

المطلب الثاني

شروط نزع الملكية

تضمنت معظم التشريعات الوطنية والإتفاقيات الدولية شروطا لنزع ملكية الأموال المستثمرة ، ويمكن إجمالها على النحو التالي :

الشرط الأول : نزع الملكية للمصلحة العامة .

الشرط الثاني : إنتفاء التمييز .

الشرط الثالث : دفع تعويض عادل .

وفيما يلي عرض للشروط الثلاثة في ضوء التشريعات الداخلية والإتفاقيات الثنائية والجماعية .

الشرط الأول : نزع الملكية : أقر القانون الدولي حق الدولة في نزع الملكية كأصل عام كما في القانون الداخلي ، حتى صار ذلك عرفا دوليا^١ ، ومع هذا فقد تتعارض المصلحة العامة مع ذلك المشروع ، فتقدم الدولة المصلحة العامة على الخاصة ، إلا أنه هناك ما لا يسمو إلى مرتبة النفع العام ، وإنما فقط هو نفع عام ، مثال ذلك التأميمات السياسية وليست لدواعف اقتصادية واجتماعية ، ويرى أنصار هذا الرأي أن تعدى هذا القيد " المنفعة العامة " والذي يعد مبدأ من المبادئ العامة للقانون الدولي يعد انحرافا بسلطة

^١ وقد عبر وزير الخارجية الأمريكية Hull عام ١٩٣٩ عن هذا المعنى في مذكرة بعث بها إلى سفير المكسيك على إثر إتخاذ إجراءات نزع الملكية من قبل الحكومة المكسيكية قبل الأمريكيين من أصحاب الأراضي الكائنة بها تطبيقا لقانون الإصلاح الزراعي . وقد قرر في مذكرته " حكومتي قد أكدت دائما حق الدول في تحديد مشاكلها الإجتماعية والزراعية والصناعية وهذا الحق يشمل حق السيادة المقرر لأي حكومة في نزع الملكية الخاصة للأموال الموجودة داخل حدودها تحقيقا للمصلحة العامة " ، ورغم اقرار حكومة الولايات المتحدة بهذا الحق إلا أنها أوجدت ما يسمى بنظرية " قرار الدولة " وهي نظرية في الأساس أقيمت لمواجهة نزع الملكية الصادرة عن الحكومات الأجنبية ، وملخصها هو أن مقتضيات المجاملة اللازمة بين الدول تستلزم الإعتراف بما تتخذه الدولة الأجنبية من قرارات في شأن أخذ الملكية في حدود اختصاصها الإقليمي التابع من حق السيادة . راجع بشئ من التفصيل د . هشام على صادق ، الحماية الدولية للمال الأجنبي مع اشارة خاصة للوسائل المقترحة لحماية الأموال العربية في الدول الغربية ، مرجع سابق ، ص ٣٠ وما بعدها . .

الدولة^{٩١١}، إلا أن هذا الرأي قد جانبه الصواب كما ذهب على ذلك بعض من الفقه فالأخير يرى أن من الأفضل استخدام عبارة نزع الملكية لتحقيق أهداف عامة لأنه لا يشكل الأخذ به إنحرافاً بالسلطة للأسباب الآتية^{٩١٢}:

- الهدف العام من شأنه أن يعطي مساحة أكبر من الحرية للدولة المضيفة لتحقيق أهدافها الإنمائية، ومن شأنه أيضاً أن يحد من سلطة محاكم التحكيم التي قد تخرج فعل الدولة عن المشروعية، ما يجبرها على التعويض، وذلك خلافاً للنص على المنفعة العامة.
- وعلى الصعيد الدولي فإن ميثاق حقوق الدول وواجباتها الاقتصادية حينما أوردت حق الدول في التأميم أو نزع الملكية لم تجعل سبيلاً للتقييد بشرط المنفعة العامة، ومن ثم فإنه يكفي أن يكون النزع لتحقيق أهداف عامة^{٩١٣}. والدولة هي صاحبة السلطة التقديرية في تحديد ما يعتبر من قبيل الصالح العام. على أن هناك جانباً آخر من الفقه يرى أن أحداً لا يستطيع استلزام الشرط الخاص بالمنفعة العامة إذ لا رقابة على الدولة في تقديرها لما تراه يدخل في نطاق الصالح العام، وهذا ما أوضحته الحكومة المكسيكية في ردها على الولايات المتحدة الأمريكية^{٩١٤}.

ومن الملاحظ أن بعض الاتفاقيات التي أبرمتها مصر قد نصت فيها على مصطلح "الهدف العام" في النسخة المحررة باللغة الإنجليزية، وعند ترجمتها في النسخة العربية نصت على مصطلح "المنفعة العامة" ما يعنى أن الدول لا تهتم بالترقية بين المصطلحين^{٩١٥}، وأن العمل الدولي جرى فيما يتعلق بالهدف العام على أن يترك التقدير لسلطة الدولة المضيفة لما لها من سلطات على إقليمها.

^١ د. عبد البارى أحمد عبد البارى، التأميم وآثاره في القانون العام، بدون دار نشر، طبعة ١٩٧٢. نقلاً عن د. لمياء متولى يوسف مرسى، التنظيم الدولي للاستثمار في إطار اتفاقية استثمار متعددة الأطراف، مرجع سابق، ص ٢٢٢.

^٢ د. لمياء متولى يوسف مرسى، التنظيم الدولي للاستثمار في إطار اتفاقية استثمار متعددة الأطراف، مرجع سابق، ص ٢٢٣.

^٣ الفقرة الثانية من المادة الثانية من ميثاق حقوق الدول وواجباتها الاقتصادية.

^٤ ورد في المذكرة المكسيكية في ١٢ أبريل ١٩٣٨ "أن المصلحة العامة وفقاً للقانون الدولي هي المصلحة التي تقدرها الدولة حسبما تراه" وقد لاقى تأييداً في العديد من الأحكام القضائية الصادرة عن محاكم التحكيم. راجع بشئ من التفصيل د. هشام على صادق، الحماية الدولية للمال الأجنبي مع إشارة خاصة للوسائل المقترحة لحماية الأموال العربية في الدول الغربية، مرجع سابق، ص ٣٣ وما بعدها.

^٥ د. لمياء متولى يوسف مرسى، التنظيم الدولي للاستثمار في إطار اتفاقية استثمار متعددة الأطراف، مرجع سابق، ص ٣٧٨.

وقد أيد جانب من الفقه المصري الرأي القائل بعدم استلزام المصلحة العامة كشرط أول من شروط نزع الملكية مكتفياً بشرط عدم التمييز أو إن صح تسميته بالمساواة بين الوطنى والأجنبي .^{٩١٦}

من الجدير بالذكر أن الفقه الدولي يفرق بين نوعين من نزع الملكية للمنفعة العامة ، هما نزع الملكية الفردي ، ونزع الملكية العام ، ويقصد بالأول الإجراءات المتخذة من قبل الدولة فى مواجهة فرد أو عدد محدود من الأفراد بحيث لا تمتد تلك الإجراءات إلى باقى أفراد المجتمع من أجل إجراء تغييرات اقتصادية أو اجتماعية فى التنظيم المجتمعي .^{٩١٧} والأخير يمكن أن نقول أنه فى إطار الإصلاح الشامل . ونتج ذلك التقسيم يظهر فى مجال التعويض ، حيث إنه فى الحالة الأولى يكون التعويض شاملاً يغطى الخسائر ، بينما فى الحالة الثانية لا يشترط كونه كذلك وهو ما سيتضح بإذن الله فى شرط التعويض .

الشرط الثانى : انتفاء التمييز : يمكن تعريف التمييز بأنه : " أخذ ملكية المستثمر الأجنبي دون أعمال ذلك على الوطنيين أو المستثمرين الأجانب التابعين لجنسيات أخرى " ^{٩١٨} . فإن عدم التمييز كشرط فى ضمان عدم نزع الملكية كما سبق الإشارة حاول البعض الإستغناء به عن شرط المصلحة العامة حيث أنه - ومن وجهة نظرهم - أن اشتراط المصلحة العامة هدفه اسباغ المشروعية على إجراءات النزع للملكية ، فإنه يمكن تحقيق هذا الهدف بشرط انتفاء التمييز ، وبمعنى أدق إن جانباً كبيراً من الفقه غلب مبدأ المساواة وعدم التمييز ^{٩١٩} .

فعدم التمييز هذا بحسب الأصل يقتضى عدم التفرقة بين المواطن والأجنبي ، والتمييز يعد غير مشروع فى القانون الدولي متى قام على أسس تحكيمية ، وقد تحققت المساواة بين الطرفين الذى ميز أحدهما على الآخر ^{٩٢٠} ، إلا أن أغلب الفقه قد استقر على جواز التمييز بين المواطن والأجنبي تأميناً للمصالح الاقتصادية للدولة المضيفة ، بل ويتعدى التمييز على جوازه ما بين المستثمرين الأجانب وبعضهم مادام قد استند إلى أسباب معقولة .

^٢ د . هشام على صادق ، الحماية الدولية للمال الأجنبي مع اشارة خاصة للوسائل المقترحة لحماية الأموال العربية فى الدول الغربية ، مرجع سابق ، ص٣٤ .

^٣ د . ناصر عثمان محمد عثمان ، ضمانات الإستثمار الأجنبي فى الدول العربية ، مرجع سابق ، ص٥١ .

^٤ د . عصام الدين مصطفى بسيم ، النظام القانوني للإستثمارات الأجنبية الخاصة فى الدول النامية ، ص٢٢٦

^١ د . هشام على صادق ، الحماية الدولية للمال الأجنبي مع اشارة خاصة للوسائل المقترحة لحماية الأموال العربية فى الدول الغربية ، مرجع سابق ، ص٤٨ .

^٢ د . لمياء متولى يوسف مرسى ، التنظيم الدولي للإستثمار فى إطار اتفاقية استثمار متعددة الأطراف ، مرجع سابق ، ص٣٧٩ .

من الجدير بالذكر أن التشريعات العربية لم تنتهج أسلوباً واحداً في شرط التمييز على النحو التالي :

- لم ينص المشرع المصري على شرط التمييز في قانون الاستثمار رقم (٨) لسنة ١٩٩٧ ، وكذا المشرع الكويتي ، والسعودي والعماني في قوانينهم الخاصة بالاستثمار . ويتوجب تدارك النص عن طريق إدراج تعديلات تشريعية تتبني النص على ذلك الشرط لا سيما وجانب كبير من الفقه الدولي يركز عليه كبديل فعال عن شرط المصلحة العامة .
- ومن بين التشريعات التي تنص على شرط التمييز ، المشرع اليمني ، حيث نص في القانون رقم ١٥ لسنة ٢٠١٠م في مادته الثالثة على أن نزع الملكية يكون على أسس غير تمييزية .

- أما في المعاهدات الدولية فقد جرى النص على هذا الشرط ضمن بنودها ، حتى ولو لم يكن هذا الشرط منصوصاً عليه في قانون الدولة الطرف في المعاهدة ، ومثال ذلك سلطنة عمان وجمهورية مصر العربية ، حيث لم ينص كل منهما في تشريعه الخاص بالاستثمار على شرط عدم التمييز ، إلا أنه عند إبرام الاتفاقية بينهما الخاصة بالاستثمار قد نصا على هذا الشرط ، فقد نصت الاتفاقية بين جمهورية مصر العربية وسلطنة عمان في المادة الخامسة من الاتفاقية على :
 “١- لا تخضع إستثمارات مستثمرى أى من الطرفين المتعاقدين للتأميم أو المصادرة ، أو أية إجراءات أخرى ذات تأثير مماثل بشكل مباشر أو غير مباشر فى إقليم الطرف المتعاقد الآخر ، إلا إذا كان ذلك لأغراض المصلحة العامة على أساس غير تمييزي ، وفى مقابل تعويض عادل ، طبقاً للإجراءات القانونية وبدون تأخير لا مبرر له “ . ما يبرز أهمية هذا الشرط لنزع الملكية

الشرط الثالث : دفع تعويض عادل^{٩٢١} : وفقاً للنصوص القانونية سالفه الذكر^{٩٢٢} وإضافة للإتفاقيات الدولية يتبين أن دفع التعويض هو حق قرره النصوص القانونية على المستويين الداخلى والدولى كضمان قانوني للمستثمر ، إذ إنه يشكل حقا له وواجباً على الدولة المضيفة التي تتخذ إجراءات نزع الملكية فى مواجهته ، فالتعويض ما هو إلا جبر ضرر لحق بالمستثمر لمنعه من ممارسته حقوقه على مشروعه الإستثماري^{٩٢٣} . ووفقاً للمادة ١٨ فى فقرتها الأولى من اتفاقية إنشاء المؤسسة العربية لضمان الإستثمار فإن مجرد وقوع

^١ رفض جانب كبير من الفقه فى روسيا وكذا من تبني الفكر الماركسي قبل انهيارها عام ١٩٨٩ مبدأ قيام الدولة بأداء التعويض عند نزع الملكية ، إعتقاداً على كون الشعب هو صاحب حق تقرير المصير السياسي والإقتصادي لدولته . وأن التعويض من قبلها للمستثمر الأجنبي هو نتاج التزامها بمبدأ عدم التمييز ، بمعنى أدق أن القانون الدولي يعطى الحق فى التعويض للأجنبي إذا ما كان هذا الحق مقرر للوطني بالأساس ، فإن لم يكن مقرر له فلا يحق للمستثمر طلبه كنتيجة حتمية لعدم التمييز .

^٢ نحيل عليها فى الفرع الأول منعا للتكرار على أن يكن التعرض لألفاظ جهورية سواء فى القوانين أو الإتفاقيات الدولية فى هذا الشرط ، لما قد لحق هذا الشرط من بعض التطورات والإختلافات .

^٣ د . بدر علي بن علي الجمرة ، ضمانات الاستثمار وفقاً للقانونين المصري واليمني ، ص٤٩ .

التأميم أو المصادرة أو نزع الملكية أو ما يشابهها مما ورد لا يؤدي بذاته إلى استحقاق التعويض للمستثمر المضمون ، وإنما يجب أن يترتب حرمانه من حقوقه الجوهرية^{٩٢٤} على أن يكون ذلك نتيجة مباشرة لنزع الملكية وفي ضوء الإتفاقية أيضا لا بد أن يكون حرمان المستثمر من حقوقه الجوهرية خلال مدة يحددها عقد الضمان المبرم .

إن التعويض في ضوء الإتفاقيات الدولية الحديثة وكذا باستقراء القوانين الداخلية ونصها صراحة عليه يجعلنا أمام ظاهرة اعتراف حقيقي بأحقية المستثمر في التعويض عن الخسائر التي لحقت به جراء نزع ملكية المشروع الاستثماري فقد سار على نفس المنهجية الدول النامية العاملة على جذب الإستثمارات ، ومن ثم لم يعول على ما اتخذته الاتحاد السوفيتي من عدم تعويض المستثمرين المتضررين من نزع الملكية والتأميم ، وإن كان قد آل أمر روسيا السوفيتية الى منح تعويضات جزئية ، وقد رأى جانب من الفقه أنها محاولة من الفكر الماركسي للتوفيق بين النظرة العقائدية الشيوعية للملكية الخاصة ، وبين الأنظمة الرأسمالية الأخرى ، توصلا للتعايش السلمي بين الأنظمة المختلفة^{٩٢٥} .

كما اختلفت النصوص القانونية على الصعيد الدولي والداخلي في وصف التعويض ، ففي حين نص البعض على كون التعويض يجب أن يكون عادلا فقط ، مثل التشريع المصري ، والسعودي ، والعماني^{٩٢٦} ، ذهبت تشريعات أخرى إلى ضرورة كون التعويض منصفا^{٩٢٧} ، في حين أضافت بعض التشريعات كونه فوريا^{٩٢٨} ، وأكتفت أخرى بكونه مناسبا^{٩٢٩} .

وإذا ما نظرنا للاتفاقيات المبرمة بين سلطنة عمان مع بعض الدول لم نجدنا تبنيت منهجية نصية واحدة ، بل تعددت ، فنجدها على سبيل المثال في اتفاقيتها مع جمهورية ألمانيا الاتحادية بعد أن ذكرت التأميم والمصادرة ، وإدخال إجراءات له نفس الأثر ، نصت على أن يكون ذلك : " لقاء تعويض وينبغي أن

^١ والحقوق الجوهرية تتمثل في : حرمان المستثمر من الممارسة الفعلية لحقوقه الجوهرية بوصفه شريكا في المشروع الاستثماري مثل التصرف في اسهمه وحصصه ، ومنها أيضا - الحقوق الجوهرية حرمانه من استلام مستحقاته من اصل استثماره أو عوائده منها ، أضف إلى ذلك حرمانه من السيطرة الفعلية في القطر المضيف على ما تسلمه من أصل استثماره ، مع حرمانه من إمكانية تحويل ما استلمه من أصل استثماره . راجع تفصيلا د . هشام علي صادق ، النظام العربي لضمان الإستثمار ضد المخاطر غير التجارية ، مرجع سابق ، ص ١٣٥ وما بعدها .

^٢ د . هشام علي صادق ، الحماية الدولية للمال الاجنبي ، مرجع سابق ص ٧٤ .

^٣ كما اتضح في مطلب التعريف بنزع الملكية فقد وردت النصوص خالية من اي اوصاف غير كونها عادلة .

^٤ ورد هذا النص بالتشريع الجزائري بنص المادة (١٦) من قانون الإستثمار الجزائري .

^٥ راجع نص التشريع الليبي في مادته (٢٣) .

^١ نص المادتين (٤١ ، ٣٩) من قانون الإستثمار الجيبوتي .

يكون التعويض مساويا لقيمة الاستثمارات . . . ، ويتعين سداد قيمة التعويض دون تأخير . . . “ ٩٣٠ ، ونصت في اتفاقيتها مع الجمهورية التونسية على أنه : “ لا يجوز نزع ملكية إستثمارات رعايا أى من الطرفين المتعاقدين في تراب الطرف لمتعاقد الآخر ، ، وفي مقابل تعويض عادل ، ومجري ، وفوري ، ويقدر هذا التعويض بالقيمة السوقية للاستثمار المنزوعة ملكيته في تاريخ نزع الملكية ويتم الدفع بدون تأخير بصفة فورية . . . “ ٩٣١ . في حين انها اكدت بالنص على الفورية في الاتفاقية المبرمة بين سلطنة عمان والجمهورية الإيطالية بأن أوردت النص التالي بعد ذكر التأميم ونزع الملكية : “ ومقابل تعويض يدفع فوراً على أن يقدر ذلك التعويض على أساس قيمة الاستثمارات السائدة في السوق قبل نزع ملكيتها مباشرة “ ٩٣٢ . أما الإتفاقية المبرمة مع جمهورية فرنسا فقد زادت لفظاً لم يكن مدرجاً بنصوص الإتفاقيات التي وقعتها سلطنة عمان مع الدول الأخرى ، بل وما لحقها من اتفاقيات فقد نصت بعد ذكر التأميم ونزع الملكية على شرط أوردته بالصيغة التالية : “ . . . وبشرط ألا تؤدي هذه الإجراءات إلى تمييز أو تكون متعارضة مع تعهد محدد ٩٣٣ ، ويجب أن يؤدي عن أي إجراءات قد تتخذ لنزع الملكية تعويض فوري ومناسب يحسب مقداره على أساس القيمة الحقيقية للاستثمارات المعنية ، وأن يقدر بالنسبة للوضع الإقتصادي العادي السائد قبل اتخاذ إجراء نزع الملكية “ ٩٣٤ .

وقد تناول النص الوارد في الاتفاقية المبرمة بين سلطنة عمان وجمهورية مصر العربية وصفاً محدداً للتعويض الجابر الناتج عن نزع الملكية ، فقد نصت على أن يكون التأميم أو المصادرة أو نزع الملكية معتمداً على اساس غير تمييزي اضافة لوجود المصلحة العامة “ وفي مقابل تعويض عادل ، طبقاً

^٢ تاريخ توقيع الإتفاقية ٢٥ يونيو ١٩٧٩ ، صدقت بالمرسوم السلطاني رقم ٤٤ / ١٩٧٩ ، الفقرة الثانية من المادة الرابعة من الإتفاقية .

^٣ من نص الفقرة الرابعة من المادة الثانية من الإتفاقية المذكورة ، صدقت بالمرسوم السلطاني رقم ١٠٤ / ١٩٩١ .

^٤ من نص الفقرة الأولى من المادة الخامسة ، من الإتفاقية المذكورة ، صدقت بالمرسوم السلطاني رقم ٦٧ / ١٩٩٣ .

^٥ من المبادئ التي استقرت في العرف الدولي ان تنقيد لدولة بما تعهدت به من التزامات بمقتضى المعاهدات الدولية ، مالم يحدث ما يجعلها مجبرة على تغيير هذا التعهد من قبلها ، أى ما يخرجها عن التزامها ويحلها منه . اعتماداً على ما يسمى بنظرية تغير الظروف وقد حاولت روسيا الاستناد لتلك النظرية . راجع تفصيلاً د . هشام على صادق ، الحماية لدولية للمال لأجنبي ، مرجع سابق ، ص ٤٠ وما بعدها .

^١ الفقرة الثانية من المادة الخامسة من الإتفاقية المذكورة ، صدقت بالمرسوم السلطاني رقم ٧٤ / ١٩٩٥ .

للإجراءات القانونية، وبدون تأخير لا مبرر له. ٢- يكون التعويض العادل مبنيًا على أساس القيمة السوقية الحقيقية السابقة مباشرة للوقت الذي تم فيه إعلان أو إذاعة قرار التأميم أو نزع الملكية^{٩٣٥}.

أما اتفاقية الاستثمار متعددة الأطراف فقد وضعت أوصافاً محددة للتعويض بأن نصت على كونه (حالياً) إشارة للفورية في مواعيد دفع التعويض للمتضرر، و(مناسباً) إشارة لقدر التعويض، و(فعالاً) يقصد به إمكانية تحويل العملة وانتقالها، وأصبح هذا الوصف قاعدة ملزمة مصدرها العرف الدولي اعتماداً على مبدأ احترام الحقوق المكتسبة للأجنبي في مواجهة الدولة المضيفة. وزادت أن يتم دفعه دون تأخير بحيث توجد مدة زمنية بسيطة هي الفاصلة بين تاريخ نزع الملكية والتعويض الجابر للضرر^{٩٣٦}. وأخيراً فقد أوضحت أن التعويض يجب أن يكون مساوياً للقيمة السوقية للاستثمارات المنزوعة ملكيتها قبل نزع الملكية.

ومن الملاحظ أن الدول العربية منها ما نص على تلك الشروط إن جاز التعبير في نصوص اتفاقياتها المبرمة بحسب تقدمها في المجال الاستثماري وكان أبرز دليل سلطنة عمان فقد اختلفت النصوص القانونية في الاتفاقيات التي أبرمتها على نحو ما ذكر.

ومن المفيد توضيح الفرق بين نزع الملكية الفردي ونزع الملكية العام - والذي أشير له من قبل عند الحديث عن نزع الملكية وشرط المصلحة العامة - هو فرق يبدو جلياً في مسألة التعويض ففي الحالة الأولى يكون التعويض شاملاً من شأنه أن يغطي كافة الخسائر التي لحقت للمتضرر، أما الحالة الثانية فلا يشترط أن يكون التعويض شاملاً وحالاً وفعالاً، إذ أن الحالة الثانية سببها هو الإصلاحات الاقتصادية والاجتماعية بالدولة، ويصعب على الدولة الالتزام بالتعويض على النحو الموصوف من كونه شاملاً وحالاً وفعالاً^{٩٣٧}.

^٢ الفقرة الأولى والثانية من المادة الخمسة من الاتفاقية المذكورة، صدقت بالمرسوم السلطاني رقم ١٩٩٩/٥٧

^٣ د. لمياء متولى يوسف مرسي، التنظيم الدولي للاستثمار في إطار اتفاقية استثمار متعددة الأطراف، ص ٣٨١ وما بعدها.

^{٩٣٧} د. هشام على صادق، الحماية الدولية للمال الأجنبي، مرجع سابق، ص ٧٠.

المبحث الثاني

ضمان حماية المشروعات الإستثمارية من خطر التأميم

يعد التأميم أحد أهم المخاطر السياسية لأي مستثمر أجنبي ، حيث أنه يمس بأصل حق الملكية ، ومن ثم فإن لم يجد المستثمر ضماناً قانونية تعطيه قدرأ من الثقة والإطمئنان على المشروعات الإستثمارية ، فإنه ولا ريب في ذلك سيبحث عن أرض خصبة أخرى تتقبل إستثماراته إعتقاداً منها على تذييل الصعوبات لهذا المستثمر .

ولما كان الواقع يثبت أن حجم الإستثمارات الأجنبية في الدول المتقدمة ونظيراتها النامية يتناسب عكسياً مع حجم المخاطر السياسية^{٩٣٨} ، وبمعنى أدق أنها كلما استطاعت الدولة الجاذبة للإستثمارات تقليص وتحجيم المخاطر السياسية - ومنها التأميم الذي نحن بصدده - كلما تمكنت أكثر من اجتذاب أكبر قدر من الإستثمارات ، نظراً لما توفره من طمأنينة للمستثمر الأجنبي ، ولذا نجد أكثر الدول تنص في تشريعاتها الداخلية على تلك المخاطر في صورة ضمانات الحماية للمشروع الإستثماري ، سواء أكان النص في دساتيرها أو قوانينها الداخلية ولوائحها ، أو عن طريق النص صراحة في الإتفاقيات بشقيها الجماعية والثنائية كما سيتضح عند دراسة المطلبين التاليين :

- **المطلب الأول :** مفهوم التأميم وخصائصه .
- **المطلب الثاني :** ضمان حظر التأميم في القوانين الداخلية والإتفاقيات الدولية .

^{٩٣٨} د . سامي عبد الباقي أبو صالح ، الإطار القانوني للاستثمارات الأجنبية في مصر ، ص ٣٠ .

المطلب الأول

مفهوم التأمين وخصائصه

إذا ما أراد الباحث إلقاء الضوء على مفهوم التأمين ، تمهيدا لبيان كونه معرقلا من معرقات الجذب للإستثمار الأجنبي ، فكان لزاما التعرض للمحة تاريخية حول ظهور التأمين ، إذ لا يمكن وفقا لمقتضيات العقل التعرض للتعريف دون فهم مضمون المراد تعريفه ، ليكن تعريفا منضبطا ، فقد كان أول ظهور له عام ١٩١٧ ، إذ ظهر للعيان أثره عندما أحدثت خلافا في الأفكار التقليدية ، التي تحدد نطاق الدولة في إصدار قرارات أخذ الملكية في نطاق الأموال الكائنة في إقليمها^{٩٣} ، إذ تعرض مبدأ الملكية الفردية للإنهيار في كل من المكسيك وروسيا ، فقد أصبح دور حق الملكية ذو وظيفة إقتصادية أكثر من كونه حقا مقدسا كما كان^{٩٤} . إذ إن الفكر الإشتراكي قد لعب دوراً في غاية الخطورة ، فقد أصبح التأمين هو الوسيلة القانونية المبتدعة لسيطرة الدولة وفرض هيمنتها على الوسائل المختلفة ، وبالتالي تحولت المشروعات من الملكية الفردية لأصحابها إلى ملكية الجماعة الوطنية ، وغالبا ما كان الهدف الرئيس والمرجو من التأمين هو تحقيق أهداف إقتصادية ، أو إجتماعية ، إضافة للسياسية تعود بالنفع على الدولة كما سنبين الدراسة التحليلية لفكرة التأمين في هذا المطلب والذي يليه^{٩٥} .

يعرف التأمين بأنه : " إجراء يتم بموجبه نقل وسائل الإنتاج والتبادل من الملكية الخاصة إلى الملكية العامة بواسطة قرار يصدر عن السلطة العامة في الدولة بغرض إستغلالها لصالح الشعب في مجموعه " ^{٩٦} .

١ د . هشام علي صادق ، الحماية الدولية للمال الأجنبي مع إشارة خاصة للوسائل المقترحة لحماية الأموال العربية في الدول الغربية ، مرجع سابق ، ص ٣٥ .

٢ د . بدر علي بن علي الجمرة ، ضمانات الإستثمار وفقا للقانونين المصري واليمني ، مرجع سابق ، ص ٥٠ .

٣ عرف التاريخ التأمين لأول مرة في عام ١٩١٧ في المكسيك بالنص عليه في دستور المكسيك كأحد المؤسسات القانونية وأعقب ذلك النص عليه في المراسيم الثورية الأولى بعد قيام الثورة البلشفية عام ١٩١٧ في الاتحاد السوفيتي ، ولم يعرف العراق التأمين قبل الستينيات من القرن الماضي ، فقد كان أول قانون للتأمين صدر في العراق هو القانون رقم ٩٩ لسنة ١٩٦٤ ، وقد أمتت شركات كثيرة على أثر إدراجها بالجدول المرفق بهذا القانون ، ثم اعقبه القانون رقم ١٠٠ لسنة ١٩٦٤ وقد تضمن تأمين البنوك والمصارف غير الحكومية ، ثم صدر القانون رقم ٦٩ لسنة ١٩٧٢ . . . راجع د . محمد عمر مولود ، الضمانات الدستورية والتشريعية في العراق دراسة مقارنة ، ص ٦٨٢ .

١ د . غسان علي علي ، الإستثمارات الأجنبية ودور التحكيم في تسوية المنازعات التي قد تثور بصددتها ، رسالة دكتوراه حقوق عين شمس ، سنة ٢٠٠٤ ، ص ٩٥ ، د . ناصر عثمان محمد ، ضمانات الإستثمار الأجنبي في الدول العربية ، ص ٥٦ .

هذا ، وقد اختزل التعريف السابق بتعريف أوجز منه فقيل هو : " نقل ملكية مشروع معين إلى الأمة " ^{٩٤٣} ، وثالث تلك التعريفات يمكن صياغته كالآتي : " هو عمل ينقل للدولة الممتلكات والحقوق الخاصة في نشاط معين بمقتضى تشريع وللصلحة العامة بغرض إستغلالها والسيطرة عليها لتوجيهها نحو أهداف معينة " ^{٩٤٤} .

ولما كان التأميم هو عملية نقل الممتلكات الخاصة بالمستثمر للدولة ، فإننا بلا شك أمام عمل من أعمال السيادة ، فهو احد الوسائل التي انتهجتها الدول وبصفة خاصة النامية منها ، من أجل السيطرة على نشاطها الإقتصادي لتحقيق مصالحها الوطنية ، ورغم كونه يتفق ونظيره المصادرة ونزع الملكية في كونهم مخاطر سياسية ، أو بمعنى آخر مخاطر غير تجارية ، إلا أن له سماته الخاصة التي تميزه عن كليهما ، ومن الجدير بالملاحظة والذكر قبل الخوض في بيان خصائصه لابد من بيان عناصر التأميم الثالث :

- ١- من حيث الشكل : يصدر التأميم بقرار من السلطة العامة المختصة سواء التنفيذية أو التشريعية .
- ٢- من حيث الموضوع : يرد التأميم على الأموال الخاصة للمستثمر سواء كانت عقارية أو منقولة .
- ٣- من حيث الغاية : الهدف الرئيس للتأميم هو تحويل الملكية الخاصة إلى ملكية عامة ، فتنقل من ملكية المستثمر إلى ملكية الدولة وفقا للصورة التي تبنتها الدولة إما كلية أو جزئية ^{٩٤٥} .

أما خصائص التأميم التي تميزه عن غيره من طرق نزع الملكية :

- ١- يختلف التأميم عن نزع الملكية للمصلحة العامة في أن الأخير يتم بإجراء عادي من إجراءات الجهة الإدارية المختصة ، ومحله عقارات محدودة خلافاً للأول الذي يمتد إلى

٢ د . أحمد عشوش و د . عمر أبو بكر خاشب ، النظام القانوني للاتفاقيات البترولية في دول مجلس التعاون الخليجي ، دراسة مقارنة ، مؤسسة شباب الجامعة ، الإسكندرية ، سنة ١٩٩٠ ، ص٣٣٣ .

٣ د . هشام خالد ، عقد ضمان الإستثمار ، سنة ٢٠٠٠ ، ص١٦٦ . د . د . ناصر عثمان محمد ، ضمانات الإستثمار الأجنبي في الدول العربية ، ص٥٦ .

١ د . أحمد أبو الوفا ، الوسيط في القانون الدولي العام ، دار النهضة العربية ، القاهرة ، ٢٠٠٢ ، ص٦٠٦ .

- عقارات ومنقولات المستثمر إضافة إلى كونه عمل سيادي ، وليس له سبيل من طرق الطعن عليه^{٩٤٦} .
- ٢- قرار نزع الملكية يصدر بناء على إعتبرات المنفعة العامة فقط ، أما التأميم فكما اتضح هدفه الرئيس هو خطة إصلاحية وضعت معالمها الدولة من أجل إعادة هيكلتها إقتصاديا ، فهي ترمي من وراء التأميم لتحقيق أهداف سياسية وإقتصادية وإجتماعية .
- ٣- يختلف التأميم عن نزع الملكية من ناحية قيمة التعويض حيث أن المستقر عليه كون التعويض عن نزع الملكية يتمتع بالصفة الشمولية لكل الضرر الناجم عنه للمستثمر كما سبق البيان في محله ، خلافا للمصادرة التي لا يصحبها تعويض لأنها ذات طابع جزائي طالما كانت في مواجهة أعمال غير مشروعة^{٩٤٧} ، وأما التأميم فالتعويض ليس شرطا في صحة العملية التأميمية ولا ركنا له ، وإنما هو لا يعدو كونه مجرد أثر من آثاره^{٩٤٨} .
- ٤- يختلف التأميم عن المصادرة في كونه لا يحمل الطابع الجزائي الذي طالما إتسمت به المصادرة ، ذلك أن التأميم يهدف إلى “ إدراك عقيدة مسبقة مؤداها وجوب تملك الشعب لوسائل الإنتاج تحقيقا لصالح المجموع (التأميم الأيديولوجي) ، أو إلى مجرد تحقيق إعتبرات إصلاحية تهدف إلى القضاء على الإحتكارات الأجنبية (التأميم الإصلاحي) ” .^{٩٤٩}

٢ د . عبد البارى احمد عبد البارى ، التأميم وآثاره فى القانون الدولى العام ، رسالة دكتوراه كلية الحقوق ، جامعة القاهرة ، سنة ٩٧٢ ، ص ٩١ . د/ أحمد القشيري ، التأميم فى القانون الدولى الخاص ، مجلة العلوم القانونية والإقتصادية ، س ١١ ، العدد الأول ، يناير ١٩٦٩ ص ٢٤٩ .

١ د . هشام علي صادق ، النظام العربى لضمان الإستثمار ضد المخاطر غير التجارية ، مرجع سابق ، ص ١٣١ .

٢ د . بدر على الجمرة ، ضمانات الإستثمار وفقا للقانونين المصرى واليمنى ، ص ٥٢ .

٣ د . هشام علي صادق ، الحماية الدولية للمال الأجنبي ، مرجع سابق ، ص ٢٤ .

المطلب الثاني

ضمان حظر التأميم في القوانين الداخلية والإتفاقيات الدولية

إذا ما تبين من المطلب السابق ماهية التأميم وفقا للمفاهيم المطروحة ، وإن كانت لا تختلف من حيث الهدف ، فإن من البديهي التعرض للتأميم في صورته القانونية بالنظر والتحليل في ضوء الدساتير والتشريعات الداخلية ، إضافة للإتفاقيات الدولية ، بيانا لكيفية تعامل المجتمع الدولي مع تلك الظاهرة المستحدثة ، فلا يكاد تشريع من تشريعات الدول الجاذبة للإستثمار إلا وقد أفرد نصا قانونيا مستقلا في دستوره ، أو تقنيناته الداخلية ، التي نص عليها لتنظيم قواعد الإستثمار ، وتعرض لكل منها على النحو التالي :

أولاً : النصوص الدستورية :

نص المشرع العماني في النظام الأساسي للدولة والصادر بالمرسوم السلطاني رقم (٩٦/١٠١) على أن : " الملكية الخاصة مصونة فلا يمنع أحد من التصرف في ملكه إلا بسبب المنفعة العامة في الأحوال المبينة في القانون ، وبالكيفية المنصوص عليها فيه ، وبشرط تعويضه عنها تعويضا عادلا . . . " ثم نص على المصادرة نصا صريحا بأن : " المصادرة العامة للأموال محظورة ، . . . " ^{٩٥٠} . ومن ثم فقد خلا دستور سلطنة عمان من النص صراحة على التأميم ولعل المشرع اكتفا بنصه على حرمة الملكية الفردية ووضع ضوابطها ، ثم النص على المصادرة لما تحمله من طابع جزائي وقد أوضح الباحث تفصيله في محله .

هذا ، وقد نص المشرع المصري في دستور ١٩٧١ الملغى على أنه " لا يجوز التأميم إلا لإعتبارات الصالح العام ، وبقانون ، ومقابل تعويض " ^{٩٥١} ، فقد أقر الدستور بجواز التأميم متى كان ذلك تحقيقا لإعتبارات الصالح العام ، ومشروطا بصدور قانون ، وذلك على أن يعوض الطرف الذي أمتت أمواله لصالح الدولة . إلا أنه رغم إلغاء العمل بهذا الدستور ، فقد نص الدستور الصادر سنة ٢٠١٢ على أنه " لا يجوز التأميم إلا لإعتبارات الصالح العام ، وبقانون ، ومقابل تعويض عادل " ^{٩٥٢} . فقد استنسخت النص الدستوري من دستور ١٩٧١ وأضافت له شرط كونه عادلا ، إلا أنه ما لبث أن لغى هذا الدستور وصدر الإعلان الدستوري سنة ٢٠١٣ ولم يتعرض للتأميم بصريح اللفظ وإنما إكتفى كما فعل المشرع العماني بنصه على أن : " الملكية الخاصة مصونة ، ولايجوز فرض الحراسة عليها ، وبحكم قضائي ولا تنزع الملكية إلا للمنفعة العامة ، ومقابل تعويض عادل ، وذلك كله وفقا للقانون " ^{٩٥٣} . ^{٩٥٤} هذا ، وقد ألغى الدستور المصري الأخير بدستور ٢٠١٣ ولم ينص صراحة على التأميم .

١ المادة رقم ١١ من النظام الاساسي للدولة .

٢ الدستور المصري الأسبق دستور ١٩٧١ الملغى ، المادة ٣٥ منه .

١ المادة ٢٩ من الدستور المصري الصادر في ٣٠ نوفمبر ٢٠١٢ .

٢ المادة ١١ من الإعلان الدستوري الصادر في ٢٠١٣ .

ثانيا : النصوص القانونية الداخلية :

نصت أغلب التشريعات على حظر التأمين للمشروعات الإستثمارية ، في محاولة منها - كما سبق الإشارة - لتجنب نفور المستثمر الأجنبي من التشريعات التي لم تحمي استثماراتها من أحد أهم المخاطر غير التجارية ، وقد انتقد بعض الفقه هذا المسلك من قبل تلك التشريعات باعتبار أن فيها سخاء من المشرع أكثر من الحد اللائق والمعقول ومخالفتها للقانون الدولي^{٩٥٥} ، فقد نص القانون المصري في مادته الثامنة على أنه : " لا يجوز تأمين الشركات ، أو المنشآت ، أو مصادرتها " ^{٩٥٦} .

ووفقاً للتعديلات الدستورية التي تمت خلال الفترة الراهنة والتي تسمى بالربيع العربي فإن النص الأخير لدستور مصر الصادر ٢٠١٣ لم ينص صراحة على التأمين ، وإن أشار على المصادرة ونزع الملكية ، فإنه يمكن القول أن هذا الإغفال من المشرع لنص التأمين قد أخرج قانون الإستثمار وتحديد نص مادته الخاصة بعدم جواز تأمين الشركات والمنشآت من الصراع الفقهي الدائر بشأنها حيث ذهب جانب من الفقه إلى القول أن نص المادة (٨) من قانون الإستثمار المصري سالف الذكر لا تتفق وحكم المادتين ٣٦ ، ٣٥ من الدستور المصري الصادر عام ١٩٧١م^{٩٥٧} ، لذا يخلص رأى في الفقه إلى أنه : " إذا كان الدستور

٣ وقد اقتصر الباحث على هذين النصين الدستوريين العماني والمصري لأنهما المراد بالبحث أصالة .

٤ د . إبراهيم أحمد إبراهيم ، القانون الدولي الخاص ، الموطن ومركز الأجنبي ، دار النهضة العربية ، القاهرة ، ٢٠٠١ ، ص ٢٦٣ .

٥ هذا النص ليس جديداً على التشريع المصري الخاص بالإستثمار فقد نص عليه المشرع في القانون رقم ٤٣ لسنة ١٩٧٤ ، بشأن نظام استثمار المال العربي والأجنبي ، وكذلك القانون رقم ٢٣٠ لسنة ١٩٨٩ بشأن الإستثمار . وقد نص قانون الإستثمار الكويتي رقم ٨ لسنة ٢٠٠١ على مادة مشابهة حيث نص في مادته = الثامنة على أنه : " لا يجوز مصادرة أو تأمين أي مشروع أجنبي مرخص فيه طبقاً لأحكام القانون " . نصوص القانون في الجريدة الرسمية منشورات دار قرطاس ، الكويت ٢٠٠١ .

١ يرى أنصار هذا الرأي القائل بأن نص المادة (٨) من قانون الإستثمار لا يتفق وصحيح القانون أن لهم سنداً يعتمدون عليه وهو أن نص المادة (٣٥) من الدستور المصري الصادر عام ١٩٧١ - والذي الغي العمل به بعد أحداث ثورة ٢٥ يناير ٢٠١١ تقرر أن للدول حق التأمين إذ أن نصها ورد صريحاً بأنه : " لا يجوز التأمين إلا لاعتبارات الصالح العام وقانون ، وبمقابل تعويض عادل " ، أضف على ذلك رؤيتهم بتعارضها مع أحكام القانون الدولي التي اعطت الدول حق التأمين والمصادرة . خاصة انه كما أشار الباحث سابقاً إلى كونها خطوات تصفية في محاولة للتخلص من البقايا الإستعمارية . راجع د . محمد السيد عرفه ، مرجع سابق ، ص ٥٦٤ . وكذا د . إبراهيم أحمد إبراهيم ، جنسية الأشخاص الاعتبارية ، والإستثمار في مصر ، ص ٢٠٩ . وكذلك د . أحمد صادق القشيري ، التأمين في القانون الدولي الخاص ، بحث منشور بمجلة

يقرر صراحة حق الدولة في التأميم بشروط وضوابط معينة في حين أن قانون ضمانات وحوافز الإستثمار يلغى هذا الحق تماما ، فإن هذا يعني عدم دستورية النص الذي يحظر التأميم^{٩٥٨} .

في حين ذهب رأى آخر إلى القول بأن ما ذكره انصار الرأى الأول مردود بأن مناط المخالفة الدستورية وقوع تعارض بين نص تشريعي ونص دستوري ، ويشترط كون التعارض واضحا “ وذلك بحسبان أن الدستور يحتل المرتبة الأعلى بين القوانين وتثبت له الصدارة على التشريعات جميعها فأحكام الدستور هي الأولى بالتطبيق وبالتالي فلا يجوز لنص تشريعي أن يخالف حكما في الدستور وإلا غدا ذلك النص مشوبا بمخالفة الدستور .

وإذا كان ما تقدم وكانت أحكام الدستور هي الأولى بالتطبيق وكانت أحكام القوانين يتعين أن تأتي متفقة وأحكامه – فمن ثم فإن سكوت النص التشريعي عن تقرير حكم قرره الدستور- لا يؤدي إلى وقوعه في كومة المخالفة الدستورية حيث يمثل القانون الأسمى الذي يتعين الرجوع في شأنه إلى أحكام الدستور ، ونزولا على ما تقدم فإن ما يدعيه انصار الرأى المتقدم من مخالفة النص المعروف لحكم المادة(٣٦) من الدستور لعدم تضمينه المصادرة الخاصة بحكم قضائي يكون غير قائم على أساس سليم على النحو سالف الأيضاح “^{٩٥٩} .

هذا وإن كان ردا على أنصار الرأى الأول القائل بالتعارض إلا أنه قد أجاب عن أحد شقّي التعارض وهو الخاص بالمادة (٣٦) من الدستور المصرى الصادر عام ١٩٧١م- وغير معمول به حالياً إذ أن مصر على أعتاب نص دستوري جديد يصدر في عام ٢٠١٤ – إلا أنه لم يجب عن التعارض الوارد بشأن المادة (٣٥) منه والخاصة بالتأميم ، وإعمالاً لكون الدستور هو في المرتبة الأسمى فإنه يبقى التعارض من قبل نص المادة(٨) من قانون ضمانات وحوافز الإستثمار المصرى لأنها تلغى نظام التأميم في حين أن النص الدستوري وأحكام المحكمة الدستورية توأطأت على جواز التأميم إذا ما اقتضى الصالح العام ذلك وبقانون

العلوم القانونية والاقتصادية ، كلية الحقوق ، جامعة عين شمس ، مصر ، العدد الأول ، سنة ١٩٦٣ ، ص٢٣٣ . إشارة إلى كون التأميم هو تصفية للموروثات الإستثمارية .

٢ د . أبو العلا النمر ، الاختصاص القضائي الدولي وتنفيذ الاحكام الاجنبية واحكام التحكيم في مصر ، دار النهضة العربية ، ٢٠٠٨ .

١ راجع أ . د . عبد المنعم عبد الغني نعيم ، بعض الضمانات القانونية للاستثمار تطبيق على الحالة المصرية ، ، ص٦١٤ ، ص٦١٥ . راجع كذلك د . عبد الواحد الفار ، الجوانب القانونية للاستثمارات العربية والأجنبية في مصر ، عالم الكتب ، بدون سنة نشر ، ص١٥٨ . وكذلك د . رمضان صديق محمد ، الضمانات القانونية والحوافز الضريبية لتشجيع الاستثمار ، دار النهضة العربية ، سنة ١٩٩٨ ، ص ١٥٢ . المستشار رجب عبد الحكيم سليم ، شرح أحكام قانون ضمانات وحوافز الاستثمار رقم ٨ لسنة ١٩٩٧ ، ولائحته التنفيذية طبقاً لآخر التعديلات ، في ضوء أحدث المبادئ التي قررتها المحكمة الدستورية العليا ، منشأة المعارف بالاسكندرية ، ط٣ ، ٢٠٠٧ ، ص٢٨٧ .

ومقابل تعويض^{٩٦} . وإذا ما كان أنصار الرأي الأخير – القائل بعدم التعارض- يرون أن المشرع المصرى قد حرص على تبني هذا النص – نص المادة ٨ من قانون ضمانات وحوافز الاستثمار المصرى

٢ أستاذ قضاء المحكمة الدستورية العليا على : “ إن الدستور إعلاء من جهته لدور الملكية الخاصة ، وتوكيدا لإسهامها فى صون الأمن الإجتماعي كفل حمايتها لكل فرد – وطنيا كان أم أجنبيا – ولم =

= يجز المساس بها إلا على سبيل الاستثناء ، وفى الحدود التى يقتضيها تنظيمها ، باعتبارها عائدة فى الأعم من الأحوال – إلى جهد صاحبها فبذل من أجلها الوقت والعرق والمال ، وحرص بالعلم المتواصل على إنمائها ، ، مهيمنا عليها ليختص دون غيره بثمارها ومنجزاتها وملحقاتها فلا يردده عنها متعد ، ولا يناجز سلطته فى شأنها خصيم ليس بيده سند ناقل لها ، ليعتصم بها من دون الآخرين ، وليلتمس من الدستور وسائل حمايتها التى تعينها على أداء دورها ، وتقيها تعرض الأغيار لها سواء بنقصها أو بانتقاصها من أطرافا . ولم يعد جائزا بالتالى أن ينال المشرع من عناصرها نولا أن يغير من طبيعتها أو يجردها من لوازمها ، ولا أن يفصلها عن اجزائها أو يدمر أصلها ، أو يقيد من مباشرة الحقوق التى تنتفع عنها فى غير ضرورة تقتضيها وظيفتها الإجتماعية ، ودون ذلك تفقد الملكية ضمانتها الجوهرية ويكون العدوان عليها غسبا وافتئاتا على كيانها أدخل إلى مصادرتها .

وحيث انه من المقرر كذلك ، أن حق الملكية من الحقوق التى يجوز التعامل فيها ، وبقدر اتساع قاعدتها تتعدد روافدها ، وتتنوع استخداماتها لتشكل نهرا يتدفق بمصادر الثروة القومية التى لا يجوز اهدارها أو التفريط فيها وتبدر اتساع قاعدتها تتعدد روافدها ، ذلك أن الملكية فى إطار النظم الوضعية التى تزواج بين الفردية وتدخل الدولة – لم تعد حقا مطلقا ، ولا هى عصية على التنظيم التشريعي ، وليس هى من الحماية ما يجوز الانتفاع المشروع بعناصرها . ومن ثم ساع تحمليها بالقيود التى تطلبها وظيفتها الإجتماعية وهى وظيفة لا يتحدد نطقها من فراغ ولا تفرض نفسها تحكما بل تملئها طبيعة الأموال محل الملكية ، والأعراض التى ينبغى رصدها عليها ، محددة على ضوء واقع اجتماعى معين ، فى بيئة بذاتها لها مقوماتها وتوجهاتها وفى إطار هذه الدائرة وتقيدا بتخومها يفاضل المشرع بين البدائل ، ويرجح على ضوء الموازنة التى يجريها ما يراه من المصالح اجدر بالحماية وأولى بالرعاية وفقا لأحكام الدستور مستهديا فى ذلك بوجه خاص بالقيم التى تنحاز إليها الجماعة فى مرحلة بذاتها من مراحل تطورها ، وبمراعاة أن القيود التى يفرضها الدستور على حق الملكية للحد من اطلاقها لا تعتبر مقصودة لذاتها نبل غايتها خير الفرد والجماعة “ راجع فى ذلك الحكم الصادر فى الدعوى رقم ٢٦ لسنة ١٢ قضائية (دستورية) بجلسة ١٠/٥/١٩٩٦ . وكذا الحكم الصادر فى الدعوى رقم ١٥ لسنة ١٧ قضائية (تنازع) بجلسة أول فبراير ١٩٩٧ والذى أفاد أن البين من القواعد التى تضمنتها المادة (٣٥) من الدستور إن التأميم لا يتم إلا بقانون – ومقابل تعويض وبشرط أن يتغيا تحقيق الصالح العام ، ومن ثم كان التأميم عملاً تشريعياً – لا إدارياً – متخذا شكل قانون –

- وهو النص المانع للتأميم لإنكماش تدفق رؤوس الأموال الأجنبية ، وعزوف المستثمرين عن استثمار الأموال في مصر عقب مرحلة التأميمات التي شهدتها ستينيات القرن العشرين كتأميم قناة السويس^{٩٦١} . إلا أن الباحث يوافق الرأي الفقهي القائل : " أن ما قرره هذا النص لا يعد ضماناً حقيقياً للمستثمر الأجنبي لأنه لم يأت بجديد ، وإنما هي ضمانات جوفاء أو خالية من المضمون ، لأن نص قانون ضمانات وحوافز الإستثمار يتعارض مع النص الدستوري ، فضلاً عن أن هذا الأخير يحقق ضماناً حقيقياً ، وأكثر واقعية للمستثمر الأجنبي ، حيث يقرر من ناحية لمصر كدولة مضيفة للإستثمار الأجنبي ، الحق في تأميم الإستثمار الأجنبي إذا كانت المصلحة تقتضى ذلك ، كما يلزمها من ناحية أخرى بالألا تتخذ إجراء التأميم إلا بقانون ، وبأن تدفع للمستثمر الأجنبي تعويضاً عادلاً ، أما نص قانون ضمانات وحوافز الإستثمار فقد جاء في عبارة عامة تقرر عدم جواز تأميم الشركات والمنشآت ، ولكنه لم يواجه الفرض التي تقوم فيه الدولة فعلاً باتخاذ إجراء التأميم على الرغم من وجود هذا النص ، ولذا فإنني أرى أنه كان من الأفضل أن ينص هذا القانون على حق المستثمر في التعويض العادل في حال قيام الدولة باتخاذ إجراء التأميم لشركاته ومنشآته إذا اقتضت المصلحة العامة ذلك ، وبدون تمييز بين المستثمرين ، وأن يحدد النص القانوني الآلية التي يتم بها اتخاذ إجراء التأميم كأن يصدر بقانون أو بحكم قضائي حتى يكون أكثر مصداقية للمستثمر ، وأن يكفل النص كذلك حق هذا الأخير في الحصول على هذا التعويض دون تأخير ، وحقه في تحويله إلى الخارج بعملة قابلة للتحويل " ^{٩٦٢} . ومن الجدير بالذكر إنه وإن لم تعد تشكل مسألة عدم الدستورية فيما يخص التأميم عائقاً لعدم النص على التأميم صراحة في ظل الدستور المصري الجديد إلا أن الباحث يرى ضرورة إجراء تعديل لنص المادة يشمل تعويض المستثمر التعويض العادل السريع فهو ضماناً أكثر تأثيراً من ذلك النص الأجوف .

ولم تخل معظم تشريعات الدول العربية من النص على التأميم ، فقد نص عليه قانون الإستثمار السوداني والمعروف بقانون تشجيع الإستثمار لسنة ١٩٩٩ بالفرع الثالث من الباب الثالث منه على : " يتمتع المستثمر بالضمانات الآتية : (أ) عدم تأميم أو مصادرة مشروعة أو نزع ملكية عقارات مشروعة كلها أو بعضه أو استثماراته للمنفعة العامة إلا بقانون ، ومقابل تعويض عادل " ، وكذا نصت المادة (٨) من قانون الإستثمار الكويتي رقم ٨ لسنة ٢٠٠١م في شأن تنظيم استثمار رأس المال الأجنبي ، فقد جاء نص مادته على النحو التالي : " لا تجوز مصادرة أو تأميم أى مشروع أجنبي مرخص فيه طبقاً لأحكام هذا القانون ، ولا يجوز نزع ملكيته إلا للمنفعة العامة طبقاً للقوانين المعمول بها ومقابل تعويض يعادل القيمة الاقتصادية الحقيقية للمشروع المنزوعة ملكيته وقت نزع الملكية ، ويقدر وفقاً للوضع الإقتصادي السابق على أى تهديد بنزع الملكية ، ويدفع لتعويض للمستحق دون تأخير " . وكذلك نص المشرع القطري في

وليس صادراً في حدوده متعلقاً بمشروع خاص - ومشتلاً على كافة العناصر التي يتضمنها - ما كان مادياً أو معنوياً .

أشار لكلا الحكيمين المستشار رجب عبد الحكيم سليم ، شرح أحكام قانون ضمانات وحوافز الاستثمار رقم ٨ لسنة ١٩٩٧ ، مرجع سابق ، ص ٢٨٥ وما بعدها .

١ د . حسام عيسى ، الرأسمالية وشركات المساهمة في مصر ، ١٨٤٠ - ١٩٦٠ ، كلية الحقوق جامعة عين شمس ، سنة ١٩٩٥ ، ص ١٠ .

٢ د . محمد عرفة ، ورقة عمل حول " ضمانات الإستثمار الأجنبي وحوافزه في القانون المصري ، دراسة تحليلية مقارنة " ، ص ٥٦٥ وما بعدها .

قانون رقم ١٣ لسنة ٢٠٠٠م بشأن تنظيم استثمار رأس المال الأجنبي في النشاط الاقتصادي في المادة (٨) منه على أنه : " (أ) لا تخضع الإستثمارات الأجنبية سواء بطريقة مباشرة أو غير مباشرة ، لنزع الملكية أو لأي إجراء ذي أثر مماثل ، ما لم ذلك للمنفعة العامة ، وبطريقة غير تمييزية ، ولقاء تعويض سريع ومناسب وفقا للإجراءات القانونية والمبادئ العامة المنصوص عليها في البند (٢٠) من هذه المادة . (ب) يكون التعويض معادلا للقيمة الاقتصادية الحقيقية للاستثمار المنزوع ملكيته وقت نزع الملكية أو الإعلان عنه ، ويقدر وفقا لوضع اقتصادي عادي وسابق على أي تهديد بنزع الملكية ، ويدفع التعويض المستحق دون تأخير ، ويكون متمتعاً بحرية التحويل وينتج عن هذا التعويض حتى تاريخ السداد فوائد تحسب تبعا لسعر الفائدة السائد في الدولة " . ومن الملاحظ نصه صراحة على " أو لأي إجراء ذي أثر مماثل " فهو وإن لم يدرج النص صريحا على التأميم إلا أنه ساوى بين اثره و اثر نزع الملكية من المستثمر ، بخلاف التشريعات التي ضمت المصادرة وغيرها ولم تتضمن النص صراحة أو إشارة للتأميم . وهو نفس النهج الذي سار عليه المشرع الأردني حيث نص في قانون الإستثمار الأردني رقم ٦٨ لسنة ٢٠٠٣ في مادته (١٣) على أنه : " لا يجوز نزع ملكية أى مشروع اجنبي او إخضاعه لأى إجراءات تؤدي إلى ذلك ، إلا إذا تم استملاكه لمقتضيات المصلحة العامة ، شريطة دفع التعويض العادل للمستثمر بعملة قابلة للتحويل "

وأما المشرع العماني فقد اكتفى بالنص في المادة (١٢) من قانون استثمار راس المال الاجنبي على أنه : " لا يجوز مصادرة المشروعات المشار إليها ولا نزع ملكيتها إلا للمنفعة العامة طبقا للقانون ومقابل تعويض عادل " ^{٩٦٣} . وعليه فلم يتعرض المشرع العماني للتأميم في نصوصه التشريعية ولا تعديلاته اللاحقة ، ومن ثم فإن الباحث يهيب بالمشرع العماني أن يجرى تعديلا تشريعيًا لقانون الإستثمار على أن يضع نصب عينيه النص على التأميم متفاديا كذلك أخطاء بعض التشريعات الأخرى بأن ينص على ضرورة تعويض المستثمر بالتعويض العادل الناجز مما يكسب المستثمر ثقة في تشريعات السلطنة و حمايتها له من الأخطار غير التجارية التي قد تواجهه ومن بينها التأميم .

ثالثا : ضمان حماية المشروعات الاستثمارية من خطر التأميم في الاتفاقيات الدولية :

بادئ ذي بدء فقد استقر العرف الدولي على تقرير حق الدولة في نزع ملكية الأجانب متى كان ذلك للمنفعة العامة ، ومقابل تعويض عادل ، ونظراً لأهمية التأميم وما يشكله من خطر على الإستثمارات الدولية فقد تضمنه ميثاق الحقوق والواجبات الاقتصادية للدول ، والذي أقرته الجمعية العامة للأمم المتحدة بقرارها رقم ٣٢٨١ لسنة ١٩٧٤ حيث نص في المادة الثانية (٢/ج) على أن " لكل دولة الحق في تأميم أو مصادرة أو نقل أو تحويل ملكية الأموال الأجنبية مع وجوب دفع تعويض كاف وفقا لقوانينها ولوائحها " ^{٩٦٤} . ومن الجدير بالذكر أن اتفاقية المؤسسة العربية لضمان الإستثمار نصت في مادتها الثانية على أنه "

٩٦٣ قانون استثمار راس المال الاجنبي الصادر بالمرسوم السلطاني رقم ٩٤/١٠٢ .

١ د . عمر هاشم محمد صدقة ، ضمانات الاستثمارات الاجنبية في القانون الدولي ، رسالة ماجستير ، كلية حقوق أسيوط ، سنة ٢٠٠٦ ، ص ٤٢ وما بعدها . وأشار له د . ناصر عثمان محمد عثمان ، ضمانات الاستثمار الاجنبي ، مرجع سابق ، ص ٥٩ .

لا تخضع أموال المؤسسة في الأقطار المتعاقدة للتأميم ، ولا يجوز أن تكون محلا للمصادرة أو الاستيلاء أو الحراسة أو الحجز إلا تنفيذاً لحكم نهائي صدر عن جهة قضائية مختصة^{٩٦٥} . وكانت المادة السادسة من اتفاقية استثمار رؤوس الاموال العربية في البلدان العربية والمبرمة في دمشق عام ١٩٧٠ تنص قبل تعديلها بمقتضى قرار مجلس الوحدة الاقتصادية العربية^{٩٦٦} على أنه " مع قرار حق الدولة المضيفة لرأس المال في التأميم والمصادرة ونزع الملكية في حدود المصلحة العامة فإن من حق المستثمر العربي في حالة التأميم أو المصادرة ، او نزع الملكية الحصول على التعويض العادل الفعال ضمن مدة معقولة " . أما بعد التعديل اصبح من المحظور على الدول المضيفة لرأس المال أن تقوم باتخاذ اجراءات التأميم أو المصادرة أو نزع الملكية في مواجهة الاستثمارات العربية الواردة من احدى الدول الأعضاء في المجالات التي صرحت الدولة المضيفة باستثمار رؤوس الأموال العربية فيها فكان النص على النحو التالي " تلزم الدولة المضيفة للاستثمار بعدم تأميم أو مصادرة الإستثمارات العربية التي تقوم في اقليمها بناء على طلب منها وفي المجالات المفتوحة للاستثمارات العربية طبقاً للاسس الواردة في المادة الثالثة من تلك الإتفاقية " ^{٩٦٧} . وقد استطاعت الحكومة المصرية ترجمة ذلك إلى واقع ملموس عبر الإتفاقيات التي أبرمتها مع حكومات الدول الموازية لها في مجال الاستثمار^{٩٦٨} ، وقد بدا جلياً في الإتفاقية المبرمة بين حكومة سلطنة عمان وحكومة جمهورية مصر العربية لتشجيع وحماية الاستثمارات فقد نصت في مادتها الخامسة على : " (١) لا تخضع إستثمارات مستثمرى أى من الطرفين المتعاقدين للتأميم أو المصادرة أو أية إجراءات أخرى ذات تأثير مماثل بشكل مباشر أو غير مباشر فى إقليم الطرف المتعاقد الآخر إلا إذا كان ذلك لأغراض المصلحة العاملة على أساس غير تمييزى وفى مقابل دفع

٢ اتفاقية المؤسسة العربية لضمان الاستثمار الموقعة في ٢٧/٥/١٩٧١ . المادة الثانية منها .

٣ قرار مجلس الوحدة الاقتصادية العربية رقم ٦٤٨ بتاريخ ٣ ديسمبر ١٩٧٣ . ونصت الاتفاقية الموحدة لاستثمار رؤوس الأموال العربية فى الدول العربية والتي دخلت حيز النفاذ بتاريخ ٩/٩/١٩٨١ فى مادتها التاسعة على " (١) لا يخضع رأس المال العربي المستثمر بموجب احكام هذه الاتفاقية لأية تدابير خاصة أو عامة ، دائمة أو مؤقتة مهما كانت صيغتها القانونية تلحق ايا من أصوله أو احتياطياته أو عوائده ، كلياً أو جزئياً ، وتؤدي على المصادرة أو الاستيلاء الجبري ، أو نزع الملكية أو التأميم أو التصفية أو الحل أو انتزاع أو تبيد أسرار الملكية الفنية أو الحقوق العينية الأخرى وأو منع سداد الديون أو تأجيلها جبراً أو اية تدابير أخرى تؤدي إلى الحجز أو التجميد أو الحراسة أو غير ذلك من صور المساس بحق الملكية فى ذاته أو إلى الإخلال بما يترتب عليه للمالك من سلطات جوهرية تتمثل فى سيطرته على الإستثمار وحيازته وحقوق إدارته وحصوله على عوائده أو استيفاء حقوقه والوفاء بالتزاماته " .

١ د . هشام علي صادق ، النظام العربي لضمان الاستثمار ضد المخاطر غير التجارية ، مرجع سابق ، ص ١٨ وما بعدها .

٢ د . بدر علي بن علي الجمرة ، ضمانات الاستثمار وفقاً للقانونين المصرى واليمنى ، مرجع سابق ، ص ٥٧ .

تعويض عادل طبقاً للإجراءات القانونية وبدون تأخير لا مبرر له^{٩٦٩}. وقد أوضحت تلك الإتفاقية المنهجية الاقتصادية والتشريعية التي اعتمدها حكومة كلا الدولتين فيما بينهما، وهو ما انتهجت كل منهما مع الدول الأخرى المتعاقدة معها^{٩٧٠}. فقد انتهجت حكومة سلطنة عمان عند إبرام الاتفاقيات النص صراحة على التأميم، إلا في بعض الإتفاقيات قد اشارت إليه ولم تصرح ومنها نصها في اتفاقية تشجيع وحماية الاستثمار مع حكومة الجمهورية التونسية على أنه: "لا يجوز نزع ملكية إستثمارات رعايا أى من الطرفين المتعاقدين في تراب الطرف المتعاقد الآخر أو إخضاعها لإجراءات تمييزية يكون لها نفس آثار نزع الملكية إلا للمنفعة العامة والتي تعلق بالحاجات الداخلية مع حكومة الجمهورية التونسية على أنه: "لا يجوز نزع ملكية إستثمارات رعايا أى من الطرفين المتعاقدين في تراب الطرف المتعاقد الآخر أو إخضاعها لإجراءات تمييزية يكون لها نفس آثار نزع الملكية إلا للمنفعة العامة والتي تعلق بالحاجات الداخلية لهذا الطرف المتعاقد وفي مقابل تعويض عادل ومجزى وفوري" ^{٩٧١}.

المبحث الثالث

ضمانة حماية الاموال المستثمرة من المصادرة

إذا ما كنا قد تحدثنا عن وجود ضمانات كاملة وكافية للمستثمر الأجنبي تكفل له حرية النشاط، وعدم نزع ملكيته، أو التأميم، فإن الحديث ليستوجب على الباحث التعرض للضمانة الثالثة المتمثلة في المصادرة والتي تعد من المعوقات الماسة بأصل حق الملكية للأموال المستثمرة، من حيث مفهومها وشروطها، ثم بيان موقعها التشريعي من النصوص القانونية الداخلية، إضافة إلى الاتفاقيات الدولية المتعلقة بتشجيع الاستثمار الدولي وذلك من خلال المطالبين التاليين وهما:

المطلب الأول: ما هية المصادرة وخصائصها.

المطلب الثاني: المصادرة في ضوء التشريعات والاتفاقيات الدولية.

٣ راجع نصوص الإتفاقية المذكورة في اتفاقيات التشجيع والحماية المتبادلة الموقعة بين سلطنة عمان ودول العالم الأخرى نمرجع سابق، ص ٩١.

٤ راجع اتفاقيات حكومة سلطنة عمان مع حكومة جمهورية الصين الشعبية والمبرمة في يوم ١٨ مارس عام ١٩٩٥ في مادتها الرابعة. وكذا الإتفاقية المبرمة بينها وبين الجمهورية الإيطالية والمبرمة في ٢٣ يونيو عام ١٩٩٣ في مادتها الخامسة. وكذا الإتفاقية المبرمة بينها - حكومة سلطنة عمان و حكومة الجمهورية الجزائرية الديمقراطية الشعبية حول التشجيع والحماية المتبادلة للاستثمارات المبرمة في يوم ٩ ابريل ٢٠٠٠م في مادتها الخامسة. اتفاقيات التشجيع والحماية المتبادلة لاستثمارات الموقعة بن سلطنة عمان ودول العالم الأخرى، مرجع سابق.

١ اتفاقية تشجيع وحماية الاستثمار بين حكومة سلطنة عمان، وحكومة الجمهورية التونسية، الموقعة في يوم ١٩ أكتوبر ١٩٩١م، المادة الثانية من الاتفاقية، اتفاقيات التشجيع والحماية المتبادلة لاستثمارات الموقعة بن سلطنة عمان ودول العالم الأخرى، ص ١٢٥.

المطلب الأول

ماهية المصادرة وخصائصها

تشكل المصادرة أحد المخاطر غير التجارية أمام المستثمر الأجنبي ، فهي بمثابة معوق سياسي تتعرض له الاستثمارات ، وتلك الضمانة المتمثلة في عدم جواز المصادرة والتي نص عليها في بعض التشريعات والاتفاقيات كما سيتضح أحد أهم الضمانات الفعلية الجاذبة للمستثمر الأجنبي ، ومن الجدير بالذكر أنه إذا ما كانت قواعد القانون الدولي العام قد اعترفت للدول ذات السيادة بالحق في تنظيم تملك الأجانب للأموال ، إضافة إلى الحق في الاستيلاء على أموالهم بالمصادرة ، إلا أن ذلك مشروط بضرورة احترام الحقوق المكتسبة للأجانب ، وان تستدعي المصلحة العامة ذلك ، وكذلك تلتزم باحترام الالتزامات التعاقدية السابقة^{٩٧٢} .

وإذا ما كان الأمر كذلك ، لزم بيان التعرض لمفهوم المصادرة وقد عرفها البعض بأنها “ إجراء تتخذه السلطة العامة في الدولة وتستولي بموجبها على ملكية كل أو بعض الأموال أو الحقوق المالية المملوكة لأحد الأشخاص دون أداء أي مقابل مادي ”^{٩٧٣} .

وذهب رأي آخر فقهي إلى أنها : “ أخذ الممتلكات الخاصة من قبل الدولة بدون تعويض مهما يكن شكل ذلك وبموجب أي اسم ينفذ ”^{٩٧٤} .

وثالث الآراء الفقهية يرى أنها “ إجراء وقائي بوليسي ، تقتضيه اعتبارات الأمن والسلامة ، والصحة العامة ، والنظام العام ، والآداب ، أو هي إجراء جنائي مترتب على النظم العقابية التي تنص على المصادرة كجزء من العقاب الموقع على جريمة ”^{٩٧٥} .

يتضح من التعريفات السابقة أن المصادرة تنقسم إلى المصادرة الإدارية ، ونظيرتها المصادرة الجنائية^{٩٧٦} ، هذا من حيث إجراءاتها ، وفي كلتا الحالتين يجب أن تستند إلى نص قانوني تخول السلطة التنفيذية متى

^١ د . محمد عرفة ، ورقة عمل حول “ ضمانات الإستثمار الأجنبي وحوافزه في القانون المصري ، دراسة تحليلية مقارنة “، ص ٦٥٢ : ٥٦٣

^١ د . هشام علي صادق ، الحماية الدولية للمال الأجنبي ، مع إشارة خاصة للوسائل المقترحة لحماية الأموال العربية في الدول الغربية ، دار الفكر الجامعي ، ط ٢٠٠٢ ، ص ١٩ وراجع أيضاً :

. Lambret, les effets civils dela confiscation generale des rep . de droit int

^٢ د . ناصر عثمان محمد عثمان ، مرجع سابق ، ص ٥٣ وراجع أيضاً :

Van hecke “ confiscation, expropriation and the conflict of law “ international law quarterly “ : voi٤ , no july ١٩٨٥ . P٣٤٥

^٣ د . بدر علي بن علي الجمرة ، ضمانات الإستثمار وفقاً للقانوني المصري واليمني ، مرجع سابق ، ص

كانت مصادرة إدارية ، والسلطة القضائية متى كانت مصادرة جنائية حق المصادرة في الحدود والأطر القانونية المرسومة^{٩٧٧} ؛ أما من حيث الاعتماد على المشروعية في التقسيم ، فإنها تنقسم إلى مصادرة عامة وأخرى خاصة^{٩٧٨} ، وللوقوف على تلك التفرقة وأهميتها لابد من بيان تلك التقسيمات المعتمدة من قبل الفقه القانوني^{٩٧٩} .

أولاً : من حيث إجراءاتها :

١ - المصادرة الإدارية :

هي تلك المصادرة التي تأمر بها السلطة التنفيذية^{٩٨٠} ، وهي تتم في أعقاب الثورات الاجتماعية أو التغيرات السياسية أو في أعقاب الحروب ، وكان هدفها تصفية بعض الطبقات ، أو إيقاع الجزاء على من تعاونوا مع الأعداء^{٩٨١} ، أضف إلى ذلك كونها إجراء لحماية الأمن ، والسلامة ، والصحة ، والأدب العامة مثل قيام السلطة الإدارية بمصادرة الأغذية الفاسدة ، أو الأفلام والأشرطة السينمائية المخلة بالأدب .

٢ - المصادرة الجنائية :

هي المصادرة القضائية ، والتي تصدر عن المحاكم العادية ، كعقوبة تبعية لإحدى الجرائم المنصوص عليها في القانون ، أو تصدر من المحاكم غير العادية أي الاستثنائية مواجهة لظروف غير عادية ، تستلزم تجريد أعداء الحكومة من إمكانياتهم المادية .

^٤ د . ناصر عثمان ، ضمانات الاستثمار الأجنبي مرجع سابق ، ص ٥٣ .

^٥ د . أحمد صادق القشيري ، التأميم في القانون الدولي الخاص ، مجلة العلوم القانونية والاقتصادية العدد الأول ١٩٦٩ ص ١١ ، ٨ .

^٦ د . ناصر عثمان ، ضمانات الاستثمار الأجنبي ، مرجع سابق ص ٥٤ .

^٧ فقد نص عليها الفقهاء القانونيين واعتمدها كميياراً للتفرقة بين المصادرة .

^١ د . بدر علي بن علي الجمرة ، ضمانات الاستثمار ، ص ٥٨ .

^٢ د . هشام علي صادق ، الحماية الدولية للمال الأجنبي ، مرجع سابق ، ص ٢٠ .

ولذا يمكن القول أنها هنا ليست عقوبة تبعية بل هي إجراء يتخذ أصالة في مواجهة من تسبب في حدوث أزمات للحكومة ، فهي تصدر عن محاكم غير عادية في ظروف طارئة .^{٩٨٢}

ثانياً : من حيث مشروعيتها :^{٩٨٣}

- ١ - المصادرة العامة : وهي غير مشروعة على الصعيدين الدولي والداخلي ، فالدساتير التي تجيز نزع الملكية والتأميم تحظر المصادرة العامة حرصاً على الملكية الخاصة وحمايتها .
- ٢ - المصادرة الخاصة : مشروعة ، ولكن بموجب حكم قضائي طبقاً لنص قانوني عقابي .

إذا ما كنا قد تعرضنا للمصادرة من حيث مفهومها وتقسيماتها بعد عرض نزع الملكية والتأميم ، كان لزاماً التعرض للفروق الجوهرية ، أو بمعنى أدق ما يميزها عن غيرها من المعوقات التي من شأنها عرقلة الاستثمار الأجنبي ، ويبدو أهمية هذا التمييز عند وضع التكييف القانوني لإحدى الإجراءات التي تقوم بها الدولة ، فقد نبه جانب من الفقه^{٩٨٤} " على أنه ينبغي الحذر في تكييف الإجراء على أنه من إجراءات المصادرة استناداً إلى مجرد انتفاء فكرة التعويض ، إذ سنرى فيما بعد أن كثيراً من الدول قد لجأت إلى تأميم المشروعات الأجنبية دون أداء أي تعويضات مما دعى البعض إلى تكييف هذه التأميمات على أنها نوع من المصادرة ، والواقع أن مثل هذه الإجراءات التي قامت بها بعض الدول النامية في مواجهة الاحتكارات الأجنبية تعد في حقيقة الأمر إجراءات تأميم وليس مصادرة " .

وهذا يبرز مدى أهمية التعرض للفروق الجوهرية بين وسائل نزع الملكية وفقاً للتعريف الضيق لنزع الملكية في ضوء التنظيمات الدولية التقليدية التي استخدمت لفظي " التأميم والمصادرة " للتعبير عن نزع الملكية المباشر والذي تقوم به الدولة من خلال إجراءات إدارية أو تشريعية^{٩٨٥} .

^٣ كما حدث في فرنسا عندما تولت الحكومة تأميم (مصادرة) شركة رينو الفرنسية للسيارات من الحرب العالمية الثانية ، بسبب ثبوت تعاونها مع المحتل الألماني أثناء الحرب ، راجع د . بدر على الجمرة ، مرجع سابق ص ٥٨

^٤ د . ناصر عثمان ، ضمانات الاستثمار الأجنبي مرجع سابق ، ص ٥٤

^١ د . هشام علي صادق ، الحماية الدولية للمال الأجنبي ، مرجع سابق ص ٢١

^٢ د . لمياء متولي يوسف ، التنظيم الدولي للإستثمارات في إطار اتفاقية الاستثمار متعددة الأطراف ، مرجع سابق ، ص ٢١٧ ، وراجع أيضاً نص المادة (٢/٣) من اتفاقية حماية الإستثمارات بين ألمانيا وباكستان الموقعه في بون ١٩٥٩/١١/٢٥ والتي نصت على :

Nationals or companies of either party shall not be subjected to expropriation of their investments in the territory of the other party except for public benefit against compensation, which shall represent the equivalent of the investments affected such

اولا : المصادرة ونزع الملكية :

إن الطابع الجزائي للمصادرة بالضرورة ينتفي مع جواز التعويض لمن لحقه ضرر نتاج المصادرة ، ومن ثم تلك أولى المميزات التي أحدثت نوعاً من الاختلاف بين المصادرة ونزع الملكية للمنفعة العامة ، إذ الأخيرة تفترض تعويض من نزع ملكيته من توافرت الشروط السالف ذكرها في موضعه من البحث ، أما في المصادرة فتنتفي فكرة التعويض ، وما يميز المصادرة عن نزع الملكية كذلك أنها ترد على المنقولات دون العقارات ، ورغم هذا فإن نقطة التلاقي بين نزع الملكية والمصادرة تتمثل في كونها إجراء من إجراءات السيادة التي تنسم بطابعها الإقليمي البحث^{٩٨٦} .

ثانيا : المصادر والتأميم^{٩٨٧} :

رغم تشابه التأميم والمصادرة من حيث كونهما عملاً أو إجراءً من إجراءات السيادة للدولة ، إلا أن الدولة تهدف بصورة أساسية متى اعتمدت على التأميم إلى الحفاظ على دعائم الاقتصاد الرئيسية ، أو من أجل القضاء على التحكم والسيطرة على الانتاج ، والتداول ، من قبل قلة من الأفراد من خلال تحقيق العدالة الإجتماعية ، ومن ثم إعادة توزيع الثروة ، كما أن التأميم يهدف إلى غايات اصلاحية سواء أكانت اجتماعية ، أو سياسية ، أو اقتصادية ، كما يحد من سطوة ونفوذ المال الأجنبي عن طريق التخلص من سيطرة الشركات الأجنبية ، فلا ينظر إلا إلى طبيعة المال المراد تأميمه .

وإذا ما كنا ننظر إلى التأميم بوصفه إجراء علاجياً ، فإن المصادرة هي إجراء وقائياً ، تقتضيه اعتبارات الأمن ، والسلامة ، والصحة العامة ، وفقاً للتعريفات المنصوص عليها بهذا المطلب ، ولها وجه آخر علاجي أو عقابي ، الهدف منه تملك الدولة للأشياء المضبوطة ذات صلة بجريمة ارتكبت وصدر فيها حكم قضائي^{٩٨٨} .

إضافة الى ذلك فإن التأميم يشمل الأموال العقارية والمنقولة دون تميز ، بخلاف المصادرة فهي تنصب بالأساس على المنقولات ، كما أن المصادرة تختلف مع التأميم في انتفاء عنصر التعويض ، ويأتي البيان

compensation shall be actually realizable and freely transferable in the currency of . . the other party whithout undue delay

^١ د . هشام علي صادق ، الحماية الدولية للمال الأجنبي ، مرجع سابق ص ٢١ ، راجع د . رواء يونس محمود النجار ، النظام القانوني لإستثمار الأجنبي دراسة مقارنة ، مرجع ص ٢٣٧ .

^٢ د . بدر علي الجمرة ، ضمانات الاستثمار وفقاً للقانونين المصري واليمني دراسة مقارنة ، ص ٥٩

^{٩٨٨} Wortley Expropriation un public international law . Pp . ٣٦

أكثر تفصيلاً في المطلب التالي ، إذ يتعرض للمصادرة في ضوء النصوص القانونية الدستورية ، والداخلية ، إضافة للاتفاقيات الدولية بصورتها الثنائية والجماعية .

المطلب الثاني

المصادرة في ضوء التشريعات والاتفاقيات الدولية

إن استعراض مفهوم المصادرة ، والفرق بينها وبين التأميم من ناحية ، وكذا بينها وبين نزع الملكية يعطي صورة عامة عن المخاطر التي قد تسببها للإستثمار من حيث كونها تعد عامل طرد له ، ولذا فإن تدارك تلك المخاطر في التشريعات الوطنية اعمالا لما نصت عليه المعاهدات الدولية أمر في غاية الأهمية، و بمعنى آخر لا بد من التطرق للمصادرة في ضوء التشريع الوطني و الاتفاقيات الدولية لأنه بقدر تقليص حجم المصادرة في التشريع فإن ذلك ينعكس إيجابيا على جذب الإستثمارات.

وبناء على ذلك ينقسم هذا المطلب إلى الفروع التالية :

الفرع الاول : المصادرة في التشريعات .

الفرع الثاني : المصادرة في الاتفاقيات الدولية .

الفرع الاول

المصادرة في التشريعات

لقد تبنت الدساتير على المستوى الدولي النص صراحة على المصادرة ، إما في مادة مستقلة عن نزع الملكية ، أو يتم إدراجها مع التأميم ونزع الملكية على نحو ما يتبين من العرض التالي :

نص الدستور المصري لعام ١٩٧١ الملغي ، على أن " المصادرة العامة للأموال محظورة ، ولا تجوز المصادرة الخاصة إلا بحكم قضائي " ^{١٨٩} ، وقد نص الدستور المصري لسنة ٢٠١٢ المعطل في مادته رقم (٣٠) على ذات المادة بألفاظها السابقة دونما تعديل ، وأعقب تعطيل هذا الدستور إعلان دستوري اقتصر في مادته على " الملكية الخاصة مصنونة ولا تجوز فرض الحراسة عليها إلا في الأحوال المبينة في القانون وبحكم قضائي ، ولا تنزع الملكية إلا للمنفعة العامة ، ومقابل تفويض عادل ، وذلك كله وفقاً للقانون " . ولم يرد النص على المصادرة صراحة ، إلا أنه لا يمكن إغفال نص القانون المصري في قانون الإستثمار رقم ٨ لسنة ١٩٩٧ على المصادر بنص صريح .

وقد أولى المشرع العماني إهتماماً بالغاً بالنص على المصادرة ، حيث نص النظام الأساسي لسلطنة عمان على أن " المصادرة العامة للأموال محظورة ، ولا تكون عقوبة المصادرة الخاصة إلا بحكم قضائي في الأحوال المبينة بالقانون " ^{٩٠} .

^١ المادة (٣٦) من الدستور المصري لعام ١٩٧١ الملغي

^١ النظام الأساسي لسلطنة عمان الصادر بالمرسوم سلطاني رقم (١٠١ لسنة ٩٦) بإصدار النظام الأساسي للدولة ، المادة (١١) المبادئ الاقتصادية .

ولم يتخلف عن هذا النهج المشرع اليمني فقد نص على أن " المصادرة العامة للاموال محظورة ، ولا تجوز المصادرة الخاصة إلا بحكم قضائي ، وبالتالي فإن المصادرة العامة محظورة على جميع سلطات الدولة " ^{٩٩١} .

وإذا ما كانت عادة الدساتير هي النص على القواعد العامة والأساسية ثم يتولى التشريع المختص بيان وتحليل تلك النصوص الدستورية ، فإنه من الطبيعي أن يتعرض الباحث للنصوص القانونية الخاصة بالاستثمار في التشريعات المقارنة تحليلاً ، وتوضيحاً ، توصلاً للغاية المنشودة ، وهي بيان أكثر النصوص مواءمة لجذب الاستثمارات الأجنبية ، خاصة إذا ما كانت تلك الدراسات تحاول التعمق في دراسة تشريعات الدولة النامية والآخذة في النمو ، والتي تعاني من عراقيل تشريعية من شأنها الإبطاء من عجلة النمو الاقتصادي للدولة .

ولما كان الأمر كذلك ، فقد عمد المشرع المصري لبيان ما أجمله النص الدستوري حيث نص في قانون الاستثمار رقم ٨ لسنة ١٩٩٧ على أنه " لا يجوز تأميم الشركات والمنشآت ، أو مصادرتها " ^{٩٩٢} .

ثم اعقبه بمادة أخرى نص فيها على أنه " لا يجوز بالطريق الإداري فرض الحراسة على الشركات والمنشآت أو الحجز على أموالها ، أو الاستيلاء أو الترحيل عليها ، أو تجميدها ، أو مصادرتها " ^{٩٩٣} .

وقد لاحظ جانب من الفقه أن اللفظ يتسم بالعمومية ^{٩٩٤} في المادة الثامنة من التشريع السالف الإشارة إليه ، فقد ورد خالياً من أي إشارة للمنشآت الاستثمارية وتمييزها عما عداها من منشآت ، بل النص بعموميته شمل الجميع . ولذا رأى جانب من الفقه ضرورة تفسير ذلك على أن هدف المشرع المصري هو ذكر المصادرة العامة وليس المصادرة الخاصة ^{٩٩٥} . إذ أن الأخيرة جائزة بخلاف الأولى ولكن يشترط فيها حكم قضائي .

ومن الملاحظ أن نص " المادة ٨ " ما هو إلا ترديداً لما سبق النص عليه في القوانين الاستثمارية المصرية السابقة على القانون النافذ ، كالقانون رقم ٤٣ لسنة ١٩٧٤ ، والقانون رقم ٢٣٠ لسنة ١٩٨٩ ، وتلك الضمانة لم ينفرد بها المشرع المصري ، وإنما نصت عليها الغالبية العظمى من قوانين الاستثمار

^٢ المادة رقم (٢٠) من الدستور اليمني لعام ١٩٩٤ ، أما المصادرة الإدارية الخاصة فقد نصت عليها الاتفاقيات لعربية لمكافحة الاتجار بالمخدرات لعام ١٩٩٤ المادة رقم (٨/١) ، وكذلك المادة الثانية من اتفاقية الود والصداقة والتجارة المبرمة بين اليمن واتحاد الجمهورية السوفيتية " . راجع د . بدر علي الجمرة ، مرجع سابق ص ٦١ .

^٣ المادة (٨) من قانون الاستثمار المصري رقم ٨ لسنة ١٩٩٧ المعدل بالقانون رقم ٤ لسنة ٢٠١٢ .

^١ المادة (٩) من قانون الاستثمار المصري رقم ٨ لسنة ١٩٩٧ المعدل بالقانون رقم ٤ لسنة ٢٠١٢ .

^٢ د . بدر علي الجمرة ، مرجع سابق ص ٦٢ .

^٣ د . ناصر عثمان محمد عثمان ، مرجع سابق ص ٥٤ .

العربية^{٩٩٦} . فقد نص المشرع العماني في المادة ١٢ من قانون استثمار رأس المال الأجنبي على أنه " لا يجوز مصادرة المشروعات المشار إليها ولا نزع ملكيتها إلا للمنفعة العامة طبقاً للقانون وبمقابل تعويض عادل " ^{٩٩٧} . ويبدو على هذا النص أنه يحمل في طياته ضمانات أكثر فاعلية ، ولم يهمل المشرع العراقي أو يغفل عن ذكر هذا النص بين بنود القانون رقم ١٣ لسنة ٢٠٠٦ والذي نص على : " ثالثاً : عدم المصادرة أو تأميم المشروع الاستثماري المشمول بأحكام هذا القانون كلاً أو جزءاً باستثناء ما يصدر بحقه حكم قضائي بات " ^{٩٩٨} .

ونصت المادة (١١) من نظام الاستثمار الأجنبي للمملكة العربية السعودية على أنه " لا تجوز مصادرة الاستثمارات التابعة للمستثمر الأجنبي كلاً أو جزءاً إلا بحكم قضائي . . . " ، وهو ما أوضحته اللائحة التنفيذية المعدلة لنظام الاستثمار الأجنبي السعودي على أنه " تتمتع منشآت الاستثمار الأجنبي بالمزايا والحوافز والضمانات التي تتمتع بها المنشآت الوطنية على سبيل المثال " ، ٤- عدم جواز مصادرة الاستثمارات كلاً أو جزءاً إلا بحكم قضائي أو نزع ملكيتها كلاً أو جزءاً إلا للمصلحة العامة ومقابل تعويض عادل " ^{٩٩٩} .

وكذلك نصت المادة ١/٢٦ من القانون السوري على أنه " ١- تتمتع المشاريع والاستثمارات المرخصة وفقاً لأحكام هذا القانون بعدم المصادرة أو نزع الملكية أو الحد من التصرف في ملكية الاستثمار وعائداته إلا إذا كان الغرض المنفعة العامة ومقابل تعويض عادل ، كما لا يجوز الحجز عليها إلا بقرار قضائي . . . " ^{١٠٠٠}

ومثال آخر على المصادرة كأحد الضمانات الهامة ، ما نص عليه التشريع الكويتي في مادته (٨) والتي نصت على أنه " لا تجوز مصادرة أو تأميم أي مشروع أجنبي مرخص فيه طبقاً لأحكام هذا القانون " ^{١٠٠١} ؛ ومن بين الضمانات التي نص عليها المشرع السوداني في المادة (١٧) : يتمتع المستثمر بالضمانات الآتية : أ- عدم تأميم أو مصادرة مشروعه أو نزع ملكية عقارات مشروعه كلها أو بعضها أو استثماراته للمنفعة العامة إلا بقانون ومقابل تعويض عادل .

^٤ د . محمد عرفة ، ورقة عمل حول " ضمانات الإستثمار الأجنبي وحوافزه فى القانون المصري ، دراسة تحليلية مقارنة " ، مرجع سابق ، ص ٦٥٦ وما بعدها .

^٥ المرسوم السلطاني رقم ٩٤/١٠٢ بإصدار قانون استثمار رأس المال الأجنبي المادة ١٢ من القانون ويقصد بالإشارة في قوله " المشروعات الاستثمارية حسبما أوضح في المواد السابقة على تلك المادة القانونية.

^١ المادة ١٢ الفقرة الثالثة ، من قانون الاستثمار رقم ١٣ لسنة ٢٠٠٦ لدولة العراق .

^٢ المادة الخامسة من اللائحة التنفيذية الموضحة بعاليه الصادرة في ١٣/٤/١٤٢٣ الموافق ٢٤/٦/٢٠٠٢ ، الفقرة الرابعة منها .

^٣ قانون رقم ١٠ الصادر في ٢٠/١٠/١٤١١ الموافق ٥/٤/١٩٩١ تشجيع الاستثمار المعدل وفق أحكام المرسوم التشريعي رقم ٧ الصادر بتاريخ ١٣/٥/٢٠٠٠ الموافق ٨/٢/١٤٢١هـ

^٤ القانون الكويتي رقم ٨ لسنة ٢٠٠١ في مادته الثامنة ، بشأن تنظيم الاستثمار المباشر لرأس المال .

ب- عدم الحجز على أموال مشروعه أو مصادرتها أو تجميدها أو التحفظ عليها أو فرض الحراسة عليها إلا بأمر قضائي " ١٠٠٢ .

وكذا نص قانون الاستثمار للمملكة الأردنية الهاشمية المؤقت رقم ٦٨ لسنة ٢٠٠٤ في مادته ٣ على أنه " تتمتع المشاريع والاستثمارات المرخصة ومق أحكام هذا المرسوم التشريعي بعدم المصادرة أو نزع الملكية أو الحد من التصرف في ملكية الاستثمارات وعائداتها ، إلا إذا كان لغرض النفع العام ، ومقابل دفع تعويض فوري وعادل للمستثمر يساوي القيمة الرائجة للمشروع قبل تاريخ نزع الملكية مباشرة ، بعملة قابلة للتحويل بالنسبة للمال الخارجي . . ومع الاحتفاظ بأحكام قانون جباية الأموال العامة رقم ٣٤١ لعام ١٩٥٦ . لا يجوز الحجز على المشروع إلا بحكم قضائي " ١٠٠٣ .

ومن الجدير بالذكر أن نص المشرع المصري في مادته التاسعة سالف الذكر ١٠٠٤ ، من القانون رقم ٨ لسنة ١٩٩٧م ، قد راعي بث الثقة والطمأنينة في نفوس المستثمرين الأجانب ١٠٠٥ ، محاولة منه لجذب الاستثمارات وتوفير ضمانات حقيقية ، علماً بأن هذا النص لا يفي جواز وقوع ذلك متى صدر حكماً قضائياً ، فقد أغلق المشرع أمام الجهات الإدارية جواز المصادرة للمشروعات الإستثمارية ، وهي بحق كانت عقبة من شأنها أن تنفر المستثمر الأجنبي من القيام بمشروعاته الإستثمارية في مصر ، وحسناً فعل حينما أورد هذا النص صريحاً ، فباستقراء التشريعات العربية المناظرة لم يقف الباحث على نص صريح وإن كان يفهم من النصوص التشريعية في القوانين العربية الخاصة بالإستثمار أن النص قد ورد في طياته اشتراطهم صدور حكم قضائي لمصادرة المشروعات والشركات الإستثمارية .

الفرع الثاني

المصادرة في الاتفاقيات الدولية

وفيما يتعلق بالاتفاقيات الدولية التي عقدها سلطنة عمان مع العديد من الدول لم تعتمد نهجاً واحداً ، فهي بيان النص صراحة على المصادرة ، وبين الإكتفاء بالإشارة دونما تصريح ، كما استعملت نصاً في أغلب الاتفاقيات تعويضاً عن ذكرها فنصت على " أو إخضاعها لإجراءات تمييزية يكون لها نفس آثار نزع الملكية إلا للمنفعة العامة . . " ، وأحياناً يكون النص كالاتي : " أو إخضاعها لأي إجراءات لها نفس آثار التأميم أو نزع الملكية وذلك في إقليم الطرف الآخر " .

^١ الفرع الثالث الضمانات : ضمانات الاستثمار المادة ١٧ الفقرتين أ ، ب ، قانون تشجيع الاستثمار لسنة ١٩٩٩م تعديل ٢٠٠٧ من قانون الاستثمار السوداني .

^٢ المادة ٣ من قانون الاستثمار الأردني رقم ٦٨ لسنة ٢٠٠٦ الصادر في ١٢/٦/٢٠٠٣م

^٣ والتي نصت على : " لا يجوز بالطريق الإداري فرض الحراسة على الشركات والمنشآت أو الحجز على أموالها أو الاستيلاء أو التحفظ عليها أو تجميدها أو مصادرتها " .

^٤ د . محمد عرفة ، ضمانات الإستثمار الأجنبي وحوافزه في القانون المصري ، ورقة عمل ، مرجع سابق ، ص ٥٦٩ .

ومن أمثلة تلك الاتفاقيات التي لم تدرج المصادرة صراحة بين نصوصها ، الاتفاقية المبرمة بين سلطنة عمان وجمهورية الصين الشعبية ، نصت الفقرة الأولى من المادة الرابعة ما يلي : " ١ - لا يجوز تأميم استثمارات المستثمرين التابعين لأي من الطرفين المتعاقدين أو نزع ملكيتها أو إخضاعها لأي إجراءات لها نفس آثار التأميم أو نزع الملكية (يشار إليها فيما يلي بنزع الملكية) وذلك في إقليم الطرف الآخر المتعاقد ما لم يتم نزع الملكية لغرض ذي نفع عام يتعلق بالمتطلبات الداخلية لذلك الطرف ومقابل تعويض كاف " ١٠٠٦ .

ومن بين تلك الاتفاقيات أيضاً الاتفاقية المبرمة بين سلطنة عمان والجمهورية الإيطالية ، وقد نصت في مادتها الخامسة على أنه : " ١ - لا يجوز تأميم استثمارات المواطنين أو الأشخاص القانونيين التابعين لأي من الطرفين المتعاقدين ، أو نزع ملكيتها أو إخضاعها لأي إجراءات لها نفس آثار التأميم أو نزع الملكية (يشار إليها فيما يلي بنزع الملكية) وذلك في إقليم الطرف الآخر ما لم يتم نزع الملكية لغرض ذي نفع عام يتعلق بالمتطلبات الداخلية لذلك الطرف وبدون تمييز ومقابل تعويض كاف يدفع فوراً " ١٠٠٧ .

وقد سارت على هذا النهج الاتفاقيات المبرمة بين سلطنة عمان وتونس ١٠٠٨ ، وكذا الاتفاقية المبرمة مع بروناي ١٠٠٩ ، والاتفاقية المبرمة مع السودان ١٠١٠ .

بالرغم من تلك الصياغة القانونية التي أبرمت بها الاتفاقيات سألفة الذكر إلا أنه يمكن القول بأن النص على المصادرة في الاتفاقيات الآتي ذكرها صراحة يفسر المقصود من الإجراءات التي يشار إليها بنزع

^١ الفقرة الأولى من المادة الرابعة والمعنونة بـ (التأميم ونزع الملكية) وقد حررت الاتفاقية في ١٦ من شهر شوال عام ١٤١٥هـ الموافق ١٨ مارس عام ١٩٩٥ . وزارة الاقتصاد الوطني سلطنة عمان ، اتفاقيات التشجيع والحماية المتبادلة للاستثمارات الموقعة بين سلطنة عمان ودول العالم الأخرى .

^١ المادة الخامسة (التأميم ونزع الملكية) الفقرة الأولى من اتفاقية تشجيع وحماية الاستثمارات المتبادلة بين سلطنة عمان والجمهورية الإيطالية ، والمبرمة في الثالث من شهر محرم عام ١٤١٤ هـ ، الموافق ٢٣ يونيو ١٩٩٣

^٢ الاتفاقية المبرمة مع الجمهورية التونسية والمبرمة في تونس : ١٠ اربيع الثاني ١٤١٢هـ ، الموافق ١٩/١٠/١٩٩١ ، وقد نص على ذلك بمادتها الثانية الفقرة الرابعة .

^٣ الاتفاقية المبرمة مع بروناي ، الموقعة في ١٣ شهر صفر عام ١٤١٩ هـ الموافق ٨ يونيو ١٩٩٨ ، انظر المادة الرابعة الفقرة الثانية .

^٤ الاتفاقية المبرمة مع جمهورية السودان في الخامس عشر من شهر رجب من عام ١٤٢٠هـ الموافق ٢٥/١٠/١٩٩٩ ، راجع الفقرة الثانية من المادة الخامسة من الاتفاقية .

الملكية في الاتفاقات التي لم تنص بوضوح على المصادرة ، فلا مجال للشك بأن المصادرة تدخل طبيعتها ضمن ما عرفه الفقه الدولي التقليدي باسم " نزع الملكية " فهي أحد وسائله .

ومن أمثلة الاتفاقيات التي أدرجت بنصوصها المصادرة صراحة ، ولم تتبع النهج الذي تبني عدم النص عليها ، الاتفاقية المبرمة بين سلطة عمان وجمهورية مصر العربية ، فقد نصت المادة الخامسة على أنه : " لا تخضع استثمارات مستثمري أي من الطرفين المتعاقدين للتأميم أو المصادرة أو أية إجراءات أخرى ذات تأثير يماثل بشكل مباشر أو غير مباشر في إقليم الطرف المتعاقد الآخر إلا إذا كان ذلك لأغراض المصلحة العامة على أساس غير تمييزي وفي مقابل دفع تعويض عادل طبقاً للإجراءات القانونية وبدون تأخير لا مبرر له " ١٠١١ .

وكذلك نصت الاتفاقية المبرمة بين حكومة سلطنة عمان وحكومة مملكة السويد في مادتها الرابعة على أنه : " لا تخضع استثمارات المستثمرين من أي الطرفين المتعاقدين للتأميم أو المصادرة أو أي إجراءات مماثلة لها نفس أثر التأميم أو المصادرة (ويشار إليها فيما يلي بنزع الملكية) وذلك في إقليم الطرف الآخر إلا إذا تم ذلك للمصلحة العامة . ويتم نزع الملكية بموجب القانون وعلى أساس غير تمييزي على أن يكون ذلك مصحوبة بأحكام محدودة للسداد الفوري . . " ١٠١٢ .

اعتمدت سلطنة عمان مثل تلك الصياغة في الاتفاقيات المبرمة بينها وبين كل من فرنسا ١٠١٣ ، والهند ١٠١٤ ، واليمن ١٠١٥ .

^١ الاتفاقية المبرمة بين حكومة سلطنة عمان ، وحكومة جمهورية مصر العربية ، المادة الخامسة الفقرة الأولى ، من تلك الاتفاقية المبرمة في شهر ذي القعدة عام ١٤١٨هـ الموافق ٢٥ من شهر مارس عام ١٩٩٨ .

^٢ الاتفاقية المبرمة بين حكومة سلطنة عمان وحكومة مملكة السويد ، المادة الرابعة الفقرة الأولى منها ، والمبرمة في مسقط بتاريخ ١٣/٧/١٩٩٥م .

^٣ الاتفاق المبرم مع الجمهورية الفرنسية بشأن تشجيع وحماية الاستثمارات المتبادلة والموقعة في باريس بتاريخ ١٧/١٠/١٩٩٤م

^٤ المادة الخامسة الفقرة الأولى من الإتفاقية المبرمة مع جمهورية الهند والمبرمة في بنودلهي بتاريخ ٢/٤/١٩٩٧م

^٥ المادة السادسة الفقرة الأولى من الاتفاقية المبرمة مع حكومة الجمهورية اليمنية في صنعاء في شهر جمادى الأولى عام ١٤٩١هـ الموافق ٢٠/٩/١٩٩٨م .

إذا ما ثار تساؤل حول نص الاتفاقيات على إدراج عبارة " أو أية إجراءات أخرى ذات تأثير مماثل بشكل مباشر أو غير مباشر . . " بعد النص صراحة على المصادرة فإن الباحث يرى هذا من باب توفير أكبر قدر من الأمان والطمأنينة للمستثمر الأجنبي على أمواله المستثمرة في تلك الدولة مما قد يستجد من وسائل وأدوات من شأنها نزع ملكيته الفعلية عن مشروعاته الإستثمارية .

ومن الجدير بالذكر أن الدولة ووفقاً للفقهاء الراجح في القانون الدولي المعاصر تلتزم بالتعويض متى اتخذت إجراءات التأميم أو نزع الملكية في مواجهة أموال الأجانب ، فإن المصادرة تخرج عن هذا الإطار التعويضي ، بمعنى أدق لا يصاحب المصادرة تعويض من قبل الدولة التي قامت بهذا الإجراء لما تنسم به المصادرة من طابع جزائي^{١١٦} .

وتثور مسألة التعويض تحديداً عن المصادرة متى كان الحديث في إطار البند (أ) من الفقرة (٢) من المادة (١٨) من الاتفاقية الخاصة بإنشاء المؤسسة العربية لضمان الاستثمار ، والتي تفيد عدم جواز امتداد ضمان المؤسسة إلى الخسائر التي أصابت المستثمر فيما لو ترتبت على إجراء اتخذته السلطات العامة في القطر المضيف ، ثم جاء البند (ج) من ذات الفقرة (٢) من المادة ١٨ سالف الذكر بالنص على عدم امتداد ضمان المؤسسة فيما لو كان الإجراء المتخذ من قبل السلطات العامة في القطر المضيف من الإجراءات العادية التي تمارسها الدولة تنظيماً للنشاط الإقتصادي في إقليمها والتي لا تنطوي على تمييز ضد المستثمر المشمول بالتأمين ، كما هو الحال بشأن المصادرة المقررة بحكم قضائي متى اتبعت بشأنه الإجراءات العادية^{١١٧} .

وعليه تعد المصادرة الإدارية المتخذة من جانب السلطة التنفيذية دون حكم قضائي ، ونظيرتها القضائية ولكن تمت عن طريق قضاء استثنائي لم تتبّع فيه الإجراءات العادية من قبيل المخاطر التي يشملها ضمان المؤسسة^{١١٨} .

وقد وفق المشرع المصري وبحق حينما نص صراحة على المصادرة الإدارية في مادته التاسعة من قانون الإستثمار المصري وعدم جوازها ، فقد نص على أنه : " لا يجوز بالطريق الإداري فرض الحراسة

^١ د/ هشام علي صادق ، النظام العربي لضمان الاستثمار ضد المخاطر غير التجارية ، مرجع سابق ص ١٣١

^٢ د . هشام علي صادق ، النظام العربي لضمان الإستثمار ضد المخاطر غير التجارية ، مرجع سابق ، ص ١٥٠

^٣ د . هشام علي صادق ، النظام العربي لضمان الإستثمار ضد المخاطر غير التجارية ، مرجع سابق ، ص ١٣٣

على الشركات والمنشآت أو حجز على أموالها أو الإستيلاء ، أو التحفظ أو تجميدها أو مصادرتها^{١٠١٩}

وفي نافذة الحديث عن المصادرة تجب الإشارة إلى أن المشرع المصري نص عليها في قانون العقوبات المصري رقم (٥٨) لسنة ١٩٣٧ ، وجعلها عقوبة تبعية ولم يصدرها العقوبات التبعية بل جعلها آخر مراحلها فنص على أن العقوبات التبعية هي : أولاً : الحرمان من الحقوق والمزايا المنصوص عليها في المادة (٢٥) ، ثانياً : العزل من الوظائف الأميرية ، ثالثاً : وضع المحكوم عليه تحت مراقبة البوليس ، رابعاً : المصادرة^{١٠٢٠} .

المبحث الرابع

ضمانة حضر الإستيلاء وفرض الحراسة

تمهيد وتقسيم :

إذا ما كانت هناك اجراءات قد تتخذها الدولة المضيفة تجاه المستثمر ومشروعه الاستثماري تمس أصل الحق متمثلة في نزع الملكية والتأميم والمصادرة كما اتضح ، فإن هناك اجراءات أخرى مقيدة للملكية تتخذها الدولة قبل المستثمر مثل الإستيلاء وفرض الحراسة ، ونظرا لأهمية الاستثمار في النمو والانتعاش الاقتصادي للدولة المضيفة وكذا حماية للمستثمر وتوفير أكبر قدر من الضمانات القانونية فقد نصت بعض التشريعات على ضمانة حظر الإستيلاء بين نصوص قونينها المتعلقة بالاستثمار ، وكذا ضمنتها نصوص الاتفاقيات المبرمة بينها وبين الدول الأخرى حماية للمستثمرين من هذا المعوق والمعرقل للاستثمارات الاجنبية .

ومن ثم ينقسم هذا المبحث الى المطالب التالية :

- المطالب الاول : ضمانة حظر الإستيلاء .
- المطالب الثاني : ضمانة حظر فرض الحراسة .

^٤ المادة (٩) من قانون الإستثمار المصري رقم ٨ لسنة ١٩٩٧ والمعدل بالقانون رقم ٤ لسنة ٢٠١٢

^{١٠٢٠} المادة (٢٤) من قانون العقوبات المصري رقم ٥٨ لسنة ١٩٣٧

المطلب الأول

ضمانة حظر الاستيلاء

يقصد بالاستيلاء ذلك الإجراء المؤقت الذي تتخذه السلطة العامة المختصة ، وبمقتضاه تحصل على حق الانتفاع ببعض الأموال الخاصة لهدف يتعلق بالمصلحة العامة ، ومقابل تعويض لاحق تقوم بادائه لمالك المال محل الاستيلاء .^{١٠٢١}

وهذا الإجراء لا يترتب عليه انتقال ملكية المال من ذمة المستثمر الى ذمة الدولة ، فمتى تبين للسلطة المختصة زوال أسباب الاستيلاء أصبح الزاماً على الدولة رفع يدها عن الأموال محل هذا الإجراء ، حيث أن الهدف من هذا الإجراء هو غل يد الشركة أو المنشأة صاحبة الأموال عن الانتفاع بها واستغلالها والتصرف فيها .^{١٠٢٢}

ويعتمد هذا الإجراء على التأقيت بصفة اساسية خلافاً لمن وصفه بالتأبيد^{١٠٢٣} ، ويرى الباحث أن صفة الديمومة لا تلحق الاستيلاء والأوجب إدراجه بين معوقات الاستثمار الماسة بأصل الحق وليس مجرد غل يد ، ويمكن كذلك اعتبارها ممهداً من مبهّدات نزع الملكية او صورة تحايلية من الدولة للوصول الى نزع ملكية المشروع من المستثمر ومن ثم يصيح نزع ملكية مقنّع إن جاز التعبير .

إذا ما نظرنا الى التشريعات الاستثمارية تبين الآتي :

نص المشرع المصري في قانون ضمانات وحوافز الاستثمار في مادته التاسعة على أنه " لا يجوز بالطريق الإداري فرض الحراسة على الشركات والمنشآت والحجز على أموالها او الاستيلاء او التحفظ عليها أو تجميدها او مصادرتها " ، وتمثل الحكمة من النص على تلك الضمانة هي بث الثقة والطمأنينة في نفوس المستثمرين الأجانب اتجاه رؤوس أموالهم ، وتوفير الحماية القانونية لها^{١٠٢٤} ، وذلك إن كان تأكيداً لنص المادة (٩) من دستور جمهورية مصر العربية الملغى والصادر في ١١ سبتمبر ١٩٧١م من أن " الملكية الخاصة مصونة ، ولا يجوز فرض الحراسة عليها الا في الحالات المبينة في القانون وبحكم قضائي ، " ، فهو كذا يتفق ونص المادة (٣٣) من الدستور المصري الجديد الصادر عام ٢٠١٣ والتي تنص على " تحمي الدولة الملكية بأنواعها الثلاثة ، الملكية العامة والملكية الخاصة ، والملكية

^١ د . هشام على صادق ، الحماية الدولية للمال الاجنبي ، مرجع سابق ، ص ١٦ - د . هشام صادق ، النظام العربي لضمان الاستثمار ضد المخاطر غير التجارية ، مرجع سابق ، ص ١٣٤ .

^٢ د . عبدالهادي مقبل ، من التشريعات الاقتصادية ، قانون ضمانات وحوافز الاستثمار ، قانون شركات قطاع الاعمال ، دار الشافعي للطباعة ، المنصورة ، ٢٠٠٢ ، ص ٨٧ .

^٣ د . عبدالعزيز سعد يحيى النعماني ، المركز القانوني للمستثمر الاجنبي في اليمن ومصر ، دراسة مقارنة ، الطبعة الاولى ، دار النهضة العربية ، القاهرة ، ٢٠٠٢م ، ص ١٣٦ .

^١ د . محمد السيد عرفه ، مرجع سابق ، ص ٥٦٩ .

التعاونية“ ، وكذا نص المادة (٣٥) من ذات الدستور فقد نصت على “ الملكية الخاصة مصنونة ، وحق الارث فيها مكفول ، ولا يجوز فرض الحراسة عليها الا في الاحوال المبينة في القانون ، وبحكم قضائي ولا تنزع الملكية الا للمنفعة العامة ومقابل تعويض عادل يدفع مقدما وفقا للقانون “^{١٠٢٥} .

هذا وقد نصر القانوني المصري رقم ٧٥ لسنة ١٩٥٤م الخاص بنزع الملكية العقارية على حالتين للاستيلاء المؤقت :

الاولى : ان يكون الغرض التمهيد لنزع الملكية .

الثانية : مواجهة الظروف الطارئة والمستعجلة .^{١٠٢٦}

أما اذا ما كان احتياج الادارة للعقار اكثر من ثلاث سنوات فيصير وسيلة لنزع الملكية لا مجرد استيلاء مؤقت .

وقد نصت بعض التشريعات العربية على تلك الضمانة ، ومنها نص المادة (١١) من نظام الاستثمار الاجنبي للمملكة العربية السعودية والتي نصت على انه “ لا تجوز مصادرة الاستثمارات التابعة للمستثمر الاجنبي كلاً او جزء الا بحكم قضائي كما لا يجوز نزع ملكيتها كلاً او جزء الا للمصلحة العامة مقابل تعويض عادل وفقاً للأنظمة “ ، وهو ما أوضحته اللائحة التنفيذية في مادتها (٥) والتي نصت على “ تتمتع منشآت الاستثمار الاجنبي بالمزايا والحوافز والضمانات التي تتمتع بها المنشآت الوطنية ومنها على سبيل المثال : ٤- عدم جواز مصادرة الاستثمارات كلاً او جزء الا بحكم قضائي او نزع ملكيتها كلاً او جزء الا للمصلحة العامة ومقابل تعويض عادل “ .

وجاء نص المادة (٨) من قانون دولة الكويت رقم ٨ لسنة ٢٠٠١م بشأن تنظيم الاستثمار المباشر لرأس المال متسقاً مع التشريعات المنضمة لتلك الضمانة فقد نص على “ لا تجوز مصادرة او تأميم أي مشروع اجنبي مرخص فيه طبقاً لأحكام هذا القانون ولا يجوز نزع ملكيته الا للمنفعة العامة طبقاً للقوانين المعمول بها ومقابل تعويض يعادل القيمة الاقتصادية الحقيقية للمشروع “ .

ونص المشرع القطري في المادة (٨) من قانون تنظيم استثمار رأس المال الاجنبي في النشاط الاقتصادي رقم ١٣ لسنة ٢٠٠٠م في فقرتها الاولى على أنه “ لا تخضع الاستثمارات الاجنبية سواء بطريقة مباشرة او غير مباشرة لنزع الملكية او لأي إجراء ذو أثر مماثل ، ما لم يكن ذلك للمنفعة العامة وبطريقة غير تمييزية ، “ .

واما المشرع الليبي فقد كان أكثر صراحة في النص على الاستيلاء فقد نص في المادة (٢٣) من القانون الليبي رقم ٥ لسنة ١٩٩٧م بشأن تشجيع استثمار رؤوس الاموال الاجنبية على أنه “ لا يجوز تأميم المشروع او نزع ملكيته او الاستيلاء الجبري عليه او مصادرته او فرض الحراسة او التحفظ أو التجميد

^٢ المادة (٣٥) من دستور جمهورية مصر العربية لسنة ٢٠١٣ والمعمول به بعد تعديل دستور ٢٠١٢م المعطل .

^٣ د . عبدالرزاق السنهوري ، الوسيط في شرح القانون المدني ، نظرية الالتزام بوجه عام ، مصادر الالتزام ، الجزء الاول ، دار النهضة العربية ، القاهرة ، ١٩٨١م ، ص ٧٨٠ .

أو إخضاعه لاجراءات لها نفس التأثير الا بقانون او بحكم قضائي وفي مقابل تعويض فوري وعادل ، وبشرط ان تتخذ هذه الاجراءات بصورة غير تمييزية ، “ .

وكان المشرع اليمني قد نص على تلك الضمانة في القانون السابق رقم ٢٢ لسنة ١٩٩١ م ، فقد قرر في المادة ١٣/أ بانه “ لا يجوز تأميم المشروعات او الاستيلاء عليها ، كما لا يجوز الحجر على اموالها او مصادرتها او تجميدها او فرض الحراسة عليها من غير طريق القضاء “ . أما القانون رقم ١٥ لسنة ٢٠١٠م فانه لم يتطرق للاستيلاء مطلقا فلم يجيزه او يمنعه .^{١٠٢٧}

أما القانون الأردني فقد نص في مادته (٢٥) من القانون رقم ١٦ لسنة ١٩٩٥م على “ لا يجوز نزع ملكية أي مشروع او إخضاعه لاي اجراءات تؤدي الى ذلك الا باستملاكه لمقتضيات المصلحة العامة شريطة دفع التعويض العادل للمستثمر “ .

وأما المشرع السوري فقد نص في المادة (٣) من المرسوم التشريعي رقم ٨ لسنة ٢٠٠٧م على انه “ تتمتع المشاريع والاستثمارات المرخصة وفق احكام هذا المرسوم التشريعي بعدم المصادرة او نزع الملكية او الحد من التصرف في ملكية الاستثمارات وعائداتها الا اذا كان لغرض النفع العام او مقابل دفع تعويض فوري وعادل “ .

وأما في سلطنة عمان فلم يضمن التشريع العماني الخاص بالاستثمار^{١٠٢٨} نصا صريحا يحظر الاستيلاء ، ولم تدرج كذلك الاتفاقيات العمانية نصا أو بندا صريحا عليه ، الا انه يجوز ان تعد إشارة ضمنية ما نصت عليه في اكثر اتفاقياتها مع الدول الاخرى من النص على “ أو أية اجراءات أخرى ذات تأثير مماثل بشكل مباشر او غير مباشر “ ، فقد نصت على ذلك في إتفاقيتها مع جمهورية مصر العربية حيث نصت في المادة الخامسة على “ ١- لا تخضع إستثمارات مستثمري أي من الطرفين المتعاقدين للتأميم أو المصادرة أو أية اجراءات أخرى ذات تأثير مماثل بشكل مباشر او غير مباشر في إقليم الطرف المتعاقد الآخر الا إذا كان ذلك لاغراض المصلحة العامة على اساس غير تمييزي “ .^{١٠٢٩}

اما في الاتفاقيات الدولية ، نصت الاتفاقية الموحدة لاستثمار رؤوس الاموال العربية في الدول العربية في مادتها (٩) على انه “ ١- لا يخضع راس المال العربي المستثمر بموجب أحكام هذه الاتفاقية لأية تدابير خاصة أو عامة ، دائمة أو مؤقتة ، مهما كانت صيغتها القانونية تلحق أيا من أصوله او احتياطياته أو عوائده كليا او جزئيا ، وتؤدي الى المصادرة أو الاستيلاء الجبري أو نزع الملكية ، أو التأميم ، أو التصفية أو الحل ، او إنتزاع أو تبيد اسرار الملكية الفنية ، أو الحقوق العينية الاخرى ، ، أو أية تدابير أخرى تؤدي الى الحجز أو التجميد او الحراسة أو غير ذلك من صور المساس بحق الملكية

^١ د . بدر علي بن علي الجمرة ، مرجع سابق ، ص ٦٩ .

^٢ قانون استثمار رأس المال الاجنبي الصادر بالمرسوم السلطاني رقم ١٠٢/١٩٩٤م .

^٣ إتفاقية لتشجيع وحماية الاستثمارات بين حكومة سلطنة عمان وبين جمهورية مصر العربية ، حررت في القاهرة ٢٥ مارس ١٩٩٨م .

في ذاته ، او الى الاخلال بما يترتب عليه للمالك من سلطات جوهرية تتمثل في سيطرته على الاستثمار وحيازته وحقوق ادارته ، وحصوله على عوائد أو استيفاء حقوقه ، والوفاء بالتزاماته^{١٠٣٠} .

وبالنظر في الاتفاقيات الثنائية التي ابرمتها سلطنة عمان مع الدول الاخرى يتبين انها لم تتعرض في نصوصها الى حظر الاستيلاء بصورة مباشرة .

وفي نافذة الحديث عن الاستيلاء يتبين أنه بالإضافة الى نزع الملكية والمصادرة إجراءات سياديه تصدر عن السلطة المختصة العامة في الدولة في حدود اختصاصها الاقليمي ، ومن ثم فهي تنطبق على من يقطنون الاقليم سواء اكانون اجناب او مواطنين تجاه أموالهم المستثمرة في الاقليم^{١٠٣١} .

ويهيئ الباحث بالمرشح العماني أن ينص صراحة على حظر الاستيلاء حتى لا يقع المستثمر في إطار إجتهادي فينتهي بين مجيز ومعارض إسوة بالمرشح الليبي حين نص على أنه لا يجوز تأميم المشروع أو نزع ملكيته أو الاستيلاء الجبري عليه ، وكذلك المرشح المصري ، مما يعطي ضماناً أكثر فاعلية للمستثمر الاجنبي .

وإذا ما كان الباحث قد تعرض في ضوء هذا المطلب لحظر الاستيلاء فلا بد من التعرض لاجراء آخر قد يشبه الاستيلاء الجبري ولكنه ذو وطئة أخف الا وهو فرض الحراسة .

المطلب الثاني

ضمانة حظر فرض الحراسة

الحراسة هي إجراء وقتي يترتب عليه غل يد المالك عن إدارة أمواله ، تعيين حارس لتولي الادارة الى أن يتم تصفية المشروع أو إزالة أسباب فرض الحراسة^{١٠٣٢} .

فالحراسة في مجملها هي إجراء تحفظي^{١٠٣٣} يتميز بالتأقيت ، وهدفه الرئيس هو حماية الاموال وادارتها دون المساس بأصل الحق ، ومن ثم يظل تحت يد مالكة ، فلا يعدو كونه نوعاً من الجزاء لا يقترن توقيعه بمنح الخاضع له تعويضاً^{١٠٣٤} مقابل ذلك ، ولذا السيطرة ليست للمستثمر وإن كان مالكا للمشروع .

^١ دخلت الاتفاقية حيز التنفيذ بتاريخ ١٩٨١/٩/٩م ، وصدقت عليها سلطنة عمان .

^٢ د . هشام صادق ، الحماية الدولية للمال الاجنبي ، مرجع سابق ص ٥ وما بعدها .

^١ د . رمضان صديق محمد ، الضمانات القانونية والحوافز الضريبية ، لتشجيع الاستثمار ، دراسة مقارنة بين القانون رقم ٨ لسنة ١٩٩٧م والقانون رقم ٢٣٠ لسنة ١٩٨٩م على ضوء آراء الفقه وأحكام القضاء ، دار النهضة العربية ، القاهرة ، ٢٠٠٢ ، ص ١٥٩ .

^٢ د . عبدالهادي مقل ، مرجع سابق ، ص ٨٦ .

^٣ بدر علي بن علي الجمرة ، مرجع سابق ، ص ٦٩ .

وقد تنوعت صور فرض الحراسة فمنها الاتفاقي ، ومنها القانوني والقضائي والاداري ، والأخير - أي الاداري - هو محل نظر المشرع لأهميته إذ هو وسيلة الدولة في قبض يد المالك المستثمر على مشروعه من حيث إدارته . لذا نجد التشريعات قد تضمنت بنودا تؤكد على حظر فرض الحراسة على النحو التالي :

نص المشرع المصري في المادة (٩) من قانون الاستثمار المصري رقم ٨ لسنة ١٩٩٧م على أنه " لا يجوز بالطريق الاداري فرض الحراسة على الشركات والمنشآت أو الحجز على أموالها أو الاستيلاء أو التحفظ عليها أو تجميدها أو مصادرتها " ، ويتبين من هذا النص بدلالة المنطوق أن المشرع قد أراد أن يحمي المستثمر من تدخلات الدولة ليوفر له أكبر قدر من الحماية مما يكسبه ثقة أكثر تدفعه لاستثمار أمواله وذلك بحظر فرض الحراسة إداريا على المشروع الاستثماري ، ومن ثم فأى قرار يصدر من الدولة بفرض الحراسة على شركة أو منشأة من المنشآت التي تباشر أحد الأنشطة المنصوص عليها في قانون ضمانات وحوافز الاستثمار المصري يعد قرارا باطلا بطلانا مطلقا ، ولكن لمفهوم المخالفة للنص يجوز فرض الحراسة قضائيا^{١٠٣٥} ، ومن الجدير بالذكر أن نص المادة يتفق وصحيح نص المادة (٩) من الدستور المصري لسنة ١٩٧١م الملغي والتي نصت على أن " الملكية الخاصة مصونة ، ولا يجوز فرض الحراسة عليها الا في الحالات المبينة في القانون وبحكم قضائي " .

وهي تتفق كذلك وصحيح المادة (٣٣) من الدستور المصري الجديد لسنة ٢٠١٣م والتي تنص على " تحمي الدولة الملكية بأنواعها الثلاثة : الملكية العامة ، والملكية الخاصة ، والملكية التعاونية " . وكذا نص المادة (٣٥) من ذات الدستور فقد نصت صراحة على أن " الملكية الخاصة مصونة ، وحق الارث فيها مكفول ، ولا يجوز فرض الحراسة عليها الا في الاحوال المبينة في القانون ، وبحكم قضائي " .^{١٠٣٦}

^١ د . عبدالهادي مقبل ، مرجع سابق ، ص ٨٦ .

^٢ من المبادئ التي قررتها الجمعية العمومية لقسم الفتوى والتشريع بمجلس الدولة " فرض المشرع حماية خاصة لأموال المشروعات الاستثمارية المنشأة وفقا لاحكام القانون المذكور تشجيعا لها وجذباً لأصحاب رؤوس الاموال فقرر تحصين هذا المال من التأميم والمصادرة ومن الحجز عليه وفرض الحراسة عليه الا عن طريق القضاء - يترتب على ذلك خروج أموال هذه المشروعات من اطار التنفيذ المباشر عن طريق تطبيق قانون الحجز الاداري ، إستيفاء مستحقات مصلحة الضرائب لدى الشركات الاستثمارية المنشأة طبقا للقانون المذكور عن طريق الحجز الاداري يتعارض مع نص القانون ويخالف قصد المشرع - تطبيق نص المادة السابقة من نظام استثمار المال العربي والاجنبي والمناطق الحرة بالقانون رقم ٤٣ لسنة ١٩٧٤ والمعدل بالقانون ٣٢ لسنة ١٩٧٧ على انه " لا يجوز تأميم المشروعات او مصادرتها او فرض الحراسة عليها عن غير الطريق القضائي " .

والمستفاد من هذا النص أن المشرع رعاية منه للمشروعات الاستثمارية المنشأة وفقا لاحكام القانون رقم ٤٣ لسنة ١٩٧٤م المشار اليه ، وتشجيعا لها ، وجذباً لأصحاب رؤوس الاموال لتوظيف مدخراتهم في هذا المجال ، فرض حماية خاصة لأموال هذه المشروعات حيث قرر بنص قاطع وصريح تحصين هذا المال من التأميم

وقد نص المشرع السوداني في قانون تشجيع الاستثمار لسنة ١٩٩٩م^{١٠٣٧} في مادته (١/١٧) بند (ب) " عدم الحجز على أموال مشروعه او مصادرتها او تجميدها او الحفظ عليها او فرض الحراسة عليها الا بامر قضائي " .

وكذا نص المشرع الفلسطيني في القانون رقم (١) لسنة ١٩٩٨ بشأن تشجيع الاستثمارات في فلسطين في مادته (٧) على أنه " لا يجوز تأمين المشروعات او مصادرتها كما لا يجوز الحجز على اموالها او الاستيلاء عليها أو تجميدها او مصادرتها او التحفظ عليها الا عن طريق القضاء " .

وقد خلت العديد من التشريعات الاستثمارية من نصوص تتعلق بجواز فرض الحراسة من عدم جوازها ومن ذلك التشريع السعودي^{١٠٣٨}، والاردني^{١٠٣٩}، واليميني^{١٠٤٠} القطري^{١٠٤١}، وقد انتهج ذات المنهج المشرع العماني فلم ينص في قانون رقم ١٠٢ لسنة ١٩٩٤ على حظر فرض الحراسة الادارية .

و المصادرة ، ومن الحجز عليه وتجميده وفرض الحراسة عليه الا عن طريق القضاء ، ونزولا على المفهوم المنقلم ، فان المشرع يكون قد أخرج اموال هذه المشروعات من اطار التنفيذ عليها محكوما بالقواعد العامة التي تقضي باختصاص القضاء باجرائه وفقا للأحكام الاجرائية المقررة في هذا الشأن .

ومن حيث أنه لما كان ذلك ، فان استيفاء مستحقات مصلحة الضرائب لدى الشركات الاستثمارية المنشأة طبقا للقانون رقم ٤٣ لسنة ١٩٧٤ المشار اليه عن طريق الحجز الاداري على اموال هذه الشركات يتعارض مع نص القانون ويخالف قصد المشرع منه ، ومن ثم فلا يجوز للمصلحة اللجوء الى هذا الاسلوب لاستيفاء مستحقاتها قبل هذه الشركات . " لذلك " انتهى رأي الجمعية العمومية لقسم الفتوى والتشريع الى عدم جواز قيام مصلحة الضرائب بتوقيع الحجز الاداري على اموال الشركات الاستثمارية المنشأة وفقا لاحكام القانون رقم ٤٣ لسنة ١٩٧٤ وفاء لمستحقاتها لديها . (فتوى رقم ٨٥ جلسة ١٩٨٩/١/٤ ملف رقم ٣٧٥/٢/٤٧) .

ومن الجدير بالذكر ان نص الفتوى السابقة رغم صدور تعديلات على قانون ضمانات وحوافز الاستثمار الا ان نص المادة المذكور في القانون رقم ٤٣ لسنة ١٩٧٤ يقابلها في القانون الحالي المادتان ٨ ، ٩ من القانون رقم ٨ لسنة ١٩٩٧ كما أشار الى ذلك المستشار رجب عبدالحكيم ، وقد أثرت ذكر نص الفتوى كاملا لانه يشمل المصادرة والتأميم اضافة الى فرض الحراسة ، وايضا نص الفتوى يتفق والنص الدستوري في مادته رقم (٣٣) من الدستور ٢٠١٣ الساري .

اما عن القانون رقم ٤٣ لسنة ١٩٧٤ بشأن استثمار راس المال العربي والاجنبي فقد لغي بموجب صدور القانون رقم ٢٣٠ لسنة ١٩٨٩ ونظرا للتطورات التاريخية والتغيرات الاجتماعية والاقتصادية صدر القانون رقم ٨ لسنة ١٩٩٧ الخاص بضمانات وحوافز الاستثمار وهو القانون الساري .

^{١٠٣٧} قانون تشجيع الاستثمار لسنة ١٩٩٩م تم الغاءه بقانون ٢٠٠٧ ويعمل باه اعتبارا من اليوم الاول من يناير ٢٠٠٨م .

ويرى الباحث أن إهمال المشرع العماني للنص على مثل تلك الضمانة القانونية الهامة يضعه في موقف حرج إذ قد تضمن تشريعه نصوص من شأنها أن تزيد حركة الاستثمارات الوافدة الاجنبية ، وأهمل النص على تلك الضمانة الهامة فهي وإن لم تمس أصل الحق الا أن فرض الحراسة احد الوسائل التي تتخذها الدولة للسيطرة على المشروعات الاستثمارية وغل يد مالكيها من حيث ادارتها وإن ظل مالكا للرقبة .

أما على الصعيد الدولي فلم ينص على عدم جواز فرض الحراسة في الاتفاقيات الدولية التي ابرمتها سلطنة عمان مع العديد من الدول ، فمن بين تلك الاتفاقيات المبرمة الاتفاقية بين حكومة سلطنة عمان وجمهورية مصر العربية فقد جاء النص عاما غير محدد فنصت المادة الخامسة على أنه " لا تخضع استثمارات مستثمري اي من الطرفين المتعاقدين للتأميم او المصادرة او أية اجراءات اخرى ذات تأثير مماثل بشكل مباشر او غير مباشر في إقليم الطرف المتعاقد الا اذا كان ذلك لأغراض المصلحة العامة على أساس غير تمييزي وفي مقابل دفع تعويض عادل طبقا للاجراءات القانونية وبدون تأخير لا مبرر له " .^{١٠٤٢}

وإذا كان الامر كذلك فنهيب بالمشرع العماني ان يدرج نصا صريحا مثل نص المشرع المصري في مادته (٩) على أنه " لا يجوز بالطريق الاداري فرض الحراسة على الشركات والمنشآت أو الحجز على أموالها أو الاستيلاء أو التحفظ عليها أو تجميدها أو مصادرتها " .

إذ مثل هذا النص الصريح يفترض حسن النية للدولة المضيفة تجاه المستثمر الاجنبي ويتأكد من ان استثمارات محاطة بضمانات تحافظ له على أمواله المستثمرة في اراضيها .

^٢ نظام الاستثمار الاجنبي للملكة العربية السعودية الصادر بالمرسوم الملكي رقم (م/١) بتاريخ ١٤٢١/١/٥ هـ .

^٣ لم ينص القانون رقم ١٦ لسنة ١٩٩٥ وتعديلاته لعام ٢٠٠٠ قانون تشجيع الاستثمار وكذا القانون رقم ٥٤ لسنة ٢٠٠٠ نظام تنظيم الاستثمارات غير الاردنية .

^١ قانون الاستثمار اليمني رقم ١٥ لسنة ٢٠١٠ لم يرد به سوى نص عام في مادته (٧/ج) يفيد وجوب احترام الملكية الخاصة وعدم المساس بها الا للضرورة وللصلحة العامة ووفقا للقانون .

^٢ لم ينص صراحة المشرع القطري في قانون تنظيم استثمارات راس المال الاجنبي في النشاط الاقتصادي ١٣ لسنة ٢٠٠٠ سوى انه نص في مادته (٨) اجمالا على حظر نزع الملكية او أي إجراء مماثل ما لم يكن ذلك للمنفعة العامة .

^٣ الاتفاقية المبرمة بين حكومة سلطنة عمان وحكومة جمهورية مصر العربية ، اتفاقيات التشجيع الحماية المتبادلة للاستثمارات ، ص ٩١ .

الخاتمة والتوصيات

تناولنا في موضوع بحثنا موضوع ضمانات عدم المساس بملكية الأموال المستثمرة وذلك من خلال أربعة مباحث يحتوي كل مبحث على مطالب تناولنا في المبحث الأول ضمانات حظر نزع الملكية للأموال المستثمرة ، وفي المبحث الثاني تناولنا ماهية ضمان حماية المشروعات الإستثمارية من خطر التأميم. وفي المبحث الثالث تناولنا حماية الاستثمارات من خطر المصادرة ، وأخيراً تناولنا الإستيلاء وفرض الحراسة وذلك في المبحث الرابع .

وفي نهاية بحثنا توصلنا إلى التوصيات التالية :

١. أن ينص المشرع العماني نصاً صريحاً في تشريعاته عن فرض الحراسة مثل ما نص المشرع المصري في مادته (٩) على أنه " لا يجوز بالطريق الإداري فرض الحراسة على الشركات والمنشآت أو حجز على أموالها أو الاستيلاء أو التحفظ عليها أو تجميدها أو مصادرتها " إذ مثل هذا النص الصريح يفترض حسن النية للدولة المضيفة تجاه المستثمر الاجنبي ويتأكد من ان استثماراته محاطة بضمانات تحافظ له على أمواله المستثمرة في اراضيها .
٢. أن ينص المشرع العماني على حظر الاستيلاء حتى لا يقع المستثمر في إطار إجتهادي فينتهي بين مجيز ومعارض إسوة بالمشرع الليبي حين نص على أنه لا يجوز تأميم المشروع أو نزع ملكيته أو الاستيلاء الجبري عليه ، وكذلك المشرع المصري ، مما يعطي ضمانات أكثر فاعلية للمستثمر الاجنبي .
٣. لم يتعرض المشرع العماني للتأميم في نصوصه التشريعية ولا تعديلاته اللاحقة ، ويرى الباحث ان على المشرع العماني أن يجرى تعديلاً تشريعياً لقانون الإستثمار على أن يضع نصب عينيه النص على التأميم متقادياً كذلك أخطاء بعض التشريعات الأخرى بأن ينص على ضرورة تعويض المستثمر بالتعويض العادل الناجز مما يكسب المستثمر ثقة في تشريعات السلطنة وحمايتها له من الأخطار غير التجارية التي قد تواجهه ومن بينها التأميم .

قائمة المراجع

١. أبو العلا النمر ، الاختصاص القضائي الدولي وتنفيذ الاحكام الاجنبية واحكام التحكيم في مصر ، دار النهضة العربية ، ٢٠٠٨ .
٢. أحمد أبو الوفا ، الوسيط فى القانون الدولي العام ، دار النهضة العربية ، القاهرة ، ٢٠٠٢ .
٣. أحمد صادق القشيري ، التأميم في القانون الدولي الخاص ، مجلة العلوم القانونية والاقتصاد العدد الأول ١٩٦٩ .
٤. إبراهيم أحمد إبراهيم ، القانون الدولي الخاص ، الموطن ومركز الأجانب ، دار النهضة العربية ، القاهرة ، ٢٠٠١ .
٥. بدر علي بن علي الجمرة ، ضمانات الإستثمار وفقا للقانونين المصرى واليمنى ، دراسة مقارنة
٦. رجب عبد الحكيم سليم ، شرح أحكام قانون ضمانات وحوافز الإستثمار رقم ٨ لسنة ١٩٩٧ ، ولأئحته التنفيذية طبقا لآخر التعديلات ، فى ضوء أحدث المبادئ التى قررتها المحكمة الدستورية العليا ، منشأة المعارف بالاسكندرية .
٧. رمضان صديق محمد ، الضمانات القانونية والحوافز الضريبية لتشجيع الاستثمار ، دار النهضة العربية ، سنة ١٩٩٨ .
٨. رمضان على عبد الكريم دسوقى عامر ، الحماية القانونية للإستثمارات الأجنبية المباشرة .
٩. رواء يونس محمود النجار ، النظام القانونى للإستثمار الأجنبي ، دراسة مقارنة .
١٠. سامي عبد الباقي أبو صالح ، الإطار القانوني للإستثمارات الأجنبية فى مصر ، محاضرات أقيمت على طلبه دبلوم قانون التجارة والإستثمارات العام الجامعي ٢٠٠٢-٢٠٠٣ ، الناشر : دار النهضة العربية .
١١. عبد البارى احمد عبد البارى ، التأميم وآثاره فى القانون الدولي العام ، رسالة دكتوراه كلية الحقوق ، جامعة القاهرة ، سنة ١٩٧٢ .
١٢. عبد الباقي نعمة ، نزع الملكية امتياز مقرر للإدارة ، دراسة مقارنة ، مجلة العلوم القانونية والسياسية ، العدد ١٤
١٣. عبد المنعم عبد الغنى نعيم ، بعض الضمانات القانونية للإستثمار تطبيق على الحالة المصرية .
١٤. عبد الواحد الفار ، الجوانب القانونية للإستثمارات العربية والأجنبية فى مصر ، عالم الكتب ، بدون سنة نشر .
١٥. عبدالرزاق السنهوري ، الوسيط فى شرح القانون المدني ، نظرية الالتزام بوجه عام ، مصادر الالتزام ، الجزء الاول ، دار النهضة العربية ، القاهرة ، ١٩٨١ م .
١٦. عبدالعزيز سعد يحيى النعماني ، المركز القانوني للمستثمر الاجنبي فى اليمن ومصر ، دراسة مقارنة ، الطبعة الاولى ، دار النهضة العربية ، القاهرة ، ٢٠٠٢ م .
١٧. عبدالهادي مقبل ، من التشريعات الاقتصادية ، قانون ضمانات وحوافز الاستثمار ، قانون شركات قطاع الاعمال ، دار الشافعي للطباعة ، المنصورة ، ٢٠٠٢ .
١٨. عصام الدين مصطفى بسيم ، النظام القانوني للإستثمارات الأجنبية الخاصة فى الدول النامية .

١٩. عمر أبو بكر خاشب ، النظام القانوني للاتفاقيات البترولية في دول مجلس التعاون الخليجي ، دراسة مقارنة ، مؤسسة شباب الجامعة ، الإسكندرية ، سنة ١٩٩٠ .
٢٠. عمر هاشم محمد صدقة ، ضمانات الاستثمارات الاجنبية في القانون الدولي ، رسالة ماجستير ، كلية حقوق أسيوط ، سنة ٢٠٠٦ .
٢١. غسان علي علي ، الإستثمارات الأجنبية ودور التحكيم في تسوية المنازعات التي قد تثور بصدها ، رسالة دكتوراه حقوق عين شمس ، سنة ٢٠٠٤ .
٢٢. لمياء متولى يوسف مرسى ، التنظيم الدولي للاستثمار في إطار اتفاقيات الاستثمار متعددة الأطراف .
٢٣. محمد عرفة ، ورقة عمل حول “ ضمانات الإستثمار الأجنبي وحوافزه في القانون المصري ، دراسة تحليلية مقارنة “ .
٢٤. محمد عمر مولود ، الضمانات الدستورية والتشريعية في العراق دراسة مقارنة ، ص٦٨٢ .
٢٥. ناصر عثمان محمد عثمان ، ضمانات الإستثمار الأجنبي في الدول العربية
٢٦. هشام خالد ، عقد ضمان الإستثمار ، سنة ٢٠٠٠ .
٢٧. هشام علي صادق ، الحماية الدولية للمال الأجنبي مع اشارة خاصة للوسائل المقترحة لحماية الأموال العربية في الدول الغربية .
٢٨. هشام علي صادق ، الحماية الدولية للمال الأجنبي مع إشارة خاصة للوسائل المقترحة لحماية الأموال العربية في الدول الغربية ، دار الفكر الجامعي ، الإسكندرية ، ٢٠٠٢ .
٢٩. هشام علي صادق ، النظام العربي لضمان الإستثمار ضد المخاطر غير التجارية ، دار المطبوعات الجامعية ، سنة ٢٠٠٧ .

٣٠. Lambret, les effets civiles dela confiscation generale des rep . de droit int .
٣١. Van hecke “ confiscation, expropriation and the conflict of law “ international law quarterly “ : voi٤, no july ١٩٨٥ .
٣٢. Wortley Expropriation un public international law .

استقلالية العقد التحكيمى و مبدأ الاختصاص بالاختصاص

اعداد

محمد خير عمار شريف

تمهيد:

الإتفاق التحكيمي هو عقد بين طرفين أو أكثر يلتزم فيه الأطراف على عدم إحالة أي نزاع ناشئ بينهما أو سينشأ بينهما نتيجة علاقة قانونية معينة _ عقدية كانت أو غير عقدية إلى القضاء وإحالته إلى شخص معنوي أو طبيعي أو عدة أشخاص طبيعيين يختارهم أطراف النزاع لدراسة النزاع حسب إجراءات تحكيم معينة و القانون الواجب تطبيقه على النزاع، ومن ثم إصدار حكم ملزم لأطراف النزاع و تنطبق عليه القواعد العامة في العقود من حيث شروط إنعقاده وتفسير ما إلى ذلك، فالإتفاق التحكيمي هو من العقود المُسمّاة^(١).

فبموجب العقد التحكيمي يمتنع أي طرف من أطراف العقد للجوء إلى المحكمة المُختصة أصلاً بنظر النزاع، و لكن قد يلجأ طرف من أطراف العقد التحكيم إلى إيداع بطلان العقد التحكيمي، لأي سبب مثل الغلط أو عدم الأهلية أو كان ساقطاً لإنتهاء مدته أو عدم وجود عقد تحكيمي، أو بطلان العقد الأصلي المتضمن للعقد التحكيمي أو إنعدامه أو انقضاؤه و ما إلى ذلك من أسباب، ففي هذه الحالة من هي الجهة المُختصة بنظر هذا الإيداع، هل هو المُحكم أو القاضي؟

و إذا ثبت أن العقد الذي يتضمن عقد التحكيم مشوباً بالعيب فهل يلحق هذا العيب بعقد التحكيم، و ما هو الحال إذا لحق عيب بالعقد التحكيمي نفسه؟

إن مسألة تحديد الجهة المُختصة بالبت بهذه الأمور على درجة كبيرة من الأهمية، فإذا سمح لأي طرف من أطراف العقد التحكيمي للجوء إلى القضاء بحجة أن العقد التحكيمي باطل أو مُنقضي لأي سبب، فإن ذلك سيكون له أثر سلبي على التحكيم بصفة عامة و على التحكيم التجاري الدولي بصفة خاصة، ذلك أن من مزايا التحكيم سرعة البت في النزاع إضافة إلى مزايا أخرى عديدة مثل إقتصادية العملية التحكيمية و تحديد مكان و لغة التحكيم و إختيار المُحكمين... إلخ، و هذا ما لا يتوافر بالقضاء خاصة عامل السرعة .

لذلك أوجد مبدأ إستقلال العقد التحكيمي و مبدأ الإختصاص بالإختصاص، فإذا بطل العقد الذي يحوي العقد التحكيمي فإن ذلك لن يؤثر على العقد التحكيمي إلا إذا طالته أسباباً تتعلق بالعقد التحكيمي نفسه، و إذا كانت هناك طعون على إتفاق التحكيم، فإن المُحكم هو الذي ينظر في تلك الطعون.

و قد عرف القانون النموذجي إتفاق التحكيم بأنه إتفاق بين الطرفين على أن يُحيلوا إلى التحكيم كل أو بعض المنازعات المُحددة التي نشأت أو قد تنشأ بينهما بشأن علاقة قانونية محددة تعاقدية كانت أو غير تعاقدية^(١).

و سنبحث فيما يلي هذين المبدأين في ثلاثة مطالب:

المطلب الأول: إستقلال عقد التحكيم الدولي عن العقد الذي يتضمنه في القوانين الوضعية و في أنظمة التحكيم و في إتفاقية نيويورك للإعتراف و تنفيذ الأحكام الأجنبية .

المطلب الثاني إستقلال عقد التحكيم الدولي عن القانون الذي يحكم العقد الذي يتضمنه ثم إستقلاله عن كل قانون، ثم نبحث النموذج السويسري لتقرير صحة عقد التحكيم الدولي .

(١) أنظر في هذا المعنى الدكتور عبد الحميد الأحديب، موسوعة التحكيم، التحكيم الدولي، الكتاب الثاني، الطبعة الثالثة، منشورات الحلبي الحقوقية، لبنان، ٢٠٠٨، ص ٢٣٠-٢٣١ . وكذلك الدكتور شريف الطباخ، التحكيم الإختباري و الإجباري في ضوء القضاء و الفقه، دار الفكر و القانون للنشر و التوزيع، المنصورة، مصر، ٢٠١٠، ص ٤٦ .

(١) الدكتور عاشور مبروك، التحكيم، دار الفكر و القانون للنشر و التوزيع، المنصورة، مصر، ٢٠١٣-٢٠١٤، ص ٤٥١ .

المطلب الثالث موقف كل من القانونين المصري و الأردني من مسألة صحة عقد التحكيم الدولي، وأخيراً نتناول مبدأ الإختصاص بالإختصاص .

المطلب الأول

إستقلال عقد التحكيم الدولي عن العقد الذي يتضمنه في القوانين الوضعية و في أنظمة التحكيم و في إتفاقية نيويورك

لقد نتج عن مبدأ إستقلال العقد التحكيمي عن العقد الأصلي أثرين، أولهما إستقلال عقد التحكيم عن العقد الذي يتضمنه، و الثاني هو إستقلال العقد التحكيمي عن القانون الذي يحكم العقد .

سنتناول في هذا المطلب إستقلال عقد التحكيم الدولي في ثلاثة فروع:

الفرع الأول إستقلال عقد التحكيم الدولي عن العقد الذي يتضمنه في القوانين الوضعية.

الفرع الثاني إستقلال عقد التحكيم الدولي عن العقد الذي يتضمنه في أنظمة التحكيم.

الفرع الثالث إستقلال عقد التحكيم الدولي في إتفاقية نيويورك للإعتراف و تنفيذ الأحكام الأجنبية لسنة ١٩٥٨ .

الفرع الأول

إستقلال عقد التحكيم الدولي في القوانين الوضعية

عقد التحكيم قد يكون وارداً في العقد الأصلي و يُسمى بهذه الحالة شرط التحكيم، و قد يتم الإتفاق على التحكيم بعد وقوع النزاع و يُسمى بهذه الحالة مُشاركة التحكيم^(١)، و مسألة إستقلال مُشاركة التحكيم عن العقد الأصلي مسألة واضحة^(٢).

أما مسألة أو مبدأ إستقلال شرط التحكيم عن العقد الذي يتضمنه فقد أصبحت من المبادئ المُستقرة في القوانين و المعاهدات الدولية و لوائح التحكيم^(٣).

فالعقد التحكيمي يرد على الإجراءات التي تُتبع في حال حصول نزاع ناشئ في الشروط الموضوعية التي يتضمنها العقد^(٤).

إن قاعدة إستقلال عقد التحكيم عن العقد الذي يتضمنه مُكرسة صراحةً أو ضمناً في عدد كبير من قوانين التحكيم و نضرب لذلك الأمثلة التالية :

(١) الدكتور فوزي محمد سامي، التحكيم التجاري الدولي، الطبعة الثانية، دار الثقافة للنشر و التوزيع، ٢٠٠٦، ص ٢٠٧ .

(٢) الدكتورة ناريمان عبد القادر، إتفاق التحكيم و وفقاً لقانون التحكيم في المواد المدنية و التجارية رقم (٢٧) لسنة ١٩٩٤، دراسة مقارنة، إتفاقية نيويورك _ القانون الفرنسي _ القانون النموذجي _ الشريعة الإسلامية _ التشريعات العربية، الطبعة الأولى، دار النهضة العربية، القاهرة، ص ٣١١ .

(٣) الدكتورة حفيظة السيد حداد، الموجز في النظرية العامة في التحكيم التجاري الدولي، منشورات الحلبي الحقوقية، لبنان، ٢٠٠٧، ص ١١٩ .

(٤) الدكتورة حفيظة السيد حداد، المرجع نفسه، ص ١١٩، و انظر بنفس المعنى الدكتورة ناريمان عبد القادر، المرجع نفسه، ص ٣١١-٣١٢ .

أولاً : قضت المادة (٢٢) من قانون التحكيم الأردني رقم (٣١) لسنة (٢٠٠١)، أن شرط التحكيم إتفاقاً مُستقلاً عن شروط العقد الأخرى، و لا يترتب على بطلان العقد أو فسخه أو إنهائه أي أثر على شرط التحكيم الذي يتضمنه إذا كان هذا الشرط صحيحاً في ذاته^(٥).

ثانياً : نصت المادة (٢٣) من قانون التحكيم المصري رقم (٢٧) لسنة ١٩٩٤ على أنه يُعتبر إتفاق التحكيم إتفاقاً مُستقلاً عن شروط العقد الأخرى، و لا يترتب على بطلان العقد أو فسخه أو إنهائه أي أثر على شرط التحكيم الذي يتضمنه، إذا كان هذا الشرط صحيحاً في ذاته .

ثالثاً : إن مضمون المادة (١٤٤٦) من قانون المرافعات الفرنسي يُشير إلى إستقلالية شرط التحكيم عن العقد الذي يتضمنه فقد نصت هذه المادة أنه " إذا كان هذا الشرط باطلاً فإنه يعتبر غير مكتوب " و بذلك فإنه لا يُؤثر على صحة العقد الذي يتضمنه، و يستنتج من ذلك أيضاً أنه إذا كان العقد الأصلي باطلاً، فإن ذلك لا يُؤثر على شرط التحكيم^(١).

رابعاً : المادة (١/١٦) من القانون النموذجي للتحكيم لسنة ١٩٨٥ التي تنص على ما يلي " ... و لهذا الغرض ينظر إلى شرط التحكيم الذي يشكل جزءاً من عقد، كما لو كان إتفاقاً مُستقلاً عن شروط العقد الأخرى و أي قرار يصدر من هيئة التحكيم ببطلان العقد لا يترتب عليه بحكم القانون بطلان شرط التحكيم"^(٢).

خامساً : المادة (٢ /٢١) من قانون الأونسترال لسنة ١٩٧٦، حيث ورد بها نص مُشابه للنص الوارد بالمادة (١/١٦) من القانون النموذجي^(٣).

سادساً : أخذت دول كثيرة بمبدأ الإستقلالية مثل إيطاليا و بلجيكا و ألمانيا و النمسا و اليابان، و الدول التي كانت تنتهج النهج الإشتراكي و عدداً من دول العالم الثالث^(٤) . و حيث ذكرنا مبدأ إستقلال عقد التحكيم الدولي عن العقد الذي يتضمنه فسنحاول فيما يلي إستعراض رأي القضاء :

فقد كان القضاء الهولندي سابقاً في إقرار مبدأ إستقلال عقد التحكيم عن العقد الذي يتضمنه، فقد أصدرت محكمة هولندية سنة ١٩٣٥ حكماً مفاده أنه لا يمنع المحكم بالفصل بالنزاع رغم إحتمال عدم صحة العقد الأصلي الذي يتضمن العقد التحكيمي^(٥) .

^(٥) نصت المادة المذكورة (٢٢) من قانون التحكيم الأردني رقم (٣١) لسنة ٢٠٠١ " يعتبر شرط التحكيم اتفاقاً مستقلاً عن شروط العقد الأخرى ولا يترتب على بطلان العقد أو فسخه أو إنهائه أي أثر على شرط التحكيم الذي يتضمنه، إذا كان هذا الشرط صحيحاً في ذاته " و تماثلها المادة (٢٣) من قانون التحكيم المصري رقم (٢٧) لسنة ١٩٩٤ .

^(١) أنظر الدكتور فوزي محمد سامي، المرجع السابق، ص ٢١١ .

^(٢) المادة (١/١٦) من القانون النموذجي للتحكيم لسنة ١٩٨٥، منشورة في مؤلف الدكتور عاشور مبروك، المرجع السابق، ص ٤٥٦ .

^(٣) أنظر الدكتور عاشور مبروك، المرجع السابق، ص ٤٨٣

^(٤) الدكتور فوزي محمد سامي، المرجع السابق، ص ٢١٣ .

وقضت محكمة إيطالية سنة ١٩٥٩ أن مصير شرط التحكيم منفصل تماماً عن مصير العقد الذي يتضمنه^(١)، و كان القضاء الفرنسي لا يعترف بإستقلال شرط التحكيم المتضمن بالعقد الأصلي^(٢)، إلا أنه و في سنة ١٩٦٣ و في قضية Gosset عاد و إعتبر بإستقلالية شرط التحكيم المتضمن بالعقد و ورد بالحكم عبارة _ إلا في حالات إستثنائية^(٣) .
كذلك قضت محكمة نقض فرنسية بإستقلال شرط التحكيم عن العقد الذي يتضمنه و ذلك في قضية Impex و قضية Hecht^(٤) .
وفي قضية Menicucci التي سيأتي ذكرها لاحقاً، قررت محكمة إستئناف باريس صحة شرط التحكيم الوارد في العقود الدولية و إستقلاليتها^(٥) .
وقضت محكمة نقض فرنسية في قضية DALICO سنة ١٩٩٣، أن شرط التحكيم يُعد مُستقلاً من الناحية القانونية عن العقد الأصلي الذي يتضمنه بشكل مباشر أو عن طريق الإشارة^(٦) .

الفرع الثاني

إستقلال عقد التحكيم عن العقد الذي يحويه في أنظمة التحكيم

لدى مُراجعة المادة (٤/٨) من نظام تحكيم غرفة التجارة الدولية^(١) و المادة الخامسة من نظام التوفيق و التحكيم التجاري لغرفة تجارة و صناعة دبي لسنة^(٢) ١٩٩٤ ، و البند رقم (٢/٢١) من نظام التحكيم لدى

(٥) الدكتور أحمد مخلوف، إتفاق التحكيم كأسلوب لتسوية منازعات عقود التجارة الدولية، دراسة تحليلية تأصيلية، الطبعة الثانية، دار النهضة العربية، القاهرة، ص ١١٨ .

(١) الدكتور أحمد مخلوف، المرجع نفسه، ص ١١٨

(٢) الدكتور أحمد مخلوف، المرجع نفسه، هامش ص ١١٩

(٣) الدكتور إياد محمود برادات، التحكيم و النظام العام " دراسة مقارنة " الطبعة الأولى، منشورات الحلبي الحقوقية، لبنان، ٢٠٠٤، ص ٤٤٤-٤٤٥، و الدكتور فوزي محمد سامي، المرجع السابق، ص ٢١٠ و الدكتور أحمد مخلوف، المرجع نفسه، ص ١١٩ .

(٤) الدكتورة حفيظة السيد حداد، المرجع السابق، ص ١٢٢-١٢٣

(٥) الدكتور إياد محمود برادات، المرجع السابق، ص ٤٤٨ و حفيظة السيد حداد، المرجع السابق، ص ١٢٣-١٢٤ .

(٦) الدكتورة حفيظة السيد حداد، المرجع نفسه، ص ١٢٤ .

(١) نظام تحكيم غرفة التجارة الدولية / باريس، منشور في مؤلف الدكتور عاشور مبروك، المرجع السابق، ص ٥٠٤ و ما بعدها .

(٢) منشورة في مؤلف الدكتور عاشور مبروك، المرجع السابق، ص ٦١٨ و ما بعدها .

محكمة لندن للتحكيم الدولي LCIA لسنة^(٣) ١٩٩٨، و البند (٢/١٥) من إجراءات حل النزاعات الدولية للمركز الدولي لحل النزاعات (ICDR) _ الفرع الدولي للهيئة الأمريكية للتحكيم (AAA) لسنة ٢٠٠٦^(٤)، نجد أن جميع هذه البنود قد نصت على أن عقد التحكيم المُتضمن في العقد الأصلي يُعتبر مُستقلاً عن العقد نفسه، وأنه إذا قررت لجنة التحكيم أن العقد باطل لن يترتب عليه بطلان شرط التحكيم، أي أن جميع أنظمة التحكيم المذكورة أعلاه تعترف و تُقر باستقلال شرط التحكيم عن العقد الذي يتضمنه .

الفرع الثالث

إستقلال عقد التحكيم في إتفاقية نيويورك ١٩٥٨

لم تنص إتفاقية نيويورك بشكل صريح على إستقلال عقد التحكيم عن العقد الذي يحويه، و لكن المادة الثانية و المادة الخامسة / الفقرة الأولى تُعاملان عقد التحكيم كعقد مُستقل، حيث تُطالب المادة الثانية من الإتفاقية الدول بالإعتراف بعقد التحكيم المكتوب، دون تفرقة بين شرط أو مشاركة التحكيم، و أن تُحيل محاكم الدول الموقعة على الموقعة على الإتفاقية كل نزاع _ بناء على طلب أحدهم إلى التحكيم إذا تبين وجود إتفاقية تحكيم مكتوب بخصوص النزاع.

أما الفقرة الأولى من المادة الخامسة من هذه الإتفاقية فتص على أنه يجوز عدم الإعتراف بحكم المُحكّمين إذا قدّم الخصم الذي يحتج عليه بالحكم ما يثبت أن عقد التحكيم نفسه باطل أو غير صحيح و فحاً للقانون الذي ينطبق عليه أو عند عدم النص على القانون الذي ينطبق عليه فطبقاً لقانون البلد الذي صدر فيه الحكم، أي أن إتفاقية نيويورك تحرم عقد التحكيم من بعض آثار إستقلاليتها كما سنرى لدى تعرضنا لآثار إستقلال عقد التحكيم^(١).

و بعد أن إستعرضنا إستقلال العقد التحكيمي في القوانين الوضعية و في أنظمة التحكيم، نرى ان نبحث أمرين هامين وهما حالة إستقلال العقد التحكيمي في حالة إنعدام العقد الأصلي والامر الآخر هو مناقشة ما ورد في النصوص الواردة في بعض أنظمة التحكيم و القوانين بشأن ربط مبدأ إستقلال العقد التحكيمي بإرادة أطراف التحكيم.

الأمر الأول : حالة إستقلال عقد التحكيم و حالة إنعدام العقد الأصلي .

فمن الصعب التفرقة بين حالة بطلان العقد الذي يحوي العقد التحكيمي و حالة إنعدامه التي هي حالة إستثنائية، و بداية نقول أن جانب من الفقه يُفرق بين حالة إنعدام العقد الأصلي و حالة بطلانه، و يرى أنصار هذا الجانب من الفقه أنه إذا كان العقد الأصلي مُنعماً، فإن عقد التحكيم المُتضمن فيه يتأثر بهذا الإنعدام .

أما الإجتهد الفرنسي و معاهدة جينيف لسنة ١٩٦١ و قواعد الأونسترال للتحكيم و القانون النموذجي و نظام غرفة التجارة الدولية و نظام الهيئة الأمريكية للتحكيم لا تُفرق بين إبطال العقد الأصلي أو إنعدامه، و تُقرر هذه الأنظمة و القوانين إستقلال العقد التحكيمي عن العقد الأصلي في حالة بطلان أو إنعدام العقد

(٣) منشور في مؤلف الدكتور عبد الحميد الأحذب، موسوعة التحكيم " وثائق تحكيمية"، منشورات الحلبي

الحقوقية، لبنان، ٢٠٠٨، ص ٨١٦ و ما بعدها .

(٤) منشور في مؤلف الدكتور عبد الحميد الأحذب، وثائق تحكيمية، المرجع السابق ص ٩٣٧ و ما بعدها

(١) نصوص إتفاقية نيويورك توجد في مؤلف الدكتور عبد الحميد الأحذب، وثائق تحكيمية، المرجع السابق، ص ٥٦١ و ما بعدها، و كذلك انظر الدكتورة ناريمان عبد القادر، المرجع السابق، ص ١١٧ و كذلك الدكتورة حفيظة السيد حداد، المرجع السابق، ص ١٢٦-١٢٨ .

الأصلي، فإذا لحقت أسباب إنعدام العقد الأصلي بالعقد التحكيمي، كان العقد التحكيمي مُنعماً أيضاً، أما إذا لم تُلحق أسباب الإنعدام بالعقد التحكيمي كان العقد التحكيمي غير منعدم^(١).
و الأمر الثاني إن نظام تحكيم غرفة التجارة الدولية و نظام التوفيق والتحكيم التجاري لغرفة تجارة و صناعة دبي و القانون الإنجليزي فقد نصت في بداية البنود المتعلقة باستقلال العقد التحكيمي على عبارة (ما لم ينفق الأطراف على غير ذلك)، و بالتالي إذا إنفق الأطراف على "غير ذلك" أي إذا إنفق الأطراف على عدم إستقلال العقد التحكيمي عن العقد الذي يحويه و وجد نزاع بين الأطراف و كان العقد باطلاً، فإن العقد التحكيمي سيكون باطلاً، و الفصل في النزاع بين الاطراف عن طريق التحكيم سيصبح أمراً غير ممكن .

لذلك من الضروري إعمال مبدأ إستقلال العقد التحكيمي عن العقد الأصلي^(٢)، و نرى ضرورة أن تنتبه أنظمة التحكيم المذكورة أعلاه و كذلك القانون الإنجليزي إلى هذه النقطة و أخذها بعين الإعتبار^(٣).
 المطلب الثاني

إستقلال عقد التحكيم عن القانون الذي يحكم العقد الذي يتضمنه و إستقلاله عن كل قانون و النموذج السويسري لتقرير صحة إتفاق التحكيم

سنناول هذا المطلب في ثلاثة فروع:

الفرع الأول: إستقلال عقد التحكيم عن القانون الذي يحكم العقد الذي يتضمنه.

الفرع الثاني إستقلال عقد التحكيم عن كل قانون.

الفرع الثالث: النموذج السويسري لتقرير صحة عقد التحكيم.

الفرع الأول

إستقلال العقد التحكيمي عن القانون الذي يحكم العقد

لا شك أن عقد التحكيم الدولي ذو أهمية كبيرة لعقود التجارة الدولية، إذ لو إنعدم هذا العقد أو أبطل لتأهت المنازعات بين أطراف عقد التجارة الدولية في أروقة المحاكم النظامية مع ما يستغرقه ذلك من وقت طويل إضافة إلى الصعوبات الكثيرة التي تعترض هذا الطريق، مما يؤدي إلى عرقلة التجارة الدولية، لذلك أولى الفقه و القضاء و المُشرعون إهتماماً كبيراً بالعقد التحكيمي الدولي حتى لا يتمكن أحد الأطراف من التسويف و إضاعة الوقت و مجهودات حل النزاع عن طريق التحكيم السريع و السهل نوعاً .
 لقد تبين لنا سابقاً أن عقد التحكيم الدولي يُعتبر مُستقلاً عن العقد الذي يتضمنه و هذا يعني أن مصير عقد التحكيم لا يلحق بمصير العقد الأصلي الذي يحويه، إن هذه الإستقلالية تمنح العقد التحكيمي الدولي ميزة أن يكون خاضعاً لقانون مُختلف عن القانون المُطبق على العقد الأصلي^(١).

(١) أنظر الدكتورة حفيظة السيد حداد، المرجع السابق، ص ١٤٣-١٤٨ و كذلك أنظر الدكتورة حفيظة السيد حداد، الإتجاهات المعاصرة بشأن إتفاق التحكيم (من حيث إستقلاليته و آثاره و النظام القانوني الذي يحكمه و مدى تأثير قانون التحكيم المصري الجديد بها)، دار الفكر الجامعي، الإسكندرية، ص ٤٥ و ما بعدها

(٢) الدكتور أحمد مخلوف، المرجع السابق، ص ١٢٣-١٢٤ .

(٣) الدكتورة حفيظة السيد حداد، المرجع السابق، ص ١٤٤-١٤٨، و كذلك أنظر الدكتور عبد الحميد الأحذب، التحكيم الدولي، الكتاب الثاني، المرجع السابق، ص ٢٣٧-٢٣٨ .

و قد أكد القضاء الفرنسي في قضية عُرفت Menicucci كان طرفها الأول شخص فرنسي غير تاجر و الطرف الآخر شركة هولندية، و إتفق الطرفان على إخضاع عقد تم توقيعه بينهما للقانون الفرنسي الصادر عام ١٩٥٨، بشأن الوكلاء التجاريين، و هذا القانون يُحرم مثل هذه الإتفاقيات بين التجار و بين غير التجار، مما يعني أن هذا العقد مُخالف للقانون الفرنسي و يُعتبر باطلاً . قامت الشركة الهولندية بفسخ العقد فلجأ الشخص الفرنسي إلى التحكيم إستناداً إلى عقد تحكيم تضمنه العقد الأصلي مُطالباً بتعويضه عن فسخ العقد .

دفعت الشركة الهولندية أن عقد التحكيم المُضمن بالعقد الأصلي باطل لبطان العقد الأصلي، و عندما عُرض النزاع على محكمة النقض الفرنسية، رفضت المحكمة هذا الدفع مُقررةً مبدأ إستقلال عقد التحكيم عن العقد الأصلي، و سار الإجتهد الفرنسي على نهج أن العقد التحكيمي لا يخضع بالضرورة للقانون الذي أخضع له العقد الأساسي، و ذلك في حكم لمحكمة إستئناف باريس في ١٩٧٢ / ١ / ٢٥، و في قضية أخرى بتاريخ ١٩٨٣ / ١٠ / ٢١، و هناك أحكاماً أخرى عديدة تحمل نفس المبدأ .

و حكم القضاء الإنجليزي حكماً مُشابهاً، فقد تعاملت شركة ألمانية مع شركة تابعة لرأس الخيمة، و وقعا عقد يتضمن عقداً تحكيمياً و إختار الأطراف قانون رأس الخيمة لينطبق على العقد الأصلي، ثم حصل نزاع بين الطرفين و حكم في النزاع حكماً في سويسرا، و صدر حكمه لصالح الشركة الألمانية، و لدى قيام الشركة الألمانية لتنفيذ الحكم في إنجلترا، نازعت الشركة التابعة لرأس الخيمة بدعوى أن عقد التحكيم باطلاً تبعاً لقانون رأس الخيمة، إلا أن محكمة إستئناف لندن رفضت هذا الدفع، و طبقت على عقد التحكيم قانون سويسرا باعتباره قانون مكان التحكيم، و ورد بالحكم أن عقد التحكيم مُستقل و لا ينطبق عليه قانون العقد الأصلي الذي أثاره الأطراف لينطبق على العقد الأصلي .

الفرع الثاني

استقلال العقد التحكيمي عن كل قانون

لم يكتفي الإجتهد الفرنسي بفك الارتباط بين العقد الأصلي و العقد التحكيمي بل ذهب إلى أن العقد التحكيمي مُستقل عن كل قانون، و استند الإجتهد الفرنسي في ذلك لسلطان الإرادة أو إلى أي نظام تحكيمي يكرس هذه القاعدة دون الإشارة إلى قانون معين . و صدرت احكاماً تطبق على المبدأ في السنوات ١٩٧٥، ١٩٩١، ١٩٨٢^(١).

ووفقاً لهذا المفهوم فإن إتفاق التحكيم الدولي لا يخضع لأي قانون و لكنه يخضع لمقتضيات النظام العام الدولي^(٢).

و كمثل لما أوردناه أعلاه سنعرض فيما يلي قضية بين شركة دينماركية تدعى dialco و وحدة محلية ليبية، فقد تعاقدت الشركة المذكورة مع الوحدة الليبية، و قد نص العقد الموقع بينهما أن الوثائق الخاصة بالمناقصة و الشروط النموذجية و تلك المعدلة في الملحق تُعتبر جزءاً من العقد، و ورد في الشروط النموذجية شرطاً ينص على إختصاص المحاكم الليبية، بينما ورد في الملحق إحالة بالإشارة إلى شرط التحكيم الوارد في

(١) Emilia Onyema, International Commercial Arbitration and the Arbitrator,s Contract , ٢٠١٠ , p.٢٢ & Aiste Sklenyte, International Arbitration : the Doctrine of Separability and Competence _ Competence Principle , ٢٠٠٣ , p.٣٩

(٢) أنظر الدكتور عبد الحميد الأحديب، التحكيم الدولي، المرجع السابق ص ٢٤١، و كذلك الدكتورة حفيفة السيد حداد، المرجع السابق، ص ١٨٥، و الدكتور أحمد مخلوف المرجع السابق، ص ١٣٥-١٣٦ و كذلك Aiste Sklenyte , Op.cit , p. ٤٠-٤١

(٣) أنظر الدكتورة حفيفة السيد حداد، المرجع السابق، ص ١٨٧ .

إحدى الوثائق الخاصة بالمناقصة، ثم قامت الوحدة المحلية الليبية بفسخ العقد مع الشركة الدنماركية، و طلبت هذه الأخيرة التحكيم وفقاً لقواعد غرفة التجارة الدولية، و حكم المحكم أن تدفع الوحدة الليبية تعويضات إلى الشركة الدنماركية .

طعن الطرف الليبي على الحكم بالبطان مدعياً عدم اختصاص المحكم بالفصل بالمنازعة استناداً إلى بطلان شرط التحكيم وفقاً للقانونين الليبي و الفرنسي، ولكن محكمة استئناف باريس رفضت الطعن على أساس أن شرط التحكيم بالإشارة قد تم إدماجه حسب الإرادة المشتركة للأطراف بالعقد الذي يعتبر بمثابة قانون الأطراف .

طعن الطرف الليبي بحكم محكمة استئناف باريس، فقررت محكمة النقض صحة ما ذهب إليه محكمة استئناف باريس و أضافت أن قاعدة مادية في القانون الدولي للتحكيم هي التي تمّد اتفاق التحكيم بوجوده و فاعليته، و قررت صحة العقد التحكيمي دون حاجة إلى الإشارة إلى أي قانون وطني باستثناء القواعد الأمرة للقانون الفرنسي والنظام العام الدولي .

رأى الفقه بقضية **dialco**

انقسم رأي الفقه بين مؤيد و معارض، أما الرأي المعارض فقد استند إلى ثلاثة نقاط، أولها أنها تساءل عن طبيعة القاعدة من القانون الدولي للتحكيم الذي يمد اتفاق التحكيم بوجوده و فاعليته و هل تنتمي هذه القاعدة إلى قانون أعلى من القوانين الوطنية، ثم إن القانون الدولي العام لا يهتم بتنظيم العلاقات الناشئة عن الأطراف الخاصة، و أخيراً إن هذه القاعدة التي خلقتها محكمة النقض تتضمن صحة شرط التحكيم عن طريق الإشارة و هو حل غير متفق عليه في القانون المقارن^(١).

أما الرأي المؤيد فقد أورد خمسة نقاط أساسية و عليها استند في تأييده إلى ما ذهب إليه محكمة استئناف باريس و محكمة النقض، أول هذه النقاط أن القضاء الفرنسي قصد باستخدام مصطلح النظام العام الدولي _ مفاهيم القانون الفرنسي في الإطار الدولي، و النقطة الثانية أن اتفاق التحكيم يخضع للرقابة في ضوء المفاهيم الأساسية للقانون الفرنسي، و النقطة الثالثة أن النظام العام يُعبر عن القواعد المادية التي تشكل الحد الأدنى من المبادئ التي يجب احترامها وفقاً للمفهوم الفرنسي للتحكيم الدولي حتى يمكن الإعتراف لإتفاق التحكيم بترتيب آثاره.

أما النقطة الرابعة إن القضاء الفرنسي يسعى إلى وضع قواعد خاصة بالتحكيم التجاري الدولي على أن تكون هذه القواعد مستوحاه من القانون المقارن و الطموحات المشروعة للمتعاملين على مسرح التجارة الدولية .

و النقطة الأخيرة أن الحصانة التي يتمتع بها إتفاق التحكيم الدولي ليست مطلقة إذ أن القضاء أخضع مبدأ صحة إتفاق التحكيم لرقابة كل من القواعد الأمرة في القانون الفرنسي و النظام العام الدولي^(١).

(١) أنظر في هذا المعنى الدكتور أحمد مخلوف، المرجع السابق، ١٣٧-١٣٨ و كذلك الدكتورة حفيظة السيد حداد، المرجع السابق، ص ١٩١-١٩٢ .

(١) الدكتورة حفيظة السيد حداد، المرجع السابق، ٢٠٠

الفرع الثالث

النموذج السويسري لتقرير صحة عقد التحكيم

إن ما توصل إليه القضاء الفرنسي بعدم ربط مسألة صحة عقد التحكيم بأي نظام قانوني إلى قيام دول أخرى بوضع قواعد مادية خاصة لتقرير صحة عقد التحكيم، و كان التشريع السويسري سابقاً بوضع هذه التشريعات ثم لحق به التشريع الجزائري .

فقد وردت مادة في كل من التشريعين السويسري و الجزائري (المادة رقم ٢/١٧٨ من التشريع السويسري)، تنص هذه المادة على أن صحة عقد التحكيم يُحكم عليها بواسطة أحد قوانين ثلاثة، و أي هذه القوانين الثلاثة يُقرر صحة عقد التحكيم يؤخذ به حتى لو كان القانونان الآخران يُقرران بطلانه . أما القانون الأول من هذه القوانين، فهو القانون الذي إختاره الأطراف لحكم عقد التحكيم، و القانون الثاني هو القانون الذي يحكم النزاع سواء إختاره الأطراف أو إختاره المُحكم، و القانون الثالث هو القانون السويسري (الجزائري في حالة الجزائر)^(١).

و يقترح الدكتور أحمد مخلوف إضافة قانون مكان التحكيم للحكم على صحة إتفاق التحكيم، وهذا رأي عدد كبير من الفقهاء، و كذلك أخذت به إتفاقية نيويورك كبدل في حال تخلف الأطراف عن تحديد القانون الواجب التطبيق على عقد التحكيم .

المطلب الثالث

موقف القانونين المصري و الأردني من مسألة تقرير صحة عقد التحكيم الدولي و مبدأ الإختصاص بالإختصاص كأثر من آثار إستقلال عقد التحكيم

سنبحث في هذا المطلب ثلاثة فروع:

الفرع الأول: موقف القانون المصري من مسألة تقرير صحة عقد التحكيم الدولي.

الفرع الثاني: موقف القانون الأردني من مسألة تقرير صحة عقد التحكيم الدولي.

الفرع الثالث: سنتناول مبدأ الإختصاص بالإختصاص كنتيجة لإستقلال عقد التحكيم .

الفرع الأول

موقف القانون المصري في مسألة تقرير صحة عقد التحكيم الدولي

إذا أردنا أن ندرس موقف القانون المصري من مسألة تقرير صحة عقد التحكيم الدولي فلا بد لنا من التعرض لنصوص المواد (٢٥ و ٣٩) من قانون التحكيم المصري رقم (٢٧) لسنة ١٩٩٤، أما المادة (٢٥) فتتص على أنه لطرفي التحكيم الإتفاق على الإجراءات التي تتبعها هيئة التحكيم بما في ذلك حقهما في إخضاع هذه الإجراءات للقواعد النافذة في أي مُنظمة أو مركز تحكيم في مصر أو خارجها، فإذا لم يُوجد مثل هذا الإتفاق كان لهيئة التحكيم، مع مُراعاة أحكام هذا القانون أن تختار إجراءات التحكيم التي تراها مُناسبة .

أما المادة (٣٩) من ذات القانون فتتص على أنه " ١ _ تُطبق هيئة التحكيم على موضوع النزاع القواعد التي يتفق عليها الأطراف، و إذا إتفق الأطراف على تطبيق قانون دولة معينة إتبعوا القواعد الموضوعية فيه دون القواعد الخاصة بتنازع القوانين ما لم يتفق الأطراف على غير ذلك ٢ _ و إذا لم يتفق الأطراف على القواعد القانونية واجبة التطبيق على موضوع النزاع، طبقت هيئة التحكيم القواعد الموضوعية في القانون الذي ترى أنه الأكثر إتصالاً بالنزاع ٣ _ يجب أن تُراع هيئة التحكيم عند الفصل في موضوع النزاع شروط العقد محل النزاع و الأعراف الجارية في نوع المُعاملة ٤ _ إذا إتفق الأطراف على تفويض

(١) الدكتور أحمد مخلوف، المرجع السابق، ص ١٣٠-١٣١ و الدكتورة حفيظة السيد حداد، المرجع السابق، ص

هيئة التحكيم بالصلح ... أن تفصل في موضوع النزاع على مُقتضى قواعد العدالة و الإنصاف دون التقيد بأحكام القانون"

و في حالة نزاع ينعقد الإختصاص الأصلي بنظره للمحاكم المصرية فقط، فيجب أن تكون مصر هي مكان التحكيم، و إذا نظرت هيئة التحكيم بمسألة تتعلق ببطلان العقد الأصلي أو بطلانه أو فسخه أو إنهائه، فإنها تنظر هذه المسألة وفقاً لأحكام القانون المصري الواجب التطبيق و مدى تأثير ذلك على عقد التحكيم^(١).

وبخصوص ما ورد أعلاه ننوه إلى أن المادة (٢٩٨) و هي خاصة بالأحكام الأجنبية و تنص على أنه لا يجوز الأمر بالتنفيذ إلا بعد التحقق أن محاكم مصر غير مُختصة بالمنازعة التي صدر فيها الحكم، و تنص المادة (٢٩٩) من ذات القانون على أنه تسري أحكام المواد السابقة على أحكام المُحكّمين الصادرة في بلد أجنبي^(٢).

نخلص مما ورد أعلاه أنه في حالة التحكيم بمسألة يعود الإختصاص الأصلي بنظرها إلى القضاء المصري فيجب أن يطبق القانون المصري و يجب أن يكون التحكيم داخل جمهورية مصر . أما في التحكيم الدولي و ذلك الذي يكون أحد أطرافه أجنبياً و سواء جرى التحكيم في مصر أو خارجها، فينطلق مبدأ إستقلال عقد التحكيم إلى إطار يتوافق مع العلاقات الدولية، فيمكن تطبيق قانون على العقد الأصلي و قد يمتد ليشمل عقد التحكيم، و قد يكون هذا القانون هو القانون المصري أو أي قانون وطني آخر، و على أساس هذا القانون الواجب التطبيق تحدد شروط أو صحة عقد التحكيم، و كذلك الحال إذا كان عقد التحكيم يُشير إلى نظام تحكيمي مُعين، فإن قواعد هذا النظام هي الواجبة التطبيق في شأن صحة أو بطلان عقد التحكيم، و إذا كان التحكيم سيجري خارج جمهورية مصر، فإن عقد التحكيم سيخضع للقواعد القانونية الأمرة^(١) في مكان التحكيم .

إن إختيار الأطراف لإجراءات التحكيم على نحو ما هو وارد بالمادة (٢٥) من قانون التحكيم المصري رقم (٢٧) لسنة ١٩٩٤ يُحرر هذه الإجراءات من الخضوع لأي قانون وطني، و بما أن عقد التحكيم هو عقد يتعلق بتنظيم إجراءات التحكيم، و إذا ألحق بفكرة الإجراءات فإنه كذلك ينحدر من الخضوع إلى أي قانون وطني، و هذا ذات ما يُقال في حالة إختيار هيئة التحكيم الإجراءات على نحو ما ورد بالمادة (٢٥) من قانون التحكيم المصري .

أما المادة (٣٩) من قانون التحكيم المصري فإنها تُعطي الأطراف الحق في إختيار قواعد القانون الذي سيطبق على موضوع النزاع و إن لم يختاروه، فإن هيئة التحكيم تقوم بإختياره على نحو ما ورد في المادة (٣٩) السالفة الذكر، و إذا فُمنّا بتكليف عقد التحكيم بالتكليف العقدي، فإن عبارة موضوع النزاع ستنتطبق عليه أيضاً، و هذا ما ذهب إليه الفقه الفرنسي بشأن المادة (١٤٩٦) .

و نُشير أخيراً إلى أن المادة (٢٣) من قانون التحكيم المصري تنص صراحةً على إستقلال عقد التحكيم، و لكنه لم ينص صراحةً على الصحة الذاتية لهذا العقد و لكن ما أوردناه سابقاً بخصوص المادتين (٢٥) و (٣٩) من قانون التحكيم تُؤكد حقيقة الإستقلال الذاتي لعقد التحكيم.

الفرع الثاني

موقف القانون الأردني من مسألة تقرير صحة عقد التحكيم الدولي

(١) الدكتورة ناريمان عبد القادر، المرجع السابق، ص ٣٢٩ .

(٢) أنظر الدكتور أحمد أبو الوفاء، التحكيم الإختياري و الإجباري، منشأة المعارف بالإسكندرية، ٢٠٠٧، ص

(١) أنظر الدكتورة ناريمان عبد القادر، المرجع السابق، ص ٣٢٩-٣٣٠ .

إبتداءً نود أن نُشير أنه إذا كانت محاكم الأردن هي صاحبة الاختصاص بنظر موضوع النزاع فيجب أن يتم تطبيق القانون الأردني على النزاع المعروض على التحكيم.

كما أن قانون تنفيذ الأحكام الأجنبية ينص في المادة الثانية على تطبيق أحكام قانون الأحكام الأجنبية على الأحكام الصادرة عن المحكمين، بينما تنص المادة السابعة^(١) على أنه لا ينفذ الحكم الأجنبي في الأردن إذا كانت المحاكم الأردنية هي صاحبة الاختصاص في نظر النزاع، وعلى ذلك إذا كانت المحاكم الأردنية هي صاحبة الاختصاص في نظر النزاع، فيجب أن يكون التحكيم داخلياً، و تطبيق القانون الأردني على النزاع.

و تنص المادة ٢٢ من قانون التحكيم الأردني رقم ٣١ لسنة ٢٠٠١ على استقلال عقد التحكيم و انه لا يترتب على بطلان العقد الأصلي أو فسخه أو إنهائه أي أثر على عقد التحكيم الذي يتضمنه إذا كان عقد التحكيم صحيحاً في ذاته .

إذن فينظر المحكم في قضية أي شائبة تشوب العقد مما ذكر في المادة ٢٢ من قانون التحكيم و يحكم بمدى صحة عقد التحكيم حسب القوانين الأردنية .

أما في حالة التحكيم الدولي فيمكن تطبيق أي قانون وطني على العقد الأصلي أو على عقد التحكيم وهما من يحكمان مدى صحة العقد الأصلي و مدى صحة عقد التحكيم .

وإذا كان عقد التحكيم يشير إلى نظام تحكيمي معين كما ورد بالمادة ٢٤ من قانون التحكيم الأردني فان قواعد هذا النظام هي الواجبة التطبيق في شأن صحة أو بطلان عقد التحكيم. وسيخضع عقد التحكيم للقواعد الأمرة لبلد التحكيم .

أما المادة ٣٦ من قانون التحكيم الأردني فتعطي أطراف التحكيم الحق باختيار القواعد القانونية التي تطبق على موضوع النزاع و إذا اتفق أطراف التحكيم على تطبيق قانون دولة معينة فإن المحكم يطبق القواعد الموضوعية فيه دون قاعدة تنازع القوانين، وفي حالة ما إذا لم يتفق أطراف التحكيم على القواعد القانونية واجبة التطبيق على موضوع النزاع، فان المحكم يطبق القواعد الموضوعية في القانون الأكثر اتصالاً بالنزاع، و في جميع الأحوال يجب أن يراعى المحكم الأعراف الجارية في نوع المعاملة و العادات المتبعة و ما جرى عليه التعامل بين أطراف التحكيم، و عبارة موضوع النزاع تتطابق أيضاً على عقد التحكيم على نحو ما أوضحنا خلال بحثنا عن موقف القانون المصري من مسألة صحة عقد التحكيم الدولي و على ذلك فسواء نظر إلى عقد التحكيم من الناحية الإجرائية أو من الناحية العقدية، يتبين لنا أن عقد التحكيم الدولي صحيح بذاته و إن لم يرد نص صريح بذلك في قانون التحكيم الأردني . الفرع الثالث

مبدأ الإختصاص بالإختصاص كأثر من آثار إستقلال عقد التحكيم

سنتناول هذا الفرع في ثلاث بنود :

البند الأول : ماهية مبدأ الإختصاص بالإختصاص

لقد نتج عن إستقلال عقد التحكيم أثرين غير مباشرين، فأما الأول فهو إمكانية تطبيق قواعد موضوعية بعيداً عن قواعد تنازع القوانين ليحكم صحة إتفاق التحكيم و على نحو ما بينا سابقاً، أما الأثر الغير مباشر الثاني فهو تمكين المحكم بالبحث و الحكم في إختصاصه و هذا ما يعرف بمبدأ الإختصاص بالإختصاص و هو ما سنتحدث عليه تالياً .

و قد مرّ بنا سابقاً مبدأ إستقلال عقد التحكيم، فإذا طعن أحد الأطراف بصحة العقد الأصلي المتضمن لعقد التحكيم، فإن ذلك الطعن لا يمس عقد التحكيم إذا كان صحيحاً في ذاته، و لو تبين لهيئة التحكيم أن العقد مُنعماً أو باطلاً أو تمّ فسخه ... إلخ، فإن ذلك لن يُؤثر على عقد التحكيم الصحيح في ذاته و تقوم هيئة التحكيم بالفصل بالنزاع الذي قد يتضمن مُطالبة أحد الأطراف بتعويضه عن فسخ العقد أو أي نزاع آخر

(١) حيث ورد في هذه المادة في الفقرة أ " إذا لم تكن المحكمة التي أصدرت الحكم المذكور ذات وظيفة .

نشأ أثناء العمل بالعقد الأصلي. و لو كان الأمر أنه إذا أبطل العقد أو فسخ أو إنعدم... إلخ، و ذلك العيب يُلحق بعقد التحكيم، فإنه يثور سؤال من الذي سيحكم إذن بالمنازعات بين الطرفين؟ و لكن ماذا إذا طعن طعن أحد أطراف النزاع بعقد التحكيم نفسه، و خاصةً و أن الدفع بعدم إختصاص هيئة التحكيم بالنظر بالنزاع غالباً ما يتم عن طريق الدفع ببطلان عقد التحكيم أو إنتهاء مدته أو غير ذلك من الحالات .

و لو أُعطي أمر الفصل في إدعاء أحد الأطراف ما لحق بعقد التحكيم إلى القضاء لضاعت فائدة كبيرة من فوائد التحكيم، حيث أن القضاء سيأخذ وقتاً طويلاً للفصل في هذه المسألة، ثم إن القضاء سيحتاج غالباً إلى الدخول في تفاصيل النزاع و مُعالجته بشكل كامل حسب القانون المُطبق على النزاع . لقد تولد مبدأ الإختصاص بالإختصاص عن مبدأ إستقلال عقد التحكيم، و بموجب هذا المبدأ فإن هيئة التحكيم هي التي تنظر في مسألة صحة أو بطلان عقد التحكيم أو إنتهاء مدته، و قد أصبح مبدأ الإختصاص بالإختصاص من المبادئ المُستقرة في التحكيم و تنص عليه مُعظم قوانين و لوائح التحكيم^(١).

و من الجدير بالذكر أن بعض الفقه كان لا يعترف بمبدأ إستقلال عقد التحكيم و من باب أولى لا يعترف بمبدأ الإختصاص بالإختصاص، فمثلاً يقول الدكتور أحمد أبو الوفا " كذلك لا يملك المحكم نظر النزاع إذا تمسك أحد الخصوم ببطلان العقد الذي إشتمل على شرط التحكيم، أو طالب بالتعويض عن بطلانه"^(٢) .

البند الثاني : مبدأ الإختصاص بالإختصاص في القوانين الوضعية
نصت المادة (١/٢٢) من قانون التحكيم المصري على أنه تفصل هيئة التحكيم في الدفوع المُتعلقة بعدم إختصاصها بما في ذلك الدفوع المبنية على عدم وجود إتفاق تحكيم أو سقوطه أو بطلانه أو عدم شموله لموضوع النزاع، و هذا يُشابه ما ورد بالمادة (١/٢١) من قانون التحكيم الأردني رقم (٣١) لسنة (٢٠٠١)، فقد أخذ كذلك بمبدأ الإختصاص بالإختصاص

و قد أخذ كذلك بمبدأ الإختصاص بالإختصاص القانون النموذجي حيث ورد في المادة (١/١٦) منه " بأنه يجوز لهيئة التحكيم البت في إختصاصها بما في ذلك البت في أي إعتراضات تتعلق بوجود إتفاق التحكيم أو صحته " .

و كذلك قانون الأناسترا في المادة (١/٢١) منه حيث ورد بها أن هيئة التحكيم هي صاحبة الإختصاص على الفصل في الدفوع الخاصة بعدم إختصاصها و تدخل في ذلك الدفوع المُتعلقة بوجود شرط التحكيم أو الإتفاق المُفصل على التحكيم أو بصحة هذا الشرط أو هذا الإتفاق .

و في تحكيم غرفة التجارة الدولية بباريس المادة (٤/٨)، ورد أنه إذا لم يكن ثمة إتفاق على خلاف ذلك فإن الإدعاء ببطلان العقد أو الزعم بإنعدامه لا يُرتب أثر على إختصاص المُحكم إذا إرتأى صحة إتفاق

(١) الدكتور حمزة أحمد حداد، التحكيم في القوانين العربية، الطبعة الثانية، ٢٠١٤، دار الثقافة للنشر و التوزيع، الأردن، عمان، ص ٢٨٩- ٢٩٠، و كذلك أنظر الدكتورة حفيظة السيد حداد، المرجع السابق، ص ١٥١-١٥٢، و كذلك الدكتور مصطفى ناطق صالح مطلوب الناصري، المحكم التجاري الدولي " دراسة مقارنة " المكتب الجامعي الحديث، ٢٠١٣، ص ٩٠ . و كذلك الدكتور حسني المصري، التحكيم التجاري الدولي (دراسة مقارنة)، دار الكتب القانونية، مصر، المحلة الكبرى، ٢٠٠٦، ص ٢٥٠-٢٥١ . و كذلك الدكتور المستشار أحمد محمد عبد الصادق، المرجع العام في التحكيم المصري و العربي و الدولي، الطبعة السابعة، دار القانون للإصدارات القانونية، ٢٠١٤، ص ٢٤٧-٢٥١ .

(٢) أنظر الدكتور أحمد أبو الوفا، المرجع السابق، ص ١٣٧ بند ٥٢

التحكيم، و يظل المُحكَم حتى في حالة إنعدام العقد نفسه أو بطلانه مُختصاً لتحديد حقوق الأطراف و الفصل في إدعاءاتها و طلباتها .
نكتفي بهذا القدر، و ما يهمنا هو أن مُعظم قوانين و أنظمة التحكيم تقر بمبدأ الإختصاص بالإختصاص، و لكن يبقى سؤال هو إذا حكمت هيئة تحكيم أن عقد التحكيم صحيح أو باطل، فما هي حجية هذا الحكم؟؟ هذا ما سنبحثه في البند الثالث .

البند الثالث: حجية حكم التحكيم الدولي ومدى إنطباقها على حكم المحكم بإختصاصه المقصود بالحجية أنه إذا صدر حكم ما من محكمة نظامية بشأن نزاع ما بين أطراف معينين، فإنه لا يجوز عرض هذا النزاع نفسه بين ذات الأطراف على أي محكمة نظامية أخرى إلا بالطرق و المواعيد التي حددها القانون^(١) .

و الآن هل لأحكام التحكيم هذه الحجية؟ للإجابة على هذا السؤال نقول أن الإجتهد التحكيمي أجمع على تكريس الطابع القضائي لحكم التحكيم، و لكن يلزمه الإستحصال على صيغة التنفيذ ليصبح ذو طبيعة قضائية كاملة فهو حكم له قوة القضية المقضية^(٢) .
فالتحكيم نظام قضائي يُمكن الأطراف من الفصل في نزاعهم عن طريق التحكيم بدل طريق القضاء، و يكتسب الحكم التحكيمي حجيته بين الأطراف بشأن النزاع من تاريخ صدوره، و يُعد صادراً منذ كتابته و توقيعه^(٣) .

و قد أثبت القانون المصري حجية أحكام المُحكَمين في المادة (٥٥) من قانون التحكيم المصري، وكذلك فعل قانون التحكيم الأردني رقم (٣١) لسنة ٢٠٠١ بالمادة (٥٢) منه، وكذلك مُعاهدة نيويورك للإعتراف و تنفيذ أحكام المُحكَمين في المادة الثالثة .

و الآن و قد ثبت لنا حجية حكم التحكيم الدولي، فهل حكم هيئة التحكيم بخصوص وجود أو بطلان إتفاق التحكيم يستفيد من هذه الحجية، للإجابة على هذا السؤال سنتناول تعريف حكم التحكيم؟
حاول البعض وضع تعريف لحكم التحكيم و لكن هذه التعريفات لم تكن كافية أو غير واضحة، كذلك فإن لوائح التحكيم لم تتضمن تعريفاً لحكم التحكيم و إن بيّنت أوصافه و كيفية صدوره، و لكن محكمة إستئناف باريس وضعت تعريفاً للحكم التحكيمي في قضية Sardisud فقالت بأنه " أعمال المُحكَمين التي تفصل بطريقة نهائية في كل أو في جزء من النزاع المعروض عليهم، سواء في أساس النزاع أو في الإختصاص أو في إجراءات المُحاكمة و تُفرض لوضع حد نهائي للدعوى "، و على ذلك فإن الحكم الذي تصدره هيئة التحكيم في إختصاصها يُعتبر حكم تحكيم^{١٠٤٢} .

(١) أنظر الدكتور فؤاد محمد أبو طالب مدى حجية حكم التحكيم الدولي وفقاً لأحكام القانون الدولي العام "

دراسة مقارنة" الطبعة الأولى، ٢٠١٤، دار الفكر الجامعي، ص ٢٢٣

(٢) الدكتور عبد الحميد الأحديب، الكتاب الثاني، التحكيم الدولي، المرجع السابق، ص ٤٥٤ .

(٣) الدكتور فؤاد محمد أبو طالب، المرجع نفسه، ص ٢٢٤، و الدكتور مصطفى ناطق صالح مطلوب الناصري، المرجع السابق، ص ٥٩، الدكتور علي عوض حسن، التحكيم الإختياري و الإجباري في المنازعات المدنية و التجارية، دار الفكر الجامعي، الإسكندرية، ٢٠٠٤، ص ٤٣١-٤٣٢ و الدكتور أحمد محمد حشيش، القوة التنفيذية لحكم التحكيم الطبعة الأولى، دار الفكر الجامعي، ٢٠٠١، الإسكندرية، ص ٤٩ .

^{١٠٤٣} أنظر الدكتور عبد الحميد الأحديب، الكتاب الثاني، التحكيم الدولي، ص ٤٥٢-٤٥٣ و كذلك الدكتور فؤاد أبو طالب، ص ٢٢٧ .

إذن فإن حكم التحكيم الذي تصدره هيئة التحكيم بشأن صحة أو بطلان عقد التحكيم يتمتع بحجية الحكم و لا يجوز إعادة عرضه على أي محكمة نظامية، و لا على أي هيئة تحكيم أخرى إلا حسب ما ينص عليه القانون و في المواعيد المُحددة، و هذه الحجية من النظام العام تقضي به المحكمة من تلقاء نفسها، و قد ورد بالمادة (١١٦) من قانون المرافعات المصري، إن الدفع بعدم جواز نظر الدعوى لسبق الفصل فيها تقضي به المحكمة من تلقاء نفسها .

لنتائج

من خلال بحثنا هذا تبين لنا مدى أهمية إتفاق التحكيم و أهمية مبدأ الإختصاص بالإختصاص المُنبثق من مبدأ آخر هام، و هو مبدأ إستقلال عقد التحكيم .
كذلك يتبين لنا مدى أهمية المحكم و عمله، لذلك على المحكم أن يُضفي أهمية و إحتراماً لعمله و أن يقوم به بإتقان .

التوصيات

أولاً : نوصي أن يبحث المحكم عن حقيقة تعينه كمحكم سواء إختاره الأطراف أو عينته هيئة أو مؤسسة أو المحكمة، فيبحث هل تنطبق عليه الشروط المطلوبة من قبل الأطراف مثل الخبرة و المؤهلات .

ثانياً : نوصي أن يقوم المحكم قبل بدء التحكيم بالتأكد من وجود عقد التحكيم و أن لا شائبة تشوبه واضعاً في إعتباره أن أي طرف قد يطعن بحكم التحكيم، إذا تبين عدم وجود عقد تحكيم أو أن شائبة تشوبه، و هذا ما يحصل غالباً إذا لم يتفاعل أحد الأطراف مع المُحكم .

ثالثاً : إذا كان للمحكم أي صلة بأحد الأطراف المُحتكمين فننصح و هذا واجبه أن يُبين و أن يفصح عن ذلك للأطراف حتى لا يكون حكم التحكيم عرضه للإبطال، إن إبطال حكم التحكيم لأسباب ترجع إلى المحكم ستؤثر سلباً على سمعته و بالتالي على الأحكام التي يصدرها أو يُشارك في إصدارها مُستقبلاً .

رابعاً : نوصي أطراف التحكيم التفاعل مع المحكم لأن للمحكم حق الإستمرار بعملية التحكيم حتى لو تغيب أحد الأطراف بعد إعلانه إعلاناً صحيحاً و طالما وجد عقد تحكيم صحيح .

خامساً : إذا كان أحد الأطراف يعتقد عدم وجود إتفاق تحكيم أو أن أي عيب لحق به، فننصح أيضاً التفاعل مع المحكم و بيان رأيه و دفعه بشأن وجود أو عدم وجود عقد تحكيم، خاصة وأن الطرف الذي يتعسف بحقه سيتحمل مسؤولية ذلك، فقد يتبين للمحكم عدم وجود عقد تحكيم أو أن عيباً لحق به، و لكن يحمل مسؤولية الطرف الذي تعسف بحقه و لم يتفاعل مع المُحكم، إذ قد يحمله المحكم تكاليف التحكيم .

سادساً : ننصح الأطراف بصياغة عقد التحكيم بشكل واضح لا غموض فيه و لا إبهام، حتى لا يتفاجئ أحد الأطراف بتفسير عقد التحكيم تفسيراً لا يروق له، مثال ذلك قد يُفسر عقد التحكيم أن مكان التحكيم سويسرا مثلاً بينما يرغب أحد الأطراف أن يكون التحكيم في بلده .

قائمة المراجع

المراجع العربية :

١. أحمد أبو الوفاء، التحكيم الإختياري و الإجباري، منشأة المعارف بالإسكندرية، ٢٠٠٧.
٢. أحمد محمد حشيش، القوة التنفيذية لحكم التحكيم الطبعة الأولى، دار الفكر الجامعي، ٢٠٠١ الإسكندرية.
٣. أحمد محمد عبد الصادق، المرجع العام في التحكيم المصري و العربي و الدولي، الطبعة السابعة، دار القانون للإصدارات القانونية، ٢٠١٤
٤. أحمد مخلوف، إتفاق التحكيم كأسلوب لتسوية منازعات عقود التجارة الدولية، دراسة تحليلية تأصيلية، الطبعة الثانية، دار النهضة العربية، القاهرة.
٥. إياد محمود برادات، التحكيم و النظام العام " دراسة مقارنة " الطبعة الأولى، منشورات الحلبي الحقوقية، لبنان، ٢٠٠٤.

٦. حسني المصري، التحكيم التجاري الدولي (دراسة مقارنة)، دار الكتب القانونية، مصر، المحلة الكبرى، ٢٠٠٦.
٧. حفيظة السيد حداد، الإتجاهات المعاصرة بشأن إتفاق التحكيم (من حيث إستقلاليتيه و آثاره و النظام القانوني الذي يحكمه و مدى تأثير قانون التحكيم المصري الجديد بها)، دار الفكر الجامعي، الإسكندرية.
٨. حفيظة السيد حداد، الموجز في النظرية العامة في التحكيم التجاري الدولي، منشورات الحلبي الحقوقية، لبنان، ٢٠٠٧.
٩. حمزة أحمد حداد، التحكيم في القوانين العربية، الطبعة الثانية، ٢٠١٤، دار الثقافة للنشر والتوزيع، الأردن، عمان.
١٠. شريف الطباخ، التحكيم الإختياري و الإجباري في ضوء القضاء و الفقه، دار الفكر والقانون للنشر و التوزيع، المنصورة، مصر، ٢٠١٠.
١١. عاشور مبروك، التحكيم، دار الفكر والقانون للنشر و التوزيع، المنصورة، مصر، ٢٠١٣-٢٠١٤.
١٢. عبد الحميد الأحذب، موسوعة التحكيم " وثائق تحكيمية"، منشورات الحلبي الحقوقية، لبنان، ٢٠٠٨.
١٣. عبد الحميد الأحذب، موسوعة التحكيم، التحكيم الدولي، الكتاب الثاني، الطبعة الثالثة، منشورات الحلبي الحقوقية، لبنان، ٢٠٠٨.
١٤. علي عوض حسن، التحكيم الإختياري و الإجباري في المنازعات المدنية و التجارية، دار الفكر الجامعي، الإسكندرية، ٢٠٠٤.
١٥. فؤاد محمد أبو طالب مدى حجية حكم التحكيم الدولي وفقاً لأحكام القانون الدولي العام "دراسة مقارنة" الطبعة الأولى، ٢٠١٤، دار الفكر الجامعي.
١٦. فوزي محمد سامي، التحكيم التجاري الدولي، الطبعة الثانية، دار الثقافة للنشر و التوزيع، ٢٠٠٦.
١٧. مصطفى ناطق صالح مطلوب الناصري، المحكم التجاري الدولي "دراسة مقارنة" المكتب الجامعي الحديث، ٢٠١٣.
١٨. ناريمان عبد القادر، إتفاق التحكيم و وفقاً لقانون التحكيم في المواد المدنية و التجارية رقم (٢٧) لسنة ١٩٩٤، دراسة مقارنة، إتفاقية نيويورك _ القانون الفرنسي _ القانون النموذجي _ الشريعة الإسلامية _ التشريعات العربية، الطبعة الأولى، دار النهضة العربية، القاهرة. المراجع الأجنبية:

- Emilia Onyema, International Commercial Arbitration and the Arbitrator,s Contract , ٢٠١٠.
- Aiste Sklenyte, International Arbitration : the Doctrine of Separability and Competence _Competence Principle , ٢٠٠٣

الوساطة و التوفيق كوسيلتين من وسائل تسوية المنازعات الهندسية

إعداد

محمد خير عمار شريف

خطة البحث

الوساطة و التوفيق كوسيلتين من وسائل تسوية المنازعات الهندسية

المطلب الأول

ماهية الوساطة كأسلوب من أساليب تسوية المنازعات

الفرع الأول

تعريف الوساطة و صورها

الفرع الثاني

أثر وجود إتفاق الوساطة

الفرع الثالث

مميزات الوساطة و خصائص إتفاقها

المطلب الثاني

تمييز الوساطة عن غيرها من الوسائل التي تشتبه بها و أنواع الوساطة

الفرع الأول

تمييز الوساطة عن غيرها من الوسائل البديلة

الفرع الثاني ٣٣٦

أنواع الوساطة و طرق الإحالة

المطلب الثالث

الأحكام الخاصة بالوسيط

الفرع الأول

صفات الوسيط و مميزاته و طريقة إختياره و المهارات الواجب توفرها به

الفرع الثاني

إلتزامات الوسيط

الفرع الثالث

حقوق الوسيط

المطلب الرابع

إجراءات الوساطة و آثارها

الفرع الأول : مراحل الوساطة

الفرع الثاني : إنتهاء عملية الوساطة و آثارها

[التوصيات](#)

[قائمة المراجع](#)

تمهيد :

يُستخدم تعبير الوِسطاة و التوفيق بالتبادل^{١٠٤٤}، فقد يستعمل البعض تعبير الوِسطاة ليدلّ به على ما يُسميه البعض الآخر التوفيق^{١٠٤٥}.

و كذلك الأمر فيستخدم مصطلح الوِسطاة و المصالحة بشكل تبادلي و لا يوجد إتفاق عالمي أو محلي للفرقة بين الأسلوبين^{١٠٤٦}، فكلتاها وسيلتين لتسوية المنازعات بعيداً عن القضاء في بعض الحالات^{١٠٤٧}.

و أهم ما يُميّز بين ما يُسميه البعض بالوساطة و بين ما يُسميه التوفيق يبدو دقيق جداً، وهو يرتكز في الدور الذي يقوم به الوِسط أو الموفق، و هو ما سوف نُسميه إصطلاحاً بالوسيط ففي أحد الحالات يقتصر الوِسط على مجرد التقريب بين وجهتي نظر أطراف النزاع مما يؤدي إلى تفهم الأطراف نقاط الخلاف بينهم و التوافق على مقبول من قبلهم .

أما في الحالة الثانية فإن الوِسط لا يكتفي بالتقريب بين وجهتي النظر، بل قد يقترح الحلول وهذا الدور فعّال في عقود البناء و التشييد الدولية، فإذا ظهر نزاع بين رب العمل و المُقاوّل فقد يتمكن الوِسط من

^{١٠٤٤} الدكتور محمد فؤاد الحريري، آليات تسوية المنازعات في عقود الفيديك النموذجية، دار النهضة العربية، ٢٠١٢، ص ١٩٧ . وكذلك المستشار الدكتور محمد عبد المجيد اسماعيل، عقود الأشغال الدولية و التحكيم فيها، منشورات الحلبي الحقوقية، ص ٣٢٤

^{١٠٤٥} Nael Bunni , , The fidic forms of contract , Third Edition, p.٤٤٣ & see Paul Buckingham , Engineers, dispute resolution handbook ,Tomas telford, ٢٠٠٦, p.٩٤

^{١٠٤٦} الدكتور مصطفى عبد المحسن الحبشي، التوازن المالي في عقود الإنشاءات الدولية " دراسة لكيفية تحقيق التوازن المالي في هذه العقود دراسة مقارنة، دار الكتب القانونية، مصر، المحلة الكبرى، ٢٠٠٨، ص ٥١٠ .

^{١٠٤٧} تكون الوساطة وسيلة بعيدة عن القضاء في حالة إتفاق الأطراف على إختيار وسيط قبل إحالة النزاع للمحكمة، و يقوم هذا الوِسط بتقريب وجهات النظر فيما بينهم، و لا يحال النزاع للمحكمة، علماً أن المشرع الأردني لم ينص على هذا النوع من الوساطة، و إنما نص على الوساطة الإتفاقية بعد إحالتها للمحكمة .

إقناع صاحب العمل أن ما نُفذ من المشروع يفى بالغرض الذي أنشأ من أجله، و أنه يُمكن حسم مبلغ من المال و القبول بالعمل كما هو^{١٠٤٨}. والإختلاف بين الحالتين أي بين الوساطة و التوفيق هو إختلاف في الدرجة و ليس في الطبيعة، بحيث يُمكن إعتبار أحدهما شكلاً من أشكال الآخر^{١٠٤٩}، كما أن الوسيط قد يتبع أسلوب

التقريب بين وجهات نظر الأطراف المُتنازعين، ثم ينتقل إلى أسلوب طرح الحلول في النزاع أو في جزء منه أو قد يسلك أسلوباً يقع بين الأسلوبين .

وقد تبنت بعض الإتفاقيات و مراكز حل المُنازعات الوساطة كأسلوب من أساليب حل المُنازعات كإتفاقية تسوية مُنازعات الإستثمار بين الدول المُضيفة للإستثمارات العربية و بين مواطني الدول العربية^{١٠٥٠}، و الإتفاقية الموحدة لإستثمار رؤوس الأموال العربية في الدول العربية^{١٠٥١}، و المركز الدولي لحل المُنازعات ICDR^{١٠٥٢}.

و لتفصيل مبحث الوساطة كوسيلة من وسائل فض المنازعات سنقوم بتقسيمه لأربعة مطالب نتناول في المطلب الأول ماهية الوساطة و في المطلب الثاني تمييز الوساطة عن غيرها من الوسائل التي تشبه بها و أنواع الوساطة، و في مطلب ثالث الأحكام الخاصة بالوسيط، و أخيراً إجراءات الوساطة و آثارها بالنسبة للأطراف و الوسيط في مطلب رابع .

المنهج المتبع في هذه الدراسة

لقد إستخدمت في هذه الدراسة المنهج التحليلي ، حيث قمت بتحليل النصوص القانونية.

سبب إختيار الباحث للموضوع :

سبب إختياري لهذا الموضوع ، هو أنه في حالة نشوب نزاع هندسي بين الأطراف ، و تم عرضه على القضاء ، فإن ذلك سيأخذ وقتاً طويلاً لتسويته إذ قد تأخذ المسألة عدة سنوات ، لهذا نص الفيديك بإعتباره عقداً نموذجياً يمكن للأطراف اللجوء إليه، أنه يمكن للأطراف قبل اللجوء للتحكيم أن يحاولون تسوية نزاعهم بالوسائل الودية كالوساطة ، فالوساطة كما سنرى طريقاً بديلاً للقضاء ، يقوم به الأطراف بتسوية نزاعهم في جو ودي بعيداً عن المُشاحنات . لهذا تكمن ميزة الوساطة كما سنرى بأنها طريق سريع لفض النزاع ، إضافة للسرية التي لا يتمتع بها القضاء . و كما سنرى أيضاً أن الوساطة تطبق على جميع النزاعات التي تكون محلاً للصلح ، و معنى ذلك أنها يمكن أن تطبق على النزاعات الهندسية و الإنشائية إلخ

^{١٠٤٨} الدكتور محمد إبراهيم موسى، التوفيق التجاري الدولي و تغيّر النظرة السائدة حول سبل تسوية منازعات التجارة الدولية، دار الجامعة الجديدة، الإسكندرية، ٢٠٠٥، ص ٥٠-٥١ .

^{١٠٤٩} الدكتور خيرى عبد الفتاح السيد البتانوني، الوساطة كوسيلة بديلة لفض المنازعات المدنية و التجارية، الطبعة الثانية، دار النهضة العربية، ٢٠١٢ القاهرة، ص ٦٧.

^{١٠٥٠} أنظر الدكتور عبد الحميد الأحذب، وثائق تحكيمية، منشورات الحلبي الحقوقية، ص ٣٦٢ و ص ٣٥٨ .

^{١٠٥١} الدكتور عبد الحميد الأحذب، المرجع نفسه، ص ٣٨٩ و ص ٣٧٩

^{١٠٥٢} الدكتور عبد الحميد الأحذب، المرجع نفسه، ص ٩٣٧

مشكلة البحث

سنجيب من خلال هذا البحث على هذه التساؤلات :

- ١_ ما هو التعريف المناسب للوساطة وما هي صورها ؟
- ٢_ ما هي المميزات التي تتميز بها الوساطة و التي تميزها عن القضاء ؟
- ٣_ ما هي الصفات الواجب توفرها في الوسيط و ما هي الحقوق و الإلتزامات التي يجب أن يتحلى بها الوسيط ليكون قادراً على تسوية النزاع ؟
- ٤_ هل يحبذ الجوء للوساطة قبل اللجوء للقضاء أو إلى التحكيم بإعتبار أن الوسيطين الأخيرتين ملزمان في حين أن الوساطة لا تكون ملزمة إلا إذا وقع عليها الأطراف ؟

المطلب الأول

ماهية الوساطة كأسلوب من أساليب تسوية المنازعات

سُنِّبَ في هذا المطلب ما المقصود بالوساطة بإعتبارها وسيلة رضائية يلجأ لها الأطراف بإرادتهم الحرة، و سنعرض صورها المتمثلة بالشرط و المشاركة في فرع أول، و سُنِّبَ في فرع ثانٍ وجود إتفاق الوساطة في العقد، هل يمنع المحكمة أو هيئة التحكيم من نظر النزاع؟ و نتناول في فرع ثالث مميزات الوساطة و الأسس التي يتميز بها إتفاقها .

الفرع الأول

تعريف الوساطة و صورها

سنتناول في هذا الفرع المقصود بالوساطة كما عرفها بعض الفقه و ذلك في بند أول، و نعرض في بند ثانٍ صور الوساطة

البند الأول : المقصود بالوساطة كوسيلة من وسائل تسوية المنازعات

عرف البعض الوساطة بأنها التدخل في النزاع أو المفاوضات من قبل طرف ثالث محايد، و غير مُتَحيز، و مقبول من الطرفين، و ليس لديه أية قوة أو سلطة لاتخاذ أو فرض قرار ما بهدف مساعدة أطراف النزاع في التوصل طواعية إلى تسوية مشتركة مقبولة من كل منهما لمعظم، إن لم يكن لكل موضوعات النزاع^{١٠٥٣}.

و عرفها البعض الآخر بأنها وسيلة إختيارية يتم اللجوء إليها برغبة الأطراف خلال أي مرحلة من مراحل النزاع، و يختارون خلالها إجراءات و أسلوب الوساطة من أجل فهم موضوع النزاع و وضع الحلول المناسبة له، و على عكس التحكيم فإن الوساطة لا تكون إلزامية بنتيجتها، و لا يُمكن إجبار الأطراف بقبول ما يتمخض عن الوساطة، كما أن في ذلك تقليل من العبء المُلقى على عاتق الجهاز القضائي المُنتقل بالدعاوى^{١٠٥٤}.

و تُعرف أيضاً بأنها آلية بديلة للتفاوض تهدف إلى فض النزاع عن طريق تدخل شخص مُحايد يسمى الوسيط يعمل على مساعدة أطراف النزاع على التفاوض من أجل الوصول إلى تسوية للنزاع^{١٠٥٥}.

^{١٠٥٣} الدكتور منير محمود بدوي، الوسيط و دور الطرف الثالث في تسوية المنازعات، مجلة دراسات مستقبلية، العدد الثامن يوليو ٢٠٠٣، مركز دراسات المُستقبل _ جامعة أسبوط " ج.م.ع، ص ٧٦-٧٧ .

^{١٠٥٤} الدكتور عمر مشهور حديثة الجازي، ندوة بعنوان " الوساطة كوسيلة بديلة لتسوية المنازعات " (الوساطة كوسيلة لتسوية منازعات الملكية الفكرية)، جامعة اليرموك، إربد، ٢٨ كانون أول ٢٠٠٤ .

^{١٠٥٥} الدكتور أيمن مساعدة، الوساطة كوسيلة لتسوية النزاعات المدنية في القانون الأردني، عمان، مجلدات جامعة اليرموك، المجلد (٢٠) عدد (٤)، ٢٠٠٤، ص ١٩٣٧

كذلك تُعرف الوساطة بأنها وسيلة إختيارية لحل منازعات بين فرقاء بمساعدة جهة أخرى تُسمى الوسيط، وتعتمد على الحوار و المناقشات المُتبادلة لإقناع أطراف النزاع بحلول مُقترحة والتوصل إلى حل نابع من إرادة أطراف النزاع بعد فحص طلباتهم وإدعائهم^{١٠٥٦}.

وقد عرف القانون النموذجي للتوفيق التجاري الدولي المُعد من قبل لجنة الأمم المُتحدة الوساطة كما يلي " لأغراض هذا القانون يُقصد بمصطلح التوفيق أي عملية سواء أُشير إليها بتعبير التوفيق أو الوساطة أو بتعبير آخر ذو مدلول مُماثل يطلب فيه الطرفان إلى شخص أو أشخاص " المُوفق " مساعدتهما في سعيها إلى التوصل تسوية ودية لنزاعهما الناشئ عن علاقة تعاقدية أو علاقة قانونية أو المُتصل بتلك العلاقة، و لا يكون للمُوفق الصلاحية لفرض حل للنزاع على الطرفين^{١٠٥٧}.

و نرى أن تعريف القانون النموذجي للوساطة هو أنسب تلك التعاريف، و نحن نقترح تعريفاً للوساطة كما يلي، هي إتفاق بين أطراف على تكليف جهة خارجية للمساعدة في حل نزاع ناشئ بينهم أو ربما ينشأ مُستقبلاً نتيجة علاقة تعاقدية أو قانونية أو مُتصلاً بتلك العلاقة، وتكون مهمة الجهة الخارجية مُساعدة الأطراف على التفاوض و التقريب بين مواقفهم.

البند الثاني : صور الوساطة

لما كانت الوساطة إتفاق بين الأطراف _ فمن الممكن أن يبرم هذا الإتفاق قبل حدوث النزاع^{١٠٥٨} أو بعده^{١٠٥٩}، و في حقيقة الأمر و بالرجوع لقانون العمل المصري رقم (١٢) لسنة ٢٠٠٣ و قانون الوساطة الأردني، نجد أنهما لم يُفرقا بين شرط و مشاركة الوساطة، إلا أن نص المادة (١٧٠) من قانون العمل المصري و المادة (٤) من قانون الوساطة الأردني قد إقتصرتا فقط على أحكام مُشاركة الوساطة (أي اللجوء إلى الوساطة بعد وقوع النزاع) .

إلا أنه ليس هناك ما يمنع أن يتم الإتفاق بين الأطراف على اللجوء إلى الوساطة قبل حدوث النزاع، بأن يُدرج شرط اللجوء إلى الوساطة في العقد، و ينص فيه أنه إذا نشب نزاع بين الأطراف يتم تسويته عن طريق الوساطة .

و بما أن شرط الوساطة يتم كتابته و إدراجه في العقد الأصلي، فإنه لا يوجد مانع أن يكتب في بداية العقد أو في وسطه أو حتى في نهايته، إلا أننا نرى في الواقع العملي أنه يتم إدراج شرط اللجوء إلى الوساطة في نهاية العقد .

^{١٠٥٦} الدكتور خيرى عبد الفتاح السيد البتانوني، المرجع السابق، ص ١٢

^{١٠٥٧} الدكتور أحمد عبد الكريم سلامة، نظام الوساطة كبديل عن القضاء في تسوية المنازعات ودياً، أكاديمية شرطة دبي، السنة الثانية و العشرون، العدد الأول، يناير ٢٠١٤، ص ٨-٩

^{١٠٥٨} الدكتور أحمد محمد الصاوي، تسوية المنازعات الناشئة عن العقود الدولية للبناء و التشييد " دراسة مقارنة "، الطبعة الأولى، دار النهضة العربية، ٢٠١٢، ص ٢٨١ . و كذلك انظر الدكتور أيمن مساعدة، المرجع السابق، ص ١٩٤١ . و الدكتور محمد فؤاد الحريري، المرجع السابق، ص ١٩٩ .

^{١٠٥٩} المستشار هدى جمال الدين الأهواني، النظام القانوني للتوفيق التجاري في منازعات التجارة الدولية، دار الفكر الجامعي، ٢٠١٥، ص ٢٥ و كذلك أنظر الدكتور أحمد عبد الكريم سلامة، المرجع السابق، ص ٦ .

و شرط الوساطة شأنه شأن إتفاق التحكيم من ناحية الإستقلالية، فشرط الوساطة يتمتع بإستقلالية تامة عن العقد الأصلي، و معنى هذا أنه إذا كان العقد الأصلي باطلاً أو منعدماً أو مفسوخاً، يبقى شرط الوساطة صحيح في ذاته، طالما توفرت أركانه و شروطه من أهلية و سبب و محل مشروعين^{١٠٦٠} .
و لكن السؤال الذي يطرح نفسه في هذا الصدد، هل يُشترط أن يُكتب شرط الوساطة في ذات العقد عندما يتخذ صورة شرط؟

أجاب البعض على هذا السؤال بالنفي، إذ قد يكون شرط الوساطة مكتوب في ورقة مُستقلة^{١٠٦١} عن العقد، بل و يُضيف هذا الرأي أن إدراج شرط الوساطة في ورقة مستقلة عن العقد يُحقق فائدتين:

الأولى: إن كتابة شرط الوساطة في العقد ذاته و تفصيله بأن يذكر الأطراف إسم الوسيط ومؤهلاته و خبراته و يُحدد بدء مهمته و نهايتها، سيستغل مساحة كبيرة من العقد، و يكون هذا الشرط طويلاً و يؤدي بالنتيجة إلى إختلال في التوازن بين شروط العقد .

الثانية: ترسيخ مبدأ إستقلال شرط الوساطة عن العقد الأصلي، إذ يجب النص عند صياغة شرط الوساطة على أن الوساطة ستتناول كل المنازعات التي ستنشأ بين الأطراف بما فيها بطلان العقد الأصلي، و هذا كله يؤكد و يُرسخ مبدأ إستقلالية شرط الوساطة .

ونرى من جانبنا أن شرط الوساطة شأنه شأن شرط التحكيم من عدة نواح، فإذا كان شرط الوساطة مستقلاً عن العقد الأصلي كما هو الحال في شرط التحكيم، فإننا نرى أن شرط الوساطة يطبق عليه ذات الحالات التي تطبق على شرط التحكيم من حيث السقوط و الإنتهاء، فقد يتفق أحد الأطراف على مدة معينة يجب خلالها إحالتها للوساطة، كشهر مثلاً من حدوث النزاع، فهنا يجب إحالة النزاع للوساطة خلال هذه المدة و إلا سقط الحق في اللجوء للوساطة.

إلا أن هناك مسألة يجب إثارتها في هذا الأمر و هي ما الحل لو ادعى أحد الأطراف بعدم وجود إتفاق وساطة، أو ادعى أنه سقط بإنتهاء مدته أو بطلان إتفاق الوساطة أو عدم شمول إتفاق الوساطة لموضوع النزاع المراد إحالته على الوساطة .

يرى البعض^{١٠٦٢} و نحن نؤيده من جهتنا أن الذي يفصل في هذه الأمور جميعها هو الوسيط قياساً على التحكيم^{١٠٦٣}، فإذا ادعى أحد الأطراف أن إتفاق الوساطة باطلاً مثلاً أو سقط بإنتهاء مدته، و نرى أن على الوسيط الفصل فيها، لأنها تدخل ضمن نطاق صلاحياته و اختصاصه .
ثانياً: مشاركة الوساطة:

تعني مشاركة الوساطة، اللجوء إلى الوساطة بعد نشوء النزاع، فبهذه الحالة يكون النزاع قد وقع فعلاً و أُحيل إلى الوساطة أو عرض النزاع على المحكمة، و كما أسلفنا في مشاركة التحكيم فإن مشاركة الوساطة يتم اللجوء إليها عندما يكون العقد الأصلي خالياً من نص صريح يقضي بإحالة النزاع للوساطة (شرط الوساطة).

و مشاركة الوساطة قد تكون بإحدى صورتين:

^{١٠٦٠} الدكتور خيرى عبد الفتاح السيد الليتانوني، المرجع السابق، ص ١٤٨ .

^{١٠٦١} الدكتور أحمد محمد الصاوي، المرجع السابق، ص ٢٨٦ .

^{١٠٦٢} الدكتور خيرى عبد الفتاح السيد الليتانوني، المرجع السابق، ص ١١٤ .

^{١٠٦٣} تفصل هيئة التحكيم في الدفوع المتعلقة بعدم اختصاصها بما في ذلك الدفوع المبنية على عدم وجود اتفاق تحكيم أو سقوطه أو بطلانه أو عدم شموله لموضوع النزاع.

الأولى : أن يتفق الأطراف فيما بينهم على إحالة النزاع الذي نشأ بينهم للوساطة، وفي مثل هذه الحالة يتم تحرير وثيقة موقعة من كل منهما، تتضمن رغبتهم بإحالة النزاع على الوساطة، ثم تُعرض على المحكمة التي تنظر النزاع .

الثانية : أن يتفقوا أمام الهيئة الحاكمة على رغبتهم بإحالة النزاع على الوساطة، وتلاحظ هنا أن المُشرع إعتبر حكم المحكمة بإحالة طلب الأطراف بإحالة نزاعهم على الوساطة بمثابة إتفاق مكتوب .
ومما تجدر الإشارة إليه أنه يجب في مشاركة الوساطة تحديد أمرين أولهما موضوع النزاع الذي سينتدخلك فيه الوسيط للوصول إلى تسوية، والثاني تحديد طريقة تعيين الوسيط عند إختلاف الطرفين على تعيينه .

الفرع الثاني

أثر وجود إتفاق الوساطة

قد أسلفنا أن الوساطة تتخذ إحدى صورتين الأولى شرط الوساطة و الثانية مُشاركة الوساطة، وبيننا أن شرط الوساطة يُكتب ففي العقد و بموجبه يتم الإتفاق بين الأطراف على حل و تسوية نزاعهم بالوساطة بعيداً عن القضاء .

إلا أن السؤال الذي يطرح نفسه بهذا الصدد، هل يُؤثر وجود إتفاق الوساطة على إقامة الدعوى أمام المحكمة المُختصة ؟ أو بمعنى آخر إذا إتفق الأطراف على حل نزاعهم بالوساطة و أدخل أحد الأطراف بالتزامه و لجأ لإقامة دعوى أمام المحكمة، فما أثر وجود إتفاق الوساطة بين الأطراف، وما هي قيمته ؟ و ما موقف المحكمة من وجود إتفاق الوساطة ؟ هل يُمكن للمطرف المدعى عليه الدفع بوجود شرط وساطة كما هو الحال في شرط التحكيم ؟

للإجابة عن هذه التساؤلات سنعرض آراء بعض الشراح، و الذين إنقسموا إلى رأيين :
حيث يرى الرأي الأول^{١٠٦٤} أن المدعى عليه لا يستطيع أن يتمسك بوجود شرط الوساطة حيث نصت المادة (١٠٩) من قانون أصول المحاكمات المدنية على دفع محددة حصراً، و لم تورد من ضمن هذه الدفع، دفع وجود إتفاق الوساطة .

و بمعنى آخر _ إن وجود هذا الشرط أو الإتفاق لا يمنع القضاء من نظر النزاع إن لم ينفذ من قبل أحد الأطراف خلافاً لشرط التحكيم^{١٠٦٥} الذي بموجبه يمنع القضاء من نظر الدعوى لعدة وجود شرط التحكيم شريطة أن يقدم قبل الدخول بأساس الدعوى سنداً لنص المادة (١٠٩) من قانون أصول المحاكمات المدنية الأردني .
في حين يرى الرأي الآخر^{١٠٦٦}، أن وجود إتفاق وساطة يُرتب أثراً سلبياً على الجهات القضائية (المحاكم أو التحكيم) بالإمتناع عن الفصل في النزاع الذي يوجد بشأنه إتفاق وساطة، سواء كانت إجراءات الوساطة قد بدأت فعلاً قبل إحالة النزاع إلى تلك الجهات أم لم تبدأ بعد، شريطة أن يكون الأطراف قد نصوا صراحة في إتفاق الوساطة على أنه لا يجوز لأحدهم اللجوء إلى القضاء أو التحكيم إلا بعد فشل عملية الوساطة .
أما إذا كان اللجوء إلى الوساطة مجرد رخصة يمكن إستخدامها من عدمه، فإنه لا مجال للقول بأنه يجب على تلك الجهات القضائية الإمتناع عن الفصل في النزاع لمجرد إتفاق الوساطة، بإعتباره إتفاقاً.

^{١٠٦٤} الباحث علي محمود الرشدان، الوساطة لتسوية النزاعات بين النظرية و التطبيق، الطبعة العربية، دار اليازوري العلمية للنشر و التوزيع، الأردن، ٢٠١٦، ص ١١٣ .

^{١٠٦٥} الدكتور عادل سالم اللوزي، الوساطة لتسوية النزاعات المدنية وفقاً للقانون الأردني، مؤتمراً للبحوث و الدراسات، المجلد الحادي والعشرون، العدد الثاني، ٢٠٠٦، ص ٢٦١

^{١٠٦٦} الدكتور أحمد عبد الكريم سلامة، المرجع السابق، ص ٤٢-٤٤ .

و نحن من جانبنا نرى أن الرأي الثاني هو الصواب، و نأمل من مشرعنا الأردني النص صراحة على إمتناع القاضي أو المحكم عن نظر النزاع، إذا ما إتفق الأطراف صراحة على تسوية نزاعهم بطريق الوساطة قبل اللجوء إلى القضاء في حال فشلها .

و نضيف أيضاً أنه و بإعتبار أن توقيع إتفاق الوساطة أو مباشرة الوسيط لمهمته لا تقطع التقادم، فإننا من وجهة نظرنا ننصح المدعي بإتخاذ إجراء قضائي لقطع مدة التقادم، كإقامة دعوى أمام المحكمة و صدور حكم منها بوقف السير في نظر الدعوى لحين البت في الوساطة، و هذا يتطلب بديهيّاً أن يكون إتفاق الوساطة مكتوباً .

الفرع الثالث

مميزات الوساطة و خصائص إتفاقها

حقيقة لو نظرنا للدور الذي حققته الوساطة في الأونه الأخيرة للاحظنا أنها ساهمت بشكل كبير و فعال في تخفيف العبء عن كاهل القضاء عن طريق تسوية منازعات كانت ستحل بالتقاضي^{١٠٦٧}، هذا إذا ما علمنا أن عدد القضايا التي تنتظر أمام المحاكم في تزايد مستمر مما يُشكل عبئاً كبيراً على القضاة، أضف إلى ذلك أنه سيؤدي إلى تأخير في تسوية المنازعات لما تحتاجه من إجراءات عديدة و قد أثبتت الوساطة فعاليتها و دورها بتسوية كثير من النزاعات في وقت وجيز، و سوف نقوم بتقسيم هذا الفرع إلى بندين أتناول في البند الأول مميزات الوساطة الأخرى، و أما في البند الثاني سأتناول فيه الأسس التي يقوم عليها إتفاق الوساطة بإعتباره عقداً يُبرم بين الوسيط أو الوسطاء و بين الأطراف^{١٠٦٨} .

البند الأول : مميزات اللجوء إلى الوساطة

بالإضافة أن الوساطة خففت العبء عن القضاء عن طريق تسوية بعض المنازعات التي كانت سيتم تسويتها بالقضاء، فإن الوساطة بإعتبارها طريق بديل يلجأ إليها الأطراف بإرادتهم الحرة تتسم بالمرونة و السرعة و السرية و الخصوصية، فضلاً أنها تحقق ميزة هامة و هي المحافظة على العلاقات الودية بين الأطراف، أضف إلى ذلك أن الوساطة و إن كانت طريق بديل لتسوية المنازعات التي تنشأ بين الأطراف إلا أنها لا تحرم الأطراف من اللجوء للقضاء أو التحكيم في حال فشلها و هذا ما يُشجع الأطراف على اللجوء إليها و بذل ما في وسعهم لإنجاحها، و في هذا الفرع سأتناول بعض المميزات التي تحققها الوساطة حال اللجوء إليها .

أولاً : الوساطة مرنة و لا يتبع فيها إجراءات القضاء

لا يتبع في أسلوب الوساطة الإجراءات المُعقدة و المُتعبة أمام القضاء العادي أو التي يترتب على مخالفتها بطلان الإجراءات^{١٠٦٩}، فمثلاً لا يوجد في قانون الوساطة المصري و الأردني أي نص يقضي ببطلان الإجراءات إذا تم إغفال أو تجاوز لأحد الإجراءات شريطة أن لا تخالف النظام العام و الآداب^{١٠٧٠} .

^{١٠٦٧} الدكتور عادل سالم اللوزي، المرجع السابق، ص ٢٥٤.

^{١٠٦٨} علاوة هوام، الوساطة بديل لحل النزاع و تطبيقاتها في الفقه الإسلامي و قانون الإجراءات المدنية و الإدارية الجزائري " دراسة مقارنه"، أطروحة لنيل شهادة دكتوراه العلوم في العلوم الإسلامية تخصص شريعة و قانون، كلية العلوم الإنسانية و الإجتماعية و العلوم الإسلامية، جامعة الحاج لخضر باتنة _ الجزائر، ٢٠١٢-٢٠١٣، ص ٧٤ .

^{١٠٦٩} الباحث عروي عبد الكريم، الطرق البديلة في حل النزاعات القضائية " الصلح و الوساطة القضائية " طبقاً لقانون الإجراءات المدنية و الإدارية، مذكرة مقدمة لنيل شهادة الماجستير، فرع العقود و المسؤولية، جامعة الجزائر، كلية الحقوق، بن عكنون، ٢٠١٢، ص ٨٧ . و كذلك علاوة هوام، المرجع السابق، ص ٩٤ .

و في رأينا أن المرونة تتجلى في الوساطة باعتبارها أسلوباً بديلاً لتسوية النزاعات في ثلاثة أمور:

الأمر الأول: أن الوساطة قد تشمل كل أو جزء من النزاع^{١٠٧١}.
الأمر الثاني: أن القانون " المصري و الأردني " منح الوسيط صلاحيات تحديد موعد كل جلسة من حيث الزمان و المكان، و تبليغ أطراف النزاع بها^{١٠٧٢}، و قد تبني المشرع الأردني في قانون الوساطة الأردني الآلية الإجرائية على تبليغ الأطراف أو وكلائهم وفق الأصول المقررة في قانون أصول المحاكمات المدنية إذ يكون التبليغ عن طريق المحضرين أو عن طريق شركة خاصة وكذلك تبليغ الأشخاص الذي يُجيز لهم القانون إستلام التبليغ، و قد يكون الوقت الذي يحدده الوسيط مع الأطراف خارج أوقات الدوام الرسمي، كذلك قد يكون المكان الذي يتفق الوسيط به مع الأطراف مكاناً غير المحكمة أو مكان إقامة أحد الأطراف.

الأمر الثالث: من مظاهر المرونة في الوساطة أن بإمكانية الوسيط الإجتماع بأطراف النزاع مُنفردين أو مُجتمعين^{١٠٧٣}، و ذلك لنقل وجهة نظر كل طرف، و تقريب وجهات النظر فيما بينهم، و هذه الخاصية غير موجودة في القضاء العادي.

ثانياً: تتميز الوساطة بأنها وسيلة إختيارية تعاقدية يتطلب اللجوء إليها موافقة الأطراف، و عدم تمتع الوسيط بسلطة الأمر و الإلزام^{١٠٧٤}، و لا يحسم النزاع بقرار مُلزم لطرفي النزاع^{١٠٧٥}.
ثالثاً: إن هذه الوسيلة أساسها إرادة الأطراف، فهم الذين يقومون بإختيار الوسيط أو الوسطاء، إضافة لذلك إن توصية الوسيط تسمد قوتها و أثرها من رضا الأطراف، فإن رضوا بها و وقعوا عليها إنتهى النزاع، و في حالة عدم رضاهم فإن الوسيط لا يملك سلطة الأمر في إجبارهم على التسوية.
رابعاً: السرعة: فعند لجوء الأطراف للوساطة باعتبارها وسيلة من الوسائل البديلة لحل المنازعات نلاحظ أن الوقت الذي يستغرقه الأطراف في الوساطة أقل بكثير من الوقت التي يستغرقه القضاء، فالوسيط لا

^{١٠٧٠} المحامي حازم سمير خرفان، الوسائل البديلة لفض النزاعات واقع الوساطة كوسيلة لفض النزاعات، مجلة نقابة المحامين، ملحق الأبحاث ٢٠٠٨، ص ١٤٣

^{١٠٧١} الباحث علاوة هوام، المرجع السابق، ص ٧٣.

^{١٠٧٢} لم يُحدد المشرع الأردني في قانون الوساطة طريقة تبليغ الخصوم بزمان و مكان الوساطة و هل يتم بطرق التبليغ العادية المنصوص عليها في قانون أطول المحاكمات المدنية أم يتبع فيها أساليب التبليغ المنصوص عليها في قانون التحكيم و هي التبليغ بالفاكس أو التلكس أو البريد الإلكتروني كون هذه الوسائل تحقق سرعة و هو هدف المشرع من الوساطة.

^{١٠٧٣} الدكتور عادل سالم اللوزي، المرجع السابق، ص ٢٥٧. و كذلك أنظر الباحث علي محمود الرشدان المرجع السابق، ص ٦٠.

^{١٠٧٤} الدكتور هدى جمال الدين الأهواني، المرجع السابق، ص ٥٨.

^{١٠٧٥} الدكتور عاشور مبروك، نحو محاولة للتوفيق بين الخصوم " دراسة تحليلية مقارنة "، دار النهضة العربية، ٢٠٠٢، ص ٢٥ وكذلك المستشار هدى جمال الدين الأهواني، المرجع السابق، ص ٢٧

يتقيد بطرق الإثبات أو حتى لا يركز على قانونيتها^{١٠٧٦} أو الوضع القانوني لها عند إيجاد حل للنزاع^{١٠٧٧}، أضف إلى ذلك أن الأطراف والوسيط غير مُقيدين بإجراءات معينة وإبراز بينات كما هو الحال في المحاكم العادية، وإنما يكون هدفه إيجاد نقطة وسط يلتقي بها الأطراف بصرف النظر عن قوة أو ضعف المركز القانوني للأطراف، وبالتأكيد فإنه لا يغفل هذا المركز عند محاولته إيجاد الحل.

وبهذه الفائدة تكفل الوساطة إستغلال الوقت، لا سيما وأن معظم المنازعات التي تُحال للوساطة يستغرق تسويتها ساعات أو أيام ويمكن تسويتها بجلسة أو جلستين ومن النادر أن تستغرق مدد طويلة لتسويتها كما هو الحال في القضاء^{١٠٧٨}، وهذا كله يعتمد على مهارة الوسيط وقدراته وخبراته وكذلك ما يتمتع به من ثقة من قبل الأطراف^{١٠٧٩}.

و عند إستعراضنا لنصوص قانون الوساطة، نلاحظ أن المشرع لم يشترط لها تحضيرات كثيرة بالنسبة للأدلة القانونية أو بالنسبة لدراسة المركز القانوني للأطراف .

ونحن من جانبنا نرى أن ميزة السرعة تكمن في الوساطة، في أنها لا يوجد إجراءات أو نصوص يجب على الوسيط أن يتبعها، بحيث يترتب على إغفالها بطلان الإجراء أو النتيجة التي تم التوصل إليها، فالإجراءات يمكن تعديلها من قبل الوسيط في أي وقت طالما أن ذلك سيساعده على الوصول إلى حل يرضى به الأطراف .

خامساً: قليلة التكاليف: تتميز الوساطة بأنها ذات نفقات مادية أقل من نفقات التقاضي^{١٠٨٠}، لأن اللجوء للمحاكم من شأنه أن يُحمل الأطراف نفقات و مصاريف و رسوم يمكن تجنبها فيما لو تم اللجوء للوساطة و خصوصاً في الدول التي تفرض رسوماً باهظة على رسوم الدعاوى و اتعاب المحامين، كذلك هناك بعض وسائل الإثبات المتبعة أمام المحاكم كالخبرة و المعايين شأنها زيادة النفقات على الأطراف .

سادساً: تجمع الأطراف مع بعضهم، في الواقع العملي نلاحظ أنه في المنازعات القضائية يبتعد الأطراف عن بعضهم البعض لوجود وكلاء عنهم و هم المحامين، مما يزيد الثغرات و الفجوات فيما بينهم، و يُصبح كل طرف ينظر للطرف الآخر نظرة عدا، في حين أن الأمر يختلف بالنسبة للوساطة لأن الأطراف يحضرون مع وكلائهم و يستمع كل منهما لرأي الطرف الآخر، وللوسيط أن يستمع للغير إذا إستلزم ذلك شريطة أن يقبل هؤلاء ذلك و وافق الأطراف على هذا الإجراء^{١٠٨١} ومن المعلوم أن هذه الأجواء تُقرب وجهات النظر بين الأطراف و يستتبع ذلك مساعدة كل طرف في تقديم حل يرضى به الأطراف .

^{١٠٧٦} الدكتور سامي محمد فريج، **تسوية النزاعات الحل بالتفاوض و الوساطة _ الحسم بالتحكيم و التقاضي _ أعمال الخبرة _ المسؤولية عن التأخير _ تغييرات العقد _ الصلح، إدارة العقود الهندسية و عقود التشييد، الكتاب الخامس، جامعة الكويت، دار النشر للجامعات، ص ١٠٥-١٠٦ .**

^{١٠٧٧} الباحث علاوة هوام، المرجع السابق، ص ٨٧ .

^{١٠٧٨} الدكتور عاشور مبروك، المرجع السابق، ص ٨-٩ .

^{١٠٧٩} الباحث محمد أحمد القطاونة، الوساطة في تسوية النزاعات المدنية، " رسالة ماجستير "، ٢٠٠٨، ص ٩٧-٩٨

^{١٠٨٠} الدكتور محمد سامي فريج، المرجع السابق، ص ١٠٧-١٠٨ .

^{١٠٨١} الدكتور أحمد عبد الكريم سلامة، المرجع السابق، ص ٧٠

و بالتأكيد إذا توصل الأطراف إلى حلٍ يرتضونه بفضل مهارات الوسيط و مهاراته و قدراته، فإن ذلك سيعكس إيجاباً على إستمرار العلاقة بين الأطراف في المستقبل، حيث يخرج كل طرف راض عن التسوية التي تم التوصل إليها عن طريق الوساطة .

سابعاً : السرية^{١٠٨٢} و الخصوصية، نصت المادة الخامسة من قانون الوساطة الأردني رقم (١٢) لسنة ٢٠٠٦ لتسوية النزاعات المدنية على ما يلي : يشترط لإنعقاد جلسات الوساطة حضور أطراف النزاع مع وكلائهم القانونيين أو حضور الوكلاء القانونيين حسب مقتضى الحال، مع مراعاة أنه إذا كان أحد أطراف النزاع شخصاً معنوياً، فيُشترط حضور شخص مفوض من غير الوكلاء من إدارته لتسوية النزاع .

كما هو معلوم أن جلسات القضاء تكون علنية، بعنى أنه يجوز للعامه حضور الجلسات والإستماع إلى ما يجري بداخلها، بخلاف الوساطة التي تكفل للأطراف المحافظة على خصوصية النزاع بعيداً عن إجراءات المحاكمة العلنية^{١٠٨٣}، و هذا يشجع الأطراف المتنازعة دائماً للجوء إلى الوساطة .

البند الثاني : أسس و خصائص إتفاق الوساطة

لما كان إتفاق الوساطة عقداً يُبرم بين طرفي النزاع و الوسيط فإن هذا العقد يتسم بعدة خصائص منها الرضائية، فضلاً عن أنه عقد غير مُسمى، إضافةً إلى أن إتفاق الوساطة هو إتفاقاً مستقلاً عن العقد الأصلي شأنه شأن إتفاق التحكيم و يرتب ذات الأثار و النتائج التي يُرتبها إستقلالية شرط التحكيم، و فيما

يلي سنقوم بتفصيل هذه الخصائص :

أولاً : يخضع إتفاق الوساطة بإعتباره عقداً للقواعد العامة الواردة في نظرية العقد^{١٠٨٤}، فكما هو معلوم أن أركان العقد تتمثل في ثلاثة أركان، الرضائية^{١٠٨٥} و المحل و السبب فمن حيث الرضائية فإن عقد الوساطة هو إتفاق بين الوسيط و طرفي النزاع و هذا الإتفاق يتم بمجرد إرتباط الإيجاب بالقبول، و الرضا قد يكون صريحاً أو ضمنياً كتابياً أو شفويّاً و هو عقد ملزم للجانبين و يقوم على مبدأ حسن النية و الثقة في شخص الوسيط .

و أما فيما يتعلق بمحل عقد الوساطة فهي تتمثل في إجراء عملية الوساطة لتسوية النزاع بين طرفي النزاع و التوصية بالحلول الممكنة للنزاع خلال مهلة الوساطة عن طريق وسيط من ذوي الخبرة و الكفاءة مقابل عوض .

أما فيما يتعلق بالسبب فيتمثل في رغبة طرفي النزاع في تسوية النزاع بينهما عن طريق الوساطة دون اللجوء للمحاكم أو التحكيم، و كما هو معلوم وحسب القواعد العامة تشترط في السبب أن يكون مشروعاً و غير مخالفاً للنظام العام و الآداب^{١٠٨٦} .

ثانياً : إتفاق الوساطة هو عبارة عن عقد غير مُسمى بالقانون إذا لم يرد له تنظيم خاص ضمن العقود المسماة .

^{١٠٨٢} سنيين المقصود بالسرية عند الحديث عن إلتزامات الوسيط في هذه الدراسة

^{١٠٨٣} الدكتور عاشور مبروك، المرجع السابق، ص ١٣

^{١٠٨٤} الدكتور عاشور مبروك، المرجع السابق، ص ١١٥ .

^{١٠٨٥} الدكتورة هدى جمال الدين الأهواني، المرجع السابق، ص ٤٧

^{١٠٨٦} الدكتور عاشور مبروك، المرجع السابق، ص ١١٦

ثالثاً : إتفاق الوساطة سواء ورد في صورة شرط أو مشاركة (يتمتع بإستقلال ذاتي عن العقد المدرج فيه، بمعنى أنه إذا كان العقد باطلاً، يبقى شرط الوساطة صحيحاً طالما توفرت أركانه التي بينها سابقاً (رضا و محل و سبب و أهلية) ^{١٠٨٧} .

و لكن ما هي للأثار التي تترتب على مبدأ إستقلالية شرط الوساطة ؟
في حقيقة الأمر و عند رجوعنا للنتائج التي تترتب على إستقلالية شرط الوساطة وجدنا أنها ذات النتائج التي تترتب على إستقلالية شرط التحكيم إذ إن بإستقلالية إتفاق الوساطة سواء كان شرطاً أو مشاركة، فإنه إذا تعرض العقد الأصلي لسبب أدى إلى بطلانه أو حتى فسخه أو إنهائه، فإن ذلك لا يؤثر على شرط الوساطة الذي يبقى صحيحاً في ذاته طالما إكتملت أركانه، وكذلك الحال إذا شاب إتفاق الوساطة عيب من عيوب الإرادة أو إختلت أحد أركانه أو كان باطلاً أو فسح أو سقط بإنتهاء مدته فإن ذلك لا يؤثر على صحة وجود العقد الأصلي .

كذلك للوسيط أن ينظر في إختصاصه " مبدأ الإختصاص بالإختصاص " _ فإذا ما دفع أحد الأطراف بعدم وجود إتفاق وساطة أو دفع بأنه سقط بفوات ميعاده أو أن شرط الوساطة باطلاً أو أن إتفاق الوساطة لا يشمل النزاع . فإن الذي ينظر بكل هذه الدفوع و المسائل هو الوسيط .

و نلاحظ أن كتابة إتفاق الوساطة و التوقيع عليه أو مباشرة الوسيط (المُوفّق) لمهمته، لا يقطع في ذاته مدة التقادم، لأنه ليس إلا إتفاق على عرض النزاع على وسيط و لا يتضمن مطالبة بحق ^{١٠٨٨} .

و كذلك من الأثار التي تنتج عن إستقلالية شرط الوساطة، خضوع إتفاق الوساطة شرطاً أو مشاركة لقانون يختلف عن القانون الذي يحكم العقد الأصلي، وبناءً على ذلك يخضع التراضي و صحته و خلوه من عيوب الإرادة كالغلط و التدليس و الإكراه و التدليس و الإستغلال لقانون إتفاق الوساطة الذي هو قد يكون قانون الإرادة أو قانون بلد محل إبرام إتفاق الوساطة ^{١٠٨٩} .

المطلب الثاني

تمييز الوساطة عن غيرها من الوسائل

التي تشتهر بها و أنواع الوساطة

بعد أن تحدثنا و تناولنا بعض مفاهيم الوساطة، و أوضحنا صورها المُتمثلة بالشرط و المُشاركة، و بينا رأينا من أثر وجود شرط الوساطة في العقد، سنتناول في المطلب الثاني تمييز الوساطة عن غيرها من الوسائل البديلة المُتمثلة بالتحكيم و الصلح و المفاوضات، و ذلك في فرع أول، و نتناول في الفرع الثاني أنواع الوساطة المذكورة في قانون الوساطة الأردني رقم (١٢) لسنة ٢٠٠٦ و المُتمثلة بالوساطة القضائية و الخصوصية و الإتفاقية و كذلك أنواع من الوساطة لم ينص المشرع الأردني على ذكرها، و نشرح بشيء من التفصيل عن طرق إحالة النزاع إلى كل نوع من أنواع الوساطة .

الفرع الأول

تمييز الوساطة عن غيرها من الوسائل البديلة

^{١٠٨٧} الباحث علي محمود الرشدان، المرجع السابق، ص ١١٤ . و كذلك الدكتور أحمد عبد الكريم سلامة،

المرجع السابق، ص ٢٥-٢٦ .

^{١٠٨٨} الدكتور خيرى عبد الفتاح السيد اليتانوني، المرجع السابق، ص ١٤٨_١٤٩ . و الدكتور عاشور مبروك،

المرجع السابق، ص ١١٠ .

^{١٠٨٩} الدكتور خيرى عبد الفتاح السيد اليتانوني، المرجع السابق، ص ١٥٧-١٥٨ .

سنقسم هذا الفرع إلى ثلاث بنود، نتناول في **البند الأول** الفرق بين الوساطة و التحكيم و أوجه الشبه بين هاتين الوسيلتين، و في **البند الثاني** الفرق بين الوساطة و الصلح و أوجه الإلتقاء بينهما، و أخيراً التمييز بين الوساطة و المفاوضات في بند ثالث .

البند الأول : الفرق بين الوساطة و التحكيم

أسلفنا آنفاً أن التحكيم هو قيام الأطراف المتنازعة حول مسألة معينة باتفاق ملزم بينهم على إخضاع نزاعهم لشخص ثالث يقومون بإختياره لحسم النزاع و يكون قراره ملزماً لهم .

أما الوساطة فلاحظنا أنها إستعانة أطراف النزاع بشخص ثالث مهتمه تقريب وجهات النظر بين الأطراف^{١٠٩٠}، و تسمح له مؤهلاته الشخصية و خبراته بإيجاد حل للنزاع، و تكون التوصية التي يتوصل لها الوسيط لا تتمتع بأي قوة إلزامية، ما لم يقبلها الأطراف و يتم التصديق عليها كما سنرى لاحقاً .

من هذين التعريفين يتبين لنا أن التحكيم و الوساطة يتشابهان في عدة نواح:

أولاً : أنهما وسيلتين بديلان لتسوية المنازعات بعيداً عن المحاكم^{١٠٩١}، و أن كل من الوسيط و المحكم لا يستطيع مباشرة مهمته إلا إذا وجد اتفاق بين الأطراف^{١٠٩٢} على إحالة نزاعهم إلى الوساطة أو إلى التحكيم، و عليه إذا قام الوسيط بمباشرة مهمة الوساطة دون وجود اتفاق من الأطراف يُخوله هذا الحق، فإن ما يصدر عنه من توصية تكون باطلة لإنتفاء ولايته^{١٠٩٣}.

ثانياً : إن كلا من الوسيط و المحكم يعمل مستقلاً عن أطراف النزاع أثناء ممارسته لوظيفته.

ثالثاً : إن الوسيط و المحكم لا يعملان في الجهاز القضائي للدولة^{١٠٩٤} إذ أنهم ليسوا قضاة في حالة الوساطة الإتفاقية التي يتم الإتفاق عليها بين الأطراف قبل اللجوء إلى القضاء في حالة عرض النزاع على وسيط يختارونه بإرادتهم، أما في حالة الوسيط القضائي و الخصوصي فإنهم يعتبرون قضاة .

رابعاً : إن رأي كل من الوسيط و المحكم ينصب على المسائل القانونية و الواقعية معاً^{١٠٩٥}.

خامساً : يتفق الوسيط و المحكم في أن لكل منهما حق التنحي من تلقاء نفسه عن القيام بمهمته إذا شعر بالحرَج، فضلاً أن كلا منهما عليه الإحتفاظ بسرية المعلومات التي حصل عليها من الأطراف .

^{١٠٩٠} الدكتور هدى جمال الدين الأهواني، المرجع السابق، ص ٤٧ .

^{١٠٩١} الدكتورة دليلة جلول، الوساطة القضائية في القضايا المدنية و الإدارية، دار الهدى للطباعة و النشر و التوزيع، الجزائر، ص ٢٤. وكذلك الدكتور بكر عبد الفتاح السرحان، الوساطة على يد القاضي الوسيط: الماهية و الأهمية و الإجراءات دراسة تقييمية في القانون الأردني، المجلة الأردنية في القانون و العلوم السياسية، المجلد (١) العدد (١) ربيع الثاني ١٤٣٠هـ نيسان ٢٠٠٩، ص ٥٩-٦٠.

^{١٠٩٢} إنظر في هذا المعنى الدكتور أيمن خالد مساعدة، المرجع السابق، ص ١٩٣٨ . و الدكتور بكر عبد الفتاح السرحان، المرجع السابق، ص ٦١، كذلك أنظر الباحث علي محمود الرشدان، المرجع السابق، ص ٥٢ .

^{١٠٩٣} الدكتور خيرى عبد الفتاح السيد البتانوني، المرجع السابق، ص ١٠٧ .

^{١٠٩٤} الدكتور خيرى عبد الفتاح السيد البتانوني، المرجع السابق، ص ٥٩.

^{١٠٩٥} الدكتور خيرى عبد الفتاح السيد البتانوني، المرجع السابق، ص ٥٩.

سادساً: ينتشبه الوسيط و المحكم في أن كلا منهما لا يقوم بوظيفه دائمة^{١٠٩٦}، بمعنى أن عمله مؤقت^{١٠٩٧}، إذ يبدأ عمله بقبوله المهمة الموكلة إليه و ينتهي بصدور الحكم إذا كان محكماً وبصيافة ما توصل إليه في الوساطة إن كان وسيطاً .

سابعاً: يتفق الوسيط و المحكم في أن كلا منهما لا يقوم بحلف اليمين القانونية^{١٠٩٨} و لا يجوز لهما تحليف الغير اليمين القانونية (إلا إذا إجاز ذلك القانون المطبق على الإجراءات في حالة التحكيم) .

ثامناً: يتفق الوسيط مع المحكم في أنه يجوز لأي منهما إنتداب خبير لبيان رأيه في المسائل الفنية، فحق إنتداب الخبير لا يقتصر على المحكم .

تاسعاً: بإعتبار أن الوسيط و المحكم لا يعتبران قضاة و حيث أن القانون إشتراط لبدء عملية التحكيم أو الوساطة موافقة الوسيط أو المحكم، فإن عدم قبولهما المهمة لا يعد من قبيل إنكار العدالة إلا في حالة الوساطة القضائية^{١٠٩٩}، و مما تجدر الإشارة إليه أن رفض الوسيط قبول مهمة الوساطة بعد تعيينه من قبل الأطراف لا يؤدي إلى بطلان إتفاق الوساطة، بل تتوقف أثره لحين تعيين وسيط بديل أخر بإتفاق طرفي النزاع .

و في إعتقادنا أن سبب عدم قبول الوسيط للقيام بمهمة الوساطة لا يعد إنكاراً للعدالة، أنه ليس بقاض تابعاً للأجهزة القضائية في الدولة، فضلاً عن أن من واجبات الوسيط أن يكون مُلمّاً في موضوع النزاع و بالتالي قد يرى في نفسه عدم الكفاءة أو الخبرة اللازمة لتقريب وجهات النظر بإعتبارها الأساس الذي تقوم عليه الوساطة .

عاشراً: يتفق التحكيم و الوساطة في أنه يمكن اللجوء لهاتين الوسلتين إما قبل نشوء النزاع (شرط التحكيم أو شرط الوساطة) و إما أن يتم اللجوء بعد نشوء النزاع (مشاركة التحكيم أو مشاركة الوساطة) كما رأينا سابقاً .

إحدى عشر: إن الأطراف يلجأون لهما في حال وجود نزاع بينهم سواء تعلق النزاع بمعاملة قانونية عقدية أو غير عقدية، كذلك إن الذي يتولى حل النزاع في التحكيم أو تقريب وجهات النظر في الوساطة هو شخص أجنبي عن النزاع يتم إختياره من قبل الأطراف بإرادتهم الحرة .

إثنا عشر: الوسيط و المحكم كلا منها المختص بالفصل في أي دفرع تتعلق بإختصاصه أو أي مسألة لازمة للفصل في النزاع المعروف عليه .

و يختلفان من عدة نواح

الأولى: إن الوسيط ليس له سلطة القاضي و غير مُلزم بإتباع الإجراءات القضائية، فمهمته تقتصر على تقريب وجهات النظر و التوصل إلى حل يرضاه الأطراف _ فحسب دون إلزام الأطراف بالتوصية التي توصل إليها^{١١٠٠} ^{١١٠١}، يضيف البعض أنه لا يجوز للوسيط أن يطلب من الأطراف تنفيذ الإتفاق الذي

^{١٠٩٦} الباحث علي محمود الرشدان، المرجع السابق، ص ٥٢ .

^{١٠٩٧} الدكتور عاشور مبروك، المرجع السابق، ص ٢٧ .

^{١٠٩٨} الباحث علي محمود الرشدان، المرجع السابق، ص ٥٢ .

^{١٠٩٩} الدكتور عاشور مبروك، المرجع السابق، ص ١١٣، و كذلك الدكتور بكر عبد الفتاح السرحان، المرجع السابق، ص ٥٨-٦٢ .

^{١١٠٠} الدكتور أيمن خالد مساعدة، المرجع السابق، ص ١٩٣٧. و انظر الدكتور مصطفى عبد المحسن الحبشي، المرجع السابق، ص ٥١٦ . و الدكتور خيرى عبد الفتاح السيد البتانوني، المرجع السابق، ص ١٧ .

توصل إليه الأطراف بناءً على إقتراحه بإعتباره لا يستطيع فرض حل على الأطراف^{١١٠٢}، في حين أن المحكم فهو قاض، و يقوم بإجراءات قضائية، و يصدر حكم ملزم للطرفين^{١١٠٣} و يكتسب قراره حجية قضائية و لا يقوم بتقريب وجهات النظر^{١١٠٤}.

الثانية : إن الوسيط يتعامل مع وقائع النزاع المعروض أمامه، و لا يبحث في المسائل القانونية^{١١٠٥}، و يقدر موقف كل طرف من هذه الوقائع، خلافاً للمحكم الذي يتعامل مع النزاع و يطبق عليه القانون و يكون له سلطة على الأطراف .

الثالثة : إن الوسيط إذا لم يرض الأطراف أو أحدهما بالحل الذي توصل إليه، فإن الوساطة تنتهي دون أية نتيجة و من ثم يكون للأطراف حق اللجوء إلى التحكيم أو القضاء، أما إذا إتفق الأطراف على الحل الذي توصل إليه الوسيط فعندئذ، يقوم هذا الأخير بكتابة محضر يُثبت ما إتفق عليه الأطراف و يتم التوقيع عليه، و تجدر الإشارة أن هذا الإتفاق يكون ملزماً ليس بسبب مهمة الوسيط و إنما بسبب مبدأ القوة الملزمة لهذا الإتفاق^{١١٠٦}، أما المحكم فيجب عليه التوصل إلى حل نهائي في النزاع المعروض أمامه، و

^{١١٠١} إن إتفاقية نيويورك و المتعلقة بشأن الإعتراف و تنفيذ أحكام التحكيم الأجنبية سنة ١٩٥٨ لا تنطبق على القرارات التي يصدرها الوسيط، لأنها ليست أحكام تحكيم و لا ينطبق عليها هذا الوصف بأي حال من الأحوال، أنظر المستشار الدكتور محمد عبد المجيد إسماعيل، المرجع السابق، ص ٣٢٤ . و كذلك أنظر الدكتور أحمد محمد الصاوي، المرجع السابق، ص ٢٩٠. و كذلك الدكتور عصام عبد الفتاح مطر، عقود الفيدك لمقاولات و أعمال الهندسة المدنية و وسائل فض المنازعات الناشئة عنها، دار الجامعة الجديدة، الإسكندرية، ٢٠٠٩، ص ٣٨٣ .

^{١١٠٢} الدكتور أحمد رشاد محمود سلام، عقد الإنشاء و الإدارة و تحويل الملكية (B.O.T) في مجال العلاقات الدولية الخاصة، دراسة تحليلية للعقد و مراحل تنفيذه و كيفية تمويله و مخاطره و طبيعته القانونية و قدرته على نقل التكنولوجيا و كيفية تسوية منازعات العقد و القانون الواجب التطبيق، دار النهضة العربية، القاهرة، ٢٠٠٤، ص ٢٨٤ .

^{١١٠٣} الدكتور بكر عبد الفتاح السرحان، المرجع السابق، ص ٦٠ .

^{١١٠٤} الباحث عروي عبد الكريم، المرجع السابق، ص ٨١ و كذلك الباحث محمد حسن محمد علي، التحكيم الإلكتروني في منازعات التجارة الدولية، رسالة لنيل درجة الدكتوراه في الحقوق، قسم القانون التجاري و البحري، جامعة حلوان، ٢٠١١-٢٠١٢، ص ١٤٤

^{١١٠٥} الدكتور محمد فؤاد الحريري، المرجع السابق، ص ٢٠٠ . و كذلك الدكتورة هدى جمال الدين الأهواني، المرجع السابق، ص ٣٣ .

^{١١٠٦} الدكتور محمد فؤاد الحريري، المرجع السابق، ص ٢٠٠

كما أسلفنا فإن ما يصدره المحكم هو حكماً و ليس توصية، و تكون له قوة التنفيذ و إكساء الصيغة التنفيذية عليه^{١١٠٧}.

الرابعة : في حالة لجوء الاطراف إلى الوساطة، فإن ذلك لا يمنعهم من التراجع عنها قبل إنتهاء إجراءاتها^{١١٠٨}، في حين الأمر يختلف بالنسبة للتحكيم الذي لا يجوز للأطراف التراجع عنه قبل إنتهاء إجراءات التحكيم و صدور الحكم فيه.

الخامسة : يختلف عمل الوسيط عن عمل المحكم، في أن هذا الأخير يخضع عمله لرقابة القضاء عند الطعن على حكم التحكيم بدعوى بطلانه أو عند الحصول على أمر بتنفيذه، في حين أن عمل الوسيط لا يخضع لرقابة القضاء إلا بدعوى بطلان توصية الوسيط^{١١٠٩} أو بطلان إتفاق الوسيط .

السادسة : يشترط لصحة إتفاق التحكيم أن يكون مكتوباً و إلا كان باطلاً، في حين لم يشترط قانون الوساطة الأردني أن يكون إتفاق الوساطة مكتوباً^{١١١٠}، و لا مانع من إتفاق الأطراف على اللجوء للوساطة من دون كتابتها كشرط^{١١١١}، فمن الممكن أن يتم الإتفاق على الوساطة شفاهة^{١١١٢}، و يرى البعض^{١١١٣}، أنه لا يكفي التراضي الشفوي للأطراف على اللجوء للوساطة، حيث تستلزم الكتابة مثل الإتفاق على التحكيم، و قياساً على ذلك يلزم أن يكن إتفاق الوساطة كذلك مكتوباً .
و لكننا من جانبنا نرى أنه من الأفضل كتابة شرط الوساطة لغايات اثباته .

^{١١٠٧} الدكتور عاشور مبروك، المرجع السابق ص ٢٠

^{١١٠٨} المُستشار هدى جمال الدين الأهواني، المرجع السابق، ص ٦١، و كذلك الدكتور خيرى عبد الفتاح السيد البتانوني، المرجع السابق، ص ١٥ و ص ٣٠ و ص ٦٠ . وكذلك أنظر الباحث علي محمود الرشدان، المرجع السابق، ص ٨٢ .

^{١١٠٩} الدكتور خيرى عبد الفتاح السيد البتانوني، المرجع السابق، ص ١٩ .

^{١١١٠} الدكتور عادل سالم اللوزي، المرجع السابق، ص ٢٦١ و الباحثة رلى صالح أحمد أبو رمان، دور الوسيط الخاص في حل النزاعات المدنية، رسالة ماجستير، جامعة الشرق الأوسط للدراسات العليا، أيار ٢٠٠٩، ص ٩٤ .

^{١١١١} المحامي حازم سمير خرفان، المرجع السابق، ص ١٥٠، و كذلك الدكتور أيمن خالد مساعدة، المرجع السابق، ص ١٩٤١. وكذلك الدكتور أحمد محمد الصاوي، المرجع السابق، ص ٢٨٥ .

^{١١١٢} الدكتور عادل سالم اللوزي، المرجع السابق، ص ٢٦١ . وكذلك الباحث علي محمود الرشدان، المرجع السابق، ص ٥٢-٥٣ .

^{١١١٣} الدكتور أحمد عبد الكريم سلامة، المرجع السابق، ص ٣٣ .

البند الثاني : الفرق بين الوساطة و الصلح^{١١٤}
يتفق هذين المصطلحين في أن أساسهما توافق الأطراف و رضائهما على تسوية النزاع ودياً، فإذا إنعدم هذا التوافق و الرضا فلا صلح و لا وساطة . أضف إلى ذلك أن كلتا الوسيلتين قد يتم الإتفاق عليهما قبل نشوء النزاع أو بعده، وما يجوز في الوساطة يجوز الصلح فيه و العكس صحيح .
و كذلك تجتمع الوساطة و الصلح في أن الإتفاق الذي يتوصل إليه الأطراف لا يكون مُلزماً، إلا إذا قاموا بالتوقيع عليه و تصديق هذا الإتفاق من القضاء، و يقتصر أثر الصلح و الوساطة على الحقوق المتنازع عليها دون غيرها .
إلا أنهما يختلفان من عدة أمور :

أولاً : أن توقيع إتفاق الوساطة لا يعني إنهاء النزاع، بل مفاده أن الأطراف إتفقوا على إختيار شخص يتقون به من الغير لتقريب وجهات النظر و الوصل لتسوية، في حين أن توقيع إتفاق الصلح يعني أنه حصل إتفاق بين الأطراف و حصل تنازل فيما بينهم و تم إنهاء النزاع .
ثانياً : أن الشخص الذي يقوم بالوساطة هو شخص من الغير يقوم و كما أسلفنا بتقريب وجهات النظر بين الأطراف، أما في الصلح فأساسه التنازل المتبادل بين الطرفين، فهم الذين يحسمون النزاع أنفسهم و دون تدخل أي شخص .

ثالثاً : يبذل الوسيط في الوساطة ببذل جهداً كبيراً لخصر نقاط التوافق و الإختلاف و الإستماع للأطراف و المحاولة في تقريب وجهات النظر ما أمكن للتوصل إلى حل يرضي الأطراف، أما في الصلح فكما ذكرنا أنه يقوم على التنازل المتبادل بين الأطراف، أي أن كل طرف يتنازل عن جزء من إدعائه .
رابعاً : حدد قانون الوساطة الأردني مدة الوساطة بثلاثة شهور قابلة للتديد، في حين أن مدة الصلح غير محددة بمدة معينة و يمكن أن يتم اللجوء إليه بأي مرحلة كانت عليها الدعوى^{١١٥} .
و نحن نرى من جانبنا _ أنه لا يوجد أي إختلاف بين الوساطة و الصلح، و تبريرنا لذلك أن الشخص الذي يقوم بالوساطة أو الصلح هو في أغلب الأحيان يكون من الغير، و يتم إختياره من قبل الأطراف بغية التوصل إلى إتفاق ودي، إذ من غير المتصور في رأينا أن يكون هناك أطراف مُتنازعة و يقبل أحدهما إجراء الوساطة مع بعضهم، إذ لا بد من تدخل شخص ثالث (غير أطراف العقد) ليجري الحوار بينهما .
و من ناحية أخرى إن الأساس الذي تقوم عليه الوساطة و الصلح هو أساس وهدف مشترك وموحد، و هو تقريب وجهات النظر بين الأطراف .

البند الثالث : التمييز بين الوساطة و المفاوضات
عرف البعض المفاوضات، أنها حوار أو تبادل مقترحات بين طرفين أو أكثر بهدف التوصل إلى إتفاق يُؤدي إلى حسم نزاع بينهم، و في ذات الوقت تحقيق المصالح المشتركة فيما بينهم أو المحافظة عليها^{١١٦}
و يرى البعض^{١١٧} أن وجه الإلتقاء بين الوساطة و المفاوضات تتمثل في أنه يتم اللجوء إلى هاتين الوسيلتين عند وجود نزاع بين طرفي العقد، أضف إلى ذلك أن العامل المشترك بينهما هو تقريب وجهات

^{١١٤} عرفت المادة (٥٤٩) من القانون المدني المصري الصلح بأنه عقد يحسم به الطرفان نزاعاً قائماً أو يتوقيان به نزاعاً مستقبلاً، وذلك بأن ينزل كل منهما على وجه التقابل عن جزء من ادعائه. كذلك عرفت المادة (٦٤٧) من القانون المدني الأردني الصلح " عقد يرفع النزاع و يقطع الخصومة بين المتصالحين بالتراضي " .

^{١١٥} الباحث عروي عبد الكريم، المرجع السابق، ص ٨٣ .

^{١١٦} ايناس مكي عبد نصار، التفاوض الإلكتروني دراسة مقارنة في ظل بعض التشريعات العربية المعاصرة، مجلة جامعة بابل _ العلوم الإنسانية _ المجلد (٢١) العدد (٣) سنة ٢٠١٣، ص ٩٤٨ .

النظر بين الأطراف المُتنازعة بغية الوصول إلى حل توفيقي و ودي يرضى به الأطراف، و يضيف هذا الرأي قائلاً أن نتيجة الوساطة و المفاوضات هي نتيجة ليست مؤكدة أو حتمية بل هي إحصائية، إذ قد يتم الحوار و المناقشة بين الأطراف و لكن لا يتم التوصل إلى حل ودي و لا ينتهي النزاع، فاللجوء إلى الوساطة أو المفاوضات لا يعني بالضرورة تسوية النزاع و إنهائه .

و أما **أوجه الخلاف بين هاتين الوسيطتين**، فتتمثل أن الشخص الذي يتولى مهمة تقريب وجهات النظر في الوساطة هو شخص ثالث من الغير، أما في المفاوضات فإن من يقوم بالمناقشة و الحوار هم الأطراف أنفسهم دون تدخل شخص آخر، كذلك فإن أساس الإلتزام في الوساطة هو الإلتفاق الذي يُحرر من الوسيط بعد الإلتفاق بين الأطراف، أما في المفاوضات فأساس الإلتزام هو الإلتفاق الذي تم بين الأطراف ووقعوا عليه.

الفرع الثاني

أنواع الوساطة و طرق الإحالة

سنتناول في هذا الفرع، أنواع الوساطة و سنلاحظ أن هناك أنواع من الوساطة نص عليها المشرع الأردني كالوساطة الإلتفاقية و الوساطة القضائية و الخصوصية، و هناك أنواع من الوساطة لم ينص عليها مشرعنا الأردني **و سنبحث ذلك في بند أول . و نستعرض في بند ثان** طرق إحالة النزاع إلى كل نوع من أنواع الوساطة و التي نص عليها مشرعنا في قانون الوساطة رقم (١٢) لسنة ٢٠٠٦ .

البند الأول : أنواع الوساطة

صدر في الأردن قانون الوساطة لتسوية النزاعات المدنية رقم (١٢) لسنة ٢٠٠٦، و أحدثت بموجب هذا القانون إدارة قضائية في مقر محكمة البداية سُميت إدارة الوساطة .

و نلاحظ في هذا القانون أنه يُعالج النزاعات التي قُدمت بشأنها دعوى إلى المحكمة من أحد الأطراف، و أن الوسيط إما أن يكون قاضي بداية أو قاضي صلح يُعين بإتفاق الأطراف ما أمكن ذلك . أو أن يكون الوسيط ممن أسماه القانون (الوسيط الخصوصيون)، و يُعينون ما أمكن بإتفاق الأطراف، و قد يكون الوسيط ممن يختاره الأطراف بإرادتهم، و في جميع هذه الحالات نلاحظ أن يُراعى إتفاق الأطراف، حيث ورد بالمادة ٣/أ من القانون أنه في جميع الحالات يُراعى القاضي عند تسميته الوسيط **إتفاق الأطراف ما أمكن** .

إن هذا القانون يُشجع أطراف النزاع على اللجوء إلى الوساطة حيث ورد بالمادة (٩/أ) أنه إذا تمت تسوية النزاع كلياً بطريق الوساطة القضائية فإنه للمدعي إسترداد نصف الرسوم القضائية التي دفعها، و أن النصف الآخر يُدفع كأتعاب للوسيط على أن لا يقل ما يُدفع للوسيط عن ثلاثمائة دينار، و إذا كان نصف الرسوم القضائية التي دفعها المدعي تقل عن ثلاثمائة دينار يُعطى الفرق بأن يدفعه الأطراف بالتساوي .

و سأتناول في هذا البند أمرين، الأول أنواع الوساطة التي تناولها المشرع الأردني في قانون الوساطة رقم (١٢) لسنة ٢٠٠٦، و أما في الثاني سأتناول فيه أنواع الوساطة الأخرى ولم ينص عليها مشرعنا في قانون الوساطة أو في أي قانون آخر .

الأمر الأول : أنواع الوساطة التي أوردتها المشرع الأردني في قانون الوساطة رقم (١٢) لسنة ٢٠٠٦ نص المشرع الأردني في قانون الوساطة الأردني رقم (١٢) لسنة ٢٠٠٦ على ثلاث أنواع من الوساطة، و تتمثل هذه الأنواع بالقضائية و الخصوصية و الإلتفاقية، و سنلاحظ أن هذه الأنواع من الوساطة يتم اللجوء إليها بعد إحالة و عرض النزاع للمحكمة المختصة . و عليه نلاحظ أن مشرعنا لم ينص على حالة عرض النزاع لوسيط قبل إحالة النزاع للمحكمة، و سنتناول هذه الأنواع الثلاثة تباعاً :

أولاً : الوساطة القضائية و هي الوساطة التي يتم إحالة النزاع إليها من قبل إدارة الدعوى المدنية أو قاضي الصلح بناء على طلب الأطراف أو موافقتهم بعد عرضها عليهم إلى وسيط يُطلق عليه قاض الوساطة ينتدبه رئيس محكمة البداية من قضاة محكمة البداية .

ثانياً : الوساطة الخاصة (الخصوصية) و هي التي يتم إحالة النزاع إليها من قبل قاضي إدارة الدعوى أو الصلح بناء على طلب الأطراف أو موافقتهم بعد عرضها عليهم إلى وسيط يُسميه المجلس القضائي بناءً على تنسيب وزير العدل، حيث يختار أطراف النزاع الوسيط الخاص من القائمة المُعدة لذلك، و حدد المشرع الأردني الوسطاء الخصوصيين بالقضاة و المتقاعدين و المحامين من ذوي الخبرة المشهود لهم بالحيادة و النزاهة .

ثالثاً : الوساطة الإتفاقية و هي الوساطة التي يتم إحالة النزاع إليها من قاضي إدارة الدعوى المدنية أو قاضي الصلح بعد الموافقة على طلب الأطراف الذي يُبين إتجاه إرادتهم لإحالة النزاع إلى شخص يبرونه مُناسباً تتوافر فيه الشروط و الصفات اللازمة من قدرة و كفاءة و حياد للقيام بمهمة الوساطة، و بعد أن بينا أنواع الوساطة المذكورة بقانون الوساطة الأردني رقم (١٢) لسنة ٢٠٠٦، سوف نتناولها بشيء من التفصيل .

أولاً: الوساطة القضائية

نصت الفقرة الثالثة فقرة (أ) من قانون الوساطة الأردني رقم (١٢) لسنة ٢٠٠٦ "لقاضي إدارة الدعوى أو قاضي الصلح و بعد الإجتماع بالخصوم أو وكلائهم القانونيين إحالة النزاع بناء على طلب أطراف الدعوى أو بعد موافقتهم إلى قاضي الوساطة أو وسيط خاص لتسوية النزاع ودياً، وفي جميع الأحوال يُراعي عند تسمية الوسيط إتفاق الطرفين ما أمكن، و إذا قبل الخصوم هذا الإجراء يُعيّن القاضي وسيطاً لتلقي وجهة نظر كل واحد منهم و محاولة التوفيق بينهم لتمكينهم من إيجاد حل للنزاع".
ومن خلال إطلاعنا على هذا النص يتبين لنا أن إحالة النزاع على الوساطة تقتصر على جهتين الأولى قاضي إدارة الدعوى في القضايا البدائية و قاضي الصلح في القضايا الصلحية .
و معنى ذلك أنه إذا وصلت الدعوى إلى قاضي البداية، فلا يمكن للأطراف الطلب من القاضي إحالة النزاع للوساطة .

و نحن من جانبنا نأمل من مشرعنا الأردني تعديل النص ليسمح للأطراف باللجوء للوساطة في أي مرحلة من مراحل الدعوى و أمام أي محكمة على إختلاف درجاتها سواء كانت بداية أو إستئنافاً، لأن أساس الوساطة هو إتفاق الأطراف، فقد يتفق الأطراف على إحالة نزاعهم للوساطة أثناء نظرها أمام محكمة الإستئناف و بموجب هذا النص فإنه يمنع الأطراف باللجوء إليها .

و في حقيقة الأمر أن هذا النوع من الوساطة سمي بالقضائية، لأنها إستند القيام بها لجهة قضائية، و هو القاضي ليتولى مُساعدة الأطراف للتوصل إلى حل، فالوساطة القضائية مُتوقفة على أحد أمرين، الأول : طلب الأطراف من القاضي عرض النزاع على الوساطة، و الثاني موافقتهم على إحالة النزاع للوساطة في حال عرضها عليهم قاضي الموضوع .

و لإعتماد هذا النوع من الوساطة تم إحداث مقر للوساطة في المحاكم و يضم هذا المقر أشخاصاً مؤهلين و مدربين على أعمال الوساطة، و تتناط بهم مهمة الإشراف و متابعة الأمور ذات العلاقة بالوساطة، و تتم إحالة النزاع للوسطاء القضائيين من قبل القضاة .

و تجدر الإشارة أن ما يُميز الوساطة القضائية عن الوساطة الإتفاقية هو أن الإتفاق الذي يتوصل إليه الأطراف في الأولى يكون بمثابة حكم قضائي قطعي لا يقبل الطعن بأي طريقة كانت، في حين أن الأمر

يختلف بالنسبة للثانية حيث أن الإتفاق الذي يتوصل إليه الأطراف هو في حقيقة الأمر عقداً عرفياً^{١١١٨}، و معنى ذلك أنه إذا تقاعس أحد الأطراف عن التنفيذ فوجب عليه اللجوء للقضاء للمطالبة بتنفيذه^{١١١٩}.
و إذا ما عدنا لنص المادة (٢-١/٦) من قانون كاتب العدل الأردني يتبين لنا أن بإمكان الأطراف تصديق هذه الإتفاقية لدى كاتب العدل، و بهذه الحالة لا يكون بمقدور أي منهم أن يطعن بها إلا بالتزوير^{١١٢٠}.

ثانياً: الوساطة الخاصة

أورد المشرع الأردني هذا النوع من الوساطة و هذا النوع من الوساطة يتم في المحاكم البدائية و الصلحية و التي يقوم المحامين و القضاة المتقاعدين و أهل الخبرة المشهود لهم بالنزاهة و الحياد و الإستقلالية، و هؤلاء يتم تسميتهم من قبل رئيس المجلس القضائي و بتنسيب من وزير العدل^{١١٢١} و وفقاً للجدول المعتمد مسبقاً على مستوى كل مجلس قضائي^{١١٢٢}.

ثالثاً: الوساطة الإتفاقية أو الوساطة الإستشارية ١١٢٣

و هذه الوساطة يقوم بموجبها الأطراف المتنازعة بالإتفاق على إحالة النزاع لشخص ثالث، و تكون مهمته تقريب وجهات النظر بين الأطراف دون أن يكون قراره ملزم لهما، و يتم اللجوء إلى هذا النوع من الوساطة إما بإتفاق تعاقدي سابق على حدوث النزاع (شرط وساطة) أو قد يتم الإتفاق على اللجوء إلى هذا النوع بعد حدوث النزاع (مشاركة الوساطة).

فوفقاً لهذا النوع من الوساطة، يكون للأطراف الحرية الكاملة في تحديد مكان الوساطة و مدتها في حدود المدة القانونية و لغتها و القواعد و الإجراءات التي يتبعها الوسيط المعين من طرفي النزاع^{١١٢٤}.
و نحن من جانبنا نرى أنه و على الرغم من تحديد المشرع الأردني لمدة الوساطة و المحددة بثلاثة أشهر، فإننا نرى أن هذه المدة تنطبق على نوعي الوساطة (القضائية و الخصوصية)، دون الوساطة الإتفاقية، لأن النزاعات الهندسية الضخمة و المعقدة لا يمكن تسويتها بثلاثة أشهر، فالأطراف قد يتفقون على تحديد مدة لإنهاء مدة الوساطة و هي على سبيل المثال ستة أشهر أو سبعة، و في رأينا أن ما يحكم الوساطة الإتفاقية هي إرادة الأطراف لا نص القانون.

و قد عرف مشرعنا الأردني الوساطة الإتفاقية بأنها الوساطة التي يتفق عليها الأطراف بعد اللجوء إلى القضاء، حسب نص المادة (٣/ج) و الذي يُتيح للخصوم بعد قيد الدعوى لدى محكمة البداية أو الصلح

^{١١١٨} الدكتور عاشور مبروك، المرجع السابق، ص ٢٣٩. و سبب إعتبار هذا العقد عرفياً لأن الوسيط ليس موظف عام، و السندات الرسمية لا تصدر إلا من موظف عام و لا يجوز الطعن فيها إلا بالتزوير.

^{١١١٩} الدكتور أيمن خالد مساعدة، المرجع السابق، ص ١٩٤١

^{١١٢٠} الباحث علي محمود الرشدان، المرجع السابق، ص ١١٢

^{١١٢١} المحامي حازم سمير خرفان، المرجع السابق، ص ١٤٠.

^{١١٢٢} المادة (٢/ج) من قانون الوساطة الأردني لرئيس المجلس القضائي بتنسيب من وزير العدل تسمية (وسطاء خصوصيين) يختارهم من بين القضاة المتقاعدين و المحامين و المهنيين و غيرهم من ذوي الخبرة المشهود لهم بالحيادة و النزاهة

^{١١٢٣} الباحث محمد حسن محمد علي، المرجع السابق، ص ١٤٦

^{١١٢٤} الدكتور خيرى عبد الفتاح السيد البتانوني، المرجع السابق، ص ٣٤.

الطلب من القاضي بإحالة الدعوى إلى أي شخص يرويه مناسباً (وسيط إتفاقي) لتقريب وجهات النظر و محاولة تسوية النزاع و لا يوجد ما يمنع أن يكون هذا الشخص من الوسطاء الخصوصيين . ويرى بعض الباحثين^{١١٢٥} أن هذا النوع من الوساطة هو الأكثر إنتشاراً، فهي وساطة إستشارية يطلب بموجبها الأطراف من محام أو خبير إستشارة في موضوع النزاع، ثم يطلبون التدخل منه كوسيط . و مما تجدر الإشارة إليه أنه إذا إتفق الأطراف على وسيط إتفاقي بعد قيد الدعوى لدى محكمة البداية أو الصلح، فإن ذلك مرتبط بموافقة قاضي إدارة الدعوى، إذ يملك هذا الأخير سلطة تقديرية في قبول أو رفض إحالة النزاع لهذا الوسيط المختار من قبل الخصوم تبعاً لظروف ومعطيات كل دعوى^{١١٢٦} . و إذا كان المشرع الأردني هو السبّاق في إعتبار الوساطة هي أولى الوسائل الودية البديلة لتسوية المنازعات، إلا أنه لم يُشر إلى هذا النوع من الوساطة^{١١٢٧}، أي اللجوء للوساطة قبل إقامة دعوى أمام المحكمة المختصة أو دون اللجوء إلى القضاء، و كما هو معلوم أنه وفقاً للقواعد العامة أنه لا يوجد ما يمنع من الإتفاق على إحالة النزاع الذي ينشأ بين أطراف على شكل شرط في العقد أو على شكل إتفاق مُستقل، فاكتفى مشرعنا الأردني بالنص على مشاركة الوساطة دون شرطها . و نأمل من مشرعنا الأردني أن ينص على الوساطة الإتفاقية قبل اللجوء للقضاء، لأن الهدف من الوساطة الإبتعاد عن إجراءات المحاكم المعقدة و الإبتعاد عن أجواء المشاحنات التي تنشأ بين الأطراف أثناء نظر الدعوى .

وتجدر الإشارة إن ما يُميز هذا النوع من الوساطة عن الوساطة الخصوصية، هو أنه في هذه الأخيرة يتم إختيار الوسيط من قائمة مُعتمدة كما أسلفنا، و يكون الوسيط في هذه الحالة من المحامون أو من القضاة أو المهنيون المشهود لهم بالكفاءة، أما في الوساطة الإتفاقية فيقوم الأطراف المُتنازعة بإختيار أي شخص يرويه مُناسب لتسوية النزاع و تتوفر فيه الحيادية والإستقلالية و النزاهة، و الوسيط الذي يتم الإتفاق عليه من قبل الأطراف لا يكون من الوسطاء الخصوصيين أو القضاة^{١١٢٨} .

الأمر الثاني : أنواع من الوساطة لم يوردها المشرع الأردني في قانون الوساطة رقم (١٢) لسنة ٢٠٠٦ حقيقةً و عند رجوعنا لقانون الوساطة الأردني نجد أنها خلت نصوصه من ورود بعض أنواع الوساطة، و هذه الأنواع هي الوساطة التحكيمية و الوساطة المؤسسية و الوساطة الوطنية أو الدولية، حتى أنه لم يضع أي معيار يُحدد دولية الوساطة و في هذا الموضوع سنتناول أنواع هذه الوساطة تبعاً .
أولاً : الوساطة التحكيمية

و هذا النوع من الوساطة ذات طبيعة مزدوجة ففي بداية الأمر يتفق الأطراف المُتنازعة على تسوية نزاعهم بطريق الوساطة و في حال فشلها يصبح الوسيط مُحكماً، أو يُحيلونها إلى جهة تحكيمية لا علاقة بها بالوسيط . و في هذا النوع من الوساطة يصعب على الوسيط المُحكم الجمع بين المهمتين " عمله كوسيط و بذات الوقت عمله كمحكم في حال فشل الوساطة "، لأن عليه نسيان و عدم إستغلال إية معلومة

^{١١٢٥} الباحث عروي عبد الكريم، المرجع السابق، ص ٨٥-٨٦

^{١١٢٦} الدكتور عادل سالم اللوزي، المرجع السابق، ص ٢٦٢ .

^{١١٢٧} المحامي حازم سمير خرفان، المرجع السابق، ص ١٥٩

^{١١٢٨} المحامي حازم سمير خرفان، المرجع السابق، ص ١٤١ .

قدمت له أثناء عمله كوسيط، و عدم الإرتكاز إليها عندما يصدر قراره التحكيم، مالم يقدمها أحد الأطراف
١١٢٩

ثانياً : الوساطة المؤسسية

تقوم بمثل النوع من الوساطة مراكز و مؤسسات وساطة طبقاً للقواعد و الإجراءات المحددة في النظام الأساسي لها، و يتم إختيار الوسيط أو الوطاء غالباً من قوائم الوطاء بالمركز أو المؤسسة . و أهم ما تتميز به مؤسسات الوساطة أنها تتصف بالديمومة لأنها لا تنظر عملية وساطة معينة بعينها، بل إن مهمتها القيام بعمليات وساطة^{١١٣٠}.

ومما تجدر الإشارة إليه أن الآثار التي تترتب على لجوء الأطراف إلى مراكز أو مؤسسات الوساطة ذات الآثار التي تترتب على لجوء الأطراف لمراكز التحكيم^{١١٣١}.

ثالثاً : الوساطة الوطنية و الوساطة الدولية

يُطلق على الوساطة أنها وطنية إذا كانت جميع عناصرها مُتصلة بدولة واحدة، و عناصر الوساطة هي موضوع النزاع و جنسية أطراف النزاع و جنسية الوسيط و مكان و لغة الوساطة، و تُنفذ تسوية الوساطة في ذات الدولة الوطنية، فجميع عناصر الوساطة المذكورة محصورة في دولة واحدة^{١١٣٢}. أما الوساطة الدولية أو الأجنبية فتكون إذا إتصلت كل أو بعض عناصرها بأكثر من دولة، فالوساطة الأجنبية تكون إذا تضمنت عنصراً أجنبياً من أحد عناصر الوساطة المذكور آنفاً^{١١٣٣}.

^{١١٢٩} الباحث علاوة هوام، المرجع السابق، ص ١٠٧ .

^{١١٣٠} الدكتور خيرى عبد الفتاح السيد البتانونى، المرجع السابق، ص ٣٤-٣٥ .

^{١١٣١} تتمثل هذه الآثار بما يلي :

أولاً: أن المؤسسة المحال عليها النزاع، هي التي تختص بنظر النزاع دون غيرها، وهذا يعني أن لو لجأ أحد الأطراف لمؤسسة أخرى، بإمكان الطرف الآخر الرد عليه بعدم إختصاص هذه المؤسسة الأخيرة .
ثانياً : عندما يكون التحكيم مؤسسياً، فإنه يلزم الأطراف المتنازعة بتطبيق قواعدها و لا يجوز الخروج عنها إلا بحدود ما هو مسموح به في ذات النظام، و كذلك الحال بالنسبة للمؤسسة التي تنظر النزاع لايجوز لها الخروج عن قواعدها إلا بموافقة الأطراف.

و ثالثاً : يُعطي للمؤسسة التي تنظر النزاع صلاحيات سواء قبل أو أثناء نظر النزاع حسب قواعدها، و تكون المؤسسة هي صاحبة الإختصاص في نظر هذه الصلاحيات، إلا أنه يجب التفرقة فيما إذا كانت المسألة تدخل ضمن نطاق النظام العام أم لا، فمثلاً لو كانت هناك مسألة متعلقة بالنظام العام و حصل نزاع بالصلاحيات بالنسبة لمسألة معينة بين القضاء الوطني ومؤسسة الوساطة فلا يجوز نزع صلاحية القضاء الوطني ومنحها لمؤسسة أو مركز الوساطة .

في حين أن الأمر يختلف لو كانت المسألة لا تتعلق بالنظام العام كمسألة تعيين الوسيط أو الوطاء وهي مسألة لا تتعلق بالنظام العام فبهذه الحالة يجوز للأطراف أن يعهدوا أمر تعيين تعيينه أو تعيينهم إذا تعددوا لهذه المؤسسة

^{١١٣٢} الدكتور خيرى عبد الفتاح السيد البتانونى، المرجع السابق، ص ٣٧

فالوساطة تكون أجنبية أو دولية إن تعلقت بموضوع من مواضيع التجارة الدولية أو تعلقت بعقد دولي عام، و يرى البعض أن العقد دولياً إذا كان محله يتضمن إنتقال و تحريك للأموال والسلع و الخدمات عبر حدود الدول .

البند الثاني : طرق إحالة للوساطة حسب نصوص قانون الوساطة الأردني علمنا سابقاً أن قانون الوساطة الأردني لتسوية المنازعات المدنية و التجارية تناول الوساطة بعد إحالة النزاع للمحكمة المختصة، فبعد رفع الدعوى أمام المحكمة المختصة يتم التداول بين الخصوم و القاضي حول مدى إمكانية عرض النزاع و إحالته إلى الوساطة بغية التوصل لتسوية، و يكون ذلك بإحدى طريقتين الأولى عرض قاضي الموضوع الفكرة على الأطراف بإحالة نزاعهم إلى الوساطة، و الثانية من خلال الأطراف بعرض إتفاقهم على قاضي الموضوع بإحالة نزاعهم إلى الوساطة، و تتم إحالة النزاع إلى الوساطة في أي مرحلة من مراحل إدارة الدعوى المدنية و كذلك في أي مرحلة من مراحل الدعوى الصلحية شريطة عدم صدور حكم قضائي في الدعوى^{١١٣٤}، و معنى ذلك أنه لو تم إحالة الدعوى إلى قاضي البداية فبحسب هذا النص لا يجوز للأطراف إحالة نزاعهم للوساطة، و يرى البعض أن قاضي الصلح يعمل قاضياً وسيطاً و قاضياً للموضوع في ذات الوقت^{١١٣٥} .

و نحن من جانبنا ننتقد ما ذهب إليه هذا الرأي لعدة أسباب :

أولاً : أن الوسيط بإمكانه اتخاذ ما يراه مناسباً لتقريب وجهات النظر لمقاصد الوصول إلى حل ودي للنزاع، و يجوز له لهذه الغاية إبداء رأيه و تقييم الأدلة و عرض الأسانيد القانونية و السوابق القضائية و غيرها من الإجراءات التي تسهل أعمال الوساطة في حين أن قاض الصلح محروم و ممنوع من إبداء رأيه في أدلة و حجج الخصوم و الموازنة بين أدلة الخصوم من حيث القوة و عرض السوابق القضائية إلا في قرار الحكم الذي يصدره في نهاية الدعوى، و إن كان يهدف من وراء ذلك الصلح .

ثانياً : أن الجلسات عند قاض الصلح هي علنية و يعني ذلك أنه يسمح للجمهور سماع جلسات المحاكمة و هذا يتنافى مع أهم الأسس و القواعد التي تركز عليه الوساطة و هي قاعدة السرية، و معنى ذلك أن الأطراف يخشون إبداء أي تنازلات أمام قاض الصلح خوفاً من أن يتمسك بها الخصم و يحتج بها أمام هذا الأخير .

ثالثاً : كذلك في الوساطة و تشجيعاً من المشرع لحث الأطراف على اللجوء إليها فإن الأطراف إن توصلوا لتسوية فبإمكانهم إسترداد نصف الرسوم، في حين أن الدعوى و أن كانت منظورة أمام قاض الصلح (قاض الوسيط كما يرى البعض) و تم التوصل لتسوية و إتفاق فلا يمكن لأحد الأطراف إسترداد جزء من الرسوم .

و كما أسلفنا أن الوساطة ثلاثة أنواع قضائية و خاصة و إتفاقية، فكيف تتم إحالة النزاع إلى الوساطة في كل نوع من هذه الأنواع ؟

أولاً : الإحالة إلى الوساطة القضائية، و تتم من خلال قيام قاضي إدارة الدعوى (في دعاوى محكمة البداية)، أو قاضي الصلح، بناء على موافقة الأطراف أو بناءً على عرض القاضي و المتمثل في إحالة

^{١١٣٣} الدكتور خيرى عبد الفتاح السيد البتانوني، المرجع نفسه، ص ٣٨

^{١١٣٤} الدكتور بكر عبد الفتاح السرحان، المرجع السابق، ص ٨٠

^{١١٣٥} الدكتور بكر عبد الفتاح السرحان، المرجع نفسه، ص ٧٣ .

نزاعهم للوساطة أو بناءً على طلب الأطراف^{١١٣٦}، وبهذه الحالة يتم إحالة ملف الدعوى كاملاً إلى قاضي الوساطة الذي تم إختياره و وافق عليه الأطراف.

و الوسطاء القضائيين هم قضاة و معينين وفقاً لأحكام قانون إستقلال القضاء، و لم يأت مشرعنا الأردني بنص يُبين من خلاله أتعاب قاضي الوساطة حول النزاعات التي تُحال إليه و يتم تسويتها بواسطته، و لكننا نرى أنه لا ضرورة لوجود مثل هذا النص لأن القاضي الوسيط هو قاضٍ من محكمة البداية و الصلح، و يتقاضى راتبه من السلطة القضائية .

و مما تجدر الإشارة إليه أن الوساطة القضائية لا يمكن إعتبارها تفويضاً قضائياً من قاضي الموضوع (قاضي الإحالة) لقاضي الوساطة للفصل في النزاع، لأن قاض الموضوع لا يملك أن يمنح أي من سلطاته، و يبقى قاض الوساطة تحت مراقبته و إشرافه، فضلاً عن ذلك أن قاض الموضوع هو المختص بنظر النزاع في حال فشلت الوساطة^{١١٣٧} .

ثانياً : إحالة النزاع إلى الوساطة الخاصة (الخصوصية) و بحسب منطوق المادة الثالثة من قانون الوساطة الأردني يتم إحالة النزاع من خلال قيام قاضي إدارة الدعوى (في دعاوى البداية)، أو من خلال قاضي الصلح (في الدعاوى الصلحية)، بناء على طلب الخصوم، أو بعد موافقتهم على فكرة القاضي بإحالة نزاعهم إلى الوساطة لتسويته، إلى وسيط خاص من الفئات التي حددها قانون الوساطة، و المشهود لهم بالحياد و النزاهة و الإستقلالية، و الوسيط الخاص يتم إختياره و تعيينه من القضاة السالفين الذكر حسب موضوع النزاع و نوعه^{١١٣٨} و بهذا النوع من الوساطة لا يُحال ملف الدعوى للوسيط الخاص، و إنما يُقدم إليه مذكرة موجزة تتضمن للإدعاء و الدفع فقط^{١١٣٩} .

و يرى البعض^{١١٤٠} أن من الأفضل أن يكون بحوزة هذا الوسيط الخصوصي نسخة من ملف الدعوى حتى يستطيع دراسته و فهمه و إستيعاب وقائع النزاع، و يتمكن من الحوار و المناقشة مع الأطراف .

الإحالة في الوساطة الإتفاقية :

و تتم الإحالة الإتفاقية بحسب المادة (٣/ب)^{١١٤١} بناء على إتفاق أطراف النزاع و ذلك بإحالته إلى شخص يروونه مناسباً و يشترط موافقة قاضي إدارة الدعوى أو قاض الصلح^{١١٤٢}، و في حقيقة الأمر أنه و على الرغم من عدم تنظيم المشرع الأردني لمسألة لجوء الأطراف للوساطة قبل اللجوء للقضاء، فإننا نعتقد أنه من الممكن لجوء الأطراف إلى شخص يرون فيه المهارات و الخبرات المطلوبة .

^{١١٣٦} الباحث هناء حسين العمري، طرق التسوية غير القضائية للنزاعات الناشئة عن عقود مقاولات التشييد و البناء، جامعة آل البيت، كلية القانون، رسالة ماجستير، ٢٠١٢، ص ٨٣

^{١١٣٧} محمد أحمد القطاونة، الوساطة في تسوية النزاعات المدنية، " رسالة ماجستير "، ٢٠٠٨، ص ١١-١٢ .

^{١١٣٨} هناء حسين العمري، المرجع السابق، ص ٨٩

^{١١٣٩} رلى صالح أحمد أبو رمان، المرجع السابق، ص ٧٤ .

^{١١٤٠} راي صالح أحمد أبو رمان، المرجع نفسه، ص ٧٤ .

^{١١٤١} نصت المادة (٣/ب) من قانون الوساطة " لأطراف الدعوى بموافقة قاضي إدارة الدعوى أو قاضي الصلح الإتفاق على حل النزاع بالوساطة و ذلك بإحالته إلى أي شخص يروونه مناسباً... " .

^{١١٤٢} هناء حسين العمري، المرجع السابق، ص ٨٣ .

المطلب الثالث

الأحكام الخاصة بالوسيط

سنعرض في هذا المطلب الأحكام الخاصة بالوسيط _ فمن المعلوم أن نصوص القانون الأردني لم تُعرف الوسيط تاركةً ذلك للفقهاء، لذلك سنقوم بعرض بعض تعريفات الفقه له، وبعدها ننقل إلى بيان صفات ومميزات الوسيط وطريقة إختياره و المهارات التي يجب أن تتوفر به في فرع أول.

و نتناول في الفرع الثاني الإلتزامات التي يلزم توافرها في الوسيط ليكسب ثقة الأطراف و تكون نتيجة الوساطة ناجحة و تتحقق الهدف منها، و أما في الفرع الثالث سنعرض حقوق الوسيط على الأطراف.

فقد عرف البعض الوسيط أنه الشخص المحاييد الأجنبي عن النزاع، يتم إختياره من قبل الاطراف المُتنازعة لإيجاد حل للنزاع من خلال توصية يصدرها بعد البحث و التحقق بناءً على ما يقدمه له الطرفان من بيانات و معلومات و بعد محاولة تقريب وجهات نظر كل منهما و حملهما على إبرام تسوية تضع حداً لحالة النزاع بينهما^{١١٤٣}.

و من خلال تحليلنا لهذا التعريف، و إستطلاعنا على نصوص القانون، نلاحظ أنه لم تشترط في الوسيط أن يكون من جنسية أو جنس معين أو حتى أن يكون مُتحدثاً بلغةٍ معينة، ما لم يتفق الأطراف على غير ذلك، بإعتبار أن الوساطة طريق بديل يلجأ لها الأطراف بإرادتهم الحرة.

إلا أن هناك شروطاً يجب توافرها في الوسيط حتى يكون قادراً على القيام بدوره في عملية الوساطة و من هذه الشروط أن يكون أهلاً للوساطة كما سنبين فيما بعد، إذ يلزم أن تتوافر في الوسيط أهلية الأداء و أن لا يكون سفياً أو معتوهاً أو مجنوناً أو محجوراً عليه، مع التنبيه أنه لا يشترط وجوب تمتع الوسيط بممارسة حقوقه السياسية، لأن حرمانه من مباشرة حقوقه السياسية لا ينقص من إدراكه و لا ينقص من أهليته الواجبة لممارسته عمله كوسيط.

أضف إلى ذلك أننا نلاحظ أن الوسيط يجب أن يكون شخصاً طبيعياً، ومعنى ذلك أنه لا يجوز للوسيط أن يكون شخصاً اعتبارياً، و إن كان الأطراف يلجئون إلى مؤسسة فليس معنى ذلك أن المؤسسة هي التي تقوم بعملية الوساطة، بل يقتصر دور المؤسسة تنظيم و الإشراف على عملية الوساطة^{١١٤٤}.

الفرع الأول

صفات الوسيط و مميزاته و طريقة إختياره و المهارات الواجب توفرها به

سنتناول في هذا الفرع ثلاث بنود الأول صفات و مميزات الوسيط، و الثاني طريقة إختياره، و أما في البند الثالث المهارات الواجب توفرها في الوسيط ليكون ناجحاً قادراً على القيام بمهمة الوساطة.

البند الأول : الصفات و المميزات الواجب توفرها في الوسيط

مما لا شك به أن الوسيط يجب أن يتمتع بالأهلية الكاملة ليقوم بالمهمة الموكولة إليه، و على الرغم من عدم تناول المشرع الأردني نصاً يُحدد أهلية الوسيط، إلا أنه شرطاً ضرورياً للقيام بمهمته، فنقص أهلية الوسيط أمرٌ يتنافى مع الأسس التي تقوم عليها الثقة التي يجب أن تُبنى بينه و بين أطراف النزاع، فالوسيط يجب أن يكون كاملاً للأهليه غير سفیه أو مجنون أو معتوه.

نظراً لأهمية الدور الذي يقوم به الوسيط، فلا بد من توافر صفات به تُمكنه من إنجاز الوساطة على أكمل وجه، هذه الصفات هي قدرته على العمل الجاد و العلم و الخبرة في موضوع النزاع و التدريب على

^{١١٤٣} الباحث محمد أحمد القطاونة، المرجع السابق، ص ١٣٨ .

^{١١٤٤} الدكتور خيرى عبد الفتاح السيد البتانوي، المرجع السابق، ص ٩٦-٩٧ .

العمل الذي سيقوم به وهو الوساطة^{١١٤٥}، كما يجب أن تتوافر فيه الأمانة والحيادية و الإستقلالية و أن يفصح شفاهة أو كتابة عن جميع الظروف و الملابسات التي من شأنها أن تُثير شكوكاً حول حياده و استقلاله^{١١٤٦}، كذلك يجب على الوسيط الإفصاح عن الأسباب التي قد تؤدي إلى رده عن مهمة الوساطة لطرفي النزاع، و عدم إعتراض أحدهم على تعيينه في الوقت المحدد حتى يحيطوا علماً بتلك الظروف و الوقائع، و أن لا يكون له مصلحة في النزاع لأن ذلك سيفقده حياديته و نزاهته^{١١٤٧}.

كذلك يجب أن يملك الوسيط بعض المعرفة بالقانون و معرفة مفصلة بظروف العقد موضوع النزاع و أن يكون قادراً على الحوار^{١١٤٨} و الإقناع و المرونة و معرفة بطبيعة النزاع و القدرة على كسب ثقة الأطراف^{١١٤٩} من حيث العادات و طرق الإتصال .

كما يجب أن تتوفر في الوسيط المقدرة على تحليل الأمور الفنية و العقدية بسرعة و منطقية، و أن تكون لديه مقدرة ممتازة على الإتصال و المفاوضات و أن يكون مُتزنًا و لديه القدرة على الإحتمال و أن يتمتع بالصبر أي أن يكون مُنضبطاً في جميع تصرفاته مع الأطراف و أن لا يتفاعل أو يظهر أي إستياء ليس مع أطراف النزاع فحسب و إنما يجب أن يكون كذلك مع المحامين. و أن يكون مُستمعاً جيداً و هادئاً و لطيفاً بعرض الوقائع، و أن يتعامل بلباقة على الجو المشحون بين الأطراف .

كما يجب أن يتمتع الوسيط بالأهلية الكاملة لمباشرة كافة حقوقه المدنية^{١١٥٠} و يُمكن للوسيط أن يجتمع مع كل طرف على إنفراد إضافة إلى إجتماعه مع الأطراف مُتجمعة، و قد يفصح الطرف المُنفرد الذي يجتمع

^{١١٤٥} ص ١٤١-١٤٢ . و كذلك علاوة هوام، المرجع السابق، ص ١٢٥ و انظر أيضاً حازم سمير خرفان، المرجع السابق، ص ١٦١.

^{١١٤٦} نصت المادة الثامنة من قواعد إجراءات الوساطة لمركز حل الخلافات التجارية بالأردن على أنه يجب على الوسيط أن يُصرح عن أي ظرف من شأنه أن يُؤثر على حياديته أو إستقلاله قبل النظر في النزاع، و في هذه الحالة، يختار المركز وسيطاً آخر ليتولى الوساطة في هذا النزاع، ما لم يوافق الأطراف على نظره في النزاع " .

^{١١٤٧} نصت المادة الثالثة من قواعد إجراءات الوساطة لمركز حل الخلافات التجارية بالأردن على ما يلي " على الوسيط الإفصاح عن أية مصالح حقيقية أو محتملة ما بينه و بين الأطراف من الممكن أن تؤثر على عملية الوساطة، و في حال وجود هكذا مصالح، يجب على الوسيط أن يتنازل عن الوساطة إلا إذا إتفق الأطراف على إبقائه " .

^{١١٤٨} مصطفى عبد المحسن الحبشي، المرجع السابق، ص ٥١٤

^{١١٤٩} الدكتور أحمد محمد الصاوي، المرجع السابق، ص ٢٨٨ .

^{١١٥٠} الشخص المعنوي الذي يعهد إليه بالوساطة هو الشخص الذي يدير أو ينظم عملية الوساطة، فهو لا يقوم بالوساطة بنفسه فالوساطة تتم تحت رعاية هذا الشخص الإعتباري، فالذين يقومون بالإجراءات و يجتمعون بالأطراف و يقربون جهات النظر هم أشخاص طبيعيين يعملون تحت إشراف المؤسسة . كذلك أنظر الدكتور محمد إبراهيم موسى، المرجع السابق، ص ١٧٢ .

معه الوسيط الحد الأدنى الذي يقبل به، فعلى الوسيط أن يعتبر هذا الحد الأدنى سراً لا يُذيعه للأطراف الأخرى و لا لأي جهة كانت، و عليه خلال الإجتماع المُنفرد أن يلعب دورَ محامي الشيطان، و أن يُبين نقاط الضعف و القوة في النقاط التي يطرحها طرف الإجتماع المُنفرد^{١١٥١}.

على الوسيط أن يكون حذراً في بيانه لنقاط الضعف و القوة في النقاط التي يطرحها طرف الإجتماع المنفرد، فإن ذلك قد يدفع الطرف للتصلب في مفاوضاته في الطرف الأخر وهذا يجعل عملية الوصول إلى حل صعبة^{١١٥٢}.

من غير السهل أن تتحقق الصفات التي ذكرناها في شخص الوسيط و لكن يُكتفى أن يتحقق عدد وافر منها، خاصة الأهلية و الإحتمال البدني و الذهني و الإتران و الحياد و الإستقلالية و الأمانة و المعرفة^{١١٥٣}.

و عادة تختار مؤسسات الوساطة، الوسطاء من نُخب بحيث تختارهم بعناية و تتحرى أن تتوفر فيهم نسبة كبيرة من الصفات السابقة، لذلك إذا كان عليها أن تُعيّن أو تقترح وسطاء فإنها تشتترط شروطاً تتمثل بعدم إنحياز الوسيط و أن لا يكون له مصلحة مادية أو شخصية بالنزاع^{١١٥٤}، فقد نصت المادة الثالثة مركز الوساطة و المصالحة لدى مركز القاهرة الإقليمي للتحكيم التجاري الدولي " ليس لأحد الأشخاص القيام بدور الوسيط في أي نزاع إذا ما كانت له أي مصلحة شخصية أو مالية نتيجة هذه الوساطة ما لم يوافق طرفا الوساطة كتابة على ذلك " .

البند الثاني إختيار الوسيط أو الوسطاء

سواء كانت الوساطة خاصة أي تُدار من قبل أطراف النزاع أنفسهم أو كانت وساطة مؤسسية^{١١٥٥} أو حسب قواعد الوساطة باتفاقية معينة، فإن إرادة الأطراف هي المُهممة في عملية إختيار الوسيط أو الوسطاء و هم الذين يتولون تنظيم عملية الوساطة من بدايتها و حتى إنتهائها و هم الذين يبرمون إتفاق الوساطة قبل أو بعد نشوء النزاع و يحددون مكان إنعقاد الجلسات و لغة الوساطة و مدتها، فالوساطة رضائية و نتائجها رضائية أيضاً، و يجب مراعاة مبدأ المُساواة بين أطراف النزاع في عملية إختيار

^{١١٥١} Nael Bunni , op.cit , p. ٤٤٧-٤٤٨

^{١١٥٢} Engineers dispute resolution handbook , op.cit . p٩٥

^{١١٥٣} أنظر الدكتور أحمد عبد الكريم سلامة، المرجع السابق، ص ٥٧-٦٤ .

^{١١٥٤} الدكتور عبد الحميد الأحذب، وثائق تحكيمية، المرجع السابق، مؤهلات الوسيط لدى ال AAA ص ٨٩٤ و مؤهلات الوسيط لدى ICDR ص ٩٤٢ .

^{١١٥٥} يرى البعض أن لجوء الأطراف إلى مؤسسة لإجراء عملية الوساطة له فائدتان تتمثلان فيما يلي :

الأولى : أن هذا المؤسسة لوائح ونظم مستقرة و مجربة في الحياة العملية، فضلاً أن المؤسسة هي التي تقوم بإدارة عملية الوساطة من بدايتها و حتى نهايتها بما في ذلك صياغة شرط أو مشاركة الوساطة و كيفية إختيار الوسيط... إلخ و الثانية أن يقوم على مؤسسات الوساطة أجهزة تتولى ترتيب كل مراحل و إجراءات الوساطة و تقدم التسهيلات الضرورية لسير الوساطة كتهيئة المكان المناسب للمناقشات و الحوارات و توفير الترجمة و الإتصالات ... إلخ .

الوسطاء و هذا مبدأ يندرج في مفهوم النظام العام، فإذا إشتراط الأطراف أن يتم إختيار الوسطاء من قبل طرف منهم دون الأخر، فإن ذلك الشرط يُعتبر باطلاً^{١١٥٦}. وكذلك يدخل ضمن نطاق المساواة بين الأطراف، أنه إذا حدد الوسيط مدة معينة لأحد الطرفين لتقديم و عرض معلومات معينة، إلترم بتخصيص ذات المدة أو وقت ملائم للطرف الأخر لتقديم بيناته و مستنداته

و إذا أجاز الوسيط لطرف بتقديم بينة معينة، كالإستعانة بخبير مثلاً، و جب عليه أن يأذن للطرف الأخر بذلك إذا كان بحاجة إلى تلك البينة، و إلا يكون قد خرج عن مسار مبدأ المساواة بين الأطراف . وقد يختار الأطراف وسيطاً واحداً يُعَيّن بالتوافق بينهم، و قد يشترطون أكثر من وسيط بعدد زوجي أو فردي، أما إذا أحوالوا الأمر إلى إتفاقية معينة أو مؤسسة تحكيمية، و لم يكونوا قد إتفقوا على العدد، فإن هذا العدد سيكون وترأ .

فمثلاً نصت إتفاقية واشنطن لسنة ١٩٦٥ على ترك تحديد عدد الوسطاء لأطراف النزاع دون أن تفرض عليهم وترية العدد، و في حالة عدم إتفاقهم يكون العدد ثلاثة، يختار كل طرف وسيط واحداً ثم يتم تعيين الوسيط الثالث بإتفاق الأطراف و يكون له رئاسة الوسطاء^{١١٥٧}.

و هذا النهج نهجته إتفاقية تسوية منازعات الإستثمار بين الدول المضيفة للإستثمارات العربية و بين مواطني الدول العربية الأخرى^{١١٥٨}، و كذلك نصت قواعد التحكيم التجاري و إجراءات الوساطة للهيئة الأمريكية للتحكيم AAA، إن الهيئة ستقوم بتعيين وسيط واحد إلا إذا إتفق الأطراف على غير ذلك، أو رأت الهيئة غير ذلك، و إذا تضمنت إتفاقية الوساطة بين الأطراف أسماء الوسيط أو الوسطاء، فإن إرادتهم سٌحترم، و إذا حدد الأطراف طريقة إختيار الوسيط أو الوسطاء فستتبع تلك الطريقة بإختيار الوسطاء^{١١٥٩}.

البند الثالث : المهارات الواجب توفرها في الوسيط

نجاح عملية الوساطة يعتمد إلى درجة كبيرة على مهارات الوسيط و سنستعرض هذه المهارات و كما يلي :

(١) **مهارات المُقابلة و الإستفسار** : الحصول على المعلومات من الأشخاص بأسلوب تولد الرغبة لديهم بالتحدث بحرية، فالوسيط له دور إيجابي في الوصول إلى تسوية و إن كان هذا الدور يقتصر على إقناع الأفراد بإتخاذ القرار بأنفسهم و ليس بفرضه عليهم، فالوسيط الذي يفتقر إلى مهارات الإتصال مع الأطراف لن يكون وسيطاً ناجحاً .

(٢) **مهارات الإستماع** فيكون الوسيط قادراً على التركيز على كل ما يصدر من المُتكلم الكلمات و لغة الجسد و شعور المُتكلم، و كذلك يجب على الوسيط أن يملك الوقت الكافي للإلتقاء بالأطراف و تحليل المواقف و الإستماع لوجهات النظر، فلا يكون الوسيط منشغلاً أو متسرعاً .

(٣) **التلخيص** : يستطيع أن يُلخص مل ما يسمع بكلمات قليلة، فالوسيط يجب أن يكون مدركاً وقادراً على تحديد الوقائع الواقعية و القانونية، و أن يكون له القدرة على تحديد نقاط القوة و الضعف في كل طرف، و أن يستمر الوسيط في السؤال و أن لا يتردد في إثارة أي قضايا غامضة ذات صلة بالنزاع .

^{١١٥٦} الدكتور خيرى عبد الفتاح السيد البتانوني، المرجع السابق، ص ١٠٣ .

^{١١٥٧} الدكتور محمد إبراهيم موسى، المرجع السابق، ص ١٦٣-١٦٤ .

^{١١٥٨} الدكتور عبد الحميد الأحذب، وثائق تحكيمية، المرجع السابق، ص ٣٦٢ .

^{١١٥٩} الدكتور عبد الحميد الأحذب، وثائق تحكيمية، المرجع نفسه، ص ٨٩٤ .

- ٤) التبسيط بحيث يستطيع أن يُعيد كتابة ما يسمع بلغة بسيطة واضحة .
 ٥) رئاسة الجلسة ببساطة بحيث تشجع جميع الحاضرين على المشاركة .
 ٦) أخذ جيد للملاحظات فيقوم بتدوين الملاحظات الهامة .
 ٧) قادر على تسجيل الإتفاق بين الأطراف بلباقة .
 ٨) **مُلاحظ جيد** : يُلاحظ شعور و ردود الأفعال خلال الإجتماعات .
 ٩) يُمكنه إعطاء النصيحة للأطراف خاصة عند حدوث النزاعات الشخصية .
 ١٠) مُفاوض جيد بأن يُحاول إقناع كل طرف من أطراف الوساطة للوصول إلى تسوية لبعض المسائل المطروحة.
 ١١) أن يكون لديه أفكار تحمل الأطراف على الموافقة على بعض النقاط المطروحة^{١١٦٠} .
 ١٢) التحمل الذهني للوسيط، و تعني هذه المهارة أن يستطيع الوسيط أن يجتمع بالأطراف فترات طويلة و لا يرهقه سماع وجهة نظر كل طرف، و أن يستوعب مفردات ما يسرده الأطراف من وقائع و طلبات و دفوع، و أن يستمع لكل ما يرغب الأطراف إبداءه .
 ١٣) أن يتمتع الوسيط بالنزاهة و الموضوعية، و في حقيقة الأمر أن هذا الشرط يختلف عن الحيادة و الإستقلالية، إذ يعني هذا الشرط أن لا يبدأ الوسيط مهمته و هو في فكره تحيزاً لأحد الأطراف إذ يعتقد أنه المصيب في وجهة نظره أو أنه الطرف الذي يجب أن تكون له الأولوية في طرح وجهة النظر أو الإستماع له أولاً .
 و قدمت الهيئة الأمريكية للتحكيم (AAA) و صفاً مُختصراً لواجبات الوسيط :
 ١) أن يجمع الأطراف وجهاً لوجه للمناقشة و يقوم بفتح قنوات الإتصال و يتغلب على الشعور بالعداء لدى الأطراف .
 ٢) المحافظة على إستمرارية المُباحثات بين الأطراف بتوفير أرضية مُشتركة و ترتيب الإجتماعات و ترتيب أجنده العمل و تبسيط الإجراءات، و يعرض على الأطراف أن يرأس الجلسة .
 ٣) أن يُقدم للأطراف معلومات تخص الواقع و القانون ذات العلاقة بالنزاع .
 ٤) أن يتأكد أن كل طرف بالنزاع قد فهم ما يقول الطرف الأخر و أن يزيد من إدراك و تعاطف الأطراف معاً .
 ٥) أن يجعل كل طرف يتفهم كيفية فهم الطرف الأخر للنزاع و أن يُقدم الوسيط بدائل الحلول المُقترحة^{١١٦١} .

الفرع الثاني

إلتزامات الوسيط

لما كان إتفاق الوساطة عقداً مُبرماً بين الأطراف و الوسيط، فإن ذلك يفرض عليه مجموعة من الإلتزامات، و في حقيقة الأمر أن بعض هذه الإلتزامات تُستنتج بديهياً، فعلى سبيل المثال أسلفنا عن إستقلالية شرط الوساطة عن العقد و تبين لنا أن شرط الوساطة مستقلاً عن العقد و أوضحنا أنه إذا كان العقد صحيحاً فإن ذلك لا يُؤثر على شرط الوساطة، و إذا كان العقد باطلاً و شرط الوساطة صحيحاً فإن ذلك لا يُؤثر على الشرط طالما أنه صحيحاً في ذاته، لذلك فإننا نرى أن على الوسيط النظر في إختصاصه، إذن يقع في أولى إلتزامات الوسيط التحقق من وجود إتفاق الوساطة سواء كان شرطاً أو مشاركة، و التأكد من صحة هذا الإتفاق سواء كان ذلك بناءً على طلب أحد الأطراف أو من تلقاء نفسه .
 و **كذلك تبين لنا أن الوساطة هي وسيلة تعاقدية، أساسها الثقة، إذ بإختيار الأطراف شخصاً معيناً بهدف تقريب وجهات النظر بينهم فإن ذلك كله أساسه الثقة فضلاً عن إختيار الأطراف لشخص معين كان ذلك**

^{١١٦٠} Advanced Mediation Skills Course Book c Unesco , p. ٩

^{١١٦١} Nael Bunni, op.cit , p. ٤٤٤

بناءً على خبرته وسمعته فالوساطة قائمة على الإعتبار الشخصي، وعليه يلتزم الوسيط بالقيام بمهمة الوساطة بنفسها ولا يوكلها إلى شخص آخر .

وقد أورد بعض الشراح عدداً من إلتزامات الوسيط سنقوم بعرضها فيما يلي :
أولاً : على الوسيط أن لا يباشر مهمته إلا بعد توقيعه إتفاق مع الأطراف يخوله القيام بالوساطة و يُبين حقوق و إلتزامات الوسيط و الأطراف، و عدم توقيع الوسيط على عقد الوساطة قد يُعرضه للمسؤولية المدنية^{١١٦٢}، كما أن الإخلال بالإلتزامات الموقع عليها يعرض الطرف المُخل إلى المسؤولية المدنية .
ثانياً : على الوسيط أن يلتزم الحياد^{١١٦٣} و الإستقلالية^{١١٦٤} و أن يكشف للأطراف عن الظروف و الوقائع التي من شأنها إثارة الشكوك حوله بخصوص الحيادية و الإستقلالية، وهذا ما أكدت عليه المادة (M-٥) من إجراءات الوساطة لدى (AAA) و كذلك نصت عليه قواعد ICDR المركز الدولي لحل المنازعات بما فيها الوساطة و التحكيم^{١١٦٥}.

و لذلك يرى البعض أن المهندس الإستشاري لا يُمكن أن يكون وسيطاً لسببين الأول نظراً للعلاقة بين رب العمل و المهندس التي تجعله غير متمتعاً بالحياد و كونه يعمل تحت إشراف و رقابة رب العمل، و الثاني أن المهندس الإستشاري غالباً ما قد يكون عرض وجهة نظره و رأيه بشأن النزاع^{١١٦٦}.

ثالثاً : و على الوسيط أن يباشر مهامه بنفسه، فالأطراف قاموا بإختياره هو سواء بأنفسهم أو عن طريق مؤسسي، و عليه الإلتزام بالمساواة بين طرفي النزاع مُساواة تامة و بنزاهة عادلة.

رابعاً : من الإلتزامات التي تقع على عاتق الوسيط، الإحتفاظ بسرية ما يجري خلال المُفاوضات بين الأطراف، و الذي يجب أن يعلم بمجريات الوساطة و الحلول المُقترحة هم الأطراف و مستشاريهم فقط، و أي شيء يُقال له خلال اللقاءات المُنفردة مع الأطراف يُعتبر سرياً، و على و الوسيط أن لا يُبلغ به الطرف الآخر إلا إذا صرّح له بذلك الطرف الذي أدلى بالأقوال^{١١٦٧}.

^{١١٦٢} الدكتور خيرى عبد الفتاح السيد البتانوني، المرجع السابق، ص ١٠٧

^{١١٦٣} يُمكن تعريف الحياد أنها حالة نفسية مرتكزها القيم و المبادئ التي إستقرت في ضمير الوسيط حول ما هو حق، دون ميل أو هوى.

^{١١٦٤} يُعرف الإستقلالية أنها حالة واقعية أساسها مجموعة من الظروف و الوقائع التي يجب توفيرها حتى يبتعد الوسيط، في أداء مهمته عن تبعية، لمن إختياره .

^{١١٦٥} الدكتور خيرى عبد الفتاح السيد البتانوني، المرجع السابق، ص ١١٠ . و كذلك الدكتور عبد الحميد الأحذب، وثائق تحكيمية، المرجع السابق، ص ٩٤٢ .

^{١١٦٦} الدكتور مصطفى عبد المحسن الحبشي، المرجع السابق، ص ٥١٧ . و كذلك أنظر الدكتور محمد فؤاد الحريري المرجع السابق، ص ٢٠٥ و كذلك أنظر الدكتور أحمد محمد الصاوي، المرجع السابق، ص ٢٩٩ -

و كذلك على الوسيط أن يُحافظ بسرية المعلومات و الوثائق ذات الطابع السري التي يُقدمها طرف و لا يكتشف عنها للطرف الأخر إلا بموافقة الطرف مُقدمها^{١١٦٨} .
و تعني السرية أيضاً أنه لا يجوز حضور أحد ممن ليس له علاقة بالنزاع ما لم يتفق طرفي النزاع على غير ذلك .

و لا تقتصر السرية على الوسيط، بل تتعدى إلى الخبراء، إذ يقع عليهم و على غيرهم من الأشخاص الذين يستعين بهم الوسيط بالمحافظة على الأسرار المهنية التي تصل إلى علمهم أثناء نظرهم النزاع المعروف على إجراء الوساطة، و إلا كان للطرف الذي لحقه ضرر المطالبة بالتعويض .

و مما يجدر الإشارة إليه أن شرط السرية يجب أن يذكر في إتفاق الوساطة، حيثُ يتعهد أطراف الإتفاق بأن يحفظوا الوساطة و إجراءاتها في إطار السرية و الكتمان^{١١٦٩} .

و عند تحليلنا لنص المادة الثامنة من قانون الوساطة الأردني رقم (١٢) لسنة ٢٠٠٦، نلاحظ أنها جاءت بنص أمر دون أخذ موافقة الأطراف بعين الإعتبار^{١١٧٠}، و نتيجة لذلك يقع باطلاً كل إتفاق بين الأطراف على عدم سرية إجراءات الوساطة أو ما يتم فيها من تنازلات .

و تحقيقاً لمبدأ السرية، لا يجوز للوسيط أو لأحد الأطراف إستغلال ما تم تقديمه من معلومات أو مستندات أو تنازلات أو أية وثائق أخرى في مرحلة الوساطة أمام القضاء أو التحكيم إلا بموافقة الأطراف^{١١٧١} لذلك لا يجوز للوسيط أن يكون أحد شهود الدعوى أو مُحكماً فيها أو مُحامياً لأحد الأطراف^{١١٧٢} .

^{١١٦٨} نصت المادة التاسعة من القانون النموذجي للتوفيق التجاري الدولي لعام ٢٠٠٢ " يحرص على الحفاظ على سرية جميع المعلومات المتعلقة بإجراءات التوفيق (الوساطة)، ما لم يتفق الطرفان على خلاف ذلك، و ما لم يكن إفشاؤها لازماً بمقتضى القانون أو لأغراض تنفيذ إتفاق التسوية و إنفاذه " . و كذلك أنظر بنفس المعنى الدكتور أحمد محمد الصاوي، المرجع السابق، ص ٢٨٢ . و الدكتور خيرى عبد الفتاح، المرجع السابق، ص ١٢٤ .

و في نص قانون المرافعات الفرنسي في المادة (١٣١-١٤) " لا يجوز تقديم ملاحظات الوسيط و التصريحات التي يتلقاها أو التمسك بها ... " .

و كذلك نص على مبدأ السرية في الوساطة مركز الوساطة و المصالحة بمركز القاهرة الإقليمي للتحكيم التجاري الدولي في المادة (١٣) إذ نصت " جلسات الوساطة سرية، و يجوز للغير حضور الجلسات في حالة موافقة الأطراف و الوسيط "، و أضافت المادة (١٤) " المعلومات التي يُصرح بها الأطراف أو الشهود، كالوسيط خلال عملية الوساطة، تُعتبر سرية و ليس للوسيط إفشاؤها، وكذلك كل المحاضر و التقارير أو المستندات الأخرى التي يتسلمها الوسيط خلال قيامه بالوساطة تبقى سرية و يحافظ الأطراف على سرية الوساطة ... " .

^{١١٦٩} المُستشار الدكتور محمد عبد المجيد إسماعيل، المرجع السابق الحقوقية، ص ٣٢٣ .

^{١١٧٠} الباحث علي محمود الرشدان، المرجع السابق، ص ٦٢-٦٣ .

و تجدر الإشارة أن هناك حالات لا تعد خرقاً لمبدأ السرية فمثلاً، لا يُعد خرقاً لمبدأ السرية دعوة الوسيط للحضور أمام المحكمة لتفسير إتفاقية التسوية فيما إختلف فيه الأطراف، لأن السرية هدفها الأول و الأخير تشجيع الأطراف على الوصول إلى حل ودي، كذلك لا يُعد كشفاً للسر و لا إخلالاً بالتزامات الوسيط إذا دُعِيَ هذا الوسيط إلى الشهادة أمام القضاء بشأن زعم أحد الأطراف أن إتفاقية التسوية مشوبه بعيب من عيوب الإرادة^{١١٧٣}.

خامساً : كما على الوسيط أن يتقيد بحدود إتفاق الوساطة من حيث النطاق الشخصي و النطاق الموضوعي و أن لا يتجاوزه، فلا يتعرض لمسائل لم ترد في إتفاق الوساطة إلا إذا وافق الأطراف على غير ذلك، و لا يقبل أي طلبات إضافية من أي طرف إلا إذا كانت مرتبطة بالنزاع الأصلي، و لا يجوز للوسيط إدخال أو السماح بتدخل أشخاصاً غير أشخاص الوساطة، و يمتد إتفاق الوساطة ليشمل الخلف العام و الخلف الخاص^{١١٧٤}.

سادساً : كما يقع على الوسيط إلترام يتمثل في أن يقبل الوسيط مهمته، و لو لاحظنا هذا الإلترام لوجدنا أنه إلترام شبيهه بإلترام المحكم عندما إشتراط القانون لبدء عمل المحكم قبول المحكم لمهمته، و قبول الوسيط لمهمته قد تكون صراحة أو ضمناً، شفوياً أو كتابةً^{١١٧٥}، و معنى هذا أنه لو لم يقبل الوسيط مهمته كتابة فلا يترتب على ذلك البطلان، لأن الكتابة هنا هو شرط إثبات لا شرط صحة^{١١٧٦}.

^{١١٧١} نصت المادة (١٥) من قواعد إجراءات الوساطة لمركز حل الخلافات التجارية بالأردن على الإلترام بسرية الوساطة إذ نصت " تعتبر كافة المعلومات التي يصرح بها الأفراد أثناء عملية الوساطة سرية و لا يجوز للوسيط أن يقوم بإفشائها لأي جهة، و تشمل المعلومات على كافة المحاضر و التقارير و أي مستندات أخرى، كما لا يجوز الإعتماد على هذه المعلومات كدليل في أية دعوى قضائية أو أي إجراء ". و كذلك و قد نصت المادة (٨) من قانون الوساطة الأردني رقم (١٢) لسنة ٢٠٠٦ على ما يلي أ تعتبر اجراءات الوساطة سرية و لا يجوز الاحتجاج بها او بما تم فيها من تنازلات من اطراف النزاع امام اي محكمة او اي جهة كانت . و راجع بوجمعة جعفر، الوسائل الإلكترونية لحل منازعات عقود التجارة الإلكترونية، مذكرة تخرج لتبيل شهادة ماستر في العلوم القانونية، تخصص عقود و مسؤولية، جامعة أكلي محند أولحاج _ البويرة_ كلية الحقوق و العلوم السياسية، الجزائر، ص١٩-٢٠ . كذلك أنظر في هذا المعنى الدكتور سامي محمد فريج، المرجع السابق، ص١٠٦ و ص ١١١

^{١١٧٢} الدكتور مصطفى عبد المحسن الحبشي، المرجع السابق، ص٥١٢ .

^{١١٧٣} الدكتور أيمن خالد مساعدة، المرجع السابق، ص ١٩٥٠ . و الباحث علاوة هوام، المرجع السابق، ص ١٣٣ .

^{١١٧٤} الدكتور خيرى عبد الفتاح السيد البتانوني، المرجع السابق، ص ١٢٧-١٢٨ .

^{١١٧٥} الدكتور خيرى عبد الفتاح السيد البتانوني، المرجع السابق، ص ١٠٠ .

^{١١٧٦} الدكتور خيرى عبد الفتاح السيد البتانوني، المرجع السابق، ص ١١٥ .

سابعاً : يلزم الوسيط أن يقدم النصيحة و المشورة للأطراف بما لا يمس حياده و نزاهته، و قد يلجأ الوسيط لتحقيق هذه الغاية أن يتشاور الوسيط مع غيره من الوسطاء و الخبراء، و ذلك لتتوير الوسيط لمساعدة الأطراف على إتخاذ قرارات مناسبة و النجاح في تقريب وجهات النظر .

ثامناً: يلزم على الوسيط أن يكون مُلمّاً بموضوع النزاع و معرفة كاملة بالنزاع و أن يملك الكفاءة اللازمة للإستمرار في عملية الوساطة^{١١٧٧}، و معنى ذلك أن الوسيط إذا واجهته أي صعوبات و جب عليه أن يحيط الأطراف علماً بها و أن يُناقشها معهم^{١١٧٨} و إتخاذ الإجراءات اللازمة لحل الموضوع و من هذه الإجراءات تنحي الوسيط عن مهمته^{١١٧٩} أو طلب المساعدة اللازمة من وسيط آخر إن وافق الأطراف على ذلك^{١١٨٠}.

تاسعاً: أن لا يكون له مصلحة في النزاع أو أن يكون له مصلحة في تسوية النزاع، و أن لا يكون قد سبق و إشتراك بأي صورة في بحث النزاع أو محاولة تسويته^{١١٨١}.

عاشراً: يلتزم الوسيط أن يُحيط جميع الأطراف أو من يُمثلهم علماً، بشكل واضح و غير غامض عن أتعابه و أن يُبين الأسس التي إستند إليها الوسيط في تقاضي أتعابه و المصاريف الأخرى إن وجدت^{١١٨٢}، فالوسيط يجب أن يأخذ بعين الإعتبار بعض العوامل كطبيعة النزاع و هل هو بسيط أو معقد^{١١٨٣}، و الخبرة اللازمة لعملية الوساطة، و تكون إتفاقية أتعاب الوسيط خطية إلا إذا طلب الأطراف غير ذلك .

أحد عشر: يلتزم الوسيط أن يُؤمن دائماً أجواءاً ملائمة و مناسبة للأطراف، و أن يتدخل تدخلاً لبقاً بإقتراح فترات إستراحة في المقدمة كذلك على الوسيط إستبعاد تطبيق أية قاعدة إجرائية أو موضوعية، إذا كان من شأن إعتماها بطلان إتفاق التسوية أو عدم إمكانية تنفيذها لمخالفتها القانون و النظام العام و الأداب العامة^{١١٨٤}.

^{١١٧٧} المادة (١٧٤) من قانون العمل المصري رقم (١٢) لسنة ٢٠٠٣ .

^{١١٧٨} الباحث بوجمعة جعفر، المرجع السابق، ص٣٦

^{١١٧٩} علاوة هوام، المرجع السابق، ص١٢٤ و انظر كذلك الدكتور سامي محمد فريخ، المرجع السابق، ص ١٤٢ .

^{١١٨٠} الدكتورة دليلة جلول، المرجع السابق، ص ٨٥ .

^{١١٨١} المادة (١٧٢) من قانون العمل المصري الجديد رقم (١٢) لسنة ٢٠٠٣ و كذلك القاضي علي عمارة، قانون العمل الجديد ١٢ لسنة ٢٠٠٣ في ضوء آراء الفقه و أحكام القضاء وفقاً لأخر تعديلاته، الطبعة الخامسة، ٢٠٠٨، ص٥٩٨ .

^{١١٨٢} الباحث علاوة هوام، المرجع السابق، ص ٥٣ .

^{١١٨٣} الباحث محمد أحمد قطاونه، المرجع السابق، ص١٥٧-١٥٨ .

^{١١٨٤} الدكتور أحمد عبد الكريم سلامة، المرجع السابق، ص٧٠ .

إثنا عشر: لا يجوز للوسيط إتخاذ أي تدابير وقتية أو تحفظية، و إن سمح الأطراف للوسيط القيام بذلك، لأنه ليس محكماً أو قاضياً^{١١٨٥} و بالتالي لا يقوم بوظيفة قضائية، أضف إلى ذلك أن إتخاذ مثل هذه التدابير هو إختصاص أصيل للمحاكم^{١١٨٦}، إلا أنه بإمكانه الإستعانة بالقضاء المستعجل أو الوقتي لإزالة العوائق التي تواجهه^{١١٨٧} في حالة الوساطة القضائية .

ثالث عشر: يلتزم الوسيط بأن يضع النزاع ضمن إطار صحيح و ذلك بتوضيح أفكار الفرقاء ومطالبهم التي قد تكون في بعض الأوقات غامضة و غير واضحة، و تكمن مهمة الوسيط هنا أن يقوم بتصحيح المسار و بطوره بطرح أسئلة عن الوقائع المصرح بها ويستخلص وقائع أخرى غامضة أو أهمل ذكرها، و بذلك ينتج تصورات جديدة تساعد على حل النزاع و لم تخطر سابقاً على بال الفرقاء .

رابع عشر: ألزمت المادة (١٧٦) من قانون العمل المصري^{١١٨٨} أن يوائم و يُوفق بين وجهة نظر كل من الطرفين و صولاً إلى حل يرتضيه الطرفين و يصل إلى التقريب بينهما، فإذا قبل الأطراف الإقتراح تعين على الوسيط إثبات ذلك، أما في حال تعذر على الوسيط التوفيق و تقرب وجهات النظر يلزم عليه أن يقدم للطرفين ملخص يقترح فيه ما يراه مناسباً لتسوية النزاع وإنهاءه كونه يفترض أنه خبيراً في موضوع النزاع و ما عاصره من ظروف وملابسات النزاع .

خامس عشر: المادة (١٧٧) من قانون العمل المصري^{١١٨٩}، ألزمت الوسيط بكتابة إتفاقية تشمل ما إتفق عليه الأطراف و هذه الإتفاقية يوقعها الأطراف و الوسيط، و تكون بهذه الحالة تحققت الغاية المنشودة من الوساطة أما في حالة رفض طرفي الوساطة أو أحدهما للتوصيات المقدمة من قبل الوسيط كلها أو جزء منها، فإنه يتعين على الطرف الراضى أن يُعلم الوسيط بذلك كتابةً و الأسباب التي دعتة للرفض .

سادس عشر: يلزم على الوسيط أن يسلك كافة الوسائل الممكنة و المُتاحة بهدف الوصول إلى الهدف المنشود من الوساطة و هو تقرب وجهات النظر بين الأطراف و الوصول إلى تسوية، فله سماع الشهود

^{١١٨٥} المُستشار هدى جمال الدين الأهواني، المرجع السابق، ص ٥٠ و ص ٦٤ . الدكتور خيرى عبد الفتاح السيد البتانوني، المرجع السابق، ص ٢٠ . و كذلك أنظر عاشور مبروك، المرجع السابق، ص ٢٥ .

^{١١٨٦} الدكتور أحمد عبد الكريم سلامة، المرجع السابق، ص ٧٠ .

^{١١٨٧} الدكتور عاشور مبروك، المرجع السابق، ص ٢٧ .

^{١١٨٨} نصت المادة (١٧٦) من قانون العمل المصري على ما يلي " على الوسيط أن يبذل مساعيه للتقريب بين وجهات نظر طرفي النزاع، فإذا لم يتمكن من تحقيق ذلك كان عليه أن يقدم للطرفين كتابةً ما يقترحه من توصيات لحل النزاع " .

^{١١٨٩} إذا قبل الطرفان التوصيات التي قدمها الوسيط أو بعضها و جب إثبات ذلك في إتفاقية يوقعها الطرفان و الوسيط، و يجب أن يكون رفض الطرفين أو أحدهما للتوصيات المُشار إليها كلها أو بعضها مُسبباً " .

إن وافق الأطراف على ذلك^{١١٩٠}، كما له حق الإستعانة بالخبرة و غيرها من الوسائل التي يرى أنها تحقق هدفه من الوساطة^{١١٩١}.

سابع عشر : يلتزم الوسيط بإعداد اتفاق الوساطة في حال نجاحها كلما كان الإتفاق مكتوب بصيغة جيدة و دقيقة يسهل تنفيذه رضاءاً و قضاءً .

ثامن عشر : يجب على الوسيط أن يسعى لكسب ثقة الأطراف^{١١٩٢}، و أثناء عملية الوساطة يعمل الوسيط على بناء ثقة الأطراف في عملية الوساطة و الوسيط، و كذلك الأمر في بناء الثقة بين الأطراف انفسهم، فالثقة عندما تبنى على مستويات عالية فإنهم يكونوا على استعداد لتبادل المعلومات و خاصة عندما تكون تلك المعلومات حاسمة لإيجاد حل مقبول بين الطرفين.

و حقيقة يمكن أن نقول أن الثقة يمكن إكتسابها بعدة وسائل :

- ١_ معاملة الأطراف على قدم المساواة .
- ٢_ خلق جو ملائم يجعل الأطراف يشعرون بالراحة و الأمان
- ٣_ إصغاء الوسيط لكل طرف دون مقاطعته و سماع وقائع دعواه .
- ٤_ عدم لوم أحد الأطراف و معاتبته على الفعل الذي إرتكبه أو إمتنع عن القيام به، بل يتوجب على الوسيط أن يبين له ما يتوجب عليه فعله .
- ٥_ أن يكون مُتنبهاً جيداً و يُشعر الأطراف أنه مُنتبه لهم ولما يقولونه، و عليه أن لا يقف موقف الحكم أو المنتقد و يمكنه إستخدام لغة جسده مثل تعابير الوجه و النظرات و نبرة الصوت ليشعر الأطراف بإهتمامه

كذلك يُؤيد ما ذهب إليه بعض الباحثين في إيراد إلتزام على الوسيط يتمثل في تجنب إقامة علاقات مع أي من أطراف النزاع بصورة تؤدي إلى إثارة الشك حول عملية الوساطة، و أن يأخذ بعين الإعتبار عند إقامته لأي علاقة لاحقة لعملية الوساطة مع أطراف النزاع الوقت الذي مضى بعد عملية الوساطة و طبيعة العلاقة للتأكد من أن هذه العلاقة لا تُثير شكوكاً حول عملية الوساطة^{١١٩٣} .

و بما أن موضوع هذه الدراسة في مجال الإنشاءات نورد المثال التالي، فلو نشب نزاع بين المقاول و رب العمل، و إقترح الوسيط أن يدفع هذا الأخير مبلغاً من المال للمقاول بإعتباره مبلغاً يستحقه، فمن الأفضل لو إحتاج الوسيط بناء منشأة أن لا يلجأ لهذا المقاول، خشية من زرع الشك في نفس رب العمل من أن عملية الوساطة لم تتم بصورة نزيهة، أو إثارة الشك في نفس رب العمل في أن هناك مصالح مرتبطة بينهما .

كذلك يلتزم الوسيط أن يُعيد إلى كل طرف ما قدمه من مذكرات و مُستندات، و كذلك نلاحظ أن القانون منع قاضي الوساطة من الإحتفاظ بصورة عن تلك المذكرات و المُستندات تحت طائلة المسؤولية القانونية^{١١٩٤} .

^{١١٩٠} الدكتور خيرى عبد الفتاح السيد البتانوني، المرجع السابق، ص ٤٦ .

^{١١٩١} الدكتور عاشور مبروك، المرجع السابق، ص ٢٦-٢٧ .

^{١١٩٢} الدكتور عاشور مبروك، المرجع السابق، ص ٢٦ و الدكتور سامي محمد فريج، المرجع السابق، ص ١٤٧ .

^{١١٩٣} محمد أحمد القطاونة، المرجع السابق، ص ١٥٢ . و كذلك الدكتور سامي محمد فريج، المرجع السابق، ص ١٤٣ . و كذلك أنظر دليلة جلول، المرجع السابق، ص ٨٤ .

^{١١٩٤} المحامي حازم سمير خرفان، المرجع السابق، ص ١٤٧ .

الفرع الثالث

حقوق الوسيط

هناك جملة من الحقوق، تترتب للوسيط على الأطراف تتمثل هذه الحقوق بما يلي:
أولاً: يقع في مقدمة هذه الحقوق أن الوسيط الذي تمّ إختياره من قبل الأطراف هو صاحب الحق في نظر النزاع و هو حق شخصي له، و نتيجة لذلك لا يجوز للأطراف عرض النزاع على وسيط آخر، و إلا يعتبر ذلك إخلالاً بالتزامها تجاه الوسيط، و يمكن لهذا الأخير في هذه الحالة إقامة دعوى للمطالبة بالتعويض عن الأضرار التي أصابته جراء فعل الأطراف .

ثانياً : قبول القيام بمهمة الوساطة صريحاً أو ضمناً^{١١٩٥} أو عدم قبولها من الحقوق المقررة للوسيط فلا يجوز إجباره على قبول الوساطة في نزاع لا يرغب فيه، لأنه و كما أسلفنا أنفاً، فإن مهمة قبول أو رفض مهمة الوسيط هي إختيارية و له مطلق الحرية في قبولها أو رفضها.

و إذا كان للوسيط الحرية في قبول القيام بمهمة الوساطة من عدمها فإنه ينبغي في حالة قبولها من جانبه أن يكون القبول نهائياً و بدون تحفظات و أن لا تكون موافقته معلقة على شرط أو مضافة إلى أجل، فلا يجوز أن يكون الوسيط متردداً و قبول الوسيط لمهمته قد تكون صريحة أو ضمنية، شفوية كانت أم خطية .

و كذلك الحال إذا رفض الوسيط المهمة فإنه غير مُلزم بأن يوضح أسباب الرفض^{١١٩٦}، فالأمر يعود له إن شاء ذكرها و إن شاء لم يذكرها، و الرفض قد يكون كتابياً أو شفوية صريحاً أو ضمناً .

ثالثاً: هناك التزام على الأطراف تجاه الوسيط، و هو حقه بمجرد قبوله مهمة الوساطة إحترامه و عدم الإساءة إليه و مخاطبته بإحترام و معاملته بحسن نية^{١١٩٧} و إحترام الحديث معه، و إتباع ما يُقرره من تعليمات لحل النزاع، و مساعدته بتقديم المعلومات الضرورية لإظهار الحقيقة .

رابعاً : للوسيط حق التنحي في أي وقت يشعر به أن إستمراره بالعمل سيُشكل له حرجاً أو أنه غير قادراً على القيام بعمله بشكل حيادي^{١١٩٨}، و ذلك إن إستجد من الظروف و الأسباب ما يضطره إلى الإستقاله، أو إذا أصيب الوسيط بعجز أو مرض منعه من متابعة عمله .

و نحن من جانبنا نرى أنه و بالرغم من عدم إعتبار الوسيط قاضياً و حيث لم يرد نصاً خاصاً يُبين حالات رد الوسيط، فإننا من جانبنا نرى أن حالات رد القاضي و المُحكّم هي ذات حالات رد الوسيط، بمعنى أنه فيما إذا أراد الأطراف رد الوسيط فيمكن تطبيق نص المادة (١٣٢) من قانون أصول المحاكمات المدنية .

خامساً : حق الوسيط في عدم عزله إلا لسبب مشروع، إذ لا يجوز عزل الوسيط إلا لسبب مبرر مثل عدم حياده و عدم إستقلاليتّه، كما لا يجوز عزل الوسيط حسب مزاج الأطراف وأهوائهم^{١١٩٩} .

^{١١٩٥} الباحث علي محمود الرشدان، المرجع السابق، ص ٩١ .

^{١١٩٦} أنظر في ذلك الدكتورة دليلة جلول، المرجع السابق، ص ٥٥ .

^{١١٩٧} أنظر في ذلك الدكتورة دليلة جلول، المرجع السابق، ص ٤٢ .

^{١١٩٨} علاوة هوام، المرجع السابق، ص ٥٠ .

^{١١٩٩} الدكتور خيرى عبد الفتاح السيد البتانوني، المرجع السابق، ص ١٣١ .

سادساً : منحت المادة (١٧٥) من قانون العمل المصري^{١٢٠٠} للوسيط الصلاحيات لإتخاذ أي إجراء في سبيل فحص النزاع و الوصول إلى رأي فيه، فأجاز القانون للوسيط مثلاً الإطلاع على ملف النزاع وسماع أقوال أطراف النزاع، و له أيضاً بعد موافقة الأطراف أن يستمع لكل شخص يقبل بذلك و يرى في سماعه فائدة لتسوية النزاع^{١٢٠١}، و يمكن للوسيط القضائي دون الحاجة لموافقة الأطراف أن يستعين بمستشارين أو خبراء متخصصين كالمحامين و المحضرين القضائيين للإستفهام حول بعض المسائل القانونية^{١٢٠٢}، و كذلك من حق الوسيط على الأطراف تقديم المعلومات و البيانات التي تسهل عليه أداء مهمته^{١٢٠٣}.

سابعاً : من صلاحيات الوسيط في حالة الوساطة القضائية الرجوع للقاضي الذي كلفه بالمهمة في حالة مواجهته أي عائق أو أية صعوبات ليتمكن من إتخاذ الإجراءات اللازمة والضرورية متى كان ذلك ممكناً^{١٢٠٤}.

ثامناً: حق الوسيط بالحصول على أتعابه و نفقاته سواء انتهت الوساطة في الوصول إلى تسوية ثرضي الطرفين أو كانت نتيجة الوساطة الفشل، شريطة أن لا يكون الفشل نتيجة إهمال الوسيط أو سوء نيته، و تشمل نفقات الوسيط المبالغ المالية التي دفعها الوسيط في السفر من موطنه إلى مكان الوساطة أو المصاريف التي تكبدها للانتقال من مكان الوساطة لمكان المشروع، وكذلك نفقات الإقامة و نفقات المساعدين و الخبراء الذين إستعان بهم الوسيط ما لم يكن الوسيط قد تنازل عن أتعابه، و يجب أن تكون الأتعاب متناسبة مع طبيعة النزاع و الجهد والوقت الذي يبذله الوسيط .

و تتحدد أتعاب الوسيط بالإتفاق بينه و بين أطراف النزاع و يتم تحديد الطرف الذي سيتحمل دفعها كلها أو بعضها، و قد يكون الدفع بين طرفي النزاع مُناصفة، و في حال عدم وجود إتفاق يجوز للوسيط أن يقوم بتقديرها و تحديد كيفية دفعها و من سيتحملها في التوصية التي سيصدرها.

و قد تحدد أتعاب الوسيط و المصاريف بإتفاق مع طرفي النزاع من خلال أنظمة و لوائح و مؤسسات و هيئات و مراكز الوساطة، و إذ لم يوجد إتفاق بشأن أتعاب الوسيط فيمكن تحديده من خلال القضاء و يجوز لمن دفع من طرفي النزاع الرجوع على الطرف الأخر بمقدار نصيبه من مستحقات الوسيط .

المطلب الرابع

^{١٢٠٠} نصت المادة (١٧٥) من قانون العمل المصري " للوسيط كافة الصلاحيات في سبيل فحص النزاع و الإلمام بعناصره و له على وجه الخصوص سماع طرفي النزاع و الإطلاع على ما يلزم من مستندات، و على الطرفين تقديم ما يطلبه الوسيط من البيانات و المعلومات التي تعينه على أداء مهمته " .

^{١٢٠١} الدكتور دليلة جلول، المرجع السابق، ص ٤٩ .

^{١٢٠٢} الدكتور دليلة جلول، المرجع السابق، ص ٥٧ .

^{١٢٠٣} الدكتور أحمد السعيد الزقرد، قانون العمل شرح للقانون العمل الجديد رقم ٢٠٠٣/١٢، المكتبة العصرية للنشر و التوزيع، ٢٠٠٧، المنصورة، ص ٥٧٩ و كذلك الدكتور محمد حسين منصور، قانون العمل " ماهية قانون العمل، عقد العمل الفردي، عقد العمل الجماعي، النقابات العمالية، المنازعات الجماعية، التسوية و الوساطة و التحكيم و الإضراب و الإغلاق " دار الجامعة الجديدة، ٢٠٠٧، ص ٤٩٥ .

^{١٢٠٤} الدكتور دليلة جلول، المرجع السابق، ص ٤٩ .

إجراءات الوساطة و آثارها

أسلفنا أن الوساطة هي طريق بديل يلجأ إليه الأطراف بإرادتهم الحرة لتسوية النزاعات الناشئة بينهم، و لما كان اللجوء إلى الوساطة يتم بتراضي الأطراف و باعتبارها طريق إستثنائي عن القضاء، فإن للأطراف و الوسيط مطلق الحرية في تنظيم إجراءات الوساطة بالطريقة التي يرونها مناسبة^{١٢٠٥} و تحقق هدفهم المنشود منها و هو الوصول إلى تسوية يرضى بها الأطراف المتنازعة. فإذا كانوا قد لجئوا للوساطة بإختيارهم فمن باب أولى أن يتولون تحديد هذه الإجراءات و هم أعلم بمصالحهم .

وتبدأ إجراءات الوساطة بإيداع طالب الوساطة لدى الوسيط أو مركز الوساطة و نسخة منه إلى الطرف الآخر و يشمل هذا الطلب اسم طالب الوساطة و عنوانه و اسم الطرف الآخر و عنوانه و بيان لوقائع النزاع و تحديد المسائل محل الخلاف و المستندات المؤيدة لطلبه و إذا لاحظنا هذه البيانات لوجدناها ذات بيانات لائحة الدعوى .

و بعد ذلك يقوم الوسيط أو مركز الوساطة بإبلاغ طلب الوساطة إلى الطرف الأخر خلال المدة المقررة و بالطريقة المتفق عليها إذ قد تكون خطاب مسجل أو بطريق المحضرين أو الفاكس أو بأي طريقة أخرى يرونها مناسبة

و نلاحظ و عند رجوعنا لقواعد القانون النموذجي للتوفيق التجاري الدولي الأونسيترال لعام ٢٠٠٢ نجد المادة (٢/٦) تنص على ما يلي : في حال عدم الإتفاق على الطريقة التي يجري بها التوفيق (الوساطة)، يجوز للموفق (الوسيط) تسيير إجراءات التوفيق بالطريقة التي يراها الموفق (الوسيط) مناسبة، مع مراعاة ظروف القضية و أي رغبات قد يُبديها الطرفان و الحاجة إلى تسوية سريعة للنزاع " .

و يشمل معنى هذا النص أنه و في حالة خلو إتفاق الأطراف على طريقة تبليغ طلب الوساطة أو المستندات و الوثائق، أمكن تبليغ هذه الأوراق بالطريقة التي يراها الوسيط مناسبة، مُراعياً في ذلك ظروف الدعوى و الحاجة إلى تسوية النزاع، و من البديهي أنه يجب عليه بالإضافة إلى ما ذكر مراعاة السرعة و مرونة الإجراءات .

و في هذا المطلب سنتناول إجراءات الوساطة في فرعين، نتناول في الفرع الأول مراحل الوساطة و في الفرع الثاني إنتهاء الوساطة و آثارها بالنسبة للوسيط و للأطراف .

الفرع الأول

مراحل الوساطة

يتبين لنا من نص المادة الثالثة من قانون الوساطة الأردني لتسوية النزاعات، أن مراحل الوساطة تتمحور بعدة أمور إبتداءً بالجلسة التمهيدية ثم الجلسة المشتركة ثم المغلقة و إنتهاءً بالتسوية و الوصول إلى إتفاق، و في هذا الفرع سنبيّن هذه الإجراءات في عدة بنود .

البند الأول : جلسة أولية أو تمهيدية

يعقد الوسيط جلسات تمهيدية مشتركة بين طرفي النزاع يقوم الوسيط خلالها ببث الثقة بينه و بين الأطراف و لا يدخل بتفاصيل النزاع^{١٢٠٦} كذلك يقوم الوسيط بالتعريف بنفسه و التعريف بالخبرات التي يمتلكها و الطلب من الخصوم بالتعريف بأنفسهم، و يعرض الوسيط نمط إجراءات عملية الوساطة، و يُبين

^{١٢٠٥} الدكتور بكر عبد الفتاح السرحان، المرجع السابق، ص ٦٣ .

^{١٢٠٦} الباحث محمد أحمد القطاونة، المرجع السابق، ص ١١٥

الوسيط للأطراف أهمية الوساطة كأحد الحلول البديلة لفض المنازعات^{١٢٠٧}، ويؤكد الوسيط للأطراف حياديته وإستقلاليته، وتذكير الأطراف أن إجراءات الوساطة سرية^{١٢٠٨}.

حقيقة أن للجلسة الأولية أثر كبير و دور فعّال لأنها تُمكن الوسيط من توضيح الأسس التي سُنبنى عليها الوساطة و إزالة الخوف و الشك و الغموض الذي يعتري الأطراف كذلك لهذه الجلسة فائدة تتمثل في بناء الثقة بين الأطراف و الوسيط و إزالة الحواجز بين الأطراف أنفسهم و بين الوسيط، مما يُشجع الأطراف في التوصل لتسوية و يجذب اهتمامهم في الحصول على المساعدة المُبتغاة من جانب الوسيط .

البند الثاني : عقد جلسات مشتركة

تلي الجلسة الافتتاحية مرحلة جمع المعلومات و معرفة طبيعة النزاع إذ يقوم الوسيط بالطلب من المدعي شرح وجهة نظره و تقديم إدعاءاته و الأسانيد التي يستند إليها و مطالباته ثم يطلب من المدعى عليه شرح وجهة نظره و ذلك لتحديد القضايا محل النزاع و مصالح طرفي النزاع دون التعمق في الجوانب القانونية .

و في هذه الجلسة يجب على الوسيط أن يقوم بتحديد المسائل المُتنازع عليها بين الأطراف وذلك من خلال قراءة إِدعاءات كل طرف و السماع لوجهة نظره و كذلك حصر النقاط المتفق عليها بين الأطراف، و يحاول الوسيط بذل قصارى جهده لتقريب وجهات النظر بين الطرفين .

و تتمثل أهمية هذه الجلسة أن الوسيط يسعى من خلالها الإطلاع على وقائع النزاع المُحال إليه، و إستيعاب إهتمامات الأطراف، و على الوسيط في هذه المرحلة التركيز على الجانب الجوهري للنزاع و الجانب الإجرائي لعملية الوساطة و الجانب العاطفي للخصوم إتجاه بعضهم البعض، و ذلك لضمان ممارسة إجراءات الوساطة بشكل جيد.

و يلجأ الوسيط بعد عرض الأطراف لنزاعهم و حججهم و أسانيدهم إلى إعادة ضياغة هذه المواقف من خلال توجيه مجموعة من الملاحظات و الأسئلة الإستفهامية لأطراف النزاع أو لأحدهم بهدف إستيعاب النزاع و دفعهم لرؤية نزاعهم من زوايا و أبعاد أخرى لم يلاحظوها من قبل، و يرى البعض أن طريقة طرح الأسئلة الإستفهامية يعتبر عنصراً مهماً في هذه المرحلة لأنه يوضح مدى فهم الوسيط لموقف و وجهة نظر كل طرف و إكتشافه لمصالحه، و كذلك فإن طريقة طرح الأسئلة تُبيّن النمط الذي سيستخدمه الوسيط للقيام بمهمته^{١٢٠٩}.

و يقيم الوسيط ما تم عرضه خلال الجلسة من كلا الطرفين و يقوم بدراسة موضوع النزاع وحيثياته و مواقف الأطراف و يقيم الوضع الحالي الذي آلت إليه الوساطة .

البند الثالث : جلسات إنفرادية أو مُغلقة

قد يطلب الوسيط من الأطراف الإنفراد بكل طرف على حده في جلسة مُغلقة، لفهم النزاع بشكل متعمق، و جمع بيانات أكثر حول موضوع النزاع لتحديد المصالح الخاصة و المشتركة التي يسعى لها كل طرف، و يهدف الوسيط أيضاً من عقد هذه الجلسات المُغلقة إلى الكشف عن الوقائع و الحقائق التي لم تكن قد أُثيرت في جلسات سابقة و التي قد يكون لها دور فعال في تسوية النزاع، و على الوسيط أن يُؤكد لكل طرف أن

^{١٢٠٧} الباحث علي محمود الرشدان، ص ١٢٧-١٢٨ و الباحثة هناء حسين العمري، المرجع السابق، ص ٩٥

^{١٢٠٨} الباحثة هناء حسين العمري، المرجع السابق، ص ٩٥ .

^{١٢٠٩} الباحث علي محمود الرشدان، المرجع السابق، ص ٦٧ .

هذه الجلسات سرية بين الطرف المجتمع مع الوسيط والوسيط بمعنى أن ما يتم تداوله خلالها لا يتم إخبار وإطلاع الطرف الآخر عليه إلا بناءً على موافقته^{١٢١٠}.
و على الوسيط أن يُفَرِّق بين ما يقوله الطرف و بين إهتماماته الحقيقية، ذلك أن الشخص يتكلم عادة عن أسباب المشكلة و ليس عما يريد^{١٢١١}.

و نحن من جانبنا نرى أن لعقد الجلسات الإنفرادية فوائد تتمثل في مناقشة بدائل لحل النزاع والمخاطر المحتملة ومحاولة إيجاد الخيارات و تقييمها للوصول إلى إتفاق مشترك لتسوية النزاع و تحقيق مكاسب لكل من الطرفين ليكونا خصمين رابحين بعد قيام الوسيط بما يراه مناسباً لتقريب وجهات النظر كسماع الرأي و تقديم الأدلة و عرض الأسانيد القانونية، كذلك نرى أن الجلسات المغلقة في الوساطة لها فائدة تتمثل بجمع المزيد من المعلومات حول ماهية النزاع و البحث في احتمالات التسوية.

البند الرابع : جلسات لتقريب وجهات النظر

يلي الجلسات الإنفرادية أو المغلقة عقد جلسة أو جلسات مشتركة بين الأطراف بهدف إمكانية تبادل المقترحات و الحلول لتسوية النزاع، و في هذه الجلسة يعطى كل طرف الفرصة لتقديم مجموعة من الحلول و الإقتراحات التي يراها من وجهة نظره مناسبة لتسوية النزاع و إنهاؤه و يخدم مصالح الأطراف^{١٢١٢}.

و في حقيقة الأمر، أن الوسيط و كقاعدة عامة لا يجوز له أن يُبدي للخصوم رأيه الشخصي حول موضوع النزاع محل الوساطة و إن وافقت الأطراف المُتنازعة على ذلك، فلا يجوز للوسيط أن يفصح عن آرائه و أفكاره بإعتبار أن عملية الوساطة تتعلق بالأطراف فضلاً عن أساس الوساطة هو الثقة فإذا ما أبدى الوسيط رأيه في موضوع النزاع و كان هذا الرأي لصالح أحد الأطراف، إعتبره الطرف الآخر مُحاذاً و غير مُحايد و ينتفي الأساس الذي قامت عليه الوساطة و هي الثقة بين الأطراف و الوسيط^{١٢١٣}.

إلا أن المشرع الأردني في المادة السادسة من قانون الوساطة الحالي، أعطى للوسيط الحق لإبداء رأيه للأطراف حول موافقهم في النزاع الناشئ بينهم بنصها "... ويجوز له لهذه الغاية ابداء رأيه وتقديم الأدلة و عرض الاسانيد القانونية والسوابق القضائية وغيرها من الاجراءات التي تسهل اعمال الوساطة".

و بناءً على هذا النص يستطيع الوسيط أن يُبدي رأيه في موضوع النزاع و الذي يُشكل رأياً قانونياً من شخص محايد مختار من قبل الأطراف، يُظهر للأطراف مركزهم القانوني في الدعوى، بإعتباره و سيطاً قضائياً أو خصوصياً أو وسيطاً مختاراً من قبل الأطراف .

و للوسيط أيضاً أن يعرض الأسانيد القانونية و أن يقيّم الأدلة _ و المقصود بالأسانيد القانونية النصوص القانونية التي تُعالج موضوع المطالبة القضائية و أن يبين النص القانوني الواجب التطبيق على النزاع .

أما فيما يتعلق بتقييم الأدلة و البيّنات المُقدمة من كلا الطرفين، فللوسيط أن يوازن الأدلة المُقدمة من كل طرف من حيث القوة والحجية و مدى جديتها في تقديمها، فمثلاً قد يعتمد رب العمل أو المقاول على أدلة لا يجوز تقديمها للمحكمة، فيما إذا عرض النزاع عليها، فإذا ما علم صاحب هذه الأدلة أن أدلته لا تكفي لإثبات دعواه أو حجبتها غير كافية . فهذا يشجع الأطراف على تسوية نزاعهم بالوساطة .

أما فيما يتعلق بالسوابق القضائية، فقد منح القانون الوسيط الحق في عرض الإجتهاادات القضائية الصادرة من المحاكم و المتعلقة في النزاعات و التي تشبه النزاع المعروض على الوسيط، علماً أن النظام القانوني

^{١٢١٠} رلى صالح أحمد أبو رمان، المرجع السابق، ص٧٦ .

^{١٢١١} الدكتور أحمد عبد الكريم سلامة، المرجع السابق، ص٧٢ .

^{١٢١٢} رلى صالح أحمد أبو رمان، المرجع السابق، ص٧٧ .

^{١٢١٣} الباحث علي محمود الرشدان، المرجع السابق، ص ١٠٧ .

الأردني لا يأخذ بالسوابق القضائية، فالقاضي غير ملزم بإتباع سابقة قضائية سبق عرضها على القضاء إذا ما عرض عليه نزاع مشابه لذلك الذي تم الفصل فيه، إلا أن القاضي يرجع لمثل هذه القرارات والاجتهادات للإستئناس بها والتي قد تُشكل رأياً إستشارياً له .

و نحن من جانبنا نرى أنه كان يفترض على المشرع ضبط نشاط الوسيط مهما كان نوعه، و تحديد الوسائل التي يُمكن أن يتبعها لتقريب وجهات النظر، لأن منح المشرع الوسيط السلطة المطلقة في اتخاذ ما يراه مناسباً لتقريب وجهات النظر لمقاصد الوصول إلى حل ودي للنزاع، و منحه السلطة في إبداء رأيه وتقييم الأدلة و عرض الأسانيد القانونية والسوابق القضائية وغيرها من الإجراءات التي تسهل أعمال الوساطة **عدة مخاطر من ناحيتين :**

الأولى : قد يُلج الوسيط بطريقة أو بأخرى على أحد الخصوم أو عليهم بطريقة يفقدون التفكير و التدبر و التركيز، فقد يركز الوسيط على نقاط الضعف لأحد الأطراف لإقناعه بفكرة تسوية النزاع، الأمر الذي يُرتب عليه أستسلام الخصم لمثل هذا الأمر .

الثانية : أن الطرف الذي أفهمه الوسيط أن موقفه أقوى من الطرف الأخر قد يتشدد و يبتعد عن فكرة تسوية النزاع بطريق الوساطة .

البند الخامس : جلسة نهائية أو ختامية

إذا توصل طرفا النزاع إلى تسوية النزاع بفضل جهود الوسيط في تقريب وجهات النظر و بين الأطراف الذين تعاونوا مع الوسيط في التوصل إلى حل بعيد عن القضاء، يقوم الوسيط بمساعدة وكلاء الخصوم القانونيين بصياغة حلهم للنزاع في صورة إتفاق مكتوب يتصف بالدقة والوضوح و بعيداً عن الغموض، وقد تشمل تلك التسوية نزاعات أخرى مرتبطة بالنزاع موضوع الدعوى و تحقق هذه التسوية مصالح طرفي النزاع .

الفرع الثاني

إنتهاء عملية الوساطة و أثارها

سنتناول في هذا الفرع بندين، نتناول في الأول إنتهاء عملية الوساطة و أما في البند الثاني سنتناول آثار الوساطة بالنسبة للأطراف و الوسيط .

البند الأول : إنتهاء عملية الوساطة

إذا بدأت عملية الوساطة دون عوائق قانونية مثل إنعدام أهلية الموقعين على إتفاق الوساطة أو إنعدام محل الوساطة أو زواله أو عدم تحديده و ما إلى ذلك من أسباب، فكيف تنتهي عملية الوساطة ؟ لقد نصت قواعد التحكيم التجاري و إجراءات الوساطة للهيئة الأمريكية للتحكيم (AAA)، وكذلك إجراءات حل النزاعات الدولية للمركز الدولي لحل المنازعات ICDR على أن إجراءات الوساطة **تنتهي في أحد ثلاث حالات : الأولى،** إذا تم التوصل إلى إتفاق تسوية بين الأطراف **و الثانية:** إذا صرح الوسيط كتابياً أن الوساطة و صلت إلى طريق مسدود و أن أي جهوداً أخرى لن تُثمر، و الثالثة : إذا صرح أحد الأطراف كتابياً أن إجراءات الوساطة قد إنتهت .

هذه الشروط تعني ببساطة أن عملية الوساطة تنتهي إذا تم التوصل إلى إتفاق أو إذا وجد الوسيط أن الإستمرار بعملية الوساطة أصبح غير مُجدٍ، أو إذا كان طرف من أطراف النزاع لا يرغب الإستمرار بعملية الوساطة^{١٢١٤} .

و إذا إنتهت الوساطة دون التوصل إلى إتفاق تسوية، فإنه يجب على الوسيط كتابة محضر يُبين الجهود الذي بذلها و لا يكون هذا المحضر مُسبباً^{١٢١٥} و إذا إنتهت الوساطة بالوصول على إتفاق، فهل يجب كتابة هذا الإتفاق و التوقيع عليه من قبل الأطراف ؟ الجواب ليس دائماً، ففي قانون الوساطة الأردني يجب كتابة

^{١٢١٤} الدكتور عصام عبد الفتاح مطر، المرجع السابق، ص ٣٨٢ .

^{١٢١٥} الدكتورة هدى جمال الدين الأهواني، المرجع السابق، ص ٧٨ .

إتفاق الوساطة و توقيعه من أطراف النزاع حسب المادة (٧/ب)، و كذلك إذا كانت الوساطة حره أي بإرادة الأطراف أنفسهم، فلا بد من الكتابة لإمكانية توضيح الأطراف على ما إتفقوا عليه و لإمكانية تصديق الإتفاق من المحكمة .

بعض منظمات و مراكز الوساطة تُعتبر تقرير الوسيط كافياً دون توقيع الأطراف، ففي هذه الحالة لا يتم كتابة إتفاق الوساطة و يُكتفى بتقرير الوسيط، ومثال ذلك نظام المُصالحة والتحكيم لدى غرفة تجارة و صناعة قطر حيث تنص المادة الرابعة من هذا النظام أن قرار لجنة المُصالحة مُلزم للأطراف المُتنازعة إذا إلزم الأطراف لدى عرض نزاعهم على لجنة الوساطة بقبول قرار اللجنة و تنفيذه أو إذا فُوضت لجنة الوساطة من قبل الأطراف بحل النزاع عن طريق الصلح و التوفيق دون التطبيق الحرفي لنصوص القانون أو إذا كان هناك إتفاق بين الأطراف قبل نشوء النزاع على حل النزاع بالوساطة دون اللجوء إلى القضاء و التحكيم .

و نرى أنه في حالة الوساطة الحره إذا إتفق الأطراف في شرط أو مُشاركة الوساطة على قبول حل النزاع الذي يراه الوسيط مُناسباً، ففي هذه الحالة لا يُشترط كتابة إتفاق آخر و توقيعه من قبل الأطراف و يُكتفى بتقرير موقع من الوسيط .

و سواء كان إتفاق حل النزاع موقعاً من الأطراف أو إكتفي بتقرير الوسيط فيجب تصديقه من المحكمة المُختصة و يتم إرفاق شرط أو مُشاركة الوساطة مع طلب التصديق ليكسب إتفاق التسوية الموقع من الأطراف أو تقرير الوسيط صفة الحكم القطعي .

و نص قانون الوساطة الأردني بالمادة (٧/ب) على أن إتفاقية التسوية تكتسب درجة الحكم القطعي بعد تصديقها من القاضي، و على هذا الأخير قبل تصديق إتفاق الوساطة أو قرار الوسيط أن يتأكد من عدم مُخالفته للنظام العام و عدم صدور حكم قضائي أو تحكيمي بالنزاع، و يتأكد من أهلية الأطراف، و أن القاضي مُختص بنوع النزاع .

و عند إنتهاء عملية الوساطة على الوسيط إعادة جميع الوثائق و المُستندات و الأوراق إلى الأطراف، و لا يحتفظ بأي صورة عنها.

البند الثاني : آثار الوساطة بالنسبة للأطراف و الوسيط

ترتب الوساطة آثاراً بالنسبة للأطراف و الوسيط، و في هذا البند سنتناوله في أمرين: الأول آثار الوساطة بالنسبة للأطراف و الأمر الثاني آثار الوساطة بالنسبة للوسيط .

الأمر الأول : آثار الوساطة بالنسبة للأطراف

إذا نجحت جهود الوسيط في تقريب وجهات النظر، و توصل الأطراف إلى حل يرتضوه بفضل تفاهمهم و بفضل جهود الوسيط و خبراته، و تم إبرام إتفاق التسوية بين الأطراف، فإنه يصبح هذا الإتفاق و مُلزماً للأطراف و تعين عليهم تنفيذ بنوده و أحكامه، و إلا تعرضوا للمسؤولية القانونية عن خرق أحكام تعاقدية طبقاً لقاعدة العقد شريعة المتعاقدين^{١٢١٦} .

فقد نصت المادة (١٤) من قواعد القانون النموذجي للتحكيم التجاري الدولي الأنوسترال لعام ٢٠٠٢ " إذا أبرم الطرفان إتفاقاً يسوي النزاع، كان ذلك الإتفاق مُلزماً و واجب النفاذ " .

و كذلك المادة (٤) من القواعد العامة لمركز الوساطة و المصالحة بمركز القاهرة الإقليمي للتحكيم للتجاري الدولي " تكون التسوية التي يصل إليها الأطراف عن طريق المُحايد (الوسيط) المُختار و التي يوقعون بالموافقة عليها مُلزماً لهم، و تكون في قوة إلزام أي عقد مُبرم بينهم " .

و هذه هي الغاية المرجوة من اللجوء لعملية الوساطة، إذا توصل كل طرف من أطراف النزاع إلى حل يرتضاه بفضل جهود الوسيط و تقريب وجهات النظر و تفهمهم، و لا شك أن هذه النهاية للوساطة

^{١٢١٦} الدكتور أحمد عبد الكريم سلامة، المرجع السابق، ص ٨٤

تخرج الطرفين رابحين، إذ لو استمروا بإجراءات القضاء لإزدادت عليهم التكاليف و المدة الزمنية لحل النزاع .

و بإصدار التوصية تنتهي إجراءات الوساطة و تنتهي مهمة الوسيط^{١٢١٧}، و معنى ذلك أنه لا يجوز لهذا الأخير في مباشرة أي إجراء أو تلقي أي طلبات جديدة من طرفي النزاع و إن كان ميعاد الوساطة ممتداً، لأن في ذلك تجاوزاً لحدود مهمة الوساطة بمقتضى إتفاق الوساطة، و ذلك ما لم يتم بين طرفي النزاع على إتفاق وساطة جديدة .

و بفضل جهود الوسيط و ثقة الأطراف به فقد تشمل تلك التسوية للنزاع تسوية نزاعات أخرى مرتبطة بالنزاع الأصلي .

و إما أن تفشل الوساطة^{١٢١٨} إما بسبب تباعد الأفكار و وجهات النظر بينهم و تمسك كل طرف بوجهة نظره، أو إذا قدم الوسيط مقترحات و توصيات و رفضها الأطراف .

و في هذه الحالة، أي في حالة فشل الوساطة فإن ذلك لا يؤثر على موقف أطراف النزاع و لا على حقوقهم القانونية بل تبقى قائمة و يستطيع أي طرف من الأطراف بعد فشل عملية الوساطة اللجوء إلى القضاء أو للتحكيم، لأنه يكون بهذه الحالة قد أزيل الأثر السالب للوساطة وهو إمتناع المحكمة النظامية أو محكمة التحكيم من النظر في النزاع بسبب وجود إتفاق الوساطة^{١٢١٩} .

^{١٢١٧} يجوز لطرفي النزاع تصحيح الخطأ المادي في محضر الإتفاق على الحل الودي بالوساطة، كما يجوز لهيئة الوساطة أن تصحح من تلقاء نفسها أو بناء على طلب أحد طرفي النزاع أي خطأ مادي أو حسابي أو مطبوعي أو أية أخطاء ذات طبيعة مماثلة واردة في التوصية كما يجوز لها إكمال النقص الذي يعتري التوصية أو أن تقوم بتفسير التوصية و ذلك بعد إصدار التوصية و قبل التصديق على محضر الإتفاق على الحل الودي من المحكمة المختصة. أنظر الدكتور عاشور مبروك، المرجع السابق، ص ٢٠١

^{١٢١٨} في الواقع نلاحظ أن الوساطة لا تنجح بسبب تأكد الوسيط أنه من الصعب التوصل إلى تسوية ودية للنزاع كعدم حضور أحد الأطراف و عدم إشتراكه في إجراءات الوساطة أو عدم تعاون الأطراف أو أحدهما أو عدم إبداء رغبته في تسوية النزاع ودياً، و كما هو معلوم أن التعاون هو أهم الأسس و العوامل الذي تقوم عليه الوساطة و تساهم في نجاحها .

^{١٢١٩} نصت المادة (١٣) من القانون النموذجي للتوفيق التجاري الدولي اليونسيفترال لعام ٢٠٠٢ " حيثما يكون الطرفان قد إتفقا على التوفيق (الوساطة) و تعهدا صراحة بأن لا يستهلا خلال فترة زمنية معينة، أو إلى حين وقوع حدث معين، إجراءات تحكيمية أو قضائية فيما يتعلق بنزاع حالي أو مستقبلي، تنفذ هيئة التحكيم أو المحكمة مفعول ذلك التعهد إلى أن يتم الإمتثال لأحكامه، إلا بالقدر الذي يراه أحد الطرفين لازماً لصون حقوقه، و لا يعتبر إستهلال تلك الإجراءات في حد ذاته تخلياً عن إتفاق التوفيق (الوساطة) أو إنهاء إجراءات التوفيق (الوساطة) . "، و لا يوجد أي نص ينظم هذه المسألة في قواعد الوساطة الخاصة بمركز الوساطة و المصالحة بمركز القاهرة الإقليمي للتحكيم التجاري الدولي لعام ١٩٩٠، و كذلك الحال في نظام المصالحة لغرفة التجارة الدولية (ICC) بباريس لعام ١٩٩٨ . و هكذا أيضاً الحال في قانون العمل المصري رقم (١٢) لسنة ٢٠٠٣، و قانون الوساطة الأردني .

و في جميع الأحوال، نجحت الوساطة أو فشلت يبقى على الأطراف إلزام و هو دفع أتعاب الوسيط، و لا يجوز لهم التذرع بعدم دفع أتعاب الوسيط^{١٢٢٠} بحجة أن الوساطة لم تنجح أو بحجة أن الوسيط لم يقدّم عمله، لأن إلزام الوسيط هنا إلزام ببذل عناية و ليس بتحقيق غاية .

الأمر الثاني : آثار الوساطة بالنسبة للوسيط

يقع على الوسيط إلزام سواء كانت الوساطة مؤسسية أو حرة، و سواء إنتهت مساعي الوسيط بالنجاح أو بالفشل، فيقع عليه واجب تحرير محضر نهائي يثبت فيه ما تم أثناء سير إجراءات الوساطة و يشمل ذلك ما تم عرضه من وقائع و ما قدمه الأطراف من مستندات و بيانات و أبداه الأطراف من طلبات و دفع و تقارير، خبره... إلخ، و النتيجة التي تم التوصل إليها هل تم إبرام تسوية صلح و تم إنهاء النزاع، أم تم رفض الأطراف لمقترحات و توصيات الوسيط، و يوقع المحضر من الأطراف و الوسيط^{١٢٢١}.

ويرى البعض أنه لا يلزم أن يقوم الوسيط بشخصه بتحرير المحضر، و إنما يجوز له أن يعهد بتلك المهمة إلى شخص أو أشخاص مُتخصصين يقومون بتحرير المحضر تحت إشراف الأطراف و الوسيط، و يجب أن تكون الصياغة واضحة و غير مُبهمة، حتى لا تكون غامضة و تترك مجالاً للتفسيرات التي قد تعطل تنفيذ الإتفاق^{١٢٢٢}.

و كذلك نرى أن كتابة محضر الوساطة له أهمية و هي إثبات إستفاد الوساطة، عندما يكون منصوص في العقد أنه يجب اللجوء للوساطة قبل اللجوء إلى التحكيم . فكما أسلفنا أن محكمة التحكيم يمتنع عليها نظر النزاع قبل إستفاد الوساطة، فبشافية الوساطة لا يمكن للأطراف إثبات إستفاد الوساطة أمام محكمة التحكيم .

و لتحرير محضر الوساطة و التصديق عليه من قبل الوسيط فائدة أخرى و هي التنفيذ، فكما ذكرنا أنفاً أن بمجرد إبرام إتفاق الوساطة يكتسب صفة الإلزام بعد توقيع الوسيط. فكيف يتنسى لأحد الأطراف تنفيذ إتفاق الوساطة دون أن يكون مكتوباً؟.

كذلك يقع على الوسيط إلزام سلبي و هو عدم نظره للنزاع إذا أصبح قاضياً أو محكماً، لأنه في هذه الحالة يكون قد كوّن في نظره فكرة مسبقة عن النزاع و مواقف أطرافه و يكون في هذه الحالة قد حكم بعلمه الشخصي و هذا يؤدي إلى بطلان الحكم^{١٢٢٣}.

^{١٢٢٠} هناك بعض المراكز و مؤسسات التحكيم و الوساطة تقوم بتحديد أتعاب الوسيط من ناحية قيمتها و طريقة سدادها و ضمانات السداد، كقواعد الوساطة و المصالحة بمركز القاهرة الإقليمي للتحكيم التجاري الدولي لعام ١٩٩٠ في المواد (١٨-١٩) .

^{١٢٢١} الفقرة (ج) من المادة السابعة من قانون الوساطة الأردني رقم (١٢) لسنة ٢٠٠٦ .

^{١٢٢٢} أحمد عبد الكريم سلامة، المرجع السابق، الهامش ص ٨٧.

^{١٢٢٣} نصت المادة (١٢) من القانون النموذجي للتوفيق التجاري الدولي اليونسترال لعام (٢٠٠٢) " لا يجوز للموفق (الوسيط) أن يقوم بدور محكم في نزاع شكل أو يشكل، موضوع إجراءات التوفيق، أو في نزاع آخر كان قد نشأ عن العقد ذاته أو عن العلاقة القانونية ذاتها، أو عن أي عقد أو علاقة قانونية ذات صلة به، ما لم يتفق الطرفان على خلاف ذلك .

الخاتمة

تناولنا في هذه الدراسة الوساطة كوسيلة من وسائل فض المنازعات تناولنا فيها ماهية الوساطة وتمييز الوساطة عن غيرها من الوسائل التي تشبه بها وأنواع الوساطة، الأحكام الخاصة بالوسيط، وأخيراً إجراءات الوساطة و آثارها بالنسبة للأطراف والوسيط **وتوصلنا لبعض هذه النتائج :**

أولاً : تبين لنا أن الوساطة هي وسيلة من وسائل تسوية النزاعات يتم اللجوء إليها بإرادة الأطراف الحرة الخالة من العيوب ، و تبين لنا أن للوساطة صور منها الشرط والمشاركة ، و وجدنا أنها تتميز ببعض الخصائص كالسرية والخصوصية والسرعة وغيرها من المميزات التي فضلتها عن اللجوء للقضاء .

ثانياً : تبين لنا من خلال هذا البحث أنه يتم استخدام تعبير الوساطة والتوفيق بالتبادل ويستعمل البعض تعبير الوساطة ليدل به على ما يُسميه البعض الآخر بالتوفيق، و تبين لنا كذلك أنه يتم استعمال مصطلح الوساطة والمصالحة بشكل تبادلي ولا يوجد إتفاق عالمي أو محلي للفرقة بين الأسلوبين ، فكلاهما وسيلتين لتسوية المنازعات بعيداً عن القضاء في بعض الحالات.

ثالثاً : تبين لنا أن المشرع المصري لم يتناول الوساطة في قانون مستقل كما فعل المشرع الأردني في قانون الوساطة لتسوية المنازعات المدنية رقم (١٢) لسنة ٢٠٠٦ .

رابعاً : لاحظنا أن المشرع الأردني لم يتناول بعض أنواع الوساطة كالوساطة المؤسسية والتحكيمية وإنما اقتصر على ذكر الوساطة القضائية والخصوصية والإتفاقية .

خامساً : لاحظنا أن المشرع الأردني قصر اللجوء للوساطة بعد وجود نزاع يُحال للمحكمة ، و لم يُبين حال لجوء الأطراف للوساطة قبل إحالة النزاع للمحكمة .

سادساً : تعرضنا أن شرط اتلوساطة شأنه شأن شرط التحكيم مستقل إستقلالاً تاماً عن العقد ، و أوضحنا أن بطلان العقد أو فسخه أو حتى إنعدامه ، لا يؤثر على شرط الوساطة بل يبقى صحيحاً .

سابعاً : بينا من خلال هذا البحث أن وجود شرط الوساطة ، لا يمنع المحكمة من نظر النزاع لعدم وجود نص واضح يمنع المحكمة بتوقفها عن نظر النزاع في حال وجود شرط وساطة كما هو الحال في التحكيم كما بينته و وضحته المادة (١٠٩) من قانون أصول المحاكمات المدنية الأردني.

ثامناً : تبين لنا من خلال هذا البحث أن الوسيط مهمته تقتصر على تقريب وجهات النظر ، و لا يصدر قرار ملزم للأطراف ، كما هو الحال بالنسبة للمحكم ، و بينا أن الوساطة يستطيع أي من الأطراف الرجوع عنها قبل تمام إجراءاتها .

تاسعاً : بينا أن للوسيط أن يتخذ كافة الإجراءات و ما يراه مناسباً لتقريب وجهات النظر ، و بينا أن من هذه الإجراءات أن ينفرد بالأطراف و أن ينقل وجهة نظرهم .

التوصيات

أولاً : نوصي بأن يفرد المشرع المصري قانوناً خاصاً للوساطة يتضمن تعريفاً محدداً لها و أن يضع الأحكام الخاصة بها ، و بين صورها لإلتزامات و حقوق الوسيط .

ثانياً : نوصي مشرعنا الأردني أن لا يقتصر اللجوء للوساطة على مشاركة الوساطة، بل ينص كذلك على شرط الوساطة أي يبين موقف الأطراف من اللجوء للوساطة قبل إحالة النزاع للمحكمة .

و كذلك نصت المادة (٤/١٧٢) من قانون العمل المصري بالنسبة للوسيط " ألا يكون قد سبق إشتراكه بأية صورة في بحث النزاع أو محاولة تسويته " . و نصت المادة (١٠) من قانون الوساطة الأردني " لا يجوز لقاضي الوساطة تحت طائلة البطلان النظر في موضوع الدعوى التي سبق و أن أحيلت إليه للوساطة " .

ثالثاً : نوصي مشرعنا الأردني أن يأتي بنص صريح يبين موقف المحكمة من وجود شرط الوساطة ، هل تمتنع عن نظر النزاع أم تستمر بالنظر به باعتبار نص المادة ١٠٩ لم يأمر المحكمة بعدم قبول الدعوى في حال وجود شرط وساطة .

رابعاً : نوصي المشرع الأردني بالنص صراحة على الوساطة المؤسسية و النص صراحة على بعض المؤسسات التي تتولى القيام بعملية الوساطة لما تتوفر في هذه المؤسسات أشخاص ذو مهارات و إختصاص و خبرة في القيام بعملية الوساطة .

قائمة المراجع

- ١_ الدكتور مصطفى عبد المحسن الحبشي، التوازن المالي في عقود الإنشاءات الدولية " دراسة لکیفة تحقيق التوازن المالي في هذه العقود دراسة مقارنة، دار الكتب القانونية، مصر، المحلة الكبرى، ٢٠٠٨.
- ٢_ الدكتور محمد فؤاد الحريري، آليات تسوية المنازعات في عقود الفيدك النموذجية، دار النهضة العربية، ٢٠١٢.
- ٣_ المستشار الدكتور محمد عبد المجيد اسماعيل، عقود الأشغال الدولية و التحكيم فيها، منشورات الحلبي الحقوقية.
- ٤_ الدكتور محمد إبراهيم موسى، التوفيق التجاري الدولي و تغیر النظرة السائدة حول سبل تسوية منازعات التجارة الدولية، دار الجامعة الجديدة، الإسكندرية، ٢٠٠٥.
- ٥_ الدكتور خيرى عبد الفتاح السيد البتانوني، الوساطة كوسيلة بديلة لفض المنازعات المدنية و التجارية، الطبعة الثانية، دار النهضة العربية، القاهرة، ٢٠١٢ .
- ٦_ عبد الحميد الأحديب ، موسوعة التحكيم وثنائك تحكيمية ، الكتاب الثالث ، الطبعة الثالثة ، منشورات الحلبي الحقوقية ، لبنان ، ٢٠٠٨.
- ٧_ الدكتور منير محمود بدوي، الوسيط و دور الطرف الثالث في تسوية المنازعات، مجلة دراسات مستقبلية، العدد الثامن يوليو ٢٠٠٣، مركز دراسات المستقبل _ جامعة أسيوط " ج.م.ع.
- ٨_ الدكتور عمر مشهور حديثة الجازي، ندوة بعنوان " الوساطة كوسيلة بديلة لتسوية المنازعات " (الوساطة كوسيلة لتسوية منازعات الملكية الفكرية)، جامعة اليرموك، إربد، ٢٨ كانون أول ٢٠٠٤ .
- ٩_ الدكتور أيمن مساعدة، الوساطة كوسيلة لتسوية النزاعات المدنية في القانون الأردني، عمان، مجلدات جامعة اليرموك، المجلد (٢٠) عدد (٤)، ٢٠٠٤.
- ١٠_ الدكتور أحمد عبد الكريم سلامة، نظام الوساطة كبديل عن القضاء في تسوية المنازعات ودياً، أكاديمية شرطة دبي، السنة الثانية و العشرون، العدد الأول، يناير ٢٠١٤.
- ١١_ الدكتور أحمد محمد الصاوي، تسوية المنازعات الناشئة عن العقود الدولية للبناء و التشييد " دراسة مقارنة"، الطبعة الأولى، دار النهضة العربية، ٢٠١٢.
- ١٢_ المستشار هدى جمال الدين الأهواني، النظام القانوني للتوفيق التجاري في منازعات التجارة الدولية، دار الفكر الجامعي، ٢٠١٥.

- ١٣_ الباحث علي محمود الرشدان، الوساطة لتسوية النزاعات بين النظرية و التطبيق، الطبعة العربية، دار اليازوري العلمية للنشر و التوزيع، الأردن، ٢٠١٦.
- ١٤_ الدكتور عادل سالم اللوزي،، الوساطة لتسوية النزاعات المدنية وفقاً للقانون الأردني، مؤتم للبحوث و الدراسات، المجلد الحادي والعشرون، العدد الثاني، ٢٠٠٦.
- ١٥_ علاوة هوام، الوساطة بديل لحل النزاع و تطبيقاتها في الفقه الإسلامي و قانون الإجراءات المدنية و الإدارية الجزائري " دراسة مقارنه"، أطروحة لنيل شهادة دكتوراه العلوم في العلوم الإسلامية تخصص شريعة و قانون، كلية العلوم الإنسانية و الإجتماعية و العلوم الإسلامية، جامعة الحاج لخضر _باتنه_ الجزائر، ٢٠١٢-٢٠١٣.
- ١٦_ الباحث عروي عبد الكريم، الطرق البديلة في حل النزاعات القضائية " الصلح و الوساطة القضائية " طبقاً لقانون الإجراءات المدنية والإدارية، مذكرة مقدمة لنيل شهادة الماجستير، فرع العقود و المسؤولية، جامعة الجزائر، كلية الحقوق، بن عكنون، ٢٠١٢.
- ١٧_ المحامي حازم سمير خرفان، الوسائل البديلة لفض النزاعات واقع الوساطة كوسيلة لفض النزاعات، مجلة نقابة المحامين، ملحق الأبحاث ٢٠٠٨.
- ١٨_ الدكتور سامي محمد فريج، تسوية النزاعات الحل بالتفاوض و الوساطة _ الحسم بالتحكيم و التقاضي _ أعمال الخبرة _ المسؤولية عن التأخير _ تغييرات العقد _ الصلح، إدارة العقود الهندسية و عقود التشييد، الكتاب الخامس، جامعة الكويت، دار النشر للجامعات.
- ١٩_ الباحث محمد أحمد القطاونة، الوساطة في تسوية النزاعات المدنية، " رسالة ماجستير"، ٢٠٠٨.
- ٢٠_ الدكتور عاشور ميروك، نحو محاولة للتوفيق بين الخصوم " دراسة تحليليه مقارنة"، دار النهضة العربية، ٢٠٠٢.
- ٢١_ الدكتورة دليلة جلول، الوساطة القضائية في القضايا المدنية و الإدارية، دار الهدى للطباعة و النشر و التوزيع، الجزائر.
- ٢٢_ الدكتور بكر عبد الفتاح السرحان، الوساطة على يد القاضي الوسيط: الماهية و الأهمية و الإجراءات دراسة تقييمية في القانون الأردني، المجلة الأردنية في القانون و العلوم السياسية، المجلد (١) العدد (١) ربيع الثاني ١٤٣٠هـ نيسان ٢٠٠٩.
- ٢٣_ و كذلك الدكتور عصام عبد الفتاح مطر، عقود الفيديك لمقاولات و أعمال الهندسة المدنية و وسائل فض المنازعات الناشئة عنها، دار الجامعة الجديدة، الإسكندرية، ٢٠٠٩.
- ٢٤_ الدكتور أحمد رشاد محمود سلام، عقد الإنشاء و الإدارة و تحويل الملكية (B.O.T) في مجال العلاقات الدولية الخاصة، دراسة تحليلية للعقد و مراحل تنفيذه و كيفية تمويله و مخاطره و طبيعته القانونية و قدرته على نقل التكنولوجيا و كيفية تسوية منازعات العقد و القانون الواجب التطبيق، دار النهضة العربية، القاهرة، ٢٠٠٤.
- ٢٥_ الباحث محمد حسن محمد علي، التحكيم الإلكتروني في منازعات التجارة الدولية، رسالة لنيل درجة الدكتوراه في الحقوق، قسم القانون التجاري و البحري، جامعة حلوان، ٢٠١١-٢٠١٢.

- ٢٦_ الباحثة رلى صالح أحمد أبو رمان، دور الوسيط الخاص في حل النزاعات المدنية، رسالة ماجستير، جامعة الشرق الأوسط للدراسات العليا، أيار ٢٠٠٩.
- ٢٧_ الدكتورة ايناس مكي عبد نصار، التفاوض الإلكتروني دراسة مقارنة في ظل بعض التشريعات العربية المعاصرة، مجلة جامعة بابل _ العلوم الإنسانية _ المجلد (٢١) العدد (٣) سنة ٢٠١٣.
- ٢٨_ الباحث هناء حسين العمري، طرق التسوية غير القضائية للنزاعات الناشئة عن عقود مقاولات التشييد و البناء، جامعة آل البيت، كلية القانون، رسالة ماجستير، ٢٠١٢.
- ٢٩_ راجع بوجمعة جعفر، الوسائل الإلكترونية لحل منازعات عقود التجارة الإلكترونية، مذكرة تخرج لتتيل شهادة ماستر في العلوم القانونية، تخصص عقود و مسؤولية، جامعة أكلي محند أولحاج _ البويرة _ كلية الحقوق و العلوم السياسية، الجزائر.
- ٣٠_ الدكتور أحمد السعيد الزقرد، قانون العمل شرح للقانون الجديد رقم ١٢/٢٠٠٣، المكتبة العصرية للنشر و التوزيع، ٢٠٠٧، المنصورة.
- ٣١_ الدكتور محمد حسين منصور، قانون العمل " ماهية قانون العمل، عقد العمل الفردي، عقد العمل الجماعي، النقابات العمالية، المنازعات الجماعية، التسوية و الوساطة و التحكيم و الإضراب و الإغلاق " دار الجامعة الجديدة، ٢٠٠٧.
- ٣١_ Nael Bunni , , The fidic forms of contract , Third Edition.
- ٣٢_ Paul Buckingham , Engineers, dispute resolution handbook ,Tomas telford, ٢٠٠٦
- القوانين :
- ١_ قانون العمل المصري رقم (١٢) لسنة ٢٠٠٣.
- ٢_ قانون الوساطة لتسوية المنازعات المدنية رقم (١٢) لسنة ٢٠٠٦ .

الاختيار الفقهي بالاستناد للقواعد اللغوية عند الأمين الشنقيطي

"قراءة في تفسير الشنقيطي المسمى: أضواء البيان في إيضاح القرآن بالقرآن"

د/ محمد فال محمد محمود السالك

أستاذ الفقه وأصوله

بجامعة العلوم الإسلامية بالعيون - موريتانيا

المقدمة:

الحمد لله رب العالمين، والصلاة والسلام على رسول الله وبعد،

فحين تتعدد الأقوال وتختلف الأدلة يكون النظر فيها واختيار أحدها يحتاج إلى استخدام قواعد الترجيح لاختيار أرجح الأقوال وأصحها هو المنهج الأصح وهذه هي الطريقة التي استخدمها الشنقيطي للترجيح بين الأقوال المختلفة فلم يكن الشنقيطي صاحب نقل من الكتب السابقة دون تمحيص، بل كان يعرض ما يقوله العلماء قبله على الميزان العلمي فإن وافق فيها ونعمت وإلا تركه وبين وجه ذلك، فهو ذو شخصية مستقلة في التفكير العلمي الذي ظهر في معالجته للفظ من نواحيه الدلالية المختلفة، فلم يخضع لأقوال أئمة اللغة والتفسير إلا إذا كان مقتنعاً بها علمياً، حيث كان يخضع كلما يصل إليه من المعلومات لمعايير الخاصة المستخلصة لديه من معرفته الموسوعية.

وقد اعتنى الشنقيطي بالاستشهاد بالشعر، فقد بلغ عدد الشعراء الذين استشهد بأشعارهم في إطار تحقيقاته الدلالية ٩٧ شاعر^(١٢٤)، وقد ذكرت عدة طرق استند إليها المؤلف في استخدامه الكثير للغة العرب منها الإطالة والتوسع وإيراد المادة اللغوية التي تخدم مقصوده بما في ذلك الإكثار من الشعر العربي؛ وكذلك الاستناد إلى المعنى المعجمي في تفسير المفردات اللغوية مع تحكيم القواعد النحوية والاستشهاد بكلام النحويين للترجيح متبعاً في ذلك عدة طرق من قبيل كثرة الدوران في كلام العرب ومدلول اللغة ومدلول الكلمة وارتباط الشرط بالجزاء ودلالة تأنيث العدد على تذكير المعدود، وسأدرس الموضوع من خلال مبحثين أتحدث في الأول منهما عن ترجمة المؤلف ومفهوم الاختيار عنده في كتابه أضواء البيان في إيضاح القرآن بالقرآن على أن يكون المبحث الثاني عن القواعد اللغوية كأداة للاختيار الفقهي.

المبحث الأول: ترجمة الشيخ محمد الأمين الشنقيطي ومفهوم الاختيار عنده

وسأتناول في هذا المبحث نبذة مختصرة عن الشيخ ومفهوم الاختيار الفقهي عنده

المطلب الأول: ترجمة مختصرة للإمام محمد الأمين الشنقيطي رحمه الله

١- اسمه ونسبه:

هو الإمام العلامة المفسر محمد الأمين بن محمد المختار بن عبد القادر بن محمد بن أحمد بن نوح بن محمد بن سيدي أحمد بن المختار الشنقيطي، واسمه الصحيح أب، وهو من قبيلة حمير العربية.

ولقبه: آبا، بمد الهمزة وتشديد الباء، من الإباء.

٢- ولادته ونشأته:

ولد رحمه الله عام (١٣٢٥هـ) ونشأ يتيمًا، فقد توفي والده وهو صغير، وترك له ثروة من الحيوان والمال.

٣- وفاته رحمه الله:

توفي في ضحى يوم الخميس (١٣٩٣/١٢/١٧هـ)، وصلى عليه سماحة الإمام عبد العزيز بن باز رحمه الله في الحرم المكي.

^(١٢٤) التفسير والمفسرون ببلاد شنقيط من القرن الثاني عشر إلى الوقت الحاضر - بحث لنيل شهادة دكتوراه

الدولة - إعداد محمد بن سيد محمد مولاي، إشراف الدكتور أحمد أبو زيد جامعة محمد الخامس كلية الآداب والعلوم الإنسانية الرباط السنة الجامعية ١٤٢٢هـ ٢٠٠١م ص ٣٣٥.

قال الشيخ حمود العقلا رحمه الله: درست على الشيخ الشنقيطي في الكلية وفي البيت، أما في البيت فكانت لي دراسة يومية معه في الأصول والمنطق، وكانت في المنطق سلم الأخضر وشرحه، وفي الأصول روضة الناظر، وأتممتها على الشيخ رحمه الله، وكانت دراستي لها دراسة جيدة، وكانت الدراسة لوحدي بعد المغرب، وكان علم الشيخ الشنقيطي عزيز جداً، خاصة في الأصول، والمنطق، والتفسير، والتاريخ، واللغة والأدب، وكان منقطع النظر في هذه، ويجمع لها غيرها. (١٢٢٥)

المطلب الثاني: مفهوم الاختيار الفقهي

لم يكن مصطلح "الاختيار الفقهي" شائع الاستعمال في عهد الأئمة، وإنما ظهر بعدهم في كتب المتأخرين حين دعت الحاجة إليه مع كثرة التفريعات والاجتهادات في مختلف المسائل التي تفتقت عنها أفكار أولئك الجهابذة الأعلام، فكان إعمال حرصهم وورعهم وعبقريتهم الفذة في تلك المسائل نتاجاً جليلاً، وكماً صالحاً من الأقوال والوجوه والآراء المؤصلة، فرض تعددها، ومخايل الصواب في أطرافها على كل مجتهد متتبع، وفقاً لمعاييرها واستدلالاتها "اختيار" أحدها واعتماده مذهباً في هذه المسألة أو تلك، وهكذا لم يكن المعنى الذي استخدم له يختلف كثيراً عن معناه اللغوي العادي.

وحيث يغلب في "الترجيح" الجانب الموضوعي، ودراسة الحجج والبراهين النقلية والعقلية، فإن في "الاختيار" جانباً شخصياً لا يغفل المعايير المذكورة بقدر ما يميل إلى أحدها ويصطفيه، وهو ما يظهر جلياً في تعبيرات المتقدمين، فقد استخدموا: "أحب إلي"، كنوع من الاختيار الفقهي، وهذا ما عبر عنه أبو سعيد خلف بن البراذعي القروي المالكي (ت ٣٧٢هـ)، في نص من أقدم النصوص الفقهية الصرفة التي وقفت عليها استخدم عبارة "الاختيار"، حيث جاء في خاتمة كتابه تهذيب المدونة:

قال خلف بن أبي القاسم البراذعي القروي: (قد تضمن هذا الكتاب مسائل المدونة والمختلطة كلها، خلا كثيراً من تكرارها وآثارها، وأجريت فيه ذكر مالك (ت ١٧٩هـ) وغيره من أصحابه، فيما لا غنى فيه عنه، مما هو في المدونة، وجعلت ما لم أذكر قائله من المسائل منسوبة إلى عبد الرحمن بن القاسم (ت ١٩١هـ) وإن كانت كلها قول مالك، فمنها ما سمعته منه، أو بلغه عنه، أو قاسه على أصوله، إلا ما بين أنه خالفه فيه واختاره من أحد قوليه، فإني ذكرت ذلك حسبما هو في المدونة، وما كان في هذا الكتاب: "وهو أحب إلي"، أو "وبه أقول"، فهو اختيار ابن القاسم (ت ١٩١هـ)، والله تعالى أسأله التوفيق برحمته، وحسبنا الله ونعم الوكيل) (١٢٢٦).

(١٢٢٥) تنتظر: ترجمة الشيخ في أضواء البيان ج ٩ ص ٤٧٩، بقلم تلميذه الشيخ عطية محمد سالم (وهي ملحقه في آخر الجزء التاسع)، نشر دار الفكر للطباعة والنشر والتوزيع، بيروت- لبنان، الطبعة ١٤١٥هـ-١٩٩٥م، دون ذكر رقم الطبعة، وترجمة الشيخ محمد الأمين الشنقيطي صاحب أضواء البيان، للسيد عبدالرحمن بن عبدالعزيز السديس، دار الهجرة، الخبر، الطبعة الأولى: ١٤١٢هـ. ، ص ٩، وعلماء ومفكرون عرفتهم لمحمد المجذوب، دار الشواف، الرياض، الطبعة الرابعة، ج ١ ص ١٧١.

(٢٢٢) ينظر: التهذيب في اختصار المدونة، لخلف بن أبي القاسم محمد، الأزدي القيرواني، أبي سعيد ابن البراذعي المالكي، دراسة وتحقيق د. محمد الأمين ولد محمد سالم بن الشيخ، ج ٤ ص ٢٦٦، نشر دار البحوث للدراسات الإسلامية وإحياء التراث- دبي، الطبعة الأولى: ١٤٢٣هـ - ٢٠٠٢م.

وفي مسائل الإمام أحمد (ت ٢٤١هـ) رواية ابنه أبي الفضل صالح (ت ٢٦٦هـ)، قال: (قال أبي: أختار: ربنا ولك الحمد، ومن قال: لك: فلا بأس) (١٢٢٧).

ثم جاء سحنون بن سعيد التنوخي (ت ٢٤٠هـ) في المدونة: قال سحنون (ت ٢٤٠هـ): (وقال أشهب (ت ٢٠٤هـ) مثل قوله، واختار مثل ما اختار هو) (١٢٢٨).

وعند الشافعية استخدمه الماوردي (ت ٤٥٠هـ) في كتابه الحاوي، وهو كتاب كاسمه، قال: (وهذا اختيار ابن أبي هريرة، وهو خطأ) (١٢٢٩).

أما عند الأحناف فقد ظهر هذا المصطلح عند الإمام الكبير السرخسي (ت ٤٨٣هـ) (وفي الكتاب: قال: أحب إلي أن يعيد الموضوع، وهو إشارة إلى أنه غير واجب، وهو اختيار محمد بن إبراهيم الميداني رحمه الله تعالى، وأكثر المشايخ على أنه يجب الموضوع لما بينا) (١٢٣٠).

وعلى الاستقراء والتتبع لا شك أن أول استعمال لهذا المصطلح كان عند اللغويين والنحاة، وعنهم تسلسل شيئاً فشيئاً إلى كتب الفقهاء، مع علماء تلك الفترة الموسوعيين، والذين كان لهم سهم صائب في كل فن وعلم، فنجد الاختيار بهذا المفهوم شائعاً في الكتاب لعمر بن يعقوب، (ت ١٨٠هـ)، قال: (وسألت الخليل عن القاضي في النداء فقال: أختار يا قاضي، لأنه ليس بمنون، كما أختار هذا القاضي) (١٢٣١).

وعند محمد بن يزيد، المبرد (ت ٢٨٥هـ)، قال: (أعلم أنك إذا قلت: افعل ومفتعل، وما تصرف منه، فإن الواو من هذا الباب تقلب فيه تاء، وذلك الاختيار والقول الصحيح) (١٢٣٢).

(١٢٢٧) مسائل الإمام أحمد بن حنبل رواية ابن أبي الفضل صالح، للعلامة أبي عبد الله أحمد بن محمد بن حنبل بن هلال بن أسد الشيباني، ج ٢ ص ٤٣٣، نشر: دار العلمية - الهند.

(١٢٢٨) تنظر المدونة للإمام مالك بن أنس بن مالك بن عامر الأصبجي المدني ج ٢ ص ٢٩، نشر: دار الكتب العلمية الطبعة الأولى: ١٤١٥هـ - ١٩٩٤م.

(١٢٢٩) ينظر الحاوي الكبير في فقه مذهب الإمام الشافعي وهو شرح مختصر المزني لأبو الحسن علي بن محمد بن محمد بن حبيب البصري البغدادي، الشهير بالماوردي، بتحقيق: الشيخ علي محمد معوض - الشيخ عادل أحمد عبد الموجود، ج ١ ص ٢٠، نشر: دار الكتب العلمية، بيروت - لبنان الطبعة الأولى: ١٤١٩هـ - ١٩٩٩م.

(١٢٣٠) ينظر المبسوط للعلامة محمد بن أحمد بن أبي سهل شمس الأئمة السرخسي ج ١ ص ٧٧، نشر: دار المعرفة - بيروت تاريخ النشر ١٤١٤هـ - ١٩٩٣م.

(١٢٣١) ينظر: الكتاب للعلامة الشهير عمرو بن عثمان بن قنبر الحارثي بالولاء، أبو بشر، الملقب بسيبويه، بتحقيق: عبد السلام محمد هارون، ج ٤ ص ١٨٤، نشر مكتبة الخانجي - القاهرة الطبعة الثالثة: ١٤٠٨هـ - ١٩٨٨م.

(١٢٣٢) ينظر: المقتضب للعلامة محمد بن يزيد بن عبد الأكبر الثمالي الأزدي، أبي العباس، (المبرد)، بتحقيق: محمد عبد الخالق عزيمة، ج ١ ص ٩١، نشر: عالم الكتب - بيروت.

ونظرا لتعلق الاختيار بالترجيح، وكثرت وروده بمعناه عند الشيخ أسلط الضوء عليه ليتضح التصور العام للمعنى.

١- الترجيح في اللغة: الرأى والجيم والحاء أصل واحد يدل على رزانة وزيادة، يقال: رجحت الشيء بيدي أي وزنته ونظرت ما ثقله، وأرجحت الميزان أي أثقلته حتى مال، ويقال: زن وأرجح وأعط راجحاً، وحلم راجح: يَرزَنُ بصاحبه فلا يُخفُّه شيء (١٢٣٣).

٢- الترجيح في الاصطلاح: عرف الجرجاني الترجيح اصطلاحاً فقال: (إثبات مرتبة في أحد الدليلين على الآخر) (١٢٣٤).

أما المراد به عند المفسرين -وهو ما يعيننا في هذا البحث الفقهي منه خاصة- فهو: تقوية أحد الأقوال في تفسير الآية لدليل، أو لتضعيف ما سواه من الأقوال (١٢٣٥).

المبحث الثاني: القواعد اللغوية كأداة للاختيار الفقهي عند الشيخ.

سأتناول في هذا المبحث نماذج من القواعد اللغوية التي اعتمدها عليها الشيخ للاختيار أو الترجيح .

المطلب الأول: الاستناد إلى كثرة الاستخدام اللغوي (كثرة الدوران في كلام العرب)

الآية: قال تعالى: (وَإِذْ قَالَ رَبُّكَ لِلْمَلَائِكَةِ إِنِّي جَاعِلٌ فِي الْأَرْضِ خَلِيفَةً قَالُوا أَتَجْعَلُ فِيهَا مَنْ يُفْسِدُ فِيهَا وَيَسْفِكُ الدِّمَاءَ وَنَحْنُ نُسَبِّحُ بِحَمْدِكَ وَنُقَدِّسُ لَكَ قَالَ إِنِّي أَعْلَمُ مَا لَا تَعْلَمُونَ) (١٢٣٦).

قال الشيخ رحمه الله:

(الثاني: أن قوله: مفرد أريد به الجمع، أي خلائف، وهو اختيار ابن كثير (ت ٥٧٧هـ). والمفرد إن كان اسم جنس يكثر في كلام العرب إطلاقه مراداً به الجمع كقوله تعالى: (إِنَّ الْمُتَّقِينَ فِي جَنَّاتٍ وَنَهَرٍ) (١٢٣٧)؛ يعني أنها را بدليل قوله:

(١٢٣٣) ينظر: تهذيب اللغة، للعلامة محمد بن أحمد بن الأزهرى الهروي، أبي منصور، بتحقيق: محمد عوض مرعب، ج ٤ ص ١٤٢، مادة (رجح) نشر دار إحياء التراث العربي - بيروت الطبعة الأولى: ٢٠٠١م، ومعجم مقاييس اللغة للعلامة أبي الحسين أحمد بن فارس بن زكرياء القزويني، بتحقيق: عبد السلام محمد هارون، ج ١ ص ٥١٢ مادة (رجح) نشر دار الفكر: ١٣٩٩هـ - ١٩٧٩م، والقاموس المحيط للعلامة مجد الدين محمد يعقوب الفيروزآبادي، ضبط وتوثيق: يوسف الشيخ محمد البقاعي، ص ٢٣٤، مادة رجح دار الفكر، بيروت، ١٤٢٠هـ.

(١٢٣٤) ينظر: التعريفات للعلامة علي بن محمد بن علي الجرجاني، تحقيق: إبراهيم للعلامة أبي اري، ص ٧٨، دار الكتاب العربي، بيروت، الطبعة الأولى: ١٤٠٥هـ.

(١٢٣٥) ينظر: قواعد الترجيح عند المفسرين لحسين علي الحربي، ج ١ ص ٣٥، دار القاسم، الطبعة الأولى: ١٤١٧هـ.

(١٢٣٦) سورة البقرة الآية ٣٠.

مَثَلُ الْجَنَّةِ الَّتِي وَعَدَ الْمُتَّقُونَ فِيهَا أَنْهَارٌ مِنْ مَاءٍ غَيْرِ آسِنٍ... (١٢٣٨) وقوله: (وَالَّذِينَ يَقُولُونَ رَبَّنَا هَبْ لَنَا مِنْ أَزْوَاجِنَا وَذُرِّيَّاتِنَا فُرَّةً أَعْيُنَ وَاجْعَلْنَا لِمُنْتَقِنٍ إِمَامًا) (١٢٣٩).

وقوله: (وَأَتُوا النِّسَاءَ صَدَقَاتِهِنَّ نِحْلَةً فَإِنْ طِبْنَ لَكُمْ عَنْ شَيْءٍ مِنْهُ نَفْسًا فَكُلُوهُ هَنِيئًا مَرِيئًا) (١٢٤٠)؛ ونظيره من كلام العرب قول عقيل بن علفمة المري ١٢٤١:

وكان بنو فزارة شرعم ❀ وكنيت لهم كشر بني الأخينا

وقول العباس بن مرداس السلمى ١٢٤٢:

فقلنا اسلموا إنا أخوكم ❀ وقد سلمت من الإحن الصدور

وأشده له سيبويه قول علفمة بن عبدة ١٢٤٣ التميمي:

بها جيف الحسرى فأما عظامها ❀ فبيض وأما جدها فصليب

وقول الآخر:

(١٢٣٧) سورة القمر الآية ٥٤.

(١٢٣٨) سورة محمد الآية ١٥.

(١٢٣٩) الفرقان الآية ٧٤.

(١٢٤٠) سورة النساء، الآية ٤.

(١٢٤١) عقيل بن علفمة المري - من الشعراء الفحول المقلين في العصر الأموي، انظر: طبقات فحول الشعراء لمؤلفه: محمد بن سلام الجمحي، تحقيق: محمود محمد شاكر، ج ٢ ص ٧٠٩، دار المدني - جدة (وسيرته وشعره) - د. شريف راغب علاونة، دار المناهج، عمان، ط ١، ١٤٢٥ هـ / ٢٠٠٤ م، ١٤٨ صفحة.

(١٢٤٢) العباس بن مرداس (٠٠٠ - نحو ١٨ هـ = ٠٠٠ - نحو ٦٣٩ م) العباس بن مرداس بن أبي عامر السلمى، من مضر، أبو الهيثم: شاعر فارس، من سادات قومه. أمه الخنساء الشاعرة. أدرك الجاهلية والإسلام، وأسلم قبيل فتح مكة. وكان من المؤلفة قلوبهم، انظر: الأعلام للثقة: خير الدين بن محمود بن محمد بن علي بن فارس، الزركلي الدمشقي (المتوفى: ١٣٩٦ هـ) ج ٣ ص ٢٦٧، الناشر: دار العلم للملايين، الطبعة: الخامسة عشر - أيار / مايو ٢٠٠٢ م

(١٢٤٣) علفمة الفحل (٠٠٠ - نحو ٢٠ ق هـ = ٠٠٠ - نحو ٦٠٣ م) علفمة بن عبدة (يفتح العين والباء) بن ناشرة بن قيس، من بني تميم: شاعر جاهلي، من الطبقة الأولى. كان معاصرا لأمير القيس، وله معه مساجلات. وأسر " الحارث ابن أبي شمر الغساني " أخا له اسمه " شأس " فشفع به علفمة ومدح الحارث بأبيات، فأطلقه. له " ديوان شعر - ط " شرحه الأعلام الشنتمري، انظر: الأعلام الزركلي ج ٤ ص ٢٤٧، (م.س).

كلوا في بعض بطونكم تعفوا ❁ فإن زمانكم زمن خميص^(١٢٤٤)

والذي يظهر لي من استقراء اللغة العربية التي نزل بها القرآن، هو أن من أساليها أن المفرد إذا كان اسم جنس يكثر إطلاقه مراداً به الجمع مع تنكيره - كما في هذه الآية - وتعريفه بالألف واللام وبالإضافة؛ فمن أمثلته في القرآن مع التنكير قوله تعالى: (إِنَّ الْمُتَّقِينَ فِي جَنَّاتٍ وَنَهْرٍ)^(١٢٤٥)؛ أي: وأنهار، بدليل قوله تعالى: (مَثَلُ الْجَنَّةِ الَّتِي وُعدَ الْمُتَّقُونَ فِيهَا أَنهَارٌ مِنْ مَاءٍ غَيْرِ آسِنٍ)^(١٢٤٦)... وقوله تعالى: (وَالَّذِينَ يَقُولُونَ رَبَّنَا هَبْ لَنَا مِنْ أَزْوَاجِنَا وَذُرِّيَّاتِنَا فُرَّةً أَعْيُنَ وَاجْعَلْنَا لِلْمُتَّقِينَ إِمَامًا)^(١٢٤٧)؛ أي: أئمة، وقوله تعالى: (فَإِنْ طَبِئَ لَكُمُ عَنْ شَيْءٍ مِنْهُ نَفْسًا)^(١٢٤٨)؛ أي: أنفساً، وقوله تعالى: (مُسْتَكْبِرِينَ بِهِ سَامِرًا تَهْجُرُونَ)^(١٢٤٩)؛ أي: سامرين، وقوله تعالى: (لَا تُفَرِّقُ بَيْنَ أَحَدٍ مِنْهُمْ)^(١٢٥٠)؛ أي: بينهم، وقوله تعالى: (وَحَسُنَ أُولَئِكَ رَفِيقًا)^(١٢٥١)؛ أي: رفقاء، وقوله تعالى: (وَإِنْ كُنْتُمْ جُنُبًا فَاطَّهَّرُوا)^(١٢٥٢)؛ أي: جنبين أو أجناباً، وقوله تعالى: (وَالْمَلَائِكَةُ بَعْدَ ذَلِكَ ظَهِيرٌ)^(١٢٥٣)؛ أي: مظاهرون، ومن أمثلة ذلك مع التنكير في كلام العرب قول عقيل بن علفة المري:

وكان بنو فزارة شر عم ❁ وكنيت لهم كشر بني الأخينا

يعني: شر أعمام.

وقول قعنب ابن أم صاحب:

^(١٢٤٤) أضواء البيان ج ١ ص ٢٠ (م.س)

^(١٢٤٥) سورة القمر، الآية ٥٤.

^(١٢٤٦) سورة محمد، صلى الله عليه وسلم الآية ١٥.

^(١٢٤٧) سورة الفرقان، الآية ٧٤.

^(١٢٤٨) سورة النساء، الآية ٠٤.

^(١٢٤٩) سورة المؤمنون، الآية ٦٧.

^(١٢٥٠) سورة البقرة الآية ١٣٦.

^(١٢٥١) سورة النساء الآية ٦٩.

^(١٢٥٢) سورة المائدة الآية ٠٦.

^(١٢٥٣) سورة التحريم الآية ٠٤.

ما بال قوم صديق ثم ليس لهم ❁ دين وليس لهم عقل إذا ائتمنوا

يعني: ما بال قوم أصدقاء.

وقول جرير:

نصين الهوى ثم ارتمين قلوبنا ❁ بأعين أعداء وهن صديق

يعني: صديقات.

وقول الآخر:

لعمري لئن كنتم على النأي والنوى ❁ بكم مثل ما بي إنكم لصديق

وقول الآخر:

يا عاذلاتي لا تزدن ملامة ❁ إن العواذل ليس لي بأمرير

أي: لسن بأمراء.

ومن أمثله في القرآن واللفظ مضاف، قوله تعالى: أَوْ صَدِيقِكُمْ لَيْسَ عَلَيْكُمْ جُنَاحٌ (١٢٥٤)؛ أي: أصدقائكم. وقوله: فَلْيَحْذَرِ الَّذِينَ يُخَالِفُونَ عَنْ أَمْرِهِ (١٢٥٥)؛ أي: أو امره. وقوله: وَأَنْتُمْ مِنْ كُلِّ مَا سَأَلْتُمُوهُ وَإِنْ تَعَدُّوا نِعْمَتَ اللَّهِ لَا تُحْصُوهَا (١٢٥٦)؛ أي: نعم الله. وقوله: قَالَ إِنَّ هَؤُلَاءِ ضَيْفِي فَلَا تَفْضَحُون (١٢٥٧)؛ أي: أضيافي (١٢٥٨).

بعد ذكر ما تقدم من الأدلة على اختياره اللغوي جاء بالحكم المستنبط فقال :

تنبيه:

(١٢٥٤) سورة النور، الآية ٦١.

(١٢٥٥) سورة النور، الآية ٦٣.

(١٢٥٦) سورة إبراهيم، عليه السلام الآية ٣٤.

(١٢٥٧) سورة الحجر، الآية ٦٨.

(١٢٥٨) أضواء البيان، ج ٤ ص ٢٧٢-٢٧٣، (م.س).

قال القرطبي في تفسير هذه الآية الكريمة: هذه الآية أصل في نصب إمام وخليفة؛ يسمع له ويطاع؛ لتجتمع به الكلمة وتنفذ به أحكام الخليفة، ولا خلاف في وجوب ذلك بين الأمة^{١٢٥٩}.

ومما تقدم يظهر أن إطلاق المفرد - إن كان اسم جنس - مرادا به الجمع كثر وروده في فصيح الكلام، ولا برهان على ذلك أوضح من وروده في القرآن العظيم الذي هو سلطان الكلام ألفاظا ومعانيا، فبان من البراهين القرآنية والشواهد اللسانية التي ساق المؤلف رحمه الله تعالى أعلاه وجوب اعتبار ذلك قاعدة لغوية، للمفسر الاستعانة بها في ترجيحاته التفسيرية.

(١٢٥٩) انظر الجامع لأحكام القرآن، للعلامة: أبي عبد الله محمد بن أحمد بن أبي بكر بن فرح الأنصاري الخزرقي شمس الدين القرطبي (المتوفى: ٦٧١ هـ) تحقيق: أحمد البردوني وإبراهيم أطفيش، ج ١ ص ٢٦٤، الناشر: دار الكتب المصرية - القاهرة الطبعة: الثانية، ١٣٨٤ هـ - ١٩٦٤ م

المطلب الثاني: الاستناد إلى المعنى المعجمي للمفردات اللغوية (مدلول اللغة).
كما في قوله تعالى: «وَأْتَمُوا الْحَجَّ وَالْعُمْرَةَ لِلَّهِ فَإِنْ أُحْصِرْتُمْ فَمَا اسْتَيْسَرَ مِنَ الْهَدْيِ»^(١٢٦٠)

قال الشيخ رحمه الله:

(اختلف العلماء في المراد بالإحصار في هذه الآية الكريمة فقال قوم: هو صدّ العدو ومنعه إياه من الطواف بالبيت ١٢٦١. وقال قوم: المراد به حبس المحرم بسبب مرض ١٢٦٢ ونحوه ١٢٦٣. وقال قوم: المراد به ما يشمل الجميع من عدو ومرض ونحو ذلك ١٢٦٤. ولكن قوله تعالى بعد هذا: (فَإِذَا أُمِيتُمْ) يشير إلى أن المراد بالإحصار هنا صدّ العدو المحرم؛ لأن الأمن إذا أُطلق في لغة العرب انصرف إلى الأمن من الخوف لا إلى الشفاء من المرض، ونحو ذلك، ويؤيده أنه لم يذكر الشيء الذي منه الأمن، فدلّ على أن المراد به ما تقدم من الإحصار، فثبت أنه الخوف من العدو.

وحاصل تحرير هذه المسألة في مبحثين:

الأول: في معنى الإحصار في اللغة العربية.

الثاني: في تحقيق المراد به في الآية الكريمة وأقوال العلماء وأدلتها في ذلك، ونحن نبين ذلك كله إن شاء الله تعالى.

اعلم أن أكثر علماء العربية يقولون: إن الإحصار هو ما كان عن مرض أو نحوه، قالوا: تقول العرب: أحصره المرض يُحصِرُه بضم الياء وكسر الصاد إحصاراً^(١٢٦٥)، وأما ما كان من العدو فهو الحصر^(١٢٦٦)،

(^(١٢٦٠)) سورة البقرة، الآية ١٩٦.

(^(١٢٦١)) انظر فتح القدير، لمؤلفه: محمد بن علي بن محمد بن عبد الله الشوكاني اليمني (المتوفى: ١٢٥٠هـ) ج ١ ص ٢٢٥، الناشر: دار ابن كثير، دار الكلم الطيب - دمشق، بيروت والطبعة: الأولى - ١٤١٤ هـ.

(^(١٢٦٢)) انظر الجامع لأحكام القرآن للعلامة القرطبي، ج ٢ ص ٣٧١، (م.س).

(^(١٢٦٣)) الكشاف عن حقائق غوامض التنزيل، للعلامة: أبو القاسم محمود بن عمرو بن أحمد، الزمخشري جار الله (المتوفى: ٥٣٨هـ) ص ٢٤٠ ج ١، الناشر: دار الكتاب العربي - بيروت، الطبعة: الثالثة - ١٤٠٧ هـ.

(^(١٢٦٤)) زاد المسير في علم التفسير، لمؤلفه: جمال الدين أبو الفرج عبد الرحمن بن علي بن محمد الجوزي (المتوفى: ٥٩٧هـ) المحقق: عبد الرزاق المهدي، ج ١ ص ١٥٧، الناشر: دار الكتاب العربي - بيروت، الطبعة: الأولى - ١٤٢٢ هـ وكذلك: (مدارك التنزيل وحقائق التأويل)، المؤلف: أبو البركات عبد الله بن أحمد بن محمود حافظ الدين النسفي (المتوفى: ٧١٠هـ)، ج ١ ص ١٦٧، الناشر: دار الكلم الطيب، بيروت والطبعة: الأولى، ١٤١٩ هـ - ١٩٩٨ م

(^(١٢٦٥)) انظر: القاموس المحيط، المؤلف: لمجد الدين الفيروزآبادي، مادة: حصر، ص ٣٧٦، (م.س).

(^(١٢٦٦)) انظر: لسان العرب، لمؤلفه: محمد بن مكرم بن علي، أبو الفضل، جمال الدين ابن منظور الأنصاري الرويفعي الإفريقي (المتوفى: ٧١١هـ) مادة: حصر، ج ٤ ص ١٩٣، الناشر: دار صادر - بيروت والطبعة: الثالثة - ١٤١٤ هـ

تقول العرب حصر العدو يحصره بفتح الياء وضم الصاد حَصْرًا بفتح فسكون ١٢٦٧، ومن إطلاق الحصر في القرآن على ما كان من العدو قوله تعالى قِيدًا انسلخ الأشهر الحرم فاقتلوا المشركين حيث وجدتموهم وخذوهم واحصروهم (١٢٦٨)، ومن إطلاق الإحصار على غير العدو كما ذكرنا عن علماء العربية للفقرَاء الذين أحصروا في سبيل الله لا يستطيعون ضربًا في الأرض (١٢٦٩) وقول ابن ميادة ١٢٧٠:

وما هجر ليلى أن تكون تباعدت ❁ عليك ولا أن أحصرتك شغول

وعكس بعض علماء العربية. فقال: الإحصار من العدو، والحصر من المرض، قاله ابن فارس في «المجمل»^(١٢٧١)، نقله عنه القرطبي (ت ٦٧١هـ). ونقل البيهقي (ت ٥١٠هـ) نحوه عن ثعلب. وقال جماعة من علماء العربية: إن الإحصار يستعمل في الجميع، وكذلك الحصر، وممن قال باستعمال الإحصار في الجميع الفراء، وممن قال: بأن الحصر والإحصار يستعملان في الجميع أبو نصر القشيري.

تم خلاص الشيخ الى اختياره:

قال مقيده عفا الله عنه : لا شك في جواز إطلاق الإحصار على ما كان من العدو...، هذا حاصل كلام أهل العربية في معنى الإحصار^(١٢٧٢)، وبهذا تعلم أن إطلاق الإحصار بصيغة الرباعي على ما كان من عدو صحيح في اللغة العربية بلا شك كما ترى، وأنه نزل به القرآن العظيم الذي هو في أعلى درجات الفصاحة والإعجاز^(١٢٧٣).

(١٢٦٧) كتاب العين، لمؤلفه: أبي عبد الرحمن الخليل بن أحمد بن عمرو بن تميم الفراهيدي البصري (المتوفى: ١٧٠هـ) المحقق: د مهدي المخزومي، د إبراهيم السامرائي، باب الحاء والصاد والراء، ج ٣ ص ١١٣، باب الحاء والصاد والراء الناشر: دار ومكتبة الهلال،

(١٢٦٨) سورة التوبة الآية ٥.

(١٢٦٩) سورة البقرة الآية ٢٧٣

(١٢٧٠) ابن ميادة: (١٤٩ - ٥٥٥ هـ = ٧٦٦ - ٥٥٥ م) الرّمّاح بن أبرد بن ثوبان الذبياني الغطفاني المصري، أبو شرحبيل، ويقال أبو حرملة: شاعر رقيق، هجاء، من مخضرمي الأموية والعباسية، قالوا: (كان متعرضا للشتر طالبا لمهاجاة الناس ومسابة الشعراء). وفي العلماء من يرى أنه أشعر الغطفانيين في الجاهلية والإسلام، وأنه كان خيرا لقومه من النابغة. مدح من الأمويين الوليد بن يزيد وعبد الواحد بن سليمان، ومن الهاشميين المنصور، وجعفر بن سليمان. وكان مقامه بنجد، يفد على الخلفاء والأمراء، اشتهر بنسبته إلى أمه ميادة وأخباره كثيرة. وقيل اسم أبيه يزيد، وجدّه ثريان، الاعلام للزركلي ج ٣ ص ٣١ (م.س).

(١٢٧١) مجمل اللغة لابن فارس، المؤلف: أحمد بن فارس بن زكرياء القزويني الرازي، أبو الحسين (المتوفى: ٣٩٥هـ) دراسة وتحقيق: زهير عبد المحسن سلطان، مادة: حصر ج ١ ص ٢٣٨ دار النشر: مؤسسة الرسالة - بيروت الطبعة الثانية - ١٤٠٦ هـ - ١٩٨٦ م

(١٢٧٢) أضواء البيان، ج ١ ص ٧٥-٧٦ (م.س)

(١٢٧٣) أضواء البيان، ج ١ ص ٧٧. (م.س)

يظهر جليا أن الشيخ رحمه الله يولي في منهجه الاستدلالي الأهمية القصوى للجانب المعجمي الدلالي، وتحقيق معاني الألفاظ التحقيق العلمي ليخلص إلى الرأي الراجح عنده بالأدلة التي يسوقها.

كقوله هنا: (وأنة نزل به القراءان العظيم الذي هو في أعلى درجات الفصاحة والإعجاز).

ومن هذا يمكن القول أن الحضور اللغوي على العموم والمعجمي على وجه الخصوص كان بارزا عند الشنقيطي رحمه الله مما يرفعه إلى مرتبة الأسس الاستدلالية كما لا يخفى. والعلم عند الله تعالى.

المطلب الثالث: الاستناد لقواعد النحو

أولاً: ارتباط الشرط بالجزاء

هل على المحصر هدي إن كان لم يسقه قبلاً لإحصار؟

قال الشيخ رحمه الله:

قول تعالى: (وَلَتَجِدَنَّهُمْ أَحْرَصَ النَّاسِ عَلَى حَيَاةٍ وَمِنَ الَّذِينَ أَشْرَكُوا يَوَدُّ أَحَدُهُمْ لَوْ يُعَمَّرُ أَلْفَ سَنَةٍ وَمَا هُوَ بِمُزَحَّزَجِهِ مِنَ الْعَذَابِ أَنْ يُعَمَّرَ وَاللَّهُ بَصِيرٌ بِمَا يَعْمَلُونَ)^(١٢٧٤)، تعليقه ما استيسر من الهدي على الإحصار تعليق الجزاء على شرطه، وهو دال على لزوم الهدي بالإحصار لمن أراد التحلل به، دلالة واضحة كما ترى^(١٢٧٥).

هذه المسألة كما عرضها الشيخ رحمه الله: هل على المحصر هدي إن كان لم يسقه قبلاً لإحصار؟ فالجمهور^(١٢٧٦) وأشهب^(ت ٢٠٤ هـ)، من أصحاب مالك على أنه لا يجوز له التحلل بدون الهدي إن قدر عليه، والإمام مالك^(ت ١٧٩ هـ) وابن القاسم^(ت ١٩١ هـ)، رحمهما الله قالوا: لا هدي على المحصر إن لم يكن ساقه معه قبل الإحصار^(١٢٧٧)، وهما بذلك يخالفان ما ذهب إليه الجمهور وأشهب^(ت ٢٠٤ هـ)، رحمه الله. فالشيخ رحمه الله كما ترى اختار رأي الجمهور ورجحه بما ذكر أعلاه من القاعدة النحوية التي هي تعليق الجزاء على شرطه، وهو الظاهر، قال الحطاب^(ت ٩٥٤ هـ): (ظاهر كلامه أن التحلل إنما يحصل بنحر الهدي والحلق، وليس كذلك؛ لأن التحلل يحصل بالنية كما قال في الطراز والحلق من سنته كما سيأتي عند قول خليل صاحب المختصر: ولم يفسد بوطء بل قال في الطراز: لا خلاف أنه لو حلق، ولم يقصد به التحلل أنه لا يتحلل بذلك، وكذلك نحر الهدي^(١٢٧٨)).

ثانياً: دلالة تأنيث العدد على تكثير المعدود

الآية: قال تعالى: (وَالْمُطَلَّقَاتُ يَتَرَبَّصْنَ بِأَنْفُسِهِنَّ ثَلَاثَةَ قُرُوءٍ)^(١٢٧٩).

^(١٢٧٤) سورة البقرة، الآية ٩٦.

^(١٢٧٥) أضواء البيان، ج ١ ص ٨٥، (م.س).

^(١٢٧٦) ينظر: شرح مختصر خليل للعلامة الخرشى: محمد بن عبد الله الخرشى المالكي أبو عبد الله، ج ٢ ص ٣٨٩، نشر: دار الفكر للطباعة، بيروت.

^(١٢٧٧) ينظر: التمهيد لما في الموطأ من المعاني والأسانيد، للحافظ أبي عمر بن عبد البر النمري القرطبي، بتحقيق: مصطفى بن أحمد العلوي، محمد عبد الكبير البكري، ج ١٢ ص ١٥٤ نشر وزارة عموم الأوقاف والشؤون الإسلامية - المغرب، عام النشر: ١٣٨٧ هـ.

^(١٢٧٨) ينظر: مواهب الجليل في شرح مختصر خليل، للعلامة شمس الدين أبو عبد الله محمد بن محمد بن عبد الرحمن الطرابلسي المغربي، المعروف بالحطاب الرعيني المالكي، نشر: ج ٣ ص ١٩٨، دار الفكر، الطبعة: الثالثة، ١٤١٢ هـ - ١٩٩٢ م.

^(١٢٧٩) سورة البقرة، الآية ٢٢٨.

(وفي القاموس: وعدة المرأة أيام أقرانها، وأيام إحدائها على الزوج^(١٢٨٠)، وهو تصريح منه بأن العدة هي نفس القروء لا شيء زائد عليها، وفي اللسان: وعدة المرأة أيام أقرانها، وعدتها أيضاً أيام إحدائها على بعلمها، وإمساکها عن الزينة شهوراً كان أو أقراء أو وضع حمل حملته من زوجها.

فهذا بيان بالغ من الصحة والوضوح والصراحة في محل النزاع، ما لا حاجة معه إلى كلام آخر. وتؤيده قرينة زيادة التاء في قوله: (ثلاثة قروء) لدلالاتها على تذكير المعدود وهو الأظهار^(١٢٨١)؛ لأنها مذكورة والحیضات مؤنثة^(١٢٨٢)....

وانطلاقاً مما تقدم رجح الشيخ - رحمه الله - القول القائل بأن القراء هو الطهر، راداً أدلة القول الآخر حيث قال: (فهذا بيان بالغ من الصحة والوضوح والصراحة في محل النزاع، لا حاجة معه إلى كلام آخر. وتؤيده قرينة زيادة التاء في قوله: (ثلاثة قروء) ، لدلالاتها على تذكير المعدود وهو الأظهار لأنها مذكورة والحیضات مؤنثة^(١٢٨٣)).

وما اختار الشيخ رحمه الله من كون القراء للطهر وجيه - والله أعلم - فالاستدلال اللغوي النحوي الذي أورد - وهو زيادة التاء في المعدود المذكر وحذفها في المعدود المؤنث - معلوم مقرر لدى أهل هذا الفن وهو من جملة القواعد المطردة، قال ابن عقيل رحمه الله لدى شرحه لقول ابن مالك رحمه الله:

ثلاثة بالتاء قل للعشره ❀ في عد ما أحاده مذكوره

في الضد جرد والمميز اجرر ❀ جمعاً بلفظ قلّة في الأكثر

قال ما نصه:

(تثبت التاء في ثلاثة وأربعة وما بعدهما إلى عشرة إن كان المعدود بهما مذكراً وتسقط إن كان مؤنثاً ويضاف إلى جمع نحو ثلاثة رجال وأربع نساء وهكذا إلى عشرة)^(١٢٨٤).

ولا فرق في ذلك بين المفرد والجمع إنما المعتبر فقط التذكير والتأنيث، وفي هذه المسألة قال خالد بن عبد الله الجرجاوي الأزهرى، صاحب كتاب التصريح بمضمون التوضيح :

(١٢٨٠) ينظر: القاموس المحيط للفيروزآبادي، ص ٢٩٧، (م.س).

(١٢٨١) قال ابن مالك في الخلاصة: ثلاثة بالتاء قل لعشره *** في عد ما أحاده مذكوره/شرح ابن عقيل على ألفية ابن مالك، للعلامة عبد الله بن عبد الرحمن العقيلي الهمداني المصري (ابن عقيل)، تحقيق محمد محيي الدين عبد الحميد، ج ٤ ص ٦٧، نشر دار التراث - القاهرة، دار مصر للطباعة، سعيد جودة السحار وشركاؤه، الطبعة العشرون ١٤٠٠ هـ - ١٩٨٠ م.

(١٢٨٢) أضواء البيان، ج ١ ص ١٥٣ (م.س)

(١٢٨٣) أضواء البيان، ج ١ ص ١٥٣ (م.س)

(١٢٨٤) شرح ابن عقيل، على ألفية ابن مالك، تحقيق محمد محيي الدين عبد الحميد، ج ٤ ص ٦٧. (م.س).

(و) "التذكير والتأنيث" يعتبران مع الجمع بحال مفردة" فإن كان مفردة مذكراً أنتث عدده، وإن كان مؤنثاً ذكر، "فلذلك تقول: إصطبلات" جمع إصطبل، بقطع الهمزة المكسورة. "وثلاثة حمامات" جمع حمام؛ بتشديد الميم؛ "بالتاء فيهما" اعتباراً بالإصطبل والحمام فإنهما مذكران، ولاتقول: ثلاث، بتركها؛ "اعتباراً بالجمع، خلافاً للبيدانيين" والكسائي. ونقل سيبويه والفراء أن كلام العرب على خلاف ذلك^(١٢٨٥).

ثالثاً: العطف على الضمير المخفوض من غير إعادة الخافض

كما في قوله تعالى: (وَيَسْتَفْتُونَكَ فِي النِّسَاءِ فَلِلَّهِ يُفْتِيكُمْ فِيهِنَّ وَمَا يُتْلَى عَلَيْكُمْ فِي الْكِتَابِ فِي يَمَامِي النِّسَاءِ)^(١٢٨٦).

قال الشيخ رحمه الله:

(قال بعض العلماء: إن قوله تعالى: (وَمَا يُتْلَى عَلَيْكُمْ) في محل جر معطوفاً على الضمير، وعليه فتقرير المعنى: قل الله يفتيكم فيهن ويفتيكم فيما يتلى عليكم، وهذا الوجه يضعفه أمران:

الأول: أن الغالب أن الله يفتي بما يتلى في هذا الكتاب، ولا يفتي فيه لظهور أمره.

الثاني: أن العطف على الضمير المخفوض من غير إعادة الخافض وضعفه غير واحد من علماء العربية)^(١٢٨٧).

يلاحظ أن هذا النموذج مختلف عن سابقه، فالنماذج السابقة تجيء لإثبات قاعدة معينة أو تقويتها تمهيداً للترجيح استناداً إليها، وهنا تم عرضها لتضعيفها وجعل ذلك الضعف مرجحاً للضعف كما هو الحال هنا.

هذا وقد عاد الشيخ فذكر القائلين بها كالعلامة ابن مالك (ت: ٦٧٢هـ) وابن القيم (ت: ٧٥١هـ) والقرطبي (ت: ٦٧١هـ) رحمهم الله وجاء بنماذج فقال:

(وأجازه ابن مالك مستدلاً بقراءة حمزة: (وَالْأَرْحَامُ)^(١٢٨٨) بالخفض عطفاً على الضمير من قوله: (وَأَنْتُمْ أَلِهَ الَّذِي نَسَاءُونَ بِهِ وَالْأَرْحَامُ إِنَّ اللَّهَ كَانَ عَلَيْكُمْ رَقِيبًا)، وبوروده في الشعر كقوله:

فاليوم قربت تهجونا وتشتمنا ❀ فاذهب فما بك والأيام من عجب

بجر الأيام عطفاً على الكاف ونظيره قول الآخر:

^(١٢٨٥) شرح التصريح على التوضيح أو التصريح بمضمون التوضيح في النحو للعلامة خالد بن عبد الله بن أبي بكر بن محمد الجرجاوي الأزهرى، زين الدين المصري، (الوقاد) ج ٢ ص ٤٥٢، نشر دار الكتب العلمية - بيروت-لبنان، الطبعة الأولى ١٤٢١هـ- ٢٠٠٠م.

^(١٢٨٦) سورة النساء، الآية ١٢٧.

^(١٢٨٧) أضواء البيان ج ١ ص ٣١٤ (م.س).

^(١٢٨٨) سورة النساء الآية ٠١.

نعلق في مثل السواري سيوفنا ❁ وما بينها والكعب مهوى نعانف
|=٠

بجر الكعب معطوفا على الضمير قبله وقول الآخر:

وقد رام آفاق السماء فلم يجد ❁ له مصعدا فيها ولا الأرض مقعدا

فقوله: ولا الأرض بالجر معطوفا على الضمير وقول الآخر:

أمر على الكتيبة لست أدري ❁ احتقي كان فيها أم سواها

فسواها في محل جر بالعطف على الضمير.

وأجيب عن الآية بجواز كونها قسما، والله تعالى له أن يقسم بما شاء من خلقه، كما أقسم بمخلوقاته كلها في قوله تعالى: (فَلَا أُقْسِمُ بِمَا تُبْصِرُونَ) (١٢٨٩)، وعن الأبيات بأنها شذوذ يحفظ ولا يقاس عليه، وصحح ابن القيم (ت ٧٥١هـ) جواز العطف على الضمير المخفوض من غير إعادة الخافض، وجعل منه قوله تعالى: حَسْبُكَ اللَّهُ وَمَنْ اتَّبَعَكَ مِنَ الْمُؤْمِنِينَ فقال إن قوله: "وَمَنْ" في محل جر عطفًا على الضمير المجرور في قوله: حسبك، وتقرير المعنى عليه: حسبك الله، أي: كافيك، وكافي من اتبعك من المؤمنين، وأجاز ابن القيم (ت ٧٥١هـ) والقرطبي (ت ٦٧١هـ) في قوله: "وَمَنْ اتَّبَعَكَ" أن يكون منصوبا معطوفا على المحل؛ لأن الكاف مخفوض في محل نصب ونظيره قول الشاعر:

إذا كانت الهجاء وانثقت العصا ❁ فحسبك والضحاك سيف مهند

بنصب الضحاك كما ذكرنا، وجعل بعض العلماء منه قوله تعالى: (وَجَعَلْنَا لَكُمْ فِيهَا مَعَايِشَ وَمَنْ لَسْتُمْ لَهُ بِرَازِقِينَ) (١٢٩٠)، فقال: ومن عطف على ضمير الخطاب في قوله: لكم وتقرير المعنى عليه، وجعلنا لكم ولمن لستم له برازقين فيها معاش، وكذلك إعراب وَمَا يُتْلَى بأنه مبتدأ خبره محذوف أو خبره في الكتاب، وإعرابه منصوبا على أنه مفعول لفعل محذوف تقديره، ويبين لكم ما يتلى، وإعرابه مجرورا على أنه قسم، كل ذلك غير ظاهر) (١٢٩١).

ومسألة العطف على الضمير المخفوض من غير إعادة الخافض، محل خلاف كما تقدم بيننا، قال شمس الدين الجوزي (ت ٨٨٩هـ) شارح شذوذ الذهب للعلامة ابن هشام الأنصاري (ت ٧٦١هـ) رحمهما الله تعالى:

(ومنها أن العطف على الضمير المخفوض لا بد فيه من إعادة الخافض، نحو (زيد مررت به وبعمرو) و (أنا صاحبك وصاحب عمرو).

(١٢٨٩) سورة الحاقة، الآية ٣٨.

(١٢٩٠) سورة الحجر، الآية ٢٠.

(١٢٩١) أضواء البيان، ج ١ ص ٣١٤-٣١٥.

وقد يقال: إن قوله: (غالبا) قيد في هذه المسألة أيضا، فيجوز العطف عليه من غير إعادة الجار.

وهو، على هذا موافق ليونس والأخفش والكوفيين واختيار الشلوبين وابن مالك.

ومذهب جمهور البصريين أن إعادة الجار لازمة إلا في الضرورة.

واستدل الأولون بقوله تعالى: وَالْأَرْحَامُ^(١٢٩٢) بالخفض في قراءة حمزة عطفًا على الضمير المجرور في (به). وبقول الشاعر:

فَالْيَوْمَ قَدْ جُنْتُ تُؤذِيْنَا وَتَسْتُمْنَا ❀ فَأَذْهَبُ فَمَا بَكَ وَالْأَيَّامُ مِنْ عَجَبٍ

عطفًا على الضمير المجرور في (بك).

وقول العرب، فيما حكاه قطرب: (ما فيها غيره وقرسيه)^(١٢٩٣).

وعلى هذا تخرج مسألة والأرحام في قوله تعالى:

"وَالْأَرْحَامُ" قراءة العامة: النصب أي واتقوا الأرحام إن تقطعوها.

وقرأ النخعي ويحيى بن وثاب وطلحة بن مصرف وقتادة والأعمش وحمزة: بالخفض على معنى وبالأرحام، كما يقال: سألتك بالله والرحمن، ونشدتك بالله والرحمن، والقراءة الأولى أصح وأصح، لأن العرب لا يكلأ بنسق بظاهر على المعنى، إلا أن يعيدوا الخافض^{١٢٩٤}

الخاتمة

ما قدمته في البحث بشكل مفهوم الاختيار الفقهي عند الإمام الشنقيطي، وأدوات الاختيار الفقهي من خلال اللغة، وقد صدرته بترجمة مختصرة له، ثم أردفت ذلك بالحديث عن مفهوم الاختيار الفقهي، وبعد ذلك تحدثت عن أدوات الاختيار الفقهي اللغوية، فتعرضت للاستناد إلى كثرة الدوران في كلام العرب، ثم الاستناد إلى المعنى المعجمي للمفردات اللغوية أي مدلول اللغة، والاستناد لقواعد النحو، وقد تفتق البحث عن جملة من الاستنتاجات والملاحظات أجملها في الآتي:

^(١٢٩٢) سورة النساء، الآية ٠١.

^(١٢٩٣) شرح شذور الذهب في معرفة كلام العرب، شمس الدين محمد بن عيد المنعم بن محمد الجوّجري القاهري الشافعي، تحقيق نواف بن جزاء الحارثي، نشر عمادة البحث العلمي بالجامعة الإسلامية، المدينة المنورة، المملكة العربية السعودية (أصل الكتاب: رسالة ماجستير للمحقق) الطبعة الأولى: ١٤٢٣/٥/٢٠٠٤م.

^(١٢٩٤) الكشف والبيان عن تفسير القرآن، للعلامة: أحمد بن محمد بن إبراهيم الثعلبي، أبو إسحاق (ت: ٤٢٧هـ)، تحقيق: الإمام أبي محمد بن عاشور، مراجعة وتدقيق: الأستاذ نظير الساعدي، ج ٣ ص ٢٤١، الناشر: دار إحياء التراث العربي، بيروت - لبنان، الطبعة: الأولى ١٤٢٢، هـ - ٢٠٠٢م.

منهج الشيخ في الاختيار منهج صارم، يحكم فيه القواعد اللغوية، ولا تجده ينحاز لمذهب معين، أو تصرفه أي نوازع غير علمية، فهو يدور مع الدليل حيث دار، دون أن يلتزم بترجيح مذهب من المذاهب الأربعة، كما يبدي ملاحظة الاختيار بعبارة واضحة ودقيقة.

استخدم الشيخ في ترجيحه للأقوال الفقهية عدة أدوات لغوية منها المدلول المعجمي والقواعد النحوية وغير ذلك.

وقد ساعد الشيخ في اختياره الفقهي عمقه الفقهي وتمكنه من علوم اللغة، إضافة إلى تبصره في علوم أخرى ذا صلة.

يظهر البحث القيمة الكبيرة للغة في علم التفسير، وخاصة جانب التفسير الفقهي، مما أدى إلى اهتمام المفسرين به، ويعتبر تفسير الشنقيطي المظهر الأبرز لذلك.

وحسبي في هذا البحث أنني حاولت أنأكرس الجهد المستطاع من أجل دراسة دور اللغة في الاختيار الفقهي في تفسير الشنقيطي.

والله المستعان.

المصادر والمراجع:

١. القرآن الكريم الكريم برواية حفص عن عاصم.
٢. أضواء البيان، بقلم تلميذ الشيخ عطية محمد سالم (وهي ملحقة في آخر الجزء التاسع)، نشر دار الفكر للطباعة و النشر و التوزيع، بيروت- لبنان، الطبعة ١٤١٥هـ-١٩٩٥م، دون ذكر رقم الطبعة.
٣. الأعلام للثقة: خير الدين بن محمود بن محمد بن علي بن فارس، الزركلي الدمشقي (المتوفى: ١٣٩٦هـ)، الناشر: دار العلم للملايين، الطبعة: الخامسة عشر - أيار / مايو ٢٠٠٢ م.
٤. ترجمة الشيخ محمد الأمين الشنقيطي صاحب أضواء البيان، لعبدالرحمن بن عبدالعزيز السديس، دار الهجرة، الخبر، الطبعة الأولى: ١٤١٢هـ.
٥. التعريفات للعلامة علي بن محمد بن علي الجرجاني، ضبطه وصححه جماعة من العلماء بإشراف الناشر، نشر: دار الكتب العلمية، بيروت - لبنان الطبعة: الأولى ١٤٠٣هـ - ١٩٨٣م.
٦. التفسير والمفسرون ببلاد شنقيط من القرن الثاني عشر إلى الوقت الحاضر - بحث لنيل شهادة دكتوراه الدولة - إعداد محمد بن سيد محمد مولاي، إشراف الدكتور أحمد أبو زيد جامعة محمد الخامس كلية الآداب والعلوم الإنسانية الرباط السنة الجامعية ١٤٢٢هـ-٢٠٠١م.
٧. التمهيد لما في الموطأ من المعاني والأسانيد، للحافظ أبي عمر بن عبد البر النمري القرطبي، بتحقيق: مصطفى بن أحمد العلوي، محمد عبد الكبير البكري، نشر وزارة عموم الأوقاف والشؤون الإسلامية - المغرب، عام النشر: ١٣٨٧هـ.
٨. تهذيب اللغة، للعلامة محمد بن أحمد بن الأزهر الهروي، أبي منصور، بتحقيق: محمد عوض مرعب، نشر دار إحياء التراث العربي - بيروت الطبعة الأولى: ٢٠٠١م.
٩. التهذيب في اختصار المدونة، لخلف بن أبي القاسم محمد، الأزدي القيرواني، أبي سعيد ابن البراذعي المالكي، دراسة وتحقيق د. محمد الأمين ولد محمد سالم بن الشيخ، نشر دار البحوث للدراسات الإسلامية وإحياء التراث- دبي، الطبعة الأولى: ١٤٢٣هـ - ٢٠٠٢م.
١٠. الجامع لأحكام القرآن، للعلامة: أبي عبد الله محمد بن أحمد بن أبي بكر بن فرح الأنصاري الخزرجي شمس الدين القرطبي (المتوفى: ٦٧١هـ) تحقيق: أحمد البردوني وإبراهيم أطفيش، الناشر: دار الكتب المصرية - القاهرة الطبعة: الثانية، ١٣٨٤هـ - ١٩٦٤ م.
١١. الحاوي الكبير في فقه مذهب الإمام الشافعي وهو شرح مختصر المزني لأبو الحسن علي بن محمد بن محمد بن حبيب البصري البغدادي، الشهير بالماوردي، بتحقيق: الشيخ علي محمد معوض - الشيخ عادل أحمد عبد الموجود، نشر: دار الكتب العلمية، بيروت - لبنان الطبعة الأولى: ١٤١٩هـ - ١٩٩٩م.
١٢. زاد المسير في علم التفسير، للعلامة جمال الدين أبي الفرج عبد الرحمن بن علي بن محمد الجوزي، تحقيق: عبد الرزاق المهدي، نشر: دار الكتاب العربي - بيروت، الطبعة الأولى: ١٤٢٢هـ.
١٣. شرح ابن عقيل على ألفية ابن مالك للعلامة ابن عقيل، عبد الله بن عبد الرحمن العقيلي الهمداني المصري، بتحقيق: محمد محيي الدين عبد الحميد، نشر: دار التراث - القاهرة، دار مصر للطباعة. ، سعيد جودة السحار وشركاؤه، الطبعة العشرون ١٤٠٠هـ - ١٩٨٠م.
١٤. شرح التصريح على التوضيح أو التصريح بمضمون التوضيح في النحو للعلامة خالد بن عبد الله بن أبي بكر بن محمد الجرجاني الأزهرري، زين الدين المصري، وكان يعرف بالوقاد، نشر: دار الكتب العلمية - بيروت- لبنان الطبعة الأولى ١٤٢١هـ- ٢٠٠٠م.
١٥. شرح شذور الذهب في معرفة كلام العرب، للعلامة شمس الدين محمد بن عبد المنعم بن محمد الجوزي القاهري الشافعي، تحقيق نواف بن جزاء الحارثي، نشر عمادة البحث

- العلمي بالجامعة الإسلامية، المدينة المنورة، المملكة العربية السعودية (أصل الكتاب: رسالة ماجستير للمحقق) الطبعة الأولى: ١٤٢٣هـ-٢٠٠٤م.
١٦. شرح مختصر خليل للخرشي محمد بن عبد الله الخرشي المالكي أبو عبد الله، نشر دار الفكر للطباعة - بيروت. الطبعة: الأولى ١٤٢٢هـ، هـ- ٢٠٠٢ م
١٧. طبقات فحول الشعراء للعلامة: محمد بن سلام (بالتشديد) بن عبيد الله الجمحي بالولاء، أبو عبد الله (المتوفى: ٢٣٢هـ) المحقق: محمود محمد شاكر، الناشر: دار المدني - جدة
١٨. عقيل بن علفة المري (سيرته وشعره) - د. شريف راغب علاونة، دار المناهج، عمان، ط ١، ١٤٢٥ هـ / ٢٠٠٤ م، ١٤٨ صفحة
١٩. العين للعلامة اللغوي أبي عبد الرحمن الخليل بن أحمد بن عمرو بن تميم الفراهيدي البصري، تحقيق: د مهدي المخزومي، د إبراهيم السامرائي، نشر: دار ومكتبة الهلال.
٢٠. فتح القدير للعلامة محمد بن علي بن محمد بن عبد الله الشوكاني اليمني، نشر: دار ابن كثير، دار الكلم الطيب - دمشق، بيروت الطبعة الأولى - ١٤١٤ هـ.
٢١. القاموس المحيط للعلامة اللغوي مجد الدين محمد يعقوب الفيروزآبادي، ضبط وتوثيق: يوسف الشيخ محمد البقاعي، دار الفكر، بيروت، ١٤٢٠هـ،
٢٢. قواعد الترجيح عند المفسرين للسيد حسين علي الحربي، دار القاسم، الطبعة الأولى: ١٤١٧هـ.
٢٣. الكتاب للعلامة اللغوي عمرو بن عثمان بن قنبر الحارثي بالولاء، أبو بشر، الملقب سيبويه، بتحقيق: عبد السلام محمد هارون، نشر مكتبة الخانجي- القاهرة الطبعة الثالثة: ١٤٠٨هـ - ١٩٨٨م.
٢٤. الكشاف عن حقائق غوامض التنزيل لأبي القاسم محمود بن عمرو بن أحمد، الزمخشري جار الله، نشر: دار الكتاب العربي - بيروت، الطبعة: الثالثة - ١٤٠٧ هـ.
٢٥. الكشف والبيان عن تفسير القرآن، للعلامة: أحمد بن محمد بن إبراهيم الثعلبي، أبو إسحاق (ت: ٤٢٧هـ)، تحقيق: الإمام أبي محمد بن عاشور، مراجعة وتدقيق: الأستاذ نظير الساعدي، ج ٣ ص ٢٤١، الناشر: دار إحياء التراث العربي، بيروت - لبنان
٢٦. لسان العرب للعلامة محمد بن مكرم بن علي، أبي الفضل، جمال الدين ابن منظور الأنصاري الرويفعي الإفريقي، نشر: دار صادر - بيروت الطبعة الثالثة: ١٤١٤هـ.
٢٧. المبسوط للعلامة محمد بن أحمد بن أبي سهل شمس الأئمة السرخسي، نشر: دار المعرفة - بيروت تاريخ النشر ١٤١٤هـ-١٩٩٣م.
٢٨. مجمل اللغة لأبن فارس، المؤلف: أحمد بن فارس بن زكرياء القزويني الرازي، أبو الحسين (المتوفى: ٣٩٥هـ)، دراسة وتحقيق: زهير عبد المحسن سلطان، دار النشر: مؤسسة الرسالة - بيروت الطبعة الثانية - ١٤٠٦ هـ - ١٩٨٦ م
٢٩. مدارك التنزيل وحقائق التأويل لأبي البركات عبد الله بن أحمد بن محمود حافظ الدين، النسفي، تحقيق: يوسف علي بديوي، نشر: دار الكلم الطيب، بيروت، الطبعة: الأولى، ١٤١٩ هـ - ١٩٩٨ م.
٣٠. المدونة للإمام مالك بن أنس بن مالك بن عامر الأصبجي المدني، نشر: دار الكتب العلمية الطبعة الأولى: ١٤١٥هـ- ١٩٩٤م.
٣١. مسائل الإمام أحمد بن حنبل رواية ابن أبي الفضل صالح، للعلامة أبي عبد الله أحمد بن محمد بن حنبل بن هلال بن أسد الشيباني، نشر الدار العلمية - الهند.
٣٢. معجم مقاييس اللغة للعلامة أبي الحسين أحمد بن فارس بن زكرياء القزويني، بتحقيق: عبد السلام محمد هارون، نشر دار الفكر: ١٣٩٩هـ - ١٩٧٩م.

٣٣. المقتضب للعلامة محمد بن يزيد بن عبد الأكبر الثمالي الأزدي، أبي العباس، (المبرد)، بتحقيق: محمد عبد الخالق عزيمة، نشر: عالم الكتب - بيروت.
٣٤. مواهب الجليل في شرح مختصر خليل، للعلامة شمس الدين أبو عبد الله محمد بن محمد بن عبد الرحمن الطرابلسي المغربي، المعروف بالحطاب الرُّعيني المالكي، نشر: دار الفكر، الطبعة: الثالثة، ١٤١٢هـ - ١٩٩٢م.

آثار الصكوك الإسلامية ودورها في تحقيق التنمية الاقتصادية

اعداد

محمود محمد طلعت سعد أمين

مقدمة

إن الحمد لله نحمده ونستعينه ونستهديه، ونعوذ بالله من شرور أنفسنا ومن سيئات أعمالنا، من يهده الله فلا مضل له ومن يضلل فلا تجد له ولياً مرشداً، وأشهد أن لا إله إلا الله وحده لا شريك له وأشهد أن محمداً عبده ورسوله.

قال تعالى: (يَا أَيُّهَا الَّذِينَ آمَنُوا اتَّقُوا اللَّهَ حَقَّ تَقَاتِهِ وَلَا تَمُوتُنَّ إِلَّا وَأَنتُمْ مُسْلِمُونَ) [آل عمران: ١٠٢].

قال تعالى: (وَنَزَّلْنَا عَلَيْكَ الْكِتَابَ تَبْيَانًا لِكُلِّ شَيْءٍ وَهُدًى وَرَحْمَةً وَبُشْرَى لِلْمُسْلِمِينَ) [النحل: ٨٩].

ومن هنا كانت الشريعة الإسلامية صالحة لكل زمان ومكان، تحقق مصالح العباد، وتدرا عنهم المفساد والمضار

وان من اهم مقاصد الشريعة الإسلامية المحافظة على الكليات الخمس (الدين – النفس – العقل – النسل – المال) وعلى حقوق المسلمين ومن ذلك الحفاظ على اموالهم واستخدامها في تحقيق المصالح الشرعية بما يحقق المنفعة لهم وتنمية الاقتصاد داخل الدول ومن ثم تعتبر الصكوك الإسلامية من الأدوات التمويلية الإسلامية التي تتيح المشاركة الشعبية لدعم احتياجات ومتطلبات التنمية الاقتصادية، وذلك من خلال توجيه الأموال التي يتم تجميعها من حصيلة الاكتتاب في هذه الصكوك نحو الإستثمار المباشرة في القطاعات الاقتصادية العامة والخاصة

أهمية الموضوع

هذا الموضوع من الموضوعات المهمة وذلك لارتباطه بالصعوبات التي يمر بها الاقتصاد المصري وايضا الفوائد التي تعود على الدولة والافراد من تطبيق الصكوك الإسلامية

اسباب اختيار الموضوع :-

فيأتي اختياري لهذا الموضوع

- ١- نتيجة لما اثير بمصر اخذا بنظام الصكوك الإسلامية ، وما تبعه من تباين في وجهات النظر بين رجال الدين والقانون حول الأخذ بنظام الصكوك الإسلامية لحل الأزمة الاقتصادية التي تمر بها الدولة والاستعانة بتطبيق هذا النوع للوصول إلى حل لمواجهة هذه المشكلة ومدى مطابقة الأخذ بنظام الصكوك مع الشريعة الإسلامية .
- ٢- التأكيد على ان الشريعة الإسلامية شريعة خالدة صالحة لكل زمان ومكان
- ٣- التأكيد على عظمة وفضل سلف هذه الامة من الفقهاء والمحدثين والأصوليين وغيرهم من علماء الاسلام وما قدموه من خدمات جليلة لهذه الامة .
- ٤- حاجة الناس الى بديل للقروض الربوية والاسهم والسندات

منهج البحث :-

وسوف اتبع في هذا البحث

- ١- أسلوب الوصف التحليلي لهذه المشكلة
 - ٢- توضيح آراء الفقهاء والمذاهب الأربعة (الحنفى - المالكى - الشافعى - الحنبلى) وأوجه التعارض وأدلة كل مذهب والرأى الراجح
 - ٣- تخريج الأدلة من القرآن الكريم والسنة النبوية المطهرة
 - ٤- المقارنة بين آراء الفقهاء وكذلك القوانين وآراء خبراء الاقتصاد.
- اشكالية البحث :-

فإن الإشكالية الأساسية التي يعالجها البحث تتمثل في: كيف يمكن للصكوك الإسلامية أن تكون أداة لتمويل التنمية الاقتصادية

خطة البحث

وقد اقتضت خطة البحث تقسيمها الى :-

الفصل الأول :- آثار الصكوك الإسلامية ودورها في التنمية الاقتصادية .

المبحث الأول :- اثر الصكوك الاسلامية فى التنمية الاقتصادية .

المطلب الاول :- ماهية التنمية الاقتصادية فى الفقه الاسلامى وعند علماء الاقتصاد .

المطلب الثانى :- دور الصكوك الاسلامية فى التنمية الاقتصادية .

المبحث الثانى :- اثر الصكوك الاسلامية فى تمويل عجز الموازنة .

المطلب الاول :- ماهية الموازنة العامة .

المطلب الثانى :- تمويل العجز فى الموازنة العامة بواسطة الصكوك .

المبحث الثالث :- اثر تطبيق الصكوك الاسلامية فى جذب رؤوس الاموال .

المطلب الاول :- اثر تطبيق الصكوك الاسلامية على الاستثمار الداخلى .

المطلب الثانى :- اثر تطبيق الصكوك الاسلامية على جذب رؤوس الاموال .

الخاتمة :- وتحتوى على اهم النتائج والتوصيات

الفصل الأول :- آثار الصكوك الإسلامية ودورها في التنمية الاقتصادية .

تعتبر الصكوك الإسلامية من الأدوات التمويلية الإسلامية التي تتيح المشاركة الشعبية لدعم احتياجات ومتطلبات التنمية الاقتصادية، وذلك من خلال توجيه الأموال التي يتم تجميعها من حصيلة الاكتتاب في