المجلد: 05
العدد: 02
ديسمبر 2021

مجلة المنار للدراسات والبحوث القانونية والسياسية

مجلة علمية دولية محكمة تصدر عن
كلية الحقوق والعلوم السياسية بجامعة يحي فارس المدية
وهي مجلة تعنى بالدراسات القانونية والسياسية
موجهة للباحثين داخل الوطن وخارجه

Dépôt légal 197-2017 / ISSN 2588-1671 / EISSN 2661-7811

المجلد الخامس العدد الثاني (ديسمبر 2021)

العنوان: كلية الحقوق والعلوم السياسية جامعة المدية،
حي المصلى- بلدية المدية، الجزائر
Email : revue.almanar@gmail.com
الهاتف/الفاكس: 0021325730483

www.asjp.cerist.dz/en/PresentationRevue/419
www.univ-medea.dz/droit

المنار للدراسات و البحوث القانونية و السياسية

Elmanar Des Etudes Et Recherches Juridiques Et Politiques

مجلة نصف سنوية دولية محكمة

تصدر عن كلية الحقوق و العلوم السياسية

بجامعة يحي فارس بالمدية - الجزائر

تهدف المجلة إلى إتاحة فرصة النشر لصالح الأساتذة المتخصصين وطلبة الدكتوراه ومختلف الباحثين من داخل الوطن وخارجه في مجالات العلوم القانونية والسياسية باللغات

(العربية، الفرنسية، الإنجليزية)

ISSN 2588-1671

الرئيس الشرفي للمجلة:

أ. بوعروري جعفر

مدير جامعة

يحي فارس بالمدية

رئيس التحرير:

د. هارون أوروان

سكرتير التحرير:

نواس محمد

لكل المراسلات

المنار للدراسات و البحوث القانونية و السياسية

كلية الحقوق و العلوم السياسية

جامعة يحي فارس بالمدية – الجزائر

الهاتف / الفاكس : 213 25 73 04 85+

E-MAIL : revue.almanar@gmail.com

– المقالات التي تصل للمجلة لا ترد إلى أصحابها سواء نشرت أم لم تنشر.

– مضمون المقالات المنشورة يلزم أصحابها فقط و لا يحمل المجلة أية مسؤولية.

اللجنة العلمية للمجلة:

من داخل الوطن:

أ.د/ علي أبو هاني: جامعة المدية
أ.د/ كمال حدوم جامعة بودواو
أ.د/ شهيدة قادة: جامعة تلمسان
أ.د/ مسعودي يوسف جامعة أدرار
د/ بورزق أحمد:جامعة الجلفة
د/ قادري توفيق: جامعة البليدة2
د/ رابحي لخضر: جامعة الاغواط
د/ مجاجي منصور: جامعة المدية
د/ شيشم رشيد: جامعة المدية
د/ ادريس باخويا: جامعة أدرار
د/ بوشنافة جمال: جامعة المدية
د/ علياتي محمد: جامعة المدية
د/ مصطفى بوضياف: جامعة المدية
د/ مجيد بن يكن: جامعة خنشلة
د/ مزعد ابراهيم: جامعة المدية
د/ عمر خرشي: جامعة سعيدة
د/ حسين عمروش: جامعة المدية
د/ شيخ عبد الصديق: جامعة المدية
د/ اوشن حنان: جامعة خنشلة
د/ حسناوي زهيرة: جامعة المدية
د/ ميلود بن عبد العزيز: جامعة باتنة
د/ جيدل كريمة: جامعة المدية
د/ سالم حوة: جامعة غرداية
د/ القنيعي بن يوسف: جامعة المدية
د/ فشار عطاء الله: جامعة الجلفة
د/ مراد طنجاوي: جامعة المدية
د/ يوسف زروق: جامعة الجلفة
د/ بن بابا علي توفيق: جامعة المدية
د/ وردة شرف الدين: جامعة بسكرة

د/ عياشي جمال: جامعة المدية
د/ مراد بلكعيبات: جامعة الاغواط
د/بن ثغري موسى: جامعة المدية
د/ بلجراف سامية: جامعة بسكرة
د/طايبي سعاد: جامعة خميس مليانة
د/ حمودي محمد بن هاشمي: جامعة تيندوف
د/ سبتي عبد القادر: جامعة المدية
د/ معاشو لخضر: جامعة بشار
د/ صفاي العيد: جامعة المدية
د/ عمراني نادية: جامعة البليدة
د/جديلي نوال: جامعة المدية
د/ اعمر شريف اسيا: جامعة المدية
د/ أحمد دغيش: جامعة بشار
د/ بن عيشة نبيلة: جامعة المدية
د/ خنفوسي عبد العزيز: جامعة سعيدة
د/ بوخية شهيرة : مركز الجامعي بريكة
د/ عمر بن سعيد: المركز الجامعي بريكة
د/ حليس لخضر: جامعة المدية
د/ عبد الحليم بوقرين: جامعة الاغواط
د/ جبار رقية: جامعة المدية
د/ ايمان زكري: جامعة تلمسان
د/ زهدور كوثر: جامعة مستغانم
د/ قنفود رمضان: جامعة المدية
د/ فخار هشام: جامعة المدية
د/ طبال احسان: جامعة المدية
د/ معمر خالد: جامعة تيارت
د/مجاهدي إبراهيم: جامعة البليدة
د/ بن علال سهام جامعة تلمسان
د/ يحياوي محمد: جامعة المدية

د/مصطفاوي محمد: جامعة المدية
د/ غربي أسامة: جامعة المدية
د/ عمارة سامية: جامعة الجزائر
د/ أزوا عبد القادر جامعة أدرار
د/ إبراهيم يامة جامعة أدرار
د/ حساين سامية جامعة بومرداس
د/ حليم لعروسي: جامعة المدية
د/ مهري محمد امين: جامعة المدية
د/كمال محمد لمين: جامعة تيارت
د/ عمر زرقط: جامعة المدية
د/ بن طرية معمر : جامعة مستغنم
د/ بوكماش محمد: جامعة خنشلة
د/ موساوي عبد الحليم: جامعة بشار
د/والي عبد اللطيف: جامعة المسيلة
د/لخلط فواز: جامعة المسيلة
د/رواب جمال: جامعة خميس مليانة
د/أمال بن بريح: جامعة البليدة
د/بلواضح الطيب: جامعة المسيلة
د/زعبي عمار: جامعة الوادي
د/ سامية كرليفة: جامعة المدية
د/أزروال يوسف: جامعة تبسة
د/: بوصوار ميسوم جامعة المدية
د/بن سالم خيرة: جامعة خميس مليانة
د/ بن صالح محمد الحاج عيسى: جامعة الأغواط
د/بوطبة مراد: جامعة بومرداس
د/ذيب محمد: جامعة الاغواط
د/ضريفي نادية: جامعة المسيلة

من خارج الوطن:

د/ زياد عبد الوهاب النعيمي: جامعة الموصل–العراق
د/ احمد عبد الصبور الدجلاوي – جامعة الشارقة
د/ادريس الدرن: جامعة السلطان قابوس– سلطنة عمان
د/مرتضى عبد الله خيري: جامعة ظفار– سلطنة عمان
د/ أيمن محمد زين: جامعة الشارقة
د/ أحمد سيد أحمد محمود: جامعة قطر
د/ جواد الرباع: جامعة ابن زهر – المغرب
د/ محمد سالم أبو الفرج: جامعة قطر
د/ محمد الشوابكة: جامعة ظفار– سلطنة عمان

د/ شاكر المزوغي: جامعة تونس قرطاج – تونس
د/ هشام ابراهيم منصان: جامعة القاهرة – مصر
د/ ياسين محمد ثروت الشاذلي: جامعة قطر
د/عبد الوهاب كريم العلواني: جامعة السلطان قابوس
د/ محمد صلاح ابو رجب: جامعة قطر
د/ أحمد محمد أحمد الزين: جامعة ظفار– سلطنة عمان
د/ طارق جمعة السيد راشد: جامعة قطر
د/ أيمن مصطفى البقلي: المعهد العالي للقضاء – عمان

الكلمة الإفتتاحية

بتوفيق من الله عز وجل وكرمه ، يسر هيئة تحرير مجلة المنار للبحوث و الدراسات القانونية و السياسية الصادرة عن كلية الحقوق و العلوم السياسية بجامعة يحيى فارس بالمدية ، أن نضع بين أيدي الباحثين الكرام العدد الثاني من المجلد الخامس من إصداراتها وقد تضمن هذا العدد كالعادة مجموعة من البحوث المتميزة من داخل الوطن وخارجه، إتسمت بكثير من الصرامة و الجدية العلمية وتضمنت أطروحات و مقاربات مبتكرة لبعض الإشكاليات التي تعرفها الساحة الوطنية و الدولية في مجال العلوم القانونية و السياسية

وبمانسبة صدور هذا العدد أجدد شكري وتقديري لكل الباحثين و المؤلفين الذين ساهموا بإثرائه من خلال أوراقهم البحثية القيمة ، وكذا أعضاء هيئة التحرير وأعضاء الهيئة العلمية للمجلة الذين سهروا على مراجعة وتصويب و إخراج هذه البحوث في شكلها الحالي ، كما أتقدم بوافر إمتناني إلى كل الأعوان التقنيين التابعين للمجلة الذين أكدوا مرة أخرى على مهارتهم المتميزة وحرصهم الدائم على الإرتقاء بهذه المجلة إلى مصاف المجلات العالمية .

رئيس تحرير المجلة

الدكتور : هارون أوروان

الفهرس

1–القانون واجب التطبيق على المنازعات التحكيمية المتعلقة بالعقود الإدارية.....ص 01

– أ.د. مهند مختار نوح: كلية القانون – جامعة قطر (دولة قطر – الدوحة)

2– اللوائح والأنظمة المستقلة في النظام القانوني الفلسطيني.....ص 25

– د. اشرف محمد حمامده: جامعة القدس، ومعهد الإدارة العامة بالرياض سابقا

3– الوساطة ومنازعات حوكمة الشركات ص46

– د. محمد سالم أبو الفرج : جامعة قطر، كلية القانون (قطر)

4– طبيعة الضرر وحدود التعويض في ضوء أحكام النقل الجوي الدولي للأشخاص: دراسة في التشريع القطري والاتفاقيات الدولية.....ص 69

– د.ياسين الشاذلي: جامعة قطر –كلية الحقوق (قطر) / د. نزال الكسواني: جامعة قطر –كلية الحقوق (قطر)

5– إشكاليات تسوية منازعات الترقيم العقاري النهائي.....ص88

– د. بن عودة حسكر مراد: جامعة أبي بكربلقايد، تلمسان (الجزائر)

مجلة المنار للدراسات والبحوث القانونية والسياسية
كلية الحقوق والعلوم السياسية بجامعة يحي فارس المدية
2661-7811 EISSN / ISSN 2588-1671

المجلد: (05) العدد: (02) شهر:ديسمبر/ سنة:2021.

OPEN ACCESS

القانون واجب التطبيق على المنازعات التحكيمية المتعلقة بالعقود الإدارية

أ.د. مهند مختار نوح
كلية القانون – جامعة قطر (دولة قطر – الدوحة) Mouhannad.nouh@qu.edu.qa

تاريخ الاستلام: 2020/07/19؛ تاريخ القبول: 2021/10/28

ملخص:

يهدف هذا البحث الى التحقق من حدود مبدأ سلطان الإرادة في مجال القانون واجب التطبيق على المنازعة العقدية الإدارية حين يتم عرضها على المراجع التحكيمية، ومدى امكانية تطبيق القانون الذي اختاره الطرفان على المنازعة، وإن تناقض مع قواعد النظام العام التي تحكم العقود الإدارية، وكذلك مدى جواز اللجوء الى التحكيم مع تفوض بالصلح، والذي يؤدي الى التحلل من القواعد القانونية عند البت في المنازعة العقدية، والبت بها وفقا لقواعد العدالة والانصاف.

وقد تم التوصل الى هيمنة مبدأ سلطان الإرادة في قانون التحكيم القطري، بالنسبة للقانون واجب التطبيق على المنازعات التحكيمية المتعلقة بالعقود الإدارية، وذلك ماعدا حالة واحدة هي عقود الشراكة بين القطاع العام والخاص. في حين أن التطورات القضائية في فرنسا انتهت الى التناقض بين قانون الإرادة من جهة وقواعد النظام العام واجبة التطبيق على منازعات العقود الإدارية في حال تم حلها تحكيميا، مما يعني استبعاد كل قاعدة قائمة على سلطان إرادة الأطراف لصلح تلك القواعد التي تحكم العقود الإدارية ابراما وتنفيذا والتي تعد من النظام العام، وقد تمت التوصية في البحث بضرورة تعديل قانون التحكيم القطري وبحيث يتم تطبيق قواعد النظام العام التي تحكم العقود الإدارية في كل المنازعات التحكيمية المتعلقة بهذا النمط من العقود، واستبعاد حالة التحكيم مع تفويض بالصلح من دائرة المنازعات التحكيمية المتعلقة بالعقود الإدارية.

كلمات مفتاحية: تحكيم – عقود إدارية– منازعة إدارية–نظام عام– قانون واجب التطبيق

Abstract:

This research aims to verify the limits of the doctrine of Free Will in determining the applicable law to the administrative contract dispute when it is presented to arbitration bodies. In addition, the research explores the extent of the applicability of the law chosen by the parties to the dispute, even if it contradicts the rules of Public Order governing administrative contracts.

Moreover, the research aims to study the degree of permissibility to resorting to the arbitration that includes an authorization of reconciliation,

The research found that the doctrine of Free Will dominants the Qatari Arbitration Law concerning the law applicable to arbitration disputes connected to the administrative contracts, except for one case: the partnership contracts between the public and the private sector.

While judicial developments in France have concluded that, there is a contradiction between choosing the law by the parties will on the one hand and the rules of Public Order

applicable to disputes of administrative contracts on the other. The research recommended amending the Qatari arbitration law and that the rules of Public Order that related to the administrative contracts to apply to all arbitration disputes related to this type of contracts. In addition, the research suggested to exclude cases of arbitration with a mandate for reconciliation from the category of arbitration disputes related to administrative contracts.
Keywords:
Administrative contract - arbitration - the applicable law – administrative dispute – public order

* المؤلف المرسل: الإيميل: **Mouhannad.nouh@qu.edu.qa**

مقدمة :

يعد التحكيم أسلوبا قضائيا بديلا لحل المنازعات، وقد كان التحكيم خارج نطاق المنازعات الإدارية لوقت طويل، إلا أن السنوات الأخيرة شهدت إباحة للتحكيم في إطار هذا النمط من المنازعات، ولكن حتى بالنسبة للدول التي أدخلت التحكيم إلى مجال المنازعات الإدارية، فقد قصرته على العقود الإدارية دون غيرها من أنماط المنازعات الإدارية، وهو ما فعله المشرع القطري، منذ صدور قانون المناقصات والمزايدات رقم 26 لسنة 2005، وتم تكريسه نهائيا في قانون التحكيم رقم 2 لسنة 2017، في حين أن هناك دولاً خرى أباحت التحكيم في مجال العقود الإدارية على سبيل الاستثناء الواسع كما هو الحال في فرنسا.

ومن المعلوم أنه في إطار علاقات القانون الخاص، تخضع المنازعة التحكيمية لقانون الإرادة، حيث تختار إرادة المتعاقدين النظام القانوني الذي يجب أن تخضع له المنازعة التحكيمية، وعلى المرجع التحكيمي أن يتقيد بهذا النظام القانوني الذي استقرت عليه إرادة الأطراف، وذلك كله تطبيقا لمبدأ سلطان الإرادة الذي يطبق بشكل مطلق في إطار العلاقات القانونية التي تبرم تحت مظلة القانون الخاص، وإرادة الأطراف لها الحرية الكاملة في تحديد هذا القانون واجب التطبيق، والذي قد يكون نظاماً قانونيا بعيدا حتى عن النظام القانوني الذي تنتمي له الأطراف المتنازعة. وفي الواقع إن ذلك لا يستند فقط على مبدأ سلطان الإرادة، إنما على طبيعة قواعد القانون الخاص ذاتها، التي تعد من قبيل القواعد التكميلية، التي تمنح المجال الواسع لتحرك إرادة الأطراف، وتبنيها حلولا قد لا تحتويها هذه القواعد ذاتها.

وبناء على ما تقدم، فإن هناك مسألة هامة جداً تطرح نفسها في هذا الإطار، وهي النظام القانوني واجب التطبيق على المنازعة محل التحكيم والمتعلقة بعقد إداري، مما يطرح التساؤل حول إمكانية تطبيق مبدأ سلطان الإرادة ، ومن ثم يتم تطبيق القانون

الذي يقع عليه اختيار الأطراف، أم أن طبيعة العقد الإداري تتنافر مع التسليم بمبدأ سلطان الإرادة في هذا المجال بشكل كامل، حيث إن من المعلوم أن العقد الإداري يتصل بفكرتين جوهريتين، هما المرفق العام، والمال العام، وإن اتصاله بالفكرة الأولى هو الذي يجعلنا نقول أن العقود الإدارية هي الوسيلة القانونية المباشرة لتأمين احتياجات المرفق العام، ومن ثم تأمين سيره بانتظام واطراد، أما اتصاله بالفكرة الثانية، فيقودنا إلى الاستنتاج أن العقود الإدارية هي الوسيلة المباشرة لصرف أموال الموازنة العامة، وإدارة الاستثمارات العامة، لذلك فإن القواعد القانونية واجبة التطبيق على العقود الإدارية إبراماً وتنفيذا تعد من النظام العام، وتنتمي إلى فئة القواعد القانونية الآمرة، التي لا يجوز مخالفتها، مما يطرح على بساط البحث المشكلة المتعلقة بالتنافر بين قانون الإرادة واجب التطبيق على النزاع التحكيمي المتعلق بعقد اداري من جهة، والطبيعة الآمرة للقواعد القانونية الداخلية التي يجب أن تطبق على العقود الإدارية من جهة أخرى.

ومن جهة أخرى، يلاحظ أن الاعلاء من شأن سلطان الإرادة في إطار اختيار القواعد واجبة التطبيق على النزاع التحكيمي، دفع المشرعين إلى تبني فكرة تفويض المحكمين بالصلح، ومن ثم حل النزاع التحكيمي على أساس قواعد العدالة والانصاف، ومن ثم إمكانية حل النزاع خارج نطاق القواعد القانونية أصلاً، وهو ما يطرح التساؤل حول صلاحية مثل هذا الحل المتبع تحت مظلة التحكيم في القانون الخاص في إطار المنازعات التحكيمية المتعلقة بالعقود الإدارية.

وتبرز أهمية هذا البحث من خلال ضرورة معرفة حدود إرادة الأطراف في اختيار القواعد القانونية التي يجب تطبيقها على النزاع التحكيمي المتعلق بعقد اداري، ولاسيما إذا توصلت إرادة الأطراف الى اختيار نظام قانوني مخالف جذرياً للقواعد القانونية الداخلية ذات الطبيعة الآمرة التي يجب تطبيقها على العقود الإدارية، مما قد يؤدي إلى إهدار الغاية التي وضعت لأجلها هذه القواعد، والمتعلقة أساساً بحماية المال العام، وحماية سير المرفق العام بانتظام واطراد.

وسوف نقوم بدراسة هذه المشكلة من خلال المقارنة بين نظام قانوني عربي هو القانون القطري، ونظام قانوني آخر هو القانون الفرنسي، وأهمية هذه المقارنة تكمن في صدور قانون التحكيم القطري رقم 2 لسنة 2017 الذي أقر جواز التحكيم في العقود الإدارية، وأفرد أحكاماً قانونية تتعلق بمشكلة البحث، كما تكمن في المواقف الاجتهادية الهامة التي صدرت عن محكمة التنازع الفرنسية بهذا الخصوص، والتي وضعت حدا لجدل طال في فرنسا.

كما سوف ندرس مشكلة هذا البحث من خلال محورين، ندرس في أولهما مشكلة القانون واجب التطبيق على المنازعات التحكيمية المتعلقة بالعقد الإداري في قطر، ثم ننتقل لندرس ذات المشكلة في فرنسا، وذلك على النحو التالي:

المطلب الأول

القانون واجب التطبيق على المنازعات التحكيمية المتعلقة بالعقود الإدارية

وفقا للقانون القطري

لقد تبنى قانون التحكيم القطري رقم 17 لسنة 2017 مبدأ سلطان الإرادة بالنسبة للقانون واجب التطبيق على النزاع التحكيمي، ولم يضع حكماً خاصاً في هذا النطاق بالنسبة للمنازعات التحكيمية في إطار العقود الإدارية، مما يطرح المجال للبحث في مدى جواز تطبيق قانون الإرادة في المنازعات التحكيمية المذكورة، كما أجاز المشرع القطري في قانون التحكيم ذاته إمكانية الفصل في النزاع التحكيمي على أساس قواعد العدالة والإنصاف، إن اتجهت إرادة الأطراف الى ذلك، مما يطرح مدى جواز ذلك في اطار منازعات العقود الإدارية التحكيمية:

الفرع الأول: إمكانية تطبيق قانون الإرادة على النزاع التحكيمي المتعلق بالعقود الإدارية:

المبدأ العام الذي يحكم التحكيم عموماً هو أن القانون الذي يحكم النزاع محل التحكيم هو قانون الإرادة، أي القانون الذي يختاره الأطراف لكي يطبق على النزاع، ويفسر ذلك أن نظام التحكيم في مجمله يستمد وجوده من اتفاق الأطراف على اللجوء إليه[1].

وتثار مسألة القانون واجب التطبيق كما هو معلوم، على مستوى القواعد الإجرائية، والقواعد الموضوعية في آن معاً، بحسبان أن القواعد الإجرائية هي تلك المسائل المتعلقة بولاية القضاء التحكيمي، وتشكيل محكمة التحكيم، واختصاصاتها، وإجراءات المرافعات التي تتبع لديها، حتى إصدار حكم في النزاع[2]، أما القواعد الموضوعية فهي القواعد التي تطبق على موضوع النزاع[3]. وهي تؤدي دورا هاماً في بيان الحقوق والمراكز القانونية لأطراف النزاع، حيث تتغير النتائج التي يمكن أن ينتهي اليها حكم التحكيم، وفقا لتغير القواعد الموضوعية المطبقة على النزاع[4].

وذلك كله على أساس أن إرادة أطراف التحكيم هي صاحبة السلطان في تحديد آثار اتفاق التحكيم، بحسبانه تصرفاً قانونياً[5]، فتستطيع الإرادة تحديد النزاع الخاضع للتحكيم، وكذلك القانون الذي يجب تطبيقه على النزاع[6]. ومن ثم فإن المبدأ في التحكيم هو حرية الأطراف في اختيار القواعد واجبة التطبيق بحسبان مالهم من سلطان في تحديد حقوقهما والتزاماتهما والتصرف فيها[7]، ويتجسد هذا الأساس الارادي في اختيار القانون واجب التطبيق من قبل الأطراف في نطاق التحكيم الدولي خصوصاً، والذي لا يعد خاضعاً من حيث الأصل إلى نظام قانوني متعلق بدولة محددة[8].

وعلى هذا الأساس الارادي، فقد يقع اختيار أطراف التحكيم إما على قانون دولة معينة Une droit étatique، أو قد يختارون قاعدة من قواعد التجارة الدولية La Lex mekatoria، أو القواعد التي تسمى القواعد عبر الدولية

Transnational des règles [9]، وتصل حرية أطراف التحكيم في اختيار القانون واجب التطبيق إلى درجة أنهم يمكن أن يختاروا قانوناً ليس له صلة بالمنازعة، فيمكنهم اختيار قانون محايد لا صلة له بالعقد ذاته أو بأطرافه[10].

ويترتب على ذلك نتيجة منطقية هي التزام المحكم، أو هيئة التحكيم بالقانون الذي اختاره الأطراف ليطبق على النزاع[11]، فلا يجوز له التحول عنه، أو التحايل على اختيار الأطراف بأي شكل كان[12].

لقد عرضت هذه المشكلة في قطر في إطار العقود الإدارية قبل صدور قانون التحكيم رقم 2 لسنة 2017، حيث أفتت إدارة الفتوى والعقود لدى وزارة العدل بما يلي بشأن القانون واجب التطبيق عند اللجوء الى التحكيم في عقد أبرم بين اللجنة المنظمة لمهرجان قطر البحري[13]، وإحدى الشركات: (ومن حيث أنه عن القواعد القانونية الواجبة التطبيق عند اللجوء إلى التحكيم لحل النزاع الماثل، فإن الثابت أن العقد المبرم بتاريخ 2008/1/1 بين اللجنة وإحدى الشركات، قد تضمن في بنده الرابع عشر نصاً يقضي بأنه في حالة وقوع نزاع بين الطرفين، يتم اللجوء الى التحكيم وفقاً لقواعد اليونسيترال السارية المفعول في تاريخ النزاع، ومن ثم فإن هذه القواعد تكون هي الواجبة التطبيق عند اللجوء الى التحكيم، إعمالاً لقاعدة ان العقد شريعة المتعاقدين، وأنه يجب تنفيذه طبقاً لما اشتمل عليه وبطريقة تتفق مع ما يوجبه حسن النية، ولا يجوز تطبيق قواعد التحكيم المنصوص عليها في قانون المرافعات المدنية و التجارية الصادر بالقانون رقم (13) لسنة 1990 إلا باتفاق طرفي العقد.)[14].

ومن خلال ما تقدم نستنتج أن إدارة الفتوى والعقود، استندت على قاعدة العقد شريعة المتعاقدين، من أجل التوصل إلى احترام القانون واجب التطبيق، وفقا لشرط التحكيم المدرج في العقد، ومن ثم يمكن القول إنها سلمت بالأخذ بقانون الإرادة، وبغض النظر فيما إذا كان هذا القانون وطنيا أم أجنبياً، متوافقاً مع قواعد النظام العام واجبة التطبيق على العقود الإدارية أم غير متوافق، وبذلك فإن التحكيم في العقود الإدارية يتماثل مع التحكيم في العقود التجارية والمدنية من حيث التسليم بالقانون الذي اختارته إرادة الأطراف للتطبيق على العقد في حالة النزاع التحكيمي.

إن هذا الاجتهاد لإدارة الفتوى والعقود، يخالف اجتهاد اللجنة ذاتها في وقت سابق، والذي كان اجتهاداً ملفتاً في تقديرنا، حيث رأت هذه الإدارة أنه يمكن اللجوء الى التحكيم في إطار العقود الإدارية، شريطة تطبيق القانون القطري، وأن يعقد التحكيم في الدوحة[15].

ونستطيع أن نستنتج من هذا الموقف القديم لإدارة الفتوى والعقود، أن الإدارة احتاطت من إمكانية تطبيق قانون أجنبي مجهول، ولا يتوافق مع قواعد النظام العام التي يجب تطبيقها على العقود الإدارية، فأفتت بوجوب تطبيق القانون القطري، على المنازعات التحكيمية، وهو الأمر الذي لم تفرق بشأنه الإدارة في هذا الرأي أيضاً بين تحكيم داخلي، أو تحكيم دولي، بل إن الرأي صدر، في معرض تحكيم دولي.

وقد سار قانون التحكيم القطري رقم 2 لسنة 2017 في اتجاه قانون الإرادة، حيث وضع مبدأ تلتزم بمقتضاه هيئة التحكيم بالفصل في النزاع وفقا للقواعد القانونية التي يتفق عليها الأطراف[16]، ودون شك فإن القواعد القانونية التي يمكن أن يتفق عليها الأطراف، قد تتمثل في قانون دولة معينة، أو قد تكون قواعد التجارة الدولية.

إن هذا المبدأ الذي ورد في قانون التحكيم القطري يدفع للتساؤل عن مدى إمكانية تطبيقه في حالة التحكيم في العقود الإدارية، ومن ثم إمكانية أن يخضع أطراف التحكيم العقد لقانون يختارونه بمحض إرادتهم، ولو كان قانون دولة لا تعرف مفهوم العقود الإدارية أصلاً؟ حيث إن هذا النزاع يمكن أن يثار في قطر مع صدور قانون التحكيم رقم 2 لسنة 2017، بحكم أن القانون القطري يأخذ بالنظام القانوني المتميز للعقود الإدارية، في مواجهة نظيرتها المدنية والتجارية، وذلك بنص القانون، وأحكام القضاء[17].

في الحقيقة إن هذا النص الوارد في المادة 28 من قانون التحكيم القطري، هو ذاته الوارد في المادة 39 من قانون التحكيم المصري رقم 27 لسنة 1994، حيث تم الإعلاء من شأن مبدأ سلطان الإرادة في كلا النصين، وذلك في إطار اختيار القانون واجب التطبيق على النزاع التحكيمي، لذلك فقد ذهب جانب من فقه القانون العام العربي (في مصر تحديداً) إلى القول بأن أثر ذلك يمتد إلى التحكيم في العقود الإدارية، ولاسيما إذا كانت ذات طابع دولي، حيث يمكن استبعاد تطبيق القانون الوطني على النزاع، واختيار قانون أجنبي ليطبق عليه، مما يؤدي في النهاية إلى خضوع المنازعة العقدية الإدارية إلى نظام قانوني لا يعتد بنظرية العقد الإداري، كما هي معروفة في فرنسا وفي الدول العربية، مما يؤثر على طبيعة هذا العقد ومركز الإدارة فيه، ويحرمها من الامتيازات المقررة لها في إطار العقود الإدارية، ويعاملها على قدم المساواة مع المتعاقد الأجنبي[18].

إن ما سبق ذكره يعني من حيث النتيجة إمكانية تطبيق نظام قانوني لدولة أخرى على المنازعة التحكيمية المتعلقة بعقد إداري، والذي قد يكون أحد أطرافه شخصا من أشخاص القانون العام في دولة قطر، أو إمكانية تطبيق القواعد التي تحكم التجارة الدولية، وذلك كله طالما أن المشرع القطري، لم يستثن التحكيم في العقود الإدارية من مبدأ سلطان الإرادة عند اختيار القانون واجب التطبيق على النزاع العقدي الإداري، ومن ثم إمكانية إخضاع المنازعة العقدية ذات الطابع الإداري إلى نظام قانوني لا يميز بين عقود إدارية وعقود مدنية و تجارية، وهو ذات الأمر يتحقق بطبيعة الحال، إذا اتفق أطراف التحكيم على إخضاع المنازعة إلى قواعد التجارة الدولية.

إن هذا الاحتمال وراد جداً، ومن الممكن أن تنتج عنه معطيات قانونية غير منطقية، فالعقد الإداري يمنح الإدارة حقوقا بشكل مقدم، وبموجب نصوص تشريعية، ومن أهم هذه الحقوق التعديل الانفرادي للعقد من جانب الإدارة، والفسخ الانفرادي من قبلها[19]. في حين أن القاعدة التي تحكم العقود المدنية والتجارية هي قاعدة العقد شريعة المتعاقدين[20]، ومن ثم إذا استخدمت الإدارة هذين الحقين بالتعديل أو بالفسخ، أو حتى اذا قامت بإيقاع جزاءات عقدية، وعرض الأمر على المرجع التحكيمي، فإن هذا الأخير سيعد استخدام التعديل أو الفسخ أو إيقاع الجزاءات العقدية، من قبيل الخطأ العقدي، الموجب للمسؤولية العقدية، والتعويض، وذلك إذا كان القانون واجب التطبيق (قانون الإرادة) لا يعرف التفرقة بين العقد المدني والعقد الإداري، وبناء على

ذلك، فإن ما كان يعد حقاً بموجب نص تشريعي آمر من النظام العام، سيعد خطأ موجبا للمسؤولية العقدية وفقاً لاتفاق التحكيم، مما يعد تجاوزاً على إرادة المشرع، التي لم تتجه في تقديرنا إلى مخالفة النصوص التشريعية التي أعطت الإدارة هذه الامتيازات في معرض تنفيذها لعقودها الإدارية.

ولا يقتصر ذلك على حقوق الإدارة فقط، إنما يمتد أيضاً إلى حقوق المتعاقد أيضاً، حيث من المعلوم أن هناك حقوقاً للمتعاقد في العقد الإداري لا يتمتع بها نظيره في العقود المدنية أو التجارية، وعلى رأس هذه الحقوق، ذلك الحق الجوهري المتعلق بالتوازن المالي للعقد، وهذه الحقوق سيتم هدرها فيما لو طبق على النزاع العقدي قانون لا يعرف النظام القانوني للعقود الإدارية.

وإضافة إلى ما تقدم، فإنه ليس من المستساغ في تقديرنا في إطار المنطق القانوني أن يكون للتصرف ذاته تكييفان في ذات الوقت، وبالتبعية لذلك، ليس من المستساغ أيضاً أن ينطبق عليه نظامان قانونيان، وذلك لأسباب لا علاقة لها بذاتية التصرف وجوهره القانوني، بل يعود ذلك لأسباب ذات طبيعة إجرائية أساساً، تتعلق بتحديد الجهة المختصة بحل النزاع، حيث إن هذه الأسباب هي التي تؤدي إلى تطبيق قانون الإرادة، والذي قد يكون نظاماً قانونياً لا يعرف الذاتية القانونية للعقود الإدارية.

ومن جهة أخرى، فإن خضوع العقد إلى نظامين قانونيين في نفس الوقت من شأنه أن ينتج عوارا دستورياً، لأن ذلك يخالف مبدأ المساواة[21]، حيث إنه يؤدي الى خرق قاعدة المساواة أمام قاعدة القانون وضمن قاعدة القانون، إذ إن مفهوم المساواة أمام قاعدة القانون يقتضي أن يكون هناك التزام يقع على كاهل كل من يطبق القاعدة القانونية يفرض عليهم أن لا يرتكبوا تمييزاً بين الخاضعين للقاعدة القانونية لا تنص عليه هذه الأخيرة، وهو ما يقتضي عدم مشروعية جميع أنماط التمييز التي تقترف من قبل القائمين على تطبيق القاعدة القانونية[22].

وعلى هذا الأساس، فإنه إذا وافقت الإدارة على تطبيق قانون لا يعرف النظام القانوني للعقود الإدارية، على منازعاتها العقدية مع طرف محدد، فإن ذلك يعني مخالفة الإدارة لمبدأ المساواة أمام قاعدة القانون، على الرغم من أنها القائمة على تنفيذ القانون، لأن ذلك من شأنه أن يؤدي إلى إيجاد تمييز بين المتعاقدين مع الإدارة، بحكم أنه ستطبق عليهم قواعد قانونية مختلفة وفقا لصياغة الشرط التحكيمي.

أما بالنسبة للمساواة ضمن قاعدة القانون، فإنها تقتضي من الجهة المختصة بسن القانون، أن لا ترتكب تمييزاً أو محاباة بين المخاطبين بالقاعدة القانونية، ومن ثم فإن القانون يجب أن يعامل كل المراكز المتماثلة بطريقة متطابقة[23]. ومن ثم تطبيق قانون لا يعرف النظام القانوني للعقود الإدارية، من الممكن أن يؤدي إلى معاملة أصحاب المراكز المتماثلة بطريقة متمايزة، فالمتعاقدون في العقود الإدارية يتمتعون بمراكز قانونية متماثلة بحكم كونهم أطرافاً في عقود تتمتع بالصفة القانونية ذاتها، إلا أن بعضهم سيخضع إلى نظام قانوني مختلف عن النظام القانوني للعقود الإدارية.

وحتى لو رجعنا إلى نص الفقرة 2 من المادة 2 من قانون التحكيم القطري، فإننا نجد أن المشرع أجاز التحكيم في العقود الإدارية، وهو بتعبيره هذا، أفصح عن وجوب أن ينصب التحكيم على عقد إداري، إلا أنه إذا انصب التحكيم على عقد تم تجريده من طبيعته الإدارية بسبب القانون الذي اختاره أطراف التحكيم للتطبيق على النزاع، فإن ذلك سيؤدي إلى صيرورة العقد تجارياً، ومن ثم يصبح التحكيم بالتبعية تجارياً، مما يخالف مقاصد المشرع الذي جعل التحكيم في العلاقات القانونية التجارية مختلفاً عن التحكيم في العلاقات القانونية الإدارية، بمعنى أن المشرع القطري اتجه في هذه الحالة إلى إجازة التحكيم شريطة أن يظل العقد إدارياً.

وعلى كل حال فقد ذهب المشرع القطري مؤخرا الى جواز اللجوء الى الوسائل البديلة في حل المنازعات الناجمة عن تنفيذ عقود الشراكة بين القطاع العام والخاص، إلا أن المشرع اشترط بوضوح أن يخضع العقد لأحكام القانون القطري، ونص على بطلان كل شرط يقضي بغير ذلك[24]، وعلى هذا الأساس فإنه لا يجوز في حال اللجوء الى التحكيم الاتفاق على تطبيق قانون آخر غير القانون القطري الذي نظم عقود الشراكة، ويطبق ذلك ولو كان العقد دوليا، نظرا لإطلاق النص، وذلك في تقديرنا إدراك من المشرع لأهمية قواعد النظام العام التي تطبق على هذا النمط من العقود الإدارية. وهو الحل الذي كان واجب الاتباع بالمسبة لكل العقود الإدارية، وليس لصنف منها، وذلك على نحو الحل المتبع في فرنسا كما سنرى.

الفرع الثاني– إمكانية الفصل بالنزاع التحكيمي المتعلق بالعقود الإدارية وفقا لقواعد العدالة والانصاف:

يعني التحكيم بالصلح الفصل في النزاع وفقا لقواعد العدالة والإنصاف، وفي هذه الحالة يتحرر المرجع التحكيمي من أي نصوص تشريعية أياً كان مصدرها[25]، ويقوم بإجراء نوع من التسوية للنزاع المعروض عليه مستلهماً ما يراه محققاً للعدالة، وما يرضي ضميره[26]. ومن ثم يصل المرجع التحكيمي في هذه الحالة إلى حل ملائم للنزاع، ومن ثم فإن الحل الذي يتوصل إليه يغدو متسماً بالطبيعة الذاتية لا الموضوعية، لأنه يرتبط بذاتية النزاع الذي صدر لأجله، ومن ثم فإذا كان الحل الذي توصل إليه المرجع التحكيمي مناسباً لنزاع محدد، إلا أنه ليس بالضرورة أن يكون مناسباً لأي نزاع[27].

ويلاحظ أن التحكيم بالصلح لا يكون بمنأى عن تطبيق القواعد القانونية كليا، ففي إطار هذا النمط من التحكيم لابد من مراعاة بعض القواعد القانونية الاجرائية الأساسية مثل مبدأ الحضورية، ومن حيث الموضوع، يجب على المرجع التحكيمي أن يأخذ اعتبارات القانون أولاً، وأن يفهمها، ثم يطرح اعتبارات العدالة في معرض بناء حكمه. مع التأكيد على أن التحكيم بالقانون لا يكون بمنأى عن قواعد العدالة دائما، حيث إن المرجع التحكيمي يطرح اعتبارات العدالة دائما في حكمه[28].

ولا يعد تطبيق قواعد العدالة والانصاف على النزاع التحكيمي أصلاً في إطار التحكيم، حيث إن الأصل هو تطبيق القواعد القانونية التي يتفق عليها الأطراف على موضوع النزاع[29]. كما أن هذا النمط من التحكيم منتقد، بسبب غموضه، حيث لم تحدد النصوص التي تجيزه عادة المقصود منه تماماً[30].

وينطوي التحكيم بالصلح على تنازل عن تطبيق القواعد الموضوعية من قبل هيئة التحكيم، وهو تنازل اتفاقي من جهة، وتنازل عن الحقوق الشخصية من جهة أخرى، ومن ثم فإنه لا يعد تنازلاً عن القانون الموضوعي، حيث إن إرادة الخاضعين لهذا الأخير لا يمكنها إلغاء هذا القانون[31]، ذلك فإن التنازل في هذه الحالة يقتصر على الحقوق الممنوحة بموجب النظام القانوني[32]. ففي إطار التحكيم بالصلح يحدث نزاع بشأن الحقوق، إلا أن هيئة التحكيم ترى أنه من العدالة استبعاد الحق المترتب عن القانون أو العقد[33].

ولا ينشأ عن التحكيم مع الصلح إلا التنازل عن ما يستطيع أطراف التحكيم التصرف به فعلاً، فمن المقرر أن فكرة المصلحة العامة تقف حائلاً أمام فكرة التنازل، ويبرر ذلك على أساس أن النظام العام يقيد الحرية التعاقدية، ويقيد مجال التنازل في هذه الحالة، فالتنازل تطبيق لمبدأ سلطان الإرادة، ومن ثم يخضع التنازل لذات القيود التي يخضع لها هذا المبدأ، ومن ثم تعد الإرادة قاصرة عندما تشكل اعتداء على النظام العام، وهو ما يعني من حيث النتيجة أنه إذا كان الحق ناشئاً عن نص يتعلق بالنظام العام، فلا يجوز التصرف بهذا الحق، ولا يجوز بالتبعية لذلك اللجوء إلى التحكيم بالصلح[34]. لذلك فإن عدم تطبيق قواعد القانون في حالة التحكيم مع التفويض بالصلح، لا يشمل القواعد المتعلقة بالنظام العام، ويجب على هيئة التحكيم التقيد بهذه القواعد مع التفويض بالصلح[35].

وقد تبنت التشريعات المختلفة جواز التحكيم بالصلح، والفصل في النزاع التحكيمي على أساس قواعد العدالة والانصاف، إلا أنها لم تجعله الأصل، بل تطلبت موافقة أطراف التحكيم صراحة على ذلك[36]. وهو نفس الاتجاه الذي سار فيه المشرع القطري، حيث أشارت الفقرة الثالثة من المادة 28 من قانون التحكيم رقم 2 لسنة 2017 إلى ما يلي: (.. لا يجوز لهيئة التحكيم الفصل في النزاع على أساس قواعد العدالة والانصاف، دون التقيد بأحكام القانون، إلا إذا أجاز الأطراف ذلك صراحة..).

وبناء على هذا الترخيص التشريعي بالتحكيم بالصلح فإن السؤال الذي يطرح نفسه في هذا المجال هو ذلك المتعلق بمدى إمكانية اللجوء إلى هذا النمط من التحكيم في إطار العقود الإدارية، في ضوء هذا النص في القانون القطري[37].

في الحقيقة إذا ما عدنا إلى الفتاوى الصادرة عن إدارة الفتوى والعقود في وزارة العدل القطرية المذكورة سابقا[38]، فسنجد أن هذه الإدارة قد أفتت من زمن بعيد بأنه إذا تم اللجوء الى التحكيم في منازعات العقود الإدارية فلابد من تطبيق القانون القطري، وهو ما يعني ضمناً أنه لا يجوز التحكيم مع التفويض بالصلح في هذا النمط من المنازعات التحكيمية، لأن هذه المحكمة لم تجز تطبيق قانون غير القانون القطري، ومن باب أولى عدم جواز الفصل في النزاع التحكيمي على أساس قواعد العدالة والانصاف، إلا أن الاتجاه الحديث للإدارة ذاتها يسير نحو الاستناد إلى قاعدة العقد شريعة المتعاقدين بشكل مطلق، ومن ثم فإن ما يتفق عليه الأطراف هو الواجب التطبيق، وهو ما يعني إمكانية الفصل بالنزاع التحكيمي على أساس قواعد العدالة والانصاف، في حال الاتفاق على ذلك.

أما في ضوء النصوص الحالية لقانون التحكيم القطري، فيبدو بادئ الأمر جواز لجوء الأشخاص الاعتبارية العامة إلى التحكيم مع الصلح، في إطار المنازعات التحكيمية المتعلقة بالعقود الإدارية، واستنادا إلى الفقرة الثالثة من المادة 28 من قانون التحكيم القطري رقم 2 لسنة 2017، طالما أن جميع النصوص التي وردت في القانون 2 لسنة 2017 تقبل التطبيق في نطاق التحكيم في العقود الإدارية، ومنها نص الفقرة الثالثة من المادة 28 المذكورة، إلا أن ذلك يعد في تقديرنا ثغرة في قانون التحكيم القطري، حيث من غير المعقول أن تخضع العقود الإدارية ذات المنظومة القانونية المتعلقة بالنظام العام إلى قواعد العدالة والانصاف[39]، وهو ما يدفعنا إلى إثارة ما ورد في الفقرة 3 من المادة 33 من قانون التحكيم القطري، والتي ألزمت المحكمة المختصة في حالة الطعن ببطلان الحكم التحكيمي أن تثير البطلان من تلقاء نفسها إذا كان حكم التحكيم مخالفاً للنظام العام في الدولة، وذلك لأن تطبيق قواعد العدالة والانصاف على نحو ما يراه المرجع التحكيمي على منازعات العقود الإدارية، وإهمال تطبيق قواعد النظام القانوني الخاص بها، إنما يعد في تقديرنا مخالفة واضحة للنظام العام في الدولة، ولاسيما أن النظام القانوني للعقود الإدارية يتعلق بفكرة قانونية أخرى تدخل في جوهر النظام العام، وهي تلك المتعلقة بالمال العام، ومن المسلم به أنه لا يجوز صرف المال العام إلا بناء على قواعد قانونية تبرر هذا الصرف[40]، ولا يمكن أن يتم هذا الصرف بناء على حلول هي من بنات أفكار المحكمين، واستناداً إلى ما يرونه عدالة وانصافاً.

وإذا كان يجوز اللجوء الى التحكيم مع تفويض بالصلح في منازعات العقود الإدارية، وفقا لأحكام قانون التحكيم القطري، إلا أن ذلك لم يعد جائزا في إطار عقود الشراكة بين القطاع العام والخاص، وذلك لأن المشرع اوجب أن يطبق القانون القطري على المنازعات المتعلقة بهذه العقود، وإن تم اللجوء الى التحكيم بشأنها، مما لا يمكن القول معه بإمكانية الاتفاق على التحكيم مع التفويض بالصلح الذي يستبعد القواعد القانونية لصالح قواعد العدالة والانصاف تحت طائلة بطلان شرط التحكيم[41].

المطلب الثاني

القانون واجب التطبيق على المنازعات التحكيمية المتعلقة بالعقود الإدارية وفقا للقانون الفرنسي

لقد ذهبت محكمة التنازع الفرنسية حديثا مذهبا تاريخيا حيث لم تجز من حيث النتيجة التسليم بقانون الإرادة طالما تعارض مع قواعد القانون واجبة التطبيق على العقود الإدارية، والمتعلقة بالنظام العام، كما أن مجلس الدولة الفرنسي تصدى لمشكلة التحكيم مع جواز التفويض بالصلح، لم يجزها، وعلى الرغم من أن هناك أصواتاً فقهية دعت الى ذلك:

الفرع الأول : إمكانية تطبيق قانون الإرادة على النزاع التحكيمي المتعلق بالعقود الإدارية

إن القاعدة السائدة في فرنسا حتى وقتنا الحالي هي حظر التحكيم في العقود الإدارية، وقد تعددت الحجج التي تدعم هذا الحظر، إلا أن المبرر الرئيسي لذلك تمثل في تجنب دخول الشخص الاعتباري العام في علاقة قانونية من الممكن أن تؤدي بدورها إلى تطبيق قانون مجهول[42].

وفي نفس الوقت، فقد أخذ المشرع الفرنسي في قانون المرافعات المدنية الفرنسي بمبدأ الاختيار الحر للقانون واجب التطبيق على موضوع النزاع التحكيمي، وذلك في المادة 1496 من القانون المذكور، والتي نصت على ما يلي: (تبت هيئة التحكيم في النزاع طبقاً لقواعد القانون التي اختارها الأطراف، وفي حال عدم وجودها، وفقاً لقواعد القانون التي تقدر أنها الأنسب، مع أخذ قواعد التجارة الدولية بالحسبان في كل الحالات). وهو ما رأى فيه جانب من الفقه الفرنسي مفهوماً لاستقلال القانون المطبق على المنازعات التحكيمية، والذي يتولد عنه نظام قانوني تحكيمي حقيقي Véritable ordre juridique arbitrale[43]. وتأكد ذلك من جانب محكمة النقض الفرنسية التي قررت أن هناك استقلالاً للنظام القانوني التحكيمي في مجال التحكيم الدولي[44].

لذلك فإن السؤال الذي كان يطرح في الاروقة القانونية الفرنسية هو ذلك المتعلق بإمكانية تطبيق قانون أجنبي على منازعة تتعلق بعقد إداري، بسبب خضوعها للتحكيم وذلك ضمن الاستثناءات التي يبيح فيها المشرع الفرنسي التحكيم في العقود الإدارية..

في الحقيقة لا توجد في فرنسا مشكلة بالنسبة للعقود الإدارية الداخلية Les contrats d'ordre interne، وهي التي تبرم من قبل شخص اعتباري عام مع شخص قانوني آخر، وإن كان هذا الأخير أجنبياً، ولا تتعلق بمصالح التجارة الدولية، أي أن مثل هذه العقود لا علاقة لها بحركة رؤوس الأموال والبضائع والأشخاص عبر الحدود، في هذه الحالة تطبق المعايير القضائية المعروفة في التفرقة بين العقود المدنية والعقود التجارية من جهة، و العقود الإدارية من جهة أخرى، ويخضع كل نوع من هذين النوعين إلى النظام القانوني الخاص به[45].

أما بالنسبة للعقود الخارجية المتعلقة بمصالح التجارة الدولية، فقد كان لمحكمة التنازع الفرنسية موقف قضائي هام، حيث قضت هذه المحكمة باختصاص القضاء العادي بالنظر بالطعن ضد حكم تحكيمي صادر في فرنسا، يتعلق بنزاع ناجم عن تنفيذ عقد مبرم بين شخص اعتباري عام فرنسي وشخص أجنبي، طالما كان منفذا على الإقليم الفرنسي، ومتعلقاً بمصالح التجارة الدولية، وعلى الرغم من توافر معايير العقد الإداري فيه، وفقا لما هو مستقر عليه في القانون الداخلي الفرنسي[46]. ويعني ذلك أن مثل هذا العقد لا يخضع للنظام القانوني للعقود الإدارية، طالما كان الاختصاص منعقداً للقضاء العادي، وخاضعاً للنظام القانوني الذي تخضع له العقود الدولية، ومن المعلوم أن النظام القانوني المطبق على منازعات العقود الدولية انما يستند على قانون إرادة الأطراف[47]. لذلك يمكن القول إن محكمة التنازع الفرنسية أقرت إمكانية عدم الخضوع للقانون الوطني من خلال الشرط التحكيمي بما في ذلك قواعد القانون الإداري، وهو ما تضمن اعترافاً من قبل هذه المحكمة باستقلال النظام القانوني التحكيمي الدولي، حتى إذا كان العقد الدولي إداريا، وهو الاتجاه الذي سارت عليه محكمة النقض بالنسبة للعقود الدولية الخاصة كما رأينا[48].

إلا أن محكمة التنازع الفرنسية وضعت تحفظاً واضحا وواسعاً على المبدأ السابق، حيث قالت إن هناك عقوداً إدارية لابد أن تخضع إلى القواعد الآمرة للقانون العام الفرنسي[49]، بمعنى أن هناك أصنافاً من العقود الإدارية لا يجوز أن تخضع لنظام قانوني غير ذلك الذي يحكم العقود الإدارية، وهذه العقود هي عقود إشغال الدومين العام، وعقود الشراء العام (الصفقات العمومية)، وعقود الشراكة، وعقود تفويض المرفق العام[50].

وبذلك لطفت محكمة التنازع الفرنسية من القاعدة التي وضعتها بشأن القانون واجب التطبيق على المنازعات التحكيمية في مجال العقود الإدارية، حيث رأت أن الأشخاص الاعتبارية العامة لا يمكن أن تكون بمنأى عن قواعد القانون الإداري الآمرة، المتعلقة بالعقود الإدارية المذكورة، وذلك حتى عن طريق الشرط التحكيمي، بل إن هذه الأشخاص تظل خاضعة لمثل هذه القواعد، لذلك ينعقد الاختصاص بالطعن بالأحكام التحكيمية الصادرة في منازعات هذه العقود للقضاء الإداري ليسهر على مراعاتها من قبل المراجع التحكيمية، بحسبان أنه القاضي الطبيعي لهذه المهمة القضائية، وعلى الرغم من أن الأحكام في هذه الحالة هي أحكام تحكيمية دولية[51]. لذلك فقد ذهب جانب من الفقه الفرنسي إلى القول إن محكمة التنازع قامت بفتح الطبيعة الآمرة الدولية للقانون الإداري، من أجل تفعيل الحماية القضائية للعقود الإدارية ذات الطبيعة الدولية[52]. ومن ثم فإن هذه الطبيعة الآمرة الدولية للقانون العام الفرنسي Impérativité internationale du droit public français تشكل مبرراً لاختصاص القاضي الإداري المكلف بمراقبة تطبيق القانون الإداري من قبل الجهة التحكيمية الدولية[53].

وعلى هذا الأساس، فإنه إذا كان هناك نزاع تحكيمي حول عقد دولي، ينفذ في فرنسا، أبرم من قبل شخص اعتباري عام فرنسي، فإنه لا يخضع للنظام القانوني للعقود الإدارية، وإن توافرت فيه معايير العقد الإداري المعروفة داخلياً في فرنسا، وذلك كله مالم يندرج في عداد العقود الإدارية المذكورة، بمعنى أنه إذا كان العقد دولياً، وتم تكييفه على أنه من قبيل عقود الشراء العام أو تفويض مرفق عام أو عقود الشراكة أو عقود إشغال الدومين العام، فإن هيئة التحكيم تلتزم عندئذ بتطبيق قواعد القانون العام الفرنسي على النزاع، لأنها قواعد آمرة لا يجوز الخروج عنها[54]، بمعنى أن محكمة التنازع رأت أن المراكز العقدية ذات الطابع الدولي، يجب أن لا تنقطع بشكل كامل مع قواعد القانون العام[55]، وهو ما يترتب عليه عدم إمكانية تطبيق قانون الإرادة على المنازعة العقدية، طالما كان قانون الإرادة مخالفا لهذه القواعد، لذلك سلم بعض الفقه الفرنسي، بأن النتيجة الأساسية التي يحملها هذا الاجتهاد هي التجاوز على حرية أطراف التحكيم في تحديد القانون واجب التطبيق[56].

بيد أن اجتهاد محكمة التنازع يتعلق بعقد مبرم بين شخص اعتباري عام فرنسي من جهة وشخص خاص أجنبي من جهة أخرى، وعلى أن يكون مكان التنفيذ في فرنسا، فأما إذا كان مكان التنفيذ خارج فرنسا، فلا تثور الطبيعة الآمرة للقانون الإداري الفرنسي، وهو ما ينجم عنه إمكانية خضوع العقد لقانون الإرادة أيا كانت طبيعته[57].

وقد ذكرت أن حكمة التنازع الفرنسية أنواعاً محددة من العقود الإدارية، وقضت بخضوعها إلى النظام القانوني للعقود الإدارية، بحسبانه نظاماً قانونياً آمرا[58]، إلا أن هذه العقود تشكل في واقع الأمر جميع العقود الإدارية تقريباً، ولا يخرج عنها إلا بعض العقود

الإدارية قليلة الأهمية، والأقل شيوعاً في الحياة العملية، مثل عقد تقديم المعونة[59]. إلا أن هذا الوضع الجديد، دفع بعض الفقه إلى استنباط تقسيم جديد للعقود الإدارية، حيث إن بعضها من شأنه أن يثير الطبيعة الآمرة للقانون الإداري (وهي العقود التي حددتها محكمة التنازع)، وبعضها الآخر هو الذي لا يثير هذه الطبيعة الآمرة، (والعقود الإدارية التي بقيت خارج تحديد محكمة التنازع)[60].

وقد أناطت محكمة التنازع الفرنسية مهمة التأكد من مراعاة الهيئة التحكيمية لقواعد النظام العام المذكورة، بالقضاء الإداري، وفي معرض الطعن بالأحكام التحكيمية الدولية الصادرة في منازعات العقود الإدارية أمامه، وهو ما يعني اتساع صلاحية القاضي الإداري في إطار رقابة مراعاة قواعد النظام العام، وذلك على خلاف الدور المحدود الذي يقوم به القضاء العادي الفرنسي في إطار رقابة النظام العام[61]، حيث إنه يتأكد فقط من مطابقة الحكم التحكيمي الدولي من الناحية الموضوعية لقواعد النظام العام الدولي[62]، ومع الأخذ بالحسبان أن محكمة النقض الفرنسية أخذت بمفهوم ضيق لرقابة النظام العام الدولي في إطار الرقابة على الأحكام التحكيمية الصادرة في العقود الدولية، وبحيث تقتصر هذه الرقابة على الحد الأدنى، فلا يعتد إلا بالمخالفة الواضحة والفعالة للنظام العام[63].

لذلك فقد كان من الضروري توسيع كتلة القواعد المكونة للنظام العام والتي يجب مراعاتها عند الحكم بالمنازعات التحكيمية المتعلقة بالعقود الإدارية، لتدرج فيها قواعد ذات طابع داخلي بشكل محض[64]، وهو ما ذهب اليه مجلس الدولة الفرنسي بوضوح حديثاً[65]، فميز المجلس بين قواعد النظام العام الإجرائية، وقواعد النظام العام الموضوعية[66]، بحيث يتحقق القاضي الإداري في معرض رقابته على الحكم التحكيمي من مشروعية العناصر الإجرائية للتحكيم، وذلك فيما يتعلق باحترام الهيئة التحكيمية لاختصاصها، ومهمتها، وأن يكون تشكيلها صحيحاً، واتباع مبادئ الاستقلال والنزاهة لدى القضاة، واحترام إجراءات الحضورية، وتسبيب الحكم التحكيمي[67].

وتعد بالمقابل من قواعد النظام العام الموضوعية العيوب التقليدية التي يمكن أن تثير بطلان العقود الإدارية، كما استقر عليها القضاء الإداري، وذلك عندما يكون المحل غير مشروع، والعيوب المتعلقة بالتعبير عن الإرادة في معرض إبرام العقد، والذي يتجلى في مخالفة إجراءات إبرام العقود الإدارية التي يجب أن تلتزم بها الأشخاص الاعتبارية العامة[68]، وكذلك قاعدة حظر السخاء الإداري La libéralité [69]administrative، وعدم جواز التنازل عن الدومين العام، وقواعد النظام العام ذات المصدر الأوربي والمتعلقة بالعقود الإدارية[70]. ولعل الأهم في هذا النطاق هو عدم جواز التنازل عن الامتيازات التعاقدية التي تتمتع بها الإدارة في معرض تنفيذها للعقود الإدارية[71]، فقد عد المجلس الجزاءات العقدية مثلا من قبيل قواعد النظام العام التي لا يجوز استبعاد تطبيقها من جانب المرجع التحكيمي، وهذه النقطة بالذات عدها مجلس الدولة الفرنسي من النظام العام منذ المرحلة الأولى لتكوينه[72].

ويدل هذا الاتجاه الذي تبناه مجلس الدولة الفرنسي على اتساع تفسير قواعد النظام العام التي يجب مراعاتها في معرض المنازعات التحكيمية المتعلقة بالعقود الإدارية، وذلك لأن المجلس قام بإدراج كل القواعد القابلة للتطبيق على العقود الإدارية في هذا

النطاق[73]. كما يدل على أن الإدارة لا يمكن أن تختار القانون واجب التطبيق على المنازعات التحكيمية المتعلقة بالعقود الإدارية، دون رقابة على القيود الموضوعية التي تفرض على إرادتها التعاقدية[74].

ومن الواضح أن محكمة التنازع استندت إلى أساس دستوري في حكمها هذا، حيث إن الحفاظ على قواعد النظام العام في هذه الحالة، إنما يجد مبرره في مسوغات دستورية[75]، تتعلق بحماية الملكية العامة، والاستخدام الجيد للأموال العامة، وهي المبادئ التي استقر عليها المجلس الدستوري الفرنسي بوضوح[76]. لذلك فقد رأى جانب من الفقه الفرنسي أن الأشخاص الاعتبارية العامة تتمتع بخصوصية في مواجهة باقي المتقاضين، لأنها لا تعد سيدة المصالح التي تدافع عنها في النزاع التحكيمي، بل إن المواطنين هم المستفيدون من الحقوق والالتزامات محل النزاع، وهو ما ينتج عنه أن اختيار القانون واجب التطبيق لا يجوز أن يترك لإرادة الأطراف، في إطار الدعوى التحكيمية التي يكون الشخص الاعتباري العام طرفاً فيه[77].

واستناداً إلى موقف محكمة التنازع المذكور، فقد استبعد جانب من الفقه الفرنسي إمكانية تطبيق قانون التجارة الدولية على النزاع التحكيمي المتعلق بعقد إداري، لأنه لا يجوز استبعاد القواعد القانونية المتعلقة بالعقود الإدارية، و التي تعد من النظام العام، لصالح (قانون مجهول)، وذلك مع إمكانية تطبيق قانون التجارة الدولية بالنسبة للمنازعات التحكيمية التي تكون الأشخاص العامة طرفاً فيها وذلك فيما لو كانت هذه الأخيرة تتمتع (بمركز تجاري)، وهي الفرضية التي لا تنطبق إلا على المؤسسات العامة ذات الطبيعة الاقتصادية، والتي زال معظمها في فرنسا في وقتنا الحالي[78].

ويبدو أن هذا الاجتهاد الذي كرسته محكمة التنازع بشأن القانون واجب التطبيق على النزاع التحكيمي المتعلق بالعقود الإدارية، يجد أساسه فيما توجه اليه المشرع الفرنسي بشأن عقود الشراكةLes marchés des partenariat بين القطاع العام والخاص منذ سنة 2004، وذلك كقاعدة عامة، ولكنه وضع على ذلك قيداً هاماً وهو تطبيق القانون الفرنسي، وسواء أكان العقد داخلياً أم دولياً[79]، وهو ما يترجم بوضوح إرادة المشرع الفرنسي بعدم الرغبة في تطبيق القوانين الأجنبية وقوانين التجارة الدولية وأعرافها ليس في إطار هذا العقد الإداري الهام فحسب، إنما في إطار كل العقود التي تبرمها أشخاص القانون العام ضمن هدف المصلحة العامة، كما أن هذا التوجه للمشرع الفرنسي يظهر اهتمام القانون الإداري الفرنسي بالحماية ضد التوسع المتنامي للقوانين الأجنبية ولقانون التجارة الدولية ضمن مجالات تثير حصرا وبشكل تقليدي تطبيق القوانين الوطنية، وبشكل مخالف لما يجري في إطار العولمة من زوال للسيادة القانونية للدول، على المسائل التي كانت تعد طبيعيا من مجال اختصاصها، وإن كل ذلك من شأنه أن يعزز فكرة الاختصاص الحصري للقانون الإداري الوطني في مواجهة القوانين الأجنبية[80].

وقد انتقد جانب من الفقه الفرنسي هذا التوجه للمشرع في نطاق التحكيم في عقود الشراكة، لأن هذا التوجه يؤدي إلى تزييف الإرادة عن طريق الاحتفاظ بعقد ضمن دائرة القانون الفرنسي بقوة القانون، مع أن عقود الشراكة ذات الطابع الدولي خصوصاً تتضمن عناصر ذات طبيعة خاصة، وهي لم توجد إلا على أرضية الآليات القانونية الخاصة بالتجارة الدولية، ومن ثم يجب أن تظل بمنأى عن توجهات القانون الداخلي، كما أن المرجع التحكيمي الذي يفصل بالعقد الدولي لا يهتم أساساً بمقتضيات

القانون الداخلي مالم يتم النص على ذلك في شرط التحكيم أو مشارطة التحكيم[81]. وحتى لو قام المرجع التحكيمي بإهمال تطبيق القانون الاداري الفرنسي في هذه الحالة، وتطبيق القانون الذي وقع اختيار الأطراف عليه، فإن هذا الحكم سيصطدم بصعوبات تنفيذية في فرنسا، لأن جهات القضاء الداخلي ستحتج بالاختصاص الحصري للقانون الاداري الفرنسي، وهو ذات الأمر إذا تم تطبيق أعراف التجارة الدولية على النزاع التحكيمي المتعلق بعقد الشراكة[82]، لأن الاجتهاد القضائي مستقر على أن القاعدة التي تنص عليها المادة 55 من الدستور الفرنسي والمتعلقة بتفوق المعاهدات الدولية على قواعد القانون الداخلي، لا تنطبق على الأعراف الدولية، ومن ثم فلا تفوق لأعراف التجارة الدولية على قواعد القانون الإداري الداخلي، والتي تمنع تطبيق قواعد قانون أجنبي على منازعة تحكيمية تتعلق بعقد إداري[83].

وفي مجمل الأحوال، وبالنتيجة لما تقدم من موقف لمحكمة التنازع الفرنسية، وللمشرع الفرنسي في إطار عقود الشراكة، فإننا نؤيد النتيجة التي انتهى اليها بعض الفقه الفرنسي من القانون الإداري الفرنسي قد حد من تأثيرات القانون الدولي الخاص، في إطار التحكيم في منازعات العقود الإدارية[84].

وبالمقاربة بين ما جاء في اجتهاد محكمة التنازع الفرنسية سالف الذكر من عدم جواز مخالفة المحكمين لقواعد النظام العام التي تحكم العقود الإدارية مع نصوص قانون التحكيم القطري، فإنه يمكن القول إن قانون التحكيم القطري رقم 2 لسنة 2017 لم يتضمن إشارة مباشرة إلى ذلك، إلا أنه بالرجوع إلى الفقرة 3 من المادة 33 من القانون ذاته، يلاحظ أن هذه الفقرة فرضت على المحكمة المختصة القضاء ببطلان حكم التحكيم من تلقاء نفسها، إذا كان موضوع التحكيم مما لا يجوز الاتفاق على الفصل به عن طريق التحكيم وفقا لقانون الدولة، أو إذا كان حكم التحكيم يخالف النظام العام للدولة، وقد ورد هذا النص مطلقاً، حيث لم يميز بين تحكيم داخلي، أو تحكيم دولي.

وبناء على ما تقدم، فإننا نرى أنه لا يمكن تطبيق المادة 28 من قانون التحكيم القطري التي تغلب مبدأ سلطان الإرادة في إطار اختيار القانون واجب التطبيق على النزاع التحكيمي، حيث إن الأطراف والمحكمين مقيدون بما ورد في الفقرة 3 من المادة 33 من القانون ذاته، التي تنص على ضرورة التقيد بموجبات النظام العام للدولة، وبما أن القواعد القانونية التي تحكم العقود الإدارية تعد من العناصر الجوهرية للنظام العام في الدولة، بحكم أنها قواعد آمرة لا يجوز مخالفتها[85]، ومن ثم فإنه إذا وقع اختيار الأطراف على قانون معين ليحكم نزاعاً تحكيمياً يتعلق بعقد إداري، فإنه يجب على هيئة التحكيم أن تستبعد تطبيق هذا القانون، وأن تتقيد بالنظام القانوني للعقود الإدارية السائد في دولة قطر، تحت طائلة إبطال الحكم التحكيمي، وذلك كله استناداً إلى الفقرة 3 من المادة 33 من قانون التحكيم رقم 2 لسنة 2017 سالفة الذكر.

ثانيا–إمكانية فصل النزاع التحكيمي المتعلق بالعقود الإدارية وفقا لقواعد العدالة والانصاف:

لقد كان للقضاء الإداري الفرنسي موقف واضح في هذا الشأن، حيث رفض مجلس الدولة الفرنسي التحكيم مع التفويض بالصلح ، بحسبان أن ذلك يتعارض مع القانون الإداري[86].

وقد أوضح مجلس الدولة الفرنسي عن اتجاهه حول ذات المشكلة بشكل أوضح في تقريره الصادر سنة 1993 بشأن الوسائل البديلة في حل المنازعات الإدارية، حيث قطع برفض هذا النمط من التحكيم بسبب ما يمكن أن ينجم عنه من (انحرافات)[87].

أما بالنسبة للفقه الفرنسي، فقد سار على خطى الاجتهاد القضائي، وقد كان سند الفقه في ذلك، أنه من غير المتصور أن يتم التحكيم في منازعات العقود الإدارية خارج إطار القانون، ولاسيما أن هيئة التحكيم لا تحكم فقط خارج قاعدة القانون، إنما يمكن أن تصحح الآثار التي تراها غير عادلة في قاعدة القانون[88].

في حين مال جانب آخر من الفقه الفرنسي إلى القول بجواز ذلك، ومن ثم يمكن للأطراف أن يستغنوا عن تطبيق قواعد القانون الإداري لمصلحة العدالة، على الرغم من معارضة مجلس الدولة، لأن هذه المشكلة تعد من المشاكل الأساسية في التطبيق العملي، ولاسيما أن هناك أصواتاً تتعالى بضرورة تقوية التحكيم في المجال الإداري، وتقديم وسائل أكثر مرونة لحل المنازعات الإدارية، وتتجاوب مع عالم الأعمال ضمن العلاقات القانونية الإدارية[89]. وقد تبنى جانب آخر من الفقه الفرنسي ذلك، دون أي تبرير، سوى القول إنه لا يوجد مانع في القانون الإداري يحول دون إخضاع النزاع التحكيمي في مجال العقود الإدارية لقواعد العدالة والانصاف[90].

أما بالنسبة لمشروع قانون التحكيم الخاص بالأشخاص الاعتبارية العامة، والمسمى مشروع Labtoulle (المعد من سنة 2007)، فقد ذهب إلى نفس مذهب مجلس الدولة الفرنسي، حيث لم يجز التحكيم مع التفويض بالصلح، وقد تم تبرير ذلك على أساس وجوب خضوع الأشخاص الاعتبارية العامة إلى القواعد القانونية التي تحكم نشاطها، وكذلك على أساس عدم جواز استبعاد القواعد المتعلقة بالنظام العام تحت ذريعة العدالة[91]. وهذا هو الاتجاه الذي نؤيده لأنه يتجاوب مع ما توصلت اليه محكمة التنازع الفرنسية بشأن القواعد واجبة التطبيق على النزاع التحكيمي المتعلق بالعقود الإدارية.

الخاتمة :

في نهاية هذا البحث، يمكن القول أن مشكلة القانون واجب التطبيق على النزاع التحكيمي المتعلق بالعقود الإدارية، لا تعد مشكلة جديدة في دولة قطر، بل طرحت هذه المشكلة مبكرا، وكانت محل افتاء إدارة الفتوى والعقود في وزارة العدل منذ زمن طويل، فقد ذهبت هذه الإدارة سنة 1986 الى القول أن القانون واجب التطبيق على مثل هذا النزاع التحكيمي هو القانون القطري، إلا أن هذه الإدارة ذاتها عدلت عن رأيها بعد ذلك بسنوات، ورأت أن القانون واجب التطبيق في هذه الحالة هو قانون الإرادة استنادا على مبدأ العقد شريعة المتعاقدين، وفي تقديرنا أن الرغبة في حماية العلاقات العقدية الإدارية بحسبانها بوابة صرف المال العام، هي التي دفعت إدارة الفتوى والعقود إلى القول بتطبيق القانون القطري، ومن ثم يمكن القول أن ما ذهبت اليه هذه الإدارة ذاتها يؤدي عملا إلى المخاطرة بتطبيق نظام قانوني غير متجانس من حيث الطبيعة مع النظام القانوني الذي يحكم العقود الإدارية في دولة قطر.

وقد ذهب قانون التحكيم القطري الجديد رقم 2 لسنة 2017 في المذهب الذي سارت عليه التشريعات التحكيمية المعاصرة، حيث أقر في الفقرة الأولى من المادة 28 منه مبدأ خضوع النزاع التحكيمي إلى قانون الإرادة، وهو الأمر الذي ينطبق مبدئياً حتى على المنازعات التحكيمية المتعلقة بالعقود الإدارية، إلا أننا، وعلى الرغم من ذلك، نرى أن هذا النص مقيد بما نصت عليه الفقرة الثالثة من المادة 33 من قانون التحكيم ذاته، من بطلان حكم التحكيم إذا كان يتضمن ما يخالف النظام العام في الدولة، ومن ثم وبحسبان أن القواعد القابلة التي تحكم العقود الإدارية تعد من النظام العام، ولا يمكن مخالفتها لا من قبل أطراف العقد الإداري محل التحكيم ولا من قبل المحكمين، فإن ذلك يعني اتجاهاً ضمنيا من قبل المشرع القطري في قانون التحكيم نحو عدم جواز تطبيق قانون الإرادة إذا كان يخالف هذه القواعد الآمرة، تحت طائلة بطلان الحكم التحكيمي.

ومن ناحية أخرى، فقد كانت محكمة التنازع الفرنسية واضحة في هذا المجال، حين أصدرت حكماً تاريخياً قررت بموجبه أن قانون الإرادة لا دور له وإن كان العقد الإداري محل التحكيم دولياً، طالما كان متعارضاً مع القواعد القانونية الآمرة التي تحكم العقود الإدارية الرئيسية (عقود الشراء العام، وعقود تفويض المرفق العام، وعقود إشغال المال العام، وعقود الشراكة)، وطالما كان العقد مبرماً مع شخص اعتباري عام فرنسي، وكان مكان تنفيذه ضمن فرنسا. وبذلك فإن محكمة التنازع أنهت جدالا كان قائما لوقت طويل في فرنسا، مستندة على أسس دستورية تبرر موقفها.

ويلاحظ أن فكرة القواعد القانونية المتعلقة بالنظام العام والتي يجب مراعاتها في هذا المجال، إنما تعد فكرة واسعة وفقاً لما توجه إليه مجلس الدولة الفرنسي في حكم هام له صدر سنة 2016، حيث استند المجلس على ما جاءت به محكمة التنازع، من ضرورة مراعاة قواعد النظام العام المتعلقة بالنظام القانوني للعقود الإدارية الرئيسية، في معرض النزاعات التحكيمية وان تعلقت بعقود إدارية دولية، وقام في نفس الوقت بتحديد مضمون هذه القواعد التي يجب مراعاتها، وهي تتمثل في النهاية في كل قواعد ابرام العقود الادارية وتنفيذها، ولاسيما قواعد التنفيذ التي تبرز فيها امتيازات الإدارة.

أما بالنسبة لتطبيق قواعد العدالة والانصاف على النزاع التحكيمي، والتي تبرز عند تفويض المحكمين بالصلح، فيلاحظ أنه تم تبنيها بوضوح في قانون التحكيم القطري رقم 2 لسنة 2017، مما يطرح السؤال عن إمكانية تطبيق ذلك في إطار المنازعات التحكيمية المتعلقة بالعقود الإدارية، وهو الأمر غير الممكن في رأينا على الرغم من عدم وجود نص واضح بذلك، إلا أنه يصطدم بضرورة مراعاة قواعد النظام العام التي تحكم العقود الإدارية، على نحو ما نصت عليه الفقرة الثالثة من المادة 33 من قانون التحكيم رقم 2 لسنة 2017. وهو الامر الذي تداركه المشرع القطري بشأن صنف محدد من أصناف العقود الإدارية وهو عقود الشراكة بين القطاع العام والخاص، حيث أوجب تطبيق القانون القطري على المنازعات المتعلقة بهذه العقود، إدراكا منه لأهمية قواعد النظام العام واجبة التطبيق و التي كانت محلا للتقنين في القانون رقم 12 لسنة 2020، بتنظيم الشراكة بين القطاعين العام والخاص، وهو الامر الذي منع بشكل غير مباشر إمكانية التحكيم مع التفويض بالصلح، إلا أن ذلك لا يعد كافيا في تقديرنا، ويجب أن يمتد هذا

الحكم ليشمل جميع العقود الإدارية، ومن بينها الصنف الهام جدا في إطار مالية الدولة وهو عقود الشراء العام بمختلف أصنافها (توريد – اشغال – خدمات).

أما في فرنسا فيلاحظ أن مجلس الدولة الفرنسي لم يبح مثل هذا النمط من التحكيم، على الرغم من وجود بعض الأصوات الفقهية التي تطالب بتطبيقه في إطار منازعات العقود الإدارية التحكيمية كما هو الحال في إطار منازعات القانون الخاص التحكيمية، بيد أن هذه الأصوات افتقدت للحجة الجدية التي تبرر ذلك.

إن ما تقدم ذكره، يدفعنا لاقتراح تعديل قانون التحكيم القطري رقم 2 لسنة 2017 في سبيل تبني فكرتين هامتين جدا في تقديرنا، من أجل حماية المال العام، وحماية سير المرافق العامة باطراد، بحسبان أن العقود الإدارية هي عقود تتعلق بالمال العام، وبالمرافق العامة، وتتمثل الفكرتان المذكورتان بما يلي:

1- أن يتم النص بوضوح على حكم خاص بالمنازعات التحكيمية المتعلقة بالعقود الإدارية، وبحيث يكون تطبيق قانون الإرادة على النزاع التحكيمي هو المبدأ، مالم يتعارض مع قواعد النظام العام التي تحكم العقود الإدارية والنافذة في دولة قطر إبراما وتنفيذاً، وسواء أكانت العقود محل النزاع داخلية أم دولية، وطالما كان العقد سيتم تنفيذه ضمن إقليم الدولة.

2- أن يتم النص بوضوح على حكم خاص في قانون التحكيم القطري، **من شأنه** أن يمنع التحكيم مع التفويض بالصلح في إطار المنازعات التحكيمية المتعلقة بجميع العقود الادارية، لتعارض ذلك بشكل واضح مع مقتضيات النظام العام التي تتسم بها القواعد القانونية التي يجب أن تطبق على العقود الإدارية.

مراجع البحث:

أولا- باللغة العربية:

-جابر جاد نصار، التحكيم في العقود الإدارية، دراسة مقارنة، مجلة البحوث الإدارية، ابريل 2002، ص98،

-السيد فتوح محمد هنداوي، دور القاضي الإداري في إعادة التوازن المالي في العقود الإدارية، دار النهضة العربية، القاهرة، 2015، ص524.

-عكاشة عبد العال، القانون الذي يحكم التحكيم التجاري والأثر المترتب على عدم مراعاته من قبل هيئة التحكيم، بحث من الأبحاث المقدمة إلى المؤتمر العلمي السادس عشر، جامعة الإمارات العربية، التحكيم التجاري الدولي، 2008.

-علي أبو عطية هيكل، بطلان حكم التحكيم لاستبعاد القانون الموضوعي المتفق على تطبيقه، مجلة الحقوق للبحوث القانونية والاقتصادية، جامعة الإسكندرية، 2016، المجلد الأول، ص803.

-علي سليمان الطماوي، التحكيم في العقود الإدارية في النظرية والتطبيق، دار النهضة العربية، القاهرة، 2013.

-علي عبد الحميد تركي، التحكيم بالقانون والتحكيم مع التفويض بالصلح، مجلة حقوق حلوان للدراسات القانونية والاقتصادية، 2012، ص246.

-فتحي والي، قانون التحكيم في النظرية والتطبيق، منشأة المعارف، الإسكندرية، 2006.

-فهيمة أحمد علي القماري، أثر اتفاق التحكيم بالنسبة للغير، منشأة المعارف، الإسكندرية، 2015، ص75.

-مصطفى الجمال و أ.د. عكاشة عبد العال، التحكيم في العلاقات الدولية والخاصة، الفتح للطباعة والنشر، الإسكندرية، 1998

-مهند نوح، مبدأ المساواة، الموسوعة القانونية العربية المتخصصة، المجلد السادس، هيئة الموسوعة العربية، دمشق، 2012..

-نادر محمد محمد إبراهيم، مركز القواعد عبر الدولية أمام التحكيم الاقتصادي الدولي، رسالة دكتوراه، جامعة الاسكندرية، 1998.

-وفاء فلحوط، النظام القانوني واجب التطبيق في إطار التحكيم التجاري الدولي، بحث من الأبحاث المقدمة إلى المؤتمر العلمي السادس عشر، جامعة الإمارات العربية، التحكيم التجاري الدولي، 2008.

ثانيا- باللغة الفرنسية:

-Braconnier.S, Arbitrage et contrats publics d'affaires, vers consécration d'un principe d'arbitrabilité, Mélanges du professeur Michel Guibal, Université Montpellier I , Montpellier, 2013, p335.

-Braconnier.S, Contentieux de l'arbitrage des contrats publics internationaux, RDI 2010 p.551

-Bresse, Les limites à la liberté contractuelle, AJDA 2006 p.1041. Delaunay. B, Les sentences arbitrales concernant les personnes publiques en matière de commerce international : le contrôle du juge administratif, Note sous Conseil d'État, assemblée, 9 novembre 2016, Société Fosmax LNG, n° 388806, RFDA 2017 p.116

-Delvolvé.P, Le contentieux des sentences arbitrales national de la recherche médicale, R.F.D.A, 2010, P972.

-Guettier.Ch, Droit des contrats administratifs, P.U.F, Paris, 2011, P519.

-Guyomar.M, Le contentieux des sentences arbitrales en matière administrative, Conclusions sur T. confl., 17 mai 2010, n° C. 3754, Institut national de la santé et de la recherche c. Fondation Letten F. Sausgstad, R.F.D.A, 2010, p962.

-Hoepffner.H. Droit des contrats administratifs, Dalloz, Paris, 2016. Lauzouzi.M, L'impérativité international des contrats administratifs des contrats administratifs et conflits des lois, R.C.D.I.P, 2010, p653.

-Lombard. F, Arbitrage et droit administratif, R.T.D.C, 2017, p55.

-Loquin.E, De la dualité de l'arbitrage commercial et l'arbitrage administratif, R.T.D.C, 2010, P525.

-Lumaire.S, Arbitrage international, D, 2010, P2634.

-Odinet.G, La jurisprudence INSERM, embrasse l'exéquatur, AJDA, 2017, p981.

-Richer.L, Droit des contrats administratifs, L.G.D.J, Paris, 2014.

- Rouault.D, Arbitrage et contrats publics internationaux, Journal de l'arbitrage de l'Université de Versailles - Versailles Univrsity Arbitration Journal n° 1, Octobre 2014, 3.

-Yolka .PH, Droit des contrats administratifs, L.G.D.J, Paris, 2013, p131.

-Yolka.PH, Traité de droit administratif, Les modes alternatifs de règlement des litiges administratifs, Dalloz, Paris, 2011, T2, P623.

الهوامش :

[1]- أ.د. عكاشة عبد العال، القانون الذي يحكم التحكيم التجاري والأثر المترتب على عدم مراعاته من قبل هيئة التحكيم، بحث من الأبحاث المقدمة إلى المؤتمر العلمي السادس عشر، جامعة الإمارات العربية، التحكيم التجاري الدولي، 2008، ص583، د. وفاء فلحوط، النظام القانوني واجب التطبيق في إطار التحكيم التجاري الدولي، بحث من الأبحاث المقدمة إلى المؤتمر العلمي السادس عشر، جامعة الإمارات العربية، التحكيم التجاري الدولي، 2008، ص551.

[2]- أ.د. مصطفى الجمال و أ.د. عكاشة عبد العال، التحكيم في العلاقات الدولية والخاصة، الفتح للطباعة والنشر، الإسكندرية، 1998، ص210 وما بعدها.

[3]- د. وفاء فلحوط، المرجع نفسه، ص553، وص563.

[4]- د. علي سليمان الطماوي، التحكيم في العقود الإدارية في النظرية والتطبيق، دار النهضة العربية، القاهرة، 2013، ص699.

[5]- د. علي أبو عطية هيكل، بطلان حكم التحكيم لاستبعاد القانون الموضوعي المتفق على تطبيقه، مجلة الحقوق للبحوث القانونية والاقتصادية، جامعة الإسكندرية، 2016، المجلد الأول، ص803.

[6]-د. فهيمة أحمد علي القماري، أثر اتفاق التحكيم بالنسبة للغير، منشأة المعارف، الإسكندرية، 2015، ص75.

د. علي سليمان الطماوي، المرجع السابق، ص705.

[7]- أ.د. مصطفى الجمال و أ.د. عكاشة عبد العال، المرجع السابق، ص266. وكذلك راجع: د. علي أبو عطية هيكل، المرجع السابق، ص821 وما بعدها.

[8]- Seragliui.Ch – Ortscheidt.J, Droit de l'arbitrage interne et international, Montchrestien, Paris, 2013, P799.

[9]- أ.د. عكاشة عبد العال، المرجع السابق، ص586، د. وفاء فلحوط، المرجع السابق، ص563. د. علي سليمان الطماوي، المرجع السابق، ص711.

ومن الملاحظ أن هناك اختلافاً في أروقة الفقه حول حقيقة القواعد المتعلقة بالتجارة الدولية، فقد أنكر بعض الفقه صفة القواعد القانونية عليها، على أساس أنها ليست إلا مجموعة من العادات والممارسات التجارية لا تتمتع في حد ذاتها بقوة الالزام. في حين أن جانبا آخر من الفقه يرى أن هذه القواعد هي قواعد قانونية بالمعنى الدقيق، ومن ثم ينظر اليها على أنها نظام قانوني مستقل وقائم بذاته في مجال المعاملات التجارية الدولية. راجع تفاصيل ذلك:

أ.د. مصطفى الجمال و أ.د. عكاشة عبد العال، المرجع السابق، ص255 وما بعدها.

- [10] أ.د. عكاشة عبد العال، المرجع السابق، ص590، ويلاحظ أن قواعد التجارة الدولية هي تلك القواعد المعمول بها في أوساط التجارة الدولية، وكذلك مجموعة الأعراف التي يتواتر سلوك الجهات التجارية على اتباعها في ميدان العلاقات الدولية، وهي لا تنتمي إلى نظام قانوني معين، وكما يرى بعض الفقه بحق، فإن هذه القواعد تحتاج إلى ضبط لتحديدها، حتى لا يخضع تحديدها إلى المزاج القانوني للمحكم، وحتى لا تتحول وسيلة لفرض قانون القوي على الضعيف. راجع: أ.د. عكاشة عبد العال، المرجع نفسه، ص591.

[11] -Seragliui.Ch – Ortscheidt.J, op.cit., P799.

[12]- وعلى الرغم من ذلك فإن هناك كثيرا من الحالات تحايل فيها المحكمون على مبدأ سلطان الإرادة في اختيار القانون واجب التطبيق على موضوع النزاع، تحت ستار أسباب شتى ومنها تخلف القانون واجب التطبيق، أو عدم احتوائه على قواعد تحكم النزاع، أو تعارضه مع قواعد القانون الدولي؟ راجع في ذلك: د. علي سليمان الطماوي، المرجع السابق، ص731. وما بعدها، وفي تقديرنا، فإن ذلك يعود إلى رغبة هيئة التحكيم إلى جذب النزاع نحو نظام قانوني من الممكن أن يحقق مصلحة أحد الأفراد، مما يعكس فساداً في التحكيم، وتجردا عن إحدى أهم القيم القضائية، وهي تلك المتعلقة بالحياد والمساواة بين الخصوم.

[13]-أسست هذه اللجنة بمقتضى القرار الأميري رقم 42 لسنة 2007، وأعطيت الشخصية الاعتبارية والاستقلال المالي، وتعد بذلك أحد الأشخاص الاعتبارية العامة.

[14]- إدارة الفتوى والعقود، *الرقم:* ف.ع 11/3- 10871*السنة:* 2008*تاريخ الجلسة:* 2008/11/30، www.almeezan.qa. تاريخ الزيارة 2017/12/1.

[15]- ادارة الفتوى والعقود الرقم: ش.ق 50/8- 395السنة: 1986تاريخ الجلسة: 1986/03/19www.almeezan.qa . تاريخ الزيارة 2017/12/1.

[16]– الفقرة الأولى من المادة 28 من قانون التحكيم القطري رقم 2 لسنة 2017.

[17]– تنص الفقرة 3 من قانون الفصل في المنازعات الإدارية رقم 7 لسنة 2007 على اختصاص الدائرة الإدارية الابتدائية بمنازعات العقود الإدارية، وهو اعتراف ضمني من المشرع بتميز هذه العقود عن نظيرتها المدنية و التجارية، وخضوعها لنظام قانوني متميز، وقد حددت محكمة التمييز القطرية ماهية العقد الإداري وتمييزه عن العقود المدنية: (..إن العقد يعد إدارياً، إذا كان أحد طرفيه من أشخاص القانون العام، ومتعلقاً بسير مرفق عام، ومتضمناً شروطاً استثنائية غير مألوفة في نطاق القانون الخاص، وإذا فقد العقد شرطاً من الشروط التي يتحقق بتوافرها مناط العقد الإداري، كان العقد من عقود القانون الخاص)، راجع حكمها رقم 118 لسنة 2008، تاريخ2009/1/27، غير منشور، وحكمها رقم 49 لسنة 2008، تاريخ 2008/6/17،غير منشور.

[18]– د. جابر جاد نصار، التحكيم في العقود الإدارية، دراسة مقارنة، مجلة البحوث الإدارية، ابريل 2002، ص98، د. السيد فتوح محمد هنداوي، دور القاضي الإداري في إعادة التوازن المالي في العقود الإدارية، دار النهضة العربية، القاهرة، 2015، ص524.

[19]– لقد أخذ المشرع القطري بإمكانية تعديل العقود الإدارية انفراديا، وذلك في المادة 19 من القانون 24 لسنة 2015 المتعلق بالمناقصات والمزايدات، والتي نصت على ما يلي: (للرئيس بناءً على توصية اللجنة، ووفقاً لمقتضيات المصلحة العامة، تعديل كميات أو حجم العقود المبرمة وفقاً لأحكام هذا القانون واللائحة بالزيادة أو النقصان بذات الشروط والأسعار، دون أن يكون للمتعاقد مع الجهة الحكومية الحق في المطالبة بأي تعويض عن ذلك، وفقاً للضوابط وفي الحدود التي تبينها اللائحة.).

كما تبنى المشرع القطري في القانون ذاته إمكانية أن تقوم الإدارة بفسخ العقد انفراديا، حيث تنص الفقرة الرابعة من المادة 25 من قانون المناقصات والمزايدات على ما يلي: (...للجهة الحكومية الحق في إنهاء العقد.. إذا اقتضت المصلحة العامة ذلك، وبموجب قرار مسبب من الرئيس، بناءً على توصية اللجنة...).

[20]– تنص المادة 171 من القانون المدني القطري على ما يلي: (العقد شريعة المتعاقدين، فلا يجوز نقضه ولا تعديله إلا باتفاق الطرفين أو للأسباب التي يقررها القانون.).

[21]–تنص المادة 35 من الدستور القطري على أن: (الناس متساوون أمام القانون. لا تمييز بينهم في ذلك، بسبب الجنس، أو الأصل، أو اللغة، أو الدين).

[22]– Pellisier.G, Le principe d'égalité en droit public, L.G.D.J, Paris, 1996, P25.

وباللغة العربية: د. مهند نوح، مبدأ المساواة، الموسوعة القانونية العربية المتخصصة، المجلد السادس، هيئة الموسوعة العربية، دمشق، 2012، ص484.

[23] – Pellisier.G, op.cit., p153.

وباللغة العربية: د. مهند نوح، المرجع السابق، ص 484 وما بعدها.

[24]– المادة 28 من القانون رقم 12 لسنة 2020 بتنظيم الشراكة بين القطاع العام والخاص، منشور في الجريدة الرسمية، العدد العاشر، 2020/6/11، ص3.

[25]–أ. د. نادر محمد محمد إبراهيم، مركز القواعد عبر الدولية أمام التحكيم الاقتصادي الدولي، رسالة دكتوراه، جامعة الاسكندرية، 1998، ص60. وكذلك راجع د. علي سليمان الطماوي، المرجع السابق، ص 767.

[26]– يرى بعض الفقه أن المعيار الذي تقوم عليه فكرة العدالة والانصاف في هذه الحالة إنما هو معيار شخصي ولكن هذا المعيار الشخصي غير كاف في حد ذاته، بل يكمله معيار موضوعي، وهو أن يفصل المرجع التحكيمي في النزاع وفقا لما يراه عدالة وانصافاً، ويراه الغير كذلك، لذلك يمكن لأحد الأطراف أن يطعن بالحكم التحكيمي الصادر بناء على قواعد العدالة والانصاف، لعدم تطبيق هذه القواعد. راجع: د. علي أبو عطية هيكل، المرجع السابق، ص 817.

[27]– أ.د. نادر محمد محمد إبراهيم، المرجع السابق، ص62.

[28] - Seragliui.Ch – Ortscheidt.J, op.cit, P799.

[29]– د. علي عبد الحميد تركي، التحكيم بالقانون والتحكيم مع التفويض بالصلح، مجلة حقوق حلوان للدراسات القانونية والاقتصادية، 2012، ص246. أ.د. فتحي والي، قانون التحكيم في النظرية والتطبيق، منشأة المعارف، الإسكندرية، 2006، ص38. وراجع أيضاً: د. علي سليمان الطماوي، المرجع السابق، ص769. د. علي أبو عطية هيكل، المرجع السابق، ص817.

[30]– د. نادر محمد محمد إبراهيم، المرجع السابق، ص60.

[31]– د. علي عبد الحميد تركي، المرجع السابق، ص288.

[32]– أ.د. نادر محمد محمد إبراهيم، المرجع السابق، ص60.

[33]- د. علي عبد الحميد تركي، المرجع نفسه، ص289.

[34]- د. علي عبد الحميد تركي، المرجع نفسه، ص291

[35]- د. علي عبد الحميد تركي، المرجع نفسه، ص256. وراجع: د. علي سليمان الطماوي، المرجع السابق، ص772.

[36]- وهو ما تم تبنيه مثلا في المادة 39 من قانون التحكيم المصري رقم 27 لسنة 1994، والمادة 38 من قانون التحكيم السوري رقم 4 لسنة 2008، والمادة 1474 من قانون المرافعات الفرنسي.

[37]- لقد تطرق بعض الفقه العربي في مصر لهذه المشكلة حيث ذهب البعض إلى القول بأن ذلك جائز وفقاً لقانون التحكيم المصري وذلك من خلال الربط بين الفقرة الرابعة من المادة الأولى من قانون التحكيم المصري، والفقرة الرابعة من المادة 39 منه، حيث إن هذه المادة الأخيرة حين أجازت لأطراف التحكيم الاتفاق على تفويض هيئة التحكيم الفصل في النزاع مع التفويض في الصلح، فإنها لم تضع قيداً على ممثل الشخص الاعتباري سوى عدم التفويض. راجع: د. علي عبد الحميد تركي، المرجع السابق، ص344.

[38]- راجع الهامشين 9 و10.

[39]- هناك جانب من الفقه ينادي بضرورة تقيد المحكم بالصلح النظام العام بشكل شامل، في حين يرى البعض الآخر أنه في مجال العلاقات الدولية الاقتصادية يستطيع المرجع التحكيمي تجاهل القواعد الآمرة المتعلقة بالنظام العام الداخلي، ولا يقف أمامه سوى ما يخالف النظام العام الدولي، راجع: أ. د. نادر محمد محمد إبراهيم، المرجع السابق، ص61.

[40]- تنص المادة 7 من قانون ديوان المحاسبة القطري رقم 11 لسنة 2016 على ما يلي: (يتولى الديوان في مجال الرقابة المالية ورقابة الالتزام، فحص وتدقيق ومراجعة الحسابات والأعمال المالية للجهات الخاضعة لرقابته، وعلى وجه الخصوص ما يتعلق بما يلي:

الإيرادات، والنفقات، وأعمال الشراء والتوريد والبيع وتكاليفها، والمصروفات، وأعمال الاستثمار، والإقراض والاقتراض والسلف والتأمينات وحسابات هذه البنود، وما يتعلق بها من عقود واتفاقيات وسجلات وقيود ومستندات، والتحقق من **أنها تمت في جميع مراحلها بصورة صحيحة، ووفقاً للقوانين واللوائح والأنظمة** والموازنات المعتمدة لها والقرارات الصادرة بهذا الشأن والقواعد المالية والمحاسبية التي تنظمها.)

[41]- المادة 28 من القانون رقم 12 لسنة 2020 بتنظيم الشراكة بين القطاع العام والخاص، منشور في الجريدة الرسمية، العدد العاشر، 2020/6/11، ص3.

[42] - Delvolvé.P, Le contentieux des sentences arbitrales national de la recherche médicale, R.F.D.A, 2010, P972.

[43] - Guyomar.M, Le contentieux des sentences arbitrales en matière administrative, Conclusions sur T. confl., 17 mai 2010, n° C. 3754, Institut national de la santé et de la recherche c. Fondation Letten F. Sausgstad, R.F.D.A, 2010, p962.

[44]- Cass.civ,1, 29—6- 2007, N° 05-18053**,** www.legifrance.gouv.fr.

[45] - Guyomar.M, op.cit, p961.

-Delvolvé.P, op.cit., p973.

[46] - Richer.L, Droit des contrats administratifs, L.G.D.J, Paris, 2014, p292.

- Delvolvé.P, op.cit, p975.

- Braconnier.S, Contentieux de l'arbitrage des contrats publics internationaux, RDI 2010 p.551, p553.

[47] - Guettier.Ch, Droit des contrats administratifs, P.U.F, Paris, 2011, P519.

- Yolka .PH, Droit des contrats administratifs, L.G.D.J, Paris, 2013, p131.

- Richer.L, Droit des contrats administratifs, op.cit., p292.

- Delvolvé.P, op.cit, p975.

[48] - Odinet.G, La jurisprudence INSERM, embrasse l'exéquatur, AJDA, 2017, p981.

[49] -Lombard. F, Arbitrage et droit administratif, R.T.D.C, 2017, p55.

- Braconnier.S, Contentieux de l'arbitrage des contrats publics internationaux, op.cit., p553.

[50] - T. c., 17 -5- 2010, n° C. 3754, Institut national de la santé et de la recherche c. Fondation Letten F. Sausgstad, Rec. 580, AJDA 2010. P.1047.

وتتجلى وقائع الدعوى في أن مؤسسة INSERM هي شخص من أشخاص القانون العام في فرنسا، كانت أبرمت عقداً مع مؤسسة Latten وهي مؤسسة نروجية، وفي سبيل بناء وتمويل مركز أبحاث في فرنسا، واحتوى هذا العقد على شرط تحكيمي، ثم حدثت مشاكل أثناء تنفيذه، مما دفع مؤسسة INSERM إلى انهاء العقد المبرم مع مؤسسة Latten على أساس إخلال هذه الأخيرة بالتزاماتها، ولم تكتف مؤسسة INSERM بذلك بل تتبعت مؤسسة Latten أمام محكمة الدرجة الكبرى بباريس، من أجل دفع تعويض مقداره 3506326 يورو، إلا أن مؤسسة Latten استأنفت الحكم الصادر بهذا الخصوص أمام محكمة استئناف باريس، والتي قضت بإحالة الأطراف إلى هيئة التحكيم لرفع الدعوى أمامها، بناء على شرط التحكيم المدرج في العقد، وانتهى الحكم التحكيمي إلى رفض طلبات مؤسسة INSERM والحكم لصالح مؤسسة Latten بتعويض مقداره 30487803 يورو.

قامت بعد ذلك مؤسسة INSERM برفع دعوى إبطال الحكم التحكيمي الصادر أمام محكمة استئناف باريس، واستندت إلى مبدأ حظر لجوء الأشخاص الاعتبارية العامة إلى التحكيم، مما يسبب بطلان الحكم التحكيمي المدرج في العقد، مع ما يترتب على ذلك من آثار.

إلا أنه تم رد هذه الدعوى، على أساس أن الحظر المفروض على الأشخاص الاعتبارية العامة بعدم اللجوء الى التحكيم لا يسري إلا على العقود الداخلية.

وأمام هذه المعطيات، قامت مؤسسة INSERM بطرق باب القضاء الإداري، وذلك تحت صيغة دعوى استئنافية ضد الحكم التحكيمي، وطالبت ببطلان الحكم التحكيمي، وإلزام مؤسسة Latten بتنفيذ التزاماتها المالية، وذلك استناداً إلى الطبيعة الإدارية للعقد محل النزاع، مما ينجم عنه أن القضاء الإداري هو فقط المختص بالحكم التحكيمي الصادر في هذه المنازعة. في حين دفعت شركة Latten بأن هذا العقد يتعلق بمصالح التجارة الدولية، ولا يخضع للنظام القانوني للعقود الإدارية، ولا لاختصاص القضاء الإداري، ومن ثم فإن القضاء المدني هو المختص بالطعن ببطلان الحكم التحكيمي مثار النزاع. وعند بلوغ النزاع بين الطرفين هذه المرحلة، تدخلت محكمة التنازع، وانتهت الى النتيجة المذكورة أعلاه. راجع:

–Guettier.CH op.cit, p 519.

-Loquin.E, De la dualité de l'arbitrage commercial et l'arbitrage administratif, R.T.D.C, 2010, P525.

[51] - Odinet.G, op.cit, p981.

[52] - Lauzouzi.M, L'impérativité international des contrats administratifs des contrats administratifs et conflits des lois, R.C.D.I.P, 2010, p653.

[53] - Lauzouzi.M, ibid. p661.

[54]- Rouault.D, Arbitrage et contrats publics internationaux, Journal de l'arbitrage de l'Université de Versailles - Versailles Univrsity Arbitration Journal n° 1, Octobre 2014, 3.

[55] -Braconnier.S, Contentieux de l'arbitrage des contrats publics internationaux, op.cit., p553.

[56] - Braconnier.S, Contentieux de l'arbitrage des contrats publics internationaux, Ibid, p553.

[57] - Lauzouzi.M, ibid. p655.

[58] - Lauzouzi.M, ibid. p653.

[59] - Delvolvé.P, op.cit, P976.

-Guyomar.M, op.cit, p963.

- Braconnier.S, Contentieux de l'arbitrage des contrats publics internationaux, op.cit., p553.

[60] - Lauzouzi.M, ibid. p662.

[61] - Lombard. F, op.cit, p55

[62] - المادة 1520 من قانون المرافعات الفرنسي.

[63] - Cass.civ,.1, 21-3-2000, Rev. Arbitrage, 2001, 805, note. Derains.Y.

[64] - Lombard. F, op.cit, p55.

[65] - C.E, Ass, 9-11-2016, Société Fosmax.LNG, N°388806, A.J.D.A, 2016, 2133, D, 2016, 2343, obs, Pastor.J-M.

[66] - Braconnier.S, Contentieux de l'arbitrage des contrats publics internationaux, op.cit., p554.

[67]- يلاحظ أن أولى مسائل النظام العام التي يتأكد القاضي الإداري من مراعاتها في الحكم التحكيمي المطعون به، هي المتعلقة بقابلية النزاع للتحكيم، L'arbitralité، وهو ما أكده مجلس الدولة الفرنسي في أكثر من مناسبة، راجع حكم مجلس الدولة الفرنسي في قضية Société des autoroutes de la région Rhône – Alpes، المجموعة، ص 69، داللوز، 1999، ص67.

ورقابة القابلية للتحكيم التي يمارسها القاضي الإداري في فرنسا هي التي يتفرد بها من زمن بعيد في مواجهة الرقابة التي يمارسها القاضي العادي على أحكام التحكيم. لأن القابلية للتحكيم هي المبدأ بالنسبة للقضاء العادي، وهو الأمر المعاكس في القانون العام، حيث إن المبدأ هو عدم القابلية للتحكيم. راجع:

-Delaunay. B, Les sentences arbitrales concernant les personnes publiques en matière de commerce international : le contrôle du juge administratif, Note sous Conseil d'État, assemblée, 9 novembre 2016, Société Fosmax LNG, n° 388806, RFDA 2017 p.116

[68] - Lombard. F, op.cit., p57.

- [69]يلاحظ أن مبدأ عدم جواز السخاء من المبادئ المترسخة في القانون الإداري الفرنسي، وهو يعني حظر إدانة الأشخاص الاعتبارية العامة بدفع مبالغ لا تتوجب عليها، راجع:

-Delaunay, op.cit, p.117.

- Bresse, Les limites à la liberté contractuelle, AJDA 2006 p.1041.

[70]- Braconnier.S, Contentieux de l'arbitrage des contrats publics internationaux, op.cit., p554.

[71] ما يلي: Société Fosmax.LNG- وقد جاء في الفقرة الحكمية الخامسة من حكم مجلس الدولة الفرنسي في قضية

Considérant que lorsqu'il est saisi d'un tel recours, il appartient au Conseil d'Etat de s'assurer, le cas échéant d'office, de la licéité de la convention d'arbitrage, qu'il s'agisse d'une clause compromissoire ou d'un compromis ; que ne peuvent en outre être utilement soulevés devant lui que des moyens tirés, d'une part, de ce que la sentence a été rendue dans des

conditions irrégulières et, d'autre part, de ce qu'elle est contraire à l'ordre public ; que s'agissant de la régularité de la procédure, en l'absence de règles procédurales applicables aux instances arbitrales relevant de la compétence de la juridiction administrative, une sentence arbitrale ne peut être regardée comme rendue dans des conditions irrégulières que si le tribunal arbitral s'est déclaré à tort compétent ou incompétent, s'il a été irrégulièrement composé, notamment au regard des principes d'indépendance et d'impartialité, s'il n'a pas statué conformément à la mission qui lui avait été confiée, s'il a méconnu le principe du caractère contradictoire de la procédure ou s'il n'a pas motivé sa sentence ; **que** s'agissant du contrôle sur le fond, une sentence arbitrale est contraire à l'ordre public lorsqu'elle fait application d'un contrat dont l'objet est illicite ou entaché d'un vice d'une particulière gravité relatif notamment aux conditions dans lesquelles les parties ont donné leur consentement, lorsqu'elle méconnaît des règles auxquelles les personnes publiques ne peuvent déroger, telles que notamment l'interdiction de consentir des libéralités, d'aliéner le domaine public ou de renoncer aux prérogatives dont ces personnes disposent dans l'intérêt général au cours de l'exécution du contrat, ou lorsqu'elle méconnaît les règles d'ordre public du droit de l'Union européenne,

[72] - Lombard. F, op.cit., p55,

وهو ما عبر عنه مجلس الدولة الفرنسي من زمن طويل أيضاً بالنسبة للفسخ الانفرادي، حيث لم يجز المجلس أن يقوم الشخص الاعتباري بتقييد حريته في فسخ العقد لأسباب المصلحة العامة، راجع حكمه الصادر بتاريخ 1971/4/2، في قضية Marchand، المجموعة، ص 141, وراجع في الفقه:

- Bresse.P, op.cit., p.1044.

[73] - Lombard. F, ibid, p55.

[74] - Lombard. F, ibid, p57.

[75] -Delaunay. B, op.cit p.117.

- Braconnier.S, Contentieux de l'arbitrage des contrats publics internationaux, op.cit., p554.

[76] - C.C. n° 2003, DC.26-6-2003, Rec.P382, A.J.D.A, 2003, P1404.

-C.C. n°2008- 567, D.C, 24-7-2008, Rec. C.C, P341. A.J.D.A, 2008, P1516.

[77] - Lombard. F, op.cit, p55.

[78] - Delvolvé.P, op.cit, P975.

[79]– لقد تم تقنين ذلك للمرة الأولى بموجب قانون الشراكة بين القطاعين العام والخاص الفرنسي رقم 2004 –59 تاريخ 2004/6/17، وحين صدر تقنين عقود الشراء العام الجديد، وعد عقود الشراكة من قبيل عقود الشراء العام، بموجب أمر 23 /2015/7، أعاد تقنين ذلك، وأباح التحكيم في عقود الشراكة على أن يطبق القانون الفرنسي، وذلك في المادة 90 منه، راجع:

- Hoepffner.H. Droit des contrats administratifs, Dalloz, Paris, 2016. P491

وقد تم الغاء تقنين 2015 وصدر بدلا عنه تقنين الطلب العام code de la commande publique بموجب الامر رقم 1074 تاريخ 11/26/ 2018 والذي اشترط تطبيق الفانون الفرنسي عند اللجوء الى التحكيم في منازعات عقود الشراكة، وذلك بموجب المادة L.2236-1 منه.

[80] - Braconnier.S, Arbitrage et contrats publics d'affaires, vers consécration d'un principe d'arbitrabilité, Mélanges du professeur Michel Guibal, Université Montpellier I, Montpellier, 2013, p335.

[81]- Braconnier.S, Ibid, p336.

[82] - Braconniers, Ibid., p336.

[83] -C.E, Ass. 6-6-1997, Aquarone, R.P206, A.J.D.A, 1997, 1997, P630.

[84] - Braconniers, op.cit., p337.

[85]- وقد عبر جانب من الفقه الفرنسي عن هذه الفكرة بشكل شامل، وذلك فيما يتعلق بعلاقة قواعد النظام العام بالتحكيم، وعلى أساس أن قواعد القانون العام تتكون في مجملها من أحكام تتعلق بالنظام العام، والتي لا تدخل عند التطبيق ضمن المجال الطبيعي للتحكيم.

-Lumaire.S, Arbitrage international, D, 2010, P2634.

[86] - C.E, 3-3-1989, Sté ARFA, Rec.p69, Concl. Guillaume, R.F.D. A, 1989, 619, Note.Pacteau.

[87] - Conseil d'Etat. Régler autrement les conflits, Les études du conseil d'Etat, 1993, P98.

[88] - Yolka.PH, Traité de droit administratif, Les modes alternatifs de règlement des litiges administratifs, Dalloz, Paris, 2011, T2, P623.

- Richer.L, Droit des contrats op.cit, p291.

[89] - Braconnier.S, op.cit., p336.

[90] - Hoepffner.H. op.cit., p499.

[91]- Yolka.PH, Traité de droit administratif, op.cit, p623.

مجلة المنار للدراسات والبحوث القانونية والسياسية
كلية الحقوق والعلوم السياسية بجامعة يحي فارس المدية
ISSN 2588-1671 / EISSN 2661-7811

المجلد: (05) العدد: (02) شهر: ديسمبر سنة: 2021

اللوائح والأنظمة المستقلة في النظام القانوني الفلسطيني

د. اشرف محمد حمامده
جامعة القدس، ومعهد الإدارة العامة بالرياض سابقاًashr792009@hotmail.com

تاريخ الاستلام: 2021/08/24؛ تاريخ القبول: 2022/05/18

ملخص:

في ظل تقوية دور السلطة التنفيذية في مجال التشريع والتنظيم في وقتنا الحالي، فإن الدساتير تنص على اختصاص السلطة التنفيذية بإصدار اللوائح والأنظمة المستقلة بأنواعها المختلفة: اللوائح التنظيمية المتعلقة بالمرافق العامة، ولوائح الضرورة، ولوائح الضبط الإداري، واللوائح التفويضية. وبما أن اللوائح والأنظمة تعتبر أعمالاً إدارية من الناحية الشكلية كونها صادرة عن السلطة التنفيذية، فإن من الناحية الموضوعية تعتبر اعمالاً تشريعية كونها تتضمن قواعد قانونية عامة ومجردة وملزمة تنطبق على عدد غير محدد من الأفراد أو الحالات، فهذه الصفة المزدوجة التي تتمتع بها اللوائح والأنظمة المستقلة استدعت البحث في طبيعتها القانونية كونها تصدر بصورة مستقلة عن السلطة التنفيذية دون أن يكون للسلطة التشريعية دور في تحديد مصيرها —كاللوائح التنفيذية – والرقابة عليها، فتحديد طبيعتها القانونية يتقرر بموجب اختصاص القضاء بالرقابة على مشروعيتها من عدمه من ناحية، واختصاصه بالرقابة على دستوريتها من عدمه ن ناحية أخرى.

الكلمات المفتاحية: السلطة التنفيذية، اللوائح والأنظمة المستقلة، الرقابة القضائية.

Abstract:

In light of strengthening the role of the executive authority in the field of legislation and regulation today, the constitutions stipulate the competence of the executive authority to issue independent regulations and regulations of all kinds: regulations relating to public utilities, regulations of necessity, administrative control regulations, and delegation regulations.

And since the regulations and regulations are considered administrative actions from a formal point of view as issued by the executive authority, then from a substantive point of view they are legislative works as they include general, abstract and binding legal rules that apply to an unspecified number of individuals or cases, This dual characteristic of independent regulations and regulations necessitated research in its legal nature, as it is issued independently of the executive authority without the legislative authority having a role in determining its fate - such as executive regulations - and controlling it. On the one hand, and its competence to monitor its constitutionality, on the other hand.

Keywords: executive power, independent regulations and regulations, judicial oversight.

* المؤلف المرسل: الإيميل:ashr792009@hotmail.com

مقدمة:

اذا كانت السلطة التشريعية هي صاحبة الاختصاص الاصيل في مجال التشريع طبقاً لمبدأ الفصل بين السلطات وفقاً لمفهومه الواسع، فإن التطبيق العملي له قد حتَّم التخفيف من حدته، فإن دساتير الدول تنص على اختصاص السلطة التنفيذية بإصدار التشريع الفرعي المتمثل بإصدار اللوائح والأنظمة بأنواعها المختلفة: التنفيذية والضرورة والتفويضية والمستقلة، فالسلطة التنفيذية تصدر نوع من القواعد العامة المجردة على شكل لوائح متفقة شكلاً وموضوعاً مع احكام الدستور تعرف في بعض البلدان باسم القرارات التنظيمية، وتسمى كذلك بالتشريعات الفرعية، أما في فلسطين فإنها تشمل الأنظمة التي يصدرها مجلس الوزراء والمراسيم الرئاسية اذا احتوت على قواعد عامة مجردة، والتعليمات والأنظمة الداخلية، فاللوائح المستقلة هي قواعد قانونية عامة موضوعية مجردة التي تصدرها السلطة التنفيذية وتطبق على عدد غير محدد من الافراد محددين بأوصافهم لا بذواتهم، وهي تعد مصدراً ثالثاً من مصادر القواعد القانونية التي تخضع لها الادارة في قراراتها الفردية حيث تأتي في المرتبة الثالثة بعد الدستور والقوانين العادية.

ولا يجوز للوائح الإدارية مخالفة قواعد قانونية دستورية او تشريعية وإلا كانت عرضة للطعن فيها امام القضاء الإداري الذي يستطيع ان يحكم بإلغائها او التعويض عنها.

ومما تقدم يتضح ان اللوائح تعد اعمالاً ادارية من ناحية وإعمالاً تشريعية من ناحية ثانية فمن حيث المعيار الشكلي (العضوي) تعد اعمالاً ادارية لصدورها من السلطة التنفيذية ذلك ان هذا المعيار يعتمد في تكييفه على السلطة التي اصدرت هذا العمل، لذلك كان للقضاء الحق في النظر في قانونية هذه القرارات باعتبارها اعمالاً ادارية "مبدأ المشروعية ".

اما وفقاً للمعيار الموضوعي (المادي) فأنها تعد اعمالاً تشريعية لان العبرة بالنسبة لهذا المعيار انما تكمن في طبيعة العمل وموضوعه مهما كانت الجهة التي اصدرته، وبما ان اللوائح تحتوي على قواعد عامة موضوعية تخاطب عدد غير محدد من الافراد محددين بصفاتهم وليس بذواتهم اعتبرت هذه القرارات اعمالاً تشريعياً طبقاً للمعيار الموضوعي. وعلى اساس هذا المعيار (الموضوعي) اصبحت الادارة ملزمة بان تراعي احكام لوائحها فيما تصدره من قرارات فردية على الرغم من ان اللوائح تعد قرارات تنظيمية للإدارة وكذلك القرارات الفردية هي قرارات ادارية صادرة من الادارة نفسها، بل اكثر من ذلك فإن على الادارة ان تلتزم –عند اصدارها لقراراتها الفردية– بأحكام اللوائح الصادرة حتى لو كانت صادرة عن جهة ادارية ادنى في سلم التدرج الاداري من الجهة التي اصدرتها.

إن هذه الصفة المزدوجة التي تتمتع بها اللوائح تطلبت البحث في طبيعتها القانونية، بحكم انها تثير مشاكل قانونية جدية في التطبيق العملي بحكم ان السلطة التنفيذية هي التي تقوم بإصدارها مما يستبعدها من رقابة السلطة التشريعية – المختصة بحسب الأصل بإصدار التشريعات التي تنفذها السلطة التنفيذية – فتحديد طبيعتها يتقرر بموجبه رقابة القضاء الاداري على مشروعيتها

من عدمه.

وللإدارة ان تلغي او تعدل لوائحها، غير ان ذلك ينبغي ان يكون من قبل نفس الجهة الادارية التي اصدرتها او من جهة اعلى منها، وتكون بنفس الاجراءات الشكلية المتبعة بالنسبة للوائح الاولى. وعلى ذلك لا يجوز تعديل اللائحة بموجب قرار فردي حتى لو كان القرار صادراً من جهة اعلى من الجهة التي اصدرت اللائحة ما لم يكن هناك نص صريح يقضي بذلك.

غير ان للسلطة التشريعية دائماً فيما تصدره من قوانين الحق في ان تعدل او تلغي اللوائح والأنظمة، وعندئذ يتعين على الادارة ان تلتزم احكام هذه القواعد التي اصدرتها السلطة التشريعية.

مشكلة البحث:

تتمحور إشكالية البحث حول القوة القانونية التي تتمتع بها الأنظمة واللوائح التي تصدر عن السلطة التنفيذية بناءً على تخويل الدستور لها بذلك، وما هي مبررات منح السلطة التنفيذية هذا السلطة التنظيمية؟ وفي حالة تجاوزت قيود وضوابط الاختصاص فهل توجد سلطة مختصة تراقب ذلك، وهي آلية ووسائل هذه الرقابة وصورها؟ لذا جاء بحثنا هذا ليجيب عن التساؤلات المذكورة من اجل محاولة وضع صورة واضحة للقارئ والمتخصص على حد سواء في اختصاص السلطة التنفيذية بإصدار الأنظمة في فلسطين.

أهمية البحث:

يكتسب هذا الموضوع أهمية وضرورة من حيث البحث فإذا كانت السلطة التشريعية وفقا لمبدأ الفصل بين السلطات هي صاحب الولاية العامة في التشريع، وان المهمة الرئيسية للسلطة التنفيذية هي تنفيذ القانون في أغلب الأحيان، فإنه ونظراً لصعوبة التطبيق الجامد لهذا المبدأ ظهرت الحاجة الماسة الى خلق نوع من التعاون بينها وبين السلطة التنفيذية وهذا عن طريق مشاركتها في التشريع – بناء على نص قانوني دستوري أو قانون عادي – وذلك لحفاظها على حسن سير مرافقها العامة داخل الدولة بانتظام واطراد وتحقيقاً للمصلحة العامة.

هدف البحث:

يهدف هذا البحث الى تحديد الطبيعة القانونية للوائح والأنظمة الإدارية المستقلة التي تصدر عن السلطة التنفيذية، وتحديد مدى رقابة القضاء على مشروعيتها من ناحية، ومدى رقابتة على دستوريتها من ناحية أخرى، وسنقوم في هذا البحث إلى الإجابة عن السؤالين التاليين: 1- ما هي القوة القانونية للوائح والأنظمة الإدارية المستقلة؟ 2- ما هي حدود الرقابة القضائية على مشروعية اللوائح الإدارية المستقلة؟

منهج البحث:

في سبيل تحقيق هدف البحث، اتبع الباحث المنهج الوصفي التحليلي وذلك لملاءمته لأغراض البحث الذي ظهر واضحاً

من خلال تفسير وتحليل النصوص الدستورية والقانونية المانحة لتلك الاختصاص للسلطة التنفيذية، بالإضافة إلى الأراء الفقهية وأحكام القضاء من أجل توضيح بعض المفاهيم الخاصة بموضوع بحثنا.

خطة البحث:

للبحث في موضوع اللوائح والأنظمة المستقلة في النظام القانوني الفلسطيني اتبعنا الخطة الرئيسية التالية:

المبحث الأول: ماهية اللوائح والأنظمة المستقلة

المطلب الأول: مفهوم اللوائح الإدارية المستقلة وخصائصها.

المطلب الثاني: الاساس القانوني للوائح الإدارية المستقلة وتمييزها عن غيرها.

المبحث الثاني: الطبيعة القانونية للوائح الإدارية المستقلة.

المطلب الأول: صور وأنواع اللوائح الإدارية المستقلة.

المطلب الثاني: الرقابة على اللوائح الإدارية المستقلة.

المبحث الأول

ماهية اللوائح والأنظمة المستقلة

نتناول في هذا المبحث تحديد تعريف اللوائح المستقلة وبيان خصائصها وأنواعها وتمييزها عن غيرها على النحو التالي:

المطلب الأول: مفهوم اللوائح الإدارية المستقلة وخصائصها

الفرع الأول: مفهوم اللوائح الادارية المستقلة:

يطلق على القواعد القانونية التي تصدرها السلطة التنفيذية التشريع الفرعي للدلالة على القواعد التي تتضمنها من حيث عموميتها وتجريدها، وتسمى في اللغة القانونية (اللوائح) للدلالة على الجهة التي وضعتها أي أن السلطة التنفيذية هي التي اصدرتها، ويطلق عليها المشرع الدستوري الفلسطيني مصطلح اللوائح والأنظمة، والتي نرى فيها ادق التسميات في اللغة القانونية لتمييزها عن القرارات الفردية[1]، وبذا سوف نعتمد هذه التسمية، وتعتبر اللوائح والأنظمة الإدارية بوجه عام مصدراً خصباً من مصادر القانون الإداري، وهي أهم صور القرارات التنظيمية العامة.

وتعرف اللائحة بوجه عام بأنها عمل اداري صادر عن السلطة التنفيذية وتتضمن قواعد عامة ومجردة تطبق على طائفة

معينة من الافراد بالقوة عند الاقتضاء[2]، وبذا يلزم الأفراد بأحكام اللائحة دون أن يأخذ رأيهم وموافقتهم عليه مسبقاً.

ويمكننا تعريفها بأنها افصاح السلطة التنفيذية عن ارادتها المنفردة والملزمة بموجب صلاحيتها الدستورية أو القانونية أو استناداً الى حالة الضرورة وذلك بوضع قواعد قانونية عامة ومجردة بقصد تحقيق

الصالح العام والتنمية المستدامة في المجالات التي تنظمها تلك اللوائح مع التزام الادارة دائماً باحترام مبدأي المشروعية الدستورية والقانونية.

فالأصل ان السلطة التشريعية هي التي تصدر القانون الذي يتضمن القواعد القانونية العامة والمجردة والسلطة التنفيذية هي التي تنفذه، واستثناءً وللحاجات المتزايدة والسريعة والمتلاحقة التي تقتضي تنظيم وإدارة المرافق العامة، وإشباع حاجات الافراد اعطى المشرع الدستوري في مختلف النظم القانونية المقارنة الحق للسلطة التنفيذية في اصدار لوائح قانونية عامة ومجردة على نحوٍ مماثل للتشريع العادي في اطار وحدود وضوابط معينة استجابة لتلك الحاجات المتزايدة، والتي قد تقتضي اتاحة الفرصة للمشاركة من السلطة التنفيذية في اصدار تلك اللوائح الشبيهة بالقانون[3].

وتتنوع اللوائح الإدارية بوجه عام الى نوعين رئيسيين: لوائح تنفيذية وهي تلك القواعد القانونية التي تصدرها السلطة التنفيذية تنفيذاً للقانون الصادر عن السلطة التشريعية بحيث تتضمن الأحكام التفصيلية اللازمة لتسيير تنفيذ القوانين[4]، وهناك اللوائح المستقلة – موضوع بحثنا – وهي تلك القواعد القانونية العامة والمجردة والتي تصدر من السلطة التنفيذية دون الاستناد إلى قانون قائم سابق لتفصيله أو تكميله، ومن هنا جاءت تلك التسمية باللوائح المستقلة، فهذه اللوائح تصدر في الظروف العادية وفي الظروف الاستثنائية كما سنبينه لاحقاً.

الفرع الثاني: خصائص اللوائح الادارية المستقلة:

باستقراء آراء الفقه وأحكام القضاء الإداريين نجد أنه استقر على وضع خصائص (شروط عامة أساسية) يجب توافرها في اللوائح والأنظمة المستقلة وهي:

أولاً: صدور اللوائح والأنظمة في صورة قواعد عامة ومجردة: والتجريد يعني تنظم مراكز قانونية لأفراد غير محددين بذواتهم، ومهمتها خلق أو تعديل أو إلغاء الحالات والمراكز القانونية العامة[5].

أما المقصود بعمومية اللائحة بأنها تشتمل على نصوص تخاطب كافة الأشخاص وبصيغة التعميم، فيتجدد العمل بها كلما توافرت الشروط الخاصة لانطباقها، إلى أن هذا التجديد بالنسبة لقواعد اللائحة لا يعني عدم قابلية هذه القواعد للتعديل أو الإلغاء، ومع العلم أن عمومية النصوص لا تعني انطباقها على كافة الأفراد، فقد تنطبق عليهم جميعاً، وقد تنطبق على فئة معينة من الأفراد، والسبب في ذلك أن القاعدة القانونية لا تخاطب أفراداً بذواتهم وإنما تخاطب كل شخص توافرت فيه صفة معينة[6]، وعليه تنطبق اللوائح والأنظمة المستقلة على كل حالة تتوافر فيها شروط وظروف تطبيقها، فلا تطبق على حالة أو صفة بذاتها.

ثانياً: المساواة بين الأفراد عند تطبيق اللائحة:

وهو أيضا ما يتفق والقواعد القانونية العامة حيث انه لا يجوز لجهة الإدارة عدم المساواة بين الأفراد عند تطبيق لائحة من اللوائح، فالجميع سواسية عند التطبيق، لأن الجميع يطبق عليه القانون سواء، فالعدالة تستوجب المساواة بين الأفراد في تطبيق أحكام القانون، فلا يفرق في هذا المجال بين أفراد يخضعون للقانون وآخرون لا يخضعون بحجة عدم العلم بالقانون، فالمساواة أمام القانون تحقق العدالة، وتُنَمِّي الثقة بين الأفراد، وتسير بالجماعة نحو الصالح العام(7).

ثالثاً: سلطة اصدارها تكون قائمة بذاتها ومستقلة، ويعني ذلك ان تنفرد السلطة التنفيذية دون سواها بتنظيم مواضيع مستقلة وخارجة عن مسألة تنظيم وتنفيذ القوانين العادية، فمواضيعها لا تنظم ولا يُنص عليها في القوانين العادية، بل تستند في وجودها وأساسها إلى الدستور الذي يُعد مصدر كل السلطات في الدولة(8).

رابعاً: عدم مخالفة اللوائح والأنظمة للقواعد القانونية العادية شكلاً أو موضوعاً: ويرجع ذلك إلى سببين الأول: أنها في مرتبة أدنى منها، والثاني: لأنها شُرعت لإكمال النقص التشريعي الذي قد يظهر خلال التطبيق التشريعي للقواعد القانونية العادية.

1) لابد من توافر اركان المشروعية للائحة المستقلة باعتبارها قرار إداري تنظيمي تصدر عن السلطة التنفيذية وهي: الاختصاص، الشكل، المحل، السبب، الغاية.

2) تخضع اللوائح والأنظمة المستقلة للرقابة القضائية كرقابة مشروعية، وكذلك كرقابة دستورية.

المطلب الثاني: الاساس القانوني للوائح الإدارية المستقلة وتمييزها عن غيرها

الفرع الأول: الأساس القانوني للسلطة التنفيذية بإصدار اللوائح الانظمة المستقلة:

مما لا شك فيه أن السلطة التنفيذية تختص بوضع لوائح وأنظمة تتضمن قواعد عامة ومجردة كالتشريع البرلماني العادي، فيبرر التساؤل الجوهري والمهم عن المصدر والأساس القانوني الذي تستمد منه السلطة التنفيذية حقها في وضع اللوائح والانظمة، ويرجع هذا الاساس الى اساس قانوني وآخر عملي.

أولاً: الاساس القانوني:

تستمد السلطة التنفيذية ممثلةً بالحكومة – مجلس الوزراء – سلطتها بوضع اللوائح والأنظمة من النصوص القانونية ذاتها، فمن النصوص الدستورية تستمد هذه السلطة ما مضمونه ان رئيس الدولة يصدّق على القوانين، ويصدرها، ويأمر بوضع اللوائح والأنظمة اللازمة لتنفيذها شريطة ألا تتضمن ما يخالفها(9)، وقد تستمد سلطتها بوضع اللوائح والأنظمة من نصوص القانون مباشرةً، فحق السلطة التنفيذية في سن هذه اللوائح هو حق أصيل بموجب القانون الأساسي الفلسطيني "الدستور" الذي منح الحق لمجلس الوزراء في سن هذه اللوائح، ولكن لا يجوز للسلطة التنفيذية حين وضع هذه اللوائح أن تلغي أو تخالف أحكام التشريع العادي البرلماني الذي يعتبر في مرتبة أعلى من اللوائح(10)، وكذلك تستمد سلطتها من القانون العادي، فعلى سبيل المثال تنص المادة (2) من قانون الهيئات المحلية الفلسطيني رقم (1) لسنة 1997م بأنه "... وفقا لأحكام القانون تقوم الوزارة بما يلي: ... وضع أية أنظمة أو لوائح لازمة من أجل تنفيذ واجباتها المنصوص عليها في البنود السابقة أو بمقتضى أحكام

القانون"، وكذلك نص المادة (4) منه والتي نصت بأنه " وفقاً لأحكام هذا القانون تنظم هيكلية الهيئات المحلية الفلسطينية وتحدد تشكيلاتها وحدودها لائحة تصدر عن مجلس الوزراء بناءً على تنسيب الوزارة". ومن ذلك ما صدر عن مجلس الوزراء تنفيذاً لنص المادة السابقة فقد صدر قرار مجلس الوزراء رقم (1) لسنة 2009 بشأن نظام موظفي الهيئات المحلية.

يتضح لنا من النصوص السابقة، أن الدستور الفلسطيني قد أعطى السلطة التنفيذية حق إصدار اللوائح والأنظمة في حالات معينة، وهي واجبة التطبيق إذا صدرت في حدود المشروعية التي رسمها الدستور، وملزمة لكافة السلطات العامة في الدولة، وتسري على الجميع بمجرد نشرها وفقاً لأحكام القانون.

كذلك حدد الدستور الفرنسي لعام 1958م وتعديلاته على اختصاصات السلطة التشريعية بموجب المادة (34) منه على سبيل الحصر[11]، وترك للسلطة التنفيذية ممثلة برئيس مجلس الوزراء الحرية في سن اللوائح المستقلة في كافة الموضوعات التي لم يرد تحديده بنص المادة السالفة، وهو أمر يكفي على أي حال لاعتبار السلطة التنفيذية المشرع العادي صاحب الولاية العامة في مجال التشريع، مع وجوب عليها احترام الاختصاص المقيِّد للسلطة التشريعية، وما يؤكد على ذلك نص المادة (37) منه التي اوضحت ان المسائل التي لم ترد ضمن نص المادة (34) كتحديد لاختصاص السلطة التشريعية تكون مسائل تتضمنها اللوائح[12]، ويتضح من ذلك تقويّة دور السلطة التنفيذية في التشريع، وإضعاف الاختصاص التشريعي للسلطة التشريعية.

كما أن القضاء الإداري الفرنسي اعترف للوزراء بسلطة اصدار الأنظمة باعتبارها أداة ضرورية لتحقيق المهمات والمسؤوليات المنوطة بهم، وباعتبارها مكملاً ضرورياً وأساسياً لسلطتهم الرئاسية التي تجد سندها وتبريرها في قواعد المسؤولية، وبصفتهم مسؤولين عن حسن سير المرافق العامة، وضرورة ديمومة سيرها بانتظام واطراد[13]، كما أنه اعترف لرئيس الدولة بسلطة اصدار أنظمة الضبط الإداري كأنظمة مستقلة: "يحق لرئيس الجمهورية بموجب سلطاته الخاصة ودون تفويض تشريعي تحديد اجراءات الضبط الإداري التي يجب تطبيقها في جميع أجزاء إقليم الدولة"[14]، وبذا يستمد رئيس الدولة سلطته بوضع الأنظمة الإدارية من مقتضيات منصبه، فهو ملزم ومكلّف دستورياً بتنفيذ القوانين، فيجب منحه الوسائل والأدوات القانونية والكفيلة للقيام بهذه المهمة، وبذا يعتبر وضع وإصدار الأنظمة أول عمل من أعمال التنفيذ.

ثانياً: الأساس العملي للسلطة التنفيذية بوضع اللوائح والأنظمة:

توضع القوانين البرلمانية لحكم علاقات قانونية مستقبلية ومنظّمة، وبذا تقوم العملية التشريعية على عملية التنبؤ البشري للعلاقات المستقبلية، أي توقُّع الحالات التي ستحدث في المستقبل والظروف المحيطة بها، وهو ما يخرج عن قدرات العقل البشري وإمكانياته، ولتحقيق التطابق الكامل والتام بين الأحكام التشريعية والواقع العملي يقتضي تدخل المشرع بصورة دائمة ومستمرة لتعديل الأحكام التشريعية القائمة والسارية المفعول، وهو ما لا يمكن تحقيقه بسبب بطء إجراءات السلطة التشريعية في اصدار القوانين، ولهذا فإن مقتضيات الحكمة تستوجب أن تقتصر تشريعات السلطة التشريعية على الأحكام العامة الكلية، وترك الأمور التفصيلية للأنظمة التي تضعها السلطة التنفيذية التي يسهل تعديلها وإلغاؤها، وذلك يحكم اتصالها المستمر بأفراد المجتمع فتكون هي الأقدر على معرفة التفصيلات والجزئيات اللازمة لوضع نصوصها موضع النفاذ[15]، وهذا يمكن التغلب على مشكلة بطء عمل السلطة التشريعية.

وهناك اعتبار عملي آخر يبرر منح السلطة التنفيذية سلطة وضع اللوائح والأنظمة يتمثل في تكوين السلطة التشريعية ذاتها، إذ أنها تتكون من رجال تنقصهم الخبرة الفنية في كثير من الأحيان، لذا يجب ترك هذه الأمور والمسائل الفنية المتخصصة للمتخصصين لوضع الأحكام التشريعية التي تحكمها وتنظمها، والدليل على أهمية هذا الاعتبار العملي أن معظم التشريعات التي تصدرها السلطة التشريعية مصدرها السلطة التنفيذية باعتبارها مجموعة من الأجهزة الفنية المتخصصة[16].

وتحتل عملية التمييز والتفرقة بين القوانين البرلمانية العادية واللوائح المستقلة – القرارات الإدارية التنظيمية – أهمية خاصة تتمثل أساساً في تحديد النظام القانوني الذي يخضع له العمل محل التكييف، فالقوانين تخضع للنظام القانوني الذي يحكم القوانين العادية، واللوائح تخضع للنظام القانوني الذي يحكم القرارات الإدارية، ويتميز كلاً منهما بخصائص ومميزات خاصة تجعله مختلفاً ومتميزاً عن الآخر، إذ تتجلى فيما يلي:

1. لا يجوز مخاصمة مشروعية القوانين بدعوى الإلغاء أمام القضاء الإداري، بل يجب اللجوء إلى دعوى عدم الدستورية أمام القضاء الدستوري المختص بالشكل والإجراءات التي تحكم الدعوى الدستورية، بينما تخاصم مشروعية القرارات الإدارية – الأنظمة واللوائح – عن طريق دعوى الإلغاء امام القضاء الإداري بالشكل والإجراءات التي تحكم دعوى المشروعية.

2. تتمثل القاعدة العامة في عدم مسؤولية الدولة عن تعويض الاضرار الناجمة عن القوانين، في حين أن القاعدة العامة في مجال الأنظمة واللوائح هو مسؤولية الدولة عن تعويض الأضرار الناجمة عن القرارات الإدارية غير المشروعة.

وتصدر السلطة التنفيذية العديد من اللوائح الأنظمة المستقلة التي تعد مصدراً مهماً من مصادر مبدأ المشروعية[17].

الفرع الثاني: التمييز بين اللوائح المستقلة وبين غيرها من الأعمال والتصرفات.

أولاً: اللائحة المستقلة كقرار إداري تنظيمي والقرار الإداري الفردي:

يُعرف القرار الإداري الفردي بأنه تصرف قانوني تتخذه سلطة إدارية وطنية بإرادة منفردة بقصد إحداث أثر قانوني معين[18].

وقد عرفه القضاء بأنه "إفصاح الإدارة عن إرادتها الملزمة بما لها من سلطة بمقتضى القوانين واللوائح بقصد إحداث أثر قانوني معين، متى كان ذلك ممكناً وجائزاً قانوناً، ابتغاء تحقيق المصلحة العامة"[19].

ونستنتج مما سبق بأن القرارات الإدارية التنظيمية "اللوائح" تتميز عن القرارات الفردية في أن القرارات التنظيمية "اللوائح المستقلة" تسري على جميع الافراد أو على مجموعة من الأفراد محددين بصفاتهم ممن تنطبق عليهم الشروط التي وردت في القاعدة وليس بذواتهم وهي لا تستنفذ موضوعها بمجرد تطبيقها، بل تظل صالحة للتطبيق على من يستوفي شروط تطبيقها[20]، وذلك بعكس القرارات الفردية التي تخاطب فرداً أو أفراداً معينين بالذات وتستنفذ موضوعها بمجرد تطبيقها مرة واحدة[21].

كما ان اللائحة المستقلة تسري في حق الأفراد من تاريخ نشرها في الجريدة الرسمية كأصل عام، بينما يبدأ سريان القرار الفردي من تاريخ إعلان أو تبليغ صاحب العلاقة به كقاعدة عامة[22].

لا يجوز أن يصدر قرار إداري فردي مخالف لقرار تنظيمي لاحتوائه على قواعد عامة ومجردة، بل يجب احترامها وعدم الخروج عليها وإلا اعتبر القرار الفردي غير مشروع وجاز الطعن فيه بالإلغاء أمام القضاء الإداري، فلا يمكن لأية سلطة إدارية مهما كان ممثلها – رئيس الدولة مثلاً – أن يخالف بقرار إداري فردي قراراً تنظيمياً (لائحة)، وعليه يجب أن تلتزم القرارات الفردية بأحكام القرارات التنظيمية العامة حتى ولو كانت هذه الأخيرة صادرة عن جهات إدارية أدنى[23].

كذلك تخضع السلطة التنفيذية في سحبها وإلغائها أو تعديلها للقرارات الإدارية الفردية لشروط معينة حددها القانون، بينما تملك السلطة التنفيذية في أي وقت تعديل اللائحة أو تلغيها أو تستبدل بها غيرها وفقاً لمقتضيات الصالح العام ومواكبة التطورات التي تحدث في المجالات الإدارية سواء كانت لوائح سليمة أو معيبة ويكون ذلك بمقتضى لائحة إدارية أخرى مماثلة وفقاً للأوضاع القانونية الموجبة لذلك[24]، فالمخاطبين بها ليس لهم أي احتجاج في مواجهة الإدارة بأي حق مكتسب، إلا إذا تم تطبيق اللوائح عليه بصفة فردية وشخصية، وبناءً على ذلك لا يمكن ان تُلغى بموجب قرار إداري فردي، كون السلطة التي اصدرتها هي ذاتها السلطة التي تملك صلاحية الغائها او تعديلها، كما يمكن الغاؤها او تعديلها من قبل السلطة الأعلى كالقانون و الدستور[25].

ثانياً: اللوائح والأنظمة المستقلة والقانون البرلماني العادي.

تتشابه هذه اللوائح مع القانون من الناحية الموضوعية كونها تتضمن قواعد عامة ومجردة، إلا أنهما يختلفان في مضمون كل منهما: فالقانون العادي يضع او يقرر مبادئ قواعد عامة اساسية كلية ينظم عمل السلطة التنفيذية في حدود المشروعية، بينما يقتصر دور اللائحة والأنظمة المستقلة على موضوعات لم يتعرض لها القانون العادي وإنما يتعلق بالنشاط الإداري للسلطة التنفيذية لأجل إشباع الحاجات العامة من خلال اسلوبين هما: المرفق العام والضبط الإداري.

كما يختلفان من الناحية الشكلية: فالقانون العادي يصدر بعد إقراره من قبل السلطة التشريعية، اما اللوائح والأنظمة المستقلة فتصدر عن السلطة التنفيذية، فالعبرة هنا بالعضو مصدر القرار وعليه فإن العمل يعد إدارياً إذا صدر عن السلطة الإدارية، ويعتبر تشريعياً إذا صدر عن السلطة التشريعية، وعليه تعتبر اللوائح الإدارية المستقلة قرارات إدارية يجوز الطعن عليها بالإلغاء رغم أنها من الناحية الموضوعية قواعد عامة ومجردة[26].

وأن السائد في قضاء محكمة العدل العليا الفلسطينية تعتمد المعيار الشكلي في تحديد ما هو قرار إداري وما هو قرار تشريعي حيث قررت أنه "القرار الإداري هو القرار الذي يصدر من الجهات الإدارية والسلطة العامة والقرار الصادر عن المجلس التشريعي يبقى قراراً تشريعاً والقرار الذي يصدر عن القضاء يبقي قراراً قضائياً" [27].

وفي حكم آخر قررت: "إن الشرط الأساسي لاعتبار القرار إدارياً أن يصدر عن سلطة إدارية، أما ما تصدره الجهات الأخرى فلا يعتبر قراراً إدارياً ويكون مناط الطعن فيه أمام محكمة أخرى"[28].

ورغم الاختلاف بينهما إلا أنه لا يجوز للوائح والأنظمة المستقلة مخالفة القوانين العادية الصادرة عن السلطة التشريعية استناداً إلى مبدأ التدرج الهرمي القانوني، حيث تعلو القوانين العادية على اللوائح المستقلة كونها تعبر عن ارادة الشعب من خلال نوابهم في السلطة التشريعية[29] صاحبة الاختصاص الأصيل بتنظيم حياة المجتمع.

ثالثاً: اللائحة المستقلة واللائحة التنفيذية.

ذكرنا سابقاً أن اللوائح المستقلة تصدر عن السلطة التنفيذية دون الاستناد إلى قانون سابق أي أنها تقوم بذاتها، حيث لا يوجد في مجالها قانون محدد تخضع له، وعليه فإنها تصدر لتنظيم بعض المسائل بصفة مستقلة[30]، أما اللوائح التنفيذية هي التي تصدر من السلطة التنفيذية بناءً على قانون معين تنفيذاً له وتفصيلاً لما أجمل[31]، فهي التي تتضمن الأحكام التفصيلية أو التكميلية اللازمة لوضع القانون موضع التنفيذ، والمشرع هو من يوجب على السلطة التنفيذية وضع مثل هذه اللوائح، حيث تُعد الأقدر على ممارسة هذا الدور بحكم طبيعة عملها.

المبحث الثاني

الرقابة القانونية على اللوائح والأنظمة الإدارية المستقلة

المطلب الأول: صور وأنواع اللوائح الإدارية المستقلة

تصدر اللوائح الإدارية المستقلة من السلطة التنفيذية دون الاستناد إلى قانون قائم سابق لتفصيله، فهذه اللوائح تصدر في الظروف العادية من خلال حالتين: حالة تتعلق بتنظيم المصالح او المرافق العامة وتسمى باللوائح التنظيمية، وأخرى تسمى باللوائح التفويضية بناء على تفويض من السلطة التشريعية للسلطة التنفيذية، وكذلك تصدر في الظروف الاستثنائية فتصدر في حالتين ايضاً وهما: حالة الضبط الإداري وتسمى بلوائح الضبط الإداري، وحالة الثانية تسمى بلوائح الضرورة.

الفرع الأول: اللوائح المستقلة التي تصدر في الظروف العادية وهي:

أولاً: اللوائح المستقلة التي تنظم المرافق العامة "اللوائح التنظيمية":

وهي اللوائح المستقلة التي تصدر عن السلطة التنفيذية والتي تتعدى تنفيذ القوانين إلى تنظيم بعض المصالح والمرافق العامة التي لم يتطرق إليها القانون فتقترب وظيفتها من التشريع العادي، ويبرر منح اصدار هذه اللوائح للسلطة التنفيذية كونها السلطة المختصة بضمان سير المرافق العامة للدولة بانتظام واطراد، فهي الاقدر على على اختيار انسب الطرق والوسائل لتنظيم سير العمل فيها[32].

وعليه يختص مجلس الوزراء الفلسطيني بإصدار اللوائح الخاصة بتنظيم عمل المرافق العامة وذلك استناداً إلى المادة (70) من القانون الأساسي الفلسطيني حيث منحت مجلس الوزراء الحق في إصدار اللوائح، وكلمة اللوائح عامة فهي تشمل جميع اللوائح

ما لم يستثني المشرع حالة بعينها، وكما أن الفقرة الرابعة من المادة (69) من القانون الأساسي أشارت إلى أن مجلس الوزراء يختص بإعداد الجهاز الإداري ووضع هياكله، وتزويده بكافة الوسائل اللازمة، والإشراف عليه ومتابعته ومن البديهي أن يتم كل ذلك من خلال اللوائح المستقلة[33].

وعلى الرغم من أن الفقرة التاسعة من المادة (69) من القانون الأساسي الفلسطيني تنص على أن يختص مجلس الوزراء في " أ- إنشاء أو إلغاء الهيئات والمؤسسات والسلطات أو من في حكمها من وحدات الجهاز الإداري التي يشملها الجهاز التنفيذي التابع للحكومة على أن ينظم كل منها بقانون" إلا أن صلاحية إنشاء الهيئات والمؤسسات العامة ومن في حكمها معقوداً للسلطة التشريعية وليس لمجلس الوزراء، لأن عبارة "أن ينظم كل منها بقانون" الواردة في عجز الفقرة المشار إليها تُصادر حق مجلس الوزراء في إنشاء الهيئات العامة ومن في حكمها، فكلمة بقانون تعني أن يصدر قانون خاص بكل مؤسسة أو هيئة أو مصلحة أو مرفق على حده، ولكن هذا لا يمنع مجلس الوزراء من تنظيم هذه المرافق وتسيير عملها من خلال سلطة إصدار اللوائح المستقلة اللازمة لذلك، ويستدل على ذلك بنص الفقرة (أ) من البند التاسع من المادة (69) والتي تتطلب أن ينظم بقانون إنشاء وإلغاء المؤسسات والهيئات والسلطات أو من في حكمها، ولم توجب أن يكون تنظيم أو تسيير عمل هذه المرافق بقانون، وعليه فهي من اختصاص مجلس الوزراء، ويتم ذلك كله من خلال اللوائح المستقلة أو من خلال القرارات الفردية[34].

ثانياً: اللوائح المستقلة التفويضية: وهي اللوائح المستقلة التي تصدرها السلطة التنفيذية (رئيس الدولة أو رئيس مجلس الوزراء) بتفويض من السلطة التشريعية لتنظيم بعض المسائل الداخلة أصلاً في نطاق التشريع، ويكون لهذه القرارات قوة القانون سواء أصدرت في غيبة السلطة التشريعية أو في حالة انعقادها[35]. ويسمى ذلك بالتفويض التشريعي لان السلطة التشريعية تفوض اختصاصها بإصدار لوائح وقرارات تفويضية بناءً على نص صريح يرد في الدستور يجيز التفويض، فتكتسب القرارات الصادرة عن السلطة التنفيذية خصائص وقوة القانون التشريعي الصادر عن السلطة التشريعية[36].

لقد تبنى الدستور الفرنسي الحالي رقم (724) لسنة 2008 الصادر في 23 يوليو 2008 بتحديث مؤسسات الجمهورية الخامسة في المادة (38) منه اللوائح التفويضية حيث تنص على أنه: "للحكومة في سبيل تنفيذ برنامجها أن تطلب من البرلمان الإذن لها بأن تتخذ عن طريق الأوامر والمراسيم خلال مدة محددة تدابير تدخل عادة في مجال القانون، ويتم إقرار الأوامر من مجلس الوزراء بعد أخذ رأي مجلس الدولة، وتدخل حيز التنفيذ بمجرد نشرها، ولكنها تنقضي إذا لم يقدم مشروع قانون التصديق عليها في البرلمان قبل انتهاء التاريخ المحدد في القانون الإذن بإصدارها. وبانتهاء المدة المذكورة في الفقرة الأولى لهذه المادة لا يمكن تعديل الأوامر إلا في المواد الداخلة في المجال التشريعي"[37]، ولرئيس الجمهورية سلطة التوقيع على المراسيم والأوامر التي يقرها مجلس الوزراء دون الحاجة إلى نص خاص[38].

لم يمنح القانون الأساسي الفلسطيني – الدستور – هذا الاختصاص للسلطة التنفيذية حيث خلا من النص على اللوائح التفويضية، وعلى ذلك لا يجوز للسلطة التشريعية – للمجلس التشريعي – أن تفوّض اختصاصاتها التشريعية للسلطة التنفيذية إلا بموجب نص دستوري صريح يكون من نفس درجة النص الذي منح السلطة التشريعية اختصاصاتها[39].

الفرع الثاني: اللوائح المستقلة التي تصدر في الظروف الاستثنائية وهي:

أولاً: لوائح الضرورة:

وهي اللوائح المستقلة التي تصدرها السلطة التنفيذية في غيبة السلطة التشريعية لمواجهة ظروف استثنائية عاجلة تهدد أمن الدولة وسلامتها ولا يمكن مواجهتها بالقوانين العادية، فتملك السلطة التنفيذية من خلالها أن تنظم أمور ينظمها القانون أصلاً، ونظرا لخطورة هذه اللوائح، فإن الأنظمة المختلفة تنص على هذه اللوائح في صلب دساتيرها لبيان الوقت والشروط والإجراءات التي يجب اتباعها لممارسة هذا الحق، ومما يميز هذه اللوائح انها بالرغم من صدورها عن السلطة التنفيذية إلا ان لها حكم القانون لحين عرضها على السلطة التشريعية "التنظيمية" لبيان مصيرها بالنسبة للمستقبل.

وتعرف حالة الضرورة بأنها الحالة التي تنتج عن توافر ظروف فجائية أو خطر داهم يهدد الدولة بحيث يتعذر دفع هذا الخطر بالوسائل القانونية العادية، مما يضطر بالسلطة الإدارية التنفيذية إلى اللجوء إلى السلطات الاستثنائية لمواجهة هذه الظروف والحالات الطارئة[40].

وقد نصت المادة (43) من القانون الاساسي الفلسطيني المعدل لسنة 2003م[41] على أن" يصدر رئيس السلطة الوطنية في حالات الضرورة التي لا تحتمل التأخير في غير أدوار انعقاد المجلس التشريعي، إصدار قرارات لها قوة القانون، ويجب عرضها على المجلس التشريعي في أول جلسة يعقدها بعد صدور هذه القرارات وإلا زال ما كان لها من قوة القانون، أما إذا عرضت على المجلس التشريعي على النحو السابق ولم يقرها زال ما يكون لها من قوة القانون"[42].

وبناءً عليه يُعد اختصاص اصدار لوائح الضرورة في القانون الفلسطيني من اختصاص رئيس الدولة فقط اذا توافرت شروطها، وتعرف هذه اللوائح بمصطلح القرار بقانون[43] أي قرارات لها قوة القانون من حيث القوة الإلزامية[44]، فيشترط لتطبيق حالة الضرورة وجود خطر جسيم وحال يهدد كيان الدولة وسلامتها وأمنها، وإن كان النص الدستوري السابق لم يتطلب فكرة الخطر الحال إلا أنه يستفاد ذلك من عبارة "حالات الضرورة التي لا تحتمل التأخير".

ويجب ألا يكون المجلس التشريعي – السلطة التشريعية – في حالة انعقاد، ومن هنا جاز لرئيس الدولة اتخاذ التدابير اللازمة لمعالجة الظروف الاستثنائية، أما وإن كان المجلس التشريعي في حال انعقاد فإنه يتعين الرجوع إليه لمواجهة هذا الخطر، فرئيس الدولة هو الذي يقدِّر ثبوت حالة الضرورة لتطبيق نص المادة (43) من القانون الأساسي الفلسطيني دون أخذ استشارة أي جهة أخرى، ولا سيما إذا لم يكن أمامه من سبيل غيرها للتغلب على المخاطر التي تهدد أمن وكيان الدولة.

فبعد اعلانه لحالة الضرورة يصدر لمواجهتها قرارات لها له قوة القانون العادي دون الخروج عن قواعد الدستور "القانون الأساسي"، والتي تظل في جميع الظروف حاميةً للمشروعية، فلا يمكن له المساس بنصوصه بالتعديل أو الإلغاء أو التعطيل[45]، وتزول أثر هذه اللوائح بأثر فوري في حال انعقدت السلطة التشريعية – المجلس التشريعي – وعرضت عليها وتم رفضها من قبلها.

ثانياً: لوائح الضبط الإداري:

يعرف الضبط الإداري بأنه: وظيفة من أهم وظائف الإدارة تتمثل كقاعدة عامة أصلية في المحافظة على النظام العام بعناصره المختلفة، الأمن العام والصحة العامة والسكينة العامة والآداب، وذلك عن طريق إصدار القرارات اللائحية والفردية واستخدام القوة المادية، مما يستتبع ذلك من فرض قيود على الحريات الفردية التي تستلزمها الحياة الاجتماعية [46].

وتباشر السلطة التنفيذية وظيفتها في تحقيق أهداف الضبط الإداري من خلال ثلاثة وسائل وهي القرارات الفردية الضبطية، والتنفيذ الجبري لقرارات الضبط الإداري وأخيراً لوائح الضبط الإداري، وعليه تعرَّف لوائح الضبط الإداري بأنها لوائح مستقلة تتضمن مجموعة من القواعد القانونية العامة والمجردة تصدرها السلطة التنفيذية كسلطة ضبط بقصد المحافظة على النظام العام بعناصره المختلفة، الأمن العام والصحة العامة والسكينة العامة والآداب[47]، وهي مهمة بالغة الأهمية لتعلقها مباشرةً بحياة الأفراد، وتُقيِّد حرياتهم لأنها تتضمن أوامر ونواهي، وتوقع العقوبات على مخالفيها، مثل: لوائح المرور، ولوائح مراقبة الأغذية والوقاية من الأمراض المعدية والأوبئة والمشروبات والمحال العامة.

وتمتاز لوائح الضبط بكونها مخصصة الأهداف، بوجوبأن تسعى سلطة الضبط من وراء إصدارها إلى الحفاظ على أغراض النظام العام فقط، وإلا فإنها تكون مشوبة بعيب الانحراف بالسلطة مما يعرضها للإلغاء لدى الطعن فيها أمام القضاء الإداري، وترتيب مسؤولية الإدارة عما قد ينجم عنها من إضرار للغير[48].

وفي حالة سكوت الدستور عن حق السلطة التنفيذية في إصدار مثل هذه اللوائح، فقد انقسم الرأي حول ذلك: فرأى البعض جواز إصدارها مدعياً وجود عرف دستوري بشأنها، ومستنداً إلى الضرورات العملية التي تستلزم سرعة المحافظة على النظام العام[49]، وأنكر آخرون حق السلطة التنفيذية في ذلك لما فيه من اعتداء على الحريات ومخالفة للدستور الذي كفلها[50]، والحقيقة أن لوائح الضبط الإداري هي عبارة عن قرارات إدارية تنظيمية يتعلق موضوعها بمركز قانوني عام، مثل قرار المجلس البلدي بإنشاء المسالخ وتنظيمها وفحص الحيوانات والدواجن ومراقبة ذبحها[51] ضماناً للصحة العامة للمواطنين.

إن المشرع الدستوري الفلسطيني لم ينص صراحةً في القانون الأساسي المعدل لسنة 2003 على مسألة لوائح الضبط الإداري، حيث لم يتضمن نصاً مشابهاً لنصوص الدساتير المصرية والتي نصت صراحة على منح رئيس الجمهورية سلطة إصدار لوائح الضبط الإداري، إلا أنه يمكن إصدارها في فلسطين من خلال مجلس الوزراء[52] وذلك استناداً إلى المادة (69) من القانون الأساسي الفلسطيني والتي تنص على أن يختص مجلس الوزراء بما يلي "....، 7- مسؤولية حفظ النظام والأمن الداخلي،..."، فهدف لوائح الضبط هو حماية النظام العام وحفظه، وكما أن المادة (70) من القانون الأساسي لسنة 2003م تنص على أنه: "لمجلس الوزراء الحق في التقدم إلى المجلس التشريعي بمشروعات القوانين وإصدار اللوائح..." وعليه فإن إصدار مختلف اللوائح ومنها لوائح الضبط الإداري هو اختصاص أصيل لمجلس الوزراء، والتي هي إحدى صور اللوائح الإدارية المستقلة.

المطلب الثاني: الرقابة على اللوائح الإدارية المستقلة

تحتل اللوائح المستقلة مرتبة أدنى من القوانين العادية والأساسية فيج ان تتفق وأحكامها وعدم مخالفتها، ولضمان عدم استغلال السلطة التنفيذية للسلطات الممنوحة لها او تجاوزها للضوابط التشريعية والدستورية فتخضع هذه اللوائح المستقلة لرقابة

دستوريتها من جانب، ورقابة مشروعيتها من جانب آخر، فهنا نوضح ذلك من خلال فرعين على النحو التالي:

الفرع الأول: الرقابة القضائية على دستورية اللوائح الإدارية المستقلة.

تعتبر اللوائح المستقلة وفقاً للمعيار الشكلي من قبيل الأعمال الإدارية نظراً لصدورها من السلطة التنفيذية وفق وظيفتها الإدارية، وتُعد وفقاً للمعيار الموضوعي أو المادي من الأعمال التشريعية لانطواء نصوصها على قواعد عامة ومجردة، فهي تسري على الأفراد جميعاً عندما تتوافر فيهم الشروط اللازمة لتطبيقها عليهم كما سبق بيانه.

وعلى ذلك تخضع اللوائح المستقلة – أيا كان نوعها – التي تصدرها السلطة التنفيذية لرقابة القضاء الدستوري لفحص مدى اتفاقها للدستور وعدم مخالفتها له، ومراجعة جوانبها الدستورية المختلفة، فتختص المحكمة الدستورية بالرقابة على دستورية القوانين والأنظمة واللوائح تنفيذاً لمبدأ سمو وعلو الدستور، وما يترتب عليه من ضرورة احترام القواعد القانونية الأدنى للقواعد الأعلى وفق مبدأ التدرج القانوني الهرمي[53].

إن القانون الذي يخضع لرقابة المحكمة الدستورية هو القانون بمعناه الواسع، فكل قاعدة تشريعية عامة من حيث الموضوع هي قاعدة قانونية سواء وردت في قانون عادي أو نظام أو لائحة، فالمحكمة الدستورية بحسب الأصل تُراقب جميع التشريعات الصادرة عن السلطة التشريعية فتبحث جميع مراحل اعدادها، فمن باب أولى ان تُراقب التشريعات الفرعية – اللوائح والأنظمة – الصادرة عن السلطة التنفيذية التي لا تتبع لمثل هذه المراحل، والتي تنظم حياة المواطنين وأمورهم اليومية[54].

وقد اورد المشرع الدستوري الفلسطيني نصوصاً صريحة تُعطي الحق للمحكمة الدستورية العليا بالرقابة على دستورية اللوائح أياً كان نوعها، حيث تجسد ذلك في نص المادة (١٠٣) من القانون الأساسي الفلسطيني المعدّل التي نصت على أن " تشكل محكمة دستورية عليا بقانون وتتولى النظر في: أ- دستورية القوانين واللوائح أو النظم وغيرها".

أما المادة (24) من قانون المحكمة الدستورية العليا الفلسطيني[55] فقد نصت على " تختص المحكمة دون غيرها بما يلي :١ -الرقابة على دستورية القوانين والأنظمة".

نلاحظ من النصوص السابقة ان المادة (24) ن قانون المحكمة الدستورية قد خلت من النص على خضوع اللوائح إلى الرقابة الدستورية للمحكمة مثلما ورد بنص (103) من القانون الاساسي، نعتقد ان ذلك قد سقط سهواً من المشرع الفلسطيني عند صياغته للنص لأن المادة التالية (25) من قانون المحكمة الدستورية جاءت بالنص على أنه " ...2- عند الحكم بعدم دستورية أي قانون أو مرسوم أو لائحة أو نظام أو قرار جزئياً أو كلياً، على السلطة التشريعية أو الجهة ذات الاختصاص تعديل ذلك القانون أو المرسوم أو اللائحة أو النظام أو القرار بما يتفق وأحكام القانون الأساسي والقانون"، فرقابتها تتحقق على جميع القواعد القانونية بالمفهوم الواسع، أي على القوانين والأنظمة واللوائح وغيرها من الأعمال التي تتسم بالصفة التشريعية على اختلاف تدرجها الهرمي[56].

الفرع الثاني: الرقابة القضائية على مشروعية اللوائح الإدارية المستقلة

لابد أن يكون لكل سلطة حدود وضوابط تلتزم بها في ممارسة الاختصاص الموكل إليها، وإلا انقلب الأمر إلى فوضى تمارسها السلطات باسم الدستور والنظام القانوني، ومن هذه الحدود والضوابط تنطلق أنواع الرقابة المختلفة لتحفظها، وتحول دون تعدِّيها وانتهاكها.

وإذا كانت الرقابة الدستورية تستهدف حماية الدستور وصيانته من كل خروج عن أحكامه، فقد وجب أن تقتصر على مخالفة اللائحة للنص الدستوري فقط ولا تتعداه إلى غيره، ولذلك قيل أن القضاء الدستوري قضاء دستورية لا مشروعية، فولايته لا تمتد واختصاصه لا ينعقد إلا إذا كان مبنى الطعن على القانون أو اللائحة وجود عيب دستوري يتعلق بمدى اتفاق اللائحة مع الدستور من عدمه(57).

وتأتي رقابة المشروعية لحماية التشريع البرلماني العادي من أي خروج على أحكامه ممن هو دونه في سلم الهرم التشريعي سواء كان قراراً تنظيمياً أو فردياً صادر عن السلطة التنفيذية، فإذا كان مبنى الطعن هو مخالفة التشريع البرلماني العادي، فإنه يخرج من نطاق الرقابة الدستورية ويدخل في نطاق رقابة المشروعية التي يختص بها القضاء الإداري.

وقد بينت المحكمة الإدارية العليا المصرية في أحد أحكامها الفرق بين عيب عدم الدستورية وعيب عدم المشروعية حيث قررت أن: " القانون لا يكون غير دستوري إلا إذا خالف نصاً دستورياً قائماً أو خرج على روحه ومقتضاه...، بينما يشوب القرار الإداري العام عيب عدم المشروعية إذا خالف قاعدة تنظيمية صدرت بأداة أعلى مرتبة"(58).

وعلى ذلك فإن اختصاص القضاء بالرقابة على دستورية اللائحة أو مشروعيتها مرده كقاعدة عامة الرجوع إلى النص الذي خالفته اللائحة، فإن كان نصاً دستورياً كانت المخالفة دستورية وينعقد بالتالي الاختصاص للقضاء الدستوري، وان كان النص تشريعاً عادياً كانت المخالفة للمشروعية وينعقد الاختصاص بالتالي للقضاء الإداري.

ورغم هذه التفرقة إلا أن بعض الفقه ظل متخوفاً من ازدواجية أنماط الرقابة القضائية التي قد تتعرض لها اللوائح، ففي الوقت الذي أوضح فيه البعض أن رقابة المحكمة الدستورية على اللوائح المستقلة تقتصر على الجوانب الدستورية فقط، يرى بعض آخر أن الأمر ليس بهذه البساطة حيث قد تدق التفرقة بين رقابة المشروعية و رقابة الدستورية عند الرقابة على اللائحة، لا سيما وأن عيب عدم المشروعية يشتمل على عيب عدم الدستورية، لان عدم المشروعية كما يكون لمخالفة القوانين العادية، فإنه يكون ايضاً لمخالفة القواعد الدستورية، كما أن عدم الدستورية يُعد من النتائج المترتبة على الإخلال بمبدأ المشروعية بمعناه العام(59).

يقوم القضاء الاداري ببسط رقابته على اعمال السلطة التنفيذية من خلال اصدارها للوائح والأنظمة المستقلة من خلال دعوى الإلغاء، حيث نعرف دعوى الإلغاء(60) بأنها دعوى قضائية موضوعية وعينية يحركها ذوو الصفة والمصلحة أمام القضاء الإداري المختص – محكمة العدل العليا – للمطلبة بإلغاء قرار إداري – فردي أو تنظيمي – غير مشروع، مما يترتب على ذلك إبطال كافة الآثار التي ترتبت عليها.

وأول ما يتصدى له القاضي الإداري في بحث دعوى إلغاء اللوائح والأنظمة هو مدى توافر الشروط اللازمة لقبول دعوى الإلغاء لقبولها شكلاً قبل الدخول في الموضوع، فيلزم لصحتها عدة شروط يجب توافرها منها ما هو متعلق بشخص المدّعي في

البحث في مدى أحقيته في الطعن على هذه اللوائح ومخاصمة السلطة التنفيذية، والبحث في وجود مصلحة حقيقية له والتأكد من مشروعية هذه المصلحة[61]، وهناك شروط تتعلق بالميعاد القانوني لرفع دعوى الإلغاء واجراءاتها، ثم ينتقل إلى بحث دعوى إلغاء اللوائح والأنظمة من الناحية الموضوعية تنظيمي كونها أعمال قانونية نهائية صادرة عن السلطة التنفيذية بارادتها المنفردة التي تُحدث اثارا قانونية معينة بحث الأشخاص التي تطبق عليهم بصفاتهم وتؤثر في مراكزهم، فيقوم بمطابق هذه اللوائح والأنظمة يالقوانين المختلفة المتصلة بأي من عناصره المختلفة، فتفترض القاعدة العامة ان اللوائح والأنظمة قد صدرت صحيحة مطابقة للقانون في كافة عناصرها ما لم يثبت العكس.

وقد اسند النظام القانوني الفلسطيني مهمة الفصل في دعوى الغاء اللوائح والأنظمة المستقلة لمحكمة العدل العليا[62]، ويؤكد على ذلك ما جاء في نص المادة (33) من قانون تشكيل المحاكم النظامية الفلسطيني رقم (5) لسنة 2001م بالحديث عن اختصاصات محكمة العدل العليا فنصت في الفقرة الثانية منها على أن "تختص محكمة العدل العليا بالنظر فيما يلي:- ....2) الطلبات التي يقدمها ذوو الشأن بإلغاء أو الأنظمة أو القرارات الإدارية النهائية الماسة بالاشخاص أو الأموال الصادرة عن اشخاص القانون العام بما في ذلك النقابات المهنية"، وينظم القانون المشار إليه وقانون اصول المحاكمات المدنية والتجارية الفلسطيني رقم (2) لسنة 2001 في الباب الرابع منه[63] الإجراءات العامة المتبعة للتقاضي أمام محكمة العدل العليا، وما تناوله الفقه في هذا الخصوص[64].

وقد اشترط القانون أنه لقبول أي طعن أو طلب مقدم للمحكمة من أي من ذوي الصفة والمصلحة ضد اللوائح المستقلة بأنواعها المختلفة أن يكون سبب الطعن متعلقاً بواحد أو أكثر مما يلي[65]: الشكل والاختصاص والسبب والمحل والغاية في اللائحة ليقرر مشروعيتها أو عدم مشروعيتها مع مراعاة الظروف الاستثنائية التي صدرت في ظلها بعض هذه اللوائح إن وجدت.

الخاتمة:

بعد أن انتهينا من استعراض جوانب البحث المختلفة توصلنا إلى العديد من النتائج والمقترحات والتي نجملها فيما يلي:

(أ) **النتائج:**

1. تصدر اللوائح والأنظمة المستقلة في فلسطين من قبل مجلس الوزراء وكذلك من قبل رئيس الدولة كونهما يمثلان رأس السلطة التنفيذية، وتتضمن هذه اللوائح مجموعة من القواعد القانونية العامة والمجردة وتتشابه في ذلك مع القانون البرلماني العادي، وتأتي بالمرتبة الثالثة من مصادر القانون الإداري وفق التدرج الهرمي التشريعي، فصدورها لا بد وان يكون متفقاً واحكام الدستور والقانون العادي.
2. تعد اللوائح والأنظمة المستقلة قرارات إدارية تنظيمية صادرة عن السلطة التنفيذية وفق المعيار الشكلي العضوي كسلطة

إدارية، ووفق المعيار الوظيفي الموضوعي تعد أعمالاً تشريعية تتشابه مع القوانين التي تصدر عن السلطة التشريعية.

3. تختلف اللوائح المستقلة كونها قرارات تنظيمية صادرة عن السلطة التنفيذية عن القرارات الإدارية الفردية في جوانب مختلفة منها الجانب الموضوعي، ومدى سريانها، وامكانية تعديلها او الغائها او تعديلها.

4. تعتمد محكمة العدل العليا الفلسطينية المعيار الشكلي بشكل كبير في تحديد ما هو قرار إداري تنظيمي وما هو عمل تشريعي، فإذا صدر عن السلطة التنفيذية يعتبر عملاً إدارياً واذا صدر عن السلطة التشريعية يعتبر عملاً تشريعاً برلمانياً.

5. تتعدد وتتنوع اللوائح والأنظمة المستقلة، فمنها من يصدر في الظروف العادية كلوائح تنظيم المرافق العامة واللوائح التفويضية، ومنها من يصدر في ظروف استثنائية كلوائح الضرورة ولوائح الضبط الإداري.

6. تخضع اللوائح والأنظمة المستقلة لرقابة القضاء المختص، فتخضع لرقابة القضاء الدستوري لبحث مدى مطابقتها عدم مخالفتها للقواعد الدستورية هذا من جانب، ومن جانب اخر تخضع لرقابة القضاء الإداري لبحث مدى مشروعيتها ومطابقتها للقانون البرلماني من عدمه.

(ب) التوصيات:

1) نوصي المشرع الفلسطيني أن يحدد بنصوص واضحة وصريحة طبيعة اختصاصات أعضاء السلطة التنفيذية بشكل مستقل وبيان وظيفة كل منها.

2) نوصي المشرع الفلسطيني بمنح سلطة اصدار اللوائح والأنظمة المستقلة لمجلس الوزراء وحده كونه السلطة التنفيذية المباشرة والتي له الهيمنة التامة على شؤون التنفيذ والإدارة، وانه السلطة الأدرى بالاحتياجات العامة للأفراد، وذلك فيما يتعلق بإحداث وتنظيم وترتيب المصالح العامة، فلا يقيد ذلك بقانون كما ورد في نص الفقرة التاسعة من المادة (69) من القانون الأساسي الفلسطيني التي نصت على أن يختص مجلس الوزراء في " أ- إنشاء أو إلغاء الهيئات والمؤسسات والسلطات أو من في حكمها من وحدات الجهاز الإداري التي يشملها الجهاز التنفيذي التابع للحكومة على أن ينظم كل منها بقانون"، فعبارة "أن ينظم كل منها بقانون" الواردة في عجز الفقرة المشار إليها تصادر حق مجلس الوزراء في إنشاء الهيئات والمؤسسات العامة ومن في حكمها وتمنحه للمجلس التشريعي "السلطة التشريعية"، فكلمة بقانون تعني أن يصدر قانون خاص بكل مؤسسة أو هيئة أو مصلحة أو مرفق على حدة.

3) نوصي المشرع الفلسطيني بوضع قواعد قانونية أصولية ونصوص واضحة وصريحة تخضع فيها جميع اللوائح والأنظمة المستقلة بما في ذلك التي تصدر عن رئيس الدولة والمتعلقة بلوائح الضرورة الممثلة بالقرارات بقانون لرقابة القضاء الإداري إذا خالفت القوانين الصادرة عن السلطة التشريعية كرقابة مشروعية، وكذلك اخضاعها للرقابة الدستورية.

المراجع والهوامش :

[1]) وهي القرارات التي تنشئ مراكز قانونية خاصة بحالات فردية تتصل بفرد معين بالذات أو أفراداً معيين بذواتهم و وتستنفذ موضوعها بمجرد تطبيقها مرة واحدة، مثل القرار الصادر بتعيين موظف عام، أو ترقية عدد من الموظفين، انظر: سليمان الطماوي، النظرية العامة للقرارات الإدارية (دراسة مقارنة)، تحقيق: د. محمد عاطف البنا، دار الفكر العربي، 2017م، ط7، ص564.

[2]) علي خطار شطناوي، موسوعة القضاء الإداري – الجزء الأول، دار الثقافة للنشر والتوزيع، 2004م، ص 44.

[3]) مازن ليلو راضي، القضاء الإداري دراسة لأسس ومبادئ القضاء الإداري في العراق، المؤسسة الحديثة للكتاب، 2015م، ص 11، منشور على الموقع الالكتروني:
http://nashashibilaw.weebly.com/uploads/2/0/5/9/20597118/adminstration_court.pdf

[4]) جمال الدين، سامي، (2003)، اللوائح الإدارية وضمانة الرقابة الإدارية، منشأة المعارف، الاسكندرية، الطبعة الثانية، ص 219.

[5]) عمار عوابدي، نظرية القرارات الإدارية بين علم الإدارة العامة والقانون الإداري، دار هومة للطباعة والنشر والتوزيع، 2005م، الجزائر، ص 111.

[6]) عفيف أبو كلوب وأنور الشاعر، المدخل لدراسة العلوم القانونية، مكتبة بيسان للنشر والتوزيع، ط1، 2015م، ص 21.

[7]) عبد المنعم البدراوي، المدخل للعلوم القانونية، دار النهضة العربية، القاهرة، 1966، ص 196.

[8]) فريجة سفيان، السلطة التنظيمية لرئيس الجمهورية في التشريع الجزائري، رسالة ماستر، جامعة ابو بكر بلقايد، (2016/2015)، الجزائر، ص 16.

[9]) المادة (41) من القانون الأساسي الفلسطيني الصادر لعام 2003م والمواد (43، 68، 69، 70، 110) منه.

10) عفيف أبو كلوب وأنور الشاعر، مرجع سابق، ص 118.

[11]) تنص المادة (34) من دستور فرنسا لعام 1958 وتعديلاته على أنه" يحدد القانون القواعد المتعلقة بما يلي : الحقوق المدنية والضمانات الأساسية التي يتمتع بها المواطنون لممارسة الحريات العامة؛ والحرية والتعددية واستقلالية وسائل الإعلام؛ والالتزامات التي يتم فرضها لأغراض الدفاع الوطني على المواطنين في أنفسهم وفي ممتلكاتهم؛ الجنسية ووضع الأشخاص وأهليتهم وأنظمة الملكية الزوجية والتركات والهبات؛ تحديد الجنايات والجنح وكذلك العقوبات المقررة بشأنها؛ والإجراءات الجزائية؛ والعفو؛ وإنشاء الهيئات القضائية الجديدة والقانون الأساسي لأفراد السلطة القضائية؛ أساس الضرائب بجميع أنواعها ونسبها وكيفية تحصيلها؛ ونظام إصدار النقود؛ كما ستحدد القوانين القواعد المتعلقة بما يلي:– النظام الانتخابي لمجلسي البرلمان والمجالس المحلية والهيئات التمثيلية للفرنسيين المقيمين خارج فرنسا وكذلك شروط الاضطلاع بالولايات والوظائف الانتخابية التي يمارسها أعضاء مجالس التداول في المجتمعات المحلية؛ إنشاء فئات الكيانات القانونية العامة؛ والضمانات الأساسية التي تُمنح للموظفين المدنيين والعسكريين في الدولة: تأميم المؤسسات ونقل ملكية المؤسسات من القطاع العام إلى القطاع الخاص. ....، يمكن أن تحدد وتُستكمل أحكام هذه المادة بموجب قانون أساسي.".

[12]) نص المادة (37) من الدستور الفرنسي " تكون المسائل غير تلك التي تدخل في نطاق اختصاص القانون مسائل للوائح، يجوز تعديل الأحكام ذات المنشأ القانوني والتي صدرت في مثل هذه الأمور بموجب مرسوم يصدر بعد التشاور مع مجلس الدولة،

ويجوز تعديل أي أحكام من هذا القبيل صدرت بعد دخول الدستور حيز التنفيذ بمرسوم إلا إذا وجد المجلس الدستوري أنها مسائل للتنظيم على النحو المحدد في الفقرة السابقة.

[13]) C.E; 7 fevrier 1936. Jamart, s. 1937. 3. P; 113.

[14])C.E; 8 aout 1918, Labonne, Rec. P 220.

[15]) سليمان الطماوي، النظرية العامة للقرارات الإدارية، مرجع سابق، 486.

[16]) علي خطار شطناوي، موسوعة القضاء الإداري، مرجع سابق، ص 45.

[17]) راجع تفصيلاً في ذلك: علي خطار شطناوي، مبادئ القانون الإداري الأردني، (التنظيم الإداري)، الكتاب الأول، دار الثقافة للنشر والتوزيع، عمان، 1994م، ص 82 وما بعدها.

[18]) حمدي العجمي، القانون الإداري، القضاء الإداري في المملكة العربية السعودية، ط2، (1434/2013هـ) ص204.

[19]) حكم المحكمة الإدارية العليا المصرية في الطعن رقم 1692 لسنة 36 ق.ع – جلسة 26 –3–1996، المكتب الفني "41 " الجزء الأول ص– 929 – القاعدة رقم –(105). وحكم محكمة العدل العليا برام الله في الطلب رقم 97/240، جلسة 1999/12/28، قرار غير منشور، كذلك قرارها برام الله رقم 99/65، جلسة 2004/6/22، المقتفي. وحكم ديوان المظالم في القضية رقم 226/ ت/6 لعام 1427 في القضية رقم 3/370/ق لعام 1423هـ، وحكمه في القضية رقم 1/2090/ق لعام 1427هـ، جلسة 1428/2/20هـ.

20) عادل السعيد أبو الخير، القانون الإداري " القرارات الإدارية – العقود الإدارية " مطابع الطوبجي، 1999م، ص69.

[21]) عبد الغني بسيوني عبد الله، النظرية العامة في القانون الإداري، منشأة المعارف، الإسكندرية، 2003، ص511.

[22]) تنص المادة 284من قانون أصول المحاكمات المدنية والتجارية الفلسطيني رقم (2) لسنة2001على أن"1– يكون ميعاد تقديم الاستدعاء إلى محكمة العدل العليا ستين يوماً من تاريخ نشر القرار الإداري المطعون فيه أو تبليغه إلى صاحب الشأن، وفي حالة رفض الإدارة أو امتناعها عن اتخاذ أي قرار يبدأ الميعاد من تاريخ انقضاء ثلاثين يوماً على تقديم الطلب إليها ما لم يستثنى القانون حالة بعينها". ويستثنى من ذلك ما تنص عليه المادة 46 ال فقرة1من قانون المحامين النظامين رقم 1999/3 الفلسطيني على أنه" يجوز الطعن في قرارات الهيئة العامة للنقابة وقرارات المجلس أمام المحكمة العليا خلال خمسة عشر يوماً من تاريخ تبليغ القرار".

[23]) أبو راس محمد الشافعي، القانون الإداري، ص 39. منشور على الموقع الالكتروني:
https://ia801201.us.archive.org/30/items/azeqsdwxc55_gmail/%D8%A7%D9%84%D9%82%D8%A7%D9%86%D9%88%D9%86%20%D8%A7%D9%84%D8%A5%D8%AF%D8%A7%D8%B1%D9%8A_%20%D8%A7%D9%84%D8%A3%D8%B3%D8%AA%D8%A7%D8%B0%20%D8%A7%D9%84%D8%AF%D9%83%D8%AA%D9%88%D8%B1%20%D9%85%D8%AD%D9%85%D8%AF%20%D8%A7%D9%84%D8%B4%D8%A7%D9%81%D8%B9%D9%8A%20%D8%A7%D8%A8%D9%88%20%D8%B1%D8%A7%D8%B3.pdf.

[24])C.E 30 mars 1960, Comptoir agricole et commercial, Rec. 237.

[25]) محمد رفعت عبدالوهاب، القضاء الإداري، الكتاب الأول، ط1، منشورات الحلبي الحقوقية، بيروت، 2005م، ص 28 و29.

[26]) هاني عبدالرحمن غانم، الوسيط في مبادئ القانون الإداري في ضوء اجتهاد محكمة العدل العليا الفلسطينية والقضاء الإداري الفرنسي والمصري، مكتبة نيسان للطباعة والتوزيع، ط1، 2016م، ص 184.

[27] قرارها رقم 2003/34 جلسة 2003/10/7 رام الله، المرجع السابق، ص64.

[28] القرار رقم 1999/19 – عدل عليا برام الله – جلسة 1999/6/16، مشار إليه عند علي صادق، مرجع سابق.

[29]) ماجد راغب الحلو، القانون الإداري، دار المطبوعات الجامعية، الاسكندرية، 1998م، ص 27 و28.

[30]) عبدالناصر أبوسمهدانة، موسوعة القضاء الإداري في فلسطين، الكتاب الأول، مكتبة دار الفكر، القدس، 2012م، ص106.

[31]) سليمان الطماوي، مرجع سابق، ص 486 و487، جمال الدين، سامي، اللوائح الإدارية وضمانة الرقابة الإدارية، مرجع سابق، ص 219.

[32]) عفيف أبو كلوب وأنور الشاعر، المدخل لدراسة العلوم القانونية، مرجع سابق، ص 116.

[33]) حددت المادة (68) الفقرة (7) من القانون الأساسي الفلسطيني اختصاص رئيس مجلس الوزراء "... توقيع اللوائح أو الأنظمة التي يصادق عليها مجلس الوزراء وإصدارها". فهذا النص يوضح اصدار اللوائح بما فيها اللوائح المستقلة من قبل رئيس مجلس الوزراء.

[34]) أنظر: هاني عبدالرحمن غانم، الوسيط في مبادئ القانون الإداري، مرجع سابق، ص 50.

[35]) مازن ليلو راضي، القضاء الإداري دراسة لأسس ومبادئ القضاء الإداري في العراق، مرجع سابق، ص 12.

([36]) مروان محمد محروس، تفويض الاختصاص التشريعي (دراسة دستورية مقارنة)، رسالة دكتوراه، كلية القانون، جامعة بغداد، 2000م، ص 37.

[37]) ARTICLE 38, Loi constitutionnelle française 1958, "Le Gouvernement peut, pour l'exécution de son programme, demander au Parlement l'autorisation de prendre par ordonnances, pendant un délai limité, des mesures qui sont normalement du domaine de la loi.

Les ordonnances sont prises en conseil des ministres après avis du Conseil d'État. Elles entrent en vigueur dès leur publication mais deviennent caduques si le projet de loi de ratification n'est pas déposé devant le Parlement avant la date fixée par la loi d'habilitation. Elles ne peuvent être ratifiées que de manière expresse.

A l'expiration du délai mentionné au premier alinéa du présent article, les ordonnances ne peuvent plus être modifiées que par la loi dans les matières qui sont du domaine législatif".

[38]) ARTICLE (13), Loi constitutionnelle française 1958.

[39]) تنص المادة (2/47) من القانون الأساسي الفلسطيني على أنه: "بما لا يتعارض مع أحكام هذا القانون يتولى المجلس التشريعي مهامه التشريعية والرقابية على الوجه المبين في نظامه الداخلي".

[40]) هاني علي الطهراوي، نظرية الضرورة، رسالة دكتوراه، كلية الحقوق، جامعة القاهرة، 1992م، ص 15.

[41]) صدر بتاريخ 2003/3/18م – الموافق 15 محرم 1424هـ. رام الله.

[42]) يقابل هذه المادة نص المادة (94) من الدستور الأردني الصادر لعام 1952، والمادة (147) من الدستور المصري لعام 1971م واستبدلت بالمادة رقم (131) من دستور عام 2012م.

[43]) يطلق على هذا النوع من التشريعات بالمرسوم الملكي كما هو الحال في المملكة العربية السعودية، وبالقوانين المؤقتة كما هو في الأردن، وبالمراسيم التشريعية كما هو في لبنان وسوريا، وبالأوامر الرئاسية في الجزائر.

[44]) يحيى الجمل، نظرية الضرورة في القانون الدستوري " وبعض تطبيقاتها المعاصرة، دار النهضة العربية، القاهرة، ط3، 2002م، ص88 وما بعدها.

[45]) هاني عبدالرحمن غانم، الوسيط في أصول القضاء الإداري في فلسطين، مرجع سابق، ص 53.

[46]) ماجد راغب الحلو، القانون الإداري، مرجع سابق، ص475.

[47]) سامي جمال الدين، اللوائح الإدارية وضمانة الرقابة الإدارية، مرجع سابق، ص 307، وعبد الغني بسيوني عبدالله، مرجع سابق، ص 396، عمار عوابدي، نظرية القرارات الإدارية بين علم الإدارة العامة والقانون الإداري، مرجع سابق، ص 138.

[48]) محمد الصغير بعلي، القانون الإداري، دار العلوم للنشر والتوزيع، الحجار –عنابة –، د.ت.ن، ص280 و 281.

[49]) سامي جمال الدين، أصول القانون الإداري، منشأة المعارف، الاسكندرية، 2009م، ص 501 و502.

[50]) ماجد راغب الحلو، القانون الإداري، دار الجامعة الجديدة للنشر، الإسكندرية،2004م، ص 343.

[51]) راجع المادة (15/ 9/ ج) من قانون الهيئات المحلية الفلسطينية رقم (1) لسنة 1997م وتعديلاته بموجب القرار بقانون رقم (9) لسنة 2008م.

[52]) عبد الناصر أبوسمهدانة، مرجع سابق، ص107، وهاني عبدالرحمن غانم، مرجع سابق، ص 51.

[53]) أحمد فتحي سرور، الحماية الدستورية للحقوق والحريات، دار الشروق للنشر، القاهرة، 2000م، ص٢١٦.

[54]) فتحي الوحيدي، القضاء الدستوري في فلسطين، الطبعة الأولى، مطابع المقداد للنشر، غزة، 2004م، ص 97.

[55]) قانون المحكمة الدستورية رقم (3) لسنة 2006م

[56]) عمر حمزة التركماني، القضاء الدستوري في فلسطين وفقاً لقانون المحكمة الدستورية العليا رقم 3 لسنة 2006، دراسة تحليلية مقارنة، رسالة ماجستير، كلية الحقوق، جامعة الأزهر، غزة، 2010م، ص 85.

[57]) محمود صبحي السيد، الرقابة على دستورية اللوائح، دراسة مقارنة بين مصر وفرنسا والكويت وفقاً لأحدث التعديلات الدستورية والتطبيقات القضائية حتى عام 2011، ط2، دار النهضة العربية، القاهرة، 2017م، ص417.

[58]) حكم المحكمة الإدارية العليا المصرية في الطعن رقم (929) لسنة 3 قضائية عادية، تاريخ الجلسة 1958/7/12.

[59]) محمود صبحي السيد، الرقابة على دستورية اللوائح، مرجع السابق، ص 418.

[60]) أنظر في تفصيل ذلك: علي خطار شطناوي، موسوعة القضاء الإداري – الجزء الأول، مرجع سابق، ص 275 – 281، د. هاني عبدالرحمن غانم، الوسيط في أصول القضاء الإداري في فلسطين، ط1، مكتبة بيسان – غزة، 2016م، ص 230 وما بعدها.

[61]) سليمان الطماوي، القضاء الإداري، الكتاب الأول، قضاء الإلغاء، دار الفكر العربي، القاهرة، 1996م، ص 336 وما بعدها، هاني عبدالرحمن غانم، الوسيط في أصول القضاء الإداري في فلسطين، مرجع سابق، ص 251 وما بعدها.

[62]) أنظر: المادة (104) من القانون الاساسي الفلسطيني المعدل لعام 2003، و(23) من قانون تشكيل المحاكم النظامية رقم (5) لسنة 2001م، والمادة (10) من قانون السلطة القضائية الفلسطيني رقم (15) لسنة 2005م.

[63]) راجع: المواد (283 – 291) منه.

[64]) أنظر في ذلك: أحمد محمود جمعة، (1985): *أصول إجراءات التداعي أمام محاكم مجلس الدولة والمحكمة* الدستورية العليا، منشأة المعارف، الاسكندرية، هاني عبدالرحمن غانم، الوسيط في أصول القضاء الإداري في فلسطين، مرجع سابق.

[65]) المادة (33) من قانون تشكيل المحاكم النظامية الفلسطيني رقم (5) لسنة 2001م.

مجلة المنار للدراسات والبحوث القانونية والسياسية
كلية الحقوق والعلوم السياسية بجامعة يحي فارس المدية
ISSN 2588-1671 / EISSN 2661-7811
المجلد: (05) العدد: (02) شهر: ديسمبر سنة: 2021
OPEN ACCESS

الوساطة ومنازعات حوكمة الشركات

د. محمد سالم أبو الفرج[1*]
[1]جامعة قطر، كلية القانون (قطر) Mohamed.salem1@yahoo.co.uk

تاريخ الاستلام: 2021/08/14؛ تاريخ القبول: 2021/10/28

ملخص:

تعتبر المنازعات المرتبطة بحوكمة الشركات أمرا لا مفر منه، حيث أنها تتعلق بحقوق أقلية الشركاء أو تعارض المصالح بين أعضاء مجلس إدارة الشركة المعنية أو قد تكون متعلقة بمكافآتهم أو بالتقارير السنوية عن نشاط الشركة ومركزها المالي أو بميزانية الشركة وأرباحها أو الخسائر التي لحقت بها. وفي حالة ما إذا ثارت منازعة سيحصل مواجهات سواء بين أعضاء مجلس الإدارة أنفسهم أو بينهم وبين مساهمي الشركة، وقد يحدث أن يتم رفع دعوى أو دعاوى بصدد هذه المنازعات أمام المحاكم، وفي مثل هذه الحالات ستتأثر سمعة الشركة تأثرا سلبيا، وقد يؤثر أيضا على عملياتها وقدرة مجلس ادارتها على اتخاذ القرارات المهمة. وفي كثير من الحالات قد تؤثر هذه المنازعات على سعر أسهم الشركة وبالتالي قد ينتج عن هذه المنازعات انقضاء الشركة وتصفيتها.

وفي هذا الصدد، يثور التساؤل عن أهمية استخدام الوساطة كطريقة فعالة لتسوية المنازعات المتعلقة بحوكمة الشركات لما تمتاز به هذه الآلية من مميزات، حيث تعد الوساطة – كآلية بديلة لتسوية المنازعات التجارية– وسيلة يسيرة تتجاوز الإجراءات الطويلة والتعقيدات المصاحبة للالتجاء إلى ساحات المحاكم. كما تتميز بكونها طريقة حضارية في تسوية المنازعات بين الأطراف عن طريق الحوار الإيجابي الفعال الذي لا تشوبه المشاحنات ولا المشادات التي تظهر عند رفع ونظر الدعاوى القضائية. وفي النهاية فإنها تهدف بحق إلى توفير الوقت والجهد على أطراف الخصومة التجارية.

ونهدف من هذه الدراسة الى المطالبة بضرورة استخدام الوساطة كآلية لتسوية منازعات حوكمة الشركات، وذلك من أجل تخفيف العبء عن القضاء في نظر مثل هذه المنازعات وغير ذلك من المميزات التي تختص بها الوساطة في هذا الصدد.

الكلمات المفتاحية: الوساطة كآلية لتسوية المنازعات– مميزات الوساطة– منازعات حوكمة الشركات– أنواع هذه المنازعات– تحديات استخدام الوساطة لتسوية منازعات حوكمة الشركات.

Abstract:

Disputes related to corporate governance are inevitable, as they relate to the rights of minority shareholders or conflict of interests between the members of the board of directors of the concerned company, or they may be related to their remuneration, annual reports on the company's activity and financial status, or the company's balance sheet and profits or losses. In the event that a dispute arises, confrontations will occur, whether between the members of the Board of Directors themselves or between them and the company's shareholders, and it may happen that a lawsuit or lawsuits regarding these disputes may be filed before the courts, and in such cases the company's reputation will be negatively affected, and it may also affect its operations and the ability of its board of directors making important decisions. In many cases, these disputes may affect the price of the company's shares, and consequently, these disputes may result in the company's termination and liquidation.

In this regard, the question arises about the importance of using mediation as an effective method for settling disputes related to corporate governance due to the advantages of this mechanism. Mediation - as an alternative mechanism for settling commercial disputes - is an easy way that bypasses the long procedures and complications associated with resorting to the courts. It is also characterized by being a civilized way of settling disputes between the parties through effective

positive dialogue that is not tainted by quarrels or arguments that appear when filing and considering lawsuits. In the end, it really aims to save time and effort on the parties to the commercial rivalry.

The aim of this study is to demonstrate the necessity of using mediation as a mechanism for settling corporate governance disputes, in order to reduce the burden on the judiciary in view of such disputes and other advantages that mediation has in this regard.

Key words:

Mediation as a mechanism for settling disputes - advantages of mediation - corporate governance disputes - types of these disputes - challenges of using mediation to settle corporate governance disputes.

* المؤلف المرسل: الإيميل:Mohamed.salem1@yahoo.co.uk

مقدمة[1]

هناك العديد من الموضوعات التي يتوقع أن يحدث بصددها مناقشات ومشاركات بين أعضاء مجلس الادارة مثل استراتيجية الشركة، إجراءات متابعة ومراقبة اعمال الشركة، تضارب المصالح، وأيضا موضوع المكافآت الممنوحة لأعضاء مجلس الإدارة. وهناك موضوعات أخري قد يثار بصددها منازعات مثل تعيين أعضاء مجلس الإدارة، عزل أعضاء مجلس الإدارة، عملية تقييم الأسهم (فيما يتعلق بإصدار أسهم جديدة أو سندات)، شروط الاستحواذ على أسهم الشركة وتملك أصول الشركة أو التصرف فيها. كل من هذه الموضوعات يمكن أن تؤدي إلى توترات جد خطيرة، والتي قد يكون سببها الأساسي أو سبب من أسباب زيادة حدتها الخلافات الشخصية بين الأطراف المعنية. وقد تقود هذه التوترات أو الخلافات في نهاية المقام الى نزاع حقيقي بين هؤلاء.[2]

ويتمثل عادة الدور الرئيس لرئيس مجلس الادارة أو المدير العام للشركة في التعامل مع هذه الخلافات بغية التوصل الى حلها، والأهم من ذلك إبقائها داخل قاعة اجتماعات مجلس الإدارة أو داخل الشركة نفسها.[3] وعادة لا ترغب الشركات في أن تعلن عن منازعاتها، حيث سيكون لخلافات الشركات المعلنة والمنشورة في وسائل الاعلام المختلفة تأثير سلبي حتميًا على الطريقة التي سوف ينظر بها الجمهور إلى الشركة. ومع ذلك، وفي بعض الحالات، سوف يتصاعد الخلاف – في حالة إساءة التعامل معه أو إذا كان رئيس مجلس الإدارة أو المدير العام طرفا في الخلاف أو يمثل جزءًا من المشكلة – مع جذب المزيد من أعضاء مجلس الإدارة إليه.4 وهذا قد يؤدى الى ضياع المزيد من موارد مجلس الإدارة ووقته. وقد يتحول الخلاف إلى نزاع حقيقي لا يمكن احتوائه داخل الشركة في أغلب الحالات. ومن المتعارف عليه أنه يمكن أن تؤدي هذه المنازعات إلى تعطيل أعمال الشركة وبالتالي إلى تكاليف وخسائر مالية ضخمة.[5]

ويمكن أن تقوم الوساطة – كآلية بديلة لتسوية المنازعات التجارية – بدور فعال في تسوية منازعات الشركات خاصة تلك المتعلقة بحوكمة الشركات.[6] فالوساطة تعد طريقة ودية إيجابية لتسوية المنازعات التجارية حيث تمتاز بكونها وسيلة يسيرة تتجاوز الإجراءات الطويلة والتعقيدات المصاحبة للالتجاء إلى المحاكم. بالإضافة الى كونها طريقة حضارية في تسوية المنازعات بين الأطراف عن طريق الحوار الإيجابي الفعال الذي لا تشوبه المشاحنات ولا المشادات التي تظهر في حالة رفع الدعاوى القضائية. فاستخدام الوساطة في تسوية منازعات حوكمة الشركات قد يكون لها تأثير إيجابي وملحوظ في الحد من التكاليف والخسائر المالية التي قد تتحملها الشركات بخصوص هذه المنازعات.

مشكلة البحث والهدف منه:

تحاول هذه الدراسة الإجابة عن السؤال المتعلق بمدى نجاح استخدام الوساطة كآلية بديلة لتسوية المنازعات المتعلقة بحوكمة الشركات. ففي نطاق مفهوم الحوكمة، يكون مجلس إدارة الشركة مسئولا–بصفة عامة– أمام الشركة. وفي نفس الوقت يتعين عليه اتخاذ بعض القرارات التي تحقق المصالح المشروعة لمساهمي الشركة. فالمفهوم المتطور لحوكمة الشركات لا يقتصر فقط على كيفية إدارة الشركة أو كيفية تحقيق اغراضها ومراقبة ذلك، انما يشمل أيضا كيفية إدارة الشركة من قبل مديري الشركة.[7] ومن ثم تهدف هذه الدراسة إلى ما يلي:

- التأكيد على أهمية الوساطة كطريق بديل لتسوية المنازعات يمكن استخدامه لفض منازعات حوكمة الشركات.
- بيان التفرقة بين الوساطة وغيرها من الوسائل البديلة.
- بيان مفهوم حوكمة الشركات
- بيان أنواع منازعات حوكمة الشركات
- بيان ضرورة اللجوء الى الوساطة لتسوية منازعات حوكمة الشركات.
- تسليط الضوء على المنازعات التي يمكن أن يتم تسويتها عن طريق الوساطة.

منهج الدراسة:

سنستخدم المنهج التحليلي لتوضيح أهمية الوساطة وما يميزها عن غيرها من الوسائل البديلة لتسوية المنازعات. وسنستخدمه أيضا لتوضيح وتحليل الأنواع المختلفة لمنازعات حوكمة الشركات ولتقييم استخدام الوساطة في تسوية منازعات حوكمة الشركات.

خطة الدراسة:

تنقسم الدراسة إلى مبحثين أساسين، وذلك على النحو التالي: -

المبحث الاول: الوساطة وتميزها عن غيرها من الوسائل البديلة لتسوية المنازعات.

المبحث الثاني: منازعات حوكمة الشركات وإمكانية تسويتها عن طريق الوساطة

الخاتمة

المبحث الأول:
الوساطة وتميزها عن غيرها من الوسائل البديلة لتسوية المنازعات

تمهيد وتقسيم:

تعد الوساطة من الوسائل البديلة لتسوية المنازعات التجارية نظرا لما تتميز به من مميزات تجعلها متميزة عن غيرها من الوسائل البديلة الأخرى.

وبناء على ذلك، نقسم هذا المبحث إلى المطلبين التاليين

المطلب الأول: مفهوم الوساطة ومميزاتها كآلية بديلة لتسوية المنازعات التجارية

المطلب الثاني: الوسائل البديلة الأخرى لتسوية المنازعات

المطلب الأول : مفهوم الوساطة ومميزاتها

أولًا: تعريف الوساطةMediation

تعرف الوساطة[8] بأنها "محاولة من جانب الأطراف في نزاع حول موضوع تجارى للوصول إلى تسوية لهذا النزاع وذلك من خلال مساعدة شخص محايد يسمى بـ "الوسيط." ولذلك فإن الدور الأساسي للوسيط Mediator هو محاولة التقريب بين وجهات نظر أطراف المنازعة والعمل على تقييد هوة الخلاف بينهم. من ذلك يتضح أن الوسيط يعمل على تسهيل إجراء الحوار بين أطراف النزاع من أجل الوصول إلى تسوية له.[9] وقد يطرح الوسيط على كل طرف أوجه القوة وأوجه الضعف المتعلقة بالنزاع المعروض.[10] وقد يقوم الوسيط بترتيب مقابلات مشتركة أو منفردة مع أطراف الخصومة.[11] وفي جميع الأحوال يجب التذكير بأن الأطراف هم– وليس الوسيط– من يقررون ما إذا كان هذا النزاع سيجد طريقه إلى تسوية مرضية وماهية تلك التسوية.[12] وفي حال الوصول إلى حل للنزاع يرتضي به أطرافه، فيفترض أن يقوموا بالتوقيع على الوثيقة التي تتضمن هذه التسوية.[13]

واستنادًا إلى اتفاقات الأطراف المعنيين، قد تمنع هذه التسوية الموقع عليها من قبلهم، التجاءهم مستقبلاً إلى القضاء لبحث نفس النزاع إلا إذا كان رجوع أحدهم من أجل الحصول على حكم أو قرار لتنفيذ هذه التسوية.[14] وتتسم كل إجراءات الوساطة بالسرية.[15] وهذا التزام يقع على عاتق أطراف النزاع والوسيط وغيرهم من الأشخاص المشتركين في هذه العملية.[16]

وفي نظرنا تعتبر الوساطة الوسيلة المثلى لتسوية المنازعات التجارية، وذلك لأنها تمتاز بقلة التكاليف والسرعة في الوصول إلى الحلول المرضية للطرفين.[17] بالإضافة إلى أنها تمكن الأطراف المتنازعة من تعيين الوسيط الملائم لحل النزاع وذلك في إطار السرية التي تمتاز بها منذ إبداء الرغبة في اتخاذها كآلية لتسوية النزاع إلى انتهائها.[18] ويعرف عنها أنها تساعد على ترميم وإصلاح العلاقات التجارية بين كافة أطراف النزاع.[19] ويشار إلى أن الوساطة تهدف إلى الحفاظ على العلاقات التجارية بين أطرافها إذا ما كان هؤلاء قد خططوا لاستمرارها لفترة طويلة، وذلك على أساس أنها تسمح لهؤلاء الأطراف بأن يتوصلوا إلى تسوية مرضية، على عكس إجراءات التقاضي والتحكيم التي يكون لها تأثير سلبي على هذه العلاقات.[20] ومن أجل ذلك، يرى البعض أن دور المحامين – في نظر الجمهور بصفة عامة وأصحاب الأعمال بصفة خاصة – قد تغير من راع ومشجع للنزاع إلى معالج وصانع للسلام.[21]

وحري بالإشارة إلى أنه ينبغي على الوسيط mediator عدم طرح أية حلول بديلة على أطراف النزاع وفي حالة قيامه بذلك ينقلب دوره إلى موفق Conciliator . وتسمى العملية هنا عملية توفيق Conciliation.[22]

وعادة يتم اللجوء إلى هذه الآلية لفض الكثير من المنازعات التجارية منها والعائلية والسياسية والعمالية.[23] وللوساطة أنواع متعددة أهمها: الوساطة القضائية، حيث تتم من خلال جهات قضائية عبر قضاة معينين ومحددين وفقًا للقانون الذي ينظمها.[24] وهناك أيضًا الوساطة الاتفاقية التي يتفق عليها الأطراف من غير أن يكون هناك أي منازعة معروضة أمام القضاء. وبمقتضى الاتفاق يلجأ الأطراف إلى الوسيط المتفق عليه بعد نشأة النزاع.

المطلب الثاني : الوسائل البديلة الأخرى لتسوية المنازعات

أولا: التقييم المحايد المبكر Early Neutral Evaluation

في عملية التقييم المحايد المبكر، يقوم شخص مستقل من الغير (يسمى بالمحايد) بتقييم ادعاءات كل طرف من الأطراف.[25] وعليه بعد أن يقوم بهذا التقييم أن يعرضه عليهم.[26] وقد يكون رآيه أو تقييمه هو النتيجة المحتملة لموضوع النزاع إذا ما عرض على القضاء.[27] وقد يكون المحايد خبيرًا في موضوع النزاع أو قد يكون خبيرًا قانونيًا أو محاميًا أو قاضيًا.[28] والرآي الذي يتوصل إليه هذا الشخص لا يكون ملزمًا لأطراف المنازعة.[29] ويكون لكل طرف أن يتخذ الإجراء التالي المناسب له، فقد يرى أحدهما اللجوء إلى القضاء على أساس أنه يملك ما يكفي من الأدلة التي تجعله الطرف الرابح في هذه القضية.[30] أو قد يلجأ الأطراف إلى التفاوض للوصول إلى تسوية مرضية تأسيسًا على أن النتيجة التي جاء بها هذا الشخص المستقل هي نتيجة تحقق – إلى حد ما– ما كان يصبو إليه كل طرف.[31]

ثانيا: التوفيق Conciliation

يتم تسوية عدد لا بأس به من المنازعات التجارية عن طريق التوفيق. والتوفيق عبارة عن قيام شخص مستقل محايد (و يسمى الموفق conciliator) متفق عليه من قبل الأطراف بمساعدتهم في حل الخلاف الناشئ بينهم.[32] وهو في سبيله إلى تحقيق هذا النتيجة، قد يلجأ إلى طرح بعض الحلول في صورة توصيات محددة لتسوية النزاع.[33]

وبناءً على ذلك، قد يتشابه التوفيق مع التفاوض negotiation ولكن في الواقع إنهما مختلفان. حيث في المفاوضات يكون المفاوض negotiator ممثلاً لأحد الأطراف في المنازعة، أما الموفق فهو شخص مستقل ومحايد ولا يمثل أيًا من الأطراف. ويتشابه التوفيق مع الصلح reconciliation or good faith negotiation or compromise – of action – والذي هو عقد يحسم به الأطراف نزاعا ثار بينهم فعلاً أو يتوقيان به نزاعًا محتملاً، ويتأتى ذلك بتنازل إرادي من كل طرف عن بعض مطالبه، ولكنهما يختلفان في أن الصلح يتم بحوار مباشر بين الأطراف أو ممثليهم، فهم لا يختارون "موفقا" يقدم مقترحات، ولكنهم يتصدون مباشرة لمناقشة النزاع.[34]

ومن الجدير بالإشارة أن الموفق يقوم بتسوية النزاع المطروح عن طريق جولات من المفاوضات. وكما سبق الذكر، فإن التوفيق يختلف عن الوساطة في أن الموفق قد يقوم بطرح عدة حلول لتسوية النزاع، أما الوسيط فلا يفترض أن يقوم بذلك.[35]

ثالثا: التحكيم Arbitration

التحكيم هو إجراء يتفق أطراف المنازعة على المثول للقرار الذي يصدره شخص (ويسمى "محكم" arbitrator) مستقل محايد ذو خبرة في موضوع النزاع.[36] ويتم تعين هذا الشخص من قبل الأطراف.[37] بناءً على ذلك لا يجوز لأحد الأطراف اللجوء إلى القضاء بخصوص موضوع المنازعة إلا من أجل الحصول على حكم أو قرار لتنفيذ قرار المحكم.[38]

وتتميز إجراءات التحكيم بالسرية وبأنها أقل شكلية ومرونة بالمقارنة بالإجراءات التي تتبع أمام المحاكم.[39] ويقال أيضًا عن مميزات التحكيم أنه أقل كلفة.[40]

والتحكيم في مجمله يعتمد على ما يقدمه ويتفق عليه الأطراف.[41] فقد يتفقوا على أن يتولى الفصل في موضوع النزاع محكم واحد معروف بخبراته الواسعة المرتبطة بموضوع المنازعة أو أن يتولى الفصل في هذا الخلاف هيئة تحكيمية من ثلاثة أو خمسة محكمين.[42] ومن الجدير بالذكر أنه كلما زاد عدد المحكمين ارتفعت تكلفة التحكيم. وعادة ما يلجأ الأطراف إلى هيئة تحكيمية مكونة من خمسة محكمين إذا كانت قيمة المنازعة التجارية مرتفعة. وبعد تقديم كل طرف ما لديه من أدلة إلى المحكم أو الهيئة التحكيمية، يصدر حكم نهائي وملزم للأطراف.[43] وكأصل عام يجب أن يتضمن الحكم التحكيمى أسبابه.[44]

رابعا: قرار الخبير Expert Determination

من خلال هذه الآلية يقوم شخص مستقل بدراسة وجهات النظر والدفوع المقدمة من كل أطراف النزاع.[45] وبعد الدراسة المتعمقة لهذه الدفوع ووجهات النظر المقدمة من الأطراف، يصدر الخبير قراره والذي عادة ما يكون ملزمًا للأطراف الذين اختاروا

واتفقوا على إلزامية قراره.[46] و يتم اختيار هذا الشخص، والذي يعتبر خبيرًا في موضوع المنازعة، بواسطة الأطراف. وغالبًا ما يلجأ المتنازعون إلى مثل هذه الآلية عندما يراد تحديد بعض الأمور الفنية في المنازعات التجارية المعقدة ذات القيمة العالية.[47]

وينظر البعض إلى أن هذه الآلية ما هي إلا نوع من التحكيم. ولكن المتأمل في الآمور سوف يجد أن هذه الوسيلة – خلافًا للتحكيم – لا يتضمنها اتفاق الأطراف الموقع قبل نشأة النزاع. ويتم اختيار وتعيين الخبير من قبل أطراف النزاع وذلك من أجل الوصول إلى تسوية مرضية في وقت قصير وبتكلفة أقل، مقارنة إذا ما عرض النزاع على القضاء العادي.[48]

وبعد بيان مفهوم وأهمية الوساطة وتميزها عن غيرها من الوسائل البديلة لتسوية المنازعات، سنقوم الان ببيان ماهية منازعات حوكمة الشركات ومدة إمكانية استخدام الوساطة لتسويتها.

المبحث الثاني:

منازعات حوكمة الشركات وإمكانية تسويتها عن طريق الوساطة

تمهيد وتقسيم:

لمنازعات حوكمة الشركات أنواع كثيرة، منها ما يتعلق بالخلافات التي تثار بين أعضاء مجلس إدارة الشركة أو المديرين ومنها ما يتعلق بالخلافات التي تكون بين مجلس الإدارة أو المديرين والمساهمين في الشركة أو الشركاء فيها. فقد تكون هذه الخلافات حول استراتيجية الشركة، إجراءات متابعة ومراقبة اعمال الشركة، تضارب المصالح وأيضا موضوع المكافآت الممنوحة لأعضاء مجلس الإدارة، أو تقييم الأسهم، أو الخلافات بين المساهمين، أو مشاركة المساهمين في عملية اتخاذ القرار، أو عمليات الاستحواذ. في مثل هذه الحالات، هل يمكن أن يتم اللجوء للوساطة بغرض تسوية هذه الخلافات قبل أن يتم تطورها الى نزاعات فعلية وحقيقية تنظرها المحاكم مما قد يكون له تأثير سلبي على سمعة الشركة وبالتالي أدائها الفعلي.

وبناء على ذلك نقسم هذا المبحث بدوره إلى مطلبين:

المطلب الأول: أنواع منازعات حوكمة الشركات

المطلب الثاني: تحديات وصعوبات اللجوء الى الوساطة

المطلب الأول : أنواع منازعات حوكمة الشركات

المقصود بحوكمة الشركات

يمكن لنا أن نعرف حوكمة الشركات على النحو التالي:

" القواعد التى توجه سلوك الشركات وحاملي الأسهم ومديري الشركات، والإجراءات الحكومية الرامية الى تقرير وفرض تطبيق تلك القواعد."[49] أو أنها عبارة عن "القوانين والقواعد والمعايير التي تحدد العلاقة بين إدارة الشركة من ناحية، وحملة الأسهم وأصحاب المصالح أو الأطراف المرتبطة بالشركة ("حملة السندات، العمال، الموردين، الدائنين، المستهلكين) من ناحية أخرى."[50] ويرى البعض أن حوكمة الشركات عبارة عن "كيفية إدارة الشركات وتوجيهها والسيطرة عليها. أى أنها مجموعة القواعد والإجراءات والآليات التي بموجبها يضمن مجلس الإدارة المساءلة والإنصاف والشفافية في إدارة الشركة."[51]

ومن ناحية اخرى، يقسم بعض الفقه حوكمة الشركات الي نوعين:[52]

" النوع الأول: الحوكمة الداخلية: ويراد بها وضع معايير وأسس وقواعد تساعد على تحسين أداء الإدارة فيما يتعلق بكافة جوانبها وعلى وجه التحديد الضبط المالي، وزيادة القدرة الإنتاجية، وفى نفس الوقت تكبح جماح الفساد المالي بكافة جوانبه كالغش، والتزوير، والرشوة ونحو ذلك، وتفرض معايير الشفافية والإفصاح فيما يتوجب إعلانه والإفصاح عنه لجمهور المتعاملين مع هذه الشركات."

النوع الثاني: الحوكمة الخارجية: ويقصد بها " تكوين (أو إقرار أو اعتماد) أدوات تساعد جهات الرقابة على إدارة الشركة خارج إطار الشركة في أداء الرقابة على وجهها الصحيح."

ويتعين لحوكمة الشركات أن تهدف الى تحقيق التوازن بين مصالح كل الأطراف المعنية من مساهمين، ومن يقوم بإدارة الشركة، وعملاء وموردي وممولي الشركة، بالإضافة الى الدولة التي تمارس الشركة نشاطها فيها.[53] ويتعين في رأينا أن تهدف الى كيفية إدارة منازعات الشركة من كل الأطراف المعنية من موظفين ومساهمين، بالإضافة الى جهات وافراد المجتمع الذي تباشر فيه نشاطها. ونرى ضرورة تواجدها أيضا فيما يتعلق بالمنازعات التي قد تثار بين الشركة والمتعاقدين معها.

وتجدر الإشارة الى أن الفترة المتطلبة لتسوية المنازعات التجارية التي قد تستغرق مدة طويلة بالإضافة الى التكاليف العالية وعدم التيقن من نتيجة المنازعة عند اللجوء الى المحاكم، تتطلب أن يتم النظر في وسائل بديلة لتسوية منازعات الشركات. والمنازعات المتعلقة بالشركات أمر لا مفر منه، ولذلك يجب التفكير في هذه الوسائل البديلة، وعلى رأسها الوساطة، نظرا لما تمتاز به من سرعة وتكلفة أقل ومحافظة على العلاقات التجارية بين الأطراف المتنازعة.

وتجدر الإشارة الى أنه عندما تنشأ منازعات بين المساهمين وإدارة الشركة على سبيل المثال، فإن اللجوء الى المحاكم لتسوية هذه المنازعات قد يؤدى الى عدم الاستقرار، بالإضافة الى التكاليف التي قد تتكبدها الشركة في هذه الحالة. ولذلك فان تبني الشركة لقواعد الحوكمة الرشيدة يزيد من ثقة المستثمرين[54] وغيرهم من الأطراف المعنية حيث يطمئن هؤلاء أن حقوقهم متمتعة بالحماية، بالإضافة الى المصروفات الزهيدة المنفقة. ومن ضمن القواعد التي يتطلب تبنيها عند إقرار قواعد حوكمة الشركات أسلوب تسوية المنازعات خاصة بطريق الوساطة لما تمتاز به من مميزات سبق الإشارة اليها.

منازعات حوكمة الشركات:

يمكن القول بأن هناك طائفتين من المنازعات في هذا الصدد:[55]

- المنازعات الداخلية المتعلقة بحوكمة الشركات (منازعات مجلس الإدارة) Internal Corporate Governance Disputes
- المنازعات الخارجية المتعلقة بحوكمة الشركات External Corporate Governance Disputes

أولا: المنازعات الداخلية المتعلقة بحوكمة الشركات (منازعات مجلس الإدارة) Internal Corporate Governance Disputes

تتعلق هذه المنازعات بصفة عامة بالمنازعات التي تنشأ في اجتماعات مجلس إدارة أي شركة take place within the boardroom.[56] وغالبا ما يكون هناك خلافات لا مفر منها، خاصةً عندما يكون مجلس الإدارة مؤلفًا من أعضاء مستقلين يتمتعون بخبرات واسعة.[57] وفي حقيقة الأمر فإن هذا لا يعتبر أمرا سلبيا حيث يتعين- كأصل عام أن تصدر قرارات مجلس ادارة الشركة بناء على مناقشات ومشاركات من الجميع بناء على المعلومات المتاحة لهم.[58] وهناك بعض الموضوعات التي يتوقع أن يحدث بصددها مناقشات ومشاركات بين أعضاء مجلس الادارة مثل استراتيجية الشركة، إجراءات متابعة ومراقبة أعمال الشركة، تضارب المصالح وأيضا موضوع المكافآت الممنوحة لأعضاء مجلس الإدارة.[59] وقد تتعلق هذه المنازعات بخلافات مرتبطة بتعيين بعض الأفراد في لجان متعددة تقوم بالمشاركة في إدارة الشركة. [60] إن عدم وجود مجلس ادارة لا يقوم بدوره على أكمل وجه قد يؤدى الى فشل حتمي للشركة المعنية، وهذا ما حدث مع حالة الإفلاس المتعلقة بشركة WorldCom في الولايات المتحدة.[61]

ويمكن أن تكون قضايا الإدارة والمعايير والمتطلبات مصدرًا خصبًا لسوء الفهم والمنازعات. وتشمل الأمثلة التالية:[62]

- تحقيق التوازن بين مصالح الشركة قصيرة الأجل وطويلة الأجل
- العلاقة بين أعضاء مجلس الادارة المستقلين ورئيس مجلس الإدارة أو العضو المنتدب للإدارة.
- صعوبة الفصل بين الرقابة والإدارة

حاجة أعضاء مجلس الادارة الى معلومات عن إدارة الشركة ونشاطها.

كل من هذه الموضوعات يمكن أن يؤدي إلى خلافات ثم منازعات. يضاف الى هذه الموضوعات، التغييرات في هيكل ملكية الشركات، الأداء الضعيف للشركة، والأزمات التي يمكن أن تتعرض لها، والمنازعات التي قد تثور بين المساهمين في الشركة.[63] هذا قد يؤدي الى نشأة أو تفاقم الخلافات القائمة بين أعضاء مجلس الإدارة. وبناء على ذلك يمكن القول أن كيفية التعامل أو آلية التعامل مع هذه الخلافات سيحدد ما إذا كان الخلاف سيزول بمرور الوقت دون تدخل، أو قد يتفاقم الى نزاع حقيقي.[64]

إن دور رئيس مجلس الإدارة أو المدير العام للشركة هو التعامل مع الخلافات بغية التوصل الى حلها، والأهم من ذلك إبقاءها داخل قاعة اجتماعات مجلس الادارة.[65] عادة لا ترغب الشركات في أن تعلن عن منازعاتها، حيث سيكون لخلافات الشركات المعلنة والمنشورة في وسائل الاعلام تأثير سلبي حتميًا على الطريقة التي سوف ينظر بها الجمهور إلى الشركة. ومع ذلك، في بعض الحالات، سوف يتصاعد الخلاف – في حالة إساءة التعامل معه أو إذا كان الرئيس جزءًا من المشكلة – مع جذب المزيد من أعضاء مجلس الإدارة إلى الخلاف.[66] وهذا سيؤدى الى تحويل المزيد من موارد مجلس الإدارة ووقته. ويمكن أن يتحول الصراع إلى نزاع حقيقي، لا يمكن احتوائه دائمًا داخل قاعة الاجتماع. ويمكن أن تؤدي هذه النزاعات غير المثمرة إلى تعطيل أعمال الشركة وبالتالي إلى تكاليف وخسائر مالية ضخمة.[67]

وقد يحدث أن ينقسم مجلس الادارة الى فريقين أو أكثر مما قد يؤثر على عملية اتخاذ القرارات وبالتالي على مصلحة الشركة. وتجدر الاشارة الى أن هذا قد حصل بالفعل مع شركة Hewlett Packard خلال عملية الاندماج مع Compaq. وفي النهاية، حدث الاندماج، لكن الكثير من الوقت والمال فقدا في الخلافات وفي المكائد. وقد انعكس هذا النزاع بشدة على سمعة الشركة.[68]

وعندما تتم مناقشة الخلافات أو المنازعات في الصحافة أو تحريك الدعوى، فإنها تشير إلى فشل خطير في الحوكمة.[69] حيث إنها تُظهر سوء إدارة الخلافات والمنازعات داخل الشركة أو بين الشركة وأصحاب المصالح (بما في ذلك المساهمين أو الموردين أو العملاء أو الدائنين وغير ذلك). وتعكس أيضا عدم قدرة المديرين التنفيذيين أو المديرين للتعامل مع القضايا والخلافات الناشئة. وغالبا ما يكشف اللجوء الى المحاكم عن انهيار العلاقات، وغالبًا ما تكون علاقات شخصية.[70]

ثانيا: المنازعات الخارجية المتعلقة بحوكمة الشركات External Corporate Governance Disputes

تشمل المنازعات الخارجية المتعلقة بحوكمة الشركات (أو المنازعات المتعلقة مباشرة بحوكمة الشركة) المنازعات التي تثور في الغالب بين مساهمي الشركة وأعضاء مجلس الإدارة وكبار المسؤولين التنفيذيين. وترجع هذه المنازعات أساسا الى العامل الاقتصادي للشركة، مثل أداء الشركة ومدى ما تتمتع به من سمعة جيدة في مجال أعمالها وبالتالي ما يتعلق من قرارات تأخذها الإدارة وتؤثر على مصالح الشركة وقيمة الأسهم المملوكة للمساهمين.[71] ومن الأمثلة كذلك المنازعات المتعلقة بمشاركة المساهمين في عملية صنع القرار، والقرارات المتعلقة بعمليات الاستحواذ والاندماج.[72]

وتجدر الإشارة الى أن "منازعات حوكمة الشركات" تعتبر منازعات غير متجانسة وتشمل العديد من أنواع المنازعات – لكل منها خصائصها التي تميزها. وهناك أمثلة تضمنتها قائمة وضعت من قبل بعض الباحثين، وتشمل هذه القائمة:[73]

- معاملات المصالح الذاتية: معاملات الأطراف ذات الصلة، تضارب المصالح من قبل أعضاء مجلس الإدارة، والمديرين التنفيذيين، والإدارة العليا.
- الحسابات السنوية: المنازعات بين المساهمين ومجلس الإدارة.

- ترشيح / تعيين أعضاء مجلس الإدارة.
- المنازعات بين المساهمين ولجنة الترشيح و / أو مجلس الإدارة بشأن الترشيح و / أو تعيين أعضاء مجلس الإدارة / المديرين التنفيذيين، وكذلك معايير الترشيح / التعيين.
- تعويض / مكافآت أعضاء مجلس الإدارة.
- المنازعات بين المساهمين ومجلس الإدارة بشأن المكافآت، وكذلك معايير تحديد التعويضات والمكافآت.
- تقييم الاسهم
- المنازعات بين المساهمين ومجلس الإدارة و / أو مراقبي الحسابات حول طريقة التقييم خاصة في حالة إصدارات الأسهم / السندات.
- إجراءات الاستحواذ
- المنازعات بين المساهمين ومجالس الإدارة بشأن شروط عملية الاستحواذ المقترحة، و / أو الامتثال للقواعد الداخلية (عقد التأسيس) و / أو القواعد الخارجية (قواعد الإدراج، تشريعات الأوراق المالية، إلخ).
- متطلبات الافصاح
- المنازعات بين المساهمين ومجالس الإدارة بشأن الامتثال لمتطلبات الإفصاح غير المالي.
- مراقبة الشركات (في صفقات الاندماج والاستحواذ).
- المنازعات بين المساهمين ومجالس الإدارة بشأن الاستحواذ أو التصرف المقترح لجزء كبير من أصول الشركة.
- حقوق أقلية المساهمين.
- المنازعات بين اغلبية المساهمين والأقلية في سيناريوهات التخارج أو عند ترشيح / تعيين أعضاء مجلس الإدارة.
- إفلاس / أو التوقف عن الدفع
- المنازعات بين المساهمين و / أو حاملي السندات ومجالس الادارة فيما يتعلق بإعادة هيكلة الشركات.
- القضايا المتعلقة بإصدار الاسهم والسندات
- فصل عضو مجلس إدارة أو مدير تنفيذي.

- المنازعات بين المساهمين وأعضاء مجلس الإدارة / المديرين التنفيذيين بشأن الفصل الفردي فيما يتعلق بأدائهم في السنة المالية الماضية.
- سوء الإدارة: المنازعات بين المساهمين ومجالس الإدارة حول سوء الإدارة المفترض للشركة.
- عدم الامتثال لقواعد حوكمة الشركات.
- المنازعات بين المساهمين ومجالس الإدارة بشأن تطبيق مبادئ "الامتثال أو التوضيح" على النحو المنصوص عليه في قوانين حوكمة الشركات.
- المنازعات بين المساهمين ومجالس الادارة ونقابات العمال أو ممثليهم حول تفسير وتطبيق الالتزامات القانونية."

تطبيقات عملية لمنازعات حوكمة الشركات:

نلقى الضوء هنا على بعض القضايا التي قد أثيرت وكان من الممكن تفادي الخلافات التي أدت الى نشوبها وتفادي انتباه واجتذاب وسائل الاعلام المختلفة الى هذه القضايا في حالة ما اذا كانت قد تم تسويتها بطريق الوساطة.

- قضايا عملية تتعلق بمنازعات المساهمين والشركة:

The Bulgarian State v. E.ON Bulgaria[74]
صرح وزير الاقتصاد بيتار ديميتروف، ذات مرة، بأنه بصفته مساهمًا بنسبة 33 في المائة في شركات توزيع الطاقة الإقليمية المملوكة الآن للأجانب، بأن الدولة البلغارية لم تتلق أي أرباح. وفي رأيه، فإن التفاعل بين الحكومة والمالكين الحاليين للمرافق يترك الكثير مما هو مرغوب فيه. علما بأن مبيعات موزعي الطاقة الإقليميين السبعة حققت 693.2 مليون يورو من عائدات البيع. وتمت صياغة عقد بيع موزعي الطاقة الإقليميين Gorna Oriahovitsa و Varna لشركة E.ON الألمانية في أواخر عام 2004 ويمنح هذا العقد الدولة الحق في حصة 50 في المائة لعام 2003. وإذا كان لابد من إبرام الصفقة قبل 30 أبريل 2005، وكان من المقرر توزيع الأرباح لعام 2004 بالتناسب على أساس عدد الأسهم المملوكة للدولة والمستثمر. وقد تم الانتهاء من عمليات البيع في أوائل عام 2005. اعترفت E.ON Bulgaria بعدم دفع أرباح الأسهم، لكنها أشارت الى أن ذلك يرجع إلى البيئة الغريبة التي يعمل بها موزعو الطاقة الإقليميين. حيث واجه موزعو الطاقة تكاليف إعادة هيكلة عالية في العامين الماضيين في حين أدت عملية البناء المزدهر إلى ارتفاع الطلب على الكهرباء واستتبع ذلك الاستثمار في شبكة النقل القديمة، وفقًا لشركة E.ON. وأشارت الشركة الي إنه كان يجب إعادة استثمار الأرباح الكاملة لموزعي الطاقة الإقليميين، مما يلغي المزاعم بأن الأرباح قد تم ترحيلها. وقالت شركة EVN النمساوية ، صاحبة حق توزيع الطاقة في الإقليميين بلوفديف وستارا زاغورا، إنها أعادت استثمار جميع أرباحها.

- **نوع الشركات المعنية:**

الشركات العائلية؛ شركات مملوكة من الدولة؛ البنوك؛ الشركات المدرجة.

منازعات المساهمين في شركة غير مدرجة في البورصة (شركة من الشركات العائلية)[75]
عندما توفي مؤسس الشركة وكانت الشركة من الشركات الرائدة في السوق، تركها بهيكل إداري احترافي واتفاقية مساهمين تضمنت شرط تحكيم. لكن هذا النجاح لم يمنع من نشوء منازعات بين الورثة. سرعان ما خاض ابنا المؤسس معركة شرسة استمرت لأكثر من ثلاث سنوات. أحد الأخوة كان مسرف الى درجة كبيرة، وأولويته القصوى هي السيطرة على الشركة وتمويل نمط حياته الفخم. والآخر لديه احتياطيات نقدية كبيرة، يرفض التفاوض، ويفضل إصدار الأحكام. يتحدثون فقط مع بعضهم البعض من خلال محاميهم. يتكون مجلس الإدارة من ستة مدراء غير تنفيذيين نجحوا نسبياً في حماية الشركة من نتائج الخلاف، لكنهم لم يبقوا محايدين. أصبحت اجتماعات مجلس الإدارة كساحة قتال حيث حدد المحامون معظم الاستراتيجية. لقد كان القضاء غير فعال لأن القضاة يفضلون في الغالب ما يسمى ب ''عدالة سالومون" لتحقيق التوازن بين مصالح الأطراف المعنية بدلاً من اتخاذ القرارات لمساعدة الشركة. وفي نهاية المطاف، ساءت الامور لكل من المساهمين والشركة. ارتفعت المخاطر وأصبحت الشركة تعاني مع توسع الخلاف ليشمل أصحاب المصلحة الآخرين وجذب انتباه وسائل الإعلام.

وتجدر الإشارة الى أن معظم منازعات حوكمة الشركات لا يمكن تصنيفها بسهولة،[76] حيث قد يتعلق نزاع منها بموضوع واحد، ومن الأمثلة على ذلك منازعة حول الحق في التعويضات بسبب انتهاك الالتزامات والواجبات المفروضة على مجلس الإدارة أو المديرين.[77] وقد تتعلق منازعة حوكمة الشركات أيضًا بالعديد من القضايا المتشابكة؛ يؤثر حل إحدى المشكلات على تحديد حل مقبول لجميع المشكلات المعلقة الأخرى (المنازعات متعددة المراكز). ومن الأمثلة على ذلك نزاع يتعلق بشروط الاستحواذ المقترح.[78]

المبحث الثاني:

تحديات وصعوبات اللجوء الى الوساطة

الوساطة تعد طريقة بديلة عملية إذا كان أطراف المنازعة على استعداد لحل النزاع بحسن نية بطريقة سريعة. ويجب أن يتوافر حسن النية لدي الأطراف. فعدم وجوده سيؤثر سلبا على التوصل لاتفاق تسوية ناتج عن الوساطة. فمثلا عندما يسعى طرف من الأطراف الى الحصول على تنازلات من قبل الطرف الاخر، فيقوم برفع دعوى، أو يقوم باللجوء الى طرق عديدة تهدف الى عدم قيامه بالوفاء بالتزامات مالية ضرورية، فانه بالطبع لا يتوافر لديه حسن نية وبالتالي لا يوجد مجال للجوء الى الوساطة.[79]

وهناك من ينتقد الوساطة بالقول بانها قد تؤدى إلى اهدار للوقت خاصة إذا لم تتم خلال برنامج وخطط مسبقة. [80] فقد لا تنجح الوساطة لأسباب استراتيجية لدى أحد الأطراف، حيث قد يرفض طلب تسوية النزاع عن طريق الوساطة في وقت ما اعتقادًا منه أنه قد يقبله في وقت لاحق حال توفر فرصة أفضل. وفي حالة تمثيل الأطراف عن طريق محامين الذين يفضلون التقاضي وتقاضى اتعاب كبيرة عن اللجوء إلى الوساطة التي تنتهي في وقت سريع بتسوية مرضية. [81]

وتجدر الإشارة الى أن هناك بعض الاعتبارات التي يتعين أخذها في الاعتبار قبل اللجوء الى اتخاذ قرار بشأن اختيار الوساطة أو غيرها من الوسائل البديلة لتسوية منازعات حوكمة الشركات. من أهم هذه الاعتبارات مدى القدرة على انفاذ اتفاق التسوية الناتج عن الوساطة، والتأثير على العلاقات المستقبلية، والسرعة والشفافية، والتأثير على أصحاب المصلحة ذوي الصلة وأخيرا التكلفة الاجمالية للنزاع.

ومن ناحية أخرى، عادة ما يؤدي اللجوء إلى القضاء الحصول على حكم نهائي يتم فرضه على الأطراف، يستطيع المحكوم له تنفيذ هذا الحكم ضد المحكوم ضده.[82] وهناك من ينتقد الوساطة نظرا لان التسوية الناتجة عنها قد لا تنفذ من قبل أحد الأطراف، فهنا قد يلجأ الطرف الاخر الى اتخاذ الإجراءات القضائية لأجل جعل اتفاق التسوية حكما قابلا للإنفاذ. علاوة على ذلك، يمكن للمحكمة في كثير من الأحيان التصديق على اتفاق التسوية عن طريق الوساطة بواسطة أمر من المحكمة. وهناك حل أخر عن طريق تعيين الوسيط محكما وبالتالي يصدر قراره بصفة حكم تحكيمي قابل للإنفاذ بهذه الصفة.[83]

الخاتمة :

تناولنا في هذه الدراسة كيفية استخدام الوساطة لتسوية منازعات حوكمة الشركات، وبينا الفروق الجوهرية بينها وبين الوسائل البديلة الأخرى لتسوية المنازعات.

وحيث أن الوساطة تتميز ببعض الخصائص من حيث السرعة والفعالية فيمكن استخدامها في تسوية منازعات حوكمة الشركات. ولذا يتعين على رئيس مجلس الإدارة أو المدير أن يتدخل لتسوية المنازعات التي قد تنشأ بين أعضاء مجلس الإدارة والمديرين أو قد تنشأ بين إدارة الشركة والمساهمين وأصحاب المصالح الأخرى مثل الموردين والمتعاملين مع الشركة. وفي حالة عدم نجاح رئيس مجلس الإدارة في ذلك فيجوز الاتفاق على قيام شخص أخر بدور الوسيط من أجل تسوية النزاع بعيدا عن ساحة المحاكم حفاظا على سمعة الشركة وعلامتها التجارية.

بعد دراسة هذا الموضوع المهم، نوصى بالآتي:

- محاولة وضع قواعد معينة لمنع المنازعات بين أعضاء مجلس إدارة الشركة، وذلك عن طريق وضع برامج تدريبية لهم للحد من نشوء هذه المنازعات أو إثاراتها خارج مكان الاجتماع.
- يجب تدريب رؤساء مجالس الادارة والمديرين الرئيسيين بشكل خاص على طريقة استخدام الوساطة لتسوية المنازعات.[84]
- يجب تضمين المقررات الخاصة بتقنيات الوساطة وحل النزاعات في أي منهج مخصص لتدريب المديرين.[85]

- لبورصات الأوراق المالية تقديم خدمات الوساطة لأعضائها للمساعدة في تحديد وربما تسوية المشكلات المتعلقة بفهم متطلبات الإدراج وتنفيذ أفضل الممارسات.[86]

- يجب أن تتطلب قواعد الإدراج من الشركات موافقتها على اللجوء الى الوساطة قبل رفع دعوى قضائية.[87]

- يجب أن توصي قواعد حوكمة الشركات لأفضل الممارسات باستخدام الوساطة للتعامل مع منازعات الحوكمة. 88
- اللجوء الى الوساطة لتسوية المنازعات نظرا لسرعتها وتكاليفها البسيطة.
- يتعين أن يتم تدريب المديرين على كيفية اللجوء الى الوسائل البديلة لتسوية المنازعات واستخدامها كلما كان ذلك متاحا.

المراجع :

أولا: المراجع باللغة العربية

- د. أحمد بن حمد الرزين، حوكمة الشركات المساهمة: دراسة فقهية، الناشر SABIC Chair for IFMS، 2012،.
- د. الصالحين محمد العيش، حوكمة الشركات بين القانون واللائحة، بحث منشور في المجلة الدولية للقانون، 2016، العدد 4.
- د. سميحة القليوبي- الأسس القانونية للتحكيم التجارى وفقا للقانون رقم 27 لسنة 1994- دار النهضة العربية- 2013
- د. محمد سالم أبو الفرج، اتفاقية سنغافورة للوساطة ومنازعات الاستثمار الدولي: دراسة تحليلية للاتفاقية وتحديات الوساطة في منازعات الاستثمار، بحث منشور في "المجلة القانونية" التي تصدرها كلية الحقوق بجامعة القاهرة- فرع الخرطوم، العدد الثامن المجلد الأول، نوفمبر 2020.
- ----------، الالتزام بالسرية في الوساطة كإحدى آليات تسوية المنازعات التجارية: دراسة مقارنة، بحث منشور في مجلة القانون والاقتصاد التي تصدر عن كلية الحقوق جامعة القاهرة، العدد (89) لعام 2014.
- ----------، انفاذ اتفاقات التسوية الناتجة عن الوساطة: دراسة مقارنة، بحث منشور في مجلة الحقوق التي تصدرها كلية الحقوق جامعة الإسكندرية، العدد (2) سنة 2014.
- د. محمد فهمى الجوهري – ملاحظات فى التحكيم التجارى الدولى- بدون ناشر- 2000
- د. محمود مختار بريرى- التحكيم التجارى الدولى- الطبعة الثالثة- دار النهضة العربية 2004.

ثانيا: المراجع باللغة الإنجليزية

Angela Lu, 'Mediating of Corporate Governance Disputes' (2014) Vol. 69 (1) *Dispute Resolution Journal*.

- Benjamin F. Tennille, Lee Applebaum, and Anne Tucker Nees, 'Getting to Yes in Specialized Courts: The Unique Role of ADR in Business Cases' (2010) 11 *Pepperdine Dispute Resolution Law Journal* 35.
- Eric Runesson and Marie-Laurence Guy, *Mediating Corporate Governance Conflicts and Disputes,* (Washington: International Finance Corporation, 2007).

- Frank B. Cross and Roger LeRoy Miller, *The Legal Environment of Business: Texts and Cases*, 8th Edition (USA: South-Western, Cengage Learning, 2012).
- Holly Streeter-Schaefer, 'A Look at Court Mandated Civil Mediation' (2001) 49 *Drake Law Review* 367.
- Jeremy Lack, 'Appropriate Dispute Resolution (ADR): The Spectrum of Hybrid Techniques Available to the Parties' in Arnold Ingen-Housz (Editor) *ADR in Business: Practice and Issues Across Countries and Cultures, Volume* II (The Netherland: Kluwer Law International, 2011).
- Joseph Lee, 'Inter-Corporate Dispute Arbitration and Minority Shareholder Protection: A Corporate Governance Perspective' (2017)83 (1) *Arbitration* (Chartered Institute of Arbitrators).
- Klaus Peter Berger, *Private Dispute Resolution in International Business: Negotiation, Mediation, Arbitration- Volume II- Handbook,* (The Netherlands: Kluwer Law International, 2006).
- L. Bouchez and A. Karpf, *The OECD's Work Programme on Corporate Governance and Dispute Resolution.* This reference is available at: https://www.oecd.org/daf/ca/corporategovernanceprinciples/38297148.pdf
- Linda C. Reif, ' The Use of Conciliation or Mediation for the Resolution of International Commercial Disputes ' (2007) 45 *Canadian Business Law Journal.*
- Olufunke Cole, 'Mediating Corporate Governance Disputes'. Available at: https://www.academia.edu/11221715/Mediating_Corporate_Governance_Disputes
- Pamela A. Kentra, 'Hear no Evil, See no Evil, Speak no Evil: The Intolerable Conflict for Attorney-Meditators between the Duty to Maintain Mediation Confidentiality and the Duty to Report Fellow Attorney Misconduct' (1997) *Brigham Young University Law Review* 715.
- Richard M. Calkins, 'Mediation: A Revolutionary Process that is Replacing the American Judicial System' (2011) 13 *Cardozo Journal of Conflict Resolution* 1.
- Tobi P. Dress, 'International Commercial Mediation and Conciliation' (1988) 10 *The Loyola of Los Angeles International and Comparative Law Journal 569.*
- Vilalta, Aura Esther, Mediation - Legal Framework: Comparative Law (October 1, 2010). *The White Book of Mediation in Catalonia*, Chapter 2. Catalonia Government, Department of Justice, 2010. Available at SSRN: http://ssrn.com/abstract=1763164.

الهوامش:

[1] هذا البحث يرتكن بصفة أساسية على الورقة العلمية التي قدمها الباحث تحت عنوان " لجان التوفيق والمصالحة بسلطنة عمان ودورها في تسوية منازعات حوكمة الشركات" الى المؤتمر العلمي الخامس لكلية الحقوق بجامعة السلطان قابوس "تطوير نظم

التقاضي وتحديث قواعد الإثبات"، المحور الأول " تطوير نظم التقاضي- تفعيل النظم البديلة لفض المنازعات"، والذي عقد عن بعد في 22 ديسمبر 2020. وفى هذا الصدد يشكر الباحث المحكمين ومن حضر المؤتمر على ملاحظاتهم المهمة بصدد الورقة البحثية التي قدمت للمؤتمر. وأيضا يشكر الباحث المحكمين اللذين قاما بتحكيم هذا البحث قبل نشره في المجلة على ملاحظاتهم القيمة، ولكن المسؤولية في النهاية هي مسؤولية المؤلف.

[2] انظر:

Olufunke Cole, 'Mediating Corporate Governance Disputes', p. 4. Available at: https://www.academia.edu/11221715/Mediating_Corporate_Governance_Disputes

أخر زيارة 10 يناير 2021.

[3] أنظر:

Eric Runesson and Marie-Laurence Guy, *Mediating Corporate Governance Conflicts and Disputes,* (Washington: International Finance Corporation, 2007) pp. 15-16.

[4] المرجع السابق، ذات الموضع.

[5] المرجع السابق.

[6] وفيما يتعلق بإمكانية استخدم التحكيم لتسوية منازعات حوكمة الشركات وحماية أقلية المساهمين، انظر:

Joseph Lee, 'Inter-Corporate Dispute Arbitration and Minority Shareholder Protection: A Corporate Governance Perspective' (2017)83 (1) *Arbitration* (Chartered Institute of Arbitrators).

[7] أنظر:

Runesson and Guy, *op.cit.,* p. 5.

[8] وللمزيد من التفصيل انظر بحث أخر للمؤلف بعنوان "انفاذ اتفاقات التسوية الناتجة عن الوساطة: دراسة مقارنة" منشور في مجلة الحقوق التي تصدرها كلية الحقوق جامعة الإسكندرية، العدد (2) سنة 2014. وقد اعتمدنا عليه هنا.

[9] انظر:

Linda C. Reif, ' The Use of Conciliation or Mediation for the Resolution of International Commercial Disputes ' (2007) 45 *Canadian Business Law Journal*, p. 22.

[10] انظر:

Benjamin F. Tennille, Lee Applebaum, and Anne Tucker Nees, 'Getting to Yes in Specialized Courts: The Unique Role of ADR in Business Cases' (2010) 11 *Pepperdine Dispute Resolution Law Journal* 35, p. 48.

[11] انظر:

Pamela A. Kentra, 'Hear no Evil, See no Evil, Speak no Evil: The Intolerable Conflict for Attorney-Meditators between the Duty to Maintain Mediation Confidentiality and the Duty to Report Fellow Attorney Misconduct' (1997) *Brigham Young University Law Review* 715, p. 719. See also Tennille *et al. op. cit.* p. 48.

[12] انظر:

Tennille *et al. op. cit.* p. 48.

[13] انظر:

Klaus Peter Berger, Private *Dispute Resolution in International Business: Negotiation, Mediation, Arbitration- Volume II- Handbook,* (The Netherlands: Kluwer Law International, 2006) pp. 272-273.

[14] انظر: محمد سالم أبو الفرج- الالتزام بالسرية في الوساطة كإحدى آليات تسوية المنازعات التجارية: دراسة مقارنة، بحث منشور في مجلة القانون والاقتصاد التي تصدر عن كلية الحقوق جامعة القاهرة، العدد (89) لعام 2014، والمراجع المذكورة فيه خاصة في ص 493.

[15] وللمزيد من التفاصيل انظر: المرجع السابق.

[16] وهناك مبادئ أخرى تعتمد عليها عملية الوساطة – إلى جانب مبدأ السرية- هي: مبدأ حرية أو استقلال إرادة الأطراف، ومبدأ النزاهة أو الموضوعية، ومبدأ المعاملة العادلة، ومبدأ الاقتصاد في الإجراءات (الكفاءة، الفاعلية، الجدول الزمنى المحدد)، ومبدأ الشفافية، ومبدأ الشرعية، ومبدأ الحيدة، لمزيد من التفصيل، راجع: المرجع السابق، ص 494.

[17] انظر:

Linda C. Reif, *op. cit.*, p. 23.

[18] للمزيد عن المزايا والعيوب التي تشوب عملية الوساطة، انظر:

Vilalta, Aura Esther, Mediation - Legal Framework: Comparative Law (October 1, 2010). *The White Book of Mediation in Catalonia*, Chapter 2. Catalonia Government, Department of Justice, 2010. Available at SSRN: http://ssrn.com/abstract=1763164. pp. 4-5.

[19] انظر:

Linda C. Reif, *op. cit.*, p. 23.

[20] انظر: المرجع السابق، ذات الموضع.

[21] انظر:

Richard M. Calkins, 'Mediation: A Revolutionary Process that is Replacing the American Judicial System' (2011) 13 *Cardozo Journal of Conflict Resolution* 1, p.59.

[22] انظر:

Jeremy Lack, 'Appropriate Dispute Resolution (ADR): The Spectrum of Hybrid Techniques Available to the Parties' in Arnold Ingen-Housz (Editor) *ADR in Business: Practice and Issues Across Countries and Cultures, Volume* II (The Netherland: Kluwer Law International, 2011) p. 353.

[23] انظر:

Vilalta, Aura, *op.cit.*,p. 9.

[24] المرجع السابق، ص 8:

مشيرة إلى نظام الوساطة الإجبارية في الولايات الأمريكية المتحدة. وتكون هذه الوساطة أما بناء على أمر من المحكمة أو اتفاق ملزم لأطرافه للدخول في عملية الوساطة، وانظر أيضا:

Holly Streeter-Schaefer, 'A Look at Court Mandated Civil Mediation' (2001) 49 *Drake Law Review* 367, p. 371.

[25] انظر:

Kenneth Gumbiner, An Overview of Alternative Dispute Resolution in Nancy F. Atlas, Stephen K Huber and E. Wendy Trachte- Huber (Editors), *Alternative Dispute Resolution: The Litigator's Handbook,* (USA: ABA Publishing, 2000) pp. 4-5.

[26] انظر:

Frank B. Cross and Roger LeRoy Miller, *The Legal Environment of Business: Texts and Cases*, 8th Edition (USA: South-Western, Cengage Learning, 2012), p. 58.

[27] انظر:

Tennille *et al. op. cit.* p. 45.

[28] انظر:

Tennille et al. *op. cit.* p. 45. See also Frank B. Cross and Roger LeRoy Miller, *op. cit.*, p.58.

[29] انظر:

Kenneth Gumbiner, *op. cit.*, p.5.

[30] المرجع السابق.

[31] المرجع السابق. وانظر ايضا:

Frank B. Cross and Roger LeRoy Miller, *op. cit.*, p.58.

[32] انظر:

Tobi P. Dress, 'International Commercial Mediation and Conciliation' (1988) 10 The Loyola of Los Angeles *International* and *Comparative Law Journal 569*, p. 574.

[33] المرجع السابق. وانظر أيضا:

Linda C. Reif, *op. cit.,* p. 22.

[34] محمود مختار بريري- التحكيم التجاري الدولي، الطبعة الثالثة، دار النهضة العربية 2004، ص 20.

[35] انظر:

Tobi P. Dress, *op. cit.*, p. 574.

[36] انظر:

See also Holly Streeter-Schaefer, *op. cit.*, 370.Tobi P. Dress, *op. cit.*, p.573.

[37] انظر:

Tobi P. Dress, *op. cit.*, p.573.

[38] د. مختار بريرى- مرجع سابق- ص 256.

[39] للمزيد من التفصيل عن المظاهر الإيجابية للتحكيم التجاري الدولي، انظر الدكتور محمد فهمي الجوهري - ملاحظات في التحكيم التجاري الدولي- بدون ناشر- 2000. ص 5 وما بعدها. انظر أيضًا الدكتورة سميحة القليوبي- الأسس القانونية للتحكيم التجاري وفقًا للقانون رقم 27 لسنة 1994- دار النهضة العربية- 2013- ص 5.

[40] انظر:

Linda C. Reif, *op. cit.*, p. 21. See also Holly Streeter-Schaefer, *op. cit.*, 370.

[41] انظر د. محمد الجوهري- مرجع سابق- ص 5-6.

وانظر أيضا:

Klaus Peter Berger, *op. cit.*, p. 296.

[42] انظر:

Holly Streeter-Schaefer, *op. cit.*, 370.

[43] انظر: مختار بريرى- المرجع السابق- ص 172 وما بعدها.

[44] المرجع السابق- ص 184 وما بعدها، مشيرا إلى أنه يجوز لأطراف التحكيم الاتفاق على استبعاد استلزام التسبيب وإعفاء المحكمين من بيان ما انتهوا إليه في حكمهم المنهي للخصومة. وهذا وفقًا للفقرة الثانية من المادة 43 من قانون التحكيم المصري رقم 27 لسنة 1994، والبند رقم (2) من المادة (31) من القانون رقم (2) لسنة 2017 بإصدار قانون التحكيم في المواد المدنية والتجارية القطري.

[45] انظر:

Gary Born, *International Commercial Arbitration, Volume 1*, (The Netherlands: Kluwer Law International, 2009) p. 225.

[46] المرجع السابق.

[47] المرجع السابق.

[48] المرجع السابق.

[49] هذا التعريف مشار اليه في مرجع الدكتور أحمد بن حمد الرزين، حوكمة الشركات المساهمة: دراسة فقهية، الناشر SABIC Chair for IFMS، 2012، ص 4.

[50] انظر: د. الصالحين محمد العيش، حوكمة الشركات بين القانون واللائحة، بحث منشور في المجلة الدولية للقانون، 2016، العدد 4، ص 3.

[51] انظر:

Cole, *op. cit.*, p. 3.

[52] انظر د. أحمد بن حمد الرزين، مرجع سابق، ص 5.

[53] قريب من هذا المعنى، انظر: د. الصالحين العيش، مرجع سابق، ص 4.

[54] انظر أيضا:

Joseph Lee, *op. cit.*, p. 88.

حيث يشير سيادته الى أن هدف حوكمة الشركات الحديثة هو توفير حماية للمستثمر بغرض زيادة الثقة في أسواق الأوراق المالية.

[55] انظر:

Angela Lu, 'Mediating of Corporate Governance Disputes' (2014) Vol. 69 (1) *Dispute Resolution Journal*, p. 4.

[56] انظر:

Cole, *op.cit.*, p. 3 *et seq.*

[57] تنص الفقرة (3) من المادة (97) من قانون الشركات التجارية القطري رقم (11) لسنة 2015، بعد تعديلها بالقانون رقم 8 لسنة 2021 بتعديل بعض أحكام قانون الشركات التجارية الصادر بالقانون رقم 11 لسنة 2015، "ويجب أن يكون ثلث أعضاء مجلس إدارة شركة المساهمة العامة من المستقلين...." وكانت الفقرة قبل تعديلها تنص على جواز أن يكون ثلث أعضاء مجلس الإدارة (للشركة المساهمة) من الأعضاء المستقلين ذوي الخبرة من غير المساهمين. ونشر هذا التعديل في الجريدة الرسمية، العدد رقم (10)، الصادر في 29 ذو الحجة سنة 1442 هـ، الموافق 8 أغسطس 2021.

[58] وفقا لنص المادة (107) من قانون الشركات التجارية القطري على أن "... يتمتع مجلس الإدارة بأوسع السلطات اللازمة للقيام بالأعمال التي يقتضيها غرض الشركة...."

[59] انظر:

Runesson and Guy, *op.cit.,*p. 15.

[60] انظر:

Angela Lu, *op. cit.*, p. 4.

[61] أنظر:

Runesson and Guy, *op.cit.,*p. 15.

[62] المرجع السابق. انظر أيضا:

Cole, *op. cit.*, p. 5.

يذكر المؤلف أمثلة أخرى لمواقف قد تؤدى الى خلافات داخل غرفة اجتماعات مجلس الإدارة كالفترة التالية لمرحلة الاستحواذ أو الاندماج، عدم الاتفاق أو عدم الرضاء حول مضمون وكيفية إدارة الاجتماعات، عدم تحقيق أرباح أو عدم معقوليتها بالمقارنة مع وضع الشركة في السوق، الأداء المتواضع من قبل مديري الشركة.

[63] انظر:

Runesson and Guy, *op.cit.,*p. 15.

[64] المرجع السابق، ذات الموضع.

[65] المرجع السابق. وأنظر أيضا:

Cole, *op. cit.*, p. 4.

ذاكرا أن دور الرئيس التنفيذي للشركة أو رئيس مجلس الإدارة هو منع تصاعد هذه الخلافات ومناقشاتها أو اذاعتها خارج غرفة اجتماعات مجلس الإدارة.

[66] انظر:

Runesson and Guy, *op.cit.,*p. 16.

[67] المرجع السابق، ذات الموضع.

[68] المرجع السابق. وانظر أيضا:

Cole, *op. cit.*, p. 6.

[69] انظر:

Runesson and Guy, *op.cit.,*p. 18.

[70] المرجع السابق. وانظر أيضا:

Cole, *op. cit.*, p. 6.

[71] انظر:

Angela Lu, *op. cit.*, p. 4.

[72] انظر:

Cole, *op. cit.*, p. 5.

ومن ضمن الأمثلة التي تعرض لها الباحث قضية HEWLETT-PACKARD.

[73] أنظر:

L. Bouchez and A. Karpf, *The OECD's Work Programme on Corporate Governance and Dispute Resolution*, p. 14 *et seq.* This reference is available at: https://www.oecd.org/daf/ca/corporategovernanceprinciples/38297148.pdf

أخر زيارة 10 أغسطس 2021.

[74] انظر:

Dnevnik, "Bulgaria Raps power distributors for dividend non-payment" August 9, 2007. This referenced was mentioned in Runesson and Guy, *op.cit.,*p. 20.

[75] أنظر:

L. Viegas, director of IBGC, Brazil, 2007. This referenced was mentioned in Runesson and Guy, *op.cit.,* p. 22.

[76] أنظر:

Runesson and Guy, *op.cit.,*p. 22.

[77] المرجع السابق.

[78] المرجع السابق.

[79] انظر:

Runesson and Guy, *op.cit.,*p. 27.

[80] المرجع السابق، ذات الموضع.

[81] المرجع السابق.

[82] للمزيد عن الوسائل المتاحة لإنفاذ الاتفاقات الناتجة عن الوساطة، أنظر بحثنا المعنون: "انفاذ اتفاقات التسوية الناتجة عن الوساطة: دراسة مقارنة" منشور في مجلة الحقوق التي تصدرها كلية الحقوق جامعة الإسكندرية، العدد (2) سنة 2014. وتجدر

الإشارة الى أنه في يناير 2018، أعتُمدت اتفاقية الأمم المتحدة بشأن اتفاقات التسوية الدولية المنبثقة من الوساطة، التي تُعرف أيضاً باسم "اتفاقية سنغافورة بشأن الوساطة." وقد تم فتح باب التوقيع عليها في 7 أغسطس 2019، ودخلت حيز النفاذ في 12 سبتمبر 2020. وتطبق الاتفاقية على اتفاقات التسوية الدولية المنبثقة من الوساطة ("اتفاقات التسوية"). وترسي الاتفاقية إطاراً قانونيًّا متجانساً بشأن الحقِّ في التمسك باتفاقات التسوية وكذلك بشأن إنفاذ تلك الاتفاقات. وتعتبر هذه الاتفاقية هي أداة لتيسير التجارة الدولية والترويج للوساطة باعتبارها طريقة بديلة وفعالة لتسوية المنازعات التجارية. ومن المتوقع منها، باعتبارها مستندا دوليا ملزما، أن تضفي اليقين والاستقرار على الإطار الدولي الخاص بالوساطة، مما يساهم في تحقيق أهداف التنمية المستدامة. انظر:

لجنة الأمم المتحدة للقانون التجاري الدولي، اتفاقية سنغافورة بشأن الوساطة، متاح على الموقع التالي على شبكة الانترنت:

https://uncitral.un.org/ar/texts/mediation/conventions/international_settlement_agreements

أخر زيارة 10 اغسطس، 2021. وانظر أيضا د. محمد سالم أبو الفرج، اتفاقية سنغافورة للوساطة ومنازعات الاستثمار الدولي: دراسة تحليلية للاتفاقية وتحديات الوساطة في منازعات الاستثمار، بحث منشور في "المجلة القانونية" التي تصدرها كلية الحقوق بجامعة القاهرة- فرع الخرطوم، العدد الثامن المجلد الأول، نوفمبر 2020.

[83] المرجع السابق. ومن أهم المواد التي تناولتها اتفاقية سنغافورا بشأن الوساطة، المادة الرابعة، حيث تتناول الإجراءات الشكلية التي يتعين على الطرف المتنازع اتِّباعها للاستناد إلى اتفاقات التسوية، وهي أن يقدِّم إلى السلطة المختصة اتفاق التسوية ممهوراً بتوقيع الأطراف وما يثبت انبثاقه من الوساطة. ويجوز للسلطة المختصة أن تطلب تقديم أيَّ مستند لازم للتحقُّق من استيفاء المقتضيات التي تنص عليها الاتفاقية. وأيضا المادة الخامسة والتي تتضمن الأسباب التي يمكن رفض انفاذ اتفاقات التسوية. فيجوز- على سبيل المثال- أن يتم رفض طلب الانفاذ إذا كان أحد أطراف التسوية ناقص الاهلية، إذا كان اتفاق التسوية غير قابل للإنفاذ أو باطل أو غير ساري المفعول، إذا كان اتفاق التسوية ليس ملزما أو ليس نهائيا أو قد تم تعديله لاحقا أو كان مخالفا للنظام العام أو أن موضوع المنازعة غير قابل للتسوية بطريق الوساطة. للمزيد من التفصيل، انظر المرجع السابق.

[84] انظر:

Cole, *op. cit.*, p. 15.

[85] المرجع السابق.

[86] المرجع السابق.

[87] المرجع السابق.

[88] المرجع السابق. ص 15-16.

مجلة المنار للدراسات والبحوث القانونية والسياسية
كلية الحقوق والعلوم السياسية بجامعة يحي فارس المدية
ISSN 2588-1671 / EISSN 2661-7811

المجلد: (05)العدد: (02) شهر:ديسمبر/ سنة: 2021

OPEN ACCESS

طبيعة الضرر وحدود التعويض في ضوء أحكام النقل الجوي الدولي للأشخاص:

دراسة في التشريع القطري والاتفاقيات الدولية

د.ياسين الشاذلي [1*] ، د. نزال الكسواني [2]

[1] جامعة قطر –كلية الحقوق (قطر) yassin_shazly@hotmail.com
[2] جامعة قطر –كلية الحقوق (قطر) nkisswani@qu.edu.qa

تاريخ الاستلام: 2020/02/15؛ تاريخ القبول: 2020/11/15

ملخص:

سعت الاتفاقيات الدولية المعنية بتوحيد بعض قواعد مسؤولية الناقل في عمليات النقل الجوي الدولي إلى إرساء التوازن بين النظم القانونية المختلفة، وذلك لضمان انضمام أكبر عدد من الدول إلى هذه الاتفاقيات، بغية تحقيق التوحيد الدولي لضمان ازدهار وتطور صناعة الطيران وعمليات النقل الجوي. وقد ترتب على هذا اللأمر، تخلي الاتفاقية عن نهج التوحيد التام، حيث أنها استخدمت العديد من المصطلحات دون أن تورد لها تعريفا مضبوطا ومحددا، تاركة المجال للتشريعات الوطنية لتحديد الإطار الملائم لتلك المفاهيم.

وقد نجم عن هذا التوجه اختلاف بين التشريعات الوطنية – وهو ما يخالف صراحة غايات التوحيد التي تهدف لها اتفاقيات النقل الجوي الدولي – خاصة في ضوء اختلاف اللغة التي صيغت بها هذه الاتفاقيات، و لعلّ من أبرز تلك الأمثلة؛ مصطلح الضرر الذي يلتزم فيه الناقل الجوي بتعويض المسافر في حالة الوفاة، أو الإصابة، أو أي أذى بدني آخر يُصيبه على متن الطائرة، أو أثناء عمليات الصعود والهبوط.

وسوف تعالج هذه الدراسة التفسيرات المختلفة لطبيعة الضرر، خاصة فيما يتعلق بإمكانية تعويض الراكب عن الأضرار المعنوية الناجمة عن الحادث الجوي. كما سنتناول بالبحث والتحليل، تجاوز حدود التعويض في حال الخطأ الإرادي للناقل أو أحد تابعيه، والذي استند إليه القضاء المقارن من أجل ضمان توفير الحماية الشاملة للمسافر عن كافة الأضرار التي قد تصيبه أثناء عمليات النقل الجوي الدولي، وهو ما يعتبر مسلكا متشددا اتجاه مبدأ تحديد مسؤولية الناقل الجوي.

الكلمات المفتاحية: الحادث الجوي، اتفاقية وارسو، اتفاقية مونتريال، الضرر النفسي، الخطأ الإرادي للناقل.

* المؤلف المرسل: الإيميل: yassin_shazly@hotmail.com

مقدمة:

تُعدّ مسألة تحديد مسؤولية الناقل الجوي من الأمور التي مهّدت إلى تطور صناعة الطيران[1]. ومن المفيد القول، إنّ الفقه في هذا السياق يتّجه إلى اعتبار عقد النقل من عقود الإذعان، ذلك أنّه عقد يتّصف بعدم تكافئ أطرافه ،إذ عادة ما يُعتبر فيه الناقل في مركز أقوى من الطرف الآخر. و لعلّ ما يُؤكّد صحة هذا المزعم، هو انفراد شركات النقل بتنظيم شروط العقد وأحكامه، في حين يقتصر دور المسافر على قبول هذه الشروط وأحكامها أو رفضها، خاصة أنّه عادة لا يعلم بشروط العقد إلاّ بعد استلامه لتذكرة السفر. وبالتالي، فإنّ قبوله لهذه الشروط يعتبر ضربًا من الإذعان. و بالإمكان القول أيضًا في ذات السياق الناظم، إنّ صور حماية المسافر باعتباره الطرف المذعن تتحدّد بأمرين،[2] هما: الأمر الأول: الحماية التشريعية، و التي تتمثّل من خلال وضع المشرع القطري لقيود تحدّ من تعسّف الناقل، عندما أشار في المادة 203 من قانون التجارة القطري إلى بطلان الشرط الذي يُعفي الناقل كليا أو جزئيا من المسؤولية عن الأضرار البدنية التي تصيب المسافر. كما نصت اتفاقية وارسو في المادة 23 على اعتبار كلّ شرط يقرر إعفاء الناقل، أو تخفيض التعويض عن الحد الأدنى، باطلا وكأن لم يكن.

الأمر الثاني:ا لحماية القضائية، وتتمثل أساسًا في جواز الحكم ببطلان الشروط التعسفية، أو التخفيف منها وذلك لمصلحة المسافر باعتباره الطرف المذعن. كذلك الحكم لمصلحة الطرف المذعن عند تفسير العبارات الغامضة في العقد؛ أي تفسيرها بصورة غير ضارة بمصلحة المسافر، وهذا ما أكدته المادة 107 من القانون المدني القطري رقم 22 لسنة 2004 على أنه " في عقود الإذعان يفسر الشك في مصلحة الطرف المذعن دائنًا كان أو مدينًا".

وقد استقر الفقه والقضاء على أنّ مسؤولية الناقل عن سلامة الراكب خلال عملية النقل تستند على العقد المبرم بينهما، وبالتالي تعتبر مسؤولية الناقل مسؤولية عقدية وليست تقصيرية. وعلى ذلك، يلتزم الناقل بسلامة الركاب أثناء عملية النقل وايصاله إلى النقطة المتفق عليها، فيعدّ حينها النقل سالما.

وقد اختلفت التشريعات في تحديد مصدر هذا الالتزام، فقد ذهب التشريع الفرنسي والقطري والمصري إلى اعتباره التزاما عقديا بتحقيق غاية، وبالتالي فإنّه يتحقّق بمجرد الإخلال به من طرف الناقل؛ أي أنّ الناقل يلتزم استنادا إلى المسؤولية العقدية، مادام أن الخطأ وقع من جانب الناقل. أما إذا أثبت الناقل أن الضرر الحاصل للمسافر كان نتيجة قوة قاهرة أو خطأ المسافر، فحينها يستطيع إعفاء نفسه من المسؤولية.أما في النظام الانجلو – أمريكي، فإنه يعتبر التزاما تقصيريا بوسيلة أو ببذل عناية، ويعتبر الناقل مسؤولا، في حال استطاع المسافر إثبات تقاعس الناقل في أخذ الحيطة والحذر في تنفيذ ما التزم به[3].

وقد نصت المادة 17 من معاهدة وارسو الدولية لتوحيد بعض قواعد النقل الجوي لعام 1929م، على مسؤولية الناقل عن أيّ ضرر يلحق الراكب في حالة الوفاة، أو الجرح، أو أي أذى بدني؛ سواء حدث الضرر على متن الطائرة أو أثناء عملية الصعود أو النزول من الطائرة. إذ أنّ تحديد فترة مسؤولية الناقل عن الضرر الذي يصيب المسافر تكون مرتبطة بزمانيّة وقوع الحادث المنشئ للضرر؛ سواء تمّ على متن الطائرة، أو أثناء عملية الصعود أو النزول. وبالتالي، فقد توسّعت الاتفاقية

في تحديد فترة المسؤولية وعدم اقتصارها على مرحلة وجود المسافر على متن الطائرة، بل شملت أيضا اتصال المسافر بالطائرة، وذلك أثناء عملية الصعود أو النزول، على اعتبار أنّ المسافر قد يتعرض للمخاطر أثناء هذه العمليات[4].

وتجدر الإشارة، إلى وُجود اختلاف حول المسؤولية بين الدول المشاركة في مؤتمر وارسو، حيث ذهبت الدول التي تتّبع النظام اللاتيني إلى اعتبار أنّ التزام الناقل هو التزام عقدي، وبالتالي لا يستطيع الناقل إعفاء نفسه من المسؤولية إلا إذا استطاع إثبات أنّ الضرر ناتج عن خطأ الراكب أو سبب أجنبي. في حين ذهبت الدول التي تتبع النظام الانجلو أمريكي إلى اعتبار أساسه أنّ التزام الناقل هو التزام بوسيلة، وبالتالي فإنه لا يعتبر مسؤولا عن الضرر الذي يصيب الراكب إلا استنادا إلى فكرة الخطأ التقصيري. وقد حرص مؤتمر وارسو على التوفيق بين النظامين، حيث اعتبرت الاتفاقية الناتجة عنه، أنّ التزام الناقل عن سلامة الراكب هو التزام بوسيلة، إلا أنها نقلت عبء الإثبات من الراكب إلى الناقل[5].

مشكلة البحث وأهميتها

نظرًا إلى اختلاف اللغة المستخدمة في صياغة اتفاقيات النقل الجوي الدولي، وعدم وضعها لتعريفات محدّدة، فقد قام جدل حقيقيّ بخصوص تحديد مفهوم الضرر الذي يُسأل عنه الناقل في حال وقوع الحادث الجوي، والذي قد ينجم عنه وفاة الراكب أو إصابته. ولعلّ السبب في ذلك، هو استخدام واضعي اتفاقية وارسو لمصطلح بالفرنسية؛ وهو **"lesion corporelle"** والذي تمّ ترجمته إلى اللغة الإنجليزية بمُصطلح " **bodily injury**" ، وهو الأمر الذي أدى إلى إثارة مدى مسؤولية الناقل عن تعويض الراكب عن الأضرار النفسية غير البدنية التي قد تصيبه.

وعلى الرغم من الأحكام التي أوردتها الاتفاقية بخصوص مسؤولية الناقل عن الضرر الذي يصيب الراكب من جراء عملية النقل الجوي، إلا أنّ البعض يذهب إلى أنّ هذه النظرية أغفلت تحديد المقصود بالضرر، وهل يقصد به الضرر الجسدي والضرر المعنوي الذي يلحق الراكب من جراء عملية النقل الجوي. وقد تباينت أحكام المحاكم حول التعويض عن الضرر، فذهب القضاء الألماني إلى عدم الحكم بأيّ تعويض عن الضرر المعنوي، باستثناء حالة الغش أو الخطأ الجسيم الصادر عن الناقل أو تابعيه. في حين استقر القضاء الأمريكي على الحكم بالتعويض عن الضرر المعنوي الناتج عن الصدمة العصبية التي قد تصيب الراكب نتيجة الإرهاب والتهديد، وحالة الرعب والقلق التي قد تصيب الراكب نتيجة احتجازهم كرهائن داخل الطائرة المختطفة[6].

كما تشدّد القضاء الأمريكي فيما يتعلق بطلبات التعويض المستحقة خاصة فيما يرتبط بالأضرار التي قد تصيب المسافر، وذلك نظرا لتذمر الفقه والقضاء الأمريكيين من مبدأ تحديد مسؤولية الناقل الجوي الذي وضعته اتفاقية وارسو لسنة 1929، وحافظت عليه اتفاقية مونتريال لعام 1999 بخصوص توحيد بعض قواعد مسؤولية الناقل الجوي. إنّ هذا الأمر دفع القضاء الأمريكي إلى التخلي عن مبدأ تحديد المسؤولية، والحكم على الناقل الجوي بكامل التعويض في حال ثبوت الخطأ الإرادي من قبله، أو عدم قيامه بتسليم تذكرة السفر إلى المسافر. ومن المفيد الإشارة في ذات السياق، أنّ خضوع النقل الجوي للاتفاقية التي تقرّ مبدأ تحديد مسؤولية الناقل الجوي، وذلك على سند أنّ مبدأ تحديد المسؤولية يتعارض مع المبادئ الدستورية الأمريكية التي تحافظ على كرامة الإنسان وآدميته[7]، وأيضا على التفرقة بين النقل الجوي الداخلي بالولايات المتحدة الأمريكية أو النقل الجوي الدولي غير الخاضع لاتفاقية تحديد المسؤولية الدولية، هما الحالتان اللتان لا يتقيّد فيهما القضاء الأمريكي بحدود المبالغ القصوى للتعويض، وذلك على خلاف النقل الجوي الخاضع لاتفاقية تحديد المسؤولية[8].

إنّ أهمية الإجابة عن هذه التساؤلات، تكمن في كونها المعيار الذي بمُوجبه يتمّ تحديد مقدار التعويض المنصوص عليه في ضوء تلك الاتفاقيات الدولية المعنية بتوحيد بعض قواعد النقل الجوي الدولي.

منهجية البحث

سوف نعتمد في هذا البحث على المنهج التحليلي، وذلك بغية رصد التطبيقات القضائية فيما يتعلق بطبيعة الضرر الموجب للمسؤولية للناقل الجوي الدولي في عمليات نقل الأشخاص. وسوف نتبع في هذا البحث كذلك المنهج الوصفي عند الحديث عن التشريع القطري وتنظيمه لمسألة التعويض وحدوده في حالات النقل الجوي الداخلي، مقارنة بما هو معتمد في الاتفاقيات الدولية المتعلقة بتوحيد بعض قواعد مسؤولية الناقل الجوي الدولي.

تقسيم

بما أنّ الضرر الذي يُصيب الراكب يخوله الحق في التعويض، إلاّ أنّ هذا التعويض مرتبط بمبدأ تحديد مسؤولية الناقل الجوي. وعلى ذلك، سنقوم بدءًا باستعراض النصوص القانونية المرتبطة بحدود التعويض عن الأضرار التي تصيب الراكب في كل من حالات الناقل الجوي الداخلي والدولي. أما المبحث الثاني، فسوف نخصّصه إلى بيان طبيعة الضرر الذي لم تعرفه الاتفاقيات الدولية المتتابعة.

المبحث الأول:

حدود التعويض عن الضرر في النقل الجوي الداخلي والدولي

سعت الاتفاقيات الدولية والتشريعات الوطنية إلى تحقيق ضرب من التوازن بين المسافر والناقل من أجل الحفاظ على حقوق المسافر من جهة، وضمان تقدم ضمان صناعة الطيران من جهة أخرى. وقد أقامت تلك التشريعات مسؤولية موضوعية على عاتق الناقل– اعتمادًا على نظرية تحمل التبعة– تجعله مسؤولاً طالما وقع ضرر للراكب نتيجة حادث وقع على متن الطائرة، أو أثناء عمليات الصعود والهبوط.إلاّ أنّ هذا النظام للمسؤولية يرتبط بحدود قصوى للتعريض لا يمكن تجاوزها، إلا إذا ارتكب الناقل أو تابعوه ما يعرف باسم الخطأ العمدي أو الإداري.

المطلب الأول: حدود التعويض في التشريع القطري

يُعتبر مبدأ تحديد المسؤولية من الأمور التي تساعد على حقوق الناقل والمسافر[9]. وقد حدّدت المادة 224 من قانون التجارة القطري الحدّ الأقصى للتعويض في حالات النقل الجوي الداخلي، حيث نص على أنه "لا يجوز في حالة النقل الجوي للأشخاص أن يجاوز التعويض الذي يحكم به على الناقل الجوي مبلغ مائة وخمسين ألف ريال، بالنسبة إلى كل راكب إلا إذا اتفق صراحة على تجاوز هذا المبلغ. وفي حالة نقل الأمتعة أو البضائع لا يتجاوز التعويض مبلغ مائة وخمسين ريالاً عن كل كيلو جرام، ومع ذلك إذا قدم المرسل عند تسليم الأمتعة أو البضائع إلى الناقل إقرارًا خاصًا بقيمتها أو أهميتها ودفع ما قد يطلبه الناقل من أجرة إضافية نظير ذلك، التزم الناقل بأداء التعويض بمقدار القيمة المبينة في الإقرار إلا إذا أثبت الناقل أن هذه القيمة تجاوز القيمة أو الأهمية الحقيقية للأمتعة أو البضائع. وفي حالة ضياع أو هلاك أو تلف جزء من طرد أو بعض محتوياته يحسب الحد الأقصى

للتعويض على أساس الوزن الإجمالي للطرد كله، ما لم يؤثر ذلك في قيمة طرود أخرى تشملها نفس الرسالة فيراعى أيضاً وزن هذه الطرود.

وبالنسبة إلى الأشياء الصغيرة الشخصية التي تبقى في حراسة الراكب أثناء **السفر، لا يجوز أن يزيد** التعويض الذي يحكم به لكل راكب عن تلك الأشياء على مبلغ ثلاثة آلاف ريال".[10]

والهدف من هذا النص، هو إقامة التوزان بين المسؤولية الموضوعية للناقل الجوي والتي تقوم على وقوع الضرر أثناء وجود الركاب في النطاق الزماني والمكاني للحادث الجوي، ومن ناحية أخرى حق الراكب أو المضرور في الحصول على تعويض مناسب.

أما المادة 225 من قانون التجارة القطري، فقد سلب حق الناقل في التمسك بالحد الأقصى للتعويض في حال ثبوت الخطأ المهني الجسيم سواء من الناقل أو أحد تابعيه، حيث نصت على أنه "لا يجوز للناقل الجوي أن يتمسك بالحدود القصوى للتعويض المنصوص عليها في المادة السابقة، إذا ثبت أن الضرر قد نشأ عن فعل أو امتناع من جانب الناقل أو تابعيه، وذلك إما بقصد إحداث ضرر، وإما برعونة مقرونة بإدراك احتمال حدوث ضرر، فإذا وقع الفعل أو الامتناع من جانب التابعين، فيجب أن يثبت أيضاً أنهم كانوا عندئذ في أثناء تأدية وظائفهم".[11]

وقد نصت المادة 226 من قانون التجارة القطري على أنه "إذا أقيمت دعوى التعويض على أحد تابعي الناقل، جاز له أن يتمسك بالحدود القصوى للتعويض المنصوص عليها في المادة (224) من هذا القانون، إذا أثبت أن الفعل الذي أحدث الضرر قد وقع منه أثناء وبسبب تأدية وظيفته. ويجب أن لا يتجاوز مجموع التعويض الذي يمكن الحصول عليه من الناقل وتابعيه معاً تلك الحدود. ومع ذلك لا يجوز لتابع الناقل أن يتمسك بالحدود القصوى للتعويض إذا ثبت أن الضرر ناشئ عن فعل أو امتناع من جانبه، وذلك إما بقصد إحداث ضرر، وإما برعونة مقرونة بإدراك احتمال حدوث ضرر".[12]

ومن أجل ضمان حماية الراكب، وتأكيد التزام الناقل بضمان سلامة الركاب، نصت المادة 227 من قانون التجارة القطري على أنه " يقع باطلاً كل شرط يقضي بإعفاء الناقل الجوي من المسئولية أو بتحديدها بأقل من الحدود القصوى للتعويض المنصوص عليها في المادة (224) من هذا القانون. ومع ذلك لا يشمل هذا البطلان الشرط الذي يقضي بإعفاء الناقل الجوي من المسئولية أو بتحديدها في حالة هلاك الشيء محل النقل أو تلفه بسبب طبيعته أو عيب ذاتي فيه".[13]

حصرت المادة 222 من قانون التجارة القطري الحالات التي يكون فيها للناقل الجوي – تحديدًا في حالات النقل الجوي الداخلي– الدفع بالإعفاء من المسؤولية، حيث نصت على أنه " 1– لا يجوز للناقل الجوي نفي مسئوليته إلا بإثبات القوة القاهرة أو العيب الذاتي في الشيء أو خطأ المرسل أو المرسل إليه أو الراكب. 2– وإذا أثبت الناقل أحد الأمور المذكورة في الفقرة السابقة، جاز للمدعي نفي هذا الإثبات بإقامة الدليل على أن الضرر لم يحدث بسبب هذا الأمر، أو أنه لم يكن السبب الوحيد في إحداث الضرر، وفي هذه الحالة الأخيرة يخفض التعويض بنسبة الضرر الذي ينسب إلى الأمر الذي أثبته الناقل الجوي".[14] ويتمّ تحديد القوة القاهرة وشروطها بالرجوع إلى التشريعات الوطنية[15].

وممّا سبق، يتضح لنا أنّ نص المادة سالفة الذكر لم تمنح الناقل الحق في الإعفاء من المسؤولية بخصوص حالات الوفاة أو الإصابة للراكب، إلاّ عن طريق إثبات القوة القاهرة أو خطأ الراكب. وتجدر الإشارة، إلى أنّ المشرع القطري لم يجعل من الأسباب السابقة قرينة قاطعة على إعفاء الناقل من المسؤولية، حيث أجاز للراكب إثبات عكس ذلك. وبمعنى آخر، يستطيع الراكب أن يدحض تمسك الناقل بالقوة القاهرة أو الخطأ الشخصي للراكب، حيث له أن يقيم الدليل على أن الضرر لم يحدث بسبب القوة

القاهرة أو انها لم تكن السبب الوحيد في إحداث الضرر، وفي هذه الحالة الأخيرة – وهو ما يعرف بالخطأ المشترك- يخفض التعويض بنسبة الضرر الذي ينسب إلى الأمر الذي أثبته الناقل الجوي.

وتجدر الإشارة، إلى أنّ تقادم دعوى المسؤولية هو تقادم قصير، حيث تنص المادة 230 من قانون التجارة القطري على ما يلي: "يسقط الحق في رفع دعوى المسئولية على الناقل الجوي بمرور سنتين من يوم بلوغ الطائرة جهة الوصول أو من اليوم الذي كان يجب أن تصل فيه، أو من يوم وقف النقل".[16]

كما نصت المادة 20 من اتفاقية وارسو على أنه: " 1- لا يكون الناقل مسئولا إذا أثبت أنه وتابعوه قد اتخذوا كل التدابير اللازمة لتفادي الضرر أو أنه كان من المستحيل عليهم اتخاذها.

2- ولا يكون الناقل مسئولا في حالة نقل البضائع والأمتعة إذا أثبت أن الضرر تولد من خطأ في الطيران أو قيادة الطائرة أو في الملاحة وأنه هو وتابعوه قد اتخذوا كل التدابير اللازمة من كافة الوجوه الأخرى لتفادي وقوع الضرر".

يتّضح من نص المادة السابقة، أنّ الناقل يُعفى من المسؤولية عن الضرر الذي يصيب الراكب إذا اتخذ الناقل وتابعوه جميع التدابير والاحتياطات لتحقيق سلامته. كما يُعفى الناقل وتابعوه من المسؤولية في حال استطاعتهم إثبات أنّ الضرر كان نتيجة لقوة قاهرة أو حادث فجائي لم يستطع الناقل تجنبه.[17]

المطلب الثاني: حدود التعويض في الاتفاقيات الدولية

وضعت اتفاقية وارسو[18] حدّا أقصى للتعويض، حيث نصت المادة 22 على أنه: " في حالة نقل الأشخاص تكون مسئولية

الناقل قبل كل راكب محدودة بمبلغ مقداره 125 ألف فرنك على أنه في الحالة التي يجيز فيها قانون المحكمة المعروض عليها النزاع أن يكون التعويض في صورة عائدات دورية (مرتب) فلا يجوز أن يزيد رأس المال عن الحد المذكور، ومع ذلك يجوز للراكب بناء على اتفاق خاص مع الناقل، أن يحدد المسئولية مبلغاً أكبر".

و يلاحظ، أنّ مبلغ الحد الأقصى الجديد المتفق عليه للتعويض في حال حدوث الضرر ليس مبلغا جزافيا، بحيث أنه يستحق بصورة تلقائية مهما كانت قيمة الضرر. وبمعنى آخر يلتزم الناقل إذا تجاوزت قيمة الضرر الذي لحق بالراكب مبلغ الحد الأقصى المقرر قانونا، فإنّ الناقل يلتزم بدفع إضافة إلى المبلغ المحدد قانونا، المبلغ المتبقي من قيمة الضرر الفعلي شريطة ألا يزيد المبلغان على الحد الأقصى الجديد الذي كان قد التزم به.[19]

وقد كانت هناك عدة محاولات لزيادة مبالغ التعويض نظرًا لتطور حركة الطيران، وزيادة معادلات الأمن والسلامة – خاصة بعد تهديد الولايات المتحدة بالانسحاب من اتفاقية وارسو[20]- حيث تمّ إبرام برتوكول لاهاي لعام 1955 والذي رفع الحد الأقصى للتعويض للمسافر المضرور أو ورثته لمبلغ 16600 دولار أمريكي، وقد أصبح هذا البرتوكول ساريا من أول أغسطس 1963. وفي عام 1966 نجحت المنظمة الدولية للطيران المدني(IATA) في عقد مؤتمر دولي في فبراير 1966 في مدينة مونتريال في كندا بحضور 59 دولة، وقد انبثق عن هذا المؤتمر اتفاق مونتريال المؤقت، والذي أقر نظرية المسؤولية الموضوعية للناقل الجوي بجعلها مسؤولية مطلقة بلا خطأ، مع استفادة الناقل بميزة تحديد المسؤولية. كما تمّ زيادة الحد الأقصى للتعويض الذي يستحقه المسافر في حالة الوفاة أو الضرر البدني إلى مبلغ 75 ألف دولار أمريكي. ومن هذا المنطلق تم اقتراح برتوكول جواتيمالا لاسيتي لعام 1971 بمبادرة أمريكية لإحداث تعديلات جديدة على اتفاقية وارسو، يقضي بإقرار فكرة التعويض

التكميلي الذي يستحق للمسافر في حدود 100 ألف دولار، إلا أن هذا البرتوكول لم يحقق نجاحا ملموسا نظرا لعدم تصديق الولايات المتحدة الأمريكية عليه.

وهذا ما دفع منظمة الايكاو في عام 1975 إلى اقتراح برتوكول مونتريال 3 الذي أقر احتساب التعويض وفق نظام حقوق السحب الخاصة، وهي عبارة عن وحدة حسابية يتمّ تقويمها على أساس اختيار عملات 16 دولة، ويقيم مسؤولية الناقل على أساس المسؤولية الموضوعية مع رفع الحد الأقصى للتعويض إلى 100 ألف وحدة سحب خاصة، وهو ما يوازي 117 ألف دولار أمريكي للمسافر الواحد في حالة الوفاة أو الضرر البدني، كما أجاز البرتوكول للدول الأعضاء نظام تعويض تكميلي في نطاق إقليمهم،

وقد نصت الفقرة 1 من المادة 21 من اتفاقية مونتريال[21] لعام 1999 على مسؤولية الناقل عن الأضرار التي تلحق بالراكب، حيث أنها لا تتجاوز 100000 وحدة حقوق سحب خاصة عن كل راكب، دون الحاجة لإثبات من قبل الناقل، إذ يكفي حدوث الضرر على متن الطائرة، أو أثناء ركوب الطائرة، أو النزول منها. ومن جهة أخرى، لا يكون الناقل مسؤولا عن الأضرار التي تتجاوز قيمتها 100000 وحدة حقوق سحب خاصة عن كل راكب، إذا أثبت ما يلي:

أ. أن الضرر لم ينشأ عن الإهمال أو الخطأ أو الامتناع من جانب الناقل، أو تابعيه، أو وكلائه.

ب. أن هذا الضرر نشأ فقط عن الإهمال أو الخطأ أو الامتناع من جانب الغير.[22]

وقد ألزمت اتفاقية مونتريال لعام 1999 التزام الناقل بالدفع في حال وقوع الضرر دون إبطاء، وقد أكدت ذلك المادة 28 من الاتفاقية سالفة الذكر، حيث ذكرت أنه " في حالة حوادث الطائرات التي ينتج عنها وفاة ركاب أو إصابتهم، على الناقل أن يدفع دون إبطاء، إذا كان ملزما بموجب قانونه الوطني مبالغ مسبقة إلى الشخص الطبيعي أو الأشخاص الطبيعيين الذين يحق لهم أن يطالبوا بالتعويض لتلبية احتياجاتهم الاقتصادية العاجلة. ولا تشكل هذه المبالغ اعترافا بالمسؤولية ويجوز حسمها من أي مبالغ يدفعها الناقل كتعويض في وقت لاحق".

كما نصت المادة 21 من اتفاقية مونتريال لعام 1999 على أنّ قيمة الأضرار التي تحدث نتيجة وفاة الراكب أو تعرضه لإصابة جسدية، يمكن تقسيمها إلى قسمين، يقوم كل منهما على أساس مختلف للمسؤولية[23]، حيث نصت المادة أعلاه على أنّ طرق دفع المسؤولية التي يستطيع الناقل التمسك بها، على النحو التالي:

الأضرار التي لا تتجاوز قيمتها 100 ألف وحدة حقوق سحب خاص عن كل راكب، تكون مسؤولية الناقل الجوي عنه مسؤولية موضوعية، بحيث يسأل الناقل عن هذه الأضرار مسؤولية مطلقة، ولا يجوز له أن يدفع مسؤوليته أو أنْ يحدّ منها. أما بالنسبة للأضرار الواردة في المادة 20، فيمكن للناقل دفع المسؤولية عنه في حال استطاع إثبات أنّ الضرر أو الإسهام في حدوثه، قد حصل نتيجة إهمال أو خطأ أو امتناع هذا الراكب. وتنطبق هذه المادة على جميع أحكام المسؤولية في هذه الاتفاقية، بما في ذلك الفقرة 1 من المادة 21.

أما الفقرة 2 من المادة 21 ، والتي حدّدت أنه في حالة تجاوز قيمة الأضرار 100 ألف وحدة حقوق سحب خاصة تكون المسؤولية مسؤولية شخصية، تقوم على أساس الخطأ المفترض من جانب الناقل. إلاّ أنّ الاتفاقية لا تشترط لإعفاء الناقل من المسؤولية أن يقيم الدليل– سواء هو أو تابعوه – بأنه قد اتخذ كافة التدابير المعقولة لتلافي وقوع الضرر، وإنما أجازت له دفع مسؤوليته بأحد الأسباب الآتية:

1-أن الضرر لم ينشأ عن الإهمال أو الخطأ أو الامتناع من جانب الناقل، أو تابعيه، أو وكلائه.
2- أن هذا الضرر نشأ فقط عن الإهمال أو الخطأ أو الامتناع من جانب الغير.

المبحث الثاني
طبيعة الضرر محل التعويض

حدّدت المادة 17 من اتفاقية وارسو حالات الضرر التي يشملها التعويض أثناء نقل الراكب، وهي الوفاة أو الجرح أو أيّ أذى بدني آخر يلحق الراكب. ويشترط أن يكون الضرر راجعا إلى سبب منشئ له، وهو ما أشارت له اتفاقية وارسو بالحادث؛ وهو ما يعني أن يكون الضرر الحاصل للمسافر ناتجا عن واقعة خارجية ومستقلة عنه، وفي نفس الوقت مرتبطة بالاستغلال الجوي. وبالتالي، يثور التساؤل حول ما إذا كان الضرر يشمل المسافر الذي يصاب بذبحة صدرية، أو الذي يتم الاعتداء عليه من قبل مسافر آخر[24].

وكما ذكرنا يوجد شرطان لاعتبار الناقل مُخلا بالتزامه بضمان سلامة الراكب، إلا أنّ هذه المسؤولية لا تقوم إلا في حالة وجود ضرر لحق بالراكب. ويلاحظ أنّ اتفاقية وارسو لم تحدّد ما هو المقصود بالضرر، وما هو نوعه، حتى يعتبر الناقل مسؤولا عنه، إلا أنّ الراجح هو تطبيق القوانين الوطنية في هذا الشأن[25]. ومن هذا المنطلق، توسّع القضاء الأمريكي في مفهوم الضرر محلّ المسؤولية.

المطلب الأول: التوسع في التعويض في نطاق المسؤولية الموضوعية للناقل

الفرع الأول:التعويض عن الأضرار النفسية

ذهب العديد من العلماء إلى تقسيم الضرر النفسي وفقا للتصنيف الصادر من منظمة الصحة العالمية (WHO) ، بالإضافة إلى تصنيف الجمعية الأمريكية للطب النفسي. وتقوم هذه التصنيفات على التمييز بين الاضطرابات العصبية والتخلف العقلي. وتعدّ أكثر الاضطرابات النفسية التي تؤثر على المسافر أثناء ركوبه الطائرة، هي تلك الاضطرابات الحاصلة بعد الصدمة جرّاء الحوادث الجسيمة والفجائية.

وينشأ هذا الاضطراب النفسي نتيجة وقوع حادث يُعرّض حياة الشخص إلى الهلاك أو الأذى الجسيم، مما يؤدي إلى عدم قدرة الشخص على التحمل. وينتج عن هذه الاضطرابات العديد من السلوكيات التي قد تؤثر بالسلب على حياة الأشخاص كالاكتئاب بأنواعه، والاضطرابات الذهنية والشخصية والجسدية. ويمكن القول، إنّ اضطرابات ما بعد الصدمة لها تأثيرات سلبية على المسافر الذي يصاب بها، حيث أنّها تجعله غير قادر على التعامل مع الآخرين، ومن ثمّ عدم رغبته في الانخراط في المجتمع الذي يعيش فيه . ويرى البعض الآخر أنّ تحديد مفهوم الضرر في ضوء اتفاقيات النقل الجوي، لابدّ أن يكون وفقًا للتشريعات الوطنية.

كما أنّ هناك نوع آخر من الأضرار التي قد تصيب المريض النفسي، ومنها الأضرار الجسدية والنفسية. ويرى بعض العلماء أنّ الاضطرابات الجسدية التي ينتج عنها أمراض نفسية لها تأثير على العقل. أما بالنسبة للأضرار المالية، فإنّها تتمثّل أساسًا في تكلفة العلاج من هذه الأمراض .

إنّ مسؤولية الناقل الدولي عن الأضرار النفسية التي قد تصيب الراكب أساسها طبيعة جسامة الأخطار التي يُحدثها النقل الجوي، علاوة على فداحة الأضرار التي تُصيب الركاب أثناء حصول حوادث أثناء عملية النقل.

و من المفيد الإشارة، إلى أنّ الدول حاولت التصدي إلى هذه الصعوبات، من خلال إبرام الاتفاقيات الدولية، مثل اتفاقية وارسو لعام 1929، واتفاقية مونتريال لعام 1999.

أما بخصوص الإرهاب ضد الطائرات، فقد سعت الدول إلى إبرام الاتفاقيات الدولية لقمع هذا العنف، منها اتفاقية لاهاي لعام 1970 المتعلقة بقمع الاستيلاء غير المشروع على الطائرات، واتفاقية مونتريال الخاصة بقمع الأفعال غير المشروعة الموجهة ضد أمن الطيران المدني.

ويثور التساؤل عن مدى نص الاتفاقيات الدولية على قواعد قانونية خاصة بمسؤولية الناقل الجوي عن الأضرار النفسية والجسدية التي قد تصيب الركاب أثناء النقل الجوي. وقد اختلفت الآراء في هذه المسألة، فذهب البعض إلى عدم إلزام الناقل الجوي الدولي بتعويض الأضرار النفسية، استنادا إلى ما ورد من ألفاظ وعبارات في نص المادة 17 من اتفاقية وارسو، والتي اعتبرت أنّ الناقل الجوي الدولي مسؤول عن الأضرار الجسدية، حيث نصت على أن الناقل يسأل "في حالة وفاة أو جرح أو أي أذى بدني آخر" . وبالتالي، فإنّ الناقل الجوي لا يُسأل إلا عن الضرر الجسدي دون النفسي. كما يؤكد أصحاب هذا الرأي ذلك، من خلال المقارنة بين ما ورد من ألفاظ وعبارات في المادة 17، وما جاء بالفقرة 1 من المادة 2 من اتفاقية برن المنظمة للمسؤولية في النقل الدولي بالسكك الحديدية، التي نصت صراحة على تعويض الناقل للركاب عن الضرر الجسدي والنفسي الذي قد يُصيبهم في صورة وقوع حادث. في حين نصت اتفاقية وارسو على الضرر البدني دون النفسي، ممّا يعني عدم شمول الضرر النفسي بالتعويض .

أما الاتجاه الثاني، فقد ذهب إلى القول بضرورة التزام الناقل الجوي الدولي بتعويض الأضرار النفسية، من خلال تقديم تفسير أوسع لعبارة الضرر الواردة في المادة 17 من اتفاقية وارسو. حيث اعتبر أصحاب هذا الرأي، أن الضرر لا ينصرف إلى الضرر البدني، وإنما ينصرف أيضا إلى الضرر النفسي. كما ذهب أصحاب هذا الاتجاه أيضا، إلى أنّ المقصود من عبارة الضرر التي تضمنتها المادة 17 من اتفاقية وارسو، يُقصد بها في الفقه الفرنسي ذلك الضرر الذي يلحق شخص المصاب، و هو ضرر نفسي، إلى جانب الضرر الجسدي .

الفرع الثاني: التعويض عن الحادث الإرهابي

لقد شاع مؤخرًا استخدام الطائرات في تنفيذ الأعمال الإرهابية، بما يهدّد سلامة الركاب وانتظام حركة الطيران[26]. ومن المعلوم، أنه لا يوجد اتفاق دولي موحّد حول مفهوم الإرهاب ، حيث أنّ هذا الأمر تتنازعه التجاذبات السياسية والصرعات الفكرية والمذهبية. ولقد كانت أولى تلك المحاولات، هي محاول عصبة الأمم في عام 1934 عند مُناقشة مشروع اتفاقية لمنع الإرهاب والمعاقبة عليه. وعلى الرغم من أنّ هذه الاتفاقية اعتمدت في نهاية المطاف عام 1937، فإنها لم تدخل حيز النفاذ حتى اليوم[27].

ولقد عرّفت الاتفاقية العربية لمكافحة الإرهاب لعام 1998[28] الجريمة الإرهابية بأنها: " أي جريمة أو شروع فيها ترتكب تنفيذا لغرض إرهابي في أي من الدول المتعاقدة أو على رعاياها أو ممتلكاتها أو مصالحها يعاقب عليها قانونها الداخلي". أما المادة (2) من ذات الاتفاقية فقد استبعدت من تعريف الجريمة الإرهابية، التالي: "

أ – لا تعد جريمة حالات الكفاح بمختلف الوسائل، بما في ذلك الكفاح المسلح ضد الاحتلال الأجنبي والعدوان من أجل التحرر وتقرير المصير وفقا لمبادئ القانون الدولي، ولا يعتبر من هذه الحالات كل عمل يمس الوحدة الترابية لأي من الدول العربية. ب – لا تعد أي من الجرائم الإرهابية المشار إليها في المادة السابقة من الجرائم السياسية."

أما اتفاقية دول مجلس التعاون لدول الخليج العربية لمكافحة الإرهاب لعام 2004، فقد عرّفت الفقرة (2) من المادة الأولى منها، الإرهاب بأنّه: "كل فعل من أفعال العنف أو التهديد به، أياً كانت بواعثه أو أغراضه، يقع تنفيذًا لمشروع إجرامي فردي أو جماعي، ويهدف إلى إلقاء الرعب بين الناس أو ترويعهم بإيذائهم أو تعريض حياتهم أو حريتهم أو أمنهم للخطر، أو إلحاق الضرر بالبيئة أو بأحد المرافق أو الممتلكات العامة أو الخاصة أو احتلالها أو الاستيلاء عليها، أو تعريض أحد الموارد الوطنية للخطر". أما الجريمة الإرهابية، فقد عرفتها في المادة الأولى بأنها " هي أي جريمة أو شروع فيها ترتكب تنفيذاً لغرض إرهابي في أي دولة متعاقدة أو على ممتلكاتها أو مصالحها أو على رعاياها أو ممتلكاتهم يعاقب عليها قانونها الداخلي، وكذلك التحريض على الجرائم الإرهابية أو الإشادة بها ونشر أو طبع أو إعداد محررات أو مطبوعات أو تسجيلات أيا كان نوعها للتوزيع أو لاطلاع الغير عليها بهدف تشجيع ارتكاب تلك الجرائم. ويعد جريمة إرهابية تقديم أو جمع الأموال أيا كان نوعها لتمويل الجرائم الإرهابية مع العلم بذلك".

وعلى صعيد التشريع القطري الداخلي، عرفت الفقرة (2) من المادة الأولى من **المرسوم بقانون رقم (11) لسنة 2017 بتعديل بعض أحكام القانون رقم (3) لسنة 2004 بشأن مكافحة الإرهاب**، العمل الإرهابي بأنه: "كل استعمال للقوة أو العنف أو التهديد أو الترويع في الداخل أو الخارج، بغرض تعطيل أحكام الدستور أو القانون أو الإخلال بالنظام العام أو تعريض سلامة المجتمع وأمنه للخطر أو الإضرار بالوحدة الوطنية، إذا أدى ذلك أو كان من شأنه أن يؤدي، إلى إيذاء الناس أو تسبيب الرعب لهم أو تعريض حياتهم أو حرياتهم أو أمنهم للخطر، أو إلحاق الضرر بالبيئة، أو الصحة العامة، أو الاقتصاد الوطني، أو المرافق أو المنشآت أو الممتلكات العامة أو الخاصة أو الاستيلاء عليها أو عرقلة أدائها لأعمالها، أو منع أو عرقلة السلطات العامة عن ممارسة أعمالها أو وفقاً للمعاهدات والاتفاقيات التي صادقت عليها الدولة". أما الجريمة الإرهابية، فقد عرفتها الفقرة (1) من ذات المادة، بأنها: "كل جريمة منصوص عليها في هذا القانون وكل جناية منصوص عليها في قانون العقوبات أو في أي قانون آخر، ترتكب باستخدام إحدى وسائل الإرهاب أو بقصد تحقيق أو تنفيذ عمل إرهابي أو بقصد الدعوة إلى ارتكاب أي جريمة مما تقدم أو التهديد بها".

كما أورد المشرع القطري في الفقرة (3) من المادة الأولى من القانون سالف الذكر **تعريف الإرهابي**[29]، بكونه " 3- الإرهابي: كل شخص طبيعي ارتكب أو شرع في ارتكاب أو حرض أو هدد أو خطط في الداخل أو الخارج لجريمة إرهابية، بأية وسيلة كانت، بشكل منفرد أو ساهم فيها في إطار مشروع إجرامي مشترك، أو سهل سفر أفراد إلى دولة أخرى بغرض ارتكاب أعمال إرهابية، أو تدبيرها، أو الإعداد لها، أو المشاركة فيها، أو توفير تدريب على أعمال الإرهاب، أو تلقي ذلك التدريب، أو تولي قيادة أو زعامة أو إدارة أو إنشاء أو تأسيس أو الاشتراك في عضوية أي من الكيانات الإرهابية، أو قام بتمويلها، أو ساهم في نشاطها مع علمه بذلك".

ولقد انضمت دولة قطر إلى العديد من الاتفاقيات الدولية في مجال مكافحة الإرهاب في الطيران المدني[30]، ومنها:
معاهدة طوكيو 1963 بشأن الجرائم والأفعال الأخرى التي ترتكب على متن الطائرات (الانضمام في 1981/9/20) .
اتفاقية لاهاي 1970 بشان قمع الاستيلاء غير المشروع على الطائرات (الانضمام في 1981/11/19م)
اتفاقية المدني مونتريال 1971 لقمع الأفعال غير المشروعة الموجهة ضد سلامة الطيران (الانضمام من 1981/11/19م).

ولقد انقسم القضاء الأمريكي- والذي تعرض بالتفصيل لمسألة تعويض الأضرار النفسية لحوادث الإرهاب بالطيران- حول مسألة التعويض عن الأضرار الناجمة عن الأعمال الإرهابية التي تتم باستخدام الطائرات؛ حيث ذهب فريق إلى جواز تعويض الأضرار النفسية استقلالا عن الضرر البدني. أما الفريق الآخر، فلم يجز إلا تعويض الضرر النفسي المرتبط بالضرر البدني[31].

كما سعى الفقه الأمريكي إلى الاستناد على فكرة الخطأ الإرادي، لتشديد مسؤولية الناقل الجوي عن الأضرار الناجمة للمسافرين عن الحوادث الإرهابية في حالة إدراكه احتمال وقوعها و عدم اتّخاذه التدابير اللازمة لمنعها، أو في حالة إدراكه احتمال وقوع الحادث الإرهابي واتخاذه الوسائل اللازمة لمنعه دون تحذير المسافرين بما بلغه من معلومات عن هذا العمل الإرهابي. وقد اختلف الفقه الأمريكي حول ما يتعلق بالأساس القانوني بالتزام الناقل الجوي بتحذير المسافرين عن الحادث الإرهابي، فمنهم من أسّس ذلك بناء على الالتزام بأقصى درجات العنايةThe highest degree of due care،أو حقّ المسافر في تقرير مصيره Self determination ،أو على العلاقة الخاصة التي تربط المسافر بالناقل الجوي. إلاّ أنّ كل تلك النظريات تصطدم باختصاصات مكتب الطيران الفيدراليFAAالمعني وفقا لقانون النقل الجوي Air Transportation Security Actبتجميع المعلومات عن الإرهابيين عن طريق الأجهزة الاستخباراتية المختلفة في الدول المختلفة، وإصدار النشرة الأمنية التي توزع على الشركات الأجنبية وشركات الطيران، وهو ما يعكس سياسة الحكومة الأمريكية التي لا تعتمد الإخطار المباشر للمسافر بوجود تهديدات إرهابية[32].

المطلب الثاني: التوسع في التعويض عن الأضرار في حالة الخطأ الإرادي

أجازت المادة 25 من اتفاقية وارسو التجاوز عن مبدأ تحديد مسؤولية الناقل وفقا للحدود القصوى للتعويض وفق المادة 22 في حال إثبات المضرور الخطأ الإرادي للناقل الجوي، أو أحد تابعيه. و لعلّ ذلك ما سمح للقضاء الأمريكي بتوسيع تفسير الخطأ الإرادي[33]WillfulL Misconduct من أجل تشديد مسؤولية الناقل الجوي، وإقرار التعويض الكامل للمسافر المضرور في حالة الوفاة أو الإصابة البدنية، حيث عرفه الفقه معتمدا على ثلاثة عناصر أساسية: فعل أو امتناع عن فعل من شأنه إلحاق ضرر للغير، وأن يشكل هذا الفعل خطأ طبقا للظروف المحيطة بالسلوك، وأخيرا العلم بأن السلوك يشكل خطأ ما.

ومن هذا المنطلق، تعدّد تصور السلوك الذي يشكل خطأ إراديا ليشمل الحالات التي يرتكب فيها الناقل الجوي فعلا، أو يمتنع عن اتخاذ إجراء معين، مع عدم الاكتراث(Reckless disregard) بالنتائج المترتبة عن ذلك. وهذه الصورة تشكّل تشددا حقيقيا تجاه الناقل الجوي، ذلك أنّ عدم الاكتراث كأحد صور الخطأ الإرادي لا تتطلب العلم الحقيقي أو الفعلي بأنّ فعله

أو امتناعه قد يؤديان إلى حصول أضرار للمسافر، ودون أن ينطوي هذا الفعل أو الامتناع على قصد الإضرار (Malicious intent) .

وقد اعتمد القضاء الأمريكي معيارا موضوعيًا، قوامه العلم المفترض من جانب الناقل الجوي أو أحد تابعيه فيما يتعلق بتقدير عدم الاكتراث؛ بمعنى أنّ الشخص في نفس ظروفه ومهنته كان عليه الإدراك بأنّ الفعل أو الامتناع عن الفعل قد يلحق أضرارا بالغير. وقد اعتمد القضاء الأمريكي على فكرة الخطأ الإرادي لتوسيع الأضرار التي يجب على الناقل الجوي تعويض المسافر عنها تعويضا شاملا، دون الالتزام بالحدود القصوى للتعويض[34].

الخاتمة:

اتضح لنا من خلال هذا البحث اختلاف اللغة المستخدمة في صياغة اتفاقيات النقل الجوي الدولي، وعدم وضعها لتعريفات محدّدة، وهو أمرٌ ناجم عن استخدام واضعي اتفاقية وارسو لمصطلح بالفرنسية وهو "lesion corporelle" والذي تمّ ترجمته إلى اللغة الإنجليزية بمُصطلح " bodily injury" . إنّ هذا الأمر، أدّى لزامًا إلى إثارة مدى مسؤولية الناقل عن تعويض الراكب عن الأضرار النفسية غير البدنية التي قد تصيبه. أما اتفاقية مونتريال لعام 1999 فلم تضع هي أيضا تعريفا واضحا للضرر الذي يصيب الراكب وفقا للمادة 17 من الاتفاقية. ولقد مهّد هذا الاختلاف في لغة المصطلحات، أن يجتهد القضاء المقارن في توفير حماية أشمل للراكب المسافر في الحالات التي يكون فيها الضرر النفسي مرتبطا بأذى بدني أصابه في الإطار الزمني والمكاني لمسؤولية الناقل الجوي الدولي للأشخاص.

كما سعى القضاء الأمريكي بحُكم اختلاف مفهوم الخطأ الإرادي عن النظم اللاتينية، التوسع من مظلة الحماية القانونية لتعويض الراكب عن الأضرار التي قد تصيبه ليشمل حالات الإهمال من الناقل الجوي أو أحد تابعيه، وتكون حدود التعويض القصوى – وفقا لمبدأ تحديد مسؤولية الناقل – غير ملائمة لإزالة ما وقع عليه من أضرار، مقارنة بالتعويضات المقررة في القضاء الأمريكي في حالات النقل الجوي الداخلي، أو حالات النقل الجوي الدولي غير الخاضع للاتفاقيات الدولية.

ونحن نناشد المشرع القطري بتبنّي مفهوم حديث للحادث الجوي، ليشمل أيّ حادث فجائي أو غير متوقع يسبّب تهديدا لسلامة الطائرة أو لأيّ من المسافرين، دون أن يقتصر فقط على الأضرار الناجمة عن الاستغلال المباشر للطائرة. كما ندعو القضاء القطري الأخذ بالاتجاه الذي يذهب إلى إقرار التزام الناقل الجوي الدولي بتعويض الأضرار النفسية التي تلحق بشخص المصاب من جراء الضرر الجسدي، وذلك من خلال تبني تفسير موسّع لعبارة الضرر الواردة في المادة 17 من اتفاقية وارسو ومونتريال.

وأخيراً، نوصي بانضمام دولة قطر لاتفاقية بكين لعام 2010 لقمع الأفعال غير المشروعة المتعلقة بالطيران المدني الدولي، والبروتوكول المكمل لاتفاقية قمع الاستيلاء غير المشروع على الطائرات لعام 2010، وذلك بغية توفير أعلى درجات الحماية القانونية للراكب المسافر ضد أخطار الاستخدام غير المشروع للطائرات.

قائمة المراجع

المراجع العربية :

المستشار إبراهيم سيد أحمد، النقل الجوي، المكتب الجامعي الحديث، 2010 الطبعة الأولى<

أ.د أبو زيد رضوان، القانون الجوي – قانون الطيران التجاري، دار الفكر العربي، بدون تاريخ

أ.د أبو زيد رضوان، تطور طبيعة ومدى مسؤولية الناقل الجوي الدولي للأشخاص ونظم التامين عليها، مجلة العلوم القانونية والاقتصادية، كلية الحقوق – جامعة عين شمس، يناير 1974.

أ.د أكرم ياملكي، القانون الجوي: دراسة مقارنة، مكتبة دار الثقافة للنشر والتوزيع،1998.

أ.د إلياس حداد، القانون الجوي، منشورات جامعة دمشق –كلية الحقوق، 2005.

أماني أحمد عبد الله موسى، تطور طرق دفع مسؤولية الناقل الجوي ما بين اتفاقية وارسو 1929م واتفاقية مونتريال 1999م ، مجلة العدل – العدد 43، 2014.

أ.د جلال الدين وفاء محمدين، تشديد مسؤولية الناقل الجوي عن الأضرار الحاصلة للمسافرين: دراسة في القضاء الأمريكي، مجلة كلية الحقوق للبحوث القانونية والاقتصادية، 1992.

د. علاء التميمي، مدى مسؤولية الناقل الجوي عن أضرار الإرهاب : طبقا لأحداث الاتفاقيات الدولية الخاصة بنقل الأشخاص، 2015، مج 39 , ع1.

أ.د فريد العريني– أ.د محمد الفقي، قانون النقل الجوي، منشورات الحلبي الحقوقية، 2011.

أ.د محمد فريد العريني، القانون الجوي " النقل الجوي" الدار الجامعية للطباعة و النشر، بيروت، 1980 .

أ.د مراد منير فهيم، خضوع النقل الجوي الداخلي لنظام اتفاقية وارسو للنقل الدولي، منشأة المعارف بالإسكندرية، 1986.

أ.د مصطفى البنداري، الموجز في القانون الجوي، دار النهضة العربية، القاهرة، 2000.

أ.د. محمد فريد العريني، القانون الجوي (النقل الجوي الداخلي والدولي)، دار الجامعة ، 2004 .

القوانين :

مرسوم سلطاني رقم 55 لسنة 1990 بشأن إصدار قانون التجارة .

مرسوم بقانون رقم 68 لسنة 1980 بشأن إصدار قانون التجارة الكويتي.

قانون اتحادي رقم 18 لسنة 1993 بشأن إصدار قانون المعاملات التجارية دولة الامارات العربية

قانون رقم 17 لسنة 1999 بشأن إصدار قانون التجارة المصري.

قانون رقم 23 لسنة 2010 بشأن النشاط التجاري الليبي.

مرسوم بقانون رقم 68 لسنة 1980 بشأن إصدار قانون التجارة الكويتي. (القانون التجاري)

قانون رقم 32 لسنة 1991 بشأن القانون التجاري اليمني.

الاتفاقيات الدولية:

بروتوكول لاهاي 1955

اتفاق مونتريال المؤقت لعام 1966

اتفاقية وارسو لعام 1929

اتفاقية مونتريال في عام 1999.

احكام قضائية أجنبية :

In re Aircrash in Bali, Indonesia 684 F. 2d 1301 (19th Cir. 1982)

American Airlines, Inc. v. Ulen, 186 F.2d 529 (D.C. Cir. 1949)

Koninkijke V. Tuller 292 F.2d 775 (D.C. Cir. 1961)

NazirTarar V. Pakistan International Air Lines 554 F. Supp. 471 (S.D. Tex. 1982)

المواقع الالكترونية :

الصكوك الدولية لمكافحة الإرهاب

https://www.un.org/counterterrorism/ctitf/ar/international-legal-instruments

[1] اللجنة الوطنية لمكافحة الإرهاب – وزارة الداخلية ، دولة قطر

https://portal.moi.gov.qa/wps/portal/NCTC/Home/!ut/p/a1/dY_LbsIwFES_xtvcyyOBdsc7AgoKigR4ExnpxrEIdrDdVOrX16B2UQGzm9GRjgY4HIBr0SopvDJa1LfOkyJO17NFf4Wb4XwZY7bN1tP0LevhNoE98P_IYpCPA9JN82SXdhE7vwC-yAhhCVzW5nTXHUf61BtK4JZKsmSjTxvmyvvGvTNk2BjrRR1djIqkaaOrYPjVuL-d4WaSTxhSWYbuClEpaulC2gfEWwq3yBXGSqGF-r6fdM-klXEeDg8uaM7n8sPHxx9ufI5q/dl5/d5/L2dBISEvZ0FBIS9nQSEh/

الهوامش :

1ظهرت فكرة الطيران منذ أقدم الأزل، حيث حاول العديد من الأشخاص القيام بالطيران منهم ديدال وابنه ايكاروس اللذان حاولا القيام بعملية الطيران من خلال تثبيت أجنحة اصطناعية من ريش الطير وألصقاها بعسل النحل إلا أن المحاولة فشلت وسقط ايكاروس في بحر ايجه وغرق.

إلا أن أولى المحاولات التي تمت من خلال دراسة جادة وعلمية كانت من قبل العالم العربي بن فرناس الذي قام بدراسة عن الطيران وبعد ذلك قام بوضع الريش على جسمه واصطنع له جناحين استطاع من خلالهما الطيران لمسافة إلا أنه سقط على الأرض.

وفي نهاية القرن العاشر الميلادي ظهرت محاولة جديدة للطيران عن طريق الإنجليزي اوليفيه مالمسبوري إلا أنه سقط وكسرت ساقاه. وفي القرن الثالث عشر قام روجرب يكونفي استخدام الطيران الآلي، وكان ذلك نقطة تحول عندما قام الإيطالي دافتشي بوضع رسمة توضيحية تبين كيفية تحرك الآلة في الهواء باستخدام قوة عضلات الطيار التي تنتقل للأجنحة عن طريق بكرات وحبال، والذي يعود الفضل له في فكرة الهليكوبتر.

وفي القرن السابع عشر وبداية القرن الثامن عشر فشلت الكثير من المحاولات للطيران، إلا أن تصميم الإنسان على قهر الطبيعة قام الأخوة جوزيف و ايتانفي بأول محاولة جدية للطيران عن طريق بالون مملوء بالهواء، ثم قام الإنجليزي لوناردى بمحاولة ناجحة استغرقت منه ساعتين على متن بالون مونج ولفييه. ويرجع ظهور الماكينة واستخدامها في الطيران إلى الإنجليزي سيرجور جكايلي ومن بعده صمويل في القرن التاسع عشر وذلك عن طريق جهاز أثقل من الهواء بقوة الدفع الموتورية . انظر الدكتور أبو زيد رضوان، القانون الجوي – قانون الطيران التجاري، دار الفكر العربي، بدون تاريخ، ص 3 – 6 (المقدمة)

2أ.د مصطفى البنداري، الموجز في القانون الجوي، دار النهضة العربية، القاهرة، 2000،ص 344 – 346.

3أ.د محمد فريد العريني، القانون الجوي " النقل الجوي" الدار الجامعية للطباعة و النشر، بيروت، 1980 ،ص 96 – 102.

4أ.د مراد منير فهيم، خضوع النقل الجوي الداخلي لنظام اتفاقية وارسو للنقل الدولي، منشأة المعارف بالإسكندرية، 1986،ص 42 – 47.

5أ.د أكرم ياملكي، القانون الجوي: دراسة مقارنة، مكتبة دار الثقافة للنشر والتوزيع،1998 ،ص 119- 123.

6أ.د أكرم ياملكي، القانون الجوي: دراسة مقارنة، مكتبة دار الثقافة للنشر والتوزيع،1998 ،ص 119- 123.

7أ.د أبو زيد رضوان، تطور طبيعة ومدى مسؤولية الناقل الجوي الدولي للأشخاص ونظم التامين عليها، مجلة العلوم القانونية والاقتصادية، كلية الحقوق – جامعة عين شمس، يناير 1974، ص 14 بند 20.

8أ. د جلال الدين وفاء محمدين، تشديد مسؤولية الناقل الجوي عن الأضرار الحاصلة للمسافرين: دراسة في القضاء الأمريكي، مجلة كلية الحقوق للبحوث القانونية والاقتصادية، 1992، ص 329 وما بعدها. ويشير المؤلف إلى مثال دأب الفقه الأمريكي على ذكره لتوضيح أثر التفرقة بين المسافرين الخاضعة رحلاتهم الجوية لاتفاقية وارسو، وبين هؤلاء اللذين لا يخضعون للاتفاقية سالفة الذكر: فعلى فرض أن هناك راكبين على متن نفس الطائرة واتحدت نقطتي قدومهما وذهابهما ، كأن يكونا مسافرين من دلاس إلى هيوستن داخل ولاية تكساس الأمريكية، وكانت تذكرة أحدهما تنص على وجود ميناء رسو جوي في دولة المكسيك، والآخر كانت تذكرته لا تنص على ذلك، فإذا وقع حادث لهذه الطائرة بعد إقلاعها من مدينة دلاس فإنّ الراكب الأول لا يستحق هو وورثته مبلغ

تعويض 8300 كحد أقصى وهو (ما يعادل مبلغ 120 ألف فرانك والذي أقرته المادة 22 من اتفاقية وارسو تطبيقا لمبدأ تحديد مسؤولية الناقل الجوي)، بينما يحصل الراكب الآخر على مبلغ تعويضي يفوق ذلك بكثير سواء كانت الأضرار الحاصلة له مساوية أو حتى أقل من تلك الأضرار التي أصابت المسافر الأول.

9ولعل من أهم القضايا التي أثيرت فيها مسألة دستورية اتفاقية وارسو هي قضية In re Aircrash in Bali, Indonesia 684 F. 2d 1301 (19th Cir. 1982)والتي أثير فيها الدفع بعدم دستورية مبدأ تحديد مسؤولية الناقل نظرا لمخالفته لمبدأ المساواة بين الأشخاص في الحماية وذلك للتفرقة في مبالغ التعويض بين المسافرين على الخطوط الداخلية والخطوط الدولية، وأيضا استنادا على مبدأ المشروعيةDue Processنظرا للحماية الاقتصادية لشركات الطيران بالمقارنة بالقطاعات الاقتصادية الأخرى. وأخيرا مخالفة الدستور الأمريكي بفرض قيود على الحق في حرية السفر على أساس أن مبدأ تحديد مسؤولية الناقل الجوي لتعويض المسافر يحد من حقه في السفر بأمان. انظر أ.د. جلال محمدين،تشديد مسئولية الناقل الجوي عن الأضرار الحاصلة للمسافرين : دراسة في القضاء الأمريكي، مجلة كلية الحقوق للبحوث القانونية والاقتصادية، جامعة الإسكندرية –كلية الحقوق، عدد2، 1992،ص 455 هامش 288.

10انظر المادة 208 من مرسوم سلطاني رقم 55 لسنة 1990 بشأن إصدار قانون التجارة . (القانون التجاري) ؛ المادة 214 من مرسوم بقانون رقم 68 لسنة 1980 بشأن إصدار قانون التجارة الكويتي. (القانون التجاري) : المادة 359 من قانون اتحادي رقم 18 لسنة 1993 بشأن إصدار قانون المعاملات التجارية دولة الامارات العربية (القانون التجاري): المادة 292 من قانون رقم 17 لسنة 1999 بشأن إصدار قانون التجارة المصري. (القانون التجاري) : المادة 654 من قانون رقم 23 لسنة 2010 بشأن النشاط التجاري. (القانون التجاري).

11انظر المادة 215 من مرسوم بقانون رقم 68 لسنة 1980 بشأن إصدار قانون التجارة الكويتي. (القانون التجاري) : المادة 655 من قانون رقم 23 لسنة 2010 بشأن النشاط التجاري. (القانون التجاري).

12انظر المادة 210 من مرسوم سلطاني رقم 55 لسنة 1990 بشأن إصدار قانون التجارة . (القانون التجاري) : المادة 216 من مرسوم بقانون رقم 68 لسنة 1980 بشأن إصدار قانون التجارة الكويتي. (القانون التجاري) : المادة 361 من قانون اتحادي رقم 18 لسنة 1993 بشأن إصدار قانون المعاملات التجارية دولة الإمارات العربية (القانون التجاري) : المادة 208 من قانون رقم 32 لسنة 1991 بشأن القانون التجاري اليمني : المادة 293 من قانون رقم 17 لسنة 1999 بشأن إصدار قانون التجارة المصري. (القانون التجاري).

13انظر المادة 211 من مرسوم سلطاني رقم 55 لسنة 1990 بشأن إصدار قانون التجارة . (القانون التجاري) : المادة 217 من مرسوم بقانون رقم 68 لسنة 1980 بشأن إصدار قانون التجارة الكويتي. (القانون التجاري) : المادة 362 من قانون اتحادي رقم 18 لسنة 1993 بشأن إصدار قانون المعاملات التجارية دولة الإمارات العربية (القانون التجاري) : المادة 209 من قانون رقم 32 لسنة 1991 بشأن القانون التجاري اليمني: المادة 294 من قانون رقم 17 لسنة 1999 بشأن إصدار قانون التجارة المصري. (القانون التجاري) : المادة 657 من قانون رقم 23 لسنة 2010 بشأن النشاط التجاري الليبي. (القانون التجاري).

14 انظر المادة 205 من مرسوم سلطاني رقم 55 لسنة 1990 بشأن إصدار قانون التجارة . (القانون التجاري) : المادة 206 من مرسوم سلطاني رقم 55 لسنة 1990 بشأن إصدار قانون التجارة . (القانون التجاري) : المادة 211 من مرسوم بقانون رقم 68 لسنة 1980 بشأن إصدار قانون التجارة الكويتي. (القانون التجاري) : المادة 212 من مرسوم بقانون رقم 68 لسنة 1980 بشأن إصدار قانون التجارة الكويتي. (القانون التجاري) : المادة 290 من قانون رقم 17 لسنة 1999 بشأن إصدار قانون التجارة المصري. (القانون التجاري) : المادة 653 من قانون رقم 23 لسنة 2010 بشأن النشاط التجاري الليبي. (القانون التجاري).

15 المستشار إبراهيم سيد أحمد، النقل الجوي، المكتب الجامعي الحديث، 2010 الطبعة الأولي، ص14 وما بعدها.

16 انظر المادة 214 من مرسوم سلطاني رقم 55 لسنة 1990 بشأن إصدار قانون التجارة . (القانون التجاري) : المادة 220 من مرسوم بقانون رقم 68 لسنة 1980 بشأن إصدار قانون التجارة الكويتي. (القانون التجاري) : المادة 370 من قانون اتحادي رقم 18 لسنة 1993 بشأن إصدار قانون المعاملات التجارية دولة الامارات العربية (القانون التجاري): المادة 212 من قانون رقم 32 لسنة 1991 بشأن القانون التجاري اليمني: المادة 296 من قانون رقم 17 لسنة 1999 بشأن إصدار قانون التجارة المصري. (القانون التجاري) : المادة 660 من قانون رقم 23 لسنة 2010 بشأن النشاط التجاري الليبي. (القانون التجاري).

17 أماني أحمد عبد الله موسى، تطور طرق دفع مسؤولية الناقل الجوي ما بين اتفاقية وارسو 1929م واتفاقية مونتريال 1999م ، مجلة العدل – العدد 43، 2014، ص 136.

18جاء بروتوكول لاهاي 1955 ليشدد مسؤولية الناقل بمضاعفة الحد الأعلى للتعويض ليصبح 250 ألف فرنك بوانكريه لكل راكب، كما حرمه من دفع مسؤوليته بالاستناد على الخطأ الملاحي الصادر من تابعه. في حين قامت اتفاقية جلودا لاخار بالمكسيك تطبيق أحكام اتفاقية وارسو على كلا الناقلين: الناقل المتعاقد والناقل الفعلي، الأول بالنسبة لكل النقل المتفق عليه، والثاني بالنسبة للنقل الذي نفذه فعلا.

19 إلياس حداد، القانون الجوي، منشورات جامعة دمشق –كلية الحقوق، 2005. انظر أيضا أماني أحمد عبد الله موسى، تطور طرق دفع مسئولية الناقل الجوي ما بين اتفاقية وارسو 1929 م واتفاقية مونتريال 1999م، مجلة العدل – العدد الثاني والأربعون– السنة السادسة عشرة، 2014، ص 226.

20 انضمت الولايات المتحدة الأمريكية الى اتفاقية وارسو بناء على اقتراح من وزارة التجارة الأمريكية، حيث قام الرئيس الأسبق روزفلت بتقديم الاتفاقية لمجلس الشيوخ والذي وافق عليها في 15 يونيو 1934. ثم قامت الحكومة الأمريكية بإيداع وثيقة الانضمام في 7/31 / 1934 وتم الإعلان عن الانضمام في أكتوبر من نفس العام من أجل تعديل اتفاقية وارسو. إلا أن التجاذب السياسي فيما بين الحكومة الأمريكية ومجلس الشيوخ من جهة، وجمعية النقل الأمريكية من جهة أخرى قد عطل انضمام الولايات المتحدة الأمريكية لبرتوكول لاهاي، حيث اشترطت الحكومة إصدار تشريع يلزم شركات الطيران الأمريكية بالتأمين على كل مسافر في حدود مبلغ 50 ألف دولار، كما اشترط مجلس الشيوخ إصدار تشريع للتأمين الإجباري، وإلا يتعين على الحكومة الأمريكية الانسحاب من اتفاقية وارسو، وعدم استكمال إجراءات الانضمام إلى برتوكول لاهاي. وذلك نظرا لضآلة مبلغ التعويض المقترح الذي لا يناسب المسافر الأمريكي في حال خضوعه لاتفاقية وارسو. ونتيجة لتأزم الموقف السياسي أعلنت الحكومة الأمريكية انسحابها من اتفاقية وارسو في 1965/11/15 وذلك تطبيقا لنص المادة 39 من اتفاقية وارسو، إلا أن الحكومة الأمريكية أعلنت في خطاب الانسحاب إمكانية الرجوع عنه قبل ميعاد نفاذه في 15 / 5/ 1967 بشرط رفع الحد الأقصى للتعويض المستحق للمسافر إلى 100 ألف دولار أمريكي أو 75 ألف دولار أمريكي (ويقل هذا المبلغ إلى 58 ألف دولار أمريكي في الدول التي تقر المصروفات القضائية على عاتق المدعى عليه الخاسر للدعوى) في حال اتفاق الدول على قواعد موحدة بشأن مسؤولية الناقل الجوي بشرط أن لا يكون هناك حد أقصى للتعويض.

ويلاحظ أن اتفاق مونتريال المؤقت لعام 1966 ارتبط أساسا بحماية المسافر الأمريكي حيث أنه ينطبق على النقل الجوي الدولي بمعرفة شركة تابعة لأحد الأطراف في الاتفاقية، والذي تكون فيه الولايات المتحدة بمثابة نقطة الإقلاع أو الوصول أو الهبوط الجوي.وبعد إبرام اتفاق مونتريال المؤقت أعلنت الحكومة الأمريكية تراجعها عن الانسحاب من اتفاقية وارسو، إلا أن الفقه والقضاء الأمريكيين ظل رافدا لفكرة الحد الأقصى عن التعويض للضرر للمسافر، حيث أنّ القضاء الأمريكي يسلب سلطة منح التعويض المناسب أو العادل خاصة في ضوء ارتفاع معدلات الأمن والسلامة في عمليات النقل الجوي، وتحقيق شركات الطيران لمكاسب ملحوظة. وعلى الرغم من ذلك، رفض مجلس الشيوخ الأمريكي في تاريخ 1983/3/8 التصديق على برتوكول مونتريال 3 على سند أنه لا يقر فكرة التعويض الشامل للمسافر الأمريكي، كما أنه يغل يد القضاء في الحكم في التعويض العقابي في الخطأ الإرادي للناقل الجوي، وهو ما سمح للقضاء الأمريكي بالتوسع في تفسير اتفاقية وارسو حتى تاريخ انضمامها لاتفاقية مونتريال في عام 1999.

لمزيد من التفاصيل حول تطور موقف الولايات المتحدة الأمريكية، انظر د. جلال محمدين، المرجع السابق ،ص 333 – 362.

21وفقا لاتفاقية مونتريال لعام 1999 تقوم مسؤولية الناقل الجوي، فلا بد أن نكون بصدد نقل جوي تجاري خاضع لهذه الاتفاقية، كما يجب أن يكون الضرر قد وقع نتيجة حادث سواء وقع على متن الطائرة أو أثناء الصعود أو النزول منها. وحتى تقوم مسؤولية الناقل عن الضرر الذي يلحق بالركاب ويتقرر التعويض عن هذا الضرر، فإن مسؤولية الناقل تقوم على أساس تحمل الناقل بالتزام يضمن بمقتضاه سلامة ركابه، وبالتالي التزامه لا يقتصر على عملية النقل إلى الجهة المقصودة أيا كانت نتيجة هذا النقل، بل يلتزم بأن يتم هذا النقل بسلام وآمان، بالإضافة إلى وصول الراكب سليما معافى دون أذى يلحقه من جراء عملية النقل. د. السيد أبو العطية، شرح القانون الجوي السعودي المعاصر، دار الفكر الجامعي، 2015، ص 180.

22انظر المادة 21 من اتفاقية مونتريال لعام 1999. انظر أيضاً أ.د. محمد فريد العريني، القانون الجوي (النقل الجوي الداخلي والدولي)، دار الجامعة ، 2004 ، ص 589 وما بعدها.

23وقد أظهرت قضية فرومان للرأي العام الأمريكي مدى ضآلة مبالغ التعويض المحكوم بها وفقا لاتفاقية وارسو، حيث تتلخص وقائع القضية في قيام نجمة السينما الأمريكية جينفر ومان برفع قضية ضد أحد شركات الطيران للمطالبة بالتعويض عن الأضرار التي أصابتها بعد اصطدام إحدى الطائرات التابعة لشركة بان أمريكا نتيجة اصطدامها بأحد الجبال، وهي في طريقها من الولايات المتحدة إلى البرتغال، حيث أصيبت النجمة بإصابات جسدية شديدة، فضلا عن الآلام النفسية التي لحقت بها، هذا بالإضافة إلى خسائرها المادية نتيجة عدم قدرتها على العودة إلى نشاطها المهني مرة أخرى. وهذا ما دفع بالولايات المتحدة الأمريكية أن تحث اللجنة القانونية للمنظمة الدولية للطيران المدني بالدعوة لمؤتمر لاهاي سنة 1955 للنظر في تعديل اتفاقية وارسو. انظر أ.د جلال محمدين، المرجع السابق، ص 336 .

24أ.د مراد منير فهيم، خضوع النقل الجوي الداخلي لنظام اتفاقية وارسو للنقل الدولي، منشأة المعارف بالإسكندرية، 1986،ص 42 – 47.

25أ. د محمد فريد العريني، مرجع سابق، ص98 وما بعدها.

26 د. علاء التميمي، مدى مسؤولية الناقل الجوي عن أضرار الإرهاب : طبقا لأحداث الاتفاقيات الدولية الخاصة بنقل الأشخاص، 2015، مج 39 , ع1،ص 626 – 511.

27انظر موقع مكتب الأمم المتحدة لمكافحة الإرهاب، آخر زيارة 1-1-2019،

https://www.un.org/counterterrorism/ctitf/ar/international-legal-instruments

28ولقد أقرت تلك الاتفاقية في مجلسي وزراء الداخلية والعدل العرب في اجتماعهما المنعقد بمقر الأمانة العامة لجامعة الدول العربية بالقاهرة يوم 1998/4/22م. ولقد صدقت دولة قطر على هذه الاتفاقية بموجب وثيقة التصديق الصادرة في الثامن والعشرين من شهر ذي القعدة عام 1430 هجرية، الموافق للسادس عشر من شهر نوفمبر عام 2009 ميلادية. كما صدر المرسوم رقم (10) لسنة 2010 بالتصديق على تعديل الفقرة الثالثة من المادة الأولى من الاتفاقية العربية لمكافحة الإرهاب

29كما عرفت المادة الأولى الفقرة 4 الكيانات الإرهابية، وهي " المنظمات أو الجماعات أو العصابات أو غيرها من التجمعات، أياً كان شكلها القانوني أو الواقعي، متى مارست أو كان الغرض منها الدعوة بأية وسيلة في داخل أو خارج الدولة إلى ارتكاب أو محاولة ارتكاب الجرائم الإرهابية".

30 ذكرت هذه الاتفاقيات على موقع اللجنة الوطنية لمكافحة الإرهاب، متاح على الرابط التالي ، آخر زيارة 1-1-2019.

https://portal.moi.gov.qa/wps/portal/NCTC/Home/!ut/p/a1/dY_LbsIwFES_xtvcyyOBdsc7AgoKigR4ExnpxrEIdrDdVOrX16B2UQGzm9GRjgY4HIBr0SopvDJa1LfOkyJO17NFf4Wb4XwZY7bN1tP0LevhNoE98P_IYpCPA9JN82SXdhE7vwC-yAhhCVzW5nTXHUf61BtK4JZKsmSjTxvmyvvGvTNk2BjrRR1djIqkaaOrYPjVuL-d4WaSTxhSWYbuClEpaulC2gfEWwq3yBXGSqGF-r6fdM-klXEeDg8uaM7n8sPHxx9ufI5q/dl5/d5/L2dBISEvZ0FBIS9nQSEh/

31أ.د فريد العريني- أ.د محمد الفقي، قانون النقل الجوي، منشورات الحلبي الحقوقية، 2011، ص 333 وما بعدها.

32انظر أ. جلال محمدين، مرجع سابق، 391 – 402.

33ويطلق البعض على الخطأ الإرادي باللغة العربية "سوء السلوك المقصود" أو "السلوك المنحرف غير المغتفر". وقد أثار جدلا واسعا أثناء انعقاد مؤتمر وارسو، حيث ذهب النص الفرنسي لاستخدام مصطلح الغش (dol) ، كما اقترحت دولة ألمانيا استخدام مصطلح الخطأ الجسيم (Fautelourde)، إلا أن مندوب المملكة المتحدة قد اعترض على تلك المسميات نظرا لأنها لا تشمل على الأفعال التي يرتكبها الناقل الجوي نتيجة إهمال أو عدم اكتراث وفقا للقانون الانجلو سكسوني، ولعل ذلك ما يفسر إقرار الصيغة النهائية للمادة 25 والتي أحالت لقانون المحكمة التي تنظر النزاع لتفسير المقصود بالغش أو الخطأ وهو ما سمح للقضاء الانجلوسكسوني من اللجوء إلى فكرة الخطأ الإرادي (willful misconduct)؛ وهو ما يشكل إهدارا لأهداف التوحيد لاتفاقية وارسو حيث سوف يختلف تفسير الغش أو الخطأ الجسيم باختلاف المحكمة التي تنظر النزاع، فالخطأ الإرادي في القانون الانجلو أمريكي لا يتطلب توافر نية إحداث الضرر مثل حالة الغش التي تعرفها القوانين ذات النظام اللاتيني، كما أنه يختلف عن الإهمال حيث يجب أن يكون مرتكبه لديه إدراك أن سلوكه يشكل خطأ يحدث ضرر للغير، وهذا الإدراك لا يكون متوفر في حالة الإهمال. انظر أ.د جلال محمدين، مرجع سابق، من ص 366 – 368.

34وفي بداية الأمر، طبق القضاء الأمريكي المعيار الشخصي (subjective Test) عند إثبات الخطأ الإرادي مشترطا العلم الحقيقي للناقل الجوي أو أحد تابعيه بأن تصرفه بعدم اكتراث قد يؤدي إلى إلحاق ضرر بالغير، وهو ما يحد من التشديد من الناقل الجوي حيث يصعب عادة على المضرور إثبات العلم الفعلي من جانب الناقل الجوي أو أحد تابعيه. أما المعيار الموضوعي، فقد طبق في قضية American Airlines V. Ullen والتي اعتمدت فيها المحكمة على فكرة الخطأ الإرادي نتيجة مخالفة الناقل لقواعد الطيران وقواعد السلامة الجوية أو عدم التزامه بقواعد تأمين سلامة المسافرين مثل قضية Koninkijke V. Tullerوالتي قضت فيها المحكمة بتعويض ورثة المسافر المتوفي على شركةKLMوالتي غرقت في نهر بالقرب من ايرلندا نتيجة عدم اتخاذ التدابير اللازمة لإرشاد المسافرين للمكان المخصص لسترة النجاة والتي توفي المسافر لعدم ارتدائه إياها. كما كان للتعويض عن الألم و الأضرار النفسية مجال لتطبيق فكرة الخطأ الإرادي، ففي قضيةNazirTarar V. Pakistan International Air Linesوذلك نتيجة تقاعس شركة الطيران عن شحن جثمان الراكب المتوفي على رحلة الخطوط الجوية الباكستانية إلى مسقط رأسه في باكستان والذي ترتب عليه أضرار نفسية أصابت أسرته نتيجة فوات مراسم الجنازة والدفن وعدم احترام حرمة الجثمان نظرا لشحن جثمان المتوفي على متن طائرة بضائع دون احترام للكرامة الإنسانية. أ.د جلال محمدين، مرجع سابق،منص365 وما بعدها.

مجلة المنار للدراسات والبحوث القانونية والسياسية
كلية الحقوق والعلوم السياسية بجامعة يحي فارس المدية
ISSN 2588-1671 / EISSN 2661-7811

المجلد: (05) العدد: (02) شهر: ديسمبر سنة: 2021

OPEN ACCESS

إشكاليات تسوية منازعات الترقيم العقاري النهائي.

د/ بن عودة حسكر مراد[1*]

جامعة أبي بكربلقايد، تلمسان (الجزائر) benoudadroit@yahoo.fr

تاريخ الاستلام: 2019/06/03؛ تاريخ القبول: 2019/06/09

ملخص:

نظرا لما تتصف به عملية المسح من طابع تقني دقيق، فإن المشرع الجزائري وكّل هذه المهمة إلى أشخاص وهيئات أنشأت خصيصا لهذه العملية التي تستدعي القيام بمجموعة من الأعمال الميدانية والتقنية بهدف تشخيص حدود جميع الممتلكات العقارية ومعاينة الحقوق العينية الواردة عليها، وتأسيس وثائق مسحية ورسوم تخطيطية على مستوى كل بلدية، ليشكل بذلك أساسا ماديا للسجل العقاري.

تعتبر وثائق المسح المودعة لدى المحافظة العقارية المرجع الأساسي الذي يستند عليه في عملية الترقيم لاحتوائها على كل المعلومات والبيانات الضرورية لهذه العملية، فالترقيم هو أحد الإجراءات الشكلية الأولية لإشهار حقوق الملكية والحقوق العقارية الأخرى في السجل العقاري التي جاء بها المرسوم63/76 المتعلق بتأسيس السجل العقاري والذي يكون على أساس وثائق المسح المودعة لدى المحافظة العقارية، وقد أجاز قانون الشهر لكل من له مصلحة أن يعترض على الترقيم، سواء كان مؤقتا أم نهائيا.

إذ يترتب عن عملية الترقيم النهائي منح الدفتر العقاري كسند للملكية، لكن بالرغم من هذا الأثر الهام للشهر العيني إلا أن المشرع الجزائري أجاز للأطراف المتضررة المطالبة بإعادة النظر فيه عن طريق الطعن أمام القضاء دون أن يقيده بأجل مسقط أو محدد، وبالتالي فهذا يفتح المجال إلى رفع الدعاوى القضائية للطعن في بيانات السجل العقاري من بعد فوات أجال طويلة من صيرورة الترقيم النهائي وحصول المعني بالأمر على الدفتر العقاري، وهذا ما يشكل نقطة ضعف في نظام الشهر العيني في التشريع الجزائري ، وذلك بالتأثير سلبا على غاية نظام الشهر العيني لأنه يؤدي إلى عدم إستقرار الملكية العقارية في بلادنا ويقلل من درجة الائتمان العقاري. إذ يبقى مركز المالك دائما مهددا بظهور المالك الجديد، وعليه تثور الإشكالية حول أهمية الترقيم العقاري النهائي وعلاقته بالدفتر العقاري وإشكاليات تسوية منازعاته في التشريع الجزائري.

Abstract:

In view of the technical nature of the survey, the Algerian legislator and all of this task have created individuals and entities that have created a specific process that requires a series of field and technical work to identify the boundaries of all real estate properties and to examine the inalienable rights contained therein and to establish survey documents and planning fees on The level of each municipality, thus forming a material basis for the real estate register.

The documents of the survey filed with the Real Estate Governorate are the main reference on which the classification process is based, as it contains all the information and data necessary for this process. The tender is one of the first formal procedures for the declaration of property rights and other real estate rights in the Land Registry, It is based on the documents of the survey filed with the real estate governorate, and the law of the month allowed all interested parties to object to the registration, whether temporary or final.

The finalization process has resulted in the granting of the title as a title deed, but despite this important impact of the month, the Algerian legislator has allowed the affected parties to review it by way of an appeal before the judiciary without restricting it to Muscat or specific period. Lawsuits to challenge the data of the land registry after long distances from the process of final settlement and the access of the person concerned to the land registry, which is a weakness in the system of the month in the Algerian legislation, adversely affect the goal of the month system because it leads to instability Of property ownership in our country and reduces the degree of real estate credit. The status of the owner is always threatened by the emergence of the new owner, and the problem arises as to the importance of the final estate classification and its relation to the mortgage and the problems of settlement of disputes in Algerian legislation.

* المؤلف المرسل: الإيميل: **benoudadroit@yahoo.fr**

مقدمة:

يعد المجال العقاري مجالا بالغ الأهمية نظرا ر للقيمة المالية والاقتصادية والاجتماعية الذي يمتاز به خاصة في السنوات الأخيرة، مما يجعل الطلب عليه في تزايد مستمر، إلا أن التنافس في طلب ملكيته أدى إلى ظهور العديد من النزاعات نتج عنها في غالب الأحيان نزاعات كثيرة ومعقدة، ما دفع بالمشرع الجزائري إلى إعتماد نظم إجرائية لحماية العقار بدأ من نظام المسح العقاري ونظام الدفاتر العقارية وإجراء الترقيم العقاري.

إذ يترتب عن عملية الترقيم النهائي منح الدفتر العقاري كسند للملكية، لكن بالرغم من هذا الأثر الهام للشهر العيني إلا أن المشرع الجزائري أجاز للأطراف المتضررة المطالبة بإعادة النظر فيه،عن طريق الطعن أمام القضاء دون أن يقيده بأجل مسقط أو محدد، وبالتالي فهذا يفتح المجال إلى رفع الدعاوى القضائية للطعن في بيانات السجل العقاري من بعد فوات أجال طويلة من صيرورة الترقيم النهائي وحصول المعني بالأمر على الدفتر العقاري وهذا ما يشكل نقطة ضعف في نظام الشهر العيني في التشريع الجزائري، وذلك بالتأثير سلبا على غاية نظام الشهر العيني لأنه يؤدي إلى عدم إستقرار الملكية العقارية في بلادنا ويقلل من درجة الائتمان العقاري، إذ يبقى مركز المالك دائما مهددا بظهور المالك الجديد. وعليه تثور الإشكالية حول أهمية الترقيم العقاري النهائي وعلاقته بالدفتر العقاري وإشكاليات تسوية منازعاته في التشريع الجزائري.

المطلب الأول

علاقة الترقيم النهائي بالدفتر العقاري

تنص المادة **12** الفقرة الأولى من المرسوم التنفيذي رقم 63/76 المتعلق بتأسيس السجل العقاري على أنه " **يعتبر الترقيم نهائيا بالنسبة للعقا ا رت التي يحوز مالكها سندات وعقود أو كل الوثائق الأخرى المقبولة، طبقا للتشريع المعمول به لإثبات حق الملكية**".

يتضح من خلال هذه المادة أنه في حالة ما إذا كان السند القانوني للملكية ثابت لا يترك أي مجال للشك في ملكية العقار المحقق فيه، فإن هذا الأخير يكون موضوع ترقيم نهائي . يسلم المحافظ العقاري عند الترقيم النهائي دفتر عقاري للملاك المعترف بهم، سواء كان هؤلاء أشخاص طبيعية أو أشخاص معنوية عمومية –الدولة، الولاية، البلدية أو المؤسسات العمومية الأخرى – 2.

أما في حالة الشيوع يقوم المحافظ العقاري بإعداد دفتر عقاري واحد يحتفظ به في المحافظة العقارية، كما يجوز للملاك على الشيوع الاتفاق بتعيين وكيل عنهم بموجب وكالة من أجل سحب الدفتر العقاري والاحتفاظ به، ويشار على البطاقة المطابقة إلى الجهة التي آل إليها الدفتر العقاري[3].

ما يلاحظ عمليا أن الأحكام القضائية بإعتبار أن الحكم كسند رسمي ينصب على العقار أو الحقوق العينية المطالب بملكيتها أو المتنازع عليها تأتي في بعض الأحيان خالية من المعلومات .الضرورية مما يجعل المساحين والمحافظين العقاريين يعاملونها تقريبا معاملة العقود العرفية . وعليه يتعين علينا تحديد مفهوم كل من الترقيم العقاري النهائي وكذا مفهوم الدفتر العقاري.

الفرع الأول: مفهوم الترقيم النهائي

يتم ترقيم العقارات ترقيما نهائيا بالنسبة للعقارات التي يحوز مالكها أو أصحاب الحقوق على سندات أو عقود قانونية ثابتة غير منازع فيها من الغير ولا تترك أي مجال للشك في ملكية العقار المحقق فيه لصاحبه، أو كل الوثائق الأخرى المقبولة طبقا للتشريع المعمول به في مجال الملكية العقارية، كالسندات الرسمية والأحكام القضائية المثبتة للحقوق العقارية إذا كانت مبينة بدقة للحقوق المكرسة بخبرة تحدد معالم الملكية ، كما يعد الترقيم نهائيا إذا تحول من مجرد ترقيم مؤقت إلى ترقيم نهائي، وذلك في حالة عدم تسجيل أي إعتراض على الترقيم المؤقت أو في حالة إحالة الاعتراض على القضاء ويثبت عدم جدواه.

كما تجدر الإشارة إلى أنه لا يمكن إعادة النظر في الترقيمات النهائية إلا عن طريق القضاء، وهذا ما أكدته المحكمة العليا في قرارها حيث لا يجوز إعادة النظر والمنازعة في الحقوق الناتجة عن الترقيم النهائي للعقارات المجسدة في الدفتر العقاري إلا قضائيا[4] .

أولا: تعريف عملية الترقيم النهائي

يمكن للمحافظ العقاري منح الترقيم النهائي للمالكين الذين يحوزون سندات وعقود ووثائق طبقا للتشريع والتنظيم المعمول بهما في مجال الملكية العقارية، أو عند إنتهاء آجال الترقيم المؤقت .والمقدرة بأربعة أشهر أو سنتين، كما يعتبر الترقيم النهائي إجراء أساسي للاعتراف بحق الملكية كما ينقل المحافظ العقاري عند الاقتضاء بمناسبة هذا الترقيم إجباريا في السجل العقاري قيود . امتيازات، الرهون وحقوق التخصيص غير المشطب عليها والتي لم تنقضي مدة صلاحيته[5]ا .

ثانيا: حالات الترقيم النهائي:

من خلال دراسة المواد 14/13/12 من المرسوم التنفيذي رقم 76/ 63 المتعلق بتأسيس السجل التجاري، يتضح أنه تم الاعتماد في تحديد حالات قبول طلبات الترقيم النهائي على عنصرين:

– العنصر الأول : منصوص في نص المادة ***12*** والمتعلق بالسندات المقبولة في التشريع المعمول به لإثبات حق الملكية.

أما العنصر الثاني: يتمثل في انقضاء مدة الترقيم المؤقت فالترقيم النهائي يتم بموجب السندات التالية:

1/ السندات الرسمية المشهرة:

تتعلق هذه السندات بحق الملكية والتي توفرت فيها شرط الرسمية والإشهار، وتخرج عن هذه الطائفة العقود الرسمية المشهرة التي لم يوضح فيها الحقوق العقارية بدقة، كما هو الحال بالنسبة للعقود التي يتضمن التعيين فيها حقوقا عقارية غير مقدرة أو تتضمن التنازل عن حقوق ميراتية غير مقدرة، فهذه الحالات يتم إدراجها ضمن حالات الترقيم المؤقت لمدة أربعة أشهر اعتمادا على التقادم المكسب بسند رسمي أو لمدة سنتين في حالة عدم تحديد العقار والحقوق العقارية[6] .

– 2العقود التوثيقية الغير مشهرة:

من بين السندات التي يمكن إدراجها ضمن هذه الطائفة عقد القسمة بحيث كان الشهر قبل صدور الأمر رقم 74/75 المتعلق بإعداد مسح الأراضي العام وتأسيس السجل العقاري إختياري وليس وجوبي، والذي يعتبر عقدا رسميا ناقلا للملكية العقارية، وبالتالي فهو مقبول كأساس يعتمد عليه لترقيم العقار ترقيما نهائيا.

– 3الأحكام القضائية المشهرة

هي عبارة عن سندات رسمية يعتمد عليها في عملية الترقيم النهائي، بشرط أن تكون متعلقة بحق ملكية عقارات معينة بدقة لفائدة طالب الترقيم والتي يجب أن تكون حائزة لقوة الشيء المقضي فيه وأن تتضمن تعينا دقيقا وواضحا للعقار محل الترقيم النهائي [7]، وكل حكم لا يحوي على هذه الشروط لا يمكن إعتباره ضمن حالات الترقيم النهائي وإنما يمكن إدراجه فقط كأساس لترقيم المؤقت.

الفرع الثاني: مفهوم الدفتر العقاري:

يعتبر الدفتر العقاري في الج ا زئر من أهم السندات التي تسلمها الإدارة إلى مالك العقار من أجل تمكينه من إثبات حقوقه العينية على العقار ويسلم المحافظ العقاري الدفتر العقاري للمالك بمناسبة إنشاء بطاقة مجموعة الملكية أو العقار الحضري الموافق له، وذلك بعد التحقيق في صحة ملكيته وتحديدها تحديدا ماديا دقيقا.

أولا: إعداد الدفتر العقاري:

سنتطرق الى دراسة تعريف الدفتر العقاري أولا، ثم إلى مضمونه.

01/ :تعريف الدفتر العقاري:

لم يعطي المشرع الجزائري تعريفا دقيقا للدفتر العقاري وقد إستعمل هذا المصطلح لأول مرة في المادة 12 من المرسوم رقم 32/73 المتعلق بإثبات الملكية الخاصة والذي صدر تنفيذا لأحكام الأمر رقم 73/71 المؤرخ في 02 نوفمبر 1971 المتضمن قانون الثورة الزراعية والدي أعيد تكريسه في المادة 18 الفقرة الأولى من الأمر رقم 74/75 المتضمن إعداد مسح الأراضي العام

وتأسيس السجل العقاري والتي تنص على" **يقدم إلى مالك العقار بمناسبة الإجراء الأول دفتر عقاري تنسخ فيه البيانات الموجودة في مجموعة البطاقات العقارية.**"

حيث يتضح أنه لم يذكر تعريف الدفتر العقاري وإنما إكتفى المشرع الجزائري بذكر العناصر المكونة له.

و يعتبر الدفتر العقاري سند للملكية حيث تسجل فيه جميع الحقوق الموجودة على عقار ما عند القيام بعملية الإشهار في السجل العقاري، إذ يعتبر مرآة عاكسة للحالة المادية والقانونية للعقار الممسوح ، ولقد حدد وزير المالية شكله والنموذج الذي ينبغي إتباعه حيث يعد ويؤشر عليه بكيفية واضحة ومقروءة بالحبر الأسود الذي لا يمحى والبياض يشطب عليه بخط والجداول مرقمة وموقعة[8] .

يسلم الدفتر العقاري إلى المالك الذي حقه قائما عند إنشاء بطاقة عقارية مطابقة، ومن المعلوم أن المالك السابق يقوم بإيداع دفتره العقاري عندما ينقل ملكيته إلى شخص أخر وعندما لا تكون الحاجة في هذه الحالة إلى إنشاء بطاقة جديدة، فإنه يقوم بإتلاف الدفتر العقاري القديم مع الإشارة إلى عملية الإتلاف في البطاقة المطابقة للدفتر الجديد، وذلك وفقا لنص المادة ***49*** من المرسوم التنفيذي***76*** / 63 المتعلق بتأسيس السجل العقاري والتي تنص على" **عندما يعد المحافظ دفترا جديدا فإنه يعمل على إتلاف الدفتر السابق ويشير إلى هذا الإتلاف على البطاقة المطابقة**" .

لقد اختلفت التعاريف الفقهية المقدمة للدفتر العقاري بإختلاف الزاوية التي ينظر إليها كل باحث قانوني، فهناك من عرفه على أساس أنه" **سند قانوني ذو حجية قوية تقيد فيه جميع الحقوق العقارية وما يرد عليها من تصرفات على العقارات الواقعة في المناطق الممسوحة ويسلم إلى المالك يكون حقه قائما بمناسبة إنشاء البطاقات العقارية**" ، وهناك من عرفه على أنه" **الناطق الطبيعي للوضعية القانونية للعقار يستمد روحه من وثائق المسح ينشأ إستنادا على البطاقات العقارية يسلمه المحافظ العقاري للمالك إثباتا لحقوقه ويعد السند الوحيد المثبت للملكية**" .

من خلال التعارف السابقة نستخلص بأن الدفتر العقاري سند ملكية قاطع الحجية يحل محل عقود الملكية مباشرة بعد الإنتهاء من عملية المسح العام، يقوم بإعداده المحافظ العقاري بنقل المعلومات المسجلة على البطاقات العقارية الخاصة بعقار ما ويسلم لكل مالك أو مجموعة ملاك على الشيوع دفت ا ر يحوي على بيانات تفصيلية بالحقوق العقارية المختلفة ويحتج به في مواجهة الغير كوسيلة إثبات عملا بنص المادة ***46*** من المرسوم 63/76 المتعلق بتأسيس السجل العقاري السالف الذكر" **يسلم الدفتر إلى المالك الذي حقه قائم بمناسبة إنشاء بطاقة عقارية مطابقة**" .

و بالتالي فالدفتر العقاري هو سند ملكية في صيغته الجديدة، وهو بالنسبة للعقار كبطاقة التعريف الوطنية بالنسبة للشخص وينشأ لكل عقار دفتر خاص به وإذا كان للعقار عدة ملاك كالورثة أو مالكين على الشيوع فيجب أن يرخصوا لأحد منهم بموجب وكالة لسحب الدفتر العقاري[9]، وهذا ما أكدته المحكمة العليا في قرارها الصادر عن الغرفة العقارية والذي جاء فيه" من الثابت قانونا كذلك أن الدفتر العقاري هو الدليل الوحيد لإثبات الملكية العقارية[10]" لهذا يعتبر الدفتر العقاري من أهم وثائق السجل العيني ونتيجة حتمية لعملية المسح العقاري والسند الوحيد لإثبات الملكية العقارية طبقا لنص المادة ***19*** من الأمر رقم

75 /74 المتعلق بإعداد مسح الأراضي وتأسيس السجل العقاري التي تنص" **تسجل جميع الحقوق الموجودة على عقار ما وقت الإشهار في السجل العقاري في الدفتر الذي يشكل سند الملكية."**

كما أن الدفتر العقاري يحدث آثار قانونية إتجاه المستفيد منه و إتجاه الغير مثله مثل القرارات الإدارية على أساس أنه بمجرد إستيلام المالك الدفتر العقاري يصبح متمتعا بكافة صلاحيات التصرف والتمتع بماله العقاري.

بالتالي فالدفتر العقاري هو ذلك السند الإداري الذي يثبت حقوق للمالك على عقاره والمعبر عن الوضعية الحالية والحقيقية للعقار.

02/ :مضمون الدفتر العقاري:

يتبين من المادة ***45*** من المرسوم***76*** /63 المتعلق بتأسيس السجل العقاري أن المشرع الج ا زئري ساوى بين العقد الرسمي المحرر من طرف الموثق وبين الدفتر العقاري المحرر من طرف المحافظ العقاري في الأحكام الشكلية كمنع التحشير والكشط.

كما أنه كان صارما في الأحكام المتعلقة بكتابة البيانات على ظهر الدفتر العقاري نظرا لما يتمتع به هذا الأخير من أهمية قانونية قد تحدث تغييرا جوهريا في الم ا ركز القانونية للأشخاص على أساس إعطاء الشخص حق الملكية بموجب القانون بعدما كان مجرد حائز للعقار بدون وثائق ثبوتية تثبت ملكيته له [11].

ثانيا :حجية الدفتر العقاري:

يعتبر الدفتر العقاري هو السند الوحيد لإثبات الملكية العقارية في المناطق الممسوحة،نظرا لإحتوائه على مجموعة من البيانات سواءا على الموقع أو المساحة أو الحدود، وتحديد الشخص المعني بحق الملكية على العقار من أجل دراسة حجية الدفتر العقاري فإن الأمر يستلزم التطرق لتحليل الأراء الفقهية المتمثلة في اتجاهين الأول يرى أن للدفتر العقاري حجية مطلقة، أما الثاني يتبنى الحجية النسبية للدفتر العقاري.

1/: القوة الثبوتية المطلقة للدفتر العقاري:

حسب أنصار هذا الرأي فإن الدفتر العقاري يتم إعداده من طرف المحافظ العقاري إستنادا لوثائق المسح، والذي يصبح مستقبلا البرهان القانوني الوحيد على إثبات الملكية العقارية وهذا بعد إتمام عمليات المسح على كامل التراب الوطني، فهو سند قانوني في مواجهة الكافة عملا بنص المادة ***19*** من الأمر رقم 74/75 المتعلق بإعداد المسح العام للأ ا رضي وتأسيس السجل العقاري، وكذلك المادة ***33*** من المرسوم /32 ***73*** المتعلق بإثبات الملكية العقارية الخاصة التي تنص على ما يلي" :**إن الدفاتر العقارية الموضوعة على أساس مجموعة البطاقات العقارية البلدية ومسح الأراضي المحدث ستشكل حسب الكيفيات التي ستحدد في نصوص لاحقة المنطلق الجديد والوحيد لإقامة البينة في شأن الملكية العقارية"** .

بالتالي يعتبر الدفتر العقاري مرآة عاكسة للحالة المادية والقانونية للعقار الممسوح إستنادا إلى أحكام الشهر العقاري، وهو بذلك السند القوي في إثبات الملكية العقارية فلا يسلم للمعني إلا بعد إتمام عمليات التحقيق والمتمثلة في المسح والتي تنتج عنها تطهير العقار من جميع العيوب فلا يمكن لأي شخص الإدعاء عكس ما يحتويه الدفتر العقاري، فحسب هذا ال أ ري فإن الغاية من مسح الأ ا رضي العام هو إصباغ الحجية المطلقة وهذا من أجل تسهيل تداول العقار وضبط الملكية العقارية وعدم التلاعب بها فهذا السند يعتبر حاسما للملكية العقارية[12].

2- القوة الثبوتية النسبية :

تكمن نسبية الدفتر العقاري في إعماله كوسيلة إثبات الملكية العقارية الخاصة في إمكانية الطعن في الحقوق الثابتة، وذلك وفقا لنص المادة ***16*** من المرسوم التنفيذي رقم***76*** /63 المتعلق – بتأسيس السجل العقاري.

رغم أن المشرع الج ا زئري قد إعتبر الدفتر العقاري السند الوحيد لإثبات الملكية العقارية بعد إستكمال المسح العام، إلا أنه ذو حجية نسبية كوسيلة لضمان الملكية العقارية الخاصة على أساس أن نتائج المسح العام ليست دقيقة بالصورة الكافية التي تمنح الدفتر العقاري القوة الثبوتية المطلقة، لأنها تعتمد على تصريحات الأف ا رد لذلك فالطعن القضائي يعد السبيل الوحيد لإستعادة الحقوق الضائعة .

المطلب الثاني

تسوية منازعات الترقيم النهائي

ترفع الدعوى الرامية إلى إلغاء الترقيم النهائي ضد المحافظ العقاري؛ لأن الترقيم النهائي يتوج بإصدار الدفتر العقاري الذي هو سند إداري، والذي لا يجوز الطعن في صحته إلا أمام القضاء الإداري، وهو ما أكدته المحكمة العليا في قرارها الصادر بتاريخ ***14*** جويلية ***2011*** والذي جاء فيه" لا يمكن إلغاء الدفاتر العقارية أو مناقشة مضمونها إلا أمام القضاء الإداري" [13]

إن الأثر الذي يرتبه الترقيم النهائي ليس جعل الحقوق المشهرة نافذة في حق الغير فقط وإنما إضافة إلى ذلك يشكل سندا للملكية في المناطق الممسوحة، وبالتالي فإنه يضفي القوة الإثباتية للعقد الرسمي وفقا لنص المادة ***324*** مكرر

5من ق.م.ج التي تنص" **يعتبر ما ورد في العقد الرسمي حجة حتى يثبت تزويره ويعتبر نافذا في كامل التراب الوطني.**"

وعليه سنتناول الطعن بإلغاء الدفتر العقاري ثم سنتطرق إلى نتائج الفصل في منازعات الدفتر العقاري.

الفرع الأول: الطعن بإلغاء الترقيم النهائي

بعد الإنتهاء من إعداد الدفتر العقاري قد يثار ن ا زع من طرف أي شخص يدعي أنه المالك الحقيقي للعقار محل الدفتر العقاري، معتمدا في ذلك على وثائق ثبوتية لإثبات الملكية العقارية مطالبا إعادة النظر في الملكية المقررة بموجب هذا السند، ساعيا بذلك للمطالبة إلى إلغاء هذا الأخير و استرداد ملكيته، ولكي تكون الدعوى مقبولة في هذا الشأن لابد أن تتوفر فيها كل الشروط القانونية مع شهر العريضة[14]. بالتالي يجوز الطعن في الدفتر العقاري بغرض إبطاله أو تعديله ككل الدعاوى القضائية، وذلك قبل إنقضاء أجل سقوطها وهو ***15*** سنة يسري من تاريخ إعداد الدفتر العقاري.

لهذا نستخلص أن الدفتر العقاري هي وسيلة لتسهيل عملية إنتقال الملكية بين شخصين في الأماكن الممسوحة.

فالعقار سواء كان قطعة أرض أو منزل أو محل فبعد الإنتهاء من عملية المسح يصبح إسمه الوحدة العقارية، وتتكون هذه الأخيرة من أربعة أركان ثلاثة منها أساسية وهي القسم، والجزء والمساحة، والركن ال ا ربع ثانوي وهو الشاغر أو الحائز، ويطلق عليه هذا الإسم لأن الحائز عليه تقديم أصل الملكية أمام المحافظ العقاري عند طلب إمتلاك الدفتر العقاري، وإذا كان للحائز سند ملكية أو عقد مشهر بإسمه يتم تسليمه الدفتر العقاري بعد شهره وتسجيله.

أما إذا كان يملك عقد عرفي يجب أن يقدم أصل الملكية الأول مرفقا مع عقده العرفي إذا كان بعد سنة***1971***

لكن قد تكون هناك مشكلة في الحقوق المشاعة فلابد على الورثة أو المالكين من تصفية التركة والأملاك وتحديد أنصبتهم وإذا كانت هناك زيادة في المساحة يتم م ا رسلة أملاك الدولة والبلدية من قبل المحافظ العقاري للأخذ برأيها.

أما إذا كان هناك نقصان في المساحة يتم وضع خبرة عقارية وم ا رسلة كذلك مديرية مسح الأراضي لإعادة النظر في المساحة، وإذا ثبت أن الزيادة ملك للدولة وتكون الزيادة صغيرة لا تشكل وحدة عقارية أخرى، يمكن شراءها من أملاك الدولة وإذا كانت الزيادة كبيرة تشكل وحدة عقارية يتم فصلها وتسجل بإسم الدولة، إلا إذا كانت مؤسسة عمومية أو شركة تجارية يتم بيعها لها.

أما في حالة إنعدام أصل الملكية تسجل الوحدة العقارية ملك الدولة ويتم تسليم الدفتر العقاري لأملاك الدولة، وحتى لا يكون هناك ظلم من قبل الدولة إذا كانت الوحدة العقارية ملك للدولة وضعت تسهيلات للمواطنين، فإذا كان منزلا بدون سند يمكن تسويته في إطار قانون 08/15 شراء الوعاء العقاري على مديرية أملاك الدولة، وإن كانت أرض فلاحية يمكن استغلالها في إطار عقد الإمتياز بدفع الملف في الديوان الوطني للأ ا رضي الفلاحية.

وعليه فإن الدفتر العقاري طبقا للأمر رقم 63/75 والمرسوم التنفيدي 76/74 هو عبارة عن وسيلة تسهيل عملية البيع والش ا رء عند الموثق كما يتعين على هذا الأخير طلب أصل الملكية المذكورة في الصفحة ال ا ربعه في الدفتر العقاري والتأكد من مدى صحته.

بالتالي يمكن الطعن بإلغاء الدفتر العقاري إذا كان هناك تزوير أو تظليل أو غبن أو ظلم لأحد الورثة أو غيرهم ممن لهم الصلة، مع د ا رسة العقد الأصلي المذكور في الدفتر العقاري في الصفحة الثانية مع تقديم عقد القسمة وتصفية الأملاك والشهادة العقارية والحالة العقارية للعقد والفريضة التي تحدد الأنصبة.

بإعتبار أن الدفتر العقاري هو بمثابة نسخة للبيانات الموجودة في مجموعة البطاقات العقارية، فإنه يمكن توجيه الدعوى دون تمييز إما ضد الدفتر العقاري نفسه أو ضد إجراء الترقيم النهائي، وما يؤكد ذلك هو ما قضت به محكمة التنازع، إذ إعتبرت أن دعوى إبطال الدفتر العقاري كدعوى إبطال الترقيم النهائي في السجل العقاري [15].

أولا: الجهة المختصة بالفصل في منازعات الترقيم النهائي:

إذا كانت الجهة القضائية المختصة في دعاوى الإعت ا رضات على الترقيم المؤقت بين الأشخاص الخاضعين للقانون الخاص هو القسم العقاري للمحكمة، فإن المحكمة الإدارية هي التي تكون مختصة بالنسبة للإعت ا رضات على الترقيم النهائي أو بالنسبة للدعاوى ال ا رمية إلى إبطال أو تعديل الدفتر العقاري ***97*** ، فحسب المادة ***800*** من ق.إ.م.إ التي تنص على أن " **المحاكم الإدارية هي جهات الولاية العامة في المنازعات الإدارية تختص بالفصل في أول درجة بحكم قابل للاستئناف في جميع القضايا التي تكون الدولة أو البلدية أو إحدى المؤسسات العمومية ذات الصبغة الإدارية طرفا فيها**" .

كما تنص المادة ***801*** من نفس القانون على أنه" **تختص المحاكم الإدارية كذلك بالفصل في:**

– دعاوى إلغاء القرارات الإدارية والدعاوى التفسيرية ودعاوى فحص المشروعية للقرارات الصادرة عن:

– الولاية والمصالح غير الممركزة للدولة على مستوى الولاية

– البلدية والمصالح الإدارية الأخرى للبلدية

– المؤسسات العمومية المحلية ذات الصبغة الإدارية" .

يفهم بأن المحاكم الإدارية هي التي يعود لها الإختصاص في إلغاء الترقيم النهائي.

كما تطرح صفة التمثيل القضائي مجموعة من المشاكل على الصعيد العملي فكثى ا ر ما رفضت الدعاوى أمام الجهات القضائية لرفعها على غير ذي صفة***98*** ، فهناك من يرفع، دعواه ضد المدير العام للأملاك الوطنية إلى جانب مديرية الحفظ العقاري وهناك من يدخل الوالي في الن ا زع، وهناك من يدخل الوزير المكلف بالمالية، وهناك من يجمع الكل في عريضة واحدة ويرفع دعواه ضد الجميع حتى يتفادى عدم قبولها.

– بالعودة إلى نص المادة ***111*** من المرسوم التنفيذي 63/76 المتعلق بتأسيس السجل العقاري نفهم أن الدولة تمثل محليا أمام العدالة من طرف الوالي، كما نصت المادة ***92*** من قانون الولاية ***99*** على أن الوالي يمثل كل الوز ا رء على مستوى المحلي، وبالرجوع كذلك إلى نص المادة ***87*** من القانون نفسه منحت حق التقاضي للوالي أمام الجهات القضائية من جهة ثانية

منح الق ا رر الو ا زري المؤرخ في **20** فيفري **1999** صفة تمثيل الوزير المكلف بالمالية في الدعاوى المرفوعة أمام العدالة لأعوان إدارة أملاك الدولة والحفظ العقاري كما يلي:

– بالنسبة للدعاوى المرفوعة أمام المحكمة العليا أو مجلس الدولة أو محكمة التنازع، فإن التمثيل يمنح للمدير العام للأملاك الوطنية في القضايا المتعلقة بأملاك الدولة.

– بالنسبة للدعاوى المرفوعة أمام المحاكم أو المجالس القضائية أو المحاكم الإدارية، فإن مديري أملاك الدولة ومديري الحفظ العقاري بالولايات يكونون مؤهلين كل فيما يخصه لتمثيل الوزير المكلف بالمالية في القضايا المتعلقة بأملاك الدولة والحفظ العقاري.

يفهم على أنه توجه الدعوى ضد وزير المالية ممثلا بمدير الحفظ العقاري على مستوى المحكمة الإدارية، والمدير العام للأملاك الوطنية في حالة الإستئناف المرفوع أمام مجلس الدولة، وما يؤكد هذا هو ق ا رر مجلس الدولة والذي جاء فيه ..." بالإضافة إلى كون المحافظ العقاري لبلدية أميزور ليست لديه الصفة في التقاضي عملا للقرار الصادر عن و ا زرة المالية بتاريخ/ **20**فيفري 1999 فإن لا دخل له في الن ا زع الحالي ما دام أن الأمر يتعلق بالترقيم المؤقت فقط، وما دام أن الن ا زع يخص أشخاص طبيعية، حيث أنه يتعين تأسيسا على ما سبق ذكره إلغاء الق ا رر المستأنف والفصل من جديد إخ ا رج المحافظ العقاري لبلدية أميزور من الخصام والقضاء بعدم الاختصاص النوعي**100** ."...بالتالي فقد منح المشرع الج ا زئري الإختصاص القضائي للمحكمة الإدارية في القضايا التي تكون فيها الدولة أو الولاية أو البلدية أو المؤسسات العمومية ذات الصبغة الإدارية طرفا فيها على

أن الجهة القضائية المختصة تختلف بإختلاف طبيعة الدعوى المرفوعة.

ثانيا: الإجراءات المتبعة أمام هذه الجهة المختصة

يستلزم القانون عند الطعن إتباع إج ا رءات شهر عريضة إفتتاح الدعوى وفقا للمادة **17** من ق.إ.م.إ. كما يشترط فضلا عن الصفة والمصلحة وشرط التمثيل القضائي بواسطة محامي، أن يتم تأسيس دعوى إلغاء الدفتر العقاري على الشروط الموضوعية لدعاوى إلغاء الق ا ر ا رت الإدارية من عيب عدم الاختصاص، وعيب الشكل والإج ا رءات المطلوب توافرها قانونا لإصدار الق ا رر بتسليم الدفتر العقاري، وخصوصا عيب السبب الذي يمثل إنعدام الحالة الواقعية والقاعدة القانونية أو وقوع خطأ في تقديرها عند صدور الق ا رر الإداري بتسليم الدفتر العقاري وهو في هذه الحالة أعمال المسح التي كشفت عن أصحاب الحقوق العينية وشكلت بسبب ذلك أساسا لعملية الترقيم النهائي، و ما يؤكد هذا هو ق ا رر المحكمة العليا والذي جاء فيه ..." فبالرجوع إلى المرسوم 62/76 المؤرخ في **25** مارس **1976** المتضمن إعداد ومسح الأ ا رضي العام، فإن المطعون ضده تحصل على الدفتر العقاري للقطعة محل الن ا زع بعد التحقيق وبعد إستكماله للإج ا رءات والشكليات والآجال .المنصوص عليها في المرسوم السالف الذكر مما يجعله يكتسب القوة الثبوتية[16]" بالإضافة إلى ق ا رر المحكمة العليا المؤرخ في **23** أفريل

2008والذي جاء فيه ..." ولما تبين لقضاة الموضوع إستنادا إلى العقود الرسمية المحتج بها من قبل المدعى عليهم والقسمة القضائية المصادق عليها بالحكم الصادر بتاريخ***28*** /1984/03 وما خلصت إليه الخبرة من أن

هذه العقود مطابقة للأرض ميدانيا وأن الدفتر العقاري المحتج به والمؤسس عليها لا يتطابق ميدانيا بالنسبة للجزء المتنازع عليه من القطعة الأرضية فإن ذلك ينقص من حجية الدفتر العقاري ويجعله قابلا للتعديل[17]"...

بالتالي تفصل المحكمة الإدارية في الدعوى الرامية إلى إبطال أو تعديل الترقيم النهائي أو الدفتر العقاري بالنظر إلى حجية ونفاذ السندات والحجج المقدمة من المتخاصمين، ويمكن للحكم الصادر في حالة ما إستجاب لطلب الإبطال أو التعديل أن يأمر المحافظ العقاري بتنفيذ الإجراءات المحكوم به.

الفرع الثاني: نتائج الفصل في منازعات الترقيم النهائي:

بإعتبار أن الدفتر العقاري قرار إداري صادر عن الهيئة الإدارية، فبمجرد رفع دعوى أمام القضاء المختص سيتم تجميد وتوقيف أي تصرف قد يقع على العقار موضوع الدفتر العقاري محل الإلغاء.

كما يترتب على إلغاء الدفتر العقاري إنهاء وجوده تماما منذ صدوره، وإعتباره كأن لم يكن؛ لأن القرارر الفاصل في ذلك له حجية مطلقة إضافة إلى مجموعة الآثار التي يرتبها وهي ذاتها الناتجة عن إلغاء أي قرار إداري

أولا: نتائج الفصل في منازعات الترقيم النهائي بالنسبة للأطراف

إنَ إعتبار الدفتر العقاري سند مثبت للملكية، فإن بإلغائه تزول قيمته القانونية في الإثبات، كما يفقد الحائز المدعى عليه صفة المالك، ***103*** كذلك ينتج عن قرار إلغاء الدفتر العقاري زوال الأثر المطلق لحجيته ولا يمكن الإحتجاج به، ويتم إعادة الحال إلى ما كانت عليه قبل صدور الدفتر العقاري الذي تم إلغائه.

ثانيا: نتائج الفصل في منازعات الترقيم النهائي بالنسبة للإدارة

بمجرد صدور قرار إلغاء الدفتر العقاري، فإن الإدارة ملزمة بالتنفيذ لحيازته على الحجية المطلقة للشيء المقضي فيه، إلا أن مسألة تنفيذ القرار القضائي المتضمن إلغاء الدفتر العقاري من قبل الإدارة لا يتم بمجرد تبليغها بالنسخة التنفيذية لهذا القرار عن طريق المحضر القضائي، بل يجب إتباع إجراءات الشهر العقاري المتعلقة بإيداع السندات القضائية طبقا لنص المادة ***15*** من المرسوم 74/75 السالف الذكر؛ لأن المحافظ العقاري ملزم بالتأكد من هوية الأطراف وهوية العقار، وذلك بالرجوع للمعلومات الموجودة في القرار المعني بالشهر إضافة إلى تسبيب القرار كونه إجراء شكلي[18]. كما يقوم المحافظ العقاري بإتلاف الدفتر العقاري الذي تم إلغاءه ويضع دفتر أخر جديد للشخص الذي قررت المحكمة إعطاء إياه .

حسب المادة ***86*** من المرسوم رقم 63/76 المتعلق بتأسيس السجل العقاري نفهم الصادر بإلغاء الدفتر العقاري سواء تعلق ذلك بإبطال الحقوق العينية أو إلغاءها يسري بأثر رجعي ولا يمكن الاحتجاج به في مواجهة الخلف الخاص، إلا إذا كان الشرط الذي بمقتضاه حصل الفسخ أو الإلغاء مشهرا مسبقا.

الخاتمة:

يتضح مما سبق أن المشرع الجزائري قد حاول قدر المستطاع إيجاد أفضل الطرق للمحافظة على إستقرار المعاملات العقارية، وتشجيع الإئتمان العقاري وهذا بتبنيه لنظام الشهر العيني الذي يعتمد على ضبط المعاملات العقارية وربطها بالعقار ذاته دون مراعاة للشخص القائم بها.

وأن طريقة مراجعة الحقوق الناتجة عن الترقيم النهائي لا تكون إلا بعرضها أمام المحكمة الإدارية على أساس التمسك بسندات إثبات الملكية العقارية التي تؤسس لعملية الترقيم. غيره أنه تفاديا للإشكالات المطروحة في تسوية هده المنازعات يتعين تبني الأساليب التالية:

أولا الحرص عل توعية المتدخلين بأهمية تنفيذ إجراءات المسح والتحقيق العقاري في الميدان للكشف عن الملاك والحائزين من أجل تفادي حالات الترقيم لحساب مجهول المنتشرة بكثرة.

توسيع اختصاص القاضي العقاري إلى كل ما يخص منازعات الترقيم العقاري حتى ولو كانت الإدارة طرفا فيها، لكون أن القاضي العقاري مؤهلا أكثر للنظر فيها، بحكم أنه الحامي الطبيعي لحق الملكية العقارية وبحكم عضويته كرئيس للجنة المسح خلال أعمال المسح.

إنشاء محاكم عقارية إدارية لفض النزاعات المتعلقة بالعقار وتكوين قضاة متخصصين للفصل في هذا المجال. تعديل نص المادة ***16*** من المرسوم 76/63 المتعلق بتأسيس السجل العقاري، بالنص على آجال معقولة تمارس خلالها دعوى الطعن في الحقوق الناتجة عن الترقيم النهائي ضمانا للاستقرار المعاملات العقارية.

الهوامش:

[1]أستاذ محاضر أ،كلية الحقوق والعلوم السياسية، جامعة أبي بكر بلقايد، تلمسان.

2عزوي حازم، آليات تطهير الملكية العقارية الخاصة في القانون الجزائري، مذكرة ماجستير، كلية الحقوق، جامعة لخضر، باتنة،2010 ، ص.70.

3عمر حمدي باشا، حماية الملكية العقارية الخاصة، طبعة جديدة في ضوء آخر التعديلات وأحدث الأحكام، طبعة العاشرة، دار هومه للطباعة والنشر والتوزيع، الجزائر،2014 ، ص .351.

4المحكمة العليا، الغرفة العقارية، قرار رقم 282811 مؤرخ في 23 فيفري2005 ،) قضية ت-ب ضد ح-س(، مجلة المحكمة العليا، العدد1 ، سنة2005 ، ص233 .

5سماعين شامة، النظام القانوني الجزائري للتوجيه العقاري،) د ا رسة وصفية وتحليلية(، دار هومه للطباعة والنشر.والتوزيع، الجزائر،2003 ، ص11 .

6لبيض ليلى، منازعات الشهر العقاري في التشريع الجزائري، رسالة دكتوراة، كلية الحقوق، جامعة محمد خيضر، بسكرة،2013 ، ص. 130.

7موسوني عبد الرزاق،" الترقيم العقاري وطرق إثبات الملكية العقارية الخاصة في الجزائر"، مجلة الد راسات القانونية المقارنة، جامعة أبي بكر بلقايد، تلمسان، العدد4 ، نوفمبر 2017 ، ص .70.

8علو عمار، الملكية والنظام العقاري في الج ا زئر، ط الثامنة، دار هومه للطباعة والنشر والتوزيع، الجزائر،2017 ص . 100 .

9 المادة 45 من المرسوم التنفيذي 63/76 المتعلق بتأسيس السجل العقاري.

10المحكمة العليا، الغرفة العقارية، قرار رقم 197920 مؤرخ في 28 جوان2000 ، قضية- و-ز- م ضد و-ح-ر-، .مجلة المحكمة العليا، عدد خاص بالاجتهاد القضائي، ج الأول، سنة2004 ، ص171 .

11القرار الوزاري المؤرخ في 27 ماي1976 ، المتضمن تحديد نموذج الدفتر العقاري، ج.ر.ج.ج، العدد20 ، الصادرة. بتاريخ 9 مارس1977 .

12برحماني محفوظ، الضريبة العقارية في القانون الج ا زئري والتشريعات المقارنة، دار الجامعة الجديدة، البليدة،2009 ، ص16 .

13المحكمة العليا، الغرفة العقارية، ق ا رر رقم 282811 مؤرخ في 23 فيفري2005 ،) قضية ت-ب ضد ح-س(، مجلة المحكمة العليا، العدد1 ، سنة 2005،ص23 . و أنظر أيضا :

المحكمة العليا، الغرفة العقارية، ق ا رر رقم 666056 مؤرخ في 14 جويلية2011 ، مجلة المحكمة العليا، العدد 01 .سنة2012 ، ص184 .

14المحكمة العليا، الغرفة العقارية، ق ا رر رقم 196021 مؤرخ في 27 سبتمبر2000 ،) قضية ل-ع ضد فريق-ل مجلة،المحكمة العليا، عدد خاص بالإجتهاد القضائي، ج الأول، سنة 2004 ، ص 106.

15مجلس الدولة، ق ا رر رقم 49444 مؤرخ في 29 أكتوبر2009 ، مجلة مجلس الدولة، العدد10 ، سنة2012 ، ص،147 .

16المحكمة العليا، الغرفة العقارية، قرار رقم 259635 مؤرخ في 21 أفريل2004 ،) قضية ي-ر ضد ب-أ(، مجلة المحكمة العليا، العدد1 ، سنة 2004 ،ص 334 .

17 المحكمة العليا، الغرفة العقارية، قرار رقم 448919 مؤرخ في 23 أفريل2008 ، مجلة المحكمة العليا، العدد1 .، سنة 2008 ، ص22 .

18بن عبيدة عبد الحفيظ، إثبات الملكية العقارية والحقوق العينية العقارية في التشريع الجزائري، الطبعة الثامنة، دار هومه للطباعة والنشر والتوزيع، الجزائر، 2001، ص 76.

Vol:05
N°:02
December 2021

Al-Manar review
Of Legal and Political Studies and Research

International scientific review issued by

Faculty of Law and Political Science, Yahya Fares University

A review Dedicated to publication of legal and political studies

Addressed to researchers inside and outside the country

EISSN 2661-7811 / ISSN 2588-1671 /Dépôt légal 197-2017

Volume 05 - Number 02 (December 2021)

Address: Faculty of Law and Political Science
M'Sallah area - Municipality of Medea, Algeria
Email : revue.almanar@gmail.com
Phone / Fax : 0021325730483

www.asjp.cerist.dz/en/PresentationRevue/419
www.univ-medea.dz/droit