً

التمويل لغة مأخوذ من (المال)، وأصله من (مول)[١١]. ومُلْتَ، تَمول، وملتَ: صرت ذا مال. وتَمَوّلتَ: كثر مالك؛ ومَوّلَه غيره تمويلاً. وتَمَوّلْهُ: أي اجعله لك مالاً. ومُلتَه: أعطيته المال[١٢].

إذاً التمويل لغة: يعود إلى التزويد بالمال.

والتمويل في اصطلاح الاقتصاديين هو: (الإمداد بالأموال في أوقات الحاجة إليها)[١٣].

المطلب الثاني: تعريف (التحكيم) لغة واصطلاحاً في الشريعة والقانون

التحكيم لغة أصله (حَكَم) يَحْكُم حُكماً، أي يقضي. وحَكَّمتَ فلاناً في كذا وكذا تحكيماً: إذا جعلته إليه[١٤].

وحكَّمهُ في الأمر تحكيماً: أمَرَه أن يَحْكُمَ فاحْتَكَمَ[١٥].

والتحكيم في اصطلاح فقهاء الشريعة هو: (عبارة عن اتخاذ الخصمين آخرَ حاكماً برضاهما، لفصل خصومتهما ودعواهما) كما ورد في مجلة الأحكام العدلية[١٦].

أما التحكيم في اصطلاح فقهاء القانون فقد عرف قانون الأونسيترال النموذجي

(١١) ينظر: المحكم والمحيط الأعظم، مادة (مول) ٤٤٠/١٠.
(١٢) ينظر: تاج العروس، مادة (مول) ٤٢٨/٣٠، لسان العرب ٦٣٦/١١، المحكم، مادة (مول) ٤٤٠/١٠-٤٤١.
(١٣) مبادئ التمويل، ص٢١.
(١٤) ينظر: الصحاح، مادة(حكم)، ١٩٠٢/٥، وجمهرة اللغة، مادة (حكم)، ٥٦٤/١.
(١٥) لسان العرب ١٠٩٥/١.
(١٦) ص٣٦٥.

للتحكيم التجاري الدولي (UNCITRAL) «اتفاق التحكيم» بأنه: (اتفاق بين الطرفين على أن يحيلا إلى التحكيم جميع أو بعض النزاعات التي نشأت أو قد تنشأ بينهما بشأن علاقة قانونية محددة، سواء أكانت تعاقدية أم غير تعاقدية، ويجوز أن يكون اتفاق التحكيم في شكل بند تحكيم وارد في عقد أو في شكل اتفاق منفصل)[١٧].

وقد أخذ القانون الكويتي بنظام التحكيم في فض المنازعات، ونَظّمَه بقواعد خاصة في قانون المرافعات المدنية والتجارية رقم ٣٨ لسنة ١٩٨٠م، إلا أنه لم يشر إلى تعريف جامع له، حيث تركه وفقاً لاجتهادات أهل الفقه والقانون[١٨].

ومع انتشار العولمة وما يترتب عليها من أنشطة تجارية واستثمارية فإن التحكيم يعتبر وسيلة ودية لفض التنازع بين المستثمر الأجنبي والدولة المضيفة للاستثمار، خاصة عند فشل المفاوضات بين الطرفين، كما أنه يعد أداة ضمان للمستثمر الأجنبي يلجأ إليها لتحقيق العدالة بدلاً من اللجوء إلى القضاء الوطني[١٩].

وعند النظر في واقع التحكيم في الاستثمار الدولي فإنا نجد أن المستثمر الأجنبي غالباً ما يتخذ دور المُحتَكِم (المدعي) في حين أن الدولة المضيفة في دور المُحتَكَم ضده (المدعى عليه)[٢٠]، إلا أن تمويل الدول المضيفة باعتبارها المدعي بدأ يتزايد بشكل ملحوظ[٢١].

وينقسم التحكيم إلى تحكيم حر (Ad Hoc) وتحكيم مؤسسي (Institutional)، حيث يعتبر الأخير هو المقصود في عقد التمويل TPF والذي يتم عن طريق مراكز أو مؤسسات تحكيم متخصصة ومستقلة[٢٢].

المطلب الثالث: تعريف (تمويل الطرف الثالث في التحكيم)

يعد عقد تمويل الطرف الثالث من المواضيع الأكثر سخونة فيما يتعلق بالتحكيم

(١٧) قانون الأونسيترال النموذجي للتحكيم التجاري الدولي لعام ١٩٨٥م، الفصل الثاني، المادة ٧، ص٤.
(١٨) ينظر: قانون التحكيم الكويتي رقم ٣٨ لسنة ١٩٨٠، الباب الثاني عشر.
(١٩) ينظر: التحكيم في منازعات عقود الاستثمار، ص١، ٤.
(٢٠) ينظر: التمويل من طرف ثالث في التحكيم التجاري والدولي، ص٢٢.
(٢١) Third Party Funding in International Investment Arbitration, Grotius Centre Working Paper No. 2012/1, p.7.
(٢٢) ينظر: إجراءات التحكيم، د. دريج، ص٥.

الدولي لعدة سنوات، ومن المتوقع أن يظل تحت الأضواء لمدة طويلة[٢٣]، ومما يجدر بالذكر أنه مع تطور هذه الظاهرة وسرعة انتشارها إلا أنها تعد صناعة حديثة وجديدة، مما أحاطها بشيء من الغموض[٢٤].

وقد تم الاجتهاد في تقديم صورة محددة وواضحة لأبعاد عقد التمويل TPF القانونية والأخلاقية -وأخيراً الشرعية- من خلال تعريفات تسعى لأن تكون جامعة مانعة، لكنها لم تصل لمرحلة الشمول[٢٥].

فمن تعريفات عقد التمويل TPF: بأنه وسيلة تمويل من قِبَل كيان ليس طرفاً في النزاع أو الإجراءات الناشئة عنه، لتمويل كل أو بعض تكاليف إجراءات التحكيم لأحد الأطراف، في مقابل مكافأة أو نسبة مئوية من التعويضات الناتجة عن التحكيم [٢٦].

وعُرّف كذلك: بأنه إجراء يوفر من خلاله الطرف الثالث الموارد المالية لطرف يفتقر إليها لبدء إجراءات التحكيم، على أن يتم استخدام هذا التمويل لتغطية الرسوم والنفقات القانونية للطرف المعني بالتحكيم، وفي المقابل يحصل المُمَوِّل على نسبة مئوية من المبلغ المخصص كنتيجة للتحكيم[٢٧].

من هذا يتضح أن المكافأة أو العائد الذي يأخذه المُمَوِّل في المقابل يتوقف على نجاح دعوى التحكيم المُمَولة، وعليه فإن عقد التمويل TPF يعتبر استثماراً غير مضمون العائد وذا مخاطر عالية، فالمُمِوِّل غير متيقن من ربح المدعي (المُمَوّل) لدعواه، بل هو راجع لتقدير هيئة التحكيم[٢٨].

ومما يجدر بالذكر أن المقابل المتوقع للمُمَوِّل لا يقتصر على نسبة مئوية من التعويضات - وإن كانت من الصور الأكثر شيوعاً- وإنما قد يتخذ شكل أحد مضاعفات

---

(٢٣) Third Party to pick Up the Bill? Costs Issues Relating to Third Party Funding in Investment Arbitration, at: p. 428.

(٢٤) ينظر: التمويل من الطرف الثالث في التحكيم التجاري والدولي، ص٢٤.

(٢٥) المرجع السابق.

(٢٦) Third-Party Funding: Liability of Third-Party Funders to Pay Costs in Arbitration; Entitlement of Successful Claimants to Costs of Third-Party Funding, p. 17.

(٢٧) International Arbitration Information by Aceris Law LLC, التحكيم الدولي، تمويل الطرف الثالث في التحكيم الدولي (٢٩ مارس ٢٠٢١) في تمام الساعة ٩:٠٠ صباحاً At:https://www.international-arbitration-attorney.com/ar/third-party-funding-in-international-arbitration/

(٢٨) ينظر: التمويل من الطرف الثالث في التحكيم التجاري والدولي، ص٢٧.

مبلغ التمويل، أو حصة من رأس مال الشركة، أو مبلغاً محدداً[٢٩]، أو خليطاً مما سبق[٣٠].

ومبدأ نشوء هذا العقد في إستراليا في بداية القرن الحادي والعشرين[٣١]، ومن ثم انتقل التعامل به إلى المملكة المتحدة، ومن بعدها الولايات المتحدة الأمريكية[٣٢].

وسبب نشوئه راجع لارتفاع تكاليف التحكيم الدولي بشكل باهظ، فمن أتعاب المحامين والمحكمين والمستشارين القانونيين وغيرهم، إلى مصاريف التنقلات والسفر، وانتهاءً بتكاليف المترجمين والشهود وتقارير الخبراء، مما يتطلب مبالغ هائلة تقف عائقاً في وجه طالب العدالة، بل إنه في بعض الأحيان تتجاوز تكاليف التحكيم المبلغ المتنازع فيه، وبسبب تحول التحكيم الدولي لصناعة دولية مرتفعة التكاليف فإنه من غير المفاجئ أن ٣ من أصل ٤ شركات المحاماة يقرون بأن تمويل التحكيم يأخذ جانباً مهماً من مناقشاتهم مع العملاء[٣٣].

وبلا شك فإن لعقد التمويل TPF منفعة مشتركة لكلا الطرفين (المُمَوِّل والمُحتَكِم)، إلا أن المزيّة الأكثر أهمية هي زيادة فرص وصول طرف معوز إلى العدالة، وبالتالي هي المبرر الأكثر شيوعاً لهذا العقد، لكن حقيقته في نهاية المطاف صورة من صور الاستثمار، فالمدعي يقلل المخاطر المالية المتعلقة بدعواه، والمُمَوِّل يحصل على العائد المتوقع من عقد التمويل TPF [٣٤].

(٢٩) Third Party to pick Up the Bill? Costs Issues Relating to Third Party Funding in Investment Arbitration, at: p. 428.

(٣٠) ينظر: الإصلاحات الممكنة في مجال تسوية المنازعات بين المستثمرين والدول، وثيقة لجنة الأمم المتحدة (A/CN.9/WG.III/WP.157) فقرة ٥.

(٣١) بل وذُكِر أن تمويل التقاضي كان رائداً في نهاية القرن العشرين في أستراليا كحل لمشكلة إعسار المدينين في دعاوى الاسترداد. ينظر: التمويل من الطرف الثالث في التحكيم التجاري والدولي، ص٤٠.

(٣٢) ICCA report, p. 18.

(٣٣) Third Party to pick Up the Bill? Costs Issues Relating to Third Party Funding in Investment Arbitration, at: p. 428.

والتمويل من طرف ثالث في التحكيم التجاري الدولي، ص٢٨-٢٩.

(٣٤) Third Party Funding in International Investment Arbitration, Grotius Centre Working Paper No. 2012/1, p.7.

والتمويل من طرف ثالث في التحكيم التجاري الدولي، ص١١، ٥٢.

المبحث الثاني: التكييف الفقهي لعقد تمويل الطرف الثالث في التحكيم

تمهيد

لعقد التمويل TPF تكييفات محتملة سأعرضها في هذا المبحث مع دراستها وتوضيح الإشكالات التي قد تطرأ عليها، وذلك من خلال تقسيمه إلى خمسة مطالب.

المطلب الأول: الجعالة

عقد الجعالة من التكييفات المقترحة لعقد تمويل الطرف الثالث في التحكيم لما وُجِد من أوجه تشابه بينهما[٣٥]، وسيتم بيان مدى مناسبة هذا التكييف من الناحية الشرعية في هذا المطلب من خلال خمس مسائل.

المسألة الأولى: تعريف (الجعالة) لغة واصطلاحاً:

الجعالة لغة من (جَعَل)، والجَعالة والجِعالة والجُعالة، والجُعل، والجعال، والجعيلة: ما جُعل للإنسان أجراً على عمله[٣٦].

والجعالة: الأجر على الشيء فعلاً أو قولاً[٣٧].

أما الجعالة اصطلاحاً فقد عرفها الفقهاء: (التزام عوض معلوم على عمل معين معلوم أو مجهول بمعين أو مجهول)[٣٨].

ومنهم من فصّل في تعريفه لها، فقال: (أن يجعل الرجل للرجل جُعلاً على عمل يعمله له إن أكمل العمل، وإن لم يكمله لم يكن له شيء وذهب عناؤه باطلاً، مما لا منفعة فيه للجاعل إلا بتمام العمل)[٣٩].

وصورتها في الجعل المعلوم أن يقول الجاعل: من استرجع سيارتي ممن سرقها فله ٥٠٠ دينار، أما صورتها في الجعل المجهول أن يقول الجاعل في الغزو: من دل على حصنٍ فله ثلث ما فيه.

---

(٣٥) يراجع: بحث (تمويل التحكيم من طرف ثالث، رؤية شرعية وقانونية) ص٣٨٦.

(٣٦) ينظر: تهذيب اللغة، مادة (جعل) ٢٤٠/١، المحكم والمحيط الأعظم، مادة (جعل) ٣٢٨/١.

(٣٧) لسان العرب مادة (جعل) ١١١/١١.

(٣٨) المجموع ١١٥/١٥.

(٣٩) المقدمات الممهدات ١٧٥/٢. ويؤخذ على هذا التعريف تفسيره الجعالة بأن: يجعل جعلاً، فالأبلغ أن يقال: (التزام عوض) كما في التعريف الأول.
ويراجع: أنيس الفقهاء ص٦٠، التنبيه ص١٢٦، الإنصاف ١٦٢/١٦.

فإن أتى المجعول له بالعمل استحق الجُعل، وإن عجز عن الإتيان به ضاع جهده وماله الذي بذله في سبيل تحصيله.

إذاً يتبين لنا من تعريفات الفقهاء السابقة أن الجعالة تخالف الإجارة في أمور، منها: صحة انعقادها على عمل مجهول، وجواز كون العامل (المجعول له) غير معين، بالإضافة إلى عدم استحقاقه للجُعل إلا بعد إتمام العمل(٤٠).

المسألة الثانية: حكم الجعالة وأدلة مشروعيتها:

الجعالة جائزة عند جمهور الفقهاء(٤١)، ودليل مشروعيتها من القرآن قول الله تعالى: ﴿ وَلِمَن جَآءَ بِهِۦ حِمْلُ بَعِيرٍ وَأَنَا۠ بِهِۦ زَعِيمٌ ﴾(٤٢) ، فوجه الدلالة من الآية أنه جعل لمن يجد صواع الملك أو يدل على آخذه جُعلاً وعوضاً وهو حِمْل جَمَل من الطعام، وشرع من قبلنا شرع لنا ما لم يثبت نسخه على القول الراجح(٤٣).

أما دليل مشروعيتها من السنة فهي قصة اللديغ فيما رواه أبو سعيد الخدري رضي الله عنه: أن ناساً من أصحاب النبي ﷺ أتوا على حي من أحياء العرب فلم يقرّوهم، فبينما هم كذلك إذ لدغ سيد أولئك، فقالوا: هل معكم من دواء أو راق؟ فقالوا: إنكم لم تقرّونا، ولا نفعل حتى تجعلوا لنا جعلاً. فجعلوا لهم قطيعاً من الشاء، فجعل يقرأ بأم القرآن ويجمع بزاقه ويتفل، فبرأ فأتوا بالشاء، فقالوا: لا نأخذه حتى نسأل النبي ﷺ، فسألوه فضحك وقال: (وما أدراك أنها رقية؟ خذوها واضربوا لي بسهم)(٤٤)، وجه الدلالة منه أنهم جعلوا لأصحاب النبي ﷺ جعلاً وهو قطيع من الشياه مقابل العمل الذي هو رقية سيد القوم، وقد أقرّهم النبي ﷺ على ذلك وشاركهم في الجعل.

---

(٤٠) ينظر: الحاوي الكبير ٣١/٨.

(٤١) ينظر: المقدمات الممهدات ١٧٥/٢، الأم ٧٥/٤، المغني ٣٢٣/٨، أما الأحناف فقد أجازوا الجعل في رد الآبق استحساناً، يراجع: بدائع الصنائع في شرائط استحقاق جعل الآبق عند قوله: {وَأَمَّا بَيَانُ حُكْمِ مَالِهِ فَهُوَ اسْتِحْقَاقُ الْجُعْلِ عِنْدَنَا اسْتِحْسَانًا..} ٦/ ٢٠٣، أو بأجرة المثل في صور أخرى، يراجع: المبسوط في مسألة: «من جاءني بمتاعي من مكان كذا..» ٢٠٣/٣٠ .

(٤٢) يوسف: ٧٢.

(٤٣) ينظر: حاشية ابن الشاط ٥٢/٢، العدة لأبي يعلى ٣٩٢/٢.

(٤٤) أخرجه البخاري في صحيحه، كتاب الطب، باب الرقي بفاتحة الكتاب، رقم (٥٧٣٦) ١٣١/٧، ومسلم في صحيحه، كتاب السلام، باب جواز أخذ الأجرة على الرقية بالقرآن والأذكار، رقم (٢٢٠١) ١٧٢٧/٤.

المسألة الثالثة: أركان الجعالة وأحكامها:

أركان الجعالة هي: العاقدان وهما الجاعل والمجعول له، والعمل، والجُعل(٤٥).

أما شروطها:

١ - أهلية الجاعل للتصرف.

٢ - قدرة العامل أو المجعول له على القيام بالعمل، أو أن ينيب غيره.

٣ - كون العمل مباحاً.

٤ - العلم بالجعل، وكونه مباحاً (٤٦).

المسألة الرابعة: تكييف عقد التمويل TPF بالجعالة:

كيّف بعض الباحثين عقد التمويل من طرف ثالث بالجعالة(٤٧)، على النحو التالي:

- الجاعل: هو المدعي، وفي الغالب هو المستثمر الأجنبي.
- المجعول له: المُمَوِّل أو ما يعبّر عنه بالطرف الثالث.
- العمل المجعول لأجل: المتمثل في إعانة الجاعل على المطالبة بتحقيق العدالة واستخلاص الحق من المدعى عليه -وهي الدولة المضيفة في الغالب- من خلال تمويله لعملية التحكيم.
- الجُعل: وهو الأتعاب أو المكافأة المتفق عليها والتي سيحصل عليها المجعول له في حال كانت نتيجة حكم هيئة التحكيم لصالح الجاعل.

فإن كانت نتيجة التحكيم لغير صالح الجاعل فإن المجعول له (المُمَوِّل) سيضيع عليه ما تكبده من تكاليف لعدم تحقق العمل المجعول لأجله، ولا يحق له الرجوع على الجاعل (المدعي) بما بذله.

والشروط في الجعالة الأصل فيها الصحة واللزوم إلا ما دل الدليل على خلافه، فيُعمل بهذا الأصل في عقد التمويل TPF(٤٨).

(٤٥) ينظر: التاج والإكليل ٥٩٥/٧.
(٤٦) ينظر: بداية المجتهد ٢٠/٤، حاشية قليوبي ١٣١/٣، المجموع ١١٣/١٥ و١١٧، المغنى ٣٢٤/٨.
(٤٧) يراجع: تمويل التحكيم من طرف ثالث- رؤية شرعية وقانونية، ص٣٧٨ .
(٤٨) ينظر: مجموع الفتاوى ٣٤٦/٢٩.

وباعتبار جواز اشتراك عاملين فأكثر في العمل المجعول لأجله[٤٩] يجوز أن يكون التمويل من عدة أطراف وهو ما يطلق عليه التمويل الجماعي Crowdfunding [٥٠].

أما مسألة تمويل المُمَوِّل لكلا الطرفين المتنازعين[٥١] قياساً على جواز تعدد الجُعّال فتحتاج إلى مزيد بحث خاصة مع مبدأ تعارض المصلحة.

المسألة الخامسة: إشكالات في التكييف بالجعالة:

الأصل في الجعالة -كما تقدم- أن يجعل الجاعل للعامل جعلاً على «عمل» يقوم به، وقد يبذل المال تبعاً من أجل تحصيل هذا العمل[٥٢]، لذا فإننا نجد أنفسنا أمام إشكال شرعي في تكييف عقد التمويل TPF بالجعالة نظراً لما يلي:

١ - أن المُمَوِّل -المراد تكييفه المجعول له- لن يقوم بعمل سوى تمويل المدعي الجاعل ودفع المال اللازم له لتغطية الرسوم القانونية من أجور المحامين وتكاليف إجراءات التحكيم.

٢ - أن الجاعل (المدعي) هو الذي يقوم بالعمل المجعول لأجله بنفسه، وذلك من خلال توكيل المحامين واللجوء إلى هيئة التحكيم.

ولا يمكن أن يقاس هذا على مسألة الإنابة في الجعالة[٥٣]؛ حيث إن النائب هو الجاعل نفسه (المدعي)، فهو الذي يقوم بالعمل فعلياً في ممارسة التمويل TPF وليس المجعول له.

٣ - أن المموِّل المجعول له في عقد التمويل TPF يبذل المال أصالة من غير عمل يقوم به، لعله يفوز بنصيبه من الربح في حال نجحت الدعوى المُموّلة، وهذه صورة القمار والميسر.

ومن هذا المنطلق فإن الباحث يرى أن تكييف عقد التمويل TPF بالجعالة في ظل إطاره النظري الحالي هو من باب الصورية، وهي: (ظهور صفة عقد على عقد آخر يقاربه في مظهره، ويخالفه في خصائصه)[٥٤]، وذلك حتى يأخذ حكم هذا العقد ويصبغ بصبغته في حين أن حقيقته مخالفة له.

---

(٤٩) ينظر: حاشية الدسوقي ٦٥/٤، زاد المستقنع ص١٣٨، المجموع ١٢٢/١٥.

(٥٠) Crowdfunding Civil Justice, Boston College Law Review, Vol. 59, Iss. 4 (2018), at: p. 1367.

(٥١) Third Party to pick Up the Bill? Costs Issues Relating to Third Party Funding in Investment Arbitration, at: p. 428.

(٥٢) يراجع تعريف الجعالة اصطلاحاً في المسألة الأولى لهذا المبحث .

(٥٣) بأن يستنيب العامل غيره للقيام بالعمل.

(٥٤) الصورية في المعاوضات المالية، ص٢٣.

المطلب الثاني: المضاربة

التكييف بالمضاربة هو ثاني التكييفات المحتملة لعقد التمويل TPF[٥٥]، مما يستدعي دراسة هذا الاحتمال من خلال هذا المطلب في المسائل الخمس التالية.

المسألة الأولى: تعريف (المضاربة) لغة واصطلاحاً:

المضاربة لغة مفاعلة من الضرب في الأرض والسير فيها للتجارة.

وضرب في الأرض: إذا سار فيها مسافراً.

والضرب: الإسراع في السير؛ والضرب يقع على جميع الأعمال إلا قليلاً؛ فيقال: ضرب في التجارة وفي الأرض وفي سبيل الله وضاربه في المال[٥٦].

وسميت مضاربة لأن العامل يضرب في الأرض، أي يسافر للاتجار[٥٧]، قال تعالى: ﴿وَءَاخَرُونَ يَضۡرِبُونَ فِي ٱلۡأَرۡضِ يَبۡتَغُونَ مِن فَضۡلِ ٱللَّهِ﴾[٥٨].

والمضاربة: القراض؛ قال الأزهري: أهل الحجاز يسمونه قراضاً والعراق مضاربة[٥٩].

والقِراض مشتق من (القرض) وهو القَطع، سُمي بذلك لأن المالك قطع للعامل قطعة من ماله يتصرف فيها وقطعة من الربح[٦٠].

والمضاربة في الاصطلاح الفقهي هي (دفع مالٍ معلوم لمن يتجر به بجزء مشاع معلوم منه ([٦١].

وصورتها أن يعطي ربُّ المال المضاربَ مبلغاً من المال؛ مثاله ٥٠ ألف د.ك، ليتجر بها، على أن يقسم الربح بينهما بنسبة معلومة نحو: ٦٠٪ لصاحب المال و٤٠٪ للعامل.

---

(٥٥) يراجع: بحث (تمويل التحكيم من طرف ثالث، رؤية شرعية وقانونية) ص٣٨٦.

(٥٦) ينظر: تهذيب اللغة مادة (ضرب) ١٧/١٢، وجمهرة اللغة مادة (ضرب) ٣١٤/١-٣١٥، ولسان العرب مادة (ضرب) ١/ ٥٤٤- ٥٤٥.

(٥٧) ينظر: تحرير ألفاظ التنبيه ص٢١٥، لسان العرب ٥٤٤/١.

(٥٨) المزمل: ٢٠.

(٥٩) ينظر: تحرير ألفاظ التنبيه ص٢١٥، لسان العرب ٥٤٤/١.

(٦٠) ينظر: تحرير ألفاظ التنبيه ص٢١٥، لسان العرب ٥٤٤/١. وقد ذكر الماوردي تأويلات أخرى في تسمية القراض والمضاربة، تراجع من الحاوي الكبير ٣٠٥/٧.

(٦١) الروض المربع ص٤٠٢. وينظر: بداية المجتهد ٢١/٤، تحفة الفقهاء ١٩/٣، المجموع ٣٥٨/١٤-٣٥٩، الإنصاف ٤٢٧/٥.

المسألة الثانية: حكم المضاربة وأدلة مشروعيتها:

المضاربة جائزة في الشريعة الإسلامية بالاتفاق[٦٢]، وقد استدل العلماء على جوازها من القرآن بأدلة عامة، كقوله تعالى: ﴿ لَيْسَ عَلَيْكُمْ جُنَاحٌ أَن تَبْتَغُوا۟ فَضْلًا مِّن رَّبِّكُمْ ﴾[٦٣]، وقوله أيضاً: ﴿ وَءَاخَرُونَ يَضْرِبُونَ فِى ٱلْأَرْضِ يَبْتَغُونَ مِن فَضْلِ ٱللَّهِ ﴾[٦٤]. وجه الدلالة من الآيات أن الله تبارك وتعالى أباح السعي في الأرض للتجارة وطلب الرزق، والمضاربة داخلة في هذا السعي.

ومن أدلة مشروعيتها من السنة أن النبي ﷺ بُعث والناس يتعاملون بالمضاربة، فلم ينكر عليهم وأقرهم، والتقرير أحد وجوه السنة[٦٥].

ومن الآثار في جوازها ما رواه مالك، عن زيد بن أسلم، عن أبيه؛ أنه قال: خرج عبد الله وعبيد الله ابنا عمر بن الخطاب رضي الله عنه في جيش إلى العراق، فلما قفلا مرا على أبي موسى الأشعري رضي الله عنه وهو أمير البصرة، فرحب بهما وسهل، ثم قال: لو أقدر لكما على أمر أنفعكما فيه. ثم قال: بلى، هاهنا مال من مال الله أريد أن أبعث به إلى أمير المؤمنين، فأسلفكماه، فتبتاعان به متاعاً من متاع العراق، ثم تبيعانه بالمدينة، فتؤديان رأس المال إلى أمير المؤمنين، ويكون لكما الربح. فقالا: وددنا. ففعل.

فكتب إلى عمر بن الخطاب رضي الله عنه أن يأخذ منهما المال، فلما قدما باعا فأربحا، فلما دفعا ذلك إلى عمر، قال: أكل الجيش أسلفه مثل ما أسلفكما؟ قالا: لا. فقال عمر بن الخطاب: ابنا أمير المؤمنين، فأسلفكما! أديا المال وربحه. فأما عبد الله فسكت، وأما عبيد الله، فقال: ما ينبغي لك يا أمير المؤمنين هذا، لو نقص المال أو هلك لضمناه. فقال عمر: أدياه. فسكت عبد الله، وراجعه عبيد الله. فقال رجل من جلساء عمر: يا أمير المؤمنين، لو جعلته قراضاً. فقال عمر: قد جعلته قراضاً. فأخذ عمر رأس المال ونصف ربحه، وأخذ عبد الله وعبيد الله ابنا عمر بن الخطاب نصف ربح المال[٦٦].

---

(٦٢) ينظر: شرح مختصر الطحاوي ٣٦٧/٣، الذخيرة ٢٤/٦، المهذب ٢٢٦/٢، المغني ١٩/٥.

(٦٣) البقرة: ١٩٨.

(٦٤) المزمل: ٢٠.

(٦٥) ينظر: بدائع الصنائع ٧٩/٦. وقال شيخ الإسلام ابن تيمية في مجموع الفتاوى: (والمضاربة جوزها الفقهاء كلهم اتباعاً لما جاء فيها عن الصحابة رضي الله عنهم مع أنه لا يحفظ فيها بعينها سنة عن النبي ﷺ) ١٠١/٢٩.

(٦٦) رواه الإمام مالك في موطئه، كتاب القراض، باب ما جاء في القراض، رقم (٢٥٣٤) ٩٩٢/٤. وقال ابن حجر: (وإسناده صحيح)، التلخيص الحبير ١٣٩/٣.

وقد نقل الإجماع على مشروعيتها عدد من العلماء، منهم ابن حزم حيث قال: (كل أبواب الفقه ليس منها باب إلا وله أصل في القرآن والسنة نعلمه ولله الحمد، حاشا القراض فما وجدنا له أصلاً فيهما البتة، ولكنه إجماع صحيح مجرد، والذي نقطع عليه أنه كان في عصر النبي ﷺ وعلمه فأقره، ولولا ذلك ما جاز)[٦٧].

وقد دل القياس الصحيح على جواز المضاربة إلحاقاً بالمساقاة والمزارعة، فلقد كان الإمام أحمد رحمه الله يرى أن يقيس المضاربة على المساقاة والمزارعة لثبوتها بالنص، فجعلهما أصلاً يقاس عليه، وإن خالفه فيه غيره، وذكر ابن تيمية رحمه الله: أن قياس كل منهما على الآخر صحيح، فمن ثبت عنده جواز أحدهما يمكنه أن يستعمل فيه حكم الآخر وذلك لتساويهما[٦٨].

وقد ذكر بعض العلماء من أن المضاربة جائزة على خلاف القياس لوجود الغرر والجهالة في الأجر والعمل، لكن الصواب - والله أعلم - أنه ليس في الشريعة الإسلامية ما هو ثابت على خلاف القياس، فالمضاربة ونحوها من المساقاة والمزارعة هي من جنس المشاركة، وليس من جنس المعاوضة المحضة، والغرر إنما حرم بيعه في المعاوضة لأنه أكل مال بالباطل، وهنا لا يأكل أحدهما مالَ الآخر؛ ففي المزارعة إن لم ينبت الزرع فإن رب الأرض لم يأخذ منفعة العامل، بل ذهبت منفعة بدنه كما ذهبت منفعة أرض هذا، ورب الأرض لم يحصل له شيء حتى يكون قد أخذه، بخلاف بيوع الغرر فإن أحد المتعاوضين يأخذ شيئاً والآخر يبقى تحت الخطر، فيفضي إلى ندم أحدهما وخصومتهما؛ وهذا المعنى منتف في هذه المشاركات ونحوها ، وقد جوِّزت لما فيها من مصلحة محضة للخلق بلا فساد، فمبناها على المعادلة المحضة التي ليس فيها ظلم البتة[٦٩].

المسألة الثالثة: أركان المضاربة وأحكامها:

أركان المضاربة: العاقدان وهما: العامل ورب المال، ورأس المال، والعمل، والربح، والصيغة[٧٠].

أما عند الحنفية فهي الإيجاب والقبول بألفاظ تدل عليهما[٧١].

---

(٦٧) مراتب الإجماع ٩١-٩٢.
(٦٨) مجموع الفتاوى ١٠١/٢٩. وينظر: الكافي ١٦٣/٢، المغني ٣١٢/٥.
(٦٩) ينظر: مجموع الفتاوى ٩٩/٢٩-١٠١. ويراجع: إعلام الموقعين، فصل (ليس في الشريعة شيء على خلاف القياس) ٢٨٩/١.
(٧٠) ينظر: الفواكه الدواني ١٢٢/٢، مغني المحتاج ٣٩٨/٣.
(٧١) ينظر: بدائع الصنائع ٧٩/٦.

شروطها:

- يشترط في رب المال أهلية التوكيل، وفي العامل أهلية التوكل[٧٢].
- يشترط في العمل أن يكون تجارة وتنمية للمال باستثماره، وقد نص الفقهاء على هذا الشرط إما من خلال تعريفهم للمضاربة، أو بإفراده بالذكر في معرض بيان شروطها[٧٣].
- يشترط في رأس المال:

١ - أن يكون معلوم الجنس والقدر والصفة، لأن الجهل به يؤدي إلى الجهل بالربح[٧٤].

٢ - التخلية بينه وبين المضارِب، والمقصود أن يستقل العامل بالتصرف، فلا يمنعه ربُّ المال من التصرف ببيع وشراء وقبض إلا بإذنه[٧٥].

مسألة: اختلف الفقهاء فيما لو كان لرب المال على العامل دينٌ، وأراد أن يجعله رأس مال للمضاربة، والصحيح الجواز فيكون قابضاً من نفسه لرب المال، ولا محذور في هذا، فالأصل في المعاملات الإباحة إلا ما دل الدليل على خلافه، وهذا ما اختاره شيخ الإسلام ابن تيمية، فقال: (والصواب أن هذا جائز لا دليل على تحريمه) [٧٦]، ورجحه تلميذه ابن القيم، وقال: (وهو تخريج لبعض أصحابنا)[٧٧]، وذكر ابن قدامة احتمالية صحته، رحمهم الله جميعاً[٧٨].

واختلافهم هذا راجع إلى اختلافهم في مسألة (هل يقوم القبض السابق مقام القبض اللاحق أم لا؟) والراجح -والله أعلم- ما تقدم وهو أن القبض السابق يقوم مقام القبض اللاحق، استناداً إلى القاعدة الأصولية أن الاستدامة تعطى حكم الابتداء[٧٩]،

(٧٢) ينظر: بدائع الصنائع ٨١/٦، مغني المحتاج ٤٠٥/٣.
(٧٣) ينظر: بدائع الصنائع ٩٥/٦، المبسوط ٣٨/٢٢، بداية المجتهد ٢١/٤، التلقين ١٦٠/٢، روضة الطالبين ١٢٠/٥، مغني المحتاج ٣٩٨/٣، المغني ١٩/٥.
(٧٤) ينظر: بدائع الصنائع ٨٢/٦، الشرح الكبير للدردير ٥١٨/٣، مغني المحتاج ٣٩٩/٣، المغني ٥٤/٥.
(٧٥) ينظر: بدائع الصنائع ٨٤/٦، حاشية الدسوقي ٥١٨/٣، مغني المحتاج ٤٠٠/٣، المغني ٢١/٥.
(٧٦) مجموع الفتاوى ٢٩/ ٥١٨. وينظر: ٥١٢/٢٩. ذكره في بيع الدين الساقط بالواجب، ومنها جعل الدّين الذي على المسلَم إليه رأس مال السلم.
(٧٧) إغاثة للهفان ٣٠/٢.
(٧٨) ينظر: الكافي ١٥٢/٢.
(٧٩) ينظر: التلويح على التوضيح ٤٣٠/١، كشف الأسرار ٢٨٤/١.

ونظراً لأن في تكرار القبض مشقة وحرج لا تأتي الشريعة بمثله، خاصة وأنه تصرف شكلي محض(٨٠).

- يشترط في الربح:

١ - أن يكون معلوماً.

٢ - أن يكون جزءاً مشاعاً(٨١).

المسألة الرابعة: تكييف عقد التمويل TPF بالمضاربة:

من تكييفات عقد التمويل TPF المقترحة تكييفه بالمضاربة، وبيانه كالتالي:

- رب المال: هو المُمَوِّل.
- العامل المضارب: هو المدعي، وهو المستثمر الأجنبي غالباً.
- العمل: هو المطالبة بتحقيق العدالة والسعي لها.
- الربح: هو العائد المحرز في حال نجاح المُطالبَة المُمَوّلة.

أما في حال خسارة هذه الدعوى فإن المضارِب يضيع عليه جهده الذي بذله، ورب المال يضيع عليه مالُه، وذلك باعتبار أن رب المال والعامل في عقد المضاربة شركاء في الربح والخسارة، فلا يضمن المضارِب لرب المال ماله إلا في حال مخالفته لشرطه باستخدام المال في غير ما أذن له فيه، إذ الأصل في شروط المضاربة الصحة واللزوم كما تقدم إلا لو خالفت الشرع(٨٢).

ومن هذا المنطلق فإنه يُحكم بصحة الشروط التي يضعها العاقدان: المضارب (المدعي) ورب المال (المُمَوِّل) فيما لا مخالفة فيه لنص شرعي أو لمقصود العقد.

المسألة الخامسة: إشكالات في التكييف بالمضاربة:

على الرغم من أن تكييف التمويل TPF بالمضاربة قد يبدو ملاءماً ابتداءً إلا أن عدد من الإشكالات تتمحور حوله، منها:

١ - أن حقيقة المضاربة هي المتاجرة والعمل بالمال، فتعريفات الفقهاء لها -كما تقدم-

(٨٠) ينظر: القبض الحكمي في الأموال ١/ ٢١٨ - ٢١٩.
(٨١) ينظر: بدائع الصنائع ٨٥/٦، الاستذكار ٥/٧، المهذب ٢٢٧/٢، كشاف القناع ٥٠٨/٣.
(٨٢) ينظر: مجموع الفتاوى ٣٤٦/٢٩.

تدور حول كونها دفع مالٍ معلوم لمن يعمل به بجزء مشاع معلوم منه[٨٣]، وعند النظر إلى عقد التمويل TPF نجد أن دفع المال فيه من أجل تمكين المدعي -المستثمر الأجنبي غالباً- من الوصول إلى العدالة وإعانته على استعادة حقه المتعلق بماله المستثمر في الدولة المضيفة، وليس من أجل المتاجرة والعمل به ابتداءً.

٢ - أن الحقوق المرتجعة والتعويضات الممنوحة للمدعي في حال نجاح المطالبة المُمَولة من باب رد حقوق العباد المالية، والتي قد تكون لأجل أضرار لحقت برأس ماله وقد تكون لأجل أضرار لحقت بأرباحه، فمن هذا المنطلق لا يمكن إنزال هذه التعويضات بمنزلة الربح في عقد المضاربة على إطلاقه، نظراً لأن الربح هو القدر النامي على رأس المال المتّجر به[٨٤].

٣ - أن المكافأة أو العائد الذي يرجع به المُمَول عند نجاح دعوى التحكيم المُمَولة قد لا يقتصر على نسبة مئوية من التعويضات، وإنما قد يتخذ صورة حصة من رأس مال الشركة، أو مبلغاً محدداً، أو أحد مضاعفات مبلغ التمويل، كما تقدم بيانه[٨٥]، وهذا ممنوع محذور، فمن شرط الربح في المضاربة أن يكون جزءاً مشاعاً منه، فلو اشتُرِط لأحد المتعاقدين مبلغ معين من المال حُكِم بفساد عقد المضاربة[٨٦]، بل ونقل ابن منذر الإجماع على ذلك[٨٧]، ويماثله في الحكم اشتراط الطرف الثالث تملك حصة من الشركة في حال ربح هذه الدعوى الممولة، إذ إن هذه الحصة لا تعد جزءاً مشاعاً من الحقوق المرتجعة والتعويضات المحكوم له بها.

٤ - أنه في حال حصول الخسارة في عقد المضاربة فإن رب المال يخسر رأس ماله مع الربح، والمضارب يخسر منفعة بدنه مع الربح، أما في عقد التمويل فإن المموّل (رب المال) يخسر ما دفعه من مال مع ربحه، أما المدعي (المضارب) فلا يخسر إلا الربح، بل ربح المبالغ التي كان سيتكبدها من أتعاب المحامين ورسوم التحكيم لولا تمويل الطرف الثالث له، وهذا من القمار كما سيأتي تفصيله لاحقاً.

---

(٨٣) ينظر: الروض المربع ص٤٠٢.

(٨٤) ينظر: تاريخ ابن خلدون، ٤٩٤.

(٨٥) يراجع: المطلب الثالث: في تعريف تمويل الطرف الثالث في التحكيم، من المبحث الأول لهذه الدراسة.

(٨٦) ينظر: بدائع الصنائع ٨٦/٦، الاستذكار ٥/٧، المهذب ٢٢٧/٢، كشاف القناع ٥٠٨/٣، الحسبة ص٢٦٥.

(٨٧) ينظر: مراتب الإجماع ص٩٢.

٥ - أن عقد المضاربة إذا فسد انقلب إلى إجارة، وصار المضارب بمثابة الأجير عند رب المال، مما يستدعي رجوعه عليه بأجرة المثل، وذلك مقابل اتجاره بمال صاحبه لأجل منفعته[٨٨]، وهذا غير متصور في عقد التمويل TPF، فلو قلنا به للزم منه مطالبة المدعي للمُمَوِّلِ بأجرة المثل مقابل أحد أمرين:

- الأول: مقابل إتاحته له[٨٩] فرصة الوصول إلى العدالة والمطالبة بحق نفسه؛ وفي هذا لا يستحق المدعي الأجرة لأنها منفعة له، فكيف يكون منتفعاً وأجيراً في آن واحد؟!
- الثاني: مقابل المبلغ النقدي الذي دفعه له؛ وهذا أيضاً لا يستحق في مقابله أجرة.

من هذا يتبين أن كلاً من الأمرين لا يستحق أن يقابل بأجرة المثل في الشريعة الإسلامية؛ هذا على القول بأن فساد عقد المضاربة ينقلب إلى إجارة.

أما على القول بأن المضاربة الفاسدة يستحق فيها المضارِب ربح المثل[٩٠] فقد سبق بيانه في الإشكال الثالث من أنه يقتصر على نسبة شائعة من التعويضات الممنوحة، مما يترتب عليه عدم جواز اشتراط مبلغ محدد أو أحد مضاعفات مبلغ التمويل أو حصة من الشركة.

وفي ظل هذه المؤاخذات فإنه يتبين لي بُعد تكييف عقد التمويل TPF بالمضاربة لمخالفته شروط المضاربة، والقول به من باب الصورية، ومحاولة إضفاء الطابع الشرعي عليه، والله أعلم.

المطلب الثالث: المساقاة والمزارعة

من التكييفات الفقهية المقترحة لعقد تمويلِ الطرفِ الثالثِ في التحكيم الدولي أن يكيّف على أنه عقد مساقاة بناءً على شبهه به[٩١]، وقد أوردت معه عقد المزارعَة لمناسبته؛ وسيتم توضيح مدى ملاءمة هذا التكييف من خلال خمس مسائل.

---

(٨٨) ينظر: شرح مختصر الطحاوي ٣٦٨/٣، المبسوط ٢٢/ ٨٩، البيان والتحصيل ٣٥٥/١٢، الحاوي ٣٣٣/٧، الهداية على مذهب الإمام أحمد ص٢٨٥.

(٨٩) إتاحة المُمَولُ للمدعي.

(٩٠) ينظر: مجموع الفتاوى ٥٠٩/٢٠.

(٩١) يراجع: بحث (تمويل التحكيم من طرف ثالث، رؤية شرعية وقانونية) ص٣٨٦.

المسألة الأولى: تعريف - المساقاة - لغة واصطلاحاً-

المساقاة لغة من ساقى يُساقي فهو ساقٍ.

والسقي: النصيب من الماء[٩٢]، والسقاء يكون للماء واللبن[٩٣].

والمساقاة في اصطلاح الفقهاء (دفع الشجر إلى من يصلحه بجزء من ثمره)[٩٤].

فصورتها أن يدفع شخص إلى آخر حائط نخل أو كرم أو غيره، على أن يقوم بسقيها وقضابها وآبارها وعمارتها، ويقطع له سهماً معلوماً مما يخرج من ثمارها، فإن فسد الثمر ضاع عليه عمله وجهده[٩٥].

المسألة الثانية: تعريف: المزارعة - لغة واصطلاحاً-

المزارعة لغة مفاعلة من زَرَع يزْرَع زَرْعاً، و (الزرع) التنمية والإنبات.

والزرع: طرح البذر في الأرض[٩٦].

وفي اصطلاح الفقهاء هي (دفع الأرض إلى من يزرعها، ويعمل عليها بجزء مشاع معلوم مما يخرج منها)[٩٧].

وصورتها أن يدفع شخص إلى آخر أرضاً، على أن يقوم ببذرها، سواء أكان البذر من رب الأرض أم من العامل، مقابل جزءٍ معلوم من الخارج منها، فإن مات الزرع ضاع على العامل جهده ومنفعته، وبذره في حال كان البذر منه[٩٨].

إذاً يتبين لنا من تعريفات الفقهاء وجود فرق بين المساقاة والمزارعة، فالأرض في المساقاة ذات شجر يسقى، أما في المزارعة فهي أرض يبذر فيها ويزرع، ويمكن أن يُعبر عنه بعبارة أخرى، فيقال: أن رأس المال في المساقاة هو الأرض والشجر، وفي المزارعةِ الأرضُ[٩٩].

---

(٩٢) ينظر: جمهرة اللغة مادة (سقى) ٨٥٣/٢.
(٩٣) ينظر: الصحاح مادة (سقى) ٦/ ٢٣٧٩.
(٩٤) التعريفات ص٢١٢.
(٩٥) ينظر: الزاهر ص١٦٦.
(٩٦) ينظر: مجمل اللغة مادة (زرع) ٤٥٠/١.
(٩٧) شرح الزركشي على خليل ٢١٢/٤.
(٩٨) ينظر: مجموع الفتاوى ١١٩/٣٠.
(٩٩) ينظر: المرجع السابق ١٢٠/٣٠.

المسألة الثالثة: حكم المساقاة والمزارعة وأدلة مشروعيتهما:

المساقاة والمزارعة من المعاملات الشرعية الجائزة عند جمهور العلماء[١٠٠]، فقد ورد في السنة عن ابن عمر رضي الله عنه: (أن النبي ﷺ عامل خيبر بشطر ما يخرج منها من ثمر أو زرع)[١٠١].

وفي رواية ثانية عنه عن رسول الله ﷺ: (أنه دفع إلى يهود خيبر نخل خيبر وأرضها، على أن يعتملوها من أموالهم، ولرسول الله ﷺ شطر ثمرها)[١٠٢].

وقال في رواية أخرى أيضاً: (أعطى رسول الله ﷺ خيبر اليهود، أن يعملوها ويزرعوها ولهم شطر ما يخرج منها)[١٠٣].

وجه الدلالة من هذه الأحاديث أن النبي ﷺ دفع إلى يهود خيبر أراضي ونخل خيبر على وجه المزارعة والمساقاة، مقابل شطر ما يخرج منها من الثمار والزروع، فدل على جوازهما.

ومن الآثار (أن عمر رضي الله عنه عامل الناس على إن جاء عمر بالبذر من عنده فله الشطر، وإن جاءوا بالبذر فلهم كذا)[١٠٤].

والقياس كذلك دال على جواز المساقاة والمزارعة، فهي من باب المشاركات الجائزة في الشرع والمبنية على العدل بين الشريكين كما في المضاربة، أحدهما يشترك بماله والآخر بنفع بدنه، فهي أعيان تنمى بالعمل عليها فصح العقد عليها ببعض نمائها، والربح

---

(١٠٠) بخلاف أبي حنيفة رحمه الله. ينظر: شرح مختصر الطحاوي ٣٨٠/٣، المبسوط ٢/٢٣، التهذيب للقيرواني ٤٠٩/٣، التوضيح ١٢٤/٧، التنبيه ص١٢١- ١٢٢، المغني ٣١٢/٥.

(١٠١) أخرجه البخاري في صحيحه، كتاب المزارعة، باب المزارعة بالشطر ونحوه، رقم: (٢٣٢٨) ١٠٤/٣، ومسلم في صحيحه، كتاب المساقاة، باب المساقاة والمعاملة بجزء من الثمر والزرع.

(١٠٢) أخرجه مسلم في صحيحه، كتاب المساقاة، باب المساقاة والمعاملة بجزء من الثمر والزرع، ١١٨٧/٣ رقم: (١٥٥١).

(١٠٣) أخرجه البخاري في صحيحه، كتاب الشركة، باب مشاركة الذمي والمشركين في المزارعة، رقم: (٢٤٩٩) ١٤٠/٣.

(١٠٤) أورده البخاري معلقاً، كتاب المزارعة، باب المزارعة بالشطر ونحوه، ١٠٤/٣، ووصله ابن أبي شيبة عن أبي خالد الأحمر عن يحيى بن سعيد (أن عمر أجلى أهل نجران اليهود والنصارى، واشترى بياض أرضهم وكرومهم، فعامل عمر الناس إن هم جاءوا بالبقر والحديد من عندهم فلهم الثلثان ولعمر الثلث، وإن جاء عمر بالبذر من عنده فله الشطر) مصنف ابن أبي شيبة، رقم (٣٧٠١٦) ٤٢٦/٧. قال ابن حجر: (وهذا مرسل، وأخرجه البيهقي من طريق إسماعيل بن أبي حكيم عن عمر بن عبد العزيز..). ثم قال: (وهذا مرسل أيضاً فيتقوى أحدهما بالآخر) فتح الباري ١٢/٥.

إن حصل اشتركا فيه، وإن لم يحصل اشتركا في الحرمان، فلا يختص أحدهما بحصول مقصوده دون الطرف الآخر، وهذا من أقوم العدل كما ذكر العلماء[١٠٥].

ومعنى كون المزارعة والمساقاة من باب المشاركة أنهما يبعدان كل البعد عن باب الإجارة، وبالتالي فهما أصل شرعي قائم بذاته، لم يجوّز على خلاف القياس من أجل الحاجة كما ذكر بعض الفقهاء، ومثلهما المضاربة كما تقدم بيانه[١٠٦].

المسألة الرابعة: الفرق بين المساقاة والمزارعة وبين المخابرة:

المخابرة وهي محرمة في الشريعة الإسلامية لما رواه جابر بن عبد الله رضي الله عنه: (نهى النبي ﷺ عن المخابرة)[١٠٧]، وهي أن يشترط رب المال زرع بقعة بعينها مما ينبت على الماذيانات وأقبال الجداول ونحوه، وهذا مخالف للعدل وفيه ظلم لأحد الشريكين، وهو من الغرر والقمار، فقد لا يسلم إلا هذا الزرع المعين الذي خصصه لنفسه، فيحصل لأحد الشريكين شيء ولا يحصل للآخر شيء، والمشاركات -كما تقدم- مبنية على العدل بين الشريكين، فإذا خص أحدهما بربح دون الآخر لم يكن هذا عدلاً، بخلاف ما إذا كان لكل منهما جزء شائع كما في المساقاة والمزارعة، فإنهما يشتركان في المغنم وفي المغرم، فإن حصل ربح اشتركا في المغنم، وإن لم يحصل ربح اشتركا في الحرمان، وذهب نفع بدن هذا كما ذهب نفع مال هذا [١٠٨].

المسألة الخامسة: تكييف عقد التمويل TPF بالمساقاة أو المزارعة:

سبق بيان أن المساقاة والمزارعة والمضاربة تندرج تحت باب واحد وهو المشاركات، بجامع أن المتعاقدين متشاركان في المغنم والمغرم، أحدهما بنفع بدنه والآخر بماله، سواء اتخذ المال شكل النقد أم العروض أم الأرض والشجر، كما تقدم أن الإمام أحمد -رحمه الله- كان يقيس المضاربة على المساقاة والمزارعة لثبوتهما بالنص؛ مما يجعلهما أصلاً يقاس عليه، وأيضاً ثبت عن غير واحد من الفقهاء أن قياس أحد هذه العقود على الآخر

(١٠٥) ينظر: الحاوي ٣٥٩/٧، نهاية المحتاج ٢٢٠/٥، مجموع الفتاوى ٥٠٧/٢٠-٥١١، المغني ٨/٥.

(١٠٦) ينظر: مجموع الفتاوى ٦٠/٢٥. ويراجع: أدلة مشروعية المضاربة من هذا البحث.

(١٠٧) أخرجه البخاري في صحيحه، كتاب المساقاة، باب الرجل يكون له ممر أو شرب في حائط أو في نخل، رقم (٢٣٨١) ١١٥/٣، ومسلم في صحيحه، كتاب البيوع، باب النهي عن المحاقلة والمزابنة وعن المخابرة وبيع الثمرة قبل بدو صلاحها وعن بيع المعاومة وهو بيع السنين، رقم (١٥٣٦) ١١٧٤/٣.

(١٠٨) ينظر: الإنصاف ٢٤٣/١٤، مجموع الفتاوى ٦٢/٢٥، المغني ٣١٠/٥.

جائز[١٠٩] ؛ إذا تبين هذا فقد تقدم توضيح الإشكالات المتعلقة بتكييف عقد التمويل TPF بالمضاربة، وأن القول به من باب الصورية، وهذه الإشكالات ذاتها تمنع من التكييف بالمساقاة والمزارعة.

المطلب الرابع: القمار

بعد هذا العرض للتكييفات الفقهية المقترحة لممارسة التمويل TPF وتبيُّن وجود عدد من الإشكالات الشرعية فيها، خاصة تداخلها مع القمار والميسر في بعض الجوانب، فإني أرى أهمية دراسة العلاقة بين هذه الممارسة وبين القمار في هذا المطلب من خلال المسائل الخمس التالية.

المسألة الأولى: تعريف: القمار- لغة واصطلاحاً-

القمار لغة مصدر قامَر يُقامِر مُقامَرَة، وقِماراً: أي راهنه[١١٠].

قال الجوهري: (وقَمَرْت الرجل أقْمِرُه بالكسر قَمْراً: إذا لاعبته فيه فغلبته، وقامَرتُه فَقَمَرْتُه أَقمُرُه بالضم قَمْراً: إذا فاخرته فيه فغلبته)[١١١].

وقال الأزهري: (كأن القمار مأخوذ من الخداع)[١١٢].

والمستقرئ لكلام أهل اللغة يرى أن أصل القمار متضمن لمعنى الحيرة وعدم وضوح الأمر، وهذا هو حال المقامر قبل القمار، فهو في حيرة من أمره لا يدري أيغنم أم يغرم[١١٣].

أما القمار في الاصطلاح فقد تنوعت عبارات الفقهاء في بيانه، حيث عرّفه الإمام مالك بأنه (ما يتخاطر الناس عليه)[١١٤].

وعرّفه البغوي بقوله: (أن يكون الرجل متردداً بين الغنم والغرم)[١١٥].

---

(١٠٩) ينظر: اختلاف أبي حنيفة وابن أبي ليلى ص٤٢، إعلام الموقعين ١٦/٤، الحاوي ٣٠٧/٧، الحسبة ص٢٦٦، فتح العزيز ٦/٦، مغني المحتاج ٣٩٨/٣.

(١١٠) ينظر: المحكم: مادة (قمر) ٤٠٦/٦، لسان العرب: مادة (قمر) ١١٥/٥.

(١١١) الصحاح: مادة (قمر) ٧٩٩/٢.

(١١٢) تهذيب اللغة: مادة (قمر) ١٢٦/٩.

(١١٣) ينظر: القمار حقيقته وأحكامه ص٦٣.

(١١٤) تفسير القرطبي ٥٣/٣.

(١١٥) شرح السنة ٣٩٥/١٠.

أما ابن تيمية فقد عرّفه بـ(أن يؤخذ مال الإنسان وهو على مخاطرة، هل يحصل له عوضه أو لا يحصل)[١١٦]، وحدّه ابن القيّم بما إذا كان أحد المتعاوضين يحصل له مال، والآخر قد يحصل له وقد لا يحصل[١١٧].

في حين عرّفه د. سليمان الملحم بأنه (كل مخاطرة يعلق تمييز مستحق الغُنْمِ والمُلْزَمِ بالغُرم من جميع المشاركين فيها على أمر تخفى عاقبته)[١١٨].

ويمكن أن نقول إن التعريف المختار للقمار: هو المخاطرة بشيء من المال، على احتمال أن يغرم ما خاطر به لصالح الآخر، أو أن يغنم من الآخر ما خاطر من أجله[١١٩].

فالقمار وإن ذكر بعض الفقهاء أنّ أصله في اللعب إلا أن النصوص الشرعية أطلقته على ما فيه تعليق الملك على الخطر والمال في الجانبين[١٢٠].

والقمار صوره كثيرة، فمن صوره في بيوع الجاهلية بيع العبد الآبق أو البعير الشارد[١٢١]، كأن يقول للمشتري: أبيعك بعيري الشارد بـ ١٥٠ ديناراً -على أن ثمن مثله ٨٠٠ دينار-. فإن قدر المشتري على تسلّمه غَنِم ٦٥٠ ديناراً وغرمها البائع، وإن عجز عن تسلّمه غَرِم ١٥٠ ديناراً وغنمها البائع.

ومن صوره بيع الحصاة وهو أن يقول للمشتري: ارم حصاة، فأي ثوب أصابته الحصاة فهو لك بـ ١٠٠ دينار مثلاً. فقد يصيب بحصاه ما قيمته ٥٠ ديناراً من الثياب ويدفع في مقابله ١٠٠ دينار، فيغنم البائع ٥٠ ديناراً ويغرَمُها المشتري، وفي حال أصابت حصاته ثوباً بـ ١٦٠ ديناراً غَنِم المشتري ٦٠ ديناراً وغَرِمها البائع.

ومن صور القمار في المعاملات المعاصرة اليانصيب، كأن تُعرض عددٌ من التذاكر المرقمة للبيع، ثم يتم اختيار التذكرة الرابحة من خلال سحب يقام، فيغنم المشتري إن ربحت تذكرته، ويغرم إن لم تربح.

(١١٦) مجموع الفتاوى ٢٨٣/١٩.
(١١٧) ينظر: زاد المعاد ٧٣٠/٥.
(١١٨) القمار حقيقته وأحكامه ص٧٥.
(١١٩) ينظر: القمار حقيقته وأحكامه ص٧٠.
(١٢٠) ينظر: قواعد الفقه ص٤٣٤.
(١٢١) ينظر: إعلام الموقعين ٧/٢، الفتاوى الكبرى ١٥٤/١.

المسألة الثانية: حكم القمار وأدلة تحريمه:

القمار محرم في الشريعة الإسلامية[١٢٢]، والأدلة على تحريمه كثيرة، منه قول الله تبارك وتعالى في القرآن: ﴿ يَٰٓأَيُّهَا ٱلَّذِينَ ءَامَنُوٓاْ إِنَّمَا ٱلۡخَمۡرُ وَٱلۡمَيۡسِرُ وَٱلۡأَنصَابُ وَٱلۡأَزۡلَٰمُ رِجۡسٞ مِّنۡ عَمَلِ ٱلشَّيۡطَٰنِ فَٱجۡتَنِبُوهُ لَعَلَّكُمۡ تُفۡلِحُونَ ﴾[١٢٣]، وجه الدلالة من الآية أن الله تعالى أمر باجتناب الميسر مما يستدعي تحريمه، والميسر الذي حرمه الله تعالى هو القمار كما ذكر ابن عباس وابن عمر رضي الله عنهما وغيرهما من أهل العلم[١٢٤]، وأجمعت عليه الأمة[١٢٥].

ومن السنة ما روي عن أبي هريرة رضي الله عنه، قال: قال رسول الله ﷺ: «من حلف فقال في حلفه: واللات والعزى، فليقل: لا إله إلا الله، ومن قال لصاحبه: تعال أقامرك، فليتصدق»[١٢٦]، ووجه الدلالة من الحديث أن النبي ﷺ أمر من يدعو صاحبه إلى القمار بالتكفير عن ذنبه بالصدقة، وهذا من باب التنبيه بالأدنى على الأعلى، فمن يباشر عملية المقامرة أولى بالتكفير عن ذنبه.

وقد انعقد الإجماع على أن الميسر الذي حرّمه الله تعالى وأمر باجتنابه هو القمار؛ وذلك لتواتر الأدلة، قال ابن حزم: (أجمعت الأمة التي لا يجوز عليها الخطأ فيما نقلته مجمعة عليه أن الميسر الذي حرمه الله هو القمار) [١٢٧].

وقد جاءت حكمة الشارع في تحريم القمار والميسر إيصاداً لباب العداوة والبغضاء بين المسلمين، واستئصالاً لكل ما يولد الضغائن والأحقاد، وهذه حكمة أغلبية وليست مطردة، لذلك في الواقع قد نجد من المقامرات ما لا يوقع العداوة والبغضاء، إلا أن هذا لم يرفع حكم التحريم عنها بالإجماع، فالعلة من تحريم القمار والميسر هي المخاطرة بغُنم العاقد أو غُرمِه فيها تعليقاً على أمر احتمالي، وهذه العلة مطردة في جميع صور القمار[١٢٨].

---

(١٢٢) ينظر: بدائع الصنائع ١٢٧/٥، البيان والتحصيل ٢٥٦/١٣، الحاوي ١٨٠/١٧، المغني ١٥٠/١٠.

(١٢٣) المائدة: ٩٠.

(١٢٤) ينظر: تفسير الطبري ٣٢٤/٤-٣٢٥.

(١٢٥) ذكره ابن حزم نقلاً عن ابن القيم في الفروسية ص٢٢٥.

(١٢٦) أخرجه البخاري في صحيحه، كتاب تفسير القرآن، باب ﴿ أَفَرَءَيۡتُمُ ٱللَّٰتَ وَٱلۡعُزَّىٰ ﴾ [النجم: ١٩]، رقم (٤٨٦٠) ١٤١/٦، ومسلم في صحيحه، كتاب الإيمان، باب من حلف باللات والعزى، فليقل: لا إله إلا الله، رقم (١٦٤٧)، ١٢٦٧/٣.

(١٢٧) نقله عنه ابن القيم في الفروسية ص٢٢٥.

(١٢٨) ينظر: القمار حقيقته وأحكامه ص٥١٠.

المسألة الثالثة: الغرر وعلاقته بالقمار:

من المسائل المشتبهة في الباب علاقة القمار بالغرر، لذا يجدر بيان معنى الغرر أولاً، ومن ثَمّ توضيح العلاقة بينهما.

أولاً: تعريف الغرر لغة واصطلاحاً:

الغرر لغة: الخطر.

وغَرَّه يَغُرُّه غَروراً: خدعه[١٢٩]. وقال ابن فارس: (ومن الباب: بيع الغرر، وهو الخطر الذي لا يدري أيكون أم لا)[١٣٠].

أما الغرر في اصطلاح الفقهاء فقد تعددت عبارات الفقهاء في تعريفه، فعرّفه جَمعٌ منهم: هو المجهول العاقبة[١٣١].

وعرّفه الشيرازي بـ(ما انطوى عليه أمره وخفيت عليه عاقبته)[١٣٢].

وعرفه ابن حزم بـ(ما عقد على جهل بمقداره وصفاته حين العقد)[١٣٣].

وقال ابن عرفة: (بيع الغرر ما شك في حصول أحد عوضيه أو مقصودٍ منه غالباً)[١٣٤].

فيمكن أن يُجمع بين هذه التعريفات فنقول إن الغرر: ما عُقِد على جهل بجنسه أو مقداره أو صفته، أو شُك في حصول أحد عوضيه أو المقصود منه غالباً.

ثانياً: صور الغرر:

للغرر صور كثيرة، منها: كراء دابة لا يقدر على تسليمها، وبيع العبد الآبق أو البعير الشارد، وبيع حَمْل هذا الحيوان أو ما سينتجه هذا البستان.

ومن صوره أيضاً: أن يقول: بعتك شاة بـ ٨٠ ديناراً؛ وهو عالم بصفتها، في حين أن المشتري جاهل بها، أو أن يقول: بعتك ما في هذه الشاحنة من بضائع بألف دينار؛ وهو عالم بجنس البضائع وصفتها وقدرها، في حين أن المشتري جاهل بها أو بأحدها.

---

(١٢٩) ينظر: الصحاح ٢/٧٦٨-٧٦٩.
(١٣٠) مقاييس اللغة ٤/٣٨١.
(١٣١) ينظر: تبيين الحقائق ٤/٤٦، المبسوط ١٣/٦٨، المهذب ٢/١٢، القواعد النورانية ص١٦٩.
(١٣٢) المهذب ٢/١٢.
(١٣٣) المحلى بالآثار ٧/٢٨٧.
(١٣٤) شرح حدود ابن عرفة ص٢٥٤.

ثالثاً: العلاقة بين الغرر والقمار:

من تعريفات الفقهاء للغرر بالإضافة إلى صوره المذكورة آنفاً يتبين لنا أن من الغرر ما تُجهل عاقبته من حصول المطلوب أو عدمه جهلاً يطول كلا المتعاقدين الداخلين في العقد، فيتردد أمرهما بين غنم وغرم.

ومن الغرر ما لا يطّرد فيه التردد بين الغنم والغرم أو جهالة العاقبة لكلا المتعاقدين، وإنما قد يتردد أمر أحدهما دون الآخر بين الحصول على العوض العادل للمعقود عليه وبين غنم عوض أعلى من قيمته، من غير تصورٍ لغرمه، في حين أن العاقد الآخر يتردد أمره بين الحصول على العوض العادل للمعقود عليه وبين الغرم، دون تصور الغنم في حقه.

فمن صور النوع الأول للغرر: أن يكريه دابة لا يقدر على تسليمها بأقل من كراء المثل، على أنه لو قدر على تسلّمها غَنِم المكتري المنفعة بأقل من عوض مثلها وغَرِمها المُكري، وإن عجز عن تسلّمها غَنِم المكري قيمة الكراء وغَرِم المكتري المنفعة وما دفعه من العوض[١٣٥].

ومن صوره أيضاً بيع حَمْل هذا الحيوان أو ما سينتجه هذا البستان [١٣٦]، وبيع العبد الآبق والبعير الشارد[١٣٧].

فهذا النوع من الغرر تحققت فيه علة القمار الذي نهى عنه الشارع من تردد أمر العاقدين بين الحصول وعدمه، فهو غرر وقمار.

ومن صور النوع الثاني للغرر: أن يقول البائع: بعتك شاة بـ ٨٠ ديناراً؛ والبائع عالم بقيمتها وصفتها فأمره متردد بين غنم من الطرف الآخر أو العوض العادل، في حين أن المشتري جاهل بصفتها فهو متردد بين غرم ماله لصالح البائع أو الأخذ بالعوض العادل[١٣٨].

أو أن يقول: بعتك ما في هذه الشاحنة من بضائع بألف دينار؛ وهو عالم بجنس البضائع وصفتها وقدرها، في حين أن المشتري جاهل بصفة هذه السلع أو قدرها أو جنسها، فأمره متردد بين الغرم والعدل، بينما البائع أمره متردد بين الغنم والعدل، دون تصورٍ لغُرمِه هو أو غُنْم المشتري.

---

(١٣٥) ينظر: إعلام الموقعين ٢٠٧/٣.
(١٣٦) ينظر: مجموع الفتاوى ٥٤٣/٢٠.
(١٣٧) ينظر: إعلام الموقعين ٢٠٧/٣، مجموع الفتاوى ٥٤٣/٢٠.
(١٣٨) ينظر: القمار حقيقته وأحكامه ص٤٥٠-٤٥١.

فهذه صور للغرر لم تطَّرد فيها علة القمار من تردد أمر كلا العاقدين بين غنم وغرم؛ فعلى هذا يتضح لنا أن العلاقة بين الغرر والقمار علاقة عموم وخصوص مطلق، فكل قمار غرر، وليس كل غرر قمار؛ فالقمار نوع خاص من أنواع الغرر وهو ما جُهِلت عاقبته من غرم أو غنم لكلا العاقدين، وهذه العلة غير مطردة في جميع صور الغرر كما تقدم.

المسألة الرابعة: تكييف عقد التمويل TPF بالقمار:

تقدم في تعريف القمار أنه مخاطرة بشيء من المال، على احتمال أن يغرم أحد المتعاقدين ما خاطر به لصالح الآخر، ويغنم منه الآخر ما خاطر من أجله؛ وقد سبق بيان أن عقد التمويل TPF يعتبر استثماراً ذا مخاطر عالية وغير مضمون العائد، فهو يخاطر بشيء من ماله على أمل أن يغنم نسبة مئوية من عائد الدعوى الممولة أو أضعاف مبلغ التمويل أو حصة من رأس مال الشركة إن حُكِم لصالح المدعي المُمَول، أو يغرم ما خاطر به لصالح هذا المستثمر الذي غَنِم بعدم تحمُّله تكاليف التحكيم وأتعاب المحاماة في حال خسارة الدعوى الممولة[١٣٩]، فهو أمر احتمالي يرجع لتقدير هيئة التحكيم[١٤٠]، مما يعني أن حصول المُمَول على العائد متردد بين غنم وغرم، وهذا أوضح ما يكون في دخول هذه الممارسة حيّز القمار وخروجها عن المعاملات المشروعة في الإسلام.

يتبين لنا من هذا أن عقد التمويل TPF بإطاره الحالي المعمول به صورة من صور القمار المقطوع بحرمته في الشريعة الإسلامية [١٤١] لاطراد علته فيه، وأن تغيير اسم ممارسة تمويل الطرف الثالث في التحكيم في مجال الاستثمار الدولي من القمار إلى الجعالة أو المضاربة أو المساقاة والمزارعة من أجل إضفاء صفة شرعية على المعاملة لا يحل، وذلك لتحقق المقصود الشرعي الذي لأجله حرِّمت بعض المعاملات في الشريعة الإسلامية وهو الظلم وأكل المال بالباطل المتمثل بالقمار والميسر[١٤٢].

وعلى الرغم من هذا إلا أنه يمكن ضبط هذا العقد بضوابط لتصحيحه من ناحية شرعية، وهذا ما سيأتي تفصيله في المبحث التالي بإذن الله تعالى.

---

(١٣٩) Third Party to pick Up the Bill? Costs Issues Relating to Third Party Funding in Investment Arbitration, at: p. 428.

(١٤٠) ينظر: التمويل من الطرف الثالث في التحكيم التجاري والدولي، ص٢٧.

(١٤١) وهذا الحكم متعلق بتخصيص التمويل لأحد أطراف الدعوى، أما لو كان التمويل يغطي تكاليف دعوى التحكيم للطرفين المتنازعين مقابل أن يحصل المُمَول على العوض ممن تكون نتيجة التحكيم لصالحه، فإن هذا خارج حدود الدراسة كما تقدم.

(١٤٢) يراجع: الصورية في المعاوضات المالية ص١١٢ و٣٠٩.

المبحث الثالث: نماذج شرعية مقترحة لعقد التمويل من طرف ثالث TPF بما يوافق الشريعة الإسلامية

تمهيد

تقدم في المبحث السابق أن عقد التمويل TPF بإطاره النظري والعملي الحالي لا يتوافق وأحكام الشريعة الإسلامية، وأن تكييفه بالجعالة والمضاربة والمساقاة من باب الصورية، لكن يجدر التنبيه أن عقد تمويل الطرف الثالث يأخذ حكم الإباحة وصفة المشروعية إن ضُبِط بضوابط شرعية لتصحيحه، وهذا ما سيتم توضيحه في هذا المبحث من خلال تقسيمه إلى المطلبين التاليين.

المطلب الأول: ضوابط تتعلق بتكييف عقد التمويل TPF بالجعالة

من أجل تكييف عقد تمويل الطرف الثالث بالجعالة بما يلائم أسس الشريعة الإسلامية لابد وأن يجتمع معه عقد وكالة بأجر، فيكون مركباً من عقدين(١٤٣)، كالتالي:

عقد الجعالة:

يعقد المدعي والمُمَوِّل عقد جعالة يكون فيها المدعي هو الجاعل بينما المُمَوِّل هو المجعول له، على عملٍ معين وهو إعانة الجاعل للوصول إلى العدالة واستعادة حقه ممن حبسه عنده، سواء قام المجعول له باستنقاذ هذا الحق بنفسه أو بتوكيل من ينوب عنه من ذوي الخبرة من محامين ومستشارين ونحوهم؛ وكالة بأجر أم بغير أجر، مقابل الجُعْل المتمثل في المكافأة التي يطلبها المُموِّل ويشترطها في العقد من مبلغ محدد أو نسبة مئوية من التعويضات الممنوحة للمستثمر الأجنبي أو حصة من الشركة، وذلك في حال ربح الدعوى الممولة.

عقد وكالة بأجر:

يعقد المُموِّل المجعول له عقد وكالة مع مكتب المحاماة، فيكون المُمَوِّل هو الموكّل ومكتب المحاماة هو الوكيل، على القيام بالترافع في الدعوى الممولة لصالح المدعي الجاعل وتولي الشؤون القانونية - بما لا يؤثر على استقلال وحيادية قرار هيئة التحكيم - مقابل أجرة

(١٤٣) اجتماع عقدين فأكثر جائز، إذ الأصل في العقود الإباحة إلا ما دل الدليل على تحريمه، أو يؤدي هذا الاجتماع إلى محرم كالربا ونحوه، وأما معنى نهيه (عن بيعتين في بيعة) فالصواب -والله أعلم- أنه بيع العينة، وهو أن يبيع السلعة بثمن مؤجل، ثم يشتريها ممن ابتاعها منه بثمن حال أقل. ينظر: تهذيب السنن ص١٦٢٦، بيان الدليل على بطلان التحليل ص٨١، العقود المالية المركبة ص٩١.

محددة، وقد يضاف إليها نسبة مئوية من التعويضات الممنوحة للمدعي في حال ربح الدعوى الممولة ، مما يجعل العقد بين الممول وبين مكتب المحاماة عقد وكالة مباشر من غير وسيط بينهما، على أن يكون اختيار مكتب المحاماة (الوكيل) من قِبل المدعي الجاعل أو بالتشاور معه، ويجوز أن يكون اختياره من قِبل المُمَوّل (الموكّل)[١٤٤] إن اشترط هذا في العقد.

وذلك أن المجعول له هو المكلف بالقيام بالعمل في الجعالة، ويجوز له توكيل أهل الخبرة للقيام بالعمل نيابة عنه[١٤٥]، ويترتب على هذا أنه إن حصل مقصود الجاعل (المدعي) وربح نتيجة التحكيم استحق المجعول له (المُمَوّل) الجُعل والمكافأة المتفق عليها -سواء اتخذت صورة حصة من ملكية الشركة، أو نسبة محددة من تعويضات نتيجة التحكيم، أو مبلغاً محدداً، أما مكتب المحاماة فهو وكيل عن المجعول له وأجرته على موكِّله الذي هو المجعول له؛ بالشروط التي يتفقان عليها، ولا يرجع الوكيل على المدعي بشيء.

ويجدر التنبيه إلى أنَّ الممول (المجعول له) يُمنع من توكيل المدعي (الجاعل) بأن يباشر العقد بنفسه مع مكتب المحاماة، درءاً للصورية والتحايل على الشرع.

ويظهر الفرق بين تطبيق عقد التمويل TPF بهذه الضوابط وبين تطبيقه بصورته المعمول بها من خلال وجوه عدة، منها:

في حال وقوع نزاع متعلق بالتكاليف التي يتقاضاها مكتب المحاماة، ومماطلة الموكِّل (المُمَوّل) في أدائها فإنه لا يُرجع إلى المدعي (الجاعل) لأنه ليس طرفاً في عقد الوكالة.

في حال لو اشترط مكتب المحاماة على الموكَّل (الممّول) حصوله على نسبة مئوية من التعويضات الممنوحة للمدعي، ثم ماطل الأخير في أدائها فإن مكتب المحاماة يرجع على موكّله (المُمَوّل) بها ولا يرجع على المدعي، لأن عقد الوكالة بالأجر تمّ بين المُموّل وبين مكتب المحاماة، أما المدعي فليس طرفاً فيه.

المطلب الثاني: ضوابط تتعلق بتكييف عقد التمويل TPF بالمضاربة

من أجل تكييف عقد تمويل الطرف الثالث بالمضاربة لابد وأن يجتمع معه عقد آخر أيضاً وهو عقد الجعالة، وبيانه كالآتي:

(١٤٤) فهو موكّل من جهة عقد الوكالة بينه وبين مكتب المحاماة، ومجعول له وعامل من جهة عقد الجعالة بينه وبين المستثمر الأجنبي.

(١٤٥) ينظر: حاشية الجمل ٦٢٥/٣، حاشيتا قليوبي وعميرة ١١٣/٣.

عقد المضاربة:

يعقد المُمَوّل (رب المال) عقد مضاربة مع مكتب المحاماة (المضارِب) بأن يمده بالمال ليستثمره في عمل مخصوص في جهة خاصة، وهو: العمل على المطالبة بحقوق المدعي من المدعى عليه - والذي غالباً ما يكون في صورة المستثمر الأجنبي في مواجهة الدولة المضيفة - وتسهيل وصوله إلى العدالة[١٤٦]، مقابل الحصول على نسبة مئوية من الربح وهو المكافأة الممنوحة لمكتب المحاماة من قِبل المدعي، وذلك بما يعتمد على نتيجة النزاع.

ويشترط في الربح الذي يعود على رب المال أن يكون جزءاً شائعاً وليس مبلغاً محدداً باعتباره شرطاً لجواز المشاركات في الشريعة الإسلامية كما سبق ذكره.

عقد جعالة:

يعقد المدعي الجاعل ومكتب المحاماة المجعول له عقد جعالة على عمل معين وهو إعانته على الوصول إلى العدالة واسترجاع حقوقه مقابل الجعل المتمثل في مكافأة متفق عليها، سواء اتخذت شكل نسبة من التعويضات الممنوحة للمدعي، أو جزءاً من رأس مال الشركة أو مبلغاً محدداً، وهذا في حال ربح الدعوى[١٤٧].

الخاتمة

تتناول هذه الدراسة والتي هي بعنوان (تمويل الطرف الثالث في التحكيم في مجال الاستثمار الدولي - دراسة شرعية وقانونية) موضوعاً سُلِّطت عليه الأضواء في الآونة الأخيرة، وهو ظاهرة تمويل التحكيم في منازعات الاستثمار الدولي أو ما يسمى Third-party funding (TPF)، وذلك لاعتبار التحكيم الوسيلةَ المثلى لفض النزاعات بين المستثمر الأجنبي والدولة المضيفة، لما يحققه من غايات يرنو لها المستثمرون.

إلا أن الحكم على هذه الظاهرة المستجدة يشوبه شيء من الغموض؛ وذلك لانبعاثها من خليط من الأهداف المتضاربة، فالمستثمر يطمح إلى الوصول إلى العدالة

---

(١٤٦) وذلك أن المضاربة جائزة في التجارة وكل ما فيه استثمار للمال وتنميته. ينظر: بدائع الصنائع ٩٥/٦، المبسوط ٣٨/٢٢، بداية المجتهد ٢١/٤، التلقين ١٦٠/٢، روضة الطالبين ١٢٠/٥، مغني المحتاج ٣٩٨/٣، المغني ١٩/٥.

(١٤٧) كما هو معمول به في عقد تمويل الطرف الثالث، يراجع:
Third Party to pick Up the Bill? Costs Issues Relating to Third Party Funding in Investment Arbitration, at: p. 428.

بسرعة وسرية ويسر، والمُمَوِّل ينشد تحقيق أعلى قدر ممكن من الأرباح، مما يولد مصالح متضاربة.

ومع انتشار صناعة تمويل الطرف الثالث على نطاق واسع في عالم منازعات الاستثمار، فإنه تتجسد أهمية معرفة الحكم الشرعي لها ودراسة مدى توافقها وأحكام الشريعة.

وتم بحث موضوع الدراسة من خلال خطة تضمنت مقدمة وثلاثة مباحث، حيث تعرضت إلى بيان مفهوم «تمويل الطرف الثالث في التحكيم» في المبحث الأول بعد استعراض مصطلح التمويل لغة واصطلاحاً، والتحكيم لغة واصطلاحاً.

ثم تعرضت إلى التكييفات المقترحة لصناعة تمويل الطرف الثالث في التحكيم في المبحث الثاني من خلال أربعة مطالب، وهي التكييف بالجعالة والمضاربة والمزارعة أو المساقاة، مع بيان مفهوم كل منها، وإبراز أوجه الشبه والاختلاف في كل تكييف، بالإضافة إلى الإشكالات والاعتراضات الواردة عليها، وعرجت بعدها إلى بيان مفهوم القمار وعلاقته بالغرر، وخلصت إلى تكييف عقد التمويل TPF به.

ثم اختتمت الدراسة بالمبحث الثالث والأخير والذي تم فيه اقتراح نموذجين لصناعة التمويل من طرف ثالث بما يوافق أحكام الشريعة الإسلامية.

وفي نهاية هذه الدراسة ومن خلال ما تم تناوله توصلت إلى عدة نتائج وتوصيات، بيانها كالتالي:

أولاً: النتائج:

١ - تكييف عقد تمويل الطرف الثالث في التحكيم بالجعالة في ظل إطاره النظري والعملي الحالي تكييف بعيد ويندرج تحت نطاق الصورية، وذلك لعدم توفر شرط العمل في حق المُمَوِّل المجعول له.

٢ - يعتري تكييف عقد التمويل TPF بالمضاربة بعض الإشكالات الشرعية من وجود عدد من الموانع وانتفاء الشروط المتعلقة بالمضاربة في الفقه الإسلامي، مما يمنع تنزيل صورة المضاربة إلا بتحقق هذه الشروط وانتفاء الموانع.

٣ - تبين أن عقود المضاربة والمساقاة والمزارعة تندرج جميعها تحت باب المشاركات لا الإجارة، فالعاقدان يشتركان بمال أحدهما ونفع بدن الآخر، وأنها ثابتة وفق الأصول، ويقتضيها القياس الصحيح؛ فيقاس كل منهم على الآخر باعتبارها عقوداً

على أعيان تُنَمى بالعمل عليها مقابل اشتراط بعض نمائها، وعلى هذا فإنه يمنع تكييف عقد التمويل TPF بالمساقاة أو المزارعة كما امتنع التكييف بالمضاربة للعلل نفسها.

٤ - يتخذ عقد التمويل من طرف ثالث في التحكيم الدولي بصورته المطبقة حالياً شكلاً من أشكال القمار المحرم في الشريعة الإسلامية، فهو استثمار ذو مخاطر عالية وغير مضمونة العائد، إذ حصول المُمَول على العوض والمكافأة متوقف على نجاح دعوى التحكيم المُمَولة، ومتردد بين غنم وغرم، فهو أمر احتمالي يرجع لتقدير هيئة التحكيم، وهذا هو عين القمار.

٥ - تم اقتراح نموذجين لعقد التمويل TPF يتوافقان مع أحكام الشريعة الإسلامية:

- النموذج الأول: وهو يتركب من عقدين، عقد الجعالة وعقد الوكالة بأجر، فعقد الجعالة بين المدعي وبين الطرف الثالث المُموِّل من جهة، وعقد وكالة بأجر بين الطرف الثالث المُمَوِّل ومكتب المحاماة من جهة أخرى. ويتحمّل كل عاقد تبعات العقد الذي هو طرف فيه تحملاً حقيقياً.
- النموذج الثاني: ويتركب من عقدين كذلك، عقد الجعالة وعقد المضاربة، فعقد الجعالة بين المدعي وبين مكتب المحاماة، في حين أن عقد المضاربة بين الطرف الثالث المُمَوِّل وبين مكتب المحاماة. على أن يتحمّل كل عاقد تبعات العقد الذي هو طرف فيه تحملاً حقيقياً.

ثانياً: التوصيات:

١ - يوصي الباحث المهتمين والباحثين من أفراد ومؤسسات بمزيد من النتاج العلمي لظاهرة التمويل من طرف ثالث في التحكيم، خاصة مع الندرة الشديدة في المراجع العربية في مقابل المراجع الأجنبية.

٢ - يوصي الباحث المختصين من أهل الشرع وأهل القانون بتوحيد الجهود لتنظيم صناعة التمويل من طرف ثالث في التحكيم بما يتناسب مع أحكام الشريعة الإسلامية والطبيعة القانونية لهذه الصناعة.

المصادر والمراجع

أولاً: مراجع اللغة العربية:

الكتب والمؤلفات:

- أحمد بن عبد الحليم ابن تيمية الحراني أبو العباس، الحسبة، حققه وعلق عليه: علي بن نايف الشحود، ط٢: ٢٠٠٧.
- إبراهيم بن علي الشيرازي أبو إسحاق، المهذب في فقه الإمام الشافعي، دار الكتب العلمية - بيروت، ١٩٥٥م.
- أبو بكر بن أبي شيبة، المصنف في الأحاديث والآثار، المحقق: كمال يوسف الحوت، مكتبة الرشد - الرياض، ط١، ١٤٠٩هـ.
- أبو بكر بن مسعود بن أحمد الكاساني، بدائع الصنائع في ترتيب الشرائع، دار الكتب العلمية - بيروت، ط٢: ١٩٨٦م.
- أحمد بن إدريس القرافي، أنوار البروق في أنواء الفروق، مطبوعاً معه إدرار الشروق على أنوار الفروق، لقاسم بن عبد الله المعروف بابن الشاط، وتهذيب الفروق والقواعد السنية في الأسرار الفقهية، لمحمد بن علي بن حسين، دار الكتب العلمية - بيروت، ١٩٩٨م.
- أحمد بن إدريس المالكي الشهير بالقرافي أبو العباس، الذخيرة، تحقيق: محمد حجي وسعيد أعراب ومحمد بو خبزة، دار الغرب الإسلامي- بيروت، ط١: ١٩٩٤م.
- أحمد بن الحسين أبو بكر البيهقي، معرفة السنن والآثار، المحقق: عبد المعطي أمين قلعجي، الناشرون: جامعة الدراسات الإسلامية (كراتشي - باكستان)، دار قتيبة (دمشق -بيروت)، دار الوعي (حلب - دمشق)، دار الوفاء (المنصورة - القاهرة)، ط١: ١٩٩١م.
- أحمد بن شعيب النسائي أبو عبد الرحمن، السنن الصغرى، تحقيق: عبد الفتاح أبو غدة، مكتب المطبوعات الإسلامية - حلب، ط٢: ١٩٨٦م.
- أحمد بن عبد الحليم ابن تيمية الحراني أبو العباس، القواعد النورانية الفقهية، حققه وخرج أحاديثه: د أحمد بن محمد الخليل، دار ابن الجوزي - المملكة العربية السعودية، ط١: ١٤٢٢هـ.

- أحمد بن عبد الحليم ابن تيمية الحراني، الفتاوى الكبرى، دار الكتب العلمية - بيروت، ط١: ١٩٨٧م.
- أحمد بن عبد الحليم ابن تيمية الحراني، بيان الدليل على بطلان التحليل، تحقيق: حمدي عبد المجيد السلفي، المكتب الإسلامي - بيروت، ١٩٩٨م.
- أحمد بن علي أبو بكر الرازي الجصاص، شرح مختصر الطحاوي، المحقق: د. عصمت الله عنايت الله محمد، أ. د. سائد بكداش، د محمد عبيد الله خان، د. زينب محمد حسن فلاتة، أعد الكتاب للطباعة وراجعه وصححه: أ. د. سائد بكداش، دار البشائر الإسلامية - بيروت، ودار السراج - المدينة المنورة، ط١: ٢٠١٠م.
- أحمد بن علي بن حجر أبو الفضل العسقلاني، فتح الباري شرح صحيح البخاري، رقم كتبه وأبوابه وأحاديثه: محمد فؤاد عبد الباقي، أشرف على طبعه: محب الدين الخطيب، عليه تعليقات العلامة: عبد العزيز بن عبد الله بن باز، دار المعرفة - بيروت، ١٣٧٩هـ.
- أحمد بن علي بن حجر العسقلاني، التلخيص الحبير في تخريج أحاديث الرافعي الكبير، دار الكتب العلمية - بيروت، ط١: ١٩٨٩م.
- أحمد بن غانم النفراوي، الفواكه الدواني على رسالة ابن أبي زيد القيرواني، دار الفكر - بيروت ١٩٩٥م.
- أحمد بن فارس بن زكرياء القزويني الرازي، مجمل اللغة، دراسة وتحقيق: زهير عبد المحسن سلطان، مؤسسة الرسالة - بيروت، ط٢: ١٩٨٦م.
- أحمد سلامة القليوبي وأحمد البرلسي عميرة، حاشيتا قليوبي وعميرة، دار الفكر - بيروت، ١٩٩٥م.
- إسماعيل بن حماد الجوهري الفارابي أبو نصر، الصحاح تاج اللغة وصحاح العربية، تحقيق: أحمد عبد الغفور عطار، دار العلم للملايين - بيروت، ط٤: ١٩٨٧م.
- الحسين بن مسعود البغوي، شرح السنة، تحقيق: شعيب الأرنؤوط-محمد زهير الشاويش، المكتب الإسلامي - دمشق، بيروت، ط٢: ١٩٨٣م.
- خلف بن أبي القاسم محمد الأزدي القيرواني، التهذيب في اختصار المدونة، دراسة وتحقيق: الدكتور محمد الأمين ولد محمد سالم بن الشيخ، دار البحوث للدراسات الإسلامية وإحياء التراث - دبي، ط١: ٢٠٠٢م.

- خليل بن إسحاق المالكي المصري، التوضيح في شرح المختصر الفرعي لابن الحاجب، المحقق: د. أحمد بن عبد الكريم نجيب، مركز نجيبويه للمخطوطات وخدمة التراث - القاهرة، ط١: ٢٠٠٨م.
- سليمان بن عمر العجيلي الأزهري المعروف بالجمل، فتوحات الوهاب بتوضيح شرح منهج الطلاب المعروف بحاشية الجمل، دار الفكر - بيروت، ٢٠٠٦م.
- طارق الحاج، مبادئ التمويل، دار الصفاء للنشر والتوزيع - عمّان، ٢٠١٠م.
- د. عاصم بن منصور أبا حسين، القبض الحكمي في الأموال، دار كنوز إشبيليا - الرياض، ٢٠١٥م.
- عبد الحكيم المزروع، الصورية في المعاوضات المالية، دار كنوز إشبيليا - الرياض، ٢٠١٧م.
- عبد الرحمن بن محمد ابن خلدون الإشبيلي، ديوان المبتدأ والخبر في تاريخ العرب والبربر ومن عاصرهم من ذوي الشأن الأكبر، المحقق: خليل شحادة، دار الفكر، بيروت، ط٢: ١٩٨٨م.
- عبد العزيز بن أحمد علاء الدين البخاري، كشف الأسرار شرح أصول البزدوي، دار الكتاب الإسلامي.
- عبد الكريم بن محمد أبو القاسم الرافعي القزويني، العزيز شرح الوجيز المعروف بالشرح الكبير، المحقق: علي محمد عوض - عادل أحمد عبد الموجود، دار الكتب العلمية - بيروت، ط١: ١٩٩٧م.
- عبد الله بن أحمد بن قدامة المقدسي أبو محمد، الكافي في فقه الإمام أحمد، دار الكتب العلمية - بيروت، ط١: ١٩٩٤.
- علي بن أحمد ابن حزم الأندلسي أبو محمد، مراتب الإجماع في العبادات والمعاملات والاعتقادات، دار الكتب العلمية - بيروت، ١٩٨٣م.
- علي بن إسماعيل بن سيده أبو الحسن، المحكم والمحيط الأعظم، المحقق: عبد الحميد هنداوي، دار الكتب العلمية - بيروت، ط١: ٢٠٠٠م.
- علي بن محمد الشريف الجرجاني، التعريفات، المحقق: ضبطه وصححه جماعة من العلماء، دار الكتب العلمية بيروت -لبنان، ط١: ١٩٨٣م.

- علي بن محمد الشهير بالماوردي أبو الحسن، الحاوي الكبير في فقه مذهب الإمام الشافعي، المحقق: الشيخ علي محمد معوض والشيخ عادل أحمد عبد الموجود، دار الكتب العلمية - بيروت، ط١: ١٩٩٩م.الحيل الفقهية، د. عيسى الخلوفي، دار كنوز إشبيليا - الرياض.
- قاسم بن عبد الله القونوي الرومي، أنيس الفقهاء في تعريفات الألفاظ المتداولة بين الفقهاء، المحقق: يحيى حسن مراد، دار الكتب العلمية - بيروت، ٢٠٠٤م.
- مالك بن أنس بن مالك الأصبحي، الموطأ، المحقق: محمد مصطفى الأعظم، مؤسسة زايد بن سلطان آل نهيان للأعمال الخيرية والإنسانية - أبو ظبي، ط١: ٢٠٠٤.
- محفوظ بن أحمد بن الحسن أبو الخطاب الكلوذاني، الهداية على مذهب الإمام أحمد بن حنبل، المحقق: عبد اللطيف هميم وماهر ياسين الفحل، مؤسسة غراس للنشر والتوزيع - الكويت، ط١: ٢٠٠٤.
- محمد ابن قدامة موفق الدين، المغني، تحقيق د. عبد الله التركي ود. عبد الفتاح الحلو، دار عالم الكتب - الرياض، ط٦: ٢٠٠٧م.
- محمد بن أبي بكر ابن قيم الجوزية، إغاثة اللهفان من مصايد الشيطان، تحقيق: محمد حامد الفقي، مكتبة المعارف - الرياض، ١٩٧٥م.
- محمد بن أبي بكر ابن قيم الجوزية، الفروسية، المحقق: مشهور بن حسن بن محمود بن سلمان، دار الأندلس - حائل، ط١: ١٩٩٣م.
- محمد بن أبي بكر ابن قيم الجوزية، تهذيب السنن، المحقق: إسماعيل بن غازي مرحبا، مكتبة المعارف- الرياض، ط١: ٢٠٠٧.
- محمد بن أبي بكر ابن قيم الجوزية، زاد المعاد في هدي خير العباد، مؤسسة الرسالة- بيروت ومكتبة المنار الإسلامية- الكويت، ط٢٧: ١٩٩٤م.
- محمد بن أحمد الخطيب الشربيني، مغني المحتاج إلى معرفة معاني ألفاظ المنهاج، دار الكتب العلمية - بيروت، ط١: ١٩٩٤م.
- محمد بن أحمد السرخسي، المبسوط، دار المعرفة - بيروت، ١٩٩٣م.
- محمد بن أحمد السمرقندي، تحفة الفقهاء، دار الكتب العلمية - بيروت، ط٢: ١٩٩٤م.

- محمد بن أحمد القرطبي، الجامع لأحكام القرآن المعروف بتفسير القرطبي، تحقيق: أحمد البردوني وإبراهيم أطفيش، دار الكتب المصرية - القاهرة، ط٢: ١٩٦٤م.
- محمد بن أحمد بن الأزهري الهروي، تهذيب اللغة، المحقق: محمد عوض مرعب، دار إحياء التراث العربي - بيروت، ط١: ٢٠٠١م.
- محمد بن أحمد بن رشد القرطبي أبو الوليد، المقدمات الممهدات، تحقيق: الدكتور محمد حجي، دار الغرب الإسلامي- بيروت، ط١: ١٩٨٨م.
- محمد بن أحمد بن رشد القرطبي، البيان والتحصيل والشرح والتوجيه والتعليل لمسائل المستخرجة، تحقيق د محمد حجي وآخرون، دار الغرب الإسلامي - بيروت، ط٢: ١٩٨٨م.
- محمد بن أحمد بن عرفة الدسوقي، حاشية الدسوقي على الشرح الكبير، دار الفكر - بيروت، ١٩٨٥م.
- محمد بن إدريس الشافعي، الأم، دار المعرفة - بيروت، ١٩٩٠م.
- محمد بن إسماعيل البخاري، الجامع المسند الصحيح المختصر من أمور رسول الله ﷺ وسننه وأيامه المعروف بصحيح البخاري، المحقق: محمد زهير بن ناصر الناصر، دار طوق النجاة - بيروت، ط١: ١٤٢٢هـ.
- محمد بن الحسن بن دريد أبو بكر الأزدي، جمهرة اللغة، المحقق: رمزي منير بعلبكي، دار العلم للملايين - بيروت، ط١: ١٩٨٧م.
- محمد بن جرير أبو جعفر الطبري، جامع البيان في تأويل القرآن المعروف بتفسير الطبري، المحقق: أحمد محمد شاكر، مؤسسة الرسالة - بيروت، ط١: ٢٠٠٠م.
- محمد بن عبد الله الزركشي شمس الدين، شرح الزركشي، دار العبيكان - الرياض، ط١: ١٩٩٣م.
- محمد بن قاسم الرصاع، الهداية الكافية الشافية لبيان حقائق الإمام ابن عرفة الوافية، المعروف بشرح حدود ابن عرفة، المكتبة العلمية - بيروت، ط١: ١٣٥٠هـ.
- محمّد بن محمّد الملقّب بمرتضى الزَّبيدي، تاج العروس من جواهر القاموس، دار الهداية - الكويت، ١٩٦٥م.
- محمد بن مكرم ابن منظور الأنصاري، لسان العرب، دار صادر - بيروت، ط٣: ١٤١٤هـ.

- محمد بن يوسف العبدري، التاج والإكليل لمختصر خليل، دار الكتب العلمية - بيروت، ط١: ١٩٩٤م.
- مسعود التفتازاني، شرح التلويح على التوضيح، مكتبة صبيح - مصر، ١٩٥٧م.
- مسلم بن الحجاج النيسابوري، المسند الصحيح المختصر بنقل العدل عن العدل إلى رسول الله ﷺ، المحقق: محمد فؤاد عبد الباقي، دار إحياء التراث العربي - بيروت، ١٩٩١م.
- أ. د. مصلح الطراونة، و د. علاء النجار أحمد، التمويل من طرف ثالث في التحكيم التجاري الدولي بين مقتضيات الشفافية وضرورات السرية، دار الثقافة للنشر والتوزيع - عمّان، ٢٠٢٠م.
- منصور بن يونس البهوتي، كشاف القناع عن متن الإقناع، دار الكتب العلمية - بيروت، ٢٠٠٩.
- موسى بن أحمد الحجاوي أبو النجا، زاد المستقنع في اختصار المقنع، المحقق: عبد الرحمن بن علي بن محمد العسّكر، دار الوطن للنشر - الرياض، ٢٠٠٢م.
- د. نزيه حماد، قضايا فقهية معاصرة في المال والاقتصاد، دار القلم - دمشق، ٢٠٠١.
- يحيى بن شرف أبو زكريا النووي، تحرير ألفاظ التنبيه، تحقيق: عبد الغني الدقر، دار القلم - دمشق، ط١: ١٤٠٨هـ.
- يعقوب بن إبراهيم الأنصاري، اختلاف أبي حَنيفة وابن أبي ليلى، علق عليه: أبو الوفا الأفغاني، لجنة إحياء المعارف النعمانية - الهند، ط١: ١٩٣٨م.
- د. يوسف الشبيلي، الخدمات الاستثمارية في المصارف وأحكامها في الفقه الإسلامي، دار ابن الجوزي - الدمام، ٢٠٠٥م.

الرسائل العلمية:

- د. أحمد بن علي بن سير المباركي، تحقيق كتاب (العدة في أصول الفقه للقاضي أبو يعلى محمد بن الحسين ابن الفراء) رسالة دكتوراه، كلية الشريعة والقانون بجامعة الأزهر، طبعت في الرياض، ط٢، ١٩٩٠م.
- جلال القهيوي، التحكيم بين المستثمر الأجنبي والدولة المضيفة للاستثمار وفقاً لاتفاقية واشنطن، رسالة ماجستير في القانون الخاص، جامعة مؤتة - الأردن، ٢٠١٢م.
- عبد إبراهيم إدريس، أسواق الأوراق المالية وآثارها الإنمائية في الاقتصاد الإسلامي، رسالة ماجستير من، جامعة أم درمان الإسلامية - السودان، ٢٠٠٦م.

الدوريات والمقالات:

- د. إبراهيم محمد أحمد دريج، إجراءات التحكيم، ورقة مقدمة في ملتقى التحكيم في العالم الإسلامي، جامعة أم القرى ٢٠١٤م.
- د. خالد الجمعة، المركز الدولي لتسوية منازعات الاستثمار كطريق لحل منازعات الاستثمار المباشر، مجلة الحقوق، جامعة الكويت، مجلد ٢٢ عدد ٣، ١٩٩٨م.
- د. عبد الرحمن بن محمد الزير، د. فارس بن محمد القرني، تمويل التحكيم من طرف ثالث - رؤية شرعية وقانونية، مجلة الجامعة الإسلامية للعلوم الشرعية، المدينة المنورة، العدد ١٩٣ ج٢ سنة ١٤٤١هـ.
- د. علي الطماوي، و د. فارس القرني، التحكيم كوسيلة لفض منازعات الاستثمار الأجنبي- دراسة تطبيقية في اتفاقية واشنطن ١٩٦٥م، مجلة القضاء، جامعة الإمام محمد بن سعود الإسلامية، ٢٠٢٠م.
- عمر مشهور الجازي، التحكيم في منازعات عقود الاستثمار، مجلة نقابة المحامين، العدد ٩ و١٠ أيلول وتشرين أول ٢٠٠٢م.

الأنظمة واللوائح والاتفاقيات:

- الإصلاحات الممكنة في مجال تسوية المنازعات بين المستثمرين والدول، التمويل من طرف ثالث، (A/CN.9/WG.III/WP.157) وثيقة مذكرة من لجنة الأمم المتحدة للقانون التجاري الدولي، الدورة ٣٧، إبريل ٢٠١٩م - نيويورك.
- تقرير الفريق العامل الثالث المعني بإصلاح نظام تسوية المنازعات بين المستثمرين والدول، وثيقة لجنة الأمم المتحدة للقانون التجاري الدولي، (A/CN.9/935)، الدورة ٣٥، إبريل ٢٠١٨م - نيويورك.
- قانون المرافعات المدنية والتجارية، من قانون التحكيم الكويتي، رقم ٣٨ لسنة ١٩٨٠م.
- قانون الأونسيترال النموذجي للتحكيم التجاري الدولي لعام ١٩٨٥م، مع التعديلات التي اعتمدت في عام ٢٠٠٦م، منشورات الأمم المتحدة ٢٠٠٨م.
- مجلة الأحكام العدلية، لجنة مكونة من عدة علماء وفقهاء في الخلافة العثمانية، المحقق: نجيب هواويني، الناشر: نور محمد، كارخانه تجارتِ كتب، آرام باغ، كراتشي، ١٨٧٦م.

مواقع الإنترنت:

- التحكيم الدولي، International Arbitration Information by Aceris Law LLC: /https://www.international-arbitration-attorney.com/ar

ثانياً: المراجع الأجنبية:

رسائل علمية:

- Stefan Dobrijević, Independence and Impartiality of Arbitrators in Cases Involving Third Party Funding, University of Graz, Thesis, December 2018.

الدوريات والمقالات:

- Eric De Brabandere – Julia Lepeltek, Third Party Funding in International Investment Arbitration, Grotius Centre, Working Paper No. 2012/1, p. 7.
- ICCA, Report of the ICCA-Queen Mary Task Force on Third-Party Funding in International Arbitration, the ICCA reports No. 4, April 2018.
- Ondrej Svoboda-Jan Kunstyr, Third Party Picks Up the Bill? Costs Issues Relating to Third Party Funding in Investment Arbitration, CYIL 7 (2016).
- Ronen Perry, Crowdfunding Civil Justice, Boston College Law Review, Vol. 59, Iss. 4, 2018.
- Vyapak Desai - Kshama Loya, Third-Party Funding: Liability of Third-Party Funders to Pay Costs in Arbitration; Entitlement of Successful Claimants to Costs of Third-Party Funding, IPBA, NO. 87 (September 2017).

الأنظمة واللوائح والاتفاقيات:

- قواعد المركز الدولي لتسوية منازعات الاستثمار ICSID
- International Centre of Settlement of investment disputes (ICSID):
- https://icsid.worldbank.org/about/member-states/database-of-member-states

Third Party Funding (TPF) Arbitration in International Investment (Law and Sharia Study)

Dr. Mizna Adnan Alqaderi, PhD

Abstract:

The aim of the study is to examine the correlation of the Third-Party Funding (TPF) Arbitration and Islamic Law (Shari'a), focusing on conditioning TPF to Alja'ala (An award for finding what is lost), Modaraba (Party of investors with a fund-management party that share profits), Mosaqat and Mozara'a (Giving part of the crop in exchange for farming it), and what objections arise against these conditionings, as well the link between TPF practices and gambling as Gambling is forbidden in Islam.

The study proposed several Islamic accepted alternatives to rectify TPF practices according to the Islamic Law. The researcher used an analytical descriptive method in order to achieve this. Therefore, the concluded findings in the study, in brief, are: conditioning TPF arbitration as Alja'ala, Modaraba, Mosaqat and Mozara'a has many flaws from an Islamic jurisdiction perspective, although from theoretical and practical use of TPF practices, in their current form, are considered a form of gambling.

Keywords: Third Party Funding, TPF, Gambling, Arbitration, Islamic Law.

JOURNAL OF LAW

A Refereed Academic Quarterly, Published by the Academic Publication Council - University of Kuwait

Third Party Funding (TPF) Arbitration in International Investment (Law and Sharia Study)

Dr. Mizna Adnan Alqaderi, PhD

University of Kuwait

Academic Publication Council

جامعة الكويت
KUWAIT UNIVERSITY

ISSN: 1029 - 6069

No. 4 - P2 - Vol. 46

Jamada I 1444 - December 2022