

التحكيم التجاري الخليجي

نشرة دورية يصدرها مركز التحكيم التجاري لدول مجلس التعاون لدول الخليج العربية • العدد 28 • مارس 2004

اختتام فعاليات اللقاء الثاني لمكاتب المحاماة بدول مجلس التعاون في دبي



اجتماع فعاليات الالاتم الثاني لكتاب الحمامة والاستشارات القانونية بدول مجلس التعاون

24 - 25 فبراير 2004 - دبي - الإمارات العربية المتحدة



شروط التحكيم النموذجي للمركز

يعمل المركز على تشجيع الأطراف الراغبة في الدخول في تعاقدات تجارية على إدخال أو تضمين شرط التحكيم حسب نص المادة ٢/٢ من لائحة إجراءات التحكيم بالمركز في عقودهم التجارية ، وذلك انطلاقاً من قناعاته بضرورة إدخال شرط التحكيم في تلك العقود وما يمثله من بداية سليمة لإحالة أي نزاع قد ينشأ في المستقبل إلى التحكيم حسب لوائح وأنظمة المركز وذلك على الشكل التالي :

شروط التحكيم في العقد بموجب المادة (٢/٢)
من لائحة إجراءات التحكيم بالمركز

**جميع الفلافات التي تنشأ عن هذا
العقد أو التي لها علاقة به يتم مسماها
نهائياً وفقاً لنظام مركز التكميم
التجاري لدول مجلس التعاون لدول
الخليج العربية ***

برجاء توجيه جميع المراسلات باسم
الدكتور عبد العزيز حسن أبل
الأمين العام للمركز

ص.ب: ١٦١٠٠ - علنية - مملكة البحرين
هاتف: ١٧٨٢٥٥٤٠ (٩٧٣) فاكس: ١٧٨٢٥٥٨٠ (٩٧٣)

موقع المركز : www.gccarbitration.org
البريد الإلكتروني : arbit395@batelco.com.bh

البريد الإلكتروني : arbit395@batelco.com.bh

مجلس الإدارة

وليد خالد حمود الدبوس
رئيس مجلس الإدارة
ممثل غرفة تجارة وصناعة الكويت
خليفة خميس مطر الكعبي
نائب رئيس مجلس الإدارة
ممثل اتحاد غرف التجارة والصناعة بدولة الإمارات
محمد عيد راشد بوخماس
عضو مجلس الإدارة
ممثل غرفة تجارة وصناعة البحرين
أحمد محمد مظهر
عضو مجلس الإدارة
ممثل مجلس الغرف التجارية الصناعية السعودية
بدر عبد الله الدرويش
عضو مجلس الإدارة
ممثل غرفة تجارة وصناعة قطر
محمد بن علي بن ناصر الكيومي
عضو مجلس الإدارة
ممثل غرفة تجارة وصناعة عمان
د. عبد العزيز حسن أبل
الأمين العام

تنبيه

الآراء والمعلومات الواردة في هذه النشرة تنشر على مسؤولية أصحابها ولا تعبر بالضرورة عن رأي الأمانة العامة للمركز أو مجلس إدارته ولا يتحمل المركز أي مسؤولية فيما يتعلق بهذا الأمر .



الملتقى الثاني لمكاتب المحاماة والاستشارات القانونية في الخليج ٢٤ - ٢٥ فبراير ٢٠٠٤ - دبي - دولة الامارات العربية المتحدة

نظم مركز التحكيم التجاري لدول مجلس التعاون لدول الخليج العربية بالتعاون والتنسيق مع اتحاد الغرف التجارية والصناعية وغرفة تجارة وصناعة دبي وجمعية المحققين في دولة الامارات العربية المتحدة الملتقى الثاني لمكاتب المحاماة والاستشارات القانونية في الخليج . وذلك خلال الفترة من ٢٤ - ٢٥ فبراير ٢٠٠٤ . في دبي - دولة الإمارات العربية المتحدة .

ويعد هذا الملتقى الثاني ضمن اطار تنسيق وتبادل الخبرة بين مكاتب المحاماة والاستشارات القانونية وسبل تطوير الاداء والخدمات القانونية والتحكيمية في ضوء المستجدات التي يفرضها فتح الاسواق وتدقق الخبرات العالمية إلى المنطقة .

وساهم في هذا الملتقى عدد من المحامين المختصين في هذا المجال من دول مجلس التعاون . حيث قاموا بتقديم أوراق عمل لهذه الفعالية والتي تتعلق بالمحاور التالية :

- مشكلات الشراكة بين مكاتب المحاماة الوطنية والأجنبية.
- كيفية تطوير مكاتب المحاماة الناشئة حديثاً لمواكبة التطورات اللاحقة في المهنة.
- التعاون والشراكة المهنية الخليجية في ميدان المحاماة.
- دور المحامين في تطوير القضاء الوطني.
- مشكلات تطوير القضاء الوطني.
- متطلبات تكريس استقلالية القضاء ونيل النفوذ السلبي للجهات المتقاضية.
- اثر الاستشارات القانونية المسبقة في تفادي نشوء المنازعات التجارية.
- دور الإدارات القانونية في المؤسسات الرسمية ووجه تطويرها.
- مزايا التفاضل والتحكيم : دراسة مقارنة.
- مشكلات وحديات تطوير التحكيم الإقليمي.
- أهمية الضوابط المهنية في تكريس اخلاقيات وأداب المهنة.
- واجبات ومسئوليات المحامي تجاه الوكيل.
- آليات التأديب والرقابة المهنية ودور جمعيات المحامين.
- العلاقة بين مهنة المحاماة والنظير الاجتماعي والحقوق في الخليج.
- دور المحامين في تطوير الوعي التشريعي والحقوق.

حضر هذه الندوة حوالي ٩٠ مشاركاً من جميع دول مجلس التعاون . ناقشوا خلال يومين الصعوبات والتحديات التي يواجهونها والطرق التي يتبعونها لتذليل هذه الصعوبات . وكيفية توسيع نطاق عملهم في ظل منافسة المكاتب والشركات الأجنبية في المنطقة كل حسب جريته الخاصة .



الأعراف .. أنواعها وتطبيقاتها في القضاء والتحكيم

جاسم محمد سيادي

نائب الرئيس - لجنة التحكيم والمنازعات التجارية

غرفة تجارة وصناعة البحرين

تتمة

الفريق الأول : يرى بأن العرف قد خلا زمانه وأندثر سلطانه ، ويعتقدون بأن أهمية العرف تتخط وتكتفي مع نمو المقدررة الإنتقادية الواعية لدي الأمم والشعوب.

الفريق الثاني : يعترف بالعرف كمصدر من المصادر القانونية في الوقت الراهن ، ولكنه يقر بوجوده في الجماعات والشعوب المتأخرة حضارياً.

الفريق الثالث : يرى بأن العرف مازال مصدراً من مصادر القانون الرسمية ، وأنه أساس في تكوين قواعد قانونية تعتبر قانوناً بالمعنى الصحيح للكلمة ، ويؤكدون رأيهم على العديد من الوقائع منها :-

⇐ وجود قواعد نشأت في الأصل من العرف وحده.

- كحق الزوجة في فرنسا بأن تتسمي باسم زوجها.
- وكإعتبار أثاث المنزل ملك للزوجة بين المسلمين في مصر.
- وكالعديد من القواعد العرفية الخاصة بالتجارة في جميع البلدان.

ولكن الجميع متفق :-

بأن مجال العرف كمصدر رسمي للقانون قد أصبح محدوداً في الوقت الراهن.

أثر العرف في التشريعات القانونية

١- أثر العرف في الشريعة القانونية الرومانية:

- لعب العرف دوراً كبيراً في تكوين الشريعة الرومانية وفي تطورها.

حيث يشير المشرع في كثير من المواضع بأن تطبيق القاعدة المكمل ، مرهون بعدم وجود عرف مخالف لها.

وبالتالي فإن الأعراف تزول أو تهذب بثلاث طرق :-
١. تحول الناس تدريجياً عن قاعدتها ، إذا أبدي لهم عدم موافقتها.

٢. تهذيب الأديان لها أو الحلول جزئياً محلها.

٣. نص التشريعات القانونية الحديثة بما يخالفها.

• للدان مطالبة أي من المدنيين عند تعددهم

بكل الدين وليس بحصة منه

قاعدة عرفية في مصر ، بينما هي قاعدة تشريعية في لبنان (٢٥٦ - تجارة)

خامساً: أحكام قضائية أو تحكيمية أخذت بالأعراف

قبل أن نستعرض بعض الأحكام القضائية أو التحكيمية التي أخذت بالأعراف كأساس في الأحكام الصادرة ، سأستعرض بشكل سريع دور الأعراف في التشريعات القانونية المختلفة.

إن من المعروف بأن العرف يعتبر واحداً من المصادر الرسمية الأساسية الرسمية للقانون بجانب القضاء والتشريع.

وقد اختلف فقهاء القانون حول الدور الراهن للأعراف كمصدر رسمي للقانون.



• وقد نشأت الشريعة الرومانية في بادئ الأمر على شكل عادات وقواعد عرفية ذات صبغة دينية.

• ولقد ظلت كذلك حتى تم تدوينها في الأرواح الأثني عشر المشهورة.

٢- أثر العرف في القانون الفرنسي القديم

• بدأ القانون الفرنسي على شكل قواعد عرفية وعادات.

• ثم اختلفت هذه القواعد لاحقا بقواعد القانون الروماني ، بعد أن فتح الرومان غالبا

• ومن المعروف تاريخيا بأن فرنسا انقسمت قديما إلى قسمين من حيث النظام القانوني:-

بلاد العرف ⇨ القسم الشمالي

بلاد القانون الروماني ⇨ القسم الجنوبي

٣- أثر العرف في الشريعة الإنكليزية

استعانت المحاكم بالقواعد العرفية على سد الفراغ الذي كان يشغله القانون الروماني في البلاد الأخرى ، و شكلت مجموعة الأعراف ما يسمى بـ (القانون العادي) - Common Law أو (عرف المملكة الإنكليزية) . بعده نشأ القضاء المبادئ القانونية عن طريق الالتزام بالسوابق القضائية . ثم ظهر التشريع إلى جانب العرف والسوابق القضائية.

٤- أثر العرف في الشريعة الإسلامية

في عصر الجاهلية كانت الأمة خاضعة للعادات ويظهر الإسلام ، قام الدين كمصدر رسمي للتشريع ولكن بقي العرف مصدرا للقانون في الشريعة الإسلامية كان الإجماع هو عرف أهل المدينة ، ثم تطور لإجماع المجتهدين في كل عصر .

إن العادة محكمة لا يزال هذا المبدأ مقروا في الشريعة الإسلامية وقد اتسعت الشريعة الإسلامية لكثير من المبادئ العرفية التي كانت موجودة عند العرب قبل ظهور الإسلام .

ومن قبيل الأمثلة على ذلك:-

- إقرار نظام القسامة .
- عدم إبطال ميراث الولاء .
- الأبقاء على نظام النيات والقصاص ، بعد تهذيبه بجعل المسؤولية على الجاني وليس على القبيلة كما كان في الجاهلية .

وقد ظل العرف مصدرا معترفا به بين مصادر القانون ، وأن كثيرا من الأصول والأحكام الشرعية أصبحت مقيدة بالعرف الساري في بلد من بلدان الإسلام ، أو في جميع بلدانه.

وللتدليل على ذلك:-

⇨ ظل الأصل عدم جواز وقف المنقول إلا ما كان متعارفا عليه من الأموال المنقولة.

⇨ لا يجوز أخذ الأجر من العين مقابل عمل خاص للعين ما لم يسر العرف على غير ذلك.

⇨ الأصل في النفقة الشرعية المقررة تنحصر في تقديم الطعام والسكن والكسوة، إلا إذا جرى العرف على أداؤها نقدا .

⇨ المعروف عرفا كمشروط شرطا الإتفاق على بقاء الثمر على الشجر حتى ينضج من دون إشتراط ذلك .

⇨ قيام الخياط بتجهيز الخيوط والإزار باعتبارها داخلة في أجره الخياطة .

⇨ الممتنع عادة كالممتنع حقيقة كإدعاء فقير بأنه أقرض شخصا مبلغا كبيرا من المال دفعة واحدة لا يتم القبول به .

⇨ الحقيقة تترك بدلالة العادة ، كالتصريح بالأكل من الشجرة يعني الأكل من ثمرها ، لا أكل الشجرة نفسها .

⇨ المعروف بين التجار كالمشروط بينهم.



← العبرة للغالب الشائع لا للتأدير.

← التعيين بالعرف كالتعيين بالنص.

ومما سبق ذكره يظهر لنا بوضوح بأن العرف قد لعب دورا كبيرا كمصدر من مصادر القانون الرسمية في التشريعات القانونية المختلفة.

وللتلليل بأن العرف لا يزال دورة قائمة ، وأن تطبيقاته وأحكامه لا تزال قائمة ، نورد الأمثلة القضائية التالية:-

تطبيقات للإعراف أمام القضاء

مثال (١)

العربون

قضت محكمة ، إستئناف مصر الأهلية بأنه يجب في تفسير المشاركات إتباع العرف . والعرف يقضي بأنه إذا دفع المشتري عربون وعدل عن الشراء ، فلا يكون له الحق في المطالبة بمبلغ العربون .

وكما يصح وضع هذا الشرط لمصلحة البائع عند الفسخ، يجوز عدلا أن يستفيد منه المشتري للتخلص من العقد مع تحمله دفع قيمة العربون .

مثال (٢)

تحديد النصيب من الأرباح

قضت محكمة إستئناف مصر الأهلية بأنه إذا لم يبين الشركاء بطريقة قاطعة ما هي حصة كل منهم من الأرباح ، كان للمحكمة أن تحددها بطريقة العدالة بين الخصوم . وقد جرت العادة (العرف) في هذه البلاد بأنه إذا اشترك شخصان وقدم أحدهما رأس المال وتعهده الثاني بإدارة الأعمال ، فيكون للأول ٣/٢ الأرباح ، وللتاني ٣/١ .

مثال (٣)

الإهمال في التحقق من السندات

قضيت المحاكم المختلطة في مصر بأن إذا اعتادت البنوك أن تعطي نقودا على سندات بغير أن تلزم بالبحث مقدما عن حالة وثروة وأخلاق من يتعامل معها ، لأن ذلك مستحيل وصعب. فلا يمكن نسبة الإهمال إليها إذا تصرفت في سند مسروق إذا كان عملها وفق العادات المتبعة في مثل هذه الأحوال.

مثال (٤)

أجرة التخزين على الوديعة

قرر القضاء المصري المختلط بأنه تبيح العادات التجارية للتاجر بأن يحصل على أجرة تخزين بضاعة كانت عنده على سبيل الوديعة .

مزايا التحكيم أمام المركز:

- سرعة البت في المنازعة التجارية .
- تكاليف تتناسب مع حجم القضية وملايساتها .
- سرية الإجراءات والمعلومات .
- قوائم معتمدة للمحكمن والخبراء من أفضل الكفاءات العالمية والخليجية في مختلف التخصصات .
- درجة واحدة للتقاضي مع ضمان جميع حقوق الدفاح لأطراف النزاع ومعاملاتهم على قدم المساواة .
- الحكم الصادر ملزم ونهائي وله قوة النفاذ في الدول الأعضاء بأمر الجهو القضائية المختصة .



الاستعانة بالخبراء امام التحكيم لاثبات القاعده العرفية

الدكتور، ابراهيم حسن الملا

محام ومستشار قانوني

مقدمة

من المعروف ان الاصل في الدولة الحديثة هو ولاية القضاء للفصل في النزاعات التي قد تنشأ فيما بين الافراد او الجماعات ويعد القضاء هو مظهر سيادة الدولة الحديثة يمارس بواسطة الهيئات القضائية التي تخصصها الدولة لذلك وبالتالي فان اللجوء الي الهيئات القضائية بالدولة لفض المنازعات يعتبر هو الاصل العام في فض المنازعات .

واما الاستثناء علي هذا الاصل فهو يتمثل فيما اجازته التشريعات الوضعية للافراد والجماعات باخراج بعض المنازعات من ولاية القضاء الاصيل (الهيئات القضائية المخصصة من قبل الدولة للفصل في المنازعات) وان نعهد بها الي سلطة فصل اخري تسمى " هيئة التحكيم" التي يتم اختيارها لهذا الغرض .

ونظام التحكيم عرف في المجتمعات منذ القدم أي قبل نشوء أي تنظيم قضائي او قانوني في الدولة ... وذلك من خلال الاحتكام وفق اعرف متوارثة جيل بعد جيل . ومع وجود التطور ونمو المجتمعات بدء في ارساء قواعد تنظيمية لهذا التحكيم مستمدة الاعرف القديمة علي اعتبار ان التحكيم وسيلة فعالة تخفي عن اللجوء للقضاء لفض المنازعات وتعطي الحق للاطراف لحل منازعتهم صلحا ، فضلا عن ان نظام التحكيم كان يعد القاعدة الرئيسية للفصل في

المنازعات بين الافراد والجماعات في تلك المجتمعات القديمة و يتسم بالمرونة واليسر وقلة التكاليف ويتيح للافراد والجماعات تنظيم مهمة الفصل في منازعاتهم التي نشأت فعلا او التي سوف تنشأ مستقبلا، ويعد التحكيم هو الوسيلة السريعة والفعالة في وقتنا المعاصر لحسم النزاعات لما له من مزايا عديدة في فض النزاعات وبصفة خاصة في التجارة العالمية التي تشعبت ونمت بصورة كبيرة واصبح التحكيم التجاري الدولي منصبا علي العلاقات القانونية ذات الطابع الاقتصادي أي انه لا يكون التحكيم دوليا الا اذا كان متعلقا بنشاط اقتصادي دولي وهو ما عبرت عنه التشريعات المختلفة مثل التشريع الفرنسي في المادة (492) مرافعات بقولها " يتعلق بمصالح التجارة الدولية " .

كما يعد التحكيم اداة فعالة للفصل في المنازعات.بين الافراد والجماعات بدلا من القضاء العام في الدولة ايا كان موضوع النزاع الا ما استثنى بنص خاص في القانون الوضعي ويتم اسناد مهمة التحكيم لافراد عاديين او اشخاص غير قضائية يطلق عليهم هيئة التحكيم من واقع الثقة التي يتمتعون بها او مدي قدرتهم علي حسم النزاع او ما يتمتعون به من خبرة ودراية فنية متخصصة ، وقد عرف التحكيم من خلال نوعين :-
الاول : وهو التحكيم الداخلي الذي يجري داخل اقليم الدولة .



والثاني : وهو التجكيم الخارجي الذي يصدر خارج اقليم الدولة .

العرف

ذكر المؤرخون لمصادر القانون ان العرف يعد من اقدم المصادر لاثبات الحقوق بعد شريعة الاسلام باعتبار ان المجتمعات القديمة كانت تحكم فيما بينها بالاعراف والعادات السائدة في مجتمعاتهم قبل نشأة القانون.

ولعل من اقدم نصوص العرف كما يقول الدكتور/ محمد معروف الدواليبي - ما يسمي بتشريع مائو وهو ذلك السلف الاسطوري الذي تسلسلت عنه جماعة البرهمية التي قامت بكتابة النصوص العرفية.

وبالنظر الي تاريخ الصين نجد انها كانت تحكم بالاعراف والعادات في عصورها الاولى ثم عرفت اقدم مجموعة من القوانين عندهم تم جمعها في دستور واحد اسمه (دستور جو) ثم اعقب ذلك قيام بعض الولايات بإصدار كتب في القانون قائمة علي التمييز بين الطبقات مما ادي الي احتجاج الناس وترتب علي ذلك تضيق نطاق القانون بحيث يشمل الاحكام العامة الكبرى فقط وبقيت الاعراف والعادات هي التي تحكم اية نزاعات وكذلك اليونان والرومان اذ اسس (القانوني / داركون) في اليونان قانونه علي عادات اقطاعية قاسية - وفي الرومان كان العرف هو المصدر الاساسي للحقوق الرومانية في الواحهم الاثني عشر التي نشرت عام 449 ق.م .

وفي العصر الجاهلي كان الناس يتقاضون الي رجل ذي عقل وروية وبعد نظر ليفصل بينهم في منازعاتهم وخصوماتهم وكانت مادة الحكم مستمدة من العادات والاعراف السائدة لديهم وحينما جاء الاسلام نظر في هذه العادات والاعراف واقر منها الصحيح وانكر الفاسد وكان هذا هو المفهوم الاسلامي للعرف المساند في المجتمع الاسلامي الي ان سقطت الدولة العثمانية . ثم اعقب ذلك الاخذ بالقوانين الوضعية واصبح العرف ذو منزلة بين مصادر القانون وهو المصدر الثاني للقانون ... اما في اوربا فقد كان العرف هو المصدر الاول

لقانونها الي عهد قريب .

ويقول الاستاذ/ سليمان مرقس " لا يزال العرف مع انتشار التشريع والتقنين في العصر الحالي يعتبر مصدرا رسميا للقانون في جميع البلاد فلم تؤثر فيه من هذه الناحية محاولة بعض الشراح انكار ذلك عليه ، وانما اثر اتساع التشريع وانتشاره في المنزلة التي يشغلها العرف في قانون كل بلد ، باعتباره مصدرا رسميا لذلك القانون (1).

العرف في اللغة

تطلق كلمة العرف لغويا علي معان عديدة منها علي سبيل المثال ان العرف هو عرف الفرس وسمي بذلك لتتابع الشعر عليه كما يقال جاءت القطا عرفا عرفا أي: بعضها خلف بعض . كما انها تعني المعرفة والعرفان، الصبر ، الرائحة طيبة كانت ام نته ، الجود ، الاقرار اذ يقال اعترف بالشئ اذا اقر به ، يطلق علي عرف الديك والفرس والدابة وغيرها - منبت الشعر من العنق وذلك



وينقسم العرف في الفقه الي :-

1- عرف صحيح : وهو ما تعارفة الاكثرية من الناس من قول او فعل شهد له دليل الشرع بالاعتبار ولم يشهد له نفيًا او اثباتًا لكنه لم يفوت مصلحة ولم يجلب مفسدة .

2- وعرف فاسد: وهو كما عرفه الشيخ/ عبد الوهاب خلاف بأنه " ما يتعارفه الناس مما يخالف الشرع، او يجلب ضررا او يفوت نفعاً " (9) . ومن امثلة ذلك المعاملات الربوية .

3- عرف قولي: وهو ما عرفه امير حاج بقوله: "العرف القولي هو ان يتعارف قوم اطلاق لفظ لمعني بحيث لا يتبادر عند سماعه الا ذلك المعني " (10) وعرفه القرافي في فروقه بقوله : " العرف القولي ان تكون عادة اهل العرف يستعملون اللفظ في معني معين ولم يكن ذلك لغة " (11) .

4- عرف عملي : وهو ما جري عليه عمل اكثر الناس في جميع البلدان او في بعضها مثل البيع بالمعاطاه (وهي كما يقول القرافي المالكي (12) "الافعال دون شئ من الاقوال" .

5- عرف عام: وهو كما عرفه ابن عابدين " ما تأمله المسلمون من عهد الصحابة الي زماننا واقره المجتهدون وعملوا به بناء علي التعارف وان خالف القياس ولم يرد به نص ولا قام عليه دليل فهذا اخذ به الفقهاء واثبتوا به الاحكام الشرعية وقد قالوا: ان العرف بمنزلة الاجماع عند عدم النص ولا يخفي ان المراد به العرف العام

للتابعة ، كما يطلق علي كل مرتفع وعال، ويطلق علي كل ما عرفته النفس واطمأنت اليه ؟.

العرف في الفقه الاسلامي .

عرفه عبد الله بن احمد النسفي في كتابه المستصفي (2) " العادة والعرف : ما استقر في النفوس وثقلته الطباع السليمة بالقبول " (3) . كما عرّفه الجرجاني في كتابه التعريفات : " العرف ما استقرت النفوس عليه بشهادة العقول ، وثقلته الطباع السليمة بالقبول " (4) وعرفه ابن عابدين وهو من فقهاء الحنفية المتأخرين بقوله " العادة مأخوذة من المعاودة فهي بتكرارها ومعاودتها مرة بعد اخرى ، صارت معروفة، مستقرة في النفوس والعقول ، ومثقلها بالقبول من غير علاقة ولا قرينة ن حتي صارت حقيقة عرفية ، فالعادة والعرف بمعنى واحد (5).

اما العلماء في عصرنا الحالي مثل الشيخ/ احمد ابي سنه فقد عرفه في كتابه (العرف والعادة في رأي الفقهاء بقوله : " هو الامر الذي اطمأنت اليه النفوس، وعرفته ، وتحقق في قرارته والفته مستندة في ذلك الي استحسان العقل، ولم ينكره اصحاب الذوق السليم في الجماعة (6) .

وعرفه الشيخ/ محمد الخضر حسين في كتابه: " الشريعة الاسلامية صالحة لكل زمان ومكان " بقوله : " العرف والعادة : ما يظلب علي الناس من فعل او ترك (7) . وعرفه الدكتور/ محمد سلام مذكور في كتابه : " مدخل الفقه الاسلامي " بقوله : " ما استقر في النفوس ، وثقلته الطباع السليمة بالقبول ، فعلا كان او قولاً ، دون معارضته لنص او اجماع سابق . (8)



بالمعنى الذي ذكرنا لا علي ما تعارفه بعض الناس " (13) .

3- عرف خاص : وهو كما عرفه الشيخ / احمد ابو سنه:- " ما لم يتعامله اهل البلاد جميعا " (14) .

وينقسم العرف في القانون الى

عرف امر : وهو العرف المنشئ لقاعدة قانونية لايجوز مخالفتها مثل قاعدة السن بالسن والعين بالعين في الشرائع القديمة .

7- عرف مقرر او مفسر : وهو العرف الذي يقرر الحكم في حالة عدم الاتفاق علي خلافة او يفسر نية المتعاقدين عند عدم الدلالة عليها سواء انشأ بذاته ام باحالة المقتن علي عادة اتفاقية .. مثل ما جري عليه العرف في مصر من اعتبار اساس منزل الزوجية ملكا للزوجة المسلمة حتي يثبت خلاف ذلك . (15)

العرف مصدر ام دليل للابواب في الشريعة

الاسلامية :

لقد ذهب العلماء الي أن العرف دليل شرعي وأصل يبني عليه كثير من الأحكام واستدلوا علي ذلك من الكتاب والسنة بما يلي :

بالنسبة للكتاب قوله تعالى : " خذ العفو أمر بالعرف واعرض عن الجاهلین " وقد استدل بها القرافي في فروقة في مسألة (اذا اختلف الزوجان في متاع البيت) فالواضح ان كل ما شهدت به العادة قضى به . ثم تلاه / علاء الدين الطرابلسي في كتابة معين الحكام (الباب الثامن والعشرون : في القضاء بالعرف والعادة قال الله تعالى " خذ العفو وأمر

بالعرف واعرض عن الجاهلین " والله سبحانه وتعالى امر نبيه بالعرف وهو ما تعارفة الناس فيما بينهم قولا او عملا واستطابته نفوسهم وتقبلته عقولهم فالعمل به مقتضى الامر والا لم يكن للامرر به فائدة .

والاستدلال من السنة فقد روي عن النبي - صلي الله عليه وسلم - انه قال " ان الله نظر في قلوب العباد فاختر محمدًا - صلي الله عليه وسلم - فبعثه برسالته ثم نظر في قلوب العباد فاختر له اصحابا فجعلهم انصار دينه ووزراء نبيه فما رآه المسلمون حسنا فهو عند الله حسن وما رآه المسلمون قبيحا فهو عند الله قبيح " .

واستدل الفقهاء بهذا الحديث عندما يحكمون بالعرف ويستدل به ايضا الاصوليون في اثبات حجية الاجماع او الاستحسان وكذلك اهل السير يستدلون به علي فضل الصحابة وعلو شأنهم في الاسلام .

كما ان فقهاء الشريعة الاسلامية متفقون علي ان العرف هو اساس الاحكام وان تفاوتوا في الاخذ به فتوسع الحنفية في العمل به اكثر من غيرهم وان اختلفوا فيما بينهم في حجيته واعتباره دليلا من ادلة الاحكام . فذهب فريق منهم الي ان العرف دليل من الادلة وهو ما ذهب اليه القدماء من علماء المالكية والاحناف اذ قال القرافي المالكي في التفتيح " ان ادلة الاحكام تسعة عشر وعد منها العوائد " (16) وقد مال الي هذا الرأي ابن العربي في احكام القرآن حيث ذكر في معرض بيانه لمقدار النفقة الواجبة بقول الله تعالى " لينفق ذو سعة من سعته " (17) وبالتالي يكون العرف دليل من ادلة الاحكام .

وذهب فريق ثان الي ان العرف ليس بحجة وهو ما مال اليه جمهور الاصوليين من غير الحنفية وتبعهم بعض



الاتجاه الثاني : يرى ان القوة الالزامية للعرف ترجع الي ارادة الشعب لان العرف ينشأ نتيجة ما يتفاعل في ضمير الجماعة من عوامل مختلفة فالعرف لا يحتاج الي موافقة صريحة او ضمنيه من جانب المشرع ليكتسب الصفة الالزامية بل هو يستند الي ارادة الشعب مباشرة في الوقت الذي يستند فيه التشريع الي ارادة الشعب غير المباشرة عن طريق ممثلي الشعب .

الاتجاه الثالث : يرى ان قوة العرف تابعة منه ذاته فهو يستمد قوته من الضرورة الاجتماعية لانه سابق علي وجود الدولة الحديثة . ويستشهدون علي ذلك بالتقنيات المدنية الحديثة المستمدة من الشريعة الاسلامية كالتقنين المدني لدولة الامارات العربية المتحدة والتقنين المدني الاردني الذين اعتبروا العرف مصدرا رسميا للقانون . وقد ذهبت بعض التشريعات الحديثة الي ابعاد من ذلك حيث ذكرت بعض القواعد المستمدة من العرف كقاعدة " العادة محكمة " ضمن مواد القانون .

التتمة في العدد القادم

الحنفية فلم يذكروه في مباحث الأدلة وتحدثوا عنه في مباحث التخصيص مؤكداً انه لا يجوز تخصيص النص بالعرف لانه ليس حجه . فضلاً عن اعتبارهم العرف دليلاً تابعاً وليس مستقلاً لان مرده النص او الاجماع او المصلحة او الاصل في الاشياء .

في التشريعات الوضعية :

يعتبر رجال القانون الوضعي العرف مصدراً رسمياً للقانون وان القانون يستمد قوته الالزامية من ارادة الدولة التي تتمتع بالسلطة الا انهم مختلفون فيما بينهم في اساس الزامية العرف علي النحو التالي :

الاتجاه الاول : (ارادة المشرع) (18) : ويرى اصحابه انه لا يمكن التسليم بالعرف كمصدر ملزم للقانون الا اذا اجازه المشرع صراحة او اقره ضمناً بالسكوت علي اساس ان ما يقره السلطان فهو يأمر به . وهو ما يجعل التقنين اعلي مرتبة من العرف وبالتالي لا يجوز للعرف ان يخالف التشريع علي الرغم من ان العرف اقدم من التقنين .

الهوامش

1. مدخل العلوم القانونية للدكتور سليمان مراد من 304-305 - وكتاب المدخل الي التاريخ العام للقانون للدكتور محمد معروف النواليبي من 75 وما بعدها .
2. من كتب الحنفية .
3. لعرف والعادة في راي الفقهاء - عبد الله بن محمد التمشقي من (8) .
4. تعريفات للرجلي - من 130 .
5. رسالة نشر العرف في بقاء بعض الاحكام علي العرف .
6. من (8) .
7. من 33 .
8. من 81 .
9. مصادر للتشريع فيما لا نص فيه من 146-147 .
10. تقرير وتحرير من 282 .
11. لفروق من 171 .
12. لفروق من 143 .
13. رسائل ابن عابدين من 125 .
14. لعرف والعادة لابي سنه من 19-20 .
15. نظرية القانون للدكتور عبد الفتاح من 191 .
16. شرح التفتيح من 18902 .
17. سورة الخلاق الآية (7) .
18. المدخل للقانون اذ/ حسن كبره من 283 وما بعدها . نظرية القانون اذ/ منصور مصطفي من 97 وما بعدها .



الاتجاهات العامة للقواعد المنظمة للتحكيم التجاري في دول مجلس التعاون

دكتور محيي الدين علم الدين

بشأنه اختلاف بينها مع أوجه المفاضلة والترجيح
بين الاتجاهات المختلفة .

الفصل الأول

المبادئ المجمع عليها في دول المجلس

تتفق أنظمة دول مجلس التعاون على المبادئ
الأساسية التالية :

أولاً : التحكيم طريق من طرق فض المنازعات
ذات الطبيعة التجارية والاقتصادية بين مواطني
دول المجلس سواء كانوا أشخاصاً طبيعيين أو
اعتباريين . ويجرى الفصل في النزاعات من
خلاله طبقاً للقوانين والأنظمة التجارية والعرف
والعادات التجارية المستقرة بين المتعاملين على
المستويات المحلية والدولية . وهذا الترتيب تقره
الشريعة الإسلامية .

ثانياً : التحكيم يستبعد اختصاص القضاء بنظر
النزاع . ويتعين الحكم بعدم قبول أية دعوى يلاحظ
القضاء فيها وجود اتفاق على التحكيم في العقد
محل النزاع .

ثالثاً : القضاء يساند التحكيم في تعيين من لم
يعينوا من المحكمين أو في تعيين بديل لكل من

يوجد في كل دولة من الدول الست المكونة لمجلس
التعاون الخليجي قانون للتحكيم ، سواء في صورة
مستقلة كما هو الحال في "سلطنة عمان" ، أو في
"مملكة البحرين" بصدد التحكيم التجاري الدولي ،
أو في نظام التحكيم بالمملكة العربية السعودية ، أو
في صورة قواعد تضمنها باب للتحكيم في قانون
المرافعات المدنية والتجارية كما هو الشأن في
دولة الإمارات العربية المتحدة ومملكة البحرين
ودولة الكويت ودولة قطر .

وهناك مواضع كثيرة جداً للإلتفاق بين هذه القوانين
والأنظمة كما أنه توجد بعض الخلافات بينها تحتاج
إلى المفاضلة بين الإتجاهات المختلفة . وهذا وذلك
هو ما يعنينا في هذا البحث في نقاط أساسية دون
التطرق إلى التفاصيل . ولوقوف على التفاصيل
يرجع إلى احد مطبوعات مركز التحكيم التجاري
لدول مجلس التعاون لدول الخليج العربية وهو
كتاب قوانين والأنظمة التحكيم في دول مجلس
التعاون حيث جمع فيه المركز كل القوانين
والأنظمة واللوائح التنفيذية والقواعد التحكيمية في
كل مركز من مراكز التحكيم في الدول الست .

وسوف نقسم هذا البحث إلى فصلين الأول فيما
انفتحت عليه الدول الست . والفصل الثاني فيما وقع



تاسعا : اذا لم يتفق على التفويض بالصلح يكون الحكم طبقا للقانون والنظام . وهذا لا يمنع من تطبيق القواعد العرفية والعادات التجارية بين الخصوم .

عاشرا : لا يجوز التحكيم فى المسائل التى لا يجوز فيها الصلح . كالمسائل الجنائية ومسائل الحريات العامة والمسائل المتصلة بالحالة الشخصية للانسان .

حادى عشر : وجوب صدور حكم التحكيم بأغلبية الآراء عند تعدد المحكمين (ان لم يكن بالاجماع) .

ثانى عشر : جواز الطعن على حكم التحكيم بالبطلان طبقا للقانون والنظام . كما يجوز ذلك لمخالفته للعرف والعادات التجارية فهى تأخذ مرتبة القانون والنظام .

ثالث عشر : عدم نفاذ الحكم الا اذا أمرت المحكمة التى اودع الحكم قلم كتابها بنفاذه .

هذه هى أبرز مواضع الاتفاق بين القوانين التحكيمية فى دول مجلس التعاون الخليجى . ومنتقل الآن الى بيان اختلافاتها والرأى بشأنها .

الفصل الثانى

أوجه الاختلافات فى القوانين التحكيمية الخليجية

نطرح كل نقطة خلافية فى هيئة سؤال ثم نجيب نصوص القوانين على هذا السؤال .

يعجز عن استكمال مهمته من المحكمين . وبدون هذه المساعدة القضائية يتعثر فى كثير من التحكيمات مواصلة العملية التحكيمية .

رابعاً : وجوب ان يكون المحكم غير قاصر او محجور عليه او محروم من الحقوق المدنية . أى ان يكون كامل الأهلية القانونية غير مصاب بأى عارض من عوارضها . وهذا هو حكم الشريعة الاسلامية ايضا وان كان سن اكتمال الاهلية فيها يختلف عن القوانين الوضعية .

خامساً : وجوب ان يكون قبول المحكم او المحكمين لمهمة التحكيم ثابتاً بالكتابة .

سادساً : لا يجوز عزل المحكم عن مهمته الا بموافقة جميع الخصوم او يكون ذلك بواسطة القضاء بناء على أسباب مقبولة تقدر فى صلاحية المحكم لتولى مهمة التحكيم بين الخصوم .

سابعاً : جواز قيام احد الاطراف بالاعتراض على تعيين المحكم فى بداية تعيينه اذا كان ثمة قرابة او مصاهرة او مصلحة مشتركة مع احد الاخصام.

ثامناً : جواز احوالة المسائل الاولى الخارجة عن ولاية محكمة التحكيم الى الجهة القضائية المختصة للفصل فيها حتى تفصل محكمة التحكيم بعد ذلك على ضوء ما فصلت به السلطة القضائية المختصة.



التي يجرى عليها العرف البحري للاكتفاء بالاتفاق
الشفوي على التحكيم للضرورة .

ولكن أى هذه الإتجاهات أفضل ؟ لاشك فى أن
جعل الكتابة مشرطة لمجرد الإثبات أفضل مع
التجاوز عن اشتراط الكتابة فى حالات الضرورة
كالأمور البحرية.

ثانياً : التفويض بالصلح : هل يجوز ؟

جاء فى المادة ٢٠٥ من قانون دولة الإمارات
(وتوافقها المادتان ١٩١ قطرى و١٧٦ كويتى) أنه
لا يجوز تفويض المحكمين بالصلح إلا إذا اتفق
الاطراف على ذلك وكان المحكمون مذكورين
بأسمائهم فى الإتفاق على التحكيم أو فى وثيقة
لاحقة. وقد جاءت المادة ٤/٣٩ من قانون تحكيم
عمان موافقة غير أنها لم تنص على ضرورة ذكر
أسماء المحكمين بالصلح فى الإتفاق على التحكيم
أو فى وثيقة لاحقة.

ولم يرد مثل هذا النص فى قوانين البحرين
والسعودية .

والإتجاه الأفضل فى نظرنا هو السماح بالإتفاق
على التفويض فى الصلح دون ذكر أسماء
المحكمين وإنما يتفق على أشخاصهم عند الإلتجاء
للتحكيم فعلاً ، وهو إتجاه القانون العماني. وبطبيعة
الحال فإن الاعراف البحرية لاتقبل اشتراط ذكر
اسماء المحكمين عند الاتفاق على الإنقاذ البحري.

أولاً : هل يكون الإتفاق على التحكيم مكتوباً أم
شفوياً . وإذا كان مكتوباً فهل تكون الكتابة
مشرطة للإثبات أم للإنعقاد ؟

يجيب عن ذلك قانون دولة الإمارات (المادة
٢/٢٠٣) ومثله قانون مملكة البحرين (فى المادة
٤/٢٣٣) وقانون دولة قطر (المادة ٢/١٩٠)
والقانون الكويتى (المادة ٢/١٧٣) بأن إتفاق
التحكيم 'لا يثبت إلا بالكتابة'. فالكتابة فى هذه
القوانين الأربع (ويقاربها القانون السعودى فى
المادة ٥ من نظام التحكيم) مشرطة لمجرد
الإثبات. ومعنى ذلك أنه يجوز أن يستفاد وجود
إتفاق على التحكيم من خلال أدلة أخرى للإثبات
غير الكتابة ، مثل شهادة الشهود والإقرار واليمين
ومبدأ الثبوت بالكتابة. ومع ذلك فإنه اذا وجد
عرف يقضى بإمكان اجراء التحكيم ولو كان
الاتفاق عليه شفويا فإن هذا العرف يعمل به لكونه
فى درجة القوانين التى تشترط الكتابة . ويكون
التطبيق فى الحدود التى يجرى عليها هذا العرف
المتبع .

وعلى خلاف ذلك نجد الإتجاه فى سلطنة عمان
(حيث ينحو قانونها نحو القانون المصرى) فيشترط
الكتابة للإنعقاد (المادة ١٢ من قانون التحكيم)
ويجعل إتفاق التحكيم باطلاً إذا لم يكن فى صورة
مكتوبة ولا يسمح ببنى طرق إثبات أخرى لإثبات
وجود شرط التحكيم أو إتفاق التحكيم.

وتتجه هيئة الانسفال إلى إباحة شرط التحكيم
الشفوي خاصة عند تعذر كتابته كما هو الحال فى
الإنقاذ البحري . وحالة الإنقاذ البحري من الاحوال



ثالثاً : هل يجوز تنحي المحكم لغير سبب جدى
عن مهمته ؟

فى المادة ٢/٢٠٧ من قانون دولة الإمارات نص
على إلزام المحكم الذى يتنحى لغير سبب جدى بأن
يدفع تعويضات. ونص القانون الكويتى مطابق فى
مادته ١/١٧٨ كما أن قانون البحرين (مادة
٢/٢٣٤) وقطر (مادة ١/١٩٤) موافقان. والمادة
٢١ عمانى مقارنة.

ولم يرد فى النظام السعودى شئ بشأن هذا
الموضوع. لذلك فإن الحكم فيه يتوقف على
الإجتهاد القضائى السعودى.

ولاشك فى أن الإتجاه الأفضل هو إقرار الحق فى
التعويضات للخصوم الذين أصابهم ضرر ما .

خامساً : هل يترتب على غياب طرف رغم إعلانه
بالحضور ، إستمرار نظر القضية والحكم فيها ؟

نجز ذلك كل القوانين التالية : الإماراتى
والسعودى والعمانى والكويتى. ولم يرد فى
القوانين البحرينى والقطرى نص على ذلك.

والإتجاه الأفضل فى نظرنا هو السماح بإستمرار
التحكيم حتى الفصل فيه على ألا يعتبر ذلك تسليماً
من الطرف الغائب بطلبات الطرف الآخر. بل
يجب فحص المستندات وإستخلاص الحقيقة منها.

سادساً : هل تسرى على التحكيم قواعد إنقطاع
الخصومة ؟

تجيز ذلك جميع قوانين دول الخليج عدا البحرين
حيث لم يرد نص صريح فى باب التحكيم . وقد
تجتهد محاكم البحرين بقياس التحكيم على القضاء
وتطبيق قواعد إنقطاع الخصومة على التحكيم أسوة
بالتقاضى. وبذلك تتوحد الانظمة الست ويزول ما
بينها من اختلاف . كما ان الاجتهاد الفقهى
البحرينى يمكنه ان يقوم بهذه المهمة .

سابعاً : كذلك الشأن فيما يتعلق بوقف الخصومة
أو إنقطاعها أمام المحاكم اذ يوقف ميعاد التحكيم،
وهذا مقرر فى قوانين الإمارات والكويت ، وقريب
منه موقف كل من عمان وقطر.

ولكن لم ترد فى قوانين البحرين والسعودية قاعدة
مماثلة.

والإتجاه الأفضل فى نظرنا هو تطبيق قواعد
الوقف والإنقطاع ، على أن يكون إعادة تحريك
الدعوى أمام المحكمين واجباً على الخصوم.

ثامناً : هل يجب تحليف الشهود اليمين ؟

تنص على ذلك المادة ٢١١ إماراتى وتوافقها المادة
١/٢٣٨ بحرينى والمادة ٣/٢٠٠ قطرى. ولا
مقابل لهذا النص فى قوانين السعودية وعمان
والكويت.

والأفضل فى نظرنا عدم تحليف الشهود اليمين لأن
المحكم نفسه لا يحلف اليمين طبقاً لهذه القوانين
والانظمة .



تاسعاً : هل يتقيد المحكم بإجراءات قوانين المرافعات ؟

تعفى قوانين التحكيم المحكم من التقيد بإجراءات المرافعات عدا ما يتعلق بالضمانات الأساسية للتقاضى وهى المساواة بين الخصوم ومنح كل خصم فرصة كافية لشرح قضيته. وقريب من هذا المعنى نص المادة ٢١٢ من القانون الإماراتى التى تسمح أيضاً للخصوم بالإتفاق على إجراءات معينة يسير عليها المحكم وتوافقها قوانين قطر والكويت وتقاربه قوانين السعودية وعمان.

ولكن لم يرد هذا المعنى فى قانون مرافعات البحرينى. والأفضل أن تسلك البحرين عملاً نفس نهج الدول الخمس الأخرى حيث أن هذا الإتجاه هو الذى يسود العالم كله الآن وذلك جريا على قاعدة ام ما لم يمنع المشرع فهو يبيحه .

عاشراً : هل يجوز تنفيذ أحكام المحكمين نفاذاً معجلاً ؟

نصت على ذلك المادة ٣/٢١٢ من قانون الإمارات وتطابقها المادة ١٨٢ من القانون الكويتى. ولم يرد فى قوانين الدول الأربع الأخرى نص مماثل. والأفضل فى نظرنا عدم النص على النفاذ المعجل لأحكام التحكيم ، حيث أن أحكام التحكيم غير قابلة للنفاذ المعجل ولا غير المعجل الا اذا حصلت على الأمر بالنفاذ. ومتى حصلت على أمر بالنفاذ تعين تنفيذها تنفيذاً فورياً يتساوى مع النفاذ المعجل.

حادى عشر : هل يشترط للإعتداد بالحكم فى الدولة أن يكون قد صدر على أرضها والا إعتبر أجنبياً ؟

تقضى المادة ٤/٢١٢ من القانون الإماراتى بوجود أن يصدر حكم المحكم فى دولة الإمارات العربية المتحدة والا اتبعت فى شأنه القواعد المقررة لأحكام المحكمين الصادرة فى بلد أجنبى.

هذا الحكم لا مثيل له فى أى من دول الخليج الخمس الأخرى.

والرأى عندنا أن الحكم الذى يصدر فى دولة أخرى ويكون فى إتفاق التحكيم الذى يستند اليه نص على إخضاع هذا الحكم للقانون الوطنى فإنه يعتبر صادراً فى دولة هذا القانون ولو كان من الناحية العملية قد صدر على إقليم دولة اخرى غيرها .

ثانى عشر : متى يعتبر حكم التحكيم قد صدر؟

نقول المادة ٧/٢١٢ من القانون الإماراتى أن " الحكم يعتبر صادراً من تاريخ توقيع المحكمين عليه بعد كتابته". وكل من القانون العمانى والقطرى والكويتى مقارب لهذا النص.

أما فى قوانين البحرين والسعودية فلا مثيل لهذا النص.



والرأى عندي أن حكم التحكيم يجب في كل القوانين أن يصدر بالأغلبية. فإذا توافرت الأغلبية فمن تاريخ توقيع آخر محكم من محكمي الأغلبية يعتبر حكم التحكيم قد اكتمل. أما توقيع المحكم أو المحكمين الذين يمثلون الأقلية فإنه يضيف قوة إلى الحكم وليس هو سبب وجوده لأنه سبب وجوده وصدوره هو توقيع الأغلبية. لذلك فإن إمتناع محكمي الأقلية عن التوقيع لا يمنع من صدور الحكم على أن يشار فيه إلى امتناعهم وسببه إن أمكن.

ويجوز العرف التحكيمي على أن رئيس هيئة التحكيم يستطيع أن يجذب إليه المحكمين الآخرين لتكوين أغلبية أو اجماع وذلك كما في المثال التالي: لنفرض أن قضية كان فيها المدعى يطلب الحكم له بمبلغ عشرة ملايين . ويرى محكمه أن نحكم الهيئة له بهذا المبلغ بينما يرى محكم المدعى

عليه ان لا يحكم للمدعى بشئ . هنا يتدخل رئيس الهيئة ويعرض ان يحكم للمدعى بخمسة ملايين كحل وسط . ويبدأ في الضغط على محكم المدعى قائلاً له اذا تمسكت بالعشرة ملايين فانه ليس امامي الا الانضمام الى محكم الطرف الاخر فلا احكم بشئ . فهل تقبل الخمسة ملايين ام لا نحكم له بشئ على الاطلاق . وبالتالي سوف يقبل الخمسة ملايين . ويكرر نفس الشئ مع المحكم الثاني قائلاً اذا لم تقبل الخمسة ملايين فانتي سأنضم الى المحكم الاخر واحكم بالعشرة ملايين . وبالتالي فسوف يقبل الخمسة ملايين وبذلك يتكون الاجماع .

دكتور محيي الدين علم الدين

من إصدارات المركز



التحكيم في المنازعات المصرفية والمالية

هذا الكتاب هو عبارة عن مجموعة دراسات قيمة قدمت خلال بعض الندوات التي عقدها المركز في وقت سابق وهي متعلقة بالتحكيم في المنازعات المصرفية والمالية .

جمعت هذه الدراسات وتم ترجمة بعضها إلى العربية من الإنجليزية سهلاً للفارئ العربي والمهتمين بشؤون المصارف والمؤسسات المالية .

هذا الكتاب متوفر لدى المركز بأسعار رمزية . في حال رغبتكم في الحصول على نسخة فيمكنكم مراسلتنا أو الاتصال على عنوانين المركز :

هاتف : ١٧٨٢٥٥٤٠ (٩٧٣) - فاكس : ١٧٨٢٥٥٨٠ (٩٧٣) - ص.ب: ١٦١٠٠ - العدلية - مملكة البحرين
البريد الإلكتروني : arbit395@batelco.com.bh



هل يوجد حل أمثل لتسوية المنازعات؟

دكتور عبد الرسول عبد الرضا
رئيس الفتوى و التشريع سابقا بدولة الكويت

تمة

ثانياً - المفاوضة وسيلة لحل المنازعات

١١ - **تمهيد** : يتضح مما تقدم في التمييز بين المفاوضة و غيرها من سبل حل المنازعات ، ان المفاوضة أفضل طريقة لطرفي النزاع حيث يمكنهما الوصول إلى حل مناسب دون اللجوء إلى التحكيم أو القضاء و دون إضاعة الوقت و الجهد ، صحيح ان كل طرف قد لا يحصل على كل ما كان يعتقد انه من حقه أن يحصل عليه ، و لكن الحصول على الحق دون جهد مع أفضلية استمرار العلاقة الطيبة بينه و بين خصمه تعادل ما لم يحصل عليه فيما لو لجأ إلى غير هذه الطريقة .

و المفاوضة كما تقدم قد تتم بين طرفي الخصومة أنفسهما ، كما قد تتم عن طريق وسيط ، أيا كانت الطريقة فإنه لا بد من وجود ضوابط أو قواعد يلتزم بها المتفاوضون حتى يصلوا إلى النتيجة المرجوة ، لذلك نورد فيما يلي موجزا للضوابط الواجب مراعاتها .

(١) التركيز على الموضوع لا على الأشخاص :

١٢ - يقصد بذلك أن المفاوضات يجب أن تنصب على الموضوع لا على الأشخاص . مثلا لو حصل

تصادم بين سيارتين ينظر إلى مكان وقوع الحادث والطريق الذي أتت منه إحدى السيارتين والطريق الذي أتت منه السيارة الأخرى . هل إحداهما في الدورار مثلا و لها الأولوية أم لا ؟ و لا ينظر إلى سائق السيارة الأولى و لا إلى سائق السيارة الثانية، وان كانت حالة كل منهما قد تؤثر على مدى الخطأ الذي ارتكب . مثال آخر بين الدول دولة تتزاع أخرى على قطعة من الأرض واقعة بينهما ينظر إلى تاريخ هذه القطعة ومدى قربها أو بعدها و جغرافيتها وهكذا .

وبعد هذا ينظر إلى مدى إرادة أو رغبة طرفي النزاع على استمرار العلاقة بينهما ، و كذلك مدى قوة حجج أحد الأطراف و مدى ضعف حجج الطرف الآخر و العكس بالعكس .

ومع ذلك يجب ألا ننسى أننا نتفاوض مع البشر . والإنسان له عواطف ومعتقدات وخلفيات ثقافية ووجهات نظر ، وهذا ينطبق على طرفي النزاع. وهذه الأمور قد تؤدي إلى سهولة المفاوضة ، كما قد تؤدي إلى عرقلة المفاوضة .

يضاف إلى ما تقدم سوء الفهم بين الأفراد المتفاوضين كأن يعتبر أحدهم خلافا معينا بمثابة إهانة له بينما لا يقصد الطرف الآخر هذا المعنى ، وفي مثال واضح اعتقاد أحد العاملين في شركة معينة أن رئيسة الذي يفوضه أو يطلب إليه أن يقوم بعمل أي زميل له في إجازة فإنه يقصد إنهاكه في العمل بينما كان رئيسة يعتقد أنه أكفاً عامل لديه وأنه موضع ثقته فكان يكلفه بذلك لهذا السبب .



المتفاوضين لا يستمع لما يقوله الآخر لأنه مشغول بالتفكير فيما يريد هو أن يقول أو يرد، و **الثالث** إذا وجد سوء فهم لكلام الطرف الآخر فيفسر كلامه على غير ما يقصد ، لذلك يجب الاستماع جيدا لما يقوله الآخر ، كما يجب عليك أيضا أن تقول ما يفهمه الآخر ، حتى يكون واضحا في الهدف للوصول إلى حل يحسم النزاع و يبقى على العلاقة الطيبة بين الطرفين .

(٢) التركيز على المنافع التي يحققها

المتفاوضون دون اعتداد بموقف كل متفاوض :

١٤ - **تمهيد :** حتى تتضح الصورة للعنوان المذكور توجد قصة شخصين في مكتبة عامة أحدهما يريد أن يفتح النافذة و الآخر يريد إغلاقها، لا يصل الاثنان إلى حل . يدخل أمين المكتبة فيسألها عن رغبتها ، فيقول الأول أريد فتح النافذة حتى نحصل على الهواء النقي ، و الآخر يريد غلقها حتى يمنع التيار الهوائي . و بعد تفكير ذهب أمين المكتبة إلى الغرفة المجاورة ففتح إحدى النوافذ ، و هكذا حصل الأول على الهواء النقي و لم يحصل أي تيار هوائي يضر بالآخر . الهدف من هذا المثال أن الحل الحكيم يوفق بين المصالح و لا شأن بمواقف الأشخاص .

١٥ - المصلحة هي التي تحدد المشكلة :

إذا ركز المتفاوضون على مواقف الأشخاص فانهم سوف يصلون إلى طريق مسدود . لذلك ينبغي

ولذلك فإن سوء فهم كلام أحد المتعاقدين قد يؤثر على التفاوض ، كما أن شعور أحد المتفاوضين بأن الآخر صادق في كلامه و في عرض الوقائع يسهل التفاوض و الوصول إلى حل يحسم النزاع بينهما و العكس صحيح ، فلو ظن أن المتفاوض معه لا يصدق في كلامه و يحاول تضليله و يذكر أمورا تخالف الواقع فانه يجعل الآخر على حذر منه و قد لا يصل إلى حل يحسم النزاع . ذلك أن كل طرف في المفاوضات يرى الأمور حسب وجهة نظره هو فيعتقد بأن كل ما لديه هو صحيح و أن كل ما لدى الطرف الآخر خطأ و لذلك فإن أسلوب التفاوض له أثر على الطرف الآخر فلو هاجم أحد المتفاوضين شخصا فان الطرف الآخر يبدأ في مهاجمته شخصيا كذلك و يضع الموضوع . لذلك ينبغي على التفاوض أن يركز على الموضوع و لا يلوم شخص التفاوض أو صاحب الشركة مثلا شخصيا ، و بدلا من ذلك يجب أن يناقش أقوال المتفاوض معه و أفكاره ، و يبدأ بإبراز اهتمامه بأقوال المتفاوض و اقتراحاته و يشعره بأنه أنصت إليه ثم يبدأ مناقشته و طرح أفكاره هو و اقتراحاته .

خلاصة القول أنه يجب الفصل بين الأشخاص و بين الموضوع ، كذلك الابتعاد عن الانفعال و عدم التأثر بالعواطف ، و نحاول تهدئة الطرف الآخر قدر الإمكان و لا ننفع لانفعاله .

توجد ثلاثة أمور قد تعيق الوصول إلى حل : **الأول** إذا كان المتفاوضون لا يخاطبون بعضهم البعض بطريقة يفهم كل منهما الآخر ، و **الثاني** إذا كان أحد

دائما الموازنة بين مصالح طرفي النزاع ، ففي المثال السابق لو لم يفكر أمين المكتبة في التوفيق بين مصلحة من يريد فتح النافذة و مصلحة الآخر الذي يريد إغلاقها لما وصل إلى حل المشكلة .

يتضح مما تقدم أن أي مشكلة تتحصر في حاجات و رغبات طرفي النزاع لا في موقف كل منهم . لا شك أن ما يحتاجه أحد طرفي النزاع و يرغب في الحصول عليه هو مصلحته في ذات الوقت . مصلحة كل شخص هي الباعث لديه الذي يحدد موقفه و بالتالي يتخذ قراره بناء عليه .

١٦ - و لكن كيف يحدد كل طرف في المفاوضات مصلحة الطرف الآخر ؟ أو كيف يعرفها أو يكتشفها؟ يكون ذلك إما بسؤال نفسه لماذا يتخذ الطرف الآخر هذا الموقف ، لماذا يطلب هذا الطلب ؟ و قد يوجه السؤال إلى الطرف الآخر نفسه لا للكشف عن مصلحته بل لمعرفة رغبته التي أباها حتى يتفهمها . مثال ذلك إذا طالب صاحب عمارة من المستأجر أن يعيد النظر في أجرة الشقة سنويا ، ماذا يقصد من وراء ذلك و ما هي مصلحته في هذا الطلب ؟ و ماذا سوف يكون بالتالي موقف المستأجر ؟ و هكذا ، قد يكون المستأجر هو الذي يحتاج إلى الشقة لمدة محددة كأن يكون دبلوماسيا و يتوقع بقاؤه في الدولة المبعوث فيها لمدة خمس سنوات فيطلب من المؤجر أن يكون العقد لهذه المدة و بأجرة معقولة ثابتة طوال هذه المدة ، فيستطيع عندئذ المؤجر أن يطلب في مقابل ذلك أن يدفع المستأجر أجرة الخمس سنوات مقدما .

يتضح من الأمثلة المتقدمة أن مصالح الطرفين قد تتعدد و لا تكون مصلحة واحدة فقط . و عندما تتعدد المصالح فيتعين على المتفاوض أن ينتبه لهذا الموضوع خاصة إذا كانت المصالح المتعددة لا تهم شخصا واحدا هو الطرف الآخر و إنما تهم أشخاصا آخرين معه ، قد يكون الشخص الآخر شريكا أو موظفا أو قريبا كالزوج و الأخ و هكذا . لكي يستطيع المتفاوض تقرير الاقتراحات التي يقدمها يجب أن يكون قد تفهم المصالح المتعددة للطرف الآخر حتى يقيم موقفه في المفاوضات ، و بالتالي يستطيع أن يوازن بين مصالحه و مصالح الطرف الآخر .

يفضل أن يوضح كل طرف في المفاوضات طلباته و رغباته و بالتالي مصالحه حتى يشعر الطرف الآخر بصدقه و أنه شخص يلتزم بأقواله فيسهل مهمة المفاوضات و الوصول إلى حل للنزاع بينهما، ذلك أن تحديد الطلبات و الرغبات يجعل الآخر يتفهم الأمر و يمنحه الثقة في المتفاوض معه و كل هذا يؤدي إلى سرعة الوصول إلى الحل المعقول و المناسب للطرفين . كما يفضل أن تبين اهتمامك بمصالح الطرف الآخر و أنك تأخذها في الاعتبار عند تقديم اقتراحاتك ، و هذا يؤدي إلى شعور الطرف الآخر بأهمية اقتراحاتك فيصفي لها باهتمام ، و في ذات الوقت يقدر مصالحك أيضا عند مناقشته للاقتراحات و عند تقديم اقتراحاته هو .

١٧ - من الملاحظات الهامة أنه يتعين توضيح المشكلة للطرف الآخر المتفاوض معك قبل أن تقدم



اقتراحك أو تجيب على اقتراحه . و المهم كذلك أن تفكر في المستقبل و لا تناقش ما مضى ، أو كما يقول البعض المهم معرفة أين أنت ذاهب لا من أين أتيت . و كل هذا يقتضي أن تكون ثابتا في كلامك و مناقشتك و لكن مع شيء من المرونة و أن تكون مستعدا لمناقشة أي اقتراح بصدر رحب .

و النقطة الأخيرة في هذا الصدد أن يكون المتفاوض متشددا بشأن المشكلة أو الموضوع و لكن لطيفا مع الناس . فكل متفاوض يستطيع أن يتكلم بكل قوة عن مصالحه و عن حقوقه حتى يؤيد و يؤكد أنه على حق فيما يقترحه من حل ، بل بالعكس قد يكون هذا من فن المفاوضات أن يكون الشخص شديدا و ثابتا و متمسكا برأيه عند التفاوض و لكن لا كموقف شخصي و إنما موضوعي . و لا شك أن الطرف الآخر سوف يتخذ ذات الموقف فيما يتعلق بمصالحه و يتوصل الطرفان إلى حل مفيد للطرفين . و لكن كل طرف ينبغي أن يوضح للطرف الآخر أنه يناقش الموضوع و لا يهاجم غريمه شخصيا بل يوضح له دائما احترامه و تقديره له و أن يستمع جيدا لمقترحاته ، و غالبا ما يؤدي هذا السبيل إلى الوصول إلى حل مناسب يرضي الطرفين مع استمرار العلاقة الطيبة بينهما .

(٣) التفكير في عدة اقتراحات لحل النزاع :

١٨ - تمهيد : كي لا يصل طرفا النزاع إلى طريق مسدود و هما يتفاوضان لأبد من التفكير في حل وسط يرضي الطرفين ، حيث لا يمكن الموافقة على

منح كل طرف كل ما يريد ، فلو ثار خلاف بين طفلين على تفاحة فليس من العدل إعطاءها لأحدهما و حرمان الآخر و لكن يمكن تقسيمها إلى نصفين يعطي كل طفل نصفها و هكذا . و لذلك فإن المفاوضات يجب عليه استعمال ذكائه في ابتداع الحلول للوصول إلى إشباع حاجاته و حاجات الشخص الذي يتفاوض معه . و لكن كيف يواجه المفاوضات الاقتراحات التي تعرض عليه ؟

١٩ - التفكير في حلول ترضي مصالح الطرفين :

الجدية في المفاوضات تقتضي أن يفكر طرفا النزاع في اقتراح حلول لحسم النزاع بينهما آخذا في الاعتبار المصلحة المشتركة بينهما أو مصلحة كل منهما و هذه الطريقة تجعل تصرف المتفاوض إيجابيا . مثال ذلك لو كان النزاع بين الطرفين على ملكية قطعة من الأرض فيمكن اقتراح بيع هذه الأرض و اقتسام ثمنها ، بحيث يستطيع كل طرف شراء قطعة أرض أخرى يسهمه من ثمن الأرض المشتركة بينهما . و لا شك أن اقتراح أي طرف لحل معين لحسم النزاع يخضع لقبول الطرف الآخر ، ذلك أنه في مرحلة الاقتراح لا نكون بصدد اتخاذ القرار ، فاتخاذ القرار يقتضي موافقة الطرفين . فالتفكير في اقتراح معين لحسم النزاع لا يعتبر حسما له و إنما مجرد موقف إيجابي قد يقبله الطرف الآخر فيحسم عندئذ النزاع.

٢٠ - التفكير في اقتراح معين يحتاج إلى التشاور المسبق مع المسؤولين في الشركة مثلا أو



المصلحة المشتركة للطرفين حتى يسهل الوصول إلى حسم النزاع .

٢٢ - **الخاتمة** : المنازعات كثيرة هذه الأيام . سواء بين الأفراد بعضهم البعض أو بين الأفراد و الدولة أو بين الدول بعضها مع البعض . و المنازعات التي تنشأ بين التجار فيما يتعلق بنشاطهم التجاري من الأفضل لعلاقتهم و لاستمرار تعاملهم و لاستثمار أموالهم ان تحسم عن طريق التفاوض المباشر اختصارا للوقت و الجهد . قد تكون المنازعات بين الاخوة أو بين الورثة أو بين الشركاء و هذه أيضا من الأفضل للجميع حسمها وديا عن طريق المفاوضات المباشرة أو عن طريق وسيط يجري المفاوضات بينهم للوصول إلى حل للنزاع . و يمكن ان يكون الوسيط هو مركز التحكيم أو من يرشحه هذا المركز و ذلك نظير مقابل معقول . لا جرم ان هذه الوسيلة تخفف العبء عن القضاء و تيسر الأمور و قد يقوم المحامون أو المحكمون بدور الوسيط لإجراء التفاوض بين الأطراف و تقريب وجهات نظرهم و حسم النزاع .

دكتور عبد الرسول عبد الرضا

رئيس الفتوى و التشريع سابقا بدولة الكويت

المستشارين أو المحامين . في الاجتماع التشاري ينبغي التفكير في عدة اقتراحات لحسم النزاع . و لا شك أن أي اقتراح يخضع للمناقشة من قبل الطرف الآخر ، و لكن المهم أن المتفاوض مقدم الاقتراح يكون قد حدد هدفه من قبل ، و لديه الحد الأدنى و الحد الأقصى الذي يمكنه الموافقة في المنطقة الوسطى بينهما . و كل هذا يقتضي أن الاجتماع التشاري لا يضم عددا كبيرا بل يكون مقتصرا على الموثوق فيهم و يمكن أن يتفق رئيس الاجتماع مع أحدهم لإقناع الآخرين باقتراح معين يكون قد حدد له مسبقا أي قبل دخول الاجتماع ، مع إبداء مرونة واضحة في مناقشة الحلول المقترحة و إشراك الجميع في إبداء الرأي سواء أكان موافقا أو معارضا، و بذلك يمكن معرفة آراء الجميع و يكون التركيز على اقتراح معين ، اللهم إلا إذا نتج عن المناقشات وجود اقتراح أفضل يتبناه المفاوضات ليطرحة على غريمه .

٢١ - مناقشة الاقتراحات أو الاقتراح الذي توصل إليه الاجتماع السابق مع الطرف الآخر في النزاع ، بحيث يعتبر اقتراحك مجرد اقتراح و ليس عرضا حتى تعرف وجهة نظره و قد تعرف ما يريد التوصل إليه ، فيمكنك عندئذ تقدير موقفك و موقفه و

دعوة للكتابة

يسرنا ان ندعوا المهتمين والمتابعين لمواضيع التحكيم التجاري والمواضيع القانونية الأخرى ذات العلاقة الكتابة اليينا لنشر مقالاتهم الخاصة في نشره التحكيم التجاري .

لمزيد من المعلومات يرجى مراسلتنا على العنوان المبين في الصفحة رقم ٣





نبذة عن مركز التحكيم التجاري



لقد وجد المركز من أجل خدمة القضايا التجارية ، بما في ذلك القضايا المتعلقة بالبنوك والمصارف والتأمين وإعادة التأمين والائتمانات والخدمات الهندسية والمقاولات المختلفة والملكية الفكرية بجوانبها التجارية والصناعية وحقوق المؤلف وكافة عقود التجارة الدولية وغيرها من القضايا ذات الصبغة التجارية العامة.

التحكيم التجاري

- ١) التحكيم التجاري بموجب أنظمة ولوائح المركز ، حيث تلتزم الأطراف المتنازعة وهيئة التحكيم المشكلة بالتقيد بهذه الأنظمة واللوائح وتنفيذها .
- ٢) التحكيم الحر أو التحكيم حسب أنظمة ولوائح هيئات ومؤسسات تحكيمية دولية أو عربية أخرى .
- ٣) توفير المكان المهيأ لعقد جلسات التحكيم سواء ضمن مبنى المركز أو خارجه .
- ٤) تقديم أعمال السكرتارية والترجمة وحفظ الملفات بسرية تامة ، كما يعمل المركز كقناة اتصال بين أعضاء هيئة التحكيم والأطراف المتنازعة . تزويد الأطراف بناء على طلبهم بقوائم المحكمين حسب مؤهلاتهم وخبراتهم واختصاصاتهم ، لاختيار المناسب منهم ضمن هيئة التحكيم .
- ٥) تعيين المحكم / المحكمين أو رئيس هيئة التحكيم للقضية المعنية ، بناء على طلب الأطراف أو الهيئات الرسمية .
- ٦) توفير المعلومات المتعلقة بالتحكيم التجاري في دول مجلس التعاون بشكل خاص ، وفي الدول العربية والاجنبية بشكل عام .

التثقيف والتوعية والتدريب التحكيمي

- أ- تنظيم الدورات والندوات وورش العمل في مجال التحكيم التجاري بشكل خاص والقانون بشكل عام ، لخلق ونشر الوعي التحكيمي بين المؤسسات العامة والخاصة بدول مجلس التعاون وتعريفها بأهمية وفاعلية التحكيم ومزاياه العملية في حل المنازعات التجارية.
- ب- إصدار النشرة الدورية للمركز التي تغطي مواضيع كثيرة تتعلق بالتحكيم وقواعده المنظمة والقضايا التجارية والسوابق التحكيمية سواء على المستوى الإقليمي أو العالمي .

مزايا اللجوء للتحكيم

- توفر الخدمات المهنية السريعة والفعالة التي يقدمها المركز الكثير من الجهد والمال والوقت على الأطراف المتنازعة .
- تضمين شرط التحكيم النموذجي في العقود يسهل إجراءات البت في المنازعات التجارية التي قد تنشأ بين الأطراف المختلفة .
- في جميع الأحوال يصدر الحكم خلال مدة قصاها مائة يوم من تاريخ إحالة ملف القضية إلى الهيئة ما لم يتفق الأطراف على مدة أخرى لصنور الحكم .
- يكون الحكم الصادر من الهيئة نهائياً وتعهد الأطراف بتنفيذه فوراً .
- لحكام هيئة التحكيم نافذة في الدول الأعضاء في مجلس التعاون بعد الأمر بتنفيذها من قبل الجهة القضائية المختصة .

شروط التحكيم النموذجي

يشجع المركز الأطراف الراغبة في الدخول في تعاقبات تجارية على تضمين شرط التحكيم حسب نص المادة ٢/٢ من لائحة إجراءات التحكيم بالمركز وفق النص التالي :

" جميع الخلافات التي تنشأ عن هذا العقد أو التي لها علاقة به يتم حلها نهائياً وفقاً لنظام مركز التحكيم التجاري لدول مجلس التعاون لدول الخليج العربية "

الإتصال بالمركز

يرحب المركز بآلية مقترحات أو ملاحظات حول لئطته وعمله وأنظمتة ، وترحب الأمانة العامة على وجه الخصوص ، وتحرص على مقابلة المسؤولين والمستشارين القانونيين لإلقاء مزيد من الضوء على المركز ودوره والرد على أية استفسارات أخرى ، بهدف تعزيز التعاون المشترك لما فيه مصلحة الجميع .



قائمة بالمقالات التي ستُنشر في الأعداد القادمة من نشرة التحكيم التجاري

١. التحكيم وصلته بالقضاء والمحاماة في حل المنازعات التجارية.
بقلم الدكتور / إبراهيم حسن الملا .

٢. مدى إنصراف أثر التحكيم إلى الغير -
بقلم الاستاذ / سلمان عبد الله سهوان .

٣. التحكيم ضرورةً عصرية وحاجة صائبة .
بقلم المحامي / عبد الله بن أحمد الشيباني .

٤. خطوات نحو التحكيم البحري المنظم .
بقلم الدكتور / هشام بابان .

٥. التعريف بالتجارة الإلكترونية والإنترنت .
مقدمة من مكتب الغزاوي للمحاماة .

٦. الاتجاهات الدولية في ادانة ومجازاة نزاع ملكية المستثمر بطريق مباشر او غير مباشر .
بقلم الدكتور / محيي الدين علم الدين .

٧. واقع وأفاق تطوير مهنة المحاماة في المملكة العربية السعودية .
إعداد الدكتور / بأكبر بكرى حسن .

٨. مقال حول " المطالبات " .
بقلم الدكتور / عبد الرؤوف جابر .





تجدون في العدد القادم من التشرة

العدد رقم ٢٩ - يونيو ٢٠٠٤

- ❖ تنمة للورقة المقدمة من الدكتور / أبراهيم حسن الملا تحت عنوان (الاستعانة بالخبراء أمام التحكيم لإثبات القاعدة العرفية) .
- ❖ ورقة بعنوان هل تأخر الوقت لدولة الإمارات العربية المتحدة للتقدم بالتحفظات الواردة في اتفاقية نيويورك للاعتراف وتنفيذ أحكام التحكيم الأجنبية لسنة ١٩٥٨ وإضافتها كشرط للانتظام النهائي إلى الاتفاقية ، مقدمة من الأستاذ محمد عبد المجيد حسن المهيري .
- ❖ مقال بعنوان (تبادل الاجاب والقبول في عقود التجارة الإلكترونية التي تتم عبر الانترنت) مقدم من المحامي / حسام طلال الغزاوي .
- ❖ مقال بعنوان (المنظمة الدولية للنقل الجوي " إياتا " والتحكيم التخصصي) مقدم من الدكتور / عبد الرحمن بن سعود الكبير .
- ❖ ورقة بعنوان (نظام المصالحة الاختيارية : كآلية لتسوية المنازعات لدى غرفة التجاري الدولية I.C.C.) مقدمة من الأستاذ / محمد المصطفى حمد محمد مختار .
- ❖ تغطية كاملة للفعاليات القادمة والتي ينظمها المركز خلال الاشهر القادمة .





تدريب المحكمين : المعايير الأساسية

Training For Arbitrators : Basic Criteria

14-16 سبتمبر 2004

14 - 16 September 2004

النجيرة - الإمارات

Fujairah - U.A.E.



