

MLR

Medeniyet Law Review

İstanbul Medeniyet Üniversitesi Hukuk Fakültesi Yayını

Publication of İstanbul Medeniyet University Faculty of Law

Yıl 2017 Cilt 2 Sayı 3

Year 2017 Volume 2 Issue 3

Medeniyet Law Review

Yıl 2017 Cilt 2 Sayı 3 / Year 2017 Volume 2 Issue 3

Hakemli Dergidir / Peer Reviewed Journal

Yayın Sahibi Publisher	İstanbul Medeniyet Üniversitesi Hukuk Fakültesi adına Dekan Prof. Dr. Mehmet Refik Korkusuz On behalf of Istanbul Medeniyet University Faculty of Law, Dean Prof. Dr. Mehmet Refik Korkusuz
Sorumlu Yazı İşleri Müdürü Responsible Manager	Prof. Dr. Mehmet Refik Korkusuz
Editör Editor	Yrd. Doç. Dr. Tülay Yıldırım
Yayımcının Adı Name of Publishing Company	İstanbul Medeniyet Üniversitesi Hukuk Fakültesi İstanbul Medeniyet University Faculty of Law
Basımcının Adı Printed by	Renk Matbaası
Basıldığı Yer Place of Publication	Mevlevihane yolu No:2 Davutpaşa Fatih/İstanbul
Basım Tarihi Publication Date	Temmuz 2017
Yönetim Yeri Place of Management	İstanbul Medeniyet Üniversitesi Hukuk Fakültesi, Atalar Mh. Şehit Hakan Kurban Cd. NO:44, 34865 Kartal/İstanbul
E-mail	lawreview@medeniyet.edu.tr
URL	hukuk.medeniyet.edu.tr/tr/yayinlar/medeniyet- law-review
Yayın Türü Type of Publication	Bu dergi yılda iki sayı olarak yayımlanan, süreli, hakemli bir hukuk dergisidir Medeniyet Law Review is an academic refereed journal, published bi-annually.
ISSN	2458-7958

Dergiye yapılan atıflarda "MLR" kısaltması kullanılmalıdır.
"MLR" abbreviation should be used in reference to the journal.

Bu dergide yayınlanan yazılarda ileri sürülen görüşler yazarlara aittir. İstanbul Medeniyet Üniversitesi Hukuk Fakültesi, makalelerde yer alan görüşlerden sorumlu değildir.

Articles published in this journal represent only the views of the contributors. İstanbul Medeniyet University Faculty of Law is not responsible for the views in the articles.

Copyright © 2017

Tüm hakları saklıdır. Bu yayının hiçbir bölümü İstanbul Medeniyet Üniversitesi Hukuk Fakültesi ve Prof. Dr. M. Refik Korkusuz'un yazılı izni olmadan, fotokopi yoluyla veya elektronik, mekanik ve sair suretlerle kısmen veya tamamen çoğaltılamaz, dağıtılamaz, kayda alınamaz. Normal ve kanuni alıntılarda kaynak göstermek zorunludur.

All rights reserved. No part of this publication may be copie, reproduced, stored in a retrieval system or transmitted, in any form or by means, without the prior expressed permission in writing of the İstanbul Medeniyet University Faculty of Law and Prof. Dr. M. Refik Korkusuz. It is obligatory to show footnotes for regular or legal quotations.

DANIŐMA KURULU / REFEREE LIST

	Name Surname	Affiliation	Country
1	Prof. Dr. Nurően Canikliođlu	Marmara Ünisitesisi	Türkiye
2	Prof. Dr. Talat Canbolat	Marmara Ünisitesisi	Türkiye
3	Prof. Dr. Abdurrahman Eren	Haliç Ünisitesisi	Türkiye
4	Prof. Dr. Ali Nazım Sözer	Yaőar Ünisitesisi	Türkiye
5	Prof. Dr. Fevzi Demir	Yaőar Ünisitesisi	Türkiye
6	Prof. Dr. Costea Claudia Anna	University of Bucharest	Romanya
7	Prof. Dr. Lacrech Assaad Elmahacen	Faculty of Law Djelfa University	Cezayir
8	Prof. Dr. Taha H. Hasan AL-Anbagy	University Mustansiriya	Irak
9	Prof. Dr. Attar Nassima	Abubakar Belcaid University of Telemen	Cezayir
10	Prof. Dr. Salaheldin Abdelrahman Eldoma	Omdurman Islamic University	Sudan
11	Prof. Dr. Abderrahmane Hazerchi	Ziane Achour University Djelfa Algeria	Cezayir
12	Prof. Dr. Hadi Shalluf	(Former Counsel for the Defence of Darfur Cases at the International Criminal Court) Kuweyt University	Fransa
13	Prof. Dr. Brahim Bendaoud	Djelfa Universite / College of Law	Cezayir
14	Prof. Dr. Yettou Fatiha	University Djilali Liabes of Sidi Bellabes	Cezayir
15	Prof. Dr. Mustafa Avcı	İstanbul Ünisitesisi	Türkiye
16	Prof. Dr. Gulio Cesare Giorgini	University Nice Sophia Antipolis	Fransa
17	Prof. Dr. Fethi Gedikli	İstanbul Ünisitesisi	Türkiye
18	Prof. Dr. Halil Kalabalık	Sakarya Ünisitesisi	Türkiye
19	Prof. Dr. Melikőah Yasin	İstanbul Ünisitesisi	Türkiye
20	Prof. Dr. Mariam Jikia	Georgian Technacal University	Gürçistan
21	Prof. Dr. Muhammed Shukry	University of Duhok	Irak
22	Prof. Dr. Wady Suleyman	University of Duhok	Irak
23	Prof. Dr. Abdullah Abalkhay	Riyad Imam University	Suudi Arabistan
24	Prof. Dr. Ahmet Bilgin	Kırıkale Ünisitesisi	Türkiye
25	Prof. Dr. Mehmet Akif Aydın	İstanbul Medipol Ünisitesisi	Türkiye
26	Prof. Dr. Hakan Hakeri	İstanbul Medeniyet Ünisitesisi	Türkiye
27	Prof. Dr. Cevdet İlhan Günay	İstanbul Yeniüzyıl Ünisitesisi	Türkiye
28	Prof. Dr. Ahmet Gürbüz	Bingöl Ünisitesisi	Türkiye
29	Prof. Dr. Celal Erbay	İstanbul Yeniüzyıl Ünisitesisi	Türkiye

30	Prof. Dr. Sad Beshir	Jordan Albalqa University	Ürdün
31	Doç. Dr. Ümit Gezder	İstanbul Medeniyet Üniversitesi	Türkiye
32	Doç. Dr. Fena İpekeli Kayalı	İstanbul Medeniyet Üniversitesi	Türkiye
33	Doç. Dr. M. Barış Günay	İstanbul Medeniyet Üniversitesi	Türkiye
34	Doç. Dr. Necmettin Kızılkaya	İstanbul Üniversitesi	Türkiye
35	Doç. Dr. Ahmet Hamdi Topal	İstanbul Medipol Üniversitesi	Türkiye
36	Doç. Dr. Abdurrahman Savaş	İstanbul Üniversitesi	Türkiye
37	Doç. Dr. Walid Elgohary	The Accountability State Authority	Mısır
38	Yrd. Doç. Dr. Saliha Okur Gümrükçüoğlu	İstanbul Medeniyet Üniversitesi	Türkiye
39	Yrd. Doç. Dr. Cemil Tekeli	İstanbul Medeniyet Üniversitesi	Türkiye
40	Yrd. Doç. Dr. Özgür Arıkan	İstanbul Medeniyet Üniversitesi	Türkiye
41	Yrd. Doç. Dr. Abdullah İslamoğlu	İstanbul Üniversitesi	Türkiye
42	Assoc. Prof. Hani Albasoos	Sultan Qaboos University	Umman
43	Yrd. Doç. Dr. Ali Emrah Bozbayındır	İstanbul Sabahattin Zaim Üniversitesi	Türkiye
44	Yrd. Doç. Dr. Mehtap Civir	Yeni Yüzyıl Üniversitesi	Türkiye
45	Assist. Prof. Dr. Muhamed Ali	International University of Sarajevo	Bosna Hersek
46	Prof. Nasir Khalil Jalal	Bahreyn University	Bahreyn
47	Dr. Aveen Khaled Abdurrahman	University of Duhok	Irak
48	Dr. Azzam Tamimi	The Chairman of Alhiwar TV Channel and its Editor in Chief	Birleşik Krallık
49	Dr. Tarek Chindeb	Beyrut Barosu- UHUB Yönetim Kurulu Üyesi	Lübnan
50	Prof. Dr. Sad Beshir	Jordan Albalqa University	Ürdün
51	Mahmud Al-Rashid	Chair of the Islamic Society of Britain's Shura Council	Birleşik Krallık
52	Prof. Dr. Yücel Oğurlu	İstanbul Ticaret Üniversitesi	Türkiye
53	Prof. Dr. Fahrettin Korkmaz	Atatürk Üniversitesi	Türkiye
54	Prof. Dr. Abdulhamed Mohammed	Fayoum University	Mısır

YAYIN İLKELERİ

1. Medeniyet Law Review Dergisi (MLR), hakemli dergi statüsünde, Ocak-Temmuz aylarında yılda iki sayı olarak yayımlanır.

2. Dergiye gönderilen makaleler başka bir yerde yayımlanmamış veya yayımlanmak üzere gönderilmemiş olmalıdır. Makalenin dergimize gönderilmiş olması, yazarın bu konudaki taahhüdü anlamına gelir.

3. Derginin dili İngilizce olmakla birlikte, Türkçe, Arapça, Almanca ve Fransızca makalelere yer verilmektedir.

4. Dergiye gönderilen makalelerin başına 200-250 kelimedenden oluşan öz, özlerin yazıldığı dillerde başlık ve özün altına beşer anahtar kelime eklenmelidir. Anahtar kelimeler tercihen alana ait dizinlerden seçilerek verilmelidir. Yazılan makalelerin yazıldığı dildeki öze ek olarak İngilizce öz eklenmesi gerekmektedir.

5. Yazılar Microsoft Word Programında, ana metin Times New Roman karakterinde 12 punto ve 1,5 satır aralığında, dipnotlar Times New Roman karakterinde 10 punto ve 1 satır aralığında iki yana yaslı olarak hazırlanmış, sayfa marjları A4 boyutu üzerinden üst ve soldan (4) cm., alt ve sağdan (3) cm. olarak ayarlanmış bir şekilde CD veya elektronik posta ile editöre gönderilmelidir.

6. Yazının başlığı siyah ve tümü büyük harf olacak şekilde hazırlanmalıdır. Başlığın hemen altında sayfanın sağında yazar adı belirtilmeli ve soyadın sonuna bir yıldızlı dipnot konularak dipnotta yazarın görev yaptığı kurum, unvanı ve iletişim (e-posta) bilgisi belirtilmelidir.

7. Yazarlar unvanlarını, görev yaptıkları kurumu, iletişim adreslerini, telefon numaralarını ve elektronik posta adreslerini bildirmelidirler.

8. Yazarların dergiye gönderdikleri yazılarının denetimini yapmış oldukları ve bu haliyle basıma hazır olarak verdikleri kabul edilir. Yayın kurulu tarafından yapılan ön incelemede derginin yayın ilkelerine uygun olarak düzenlenmemiş olduğu tespit edilen yazılar hakeme gönderilmeden önce yayın ilkeleri doğrultusunda düzeltilmesi için yazara iade edilir.

9. Yayın kurulunca ilk değerlendirmesi yapılan makaleler kör hakemlik sistemi uyarınca yazar adları metinden çıkarılarak uzman iki hakeme gönderilecek ve onların onayı ile yayımlanabilecektir. Eğer hakemlerden biri olumsuz görüş bildirirse üçüncü bir hakemin görüşüne başvurulacak ve onun görüşü belirleyici olacaktır. Yazarlara makalenin hangi hakeme gönderildiği ile ilgili bilgi verilmez.

10. Hakem raporunda düzeltme istenmesi durumunda yazar tarafından sadece belirtilen düzeltmeler çerçevesinde değişiklikler yapılabilecektir. Hakemden gelen rapor doğrultusunda yazının yayınlanmasına, yazardan rapor çerçevesinde düzeltme istenmesine ya da yazının geri çevrilmesine karar verilecek ve yazar durumdan en kısa sürede haberdar edilecektir.

11. Makalenin sonunda makalede kullanılan kaynakların yazar soyadına göre alfabetik sıraya dizildiği kaynakçaya yer verilmelidir. Kaynakça eserlere yapılan ilk atıflara uygun olarak düzenlenmelidir. Yararlanılan kaynaklara ilişkin metin içindeki atıflar ise her bir sayfa sonunda dipnot olarak gösterilmelidir.

12. Başlıklandırma sistemi şu şekilde olmalıdır: **I. A. 1. a. (a) i.**

Dipnot atıfları aşağıdaki şekilde düzenlenmelidir:

- a. **Kitap atıflarında:**
aa. **Metin içindeki ilk atıflarda:**
ŞANLI, Cemal, **Uluslararası Ticari Akitlerin Hazırlanması ve Uyuşmazlıkların Çözüm Yolları**, 5. Basım, Beta Yayınları, İstanbul, 2013, s. 5.
bb. **Sonraki atıflarda:**
ŞANLI, s. 24.
- b. **Editörlü Kitap atıflarında:**
KARA, Hacı, "Turkish Maritime Law", **Introduction to Turkish Law**, Ed. M. Refik KORKUSUZ, Ankara, Seçkin Yayıncılık, 2016, s. 309.
- c. **Makale atıflarında:**
aa. **Metin içindeki ilk atıflarda:**
TOPUZ, Murat, "6098 Sayılı Türk Borçlar Kanunu Uyarınca Pazarlamacılık Sözleşmesi (TBK m. 448-460)" **MÜHF – HAD**, Y. 2013, C. 19, S. 1, s. 298.
bb. **Sonraki atıflarda:**
TOPUZ, s. 298.
- d. **Elektronik kaynakların atıflarında:**
aa. **Metin içindeki ilk atıflarda:**
GÖZLER, Kemal, "Hukuk Okumak İsteyen Üniversite Adaylarına Fakülte Tercihini Konusunda Uyarılar", (Çevrimiçi) <http://www.anayasa.gen.tr/tercih-rehberi.htm>, E.T. 03.03.2014.
bb. **Sonraki atıflarda:**
BAŞÖZEN, s. 8.
- e. **Aynı yazarın birden çok çalışmasından yararlanılmış ise, çalışmanın ismi, yazarın diğer çalışmalarından ayırt edilmesini sağlayacak şekilde kısaltılarak kullanılmalıdır.**
GÖZLER, **Anayasa Hukukunun...**, s. 76.
- f. **Birden fazla yazar tarafından hazırlanmış çalışmalarda, tüm yazarların ad ve soyadları tam olarak yazılmalıdır.**
KURU, Baki/ ARSLAN, Ramazan/ YILMAZ, Ejder, **Medeni Usul Hukuku (Ders Kitabı)**, 25. Baskı, Yetkin Yayıncılık, İstanbul, 2014, s. 145.
- g. **Sürelî yayında elektronik kaynağa atıf:**
BERRY, John N. , "Educate Library Leaders," **Library Journal**, (Çevrimiçi) <http://www.epnet.com/ehost>, E.T: 3 Nisan 2000.
- h. **Ansiklopediye atıf:**
BOHANNAN, Paul, "Law and Legal Institutions", **International Encyclopedia of Social Sciences**, Vol. IX, Ed. by., David L. Shils, w. Place, McMillan and Free Press, 1968, pp. 73-77.
- i. **Klasik eserlere atıf:**
ARİSTOTELES, **Nikomakhos'a Etik**, s. 22-23.
- j. **Kutsal kitaplara atıf:**
Kur'an-ı Kerim, 49/12.

EDITORIAL POLICY

1. Medeniyet Law Review is a new academic refereed journal, published bi-annually, in January and July, by the Istanbul Medeniyet University Law School.
2. Papers submitted to the journal shall neither have been published nor currently be under evaluation for publishing elsewhere. Having submitted article to the journal, author refers his commitment in this regard.
3. The Journal is published in English; however, papers submitted in Turkish, Arabic, French and German of academic value are also published.
4. The papers submitted to the journal with abstracts consisting of at least 200-250 words and five key words shall be attached to the beginning of the paper. In addition to abstracts of papers for the language it is written, abstracts in English shall also be attached.
5. Each paper should be submitted as a Word document to the editor via CD or e-mail. Papers should be written according to the following style guidelines: **Paper size:** A4, **Top:** 4 cm; **Bottom:** 3 cm; **Left:** 4 cm; **Right:** 3 cm **Text body:** Times New Roman, 12 points, at 1.5 line spacing, justified, **Footnotes:** Times New Roman, 10 points, at 1 line spacing, justified.
6. The title of the paper shall all be written with black uppercase letters. The author's name shall be listed just below to the title and there shall be a mark to the end of the last name, indicating the title of the writer, his/her institutional affiliation and e mail adress.
7. Details of the author's institutional affiliation, full address and other contact information shall also be mentioned in the submissions.
8. All submissions are regarded as ready to publish and already proofread by the author himself or herself. The pre-evaluation of all submissions to Medeniyet Law Review will be performed by the Editorial Board and the the submissions that are unacceptable on the basis of the General Principles of Publication will be send back to the author to be corrected in accordance with the principles of publication.
9. Papers approved through the first evaluation shall be sent to one referee with the name of the writer extracted from the text according to the blind peer review principle and can only be published with his approval.
10. According to the referee's final report, demanding corrections from the author, publishing or rejection of the paper shall be decided and the author shall be informed of the situation as soon as possible.
11. At the end of the paper there shall be a bibliography, arranged in alphabetical order according to the surname of the writer. Bibliography should be arranged in accordance with the first reference to works. Citations in the paper shall be shown in the footnotes at the end of each page.
12. Heading format should be as: **I. A. 1. a. (a) i.**

Footnotes should be arranged as follows:

a. For books:

aa. For the first footnote:

BORN, Gary B., **International Commercial Arbitration**, 2. Edition, Kluwer Law International, 2014, p. 62.

- bb. For following footnotes of the same work:
BORN, p. 62.
- b. For papers:**
 - aa. For the first footnote:
WRIGHT, David, “Another wrong step: equitable compensation following a breach of trust “, **Trusts & Trustees**, Vol. 21, Issue 7, Pp. 825-843, 2015, p. 831.
 - bb. For following footnotes of the same work:
WRIGHT, p. 298.
- c. For web pages:**
 - aa. For the first footnote:
LÖRCHER, Torsten, “Arbitration in Germany”, https://eguides.cmslegal.com/pdf/arbitration_volume_I/CMS%20GtA_Vol%20I_GERMANY.pdf, Access Date: 03.03.2014.
 - bb. For following footnotes of the same work:
LÖRCHER, p. 9.
- d. If multiple works of one author are to be cited in the paper, the name of the cited work should be shortened in the way that allows the distinction of author’s other studies.**
 - CHEMERINSKY, **Constitutional Law...** p. 76.
 - CHEMERINSKY, **Criminal Procedure...**, p. 35.
- e. If studies prepared by multiple authors are to be cited, the names and surnames of all writers should be stated.**
 - aa. For the first footnote:
MILLER, Angharad/OATS, lynne, **Principles of International Taxation**, 25. Edition, Tottel Publishing, 2006, p. 145.
 - bb. For following footnotes of the same work:
MILLER/OATS, s. 145.

İÇİNDEKİLER / CONTENTS

ESKİ VAKIFLAR VE TAVİZ BEDELİ SORUNU <i>Doç. Dr. Ümit Gezder</i>	1
LİBYA VE SURİYE ÖRNEĞİNDE ULUSLARARASI KORUMA SORUMLULUĞU DOKTRİNİ <i>Yrd. Dr. Tülay Yıldırım Mat</i> <i>Ar. Gör. Merve İspirli</i>	33
RECOVERY OF AN INDEMNITY PREMIUM AND LIABILITY FOR DAMAGES IN COMBINED TRANSPORTATION <i>Yrd. Doç. Dr. Hacı Kara</i>	67
RAWLS OR SCHMITT: THE CASE OF RELIGIOUS FREEDOM <i>Mehmet Sercan Ercan</i>	85

ESKİ VAKIFLAR VE TAVİZ BEDELİ SORUNU

Doç. Dr. Ümit Gezder¹

Öz

Bu çalışmada eski vakıflar, yani mülga 743 sayılı Türk Kanunu Medenisinin yürürlüğe girmesinden önce kurulan vakıfların genel itibariyle tasnifi öncelikle yapılmakta ve bu çerçevede hangi vakıfların çalışma konusuna dâhil olduğu belirlenmektedir.

Bu çerçevede çalışmanın asıl odağını, çalışma amacını sahih vakıflar ve gayri sahih vakıflar ayrımının ortaya konması teşkil etmektedir. Bu makalede, bu nedenle, esas itibariyle eski vakıflar; mukataalı ve icareteynli vakıf malları ve taviz bedeli inceleme konusu yapılmakta ve günümüzde davalara da konu olan bu meselede çözüm yolu ortaya konulmaya çalışılmaktadır.

Anahtar kelimeler: Eski vakıflar, taviz bedeli, sahih vakıflar, gayri sahih vakıflar

Abstract

In this study, the main focus is on the classification of old waqfs, that is, the waqfs established before the old Turkish Civil Law no. 743 came

¹İstanbul Medeniyet Üniversitesi Hukuk Fakültesi Medeni Hukuk Anabilim Dalı Öğretim Üyesi, umit.gezder@medeniyet.edu.tr

into force, and on determining which waqfs belong within the frame of the study.

The purpose of the study is to establish the distinction between 'sahih' (valid) and 'gayri sahih' (non-valid) waqfs. In this study, therefore, mainly old waqfs, 'Mukataalı' (property built on waqf land) and 'icareteynli' (double rent) waqf property and the value of compensation for waqfs are being examined, in an attempt at presenting solutions to current legal conflicts.

Key words: old waqfs, sahih waqfs, gayri sahih waqfs

I. Giriş

Bu çalışmanın amacını, esas itibariyle, sahih vakıflar ve gayri sahih vakıflar ayrımının ortaya konması teşkil etmektedir. Zira eski vakıflarla ilgili davalarda oldukça sık rastlanan uyuşmazlıklardan birisi de taviz bedelinden kaynaklanmaktadır. Bu sebeple bu tür uyuşmazlıkları çözmek için mukataalı ve icareteynli vakıf malların mutasarrıfları adına nasıl tasfiye edileceği, bu çerçevede ise taviz bedeli ve onun hukuksal niteliği ve taviz bedelinden kimin ya da kimlerin sorumlu tutulması gerektiğinin ortaya konulması gerekmektedir². Bu Makalede, bu çerçevede, esas itibariyle eski vakıflar; mukataalı ve icareteynli vakıf malları ve taviz bedeli inceleme konusu yapılacaktır.

² Yargıtay 1. Hukuk Dairesi E.1990/4137- K.1990/3707 (<http://www.kararevi.com/karars/659229> (14.03.2013)).

II. Eski Vakıflar, Uygulanacak Mevzuat ve Eski Vakıfların Tasfiyesi

A. Eski vakıflar

1. Kavram

Mademki 27.02.2008 tarihinde yürürlüğe giren 5737 sayılı Vakıflar Kanunu³ m.3'e göre, "**Yeni vakıf**: Mülga 743 sayılı Türk Kanunu Medenisi ile 4721 sayılı Türk Medenî Kanunu hükümlerine göre kurulan vakıfları, ..." ifade etmektedir, mülga 743 sayılı Türk Kanunu Medenisinin yürürlüğe girmesinden önce kurulan vakıfların⁴ hepsini tek bir kavramla ifade için "**eski vakıf**" ibaresi kullanılmaktadır. Hemen belirtelim ki, 5737 sayılı Vakıflar Kanunu, mazbut, mülhak ve cemaat, ayrıca 2762 sayılı Vakıflar Kanunu'nun yürürlüğünden önce kurulmuş esnaf vakıflardan bahsetmektedir. Nitekim 5737 sayılı Vakıflar Kanunu m.3'e göre, "*Bu Kanunun uygulanmasında; Vakıflar: Mazbut, mülhak, cemaat ve esnaf vakıfları ile yeni vakıfları, ifade eder.*"

2. Eski vakıfların tasnifi

Eski vakıflar, yani mülga 743 sayılı Türk Kanunu Medenisinin yürürlüğe girmesinden önce kurulan vakıflar genel itibariyle şu şekilde tasnif edilmektedir:

³ RG. 27.02.2008, S. 26800

⁴ Vakıf kurumunun doğuşu hakkında özellikle bkz.: Hüseyin **Hatemi**, "*Vakıf Kurumuna Hukuk Tarihi Açısından Genel Bir Bakış*", **İHF**M, Cilt 55, Sayı 4 (1997), s. 111 vd.

a. Mahiyetleri bakımından

1) Hayri vakıflar

Hayri vakıflar, geliri tamamen veya kısmen muhtelif hayır şart ve hizmetlerine tahsis edilmiş bulunan vakıflardır. Bunlar, kullanım şekillerine göre, a) Okul, camii gibi, doğrudan doğruya toplumun yararlandığı müesseseler ve b) Gelirinden faydalanılanlar, akarlar, olmak üzere ikiye ayrılmaktadırlar⁵.

2) Zürri vakıflar

Herhangi bir hayır şartı olmayıp, gelirinin tamamı vakfin evlatlarına tahsis edilmiş bulunan vakıflara ise zürri vakıflar denilmektedir. Ancak, nesebin yok olması halinde bir hayri hizmete tahsis edilebilirler⁶.

b. Mülkiyetleri bakımından

1) Sahih vakıflar

Sahih vakıflar, her çeşit maddi varlıklarının mülkiyeti vakfin hükmü şahsiyetine ait olan vakıflardır⁷. Bu konu aşağıda anlatıldığından, burada oraya atıf yapmakla yetinilecektir.

⁵ <http://www.vgm.gov.tr/sayfa.aspx?Id=35> (14.01.2017).

⁶ <http://www.vgm.gov.tr/sayfa.aspx?Id=35> (14.01.2017).

⁷ <http://www.vgm.gov.tr/sayfa.aspx?Id=35> (14.01.2017).

2) Sahih olmayan (gayri sahih) vakıflar

Sahih olmayan vakıflar (gayri sahih vakıflar), Devlet Başkanı veya onun izniyle, Devlet arazisi üzerinde meydana getirilen vakıflardır⁸. Bu konu da aşağıda anlatıldığından, burada oraya atıf yapmakla yetinilecektir.

c. İdareleri Bakımından

1) Mazbut Vakıflar

5737 sayılı Vakıflar Kanunu m.3'e göre, "*Mazbut vakıf: Bu Kanun uyarınca Genel Müdürlükçe yönetilecek ve temsil edilecek vakıflar ile mülga 743 sayılı Türk Kanunu Medenisinin yürürlük tarihinden önce kurulmuş ve 2762 sayılı Vakıflar Kanunu gereğince Vakıflar Genel Müdürlüğüne yönetilen vakıfları, ...*" ifade etmektedir.

2) Mülhak Vakıflar

5737 sayılı Vakıflar Kanunu m.3'e göre, "*Mülhak vakıf: Mülga 743 sayılı Türk Kanunu Medenisinin yürürlük tarihinden önce kurulmuş ve yönetimi vakfedenlerin soyundan gelenlere şart edilmiş vakıfları, ...*" ifade etmektedir.

3) Cemaat ve Esnafa Mahsus Vakıflar

5737 sayılı Vakıflar Kanunu m.3'e göre, "*Cemaat vakfı: Vakfiyeleri olup olmadığına bakılmaksızın 2762 sayılı Vakıflar Kanunu gereğince tüzel kişilik kazanmış, mensupları Türkiye Cumhuriyeti*

⁸ <http://www.vgm.gov.tr/sayfa.aspx?Id=35> (14.01.2017).

vatandaşı olan Türkiye'deki gayrimüslim cemaatlere ait vakıfları, ...” ifade etmektedir.

5737 sayılı Vakıflar Kanunu m.3'e göre, “*Esnaf vakfi: 2762 sayılı Vakıflar Kanununun yürürlüğünden önce kurulmuş ve esnafın seçtiği yönetim kurulu tarafından yönetilen vakıfları, ...” ifade etmektedir.*

d. Kullanım şekilleri bakımından

1) İcare-i vahideli vakıflar

İcare-i vahideli vakıflar, belli bir değer veya süreyle kiraya verilen vakıflardır⁹.

2) İcare-i vahide-i kademeli vakıflar

Bunlar, tespit edilen belli bir icar bedelinin daimî olarak verilmesi halinde meccanen müstecirden hiç alınmayan ve müstecirinin ölümünde icarelik hakkı mirasçılara intikal eden vakıflar olup Cumhuriyet devrinde bu uygulama kalkmıştır¹⁰.

B. Uygulanacak mevzuat

Eski vakıflarla ilgili uyuşmazlıklara hangi mevzuatın uygulanacağı hüküm altına alınmıştır. Nitekim 4721 sayılı Türk Medenî Kanunu ile aynı tarihte, yani 01 Ocak 2002 tarihinde yürürlüğe giren 4722 Sayılı Türk Medenî Kanununun Yürürlüğü ve Uygulama

⁹ <http://www.vgm.gov.tr/sayfa.aspx?Id=35> (14.01.2017).

¹⁰ <http://www.vgm.gov.tr/sayfa.aspx?Id=35> (14.01.2017).

Şekli Hakkında Kanun'un¹¹ “Vakıflar” kenar başlıklı m.8'inin 1.fıkrasına göre, “*Türk Kanunu Medenîsinin yürürlüğe girmesinden önce kurulmuş bulunan vakıflar hakkında yürürlükte olan özel hükümler saklı kalmaya devam eder.*” Şu anda yürürlükte olan özel hükümler ise, 27.02.2008 tarihinde yürürlüğe giren 5737 sayılı Vakıflar Kanunu ile 27.09.2008'de yürürlüğe giren Vakıflar Yönetmeliği'dir¹².

C. Eski vakıfların tasfiyesinin başlangıcı ve günümüzdeki durum

1926 tarihli Kanunu Medeninın Sureti Meriyet ve Şekli Tatbiki Hakkında Kanun'un¹³ “Kanunu medeniden evvel müesses evkaf tesisler” kenar başlıklı 8.maddesine göre, “*Kanunu medeninın meriyete vazından mukaddem vücuda getirilen evkaf hakkında ayrıca bir tatbikat kanunu neşrolunur.*

Kanunu medeninın meriyete vazından sonra vücuda getirilecek tesisler, kanunu medenî ahkâmına tâbidir.”

Kanunu Medeninın Sureti Meriyet ve Şekli Tatbiki Hakkında Kanun'un 8.maddesinin 1.fıkrasından anlaşılacağı üzere, Medenî Kanun'dan önce meydana getirilen vakıflar hakkında ayrı bir tatbikat kanunun yayımlanacağı hükme bağlanmıştır. Bu Tatbikat Kanunu'nun hazırlıkları çerçevesinde tasfiye edilecek vakıfları belirlemek için İsviçreli hukukçu Prof.Leemann davet edilmiştir. 31.08.1929'da bu konu ile ilgili ilk kanun projesi bu hukukçu tarafından meydana

¹¹ RG. 8.12.2001, S. 246007.

¹² RG. 27.09.2008, S. 27010.

¹³ Resmî Ceride ile neşir ve ilâm: 19/V1/1926 - Sayı: 402, No. 864.

getirilmiş ve bu projede “icareteyn ve mukataa usulü” tasfiye edilmiştir. Prof.Leemann bu projesinde çok az değişiklikle, özel bir komisyonun da iştiraki ile 28.09.1929 tarihli ikinci bir proje daha meydana getirmiştir. Bu ikinci proje de tedavül eden vakıflar hakkında ilk proje gibi aynı hükümleri içermektedir¹⁴. İsviçreli Prof.Leemann’ın kanaati, icareteynli ve mukataalı vakıfların tasfiyelerinden başka bir şekilde hallolamayacaklarıydı¹⁵.

İsviçreli Prof.Leemann’ın projeleri üzerinde çalışması için bir Komisyon meydana getirilmiş, bu Komisyon bu projelerde bazı değişiklikler yapmış, sonrasında Hükümet bu son proje üzerinde bazı değişiklikler gerçekleştirmiş ve nihayet 05.06.1935 tarihinde Büyük Millet Meclisi’nde Vakıflar Kanunu meydana getirilmiş ve bu Kanun yayım tarihinden altı ay sonra yürürlüğe girmiştir. 2762 sayı ve 05.06.1935 tarihli bu Vakıflar Kanunu, icareteyn ve mukataa usulünü sona erdirmekte ve mevcut olanları da tasfiye etmektedir (m.26-32)¹⁶. Nitekim Yargıtay da bir kararında, “*Medeni Yasanın kabulünden sonra yasada yer alan vakıf (tesis) ile eski vakıflar arasında bir ikilem meydana gelmiş anılan durumun ve ayrıca amaca aykırı uygulamaların giderilmesi için eski vakıfların günün koşullarına uydurulma zorunluluğu doğmuştur. Bu nedenle, 2762 sayılı (ve şu anda 5737 sayılı (Yazarın Eki)) Vakıflar Yasası yürürlüğe konulmuş; eski mülhak ve*

¹⁴ Bülent Köprülü, “Evvvelki Hukukumuzda Vakıf Nev’iyetleri ve İcareteynli Vakıflar – Fasıl: IV İcareteynli Vakıflar”, İHFM, Cilt 18, Sayı 1-2 (1952), s. 243-244.

¹⁵ Geniş bilgi için bkz.: Köprülü, İcareteynli Vakıflar, s. 244 vd.

¹⁶ Köprülü, İcareteynli Vakıflar, s. 245-246.

mazbut vakıflar yeni bir statüye alınarak, icareteynli ve mukataalı vakıfların tasfiyesi yoluna gidilmiştir."¹⁷ bilgisine yer vermektedir.

2762 sayılı ve 05.06.1935 tarihli Vakıflar Kanunu'nun yerini alan 5737 sayılı Vakıflar Kanunu da icareteynli ve mukataalı vakıfları tasfiye etmektedir. Aşağıda bu tasfiyenin nasıl gerçekleştiği, yani taviz bedeli anlatılmaya çalışılacaktır. Zira icareteynli ve mukataalı vakıf malların mutasarrıfları adına tasfiyesi, mukataalı ve icareteynli taşınmazların serbest tasarrufa terki için alınan bedeli ifade eden taviz bedeli (5737 sayılı Vakıflar Kanunu m.3) alınarak gerçekleştirilmektedir. Nitekim 5737 sayılı Vakıflar Kanunu m.18 f.3'e göre, *"Bu Kanun hükümleri gereğince taviz bedelinin tamamı vakfi adına ödenmedikçe, taşınmaz üzerindeki temlik tasarruflar tapu dairelerince tescil olunmaz."*

III. Taviz Bedeli

A. Tanımı

Taviz bedelinden kaynaklanan uyuşmazlıklarda, *"Kuşkusuz, böyle bir uyuşmazlığın sağlıklı biçimde çözülebilmesi, mukataalı ve icareteynli vakıf malların mutasarrıfları adına nasıl tasfiye edileceğinin, tavizin hukuksal niteliğinin ne olduğunun ayrıca bundan*

¹⁷ Yargıtay 1.HD E.1990/4137- K.1990/3707 (<http://www.kararevi.com/karars/659229> (14.03.2013)).

kimin ya da kimlerin sorumlu tutulması gerektiğinin bilinmesine ve değinilen yönlerin açıkça ortaya konulmasına bağlıdır.”¹⁸

B. İlgili hükümler

Taviz bedelini, 5737 sayılı Vakıflar Kanunu m.3, mukataalı ve icareteynli taşınmazların serbest tasarrufa terki için alınan bedel olarak tarif etmektedir.

5737 Sayılı Vakıflar Kanunu'nun “Taviz bedeli” kenar başlıklı 18.maddesine göre ise, “*Tapu kayıtlarında, icareteyn ve mukataalı vakıf şerhi bulunan gerçek ve tüzel kişilerin mülkiyetinde veya tasarrufundaki taşınmazlar, işlem tarihindeki emlak vergisi değerinin yüzde onu oranında taviz bedeli alınarak serbest tasarrufa terk edilir. Ancak miri arazilerden mukataalı hayrata tahsis edilmeyenler ile aşar ve rüsumu vakfedilen taşınmazlar tavize tâbi değildir. (f.1)*

Taviz bedelinin hesaplanmasında; ortaklığın giderilmesi veya cebri icra yoluyla satılanlarda satış bedeli, kamulaştırmalarda ise kamulaştırma bedeli esas alınır.

Bu Kanun hükümleri gereğince taviz bedelinin tamamı vakfi adına ödenmedikçe, taşınmaz üzerindeki temlikî tasarruflar tapu dairelerince tescil olunmaz.

¹⁸

Yargıtay

1.HD

E.1990/4137-

K.1990/3707

(<http://www.kararevi.com/karars/659229> (14.03.2013)).

Vakıf şerhleri ile ilgili olarak, diğer kanunlarda yer alan zamanaşımı ve hak düşürücü sürelerle ilişkin hükümler uygulanmaz.”

C. Miktarı, ödeme şekli ve tescil

“Taviz bedeli” kenar başlıklı 5737 Sayılı Vakıflar Kanunu’nun 18.maddesinin 1.fıkrasına göre, *“Tapu kayıtlarında, icareteyn ve mukataalı vakıf şerhi bulunan gerçek ve tüzel kişilerin mülkiyetinde veya tasarrufundaki taşınmazlar, işlem tarihindeki **emlak vergisi değerinin yüzde onu oranında taviz bedeli alınarak serbest tasarrufa terk edilir.....”***

Buna göre taviz bedelinin miktarı, ödeneceği tarihteki emlak vergisi değerinin yüzde onu olarak belirlenmiştir.

Kanunda taksitle ödeme düzenlenmediğinden, taviz bedelinin toptan ödenmesi hükme bağlanmıştır, denilebilecektir.

Taviz bedelinin toptan ödenmesi üzerine, taşınmaz üzerindeki temlik tasarruflar tapu dairelerince tescil edilir. Nitekim 5737 Sayılı Vakıflar Kanunu’nun 18.maddesinin 3.fıkrasına göre, *“Bu Kanun hükümleri gereğince taviz bedelinin tamamı vakfi adına ödenmedikçe, taşınmaz üzerindeki temlik tasarruflar tapu dairelerince tescil olunmaz.”*

D. Taviz bedelinin hukukî niteliği

Bir görüşe göre taviz bedeli, bir nev’i taşınmaz yüküne (gayrimenkul mükellefiyetine) (Türk Medenî Kanunu (TMK) m.839

vd.) benzemektedir. Prof.Leemann'ın raporunda da, bu hususa işaret edilmiştir¹⁹.

Yargıtay'a göre, *“Taviz bedeli olarak isimlendirilen ivaza (bedele) dönüştürülen vakıf alacağının icare ve mukataa bedeli olduğu şüphesizdir. Taviz bedeli bir gayrimenkul mükellefiyetidir. Türk Medeni Kanunu nun taşınmaz yükünün (mükellefiyetinin) niteliğini düzenleyen 849. maddesinde taşınmaz malikinin değişmesi halinde yeni malikin başka bir işleme gerek bulunmaksızın taşınmaz yükünün yükümlüsü olacağı belirtilmiştir. Bu nedenle taşınmaz mükellefiyeti niteliğini alan taviz bedelinden, yeni malik yükümlü olup, bundan paydaşlığın giderilmesi davasının tarafları sorumlu tutulamaz.”*²⁰

Diğer bir görüşe göre ise²¹, taviz bedeli TMK'daki taşınmaz yüküne benzese de, evvelce temlik muameleleri zımında tasfiye edilmesi mecburiyetinin kabulü TMK m.849 (EMK m.764) ile kabili telif değildir. Bu görüşe göre, taviz bedeli taşınmaz yüküne benzemekle birlikte, şahsi bir borç ilişkisi doğurduğundan dolayı, taşınmaz yükünden ayrılmaktadır. Bu nedenle, taviz bedelini TMK'da mevcut bulunan müesseselerden birine tam manasıyla ithal etmek mümkün gözükmemektedir.

¹⁹ Köprülü, İcareteynli Vakıflar, s. 249.

²⁰ Yargıtay 6.HD E.2010/12800- (http://www.palmiyeweb.com/IctihatArama.aspx (03.04.2014)).

K.2011/572

²¹ Köprülü, İcareteynli Vakıflar, s. 249 vd.

E. Taviz bedeline tabi taşınmazlar

1. Sahih – gayri sahih vakıf ayırımı

Yargıtay’ın da haklı olarak belirttiği üzere, “...., vakıf şerhini taşıyan tapu kayıtlarının kapsamındaki tüm taşınmazlar için taviz bedeline tabidir denebilecek midir? Elbette, buna mutlak biçimde olumlu yanıt verebilme olanağı yoktur.”²² Her ne kadar mülga 2762 sayılı Vakıflar Kanunu m.27’de, vakfın türüne göre ayırım yapılmaksızın üzerinde taviz şerhi bulunan mevcut mukataalı veya icareteynli vakıf taşınmaz mallardan taviz bedeli alınması hüküm altına alınmış olmasına rağmen, taviz bedelinin sahih vakıflardan alınacağı Yargıtay’ın da yerleşik içtihadı²³ olmuştur. “Yargıtay’ın yerleşmiş içtihatlarına göre taşınmazdaki vakıf şerhine dayanılarak taviz bedeli istenebilmesi; ilgili vakfın sahih vakıflardan olması koşuluna bağlıdır. Gayri sahih vakıflar yönünden taviz bedeli istemenin hukuksal bir dayanağı bulunmamaktadır.”²⁴

Yürürlükte bulunan 5737 sayılı Vakıflar Kanununun düzenlemesi, Yargıtay’ın yerleşmiş içtihatlarına da uygundur. Nitekim yürürlükte bulunan 5737 sayılı Vakıflar Kanunu m.18 f.1 c.1’de, tapu kayıtlarında, icareteyn ve mukataalı vakıf şerhi bulunan taşınmazların taviz bedeline tabi olduğu hüküm altına alındıktan sonra, m.18 f.1

²² Yargıtay 1.HD E.1990/4137, K:1990/3707 (http://www.kararevi.com/karars/659229 (14.03.2013)).

²³ Mesela bkz.: Yargıtay 1.HD E.1990/4137, K.1990/3707 (http://www.kararevi.com/karars/659229 (14.03.2013)).

²⁴ Bkz.: yukarıda anılan Yargıtay 3.HD’nin, 02.05.2011 tarih ve 2011/2126 E., 2011/7534 K. sayılı kararı.

c.2’de miri arazilerden mukataalı hayrata tahsis edilmeyenler ile aşar ve rüsümü vakfedilen taşınmazların tavize tâbi olmadığı, yani bunlardan taviz bedelinin alınmayacağı açık bir şekilde hükme bağlanmıştır. Buna göre, 5737 sayılı Vakıflar Kanunu m.18’e göre, miri arazilerden mukataalı hayrata tahsis edilmeyenler ile aşar ve rüsümü vakfedilen taşınmazlar, taviz bedeline tabi değildir.

Şu hâlde, vakıf şerhinin kaldırılmasında taviz bedeli ödenip ödenmeyeceğinin tespitinde, öncelikle vakıf konusu taşınmazın mülkiyetinin ve bütün tasarruf hakkının vakfedilmiş olup olmadığının belirlenmesi gerekmektedir. Bu nedenle vakfedilen malvarlığının mülkiyetine göre yapılan sahih vakıf – gayri sahih vakıf ayrımı ortaya konmalıdır²⁵. Bu durumda taşınmazın sahih vakıflardan olduğu anlaşılırsa 5753 sayılı Vakıflar Kanunu m.18’de hüküm altına alınan taviz bedeline tabi olduğu, eğer aksi, yani sahih vakıflardan olmadığı tespit edilirse taviz bedeline tabi olmadığı söylenebilecektir.

Hemen belirtelim ki mülkiyet konusu olan malvarlığından yapılan vakıflar için sahih (dar anlamda vakıflar), Beytül-mal’den yapılan tahsisler için ise, “tahsisat kabilinden vakıf”, “tahsis ve irsad kabilinden vakıf” veya geniş anlamda vakıf karşılığı olarak “gayri sahih vakıf” terimi kullanılmıştır²⁶. Bir vakfın “sahih” veya “gayri sahih” vakıf olduğundan bahsetmek, yanlış anlamlara yol açabilir. “Gayri

²⁵ Ömer Çınar, “Taviz Bedeli ve İcareteynli ve Mukataalı Vakıfların Tasfiyesi”, EÜHFD, C. XV, S. 1–2 (2011), s. 106-107.

²⁶ Hatemi, s. 116.

sahih vakıf”, batıl veya iptali gerekli tahsis işlemine delalet etmez. Vakfın malvarlığında taşınmazlar veya bir taşınmaz varsa ve taşınmaz veya taşınmazlar miri araziden iseler, bu tahsis Sultan’ın izniyle yapılabilir. Ancak, vakıf değil de bu taşınmazlar “gayri sahih vakıf mal” sayılırlar. Ancak vakfın malvarlığındaki bu taşınmazlar özel mülkiyet konusu taşınmazlardan ise bunlara “sahih vakıf” denir. Buradaki “gayri sahih” terimi, bugün kullandığımız terimlerle “batıl, kesin hükümsüz” vs. değil, “geniş anlamda vakıf mal” anlamındadır. Şu hâlde, bir vakfın sahih ve/veya gayri sahih vakıf malları olabilecektir, yoksa bu vakıf sahih veya gayri sahih vakıftır, denemeyecektir.

Nitekim Yargıtay²⁷, *“Vakfiye kapsamındaki her taşınmazın coğrafi ve hukuki durumları ayrı ayrı olacağından bu taşınmazların kadim köy, kasaba ya da şehir içindeki mülk topraklar içinde olup olmadığı vs. hususların keşfen ve uzman bilirkişiler marifetiyle saptanmalıdır.*

Bütün bunlardan anlaşılacağı üzere vakıf türünün belirlenmesi ve belirlenen vakıf türüne göre çekişmeli taşınmazda vakfın bir hakkının kalıp kalmadığının taviz bedeli ödenip ödenmeyeceğinin hiç bir kuşkuya yer bırakmadan saptanması bu tür davalarda önem kazanmaktadır. Vakfiye örneği ve ilk tesisten itibaren durumu gösterir tapu kaydı celbedilerek yukarıda anlatılan ilkeleri kapsar biçimde bilirkişi görüşüne başvurulduktan sonra sonucuna uygun bir hüküm

²⁷ Yargıtay 3.HD E.2012/18337- K.2012/22880 (<http://www.palmiyeweb.com/IctihatArama.aspx> (03.04.2014)).

kurulması gerekirken eksik inceleme ve araştırma ile yazılı şekilde karar verilmiş olması doğru görülmemiş bozmayı gerektirmiştir....” hükmünü vermiştir.

Buna göre, sahih ve gayri sahih vakıf malların ortaya konulması gerekmektedir.

2. Miladi 1858 tarihli Arazi Kanunnamesi’ne göre Osmanlı Devletinde arazilerin sınıflandırılması

a. Genel olarak

Hicri 1274 (Miladi 1858) tarihli mülga Arazi Kanunnamesi’nin²⁸ (“M.1858 tarihli Arazi Kanunnamesi” olarak anılacaktır.) 1.maddesi şöyledir: “*Memaliki Devleti âliyede olan arazi beş kısımdır. Kısmı evvel arazi-i memlûke, yani berveçhi mülkiyet tasarruf olunan yerlerdir. Kısmı sani arazi-i emiriyedir. Kısmı salis, arazi-i mevkufedir. Kısmı rabi, arazi-i metrûkedir. Kısmı hamis, arazi-i mevattır.*”²⁹

Buna göre M.1858 tarihli Arazi Kanunnamesi memleket topraklarını beş kısma ayırmıştı: Arazi-i memlûke (mülk topraklar), Arazi-i emiriye (Arz-ı memleket, miri topraklar), Arazi-i

²⁸ Arazi Kanunnamesi’nin oluşumu ve Arazi Kanunnamesi’nden önceki durum hakkında bilgi için bkz.: Bülent **Köprülü**, “*Evvelki Hukukumuzda Vakıf Nev’iyetleri ve İcareteynli Vakıflar*”, **İHFM**, Cilt 17, Sayı 3-4 (1951), s. 685 vd.

²⁹ Bkz.: **Köprülü**, **İHFM**, s. 690, dnt. 8.

mevkufe-i sahiha (sahih vakıflar), Arazi-i metrûke (metrûk topraklar), Arazi-i mevat (ölü topraklar)³⁰.

b. Tâbi oldukları hukukî rejime göre ayırım

Yukarıda da belirtildiği gibi, M.1858 tarihli Arazi Kanunnamesi m.1, Osmanlı Devletinde araziyi, tâbi oldukları hukukî rejime göre 5 kısma ayırmaktadır. Bunlar;

1) Mülk Arazi (arazi-i memluke; mülk topraklar);

2) Miri Arazi (arazi-i miriye, arazi-i emiriye): Rakabesi (çıplak mülkiyeti) Beytül-male ait olmak üzere, tasarrufu fertlere; tefviz ve ihale olunan arazidir. Tarla, çayır, yaylak, kışlak, koru gibi yerler miri araziden sayılır (M.1858 tarihli Arazi Kanunnamesi m.3).

Miri arazi, devletçe, işletilmek üzere reayaya tefviz edilmektedir. Tefviz muamelesinin hukuki mahiyeti tartışmalıdır. Mutasarrıfın istifade hakkı mirasçılara intikal eder. Mirasçılar, Tapu ödeyenler ve ödemeyenler olmak üzere ikiye ayrılır. Mutasarrıf, tasarruf hakkını devletin izni ile başkasına ferağ edebilir. Mutasarrıf, bir kısım hukuki muameleleri hiç yapamaz; bir kısım hukuki muameleleri de ancak yetkili memurunun izni ile yapabilir.

3) Vakıf Arazi (arazi-i mevkufe): Bunu aşağıda ayrı bir başlıkta ele aldığımızdan, burada oraya atıfla yetiniyoruz.

4) Metruk Arazi (arazi-i metrûke);

5) Ölü Arazi (arazi-i mevat; ölü topraklar)³¹.

³⁰ Köprülü, İHFM, s. 690.

³¹ Bkz.: Halil Cin, “Osmanlı Toprak Hukukunda Miri Arazinin Hukukî Rejimi ve Bu Arazinin TMK. Karşısındaki Durumu”, AÜHF, 1965-1966, 22-23-01-04, s. 750-751; Köprülü, İHFM, s. 690.

c. *Vakıf Arazi (arazi-i mevkufe)*

1) M. 1858 tarihli Arazi Kanunnamesi hükmü

M. 1858 tarihli Arazi Kanunnamesi'nin 1.maddesinin Osmanlı Devleti'nde araziyi, tâbi oldukları hukukî rejime göre ayırdığı 5 kısımda 3. Kısmı vakıf arazi, yani arazi-i mevkufe teşkil etmektedir.

Buna göre M. 1858 tarihli Arazi Kanunnamesi'nin üçüncü nev'i toprak kategorisini, evkaf-ı sahiha, yani sahih vakıflar teşkil etmektedir. “Vakıflar, bir kimsenin mülkiyeti altında bulunan bir malı (mülk ayın) Allah'ın mülkü hükmünde olmak üzere, temlik ve temellükten men ve mahbus kılmakla meydana gelmektedirler.”³² Eski hukukumuzda “*Vakıf, menfaati insanlara ait olmak üzere ve bir zaman süresi ile tahdit edilmeksizin mülk bir malı temlik ve temellükten haps ve men eylemdir.*” diye tanımlanmaktadır³³.

2) Sahih vakıflar

Sahih vakıf, mülk araziden oluşan vakıftır³⁴. Buna göre, muayyen bir gayeye tahsis edilmiş olan ve mülk topraklardan meydana gelen vakıflara sahih vakıflar denir³⁵.

Mademki sahih vakıf mülk araziden oluşan vakıftır, mülk arazinin ne olduğu ortaya konulmalıdır. M.1858 tarihli Arazi Kanunnamesi'ne göre mülk arazi (arazi-i memluke; mülk topraklar),

³² Köprülü, İHFM, s. 697.

³³ Köprülü, İHFM, s. 699-700; ayrıca bkz.: Hatemi, s. 114.

³⁴ Yargıtay 1.HD E.1990/4137– K.1990/3707 (<http://www.kararevi.com/karars/659229> (14.03.2013)).

³⁵ Cin, s. 750.

mutasarrıfının mülkü olan, yani rakabe ve tasarruf yetkisini ihtiva eden mutlak ve inhisarı mülkiyet hakkının üzerinde istimal edildiği topraklardır. M.1858 tarihli Arazi Kanunnamesi, bu toprakları 4 kısma ayırmaktadır:

a) Eski köy ve kasaba dâhilinde bulunan arsalarla, bunların kenarlarında bulunup da süknanın tamamlayıcısı mahiyetinde olup ve yarım dönümü geçmeyen (800 arşın) topraklar;

b) Mülk topraklarından ikincisini, miri araziden ifraz edilip, temlik-i sahih ile fertlere verilen topraklar oluşturmaktadır. Bu tür arazi, aslında miri arazi olup, temlik ile nev'i mahiyetini değiştirmektedir³⁶. Temlik-i sahih, bu günkü satış sözleşmesidir³⁷.

c) Öşürlü Arazi (arazi-i öşriyye): Öşre tabi olan araziden her hasılatın onda biri, öşür olarak devlet tarafından alınmaktaydı³⁸. Bunlar, mülkiyeti müslümanlara ait olan topraklardı. Bugünkü anlamda bunlar, ferdi mülkiyet konusu olan topraklardı. Bu arazinin maliki, üzerinde istediği gibi tasarruf edebilirdi³⁹.

d) Mülk topraklardan dördüncüsünü, arazi-i haraciyye (haraca tabi topraklar) teşkil etmektedir. Bu topraklar da bugünkü anlamda ferdi mülkiyet konusu olan topraklardı⁴⁰.

³⁶ Bkz.: **Köprülü**, İHFM, s. 691; **Cin**, s. 750.

³⁷ **Cin**, s. 750.

³⁸ Bkz.: **Köprülü**, İHFM, s. 692.

³⁹ **Cin**, s. 749.

⁴⁰ Bkz.: **Cin**, s. 749; **Köprülü**, İHFM, s. 692-693. Arazi-i öşriyye veya haraciyyeden bir yerin maliki tarafından vakfedilmesi ile o yerin öşr ve haracı sakıt olmazdı. Buna göre bir mahalde sahih vakıf ile tahsisat kabilinden olan gayri sahih vakıf içtima edebilirdi. Nitekim arazi-i memlûkeden biri maliki tarafından sahih vakıf ile vakf olunduktan sonra, onun beytülmale ait olan hasılatı sultan tarafından bir cihete vakf ve tahsis buyurulsa, bir mahalde sahih vakıf ile tahsisat kabilinden olan gayri sahih

M.1858 tarihli Arazi Kanunnamesi, mülk arazinin tanzimini Fıkıh ahkâmına bırakmıştır (M.1858 tarihli Arazi Kanunnamesi m.2). Buna göre bu kategori hakkında, M.1858 tarihli Arazi Kanunnamesi hükümleri tatbik olunmaz; bunlar Fıkıh hükümlerine tâbidir. Sahih vakıfların, yani belirli bir amaca tahsis edilmiş olan ve mülk topraklardan meydana gelen vakıfların idaresi, her türlü hukuki işlemleri, vakfın şartlarına göre, vakfın mütevellisi tarafından yerine getirilir⁴¹. Ancak, M.1858 tarihli Arazi Kanunnamesi m.2’de belirtildiği gibi, rakabesi (kuru mülkiyeti) ve bütün tasarruf hakkı vakfın tüzel kişiliğine aittir⁴².

3) Vakfın meydana gelmesinin şartları

a) Genel olarak

Evvelki hukukumuzda göre bir vakfın meydana gelebilmesi için gerekli olan şartlar, vakfedene, mala, vakıftan yararlanacak olanlara ve tasarrufun şekline göre ayırımı gerekli kılmaktadır. Ancak burada konumuz itibariyle bunlardan mala ilişkin şartlar ele alınacaktır⁴³.

b) Mala (mevkufa) ilişkin şartlar

Evkaf-ı sahihada mevkufun (vakfedilen şeyin) mülk mahiyetinde akar olması şarttır. Menkuller kural olarak vakfa konu

vakıf içtima etmiş olurdu (Ömer Hilmi **Karînâbâdîzâde**/İsmet **Sungurbey, Eski Vakıfların Temel Kitabı**, İstanbul Üniversitesi Yayınları, İstanbul 1978, s. 51-52).

⁴¹ **Cin**, s. 750; ayrıca bkz.: <http://www.vgm.gov.tr/sayfa.aspx?Id=35> (14.01.2017).

⁴² <http://www.vgm.gov.tr/sayfa.aspx?Id=35> (14.01.2017).

⁴³ Diğer koşullar için bkz.: **Köprülü**, İHFM, s. 700 vd.

olamazlar⁴⁴. Buna göre bir yerin sahihan vakfolunabilmesi için ya kasaba ve köy içinde bulunan mülk arsalardan veya arazii öşriyye veya arazii haraciyyeden veya mülk olmak üzere ihya kılınan mevattan olmak veyahut beytülmalından sahihen temellük edilmiş bulunması gerekmektedir⁴⁵.

Arazii öşriyye ve haraciyye vakfedilmekle öşür ve haraç sakit olmayacağı gibi arazii emiriyyeden olan bir mahal temlik sahih ile temlik olunduktan sonra maliki tarafından vakfolunsa aşarı sakit olmazdı⁴⁶.

Mülk akarın ancak aynı vakıf olunabildiğinden, mesela, bir gayrimenkulün mücerred iradı vakfa konu olamazdı⁴⁷.

Evkaf-ı sahihada tamamen sahih vakıf hükümleri cereyan ederdi⁴⁸.

İcareteynli vakıflar da mutasarrıf tarafından vakf olunamazlardı. Keza, miri topraklar üzerinde rakabe sahibinin izni olmadan yapılan inşaat ve dikilen ağaçlar da vakfa konu olamamaktaydı⁴⁹.

4) Evvelki hukukta sahih vakıfların çeşitleri

a) Genel olarak

Aşağıda sahih vakıfların çeşitleri ele alınacaktır. Bunlar, gayri sahih vakıflar ile karıştırılmamalıdır. Bunu önlemek için, sahih vakıflar

⁴⁴ İstisnalar için bkz.: **Köprülü**, İHFM, s. 701-702.

⁴⁵ Ali Himmet **Berki**, **Vakıflar**, ikinci tab'ı, Aydınlık Basımevi, İstanbul 1946, s. 17.

⁴⁶ **Berki**, s. 18; **Karînâbâdîzâde/Sungurbey**, s. 51-52.

⁴⁷ **Köprülü**, İHFM, s. 702; bu konuda özellikle bkz.: **Karînâbâdîzâde/Sungurbey**, s. 20.

⁴⁸ **Berki**, s. 18.

⁴⁹ **Köprülü**, İHFM, s. 702.

tabiri kullanılacaktır⁵⁰. Gayri sahih vakıflar ise, aşağıda ayrıca ele alınacaktır. Hemen belirtelim ki bir taşınmazın coğrafi mekânı da o taşınmazın sahih vakıflardan olup olmadığı yönünde yol gösterici olmaktadır. Zira, öncelikle köy, kasaba ya da şehir içindeki mülk topraklarda vakfedilen taşınmazlar sahih vakıflardan sayılmaktadır⁵¹.

b) Aynı ile intifa olunan vakıflar

Aynı ile intifa olunan vakıflara, müessesat-ı hayriye denilmektedir. Bunlar, camiler, medreseler, mektepler, sebiller, kütüphaneler, misafirhaneler, hastaneler, kuyular gibi müesseselerden oluşmaktadır⁵².

c) Aynı ile intifa olunmayan sahih vakıflar

Bu kategoriye giren vakıflar, istiğlal ve icarları nazara alınarak dört kısma ayrılmışlardır⁵³.

i. İcare-i vahideli vakıflar

İcare-i vahideli vakıflar, yani tek kira akdi ile irat getiren vakıflar, ay ve sene gibi muvakkat bir zaman için, doğrudan doğruya, vakıf tarafından kiraya verilen veya idare olunan mahallerdir⁵⁴.

⁵⁰ Köprülü, İHFM, s. 707, dnt. 1.

⁵¹ Bkz.: İsmet **Sungurbey/Neclâ Giritlioğlu**, “Hukuk Tarihimizde Eşi Görülmemiş Bir Yasama Skandalı”, **Yasa Hukuk Mevzuat ve İçtihat Dergisi**, C.XV, Sayı:170/1 (Şubat/1996), s. 22.

⁵² Bkz.: **Köprülü**, İHFM, s. 707-708.

⁵³ Bkz.: **Köprülü**, İHFM, s. 708.

⁵⁴ Geniş bilgi için bkz.: **Köprülü**, İHFM, s. 708 vd.

ii. İcareteynli vakıflar⁵⁵

Aynı ile intifa olunmayan, yani varidatı ile istifade olunan vakıfların ikinci kısmını icareteynli vakıflar oluşturmaktadır. Bu vakıflarda, gayrimenkulün kıymetine yakın bir para (muaccele) ve her yıl da muayyen bir müeccele istifa olunmaktaydı. Burada iki icar durumu söz konusudur. Verilen muaccele ile vakfin ihyası yoluna gidilmekteydi. Buna göre Vakıf İdaresi aldığı muaccele ile harap vakıf mahallini imar etmekle yükümlüydü. Oysa mukataalı vakıflarda, harap vakfı Vakıf İdaresi değil, mütesarrıf imar ederdi⁵⁶.

5737 sayılı Vakıflar Kanunu m.3, **icareteynli vakfı**, değerine yakın peşin ücret ve ayrıca yıllık kira alınmak suretiyle süresiz olarak kiralanan vakıf taşınmazları olarak tarif etmektedir.

“İcareteynde ise; vakıf binaların yanması ve vakıf tarafından tekrar inşa için ekonomik gücün yaratılmaması veya kısa süre ile kiralananmasının da mümkün olmaması (kısa süreli kiralamaya talip çıkmaması) nedeniyle bir tür süresiz kiraya benzeyen usule gidilmiş; kiracısından kıymetine eşit "muaccele" denilen peşin bir bedel alınıp yanan bina, vakıf tarafından yeniden inşa ve tamir ettirilerek, her sene "muaccele" denilen küçük bir bedel karşılığında süresiz olarak (kiracılara) bırakılmıştır. Kira parasını ödeyerek hak kazanan kimseye de mutasarrıf denilmiştir. Tasarruf hakkının ölümle mirasçılara intikal

⁵⁵ Bu konuda geniş bilgi için bkz.: **Köprülü**, İcareteynli Vakıflar, s. 215 vd.

⁵⁶ **Köprülü**, İHFM, s. 710.

*edeceği de öngörülmüştür (Bkz., A.H.B., İkinci Kitap, Ankara, S: 106 vd.; Dr. S.B., Aynı Haklar, Cilt: 1 , s: 74 vd.).*⁵⁷

iii. Mukataalı vakıflar

İcareteynli vakıflar gibi, mukataalı vakıflar da zaruretler sonucu meydana gelmiştir. Mukataa ile icarın yapılabilmesi için ortada bir zaruret halinin mevcudiyeti gerekmektedir. İcare-i vahideli bir vakfı, vakfın mütevellisi kendiliğinden mukataa şekline tahvil edememekte, hâkimin ve ayrıca sultanın izninin istihsaline ihtiyaç bulunmaktaydı⁵⁸.

2762 sayılı ve 05.06.1935 tarihli Eski Vakıflar Kanunu mukataa usulünü ilga etmiş ve mevcutlarının da tasfiyesi yoluna gitmiştir⁵⁹. 5737 sayılı ve 27.02.2008 tarihli Vakıflar Kanunu da mevcutlarının tasfiyesine devam etmektedir.

5737 sayılı Vakıflar Kanunu m.3, **mukataalı vakfı**, zemini vakfa, üzerindeki yapı ve ağaçlar tasarruf edene ait olan ve kirası yıllık olarak alınan vakıf taşınmazları olarak tarif etmektedir.

“Mukataada, vakıf taşınmaz, kendi olanaklarıyla vakıf tarafından inşa ve onarılmasının mümkün olmaması sebebiyle bina yapmak; ağaç, bağ kütüğü veya bağ çubuğu dikmek ve bunların durması karşılığında vakfa her sene maktu bir zemin kirası ödenmek suretiyle kiralanmış; bu suretle yapılan bina ve dikilen ağaçlar yapanın

⁵⁷ Yargıtay 1.HD E.1990/4137- K.1990/3707
(<http://www.kararevi.com/karars/659229> (14.03.2013)).

⁵⁸ Köprülü, İHFM, s. 710-711.

⁵⁹ Köprülü, İHFM, s. 716.

veya dikenin malı sayılmış ve ölümü ile de bunların varislerine geçeceği, mukataanın yani kira karşılığının verildiği sürece mukavelenin fesh edilemeyeceği ve arazi üzerine yapılan muhdesatın kaldırılamayacağı kabul edilmiştir.”⁶⁰

iv. İcare-i vahide-i kadimeli vakıflar

İcare-i vahide-i kadimeli vakıflar, yani evvelce tek icareli olan vakıflar, icareteyn statusüne tabidirler⁶¹.

F. Taviz bedelinin istifa olunamadığı haller

1. Genel olarak

Taviz bedellerini ödeyerek rakabe mülkiyetini tasfiye, sadece tedavül kabiliyetini haiz olan sahih vakıflarda cereyan etmektedir. “Arazi-i emiriyye-i mevkufede” ya da M.1858 tarihli Arazi Kanunnamesi’nin deyimiyile kısaca “araz-i mevkufede” taviz bedeli söz konusu olmamaktadır⁶².

M.1858 tarihli Arazi Kanunnamesi’nin 121. maddesinde ve “Ahkamülevkaf”ın 63. meselesinde⁶³, vakfedilecek şeyin vakfedenin mülkü olması gerektiği şart koşulduğundan, araz-i emiriye “sahih” olarak vakfedilemiyordu. Bu nedenle araz-i emiriyyede ancak “tahsis

⁶⁰ Yargıtay 1.HD E.1990/4137- K.1990/3707 (http://www.kararevi.com/karars/659229 (14.03.2013)).

⁶¹ Geniş bilgi için bkz.: **Köprülü**, İHFM, s. 716.

⁶² Bkz.: **Köprülü**, İcareteynli Vakıflar, s. 251; İsmet **Sungurbey**, **Eski Vakıfların Yeni Sorunları (Yazarın Bundan Önceki Kitaplarına Kimi Eklerle)**, Kent Basım, İstanbul 2001, s. 178.

⁶³ Bkz.: **Karînâbâdîzâde/Sungurbey**, s. 21.

ve irsad kabilinden vakıf” denilen “gayri sahih vakıf” söz konusu olabiliyordu⁶⁴.

Tahsisat kabilinden olan bu vakıflarda rakabe mülkiyeti devlete aittir. Bu kabil gayri sahih vakıflarda **devlet, her zaman tahsisi iptal etme hakkına sahiptir**. Bu nedenle, bu gayeye ulaşabilmek için tasfiye halinde muayyen bir ivazın tediyesine gerek görülmemiştir⁶⁵.

2. Gayri sahih vakıflar

Gayri sahih vakıflar, Osmanlı Sultanları ya da onların izni ile başkaları tarafından miri arazi üzerinde meydana getirilen vakıflardır. Şu hâlde miri (Devlete ait) arazinin ne olduğunu incelemek lazımdır. M.1858 tarihli Arazi Kanunnamesi’ne göre, miri Arazi (arazi-i miriye): Rakabesi (çıplak mülkiyeti) Beytülmale ait olmak üzere, tasarrufu fertlere; tefviz ve ihale olunan arazidir. Tarla, çayır, yaylak, kışlak, koru gibi yerler miri araziden sayılır (M.1858 tarihli Arazi Kanunnamesi m.3)⁶⁶.

Miri arazi, devletçe, işletilmek üzere reayaya tefviz edilmektedir. Tefviz muamelesinin hukukî niteliği tartışmalıdır. Mutasarrıfın istifade hakkı mirasçılara intikal eder. Mirasçılar, Tapu ödeyenler ve ödemeyenler olmak üzere ikiye ayrılır. Mutasarrıf, tasarruf hakkını devletin izni ile başkasına ferağ edebilir. Mutasarrıf,

⁶⁴ **Sungurbey**, s. 178.

⁶⁵ **Köprülü**, İcareteynli Vakıflar, s. 251.

⁶⁶ **Cin**, s. 751; ayrıca bkz.: **a.g.e.**, s. 755.

bir kısım hukukî işlemleri hiç yapamaz; bir kısım hukukî işlemleri de ancak yetkili memurunun izni ile yapabilir⁶⁷.

Buna göre, miri (Devlete ait) araziden olan bir yerin aşar veya rüsumu gibi yararlanma hakkı vakfedilirse, buna da sahih olmayan vakıf, yani gayri sahih vakıf ismi verilmektedir. Burada arazinin rakabesi (kuru mülkiyeti) Devlete aittir. Buna vakıf denmesinin nedeni devamlı bir tahsis olmasından ileri gelmektedir. Bunlara, yukarıda da belirtildiği gibi, "Tahsisat Kabilinden Vakıf" veya "İrsadi Vakıf" ismi de verilmektedir. Bu konuda ayrıntılı bilgi M.1858 tarihli Arazi Kanunnamesi'nin 4.maddesinde ve Ahkâm'ül Evkaf'ın 137.meselesinde⁶⁸ yer almıştır⁶⁹. Buna göre Osmanlı Sultanları ya da onların izni ile başkaları, M.1858 tarihli Arazi Kanunnamesi'nin 4.maddesinin 2.fıkrasında da belirtildiği üzere, araz-i emiriyyede üç türlü "tahsis ve irsad" yapabildiklerinden, araz-i emiriyye-i mevkufe'nin, yani tahsis ve irsat kabilinden gayri sahih vakıfların, üç türü söz konusu olabilmekteydi⁷⁰:

1. Araz-i emiriyye'nin sadece aşar (toprağın ürününün onda biri) gibi vergi ve resimleri bir hayır cihetine tahsis edilebilirdi. Araz-i emiriyye-i mevkufe'de en sık rastlanan bu durumdur⁷¹.

⁶⁷ Cin, s. 751.

⁶⁸ Bkz.: **Karînâbâdîzâde/Sungurbey**, s. 49-50.

⁶⁹ <http://www.vgm.gov.tr/sayfa.aspx?Id=35> (14.01.2017).

⁷⁰ **Sungurbey**, s. 178; Yargıtay 1.HD E.1990/4137- K.1990/3707 (<http://www.kararevi.com/karars/659229> (14.03.2013)).

⁷¹ **Sungurbey**, s. 178; Yargıtay 1.HD E.1990/4137- K.1990/3707 (<http://www.kararevi.com/karars/659229> (14.03.2013)).

2. Araz-i emiriyye'nin sadece tasarruf hakkı bir hayır cihetine tahsis edilebilirdi. Bu durumda aşar devlete ödenirdi. Fertlere devir söz konusu değildi.
3. Araz-i emiriyye'nin hem tasarruf hakkı hem de aşar gibi vergi ve resimleri bir hayır cihetine tahsis edilebilirdi. Bu durumda arazinin tasarruf hakkına sahip olduğu gibi, Devlete aşar ya da başkaca bir vergi ve resim ödenmezdi⁷².

Bu üç kısımdan ancak birinci kısımda, M.1858 tarihli Arazi Kanunnamesi hükümleri uygulanır. Diğer iki kısımda tasarruf hakkı, taraf-ı vakfa ait olduğundan onlarda M.1858 tarihli Arazi Kanunnamesi hükümleri uygulanmaz⁷³.

Sonuç

Bir vakfin “sahih” veya “gayri sahih” vakıf olduğundan bahsetmek, yanlış anlamlara yol açabilir. “Gayri sahih vakıf”, batıl veya iptali gerekli tahsis işlemine delalet etmez. Vakfin malvarlığında taşınmazlar veya bir taşınmaz varsa ve taşınmaz veya taşınmazlar miri araziden iseler, bu tahsis Sultan'ın izniyle yapılabilir. Ancak, vakıf değil de bu taşınmazlar “gayri sahih vakıf mal” sayılırlar. Ancak vakfin malvarlığındaki bu taşınmazlar özel mülkiyet konusu taşınmazlardan ise bunlara “sahih vakıf” denir. Buradaki “gayri sahih” terimi, bugün kullandığımız terimlerle “batıl, kesin hükümsüz” vs. değil, “geniş

⁷² **Sungurbey**, s. 179; ayrıca bkz.: **Cin**, s.749-750; Yargıtay 1.HD E.1990/4137-K.1990/3707 (<http://www.kararevi.com/karars/659229> (14.03.2013)).

⁷³ **Karînâbâdîzâde/Sungurbey**, s. 50.

anlamda vakıf mal” anlamındadır. Şu hâlde, bir vakfın sahih ve/veya gayri sahih vakıf malları olabilecektir, yoksa bu açıdan, bu vakıf sahih veya gayri sahih vakıftır, denemeyecektir.

Nitekim Yargıtay⁷⁴, “*Vakfiye kapsamındaki her taşınmazın coğrafi ve hukuki durumları ayrı ayrı olacağından bu taşınmazların kadim köy, kasaba ya da şehir içindeki mülk topraklar içinde olup olmadığı vs. hususların keşfen ve uzman bilirkişiler marifetiyle saptanmalıdır.*

Bütün bunlardan anlaşılacağı üzere vakıf türünün belirlenmesi ve belirlenen vakıf türüne göre çekişmeli taşınmazda vakfın bir hakkının kalıp kalmadığının taviz bedeli ödenip ödenmeyeceğinin hiç bir kuşkuya yer bırakmadan saptanması bu tür davalarda önem kazanmaktadır. Vakfiye örneği ve ilk tesisten itibaren durumu gösterir tapu kaydı celbedilerek yukarıda anlatılan ilkeleri kapsar biçimde bilirkişi görüşüne başvurulduktan sonra sonucuna uygun bir hüküm kurulması gerekirken eksik inceleme ve araştırma ile yazılı şekilde karar verilmiş olması doğru görülmemiş bozmayı gerektirmiştir...” hükmünü vermiştir.

Bibliyografya

Berki, Ali Himmet : **Vakıflar,** ikinci tab’ı, Aydınlık

⁷⁴ Yargıtay 3.HD E.2012/18337- K.2012/22880
(<http://www.palmiyeweb.com/IctihatArama.aspx> (03.04.2014)).

- Basımevi, İstanbul 1946.
- Cin, Halil** : “*Osmanlı Toprak Hukukunda Miri Arazinin Hukukî Rejimi ve Bu Arazinin TMK. Karşısındaki Durumu*”, **AÜHF**, 1965-1966, 22-23-01-04, s. 745 vd.
- Çınar, Ömer** : “*Taviz Bedeli ve İcareteynli ve Mukataalı Vakıfların Tasfiyesi*”, **EÜHFD**, C. XV, S. 1-2 (2011), s. 105 vd.
- Hatemi, Hüseyin** : “*Vakıf Kurumuna Hukuk Tarihi Açısından Genel Bir Bakış*”, **İHFM**, Cilt 55, Sayı 4 (1997), s. 111-128.
- Karînâbâdîzâde, Ömer Hilmi/ Sungurbey, İsmet** : **Eski Vakıfların Temel Kitabı**, İstanbul Üniversitesi Yayınları, İstanbul 1978.
- Köprülü, Bülent** : “*Evvelki Hukukumuzda Vakıf Nev’iyetleri ve İcareteynli Vakıflar*”, **İHFM**, Cilt 17, Sayı 3-4 (1951), s. 685-717. (**Köprülü, İHFM**)
- Köprülü, Bülent** : “*Evvelki Hukukumuzda Vakıf Nev’iyetleri ve İcareteynli Vakıflar – Fasil: IV İcareteynli Vakıflar*”, **İHFM**, Cilt 18, Sayı 1-2 (1952), s. 215-256. (**Köprülü, İcareteynli Vakıflar**)

- Sungurbey,** : *“Hukuk Tarihimizde Eşi Görülmemiş Bir*
İsmet/Giritliođlu, Neclâ *Yasama Skandalı”*, **Yasa Hukuk**
Mevzuat ve İçtihat Dergisi, C.XV,
Sayı: 170/1 (Şubat/1996), s. 20-41.
- Sungurbey, İsmet** : **Eski Vakıfların Yeni Sorunları**
(Yazarın Bundan Önceki Kitaplarına
Kimi Eklerle), Kent Basım, İstanbul
2001.

LİBYA VE SURIYE ÖRNEĞİNDE ULUSLARARASI KORUMA SORUMLULUĞU DOKTRİNİ

Yrd. Doç. Dr. Tülay Yıldırım Mat¹

Ar. Gör. Merve İspirli²

Öz

Uluslararası Koruma Sorumluluğu, Birleşmiş Milletler Güvenlik Konseyi'nin kararı tekelinde, ülke içinde uluslararası barış ve güvenliği tehdit eden suçların (savaş suçları, insanlığa karşı suçlar, soykırım, etnik temizlik) işlenmesi halinde barışı tekrar tesis etmek ve sivilleri korumak için kendi ülkesi ve insanları bakımından etkili olamayan devletlere müdahalede bulunularak barış ortamının yeniden tesisini sağlamaya hizmet eden ve halen oluşmakta olan bir uluslararası hukuk normudur. Bu çalışmada, Arap Baharı sonrası, uluslararası koruma sorumluluğu kapsamında Libya'da gerçekleştirilen askeri müdahale ve Suriye'de halen işlenmekte olan insanlığa karşı suçlar karşısında Birleşmiş Milletler'in hareketsiz kalmasının sebepleri incelenmektedir.

Anahtar Kelimeler: Uluslararası Koruma Sorumluluğu, Libya, Suriye, Arap Baharı, Askeri Müdahale.

¹İstanbul Medeniyet Üniversitesi Hukuk Fakültesi Kamu Hukuku Bölümü
Uluslararası Hukuk Anabilim Dalı, tulay.yildirim@medeniyet.edu.tr

²İstanbul Medeniyet Üniversitesi Hukuk Fakültesi Kamu Hukuku Bölümü
Uluslararası Hukuk Anabilim Dalı, merveispirli@medeniyet.edu.tr

Abstract

International Responsibility to Protect, is an emerging legal norm in international law which serves the purpose of protecting civilians and establishing peace and security again in the countries by intervention, where the states are not able to protect its own people from the incidents threatening international peace and security as genocide, ethnic cleansing, crimes against humanity and warcrimes. In this research, the military intervention took place in scope of R2P in Libya after Arab Spring and the reasons of UN's inactive position in face of the crimes against humanity still being committed in Syrian Conflict are analyzed.

Keywords: International Responsibility to Protect, Libya, Syria, Arab Spring, Military Intervention.

Giriş

Uluslararası hukukun temel prensipleri olan devletlerin egemenliği ve kuvvet kullanma yasağı, günümüzde uluslararası barış ve güvenliğin tehdidi durumlarında geniş yorumlanarak barış ve güvenlik ortamının tekrar sağlanmasını mümkün kılacak şekilde esnetilmektedir.

BM statüsünün 2. maddesinde kuvvet kullanma yasağı ve egemenlik ilkesi garanti altına alınmıştır. Buna göre ülkeler uluslararası nitelikteki uyuşmazlıkları söz konusu olduğunda diğer ülkeye karşı

kuvvet kullanmayacak ve ayrıca devletler birbirlerinin egemenlik hakkını zedeler biçimde iç işlerine müdahale etmeyecektir. Bu iki temel uluslararası hukuk prensibinin yanı sıra, BM, statünün 7. bölümünde uluslararası barış ve güvenliğin tehdidi halinde yapılabileceklerin çerçevesini çizerken, kendisini belirli şartlar içinde müdahale etmekle yetkilendirmekte ve devletleri ve bu hususta işbirliği yapmakla yükümlü kılmaktadır.

Birleşmiş Milletler'in yetkisi dâhilinde devletlerin uluslararası barış ve güvenliği tehdit eden durumlarına müdahale edilmesi, uluslararası hukukta koruma sorumluluğu olarak kabul edilse de, hukuki olarak bağlayıcılığı kesin bir norm olarak geçerlilik kazanmamıştır. Koruma sorumluluğu, öğretide devletler hukukunun oluşmakta olan bir normu olarak kabul edilmektedir.³

I. Uluslararası Koruma Sorumluluğu Doktrini ve Kapsamı

Uluslararası arenada BM'nin tek taraflı yetkisinin bulunduğu koruma sorumluluğunun içeriği ve sınırlarının belirlenmesi, oluşmakta olan bir norm oluşuna bağlı olarak geçmişten bugüne süregelen uygulaması ve üzerine yapılan çalışmalar ile belirli hale gelmektedir. Birleşmiş Milletler bünyesinde yer alan Yüksek Hiyerarşili Grup'un⁴

³“...weendorsetheemerging norm thatthere is a collectiveinternationalresponsibilitytoprotect...”–UN Report of theSecretaryGeneral’s High Level Panel on Threats, ChallengesandChange, “A MoreSecure World”, 2004, s.65. – CRONOGUE,Graham, “ResponsibilitytoProtect: SyriaTheLaw, Politics, andFuture of HumanitarianIntervention Post-Libya”, Journal of International Humanitarian Legal Studies,S.3, C.1, 2012, s124-159.

⁴SecretaryGeneral’s High Level Panel.

2004 yılında yayınladığı raporda, koruma sorumluluğunun tanımı ve içeriği ile ilgili düzenlemeler yer almıştır. Bu rapora göre devletlerin kendi insanlarını uluslararası barış ve güvenliği tehdit eden bazı olaylardan koruyamayacak durumda olması ya da korumaması halinde BMGK'nın kararı ile BM'nin müdahale etme yetkisi mümkün olacaktır. Raporda müdahaleyi gerekli ve mümkün kılan olaylar spesifik olarak soykırım suçu ve etnik temizlik öne çıkarılmış, bu suçların işlendiği devletlerin uluslararası hukuktaki egemenlik yetkisi ve diğer devletlerin iç işlerine karışmama prensipleri arkasına sığınarak müdahaleye uğramaktan kurtulamayacağı belirtilmiştir. Ayrıca raporda savaş suçları ve insanlığa karşı suçlara da değinilmiş, devletlerin müdahale sorumluluğundan ziyade, kaçınılmaz facialar olan toplu katliam, tecavüz, zorla sınır dışı ederek, terör, kasıtlı açlık yaratma ve hastalığa maruz bırakma yollarıyla etnik temizlik hallerinden, insanlarını koruma sorumlulukları bulunduğu kabul edilmiştir.

Hukuki temellerini BM statüsüne dayandırdığımız koruma sorumluluğu normu, 2004'te yüksek hiyerarşili grubun yaptığı çalışma yoluyla oldukça ilerleme kaydederek bugünkü kapsamına ulaşmıştır. Yapılan çalışma ve sonrasında yayınlanan rapordan yola çıkılarak koruma sorumluluğunun üç ana temeli bulunduğu söylenebilir. Bunlardan ilki ve esas olanı her şeyden evvel devletlerin kendi insanların güvenliğini ve temel insan haklarını koruyup gözetmesidir. Devletler egemenlik alanları içinde yaşayan bireylerin temel hak ve özgürlüklerini koruyup gözetmenin yanı sıra, ülkesinde

uluslararası barış ve güvenliği tehdit eden suçların işlenmesini engelleyecektir. Bu suçlar soykırım, etnik temizlik, insanlığa karşı suçlar ve savaş suçları olarak uluslararası alanda kabul edilmiştir.⁵

Uluslararası koruma sorumluluğunun üç ana aşamasından ilki olan devletlerin kendi insanlarını koruma ve gözetme yükümlülüğünden sonra uluslararası topluluğun o devletin insanlarını ve uluslararası barış ve güvenliği korumak adına üzerlerine düşen sorumlulukları yerine getirmesi söz konusu olmaktadır. Bu minvalde, koruma sorumluluğunun ikinci temeli, o devletin onayı dâhilinde barışı korumak üzere operasyonlar gerçekleştirilmesi, üçüncüsü ise devletin onayı olmaksızın BM'nin müdahale etmesidir.

İkinci aşama, bir devletin kendi egemenlik alanı dâhilinde vuku bulan uluslararası barış ve güvenlik için tehdit oluşturan olayları bertaraf etmesi ve kendi insanlarını koruması hususunda diğer uluslararası topluluğun o devleti asiste etmesi ve destek vermesidir. Bu aşamada, Birleşmiş Milletler Güvenlik Konseyi'nin vereceği kararın ardından ev sahibi devletin onayı alınarak, barışı korumak üzere bir operasyon gerçekleştirilmekte, tarafsız BM güçleri ülkeye girerek güç kullanmaksızın, o devletin koruma sorumluluğunu yerine getirmekteki kapasitesini artırma ve barışın tesis edileceği bir ortam oluşturulmasına katkı sağlama görevlerine hizmet etmektedir.⁶Böylece güvenlik tehdidi ve insan hakları ihlalleri ciddi boyutlara varmadan önüne

⁵BELLAMY,Alex, HUNT,Charles, "MainstreamingtheResponsibilitytoProtect in Peacekeeping Operations" Asia-Pacific Center fortheResponsibilitytoProtect, Mart 2010, s.6.

⁶BELLAMY, HUNT, s.13.

geçilebilmekte ve barış ortamı sağlanmaktadır. Bu yöntem, askeri bir müdahale içermemekte, aksine, askeri müdahaleye varmayan yollardan ihtilafları çözüme amacı taşımaktadır. Geleneksel anlamda barışı koruma operasyonlarında ateşkes ilan edilmesine aracılık etme, bölgede gözlem ve raporlama yapılarak durumun takibini sağlama ve BM barış gücü askerlerinin gözetiminde barış anlaşmalarının uygulanmasını sağlama şeklinde etkinlik sağlanmaktadır.⁷

Koruma sorumluluğun üçüncü aşaması ise, kendi egemenliği altındaki insanları adı geçen suçlara karşı koruma yükümlülüğünü yerine getirmeyen yahut getiremeyen devletlerin onayları alınmaksızın, BMGK'nın kararı ile ülkeye müdahale edilmesidir. Bu müdahale şekli askeri güçlerin ülkeye girmesi ve ancak meşru savunma şartları olduğu takdirde sivilleri korumak için güç kullanabilmesini içerir. BM'nin söz konusu askeri müdahalesi, devletlerin egemenliği ve müdahale etmeme ilkeleri ile ihtilaf yaratıyor gibi görünse de uluslararası alanda devletlerin kendi insanlarını adı geçen suçlara karşı koruması, egemenlik hakkının doğurduğu bir yükümlülük olarak görülmekte ve devletlerin ancak kendi insanlarını koruyabilmeleri ile egemen olabildikleri kabul edilmektedir.⁸Egemenlik kavramının genel çehresini değiştirme eğilimi göstererek bu kavramı devletlerin

⁷“A MoreSecure World”, s.68.

⁸.ARSAVA, Fusun, “Libya Örneğinde İnsan Haklarının Korunması İçin Yapılan Askeri Müdahale”, TAAD, S.12,Ocak 2013, s86.

sorumlulukları ile bağdaştıran açıklamaları takiben⁹ Kanada Hükümeti 1998 yılında Müdahale ve Devlet Egemenliği Uluslararası Komisyonu'nun (International Commission of Intervention and State Sovereignty - ICISS) kurulmasına öncülük etmek için devletleri toplantıya davet etmiştir. Bu komisyonun 2001 yılında yayımladığı raporunda da koruma sorumluluğunun temel prensiplerinden biri olarak egemenlik hakkının temellerinin devletlerin kendi insanlarını koruma sorumluluğunda bulunduğu belirtilmiştir.¹⁰ Buradan hareketle, kendi egemenlik alanındaki insanları koruma yükümlülüğünü yerine getiremeyen bir devlet zaten egemen olarak kabul edilmediğinden uluslararası topluluğun müdahale hakkı doğmaktadır.¹¹Başka bir görüşe göre ise devletler taraf oldukları anlaşmalar gereği kendi egemenlik alanında bulunan insanların uluslararası hukukta korunan insan haklarını korumayı taahhüt etmekte ve bu taahhüdün yerine

⁹“...Statesovereignty, in itsmostbasic sense, is beingredefined—not least by the forces of globalisation and international co-operation. States are now widely understood to be instruments at the service of their peoples, and not vice versa.”ANNAN, Kofi, “Two Concepts of State Sovereignty”, The Economist, 18 Eylül 1999.

¹⁰Report of ICISS, “The Responsibility To Protect”,Aralık, 2001.

¹¹“...a state is, thus, to a significant degree legitimated in the eyes of international community in so far as it guarantees these rights. If it failsto do so, the nother states can both exclude it from participation in the society of states, and legitimately intervene in its domestic affairs to promote these rights.”BARKIN, Samuel J., “The Evolution of Constitution of theSovereignty and the Emergence of Human Rights Norms”,Milienium-Journal of International Studies, S.27, C.2, 1998, s.247. – “...Where a population is suffering serious harm, as a result of internal war, insurgency, repression or state failure, and thestate in question is unwillin go run able to halt or avert it, the principle of non-intervention yields to the international responsibility to protect...”– “The Responsibility To Protect”, s.XI.

getirilmemesi halinde yapılan anlaşmalar ve teamül gereği kendilerine müdahale edilmesini otomatik olarak kabul etmektedirler.¹²

Koruma sorumluluğunun zikredilen üç ana aşamasının yanı sıra, içeriğini yapılandıran üç ana yükümlülük de ICISS'in 2001 raporunda zikredilmektedir. Rapora göre koruma sorumluluğunun temelinde yatan asıl yükümlülükler devletlerin önleyici sorumluluğu, reaksiyon sorumluluğu ve yeniden inşa sorumluluğudur. Önleyici sorumluluk, önceden de belirtildiği üzere devletlerin uluslararası barış ve güvenliği tehdit etmekle beraber insan hakları ihlalleri yaratacak olaylara meydan verecek faaliyetlerden kaçınması ve buna hizmet edecek faaliyetleri engellemesidir. Böylece ihtilaf konusu olaylar uluslararası alana yansımadan devletin kendi tasarruflar çerçevesinde kendi egemenlik sahası içinde çözüme kavuşturulacaktır.

Koruma sorumluluğu çerçevesinde devletler için ikinci önemli sorumluluk, reaksiyon sorumluluğudur. Reaksiyon sorumluluğu, devletlerin, soykırım, etnik temizlik, insanlığa karşı suçlar ve savaş suçları kategorisine giren fiillerin kendi egemenlik alanında işlenmesine rağmen koruyucu etkisini gösteremeyen devletler karşısında zamanında ve kararlı şekilde harekete geçme sorumluluğu yükler. Bu sorumluluk kapsamında devletlerin ilgili olaylar karşısında önlem alınması, diplomatik yaptırımlar uygulanması ve ileri boyutlarda askeri operasyonlar gerçekleştirilmesi söz konusudur. Uluslararası

¹²ARSAVA, Füsün, "Egemenlik ve Koruma Sorumluluğu", Gazi Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi, S.15, C.1, 2011, s.104

hukukta güç kullanma yasağına bir istisna teşkil eden bu askeri operasyonların gerçekleştirilmesinde uyulacak kriterler raporda belirtildiği üzere altı tanedir; doğru otorite, doğru amaç, haklı sebep, orantılılık, son çare olma ve olumlu gelişme beklentisi.

Doğru otorite, söz konusu askeri müdahalenin yasal dayanağıdır. BM statüsünün 2. maddesinin 4. fıkrası, devletlerin egemen eşitliği prensibini kabul etmekte ve devletlerin birbirlerine karşı güç kullanmasını iki istisna dışında yasaklamaktadır.¹³ Bu istisnalar meşru savunma hali ve BM tarafından uluslararası barış ve güvenliğin tehdit edilmesi yahut bir saldırı eyleminin gerçekleşmesi hallerinde yetki verilmesi halleridir. Statünün yedinci bölümünde ise BM'nin belirtilen koşullar dâhilinde askeri operasyonlar yapmak için devletleri yetkilendirebileceğini öngörmektedir. Dolayısıyla belirtilen düzenlemeler gereği devletler tek taraflı olarak müdahale kararı alamayacak, ancak Birleşmiş Milletler Güvenlik Konseyi'nin kararına istinaden askeri operasyonlarda yer alabileceklerdir.

Koruma sorumluluğunun yerine getirilmesinde uluslararası barış ve güvenliği korunması ile insan hakları ihlallerinin önlenmesi amaçları, doğru amaç kriterini sağlamaktadır. Bunun yanı sıra haklı sebep, müdahaleyi caiz hale getiren eşiğin belirlenmesi ve ancak bu eşiğin geçilmesi halinde müdahalenin mümkün olması anlamına gelmektedir. Komisyonun raporunda bu kriterden bahsedilirken tehdidin ciddiyetinin boyutu esas alınmış ve genel olarak etnik

¹³“A More Secure World”, s.62.

temizliğe kadar varan geniş çaplı yaşam hakkı ihlalleri ve soykırım suçlarının müdahalenin eşiğini oluşturduğu belirtilmiştir.¹⁴ Son olarak ise yapılacak askeri müdahalenin amacı aşmayacak şekilde orantılı olması gerektiği ve ancak son çare olarak askeri müdahaleye başvurulabileceği öngörülmüştür.

Koruma sorumluluğu kapsamındaki üçüncü ana sorumluluk, yeniden inşa sorumluluğudur. Yeniden inşa, olayların vukuundan sonra, suçluların müeyyideye tabii tutulmasının yanı sıra barışı ve güvenliği hukuk çerçevesinde yeniden tesis etmeye hizmet etmektedir. Bu bağlamda müdahale edilen devletin, müdahale sonrasında da uluslararası toplulukça takibine devam edilerek yeniden inşa süreci desteklenmektedir.

Öğretide önleyici sorumluluk, reaksiyon sorumluluğu ve yeniden inşa sorumluluğu olarak bilinen ve koruma sorumluluğu çatısı altında yer alan bu kavramların karşısında onların tesisini garanti edecek kurumlar yer almaktadır. Bu bağlamda önleyici sorumluluğun karşısında devletlerin kendilerinin yanı sıra BM Genel Kurulu ve İnsan Hakları Konseyi bulunmakta, reaksiyon sorumluluğu BM Güvenlik Konseyi'nin primer görevi olarak görülmekte ve yeniden inşa sürecinde ise Uluslararası Adalet Divanı ile BM Barışı Konsolide Etme Komisyonu görevli organlar olarak görülmektedir.¹⁵

¹⁴“The Responsibility To Protect”, s.32.

¹⁵ARSAVA, ”Egemenlik ve Koruma Sorumluluğu”, s.113

Birleşmiş Milletler'in günümüze dek koruma sorumluluğu kapsamında yaptığı uygulamalara bakıldığında esas olan amacın her zaman sivilleri korumak olduğu söylenebilir.¹⁶ Koruma sorumluluğunun dışında uluslararası hukukta benzer kurumlar olarak görülen insani müdahale ve sivillerin korunması kavramları da aslında koruma sorumluluğunu farklı görünüşleri ve belki alt başlıklarıdır. Koruma sorumluluğu uluslararası hukukta henüz oluşmakta olan bir norm olduğundan içeriğinin belirginleşmesi de BM'nin uygulamaları ve yapılan akademik çalışmalarla mümkün olacaktır. Bu bağlamda yüksek hiyerarşili grubun raporuyla birlikte ICISS'in 2001 tarihli raporu önem arz etmektedir. Pratik anlamda ise yakın tarihte Bosna'da, Rwanda'da, Kosova'da, Sudan'da yaşanan olaylara BM'nin müdahalesi koruma sorumluluğunun örnek uygulamalarını bize göstermekte de ve ne yazık ki BM'nin koruma sorumluluğu bakımından istikrarlı ve başarılı olmadığını gözler önüne sermektedir. Bosna'da Srebrenitsa'da, Ruanda'da hutu-tutsi ayrılığının çıkardığı çatışmalarda binlerce insanın barış güçlerinin gözetiminin varlığında palalarla katledildiğini, Sudan'da Darfur'da öldürülen insanların sorumlusu Ömer El-Beşir'in, hakkında verilmiş karara rağmen hala tutuklanamamış olması BM'nin etkinliğinin zayıf kaldığını maalesef ortaya çıkarmaktadır. Bu noktada devletlerin BM ile işbirliği yapması büyük önem arz etmektedir. BM statüsü m.43 gereği devletler BMGK'nın çağrısı ve anlaşmalar uyarınca uluslararası barış ve güvenliğe katkıda bulunmak amacıyla her türlü

¹⁶“...peace operations are increasingly tasked with and judged upon civilian protection. Indeed, some argue that the legitimacy of the peace keeping paradigm rests upon its ability to provide effective civilian protection...”BELLAMY, HUNT, s.20.

yardımları ve kolaylığı yapmakla yükümlüdürler. Lakin her ne kadar yükümlülük BM statüsü ile garanti altına alınmış olsa da bu yükümlülüğün karşısında kesin ve belirli bir müeyyide yer almadığı için etkinliği zayıf kalmaktadır. Arsava, bu hususta uluslararası hukuktan kaynaklanan yükümlülüklerini ihlal eden devletlere yaptırım uygulanabileceğini belirtmekle birlikte, koruma sorumluluğunun henüz oluşmakta olan bir norm olması ve bu sebeple de devletler hukuku bağlamında bağlayıcı nitelik taşımasından ötürü zayıf kaldığı görüşündedir.¹⁷

A. Uluslararası Koruma Sorumluluğu Kapsamında Libya Müdahalesi

Muammer Kaddafi'nin kendisi dışında bir otorite tanımadan, siyasi partileri yasaklayarak, baskı altında ve diktatörce uzunca bir süre yönettiği Libya'da, 2011 yılında ayaklanmaların başlaması ve rejim karşıtı grupların silahlı direnişlerinin ülkede yayılması sonucu iç savaş baş göstermiş ve Kaddafi'nin yönetimde kalma yönündeki tavrıyla söz konusu savaş giderek şiddetlenerek silahlı çatışmaların oldukça geniş bir alana yayılmasına sebebiyet vermiştir. Ülkedeki barış ve güvenlik ortamının yok olması sonucunu doğuran bu hadiselerle karşı şiddetli sindirme yöntemleri izleyen Kaddafi, aynı zamanda medyadaki söylemlerinde muhalif görüşteki halkın şeytana hizmet ettiğini ve kendisini destekleyen herkesin bu hamam böcekleri ile savaşması

¹⁷ARSAVA, "Egemenlik ve Koruma Sorumluluğu", s.112.

gerektiğini belirtmiştir.¹⁸ Kaddafi'nin kendi halkına bakışını açıkça yansıtan bu söylemleri doğrultusunda, rejimin uluslararası koruma sorumluluğunun öncelikli gereği olan devletlerin kendi insanlarını koruma ve gözetme yükümlülüğünden çok uzakta durduğu anlaşılmıştır. BMGK, Kaddafi rejiminin bu tavrına dayanarak Libya'daki mevcut yönetimin uluslararası koruma sorumluluğu gereği kendi insanlarını koruma yükümlülüğünü yerine getirmediğini ve dolayısıyla müdahale edilmesi gerektiğini belirtmiştir.¹⁹

Şubat 2011'de nihayet patlak veren olaylardan on gün sonra, BM daha önce kendisinden görülmemiş bir hızda hareket ederek, olayları kınamış ve 1970 sayılı çözüm önerisini yayınlamaya Libya'ya işlenen suçların insanlığa karşı suç niteliğinde olduğunu²⁰ ve dolayısıyla ülkeye yaptırımlar uygulanacağını duyurmuştur. Bu öneri ile getirilen yaptırımlar askeri bir müdahale içermemekle birlikte diplomatik ve ekonomik yaptırımlardan oluşsa da Kaddafi rejiminin geri adım atması bakımından etkili olmamıştır. Hemen ardından 1973 sayılı ikinci çözüm önerisini yayınlamaya uluslararası koruma sorumluluğu kapsamında Libya'ya askeri müdahale yapılması için NATO'yu yetkilendiren BMGK, işlenen insanlığa karşı suçların

¹⁸“Libya Protests: Defiant Gaddafi Refuses to Quit”,(çevrimiçi), <http://www.bbc.co.uk/news/world-middle-east-12544624>, E.T.13.06.2017.

¹⁹ZİFCAK, Spencer, “The responsibility to Protect After Libya and Syria”, (çevrimiçi), <http://heinonline.org/HOL/LandingPage?handle=hein.journals/meljil13&div=5&id=&page=>, E.T. 12.06.2017, s.61.

²⁰HALATÇI ULUSOY, Ülkü, “Suriye ve Libya Özelinde Koruma Sorumluluğu”, TAAD, S.14, Temmuz 2013, s.279.

sorumlularının UCM’de yargılanacağını,²¹ülkedeki durumun askeri müdahale gerektirdiğini, bu kararla uygulanacak askeri yaptırımların tamamen sivilleri korumayı amaçladığını ve NATO’nun da yetkisinin tamamen sivilleri korumaya özgülenererek bununla sınırlandırıldığını belirtmiştir. Kararın ardından Libya’ya giren NATO güçlerinin ülkeye müdahalesi sonrasında Kaddafi’nin diktatörlüğüne son verilmiş, Bingazi’de kurulan ulusal geçiş konseyi ülkeyi temsil etmeye başlamıştır.

Libya’yakoruma sorumluluğu kapsamında askeri müdahalede bulunulması görüşmelerinde Güvenlik Konseyi üyesi ülkelerin gerek karar sırasında ve gerek sonrasında çeşitli çekinceleri ve eleştirileri olmuştur. Koruma sorumluluğu ile ilgili 2005 yılında yapılan dünya zirvesinde tarafsız ülkeler, bu normun batılı devletlerce, batılı olmayan devletlere karşı yürütülen askeri müdahaleleri meşrulaştırmak için kullanılan bir araç olduğunu dile getirmişlerdir.²² Bunun yanı sıra BMGK’nın sürekli üyeleri olan Çin ve Rusya da uluslararası topluluk tarafından Libya’nın bütünlüğüne, egemenliğine ve bağımsızlığına saygı gösterilmesi gerektiği, Libya’da gerçekleşen NATO müdahalesinin 1973 resolusyonu ile NATO’ya verilen yetkiyi aştığı, hiçbir ülkenin resolusyonun içeriğini keyfi şekilde yorumlayamayacağı yönünde beyanatta bulunmuşlardır.²³ Rusya ve Çin, bu argümanlara

²¹HALATÇI ULUSOY, s.280.

²²NURUZZAMAN, Muhammed, "The Responsibility to Protect Doctrine Revived in Libya Buried in Syria", (Çevrimiçi), www.papers.ssrn.com, E.T.13.06.2017, s.60.

²³ BM S/PV 6528 sayılı raporu, s.10.

dayanarak Libya’da bir askeri müdahale gerçekleştirilmesine şüpheli yaklaşırken, diğer taraftan bölgesel bir çözümün daha doğru ve etkili olacağı düşüncesiyle Arap Birliği’nin Libya’nın üyeliğini askıya alarak uyguladığı yaptırımları desteklemişlerdir. Ne var ki, daha sonra Arap Birliği de BM’ye Libya için insani müdahale çağrısında bulunmuştur.²⁴

Uluslararası Koruma Sorumluluğu, henüz oluşmakta olan bir norm olması ve kapsamının belirginleşmemiş olması, bu normun devletlerin kendi çıkarları doğrultusunda güç kullanma arzularına alet edilmesine sebebiyet verebileceğinden, askeri müdahaleye karar verilmesi, öğretide de önemli koşullara bağlanmış ve ancak son çare olması halinde askeri müdahalenin mümkün olacağı kabul edilmiştir. ICISS raporunda da müdahalenin son çare olması gerektiği ve ancak sivilleri koruma amacıyla sınırlı olduğu ve hatta bu müdahalenin yapılması aşamasının “müdahale hakkı” olarak yorumlanmaması gerektiği dile getirilmiştir.²⁵ Zira bu bir hak değil, zaruret haline ortaya çıkan bir yükümlülük niteliğindedir. Rusya ve Çin’in NATO’nun 1973 resolusyonu ile kendisine verilen yetkiyi aştığı gündeme getirildikten sonra ilgili resolusyonun lafzı gözden geçirilmiş ve resolusyonda yer alan ifadelerde yalnızca ve yalnızca sivilleri korumak amacının vurgulandığı, rejim değişikliğine varacak bir yetkilendirmenin kesinlikle yapılmadığı öğretide ifade edilmiştir.²⁶

²⁴CRONOGUE,s.142.

²⁵“The Responsibility To Protect”, s.11.

²⁶ARSAVA, “Libya Örneğinde İnsan Haklarının Korunması İçin Yapılan Askeri Müdahale”,s.93.

Libya Müdahalesine Getirilen Eleřtiriler ve Yeniden İnařa Süreci

Libya'daki müdahaleye yönelik birçok eleřtiri, akademik ve siyasi vrelerde oldukça geniř yankı bulmuřtur. NATO güçlerinin ülkeye girdikten sonra sivilleri korumanın yanı sıra muhalif NTC grubuna askeri destek saęladıęı – ki 1970 resolusyonunda Libya'daki tüm gruplar bakımından silah ambargosu uygulanacaęı kararlařtırılmıřtır²⁷- ve bu yolla muhalif grupları devlete karřı güçlendirerek rejimin düřmesine sebep olduęu, her ne kadar sivilleri korumak temel amaç edinilmiřse de HRW, Amnesty International, BBC ve NY Times'tan elde edilen verilerde Libya'daki NATO müdahalelerinde iki-üç bin civarında sivilin yařamını yitirdięinin raporlandıęı bilgisi²⁸ eleřtiriler arasında yer almıřtır. NATO ayrıca sivil kayıplarını engelleme amacının dıřına çıkmak ve muhaliflere destek vererek rejimi devirmekle suçlanmıřtır. Bu eleřtiriler karřısında ise bölgedeki muhaliflerin üniforma giymemesi dolayısıyla sivillerden ayırt edilmesinin çok zor olması ve istihbarat sisteminin de zayıflıęı sebebiyle muhaliflerin desteklenmesinin mecburi olduęunu öne srmřtir.²⁹ Bunun yanı sıra NATO müdahaleleri sırasında pek çok sivilin hayatını kaybetmesi hususunda ise müdahale yapılmasa idi çok daha fazla insanın hayatını kaybetmesinin muhtemel olduęu, BM'nin

²⁷ NURUZZAMAN, s.64

²⁸ NURUZZAMAN, s.64

²⁹ CRONOGUE, s.145.

hareketsizliğinin Ruanda’da 800.000 kişinin, Srebrenitsa’da 7.000 kişinin ölümüne, Suriye’de ise halen can kayıplarının devamına sebebiyet verdiği belirtilmiştir.³⁰

Libya’daki olayların öncesinde Sudan’da vuku bulan çok daha ağır olaylar sonucu işlenen insanlığa karşı suçlar karşısında BM’nin herhangi bir girişimde bulunmamasına karşın, Libya’da daha acil bir durum varmışçasına –kimi çevrelerce son çare ilkesine uyulmaksızın- bu denli hızlı karar verilmesi eleştirilmiştir.³¹ Sudan’da olduğu gibi, Yemen vakiasında da BM oldukça yavaş hareket etmişken, Libya’da BMGK’nın karar vermesi yalnızca bir ay sürmüştür.³²

NATO müdahalesi, Kaddafi’nin öldürülmesi ve Ulusal Geçiş Konseyi’nin ülke yönetimini ele aldığını ilan etmesi sonrası Libya’da yeniden inşa süreci aşamasına geçilmiştir. Bu süreçte BMGK her iki resolusyon hakkında değişiklikler yapan 2009 sayılı kararı yayınlamış ve bu kararda silah ambargosu ve uçuşa yasak bölgenin muhafaza edilmesi ve bölgenin yeniden inşasına destek vermek amacıyla BM Destek Misyonu’nun (UNMISL) kurulmasına karar verilmiştir.³³

Her ne kadar yeniden inşa sürecinin tamamlanması için BM tarafından bir destek komisyonu kurulmuş olsa da, Libya’ya yapılan askeri müdahalenin maruz kaldığı eleştiriler yeniden inşa sürecinde

³⁰ CRONOGUE,s.127.

³¹ARSAVA, “Libya Örneğinde İnsan Haklarının Korunması İçin Yapılan Askeri Müdahale”, s.91.

³² BMGK 15 Mart 2011’de başlayan olaylara dair askeri müdahale kararını içeren 1973 sayılı resolusyonunu 17 Mart 2011’de yayınlamıştır. Kronoloji için bkz. <http://www.aljazeera.com.tr/haber-analiz/kronoloji-libya-devrimi> (E.T. 14.06.2017)

³³ Dış İşleri Bk. Basın Açıklaması No:210, 19.09.2011.

izlenen politikalara da yansımıştır. NATO ve muhaliflerin işbirliği neticesinde sonlanan Kaddafi rejimi, yerine Libya Ulusal Konseyi'ne bırakmış ve NATO'nun ülkeyi terk etmiştir. Bu evrede rejim güçlerinin işlediği insanlığa karşı suçlar uluslararası topluluk tarafından soruşturulmaktayken, NATO'nun operasyonlarının sebebiyet verdiği sivil kayıplarının soruşturulmadığı, daha da ileri gidilerek, NATO operasyonunun tamamen rejim değişikliği amacını güttüğü ve bu sebeple Libya'da koruma sorumluluğunun uygulanmasında yaşanan tutarsızlıkların da bu doktrinin tarafsız ve barışçıl olma özelliğini öldürdüğü eleştirisi yapılmıştır.³⁴

Libya'da patlak veren olaylar sonrası Türkiye tarafından yapılan ilk hamle, oradaki vatandaşların Türkiye'ye getirilmesi şeklinde olmuştur. Güvenli bir şekilde tahliye işlemlerinin tamamlanmasından sonra Türkiye, BAE ile birlikte Libya'ya insani yardım malzemeleri göndermek yoluyla sivillere yardım sağlamıştır. Türkiye, müdahale ile güdülecek temel amacın sivil halka yönelik şiddetin önlenmesi ve sivil can kayıplarının durdurulması olması gerektiğini, her iki resolüsyonun da bu çizgide kaldığını ve bunların uygulanmasının da ancak Libya halkının barış, huzur ve güvenliğini sağlayacak şekilde yapılması gerektiğini belirtmiştir.³⁵ Müdahale sonrası süreçte Türkiye ayrıca Libya Ulusal Geçiş Konseyi'ne desteğini de bildirmiş³⁶ ve karşılıklı diplomatik ziyaretlerde bulunulmuştur. Yeniden inşa sürecinde

³⁴NURUZZAMAN, s.66.

³⁵ Dış İşleri Bakanlığı Basın Açıklaması No:77, 19.03.2011.

³⁶ Dış İşleri Bakanlığı Basın Açıklaması No:210, 19.09.2011.

BMGK'nın 2009 numaralı kararı hakkında yapılan açıklamada ise Libya'nın toprak bütünlüğü, bağımsızlığı ve egemenliğine vurgu yapılarak, BMGK'nın ilgili resolusyonlarının desteklendiği, sebepleri ortadan kalktığında uygulanan yaptırımların da tamamen ortadan kaldırılması gerekeceği ve Libya için oluşturulan BM Destek Komisyonu'na (UNMISL) da destek verileceği belirtilmiştir.

B. Uluslararası Koruma Sorumluluğu Kapsamında Suriye'nin Durumu

Arap baharının başlamasının ardından Orta Doğu'daki baskıcı yönetimlerin egemenliğinde yaşayan halkların birer birer ayaklanması genel olarak bölgedeki devletlerde aynı kaderi yaşama endişesi uyandırmıştır. Aynı şekilde Arap Baharı sonrası Suriye'de de rejim karşıtı eylemler baş göstermiş ve sonrasında giderek tırmanan şiddet olayları sonucu durum bir iç savaşa dönüşmüştür. Milyonlarca insan göç etmek durumunda kalmış, bir o kadarı da rejimin saldırıları sonucu hayatını kaybetmiştir.

Suriye'de 2011 yılının Mart ayında başlayan olaylar günümüze kadar devam etmiş, ülkedeki iç savaş sebebiyle insanlar göç etmek durumunda kalmış dünya genelinde sığınmacılar büyük bir tartışma konusu olmuşlardır. Devlet başkanı Esed, 48 yıl süren olağanüstü hal rejimini kaldırmaya söz vermiş olsa da, bu rejimin içinde sivil protestocuları bastırmaktan ve muhalif görüşteki kimseleri

tutuklamaktan başka bir şey yapmamıştır. ³⁷Vuku bulan olaylar sonucu Orta Doğu'da sınır komşusu olan ülkeler etkilenmiş, ayrıca Suriye'den kaçan sığınmacıların sayısının giderek artması da bölgede sığınmacıları kabul eden devletler bakımından problemler doğurmuştur. Özellikle DAEŞ ve El-Kaide gibi terör örgütlerinin varlığında Suriyeli sığınmacıların bölgede yer değiştirmesi, hem bu kimselerin hayatlarını tehlikeye atmış hem de bölgedeki terör örgütlerinin faaliyetlerinden ötürü barış ve güvenliğe ciddi tehlike oluşturmuştur.

Esed rejiminin egemenliği altındaki insanlara karşı rejim tarafından işlenen suçların insanlığa karşı suç niteliği taşıdığı BM'nin ve uluslararası camianın malumudur.³⁸Fakat güç kullanımını meşru hale getirmesi sebebiyle dikkatle karar verilmesi gereken koruma sorumluluğu normunun uygulanması, BMGK üyesi devletlerin inisiyatifinde olduğundan, bu norm kapsamında askeri bir müdahalenin yapılıp yapılamaması da Güvenlik Konseyi üyesi devletlerin çıkarları doğrultusunda kullandıkları oylarına bağlıdır. Dolayısıyla bu durum BM'nin bu hususta vereceği kararı da siyasi nitelikli kılmaktadır.³⁹

Suriye'deki olaylarla ilgili olarak ilk harekete geçen gruplardan olan Arap Birliği, olayların devamı üzerine Suriye'nin üyeliğini askıya almış ve ülkeye bölgesel yaptırımlar uygulamıştır. Bunun yanı sıra

³⁷ADAMS, Simon, "Failure to Protect; Syria and the UN Security Council", Global CentreforResponsibilitytoProtect, OccasionalPaper Series, N.5,Mart2015, s.6.

³⁸ HALATÇI ULUSOY, s.287.

³⁹ "... güvenlik konseyi siyasi kriterlere ve üyelerinin çıkarlarına göre hareket eden siyasi bir kuruldur." - ARSAVA, "Libya Örneğinde İnsan Haklarının Korunması İçin Yapılan Askeri Müdahale", s.92.

Arap Birliđi ve AB'nin de içinde bulunduđu pek çok lke Suriye'deki durumdan ötürü rejimi açıkça kınamıř ve yaklařık 49 lke Suriye rejimine yönelik tek taraflı yaptırımlar uygulamaya bařlamıřtır.⁴⁰ Ekim 2011'de BMGK gündemine gelen Suriye konusunda koruma sorumluluđu kapsamında askeri müdahalede bulunulması hususu deđerlendirilmiřse de üyelerin vetosu sonucu bu giriřim bařarısız olmuř, Suriye Devleti'nin kendi insanlarını koruması bakımından yükümlülüđüne vurgu yapılmıřtır.⁴¹ Ayrıca BM İnsan Hakları Komisyonu tarafından bađımsız bir arařtırma komisyonu kurularak Suriye'de vuku bulan insan hakları ihlallerinin arařtırılarak raporlanması amaçlanmıřtır. Bu komisyon 2014 sonuna kadar 9 adet rapor yayınlayarak Suriye'de insanlıđa karřı suçlar iřlendiđini dođrulamıřtır.⁴²

Bu uygulamalar sonrası 2012 yılı bařında BM gündemine tařınan Suriye konusuyla ilgili olarak 27 Mart 2012'de Kofi Annan'ın hazırladıđı zme yönelik altı maddelik anlařma metni onaylanmış ve Esed ile bu planın uygulanması için olumlu görüřmeler yapılmıřtır. Annan Planı'nın içeriđinde ateřkes yapılması, řehirlerdeki rejim güçleri ve tanklarının çekilmesi, siyasi tutukluların serbest bırakılması, gazeteciler için hareket özgürlüđünün sađlanması, toplantı ve gösteri yürüyüřü yapma özgürlüđü, abluka altındaki Suriye halkına yardım

⁴⁰ADAMS, s.11.

⁴¹ARSAVA, "Libya rneđinde İnsan Haklarının Korunması İçin Yapılan Askeri Müdahale", s.95.

⁴²ADAMS, s.8.

yapılması ve Suriyeliler ile politik müzakerelerin yapılması hususları bu altı maddelik planın içerisinde yer almıştır.⁴³

Her ne kadar Annan planı konusunda Esed tarafından plana uyulacağı yönünde olumlu bir beyanda bulunulmuş olsa da, planın uygulanması başarısız olmuş, rejim söz konusu altı maddelik plana uymamış ve ayrıca bölgede yer alan birçok başka silahlı gruptan ötürü de ateşkes amacına ulaşamamıştır. Daha sonra 2012 yılı içerisinde Suriye'ye koruma sorumluluğunun üçüncü aşaması kapsamında askeri müdahalede bulunulması BMGK'nın gündemine taşınmış, fakat Rusya ve Çin'in vetosu sonucunda Suriye'de işlenen suçların soruşturulması engellenmiştir. Bu aşamada Rusya ve Çin'in tavrında Libya örneğinin etkisi olduğu açıktır.⁴⁴ Bu iki devlet, Libya'da BM'nin verdiği yetki sonucu gerçekleşen NATO müdahalesinin sivilleri koruma amacından saparak rejim değişikliğine varan bir operasyon haline geldiği, bundan ötürü devletlerin egemenliği ve müdahale etmeme ilkesine aykırı davranıldığı yönünde beyanatta bulunmuş ve birtakım devletlerin çıkarları doğrultusunda aynı senaryonun Suriye'de tekrar yaşanması ihtimalinden ötürü çekincelerini belirterek askeri müdahale önerisini veto etmişlerdir.⁴⁵ Öğretide bir görüşe göre Rusya ve Çin'in vetosu her ne kadar Libya'da koruma sorumluluğu uygulanırken yapılan yetki aşımı gibi görünse de, asıl sebep BMGK'nın sürekli üyesi konumundaki 5 devlet arasındaki siyasi bloklaşmadır. Çin ve Rusya bir

⁴³ADAMS, s.12.

⁴⁴CRONOGUE, s.128.

⁴⁵ZİFCAK ,s.87.

bloğun başını çekerken, ABD, İngiltere ve Fransa diğerinin başını çekmekte ve bu iki blok da politik olarak birbirlerinin karşısında durmaktadır.⁴⁶

Suriye’de işlenen insanlığa karşı suçların soruşturulması önerisinin BM’de reddedilmesi sonrası koruma sorumluluğunun üçüncü aşaması olan askeri müdahale’nin yapılamaması bugün Suriye’de halen sivil kayıplarının devamına sebebiyet vermektedir. Rejim, medyadan ve BM raporlarından da takip edilebileceği üzere, BM’nin başarısızlığı sonrasında uyguladığı şiddeti artırmış ve buna bağlı olarak da bölgedeki ölüm oranı oldukça artmıştır.⁴⁷

BMGK’nın, sürekli iki üyenin vetosu sebebiyle bloke olması, dünyayı yapılan mezalime seyirci konumuna getirmiştir. Her ne kadar BMGK’nın Genel Kurul’u olağanüstü toplantıya çağırması sonrası BMGK üyesi 15 devletin 9’unun oyu vetoya rağmen harekete geçmeyi mümkün kılrsa da, bu yöntem sürekli üyelerin veto hakkını ortadan kaldıracığı için sürekli üyeler böyle bir yöntemle başvurmamayı tercih etmektedir.⁴⁸ Diğer bir ifade ile Rusya ve Çin’in vetosuna rağmen Suriye’ye müdahale edilmesi mümkün iken, sürekli üye olan diğer üç ülke ABD, İngiltere ve Fransa, veto haklarının kaybolmaması için Suriye’de binlerce sivilin hayatını kaybetmesine göz yummaktadır.

BMGK’nın hareketsizliğine rağmen koruma sorumluluğu kapsamında bölgeye askeri müdahale yapılabileceğini savunan görüşe

⁴⁶ADAMS, s.20.

⁴⁷ADAMS, s.5.

⁴⁸HALATÇI ULUSOY, s.289.

göre ise, BM'nin bloke olması halinde, onun onay ve kararı olmaksızın koruma sorumluluğuna başvurmayı gerektiren suçların işlendiği bölgelerde askeri müdahale yapılabilmesinin bazı şartları bulunmaktadır. Bu şartlara göre prima facie bir dava oluşturulmalı ve bu davada kullanılacak deliller BM gibi tarafsız örgütlerce nötr şekilde yapılan gözlemler sonucu toplanmış olmalıdır. Sonrasında askeri müdahalenin son çare olması ilkesine uyularak tüm barışçıl yollar tüketilmelidir. Söz konusu aşamada BMGK da bloke olduğu için müdahale edemez konuma gelmiş olmalıdır. Müdahalenin başlamasını takip eden süreçte ise güç kullanımının minimum düzeyde tutularak yalnızca sivilleri koruma amacına hizmet edilmesi ve müdahalenin, o ülkedeki sivilleri temsil eden güvenilir muhalif bir kanattan gelen talep doğrultusunda yapılması gerekmektedir.⁴⁹

Suriye, Türkiye'ye sınır komşusu olması sebebiyle ülkeyi yakından ilgilendirmekte ve Türkiye bölgede insani politikalar izlenerek barışın tesis edilmesi için oldukça fazla inisiyatif almaktadır. Öncelikli olarak sivil yaşamlarının korunması düsturuyla Suriyeli sığınmacılara kapılarını açmış ve bugün geçici koruma statüsü kapsamında 4 milyon Suriye vatandaşının güvenliği ve temel ihtiyaçlarını karşılamakta, uyguladığı entegrasyon politikaları ile sığınmacıların sosyal alana katılımını sağlamaya çalışmaktadır. Türkiye diplomatik alandaki aktiviteleri ile de Suriye meselesinin çözümüne

⁴⁹WILLIAMS, Paul R.,ULBRICK, J. Trevor, WORBOYS, Jonathan, "Preventing massatro city crimes: The responsibility to protect and the Syria crisis", Case Western Reserve Journal of International Law, S.45, C.1&2, 2012, s.490-491.

destek vermiş, Uluslararası Suriye Destek Grubu'nda yer almış, Cenevre'de BM'nin ev sahipliğinde 2012'de başlayan barış görüşmelerinin tamamına katılarak süreci yakından takip etmiştir. 2012 sonrasında 2014'te bir ve 2016'da iki adet olmak üzere yapılan toplam dört adet toplantıda, Suriye'de bir geçiş hükümeti tesis edilmesi ve ateşkes ilan edilmesi hususları müzakere edilmiş ve BMGK'nın 19.2.2015 tarihli kararı bu hususlarda uzlaşma sağlanmıştır. Bakanlığın uzlaşma sonrasında yaptığı basın açıklamasında Türkiye'nin geçiş hükümeti kurulması kararını desteklediği lakin Esed'in tüm yetkilerini bu geçiş hükümetine devrederek diğer tüm eli kanlı unsurlarla birlikte yönetimden çekilmesi ve yerini halkın iradesine bırakması gerektiği belirtilmiştir.⁵⁰Ateşkese ilişkin Cumhurbaşkanlığı sözcüsü tarafından yapılan açıklamada ise Türkiye'nin uçuşa yasaklı bölge ve siviller için güvenli bölge oluşturulması yönünde ısrar edeceği belirtilmiş, Suriye'de yaşanan olayları sadece bölgenin yahut Türkiye'nin değil tüm dünyanın meselesi olduğu ve bu hususta işbirliği yapılması gerektiği vurgulanmıştır.⁵¹

Esed rejimi ile muhalifler arasında uzlaşmaya varılması hususunda garantör devlet durumunda olan Türkiye ve Rusya, Astana zirveleri öncesinde Aralık 2016'da Suriye'de rejim güçleri ve muhalifler arasında ateşkes yapılmasını öngören bir mutabakat üzerinde anlaşmış ve BMGK'nın terör örgütü olarak kabul ettiği gruplar

⁵⁰ Dış İşleri Bakanlığı Basın Açıklaması No:312, 19.12.2015.

⁵¹Cumhurbaşkanlığı Sözcüsü Büyükelçi İbrahim Kalın'ın Basın Toplantısında Yaptığı Açıklama, için bkz. <https://www.tccb.gov.tr/cumhurbaskanligi-sozculugunden/1695/32829/cumhurbaskanligi-sozcusu-buyukelci-ibrahim-kalinin-basin-toplantisinda-yaptigi-aciklama.html>

mutabakatın dışında bırakılmıştır. Anlaşma ile ilgili basın açıklaması yapan Dışişleri Bakanı, Türkiye'nin bölgedeki kalıcı ateşkesi desteklediğini, bunun için mutabakatın büyük önem arz ettiğini, Suriye'nin geleceğine herkesin somut katkı yapması gerektiğini ve bu hususta G-5 ülkelerinin sürece destek vermesinin olumlu etki yapacağını, mutabakat ve sonrasında yapılacak olan Astana görüşmelerinin de BMGK kararlarıyla desteklenmesinin uygulanabilirlik ve yaptırım gücü bakımından elzem olduğunu belirtmiştir.⁵²Bakanın açıklaması, Türkiye'nin BMGK'nın desteği hususunda ısrar ettiğini açıkça ortaya koymaktadır. Bu hususta yakın zamanda icra edilen Atlantik Konseyi Zirvesi'nde Cumhurbaşkanı Erdoğan, yaptığı açılış konuşmasında Suriye meselesine değinerek; *"BM Güvenlik Konseyi ve AB'nin itibarı, birkaç ülkenin çıkar hesabına kurban ediliyor. (...) Esed rejiminin kendi halkını pervasızca katletmesi geçmişte işlediği suçların da yanına kar kalması değil midir? Katil Esed devlet terörü estirmektedir. Bu bizim insani sorumluluğumuzu ortadan kaldırmıyor. (...) Eğer güvenli bölge kurulmuş olsaydı Suriyeli ülkesini terk etmeyecekti. Oralarda konutlar inşa edip, yeni şehirler kuracaktık."* şeklinde açıklamalarda bulunmuştur.⁵³

Rusya ile yapılan mutabakatı takip eden süreçte 2017 yılı başında Kırgızistan'ın başkenti Astana'da yapılan görüşmelerde,

⁵²Mevlüt Çavuşoğlu'nun 30.12.2016 tarihli basın açıklaması için bkz. https://www.youtube.com/watch?v=zS6nfDP_Zzw

⁵³ Cumhurbaşkanı Erdoğan'ın 28.04.2017 tarihli Atlantik Konseyi Zirvesi Açılış Konuşması için bkz. <https://www.youtube.com/watch?v=knjPvIYYIXQ>

Türkiye ve Rusya öncülüğünde rejim ve muhaliflerin bir araya gelmesi sağlanmış ve ateşkes ilan edilmesinin yanı sıra kalıcı siyasi çözüm üretmek amacıyla uzlaşa sağlanmaya çalışılmıştır. Astana görüşmeleri sonrası Başbakan Yardımcısı Numan Kurtulmuş yaptığı açıklamalarda; *“Türkiye, üzerine düşen sorumlulukları yerine getirmiştir. Süreçten umutlu olduğumuzu söylemek isteriz. İlk kez savaşan taraflar altı yılın ardından bir araya geldi. Rusya, İran ve ABD'nin sürece olumlu katkılar vermesini bekliyoruz.”* şeklinde beyanda bulunmuştur.⁵⁴

Diplomatik girişimlerin yanı sıra, ayrıca kendi sınır güvenliğini sağlamak için önlemler alan Türkiye, Özgür Suriye Ordusu aracılığıyla Fırat Kalkanı Harekâtı adı verilen operasyonları gerçekleştirerek sınırda Suriye'deki iç savaştan faydalanarak yayılma gösterenterör gruplarına karşı savunma hattı oluşturmuş, böylece sınırda bulunan sivillerin de güvenliğini sağlamıştır.

Sonuç

Uluslararası Koruma Sorumluluğu doktrini çok fazla eleştiriye maruz kalsa da, günümüzde gelişen ve değişen bir norm olarak varlığı sürdürmektedir. Uygulamaya geçmesi bakımından karar verme tekeli elinde bulunduran BMGK'yı oluşturan sürekli üye devletlerin bu kararda belirleyici etkiye sahip olması, BM'nin gücünü bu devletlerin politikaları ile sınırlamaktadır. Buna bağlı olarak da söz konusu sürekli üyelerin politik çıkarlarının BM'nin kararlarına yansıdığı açıkça

⁵⁴ “Astana zirvesinde gerilim yükseldi” başlıklı haber metni için bkz. <http://www.milliyet.com.tr/son-dakika-astana-dan-gelecek-haber-dunya-2383225/>

görülmekte, insan haklarının korunması, barış ve güvenliğin tekrar inşası süreçleri de bu devletlerin politikalarıyla uyumlu olduğu kadar mümkün olmaktadır. Libya’da yapılan askeri müdahalenin hızı, kararlılığı ve elde edilen sonuç tüm uluslararası topluluğu şaşırtırken, çok daha ağır suçların işlendiği Yemen, Sudan ve Suriye’de BM’nin neden harekete geçemediği sorusunun cevabını da sürekli üye olan devletlerin uluslararası politikalarında aramak yanlış olmayacaktır.

Libya’daki uygulaması uluslararası alanda pek çok eleştiriye maruz kalan koruma sorumluluğu doktrininin Suriye bakımından uygulama alanı bulamaması ve BM’nin de inisiyatif alamayarak bu hususta etkisiz kalması oldukça olumsuz bir etki yaratmıştır. Koruma sorumluluğu normunun asıl amacı olan sivilleri korumak ve barışı tesis etmek misyonlarına en çok ihtiyaç duyulan coğrafyalardan biri olan Suriye’de, zamanında ve kararlı bir müdahale ile koruma sağlanamaması bu normun itibarını ve işlevselliğini zedelemiş, güçlü devletlerin politik çıkarlarının söz konusu olduğu hallerde sivil kayıplarının görmezden gelindiği açıkça anlaşılmıştır. Suriye’de vuku bulan iç savaş rejim güçlerinin ülkede yarattığı yıkım eşliğinde devam etmekte, uluslararası anlaşmalarla tüm ülkeler için yasaklanmış olmasına rağmen sivillere karşı kimyasal silahlar kullanılmaktadır. Rejim, milyonlarca insanın göç etmesine, yüz binlercesinin ölmesine ve yaralanmasına yol açan insanlığa karşı suçları işlemeye devam etmektedir.

Rusya ve Çin karşısında ABD, İngiltere ve Fransa bloğu arasındaki güç mücadelesinin yanı sıra, Libya örneği sebebiyle BM gündeminde görüşülen ve müdahaleyi gerekli gören çözüm önerileri, Rusya ve Çin tarafından iki kez veto edildikten sonra BM bloke olmuş ve Suriye konusunda çözümsüz kalınmıştır. Bu durum, Suriye'ye başka yollardan müdahale yapılmasının mümkünatını mercek altına almışsa da, olayların başlangıcından günümüze kadar, bölgesel ve tek taraflı yaptırımlar haricinde yapılan barış görüşmeleri de elle tutulur hiçbir sonuç vermemiştir. Bilakis, Suriye'de şiddet tırmanmasına bağlı olarak ölümler artmış, bugün rejim güçlerince sivillere karşı kimyasal silahlar dâhil kullanılmaktadır.

Günümüzde Suriye'de insanlığa karşı uçların işlendiğine yönelik hiçbir şüphe bulunmamaktadır. Bölgede bulunan illegal silah grupların da etkisiyle Suriye'deki durumun sınır ülkelerinin tümü bakımından aynı güvenlik tehdidini oluşturduğu anlaşılmakta ve Türkiye'nin ısrarlı taleplerine rağmen güvenli bölge oluşturulmadığı için savaştan ötürü göç etmek durumunda kalan milyonlarca Suriye vatandaşının yarattığı hareketlilik de sosyolojik açıdan ciddi problemler doğurmakta, Dünya'da ırkçı politikaların artmasına sebep olmaktadır. Uluslararası barış ve güvenliği açıkça tehdit eden bu olayların vuku bulduğu Suriye'de kendi insanlarını katletmeye kasıtlı olarak devam eden rejimin koruma sorumluluğu normu gereği öncelikli yükümlülüğü olan kendi insanlarını koruma ve gözetme yoluna gitmediği açıkça anlaşılmaktadır. Normun ikinci aşaması olan diğer devletlerin barışın yeniden tesisine yönelik destek çalışmaları da Suriye'de olumlu sonuç

vermemiş, ülkeler ve bölgesel gruplar ancak tek taraflı olarak yaptırımlar uygulamışlardır. Fakat ne yazık ki barışçıl yollardan yapılan hiçbir girişim olumlu sonuçlanmamıştır ve son çare olarak BMGK kararıyla yapılması gereken askeri müdahale için tüm şartlar oluşmuştur. Fakat buna rağmen devletler politik güç mücadelelerine kapılarak sivillerin ölmesine tüm dünyayı seyirci bırakmıştır.

BMGK'nın kararında belirleyici olan devletlerin insanlığın temel değerlerinden bağımsız reel politikaları sonucu uluslararası topluluğun hareketsiz kalması karşısında giderek daha da kötüleşen Suriye'deki durum, BM'nin etkisizliğinin yanı sıra koruma sorumluluğu doktrininin de Suriye'de adeta sonunun geldiğini gözler önüne sermiştir.

Kaynakça

- **“A MoreSecure World”**, UN Report of theSecretaryGeneral’s High Level Panel on Threats, ChallengesandChange, 2004.
- ADAMS, Simon, “FailuretoProtect; Syriaandthe UN Security Council”, **Global CentreforResponsibilitytoProtect, OccasionalPaper Series**, N.5, Mart2015.
- ANNAN, Kofi, “TwoConcepts of StateSovereignty”, **TheEconomist**, 18 Eylül 1999.
- ARSAVA, Füsun, “Egemenlik ve Koruma Sorumluluğu”, Gazi Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi, S.15, C.1, 2011, s.101-124.

- ARSAVA, Fusun, “Libya Örneğinde İnsan Haklarının Korunması İçin Yapılan Askeri Müdahale”, **TAAD**, S.12,Ocak 2013.
- “Astana zirvesinde gerilim yükseldi” başlıklı haber, (çevrimiçi),<http://www.milliyet.com.tr/son-dakika-astana-dan-gelecek-haber-dunya-2383225/> , E.T. 12.06.2017.
- BARKIN, Samuel J., “TheEvolution of Constitution of theSovereigntyandtheEmergence of Human RightsNorms”, **Milienium-Journal of International Studies**, S.27, C.2, 1998, s.229-252.
- BELLAMY, Alex/HUNT, Charles, **"MainstreamingtheResponsibilitytoProtect in Peacekeeping Operations"** Asia-Pacific Center fortheResponsibilitytoProtect, Mart 2010.
- BM S/PV 6528 Sayılı Raporu.
- CRONOGUE, Graham, “ResponsibilitytoProtect: SyriaTheLaw, Politics, andFuture of HumanitarianIntervention Post-Libya”, **Journal of International Humanitarian Legal Studies**,S.3, C.1, 2012, s124-159.
- Cumhurbaşkanlığı Sözcüsü Büyükelçi İbrahim Kalın’ın Basın Toplantısında Yaptığı Açıklama, (çevrimiçi), <https://www.tccb.gov.tr/cumhurbaskanligi-sozculugunden/1695/32829/cumhurbaskanligi-sozcusu-buyukelci-ibrahim-kalinin-basin-toplantisinde-yaptigi-aciklama.html> , E.T. 12.06.2017

- Cumhurbaşkanı Erdoğan'ın 28.04.2017 tarihli Atlantik Konseyi Zirvesi Açılış Konuşması, (çevrimiçi) <https://www.youtube.com/watch?v=knjPvIYYIXQ> , E.T. 12.06.2017.
- Dış İşleri Bk. Basın Açıklaması No:210, 19.09.2011.
- Dış İşleri Bakanlığı Basın Açıklaması No:77, 19.03.2011.
- Dış İşleri Bakanlığı Basın Açıklaması No: 333, 29.12. 2016.
- Dış İşleri Bakanlığı Basın Açıklaması No:312, 19.12.2015.
- HALATÇI ULUSOY, Ülkü, “Suriye ve Libya Özelinde Koruma Sorumluluğu”, **TAAD**, S.14, Temmuz 2013.
- “Libya Protests: Defiant Gaddafi Refuse to Quit”,(çevrimiçi), <http://www.bbc.co.uk/news/world-middle-east-12544624>, E.T.13.06.2017.
- Mevlüt Çavuşoğlu'nun 30.12.2016 tarihli basın açıklaması, (çevrimiçi), https://www.youtube.com/watch?v=zS6nfDP_Zzw , E.T. 12.06.2017.
- NURUZZAMAN, Muhammed,” The Responsibility to Protect Doctrine Revived in Libya Buried in Syria”, (Çevrimiçi), www.papers.ssrn.com, E.T.13.06.2017.
- Report of ICISS, “The Responsibility to Protect”, Aralık, 2001.
- WILLIAMS, Paul R./ULBRICK, J. Trevor/ WORBOYS, Jonathan, "Preventing mass atrocity crimes: The responsibility to protect and the Syrian crisis", **Case Western Reserve Journal of International Law**, S.45, C.1&2, 2012.

- ZIFCAK, Spencer, “TheresponsibilitytoProtectAfter Libya andSyria”, (çevrimiçi), <http://heinonline.org/HOL/LandingPage?handle=hein.journals/meljil13&div=5&id=&page=> , (E.T.12.06.2017).

**RECOVERY OF AN INDEMNITY PREMIUM AND LIABILITY
FOR DAMAGES IN
COMBINED TRANSPORTATION**

Yrd. Doç.Dr. Hacı Kara¹

Yapi Kredi Insurance Inc v Admiral Container Lines Inc (The Marti
Prosperity)

Abstract

In principle, the bill of lading regulates the legal relationship between the carrier and the holder of bill of lading in the carriage of goods. The dispute between the parties here was whether the carrier would be held responsible for the loss and damage sustained as a result of a fire that had occurred in the vehicle carrying the insured cargo by road prior to its delivery to the consignee, following completion of the sea carriage.

The plaintiff insurance company initiated a law suit to recover of the indemnity premium. She claimed that the carrier caused a container cargo damage which was insured by them under a cargo insurance policy. On the contrary, the defendant sea carrier stated that the damage occurred during land transportation which she was not involved in the land transportation in any manner whatsoever. In addition, the carrier had not assumed any responsibility in this respect and therefore was not responsible for the damage.

¹ Assistant Professor, Faculty of Law, Istanbul Medeniyet University, haci.kara@medeniyet.edu.tr

In this study, it will be assessed whether the sea carrier is responsible or not for the cargo damages regarding the subject case.

Key words: Cargo Insurance Policy, Recovery of the indemnity premium, Responsibility of Sea Carrier, Bill of Lading (Combiconbill), Multi Transportation, Liability for the Cargo Damages.

Öz

Prensip olarak, konişmento taşıyıcı ile taşıtan arasındaki malların taşınmasına ilişkin hukuki ilişkiyi düzenlemektedir. Burada taraflar arasındaki anlaşmazlık, deniz taşımacılığının tamamlanmasını müteakiben, sigortalı kargoyu karayoluyla taşıyan araçta, kargonun alıcıya teslimi öncesinde araçta meydana gelen yangın sonucunda karşılaşılan zarar ve hasar için taşıyıcının sorumlu tutulup tutulamayacağıdır.

Davacı sigorta şirketi tazminat primini geri kazanmak için bir dava açmıştır. Taşıyıcının, kendileri tarafından bir kargo sigorta poliçesi altında sigortalanmış olan konteyner kargo hasarına sebep olduğunu iddia etmiştir. Buna mukabil, davalı deniz taşıyıcısı ise, hasarın kara taşınması sırasında meydana geldiğini, kendisinin herhangi bir şekilde kara taşınmasına dahil olmadığını belirtmiştir. Buna ilaveten, taşıyıcı bununla ilgili olarak herhangi bir sorumluluk kabul etmemiştir ve bu sebeple de hasar için sorumlu değildir.

Bu çalıřmada, söz konusu davadaki kargo hasarları için deniz tařıyıcısının sorumlu olup olmadığı deęerlendirilecektir.

Anahtar kelimeler: Kargo Sigorta Poliçesi, Tazminat priminin geri kazanılması, Deniz Tařıyıcısının Sorumluluęu, Koniřmento, (Combiconbill), oklu Tařıma, Kargo Hasarı için Sorumluluk.

Introduction

The subject of the dispute in this case was recovery of an indemnity premium paid by the plaintiff insurance company to the insured, pursuant to the damage caused to the insured cargo and based on the cargo insurance policy. In principle, the bill of lading regulates the legal relationship between the carrier and the holder of bill of lading in the carriage of goods. The dispute between the parties here was whether the carrier would be held responsible for the loss and damage sustained as a result of a fire that had occurred in the vehicle carrying the insured cargo by road prior to its delivery to the consignee, following completion of the sea carriage.

The container containing the textile products was first transported from Bursa to Gemlik and delivered to the carrier by the shipper. The container was loaded onto the *Marti Prosperity* at Gemlik and shipped to Novorossiysk. Following discharge, the container was loaded onto a truck for the purpose of carrying it to the factory of the consignee company Petrenko. During this road

leg a fire broke out on the truck, leading to the total destruction of some of the goods, with the remainder being rendered unusable.

Even if the Combined Transport Bill of Lading (Combiconbill) had been used in the carriage (affreightment) contract it is obvious that, in this particular carriage, the transportation was not of combined type since the place of delivery was not specified in the bill of lading.

Facts

Harput Textile Industry and Trade Ltd (Harput Ltd), a company having its principal place of business in Bursa, Turkey concluded a carriage agreement with Marmaris Shipping Agency Inc (Marmaris), which is an authorised general agent of Admiral Container Lines Inc (Admiral Container Lines), a company having its principal place of business in Panama, for the transportation of polyester cotton printed fabrics that were sold to a company called Petrenko Marina Gennadievna (Petrenko) in Novorossiysk, Russia.

The goods comprised 1881 fabric rolls in 328 bags, and were insured by Liya Textile Ltd (Liya Ltd) with Yapi Kredi Insurance Inc (YK Insurance) on behalf of Harput Ltd under the Transport Goods Policy dated 9 August 2010.

The products were loaded onto the *Marti Prosperity* at Gemlik and were unloaded from the ship at Novorossiysk under the

Combined Transport Bill of Lading (Combiconbill). During the transportation from Novorossiysk to the place of destination, by way of the Novorossiysk-Ivanova highway, as a result of a fire outbreak on the truck, 387 fabric rolls were completely burnt and the remaining 1494 rolls were soaked and damaged by the fumes and smell of burnt fabric.

An agreement was reached upon the quantum of damages, which was determined by the cargo underwriter and based on the written approval of Liya Ltd. YK Insurance paid an insurance indemnity in the amount of US\$112,875 to Harput Ltd - the seller of the products - on 30 December 2010.

The plaintiff YK Insurance filed a recovery action before the Istanbul Maritime Specialized Court against Admiral Container Lines for payment of the quantum of damages from the defendant, together with accrued interest from the date of payment and costs. YK Insurance argued a number of points, as follows:

- that following payment of the damages to the insured Harput Ltd, it had subrogated the rights of the insured
- that the carrier would be responsible for any loss or damage to the goods between the date of taking delivery from the shipper and the date of delivery to the consignee
- that the bill of lading issued by Admiral Container Lines was on the Combiconbill form and hence was in the nature of combined transport, thus covering liability for any damage that may occur

at each phase of the transportation, whether on land or sea legs of the carriage and

- that the damage had occurred whilst the goods were in the possession of and, hence, the responsibility of the defendant carrier.

The plaintiff submitted to the court the transport insurance policy, the bill of lading, customs declarations, the certificate of conformity, Lloyd's Survey Report, fire report, record of statement, the transfer receipt report, claims letters sent by the insured, a certificate of consent/release and the letter of recourse as evidence in support of its claims.

Marmaris, as the representative of Admiral Container Lines, requested that the action be dismissed on the following grounds:

- that the court was not authorised to handle the action
- that Admiral Container Lines was not responsible for the carriage as freight forwarder
- that the damage had not occurred on the sea leg but instead on the land leg of the carriage
- that Admiral Container Lines was not involved in the land transportation in any manner whatsoever
- that Admiral Container Lines had not assumed any responsibility in this respect and therefore was not responsible for the damage.

The defendant had submitted the survey report, the Sea Waybill instruction dated 6 August 2010 and the cargo manifest as evidence in support of its defence.

Expert determinations

Following collection of all the evidence, the court decided that experts needed to be appointed to conduct examinations into the evidence submitted. The board of experts consisted of a chemical engineer, a textile claims specialist and a maritime trade and insurance law specialist. In the report issued by the experts it was concluded that the material facts constituting the basis of the indemnity claim had occurred during the road transportation leg from Novorossiysk to Ivanova, that the defendant was not responsible for the road leg pursuant to the provisions of the bill of lading and, therefore, that the defendant was not responsible for indemnifying the plaintiff's claims.

Following the plaintiff's objections to the experts' report, the court decided to obtain an additional report from the same board of experts in view of the objections raised. However, the experts did not depart from their earlier view and concluded in their additional report that the defendant could not be held responsible.

Local court's decision

At the conclusion of the trial, the local court decided to dismiss the action². The seller of the printed cotton fabrics, Harput Ltd, was insured by Liya Ltd against the transportation risks. Thus, according to the insurance policy, the insured was Harput Ltd and the policy owner was Liya Ltd. On this basis, 'insurance for the account of another party' was put into question.

For the marine insurance risks, the loss sustained by the insured is eliminated pursuant to Articles 1445 ff of the Turkish Commercial Code (TCC) No 6762. As for insurance for the account of a third party, the rights arising from such insurance belong to the insured pursuant to Article 1445 of the TCC. Upon receipt of the letter of claim dated 20 December 2010 from the policy owner Liya Ltd (stating that the damages payable by way of compensation should be paid to the insured Harput Ltd), the insurance indemnity of TL 167,320.00 was paid to Harput Ltd by YK Insurance on 30 December 2010.

In order to determine whether the plaintiff had capacity to sue, it was necessary to decide whether Harput Ltd had an insurable interest. An examination of the sales invoice and customs declaration of the goods revealed that the payment method was to be 'cash against goods' and the delivery method was CFR (Cost

² Istanbul, 51st Commercial Court of First Instance (Maritime Specialized Court) Folia Nos 2011/98 E and 2014/44 K (4 February 2014)

and Freight). CFR registration means that the expenses incurred in connection with the carriage of the goods to the place of destination and the freight are to be borne by the seller and the obligation of executing the contract of carriage must be fulfilled by the seller.

Thus, in CFR sales, the amount to be paid by the buyer - inclusive of freight - is determined by the seller. The phrase 'cash against goods' included in the sales invoice and customs declaration means that the seller will receive the cost of the goods after they have been delivered. Therefore, the seller's benefit over the goods does not expire merely because payment for the goods has not yet been received in the context of the sale where the payment method is 'cash against goods'. Therefore, the seller has an advantage, since the products are insured until the goods are delivered to the buyer.

This fact also appears in the established precedents of the Court of Cassation. Therefore, the insurance agreement executed in favour of the insured is a valid agreement pending delivery of the goods to the buyer. Pursuant to Article 1361 of the TCC, a plaintiff who has paid an insurance indemnity premium to the legal owner of the goods based on a valid insurance agreement is the successor of the rights of the insured. Hence, the court decided that the plaintiff had capacity to sue.

With regard to whether a defendant has capacity to sue, the seller is obliged to execute the contract of carriage pursuant to the delivery method included on the sales invoice and the customs declaration that delivery method is CFR. In this case there was no dispute between the parties that the insured Harput Ltd was the charterer of the contract of carriage. The bill of lading dated 11 August 2010, relating to the carriage constituting the subject-matter of the action was issued by Admiral Container Lines in its capacity as the carrier. Although, the defendant stated in its reply brief that Admiral Container Lines was the freight forwarder and for this reason no action could be initiated against it, this statement is not binding owing to the fact that Admiral Container Lines had signed the bill of lading in its capacity as the carrier, and had thereby assumed the carriage.

The goods were carried within a container and, therefore, the contract of carriage constituting the subject-matter of the action is a contract of carriage of general cargo, which is a type of contract of carriage. In the carriage of general cargo type, the bill of lading regulates the relation between the carrier and the charterer. Furthermore, according to the agency agreement, Marmaris was authorised to represent Admiral Container Lines in its capacity as general agent of the defendant carrier. Therefore, the court decided that Admiral Container Lines could be sued.

In addition, the defendant objected to the international jurisdiction of the court. However, it was noted that the statement of claim was served on the defendant on 25 March 2011 but the defendant did not submit its response until 3 June 2011, which was outside the permitted time for a response. Therefore, the objection to the jurisdiction was rejected since it was not submitted in due time.

In the evaluation of whether the action was commenced within the time period of one year,³ it was held that the action was initiated in due time based on the date on which the bill of lading was issued and the date on which the fire had occurred, the latter having taken place on 29 August 2010. Thus, it is clear that the loss occurred prior to the delivery of the goods to the consignee.

The dispute between the parties was directly related to whether the carrier on the first (road and sea) leg of the transport was responsible for the loss sustained owing to the fire on the second (road) leg of the transport. It was established that the textile products had first of all been taken from Bursa to Gemlik by road, a distance of some 30 km, having been stowed within the container and delivered to the carrier by the shipper pursuant to FCL (Full Container Load) records included in the bill of lading. Thereafter, the container was loaded onto the MV *Marti*

³ This plea should be examined by the court 'ex-officio' since it is in the nature of definite term as provided for in art 1067 of the TCC.

Prosperity at Gemlik and carried to Novorossiysk by sea and unloaded there before being loaded onto the truck which was subject to a fire breaking out and the goods being damaged.

Even if the Combiconbill form of bill of lading were to have been used in the contract of carriage - as it was in the transportation constituting the subject-matter of the action - the column for the place of delivery* is left blank in the bill of lading. The sign (*) included in the place of delivery, which was left blank, is explained making reference to the phrase: (Applicable only when document used as a combined transport bill of lading*) included in the form. It is obvious that the transportation was not of a combined type since the place of delivery was left empty in the bill of lading.

The defendant carrier had undertaken to carry the products from Gemlik to Novorossiysk. Had the subsequent road leg transportation also been assumed by the defendant, the name 'Ivanova' should have been written in the place of delivery on the bill of lading. Although the route had been determined as being a very short distance by road from Bursa to Gemlik, by sea from Gemlik to Novorossiysk and a much further distance by road again from Novorossiysk to Ivanova in the transport goods insurance policy, it was argued that the defendant carrier was not responsible for the loss and that a decision should have been taken to dismiss the action since the defendant carrier has assumed and performed the navigation leg alone and was not responsible for the final road leg to effect delivery to the consignee in

Ivanova at a distance of approximately a day's drive away from the port.

Supreme Court's decision

Although the decision was appealed by the plaintiff, the Court of Appeal refused to grant the plaintiff's appeal and approved the local court's decision.⁴

Conclusion and evaluation

In relation to the procedure in the case, it should be emphasized that the defendant Admiral Container Lines is a foreign company resident in Panama and its headquarters or branch office is not located in Turkey. Therefore, although it was proposed that the cause of action should have been heard in the defendant's jurisdiction, ie in Panama, pursuant to the TCC and in light of the fact that the defendant had appointed a Turkish agent, the matter was dealt with in the local jurisdiction.

However, Article 5 of the conditions of the parties' contract, which was incorporated into the bill of lading used in the transportation, stipulates that: 'Disputes arising under this Bill of Lading shall be determined by the courts and in accordance with the law at the place where the carrier has his principal place of business'. Therefore, the action should have been initiated in Panama. Although

⁴ Court of Cassation 11th Civil Chamber (2 December 2014) at 2014/11071 E and 2014/18534 K.

the claim was not commenced in Panama and the notice period for responding to the claim was not complied with by the defendant, this should not have led to the rejection of the defendant's application for the claim to be struck out as a result of late filing.

In relation to the timescale, in accordance with Article 1067 of the TCC the claim must be commenced no later than the first anniversary of the cause of action. Article 1067 states that: 'If an application is not filed with the court within one year following the date on which the goods are delivered or deemed to have been delivered, the right to initiate an action to enforce liability against the carrier due to the loss of or damage to the goods is lost'. In the present case, the application was filed within the permitted timescale.

In relation to the merits, Article 1061 of the TCC governs the liability of the carrier. According to this provision: 'The carrier is obliged to act as a prudent carrier in the loading, stowage, carriage, handling and unloading of the goods. The carrier is responsible for the losses which may arise from the loss of or damage to the goods during the period between the date on which they are received and the date on which they are delivered; provided that the loss or damage is caused by unavoidable reasons even if utmost endeavours are made'. Therefore, as a rule, the carrier is obliged to deliver the goods in the same condition as when it received them.

In the event that loss of or damage to the goods is discovered upon delivery, the consignee should ensure, prior to acceptance, that they have been inspected with regard to their condition by an officially appointed corporation or based on a court order pursuant to Article 1065 of the TCC, which states that: 'Prior to the receipt of the goods sent, the consignee may have the said goods inspected by the master or officially appointed experts based on an order of a court or other authorized institutions. The other party is also caused to be present thereat if the same is possible'.

Furthermore, pursuant to Article 1066 of the TCC:

The loss of, or damage to, the goods should be informed in writing to the person who is authorized to take delivery of them or the carrier or its representative at the port of unloading pursuant to the contract of carriage. If the loss or damage is not obvious externally, it is sufficient to send the notification within three days as of the said date. The loss or damage should be generally indicated in the notification. If the condition and position of the goods are determined based on a court order or by officially appointed experts at the moment at the latest as specified in the first paragraph in the presence of both parties, there is no need to send a notification. If the loss of, or damage to, the goods is not notified or determined, it shall be accepted that the goods are delivered by the carrier in the condition as written in the bill of lading or if a loss or damage occurs, the carrier will not be responsible therefore; provided that any contrary occurrence to these presumptions may be proven.

Therefore, any loss or damage should be notified before the goods are accepted.

In this case, no such determination or notification was made in accordance with the provisions of the TCC. However, such failures do not terminate the consignee's right to sue. If, however, any loss or damage is discovered, it will be assumed that such loss was caused by a third party for whom the carrier was not responsible. In this event, the burden of proof will be on the consignee to prove that the loss and damage occurred whilst the goods were in the possession of and under the responsibility of the carrier.

Finally, as explicitly stated in the local court's decision, the transportation consisted of two legs, being sea carriage and road transport. The plaintiff expressly agreed that the damage constituting the subject-matter of the action did not occur during the sea leg and, therefore, it was not in doubt that the goods were not damaged during their transportation on the *Marti Prosperity*.

The plaintiff alleged that Admiral Container Lines was responsible for the combined transport so that both the sea and road legs of the transportation should be considered as one 'combined' form of transportation. The plaintiff asserted that the issuance of a so-called 'combined transport bill of lading', which is one of the standard bills of lading used in the carriage of goods by sea, was the sole basis and ground for the liability of Admiral Container Lines. However, the

following provision was included in Article 1 of the general conditions incorporated into the bill of lading: 'Notwithstanding the heading "Combined Transport", the provisions set out and referred to in this bill of lading shall also apply, if the transport as described in this bill of lading is performed by one mode of transport only'. That is to say that such a bill of lading could be used even if the transportation were to cover only one mode of transportation.

Furthermore, in the explanation regarding the term 'Place of Delivery (*)', the following passage appears in the bill of lading: '(*) Applicable only when document used as a combined transport bill of lading. In other words, if an agreement is reached by the parties on a combined transport or more than one transportation mode, the place of final delivery should also be written on the bill of lading'. The place of delivery was left blank on the bill of lading; only the port of loading was stated as 'Gemlik' and the port of discharge was stated as 'Novorossiysk'. The transportation in question was not undertaken as 'door to door' also covering the land leg of the transportation. Instead, the transportation was clearly from port to port (Gemlik to Novorossiysk).

According to the plaintiff and as also specified in the experts' report, the damage occurred during the transportation of the container on the final road leg. Admiral Container Lines did not take any part in any manner whatsoever in the land transportation of the goods and did not assume any liability in this respect. Therefore, Admiral Container Lines was not liable for the damage caused to the goods as claimed by

the plaintiff. Therefore, as also approved by the Court of Appeal, the local court's decision was the correct and appropriate decision.

RAWLS OR SCHMITT: THE CASE OF RELIGIOUS FREEDOM

Mehmet Sercan Ercan¹

Abstract

Religious freedom is a very controversial issue in today's world. Commenting on the religious freedom on the basis of the theories of Carl Schmitt and John Rawls, two of the most important philosophers and legal theorists of the last century, may be a guide for us to discern the contemporary debates because these philosophers represent two different ideas. Schmitt is a strong criticism of liberalism, while Rawls is literally a liberal. Rawls contends that the ideas of flexibility and uniformity are not totally unrelated. His evaluation of the equity framework drives him to presume that for equity to be genuinely just, everyone must be managed similar rights before the law. On the other hand, Schmitt argues that the sovereign has decided to make an exception. The condition of exemption is the monopolistic area of the sovereign, while uncovering the sovereign itself. In any case, sway, as well, then, is likewise he who characterises what's "the typical." Who determines the limits of religious freedom? Where does the law come from? Who is the sovereign? These questions are significant for understanding the constitutional theory and religious freedom. Firstly, this article will summarise their theories. Afterwards, will discuss the

¹ Birkbeck University of London, Constitutional Politics Law and Theory, LLM Student, mehmetsercanercan@gmail.com

relationship between the freedom of religion and the constitutional system by these questions.

Key words: Religious freedom, Carl Schmitt, John Rawls, constitutional law, sovereign

I. Introduction

The concept "constitutional law" is generally utilised as a part of a few distinct contexts, two of which are especially applicable to a comprehension of constitutional obtaining. Practically every nation has a constitution that sets out major tenets and standards establishing the elements of the organs of focal and nearby government, and controlling the relationship between the individual and the state. Notwithstanding their composed constitutions, nations are likewise comprehended to have an unwritten piece of their constitutions containing administrative acts, legislative requests, and court choices administered by their composed constitutions².

Law is the outflow of power; however, sway is itself constituted and subsequently additionally constrained by law. For some of its commentators, this is exactly where the calculated uncertainty of present day sway lies: it communicates both the power that authorises law and the law that re-strains control. Legitimate political speculating about power in fact frequently seems, by all accounts, to be gotten in

² Loughlin, Martin, *Foundations of Public Law*, Oxford: Oxford University Press, 2010, chapter 10, *The Constitutional Contract* pp 275-311

the antinomy between sway that, unconstrained, lies past law, and sway that is lawfully constituted and thusly not politically preeminent, or, not sovereign³.

From a hypothetical point of view, the key issue of the cutting edge hypothesis of sway subsequently introduces itself as an issue of the proper lawful hypothesis. To re-regard the idea of sway, what is required is a legitimate hypothesis that can air conditioning mean the co-innovation and in distinguishability of law and power. Additionally, to put the point in Marinos' terms, such a hypothesis must recognise, to the point that current positive law suggests the duality of facticity and legitimacy: it must have the capacity to air conditioning mean the way that lawful standards are, from one viewpoint, obligatory certainties supported by approvals, while, then again, they likewise raise a case to authenticity⁴. Cutting edge law, at the end of the day, comprises in coercive standards that must be adequate and for the most part unmistakable on balanced grounds, and lawful hypothesis should subsequently have the capacity to arrange the romanticising, regulating character of the law's case to authenticity with regards to concrete political foundations and courses of action⁵.

³ R. C. Van Caenegem, *An Historical Introduction to Western Constitutional Law* Cambridge: Cambridge University Press, 1995, pp. 37-71

⁴ Brian Z. Tamanaha, *On the Rule of Law, History, Politics, Theory*, Cambridge: Cambridge University Press, 2004, pp. 7-14

⁵ Diamantides, Marinos, *Constitutional theory and its limits - reflections on comparative political theologies*, *Jr. Law, Culture and the Humanities* 11 (1), 2015, pp. 109-146

Not at all like Habermas, Kelsen and Schmitt are not commonly considered as conspicuous scholars of popular government. In fact, Schmitt, known for his staunch evaluate of progressivism and parliamentary, his decisionistic hypothesis of true blue political activity, and the tyrant ramifications of his contemplations on the condition of special case and autocracy, does not have a place with the standard of vote based and constitutional hypothesis⁶. Schmitt's disputable cases that, amid the remarkable snapshots of lawful burst, vote-based qualities are best typified in the individual choice of the sovereign despot has been to a great extent negated by advanced vote-based hypothesis.

II. A Theory of Justice, John Rawls

A philosopher, John Rawls, who is also holding the James Bryant Conant University Professorship at Harvard University, published many articles and books. He is primarily known, in any case, for his book *A Theory of Justice*⁷, a push to characterise social equity. The work has enormously impacted cutting modern political thought.

In *A Theory of Justice*, Rawls contends that the ideas of flexibility and uniformity are not totally unrelated. His evaluation of the

⁶ Chris Thornhill, *A Sociology of Constitutions: Constitutions and State Legitimacy in Historical-Sociological Perspective*, Cambridge University Press, 201, pp. 77-103

⁷ Rawls, John. *A Theory of Justice*, Cambridge, Mass: The Belknap Press of Harvard University Press, 1971, p. 11 – 17

equity framework drives him to presume that for equity to be genuinely just, everyone must be managed similar rights before the law.

Rawls was highly saddened with all the conventional logical arguments about what makes a social substance and what are the legitimate politics moving around the social activities. The utilitarian dispute holds that social requests should look for after the best helpful for the best number. This dispute has different aspects, especially including, that it is all in all consistent with the likelihood of the mistreatment of bigger parts over minorities. The intuitionist conflict holds that individuals intuit what is right or wrong by some common great sense. This is also unsafe in light of the way that it essentially clears up away value by saying that social orders "know it when they see it," and it fails to deal with the many conflicting human senses. Rawls begins his work with the possibility of value as sensibility. He perceives that the key structure of a society is the basic subject of value and recognises that value is the key morals of social foundations. He considers value as a matter of affiliation and inward divisions of a society.

Consequent to considering the essential qualities of value as conventionality and the speculative predominance of this approach over utilitarianism, intuitionism, or distinctive perspectives, Rawls look at models of value. He recognises two criteria: First, each individual should have approach rights to the most expansive opportunities dependable with different people getting a charge out of comparable flexibilities; and second, that differences should be planned in a way

that everyone's inclination as considered. In addition, these differences should be arranged in a way that no individual would be upset from including any position. Rawls closes the initial segment of his book by examining the possibility of the first position outside society. This theoretical unique position can be approximated by utilising the thought test about the shroud of obliviousness⁸. In the second part of the work, Rawls considers the ramifications of his equity for social foundations. He mentions in detail about measure up to freedom, financial appropriation, and obligations and commitments and the principle attributes of everything that would constitute a fair society. He does not, however, distinguish a specific sort of social or political framework that would be steady with his hypothesis. He bargains just with the requests that his rendition of equity places on organisations. In the third and last area, Rawls manages extreme objectives of contemplating social equity. He contends for the need a hypothesis of goodness, and he presents a defence for considering goodness to be sanity. At that point, he swings to good brain research and considers how individuals procure an estimation of equity. At last, he looks at the benefit of equity, or how equity is associated with goodness. Rawls contends that in a very much ideal society, thoughts of goodness and equity must be steady with each other.

⁸ Kukathas, C. and Pettit, P., Rawls: a theory of justice and its critics. Stanford University Press, 1999

III. Political Theology, Carl Schmitt

Schmitt⁹ characterises the pith of power as the choice over what is a special case and choose the measures taken to wipe out such an exemption. The condition of exemption is the monopolistic area of the sovereign, while uncovering the sovereign itself. In any case, sway, as well, then, is likewise he who characterises what's "the typical." As Schmitt composes, "for a legitimate framework to bode well, an ordinary circumstance must exist, and he is sovereign who certainly chooses whether this typical circumstance really exists". The safeguarding of the typical is unequivocally the method of reasoning for which the special case is initiated. All things considered, power is an innate hypothesis of the express: "The state suspends the law in the special case on the premise of its privilege of self-safeguarding, as one would state".

The way Schmitt comprehends political theology as a strategy for the social science of ideas, or rather, history of ideas may give accommodating bits of knowledge into the distinctive orders, both in the humanities and in addition in the characteristic sciences. Notwithstanding the philosophical parts of this strategy, the request to dependably have as a primary concern ideas and the setting of their arrangement is the way to comprehension our life-world and additionally prior recorded periods. It could improve the work of

⁹ Schmitt, Carl, *Political Theology. Four Chapters on the Concept of Sovereignty*, 1922, Trans. G Schwab (University of Chicago Press, Chicago, IL 2005, Ch 1, p. 5-15

researchers working with various issues, particularly associated with the socio-political circle.

In refinement from the liberal view, Schmitt expressly contends against the state's part being the eliminator of contention and the political, yet rather the methods through which request and security are not the cost of these adversarial relations. He composes: "Today nothing is more present day than the surge against the political," discovering communists, rebels, and liberals all liable on this point. Snidely parroting them, he proceeds, "There must never again be political issues, just authoritative specialised and financial sociological ones". Another reason Schmitt contends against the liberal view is that, he says, liberal normativism (specifically constitutions) cannot anticipate the unforeseen occasions that require the suspension of the law in light of a legitimate concern for protecting the state itself. The most a constitution can give is an outline of who chooses.

Notwithstanding, a vital note is that Schmitt claims toward the end of the book that the special case is not oppressive on the ground that regardless it has some real premise. He gives authenticity a majority rule turn. He acknowledges Donoso Cortés' view which individuals are vile to the point that they cannot be normal, a great deal less all in all as in the liberal casing, to be managed such vote based

benefits. Middle class progressivism¹⁰, Donoso Cortés said, was essentially a group of individuals talking their ears off, never going to the basic snapshot of choice. Schmitt cuts the book off at a point in which he would sensibly give an option, however, he does not give.

IV. Religious Freedom

Modern law and religion are basic socio-political wonders that have some similar hidden components. Both try to constitute, or if nothing else to casing, human cognisance and attempt to regulate in all circles of private and open life. Likewise, current law and religion are reciprocal, conflicting and synchronous wellsprings of lead making, mediation and execution. Both insert dutifulness and commitments, authority, organisations and legitimate belief system as establishments of their support and pervasiveness, in light of a strict structure of orders. From times long past to current innovation in the midst of different verifiable changes, some of which have been progressive, law and religion have never been totally isolated. They have never been so autonomous as to accomplish independence from each other. Religion has basically been exemplified in current legitimate frameworks, even in those that have tried to privatise religion¹¹. Religions are implanted in every day, being honed in different areas, from the Middle East and

¹⁰ Ryan, B., Carl Schmitt: Zones of Exception and Appropriation. Kierkegaard's Influence on Social-Political Thought (Kierkegaard Research: Sources, Reception, Resources, zv. 14. Farnham: Ashgate, 2011, pp.177-207.

¹¹ Sullivan, W.F.. The impossibility of religious freedom. Princeton University Press, 2005, pp. 138-150

Africa to Europe, Latin America to North America and Asia, and in Western administrations and post-comrade administrations alike.

The perspectives on multicultural toleration taken by John Rawls and Carl Schmitt in their work seem to struggle with each other. Multicultural toleration would appear to be the regular consequence of the hypothesis of equity as decency, as Rawls means to make a society based around social collaboration and toleration¹². Rawls' concept of an all-around requested society can be viewed as restrictive upon multicultural toleration to genuinely exist since social collaboration is one of the basics of a just society. Conversely, multicultural toleration is generally displayed as a misrepresentation by Schmitt in that it would dependably be reliant on the sovereign choice¹³. In Rawls' hypothesis the way of the state is to a great extent chosen and legitimated through the origination of political equity settled upon by society. At the point when Schmitt's perspective is connected, multicultural toleration to a great extent exists on the impulse of the state, yet this toleration is just a façade as the sovereign will dependably be one-sided towards a specific gathering in settling on the sovereign choice. The exemption demonstrates the choice and the sovereign at its root in light of the fact that eventually it will demonstrate that the sovereign will bolster the qualities that it is occupied with as opposed to those of others in

¹² Rawls, J., *Justice as Fairness: A Restatement*. Cambridge: The Belknap Press of Harvard University Press, 2001, pp. 140-145

¹³ Laycock, D. and Thomas, O.S., *Interpreting the Religious Freedom Restoration Act*. Tex. L. Rev., 73, 1994, p.209.

society. This is not quite the same as Rawls' origination of the state as choices in the model of equity as reasonableness must take after the standards of equity, guaranteeing a feeling of resistance for all gatherings¹⁴.

Another purpose of complexity between the speculations of Schmitt and Rawls is standing out that the fundamental organisations of the state are made, and the way in which these foundations influence multicultural toleration. Schmitt sees fundamental organisations of the state as secularised philosophical ideas, implying that all aspects of the present day state has a religious starting point. This represents an issue for multicultural toleration in light of the fact that since the state has a religious root; it will mirror the interests of the theology that was secularised to make it to the detriment of restricting perspectives¹⁵. The instruments of the state would wind up being one-sided towards bunches that share its interests, and this is a circumstance that is inconsistent with multicultural toleration. In this environment, genuine multiculturalism would never exist as one gathering would dependably have its interests hoisted over whatever remains of society in the death of the sovereign choice. Then again, Rawls comprehends the essential organisations and components of the state as the "fundamental structure" and the reason for it is to secure foundation equity for society. Rawls' fundamental structure of society is not saddled with the

¹⁴ Diamantides, pp. 109-146

¹⁵ S. Mancini 'The Tempting of Europe, the Political Seduction of the Cross: A Schmittian Reading of Christianity and Islam in European Constitutionalism' in Mancini & Rosenfeld (eds.) *Constitutional Secularism in an Age of Religious Revival*, Oxford UP, 2014, pp. 111-135.

inclination coming about because of a philosophical starting point. Rather, the fundamental structure is directed by the standards of equity settled upon under the cloak of numbness. The cloak of numbness is composed by Rawls to guarantee that the interests of all gatherings are spoken to reasonably in the trusts that an understanding can be made on standards of equity that can catch the covering accord. Consequently, the fundamental structure of the society is consistent with multicultural toleration as it is made under conditions that are reasonable for all gatherings through the standards of equity. Under this essential structure, the state is unprejudiced and focused on beliefs of toleration connected with multiculturalism¹⁶.

For multicultural toleration to appropriately exist, it must be a part of the regulating circumstance of a given society. Rawls and Schmitt have contrasting thoughts on how the standard is chosen and legitimated in society. The possibility of the ordinary circumstance is critical to multicultural toleration since it guarantees the conditions required for multicultural toleration's existence on a regular premise in the state. Under Rawls' origination of equity as decency, the typical circumstance is made by the political and social establishments that constitute the essential structure. Since the essential structure is worried with guaranteeing "foundation equity" in society, it is additionally accused of guaranteeing that multicultural toleration is multiplied as an ordinary circumstance in society. Since the essential structure is

¹⁶ Sakaranaho, T., *Religious freedom, multiculturalism, Islam: cross-reading Finland and Ireland*. Leiden: Brill, 2006, pp. 51-60

directed by the standards of equity, the fundamental structure should then be organised to guarantee multicultural toleration is a societal standard. Rawls is obvious that so as to accomplish a very much requested society, multicultural toleration and social participation are fundamentally present in the standards of equity and this makes it a player in the standard as these standards control the regularising essential structure of the society. Schmitt takes a restricting perspective, trusting that the typical circumstance is directed just by the sovereign¹⁷. According to Schmitt, a lawful request requires an ordinary circumstance to exist. Besides, all law is situational law to Schmitt and the sovereign has an imposing business model over making the circumstance, making the sovereign the power over how law is connected. Basically, multicultural toleration in Schmitt's state is completely contingent on the sovereign. While the sovereign could endeavour to realise a multicultural state, it would never really support multicultural toleration given that it has a restraining infrastructure over the choice. If a choice should have been made between the convictions of the sovereign and the perspectives of another gathering, the perspectives of the sovereign would at last win by the ethicalness of sovereign power. There would be no ensured freedoms in Schmitt's state, as every one of them would be contingent on the sovereign choice and possibly brought away to manage the special case. This probability

¹⁷ Schmitt, pp. 91-120

for abuse is not consistent with an express that incorporates multicultural toleration¹⁸.

While Schmitt can be seen as takes a critical position towards multicultural toleration, Rawls takes an a great deal more positive position through his standards of equity as decency. Firstly, the standards of equity as reasonableness that Rawls lays out passing on beliefs that are compatible with multicultural toleration. Particularly in his first standard, he ensures the fundamental freedoms and flexibilities of all gatherings similarly¹⁹. These freedoms guarantee a level of resilience as every gathering has security of their fundamental freedoms paying little heed to whether they are the greater part or minority.²⁰ Above all, Rawls makes these rights indefeasible as they can't be taken away under any conditions. This is a basic on the ground that multicultural toleration amounts to nothing on the off chance that it doesn't persevere on account of a crisis. A crisis is when assorted perspective are well on the way to conflict, and Rawls' first rule guarantees that gatherings won't have their freedoms undermined or taken away amid a potential outstanding condition. This guarantees the conservation of multicultural toleration and shields bunches from abuse by the lion's share or the state utilising the crisis for defence. In Schmitt's view when a choice should be made between the predominant

¹⁸ Taylor, C., *Multiculturalism*, Princeton University Press, 1994, pp. 50-75

¹⁹ Rawls, J., *Justice as Fairness: A Restatement*. Cambridge: The Belknap Press of Harvard University Press, 2001, pp.42

²⁰ Rawls, J. *Justice as Fairness: A Restatement*. Cambridge: The Belknap Press of Harvard University Press, 2001, pp.42

estimations of the sovereign and any clashing perspectives, the sovereign qualities would prevail. This would be in conflict with any kind of immaculate and genuine multicultural toleration as it would take into consideration potential abuse of gatherings not sharing the perspective of the sovereign. While a comparable plan of essential freedoms could fit inside Schmitt's origination of the state, they would not be infeasible on the ground that they would retreat simply like whatever is left of the law on account of the special case. At the point when Schmitt's hypothesis of the crisis and the special case is connected to multicultural toleration, he would plainly trust that genuine multiculturalism would never exist in the state since multiculturalism would dependably be restrictive on the choice made by the sovereign.

This maybe ought to have been the end of the matter. There is little to say in regards to power, other than that it is an out of date method for portraying the administrator. By and by, the story proceeds. Cutting edge constitutional law has conveyed power not as the way that makes law conceivable but rather as a sui generis office or political capacity. Here is power a constitutional necessity, an aftereffect of a general system of constitutional tenets. It implies that there is a management of acknowledgment or an equal constitutional structure of guidelines and thinking that requires that someone should be a sovereign. To be sovereign in this sense does not imply that you summon submission indeed. It implies that you appreciate pretty much select, extreme and exhaustive forces of law-production, under some

central lawful system. This is "sovereign" power and not standard law-production control, unequivocally in the light of the fact that it ought to be extreme and overpowering as an issue of law. This position is taken, for instance, by British constitutional lawyers and Schmitt himself, for whom the power of parliament is prerequisite of the constitution and the control of acknowledgment²¹.

Schmitt's view depends on extremely unrefined perspective of majority rules system which never addresses the topic of how the general population or 'popular conclusion' might be constituted and communicated in law²². By the way, his contention demonstrates that on the off chance that we support an Austinian perspective of prominent power and seek after its hypothetical ramifications to the full, we will again achieve a perspective of constitutional law that is profoundly new. It creates the impression that all establishments of government are presently subject to the lead of the general population or, on the other hand, of popular supposition. By amassing sway in the general population and putting famous power at the heart of the constitution, Schmitt undermines the general concept of law. The reason is in his exceptional definition of power, which is similar that of Austin's. In his general hypothetical examination of sway in Political Theology, Schmitt contends that 'each lawful request depends on a choice, furthermore the idea of the lawful request, which is connected

²¹ Baumann, G., *The multicultural riddle: Rethinking national, ethnic, and religious identities*. Psychology Press, 1999, pp. 17-25

²² Schmitt, pp. 91-140

as something plainly obvious, contains inside it the difference of the two unmistakable components of the juristic-standard and choice. Like each other request, the lawful request lays on a choice and not on a standard²³.

The privilege of Freedom of Religion, Conscience and Thought is a flat out right. Nonetheless, the appearance of a privilege, for example, wearing religious dress may force constraints. This implies under a few conditions it is feasible for a state to meddle into the necessities of the article 9(2) ECHR²⁴. The rules that are suggested are the accompanying. The limitation ought to have a lawful premise in residential law and ought to constitute a true blue point by securing 'people in general request', 'wellbeing', "ethics" and 'the rights and opportunities of others' and ought to be essential in a vote-based society as a result of the "few religions which exist together inside one and a similar populace and it might be important to place confinements on flexibility to show one's religion or faith keeping in mind the end goal to accommodate the interests of the different gatherings and guarantee that everybody's convictions are regarded". The state ought to be "unbiased" and "unprejudiced" with a specific end goal to keep up amicability and resistance in the society. "Pluralism, resilience and broadmindedness are signs of a majority rule society". The issues that may emerge ought to be settled through discourse so as to advance the

²³ Kymlicka, W., *Multicultural citizenship: A liberal theory of minority rights*. Clarendon Press, 1995, pp. 145-170

²⁴ Kamal, J., *Justified interference with religious freedom: the European Court of Human Rights and the need for mediating doctrine under Article 9 (2)*. *Colum. J. Transnat'l L.*, 46, 2007, p.667.

estimations of majority rule government. Besides, the Court ought to permit the States an edge of gratefulness to control the issue for which there is a debate on the grounds that occasionally it is better for the state to determine the issue by evaluating an adjust. Obviously the Court does not lose the duty to oversee the State. In addition the prerequisite of the need in a law-based society was censured by the Judge Tulkens mostly in view of the edge of thankfulness, the rule of secularism and balance.

BIBLIOGRAPHY

1. Baumann, G., 1999. *The multicultural riddle: Rethinking national, ethnic, and religious identities*. Psychology Press
2. Brian Z. Tamanaha, 2004, *On the Rule of Law, History, Politics, Theory* (Cambridge: Cambridge University Press
3. Carl Schmitt, *Political Theology. Four Chapters on the Concept of Sovereignty*, [1922], Trans. G Schwab (University of Chicago Press, Chicago, IL 2005).
4. Chris Thornhill, 2011, *A Sociology of Constitutions: Constitutions and State Legitimacy in Historical-Sociological Perspective* (Cambridge University Press)
5. Diamantides, Marinos (2015) *Constitutional theory and its limits - reflections on comparative political theologies*, Jr. Law, Culture and the Humanities 11 (1)
6. John Rawls. *A Theory of Justice*, Cambridge, Mass: The Belknap Press of Harvard University Press; 1971.

7. Kamal, J., 2007. Justified interference with religious freedom: the European Court of Human Rights and the need for mediating doctrine under Article 9 (2). *Colum. J. Transnat'l L.*, 46
8. Kukathas, C. and Pettit, P., 1990. *Rawls: a theory of justice and its critics*. Stanford University Press.
9. Kymlicka, W., 1995. *Multicultural citizenship: A liberal theory of minority rights*. Clarendon Press
10. Laycock, D. and Thomas, O.S., 1994. Interpreting the Religious Freedom Restoration Act. *Tex. L. Rev*
11. Loughlin, Martin *Foundations of Public Law* (Oxford: Oxford University Press, 2010), chapter 10, The Constitutional Contract
12. R. C. Van Caenegem, 1995, *An Historical Introduction to Western Constitutional Law* (Cambridge: Cambridge University Press)
13. Rawls, J. (2001). *Justice as Fairness: A Restatement*. Cambridge: The Belknap Press of Harvard University Press,
14. Ryan, B., 2011. Carl Schmitt: Zones of Exception and Appropriation. *Kierkegaard's Influence on Social-Political Thought (Kierkegaard Research: Sources, Reception, Resources, zv. 14)*. Farnham: Ashgate.
15. S. Mancini 'The Tempting of Europe, the Political Seduction of the Cross: A Schmittian Reading of Christianity and Islam in European Constitutionalism' in Mancini & Rosenfeld (eds.) *Constitutional Secularism in an Age of Religious Revival* (Oxford UP, 2014),

16. Sakaranaho, T., 2006. *Religious freedom, multiculturalism, Islam: cross-reading Finland and Ireland*. Leiden: Brill, pp. 51-60
17. Sullivan, W.F., 2005. *The impossibility of religious freedom*. Princeton University Press
18. Taylor, C., 1994. *Multiculturalism*, Princeton University Press

- 2- نشرة القضاة لعام 1986, العدد الثاني
- 3-المجلة القضائية لعام 1999 , العدد 1.
- 4- المجلة القضائية للمحكمة العليا لعام 2012 , العدد 1
- 5- المجلة القضائية لعام 2004 العدد 1.
- 6/مقالات من الانترنت
- 1- مقال بعنوان حكم قضائي يفجر جدلا فقهيًا ..ولد الاغتصاب ينسب لابيهِ www.akhbarak.net . اطلع عليه في 2014-01-15 على الساعة 10,00.
- 2- نذير حمادو , اثر البصمة الوراثية في إثبات النسب بحث على الموقع www.Sudaneseonline.com أضيف في 09,17 2011-08-29 اطلع عليه يوم 2014-04-16 على الساعة 16,00 .
- 3- منصور رحماني , (باحثونا اخلطوا بين وسائل إنشاء النسب ووسائل إثباته) مقال بجريدة الخبر اليومي الجزائرية منشور بتاريخ 09-05-2013 , الموقع www.elkhabar.com . اطلع عليه يوم 05-05-2014 على الساعة 13,00 .
- 4- محمد رابع سليمان , مقال بعنوان (الفقهي , صرف النظر عن إثبات نسب ولد الزنا بالاستلحاق المفتي وصفها بالخطيرة) جريدة المدينة نشر بتاريخ 2010-12-29 www.al-madina.com . اطلع عليه يوم 2014-01-15 على الساعة 10,15.
- 5- مقال بالانترنت بعنوان " حكم استئنافي يتثبت نسب طفل للمغتصب و محكمة الأسرة ترفض ذلك يوم 2014-01-13 WWW.Magheess.Com اطلع عليه 2014-01-15 على الساعة 11,00.

2- محاضرة بعنوان حكم استلحاق ولد الزنا للدكتور احمد بن صالح ال عبد السلام .

3-محاضرة بعنوان أحكام الأولاد الناتجين عن الزنا للدكتور فهد بن سعد الجهني.

3/-الرسائل الجامعية والبحوث

1 - معيزة عيسى , الإرث بالتقدير والاحتياط في قانون الأسرة الجزائري , رسالة دكتوراه, جامعة الجزائر, كلية الحقوق بن عنون, عام 2011-2012.

2 - رابحي فاطمة الزهراء, إثبات النسب , رسالة دكتوراة , جامعة الجزائر, كلية الحقوق بن عنون, 2011-2012 .

3- احمد عبد المجيد محمد محمود حسين , أحكام ولد الزنا في الفقه الإسلامي ,رسالة ماجستير , جامعة النجاح بنابلس فلسطين , عام 2008 .

4/- القوانين

1-القانون 84-11 المؤرخ في 09 يونيو 1984 المعدل والمتمم بالأمر 05-02 المتضمن قانون الأسرة الجزائري .

2-القانون 75-58 المؤرخ في 26-09-1975 المتضمن القانون المدني الجزائري.

3-القانون 08-09 المؤرخ في 25-02-2008 المتضمن قانون الإجراءات المدنية والإدارية .

4-الأمر 66-156 المؤرخ في 08-يونيو 1966 المتضمن قانون العقوبات الجزائري.

5- الأمر 20-70 المؤرخ في 20-02-1970 المتضمن قانون الحالة المدنية .

5/- المجلات القضائية للمحكمة العليا

1- المجلة القضائية للمحكمة العليا , العدد الخاص لغرفة الأحوال الشخصية , عام 2001

1- الكتب الفقهية

- 1- ابن رشد محمد بن احمد بن رشد القرطبي , بداية المجتهد ونهاية المقتصد , دار المعرفة، بيروت، لبنان , ج 2 طبعة 6, سنة 1982 .
- 2 ابن تيمية (نسخة الكترونية) ,مجموع الفتاوى , مجمع الملك فهد لطباعة المصحف الشريف, المجلد 32, <http://IslamHouse.com/>.
- 3- احمد بن علي بن حجر العسقلاني , فتح الباري بشرح صحيح البخاري ,مكتبة الصفا , الطبعة 1، القاهرة.
- 4- النووي, (شرح ابي زكريا بن يحيى بن شرف النووي ومن معه) , صحيح مسلم , دار البيان العربي . دون طبعة او سنة .
- 5-العربي بلحاج , قانون الأسرة وفقا لأحدث التعديلات معلقا عليه بقرارات المحكمة العليا المشهورة , الطبعة الرابعة , ديوان المطبوعات الجامعية , 2012 .
- 6-العربي بلحاج , أحكام الزواج في ضوء قانون الأسرة الجديد , الجزء الأول , دار الثقافة للنشر والتوزيع , الأردن , الطبعة الأولى , 2012 .
- 7-انس حسن محمد ناجي , البصمة الوراثية ومدى مشروعيتها في اثبات ونفي النسب دار الجامعة للنشر , مصر , بدون طبعة 2010 .
- 8-محمد أبو زهرة , الأحوال الشخصية , دار الفكر العربي , بيروت , الطبعة الثانية , بدون سنة .
- 9-محمد بن القيم الجوزية , زاد المعاد في هدي خير العباد الجزء الخامس , تحقيق عيد القادر وشعيب الرنؤوط , مؤسسة الرسالة , مكتبة المنار الإسلامية , ط 27, 1994 .
- 10-شمس الدين السرخسي , المبسوط دار المعرفة بيروت بدون سنة , طبعة الكترونية .

2- المؤتمرات والملتقيات العلمية

- الدورة العشرين لمجمع الفقه الإسلامي لرابطة العالم الإسلامي المنعقد بمكة المكرمة في الفترة الممتدة من 25-29 ديسمبر 2010 وهي :
- 1- محاضرة بعنوان نسب المولود خارج الرابطة الزوجية للدكتور نور الدين مختار الخادمي .

والأسباب الكاشفة للنسب هي الإقرار والبينة والطرق العلمية والتي لا يعتد بها إلا مع توافر احد الأسباب المنشئة للنسب .

2- أن ينص المشرع صراحة أن الزنا لا يكون سببا للنسب الشرعي للاب ولا يترتب عن البنوة البيولوجية أي اثر شرعي

3- أن البصمة الوراثية لا تكون سببا لنفي النسب القائم أو للإثباته في العلاقة غير شرعية

4- بخصوص الإقرار بالنسب اقترح أن تعدل المادة 44 من قانون الأسرة الجزائري كما يلي(يصح الإقرار بالبنوة والأبوة لمجهول النسب ولو في مرض الموت بالشروط التالية :

- أن يثبت المقر احد الاسباب المنشئة للنسب
 - أن يصدق هذا الإقرار العقل والعادة بان يولد مثل المقر للمقر له
 - أن يصدق المقر المقر له إذا كان عاقلا بالغا
 - أن يكون الإقرار بالنسب أمام القضاء) .
- 5- استثناءا يجوز إلحاق نسب الولد غير الشرعي إلى أبيه بموجب دعوى الاستلحاق والتي تختلف عن دعوى الإقرار بالشروط التالية

- أن ترفع دعوى الاستلحاق من الأب دون سواه
- أن يثبت المستلحق أن الأم لم تكن متزوجة من غيره يوم وقوع الحمل منه
- أن لا ينازع المستلحق احد في نسب الولد المستلحق
- أن يثبت قطعا أن الولد المستلحق من ماء المستلحق وذلك بموجب خبرة علمية للبصمة الوراثية يامر بها القضاء
- أن يصدق المستلحق المستلحق إذا كان بالغا عاقلا
- لا تصح دعوى الاستلحاق من الأم إلا إذا صدقها الأب وإذا أنكرها فيجب عليها إثبات احد الأسباب المنشئة للنسب تحت طائلة عدم قبول الدعوى ولو ثبتت الأبوة البيولوجية .
- لا تصح دعوى الاستلحاق إذا كانت العلاقة غير شرعية بين المحارم

قائمة المراجع

- أن تفرقة القضاء بين ولد الاغتصاب وولد الزنا في الحكم بخصوص النسب يجافي العدالة فلماذا يحرم ولد الزنا وينعم ولد الاغتصاب , كما أن منح ولد الاغتصاب النسب لأبيه لان أمه كانت ضحية اعتداء بشع حتى لا تزيد على أمها عبء الولد ونظرة المجتمع , هو حكم بني على العواطف والأهواء فالمجتمع لا يغير نظرتة إلى ولد الاغتصاب لأنه حصل على النسب بل سينظر إليه دائما انه ابن من غير زواج وسيزيد الأمر من معاناة الأم أكثر, كما ان منح الولد نسب المغتصب رغما عنه لا يشكل حلا لصالح الطفل لانه لا يمنع من جوده واهماله ويزيد من معاناته النفسية اكثر .

- أن الإسلام اوجد نظام الكفالة لرعاية أولاد الزنا واللقطاء , وان حل المشاكل النفسية والمادية لهذه الفئة مردها إلى كيفية تعامل المجتمع معهم والإحسان إليهم .

- أن مسالة إثبات نسب ولد الاغتصاب إلى أبيه مسالة خلافية شرعا يترك الفصل فيها إلى القضاء إلى حين تدخل المشرع والحسم فيها

- أن الاستلحاق في الفقه الإسلامي لا يعنى إلحاق ولد الزنا مطلقا بالزاني بل أحاطه الفقه بشروط وضوابط لحماية النسب الشرعي وصيانته ومن أهم هذه الشروط أن يطلب الزاني أو المغتصب إلحاق النسب إليه لا الأم , وان لا تكون المرأة فراسا لزوج آخر, وان يثبت قطعا أن الابن منه وان لا تكون الأم زانية يغشاها أكثر من واحد , وهناك من اضاف شرط زواج الزاني من المزني بها وتوبته قبل طلب الاستلحاق.

ثانيا: الاقتراحات

بالاطلاع على الفصل الخامس من الكتاب الأول من قانون الأسرة المعنون ب النسب نلاحظ انه يشوبه النقص في عدة جوانب ولذا أقدم بعض الاقتراحات بخصوص موضوع البحث الحالي كما يلي :

1- أن يتم التفريق بين أسباب النسب - بين الأسباب المنشئة له والأسباب الكاشفة , فتكون الأسباب المنشئة هي الزواج الصحيح و الزواج الفاسد والوطء بالشبهة

الشيخ عبد العزيز بن عبد الله آل الشيخ أنها مسألة خلافية قضائية تركها للقضاء والفتوى تعالجها عند وقوعها³⁷ ,

و يمكن اخيرا استخلاص جملة من النتائج والاقتراحات نوضحها في ما يلي :

أولا : النتائج

- الشريعة الإسلامية أولت أهمية كبرى للنسب ونظمته بعناية وحرص شديدين, فقد اجتهد فقهاءها القدامى والمعاصرين واستنبطوا أحكامه من الأدلة الشرعية لحمايته من الضياع والاختلاط باعتباره مقصدا من مقاصد الشريعة الهامة , ولم يترك الأمر للأهواء والعواطف , يمنح لهذا ويمنع عن ذلك دون سبب شرعي .

- أن أسباب النسب نوعان , منشئة للنسب وهي الزواج الشرعي الصحيح والزواج الفاسد والوطء بالشبهة وأسباب كاشفة له , تكشف النسب الناشئ سابقا بالطرق الشرعية وهي الإقرار والبينة والطرق العلمية .

- أن الزنا سواء كان بالرضا أو الإكراه لا يثبت نسبا, فإثبات البنوة البيولوجية بالبصمة الوراثية أو غيرها ليس كاف لإثبات النسب, وإلا ما الفرق بين الإنسان والبهيمة؟ وما الداعي إلى عقد الزواج إذا كان الزاني أو المعتصب يشبع غرائزه ثم ينسب له الولد مكافئة له عن جريمته .

- أن المعتصب هو زان شرعا , وعليه فولد الاغتصاب هو ولد زنى, ويعامل معاملة ولد الزنا في كل أحكامه بما فيها منع نسبه إلى أبيه لان رضا المرأة على الواقعة في الزنا أو إكراهها في الاغتصاب ليس له اثر في انتساب الابن إلى أبيه فالأب في الحالتين هو زان.

³⁷ محمد رابع سليمان, مقال بعنوان (الفقهي , صرف النظر عن إثبات نسب ولد الزنا بالاستلحاق المفتي وصفها بالخطيرة) جريدة المدينة نشر بتاريخ 29-12-2010- www.al-madina. Com اطلع عليه يوم 15-01-2014 على الساعة 10,15.

ونلاحظ ان المحكمة العليا في هذا القرار ايضا ميزت بين دعوى اثبات النسب في حال قيام الزواج الشرعي وبين الحاق الولد في حال العلاقة غير الشرعية واعتبرت الخبرة الطبية وادانة المتهم على اساسها بينة لثبوت النسب رغم ان دعوى الالحاق شرعا تشترط ان تكون من الاب نفسه كما ان المجامع الفقهية اعتبرت البصمة الوراثية قرينة لا تتقدم الطرق الشرعية في اثبات النسب فلا بد لقيام النسب من توافر العنصر الشرعي وان اثبات الابوة البيولوجية فقط فيه هدم لمؤسسة الزواج في المجتمع فما الحاجة الى الزواج اذا كان العاهر يحظى بنعمة النسب وما الفرق بين الادمي والبهيمة اذا كانت الابوة غير الشرعية كافية لقيام النسب , وفي ذلك يرى الدكتور علي جمعة مفتي مصر أن علماء الفقه الإسلامي اتفقوا على إن إثبات نسب الولد لأمه يكون بالميلاد , إما بالنسبة للأب فلن يكون إلا بالطرق الشرعية وليس غيرها , ولذا نرى إن إثبات النسب لابن الزنا والاعتصاب غير سليم ولا علاقة لهذا بالبصمة الوراثية , ويرى ذلك أيضا الدكتور قاهر الشريف عضو المجلس الإسلامي الأعلى بالجزائر³⁶.

وتبقى المسألة خلافية وعلى القاضي اللجوء الى احكام الشريعة الاسلامية في حال انعدام النص طبقا للمادة 222 من قانون الاسرة .

الخاتمة

ونؤكد في الاخير ان موضوع نسب ولد الاغتصاب والزنا عموما مسألة عويصة لذلك اختار مجمع الفقه الإسلامي في دورته العشرين المنعقدة بمكة المكرمة أن لا يخرج بفتوى بخصوص إثبات نسب ولد الزنا لأبيه واعتبرها مسألة خطيرة وقد صرح رئيس المجمع الفقهي الإسلامي

³⁶ فاطمة الزهراء رابحي , إثبات النسب , رسالة دكتوراة , جامعة الجزائر, كلية الحقوق بن عكنون, 2011-2012 , ص 207 .

محل التعليق الاغتصاب نكاح شبهة وهو بذلك وقع في المحذور, فالإغتصاب كما عرفناه سابقا هو واقعة رجل لامرأة دون رضاها بالعنف أو كما عبر عنها قرار المحكمة العليا محل التعليق الحالي وطء بالإكراه فهذا التعريف يوحي انه بعيدا كل البعد عن الشبهة بصورها الثلاث المذكورة انفا و يعتبر المغتصب زان اتجهت إراداته بكل وعي و عن قصد إلى الاعتداء على المجني عليها فهو ليس مكروه ويقع عليه الحد وهو عاهر وللعاهر الحجر ونحن بصدد اثبات النسب اليه وليس الى المغتصبة , و عليه فان قرار المحكمة العليا الحالي عندما خلص أن الاغتصاب الثابت بحكم هو وطء بالإكراه يكيف نكاح شبهة, تعسف في تفسير الوطء بالشبهة و حمله ما لايسطيع كما يعتبر التأسيس القانوني للقرار استدلالا فاسدا لان الأسباب التي بني عليها لا تؤدي إلى النتيجة التي توصل إليها القرارحتما.

ويبدو أن المحكمة العليا تميل إلى إثبات نسب ولد الاغتصاب إلى أبيه عكس ولد الزنا وهذا التمييز بين الحالتين ليس من العدل لان كلاهما من أب زان فكيف ينعم ابن الاغتصاب ويشقى ابن الزنا وقد راينا سابقا ان فقهاء الشريعة لم يفرقا بينهما في الاحكام .

ثانيا/ قرار المحكمة العليا رقم 743072 المؤرخ في 2012/03/15

جاء من مجمل الوقائع في القرار ان القاصر (ا.خ) تعرضت للاغتصاب من الجاني (ب.م) ونتج عن ذلك حمل ثم انجاب بنت في 2009/02/02 ,فرفع والد القاصر دعوى يطالب فيها الحاق نسب البنت الى ابيها الجاني فرفضت محكمة الدرجة الاولى الدعوى لعدم التأسيس وبعد استئنافه صدر قرار عن مجلس قضاء غيليزان بتاريخ 2010/02/12 قضى بتأييد الحكم المستأنف ورفع والد القاصر طعن بالنقض في القرار على اساس ان المحكمة والمجلس اسسا رفضهما الدعوى على اساس انعدام الزواج الشرعي بين الطرفين وان العلاقة غير الشرعية لا يثبت بها النسب في حين ان البينة العلمية اثبتت النسب ومنه نقضت المحكمة العليا هذا القرار مؤسسة قرارها على انه متى ثبت ان المطعون ضده ارتكب جرم هتك العرض بالطرق العلمية فان ذلك بينة يثبت بها النسب على عكس الزواج الصحيح فانه لا يمكن نفي النسب فيه الا باللعان.

العليا في 08-03-2009 صدر بشأنه القرار الحالي في 12-05-2011
قضى بقبول الطعن شكلا وموضوعا ونقض القرار الصادر عن مجلس
قضاء معسكر الصادر في 28-03-2007 وإحالة الأطراف أمام نفس
المجلس مشكلا من تشكيلة الأخرى للفصل فيه من جديد.

إن أول ما يلاحظ على هذا القرار انه كيف الاغتصاب وطنا بالشبهة يثبت
به النسب وهذا يدفعنا إلى التساؤل هل الاغتصاب هو نكاح شبهة؟ وما
هو اساس هذا التكييف

لقد عرف الفقه نكاح الشبهة بانه وطء حرام لا حد فيه , يقع خطأ بسبب
غلط يقع فيه الشخص وله 34 ثلاث صور.

- شبهة المحل أو الحكم حيث يشتبه على الرجل الدليل الشرعي فيفهم أن
مواقعة المرأة مباح وهو ليس كذلك كمن واقع من طلقها طلاقا باننا ظنا
منه انه رجعيًا وانه بفعله ذلك يراجعها.

- شبهة العقد ومفادها أن يتزوج الرجل امرأة زواجا صحيحا معتقدا أنها
حل له و هي ليست كذلك فيكتشف لاحقا أنها أخته في الرضاع مثلا و هو
يشتبه إلى حد ما مع الزواج الفاسد في حكمه .

- شبهة الفعل و فيها يعتقد الشخص حل الفعل و ويظن في نفسه ان
الحرام حللا من غير دليل قوي أو ضعيف كمن يواقع من طلقها ثلاثا في
العدة .

و يقع على الواطئ عبء إثبات الشبهة 35 و للقاضي سلطة تقديرية في
ذلك فإذا ثبت الاشتباه ثبت الخطأ ، ورفع الحد على الواطئ و ثبت النسب
الحمل إليه إذا ولد بين اقل و أقصى مدة الحمل

واعتقد من خلال حيثيات القرار اعلاه ان اساسه كان اعتبار المغتصبة
ليست عاهرا وابنها يختلف عن ابن الزنا فهي مكرهة على الوطء لا حد
عليها لان الاكراه يعتبر شبهة والحدود تدرا بالشبهات لذا كيف القرار

34 العربي بلحاج ، أحكام الزواج في ضوء قانون الأسرة الجديد ، ج01 دار الثقافة للنشر و التوزيع ،
عمان الأردن ط1 عام 2012 ص 484 .

35 عربي الحاج ، المرجع نفسه . ص 483 .

مؤهلة لتلقي الإقرار وعليه فان قضاة الموضوع لما قضوا برفض دعوى إثبات النسب لان النسب لا يثبت بالعلاقة غير الشرعية طبقوا صحيح القانون.³¹

وهناك عدة قرارات أخرى رفضت إثبات النسب من الزنا باعتباره ليس سببا منشئا له ,ونكاد نقول أن هناك اجتهاد قار من المحكمة العليا وهو ما تاخذ به جل المحاكم الابتدائية بخصوص رفض دعوى إثبات نسب ولد الزنا استنادا لراي الجمهور³².

المطلب الثاني : قرارات المحكمة العليا بشأن نسب ولد الاغتصاب .

ميزت المحكمة العليا مؤخرا بين نسب ولد الزنا وولد الاغتصاب ومن اهم قراراتها المنشورة نورد قرارين التاليين مع التعليق عنهما فيما يلي

الفرع الاول : قرار المحكمة العليا المؤرخ في 12-05-2011³³

حيث جاء في حيثيات القرار (أن الاغتصاب الثابت بحكم يعتبر وطء بالإكراه وكيف نكاح شبهة يثبت به النسب) , و تعود الوقائع إلى أن الطاعنة بالنقض (ب, ف) تعرضت للاغتصاب من المطعون ضده (ب, ا) وخوفا من المتابعة القضائية تزوج هذا الأخير منها بموجب عقد زواج رسمي محرر بتاريخ 01-08-2006 وبعد شهر وثلاثة أيام أي في 04-09-2006 ولدت البنت (ج,ب) فقام المطعون ضده بقيد ميلادها بالحالة المدنية على انها ابنته وبتاريخ 18-09-2006 سجل دعوى أمام محكمة غريس – مجلس قضاء معسكر يلتمس من خلالها نفي نسب البنت عنه لأنها ولدت بعد شهر من إبرام عقد الزواج وقبل الدخول وبتاريخ 09-12-2006 صدر حكم يقضي بنفي نسب البنت كونها ولدت قبل اقل مدة الحمل 06 أشهر من الزوج وبالتالي فهي نتاج علاقة غير شرعية لا يثبت عنها النسب , وبعد استئناف الحكم صدر قرار عن مجلس قضاء المعسكر في 28-03-2007 قضى بتأييد الحكم المستأنف لنفس السبب , وعلى اثر ذلك سجلت الطاعنة طعنا بالنقض أمام المحكمة

³¹ المجلة القضائية , العدد الخاص لغرفة الأحوال الشخصية , 2001 , ص 85

³² عيسى معيزة , الارث بالتقدير والاحتياط في قانون الاسرة الجزائري , رسالة دكتوراة , جامعة الجزائر , 2011-2012 , ص 251.

³³ المجلة القضائية لعام 2012 , العدد الأول ص 194

الزواج العرفي ثم إلحاق النسب , وفي هذا الصدد ذهبت المحكمة العليا²⁹ في قرارها رقم 99000 المؤرخ في 23-11-1993 (...أن الحكم بإثبات الزواج العرفي وعدم إلحاق النسب خطأ في تطبيق القانون ...)

ففي هذه الحالة يجب على رافع الدعوى إثبات العلاقة الشرعية أولاً للمطالبة لاحقاً بإلحاق النسب على أساس الفرائش , إلا أنه قد يدفع المدعى عليه بعدم وجود عقد زواج لنفي النسب عنه على أساس المادة 41 من قانون الأسرة التي تنص (ينسب الولد لأبيه متى كان الزواج شرعياً وأمكن الاتصال ولم ينفه بالطرق المشروعة ...) والمادة 42 منه التي تنص (أقل مدة الحمل 06 أشهر وأكثرها 10 أشهر) فعدم توافر شروط الفرائش حسب المادتين أعلاه , يعني بالضرورة أن العلاقة بين الطرفين لم تكن مشروعة وفي هذه الحالة اعتبرت المحكمة العليا الولد ولد زنا مقطوع النسب لا ينسب لأبيه , ومن ذلك قضائها في الملف رقم 34137 الصادر في 08-10-1984 الذي جاء في أسبابه (...من المقرر شرعاً أن الزواج الذي لا يتوفر على الأركان المقررة يكون باطلاً ومن ثم فلا تعتبر العلاقة بين الرجل والمرأة زواجا , ولما كان كذلك , فإن القضاء بما يخالف هذا يعد خرقاً لأحكام الشريعة الإسلامية , و إذا كان الثابت في قضية الحال أن العلاقة التي تربط بين الطرفين هي علاقة غير شرعية , إذ كلاهما اعترف أنه كان يعاشر صاحبه جنسياً فإن قضاة الاستئناف بإعطائهم إسهاماً للمستأنف على اعترافه بالزواج وتصحيحه وإلحاق نسب الطفل لأبيه وتقرير حقوق للمستأنفة خرقوا أحكام الشريعة الإسلامية مما يستوجب نقض القرار المطعون فيه دون إحالة ...)³⁰ وهو المكرس أيضاً في القرار رقم 210478 الصادر بتاريخ 17-11-1998 والذي جاء فيه (... ومتى تبين في قضية الحال – أن أقل مدة الحمل المحددة قانوناً وشرعاً غير متوفرة لأن الزواج تم في 02-05-1994 والولد قد ولد في 07-05-1994 وأن إقرار المطعون ضده أمام مدير الصحة والحماية الاجتماعية لائوخذ به لأنها إدارة وهي غير

²⁹ المجلة القضائية للمحكمة العليا , العدد الخاص لغرفة الأحوال الشخصية , عام 2001 , انظر أيضاً قرار رقم 28784 الصادر بتاريخ 12-11-1982 المنشور في نشرة القضاة لعام 1986 , العدد الثاني

ص 32

³⁰ عربي بلحاج , قانون الأسرة وفقاً لأحدث التعديلات معلقاً عليه بقرارات المحكمة العليا المشهورة , الطبعة الرابعة , ديوان المطبوعات الجامعية , عام 2012 , ص 164

لأنه إذا نازعه فيه غيره, تعارضا, فلم يكن إلحاقه بأحدهما أولى من الآخر.

الشرط الرابع: أن يكون ولد الزنا ممن لا قول له, كالصغير والمجنون. فإن كان ولد الزنا مكلفا, فلا بد من تصديق المقر على دعواه في الاستلحاق, لأن نسب المكلف لا يثبت إلا بتصديقه.

الشرط الخامس: أن يمكن صدقه, بأن يكون المقر به يحتمل أن يولد لمثل المقر

وهناك من أضاف شروط أخرى مثل توبة الزاني وعقابه بتطبيق الحد عليه وزواجه المزمي بها وعدم التصريح في إقراره انه من زنا فإذا تخلف شرط من هذه الشروط لا يثبت النسب للزاني .

المبحث الثاني: تطور موقف القضاء الجزائري من نسب المولود خارج العلاقة الشرعية

نظم المشرع الجزائري أحكام النسب في الكتاب الأول من قانون الأسرة تحت عنوان " الزواج وانحلاله" في الفصل الخامس منه في المواد من 40 إلى 46 حيث عدد الطرق الشرعية والعلمية لإثبات النسب وهي الزواج الصحيح والزواج الفاسد والوطء بالشبهة والإقرار والبينة والطرق العلمية , ثم تناول شروط إثبات النسب بالزواج الصحيح في المواد من 41 إلى 43 ثم أحكام الإقرار بالنسب في المادتين 44 و45 ثم التلقيح الاصطناعي والتبني في المادتين 45 مكرر و46 على التوالي , و يلاحظ ان المشرع لم ينص على نسب المولود خارج الرابطة الزوجية سواء من زنا أو اغتصاب, وترك الأمر لاجتهاد القاضي الذي ميز بينهما في بعض قراراته لذا نتناول كل منهما على حدا .

المطلب الأول : موقف القضاء الجزائري من نسب ولد الزنا

إن اغلب دعاوى النسب المرفوعة أمام المحاكم في الجزائر سببها تفشي ظاهرة الزواج العرفي في المجتمع والتباطئ في ترسيمه حتى ينتج عنه أولاد , مما يدفع الزوجين أو احدهما إلى رفع دعوى لإثبات

﴿وَلَا تَزِرُ وَازِرَةٌ وِزْرَ أُخْرَى﴾²⁵. و﴿وَأَنْ لَّيْسَ لِلْإِنْسَانِ إِلَّا مَا سَعَى﴾²⁶, فهذا الولد الناتج من هذه الممارسة الشنيعة الخاطئة لا ذنب له ولا جريرة, وفي نفي النسب عنه من أبيه إذا استلحقه ظلم له, هذا من جهة ومن جهة أخرى: فإنه من القواعد المقررة في الشريعة استواء العقاب بين أهل الجريمة إذا كانت المقارفة لها على حد سواء, والشريعة كما قال ابن القيم: (عدلٌ كُلُّها, ورحمةٌ كُلُّها, ومصالحٌ كُلُّها, وحكمةٌ كُلُّها, فكلُّ مسألةٍ خرجت عن العدل إلى الجور وعن الرحمة إلى ضدها وعن المصلحة إلى المفسدة وعن الحكمة إلى العبث, فليست من الشريعة وإن أدخلت فيها بالتأويل..)²⁷.

وعموما فالقائلين بإلحاق نسب ولد الزنا أو الاغتصاب إلى أبيه الزاني الذي استلحقه ربطوا ذلك بتحقيق جملة من الشروط والضوابط نجملها فيما يلي²⁸:

الشرط الأول: ألا تكون المزني بها فراشا لزوج أو سيد:

فإن كانت فراشا, فقد أجمع العلماء على أن استلحاق الزاني لولد المزني بها لا يجوز, فلا يلحق به, ولو استلحقه, ولا ينسب إليه, وإنما ينسب لصاحب الفراش, إذا لم ينفه باللعان

الشرط الثاني: أن يستلحق الزاني ولده من الزنا.

فإن لم يستلحقه, فإنه لا يلحق به, ويفهم هذا الشرط من كلام الفقهاء الذين قالوا بالاستلحاق, فإنهم يشترطون أن يستلحقه الزاني, لأن الظاهر أن الشخص لا يلحق به من ليس منه, كما لو أقر بمال, ولأنه إذا لم يستلحقه, فيحتمل أن يكون ناتجا من ماء غيره, فلا يلزم الزاني إلحاقه به

الشرط الثالث: ألا يناعز الزاني في استلحاقه منازع.

²⁵ سورة الاسراء الآية 15

²⁶ سورة النجم الآية 39

²⁷ فهد بن سعد الجهني, المرجع السابق, ص 31.

²⁸ المقال نفسه.

شاسع وفرق واسع! لذا فإن اختيار أحد القولين والإفتاء به بالنظر إلى آثاره وليس بالأمر الهين!

والمسألة أصلاً مما يسوغ فيها الاختلاف، فليست محل إجماع، والمخالفون لرأي الجمهور أئمة مقتدون وفقهاء مجتهدون، وقولهم له حظه من الدليل ومن مقاصد الشرع كذلك وذلك لجملة أسباب منها:

1- أن الصورة الواردة في الحديث الذي هو عمدة مذهب الجمهور، ليست هي الصورة التي معنا في هذا الترجيح، فتلك صورة تقتضي وجود (فراش) لهذه المرأة المزني بها، ووجود سيد أو زوج يدعي هذا النسب وينازع فيه، وصورتنا في: رجل زنى بامرأة لا فراش لها، وغلب على الظن بقرائن الأحوال أن هذا الولد ناتج منه وليس من رجل آخر! وطلب هذا الرجل استلحاق الولد به ولم يكن هناك منازعة، لذلك فإن هذه الصورة محل البحث ليست معارضة بنص في محل النزاع يقتضي خلاف ما ذكره أهل القول الثاني، فتبقى على الأصل وهو: أن هذا الولد نتج طبعاً من هذا الماء.

2- أن هذا القول يحقق مقصداً من المقاصد الضرورية التي جاءت الشريعة بتحقيقها في المكلفين، وهو هنا (مقصد حفظ النفس) وبيانه: أن حفظ النفس مقصد ضروري، وفي تنسيب الولد لأبيه حفظ له من مفساد وشرور كثيرة منها: أنه إذا خرج على هذا الحياة وحيداً فاقداً لأب يرتبط به وينتسب إليه فإنه لن يجد من ينفق عليه ويقوم بحمايته ورعايته، وبما يكفل له - في الغالب - حياة كريمة آمنة!

3- في تنسيب ولد الزنا للزنان إذا طلب استلحاقه، تحقيق لمبدأ عظيم من مبادئ الشرع وأصوله وهو "مبدأ العدل" الذي أمر الله به ونهى عن ضده وهو الظلم

قال الله: ﴿إِنَّ اللَّهَ يَأْمُرُ بِالْعَدْلِ وَالْإِحْسَانِ وَإِيتَاءِ ذِي الْقُرْبَىٰ وَيَنْهَىٰ عَنِ الْفَحْشَاءِ وَالْمُنْكَرِ وَالْبَغْيِ يَعِظُكُمْ لَعَلَّكُمْ تَذَكَّرُونَ﴾²⁴، وحرّم الظلم فقال في الحديث القدسي: «يَا عِبَادِي إِنِّي حَرَمْتُ الظُّلْمَ عَلَىٰ نَفْسِي وَجَعَلْتُهُ بَيْنَكُمْ مُحَرَّمًا فَلَا تَظَالَمُوا...». ومن العدل الذي جاءت به شريعة الله أنه

²⁴ سورة النحل الآية 90

وما يستخلص من هذه الفتوى أن الشيخ جاد الحق ربط أو علق إثبات نسب ولد الاغتصاب إلى أبيه على شروط منها أن يتزوج الجاني من المجني عليها و أن يستلحقه أي يطلب إلحاق نسب الولد إليه على أساس أن النسب يلحق انعقاد الزواج و الإقرار به ضمن شروط الإقرار الواجبة شرعا .

كما أن هناك آراء فقهية أخرى تصب في نفس البوتقة ومنها رأى الدكتور رأفت عثمان عميد كلية الشريعة و القانون بالأزهر و التي جاء فيها (..أعطانا الله عز وجل العلم الذي يوصل إلى إنسان ما هو ابن لهذا الرجل أو ذاك عن طريق ما يعرف بـ: DNA أو البصمة الوراثية و يمكن اللجوء في حالة المغتصبة التي أنجبت من الاغتصاب إلى الاختبار الوراثي و عن طريقه يمكن القطع بوسيلة علمية أن كان المولود ابن المتهم أم لا ويمكن الاحتياط و التثبت في هذه الوسيلة بان تتعدد مراكز الاختبارات الوراثية فإذا تطابقت ضمننت النتيجة، و أضاف انه يميل إلى إثبات ولد الاغتصاب إلى أبيه إبعادا لطفل و أمه من عار الجريمة التي لا يد لهما فيها , ويؤكد عضو مجمع البحوث الدكتور عبد المعطي بيومي أن إصلاح مواطن الخلل في قوانين الأحوال الشخصية العربية يستوجب درس متطلبات الهيئات النسائية ومنظمات حقوق الإنسان في موضوع إثبات نسب الاغتصاب، مع الاستفادة من الوسائل العلمية لكشف البصمة الوراثية لمعالجة الثغرات القانونية الموجودة، بشرط ألا يؤدي ذلك إلى مخالفة الشرع عبر نظام الاحتضان والنسب الذي يعد حقا للطفل، خاصة إذا أقر المغتصب بنسبه، لأن الطفل لا ذنب له في ما جناه²³.

يري الشيخ الدكتور فهد بن سعد الجهني في نهاية محاضرة له في هذا الموضوع (...ان هذه المسألة وكما عبر عنها ابن القيم، (مسألة جليلة) وهي بهذا القدر من الأهمية لعظم الآثار المترتبة عليها، فهي متعلقة بنفس إنسانية ستخرج لهذا الوجود لم تقترب إنما ولم ترتكب ذنباً، ومن أعظم وأهم حقوقها أن تجد لها نسباً صريحاً تنسب إليه وركناً أميناً تحتمي به، والقولان المشهوران المذكوران في المسألة بينهما بون

²³ مقال بعنوان حكم قضائي يفجر جدلاً فقهياً..ولد الاغتصاب ينسب لأبيه www.akhbarak.net اطلع عليه في 15-01-2014 على الساعة 10,00.

والأجنبية غير معتمد وحرام، والزنا بين الأب والبنات، أو الأخ وأخته غير معتمد وحرام، فهل يُعقل أن نثبت في الأولى النسب، وفي الثانية لا نثبته؟! وإذا أردنا أن نثبت النسب لكل زان فإننا سنرفع نظام القرابة، وهو أول معول في القضاء على الاجتماع البشري، إذن عندما لا أعتد الزنا فأنا لا أرتكب جريمة، بل على العكس فأنا أحافظ على الاجتماع²¹ البشري وقد ذهب إلى هذا الرأي أيضا يوسف القرضاوي والشيخ قاهر الشريف في الجزائر وغيرهم ممن يرى أن ولد الزنا مقطوع النسب لا يثبت إلى أبيه وأدلتهم في ذلك ما ذهب إليه جمهور الفقهاء

الفرع الثاني - الرأي المؤيد لمنح ولد الاغتصاب نسب المغتصب

يذهب أنصار هذا الرأي إلى ضرورة منح ولد الاغتصاب نسب المغتصب ومن أهم الآراء في الفقهية المؤيدة، نذكر فتوى الشيخ جاد الحق على جاد الحق رئيس دار الإفتاء المصرية سابقا لعام 1980²² والتي فرقت بين نسب ولد الزنا ونسب ولد الاغتصاب إذ جاء فيها (....) لما كان من القواعد الشرعية والمستقرة والمتفق عليها في الفقه الإسلامي أن الضرر لا يزال بضرر و أن الضرورات تبيح المحضورات وأصلها التشريعي الحديث الشريف " لا ضرر ولا ضرار ومن تطبيقاتها ما استنبطه الفقهاء من انه ما تعارضت مفسدتان روى أعظمها إضرارا بارتكاب أخفها وإذا ما تعارضت مفسدة و مصلحة قدم دفع المفسدة على جلب المصلحة ولما كانت القاعدة التنظيمية المقررة انه لا يثبت نسب الحمل الذي كان ثمرة اعتداء المتهم و اتصاله بالمجني عليها باعتبار أن هذا الحمل قد نشأ عن زنا و كان هذا ابلغ الضرر بذلك الجنين بل و فيه تشجيع على العلاقات الجنسية غير المشروعة فانه بمقتضى القواعد الشرعية يجب دفع الضرر بالمعايير الواردة في الشريعة الإسلامية و لما كان إثبات النسب يتبع انعقاد زواج المتهم من المجني عليها و يقبل منه شرعا هذا الإقرار بالنسب لهذا الحمل إليه و اكتساب أبوته (...)

²¹ نذير حمادو، اثر البصمة الوراثية في إثبات النسب بحث على الموقع www.Sudaneseonline.com اطلع عليه يوم 16-04-2014 على الساعة 16,00.

²² صدرت فتوى الشيخ جاد الحق بتاريخ 27-10-1980 و نشرت في مجموعة الفتاوى الإسلامية (المجلدات 10-09-08 ص 2940 و ما بعدها).

الفرع الأول: الرأي المعارض لإلحاق نسب ولد الاغتصاب لأبيه¹⁸:

من الفقهاء المعاصرون من رفض إثبات نسب ولد الزنا لأبيه باعتبار انه ولد غير شرعي و احتج بحجج جمهور الفقهاء في قولهم انه مقطوع النسب مطلقا كما أبطلوا قياس ابن القيم وبرروا ذلك بأنه قياس يعارض النص، و انه وان جازالأخذ به في زمن يقام فيه حد الزنا فلا يجوز الأخذ به في زمن لا يعاقب فيه الزاني¹⁹ ومنهم الدكتور محمد عبد المنعم البري أستاذ بكلية الدعوة الإسلامية بجامعة الأزهر قائلا " التيسير أمر مقبول شرعا بشرط إلا يتصادم مع نص شرعي وإلا فماذا نقول في قوله تعالى (ادْعُوهُمْ لِآبَائِهِمْ هُوَ أَقْسَطُ عِنْدَ اللَّهِ فَإِنْ لَمْ تَعْلَمُوا آبَاءَهُمْ فَاِخْوَانَكُمْ فِي الدِّينِ وَمَوَالِيكُمْ وَلَيْسَ عَلَيْكُمْ جُنَاحٌ فِيمَا أَخْطَأْتُمْ بِهِ وَلَكِنْ مَا تَعَمَّدَتْ قُلُوبُكُمْ وَكَانَ اللَّهُ غَفُورًا رَحِيمًا)²⁰، فالمقصود آبائهم من زواج شرعي وليس الأب البيولوجي لان النسب في الإسلام لا يثبت إلا بالزواج".

وذهب إلى هذا الاتجاه أيضا الشيخ يوسف البدرى عضو المجلس الأعلى للشؤون الإسلامية في مصر الذي يرى أن ولد الاغتصاب يقاس على ولد الزنا لا ينسب إلى الزاني لان ماء الزنا هدر حسب ما أفتى به جمهور الفقهاء وإذا كانت المرأة متزوجة وتم اغتصابها وحملت يلحق الولد بالزوج لأنه لا يوجد يقينا بأنه حدث من الاغتصاب إلا إذا نفاه بالطرق المشروعة وإذا لم تكن متزوجة ينسب إلى أمه أو يعطى نسبا وهميا وللولي الأمر أن يتخذ كل الإجراءات اللازمة لحفظ حقوقه الشرعية وقد اخذ بهذا الرأي أيضا مجموعة من العلماء منهم الدكتور علي جمعة إذ يقول في هذا الصدد (.. بأن الزنى غير معتبر، وأيضا إن زنى المحارم لا نستطيع أن نحل فيه المشكلة، فماذا لو زنى الأب بالبنت، أو الأخ بالأخت؟! فنحن الآن إذا اعترفنا بنسب ولد الزنا سنكون أمام حالة سنفرق فيها بين الناس، فالزنا بين الرجل

¹⁸ مقال بعنوان حكم قضائي يفجر جدلا فقهيًا ..ولد الاغتصاب ينسب لأبيه www.akhbarak.net اطلع عليه في 15-01-2014 على الساعة 10,00.

¹⁹ انس حسن محمد ناجي , البصمة الوراثية ومدى مشروعيتها في اثبات ونفي النسب, دار الجامعة الجديدة, مصر, 2010 , بدون طبعة ' ص 269 .

²⁰ الآية 05 من سورة الاحزاب .

دون الأب لان الأم تحمل و تضع بخلاف الأب الذي يضع النطفة فحسب و هذا قد يكون له اثر في عدم معرفة هذا الأب .

4 – قياس الزاني على الملعن، فإن الملعن إذا لاعن زوجته، ثم أكذب نفسه، واستلحق ولده منها، فإنه يلحق به، بل لو انتفى منه بعد استلحاقه له لم يقبل منه انتفاؤه، فكذلك الزاني إذا استلحق ولده من الزنا.

واعترض عليه: بأن هذا قياس مع الفارق، لان الملعن كان زوجاً وصاحب فراش، بخلاف الزاني¹⁶.

05- قاعدة (تشوف الشرع إلى ثبوت النسب) وتيسيره لأسباب ذلك ووسائله، وأصل هذه القاعدة أدلة وقرائن شرعية عدة، ومن ذلك سرور النبي صلى الله عليه وسلم بخبر ثبوت نسب أسامة بن زيد لأبيه زيد بن حارثة – رضي الله عنهما – لان الرسول صلى الله عليه وسلم لا يبدي السرور بما ليس من الحق في الشيء، ولأنه ليس من صفته أن يسر بشئ باطل، وكان أسامة اسود وزيد ابيض وكان المشركون يطعنون في نسبه، وكان ذلك يشق على الرسول صلى الله عليه وسلم، فسر لذلك لمكانهما منه¹⁷

المطلب الثاني: موقف الفقه الإسلامي الحديث من مسألة نسب ولد الاغتصاب

لقد ناقش الفقه الإسلامي الحديث نسب ولد الاغتصاب باستقلالية على نسب ولد الزنا وذلك تحت وطأة مطالبة الجمعيات النسوية في بعض الدول العربية مثل المغرب ومصر والأردن للتدخل وإنصاف المغتصبة التي تعاني ألماً نفسية واجتماعية لا يمكن تزويدها بتحميلها وحدها - وهي الضحية لجريمة شنعاء- نسب طفل لم تسعى لإنجابها وثار جدلاً فقهيًا واسعاً بينهم بين مؤيد لإثبات نسبه من أبيه و معارض لذلك باعتباره ولد زنا.

¹⁶ شمس الدين السرخسي، المبسوط دار المعرفة بيروت بدون سنة، طبعة الكترونية 199/29.
¹⁷ فهد بن سعد الجهني، أحكام الأولاد الناتجين عن الزنا، محاضرة أقيمت في الدورة العشرين لمجمع الفقه الإسلامي من 25-29 ديسمبر 2010، ص 32.

ذلك منه قالوا نبني ما هدمناه بالذهب و الفضة قال لا و لكن أعيدوه ترابا
كما كان¹³.

ووجه الدلالة من الحديث أن النبي صلى الله عليه وسلم حكم عن جريج
و نسب الولد للراعي الزاني و صدق الله هذه النسبة بما أجراه من خلاف
العادة في نطق الصبي .

وقد اعترض على هذا الاستدلال بان الغرض من سؤال جريج الغلام هو
معرفة المتسبب في وجود الغلام وليس إثبات الأبوة الشرعية كما أن
الحديث في شرع من قبلنا فلا يكون حجة إلا عند عدم وجود ما يعارضه
في شرعنا وقد وجد.

2- قصة ملاعنة هلال بن أميه لامراته و فيه قول النبي صلى الله عليه و
سلم " أبصروها فان جاءت به أكحل العينين ، سابع الأليتين ، خدلج
الساقين فهو لشريك ابن السمحاء فجاءت به كذلك فقال النبي صلى الله
عليه وسلم لولا ما مضى من كتاب الله لكان لي و لها شأن¹⁴.

ووجه الاستدلال في هذا الحديث أن الرسول نسب الولد إلى أبيه الزاني
الذي خلق من مائه

3- القياس عن الأم من الزنا فإذا كان الولد ينسب إلى أمه التي ولدتها
فكذلك ينسب إلى أبيه إن عرف لأنه خلق من مائه قال ابن القيم : " وهذا
المذهب كما تراه قوة ووضوحاً... والقياس الصحيح يقتضيه، فإن الأب
أحد الزانيين، وهو إذا كان يلحق بأمه، وينسب إليها، وترثه ويرثها،
ويثبت النسب بينه وبين أقارب أمه مع كونها زنت به، وقد وجد الولد من
ماء الزانيين، وقد اشتركا فيه، واتفقا على أنه ابنهما، فما المانع من
لحوقه بالأب إذا لم يدعه غيره؟ فهذا محض القياس"¹⁵.

و ربما يكون القول بنسبه إلى أمه دون أبيه مبني على جهة العلم بأمه

¹³ ابن حجر العسقلاني ، فتح الباري ، ج 6 ، 483 ، انظر أيضا النووي (شرح ابي زكريا بن يحيى بن
شرف النووي ومن معه) ، صحيح مسلم ، دار البيان العربي . دون طبعة او سنة كتاب البر والصلة
والآداب ، باب تقديم بر الوالدين عن التطوع بالصلاة وغيرها ، الحديث رقم 2550 ، ج 8 ، ص 300 .

¹⁴ النووي ، صحيح مسلم ، كتاب اللعان ، الحديث رقم 1496 ، ج 5 ص 314 .

¹⁵ محمد بن القيم الجوزية ، زاد المعاد في هدي خير العباد الجزء الخامس ، تحقيق عيد القادر وشعيب
الرنزوط ، مؤسسة الرسالة ، مكتبة المنار الإسلامية ، ط 27 ، 1994 ، ج 425/5 - 426 .

ثالثا: أن إثبات النسب للزاني يكون ذريعة لفعل الزنا وتفشيه والاستهانة بشأنه فيقدم عليه الإنسان دون خشية مما قد يترتب عليه من أثار فيتم إلحاق نسب الولد إليه دونما عناء أو شقاء.

رابعا: أن الأصل في إثبات النسب هو الزواج الشرعي الصحيح وهو الثابت بأدلة الشرع الجزئية وقواعده الكلية , ومن ذلك قاعدة النكاح والأسرة وما يترتب عليها من أثار وما يؤول إليها من مصالح معتبرة كحفظ النسل والنسب ورعاية الولد وحسن تربيته واستقرار الأحوال النفسية والاجتماعية والأمنية للفرد والمجتمع.

الفرع الثاني : الرأي المؤيد لإثبات نسب ولد الزنا لأبيه الزاني إذا استلحقه

ذهب بعض من أهل العلم وعلى رأسهم عمر ابن الخطاب وعروة بن الزبير وسليمان بن يسار والحسن البصري وابن سيرين وإسحاق بن راهويه وابن تيمية وابن القيم إلى أن ابن الزنا يلحق بالزاني إذا استلحقه ولم تكن أمه فراشا لزوج آخر أو سيد و استدلوا بعدة حجج منها¹².

1- حديث أبي هريرة رضي الله عنه عن قصة جريج في رواية مسلم عن ابي هريرة انه قال الرسول صلى الله عليه وسلم كان جريج يتعبد في صومعته فجاءت امه فقالت يا جريج أنا أمك كلمني فصادفته يصلى فقال اللهم أمي و صلاتي فاختر صلاته فرجعت ثم عادت في الثانية فقالت يا جريج أنا أمك فكلمني قال اللهم أمي و صلاتي فاختر صلاته فقالت اللهم أن هذا جريج وهو ابني و إني كلمته فأبى أن يكلمني اللهم فلا تمته حتى تراه المومسات قال ولو دعت عليه أن يفتن لفتن ، قال وكان راعي ضان يأوي إلى ديره قال فخرجت امرأة من القرية فوقع عليها الراعي فحملت وولدت غلاما فقيل لها ما هذا قالت من صاحب هذا الدير قال فجاءوا بفؤوسهم و مسحهم فنادوه فصادفوه يصلى فلم يكلمهم قال فاخذوا يهدمون ديره فلما رأى ذلك نزل إليهم قالوا له سل هذه قال فتبسم و مسح رأس الصبي فقال من أبوك ، قال ابي راعي الضأن فلما سمعوا

¹² نور الدين مختار الخادمي . محاضرة بعنوان نسب المولود خارج الرابطة الزوجية. في اطار الدورة العشرين لمجمع الفقه الاسلامي بمكة المكرمة. ص 16.

الرسول صلى الله عليه وسلم لم يجعل للزاني الا الحرمان والعقوبة فلا يستفيد من نعمة النسب.

قال أبو عبيد القاسم بن سلام معنى قوله (وللعاهر الحجر أي لا حَقَّ له في النسب ولا حظ له في الولد)، إذ جعل رسول الله صلى الله عليه وسلم حظ الزاني الحجر فقط ، والمراد هنا أنه لا حظ للعاهر من النسب "فلم يجعل عليه الصلاة والسلام إلا فراشا أو عهرا، فهذه ليست فراشا فهو عهر، فالحديث قسم إلي عهر وفراش وليس ثم قسم ثالث، فيقال هل الزاني بمن ليست فراشا عاهر أم لا؟ قطعاً هو عاهر، فنص الحديث أنه ليس له شيء، فمن يقول بل يلحقه الولد يلزم من قوله أحد شينين: أن لا يسميه عاهراً لئلا يخالف الحديث فلم يبق إلا أنه صاحب فراش لأنه ليس ثم قسم ثالث، أو أن يسميه عاهراً لكن يلحق به الولد فناقض نص الحديث، ولا يخفى ما في الوجهين من الفساد، أو يسميه عاهراً لكن ليس بداخل في حكم الحديث وهذا يحتاج إلى دليل على أنه نوع مخصوص من العهر ولا دليل على ذلك.¹⁰

ثانياً / ما روى عن ابن عباس رضي الله عنهما قال ، قال الرسول صلى الله عليه وسلم " لا مساعاة في الإسلام ، ومن ساعى في الجاهلية فقد لحق بعصبته ومن ادعى ولد من غير رشدة فلا يرث ولا يورث " ¹¹

ووجه الدلالة من الحديث أن الشرع أبطل المساعاة وهي الزنا ولم يلحق بها النسب وعفا عما كان في الجاهلية وقد اعترض على هذا الاستدلال على وجهين أولهما انه حديث ضعيف لا يحتج به وثانيهما انه وعلى فرض صحته فهو محمول على من ولد على فراش زوج أو سيد وهو خارج عن محل النزاع الحالي.

¹⁰ عمر محمد عادل، بحث بعنوان مناقشة ادلة القائلين بلحوق ولد الزنى الى الزاني <http://saaid.net/book/13/5340.ra> ص 2، وأيضا انظر جميل محمد ذيب المصطفى ، استلحاق ولد الزنا في الفقه الإسلامي ، محاضرة أقيمت في ندوة الأسرة المسلمة والتحديات المعاصرة ، مجمع الفقه الاسلامي ص 14 ، وكذلك ابن رشد محمد بن احمد بن رشد القرطبي ، بداية المجتهد ونهاية المقتصد ، دار المعرفة، بيروت ، لبنان ، ج 2 طبعة 6 ، سنة 1982 ، ص 358 .
¹¹ رواه أبو داود في سننه في كتاب اللعان ، باب ادعاء ولد الزنا ، حديث رقم 2264 نقلًا عن احمد بن صالح آل عبد السلام (حكم استلحاق ولد الزنا) محاضرة في إطار الدورة العشرين لمجمع الفقه الإسلامي (المنعقدة بمكة المكرمة 25-29-ديسمبر 2010 ص 14.

آخر أم لا و سواء إستلحقه الزاني أم لا واهم الحجج التي استندوا إليها ما يلي:

أولاً: استنادا إلى قوله صلى الله عليه و سلم " الولد للفراش و للعاهر الحجر " هذا الحديث الذي رواه عن رسول صلى الله عليه و سلم بعض و عشرون صحابي و نصه كالتالي⁸:

" عن عائشة زوج النبي صلى الله عليه و سلم أنها قالت كان عتبة بن ابي وقاص عهد إلى أخيه سعد بن أبي وقاص أن ابن وليدة زمعة منى فاقبضه إليك ، قالت فلما كان عام الفتح - تعني فتح مكة - أخذ سعد و قال ابن أخي و كان قد عهد إلي فيه فقام عبد بن زمعه فقال أخي و ابن وليدة أبي ، و لد علي فراشه ، فتساوقا الى الرسول صلى الله عليه و سلم فقال سعد يا رسول الله ابن أخي و قد عهد إلي فيه و قال عبد بن زمعه أخي و ابن وليدة أبي و لد علي فراشه فقال رسول صلى الله عليه و سلم هو لك يا عبد ابن زمعه ثم قال رسول الله صلى الله عليه و سلم " الولد للفراش و للعاهر الحجر " ثم قال لسودة بنت زمعة - زوجته - احتجبي منه - لما رأى من شبهه بعتبة بن ابي وقاص ، قالت - أي عائشة- فما رأها حتى لقي الله تعالى .

و وجه الاستدلال من هذا الحديث أن النبي صلى الله عليه وسلم أثبت الولد لفراش زمعة و لم يلتفت للشبهه البين بين الولد و عتبة و في ذلك يقول ابوبكر الجصاص في أحكام القرآن⁹ " وقوله الولد للفراش قد اقتضى معنيين , احدهما إثبات النسب لصاحب الفراش , والثاني أن من لا فراش له فلا نسب له , لان قوله الولد اسم للجنس وكذلك قوله الفراش للجنس لدخول الألف والام عليه فلم يبق ولد إلا وهو مراد بهذا الخبر, فكأنه يقول لا ولد إلا للفراش " , كما يستدل من الحديث ان

7 احمد عبد المجيد محمد محمود حسين ، المرجع السابق ، ص 65.

8 البخاري ، صحيح البخاري، كتاب الفرائض/ باب الولد للفراش حرة كانت او أمة، الحديث رقم 6749، ج 8 ، ص 11 ، وانظر أيضا الإمام احمد بن علي بن حجر العسقلاني ، فتح الباري بشرح صحيح البخاري ، مكتبة الصفا ، القاهرة ج 12 ، الطبعة 1 ، 2003 ص 36.

9 الجصاص أبوبكر احمد بن علي الرازي الجصاص ، احكام القرآن ، تحقيق عبد السلام شاهين ، دار الكتب العلمية ، بيروت لبنان ط 1 ، 1994 ، ج 3 ، ص 396.

اتفق الفقهاء على ان ولد الزنا هو الولد الذي اتت به امه عن طريق غير شرعي , وهو ثمرة العلاقة المحرمة , وهناك من عرفه بانه الولد الناتج من ماء الرجل وماء المرأة , ليس للرجل فيه شبهة ولا عقد ولا ملك فهو نتيجة التقاء ماء الرجل بماء المرأة على وجه غير شرعي , سواء اكان نتيجة ارتكاب الجريمة بالرضا او بالاكراه⁵

ومن ثم فان ولد الاغتصاب ياخذ احكام ولد الزنا شرعا وان اختلفت الجريمتين من حيث الاركان والعقوبة وتطرق في هذا المبحث الى عرض موقف الفقه الاسلامي من نسب ولد الاغتصاب في مطلبين

- مطلب اول نوضح فيه موقف الفقه الاسلامي التقليدي من المسالة
- مطلب ثاني نستعرض فيه اهم الاراء الفقهية المعاصرة في القضية

المطلب الأول: موقف الفقه التقليدي من نسب ولد الاغتصاب⁶

إن كان الفقه الإسلامي التقليدي قد اجمع على عدم إلحاق ولد الزنا لأبيه إذا كانت أمه فراشا ولم ينفه صاحب الفرائض , إلا أنهم اختلفوا في حالة ما إذا كانت الأم ليست فراشا وإستلحقه الزاني فذهب الجمهور من المذاهب الأربعة والظاهرية إلى إلحاق هذه الحالة في حكمها بالحالة الأولى في عدم إلحاق ابن الزنا بالزاني. وذهب رأي آخر إلى جواز إلحاقه بابيه متى استلحقه بشروط , ونفصل الرأيين فيما يلي على النحو التالي:

الفرع الأول: الرأي المعارض لإلحاق نسب ولد الزنا لأبيه الزاني:

ذهب جمهور الفقهاء من المذاهب الأربعة و المذهب الظاهري⁷ أن ابن الزنا مقطوع النسب لا يلحق الزاني سواء كانت أمه فراشا لرجل

⁵ احمد عبد المجيد محمد محمود حسين , احكام ولد الزنا في الفقه الاسلامي , رسالة ماجستير , جامعة نابلس , فلسطين 2008 ص28

⁶ يقصد بالفقه التقليدي في هذا المجال رأي الفقه الإسلامي في إطار المذاهب الإسلامية خاصة المذاهب الأربعة في العصور الأولى للإسلام.

وقد يرمى بهم على أبواب المساجد أو دور الطفولة المسعفة للتخلص من وصمة العار , لكن الأمر قد يبدو أصعب بالنسبة للمغتصبة فهي وان كانت ضحية اعتداء بشع , شوه معالم حياتها وحطم كل أحلامها فماذا إذن لو أضيف إلى هذا الألم كله حمل لم ترده , فهل تجهضه قبل أن يولد ؟ أم تأتي به إلى الحياة لتواجه اشتباه الناس بها ورميها بالزنا, وتحمل أعباء طفل لن يكون أبدا كالأخرين منذ ميلاده, ولن تكون له أي حقوق في مواجهة أبيه البيولوجي (المغتصب), هذه المأساة جعلت الكثيرات من ضحايا الاغتصاب تطلبن بمنح أولادهن نسب الأب المغتصب كما هو الحال في المغرب والأردن ومصر, لذا فقد أسال موضوع نسب الولد الناتج عن الاغتصاب الكثير من الحبر وطالب حقوقيون كثر بضرورة تعديل قوانين الأحوال الشخصية لضمان حقوقه انطلاقا من المادة 07 من اتفاقية حقوق الطفل التي تنص (يسجل الطفل بعد ولادته فورا , ويكون له الحق منذ ولادته في الاسم واكتساب جنسيته ويكون له قدر الإمكان الحق في معرفة والديه وتلقي رعايتهما)⁴ ولذا طرح من خلال هذا الموضوع عدة اشكاليات أهمها :

- ما هو موقف الفقه الاسلامي والقضاء من نسب ولد الاغتصاب في غياب النصوص التشريعية ؟

— ما مدى حجية الطرق العلمية خاصة البصمة الوراثية في إثبات نسب ولد الاغتصاب ؟ وكيف تعامل القضاء الجزائري مع ذلك ؟

قد استدعت طبيعة البحث التطرق إليه في مبحثين نتناول في الاول موقف الفقه الاسلامي من المسألة بتوضيح موقف الفقه الاسلامي التقليدي (مطلب اول) ثم موقف الفقه الاسلامي المعاصر (مطلب ثان) وفي المبحث الثاني نستعرض تطور موقف القضاء الجزائري من نسب المولود خارج العلاقة الشرعية وذلك بعرض موقفه من نسب ولد الزنا (مطلب اول) ثم موقفه من نسب ولد الاغتصاب (مطلب ثان)

المبحث الاول : موقف الفقه الاسلامي من نسب الولد الناتج عن الاغتصاب

⁴ صادقت الجزائر على اتفاقية حقوق الطفل بموجب المرسوم 461-92 المؤرخ في 19-12-1992

two parties, while all waiting for the legislator to intervene and resolve the dispute.

مقدمة

أولت الشريعة الإسلامية للنسب أهمية بالغة واعتبرته من الكليات التي قامت أحكامها على حفظها وصيانتها, وهو من أبرز مظاهر تكريم الله تعالى للإنسان, إذ يقول عز وجل في محكم تنزيله ﴿ وَهُوَ الَّذِي خَلَقَ مِنَ الْمَاءِ بَشَرًا فَجَعَلَهُ نَسَبًا وَصِهْرًا وَكَانَ رَبُّكَ قَدِيرًا ﴾¹

كما جعل سبحانه وتعالى للنسب سببا واضحا وشرعيا لحفظ كرامة الإنسان وأدميته إذ جعل اتصال الرجل بالمرأة جنسيا لا يتم إلا عن طريق عقد الزواج, فنظم أحكامه وبين شروطه وأركانه بدقة متناهية, كما يسره ودعا إليه لتكوين أسرة أساسها المودة والرحمة والتكافل وفي ذلك يقول سبحانه وتعالى ﴿ وَاللَّهُ جَعَلَ لَكُمْ مِنْ أَنْفُسِكُمْ أَزْوَاجًا وَجَعَلَ لَكُمْ مِنْ أَزْوَاجِكُمْ بَنِينَ وَحَفَدَةً وَرَزَقَكُمْ مِنَ الطَّيِّبَاتِ أَفَبِالْبَاطِلِ يُؤْمِنُونَ وَبِعَمَتِ اللَّهِ هُمْ يَكْفُرُونَ ﴾²

فالنسب هو الأساس المتين الذي تقوم عليه الأسرة ويربط بين أفرادها لذلك نهى الشارع الحكيم على كل اتصال خارج العلاقة الزوجية حماية للأنساب من الاختلاط, فحرم الزنا وكل ما قد يؤدي إليه من مقدمات كما حرم القذف والاعتصاب وكل الجرائم الجنسية الأخرى.

ومع ذلك فقد تفشيت الجرائم الأخلاقية بشكل مذهل في مجتمعاتنا بسبب ضعف الوازع الديني ولأسباب أخرى اجتماعية كتأخر سن الزواج وغيرها, إلا أن الأخطر من ذلك كله ما قد تخلفه هذه الجرائم من آثار وخيمة على الفرد والمجتمع, فقد أشارت بعض الإحصائيات الصادرة عن وزارة التضامن أن أكثر من 10,000 طفل يولدون من غير زواج شرعي سنويا³ هؤلاء الأطفال قد يكونون عرضة للقتل عند ولادتهم,

¹ الآية 54 سورة الفرقان

² الآية 72 سورة النحل

³ جريدة الشروق اليومية الجزائرية, العدد 1908 بتاريخ 2007/02/04 ص 11

نسب ولد الاغتصاب بين الفقه الاسلامي و الاجتهاد القضائي الجزائري

د. عيسى معيزة¹

حذة مبدوعة²

ملخص الموضوع بالعربية

اثار موضوع نسب الولد الناتج عن الاغتصاب جدلا فقهيا واسعا فنادت الجمعيات النسوية والمنظمات الحقوقية وبعض القانونيين بمنحه نسب المغتصب باعتبار ان امه لم تمارس الرذيلة ولم ترد انجاب هذا الطفل, واختلفت الاراء بين معارض لمنحه النسب باعتباره ابن زنا مقطوع النسب حسب راي الجمهور وبين مؤيد لمنحه النسب باعتباره ضحية لا جريرة له في جرم ابيه ولكل اسانيده وحججه الشرعية والعقلية , وقد اختلف القضاء في معالجة الموضوع على رأيين أيضا في انتظار تدخل المشرع وحسم الخلاف .

Abstract

The issue of child ratios resulting from rape raised a wide scholarly controversy. Feminist, human rights organizations and some lawmakers called for the title of rapist, since his mother did not seek to practice vice and did not want to have this child. Opinions differed with regard this issue, some were against the idea of granting him a lineage while others supported the idea on the basis that he was a victim and innocent of his father's crime. Both sides have their legitimate and logical evidence and arguments. The judiciary were split into

¹ Lecturer in Law Faculty, Djelfa University, Algeria

² PHD Student in Law Faculty, Djelfa University, Algeria

- جورجى شفيق ساري، القرارات القابلة للانفصال في القانون الإداري، القاهرة، دار النهضة العربية، مايو 2002،
- محمد سمير محمد جمعة، القرارات الإدارية القابلة للانفصال، دراسة تحليلية تطبيقية مقارنة، دار الجامعة الجديدة للنشر الإسكندرية طبعة 2011.
- عبد العزيز خليل بديوي، الوجيز في المبادئ العامة للدعوى الإدارية وإجراءاتها، القاهرة 1970م
- حسين درويش، السلطات المخولة لجهة الإدارة في العقد الإداري، القاهرة 1961 م
- محمد عبدا لله الحراري الرقابة على الإدارة، محاضرات مطبوعة على الآلة الكاتبة، مارس 1983
- عبد المنعم عبد العظيم جبره، أثار حكم الإلغاء، رسالة دكتوراه، جامعة القاهرة، دار الفكر العربي، 1970.
- مصطفى العالم، قواعد الاختصاص في المنازعات المتعلقة بالعقود الإدارية، منشور بمجلة المحامي، 1976
- ماجد راغب الحلو، العقود الإدارية والتحكيم، دار الجامعة الجديدة، الإسكندرية، 2004.
- مصطفى أبو زيد فهمي، القضاء الإداري ومجلس الدولة: قضاء الإلغاء، دار المطبوعات، 1999

العقود الإدارية باعتبارها تنتمي أساسا إلى القضاء الكامل ، ويمكن إرجاع ذلك لسببين رئيسيين هما : أن دعوى الإلغاء لا يمكن أن توجه إلى العقود ، ذلك أن من شروط قبول دعوى الإلغاء أن توجه الدعوى إلى قرار إداري ، لكنها لا يمكن أن توجه إلى عقد من العقود ، لأن العقد هو توافق إرادتين بينما القرار هو تعبير عن إرادة الإدارة بمفردها ، غير أن هذا لا يعني بحال من الأحوال عدم إمكان إبطال العقد ، وإنما مجال ذلك كما سبق القول هو القضاء الكامل ، ويترتب على هذا نتيجة هامة ، وهي أن إبطال العقد لا يمكن أن يصل إليه إلا أحد طرفيه ، لأنه ليس لأحد غير المتعاقدين أن يرفع دعوى تستند على العقد . أنه في مجال قضاء الإلغاء لا يمكن الاستناد إلى مخالفة الإدارة لالتزاماتها التعاقدية كسبب من الأسباب التي تجيز طلب إلغاء القرار الإداري، فدعوى الإلغاء هي جزء لمبدأ المشروعية، والالتزامات المترتبة على العقود هي التزامات شخصية.

المراجع المعتمدة في البحث

- عمر حلمي، طبيعة اختصاص القضاء الإداري بمنازعات العقود الإدارية دار النهضة العربية، سنة 1993،
- فهد بن محمد الدغيثر، رقابة القضاء على قرارات الإدارة، ولاية الإلغاء أمام ديوان المظالم، دراسة مقارنة، قسم القانون، كلية العلوم الإدارية جامعة الملك سعود دار النهضة العربية، 2001 .
- محمد سمير محمد جمعة إلغاء القرارات الادارية القابلة للانفصال دراسة تحليلية تطبيقية مقارنة في القانون الفرنسي والمصري، دار الجامعة الجديدة 2013.
- مجدي مدحت النهري القرارات الإدارية بين النظرية والتطبيق المنصورة مكتبة الجلاء الجديدة 2003
- عبد الحميد حشيش، القرارات القابلة للانفصال وعقود الإدارة، دراسة مقارنة في القانون المصري والفرنسي، القاهرة، دار النهضة العربية ،
- شريف يوسف خاطر، القرارات الإدارية، دراسة مقارنة، القاهرة ندار النهضة العربية 2007 ،

من أجل تزويده بالكهرباء هو قرار إداري صادر عن سلطة عامة وينصب على تصرف منبثق من تسيير المكتب المذكور لمرفق عمومي، يتعذر على المواطنين الاستفادة من خدماته في غياب ذلك التعاقد".⁶³ وفي حكم آخر قضت المحكمة الإدارية بمراكش: "إن قرارات رفض التعاقد مع المرشحين للانتفاع من خدمات المرفق العام، تعتبر قرارات إدارية سابقة على إبرام العقود وتدخل في اختصاص المحكمة الإدارية، وإن حرمان ومنع الطاعنة من حقها في الاستفادة من خدمات مرفق عمومي لأسباب لا علاقة لها بها وخارجة عن إرادتها، يعد خرقاً لمبدأ المساواة، ويجعل قرار الإدارة معرضاً للإلغاء." وعلى خلاف الاتجاه السائد قضائياً اعتبرت المحكمة الإدارية بأكادير: "إن قرار فسخ عقدة التزويد بالماء الصالح للشرب المبرمة بين الطاعن والمؤسسة العمومية دون وجود سبب مشروع يعيب القرار ويعرضه للإلغاء وذلك دونما بحث عن طبيعة هذا القرار" تسليماً منها بأن القرارات فسخ العقد الإداري قابلة للطعن بالإلغاء

خاتمة:

من خلال دراستنا لوضع منازعات العقود الإدارية بين قضاء الإلغاء والقضاء الشامل نستنتج إن توجه الدولة بمختلف هيئاتها إلى الأسلوب التعاقدى لاسيما في علاقاتها مع الأشخاص الطبيعية يولد العديد من المنازعات مما يتطلب تدخل الجهات القضائية المختصة للبت فيها. ولما كانت الإدارة تتمتع بامتيازات واسعة في مواجهة المتعاقد معها، فإن هذا الأخير يكون دوماً في حاجة ماسة لجهة قضائية كملجأ يلتجأ إليه في حالة تعسف هذه الأخيرة وإخلالها بالتزاماتها. وذلك لمخاصمة تصرفاتها غير المشروعة والمطالبة بالتعويض عن الأضرار اللاحقة بالمتعاقد معها.

و الأصل في منازعات العقود الإدارية هو انتماؤها إلى القضاء الكامل – لأن أساس الدعاوي المثارة بشأنها هو وجود حق منازع فيه، وبالتالي تمتد ولاية القضاء الإداري إلى كل ما يتعلق بعملية التعاقد ابتداء من أول إجراء في تكوينها إلى آخر نتيجة في تصفية كافة الحقوق والالتزامات التي نشأت عنها. أم قضاء الإلغاء فله دور محدود في مجال منازعات

⁶³ مصطفى أبو زيد فهمي، القضاء الإداري ومجلس الدولة: قضاء الإلغاء، دار المطبوعات، 1999 ص 145.

سنتناول في هذا المطلب سلطة القاضي الإداري في الإلغاء في حالة عقود امتياز من خلال التطرق لموقف الاجتهاد القضائي لكل من فرنسا والمغرب.

الفرع الأول: الاجتهاد القضائي الإداري الفرنسي

لقد أكد الاجتهاد مجلس الدولة الفرنسي على حق المستفيدين في حالة امتياز المرافق العامة في الطعن بالإلغاء في القرارات التي تصدر عن الإدارة في علاقاتها مع الملتزم وتضمن الإخلال بشروط عقد الامتياز التي تبين كيفية أداء الخدمة للمنتفعين.⁶¹ وقد برّر مجلس الدولة الفرنسي خروجه عن المبدأ التقليدي، استنادا إلى الطبيعة اللائحية لبعض الشروط الواردة في عقد الامتياز والتي تنظم كيفية أداء الخدمة للمنتفعين. وعليه فإن خروج الإدارة أو الملتزم معها لا يتضمن مجرد إخلال بالالتزام شخصي مرجعه العقد، بل ينطوي على مخالفة للقواعد اللائحية الواردة في العقد مما يجعل القرار غير مشروع، ويفتح المجال أمام المنتفعين بالطعن في هذا القرار أمام قاضي الإلغاء ومن بين الأحكام التي تؤيد هذا الاتجاه، نجد حكم صادر عن مجلس الدولة في 21/12/1906 في قضية حيث أجاز للمستفيدين في حالة الامتياز المرافق العامة أن يطعنوا بالإلغاء في القرارات التي تصدر من الإدارة - في علاقتها مع الملتزم - وتتضمن الإخلال بشروط عقد الامتياز التي تبين كيفية أداء الخدمة للمنتفعين. في هذه القضية قامت شركة "الترام" بإلغاء خط للالتزام كان يستفيد منه مجموعة من الأفراد الذين توجهوا إلى المحافظ لإجبار الشركة على احترام ما جاء في دفاتر الشروط، فرفض المحافظ تلبية طلبهم فرفع هؤلاء المستفيدين دعوى إلغاء لتجاوز السلطة ضد المحافظ، وقبل مجلس الدولة طلبهم وإن لم يكونوا طرفا في عقد الالتزام.⁶²

الفرع الثاني: الاجتهاد القضائي الإداري الفرنسي

اما بخصوص الاجتهاد القضائي الإداري المغربي فقد قضت المحكمة الإدارية بفاس في حكم لها عدد 769، بتاريخ 07/11/2000 أن : "رفض المكتب الوطني للكهرباء إبرام عقد مع أحد المنتفعين بخدماته

⁶¹ مصطفى العالم، قواعد الاختصاص في المنازعات المتعلقة بالعقود الإدارية، منشور بمجلة المحامي، إبريل يونيو 1976 م، ع 2، ص 8 وما بعدها.

⁶² ماجد راغب الطلو، العقود الإدارية والتحكيم، دار الجامعة الجديدة، الإسكندرية، 2004 ص 58.

وغيرها . وذهب اتجاه آخر في الفقه الى اعتبار عقد الإمتياز من العقود المدنية ويخضع لأحكامها، ويترتب على هذا القول تجريد الإدارة من بعض السلطات التي قد تستعملها تجاه الملتزم من ذلك مثلا سلطة التعديل وهذا نتيجة اعمال المبدأ العام في العقود المدنية العقد شريعة المتعاقدين. وخلافا لذلك ذهب العميد ديجي الى القول أن عقد الإمتياز عمل مركب فهو من جهة يتضمن أحكاما تعاقدية لا تعني سوى أطراف العقد دون سواهم كالأحكام المتعلقة بحقوق أطراف العقد والتزاماتهم. ومن جهة أخرى يتضمن العقد أحكاما تخص المنتفعين كأحكام المالية المتعلقة بالرسوم التي يتقاضاها الملتزم من الجمهور مباشرة، وهو الرأي الراجح على حد قول كثير من رجال الفقه . ولم يحد الفقه الإداري في بعض الدول عن هذا الرأي فهذا القضاء الإداري المصري قد تبناه بصريح العبارة بقوله " ان الدولة وهي المكلفة أصلا بادارة المرافق العامة فانها اذا ما عهدت الى غيرها أمر القيام بها لم يخرج الملتزم في ادارته الى أن يكون معاونا لها، ونانبا عنها في أمر هو من أخص خصائصها، وهذا النوع من الإنابة أو بعبارة أخرى هذه الطريقة غير المباشرة لإدارة المرفق العام لا تعتبر تنازلا أو تخليا من الدولة عن المرفق العام، بل تظل ضامنة ومسؤولة قبل أفراد الشعب عن ادارته واستغلاله في هذا السبيل والقيام بهذا الواجب تتدخل في شؤون المرفق العام كلما اقتضت المصلحة العامة ذات التدخل. ولذلك فان عقد الإلتزام ينشء في أهم شقية مركزا لانحيا يتضمن تخويل الملتزم حقوقا مستمدة من السلطة العامة يقتضيها قيام المرفق واستغلاله. أما المركز التعاقدى فيعتبر تابعا وليس من شأنه أن يحول دون صدور نصوص لانحية جديدة تمس الإلتزام.

المطلب الثاني: سلطة القاضي الإداري في الإلغاء في حالة عقود الامتياز

المالية بين مانح الالتزام و الملتزم، و تحكمها قاعدة العقد شريعة المتعاقدين في القانون الخاص (مدة الامتياز و كيفية استرداد المرفق، كيفية تنفيذ أعمال المرفق، بينما الشروط اللائحية: وهي الخاصة بتنظيم المرفق و سيره تؤثر علي المستفيدين من المرفق و لعل التفرقة بين الشروط التعاقدية و اللائحية في عقد الامتياز إنما مرجعها إلي أن الدولة هي المكلفة بإدارة المرافق العامة فإن عهدت إلي الملتزم القيام بذلك، فليس الملتزم في إدارته إلا معاون لها أو نائب عنها في القيام بوظيفتها، هذه الإنابة لا تعنى التنازل أو التخلي من الدولة عن المرفق كما اقتضت المصلحة ذلك التدخل، و ذلك فإن عقد الامتياز ينشئ في أهم شقيه مركزا لائحية يتضمن تخويل الملتزم حقوقا مستمدة من السلطة العامة، أما المركز التعاقدية فيعتبر تابعا له و لا يحول دون صدور نصوص لائحية، و أنه ولو أن الشروط اللائحية تتقرر باتفاق مانح الالتزام و الملتزم إلا أن ذلك لا يحرم الدولة من حقها في تعديل المركز التعاقدية.

من خلال التعريف السابق نلاحظ ان عقد الامتياز يتمتع بأركان خاصة تميزه عن غيره من العقود الأخرى والمتمثلة في الأطراف والمحل والشكل. تتمثل أطراف عقد الالتزام في الإدارة ممثلة في الدولة أو الولاية أو البلدية من جهة و أحد الأفراد أو الشركات من جهة أخرى . أما محل عقد الالتزام ينصب علي إدارة المرفق عام عادة ما يكون اقتصاديا فلا يتصور أن تعهد الإدارة كما قلنا لأحد الأفراد أو الشركات بإدارة المرفق إداري كما في ذلك من خطورة تمتد أثارها علي فئة المنتفعين، أما ركن الشكل يتمثل في نقل إدارة المرفق لأحد الأفراد أو الشركات يتم بموجب وثيقة رسمية تتضمن جميع الأحكام المتعلقة بالمرفق و التي تضعها الإدارة بإرادتها المنفردة، و يجب عي الملتزم التقيد بها إذا رضي التعاقد مع الدولة أو البلدية.

الفرع الثاني: طبيعة عقد الامتياز

لقد اختلف الفقهاء في تحديد طبيعة عقد الامتياز، ذهب البعض منهم الى القول ان الإلتزام عمل انفرادي من جانب السلطة بمقتضاه ترخص للملتزم القيام بنشاط معين بعد قبوله للشروط التي تحددها الإدارة. ولقد عاب البعض على هذا الرأي كونه يؤدي تقريبا الى تجاهل ارادة الملتزم ومركزه القانوني لأنه سلط الضوء أكثر على الإدارة وممكنها من حق وضع الشروط أو تعديلها أو انهاء الرابطة التعاقدية

بالغائه منفصل عن العقد ، حيث أنه لولا هذا القرار لم وجد العقد. وتأييداً لهذا الأنتفاء الفقهي فقد ذهبت فتوى قسم الرأي بمجلس الدولة إلى أنه يشترط الشركة قرار الإداري من من صادرا من سلطة إدارية لها الحق في إصداره ويكون الإخلال بذلك موجبا لبطلان التصرف، وبما أن مدير معمل تكرير البترول الأميري بالسويس غير مختص بإصدار قرارات إدارية تفصح عن إرادة مصلحة المناجم في إحداث أثر قانوني، وذلك أن المختص في هذه الحالة هو مدير مصلحة المناجم لشئون الوقود الذي لم يصدر منه قرار بقبول. عطاء الشركة ، ومن ثم لا يكون ثمة عقد قد انعقد بينها وبين المصلحة.⁽⁵⁹⁾ وفي هذا الحكم تأكيد على أن العقد الإداري لا يقوم على قرار باطل، فإذا بطل قرار قبول العطاء لعدم اختصاص مصدره ، فإن هذا القرار رغم انه منفصل عن عملية التعاقد لا يمكن أن ينشأ عنه عقد إداري⁽⁶⁰⁾.

المبحث الثاني: اختصاص قضاء الإلغاء في طعون المستفيدين من عقود الإمتياز

المطلب الأول: مفهوم عقد الامتياز وطبيعته

الفرع الأول: مفهوم عقد الامتياز

يعتبر عقد الامتياز عقد إداري، يتم بمقتضاه إسناد إدارة أحد المرافق العامة الاقتصادية إلى شخص من أشخاص القانون الخاص سواء كان فردا أو شركة لمدة محددة لتحقيق غرض الذي أنشئ من أجله وعلى مسؤوليته بواسطة أمواله وأعماله، مقابل تحصيل رسوم على المنتفعين بخدمات المرفق. ومثال ذلك أن تعهد الدولة لأحد الأفراد استغلال خدمات توزيع المياه أو الكهرباء أو الغاز أو استغلال البترول أو المرجان أو استغلال ميناء أو منطقة حرة . ولقد اعتبر القضاء الإداري عقد الإمتياز بأنه عقد اداري من نوع خاص موضوعه ادارة مرفق عام يتعهد بمقتضاه الملتزم وعلى نفقته وتحت مسؤوليته وبتكليف من الدولة أو أحد هيئاتها بالقيام بنشاط معين وخدمة محددة والحصول على مقابل من المنتفعين. بحيث يتضمن عقد الامتياز نوعين من الشروط، شروط تعاقدية و شروط لانهية، فالشروط التعاقدية هي التي تتناول الالتزامات

(59) فتوى رقم 6840، جلسة 1951/12/13، مجموعة أبو شادي، ص744.

(60) د/ أنس جعفر ، مرجع سابق، ص246

المنفصل عن العقد. وبهذا نستنتج ان المستقر عليه أن إلغاء القرار الإداري المنفصل عن العقد الإداري لا ينصب سوى على هذا القرار ، دون أن يمتد أثر حكم الإلغاء إلى العقد الإداري الذي ساهم القرار الإداري محل الإلغاء في تكوينه⁵⁴. حيث يبقى هذا العقد رغم ذلك صحيحا . وقد قضى في هذا الشأن بأن ما صدر من قرارات مخالفة للقوانين أو اللوائح أو مشوية بعيب إساءة استعمال السلطة يعطى للأفراد حقا في طلب إلغائها دون أن يكون لحكم الإلغاء مساساً بذات العقد⁽⁵⁵⁾. وأساس ذلك أن القرارات المنفصلة وإن كانت تدخل في تكوين العقد وتمهد لإبرامه إلا انها عملا مستقلا ومنفصلا عن عملية التعاقد التي لا تخضع لاختصاص قاضي الإلغاء.⁵⁶ كما أن قاضي الإلغاء حسبما ذهب محكمة القضاء الإداري، لا يبحث إلا فيما إذا كان القرار المطعون فيه يجب أو لا يجب أن يلغى دون أن يهتم بما قد يترتب على هذا الإلغاء من نتائج سلبية أو إيجابية وإذا صح أن الإلغاء القرار في الحالة المعروضة لا يؤدي إلى إهدار العلاقة التعاقدية التي نشأت عنه ، إلا أن هذا لا ينفي وجود المصلحة في طلب إلغاء هذا القرار ، إذ من المحتمل أن يؤدي الحكم الذي يصدر بالإلغاء إلى فسخ أو تصحيح الوضع تأسيسا على عدم الإبقاء على تصرف يقوم على قرار حكم بإلغائه⁽⁵⁷⁾. وقد واجه هذا المبدأ انتقادا فقهيا-بحق - أساسه أن القرار الإداري وإن كان منفصلا أو قابلا للانفصال عن العقد إلا أنه يكون مع مجموع القرارات الأخرى كلا لا يتجزأ فهو مرحلة من مراحل العملية المركبة ويتوقف عليه سلامة العملية بأكملها ، ولذا فإن انهياره يترتب انهيار لبقية أجزاء العملية بالكامل.⁽⁵⁸⁾ وهذا الرأي يتفق مع طبيعة العلاقات والتصرفات القانونية التي تتركز على مبدأ هام مفاده بطلان كل تصرف بني على باطل ، فما دام القرار الإداري الذي ساهم في تكوين العقد قضى بإلغائه ، فإن هذا العقد يكون بالتبعية باطلا ، ولا مجال للقول هنا بأن القرار المقضي

54 د محمد سمير محمد جمعة إلغاء القرارات الإدارية القابلة للانفصال دراسة تحليلية تطبيقية مقارنة

في القانونين الفرنسي والمصري، مرجع سابق الصفحة 185.

(55) محكمة القضاء الإداري، قضية رقم 180، جلسة 1956/11/18 مجموعة أحكام سنة 11، ص 23

(56) د . عبد المنعم عبد العظيم جبره، أثار حكم الإلغاء، رسالة دكتوراه، جامعة القاهرة، دار الفكر

العربي، 1970، الصفحة 202 .

(57) محكمة القضاء الإداري، قضية رقم 1753 لسنة 10ق، جلسة 1965/11/18.

(58) د/ سليمان الطماوي، مرجع سابق، ص 191.

الفقرة الثانية: آثار الحكم بإلغاء القرار المنفصل

إذا لم ترفع الدعوى أمام قاضي العقد.

لمعرفة أثر الحكم بإلغاء القرار المنفصل عن العملية التعاقدية، لابد أن نتطرق أولاً للفرضيات المحتملة. الفرضية الأولى تتمثل في صدور الحكم بإلغاء القرار المنفصل قبل إبرام العقد بصفة نهائية. الفرضية الثانية تكمن حينما يصدر الحكم بإلغاء القرار المنفصل بعد إبرام الإدارة للعقد بصفة نهائية، وسوف نتناول هاتين الفرضيتين على النحو التالي: ففي الفرضية الأولى لا توجد أي مشكلة حيث إن الإدارة لا تستطيع أن تسير في إجراءات التعاقد حتى نهايتها، وإلا تكون قد خالفت الحجية المطلقة لحكم الإلغاء وكذلك قوة الشيء المقضي به لهذا الحكم، ويستوي في هذا الشأن أن يكون الطعن بالإلغاء قد قدم ممن سيصبح طرفاً في العقد أو من الغير، وهذا هو مفهوم الحجية المطلقة لحكم الإلغاء حيث ينتج الحكم أثره ليس فقط في مواجهة أطراف الدعوى بل أيضاً في مواجهة الكافة. غير أنه يمكن الوصول إلى نفس النتيجة باستحضار حكم يوقف تنفيذ القرار المنفصل بشرط أن يسبق الحكم انعقاد بصفة نهائية.⁵³ ولكن هذا الفرض نادر الحدوث لأن عادة يتم إبرام العقد قبل صدور حكم قاضي الإلغاء نظراً لبطء إجراءات التقاضي، ولذلك فإن الحكم يصدر في الحالة الغالبة بعد إتمام العقد، وهنا يثار كثير من المشكلات حول أثر هذا الحكم على العملية العقدية. أما الفرضية الثانية، تتمثل في صدور الحكم بإلغاء القرار المنفصل بعد إبرام العقد بصفة نهائية، وهذه الفرضية الأكثر حدوثاً في الواقع العملي، وقد أثرت حوله العديد من الآراء والانتقادات، خاصة بعد أن استقر القضاء الإداري على أن الحكم بإلغاء القرار الإداري المنفصل عن العقد لا أثر له على العقد ذاته بل يظل العقد قائماً وسارياً طالما لم يطلب أحد من أطرافه إبطاله أمام قاضي العقد، وسنتناول فيما يلي موقف كلاً من الفقه والقضاء من أثر إلغاء القرار المنفصل عن العقد ذاته، وذلك في فرعين متتاليين، نعالج في الفرع الأول موقف القضاء من أثر إلغاء القرار المنفصل على العقد، والفرع الثاني نتناول فيه موقف الفقه من أثر إلغاء القرار

(53) د. سليمان الطماوي، العقود الإدارية، مرجع سابق، الصفحة 180.

الإلغاء، ويعد ذلك من المظاهر الهامة للحجية لأحكام الإلغاء.⁴⁹ ويمكن أن نوجز آثار حكم الإلغاء أمام قاضي العقد في الآثار التالية: - لا يعتبر العقد باطلاً بمجرد صدور حكم الإلغاء، بل لا بد أن يقضي بذلك من قاضي العقد الذي هو صاحب الاختصاص الأصيل في الحكم بإبطاله سواء كان القاضي مدنياً أو إدارياً. - وحكم الإلغاء يتمتع بحجية مطلقة أمام قاضي العقد، ومن ثم يكون لذوي الشأن الطلب من قاضي العقد سواء كان العقد مدنياً أو إدارياً الحكم ببطلان العقد بناء على الحكم الصادر بإلغاء القرار الذي بني عليه العقد⁵⁰. أما إذا كان الحكم الصادر بإلغاء القرار المنفصل عن العقد قد استند إلى عيب من عيوب القرار المنفصل في ذاته ، فإن دور قاضي العقد ينحصر في بيان أثر ذلك العيب على العملية العقدية ،ومن ثم لا يملك القاضي في هذه الحالة أن يقرر صحة هذا القرار وإنما يبحث فحسب في مدى تأثير بطلان القرار على صحة العقد نفسه. وإذا كان الحكم الصادر بإلغاء القرار المنفصل قد استند في الإلغاء على عدم مشروعية العقد ذاته ،فإن ما قرره قاضي الإلغاء في هذا الصدد يلزم القاضي ولا يسمح له بالقضاء بصحة العقد أو خلوه من العيوب التي أثبتتها قاضي الإلغاء.⁵¹ إن بطلان القرار القابل للانفصال يقتصر أثره على الإجراءات التي بنيت عليه ولا يمتد هذا الأثر إلى الإجراءات السابقة عليه والتي تمت سليمة في ذاتها ، فالحكم الصادر بإلغاء قرار الترخيص بإجراء التعاقد أو استبعاد احد المتعاقدين للمنافسة يترتب عليه بطلان العملية التعاقدية بأكملها . أما الحكم بإلغاء القرار الصادر بإبرام العقد أو التصديق عليه لعيب شاب القرار في ذاته فليس من أثره بطلان كل الإجراءات السابقة على إبرام العقد أو التصديق عليه.⁵²

(49) د . عبد المنعم عبد العظيم جبره ،أثار حكم الإلغاء ،رسالة دكتوراه ،جامعة القاهرة ،دار الفكر العربي،1970،الصفحة 202 .

(50) د . محمد عبد الواحد الجميلي ، ماهية العقد الإداري، القاهرة، دار النهضة العربية 1995، ص 78

(51) د .عمر حلمي ، طبيعة اختصاص القضاء الإداري بمنازعات العقود الإدارية ،دار النهضة العربية ،سنة 1993 ، الصفحة 174 ،وراجع أيضا مؤلفه أثار العقود الإدارية ،دار الثقافة الجامعية ،القاهرة ،1993 ،الصفحة 231.

(52) راجع د عبد المنعم عبد العظيم جبره ،اثر حكم الإلغاء ،مرجع سابق،الصفحة 198 .

إذا كان من حق المتعاقد أو المتنافسين أو الغير الطعن بالإلغاء في القرارات الإدارية غير المشروعة التي تدخل في تكوين العملية التعاقدية عن طريق فكرة القرارات الإدارية المنفصلة فإن التساؤل يثور حول أثر الحكم الصادر بإلغاء القرارات المنفصلة عن عقود الإدارة على العملية التعاقدية، هل هو بطلان العقد أم أن الحكم الصادر بالإلغاء في حالة عقود الإدارة له قواعد خاصة به؟ بحيث أن إلغاء القرارات الإدارية المنفصلة من شأنه أن يؤدي إلى بطلان ما يترتب عليها من نتائج إعمالاً للقاعدة الأصولية التي تقرر بأن ما بني على الباطل فهو باطل⁴⁷. إلا أن القاعدة التقليدية التي تحكم هذا الموضوع في مختلف الأنظمة هو أن الحكم الصادر بإلغاء أحد القرارات القابلة للانفصال في العمليات التعاقدية ليس له حد في ذاته أي أثر مباشر على العقد نفسه، فهذا العقد يظل قائماً يربط بين طرفين ومنتجا لآثاره، إلا إذا قام أحد الطرفين برفع دعوى بطلان العقد أمام القاضي المختص بمنازعات العقد نفسه طالبا الحكم بالبطلان استناداً على الحجية المطلقة للحكم الصادر بإلغاء أحد القرارات التي تدخل في تكوينه⁴⁸ وسوف نتناول في المبحث آثار الحكم الصادر بإلغاء القرارات الإدارية المنفصلة عن العملية التعاقدية وموقف كل من الفقه والقضاء من تلك الآثار، وذلك سواء رفعت الدعوى ببطلان العقد أمام قاضي العقد أم لم ترفع الدعوى أمام قاضي العقد.

الفقرة الأولى: أثر الحكم بإلغاء القرار المنفصل أمام قاضي العقد .

قد يلجأ أحد أطراف الرابطة العقدية إلى قاضي العقد مطالباً بإبطاله أو إبطال بعض نصوصه ومستنداً في ذلك إلى الحكم الصادر في دعوى الإلغاء. فما هو أثر حكم الإلغاء أمام قاضي الإلغاء؟ رغم اختلاف الموضوع في دعوى الإلغاء عنه في المنازعات العقدية وما قد يحدث من اختلاف الخصوم في الدعوتين. يلتزم قاضي العقد باحترام حجية حكم

⁴⁷ د محمد سمير محمد جمعة إلغاء القرارات الإدارية القابلة للانفصال دراسة تحليلية تطبيقية مقارنة في القانونين الفرنسي والمصري، مرجع سابق الصفحة 185.

⁴⁸ محمد عبدالله الحراري الرقابة على الإدارة ، محاضرات مطبوعة على الآلة الكاتبة ، مارس 1983 ، ص 52.

سنتناول في هذا المطلب شروط الغاء القرار الإداري المنفصل عن العقد الإداري مع ابراز اثاره على العقد.
الفرع الأول: شروط إلغاء القرار الإداري المنفصل
إذا كان القرار المنفصل عن العقد الإداري يخضع لقضاء الإلغاء، إلا أن لهذا الطعن شروطا يتعين توافرها تتمثل فيما يلي:
اولا: تقديم طلب الإلغاء من غير المتعاقد

بموجب هذا الشكل لا تقبل دعوى إلغاء القرار المنفصل عن العقد من متعاقد مع الإدارة، سواء كان شخصا طبيعيا أو اعتباريا، حيث أن بوسع هذا المتعاقد اللجوء إلى دعوى العقد عن طريق القضاء الكامل. ويستمد غير المتعاقد حقه في الطعن بإلغاء القرار الإداري المنفصل عن العقد من أن هذا القرار قد أثر في مركزه القانوني ومن ثم تكون له مصلحة في الطعن عليه بالإلغاء.⁴⁵

ثانيا: أن يكون القرار الإداري نهائياً وباتاً

القرار الإداري المنفصل عن العقد الإداري شأنه في ذلك شأن كافة القرارات الإدارية يتعين لقبول طلب إغاؤه أن يكون نافذا دون حاجة لتصديق سلطة تعلق سلطه إصداره، وبذلك لا يكون محلا لدعوى الإلغاء كافة الأعمال التحضيرية أو التمهيدية أو الاستشارية حيث أن مثل تلك الأعمال لا ترتب بذاتها مراكز قانونية تعطي للأفراد حقا في الطعن عليها بالإلغاء لعدم تمتعها بأية صفة تنفيذية⁴⁶. ومن ثم لا يجوز الطعن بالإلغاء لانتفاء صفة القرار الإداري ضد إجراءات الاعلان عن المناقصة ونماذج المناقصات والمزايدات.

ثالثا: إقامة دعوى الإلغاء في الميعاد

القرار الإداري المنفصل عن العقد هو قرار تنظيمي وهذا يوجب على طالب إغاؤه إقامة دعواه قبل مرور ستين يوما من تاريخ نشره أو إعلان صاحب الشأن به، أو علمه بصدوره علما يقينيا.
الفرع الثاني: أثر إلغاء القرار المنفصل العقد الإداري

عبدالفتاح حسن ، القضاء الإداري ، الجزء الأول ، قضاء الإلغاء ، المنصورة 1978م ، ص 184 وما بعدها.⁴⁵

محمود حلمي ، العقد الإداري ، دار الفكر العربي ، القاهرة 1974 م ، ص 62⁴⁶

من القرارات المنفصلة عن العقد حيث يجوز لصاحب العطاء المرفوض إقامة دعوى بإلغاء القرار الصادر عن لجنة البت برفض عطائه(41).
ثانياً: القرار الصادر بإبرام العقد

تتمثل القرارات التي تقترن بإبرام العقد في نوعين من القرارات هما القرارات الصادرة باعتماد العقد أو إبرامه، والقرارات الصادرة برفض إبرام العقد أو إتمامه. فإذا كان من السهل فصل القرارات التمهيدية أو السابقة على العملية التعاقدية، فإن الأمر قد يصعب تصوره بالنسبة للقرارات المصاحبة لإبرام العقد نفسه. القرار الصادر بإبرام العقد هو في ذاته قرار إداري-يخضع لاختصاص قاضي الإلغاء دون قاضي العقد. باعتبار أن العقد حال صدور هذا القرار لم يكن قد انعقد بعد الأمر الذي يجعل منه قراراً إدارياً منفصلاً عن العقد الإداري ويجوز معه الطعن على هذا القرار بالإلغاء استقلالاً عن العقد إذا توافرت موجبات إلغائه⁴². الطعن في القرار الصادر بإبرام العقد بالإلغاء أمر جائز قانوناً، لأن إبرام العقد والمراحل السابقة عليه تعتبر قرارات إدارية تستند إلى السلطة العامة لجهة الإدارة، حيث أصدرتها الإدارة بوصفها سلطة عامة، وليس بوصفها جهة تعاقد حيث أن العقد لم يكن حال إصدارها قد انعقد بعد⁴³ وإذا كانت الإدارة تتمتع في إبرامها للعقد بسلطة تقديرية حيث يكون بوسعها رفض إبرامه إذا زالت دواعي التعاقد أو اقتضت المصلحة العامة عدم إتمامه، إلا أن قرارها في هذا الشأن لا يعدو أن يكون قراراً إدارياً يجوز الطعن عليه بالإلغاء إذا ما خالف القانون أو صدر مشوباً بعيب الانحراف بالسلطة التقديرية في جميع الأحوال(44).

المطلب الثاني: شروط إلغاء القرار الإداري المنفصل عن العقد الإداري
وأثره

(41) المحكمة الإدارية العليا، طعن رقم 3448 لسنة 331 ق، جلسة 1993/1/31
42 انظر الأستاذ حسين درويش، السلطات المخولة لجهة الإدارة في العقد الإداري، القاهرة 1961 م ص 93 .
43 عبدالعزيز خليل بديوي ، الوجيز في المبادئ العامة للدعوى الإدارية وإجراءاتها ، القاهرة 1970 م ، ص 70
(44) يراجع في تفاصيل ذلك مؤلفنا، الانحراف بالسلطة كسبب لإلغاء القرار الإداري دراسة مقارنة بين النظامين المصري والفرنسي، دار الفكر الجامي بالإسكندرية لسنة 2007م

في المناقصة³⁹ كالقرار الصادر عن لجنة الفحص باستبعاد أحد المتعاقدين في المنافسة دون وجه حق أو القرارات الصادرة باستبعاد بعض العطاءات المقدمة في عملية تعاقدية معينة بحجة عدم توافر الشروط في هذه العطاءات أو لورودها بعد الميعاد.⁴⁰ وتبعاً لذلك يمكن حصر صور القرارات القابلة للانفصال في مرحلة ما قبل التعاقد في القرارات التالية: تأخذ القرارات الإدارية المنفصلة عن العقد الإداري صور عدة منها ما يتصل بشكل إبرام هذا العقد. ومنها ما يتعلق بالمراحل السابقة على الإبرام، بل أن القرار الصادر بإبرام العقد هو في ذاته قرار إداري يجوز الطعن فيه بالإلغاء على نحو ما سوف نرى.

أولاً: القرارات الممهدة لإبرام العقد

تمر عملية التعاقد الإداري بمراحل يصدر في كل منها قرار يشكل بذاته قراراً إدارياً. منفصلاً عن العقد الإداري يجوز الطعن عليه بالإلغاء استقلالا عن هذا لعقد مثل قراري لجنتي فتح المظاريف والبت.

• قرار لجنة فتح المظاريف:

بشكل عام فإن قرارات لجنة فتح المظاريف في الغالب لا تعدو أن تكون قرارات تمهيدية تفتقد إلى صفة النهائية الواجب توافرها في القرار الإداري محل دعوى الإلغاء، ومن ثم لا يجوز الطعن على تلك القرارات بدعوى الإلغاء. ومع ذلك إذا أصدرت لجنة فتح المظاريف قرارات نهائية كما في حالة القرار الصادر باستبعاد عطاء أحد الراغبين في التعاقد لعدم استيفائه للشروط المقررة، فإن مثل هذا القرار يمكن الطعن عليه بالإلغاء باعتبار أن من شأنه التأثير في المركز القانوني لصاحب العطاء المستبعد.

• قرارات لجنة البت

تختص لجنة البت بإصدار قرار بإرساء المناقصة — وقد استقر القضاء الإداري على إخضاع مثل هذا القرار لاختصاص قاضي الإلغاء باعتباره

(39) د. محمد سمير محمد جمعة، القرارات الإدارية القابلة للانفصال، دراسة تحليلية تطبيقية مقارنة، دار الجامعة الجديدة للنشر الإسكندرية طبعة 2011 صفحة 176
40. عبدالعزيز خليل بديوي، الوجيز في المبادئ العامة للدعوى الإدارية وإجراءاتها، القاهرة 1970م، ص 40.

لتمثل على عدة قرارات قائمة بذاتها وصالحة لترتيب أثر قانوني معين كتصرف قانوني فردي مكتمل ونهائي في حد ذاته دون أن يخل ذلك بباقي المكونات الأخرى للعملية ودون أن يؤثر على كيان العملية ذاتها أو يعطل أو يحول دون ترتيب الآثار القانونية المرجوة من ورائها كالنتائج القانونية التي من أجلها قامت الإدارة بإتمام هذه العملية.³⁶ وتبعاً لذلك، فالقرارات القابلة للانفصال هي قرارات إدارية بالمعنى الكامل لهذه الكلمة، أي ينطبق عليها تعريف القرارات الإدارية، فهي تصدر من جانب الإدارة بمفردها بما لها من سلطة ملزمة وفقاً للقوانين واللوائح لإحداث أثر قانوني معين سواءً بإنشاء مركز قانوني جديد أو بالتأثير على المراكز القانونية القائمة بالتغيير والتعديل أو حتى بالإلغاء بالكلية.³⁷ ولهذا فإن القرارات القابلة للانفصال تقوم على مفهوم واحد وهو إمكانية فصل قرارات إدارية عن عملية مركبة تكون هذه القرارات عنصراً من عناصرها. ويتضح من ذلك أن القرارات القابلة للانفصال ترتبط دائماً بالعمليات المركبة التي تشكل سلسلة متصلة الحلقات تمثل الحلقات فيها القرارات التمهيدية أو المساعدة أو الموازرة التي تؤدي إلى إبرام القرار النهائي.³⁸ غير أن القرارات القابلة للانفصال، لا تتور فقط في حالة العمليات المركبة التي تقوم بها الإدارة العامة كالهينات والأجهزة وغيرها من الوحدات الأخرى الداخلة ضمن الجهاز الإداري للدولة.

المطلب الأول: مفهوم القرارات المنفصلة وصوره
سنتناول في هذا المطلب مفهوم القرارات المنفصلة وصوره من خلال الاعتماد على آراء الفقهاء في ذلك.

الفرع الأول: صور القرارات الإدارية المنفصلة عن العقد الإداري
تتخذ الإدارة عدة قرارات ممهدة لعملية إبرام العقد مثل القرار الصادر بالترخيص بإبرام العقد وقرارات الحرمان لبعض الأشخاص من الدخول

(36) د. عبد الحميد حشيش، القرارات القابلة للانفصال وعقود الإدارة، دراسة مقارنة في القانون المصري والفرنسي، القاهرة، دار النهضة العربية، الصفحة 490.

(37) د. شريف يوسف خاطر، القرارات الإدارية، دراسة مقارنة، القاهرة ندار النهضة العربية 2007، الصفحة 145.

(38) د. جورج شفيق ساري، القرارات القابلة للانفصال في القانون الإداري، القاهرة، دار النهضة العربية، مايو 2002، الصفحة 44.

الإدارية بالنسبة لنوعين³³: القرارات الإدارية المنفصلة وحيث أن الإدارة تلتزم بإجراءات محددة و تنقيد في إبرام عقودها بالعديد من القيود إلا أنه أثناء تنفيذ العقد تصدر الإدارة بعض القرارات و هذه القرارات أجاز مجلس الدولة الفرنسي و المصري الطعن فيها بالإلغاء من غير المتعاقد. القرارات المتعلقة بالمستفيدين بخدمات عقود الامتياز. بحيث يترتب على عقد الامتياز حقوق للمستفيدين من خدمات المرفق الذي يدار بواسطته، وفي فرنسا فقد أجاز مجلس الدولة الفرنسي للمستفيدين في حالة عقود الامتياز الطعن بالإلغاء في القرارات الصادرة من الإدارة المتعاقدة. وبهذا نلاحظ، أنه لا اختصاص لقاضي الإلغاء في مجال المنازعات المتعلقة بالعقود باعتبارها من المنازعات الحقوقية، إلا إنه استثناء من هذا المبدأ فإن الاختصاص ينعقد لقاضي الإلغاء في مجال عقد العقد في حالتين أولهما القرارات المنفصلة عن العقد، وثانيهما طعون المستفيدين من عقود الامتياز وهذا ما سوف نجد تفصيله في المبحثين التاليين.

المبحث الأول: الطعن بالإلغاء في القرارات القابلة للانفصال

يقصد بالقرارات الإدارية المنفصلة هي تلك القرارات التي تستهدف التمهيد لإبرام العقد أو السماح بإبرامه أو تحول دون إبرامه.³⁴ وهذه القرارات تندمج في عملية التعاقد بحيث يمكن الطعن في تلك القرارات إذا وقعت مخالفة للقوانين أو اللوائح، كما يمكن تعريفها، بأنها قرارات إدارية تكون جزءا من بنيان عملية قانونية في اختصاص القضاء الإداري في بناء ولايته الكاملة أو تخرج عن اختصاص أي جهة قضائية، ولكن القضاء يقوم بفصل هذه القرارات عن تلك العملية ويقبل الطعن عليها بالإلغاء على أفراد.³⁵ ويمكن تعريفها أيضا بأنها عبارة عن تصرفات قانونية تصدر من جانب واحد بمفردها أو السلطات العامة بصفة عامة في إطار عملية مركبة، مع إمكان تجنب هذه التصرفات

(33) د . فهد بن محمد الدغيثر، رقابة القضاء على قرارات الإدارة ، ولاية الإلغاء أمام ديوان المظالم ،دراسة مقارنة ،قسم القانون ،كلية العلوم الإدارية جامعة الملك سعود دار النهضة العربية، 2001 ،الصفحة 123.

³⁴ د محمد سمير محمد جمعة الغاء القرارات الادارية القابلة للانفصال دراسة تحليلية تطبيقية مقارنة في القانون الفرنسي والمصري، دار الجامعة الجديدة 2013 الصفحة 212.

³⁵ د مجدي مدحت النهري القرارات الإدارية بين النظرية والتطبيق المنصورة مكتبة الجلاء الجديدة 2003 الصفحة 187.

الفصل الثاني: قضاء الإلغاء ومنازعات العقود الإدارية

يستهدف قضاء الإلغاء المحافظة على قواعد المشروعية، ويعد مجاله في نطاق العقود الإدارية محدوداً ويظهر في بعض الحالات كطلب إلغاء القرارات المنفصلة سواء كان ذلك مقدماً من غير المتعاقد أو من المتعاقد نفسه كما يظهر في حالة طعون المستفيدين في حالة عقد الامتياز، وتبعاً لذلك فقضاء الإلغاء يقوم على مبدئين أصيلين، يمكن أن نعتبرهما مدخلاً لدراسة قضاء الإلغاء في مجال العقود الإدارية وهما³¹:

أن دعوى الإلغاء لا يمكن أن توجه إلى العقود ذلك أن من شروط قبول دعوى الإلغاء أن توجه إلى قرار إداري و هو تعبير عن إرادة بمفردها بينما العقد هو تعبير عن إرادتين. كما أنه في مجال قضاء الإلغاء لا يمكن الاستناد إلى مخالفة الإدارة للالتزامات التعاقدية، كسبب من الأسباب التي تجيز طلب إلغاء القرار الإداري. ولهذا تعتبر دعوى الإلغاء جزءاً لمبدأ المشروعية بينما الالتزامات المترتبة على العقود الإدارية هي التزامات شخصية. وبالرغم من الإطلاق الذي قد يستشف من القاعدتين فالأصل في منازعات العقود الإدارية أنها تدخل في مجال القضاء الشامل، لأن دعوى الإلغاء لا توجه إلى العقود الإدارية، غير أن العقد الإداري يرتبط به إجراءات تمهد الإدارة بها لإبرام العقد أو تهئ لمولده ، ومن هذه الإجراءات ما يتم بقرار إداري صادر من السلطة المختصة يكون له كل مقومات و خصائص القرار الإداري من حيث كونه إفصاح من جانب الإدارة عن إرادتها الملزمة بما لها من سلطة عامة بمقتضى القوانين واللوائح و كان الهدف منه تحقيق مصلحة عامة . فمثل هذه القرارات و إن كانت تسهم في تكوين العقد و تستهدف إتمامه، فإنها تنفرد في طبيعتها عنه و تنفصل عنه، و من ثم يجوز الطعن فيها بالإلغاء استقلالاً و تسمى بالقرارات الإدارية المنفصلة كما أنه بالنسبة لعقود الامتياز قد تصدر قرارات إدارية تؤثر على المستفيدين من خدمات المرفق ، الأمر الذي يقتضي السماح لهؤلاء المستفيدين بالطعن في هذه القرارات³² وعلى ذلك فإن قضاء الإلغاء يجد تطبيقاً له في مجال العقود

(31) الدكتور سليمان محمد الطماوي، الأسس العامة للعقود الإدارية، مرجع سابق ص 274
(32) د . محمد أنس قاسم جعفر : العقود الإدارية دار النهضة العربية الطبعة 2000 ص 220

المدعى ويلزم المدعى عليه بالرد والتنفيذ، فالأمر لا يقتصر على إلغاء القرار المطعون فيه إذا بأن عدم مشروعيته – كما هو الشأن في دعوى الإلغاء – بل يجاوز ذلك إلى تعديل هذا القرار أو إصلاحه أو إحلال آخر محله أو الحكم بتعويض مالي، ولذا فإن هذه الدعوى تتشابه في هذا الجانب مع الدعاوي التي ترفع أمام القضاء العادي، وتحمل لأجل هذا تسمية القضاء الكامل⁽²⁹⁾.

المطلب الثاني: تحليل دعوى القضاء الكامل من شروط قبول دعوى الإلغاء:-

إذا كانت الطبيعة الخاصة للعقود الإدارية حتمت إخضاع المنازعات التي تثار بشأن تلك العقود لولاية القضاء الإداري الكامل، إلا أن تلك الدعوى تختلف عن دعوى إلغاء القرار الإداري من نواح عدة، فعلى حين يشترط أن يكون محل دعوى الإلغاء قراراً إدارياً نهائياً صادراً عن سلطة إدارية وطنية، فإن نطاق دعوى القضاء الكامل يتسع ليشمل العقود الإدارية والقرارات الإدارية المتصلة بتلك العقود بصورة لا يمكن فصلها عنها، كما يشمل هذا الاختصاص أعمال الإدارة المادية إذا ثبت اتصافها بسمات المنازعات الإدارية. وإذا كان يكفي في دعوى الإلغاء أن يكون لرافعها مجرد مصلحة لا ترقى إلى مرتبة الحق حيث يكفي لقبول تلك الدعوى أن يكون رافعها في حالة قانونية خاصة، من شأن القرار الإداري محل الطعن التأثير فيها، إذا كان الأمر كذلك بالنسبة لقبول دعوى الإلغاء فإنه يكون مختلفاً بالنسبة لقبول دعوى القضاء الكامل، والتي تشترط أن يستند رافعها إلى حق شخصي اعتدت عليه الإدارة أو حق مهدد بالاعتداء عليه من قبلها، حيث أن آثار العقد الإداري لا تنصرف لغير عاقديه، وفقاً لقاعدة نسبية. هذا العقد. وأخيراً فإن دعوى القضاء الكامل وعلى عكس دعوى الإلغاء لا يقيد إقامتها موعد معين، حيث يكون الحق في ذلك متاحاً طالما بقي الحق موضوع مطالبة ولم يسقط بالتقادم وفقاً للمدد التي يحددها المشرع.⁽³⁰⁾

(29) د/ عبد الحميد كمال حشيش القرارات القابلة للانفصال وعقود الإدارة دراسة مقارنة في القانون المصري والفرنسي القاهرة دار النهضة العربية ومجلة مصر المعاصرة السنة 66 العدد 362 أكتوبر 1975، ص 158.

(30) د/ محمد سمير محمد جمعة إلغاء القرارات الإدارية القابلة للانفصال دراسة تحليلية تطبيقية مقارنة في القانون الفرنسي والمصري، دار الجامعة الجديدة 2013، ص 168.
- الجمعية العمومية لقسمي الفتوى والتشريع بمجلس الدولة، فتوى رقم 23/2/78 جلسة 1992/2/2

بمقتضى الفصلين 149 و152 من ق م م بتوافر حالة الاستعجال وعدم المساس بجوهر الحق وهما شرطين لازمين إذا انعدم أحدهما انعدم أحدهما زال اختصاص قاضي المستعجلات لفائدة قضاة الموضوع . وحيث أن جوهر الحق المحظور على القضاة المستعجل المساس به هو السبب القانوني الذي يحدد حقوق كل الطرفين والتزاماته ، قبل الآخر إذ يمنع عليه تناوله بالتفسير والتأويل وتأسيس قضائه بذلك على أسباب تمس أصل الحق الذي يعتبر اختصاصا أصيلا لقضاء الموضوع غير أن شرط عدم المساس بجوهر الحق لا يمنح قاضي المستعجلات من فحص ظاهر وثائق ملف النازلة ليلتمس المركز القانوني للطالب ومدى وضوحه وما إذا كانت ستأهل الحماية من طرف القضاء المستعجل عن طريق الاستجابة للإجراء المطلوب . وحيث إنه إعمالا للضوابط القانونية التي توطن اختصاص القضاء المستعجل ولما هو ظاهر من أوراق الملف ومستنداته وجود قرار بإنهاء الترخيص باستغلال المحل موضوع الطلب لم يتم دليل على إلغائه أو إيقاف مفعوله يبقى المركز القانوني للطالب حول الترخيص المذكور غير واضح وضوحا يستأهل حمايته بالإجراء المطلوب عن طريق ترتيب الآثار القانونية لقيام الترخيص وتجديده علما بأن الحسم في مسألة تجديد العقد أو إنهاء الترخيص من عدمها ومشروعية التزويد المباشر بالماء والكهرباء من لدن الوكالة في ضوء ذلك لترتيب الآثار القانونية من حيث الاستجابة للطالب كنتيجة قانونية أمر يمس جوهر الحق وهو أمر محظور على القضاء المستعجل مما يستتبع ذلك القول برفع النظر لعدم الاختصاص.

المبحث الثاني: أثر إخضاع منازعات العقود الإدارية لولاية القضاء بالكامل

يترتب على إيكال الفصل في المنازعات المتعلقة بالعقود الإدارية لاختصاص القضاء الكامل نتائج بالغة الأهمية تتصل بالسلطات المقررة للقاضي إزاء نظره لتلك المنازعات وشروط تحريك دعواها مواعيد إقامتها والمصلحة فيها

المطلب الأول:سلطات القاضي في نطاق القضاء الكامل يتمتع القاضي في الدعوى الخاضعة لولاية القضاء الكامل بسلطات واسعة تتفق مع طبيعة النزاع، فيقوم في بداية الأمر بتقرير المركز القانوني الشخصي لرافع الدعوى وتحديد مداه، ثم يحدد بعد ذلك حقوق

بالفصل في اصل الحق ، مؤيدة بذلك أمر الحجز التحفظي المتظلم منه
(26).

وإذا كان القضاء الكامل - على نحو ما رأينا - هو المختص بنظر الطلبات المستعجلة في منازعات العقود الإدارية ، فإنه لا يحد من إطلاق هذا الاختصاص سوى قيدي توافر حالة الاستعجال وعدم المساس بأصل الحق⁽²⁷⁾. وفي هذا الإطار تقدم السيد رشيد الدسوقي بدعوى استعجاليه ضد المكتب الوطني²⁸ خلاصتها أن المدعى تعاقد مع المكتب الوطني للسكك الحديدية في أعقاب من قصة عمومية عدد 96/125 بتاريخ 1996/11/29 من أجل إدارة مطعم ومقهى لمحطة قطار فاس ولفترة خمس (5) سنوات كما جاء في نص العقد الفصل 14 على أن المكتب المدعى عليه هو الذي يفسح المدعي الإذن للتعاقد مع الوكالة المستقلة لتوزيع الماء والكهرباء من أجل تزويد المقهى والمطعم بالماء والكهرباء . ثم فوجئ بعد أدائه للنفقات المطلوبة باعتراض المكتب المدعى عليه من تنفيذ التزاماته ، مما أدى إلى إصدار والي جهة فاس بولمان عامل عمالة فاس الجديد دار الدبيغ قرار عدد 6 بتاريخ 2002/7/26 يقرر فيه إغلاق المقهى إلى حين تزويده بالماء والكهرباء ملتصا بالحكم على المكتب الوطني للسكك الحديدية بعدم التعرض والكف عن منع الوكالة المستقلة لتوزيع الماء والكهرباء ، قصد تنفيذ التزاماتها التعاقدية التي أبرمتها معه في شأن ربط المقهى والمطعم . بشبكتي الماء والكهرباء تحت طائلة غرامة تهديدية قدرها 200 درهم . في اليوم عن كل يوم تأخير بناء على قرار حجز القضية للتأمل لجلسة 18 شتنبر 2002 حيث يهدف الطلب إلى استصدار أمر إلى المكتب الوطني للسكك الحديدية بالكف عن منع الوكالة المستقلة لتوزيع الماء والكهرباء من تزويد المحل المتعلق بشأته أعلاه بمادتين الماء والكهرباء . وحيث إنه لئن كان المقرر فقها وقضاء أن قاضي المستعجلات يختص بجعل حد لكل اعتداء مادي أو قطع تعسفي لوضعية شرعية قانونية أو تعاقدية حماية منه للمراكز القانونية الثابتة والواضحة فإن اختصاصه بذلك مشروط

(26) المحكمة الإدارية العليا في الطعنين 3721، 4129 لسنة 35 جلسة 1999/2/23

(27) المحكمة الإدارية العليا جلسة 1963/7/20 سابق الإشارة

28-أمر عدد 2002/319 الملف الإداري عدد 2002/43 عن مجلة المعيار العدد 30 الصفحة وما يليها

المنازعات المتعلقة بالعقود الإدارية اختصاص شامل مطلق لأصل تلك المنازعة ، وما يتفرع عنها شأن الطلبات المستعجلة كما دامت المحكمة مختصة بنظر الأصل فهي تختص بنظر الفروع أي الطلب المستعجل كل ما في الأمر أن المحكمة تعمل في الطلب المستعجل المتفرع عن العقد الإداري في الحدود والضوابط المقررة للفصل في الطلبات المستعجلة بأن تستظهر الأمور التي يخشى عليها من فوات الوقت أو النتائج التي يتعذر تداركها أو الضرر المحدق بالحق المطلوب المحافظة عليه ، ثم تستظهر بعد ذلك جدية الأسباب أو عدم جديتها بالنسبة إليها في ظاهرها " (23)

وعلى مقتضى ذلك فقد قضت بأن القضاء الإداري يفصل في الوجه المستعجل من المنازعة المستندة إلى العقد الإداري لا على اعتبار أنه من طلبات وقف التنفيذ المتفرعة عن طلبات الإلغاء، بل على اعتبار أنه من الطلبات الفرعية المستعجلة التي تعرض على قاضي العقد لاتخاذ إجراءات تحفظية أو وقتية لا تحتمل التأخير تدعو إليها الضرورة لدفع خطراً أو نتائج يتعذر تداركها حماية للحق إلى أن يفصل في موضوعه، ولا يهم في هذا الشأن أن يصف صاحب الشأن طلبه بأنه وقف تنفيذ، إذ العبرة في وصف الطلب بحقيقته وجوهرة وهدفه حسبما يظهر من أوراق الدعوى وعلى حسب التكييف القانوني الصحيح وبناء عليه يتعن نظر هذا الطلب المستعجل في الحدود والضوابط المقررة في الطلبات المستعجلة. (24)

وفي هذا الإطار أكدت المحكمة الإدارية العليا على اختصاصها بنظر طلب الإذن بالحجز التحفظي حماية للحقوق الناشئة عن العقد تأسيساً على أنه ليس من شك في أن هذا الطلب من الإجراءات التحفظية العاجلة التي تستهدف حماية الحق الناشئ عن العقد الإداري والذي تستنهض ولاية القضاء الكامل للقضاء الإداري بوصفه ينبثق عن رابطة عقدية ويدخل في منطقة العقد. (25)

وترتيباً على ما تقدم فقد قضت المحكمة بأنه يجوز طلب الإذن بالحجز التحفظي من رئيس محكمة القضاء الإداري باعتبارها المحكمة المختصة

(23) المحكمة الإدارية العليا في الطعن رقم 605 لسنة 23ق، جلسة 1980/1/26

(24) المحكمة الإدارية العليا في الطعن رقم 2084 لسنة 3ق، جلسة 1995/1/24

(25) المحكمة الإدارية العليا في الطعن رقم 1174 لسنة 12ق، جلسة 1970/5/30

سبيل الدعوى المستعجلة في حين يؤكد الشرط الثاني جدارة هذه الدعوى بأن ينظرها القضاء من أجل وقف الضرر الذي يمكن أن يحدث ويتولى هذه المهمة القضاء الإداري حسب المادة 38 من القانون المحدث للمحاكم الإدارية رقم 90 / 41 رئيس المحكمة الإدارية أو القاضي الذي ينيب عنه لهذه الغاية .

الفرع الثاني: شروط قبول دعوى الاستعجال

الاستعجال شرطاً أساسياً لقبول الدعوى المستعجلة ويعد الاستعجال متوافراً إذا احاط بالحق المراد المحافظة عليه خطر محقق يلزم درؤه عنه سرعة غير ممكنة في التقاضي العادي⁽²⁰⁾ فالاستعجال ضرورة ملحه لوضع حل مؤقت لنزاع يخشى على الحق فيه من مضي الوقت، لو ترك حتى يفصل فيه موضوعاً.

بالإضافة إلى الاستعجال يتطلب القضاء الإداري في الطلب المقدم من المدعى أن يكون مستنداً لأسباب جدية ، بمعنى أن يقوم الطلب المستعجل على اسباب ترجح القضاء فيما بعد بإلغائه موضوعاً⁽²¹⁾ . ويترك تقدير جدية الأسباب التي أنبنى عليها الطلب المستعجل لتقدير القاضي وتكتفى المحكمة في تقديرها لمدى جدية هذه الأسباب بنظرة أولية لا تتعرض فيها للموضوع إلا من حيث الظاهر، وبالقدر الذي يسمح لها بتكوين رأى دون أن تستبق قضاء الموضوع وتنتهى إلى تكوين عقيدة فيه⁽²²⁾

إذا توافر في الطلب المستعجل هذين الشرطين خضع الفصل في هذا الطلب لولاية القضاء الكامل ، ذلك لأن منازعات الأمور المستعجلة المتعلقة بالعقود الإدارية ، هي بطبيعتها منازعات متفرعة عن العقد الإداري ، ولما كانت المنازعات العادية لهذا العقد تخضع لاختصاص القضاء الكامل ، فإن منازعاته المستعجلة تخضع بالتبعية لولاية هذا القضاء ، حيث أن ما يختص بالأصل ينسحب اختصاصه إلى الفرع. وقد استقر قضاء المحكمة الإدارية العليا على تأكيد هذا المبدأ حين ذهبت إلى أنه " غنى عن البيان أن اختصاص جهة القضاء الإداري بالفصل في

(20) يراجع تفاصيل ذلك د/ عبدالباسط جميعي، مبادئ المرافعات سنة 1987، ص307
(21) المحكمة الإدارية العليا في الطعن رقم 897 لسنة 9ق، جلسة 1963/7/20 مجموعة أحكام السنة

8، ص1523

(22) محمد عبد اللطيف ،فانون القضاء الإداري دعوى الإلغاء ،القاهرة ،دار النهضة العربية 2002

ص، 125.

الإداري تدخل في ولاية القضاء الكامل دون الإلغاء، حيث أن هذه المنازعة لا تتجاوز في حقيقتها نطاق تفسير العقد الإداري ولأخرج هن دائرته(18).

المطلب الثالث: منازعات الأمور المستعجلة للعقود الإدارية سنتناول في هذا المطلب منازعات الامو المستعجلة للعقود الإدارية من خلال التطرق لمفهوم دعوى الاستعجال وشروط قبولها.
الفرع الأول: مفهوم دعوى الاستعجال

الدعوى الإدارية المستعجلة هي طلبات يرفعها صاحب الشأن في حالة الاستعجال للمطالبة بالحصول على حكم ذو طبيعة وقتية لدرء خطر داهم يهدد وجود الحق ذاته أو لإقامة أو حفظ الدليل المثبت للحق، إذا كان يخشى عليه من الغير أو الزوال بمرور الوقت(19). وفي منازعات العقود الإدارية يكثر الإلتجاء للقضاء المستعجل وقد استقر القضاء الإداري على خضوع تلك المنازعات لاختصاص القضاء الكامل باعتبارها منبثقة عن العقد الإداري. وللقضاء المستعجل - بصفة عامة - دور كبير في حماية للمراكز القانونية لأطراف الخصومة حين يحرم عامل الوقت القضاء الموضوعي من توفير تلك الحماية، حيث أن النتائج المترتبة على فوات الوقت من شأنها جعل دور القضاء الموضوعي عديم الجدوى. وإذا كان الأمر كذلك بالنسبة للدعوى العادية، فإن الدعوى الإدارية تكون أشد احتياجا لقضاء المستعجل لما تفرضه الإدارة من حماية على أعمالها الإدارية، ولما تتمتع به قراراتها من قرينة الصحة، والتي بموجبها يفترض في القرار الإداري أنه صدر صحيحا مطابقا للقانون إلى أن يثبت مدعى عكس ذلك صدق ادعائه، حيث يظل القرار الإداري نافذا مرتبا لآثاره القانونية إلى أن يقضى بالغاؤه أو سحبه أو تعديله ومن امثلة الطلبات مستعجلة في مجل العقود الإدارية طلب المتعاقد مع الإدارة من القاضي تعيين خبير كإجراء مستعجل لفحص وإثبات ما قام به من أعمال لصالح الإدارة المتعاقدة قام بتسليمها إليها. ولقبول طلب مستعجل فإنه ينبغي أن يتوافر فيه شرطي الاستعجال والجدية حيث يمثل الشرط الأول المبرر الداعي لالتجاء المدعى لسلوك

(18) المحكمة الإدارية العليا، طعن رقم 886 لسنة 30ق، جلسة 1994/1/18
(19) يراجع في تفاصيل ذلك د/ محمد منير، قضاء الأمور الإدارية المستعجلة، رسالة عين شمس سنة

المنازعات الحقوقية التي تعرض على قاضي العقد ، وتكون محلا للطعن باستعداد ولاية القضاء الكامل⁽¹⁶⁾

الفرع الثاني: المنازعات المتعلقة بفسخ العقد الإداري

إذا كان للإدارة سلطة فسخ العقد بإرادتها المنفردة دون حاجة إلى إذن من القضاء، فإن المتعاقد مع الإدارة لا يمكن له فسخ العقد بإرادته حتى ولو أخلت الإدارة بالتزاماتها، إذ يجب عليه أن يتقدم بدعوى أمام قاضي العقد -القضاء الشامل- للمطالبة بالفسخ سواء بسبب إخلال الإدارة بالتزاماتها أو بسبب استحالة مواصلة التنفيذ استحالة مطلقة، لأسباب خارجية كالظروف الطبيعية. وعلى هذا الأساس قضت المحكمة الإدارية بمراكش "حيث إنه لا مانع يمنع صاحب المشروع من الالتجاء إلى القضاء الإداري بشأن فسخ عقد الصفقة وذلك بالرغم من شروط الفسخ المتفق عليها بدفتر الشروط الخاصة، وتلك الواردة بدفتر الشروط العامة والمحكرة لصالح الإدارة صاحبة المشروع والتي تعتبر غير ملزمة بها ومن حقها التنازل عنها ورفع أمر الفسخ إلى القضاء ما دامت ترى في ذلك ضمانا للطرفين أفضل مما هو مقرر لفائدتها بمقتضى العقد أو دفتر الشروط العامة.

وهذا ما ذهبت اليه المحكمة الإدارية العليا في هذا الشأن إلى انه " ... لما كان القرار المطعون عليه وقد تضمن إلغاء التعاقد مع الطاعن استناداً لما نسب إليه من إخلال بالتزاماته التعاقدية بعدم سداد قيمة التأمين النهائي والتوريد خلال المواعيد المقررة، فإنه والحالة هذه يكون مستندا إلى احكام العقد ، ومن ثم فإن المنازعة التي تثار بشأنه هي من المنازعات الحقوقية التي تكون محلا للطعن على اساس استعداد ولاية القضاء الكامل، وتخرج عن ولاية قضاء الإلغاء ، الأمر الذي يتعين معه القضاء بعدم قبول طلب وقف تنفيذ وإلغاء هذا القرار بحسبانه لا يكتسب وصف القرار الإداري ، الذي يتعين وجوده كشرط لقبول دعوى الإلغاء⁽¹⁷⁾. وعلى الجانب الآخر فإن الدعوى التي يقيمها المتعاقد مع الإدارة للمطالبة بفسخ العقد الإداري تخضع بالتبعية لولاية القضاء الكامل. وتجدر الإشارة في هذا الصدد هي أن المنازعة في تفسير العقد

(16) المحكمة الإدارية العليا، طعن رقم 605 لسنة 23ق، جلسة 1980/10/29 مجموعة أحكام الخمسة

عشر عاما، ص181

(17) المحكمة الإدارية العليا، طعن رقم 1654 لسنة 36ق، جلسة 1994/3/22

الصادر عن السيد عامل عالة الصويرة، و إلى التعويض عن الأضرار اللاحقة بها جراء ذلك الفسخ.... و استرجاع مبلغ الضمانة النهائية مع شمول الحكم بالتنفيذ المعجل و الحكم بالفوائد القانونية. قد حكمت المحكمة برفض طلب الدعوى و بإبقاء الصائر على عاتق المدعية. معلقة حكمها بكون فسخ عقد الصفقة جاء بناء على إقدام المقاول بتوريد كميات من الآجور لا تتوفر فيها المواصفات المتفق عليها في إطار الصفقة وأن العمالة قد اتبعت المسطرة القانونية قبل فسخها للعقد. أما فيما يخص مبلغ الضمانة النهائية فإنه وفقا لمقتضيات المادة 70 من دفتر الشروط الإدارية فإنه في حالة عدم تقيد المقاول بالأوامر وبعد إتباع السبل القانونية جاز لصاحب المشروع فسخ الصفقة بدون قيد أو شرط يكون مقرونا أو غير مقرون بحجز الضمان النهائي و الاقتطاع الضامن عند الاقتضاء. وفي نفس الاتجاه قضت المحكمة الإدارية في الحكم رقم 74 المؤرخ ب 2004/03/10 بين المقاول المغربية للبناء و التجهيز وبين المديرية الإقليمية للفلاحة في شخص ممثلها القانوني بقلعة السراغنة برفض طلب المدعية التي كانت تطالب بإلغاء قرار فسخ عقد الصفقة و بطلب المستحقات غير المؤدات و باسترجاع الضمانة. قضت برفض الدعوى و بإبقاء الصائر على رافعها حيث استندت على شروط عقد الصفقة و اعتبرت تصرف الإدارة تصرفا قانونيا مادامت أنها احترمت الشكليات المتفق عليها. وقد ذهبت المحكمة الإدارية العليا في هذا الشأن إلى أن " المنازعات المتعلقة بما تصدره الجهة الإدارية بصفتها متعاقدة ، من تصرفات أو إجراءات قبل المتعاقد معها ، بما تندرج تحت ولاية القضاء الكامل ، حتى لو انصب طلب المتعاقد على إلغاء قرار إداري اتخذته الإدارة قبله ذلك لأن ما تصدره الإدارة من قرارات تنفيذا للعقد هي منازعات حقوقية وتكون محلا للطعن عليها على أساس استعداد ولاية القضاء الكامل دون ولاية قضاء "(15) كما ذهبت إلى إنه " إذا كان الإجراء صادرا من جهة الإدارة استنادا إلى نصوص العقد الإداري وتنفيذا له ، فإن هذا الإجراء لا يعد قرارا إداريا وبالتالي لا يرد عليه طلب الإلغاء أو طلب وقف التنفيذ ، وإنما يعد من قبيل

(15) المحكمة الإدارية العليا، طعن رقم 2248 لسنة 36، جلسة 1995/3/7.

العقد باطلا، كما قد تنصب على أحد بنود العقد فيبطل البند ويبقى العقد صحيحا.

• بطلان العقد الإداري لتخلف ركن السبب

سبب العقد الإداري هو الدافع الذي حدا بإدارة إبرامه، ومن ثم يكون السبب ركنا لازما لا يقوم العقد الإداري بدونه. ويشترط لقيام العقد الإداري أن يكون سببه موجودا وان يكون مشروعا بمعنى ألا يكون مخالفا للنظام للعام أو الآداب. فإذا تخلف سبب العقد الإداري ذاته أو تختلف أيا من شروط المشروعية فيه وقع هذا العقد باطلا. ويترتب على بطلان العقد الإداري - بصفة عامة - زوال هذا العقد وإلغاء ما رتبته من أثر، أي إعادة الحال إلى ما كان عليه قبل التعاقد حيث أن العقد الإداري الذي ولد تلك الآثار يعتبر كأن لم يكن. إضافة إلى ما يولده البطلان من آثار مالية، فقد ينشئ لأحد طرفي العقد حقا في اقتضاء تعويض من الطرف الآخر تأسيسا على المسؤولية التقصيرية أو الإثراء بلا سبب على حسب الأحوال .

وفي هذا المجال فإن للقاضي الإداري سلطة تقديرية كاملة لتفحص مدى صحة العقد سواء من حيث مدى توافر ركن الرضا و سلامته من كل العوارض التي قد تلحق به، وكذا تفحص أهلية المخول له قانونا إبرام التصرفات الإدارية، كما يتفحص القاضي ما إذا كان محل العقد جائزا وممكنا ومشروعا...الخ. وفي كل الأحوال إذا تأكد القاضي من عدم صحة العقد قضى ببطلانه.

الفقرة الثانية: دعوى بطلان التصرفات المنافية لبنود العقد

إذا انحرفت تصرفات الإدارة على خلاف ما التزمت به فإن للمتعاقد أن يرفع دعوى لإبطال هذا التصرف عن طريق القضاء الكامل وبهذا ففي حكم رقم 14255 المؤرخ ب2008/09/22 في النزاع القائم بين شركة أكادير للتجهيز الصناعي المدعية من جهة، وبين عمالة إقليم الصويرة من جهة أخرى. تطالب المدعية في موضوع النزاع بالحكم بإلغاء قرار فسخ الصفقة عدد2006/07 التي تربط بينها وبين عمالة الصويرة و

¹⁴ قسم القضاء الشامل ملف رقم 2007/13/480 حكم رقم 255 تاريخ صدوره 21 رمضان 1429 موافق 22 شتنبر 2008

الإداري أن يكون التراضي صحيحا بأن يكون صادرا عن ذي أهلية(11) وخاليا من عيوب الإرادة المتمثلة في الغلط والتدليس والغش والإكراه. فإذا شابته إرادة المتعاقد مع الإدارة أيا من تلك العيوب جاز له التمسك بالبطلان وطلب إبطال العقد، لما شاب إدارته من عيوب حيث أن العقد يكون قابلا للإبطال لمصلحة المتعاقد مع الإدارة.

• وبطلان العقد الإداري لعيب في ركن المحل

محل أي عقد هو العملية القانونية التي قصد تحقيقها بإبرامه، وإذا كان أثر العقد هو إنشاء التزامات ترمي في مجموعها إلى تحقيق العملية القانونية المقصودة من العقد. ويشترط في محل العقد الإداري أن يكون موجودا إذا كان شيئا، أو ممكنا إذ كان عملا أو إمتناع عن عمل، وأن يكون معينا أو قابل للتعيين، إضافة إلى ضرورة أن يكون محل الالتزام قابل للتعامل فيه. وقد طبق القضاء الإداري المبادئ المدنية التي تتعلق بالمحل والسالفة الذكر على العقود الإدارية، فيما عدا ما تستلزمه طبيعة هذه العقود، حيث قضت المحكمة الإدارية العليا في هذا الشأن بأن العقد الإداري يكون باطلا، فلا ينقد قانونياً ولا ينتج أثراً ويجوز لكل ذي مصلحة التمسك بهذا البطلان إذا كان محله غير قابل للتعامل فيه سواء لكون تلك التعامل محظوراً أو غير مشروع لمخالفته للنظام العام(12) كما يبطل العقد الإداري متى ثبت أن محل الالتزام مستحيلا حيث قضى في هذا الصدد بأنه " وإن جاز أن يتضمن العقد الإداري شروطا استثنائية غير مألوفة في القانون الخاص ، إلا أن جميع العقود إدارية كانت أو مدنية يجب أن تتوافر فيها الشروط العامة المتعلقة بأركان العقد ومحله ، فلا بد وأن يكون المحل مشروعاً وغير مستحيل في ذاته ، فإذا ثبت أن أحد بنود العقد مستحيل التنفيذ على المدعى وعلى الأفراد كافة استحالة مطلقة فإن هذا يرتب بطلان هذا البند(13).

وبموجب هذا الحكم فإن استحالة تنفيذ محل العقد والتي توجب بطلانه يقصد بها الاستحالة المطلقة وهي التي تكون بالنسبة للكافة، ولا تقتصر على المتعاقد فقط وقد تتصل تلك الاستحالة بمضمون العقد ذاته فيغدو

(11) د/ محمود حلمي، العقد الإداري، دار الفكر العربي سنة 1974 ص7

(12) المحكمة الإدارية العليا، طعن رقم 337 لسنة 26ق، جلسة 1983/1/1، مجموعة أحكام السنة 12، 494.

(13) المحكمة الإدارية العليا، جلسة 1959/1/4، مجموعة أحكام السنتين 13، 12 ص161

ما سبق حكمت المحكمة برفض الطلب و تحميل المدعي مصاريف الدعوى . .

المطلب الثاني: دعوى بطلان العقد الإداري وفسخه

سنتناول في هذا المطلب دعوى بطلان العقد الإداري وفسخه من خلال التطرق لدعوى بطلان العقد الإداري والتصرفات المنافية لبنود العقد والدعاوي المتعلقة بفسخ العقد الإداري معتمدين في ذلك على آراء الفقهاء والاجتهاد القضائي.

الفرع الأول: دعوى بطلان العقد والتصرفات المنافية لبنود العقد

الفقرة الأولى: دعوى بطلان العقد الإداري

إن العقود الإدارية لا تختلف عن عقود القانون الخاص من حيث ضرورة توافر وقيام أركان العقد والتمثلة أساسا في ركن الرضا، الأهلية، المحل، السبب. إضافة إلى حتمية تحقق شروط صحة وسلامة انعقاده. وإلى جانب كل هذا فإن الإدارة تخضع في عقودها إلى تلك الشروط الموضوعية والإجرائية التي نص عليها المشرع. بناء على ذلك، فإنه في حالة تخلف أحد أركان العقد أو ورود عيب يؤثر على سلامته جاز للمتعاقد مع الإدارة مطالبة القاضي الإداري بالحكم ببطلانه. وفيما يلي تحليل لاهم حالات بطلان العقد.

• **بطلان العقد الإداري لعيب يتعلق بعنصر الرضا**

العقد الإداري شأنه كشأن سائر العقود التي تخضع لأحكام القانون الخاص يتم بتوافق إرادتين تتجهان إلى إحداث أثر قانوني هو إنشاء التزام أو تعديله⁽⁹⁾ فالعقد الإداري يتم بإيجاب صادر من راغب التعاقد مع الإدارة يتحقق بتقديمه لعطائه في المناقصة التي أعلنت عنها الإدارة. فإذا صدف هذا الإيجاب قبولا من جهة الإدارة بأن أرست عليه المناقصة، ووصل إليه العلم بهذا الإرساء انعقد العقد. ويمكن التعبير عن إرادة إبرام العقد باللفظ أو الكتابة أو الإشارة المتداولة عرفا، أو باتخاذ موقف لا تدع ظروف الحال شكاً في دلالته على حقيقة المقصود⁽¹⁰⁾. بحيث لا يكفي لقيام العقد الإداري توافر إيجاب يصادفه قبول، حيث يتعين لصحة العقد

(9) المحكمة الإدارية العليا، طعن رقم 1020 لسنة 9ق، جلسة 1964/4/8، مجموعة أحكام المحكمة في 15 عام ص 107.

(10) المحكمة الإدارية العليا، طعن رقم 153 لسنة 17ق، جلسة 1967/6/10

وفي هذا الصدد حكمت محكمة الإدارية بمراكش في الحكم عدد 126 الصادر بتاريخ 28 ابريل 2008⁷ على الجماعة المدعى عليها بأدائها لفائدة المدعى الشركة الوطنية للنقل و الوسائل اللوجيستكية مبلغ الدين و قدره 110.000.00 درهم و تعويض عن التماطل قدره 5000 درهم مع شمول الحكم بالنفاذ المعجل و تحميل المدعى عليه الصائر. معطين بحيث يهدف الطلب إلى الحكم على جماعة سبت جزولة بأدائها لفائدة المدعى مبلغ الدين المخلد بذمتها و قدره 110.000.00 درهم و تعويض عن التماطل قدره 5000 درهم. وحيث يستفاد من وثائق الملف أن الجماعة الحضرية المدعى عليها أبرمت اتفاقا مع المكتب الوطني للنقل تحت عدد 2000-1999/734 يقضي بتزويدها ب مادة البنزين لسيارتها والمحدد في مبلغ 170.000.00. وحيث أحجمت المدعى عليها عن الإدلاء بأي جواب رغم الإشعار التي توصلت به.. وحيث أن سند التسليم المثبت لمديونية الجماعة المدعى عليها يعد بمثابة سند رسمي للدين المطالب به قررت المحكمة شمول الحكم بالنفاذ المعجل. وما يمكن ملاحظته في هذا الحكم أنه قضى بأداء الدين لفائدة المدعى فإنه أيضا قضى بتعويض عن التماطل و النفاذ المعجل . مما يعكس لنا صعوبة تصنيف المنازعات المتعلقة بالعقود و الالتزامات الإدارية، و تبيان أنواعها، وفي حكم ثاني عدد 305⁸ بتاريخ 2008/10/23 بين مكتب الدراسات الطبوغرافية آهرام و بين جماعة أمزميز في شخص رئيسها يطالب المدعى بمستحققاته المترتبة عن الأشغال المنجزة لفائدة الجماعة و قدرها 360.000.00 مع تعويض عن التماطل قدره 100.000.00 وفي المقابل تمسكت الجماعة بكون الطلب الصادر عن رئيسها السابق لا يحترم الشروط الإجراءات الشكلية و الموضوعية المطلوبة قانونا لإبرام الصفقة ، و أن المجلس القروي لم يصدر عنه أي قرار لتبني المشروع أو تسديد اعتمادته مما يجعل هذه الصفقة غير قانونية. واعتمادا على

⁷ قسم القضاء الشامل حكم عدد 126 المؤرخ ب 21 ربيع الثاني 1429 موافق ل 28 ابريل 2008
ملف عدد 07-13-410

⁸ حكم عدد 155 بتاريخ 9 ربيع الأول 1423 موافق 22 مايو 2002 المجلة المغربية للإدارة المحلية
والتنمية عدد 47 نونبر دجنبر 2002

في النظر في هذا النزاع لأن المدعى عليه تمسك بعدم اختصاص المحكمة الإدارية في الطلب لكون المعاملة موضوع النزاع تعتبر تجارية و يرجع الاختصاص بشأنها للمحاكم التجارية. حيث أنه يتعلق بدين تخلد بذمة الجماعة المدعى عليها بسبب تزويدها بمادة البنزين على مدى أكثر من سنة. ومنه حكمت ابتدائيا على المدعى عليها بأدائها للمدعى مبلغ 47.894.81 درهم أصل الدين. وبتعويض 7000 درهم.

الفرع الثاني: دعوى المطالبة بالتعويض

تتمثل دعوى المطالبة بالتعويض في مختلف الدعاوى التي يقيمها المتعاقد مع الإدارة لمطالبتها بالمقابل المالي لما أوفى به من التزامات تعاقدية تخضع لولاية القضاء الشامل ، كما تخضع لتلك الولاية دعوى التعويض عن الأضرار التي تسبب فيها المتعاقد الآخر، وذلك إما في صورة ثمن أو أجر منفق عليه في العقد أو تعويض عن أضرار تسبب فيها الطرف المتعاقد أو لأي سبب آخر من الأسباب التي تؤدي إلى الحكم بمبلغ من المال. شريطة أن لا يكون هو المتسبب فيها. ولعل الأسباب التي من شأنها أن تلحق أضرار بالمتعاقد، ومن ثمة تفتح له المجال للمطالبة بالتعويض متعددة نذكر منها : حالة إبطال العقد لتخلف احد أركانه أو عدم سلامته يحمل الإدارة مسؤولية غير عقدية، طالما لم يبرم العقد بعد بشكل سليم، وذلك بتعويض المتعاقد معها عن الأضرار التي كان عليه تحملها خلال الوقت الذي اعتقد فيه أن العقد كان صحيحا. - حالة حدوث خطأ من الإدارة يترتب عليه ضرر للمتعاقد معها، فتلتزم بتعويضه وفقا للقواعد العامة التي مفادها كل من سبب ضررا للغير وجب تعويضه.

- حالة قيام المتعاقد بأعمال غير مطلوبة أصلا في العقد ولكنها لازمة ومفيدة للإدارة. حالة تعرض المتعاقد أثناء تنفيذه للعقد لصعوبات مادية استثنائية وغير متوقعة.

- حالة إخلال توازنه المالي سواء بفعل الإدارة أو لأسباب خارجية عن إرادة الإدارة كالكوارث الطبيعية، ففي كل هذه الحالات يمكن للقاضي الإداري متى تأكد من وجود الضرر و لو كان لأسباب خارجة عن قصد الإدارة أن يحكم ضد هذه الأخيرة بالتعويض، وله سلطة تقديرية كاملة في تقدير نسبة التعويض.

سنتاول في هذا المطلب بعض اختصاصات القضاء الشامل والمتمثلة في الدعاوي المتعلقة بالاختصاص ودعاوى المطالبة بالتعويض ودعوى بطلان العقد الإداري وفسخه ودعاوى الأمور المسجلة.

الفرع الأول: الدعاوى المتعلقة بالاختصاص

إذا تم الدفع بعدم الاختصاص من طرف المحكمة المختصة وجب عليها أن تبت فيه بحكم مستقل ولا يجوز لها أن تضمنه إلى الموضوع. وتأخذ صور هذا الجانب المتعلق باختصاص المحكمة الإدارية بتأكيد الاختصاص أو نفيه وفي هذا الصدد قضى قسم القضاء الشامل بالمحكمة الإدارية حكم رقم 266 بتاريخ 2008/09/25⁴ بعدم الاختصاص المحكمة الإدارية للبت نوعيا في الطلب وبإبقاء الصائر على المدعي. معللا ذلك بأن الطلب يهدف إلى الحكم بإبطال عقد كراء المبرم بين الجماعة الحضرية للصويرة وبين ورثة الحاج المهدي من قبل المدعي حمزة بن عبد المجيد. وحيث دفع المدعي عليهم بعدم اختصاص المحكمة الإدارية على أساس أن النزاع ينصب على عقد كراء وهو نزاع مدني محض. وحيث تنص المادة 13 من القانون رقم 41-90 المحدث للمحاكم الإدارية على أنه إذا أثير دفع بعدم الاختصاص النوعي أمام جهة قضائية عادية أو إدارية، وجب عليها أن تبت فيه بحكم مستقل ولا يجوز لها أن تضمنه إلى الموضوع. وحيث تبت للمحكمة أن بعد تفحصها للعقد موضوع النزاع تبت أنه عقد كراء عادي. وبذلك تكون المحكمة الإدارية غير مختصة نوعيا بالنظر في النازلة التي تبقى من اختصاص القضاء العادي.

وفي قرار للغرفة الإدارية بالمجلس الأعلى⁵ الصادر في 1998/09/16 أقرت في نزاع عرض عليها باختصاص القضاء الإداري للنظر في تلك النازلة. وفي حكم عدد 155⁶ بتاريخ 2002/05/22 بين السيد بوجمعة الكردي ضد الجماعة القروية بأنزالت أصدرت المحكمة حكمها باختصاصها

⁴ - حكم رقم 266 بتاريخ 24 رمضان 1429 الموافق 25 شتنبر 2008 ملف عدد 2008/13/138 ش

⁵ - قرار الغرفة الإدارية بالمجلس الأعلى بتاريخ 1998/07/16 ذ محمد الصقلي : المنازعات العقدية على ضوء الاجتهاد القضائي . منشور في المجلة المغربية للإدارة المحلية و التنمية العدد 43 سنة

2004 ص 64

⁶ حكم عدد 155 بتاريخ 9 ربيع الأول 1423 الموافق 22 مايو 2002 المجلة المغربية للإدارة المحلية

والتنمية عدد 47 نونبر دجنبر 2002

الأعمال القانونية الذاتية التي تؤثر على الحقوق المكتسبة للأفراد. ومن ثم فإن مرجع المنازعات المتصلة بالعقد الإداري لاختصاص القضاء الشامل أمر يتناسب مع طبيعة تلك المنازعات فيما يتعلق بارتباطها بالحقوق المكتسبة للأفراد⁽¹⁾. ونعتقد بأن مرجع استبعاد منازعات العقود الإدارية من نطاق اختصاص قاضي الإلغاء، هو افتقاد تلك المنازعات لمحل دعوى الإلغاء وأهم شروطها وهو القرار الإداري حيث لا تدور المنازعة حول قرار إداري أصدرته الإدارة بإدارتها المنفردة بل تدور حول عقد إداري يمثل توافقاً لإرادتين إحداهما الإدارة. إضافة إلى أن دعوى الإلغاء تهدف إلى حماية مبدأ المشروعية بصفة عامة، ومن ثم يكون مجال حماية الحقوق المتولدة عن العقد الإداري هو دعوى القضاء الكامل بما تكلفه من حماية للحقوق وإجبار على تنفيذ الإلتزامات حتى لو تطلب ذلك تعديلاً للعقد، الأمر الذي يعجز عنه قضاء الإلغاء الذي يقتصر دوره على قبول الدعوى أو رفضها، دون أن يملك حقاً في أن يأمر الإدارة باتيان عمل أو الامتناع عنه. وقد تأكد ذلك بقضاء المحكمة الإدارية العليا حين ذهبت إلى أن دعوى الإلغاء هي جزاء لمخالفة المشروعية، بينما الإلتزامات المترتبة على العقد الإداري، هي الإلتزامات شخصية. ينعقد الاختصاص للقضاء الكامل فيما قد يثور بشأنها من منازعات⁽²⁾ حيث يمكن لهذا القضاء التسوية النهائية للنزاع، فيلغى القرارات المخالفة للقانون إذا وجدت، ثم يرتب على ذلك نتائج كاملة من الناحيتين الإيجابية والسلبية⁽³⁾.

المبحث الأول: صور منازعات العقد الإداري الخاضعة لاختصاص القضاء الكامل

سنتناول في هذا المبحث أهم صور منازعات القضاء الشامل في المنازعات العقدية من خلال التطرق للدعاوى المتعلقة بالاختصاص والمطالبة بالتعويض
المطلب الأول: الدعاوى المتعلقة بالاختصاص والمطالبة بالحصول على مبالغ مالية

(1) يراجع في ذلك د/ عمر حلمي، طبيعة اختصاص القضاء الإداري بمنازعات العقود الإدارية دار النهضة العربية، سنة 1993، ص17

(2) المحكمة الإدارية العليا، طعن رقم 1645 لسنة 36ق، جلسة 1194/3/22

(3) المحكمة الإدارية العليا، طعن رقم 1326 لسنة 33ق، جلسة 1995/1/24

الفرع الثاني: شروط قبول دعوى الاستعجال
المبحث الثاني: آثار خضوع منازعات العقود الإدارية للقضاء الكامل
المطلب الأول: سلطات القاضي الإداري في نطاق القضاء الشامل
المطلب الثاني: عدم خضوع دعوى القضاء الكامل لشروط دعوى الإلغاء
الفصل الأول: قضاء الإلغاء ومنازعات العقود الإدارية
المبحث الأول: الطعن بالإلغاء في القرارات القابلة للانفصال
المطلب الأول: مفهوم القرارات المنفصلة عن العقود الإدارية وصورها
الفرع الأول: مفهوم القرارات المنفصلة عن العقود الإدارية
الفرع الثاني: صور القرارات المنفصلة عن العقود الإدارية
المطلب الثاني: شروط إلغاء القرار الإداري المنفصل عن العقد الإداري
وآثاره

الفرع الأول: شروط إلغاء القرار الإداري المنفصل عن العقد الإداري
الفقرة الأولى: تقديم طلب الإلغاء من غير المتعاقد
الفقرة الثانية: أن يكون القرار نهائياً واحترام أجل الطعن
الفرع الثاني: آثار إلغاء القرار المنفصل المنفصل عن العقد الإداري
المبحث الثاني: اختصاص قضاء الإلغاء بالنظر في طعون القرارات
المتعلقة بالمستفيدين بخدمات عقود الامتياز
المطلب الأول: مفهوم عقد الامتياز وطبيعته
الفرع الأول: مفهوم عقد الامتياز
الفرع الثاني: طبيعة عقد الامتياز
المطلب الثاني: سلطة القاضي الإداري في الإلغاء في حالة عقود الامتياز
الفرع الأول: الاجتهاد القضائي الفرنسي
الفرع الثاني: الاجتهاد القضائي المغربي

الفصل الأول: القضاء الشامل ومنازعات العقود الإدارية
يرجع خضوع المنازعات ذات الطبيعة العقدية لاختصاص القضاء
الشامل دون قضاء الإلغاء إلى كون قضاء الإلغاء يندرج تحت فكرة
قضاء المشروعية أو القضاء الموضوعي، الذي يهدف إلى فحص
شرعية القرارات الإدارية والغائها، أما القضاء الشامل فإنه ينتمي إلى
صورة أخرى من صور القضاء، فهو قضاء شخصي تدور المنازعة فيه
حول اعتداء على مركز قانوني شخصي للطاعن ويستهدف مخاصمة

والعلاقة القائمة بين القضاء الشامل وقضاء الإلغاء، مما يستدعي توضيحهما بنوع من التدقيق لتحديد مجال اختصاص كل واحد منهما. وهذا الاختلاف يرجع بالاساس الى تنوع الدعاوي التي تدرج ضمن اختصاصاتهما ، فمن المعروف أن دعاوي القضاء الإداري تنقسم إلى نوعين رئيسيين هما : دعاوي القضاء الشامل ، ودعاوي قضاء الإلغاء أو المشروعية، حيث تختلف سلطة القاضي الإداري في كل منهما ، إذ تقف سلطة قاضي الإلغاء عند الحكم بإلغاء قرار معيب ، في حين تمتد سلطة القضاء الكامل إلى تصفية النزاع كلية، فيلغي القرارات المخالفة للقانون إن وجدت ثم يرتب على ذلك الإلغاء نتائج كاملة من الناحية الإيجابية أو السلبية، فإذا كان محل المنازعة الإدارية عقد إداري سواء اتصلت بإنعقاده أو صحته أو تنفيذه وانقضائه، فإن هذه المنازعة تدخل في ولاية القضاء الكامل. ويدخل في هذا النطاق القرارات التي تصدرها جهة الإدارة استناداً إلى أحد نصوص العقد كقرارها بسحب العمل ممن سبق لها التعاقد معه وقرارها الصادر بمصادرة التأمين، فهذه القرارات يختص القضاء الإداري بالنظر فيها باعتباره الجهة ذات الولاية الكاملة بنظر المنازعات الناشئة عن العقد. وللاحاطة بموضوع البحث سنحاول تقسيمه الى فصلين اساسين، نتناول في الأول القضاء الشامل ومنازعات العقود الإدارية، بينما نخصص الفصل الثاني لقضاء الإلغاء ومنازعات العقود الإدارية، معتمدين في ذلك على المنهج الوصفي التحليلي. وتبعاً لذلك ستكون الخطة المعتمدة في البحث كالتالي:

الفصل الأول: القضاء الشامل ومنازعات العقود الإدارية

المبحث الأول: صور منازعات العقد الإداري الخاضعة لاختصاص القضاء المطالب الأول: الدعوى المتعلقة بالاختصاص والمطالبة بالحصول على مبالغ مالية

الفرع الأول: الدعوى المتعلقة بالاختصاص

الفرع الثاني: الدعوى المتعلقة بالمطالبة بالحصول على مبالغ مالية

المطلب الثاني: دعوى بطلان العقد الإداري وفسخه

الفرع الأول: دعوى بطلان العقد الإداري

الفرع الثاني: دعوى فسخ العقد الإداري

المطلب الثالث: الدعوى المستعجلة المتعلقة بالعقود الإدارية

الفرع الأول: مفهوم دعوى الاستعجال

judiciary. This can be attributed to two main reasons: the case of cancellation can not be referred to contracts. One of the conditions for accepting a cancellation action is to refer the case to an administrative decision, Can not be drawn into a contract, because the contract is the consent of the two wills while the decision is an expression of the will of the administration alone, but this does not mean in any way that the contract can not be annulled, but the scope as previously stated is total elimination, Important, namely that the annulment of the contract can only be reached by one of my parties E, because no one other than the contractors may file a claim based on the contract. That in the area of canceling can not be based on the administration's violation of its contractual obligations as a reason for requesting the cancellation of the administrative decision, the call for cancellation is a penalty for the principle of legality, and obligations arising from contracts are personal obligations.

يثير موضوع اختصاص القضاء الإداري في مجال منازعات العقود الإدارية بعض المشاكل والصعوبات بخصوص طبيعة هذا الاختصاص

the subject under study, we conclude that the state's orientation towards the contractual method, particularly in its relations with natural persons, generates many disputes, which require the intervention of the competent judicial bodies to broadcast them. As the administration enjoys extensive privileges vis-à-vis its contractor, the latter is always in dire need of a judicial body as a haven to resort to in case of abuse and breach of its obligations. In order to deal with its illegal actions and claim compensation for damages caused to its contractor.

The origin of the disputes of the administrative contracts is that they belong to the full judiciary because the basis of the proceedings is the existence of a disputed right. Thus, the jurisdiction of the administrative judiciary extends to everything related to the contracting process from the first procedure in its composition to the last result in the liquidation of all the rights and obligations that arose from it. The abolitionist case has a limited role in the area of administrative contract disputes as it belongs mainly to the full

منازعات العقود الادارية بين قضاء الإلغاء والقضاء الشامل
دراسة مقارنة

د. إسماعيل صفاحي

Summary

Administrative contracts are one of the legal methods used by the administration to perform its services to its users on a regular and permanent basis in order to achieve the public interest. However, the process of concluding administrative contracts raises many legal problems starting from the preparation stage to the execution stage. This raises many questions about the competent authority which Subject to such disputes, such that are subject to the abolition of the judiciary and some of them subject to universal jurisdiction. In order to cover the subject of the study under study, I tried to divide it into two sections. The first part deals with the disputes of the administrative contract subject to the jurisdiction of the comprehensive judiciary and the implications thereof. While we devoted the second section to the abolition of the disputes and administrative contract disputes. Through our study of

- محمد أبو العينين، قابلية المنازعات للتحكيم، مداخلة في ندوة التحكيم التجاري الداخلي والدولي، المنظمة من طرف وزارة العدل و الاتحاد العام لمقاومات المغرب، بإشراف و إعداد من المجلس الأعلى أيام 3 و4 مارس 2004، سلسلة دفاتر المجلس الأعلى، العدد 2005/6،
- حسن الح يحي، التحكيم في المنازعات الإدارية من التأصيل إلى التقنين في القانون المغربي و المقارن، مقال ضمن أعمال المؤتمر العام 27 لجمعية هيئات المحامين بالمغرب، المنعقد بأكادير من 26 إلى 28 ماي 2011، الطبعة الأولى 2011، مطبعة النجاح الجديدة، ص:345
- محمد أحمد عبد النعيم، حدود الرقابة القضائية على التحكم الداخلي في منازعات العقود الإدارية (دراسة مقارنة)، دار النهضة العربية، القاهرة، 2002
- محمد الإدريسي العمراوي "دور القاضي في تنفيذ القرارات التحكيمية الأجنبية" مقال منشور بمجلة الملحق القضائي، العدد33، يناير 1998 .

- أحمد عبد الحميد عشوش، التحكيم كوسيلة لفض المنازعات في مجال الاستثمار (دراسة مقارنة) منشأه دار المعارف، الإسكندرية، 1990،
- جورج شفيق ساري، التحكيم ومدى جواز اللجوء إليه لفض المنازعات في مجال العقود الإدارية، دار النهضة العربية، القاهرة، 1999
- جورج شفيق ساري، التحكيم ومدى جواز اللجوء إليه لفض المنازعات في مجال العقود الإدارية، دار النهضة العربية، القاهرة، 1999
- محمد المرنيسي، أهم الاتجاهات الواردة في مشروع مدونة التحكيم، مداخلة في ندوة نظمت من طرف وزارة العدل و الاتحاد العام لمقاولات المغرب، إشراف و إعداد من المجلس الأعلى أيام 3 و 4 مارس 2004، سلسلة دفاتر المجلس الأعلى، العدد 2005/6، - .
- محمد أبو العينين، قابلية المنازعات للتحكيم، مداخلة في ندوة التحكيم التجاري الداخلي والدولي، المنظمة من طرف وزارة العدل و الاتحاد العام لمقاولات المغرب، بإشراف و إعداد من المجلس الأعلى أيام 3 و 4 مارس 2004، سلسلة دفاتر المجلس الأعلى، العدد 2005/6، 1 -
- القانون رقم 08.05 المتعلق بالتحكيم والوساطة الاتفاقية القاضي بنسخ وتعويض الباب الثامن بالقسم الخامس من قانون المسطرة المدنية، الجريدة الرسمية عدد 5584-25 ذو القعدة 1428 (6 ديسمبر 2007)
- عبد المجيد غميحة، قراءة في مشروع مدونة التحكيم، سلسلة الندوات والأيام الدراسية، منشورات جمعية نشر المعلومة القانونية والقضائية، العدد 2004/2،
- محمد المرنيسي، أهم الاتجاهات الواردة في مشروع مدونة التحكيم، مداخلة في ندوة نظمت من طرف وزارة العدل و الاتحاد العام لمقاولات المغرب، إشراف و إعداد من المجلس الأعلى أيام 3 و 4 مارس 2004، سلسلة دفاتر المجلس الأعلى، العدد 2005/6،

الداخليين أو الخارجيين لأنه يعتبر ضمانه لهم وحماية لاستثماراتهم من الضياع.

المراجع المعتمدة:

- زكي محمد النجار، الوسائل غير القضائية لتسوية المنازعات الإدارية، دار النهضة العربية، سنة 1993،
- أحمد أبو الوفا، عقد التحكيم وإجراءاته، منشأة المعارف، الإسكندرية، الطبعة الثانية، 1974،
- محمد سامي الشوا، الطبيعة القانونية للتحكيم وأشكاله المختلفة، مقال منشور بالمجلة المغربية للوساطة والتحكيم، منشورات المركز الدولي للوساطة والتحكيم بالرباط، العدد 5- الطبعة الأولى 2011.
- سيدي محمد العمار، التحكيم في المنازعات الإدارية العقدية وغير العقدية، دار النهضة العربية، سنة 2002.
- شريف يوسف خاطر، التحكيم في منازعات العقود الإدارية وضوابطه، دار الفكر والقانون، الطبعة الأولى، 2011،
- أحمد أبو الوفا: التحكيم، بالقضاء وبالصلح، دار المطبوعات الجامعية، الطبعة الثانية، 2007،
- أبو خالد عبد الحكيم أبو غابة، التحكيم وأثره في فص المنازعات، دار الفكر الجامعي، الطبعة 2011
- نادية بنيوسف، التحكيم في العقود الإدارية بين التأييد والاعتراض (دراسة مقارنة)، أطروحة لنيل الدكتوراه في القانون العام، جامعة طنطا، مصر، 2008،
- عبد العزيز عبد المنعم خليفة، التحكيم في المنازعات الإدارية العقدية وغير العقدية، دراسة تحليلية تطبيقية، منشأة المعارف، الإسكندرية، الطبعة الأولى، 2011،
- جابر جاد نصار، التحكيم في العقود الإدارية (دراسة مقارنة)، دار النهضة العربية القاهرة، الطبعة الأولى 1997.

بصفة عامة، وهو أمر أصبح مسموح به للإدارة بمقتضى قانون 05-08 المتعلق بالتحكيم والوساطة الاتفاقية.

لقد اختلف الفقه والقضاء على السواء في أسباب عدم لجوء الدولة والأشخاص المعنوية العامة الأخرى إلى التحكيم لإنهاء النزاعات المتعلقة بالعقود الادارية، فمنهم من ربط ابتعاد وتفادي الإدارة اللجوء للتحكيم إلى كون أن المصلحة العامة تتحقق بشكل أفضل من قبل القضاء الإداري، ومنهم من ربط ذلك بطابع النظام العام التي تكتسيه المنازعات الإدارية. واتجاه ربط ذلك بالأساس بالاختصاص الأصيل للقضاء الإداري للبت في النزاعات الإدارية، واعتبر أن اللجوء للتحكيم فيه هو اعتداء ومس خطير بهذا الاختصاص. وهذا بالإضافة إلى أن الإدارة لا تثق كثيرا في التحكيم، ولا ترغب في المغامرة بالمصلحة العامة التي يحميها القضاء الإداري أكثر من التحكيم الإداري، بالإضافة إلى خشيتها وهاجسها الكبير من إهمال الهيئة التحكيمية للمنفعة العامة، والتي يقع على كاهل قضاء الدولة حمايتها. لتبقى علاقة القاضي الإداري بالتحكيم علاقة قانونية نظرية كان للمشرع الجرأة في تبني قواعد تسمح للإدارة بعدما كان يحظر عليها ذلك، لكن عمليا تبقى الإدارة مقيدة بعدة قواعد مرتبطة باختصاصاتها الهادفة لتحقيق المصلحة العامة والتي يصعب معها اللجوء إلى التحكيم في نزاعات العقود التي تكون طرفا فيها باعتبارها سلطة عامة، إلا أن ذلك لا يمنع مستقبلا من لجونها إلى التحكيم لأنه ضمانت نصت عليها فصول القانون إذا رأت الإدارة مصلحة فيها استفادت من مرونتها ومزاياها ودورها في تطور التنمية بالبلد خصوصا في التعاقدات التي تكون فيها الإدارة مع متعاقد أجنبي يرى في التحكيم ضمانت له في حال نشوب نزاع معها حول إخلال بالالتزام من التزاماتها التعاقدية. أن قيام المشرع بتبني التحكيم في العقود الإدارية والسماح للإدارة بالاتفاق على التحكيم في هذا المجال سيعمل على تدعيم الوسائل البديلة لإنهاء المنازعات بعيدا عن قضاء الدولة، وهو مبتغى لا محال سيكون له تبعات إيجابية على تطور الدولة وتوسيع مجال ثقة الأفراد والهيئات في تنظيمها وتوجيهها الداعم لمجال الحقوق والحريات التي تشترك الوسائل البديلة لفض المنازعات مع القضاء ومحاكم الدولة وحمايتها، كما سيحقق اللجوء للتحكيم في مجال منازعات العقود الإدارية التطور المنشود وسيسهل من عملية استقطاب المستثمرين سواء

المطلق لجواز اللجوء إلى التحكيم من طرف الأشخاص المعنوية العامة, (مرحلة ما قبل صدور قانون رقم 27 لسنة 1994) إلى الجواز المطلق على عكس المشرع الفرنسي. - فماذا عن موقف المشرع المغربي من هذه المسألة؟ أما بخصوص المشرع المغربي فقد بقي متمسكا بموقفه الذي يقر فيه بعدم إمكانية اللجوء إلى التحكيم في منازعات العقود الإدارية، إلى حين إصداره قانون رقم 05-08 المتعلق بالتحكيم والوساطة الاتفاقية الذي أجاز التحكيم في العقود الإدارية الداخلية بمقتضى الفصل 308 من قانون التحكيم والوساطة الاتفاقية الذي جاء فيه " يجوز لجميع الأشخاص من ذوي الأهلية، الكاملة سواء كانوا طبيعيين أو معنويين أن يبرموا اتفاق تحكيم في الحقوق التي يملكون حرية التصرف فيها..."، كما أنه أجاز بالتبعية في الفقرة الثالثة من الفصل 310 من ق.م.م على ما يلي "....يمكن أن تكون النزاعات المتعلقة بالعقود التي تبرمها الدولة أو الجماعات المحلية محل اتفاق تحكيم...". كما أجاز المشرع المغربي في الفقرة الثانية من الفصل 311 من نفس القانون للمؤسسات العامة إبرام عقود تحكيم وفق الإجراءات والشروط المحددة من لدن مجالس إدارتها، ونص على أن تكون الاتفاقات المتضمنة لشروط التحكيم محل مداولة خاصة يجريها مجلس الإدارة.

وبالنظر إلى مقتضيات نظام التحكيم والوساطة الاتفاقية، نلاحظ أن المشرع المغربي قد ضيق نطاق التحكيم الإداري وحصره في الصفقات العمومية فقط مقارنة ببعض الدول التي وسعت من مجاله وأصبح التحكيم ممكنا في جميع العقود الإدارية كالتشريع المصري، كما قيد المشرع المغربي اللجوء للتحكيم في العقود الإدارية برقابة قضائية تجعل لجوء الإدارة للقضاء الإداري في منازعاتها أفضل مادام أن القرار التحكيمي يكتسي صيغته التنفيذية الملزمة بعد إصدار قرار من طرف رئيس المحكمة الصادر الحكم في دائرة اختصاصاتها الترابية. وهذا ما يجعل لجوء الإدارة للتحكيم أمرا استثنائيا مادامت غير ملزمة باللجوء إليه بنص القانون، وإنما مقيدة باللجوء إليه في حالة تضمين العقد الإداري شرطا يقضي بأن الجهة المختصة بفض النزاع في حال عدم التزام طرفي العقد بمضمون التعاقد وهي الهيئة التحكيمية أو التحكيم

يمنحها إياهم أطراف التحكيم، و بعبارة أخرى فإن إرادة المتعاقدين هي التي تمنح المحكمين سلطة الحكم، إلا أن عملية التحكيم طالما أنها تتم تحت مظلة النظام القانوني للدولة فإنها تحتاج لكي تستكمل أسباب فاعليتها، و إنفاذ قراراتها و أحكامها إلى تدخل قضاء الدولة باعتباره سلطة عامة تملك وحدها إلزام الخصوم و من لهم صلة بالنزاع بتنفيذ قرارات المحكمين

الخاتمة

لقد عرفت مواقف التشريعات المقارنة تضاربا في الرؤى بخصوص طريقة تعاملها مع إمكانية أشخاص القانون العام للجوء إلى التحكيم من عدمه. فالتشريع الفرنسي انتقل من الحظر المطلق لجواز اللجوء إلى التحكيم من طرف الأشخاص المعنوية العامة إلى الحظر النسبي، فبالعودة إلى المادتين 83 و 1004 من قانون الإجراءات المدنية القديم، نجدهما تمنعان اللجوء إلى التحكيم في المنازعات التي تكون الدولة أو المؤسسات العمومية طرفا فيها. ومع ذلك يبقى المبدأ العام في القانون الفرنسي هو حظر التحكيم في العقود الإدارية و الاستثناء هو الجواز فالمبدأ يجد أساسه في حجج مسقاة من المبادئ العامة للقانون لتعارضه - أي التحكيم - مع سيادة الدولة والنظام العام القائم فيها، وكذا لاعتبارات قانونية محضة. الشيء الذي دفع بعدة تشريعات إلى الاقتناع بالموقف الفرنسي وتبني ما أقره بخصوص مبدأ حظر اللجوء إلى التحكيم في العقود الإدارية.

أما المشرع المصري، قد أقر مبدأ عام أجاز من خلاله لأشخاص القانون العام إمكانية اللجوء إلى التحكيم في مجال العقود الإدارية، فإنه بالموازاة مع ذلك فقد رهن و قيد هذا الجواز بضرورة توافر شرطين أساسيين، أولهما ضرورة الحصول على موافقة الوزير المختص أو من يتولى اختصاصه، وذلك حتى تكتمل أهليتها (أشخاص القانون العام) في إبرام اتفاق تحكيم في جميع العقود الإدارية، وهو شرط لازم وجوهري. أما الشرط الثاني فهو ضرورة أخذ رأي الجمعية العمومية لقسمي الفتوى والتشريع ، ومن تم يكون المشروع المصري قد انتقل من الحظر

حيث إنه استناد إلى الفصل 310 من القانون رقم 08/05 الخاص بالتحكيم والوساطة الاتفاقية، فإنه يرجع الاختصاص بالنظر في طلبات تذييل الحكم التحكيمي الصادر في إطار النزاعات المتعلقة بالعقود التي تبرمها الدولة إلى محكم الدولة إلى المحكمة الإدارية التي سيتم تنفيذ الحكم التحكيمي في دائرتها أو إلى المحكمة الإدارية بالرباط عندما يكون تنفيذ الحكم التحكيمي يشمل مجموع التراب الوطني، وهذا التوجه أيضا يجد سنده في كون الطعن بالبطلان في الحكم التحكيمي يعني أيضا طعنا في الأمر القضائي المانح للصيغة التنفيذية للحكم التحكيمي. وبهذا تبقى مسألة تحديد الجهة المختصة بتذييل الحكم التحكيمي الأجنبي الذي توجد الدولة مثلا فيه بالصيغة التنفيذية من الأمور التي ستطرح مشاكل وتضارب في الاتجاهات على المستوى العلمي، وذلك أن المشرع المغربي لم يميز بين الحكم التحكيمي الدولي والحكم التحكيمي الأجنبي، بل يستعمل لفظ الدولي كمرادف للأجنبي. واعتبر أن الحكم التحكيمي المكتسب للصيغة التنفيذية من طرف رئيس المحكمة معادلا للحكم القضائي، ويترتب عن ذلك إخضاعه للقواعد والشروط التي يخضع إليها هذا الأخير بحد ذاته، بالرغم من أن المشرع أكد في الفصل 34-327 من رقم 08/05 الخاص بالتحكيم والوساطة الاتفاقية على ما يلي " لا يقبل الحكم التحكيمي أي طعن مع مراعاة مقتضيات الفصلين 35-327 و 36-327"، والتالي فإن عدم إمكانية الطعن لا يعني عدم وجود آليات قانونية أخرى تجعله من حكم المحكم محل مراجعة أو إعادة النظر وهو ما يستفاد من الفقرة الثانية من الفصل 34 - 327، حيث تنص على أنه يمكن أن يكون الحكم الصادر عن الهيئة التحكيمية موضوع إعادة النظر طبقا للفصل 402 من القانون رقم 08/05 الخاص بالتحكيم والوساطة الاتفاقية، وذلك أمام المحكمة التي كانت ستنظر في القضية في حالة عدم وجود اتفاق تحكيم. وتبعاً لذلك، نستنتج أن هناك علاقة وطيدة بين التحكيم والقضاء بحيث يستمد هذا الأخير فاعليته من سلطة القضاء، لأن التحكيم بوصفه قضاء خاصا يمارس اختصاصاته خارج ولاية المحاكم القضائية بالنسبة إلى نزاعات يتولى حلها باتفاق الخصوم محكمون غير مفوضين من الدولة بسلطة الحكم، بل يختارون بناء على الثقة التي

بإشراف و إعداد من المجلس الأعلى أيام 3 و 4 مارس 2004، سلسلة دفاتر المجلس الأعلى، العدد 2005/6، ص:143-

تطبيق القواعد العامة المنظمة للاختصاص النوعي، ومن تم فإن سلوك النهج الجاري به العمل في القضاء المغربي والذي يعطي الاختصاص للمحاكم الإدارية كلما كانت الشركة تابعة للدولة ومن باب أولى المؤسسات العمومية تتوفر على حق امتياز إدارة مرفق عمومي.⁸² يبدو أن الحل الصحيح كان يقتضي التمييز ما بين تعاقده هذه الشركات والمؤسسات العمومية باعتبارها شخصا عاديا وغير مستعملة لقواعد القانون العام، وفي هذه الحالة يبقى الاختصاص للقضاء العادي (أو المحاكم التجارية بحسب طبيعة النزاع هل هو مدني أو تجاري). وبين كون هذه الشركات التابعة للدولة والمؤسسات العامة قد تعاقدت في إطار قواعد القانون العام أو استعملت امتيازات القانون العام، بحيث يترك الاختصاص في هذه الحالة للقضاء الإداري للنظر في كل ما له ارتباط بالمنازعات التحكيمية في هذا المجال.⁸³ لقد استند رئيس المحكمة التجارية بالدار البيضاء في تحديده للاختصاص بالذيل بالصيغة التنفيذية على طبيعة النزاع وبالتالي العدول عن التوجه الذي كان ساند والذي يسير في حصر الاختصاص النوعي بالتذيل بالصيغة التنفيذية في جهة رئيس المحكمة التجارية كمبدأ، واستثناء في المحكمة الإدارية كلما تعلق التحكيم بالدولة والجماعات المحلية، وهذا هو التوجه الذي كرسه أمر صادر عن رئيس المحكمة التجارية بالرباط بتاريخ 2012/06/18، إذ جاء فيه: حيث إن الحكم التحكيمي موضوع طلب التذيل بالصيغة التنفيذية صدر في إطار نزاع ناشئ عن تنفيذ صفقة عمومية تتعلق بإنجاز المدار الطرقي المتوسط:⁸⁴

⁸² تختلف إجراءات تنفيذ الحكم الدولي عن الحكم الوطني، إذ يتعين أن يحصل من يريد تنفيذ الحكم الدولي في مصر على أمر تنفيذ هذا الحكم من السلطة المختصة، وذلك تنص المادة 298 مرافعات على أن "يقوم طلب الأمر بالتنفيذ إلى المحكمة الابتدائية التي يراد التنفيذ في دائرتها وذلك بالأوضاع المعتادة لرفع الدعوى.

⁸³ لمزيد من التفاصيل / أبو العلا النمر: الاختصاص القضائي الدولي وتنفيذ الأحكام الأجنبية وأحكام التحكيم في مصر، الطبعة الثالثة، دار النهضة العربية، القاهرة، 2006 ص 181 وما بعدها. / أحمد عبد الكريم سلامة" نقد المرافعات المدنية الدولية، الطبعة الأولى، دار النهضة العربية، القاهرة، 2000، ص 613، / إبراهيم أحمد إبراهيم: الاختصاص القضائي الدولي والآثار الدولية للأحكام، دار النهضة العربية، القاهرة، 1991، ص 130 / حفيظة حدادا: الوجود في القانونية القضائي الخاص الدولي، دار الفكر العربي، الإسكندرية، ص 246.

⁸⁴ عبد اللطيف مشبال، الإجراءات الوقتية والتحفظية في التحكيم التجاري الدولي، مداخلة في ندوة التحكيم التجاري الداخلي والدولي، المنظمة من طرف وزارة العدل و الاتحاد العام لمقاولات المغرب،

إذا كان أحد أشخاص القانون العام وخاصة الدولة أو جماعة محلية طرفاً في التحكيم فإن حكم المحكمين لا تكون له الحجية إلا بعد تذييله بالصيغة التنفيذية والاختصاص بالتذليل بهذه الصيغة التنفيذية ينتقل إلى المحكمة الإدارية وليس إلى رئيس المحكمة الإدارية، حيث نص الفصل 310 من قانون التحكيم والوساطة الاتفاقية على أنه يرجع اختصاص النظر في طلب تذييل الحكم التحكيمي الصادر في نطاق هذا الفصل إلى المحكمة الإدارية التي سيتم تنفيذ الحكم التحكيمي في دائرتها أو إلى المحكمة الإدارية بالرباط عندما يكون تنفيذ الحكم التحكيمي يشمل مجموع التراب الوطني، وفي هذا الإطار لقد حاول المشرع المغربي تأصيل العلاقة لمعرفة الممكن تحقيقها على أرض الواقع بين القاضي الإداري وقرار التحكيم من خلال الفصل 327 من القانون الخاص بالتحكيم والوساطة الاتفاقية المغربي الذي اعتبر أن التنفيذ الجبري للحكم التحكيمي لا يكون إلا بمقتضى أمر بتحويل الصيغة التنفيذية يصدر رئيس المحكمة الصادر الحكم في دائرة اختصاصها الترابية. ذلك أنه إذا كان أحد أشخاص القانون العام وخاصة الدولة أو جماعة محلية طرفاً في التحكيم فإن حكم المحكمين لا تكون له الحجية إلا بعد تذييله بالصيغة التنفيذية، والاختصاص بالتذليل بهذه الصيغة التنفيذية ينتقل إلى المحكمة الإدارية وليس رئيس المحكمة الإدارية حيث نص الفصل 310 من القانون المشار الي اعلاه على أنه: يرجع اختصاص النظر في طلبات تزييل المحكم التحكيمي الصادر في نطاق هذا الفصل إلى المحكمة الإدارية التي سيتم تنفيذ الحكم التحكيمي في دائرتها أو إلى المحكمة الإدارية بالرباط عندما يكون تنفيذ الحكم التحكيمي يشمل مجموع التراب الوطني.⁸¹ لكن، ما العمل إذا كان النزاع يهم شركة تابعة للدولة أو مؤسسة عمومية، فهل الاختصاص يبقى لرئيس المحكمة التجارية بالتبعية لمحكمة الاستئناف التجارية في حالة الطعن بالبطلان ضد الحكم التحكيمي، كما حصر الفصل 310 من القانون رقم 08/05 الخاص بالتحكيم والوساطة الاتفاقية اختصاص المحكمة الإدارية في تذييل أحكام المحكمين المتعلقة بالعقود التي تبرمها الدولة أو الجماعات المحلية دون ان يشير إلى شركات الدولية أو المؤسسات العمومية. أم أنه يتعين

⁸¹ رياض فخري، تذييل أحكام التحكيم بالصيغة التنفيذية، مقال منشور بالمجلة المغربية للوساطة والتحكيم، الرباط، العدد الخامس، الطبعة الأولى، 2011، ص 94.

الاتفاقي لنفس المدة، وفي حالة عدم اتفاقهم يتدخل رئيس المحكمة الإدارية المختصة بناء على طلب أحد الأطراف أو الهيئة التحكيمية. أما في حالة عدم تحديد اتفاق التحكيم أجل إصدار الحكم، فالمشرع هنا يحدد مهلة إصدار الحكم في 6 أشهر، مع امكانية تمديد هذه المدة. ونشير هنا إلى أنه في حالة عدم صدور الحكم التحكيمي خلال الميعاد المشار إليه، فإنه يجوز لأي من طرفي التحكيم أن يطلب من رئيس المحكمة المختصة أن يصدر أمر بإنهاء إجراءات التحكيم فيكون لأي من الطرفين بعد ذلك رفع دعواه إلى المحكمة المختصة أصلا للنظر في النزاع. وتتجلى كذلك المراقبة القضائية في أعمال المحكمين من خلال إكساب القاضي الإداري لحجية الشيء المقضي به للحكم التحكيمي وذلك من خلال تخويله له للصيغة التنفيذية، فالحكم التحكيمي لا يتن تنفيذه إذا كان أحد أطرافه شخصا معنويا خاضعا للقانون العام حتى يتم تذييله بالصيغة التنفيذية من قبل المحكمة الإدارية التي سيتم تنفيذ الحكم التحكيمي في دائرتها أو إلى المحكمة الإدارية بالرباط، وعندما يكون تنفيذ الحكم التحكيمي يشمل مجموع التراب الوطني وذلك عكس ما يقره المشرع بالنسبة للتحكيم في الدعاوى المدنية التي يكتسب فيها الحكم التحكيمي حجية الشيء المقضي به بمجرد صدوره.⁷⁹ وفي الأخير نشير إلى أن الرقابة القضائية على أعمال المحكمين لا تهدف إلى تعطيل سير الخصومة أو عرقلة عمل المحكم، أو الانتقال من حرية الخصوم التي كفلها المشرع، كما لا تعني عدم استقلال المحكم أو خضوعه لتبعية القضاء ووصايته، فالأخير لا يمارس هذا الدور الرقابي من منطلق سموه على مكانة المحكم، وإنما انطلاق من الحرص على تدعيم سير الخصومة وتحقيق حكم له من عناصر الصحة ما يرشحه للتنفيذ، من خلال هذا الهدف وفي إطاره يمارس القضاء رقابته الظاهرة أو الضمنية في كل مناسبة يعرض عليها جانب من جوانب التحكيم.⁸⁰

الفرع الثاني: تذييل حكم المحكمين بالصيغة التنفيذية.

⁷⁹ DELVOLVE Jean-Louis, la convention d'arbitrage, colloque organisé par le ministère de la justice et la CGEM en collaboration avec la cour suprême , le - Sée .3-4 Mars 2004, p :149

⁸⁰ حفيظ السيد حداد، مدى اختصاص القضاء الوطني باتخاذ الاجراءات الوقتية والتحفطية في المنازعات الخاصة الدولية المتفق بشأنها على التحكيم، دار الفكر الجامعي، الاسكندرية، 1966، ص

8 وما بعدها

حيث يمارس القاضي الإداري المختص الرقابة على المحكم من خلال بثه في الترجمات التي تطال المحكم، وفي حالة الحكم بتجريحه فإن إجراءات التحكيم التي شارك فيها تصبح كأنها لم تكن بما في ذلك الحكم، وفي حاله صدوره، ويتعين تعيين محكم آخر لتعويضه وفقاً لنفس القواعد المطبقة على تعيين المحكم الذي تم تجريحه، وبذلك فالقاضي الإداري يمارس رقابة على أعمال المحكمين سواء أثناء سير الإجراءات بمناسبة طلب المساعدة القضائية، بدءاً من طلب تعيين المحكم أو استبداله، أو عند اتخاذ إجراءات وقتية أو الفصل من مسألة أولية وتخرج عن نطاق اختصاص المحكم.⁷⁷ كما تتحقق هذه الرقابة أيضاً بمناسبة الدفع بوجود اتفاق التحكيم في دعوى رانجة أمام القضاء بشأن نزاع اتفق أطرافه على إحالته للتحكيم، هذا الدفع يبادر به الدعي عليه، ويشترط فيه أن يكون قبل الدخول في جور النزاع، في حالة ما إذا كان النزاع قد عرض على الهيئة التحكيمية، وفي كلتا الحالتين لا يمكن للمحكمة أن تصرح بعدم قبول الدعوى لوجود اتفاق أو عقد تحكيمي، فالمشرع المغربي ينص صراحة في الفصل 327 من القانون رقم 05-08 الخاص بالتحكيم والوساطة الاتفاقية، على وجوب تصريح الهيئة القضائية بعدم القبول، لكن ذلك مقرون بشرط واقف وهو قيام المدعي عليه بالدفع بعدم قبول الدعوى، و هذا ما نستخلصه من نص الفقرة الأولى حيث تنص على أنه "عندما يعرض نزاع مطروح أمام محكمة تحكيمية عملاً باتفاق تحكيم، على نظر إحدى المحاكم، وجب على هذه الأخيرة إذا دفع المدعي عليه بذلك قبل الدخول في جوهر النزاع إلى تصريح بعدم القبول."⁷⁸

كما يمكن للقاضي الإداري أن يمارس رقابته على المحكمين من خلال مراقبته لأجل إصدار الحكم، وهنا نميز بين حالتين: ففي حالة تحديد اتفاق التحكيم لأجل إصدار الحكم التحكيمي، يلزم المشرع الهيئة التحكيمية باحترام هذا الأجل، إلا أنه يمكن لأطراف النزاع تمديد الأجل

⁷⁷ محي الدين إسماعيل علم الدين: "أفكار حول التحكيم التجاري الدولي" مقال منشور بمجلة الميادين، العدد الأول، 1986، ص. 134.

⁷⁸ KOUFMANN-KOHLER Gabrielle, les voies de recours contre les sentences arbitrales , colloque organisé par le ministère de la justice et la CGEM en collaboration avec la cour suprême , le 3-4 Mars 2004, p :167 -

وبالرجوع لمقتضيات الفصل 327 من القانون رقم 05،08 الخاص بالتحكيم والوساطة الاتفاقية المغربي، فإنه ينص على أن أوامر الرئيس الأول لمحكمة الاستئناف الصادرة في مادة التحكيم الداخلي تكون قابلة الطعن بالنقض طبقا للقواعد العامة. ومن جهة أخرى، فإنه لا يمكن إقامة دعوى البطلان ضد القرار التحكيمي لأن هذا الطريق طريق استثنائي لا يمكن ولوجه إلا اذا نص عليه المشرع، فالإمكانية التي رسمها المشرع المغربي هي المراقبة القضائية للقرارات التحكيمية التي يمارسها القضاء المطلوب منه الامر بالتنفيذ، وذلك بالتأكيد من عدم مخالفة القرار التحكيمي للنظام العام.⁷⁶

المطلب الثاني: سلطة القاضي الإداري على قرار المحكمين في نزاعات العقود الإدارية.

يمارس القاضي الإداري سلطة رقابية على قرار المحكمين تأخذ مظاهر متعددة، لعل أبرزها خضوع القرار التحكيمي للتدليل بالصيغة التنفيذية من قبل القضاء الإداري ليكتسب قوة الشيء المقضي به على غرار الأحكام والقرارات القضائية والرقابة التي يمارسها القاضي على عملية التحكيم.

الفرع الأول: رقابة القاضي الإداري على قرار المحكمين في نزاعات العقود الإدارية.

تتم الرقابة القضائية غالبا من خلال تصحيح الإجراءات أثناء التحكيم، حيث تعتبر هذه الرقابة معلقة على طلب صاحب الشأن مما يجعل إجراءات التحكيم لا تخضع بالضرورة لهذه الرقابة، مما يمكن القول على أن تدخل القضاء أثناء سير إجراءات يغلب عليه طابع المساعدة لإزالة الصعوبات، و تسيير الإجراءات فيمارس مهمته الرقابية من خلال هذه المساعدة. لذا فإن أهم صور الرقابة القضائية على صدور حكم التحكيم هي تقديم المساعدة في تعيين المحكمين، و رده، و استبداله، و إنهاء مهمته إذا توافرت الشروط التي تجيز ذلك. وتبعاً لذلك يباشر القاضي الإداري رقابته على قرار المحكمين في نزاعات العقود الإدارية أثناء سير الإجراءات كما هو منصوص عليها مثلا في الفصل 323 من القانون المغربي رقم 05-08 الخاص بالتحكيم والوساطة الاتفاقية،

⁷⁶ عبد العالي العظراوي "التحكيم التجاري الداخلي"، مقال منشور بمجلة الملحق القضائي، العدد 33، يناير 1998. ص. 49

الفرع الثاني: الطعون المتعلقة بمنح الصيغة التنفيذية والطعون الأخرى: يمكن أن يكون الحكم الصادر عن الهيئة التحكيمية موضوع إعادة النظر طبقا للشروط المقررة في الفصل 402 من قانون التحكيم والوساطة الاتفاقية المغربي، وذلك أمام المحكمة التي تكون مختصة في غياب وجود اتفاق التحكيم وبناء على منطوق الفصل 34،327 من القانون رقم 08،05 الخاص بالتحكيم والوساطة الاتفاقية، حيث نظم المشرع في التعرض الغير الخارج على الخصومة في الفصل 35،327، حيث يمكن للأغيار أن يتعرضوا على الأحكام التحكيمية ولو كانت مذيلة بالصيغة التنفيذية وذلك طبقا للشروط العامة المقررة في الفصول من 303 إلى 305 من قانون التحكيم والوساطة الاتفاقية والذي أسند الاختصاص للبت في هذا الطعن للمحكمة التي كانت مختصة في النزاع لو لم يبرم اتفاق التحكيم. كما نظر المشرع في الفصل 35،327، الطعن بالبطلان وذلك وفقا للقواعد العادية أمام محكمة الاستئناف التي صدر الحكم في دائرتها وذلك إذا تم تقديمه داخل أجل 15 يوم من تاريخ تبليغ الحكم التنفيذي، وقد حدد هذا الفصل حالات الطعن بالبطلان:⁷⁴

فإذا صدر الحكم التحكيمي في غياب اتفاق التحكيم أو إذا كان اتفاق التحكيم باطلا، أو إذا صدر الحكم بعد انتهاء أجل التحكيم إذا تم تشكيل الهيئة التحكيمية أو تعيين المحكم المنفرد بصفة غير قانونية أو مخالفة لاتفاق الطرفين إذا لم تحترم مقتضيات الخاصة بأسماء المحكمين وتاريخ الحكم التحكيمي وشكليات إصداره إذا لم تحترم حقوق الدفاع إذا صدر الحكم التحكيمي خلافا لقاعدة من قواعد النظام العام؛ في حالة عدم التقيد بالإجراءات المسطرية وكذا القانون الواجب تطبيقه على موضوع النزاع كما تحكم محكمة الاستئناف بالبطلان تلقائيا على الحكم المخالف للنظام العامة في المملكة المغربية، إذا كان موضوع النزاع من المسائل التي لا يجوز التحكيم فيها والطعن بالبطلان يوقف تنفيذ الحكم التحكيمي.⁷⁵

⁷⁴ EL MERNISSI Mohamed, principales tendances du projet de code de l'arbitrage, colloque organisé par le ministère de la justice et la CGEM en collaboration avec la cour suprême, le 3-4 Mars 2004, p :81

⁷⁵ محمد الإدريسي العمراوي "دور القاضي في تنفيذ القرارات التحكيمية الأجنبية" مقال منشور بمجلة الملحق القضائي، العدد33، يناير 1998. ص. 39 .

الشروط القانونية من أجل حسم النزاعات الناشئة عن العقود الإدارية التي تجمع بين الدولة والخواص.
المطلب الأول: رقابة القضاء على الحكم التحكيمي والطعون المرتبطة به
نتناول في هذا المطلب رقابة القضاء على الحكم التحكيمي والطعون المرتبطة به من خلال استعراض موقف الاجتهاد القضائي المغربي.
الفرع الاول: رقابة القضاء على الحكم التحكيمي الصادرة في المنازعات الإدارية

لقد نظم القانون رقم 08،05 الخاص بالتحكيم والوساطة الاتفاقية في الجزء الفرعي الثالث منه الحكم التحكيمي، ويتضمن هذا الجزء الفرعي بيان كيفية إصداره وإعلانه وتفسيره وتكاملته وتصحيحه ما قد يقع فيه من أخطاء مادية، وحدد بذلك عدد من القواعد الأساسية وهي: إجازة الاتفاق على إعفاء محكمة التحكيم من تسبب الحكم وكذا إعفائها من تعليل حكمها، ولكن إذا تعلق الحكم بأحد الأشخاص الخاضعين للقانون العام فإنه يلزم تعليل الحكم.⁷² التركيز على قاعدة اكتساب الحكم التحكيمي بمجرد صدوره حجية الشيء المقضي به بخصوص النزاع الذي تم الفصل فيه بناء على الفصل 26،327، من القانون الخاص بالتحكيم والوساطة الاتفاقية وباكتسابه الحجة يمنع عرض موضوع الحكم على أي محكمة أو هيئة تحكيمية لإعادة النظر فيه، ولكن لهذه القاعدة استثناء وذلك عندما يتعلق الأمر بنزاع يكون أحد الأشخاص المعنويين الخاضعين للقانون العام طرفاً فيه، حيث لا يكتسي الحكم الحجية إلا بناء على أمر بتحويل صيغة التنفيذ.⁷³ تحريم نشر حكم التحكيم إلا بموافقة الطرفين طبقاً للفصل 27،327، وهو تأكيد لمبدأ سرية التحكيم التي كثيراً ما يعلق عليها الطرفان أهمية خاصة حفاظاً على العلاقات التجارية بينهم. إجازة طلب استصدار حكم تحكيم تكميلي في طلبات قدمت خلال الإجراءات وأغفلها حكم التحكيم وإصلاح كل خطأ في الحساب أو الكتابة ورد في الحكم طبقاً للفصل 28،327، من القانون رقم 08/05 الخاص بالتحكيم والوساطة الاتفاقية وتسري على حكم التحكيم التكميلي ذات الأحكام التي تسري على الحكم التحكيمي الأصلي.

⁷² محمد أحمد عبد النعيم، حدود الرقابة القضائية على التحكم الداخلي في منازعات العقود الإدارية (دراسة مقارنة)، دار النهضة العربية، القاهرة، 2002، ص 159 وما بعدها
⁷³ شعبي المذكوري: "الاتفاق على التحكيم في قانون المسطرة المدنية"، مرجع سابق. ص. 55.

الإدارة وحجب عن الجهة الإدارية حق اللجوء للتحكيم⁶⁸، وبالتالي فعلى الإدارة أن تتقيد بحدود أهليتها التي خصها بها القانون. وهذا ما جاء به القانون المصري قبل صدور قانون التحكيم رقم 9 لسنة 1997 والمغربي قبل صدور القانون 05-08⁶⁹ الخاص بالتحكيم والوساطة الاتفاقية. إضافة إلى هذه الأسس هناك أسس أخرى قانونية تدفع بعدم مشروعية اللجوء للتحكيم، استنادا إلى قواعد الاختصاص، فالاختصاص بالنظر في منازعات العقود الإدارية هو اختصاص أصلا وثابت للقاضي الإداري قانونيا، وعليه فإن الاتفاق على حسم هذه المنازعات بالتحكيم من شأنه أن يمثل اعتداء جسيما على اختصاص القاضي الإداري، وعليه فإن مبدأ حظر لجوء أشخاص القانون العام إلى التحكيم يستند إلى مبدأ احترام قواعد الاختصاص⁷⁰، وبالتالي فاللجوء للتحكيم يقلص ويسلب القاضي الإداري اختصاصه. كما أن التحكيم يتعارض مع مبدأ الفصل بين السلطات المنصوص عليه دستوريا، بحيث أن اللجوء للتحكيم يؤدي إلى الإخلال بهذا المبدأ، فيما يتعلق بالسلطة القضائية والتنفيذية، فلجوء الإدارة إلى التحكيم في منازعات العقود الإدارية تحيد وتستثني السلطة القضائية المختصة بالفصل في مثل هذه المنازعات التي تدخل ضمن وظيفتها. وبالتالي تنزع من السلطة القضائية وظيفتها واختصاصها إذا ما لجأت الإدارة إلى هذا الأسلوب من فض النزاعات.⁷¹

المبحث الثاني: رقابة القاضي الإداري على أعمال المحكمين.
تؤدي الرقابة القضائية دورا مزدوجا أحدهما وقائي يتمثل في حرص المحاكم على التحري والدقة والتطبيق السليم للقانون، والآخر علاجي يتمثل في إلغاء الحكم أو رفض تنفيذه عند تحقق أحد أوجه الإلغاء؛ وقد سمح المشرع للدولة وأشخاص القانون العام باللجوء إلى التحكيم وفق

68 رياض فخري، قواعد التحكيم قراءة في القانون رقم 08.05، سلسلة الندوات الجهوية المنظمة بمناسبة الذكرى الخمسينية لتأسيس المجلس الأعلى، الندوة 11، ص:430.

69 عبد الإله البرجاوي، محكمة التحكيم، مجلة المنتدى، العدد الثاني، دجنبر 2000، ص:67.

70 حسن الحيحي، التحكيم في المنازعات الإدارية من التأصيل إلى التقنين في القانون المغربي و المقارن، مقال ضمن أعمال المؤتمر العام 27 لجمعية هيئات المحامين بالمغرب، المنعقد بأكادير من 26 إلى 28 ماي 2011، الطبعة الأولى 2011، مطبعة النجاح الجديدة، ص:345

71 بوبكر بودة، معايير التفرقة بين التحكيم التجاري الدولي و التحكيم التجاري الوطني، مداخلة في ندوة العمل القضائي و التحكيم، المنظمة بين المجلس الأعلى محكمة النقض المصرية، في 5 مارس 2004، منشورات سلسلة دفاتر المجلس الأعلى، العدد 2005/7، ص:11 وما يليها.

الدولة أو الجماعات المحلية محل اتفاق تحكيم...” وفي الفقرة الثانية من الفصل من قانون التحكيم والوساطة الاتفاقية 311 الذي نص “... يجوز للمؤسسات العامة إبرام عقود تحكيم وفق الإجراءات و الشروط المحددة من لدن إدارتها، و تكون الاتفاقات المتضمنة لشروط تحكيم محل مداولة خاصة يجريها مجلس الإدارة”. إن من المنطقي دفع المشرع بعدم إمكانية اللجوء للتحكيم في العقود الإدارية، لكن ينبغي إرفاق و تدعيم موقفه بالحجج و الأسانيد و إعطاءه الأساس القانوني لهذا المنع.

ومنه يمكن القول من خلال استعراضنا في هذا العرض البسيط، أن كل من المشرع المصري و الفرنسي و المغربي قبل إصدار القانون 05-08، الخاص بالتحكيم والوساطة الاتفاقية اتخذوا النظام العام و أهلية الأشخاص المعنوية العامة، أساسا قانونيا لحظر اللجوء للتحكيم.

ففكرة النظام العام ترتبط ارتباطا وثيقا بالصالح العام، و بالتالي لا يجوز التحكيم في العقود الإدارية التي تكون الإدارة طرفا فيها، نظرا لكون أن القضاء المختص هو الضامن و الساهر على تحقيق المنفعة العامة، و اللجوء لمحكم خارجي بعيدا عن القضاء الإداري يعني إهدار هذه المنفعة⁶⁶، كما أن القاضي هو صاحب الاختصاص الأصيل و أي خروج عن هذا الاختصاص يعد خروجا عن مقتضيات النظام العام الشيء الذي لا يجوز الاتفاق على مخالفة قواعده الأمرة⁶⁷ بالإضافة إلى أن طبيعة العقود الإدارية تحدد وفق فكرة النظام العام أي المنفعة العامة التي لا يجوز التحكيم بصددها. كما نجد فكرة الأهلية كأساس لعدم جواز التحكيم، بحيث أن الجهات الإدارية تتمتع بأهلية مقيدة بالقانون ومحددة بقواعد نظمها القانون لا نستطيع أن نخرج عنها، وفي حالة عدم وجود قانون يجيز التحكيم في العقود الإدارية فإن القانون يكون قد غل سلطة

⁶⁶ محمد المريني، أهم الاتجاهات الواردة في مشروع مدونة التحكيم، مداخلة في ندوة نظمت من طرف وزارة العدل و الاتحاد العام لمقاولات المغرب، إشراف و إعداد من المجلس الأعلى أيام 3 و 4 مارس 2004، سلسلة دفاتر المجلس الأعلى، العدد 2005/6، ص: 59.

⁶⁷ محمد أبو العينين، قابلية المنازعات للتحكيم، مداخلة في ندوة التحكيم التجاري الداخلي والدولي، المنظمة من طرف وزارة العدل و الاتحاد العام لمقاولات المغرب، بإشراف و إعداد من المجلس الأعلى أيام 3 و 4 مارس 2004، سلسلة دفاتر المجلس الأعلى، العدد 2005/6، ص: 87 وما يليها.

لجوء الجهات الإدارية للتحكيم شامل لجميع المنازعات مهما كان نوع الدعوى الإدارية بخلاف المرحلة الأولى التي كانت لا تشمل إلا منازعات عقود الامتياز. والمنازعات الإدارية التي يشملها التحكيم تدخل في المنازعات الإدارية التي من اختصاص ديوان المظالم بموجب النص النظامي، أو بما له من ولاية عامة بنظر المنازعات الإدارية أو كانت متعلقة بمنازعة حول ملكية عقار يختص بها القضاء العام أو كانت منازعة تختص بها اللجان الإدارية ذات الاختصاص القضائي مثل المنازعات العمالية التي تختص بها اللجان العمالية بوزارة العمل، والتي نص نظام العمل الصادر بالمرسوم الملكي رقم م/51 التاريخ: 1426/8/23هـ على جواز اللجوء إلى التحكيم في المنازعات العمالية التي تنشأ بين الجهات الإدارية وعمالها.⁶³

ثانياً: موقف التشريع المغربي

أما النسبة لموقف المشرع المغربي، فقد اتسم بالازدواج بالمنع أو الجواز اللجوء للتحكيم في مجال العقود الإدارية، فقبل إصدار القانون رقم 08-05 الخاص بالتحكيم والوساطة الاتفاقية كرس المشرع فكرة حظر اللجوء للتحكيم⁶⁴، أما بعد صدور القانون رقم 08-05 المشار إليه سابقاً، يكون المشرع المغربي خطأ خطوات شجاعة في تبني وإقرار التحكيم في العقود الإدارية لأول مرة، متجاوزاً بذلك مختلف الانتقادات الموجهة لنظيره المصري و الفرنسي⁶⁵. فنص على ذلك صراحة في الفصل 308 من قانون التحكيم والوساطة الاتفاقية على أنه “يجوز لجميع الأشخاص من ذوي الأهلية الكاملة، سواء كانوا طبيعيين أو معنويين أن يبرموا اتفاق تحكيم في الحقوق التي يملكون حق التصرف فيها...” كذلك في الفقرة الثالثة من الفصل 310 من نفس القانون على ما يلي “... يمكن أن تكون النزاعات المتعلقة بالعقود التي تبرمها

⁶³ محمد أبو العينين، قابلية المنازعات للتحكيم، مداخلة في ندوة التحكيم التجاري الداخلي والدولي، المنظمة من طرف وزارة العدل و الاتحاد العام لمقاولات المغرب، بإشراف و إعداد من المجلس الأعلى أيام 3 و 4 مارس 2004، سلسلة دفاتر المجلس الأعلى، العدد 2005/6، ص: 87 وما يليها -
⁶⁴ القانون رقم 08.05 المتعلق بالتحكيم والوساطة الاتفاقية القاضي بنسخ وتعويض الباب الثامن بالقسم الخامس من قانون المسطرة المدنية، الجريدة الرسمية عدد 5584-25 ذو القعدة 1428 (6 ديسمبر 2007)

⁶⁵ عبد المجيد غميحة، قراءة في مشروع مدونة التحكيم، سلسلة الندوات والأيام الدراسية، منشورات جمعية نشر المعلومة القانونية والقضائية، العدد 2004/2، ص: 119 .

الإدارية بين الفقه والقضاء في مصلا مما أدى إلى تدخل آخر للمشرع المصري من خلال قانون رقم 9 لسنة 1997 والذي بموجبه تمت إضافة فقرة ثانية للمادة الأولى من القانون رقم 1994/27 التي تنص على ما يلي "وبالنسبة لمنازعات العقود الإدارية" يكون الاتفاق على التحكيم بموافقة الوزير المختص، أو من يتولى اختصاصه بالنسبة للأشخاص الاعتبارية العامة، ولا يجوز التفويض في ذلك" ويمكن القول على أن قانون التحكيم المصري رقم 1997/9 أجاز الاتفاق على التحكيم في مختلف العقود الإدارية الداخلية، إلا أن أهلية الأشخاص المعنوية العامة في إدراج شرط التحكيم في العقود الإدارية التي تقبل على إبرامها لا تكتمل إلا بموافقة الوزير المعني بالأمر أو من قبل أن يمثل الشخص الاعتباري العام بصفة قانونية بالنسبة لباقي الأشخاص العامة الأخرى، ومن دون قبول أي تفويض.

أما بخصوص المشرع السعودي فبعد صدور نظام التحكيم الصادر بالمرسوم الملكي رقم م/46 وتاريخ 1403/7/12 هـ انتهى العمل بقرار مجلس الوزراء رقم 58 في تاريخ 1383/1/17 هـ الذي نص على أنه: «لا يجوز لأي جهة حكومية أن تقبل التحكيم كوسيلة لفض المنازعات التي تنشأ بينها وبين أي فرد أو شركة أو هيئة خاصة ويستثنى من ذلك الحالات الاستثنائية التي تمنح فيها الدولة امتيازاً هاماً وتظهر لها مصلحة قصوى في منح الامتياز متضمناً شرط التحكيم.»، وبدأت مرحلة جديدة لتنظيم التحكيم في منازعات العقود الإدارية في النظام السعودي، بحيث نصت المادة الثالثة منه على أنه: ⁶²«لا يجوز للجهات الحكومية اللجوء للتحكيم لفض منازعاتها مع الآخرين إلا بعد موافقة رئيس مجلس الوزراء، ويجوز بقرار من مجلس الوزراء تعديل هذا الحكم.» يستدل من هذا النص ما يلي: أولاً: أن النظام السعودي يجيز التحكيم في المنازعات الإدارية والتي منها منازعات العقود الإدارية. ثانياً: يجب على الجهات الإدارية إذا رغبت في اللجوء إلى التحكيم في منازعات العقود الإدارية طلب موافقة رئيس مجلس الوزراء، أي أن الموافقة فقط لرئيس المجلس الوزراء دون بقية أعضاء المجلس. ثالثاً:

⁶² محمد المرنيسي، أهم الاتجاهات الواردة في مشروع مدونة التحكيم، مداخلة في ندوة نظمت من طرف وزارة العدل و الاتحاد العام لمقاولات المغرب، إشراف و إعداد من المجلس الأعلى أيام 3 و 4 مارس 2004، سلسلة دفاتر المجلس الأعلى، العدد 2005/6، ص: 65 - .

9 من ديسمبر عام 2004. ففي هذا القانون لم يعمل المشرع الفرنسي فقط على توسيع الطريق أمام التحكيم لحسم المنازعات الناشئة عن عقد الشراكة، وإنما نص على ضرورة تضمين هذا العقد شرط تحكيم. وبالتالي فإن السلطات العامة سوف تمارس ضغوطات على الأطراف الأخرى في التعاقد لإجبارهم على إدراج بند في صلب اتفاقاتهم يتعلق بحل النزاعات الناشئة عن عقد الشراكة بطريق التحكيم. واكتملت هذه التطورات في عام 2007، وتحديداً في 27 من مارس عام 2007، حيث صدر تقرير مجموعة العمل المكلفة ببحث نصوص المشروع التمهيدي للقانون الخاص بالتحكيم في المجال الإداري ووضع التصور النهائي له. فقد انتهت مجموعة العمل إلى ضرورة إفساح مجال التحكيم أمام كافة الأشخاص المعنوية العامة وفي جميع المنازعات الناشئة عن علاقتهم التعاقدية، حتى لو كانت مثارة فيما بينهم، سواء كان ذلك عبر شرط التحكيم أو مشاركة التحكيم، وذلك باستثناء المنازعات المتعلقة بعقود إيجار الخدمات⁶⁰.

أما المشرع المصري فقد نظم التحكيم الاختياري في قوانين المرافعات منذ وقت مبكر ابتداء من قانون المرافعات رقم 77 لسنة 1949، وأخيراً في قانون المرافعات المدنية والتجارية الحالي الصادر برقم 13 لسنة 1968. بحيث تنص المادة 501 من قانون المرافعات المدنية الحالي على أنه "يجوز الاتفاق على التحكيم في نزاع معين بوثيقة تحكيمية خاصة، كما يجوز الاتفاق على التحكيم في جميع المنازعات التي تنشأ عن تنفيذ عقد معين لم يحسم المشرع بهذا النص موضوع التحكيم في منازعات العقود الإدارية مما أدى إلى انقسام الآراء الفقهية⁶¹. لهذا تدخل المشرع المصري ليحسم الشكوك التي دارت حول مدى خضوع منازعات العقود الإدارية وذلك بمقتضى قانون رقم 27 الصادر بتاريخ 18 أبريل 1994 في شأن التحكيم في المواد المدنية والتجارية والذي قضى بسريان أحكام هذا القانون على كل تحكيم بين أطراف من أشخاص القانون العام أو القانون الخاص. وعلى الرغم من ذلك اختلفت الآراء ووجهات النظر في مدى مشروعية التحكيم في العقود

⁶⁰ جورجى شفيق ساري، التحكيم ومدى جواز اللجوء إليه لفض المنازعات في مجال العقود الإدارية، دار النهضة العربية، القاهرة، 1999، ص 29-30.

⁶¹ عصمت عبدالله الشيخ، التحكيم في العقود الإدارية ذات الطابع الدولي، مرجع سابق ص 31.

الجانب الآخر وعلى رأسه النظام الفرنسي موقفاً متشدداً، حيث تبني مبدأً عاماً قوامه حظر الالتجاء إلى التحكيم لحل المنازعات الإدارية بما فيها المنازعات الناشئة عن العقود الإدارية، وذلك باستثناء الحالات التي يوجد فيها نص تشريعي صريح يجيز اللجوء إلى التحكيم لحسم بعض أصناف من منازعات العقود الإدارية⁵⁹.

إن أصل التحكيم في العقود الإدارية في القانون الفرنسي الحظر إلا إذا نص القانون على إجازته، فوفقاً لنص المادة 2060 من قانون تقنين المرافعات المدنية الفرنسي رقم 226 في 5 يونيو 1972، فإن أساس التحكيم في المنازعات المتعلقة بالوحدات والمؤسسات العامة، هو الحظر، وهذا الأصل يسري ويشمل كل المنازعات التي تكون الأشخاص العامة طرفاً فيها حتى ولو تعلق الأمر بعقد من عقود الإدارة. إلا أن هذا الحظر ليس على إطلاقه بل له استثناءات في بعض العقود الإدارية، ومنها عقود بعض المؤسسات الصناعية والتجارية، وكذلك العقود الإدارية البرمة مع شركات أجنبية. فقد نصت المادة 19 من القانون التحكيم الفرنسي رقم 9 لسنة 1997 على أنه "يجوز للدولة والوحدات المحلية والمؤسسات العامة في العقود التي تبرمها مع شركات أجنبية لإنجاز عمليات تتصل بالمصلحة العامة إن تضمنت عقودها شروط التحكيم لتسوية المنازعات المتصلة بتطبيق وتسيير هذه العقود؛ وكذلك العقود المتصلة بالنقل الداخلي من قبل الشركة الوطنية لسكك الحديد، والذي ينص في مادته الخامسة والعشرين على أن المؤسسة العامة "تملك أهلية المصالحة وإبرام اتفاقيات التحكيم...."

إن النظرة العدائية التي ينظرها القانون الفرنسي للتحكيم في سبيلها للانحدار، وذلك نتيجة التطورات التي طرأت على الحياة القانونية هناك. وقد تمثلت هذه التطورات في إصدار المشرع العديد من القوانين التي أجاز بموجبها للأشخاص المعنوية العامة الخروج عن قاعدة حظر اللجوء إلى التحكيم، أهمها المرسوم رقم 2004 - 559 الصادر بتاريخ 17 من يونيو عام 2004 الخاص بعقد الشراكة، والذي تمت المصادقة عليه بواسطة المادة 78 من القانون رقم 2004 - 1343 الصادر بتاريخ

⁵⁹ جورجى شفيق ساري، التحكيم ومدى جواز اللجوء إليه لفض المنازعات في مجال العقود الإدارية، دار النهضة العربية، القاهرة، 1999، ص 29-30.

بالقانون رقم 9 لسنة 1997 التي تنص على أنه مع عدم الإخلال بأحكام الاتفاقيات الدولية المعمول بها في جمهورية مصر العربية تسري أحكام هذا القانون على تحكيم بين أطراف من أشخاص القانون العام أو القانون الخاص أيا كانت طبيعة العلاقات القانونية التي يدور حولها النزاع إذا كان هذا التحكيم يجري في مصر أو كان تحكيماً دولياً يجري في الخارج واتفق أطرافه على إخضاعه لأحكام هذا القانون، وبالنسبة إلى منازعات العقود الإدارية يكون الاتفاق على التحكيم بموافقة الوزير المختص أو من يتولى اختصاصه بالنسبة إلى الأشخاص الاعتبارية العامة ولا يجوز التفويض في ذلك، ومن حيث أن أوراق الطعن قد خلت مما يفيد موافقة وزير الإسكان والمرافق والمجمعات العمرانية الجديدة على اللجوء إلى التحكيم في النزاع القائم بين الشركة الطاعنة والمطعون ضده الثاني بشأن تنفيذ العقد المبرم بينهما ومن ثم يكون طلب الشركة الطاعنة تعيين محكم عن المطعون ضده الثاني في النزاع القائم بينهما غير قائم على سند من القانون.

الفرع الثالث: موقف المشرع من جواز اللجوء إلى التحكيم في العقود الإداري أو عدمه.

لقد اختلفت مواقف الدول محل الدراسة وتباينت اتجاهاتها بشأن تطبيق أسلوب التحكيم على منازعات العقود الإدارية الوطنية، حيث تبني جانباً منها موقفاً متحرراً يقوم على السماح المطلق بالالتجاء إلى التحكيم في كافة منازعات العقود الإدارية مع وضع بعض القيود الإجرائية في هذا الشأن تتمثل في ضرورة الحصول على موافقة جهة معينة قبل الاتفاق على التحكيم، وقد جسد هذا الاتجاه المشرع المصري والسعودي والقطري،⁵⁸ وفي الطريق إلى ذلك دولة الإمارات العربية المتحدة، حيث انتهت وزارة الاقتصاد الإماراتية من إعداد مشروع قانون اتحادي حول التحكيم وتنفيذ قرارات التحكيم، وقد نصت المادة الثانية منه على أنه :
"وبالنسبة لمنازعات العقود الإدارية يكون الاتفاق على التحكيم بموافقة الوزير المختص أو من يتولى اختصاصه بالنسبة للأشخاص الاعتبارية العامة التي لا تتبع وزيراً ويجوز التفويض في ذلك. وبالمقابل، فقد أخذ

⁵⁸ عبد العزيز عبد المنعم خليفة، التحكيم في المنازعات الإدارية العقدية وغير العقدية، دراسة تحليلية تطبيقية، مرجع سابق، ص 106.

العقود التي أبرمتها، وتعتبر هذه التشريعات بمثابة استثناءات على مبدأ حظر لجوء الدولة للتحكيم⁵⁵. وقد ذهب اتجاه في القضاء الفرنسي إلى جواز التحكيم في المنازعات الإدارية، وقد أكدت محكمة النقض الفرنسية على "أن الحظر الوارد في القانون الفرنسي- فينا يتعلق بالتحكيم- يتعلق بالنظام العام الداخلي وليس بالنظام العام الدولي، وبالتالي فإنه لا يقف عقبة أمام المؤسسة العامة أو إخضاع الاتفاق الذي دخلت فيه خرق لقانون أجنبي يقبل بصحة شرط التحكيم.

ثانياً: في القضايا المصري

لقد تراجعت المحكمة الإدارية العليا عن موقفها عندما أيدت جواز اللجوء إلى التحكيم في منازعات العقود الإدارية في قرار لها صدر بتاريخ 1994/1/18 استناداً إلى المادة 501 من قانون المرافعات رقم 13 لسنة 1968 بعلّة أن شرط التحكيم لا ينزع الاختصاص من القضاء الإداري، وإنما يمنعه من سماع الدعوى، طالما بقي شرط التحكيم قائماً⁵⁶. وقد أقر القضاء المصري قاعدة مفادها أن اللجوء للتحكيم في منازعات العقود الإدارية مشروط بموافقة الوزير المختص أو من يتولى اختصاصه بالنسبة للأشخاص الاعتبارية العامة وأنه لا يجوز التفويض في ذلك إلا ترتب عليه بطلان شرط التحكيم، وفي هذا الاتجاه صدر قرار عن المحكمة الإدارية العليا بمصر⁵⁷ جاء فيه أنه من حيث أن المادة (1) من قانون التحكيم الصادر بالقانون رقم 27 لسنة 1994 والمعدلة

⁵⁵ يعد القانون الصادر في فرنسا بتاريخ 1986/8/19 أهم القوانين التي أجازت للدولة ولغيرها من أشخاص القانون العام اللجوء إلى التحكيم، وقد وسع هذا القانون من نطاق اللجوء إلى التحكيم بحيث شمل جميع صور العقود التي تبرمها الدولة أو وحدات الإدارة المحلية أو المؤسسات العامة مع الشركات الأجنبية. انظر

جورج فيدل وبيير دولفولفييه، القانون الإداري، ترجمة منصور القاضي، المؤسسة الجامعية للدراسات والنشر، بيروت 2001، الجزء الأول، ص32

وبتاريخ 1990/7/2، صدر القانون الذي منح المشرع الفرنسي بموجب مرسوم لفرق البريد والاتصالات حق اللجوء للتحكيم لحسم المنازعات التي يمكن أن يكون طرفاً فيها

لمزيد من التفصيلات راجع: محمد وليد منصور، التحكيم في العقود الإدارية". رسالة دكتوراه طبعة دمشق 2007، ص 279. جابر جاد نصار، العقود الإدارية دار النهضة العربية الطبعة الثانية: القاهرة

ص 221

⁵⁶ المحكمة الإدارية العليا في قرارها الصادر بتاريخ 1994/1/18 في الطعن رقم 882 للسنة الثلاثين القضائية

⁵⁷ قرار المحكمة الإدارية العليا في الطعن رقم 2668 لسنة 46 ق عليا جلسة 2005/5/31 الدائرة الثانية عليا، أورد احمد محمد عبد الصادق المرجع العام في التحكيم المصري والعربي والدولي، الطبعة الثانية 2008، ص 13-14، دار النشر غير مشار إليها

أساس لقرار تحكيمي صحيح⁵³. وبالتالي كانت رقابة رئيس المحكمة مطلقة في عدم الأمر بتنفيذ حكم المحكمين كما كان موضوعه يهم نزاع بشأن عقد إداري أحد أشخاص القانون العام طرفا فيه⁵⁴.

الفقرة الثانية: الاتجاه القضائي الذي يجيز التحكيم في العقود الإدارية سنتناول من خلال هذا الفرع الاتجاه القضائي الذي جواز التحكيم في العقود الإدارية وذلك بالتطرق للاتجاه المؤيد للتحكيم في العقود الإدارية في فرنسا وبعده الاتجاه المؤيد في كل من مصر والمغرب.

اولا: في النظام القضائي الفرنسي.

إن الضرورات العملية والحاجة لإيجاد حل سريع للمنازعات دفعت المشرع الفرنسي لإصدار العديد من التشريعات التي تجيز للدولة ولغيرها من أشخاص القانون العام اللجوء إلى التحكيم لحسم منازعات

⁵³ قرار اورده، محمد ثكنث، واقع التحكيم التجاري الدولي وأفاق الاستثمار، مقال منشور ضمن أعمال ندوة قضايا الاستثمار والتحكيم من خلال اجتهادات المجلس الأعلى، م س، ص 140.

⁵⁴ يشار إلى أنه على الرغم من أن الفصل 306 من ق م م الملغي كان يمنع اللجوء للتحكيم في "النزاعات المتعلقة بعقود أو أموال خاضعة للنظام يحكمه القانون العام"، إلا أننا عثرنا على بعض القرارات الصادرة عن القضاء المغربي حاولت التخفيف من هذا المنع، معتمدة في ذلك المعايير الحديثة التي تمييز بين تعامل هذه الأشخاص العامة في إطار القانون الخاص، التعاقد في إطار القانون الخاص، أو التعامل في إطار القانون العام، امتيازات القانون العام، ففي قرار صادر عن محكمة الاستئناف بالدار البيضاء بتاريخ 1983/06/21، جاء فيه حيث إن الطاعن يحاجي بأن القرار التحكيمي باطل لمساسة بالنظام العام لأنه شخص عام وليس له أموال خاصة يستطيع التصرف فيها وأمواله ملك للدولة ولأنه عندما يبرم عقداً من أجل متابعة نشاطه الإداري يخضع لأحكام القانون العام حيث أن الطاعن يضطلع حسب ظهير 1963/9/07 بمهام استيراد وخزن وتسويق وتعبئة مادتي الشاي والسكر ويخضع في معاملاته إلى القواعد التجارية المعمول بها حيث أنه لما كان من الثابت أن الطاعن يخضع في معاملاته للقانون الخاص فإن المصلحة العامة الذي يركز عليها النظام الوطني ينبغي أن ينظر إليه بمعية واسترشاد بمبادئ النظام الدولي مما يساعد في تكوين قواعد دولية مستقلة عن تلك السارية في الدول المختلفة استجابة لطبيعة التجارة الدولية حيث إن القضاء والفقهاء قد اتجها وبكيفية راسخة إلى صحة مشاركة التحكيم المبرمة من الدولة والمؤسسات العمومية متى اكتسبت العقود التي من أجلها أبرمت المشاركة طابعا مزدوجا من التعاقد الدولي والقانون الخاص كما هو عليه الحال في النازلة حيث إنه يكون من الثابت إعمالا لهذا النظر انعدام المانع الشرعي من تعيين محكم أو محكمين للنظر في المنازعات التي ثارت بين طرفي النزاع بصدد تنفيذ عقد 15 مايو 1980 لان لاشئ في ذلك بمس ظاهر النظام العام المغربي حيث إنه من جهة أخرى، فإن النازلة لا تهم نزاعا متعلقا ومتصلا بقانون التجارة الخارجية كما تستوجب ذلك أحكام الفقرة السادسة من الفصل 306 من قانون المسطرة المدنية بل تهم نزاعا ناتجا عن معاملة تجارية دولية، قرار محكمة الاستئناف بالدار البيضاء، الغرفة التجارية، قرار رقم 1083 صادر بتاريخ 1983/6/21، ومنشور على الموقع الإلكتروني

عنه استنادا إلى البند 5 من الاتفاق المبرم بين الطرفين بتاريخ 14 أبريل 1955، ولكن سرعان ما تراجعت المحكمة الإدارية العليا والجمعية العمومية لقسم الفتوى والتشريع لمجلس الدولة عن هذا الرأي في أحكام لاحقة⁵¹

أما بخصوص حكم اللجوء إلى التحكيم في العقود الإدارية في المملكة العربية السعودية على ضوء أحكام ديوان المظالم، لم ينظر ديوان المظالم بخصوص التحكيم في العقود الإدارية إلا قضية واحدة هي القضية رقم 235/ق/1416/2هـ المقامة من شركة "أوجيم بي في" الهولندية ضد جامعة الملك عبد العزيز، والذي أقر على منع التحكيم في فض المنازعات التي تنشأ بين الجهات الحكومية وبين أي فرد أو شركة أو هيئة، وذلك إعمالا لقرار مجلس الوزراء رقم 588 وتاريخ 1383/1/17هـ والمتضمن أنه: "لا يجوز لأي جهة حكومية أن تقبل التحكيم كوسيلة لفض المنازعات التي قد تنشأ بينهما وبين أي فرد أو شركة أو هيئة خاصة" وليس هنا ما يقيد هذا القرار أو يخصه.

أما في المغرب فقد سار الاجتهاد القضائي على خطى المشرع الذي منع أشخاص القانون العام من اللجوء للتحكيم، حيث تعرض لمسألة مدى أهلية الدولة في الجزء للتحكيم وكان رده واضحا في قضية واحدة صدر فيها قرار عن محكمة الاستئناف بالرباط بتاريخ 26 يوليو 1923 جاء فيه:⁵² وحيث أن قرارا عاما أو خاصا صادرا من السلطة الرئيسية هو وحده الذي يمكن من توسيع سلطات الممثلين القانونيين للدولة بما في ذلك الترخيص باللجوء إلى التحكيم، وتخفيض قيود الرقابة المفرطة من النيابة العامة، وحيث يستنتج من ذلك أن اتفاق التحكيم الذي أبرمه المدير العام للأشخاص العمومية يعد باطلا ولا يمكن أن يعتبر بمثابة

⁵¹ قرار المحكمة الإدارية العليا في الطعن 1567، السنة 34ق، دلسة 1990/02/20، مجموعة احكام المحكمة الإدارية العليا، السنة 35، العدد 1994، 1-ص1134 وما بعدها.

⁵² زكريا العماري، الوسائل البديلة لتسوية المنازعات، منشورات مجلة القضاء المدني مطبعة المعارف الجديدة الرباط، 2013، ص121

إلا أنه مع هذا التوجه الصارم و الواضح للقضاء الفرنسي بصفة عامة في منع اللجوء للتحكيم، فإن محكمة النقض الفرنسية في الحكم الصادر عنها بتاريخ 2 ماي 1986، سمحت للأشخاص الاعتبارية العامة بالاتفاق على اللجوء إلى التحكيم لحل منازعاتها المتعلقة بالعقود الإدارية، حتى مع غياب أي نص يرخص لها بذلك سواء كان اتفاق دولي أو تشريع داخلي.⁵⁰ لكن بالرغم من أن القضاء العادي الفرنسي قد عمل من جانبه على الخروج عن قاعدة الحظر التي تبناها مشرعه في القانون الداخلي، وذلك عن طريق ابتداعه لقاعدة مادية في مجال القانون الدولي الخاص مفادها تقرير صحة اتفاق التحكيم في المعاملات الدولية التي تجريها الأشخاص العامة، واستقلال هذا الاتفاق عن حكم أي قانون داخلي، إلا أن إشكالية خضوع العقود الإدارية لمجال التحكيم الدولي سوف تظل قائمة، وذلك إذا ما عرض الأمر على القضاء الإداري، نظراً لرفض هذا القضاء لمبدأ التحكيم الداخلي والدولي على السواء في المنازعات التي تثيرها العقود الإدارية طالما لا يوجد نص تشريعي صريح يجيز ذلك .

أما بخصوص النظام القضائي المصري تعرضت محكمة القضاء الإداري في مصر لموضوع مدى جواز التحكيم في منازعات العقود الإدارية وقررت عكس أحد أحكامها وقضت بعدم جواز التحكيم في منازعات العقود الإدارية، وذلك تأسيساً على أنه يسلب اختصاص محاكم مجلس الدولة المقرر بالمادة العاشرة من القانون رقم 47 لسنة 1972 المتعلق بمجلس الدولة المصري. أما بالنسبة لموقف محكمة القضاء الإداري والمحكمة الإدارية العليا بمصر، فقد تأرجح بين موقفين متعارضين، فتارة يذهبون إلى منع اللجوء للتحكيم في العقود الإدارية، بنفس التبريرات التي كان يسوقها الفقه في منعه اللجوء للتحكيم، و من تطبيقات هذه المواقف ما قضت به بمناسبة نظرها في الطعن المقدم من هيئة قضايا الدولة نيابة عن وزير الإسكان والمرافق ضد حكم محكمة القضاء الإداري الصادر بتاريخ 18/05/1986 في قضية الشركة المصرية للمساهمة والتعمير والإنشاءات السياحية ضد وزير الإسكان والمرافق ومن معه، ذلك الحكم الذي ألزم الوزير المذكور بتعيين محكم

⁵⁰ أحمد عبد الحميد عشوش، التحكيم كوسيلة لفض المنازعات في مجال الاستثمار (دراسة مقارنة) منشأه دار المعارف، الإسكندرية، 1990، ص16

تحكيمية لحل المنازعات التي تنشأ عن إبرام العقد أو تفسيره أو تنفيذه،⁴⁷ ومن التطبيقات القضائية لهذا الاتجاه، نجد ما ذهبت إليه محكمة استئناف باريس في قرارها الصادر بتاريخ 10 أبريل 1957 إلى القول "بأن حظر التحكيم بموجب قانون المسطرة المدنية ينصرف إلى التحكيم الداخلي دون الدولي"، و استندت استئنافية باريس على التطبيق الحرفي للمادة 2060 من القانون المدني الفرنسي.⁴⁸ وهذا ما أقرته و ذهبت إلى اعتماده محكمة استئناف إكس أومبروفونس Aix en-Provence في قرارها الصادر بتاريخ 1959/05/05 [62]، وهو نفس الاتجاه الذي أيدته محكمة النقض. أما بالنسبة للقضاء المتخصص أي الإداري، فقد اتخذ موقفا صارما من حظر التحكيم في العقود الإدارية، و ذلك عملا بمقتضيات المادتين 83 و 1004 من قانون المسطرة المدنية القديم، و المادة 2060 التي حلت محل المادتين السابقتين ضمن القانون الجديد.⁴⁹ و قد بين الحكم الصادر عن مجلس الدولة الفرنسي سبب الحظر، حيث ذكر أن الوزراء لا يستطيعون اللجوء إلى التحكيم لحل المسائل المتنازع عليها، كما حكم مجلس الدولة الفرنسي ببطان شرط التحكيم في عقد أشغال عامة أبرم بين شركة خاصة صاحبة امتياز في مجال الطرق السريعة و مجموعة مشروعات.

و قد استند مجلس الدولة في إصدار أحكامه إلى نقص أهلية الجهة الإدارية في إبرام اتفاق التحكيم، و اعتماد فكرة النظام العام و المبادئ العامة للقانون، كما تم عرض ذلك على مستوى موقف الفقه الفرنسي.

⁴⁷ في الواقع إن حظر لجوء الأشخاص العامة إلى التحكيم في فرنسا، يجد أصله التاريخي في نظرية الوزير القاضي التي سادت فترة من الزمن في القرن التاسع عشر، حيث كان محظوراً على الوزير بوصفه قاضياً في المنازعات الإدارية، أن يفوض سلطاته القضائية إلى محكمين، مما يؤدي إلى زعزعة نظام التقاضي.

وقد تكرر هذا الحظر تشريعياً من خلال نص المادتين 835 و 1004 من قانون الإجراءات المدنية القديم، وفي وقتنا الحالي يوجد الأساس التشريعي لهذا الحظر في نص المادة 2060 من القانون المدني الفرنسي المعدلة بقانون 1972/7/5، والتي تنص على ما يلي: " لا يجوز للأشخاص العامة أن تلجأ إلى التحكيم في نطاق المنازعات المتعلقة بها)، وبالطبع فإن هذا الموقف كان مدعوماً بموقف حازم للقضاء الإداري الفرنسي

⁴⁸ عبد العزيز عبد المنعم خليفة، التحكيم في المنازعات الإدارية العقدية وغير العقدية، دراسة تحليلية تطبيقية، منشأة المعارف، الإسكندرية، الطبعة الأولى، 2011، ص 25.

⁴⁹ جابر جاد نصار، التحكيم في العقود الإدارية (دراسة مقارنة)، دار النهضة العربية القاهرة، الطبعة الأولى 1997، ص 25.

الوضوح مما يؤدي إلى تعارضها مع بعضها و ضعفها و كونها ليست قانونية.⁴³

أما في مصر فقد ذهب بعض فقهاء القانون بعد صدور قانون التحكيم رقم 9 سنة 1997 إلى جواز التحكيم في العقود الإدارية،⁴⁴ وأن أصل اللجوء إلى التحكيم في العقود الإدارية هو الجواز "وأن الاستثناء هو الحظر بنص خاص أو اتفاق الأطراف"⁴⁵؛ بناء على المادة 58 من قانون الإجراءات المدنية المصري رقم 13 لسنة 1968 والتي تنص على أنه " لا يجوز لأية وزارة أو هيئة عامة أو مصلحة من مصالح الدولة أن تبرم أو تقبل أو تجيز أي عقد أو صلح أو تحكيم أو تنفيذ قرار محكمين في مادة تزيد قيمتها على خمسة آلاف جنية بشرط استيفاء إداري الفتوى المختصة بمجلس الدولة قبل إبرام التحكيم ولو كان التحكيم غير جائز لما وضع القانون هذا الشرط، وبهذا الرأي أخذ ثلثة من الفقهاء بالقانون. ويستند الجانب المؤيد لجواز التحكيم في العقود الإدارية إلى عدة أدلة وهي: أن المنازعات في مجال العقد الإداري بطبيعتها مثلها مثل غيرها من المنازعات؛ ويجيز كل من القانون المدني والتجاري الاتفاق على الالتجاء إلى التحكيم ولم يصدر نص صريح يحظر على الجهات الإدارية عملية اللجوء إلى التحكيم ومن ثم لا يجوز تقييد النص أو تخصيصه بغير موجب.⁴⁶

الفرع الثاني: موقف القضاء من جواز اللجوء إلى التحكيم في العقود الإدارية أو عدمه.

الفقرة الأولى: الاتجاه القضائي المنكر للتحكيم في العقود الإدارية. لقد أخذ القضاء الفرنسي موقفاً صلباً في تعامله في مسألة التحكيم في العقود الإدارية، حيث رفض في البداية إقرار حق أشخاص القانون العام في اللجوء إلى تضمين العقود التي يبرمونها في أي شروط

43 محمد سامي الشوا، الطبيعة القانونية للتحكيم وأشكاله المختلفة، مقال منشور بالمجلة المغربية للوساطة والتحكيم، منشورات المركز الدولي للوساطة والتحكيم بالرباط، العدد 5-2011 الطبعة الأولى، ص 26 وما بعدها.

44 قانون التحكيم المصري رقم 9 لسنة 1997 الجريدة الرسمية العدد 20 الصادر في 15 مايو 1997.

45 خالد عبد الحكيم أبو غابة، التحكيم وأثره في فص المنازعات، دار الفكر الجامعي، الطبعة 2011، ص 29.

46 نادية بنيوسف، التحكيم في العقود الإدارية بين التأييد والاعتراض (دراسة مقارنة)، أطروحة لنيل الدكتوراه في القانون العام، جامعة طنطا، مصر، 2008، ص 29.

على نظرية عدم أهلية هذه الأشخاص لإبرام اتفاق التحكيم لأن المشرع لم يمنحها الأهلية اللازمة من الناحية القانونية لإبرام هذا الاتفاق ، بل حظر عليها ، بمقتضى نصوص تشريعية صريحة ، اللجوء على التحكيم⁴¹. وقد استند مؤيدو هذا الاتجاه في رفضهم لإقرار التحكيم في العقود الإدارية من مبدأ سيادة الدولة، حيث يرون في هذا التحكيم سلبا للاختصاص القضاء الوطني، الأمر الذي يعد مساسا بسيادة الدولة علاوة على ما فيه من إحلال للقانون الأجنبي محل القانون الوطني. ويوجد من الجانب الرفض من الفقه لجواز التحكيم في العقود الإداري من يؤسس اعتراضه على أساس فكر النظام العام، وعلى اعتبار أن المقصود بهذه الفكرة في القانون الإداري هو تغليب المصلحة العامة على المصلحة الخاصة، وأن العقود الإدارية بطبيعتها تختلف عن العقود المدنية بهيمنة فكرة الصالح العام عليها، ومن ثم فإنه لا يجوز اللجوء إلى التحكيم بشأنها إلا بنص صريح من الشرع، لهذا كان لا بد من تدخل المشرع ليحسم هذا الخلاف السائد لدى الفقه.⁴² والواقع أن التمسك بمبدأ سيادة الدولة وسيادة القانون الوطني في هذا المجال تمسك في غير محله، حيث أنه وإن كان القضاء الوطني من مظاهر سيادة الدولة الأمر الذي يعد في سلبه لاختصاصه ماسا بتلك السيادة؛ إلا أن هذا المساس ينتفي إذا صدر قانون يسمح بذلك. وينضاف إلى ما تقدم أن التحكيم ليس له علاقة بالقضاء الذي يكون له سلطة التدخل في أعمال المحكمين بالمساعدة أو الرقابة.

الفقرة الثانية: الاتجاه الفقهي المؤيد لجواز التحكيم في العقود الإدارية. لقد كان لتطور التجارة الدولية والاستثمارات المالية واحتياجات الدولة لهذه الاستثمارات دور أساسي في التخفيف وبشكل تدريجي لبعض التشريعات بأن تلجأ إلى التحكيم الدولي إذا تعلق الأمر بمصالح التجارة الدولية. بحيث ذهب البعض من فقهاء القانون الفرنسي إلى القول بجواز اللجوء للتحكيم، و من بين هؤلاء المؤيدين، نجد الأستاذ شارل جاروسو الذي انتقد حجج منع التحكيم، ذلك لوجود غموض و عدم

⁴¹ شريف يوسف خاطر، التحكيم في منازعات العقود الإدارية وضوابطه، دار الفكر والقانون، الطبعة الأولى، 2011، ص103

⁴² أحمد أبو الوفا: التحكيم ، بالقضاء وبالصلح، دار المطبوعات الجامعية، الطبعة الثانية، 2007، ص

محاكم مجلس الدولة، عند غياب نص خاص، يجيز الاتفاق على التحكيم، طبقاً لمقتضيات المادة 501 من قانون التحكيم. وفي هذا الإطار يرى بعض الفقه المصري بأن عدم حصول الإدارة المعنية على موافقة ممثلها القانوني على التحكيم، و أقدمت عليه، فهي تتحمل المسؤولية عن خطئها هذا، إذا كان الطرف الآخر حسن النية. بينما يرى البعض الآخر، بأن هذا الحل في حد ذاته غير كاف، لأنه لا يجوز للإدارة أن تنتكر لاتفاق التحكيم، ما دام تنكرها مخالفاً للنظام العام الدولي.³⁸

أما بالنسبة للفقه المغربي فيمكن القول، على أنه لم تكن هناك دراسات حول مدى مشروعية اللجوء إلى التحكيم في العقود الإدارية، قبل صدور القانون رقم 05-08 لسنة 2007 الخاص بالتحكيم والوساطة الاتفاقية.³⁹ والذي أجاز التحكيم في العقود الإدارية الداخلية لأول مرة في المغرب في المواد من الفصل 306 إلى المادة 38 بالفصل 327 نظراً لموقف المشرع آنذاك في المنع من اللجوء للتحكيم نظراً لاتصاله بالنظام العام.

أما الاتجاه الفقهي المنكر للتحكيم في العقود الإدارية استند على ثلاث نظريات منبثقة جميعها من المبادئ العامة للقانون:⁴⁰ وهي مبدأ فصل السلطات الإدارية عن السلطات القضائية، ومفهوم النظام العام، ونظرية عدم أهلية الإدارة للجوء إلى التحكيم. فمبدأ فصل السلطات يقضي بوجود جهة قضائية متخصصة تتولى الفصل في المنازعات الإدارية، ومن بينها منازعات العقود الإدارية، وهذه الجهة هي القضاء، ويترتب على ذلك أن إباحة التحكيم في منازعات العقود الإدارية يعتبر اعتداء على اختصاص قضاء الدولة، وبالتالي اعتداء على مبدأ الفصل بين الهيئة القضائية والهيئات الإدارية. ومن ناحية أخرى، فإن مبدأ حظر لجوء أشخاص القانون العام إلى التحكيم يجد أساسه في فكرة النظام العام، بمعنى مجموع المصالح العليا للمجتمع التي تسمو على المصالح الفردية. ومن ناحية ثالثة، فإن مبدأ حظر لجوء أشخاص القانون العام للتحكيم يقوم

³⁸ سيدي محمد العمار، التحكيم في المنازعات الإدارية العقدية وغير العقدية، دار النهضة العربية، سنة 2002، ص14.

³⁸ - عزيزة شريف، التحكيم الإداري في القانون المصري، دار النهضة العربية سنة 1993، ص 21.

³⁹ قانون رقم 05/08 الخاص بالتحكيم والوساطة الاتفاقية المنشور بالجريدة الرسمية رقم 5584 بتاريخ 16 كانون الأول لسنة 2007

⁴⁰ عزيزة شريف، التحكيم الإداري في القانون المصري، دار النهضة العربية سنة 1993، ص25

الفقرة الاولى: الاتجاه الفقهي المنكر للتحكيم في العقود الإدارية يرى أغلبية فقهاء القانون الفرنسي، عدم جواز اللجوء إلى التحكيم بصدد العقود الإدارية، وأنه من الأمور المحظورة إلا إذا ورد نص صريح بالجواز. وفي هذا الصدد يقول الفقيه فيرناند Fernand بأن "القضاء الإداري يستطيع أن يمارس الرقابة على أعمال الإدارة، أفضل من المحكمين"³⁶ كما يذهب الفقيه لافيريير La Feriere إلى القول بأنه "من المسلم به أن الدولة لا تخضع قضاياها لمحكمين، سواء بسبب النتائج المشكوك فيها للتحكيم، أو بسبب اعتبارات النظام العام، التي تقضي بأن الدولة لا يمكن أن تكون موضوعا للقضاء إلا بواسطة جهات القضاء المنشأة بالقانون"، كما يذهب لحد التساؤل بطريقة استنكارية، "كيف للدولة أن تقبل منح المحكمين سلطة النظر في المنازعات التي لم توافق على منحها القضاة العاديين" و يقول في هذا كذلك مفوض الدولة روميو في أحد تقاريره بأن "الوزراء لا يستطيعون أن يضعوا في أيدي المحكمين الحل لمسألة متنازع عليها، لأنهم لا يستطيعون أن يتهربوا من جهات القضاء القائمة"³⁷.

فجانب من الفقه المصري أخذ بفكرة عدم إمكانية اللجوء للتحكيم، استنادا إلى كون التحكيم يتعارض مع سيادة الدولة، والقضاء الوطني أحد مظاهرها، كما لكونه اعتداء على اختصاص القضاء الإداري صاحب الولاية العامة للبت في منازعات العقود الإدارية، و ذلك عملا بالمادة 172 من الدستور المصري لعام 1971، و المادة 108 من قانون مجلس الدولة رقم 47 لسنة 1972 بالإضافة لأن التحكيم يتعارض مع النظام العام. بينما اتجه جانب آخر من الفقه المصري إلى تقرير جواز التحكيم، نظرا لعدم وجود نص صريح في قانون مجلس الدولة يمنع التحكيم في منازعات العقود الإدارية أما المادة 10 من نفس القانون فهي لا تقتصر سوى على بيان الحدود الفاصلة بين اختصاص محاكم المجلس و محاكم القضاء العادي، كما لكون أحكام قانون المرافعات، الذي يطبق على

³⁶ رياض فخري، قواعد التحكيم قراءة في القانون رقم 08.05، سلسلة الندوات الجهوية المنظمة بمناسبة الذكرى الخمسينية لتأسيس المجلس الأعلى، الندوة 11، ص:430 -

³⁷ - 1مصطفى يحيى الجمل: حصاد القرن العشرين في علم القانون، الطبعة الأولى، دار الشروق بمصر، 2006، ص88 وما بعدها. 2 - أنور رسلان: التحكيم في منازعات العقود الإدارية. مقال منشور بمجلة الأمن والقانون، صادرة عن كلية شرطة دبي، السنة السادسة، العدد الأول، يناير 1998. ص 239.

العقود الإدارية . وللإشارة، فإن الخلاف لا يشمل الخلاف حكم اللجوء إلى التحكيم في العقود الإدارية التحكيم الإجباري وإنما يقتصر على التحكيم الاختياري، فعندما يرد نص يفرض على الإدارة اللجوء إلى التحكيم، فيتعين على الإدارة في هذه الحالة اللجوء إلى التحكيم وإلا كان تصرفها مخالفا للقانون وغير مشروع ويمكن مهاجمته بالطعون المحددة في القانون. إذن فإن الخلاف في مدى جواز اللجوء إلى التحكيم في العقود الإدارية ينحصر في التحكيم الاختياري فقط. لكون الأصل في التحكيم أن يكون اختيارياً في كل أنواع المنازعات، والتي منها منازعات العقود الإدارية إذا ما رخص المنظم ذلك. فإذا كان هناك نص آذن بالتحكيم في العقد الإداري فإن للجهة³³ الإدارية والمتعاقد معها الخيار بين الالتجاء إلى القضاء أو الاتفاق على طرح النزاع أمام التحكيم ويكون الالتجاء إلى أحد الطريقتين مسقطاً للآخر.³⁴

المطلب الثاني: جواز اللجوء إلى التحكيم في العقود الإدارية أو عدمه. بعد حصر أسباب الخلاف لمشروعية التحكيم في العقود الإدارية، سنعالج في هذا المطلب الآراء التشريعية و الفقهية والقضائية التي تباينت بين معارض ومؤيد إلى أن تدخل المشرع في عدة دول وحسم الخلاف سواء بإجازة التحكيم في العقود الإدارية أو بعدم إجازته. الفرع الأول: موقف الفقه من جواز اللجوء إلى التحكيم في العقود الإدارية أو عدمه.

لقد تباينت آراء الفقهاء، على مر الفترات الزمنية، حول مسألة القابلية للتحكيم في المنازعات الإدارية بصفه عامة، وفي العقود الإدارية بصف خاصة، وهذا ليس بغريب أن توجد آراء وأفكار عديدة في مجال البحث العلمي حول مسألة مرت بطريق طويل منذ القرن التاسع عشر حتى الآن. وتبعاً لذلك اختلفوا بخصوص مشروعية التحكيم في العقود الإدارية واقتسموا في الإطار إلى اتجاهين واحد يمنع اللجوء إلى التحكيم والآخر يجيز اللجوء إليه، وفيما يلي تحليل لهذين الاتجاهين³⁵.

³³ أحمد أبو الوفا ، عقد التحكيم وإجراءاته ، منشأة المعارف، الإسكندرية، الطبعة الثانية، 1974، 425.

³⁴ عبد المجيد غميحة، قراءة في مشروع مدونة التحكيم، سلسلة الندوات والأيام الدراسية، منشورات جمعية نشر المعلومة القانونية والقضائية، العدد 2/2004، ص: 119.

³⁵ محمد سامي الشوا، الطبيعة القانونية للتحكيم وأشكاله المختلفة، مقال منشور بالمجلة المغربية للوساطة والتحكيم، منشورات المركز الدولي للوساطة والتحكيم بالرباط، العدد 5-2011 الطبعة الأولى.

ينظر في منازعات العقود الإدارية ينظرها بشيء من التمايز والتغاير الذي يتلاءم مع طبيعة العقد الإداري.³⁰ كما أن هناك بعض العقود الإدارية التي ترتبط بسيادة الدولة بصورة مباشرة ويتعلق الأمر بالثروات الطبيعية للدولة، كما هو في عقود الالتزام والتي كثيراً ما تمتد إلى سنين طويلة فمنازعاتها يجب أن تكون خاضعة للقضاء لأن في خضوعها للتحكيم قد يكون فيه نوع من خرق لسيادة الدولة³¹.

الفرع الثاني: تقييد حرية الإرادة في العقود الإدارية
يقوم التحكيم على أساس حرية الأطراف في اللجوء إليه تطبيقاً لمبدأ سلطان الإرادة، إلا أن هذا الأمر لا يوجد عند اللجوء إلى التحكيم في العقود الإدارية، لأن التعبير عن إرادة الإدارة عند إبرامه تحكمه قواعد أخرى يحددها القانون، وما استقر عليه الأمر من ضرورة استخدام الإدارة وسائل القانون العام أو تضمين العقد شروطاً غير مألوفة في القانون الخاص عند إبرامه³². حيث أن الموظف المختص بإبرام العقد الإداري لا يتصرف في مال مملوك له، ومن ثم فإن اللجوء إلى التحكيم في العقود الإدارية ليس بالأمر السهل كما هو الحال بالنسبة للعقود الأخرى.

الفرع الثالث: مدى إطلاق وتقييد حرية الجهة الإدارية في اللجوء إلى التحكيم

من أسباب الخلاف في حكم اللجوء إلى التحكيم في العقود الإدارية يرجع إلى مدى تقييد أو إطلاق سلطة الإدارة عند لجوئها إلى التحكيم في العقود الإدارية، فإذا لم يوجد نص قانوني يجيز أو يمنع التحكيم، فإن سلطة الإدارة تكون دائرة بين الحظر إذا كانت مقيدة ودائرة السماح إذا كانت مطلقة. لهذه الأسباب اختلفت الآراء حول مدى اللجوء إلى التحكيم في العقود الإدارية إلى اتجاهين، الاتجاه الأول يرى عدم جواز التحكيم في العقود الإدارية والاتجاه الثاني يرى جواز اللجوء إلى التحكيم في

³⁰ محمد محبوب، دور التحكيم في تسوية منازعات العقود الإدارية الداخلية في ضوء القانون المغربي والمقارن، مجلة المحاكم التجارية، العدد الثالث والرابع، فبراير، 2009، ص17.

³¹ أحمد أبو الوقا: "التحكيم الاختياري والإجباري"، الطبعة الخامسة 1988، ص. 254 [14].

شعبي المذكري: الاتفاق على التحكيم في قانون المسطرة المدنية"، مرجع سابق، ص. 43.

³² علي سالم إبراهيم، ولاية القضاء على التحكيم، رسالة دكتوراه، جامعة عين شمس كلية الحقوق، القاهرة، 1997.

يعامل الطرفان على قدم المساواة، وأن تهيئ لكل منهما في جميع مراحل الإجراءات فرصة كاملة لعرض قضيته، ويستفاد من هذا النص أنه يمكن للهيئة التحكيمية من اتخاذ قرارات بشأن تنظيم الإجراءات تأخذ في الاعتبار ظروف القضية وتوقعات الأطراف، وأعضاء الهيئة التحكيمية، والحاجة إلى تسوية النزاع تسوية عادلة وفعالة من حيث التكلفة.²⁸ وقد تجعل السلطة التقديرية هذه من الصائب، أن تبين الهيئة التحكيمية للأطراف في الوقت المناسب تنظيم الإجراءات والطريقة التي تعتمد اتباعها، وذلك بوجه خاص في عمليات التحكيم الدولي، وبدون ذلك التوجيه، يمكن أن يجد أحد الأطراف صعوبة في التكهّن بالإجراءات والاستعداد لها، وقد يؤدي هذا إلى سوء التفاهم والتأخير وازدياد التكاليف، على عكس ما يقابل ذلك من عبء كبير في التكلفة أمام محاكم الدولة.

5-تجنب تنازع القوانين والاختصاص القضائي، حيث إن قضاء التحكيم يوفر للأشخاص الأجانب -المستثمرين منهم على وجه الخصوص- حرية اختيار جنسية المحكمين والقانون الواجب التطبيق على النزاع، بما يحول بين المستثمر الأجنبي وبين التردد في المجازفة باستثماره على ضوء قوانين الدولة التي يمارس استثماراته فيها.²⁹

المطلب الثاني: أسباب الخلاف في حكم اللجوء إلى التحكيم في العقود الإدارية

إن اللجوء إلى التحكيم في مختلف المنازعات، أمر لا جدال فيه بحيث لم يثر أي خلاف حول إمكانية اللجوء إليه أو عدمه، إلا أن اللجوء إلى التحكيم في العقود الإدارية قد أثار الجدل حول مشروعيته أو عدمه، وتعود أسباب الخلاف إلى مجموع من الأسباب يمكن اختزالها في الأسباب التالية:

الفرع الأول: طبيعة العقود الإدارية ارتباطها بسيادة الدولة
تتميز العقود الإدارية بطبيعة خاصة ومغايرة لكافة العقود الأخرى، كالعقود التجارية أو العقود العمالية وغيرهما، والقضاء الإداري عندما

28- نادبة بنبوسف، التحكيم في العقود الإدارية بين التأييد والاعتراض (دراسة مقارنة)، أطروحة لنيل الدكتوراه في القانون العام، جامعة طنطا، مصر، 2008، ص29.
29- عبد العزيز عبد المنعم خليفة، التحكيم في المنازعات الإدارية العقدية وغير العقدية، دراسة تحليلية تطبيقية، منشأة المعارف، الإسكندرية، الطبعة الأولى، 2011، ص25.

تفوق جسامته خسرانهم للدعوى، لذلك فإنهم يجدون في اللجوء إلى التحكيم بغيتهم، حيث إن إرادتهم هي التي تحدد إجراءاته ولهم – إذا أرادوا ذلك- جعل كافة إجراءات التحكيم سرية، إذا رأوا أن في عانيتها ما يلحق بهم من أضرار، وهو الأمر الذي لا يملكونه في حالة التقاضي أمام القضاء العادي، والذي لا تكون جلساته سرية، إلا إذا تعلق الأمر بالحفاظ على الآداب العامة أو أمن الدولة الخارجي أو الداخلي وفق تقدير المحكمة المنظور أمامها النزاع،

3. اختيار أطراف النزاع للمحكمن: إن تمكين أطراف النزاع اختيار من يصرون حكماً فيه ميزة ينفرد بها التحكيم يفتقدونها في حالة اللجوء إلى القضاء، حيث لا يملك الخصم اختيار قاضيه. ويحقق تمكين أطراف النزاع من اختيار الهيئة التحكيمية ميزة مهمة، تتمثل في ثقتهم في هؤلاء المحكمن الذين وقع عليهم الاختيار، لا سيما إذا كان النزاع متعلقاً بمسائل فنية، يصعب على القاضي الفصل فيها دون إحالتها إلى خبير في الموضوع محل المنازعة الأمر الذي قد يستغرق وقتاً طويلاً، رغم ما لهذا الوقت من أهمية بالنسبة إلى أطراف النزاع ناهيك عن إجهادهم مالياً. في أمر من شأن لجوئهم إلى التحكيم للفصل فيه أن يغنيهم عن ذلك.²⁶

ووفق ما تقدم، فإن التحكيم كأسلوب لتسوية المنازعات يعد أفضل من القضاء الرسمي في الدولة بل إن من شأن اتباعه تخفيف أعباء هذا القضاء، لما يؤدي إليه من تقليل القضايا التي تعرض عليه، الأمر الذي يؤدي إلى تكديسها وإطالة أمد الفصل فيها.²⁷

4. قلة التكاليف: تمنح القوانين التي تنظم إجراءات التحكيم، وقواعده التي قد يتفق عليها الأطراف، سلطة تقديرية ومرونة واسعتين للهيئة التحكيمية في تسيير إجراءات التحكيم. من الأمثلة على تلك القواعد، قواعد التحكيم التي وضعها Unistral في المادة 15 فقرة 1، حيث تقضي بما يلي: مع مراعاة أحكام هذه القواعد، لهيئة التحكيم ممارسة التحكيم بالكيفية التي تراها مناسبة، شريطة أن

²⁶- منير عبد المجيد، قضاء التحكيم في منازعات التجارة الدولية، دار المطبوعات الجامعية، الإسكندرية، 1995، ص5.

²⁷- عصمت عبدالله الشيخ، التحكيم في عقود الدولة ذات الطابع الدولي، دار النهضة العربية القاهرة، 2000، ص42.

من التحكيم يصعب تحديد انتمائه لدولة بعينها دون الأخرى.²³ وهناك عدة معايير لتمييز التحكيم الدولي عن غيره وهي المعيار الجغرافي و يتمثل في مكان التحكيم، ثم المعيار القانوني الذي يتمثل في تحديد القانون الواجب التطبيق على إجراءات التحكيم.

المطلب الثاني: شروط وإجراءات التحكيم الإداري
يستوجب التحكيم كإجراء قانوني توافر شروط شكلية وموضوعية لازمة لصحته، وهذه الشروط منها ما يتعلق بالموضوع ومنها ما يتعلق بالشكل، كما أن هناك إجراءات يجب أن يقوم بها المحكم بحضور طرفي النزاع للفصل فيه، وهو ما سيتم توضيحه بشيء من الإسهاب في الفرعين التاليين.

الفرع الثاني: مبررات اللجوء إلى التحكيم في العقود الإدارية
التحكيم والقضاء الرسمي في الدولة شريكان في تحقيق هدف واحد هو تسوية المنازعات وإن اختلف الأول عن الثاني، في أنه يستند إلى إرادة طرفي النزاع كأساس لقيامه، حيث تتجه إرادة الأطراف إلى التحكيم لتسوية المنازعات الحالية أو المستقبلية بصدد موضوع معين بحكم يكون ملزم لأطراف المنازعة مفضلة بذلك نظام التحكيم على اللجوء إلى القضاء، وذلك لما يتسم به التحكيم من المميزات التالية²⁴:

1. بساطة الإجراءات وسرعة القرار: تعتبر إجراءات التحكيم بسيطة، حيث يحدد أطراف النزاع تلك الإجراءات، الأمر الذي يؤدي إلى سرعة إصدار قرر التحكيم، إضافة إلى ما في التحكيم من اختصار لدرجات التقاضي، حيث تصدر الهيئة التحكيمية حكماً نهائياً وبتاً في النزاع غير قابل للطعن فيه من حيث الموضوع، قابلاً للتنفيذ الفوري.²⁵

2. السرية: تتصف إجراءات القضاء العادي بالعلانية، وهو أمر قد لا يفضله أطراف النزاع لما تؤدي إليه تلك العلانية من كشف لأسرارهم المهنية أو لمركزهم الاقتصادي، الأمر الذي يلحق بهم ضرراً قد

²³- إبراهيم أحمد إبراهيم، لمحات عن تنفيذ أحكام التحكيم في مصر، بحث مقدم لمؤتمر حول بعض المسائل القانونية النظرية والتحفظية، الغردقة من 14-19 أبريل 1994، إعداد احمد جامع.

²⁴- أحمد أبو الوفا، التحكيم الاختياري والاجباري، مرجع سابق، ص 94.

²⁵- عبد العزيز عبد المنعم خليفة، التحكيم في منازعات العقود الإدارية الداخلية والدولية، مرجع سابق، ص 21.

بفاعلية إلى حين إصدار الحكم. كما أن التحكيم المؤسساتي قد يكون هو المخرج الوحيد، وذلك عند تعلق الأمر بتحكيم متعدد الأطراف، حيث تثار مشكلة اختيار المحكمين وتشكيل الهيئة التحكيمية.²⁰ ويتم حل هذا الأمر عن طريق قيام المؤسسة التي يجري التحكيم فيها باختيار المحكمين وتشكيلها، وهذا الأمر لا يكون إلا في التحكيم المؤسساتي، حيث إن المؤسسة التي يجري فيها التحكيم هي السلطة المختصة بتعيينهم.²¹ إلا أن البعض يرى أن التحكيم المؤسساتي تكاد تنعدم فيه مظاهر الرضائية أو الاختيار وحرية الإرادة، مما يمكن القول معه إنه أقرب إلى القضاء الإلزامي منه إلى التحكيم الحر، وهذا انتقاد في غير موضعه، وتشعر الدولة بعدم الرضى والارتياح للقرارات الصادرة عن الهيئات الدولية، لأنها تتعاطف مع الشركات الأجنبية بسبب نظر المحكمين الأجانب إلى هذه الشركات على أنها الطرف الضعيف الذي هو في حاجة إلى الحماية القانونية.

خامسا: التحكيم الوطني

هو ذلك التحكيم الذي يتعلق بنزاع وطني في جميع عناصره، ويعين له محكمين وطنيين يصدرون حكمهم داخل الدولة وفقا لإجراءات وطنية مع تطبيق القانون الوطني، ولا يثير التحكيم الوطني أية صعوبة لأنه يخضع للقانون الوطني، ولا ينفذ خارج إقليم الدولة، ولا يجوز للقاضي أن يتصدى لموضوع النزاع، حيث يقتصر دوره على بحث مدى توافر الشروط اللازمة للتنفيذ، وخصوصا مدى اتفاق الأطراف، ومتطلبات التنفيذ مع النظام العام في الدولة.²²

سادسا: التحكيم الدولي

هو ذلك التحكيم الذي ينتمي بعناصره المختلفة لأكثر من دولة ، ويشير عدة صعوبات، مثل تحديد القانون الواجب التطبيق على اتفاق التحكيم وإجراءاته وموضوع النزاع، وتحديد مكان التحكيم وأسماء وجنسيات المحكمين، وهذه لا وجود لها في التحكيم الوطني، وهذا النوع

²⁰- عصمت عبدالله الشيخ ، التحكيم في العقود الإدارية ذات الطابع الدول، مرجع سابق، ص 33.

²¹- محمد عبد المجيد إسماعيل، عقود الأشغال الدولية، أطروحة دكتوراه، كلية الحقوق القاهرة، غير منشور، 2000. ص 308.

²²- محمد الأعرج، طرق تدبير المرافق العامة بالمغرب، منشورات المجلة المغربية للإدارة المحلية والتنمية، سلسلة مؤلفات وأعمال جامعية عدد 52، الطبعة الأولى 2004، ص18.

على الأشخاص المعنوية العامة اللجوء إليه وبصفة إلزامية، وإذا لم تلجأ إليه يعد تصرفها مخالفا للقانون، ويمكن الطعن فيه وفقا للقانون.¹⁷

ثالثا: التحكيم الحر

التحكيم الحر هو الأصل والصورة التقليدية، حيث يختار أطراف النزاع المحكمين في كل حالة، وذلك دون التقيد بنظام دائم، فيجري في حالات فردية ولا يختار الأطراف هيئة دائمة، بل يلجؤون إلى اختيار محكم أو أكثر بمعرفتهم. و التحكيم الحر يعطي للخصوم حرية اختيار من يشاؤون من المحكمين مع تحديد القواعد والإجراءات التي يتبعونها، وكذلك القانون الواجب التطبيق ومكان التحكيم وهوية المحكم، وهو تحكيم طليق من أي قالب جاهز مسبقا، وهو تحكيم خاص بحالتهم دون غيرهم.¹⁸

ويتميز بأنه أسلوب مثالي إذا تصدى له محكم كفاء لحسم المنازعة، وهو قليل التكاليف ويحقق سرية أكبر من التحكيم المؤسستي، حيث إن التحكيم المؤسستي يضم محكمين من جنسيات مختلفة، ويؤدي إلى تسرب الأسرار وإفشائها ويتبع التحكيم الحر القواعد الإجرائية بمرونة أكثر ويحقق أيضا السرعة. كما يراعي التحكيم الحر مصالح الدولة فلا يثير الاعتبارات المتعلقة بسيادة الدول، وذلك خلافا للتحكيم المؤسستي الذي تحرص الدول على تجنبه وتفضل التحكيم الحر عليه، وذلك لأن مراكز التحكيم قلما تخلوا من تحيز أو ارتباط بدولة المقر، وهي اعتبارات تهم الكثير من الدول ولا سيما الدولة النامية.

رابعا: التحكيم المؤسستي

يتولى هذا النوع من التحكيم هيئات ومنظمات دولية أو وطنية من قبل الاتفاقيات الدولية أو القرارات المنشئة لها، ولوائح هذه الهيئات تكون واجبة التطبيق بمجرد اختيار الأطراف هذه الهيئات للفصل في النزاع.¹⁹ والتحكيم المؤسستي يتناسب مع مصلحة الأطراف في إنهاء النزاع وذلك حتى لا يعرقل أحدهما سير العملية التحكيمية، فيؤمن سيرها

¹⁷- جورج شفيق ساري، التحكيم ومدى جواز اللجوء إليه لفض المنازعات في مجال العقود الإدارية، دار النهضة العربية، القاهرة، 1999 ص 29-30.

¹⁸- شاكرا اسماعيل العبيسي، التحكيم التجاري الدولي، ابن اليمن للطباعة والنشر، صنعاء، 2000، ص 148.

¹⁹ شاكرا اسماعيل العبيسي، التحكيم التجاري الدولي مرجع سابق، ص 148-150.

التحكيم الاختياري هو لجوء الأطراف المتعاقدين بسططان إرادتهم الحرة المختارة بموجب الاتفاق إلى التحكيم، حيث يختارون المحكمين، وكذلك القانون الواجب التطبيق وإجراءات التحكيم¹³. وبهذا نلاحظ أن التحكيم الاختياري يقوم على عنصرين أساسيين هما الإرادة الذاتية الحرة للخصوم في اللجوء إلى التحكيم، وإقرار المشرع لهذه الإرادة بذلك.

ثانياً: التحكيم الإجباري

التحكيم الإجباري هو تحكيم مفروض على الأطراف، حيث لا يكون لإرادة الأطراف أي تدخل في اللجوء إليه، وتوضع له قواعد تنظم أحكامه، وقد يفرض المشرع اللجوء إلى التحكيم، ويترك للخصوم حرية اختيار المحكمين، وتعيين إجراءات التحكيم وتحديد القانون الواجب التطبيق.¹⁴ ويتصف هذا النوع من التحكيم بالندرة وهو يطبق بشكل واسع في الأنظمة القانونية للدول الاشتراكية بعد أن استقر للقطاع العام، فيها مركز السيادة في الاقتصاد القومي، بأن حصلت مؤسسات الدولة على أهمية كبرى في النشاط الاقتصادي.¹⁵ ويؤدي التحكيم الإجباري إلى الحفاظ على السلام والقانون بين هيئات القطاع العام وبين جهة حكومية مركزية، أو هيئة عامة ولا تتور هذه المنازعات بين أطراف تتعارض مصالحهم، بل تنتهي إلى نتيجة واحدة وهي الدولة، والهدف هو الصالح العام، وصالح المجموع في إطار أهداف خطة التنمية الاقتصادية، ومن أمثلة ذلك التحكيم في منازعات القطاع العام في مصر سابقاً.¹⁶ ولهذا يجب التفرقة بين التحكيم الاختياري والتحكيم الإجباري، لأن الخلاف الذي نشأ بشأن مدى جواز لجوء الأشخاص المعنوية العامة إلى التحكيم لا يتعلق بالتحكيم الإجباري، ذلك لأنه عند النص عليه يجب

¹³ - عصمت عبد الله الشيخ، التحكيم في العقود الإدارية ذات الطابع الدولي، مرجع سابق، ص 29.

¹⁴ - عصمت عبدالله الشيخ، التحكيم في العقود الإدارية ذات الطابع الدولي، مرجع سابق، ص 29.

³⁰.

¹⁵ - استالف، ترجمة يوسف درويش، التحكيم عن طريق الدولة في جمهورية بلغاريا الشعبية، مقال منشور في مجلة المحاماة ن عدد 1 السنة 50، يناير 1970

¹⁶ عصمت عبدالله الشيخ، التحكيم في العقود الإدارية ذات الطابع الدولي، مرجع سابق ص 31.

وما تكلفه من ضمانات.⁹ في حين عرفته المحكمة الدستورية العليا المصرية¹⁰ بأنه: عرض نزاع معين بين طرفين على محكم من الأعيان يعين باختيارهما أو بتفويض منهما في ضوء شروط يحددها، ليفصل هذا المحكم في ذلك النزاع بقرار يكون نائبا عن شبهة الممالة مجردا من التمايل وقاطعا لدابر الخصومة في جوانبها التي أحالها الطرفان إليه، بعد أن يدلي كل منهما بوجهة نظره تفصيلا من خلال ضمانات التقاضي الرئيسية ويعد هذا التعريف من أفضل التعريفات الصادرة، لكونه جامع مانع.¹¹ كما عرفته الجمعية العمومية لقسمي الفتوى و التشريع بمجلس الدولة المصري بأنه: "الاتفاق على عرض النزاع على محكم أو أكثر ليفصلوا فيه بدلا من المحكمة المختصة به، و ذلك بحكم ملزم للخصوم أمام المحكمة المختصة.

أما فيما يخص القضاء الفرنسي، فقد عرف التحكيم بأنه: " اللجوء إلى أطراف محكمين ليسوا قضاة لفض نزاع ما بعيدا عن سلطة القضاء، بحيث لا يلجأ إلا فيما يراه المحكمون لازما لذلك".

الفرع الثاني: أنواع التحكيم في العقود الإدارية

ينقسم التحكيم إلى عدة أنواع، فمن حيث إلزاميته، ينقسم إلى تحكيم اختياري وتحكيم إجباري، ومن حيث الجهة التي تتولى الفصل في النزاع، ينقسم إلى تحكيم حر وتحكيم مؤسساتي، ومن حيث مكانة، ينقسم إلى تحكيم وطني ودولي أجنبي. وسنحاول في هذا الفرع توضيح كافة هذه الأنواع.¹²

الفقرة الأولى: التحكيم الاختياري

⁹ -حكم محكمة النقض المصرية رقم (3-1-1952) مجموعة القواعد القانونية في خمس وعشرين سنة الأخيرة، الجزء الأول، ص397.

وعرفه البعض بأنه أداة سلمية لا تقوم على حل النزاع يقر من أعلى بقوة السلطة العامة وإنما على امتثال الأفراد، لرأي الغير الذي يحوز ثقتهم . د. أحمد هندي : تنفيذ أحكام المحكمين ، دار الجامعة الجديدة، للنشر، الإسكندرية، ص 7 وانظر في تعريف التحكيم ، دنزار الكيالي التحكيم في التشريع السوري ن بحث منشور في مجلة القانون، سوريا، السنة 18 عدد 1967،3، وكذلك د. محمد أنس قاسم، العقود الإدارية دار النهضة العربية، القاهرة 2000، وللمزيد انظر. ناريمان عبد القادر : اتفاق التحكيم، دار النهضة العربية ، القاهرة ، الطبعة الأولى 1996، ص46.

¹⁰ - حكم محكمة النقض المصرية رقم 1998/11/20 م طعن رقم 1403، لسنة 55.

¹¹ - حكم محكمة النقض رقم 1952/ 1/3 مجموعة القواعد القانونية، الجزء الأول، ص 397.

¹² احمد صالح مخلوف، اتفاق التحكيم كأسلوب لتسوية المنازعات للعقود الدولية دار النهضة القاهرة 2001، ص49.

بأنه : وسيلة رضائية يشعر كل طرف أنه لم يخسر، لأن الحل يظهر وكأنه رضائي ارتضاه كل طرف ولم يفرض عليه⁴. وعرفه فريق آخر، بأن التحكيم هو رغبة الطرفين عرض النزاع على القضاء في الدولة، ورغبتهم في إقامة محكمة خاصة بهم يختارونها بأنفسهم، ويحددون لها موضوع النزاع والقانون الذي يرغبون تطبيقه فيما بينهم، فالمحكم ليس قاضيا مفروضا على الطرفين، وإنما هو قاض مختار بواسطتهم بطريق مباشر أو غير مباشر⁵. وعرف من طرف اتجاه آخر بأنه: الطريقة التي يختارها الأطراف لفض المنازعات التي تنشأ عن العقد عن طريق طرح النزاع والبت فيه أمام شخص أو أكثر يطلق عليه اسم المحكم أو المحكمين دون اللجوء إلى القضاء⁶. وهناك من عرفه بأنه: نظام لتسوية المنازعات عن طريق أفراد عاديين يختارهم الخصوم مباشرة أو عن طريق وسيلة أخرى يرتضونها⁷. ومن خلال التعريفات السابقة نستنتج ان التحكيم ينبغي ان يتوفر على عنصرين هما اختيار المحكم من قبل أطراف النزاع بإرادتهم الحرة لفض النزاع وقيام المحكم بإصدار حكم في النزاع المعروض عليه.

الفقرة الثالثة: المفهوم القضائي للتحكيم

على غرار التعريفات الفقهية، فإن الاجتهادات القضائية لم تتفق بدورها على تعريف موحد للتحكيم. فقد عرفت محكمة النقض المصرية التحكيم في ماهيته بأنه" طريق لفض الخصومات، قوامه الخروج من طرق التقاضي العادية، وعدم التقيد بإجراءات المرافعات أمام المحاكم بالأصول الأساسية في التقاضي، وعدم مخالفة ما نص عليه في باب التحكيم"⁸. إذ ذهب المحكمة في حكم آخر إلى أن التحكيم هو طريق استثنائي لفض الخصومات، وقوامه الخروج عن طرق التقاضي العادية

4- أحمد عمر أبو رقية، أوراق في التحكيم، جامعة قاريونس ، بنغازي، 2003، الطبعة الأولى، ص20.

5 محمود محمد هاشم النظرية العامة للتحكيم في المواد المدنية والتجارية ،دار الفكر العربي القاهرة 1990 ص 20

6 وجدي راغب فهمي ،مفهوم التحكيم وطبيعته ،كلية الحقوق جامعة الكويت الدورة التدريبية للتحكيم ص 3-92 سنة 1993.

7- ابراهيم أحمد ابراهيم، التحكيم الفعلي الخاص، دار النهضة العربية، القاهرة 1997، ص 40.

8- الطعن رقم 285 لسنة 36 قضائية، جلسة 1971/12/16، مجموعة الأحكام الصادرة من الهيئة العامة للمواد المدنية والتجارية ومن الدائرة المدنية ومن دائرة الأحوال الشخصية ، السنة 22، العدد الأول من يناير إلى مارس 1971، مطبعة القضاء العالي 1972، ص 179.

على اتفاق التحكيم.² كما عمد على تعريف اتفاق أو شرط التحكيم من خلال الفصل 307 من نفس القانون على أنه: "اتفاق التحكيم هو التزام الأطراف باللجوء إلى التحكيم قصد حل نزاع نشأ أو قد ينشأ عن علاقة قانونية معينة، تعاقدية أو غير تعاقدية"³ وأضاف في الفقرة الموالية من نفس الفصل أن اتفاق التحكيم يكتسي "شكل عقد تحكيم أو شرط تحكيم". أما فيما يخص عقد التحكيم، فقد عرفه الفصل 314 في فقرته الأولى من نفس القانون على أنه: "هو الاتفاق الذي يلتزم فيه أطراف نزاع نشأ بينهم بعرض هذا النزاع على هيئة تحكيمية". في حين يعرف الفصل 316 من نفس القانون شرط التحكيم بأنه: "هو الاتفاق الذي يلتزم فيه أطراف عقد بأن يعرضوا على التحكيم النزاعات التي قد تنشأ عن العقد المذكور".

وتبعا لذلك يعد التحكيم إحدى وسائل حسم المنازعات وهو طريق استثنائي، يلجأ إليه أطراف النزاع بإرادتهم الحرة الواعية المختارة، بناء على إجازة المشرع، محيدين بذلك طريق القضاء جانبا لصالح التحكيم، وقد يتم اللجوء إلى القضاء في بعض المسائل، ويلجؤون هذه الطريق إما بشرط تحكيم، سواء ذكر في العقد نفسه أو في عقد مستقل قبل نشوء النزاع، أو بمشاركة تحكيم تبرم قبل أو بعد نشوء النزاع، أملين إيجاد حل لنزاعهم بعيدا عن المماطلة، وذلك بحكم ملزم ونهائي يقطع دابر الخصومة، ولا شك أن التحكيم يشغل حيزا كبيرا في الوقت الحاضر في المنازعات الدولية، حيث أصبح قضاء أصيلا لها، وتزداد أهميته يوما بعد يوم بسبب ما يتمتع به من مميزات جمة تبعث الثقة في قلوب من يسلكون هذا الطريق.

الفقرة الثانية: المفهوم الفقهي للتحكيم

إنه من الصعب وضع تعريف دقيق وشامل للتحكيم، وذلك لتنوع أنماطه وخصائصه، واختلافه من مجتمع إلى آخر ومن دولة إلى أخرى. ولهذا، فإن أي تعريف له يبقى ناقصا غير شامل، ومع ذلك فإن العديد من الباحثين والعلماء حاولوا تعريفه كل بحسب اتجاهه. فبعضهم عرفه

²- القانون رقم 05-08 الذي بموجبه تم نسخ وتعويض الباب الثامن من القسم الخامس من قانون المسطرة المدنية الصادر بتنفيذه الظهير الشريف رقم 1.07.169 بتاريخ 2007/11/30 والمنشور بالجريدة الرسمية عدد 5584 بتاريخ 2007/12/6، ص 3994.

³- الفصل 306 و307 من القانون المغربي رقم 08.05 لسنة 2007.

نتناول في هذا المطلب مفهوم التحكيم في العقود الإدارية وأنواعه ومبرراته من خلال استعراض آراء الفقهاء في ذلك.

الفرع الأول: مفهوم التحكيم في العقود الإدارية

يعد التحكيم وسيلة فعالة وسريعة لحل المنازعات التي تثار بين الخصوم بعدما أصبحت الدولة لا تحتكر وحدها سلطة الفصل في المنازعات وذلك بنصها صراحة على إمكانية اللجوء إلى التحكيم كوسيلة بديلة لفض ما نشأ من المنازعات دون اللجوء إلى قضاء الدولة صاحب الولاية العامة، وقد أعطى الفقه والقضاء والمشرع تعاريف مختلفة للتحكيم.

الفقرة الأولى: المفهوم القانوني للتحكيم

لقد عرف المشرع الفرنسي شرط التحكيم في المادة 1442 من قانون التحكيم رقم 48 لسنة 2011 بأنه: "اتفاق يتعهد بمقتضاه الأطراف في عقد من العقود بإخضاع المنازعات التي يمكن أن تنشأ بينهم في المستقبل للتحكيم". بينما عرفت المادة 1447 من نفس القانون مشاركة التحكيم بأنها: "اتفاق الأطراف على إخضاع منازعة نشأت بينهم بالفعل لتحكيم شخص أو أكثر". كما عرف التحكيم بأنه "إجراء خاص لتسوية بعض الخلافات بواسطة محكمة تحكيم يعهد إليها الأطراف بمهمة القضاء فيها بمقتضى اتفاق تحكيم". أما المشرع المصري، فلم يعرف التحكيم بشكل صريح، لكن ما أورده يحمل هذا المعنى، حيث نصت المادة العاشرة في فقرتها الأولى من قانون التحكيم المصري رقم 27 لسنة 1994 والمنشورة في الجريدة الرسمية عدد 16 في 21\4\1994 على أنه اتفاق التحكيم هو "اتفاق الطرفين على اللجوء إلى التحكيم لتسوية كل أو بعض المنازعات التي نشأت أو قد تنشأ بينهما بمناسبة علاقة قانونية عقدية كانت أو غير عقدية¹.

أما بخصوص المشرع المغربي فقد عرف الفصل 306 من قانون رقم 08-05 الخاص بالتحكيم والوساطة الاتفاقية بأن التحكيم هو: "حل نزاع من لدن هيئة تحكيمية تتلقى من الأطراف مهمة الفصل في النزاع بناء

¹ - انظر إلى نص المادة 10 من قانون التحكيم المصري رقم 27 لسنة 1994.

الفرع الثالث: مدى إطلاق وتقييد حرية الجهة الإدارية في اللجوء إلى التحكيم

المطلب الثالث: جواز اللجوء إلى التحكيم في العقود الإدارية أو عدمه
الفرع الأول: موقف الفقه من جواز اللجوء إلى التحكيم في العقود الإدارية أو عدمه.

الفرع الثاني: موقف القضاء من جواز اللجوء إلى التحكيم في العقود الإدارية

الفرع الثالث: موقف المشرع من عدم جواز اللجوء إلى التحكيم في العقود الإدارية

المبحث الثاني: رقابة القضاء على أعمال المحكمين.

المطلب الأول: رقابة القضاء على الحكم التحكيمي والطعون المرتبطة به
الفرع الأول: رقابة القضاء على الحكم التحكيمي الصادرة في المنازعات الإدارية

الفرع الثاني: رقابة القضاء على الطعون المتعلقة بمنح الصيغة التنفيذية
المطلب الثاني: سلطة القاضي الإداري على قرار المحكمين

الفرع الأول: رقابة القاضي الإداري على قرار المحكمين في نزاعات العقود الإدارية

الفرع الثاني: سلطة القاضي الإداري في تدليل حكم المحكمين بالصيغة التنفيذية

المبحث الأول: ماهية التحكيم في العقود الإدارية

لقد تزايد في الآونة الأخيرة الاهتمام بالتحكيم على الصعيد المحلي ونود في هذا المبحث أن نسلط الضوء على ماهية التحكيم كوسيلة من وسائل الفصل في المنازعات المتعلقة بالعقود الإدارية من خلال تقسيم هذا المبحث إلى ثلاثة مطالب، نتناول في المطلب الأول مفهوم التحكيم وأنواعه ومبرراته، أما المطلب الثاني فسنخصصه لأسباب الخلاف في حكم اللجوء إلى التحكيم في العقود الإدارية، أما المطلب الثالث فسنفرده لمدى جواز اللجوء إلى التحكيم في العقود الإدارية أو عدمه.

المطلب الأول: مفهوم التحكيم في العقود الإدارية وأنواعه ومبرراته

الأشخاص الطبيعية والمعنوية كما سبق القول، وما قد ينشأ عنها من منازعات، أصبح التحكيم الإداري من الوسائل المميزة لحل المنازعات نظرا لما يتسم به من سرعة الإجراءات وبساطتها وتقليص المدة الزمنية و الكلفة، إضافة إلى دور التحكيم في إيقاف الزيادة في عدد القضايا المعروضة على المحاكم أو على الأقل التخفيف منها. إذ تطور نظام التحكيم، و لم يعد يقتصر على النزاعات المدنية و التجارية و الدولية، بل اتسع نطاقه ليشمل مجالات كانت بالأمس القريب بعيدة عنه، كما هو الحال في النزاعات الادارية التي تكون الدولة أو أحد أشخاص القانون العام طرفا فيها.

وإذا كان التحكيم قد بدأ يأخذ مكانة مرموقة في حسم النزاعات المدنية والتجارية، واهتمت به الدراسات في هذا المجال، فإنه لم ينل القدر الوافي بعد في مجال المنازعات الإدارية، وهذا ما جعلنا نقوم بهذا البحث المتواضع؛ غير أن دقة الموضوع وكثرة تفاصيله جعلتنا نقتصر في هذه الدراسة على التحكيم في المنازعات ذات الطبيعة التعاقدية، ونعني بذلك دعاوى منازعات العقود الإدارية. ولإحاطة بموضوع التحكيم في منازعات العقود الادارية، سنقسم الموضوع إلى مبحثين، نتناول في المبحث الأول ماهية التحكيم في العقود الإدارية، ونخصص المبحث الثاني لرقابة القاضي الإداري على أعمال المحكمين. معتمدين في ذلك على المنهج الوصفي التحليلي والمنهج المقارن عند مقارنة ما أخذت به التشريعات والاتفاقيات الدولية في مجال التحكيم في العقود الإدارية. وتبعا لذلك ستكون الخطة المتبعة لإعداد البحث محل الدراسة على الشكل التالي:

المبحث الأول: ماهية التحكيم في العقود الإدارية
المطلب الأول: مفهوم التحكيم في العقود الإدارية وأنواعه ومبرراته
الفرع الأول: مفهوم التحكيم في العقود الإدارية
الفرع الثاني: أنواع التحكيم في العقود الإدارية
الفرع الثاني: مبررات اللجوء إلى التحكيم في العقود الإدارية
المطلب الثاني: أسباب الخلاف في حكم اللجوء إلى التحكيم في العقود الإدارية
الفرع الأول: طبيعة العقود الإدارية ارتباطها بسيادة الدولة
الفرع الثاني: تقييد حرية الإرادة في العقود الإدارية

development and will facilitate the process of attracting investors both internal and external because it is considered to guarantee them and protect their investments from loss.

تمهيد

نظرا لعجز الرقابة التلقائية التي تباشرها الإدارة على نفسها، لجأت مختلف الدول إلى الجهاز القضائي لفظ النزاعات القائمة بين أفرادها، باعتباره الملاذ الحقيقي لحماية حقوقهم وحررياتهم ضد تعسف أجهزة الإدارة، لما يتسم به من حيادية وكفاءة وتخصص، لضمان تطبيق مبدأ المشروعية الإدارية، وخضوع الإدارة للقانون، وفرض عقوبات على الإدارة عند مخالفتها لهذا المبدأ، مما جعل القضاء طريقا طبيعيا لحل المنازعات ووسيلة لإقرار العدل في المجتمع بين مختلف أفرادها، باعتباره مظهرا من مظاهر سيادة الدولة ولا يمكن ممارسته إلا من قبل السلطة العامة التابعة لها. وبعد ظهور بعض الدول التي تأخذ بنظام ازدواجية القضاء، كفرنسا ومصر والمغرب، أصبح الفصل في المنازعات الإدارية من اختصاص القضاء الإداري سواء كان موضوع النزاع منصبا على عمل انفرادي أو تعاقدي؛ بحيث أصبح العقد الإداري يحتل مكانة مرموقة في النظم القانونية المختلفة و يحظى بأهمية كبرى في ظل عجز الدولة عن تحقيق التنمية الشاملة بمفردها، مما جعلها تبحث عن شركاء جدد للتدخل قصد إبرام جملة من عقود التنمية الاقتصادية، ومع التطورات التي أملتتها الظروف الاقتصادية والاجتماعية، ظهرت الحاجة لوجود الضمانات القانونية التي من شأنها العمل على تحفيز وتشجيع الاستثمارات الأجنبية والداخلية، ومن بين هذه الضمانات وجود طرق بديلة لحل المنازعات التي تنشأ بمناسبة إبرام العقد بدلا من اللجوء إلى القضاء الوطني للدولة المتعاقدة، ومن بين هذه الطرق نجد التحكيم، الذي تأكدت أهميته في السنوات الأخيرة باعتباره وسيلة أساسية لحل المنازعات الناشئة عن العقود الإدارية، فنظرا لزيادة اهتمام الدولة بمجال التنمية الاقتصادية وإبرامها الكثير من العقود مع

confidence in arbitration, and does not wish to venture in the public interest protected by the administrative judiciary To the great fear of the negligence of the arbitral tribunal for public benefit, which falls on the shoulders of the state's protection. Which necessitates the intervention of national and legal legislation to give legitimacy to administrative arbitration, the administration's duty to resort to arbitration, especially in the light of contemporary developments and the plethora of cases before the administrative judiciary concerning the disputes of the nodal, in view of the nature and ease of procedures. This will serve to strengthen the alternative means of ending disputes away from the jurisdiction of the state. It is an inevitable aspiration that will have a positive impact on the development of the state and expand the confidence of individuals and organizations in organizing and supporting the field of rights and freedoms which share alternative means of resolving disputes with the judiciary and state courts. The resort to arbitration in the field of contract disputes management desired

the decision of the arbitrators in the disputes of the administrative contracts. Depending on the descriptive approach. At the end of this study, I reached several conclusions and recommendations, the most important of which are: Arbitration in the field of agrarian contracts still knows some obstacles and legal and organizational problems, from restricting the process of resorting to arbitration by judicial supervision, which makes the administration resort to the administrative judiciary in its disputes better than resorting to arbitration. As long as the arbitral award has its binding executive form after a decision by the president of the court issued in the jurisdiction of its jurisdiction, which makes the administration resort to arbitration as exceptional as long as it is not obliged to resort to the text of the law, but restricted by resorting to the case. The administrative contract contains a condition that the competent authority to resolve the dispute in case of non-compliance of the parties to the contract with the content of the contract is the arbitral tribunal. In addition, the administration still does not have much

دور التحكيم في فض منازعات العقود الادارية
- دراسة مقارنة -

د. إسماعيل صفاحي

Summary

If arbitration is a legal system defined by most of the old and modern legislations alike, this system has evolved and is no longer limited to civil, commercial and international disputes. It has expanded to encompass areas that were recently distant from it, as in administrative disputes. I would like to choose the subject of the role of arbitration in the settlement of administrative disputes of a contractual nature because of its scientific and practical importance. To study the subject of the study, I tried to divide the subject into two sections. The first part deals with the legality of arbitration in disputes of a contractual nature, The second part is devoted to the supervision of the administrative judge on the work of the arbitrators through dealing with the arbitral award and the related appeals and the authority of the administrative judge on

لإصلاحه. ونظن بأن مثل هذا العمل ستكون له فائدة في مجال فهم وضع الدول الإسلامية التي تمر بعملية التحول الديمقراطي وبناء المؤسسات الديمقراطية. باختصار، فإن هذه الدراسة تهدف إلى المساهمة ولو بشكل متواضع في موضوع دراسة دور تركيا التي تعيش حاليا نقاشات حول إنشاء دستور مدني وديمقراطي جديد في إنشاء الدساتير في الدول الإسلامية والدروس التي يمكن استخلاصها من ذلك من خلال دراسة ديناميكية إنشاء الدستور الديمقراطي والربيع العربي

النتائج

حققت تونس بعد الربيع العربي نجاحا في تحويل مع تدمير نظام الأنظمة الديكتاتورية العلمانية في بنيتها الصعبة لفترة طويلة مع مساهمة ديمقراطية مهمة خصوصا من حركة النهضة التي لها وجود قاعدة اجتماعية.

و لو كانت تركيا مع وجود نظام ديمقراطي متعدد الأحزاب منذ عام 1950، ولكن هي قاسية لا سيما من حيث وجود نظام علماني أظهرت تشابها مع تونس.

أظهرت العلمانية الصلبة خصوصا في تطبيق تفاهم تقييد الدين وحرية الضمير تخفيفا تدريجيا في تركيا .

منذ عام 2002 حزب العدالة والتنمية كحزب ديمقراطي محافظ أثبت نجاحه في صراع على السلطة مع معارضية بالقوة التي اخذها من الشعب باضفاء الطابع الديمقراطي على الطبيعة العلمانية للنظام السياسي.

وقد استفادت حركة النهضة في تونس من تجربة حزب العدالة والتنمية عند تحويل النظام في بناء نظام تعددي محافظ من تجربة تركيا وخاصة من حزب العدالة والتنمية تجربة ما بعد 2002. ذ.

اختيار دينه دون أن يتعرض لأي هجوم أو مضايقة في حين كانت من جهة أخرى تخاطب الجماعات الدينية المتطرفة والتي تعتبر الدولة ككلب حراسة وحامية لكل ما هو مقدس. وقد حاولوا التغطية على هذا التناقض الواضح بين الجملتين من خلال اللعب بالكلمات.¹⁶

وأوضحت الخلافات والحوادث التي حصلت بعد قبول المادة السادسة بين الجماعات الراديكالية والفئات الأخرى من الشعب مدى أهمية أن يتم إلغاء هذه المادة. والمادة في نصها الأساسي لا تمنع تغيير الدين ولا تمنع الحركات الدينية. ولكن بعد العديد من النقاشات والتعديلات أخذت المادة شكلها الحالي بتاريخ 23 يناير.¹⁷

ومنذ أن تأسس المجلس التأسيسي الوطني في تونس بتاريخ 23 أكتوبر من عام 2011 إلى أن أتم مهمته في 26 يناير من عام 2014، تأثر بأراء وتعليقات المراقبين والمجتمع المدني والإعلام وأحياناً بالأراء التي تصدر عن المجتمع أو التي تأتي من الخارج. وقد مرت عملية كتابة المسودة بتوقف بتاريخ 14 يناير عام 2012. وفي تاريخ 3 يناير 2013 بدأت المناقشات حول جميع المواد مرة أخرى. وقد صدرت المسودة الثانية للدستور بتاريخ 22 نيسان من عام 2013. وقد تم الكشف عن المسودة الثالثة بتاريخ 1 حزيران. وقد كانت محتويات مواد الدستور لوحدها سبباً للنقاشات الحادة والصراعات الفكرية.¹⁸

وكان لهذا العمل تأثير على النقاشات الحاصلة في تركيا التي تتمتع بتجربة ديمقراطية طويلة ولكنها تعرضت بين الفينة والأخرى لانقلابات حدائية وما بعد حدائية، والتي تحكم بدستور لا يتمتع بالقدر الكافي من المدنية والديمقراطية على الرغم من المحاولات العديدة

¹⁶GUELLALI, Amna, "The Problem with Tunisia's New Constitution", <https://www.hrw.org/news/2014/02/03/problem-tunisia-new-constitution>, World Policy Journal, 2014

¹⁷GUELLALI, a.g.e., s. 12

¹⁸"The Best and Worst of Tunisia's New Constitution", Çev. Sahar Goussoub, <http://www.al-monitor.com/pulse/politics/2014/01/tunisia-constitution-drafting-best-worst.html#>, Erişim Tarihi: 16.08.2014, saat: 12.00

في الدول التي تمر بمرحلة التحول الديمقراطي فإن السبب الرئيس لتغيير دساتيرها هو الرغبة في التحول الديمقراطي فيما يخص اتخاذ القرار من قبل القوى السياسية وجعل الدستور يعتمد على حفظ حقوق الإنسان.

وبالمقاييس على الديمقراطيات الغربية فإن التحول إلى النظام والدستور الديمقراطي في الدول الإسلامية كان محدوداً وبطيئاً. فإلى جانب الدول التي تتميز ببنية ديمقراطية كتركيا وماليزيا وأندونيسيا نجد أن دولاً في الشرق الأوسط وشمال أفريقيا تتمتع بالاستقرار على مدى سنوات ولكنها تحت حكم استبدادي. ونرى الآن الدول التي ترغب في تدعيم النظام الديمقراطي، و الدول التي هي في مرحلة التحول الديمقراطي، وخاصة من الدول الإسلامية في الشرق الأوسط وشمال أفريقيا والتي كان الاستبداد سائداً فيها سابقاً، نرى فيها عملية التحول الدستوري وعملية بناء الدساتير. ونرى أنه وبعد انتشار أحداث الربيع العربي التي بدأت في تونس في نهاية عام 2010 وانتشرت إلى جميع الدول المسلمة في المنطقة بداية النهاية للأنظمة الاستبدادية، ومحاولات إنشاء أنظمة سياسية مع اضطراب القادة الذين حكموا تلك البلاد لعشرات السنين إلى الرحيل. ويمكن أن نرى نجاح تونس في إنشاء دستور ناجح بين تلك الدول.

دخلت تونس في مرحلة مفصلية فيما يخص مستقبل البلاد بعد اتخاذ القرار بإنشاء دستور جديد من قبل الثورة في نهاية شهر يناير من عام 2011. وقد عمل المجلس الوطني على مدى مدة تقارب السنتين على نص الدستور من خلال النقاشات المهمة التي أجراها حول كل مادة ومن خلال العمل الجاد على اختيار المواد. وعندما وافق المجلس على الدستور كان هناك مادة في الدستور تحتوي على تناقضات حقوقية خطيرة. وأصبحت المتناقضات والعبارات غير الواضحة التي تحتويها المادة السادسة موضوعاً للبحث والتمحيص. وقد كانت هذه المادة عبارة عن إخلال بحقوق الإنسان في كانت تونس تحاول إنشاء مستقبلها السياسي والحقوقية. وقد حاولت المادة السادسة عمل شيء مستحيل كالتوفيق بين جماعتين من الجماعات الراديكالية صاحبة الأفكار المتناقضة. المادة المذكورة كانت تقول بأن الشخص له الحرية في

اختلافاً في بعض المفاهيم حيث نجد أن الدستور يركز على عملية إنشاء الدستور أكثر من كونه نصاً مكتوباً. وبهذا الشكل لا يصبح الدستور هدفاً فقط وإنما يتخطى ذلك إلى نص تتم كتابته من خلال التوافق الذي ينتج عن عملية المشاركة في الدستور من قبل الجميع واستيعابهم، ويكتسب الدستور مشروعيته من كل ذلك.¹⁴ ومن أهم نتائج هذا النموذج الجديد هو إنشاء الدساتير مباشرة من قبل الشعب وليس من قبل الطبقة العليا كما كان سائداً في الماضي.

وإذا كنا سنتناول الدستور من الجانب الإيجابي حقوقياً، فيمكن القول بأن الدستور في دولة ما هو الذي ينظم الواجبات، والسلطات، وهو الذي ينظم الممنوعات والمسموحات المتنوعة، وهو الذي ينظم سلوك الأفراد سياسياً، وهو الذي ينظم المعايير الخاصة بمن هم دونه وبمن هم أعلى منه. وإذا كان سنعرّف الدستور متخذين من الدولة أساساً للتعريف فيمكن القول بأن الدستور هو الوثيقة التي تنظم إنشاء الدولة وأسس السلطة والواجبات وهو الذي يدافع عن حقوق الأفراد وحريتهم في مواجهة سلطة الدولة. وإذا كنا سنعرّف الدستور من وجهة نظر الفرد فيمكن القول بأن الدستور هو الوثيقة التي تعمل على تقوية حقوق وحرية الأفراد وهي التي تنظم إنشاء الحكومة ومهامها وسلطتها. وإذا كنا سنقيم الموضوع من وجهة النظر الحقوقية الإيجابية البحتة، فلا أهمية البتة للطرف أو للأطراف التي أنشأت الدستور لكي يصبح الدستور نافذاً.¹⁵

احتاجت بعض الدول صاحبة الأنظمة السياسية المستقرة إلى إنشاء دستور جديد كلياً أو إلى تعديل دستورها القائم بسبب التطور الجذري الذي يحصل في ركانزها الأساسية أو بسبب التعديل على تلك الركانز. أما

<http://www.usip.org/sites/default/files/resources/sr107.pdf>, Erişim Tarihi: 12..2014, saat:13.30, s. 21

¹⁴MOEHLER, Devra C., "Participation and Support for the Constitution in Uganda", Journal of Modern African Studies, 2006, 44/2, s. 9

¹⁵CAN, Osman, "Demokrasiye Geçişte "Sivil" Anayasa ya da "Gül'ün Yalnızca Adı mı Değişiyor?", Ankara Barosu Dergisi, Y. 65, S. 3, 2007, Ankara, s. 39

ويحكم الدولة، يمتد تأثيره إلى السياسة والحياة الاجتماعية وحتى الحياة الاقتصادية. وتؤثر الروح الدستورية التي تحملها هذه القيم تأثيراً كبيراً على نجاح النظام الدستوري. وبناء عليه فإن الدساتير يتجانس مع الفلسفة الدستورية بقدر ما تتخذ القيم التي يحملها الفرد مركزاً لها وبقدر ما تكون قوية حقوقياً في مواجهة قوة الدولة.¹⁰

في عام 1990 وبعد انهيار الاتحاد السوفييتي بدأت موجة من تكوين الدساتير في العديد من الدول التي أعلنت استقلالها. ويجب أن ندخل ضمن موجة إنشاء الدساتير الجديدة أيضاً التحول من نظام الحكم العنصري إلى نظام الحكم الديمقراطي في جنوب أفريقيا، وأيضاً النجاح الذي حققه التحول في بنية الدستور التونسي الذي تحول من الدكتاتورية إلى الديمقراطي في تونس بعد بداية الربيع العربي. ويمكن أن نسمي الأحداث التي أدت إلى تحول الدساتير من الدكتاتورية إلى الديمقراطية والتي بدأت في منتصف التسعينات واستمر بعضها إلى يومنا هذا، يمكن أن نسميها فترة الموجة الدستورية الأخيرة. ويمكن القول بأن العامل الأساسي الذي ولد هذه الموجة هو المناخ العدائي السائد والذي نتج عن الاختلافات العميقة في الإثنية والدين واللغة، وخاصة في ظل منع الشعب من المشاركة في الحكم بسبب الدكتاتورية، ولذلك كانت هذه الموجة من التحول إلى الديمقراطية. وإذا أخذنا كل هذه العوامل بالاعتبار فإنه يمكننا القول بأنه ظهرت نماذج جديدة في موضوع إنشاء الدساتير.¹¹ ويسمى أندريو أراتو هذه النماذج الجديدة من الدساتير بدساتير ما بعد الاستقلال (post sovereign)¹². أما هارت فيسمي هذه الفترة بعملية إنشاء الدساتير الديمقراطية.¹³ وفي ثقافة الدساتير الأمريكية والفرنسية نجد

¹⁰GÜLENER, Serdar, "Anayasa yapımında yeni bir Paradigma; kapsayıcı, katılımcı, uzlaşmacı anayasa yapımları ve çeşitli örnekler", Gazi Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi C. XV, Y. 2011, S. 3, s.200

¹¹GÜLENER, a.g.e. s. 201

¹²ARATO, Andrew, Post Sovereign Constitution-making in Hungary: After Success, Partial Failure, and Now What?, Part One, <http://lapa.princeton.edu>, Erişim Tarihi: 15.06.2014, saat: 14.30, s. 32

¹³HART, Vivien, "Democratic Constitution Making", United States Institute of Peace Special Report, s.

وإذا أردنا أن نعبر عن التعديلات الدستورية بشكل عام، فهي على صلة وثيقة بالحقوق الساسية واتجاه الدولة إلى الشكل المؤسساتي. أما القواعد التي تضمن الحقوق الأساسية والحرية في الدستور فهي وجود شرط الحقوق في الدستور ووجود شرط اتجاه الدولة إلى المؤسساتية. وفي هذا المعنى فإن الدستور في الأساس هو الوثيقة الحقوقية الأرفع التي تحد من قوة الدولة فيما يخص الأفراد، فهو بمثابة الرمح الذي يقف بوجه الدولة القوية أو على الأقل يجب أن يقوم بهذه المهمة نظرياً. علماً أن وضع الشروط في الدستور يعني وضع حدود تحد من سلطة الحكومة. وكما هو معلوم فإن الدستور في العديد من الدول يتميز بميزات حقوقية أعلى من الوثائق الحقوقية الأخرى. ومن أهم الأسباب لذلك هو تصميم الدستور لكي يكون قادراً على فرض الرقابة على الحكومة.⁸

يمكن تصنيف الدساتير على أكثر من أساس فيمكن تصنيفها بشكل رئيسي إلى دساتير تقنية – حقوقية و دساتير سياسية. فالدساتير التقنية – الحقوقية الخالصة تظهر وضع الدولة وبهذا فإن هذا النوع من الدساتير يوضح بشكل أساسي الشكل السياسي للدولة (ملكي، جمهوري، ديمقراطي) ومصدر القوة وطريقة استخدامها و سلطاتها، وشكل الدولة (متحدة أو فدرالية)، وشكل الحكومة (رئاسية، نصف رئاسية، أو حكومة برلمانية)، وشكل أجهزة الدولة الأساسية (القضائية والتنفيذية والتشريعية) ويوضح أيضاً سلطات هذه الأجهزة وينظم شكل العلاقة بينها⁹

الهدف الأساسي للفكر الدستوري هو وضع حدود لقوة الدولة. والأداة الرئيسية التي تستخدم للوصول إلى هذا الهدف هي الدستور. وفي هذا الإطار وكما هو معلوم فإن الدستور في الأساس يقوم بحماية الحقوق الشخصية الأساسية للأفراد وضمانها يقوم في نفس الوقت بتحديد أجهزة الدولة الأساسية وتحديد شكل العلاقة فيما بين تلك الأجهزة. وبهذا فإن الدساتير تعد نظام قيم إضافة إلى كونها تحمل هوية معيارية. ويمتد تأثير هذا الدستور القيمي الذي يستمد قيمته من الشعب

⁸GÜLSOY, a.g.e., s. 11

⁹GÜLSOY, a.g.e., s.16

بدأ عصر الدساتير المكتوبة في العالم مع دستور الولايات المتحدة الأمريكية عام 1789، وكنتيجة للكفاح السياسي المرير الذي قدمته الشعوب فقد حلت الأنظمة الديمقراطية والدستورية محل الأنظمة الملكية ذات الحكم المطلق في العديد من الدول. وأخذت الديمقراطية بالانتشار على شكل موجات؛ ولكن مرحلة الانتقال الديمقراطي أصيبت بانتكاسات بين الفينة والأخرى.

وبالنظر إلى الظروف العديدة التي تحيط بوضع الدساتير التي وضعت إلى وقتنا الحاضر، يمكننا أن نرى أن القواعد الأساسية لهذه الدساتير يمكنها أن تكون متوافقة مع هذا التنوع الكبير؛ عند إنشاء دولة جديدة وسحب الجيش يده من السلطة وعودته إلى ثكناته أو عندما يبتعد رئيس الدولة عن الحكم كما حدث عند نهاية الشيوعية وإنشاء السوق الحر والليبرالية.⁴ يمكن أن يكون للدستور أبعاد مختلفة. ففي حين يقول البعض بعدم احتواء الدستور على أي شيء غير القواعد الحقوقية لأنه عبارة عن وثيقة حقوقية في الأساس، يقول آخرون بأن الدستور عبارة عن بيان، وتعبير عن إيمان، وتعبير عن المثل العليا، وهو الضابط الأساسي في إنشاء الدولة.⁵ وبالرغم من أن الدساتير بشكل عام توضع في فترات الأزمات فإن الهدف الأساسي للدستور يجب أن يكون إيجاد حل للأزمة وليس خلق أزمة.⁶ ويلفت أحد المفكرين النظر إلى أن "دساتير هي قيود يضعها الناس على أنفسهم عندما يكونون بكامل قواهم العقلية لكي لا يحاولوا الانتحار والموت عندما يمرون بأوقات عصبية".⁷

⁴BRANDT; COTTRELL; GHAI; REGAN, a.g.e., s.43

⁵WHEARE, Kenneth, Modern Constitutions, 2nd ed. Oxford: Oxford University Press, 1966, s.10

⁶GÜLSOY, Tefvik, Anayasa Yapımı ve Türkiye’de Anayasa Arayışları, Atatürk Üniversitesi Sosyal Bilimler Enstitüsü Dergisi, 2012, 16 (3), 1-22

⁷ELSTER, Jon, Anayasa Yapım Yolları, (Çev. Mehmet Tefvik Gülsoy-Engin Saygın), e-akademi, Eylül 2008, S. 79, ss. 1-15. <http://www.e-akademi.org>, Erişim Tarihi: 15.10.2014, saat:14:30, s. 7

مدخل

تستند الديمقراطية في وجودها أساساً على وجود مجتمع سياسي. ويمكن أن نعرف مصطلح المجتمع السياسي بشكل مختصر بأنه عبارة عن شعب اتخذ قراره بالعيش المشترك. ويمكن للشعب الذي يؤلف ذلك المجتمع السياسي أن يكون مكوناً من مجموعات تنتسب إلى أعراق وأديان ولغات مختلفة. والمهم في هذه النقطة هو أن هذه الشعوب المختلفة قبلت بأن يكون لها تمثيلها وأن تكون مشمولة تحت سقف نظام سياسي موحد.

وفي هذا الإطار فإنه يوجد هدفان أساسيان منتظران من الدستور في العديد من الدول. ويتألف هذان الهدفان من إنشاء المجتمع السياسي و إنشاء قوة الدولة ووضع القواعد الناظمة لاستخدام تلك القوة لخلق الديمقراطية وتهيئة الأرضية لاستقرارها. الهدف الأساسي للدساتير هو إنشاء المجتمع السياسي وتقويته. أما ما يكسب إنشاء المجتمع السياسي مشروعيته فهو أن يكون مستنداً إلى قبول الجميع. ولذلك فإن قبول أعضاء المجتمع السياسي هو أولوية تسبق الاتفاقات التي تؤدي إلى تشكيل الحكومة أو النظام الحاكم. ولكن في المجتمعات الحديثة يمكن من خلال الدستور الوصول إلى إنشاء المجتمع السياسي و تعيين شكل الحكم ونظامه في نفس الوقت. باختصار فإن الدستور يحتل موقعا رئيسا في موضوع إنشاء الدولة.² ويمكن أن نقسم الدساتير إلى دساتير مكتوبة وغير مكتوبة. ففي بعض الدول يوجد إلى جانب الدستور المكتوب قوانين دستورية غير مكتوبة. ولكن هناك احتمال دائم بأن تؤدي القوانين غير المكتوبة إلى مشاكل في التطبيق.³

²BRANDT, Michele; COTTRELL, Jill; GHAI Yash; REGAN Antony, Constitution-Making and Reform Options for the Process, <http://www.constitutionmakingforpeace.org/sites/default/files/Constitution-Making-Handbook.pdf>, Erişim Tarihi: 10.11.2014, saat: 10.00, s. 15

³ELSTER, Jon, Forces and Mechanisms in Constitution Making Process, <http://scholarship.law.duke.edu/cgi/viewcontent.cgi?article=3297&context=dlj>, Erişim Tarihi: 10.08.2014, saat: 13.50, s. 365

Turkey has been democratic state especially from 1950 elections as the first fair and free elections with the multi party participation. However, it has been several military interventions to civilian governments and democracy in 1960, 1971, 1980, 28 February era postmodern military intervention, 27 April military intervention and 15 July coup d'état attempt. So still it is a big need in Turkey to make a civilian and democratic constitution.

The Article very basically looks at the introductory explanation of a democratic constitution making in Tunisia after 2011 revolution that led to Arab Spring. It tries to compare the constitution making experiences both in Tunisia and Turkey.

Keywords: Democratic Constitution Making, Arab Spring, Tunisia Constitution, Civil Constitution

ديناميكية إنشاء الدستور الديمقراطي الدستور التونسي مثالا
لكي لا يُضطر الإنسان إلى الثورة كحلّ أخير ضد الظلم والاستبداد فإن
حماية حقوق الإنسان من خلال نظام حقوقي أمر ضروري.¹

Yrd. Doç. Dr. Murat Tümay

Abstract

There are two fundamental mandates of the Constitutions in most of the states. Establishing the political society to found and stabilise the democracy and founding state government /power and determining rules to control and limit this power are two fundamental duties of the modern constitutions. For a long time Tunisia has been governed under a dictatorial system and in 2011 with the start of the Arab Spring social movements there has been a transition to democracy in Tunisia. In 2014 Tunisia has been the only successful country which completed this transition in a constructive way and has been successful in getting a democratically made constitution.

¹Evrensel İnsan Hakları Beyanamesi, G.A Res. 217 (III) A, önsöz, U.N Doc. A/RES/217 (III)(10 Aralık 1948)

العبادي، موسى (2016)، القانون الدولي العام، حقوق الإنسان وحرياته، عمان: دار العامرية للنشر.

عبد العال، محمد شوقي (1996)، حقوق اللاجئين طبقاً لمواثيق الأمم المتحدة، القاهرة: ندوة الحماية الدولية للاجئين 17-18 نوفمبر.

العطية، عصام (2015)، القانون الدولي العام، بغداد: دار السنهوري.

عكاوي، ديب (2002)، القانون الدولي العام، ط1، عكا: مؤسسة الأسوار.

علوان، عبد الكريم (2015)، الوسيط في القانون الدولي العام، الكتاب الثالث، حقوق الإنسان، ط5، عمان: دار الثقافة للنشر والتوزيع.

فرج، صلاح الدين طلب (2009)، حقوق اللاجئين في الشريعة الإسلامية والقانون الدولي، غزة: مجلة الجامعة الإسلامية، مج 17، العدد 1.

قطاطشة، محمد حمد (2014)، مبادئ العلاقات الدولية، ط1، عمان: دار وائل للنشر والتوزيع.

كنعان، نواف (2008)، حقوق الإنسان في الإسلام والمواثيق الدولية والديساتير العربية، عمان: إثراء للنشر والتوزيع.

المجذوب، محمد (2002)، القانون الدولي العام، بيروت: منشورات الحلبي الحقوقية.

مون، بان كي (2012)، توجيهات الأمم المتحدة من أجل الوساطة الفعالة، نيويورك: منشورات الأمم المتحدة.

موقع المفوضية العليا لحقوق اللاجئين على الرابط:
[/http://www.unhcr.org](http://www.unhcr.org)

وكي تكون المبادرة كاملة يجب أن يكون لها شق اقتصادي يقوم بتنمية الدولة الناشئة لذلك يقترح الباحث أن تضمن المبادرة القانونية مبادرة اقتصادية بحيث يتحقق من خلالها ما يلي:

التأكيد على الحقوق الاقتصادية لشعب هذه المنطقة بحيث يقوم مجموعة من الخبراء في التنمية والاقتصاد، والاستثمار من جميع الدول الأطراف في النزاع، ومن جميع الدول المهتمة بالاستثمار في هذه المنطقة بوضع السياسة الاقتصادية لهذه الدولة على أن تنفذ معظم المشاريع الاقتصادية والاستثمارية بطريقة البناء والتشغيل والتحويل والمعروفة بال B.O.T وعلى أن تكون المدة الأقصى لهذه الاستثمارات لا تتجاوز ال 25-30 سنة كما يُشترط في جميع هذه العقود أن تقوم هذه الشركات بتنفيذ جميع البنى التحتية اللازمة خلال فترة متفق عليها وتسلم إدارتها مباشرة لأجهزة أو مؤسسات الدولة الناشئة.

المراجع / References

- أبو هيف، علي صادق، القانون الدولي العام، ط12، الإسكندرية: منشأة المعارف.
- أمر الله، برهان (1983)، حق اللجوء السياسي، دراسة في نظرية حق الملجأ في القانون الدولي، القاهرة: دار النهضة العربية.
- حمّاد، علي محمد حسنين (2010)، اللاجئون والأمن الإنساني في الشريعة والمواثيق الدولية، الرياض: جامعة نايف العربية للعلوم الأمنية.
- السلطان، منيرة فيصل عبد الله (2012)، الوساطة أداة رئيسية من أدوات تنفيذ السياسة الخارجية الكويتية عربياً وإسلامياً، رسالة ماجستير في العلوم السياسية، عمان: جامعة الشرق الأوسط.
- الشرقاوي، سعاد (1979)، نسبية الحريات العامة وانعكاساتها على التنظيم الدولي، القاهرة: دار النهضة العربية.
- صباريني، غازي حسن (1997)، الوجيز في حقوق الإنسان وحرياته الأساسية، عمان: مكتبة دار الثقافة للنشر والتوزيع.
- الصمادي، زياد (2010)، برنامج دراسات السلام الدولي، جامعة السلام التابعة للأمم المتحدة.

ويُفضل أن يكون هذا الاجتماع في أي منطقة من الصحراء الغربية حتى ولو كان في خيمة.

2- نتيجة للطرح السابق يجتمع عدد من حكماء كل طرف من أطراف النزاع يختاره أطراف النزاع بأنفسهم، ويجتمعون مع وفد من الاتحاد الدولي للحقوقيين، أو أي منظمة حقوقية عالمية، ويجب أن تكون الغاية من هذا الاجتماع وضع أهداف واضحة لكل طرف من أطراف النزاع، بحيث يتفق على تحقيقها جميع أطراف النزاع على ألا تتضارب مع بعضها البعض، لوضع الأسس القانونية التي عليها سيعتمد كل الأطراف لعدم نشوء أي خلاف مستقبلي.

3- نتيجة للاجتماعات السابقة يُعلن الأطراف جميعاً عن إنشاء دولة مستقلة ذات سيادة منزوعة السلاح، على أن تقوم بحمايتها من أي اعتداءٍ خارجي مجموعة الدول والمنظمات التي لها أهداف تريد تحقيقها في هذه المنطقة.

4- يقوم مجموعة من الحقوقيين من أعضاء الاتحاد الدولي للحقوقيين، أو أي منظمة حقوقية أخرى، بصياغة دستور خاص جديد للدولة الناشئة يهدف إلى تحقيق أهداف جميع الأطراف المتنازعة، ويُحقق العدالة القانونية والاجتماعية والاقتصادية لجميع سكان الدولة الناشئة، ويتفقون مع حكماء جميع الأطراف على نوع الحكم.

5- يجب أن ينص أول اتفاق مشترك على عودة جميع اللاجئين والنازحين من الصحراء الغربية إلى أراضيهم دون أن يُسمح لأحد منهم بحمل السلاح مهما يكن نوعه.

6- يجب أن يتم إنشاء مؤسسات فاعلة لإدارة نشاطات الدولة الناشئة، بما فيها الجامعات، والمعاهد، وبعض المدارس المتخصصة.

7- نظراً لقلّة عدد ساكني هذه المنطقة من المفيد الاستعانة بخبرات اللاجئين من شتى الدول العربية ومحاولة توطينهم في هذه المنطقة هم وعائلاتهم.

هي : خضوعها لمبدأين من ناحية التنظيم فهي تخضع أولاً لمبدأ الجماعي، ومبدأ الدوام بمعنى أن كل لجنة تتكون من ثلاثة أعضاء أو خمسة وأنها لا تتكون لحل خلاف معين وإنما تنشأ بموجب معاهدات تنص عليها، أما الغرض الرئيس لطرق التوفيق هو تسوية المنازعات التي تتعلق بالمصالح المتبادلة للدول، حيث تنحصر مهمة اللجنة بدراسة النزاع وتقديم تقرير عن هذا النزاع للأطراف يتضمن الاقتراحات التي تراها لجان التوفيق كفيلة بحل النزاع، ولكن هذا التقرير لا يحمل صفة الإلزامية، أما الإجراءات التي تتبعها هذه اللجان فهي تجتمع عادة بصورة سرية، وليست مجبرة على نشر تقاريرها، كما إن جميع قراراتها تتخذ بالأغلبية، إضافة إلى أن التوفيق أخذ يتحول إلى تحكيم في معاهدات الصلح كما حدث في معاهدات الصلح التي عقدت بين الحلفاء وإيطاليا عام 1947، حيث نصت هذه المعاهدات على إنشاء لجان للتوفيق تكون قراراتها نهائية وإلزامية للدول الأطراف⁽⁶¹⁾.

الخاتمة والتوصيات / Conclusion and Recommendations

رغم أن معظم الطرق الودية لحل المنازعات قد تم اللجوء إليها لحل النزاع حول الصحراء الغربية إلا أنها جميعاً باءت بالفشل، ومع التأكيد على أنه ثبت على مر التاريخ وما نشهده اليوم من أن الحل العسكري هو من أفضل الطرق لحل النزاعات، بل إن الحل العسكري يؤدي إلى كوارث ومصائب تعاني منها معظم بلدان العالم اليوم وعلى رأسها دمار البلاد، وتشرد مواطنيها، وعلى اعتبار أنه للشعوب حق في تقرير مصيرها سياسياً واقتصادياً واجتماعياً، وبناءً على الواقع المشاهد، ومعرفة للوقائع التي حاولت حلّ النزاع الصحراوي بمختلف الطرق، يقترح الباحث مبادرة تسعى إلى حلّ لهذا النزاع بشكل يكون فيه جميع أطراف النزاع رابحين، وسوف تتطرق هذه المبادرة بوضع الحلول القانونية العملية لفض النزاع، وهذه المبادرة تتلخص في النقاط الرئيسية التالية:

- 1- دعوة ممثلين لجميع أطراف النزاع للجلوس إلى طاولة اجتماعات يُبين فيها كل طرف أهدافه وغاياته - بكل وضوح وشفافية ودون اعتراض من أحد - من منطقة الصحراء الغربية،

61 - العطية، عصام، القانون الدولي العام، مرجع سابق، ص / 591-592.

استرليني) لبريطانيا تعويضاً عن الأضرار التي لحقت بزوارق الصيد البريطانية، كما استخدمت الأمم المتحدة طريقة التحقيق لبحث القضية الفلسطينية فأصدرت في 29 تشرين الثاني 1949 قرار التقسيم⁽⁵⁷⁾، ويجب أن نذكر هنا أن طريقة التحقيق أصبحت وسيلة إيضاح الغرض منها تسهيل مهمات المنظمات الدولية في تسوية المنازعات بين الدول، كما أصبحت لجان التحقيق تتوجه إلى مكان المشكلة مثلها مثل لجان القانون، إضافة إلى أنها أصبحت تقترح الحلول بدلاً من الاكتفاء بعرض الوقائع⁽⁵⁸⁾.

ثانياً التوفيق: دخلت هذه الطريقة في حل المنازعات الدولية بعد الحرب العالمية الأولى وخصوصاً بعد أن نبهت إليها الجمعية العامة لعصبة الأمم المتحدة عام 1922، حيث جاء النص عليها في الكثير من المعاهدات الثنائية والجماعية التي تم إبرامها لتسوية المنازعات الدولية ومنها ميثاق لوكارنو⁽⁵⁹⁾ سنة 1925، ومعاهدات البلطيق⁽⁶⁰⁾ سنة 1925، وميثاق التحكيم سنة 1928، إلا أن طرق التوفيق تتميز بثلاث خصائص

57 - قرار تقسيم فلسطين هو الاسم الذي أطلق على قرار الجمعية العامة التابعة لهيئة الأمم المتحدة رقم 181 والذي أصدر بتاريخ 29 نوفمبر 1947 بعد التصويت (33 مع، 13 ضد، 10 ممتنع) ويتبنى خطة تقسيم فلسطين القاضية بإنهاء الانتداب البريطاني على فلسطين وتقسيم أراضيها إلى 3 كيانات جديدة، كالتالي: 1. دولة عربية: وتقع على الجليل الغربي، ومدينة عكا، والضفة الغربية، والساحل الجنوبي الممتد من شمال مدينة أسدود وجنوباً حتى رفح، مع جزء من الصحراء على طول الشريط الحدودي مع مصر. 2. دولة يهودية: على السهل الساحلي من حيفا وحتى جنوب تل أبيب، والجليل الشرقي بما في ذلك بحيرة طبريا، والنقب بما في ذلك أم الرشراش أو ما يعرف بإيلات حالياً. 3. القدس وبيت لحم والاراضي المجاورة، تحت وصاية دولية. كان هذا القرار من أول محاولات الأمم المتحدة لحل النزاع العربي اليهودي على أرض فلسطين. (ويكيبيديا الموسوعة الحرة).

58 - العطية، عصام، القانون الدولي العام، مرجع سابق، ص 587-591.

59 - معاهدات لوكارنو كانت سبع اتفاقيات أوروبية أسفرت عن ميثاق أمن راينلاند وست معاهدات أخرى، ففي أكتوبر من عام 1925، التقى ممثلو سبع دول أوروبية في لوكارنو بسويسرا لمناقشة خطط إقامة سلام دائم في أوروبا. حضر هذا الاجتماع مندوبون من بلجيكا وتشيكوسلوفاكيا وفرنسا وألمانيا، وبريطانيا وإيطاليا وبولندا. وكانت أهم مشكلة واجهها المؤتمر هي التوصل إلى تسوية بين فرنسا وألمانيا. ولأول مرة منذ الحرب العالمية الأولى، عامل المؤتمر ألمانيا دولة صديقة. وبنهاية المؤتمر في 16 أكتوبر 1925 كان المندوبون قد وقّعوا على سبع معاهدات (موقع المعرفة)، تم الدخول إلى الموقع بتاريخ 3 آذار/ 2017 الساعة 5:10 مساءً متوفر على الرابط <http://www.marefa.org/>.

60 - في 24 أغسطس تم توقيع اتفاقية بين ألمانيا والاتحاد السوفيتي لتقسيم دول البلطيق بين الدولتين، فتكون فنلندا وإستونيا ولاتفيا من نصيب الاتحاد السوفيتي والمناطق البولندية الواقعة شرق ناريف وفتستولا وأنهار السان، بينما تأخذ ألمانيا غرب بولندا وليتوانيا تكون ضمن النطاق الألماني، ثم تم توقيع اتفاقية سرية أخرى في سبتمبر وضعت على أساسها ليتوانيا ضمن مناطق السيطرة السوفيتية. (ويكيبيديا الموسوعة الحرة).

أشمل وأوسع من لجان التحقيق ويظهر هذا الأمر جلياً عند صياغة مشاريع القرارات التي يتم عرضها على الأطراف المتنازعة، وعادة ما يجري تأسيس لجان التحقيق والتوفيق من قبل الدول المتخاصمة بنفسها، حيث يختار كل طرف أعضاء اللجنة من مواطنيه ضمن أسس متساوية، ولكن في حالات معينة تتفق الدول المتنازعة على دخول مواطنين من دول أخرى في هذه اللجان⁽⁵⁴⁾.

أولاً التحقيق: وهي إحدى الطرق لتسوية النزاعات اقترحتها روسيا في عام 1899 خلال مؤتمر لاهاي الأول، وبعد ذلك تم تنظيم القواعد والإجراءات الخاصة بهذه الطريقة في اتفاقية لاهاي التي انعقدت عام 1907، فعندما يكون أساس النزاع خلاف على أمور معينة من المفضل أن تقوم الدولتان المختلفتان بتعيين لجنة تحقيق دولية تقوم بفحص وقائع النزاع، وإذا اختلفت الدولتان على تشكيل هذه اللجان تنتخب كل دولة عضوين ثم يقوم الأعضاء الأربعة باختيار العضو الخامس⁽⁵⁵⁾، وأما مهمة هذه اللجان فتعقد في جلسات غير معلنة ثم تتخذ قرارها بالأغلبية وتقوم بتسليم نسخة من تقريرها إلى كل من ممثلي كل طرف، حيث يقتصر هذا التقرير على سرد الوقائع المطلوب التحقيق فيها وما ظهر للجنة من هذه الوقائع وتترك الحكم بالمسؤولية لطرفي النزاع كي يقوموا باستخلاص الأثر الذي يريانه من تقرير اللجنة، ومن الجدير بالذكر أن هذه الطريقة قد تم استخدامها لأول مرة في النزاع الروسي البريطاني المعروف بحادث Dogger Bank⁽⁵⁶⁾؛ فاتفقت روسيا وبريطانيا بناء على اقتراح فرنسا على تشكيل لجنة تحقيق من خمسة أشخاص برئاسة الأميرال الفرنسي فورنييه، وبعد الاجتماع في باريس أصدرت اللجنة قرارها في 26 شباط 1905 وبموجب هذا التقرير الذي أثبت أنه لم يكن هناك أي سفن يابانية في أي مكان في بحر الشمال وإن هجوم الأسطول الروسي لا مبرر له؛ وافقت روسيا على دفع مبلغ (63 ألف جنيه

54 - عكاوي، ديب، القانون الدولي العام، مرجع سابق، ص / 365-366.

55 - العطية، عصام، القانون الدولي العام، مرجع سابق، ص / 587-588.

56 - خلاصة هذا الحادث أن الأسطول الروسي الذي كان متجهاً إلى اليابان التقى في ليلة 20-21 تشرين الأول 1904، في بحر الشمال ببعض زوارق الصيد البريطانية فظننها زوارق طوربيد يابانية فأطلق عليها النار مما أدى إلى غرق زورق وعطب خمسة زوارق وقتل رجلين وإصابة آخرين بجروح (العطية، عصام، القانون الدولي العام، مرجع سابق، ص 588).

ثانياً المساعي الحميدة: وعادة ما يتم اللجوء إلى المساعي الحميدة عندما تفشل المفاوضات، أو عندما يكون هناك خلاف دولي وصل إلى سحب السفراء وقطع العلاقات الدبلوماسية، وعندها يتحرك طرف ثالث من تلقاء نفسه أو بطلب من أحد الطرفين المتنازعين أو كليهما معاً حيث يقوم بعرض مساعيه الحميدة حاثاً الطرفين على تسوية النزاع بالتفاوض، أو على استئناف المفاوضات عند توقفها، وإنجاز هذه المهمة يقوم الطرف الثالث بعقد اجتماعات غير رسمية مع الأطراف المختلفة ليطلع على مواقف كل من طرفي النزاع، حيث ينقل إلى كل طرف من الأطراف المتنازعة وجهة الطرف الآخر، ولما كان الطرف الثالث في معظم الأحيان صديقاً للطرفين فإن هذا الطرف يحاول إزالة كل خصومة بين أطراف النزاع ولذلك يُشترط فيه أن يكون مقبولاً من جميع الأطراف⁽⁵²⁾، والمساعي الحميدة ذات أهمية كبرى نظراً لكونها تحاول حل الخلاف من جذوره، ومن وجهة نظر سلمية بحتة، ومع ذلك فلنجاح المساعي الحميدة لا بد من وجود أهمية كبيرة للطرف الثالث الذي يقوم بهذه المهمة ومن الجدير ذكره أنه يمكن لدولة واحدة أن تقوم بالمساعي الحميدة أو عدة دول أو منظمة دولية أو حتى حركة نحرر وطني، وكذلك من أجل نجاح المساعي الحميدة من الأفضل أن يتمتع لمن يقوم بهذه المساعي أن تتوافر فيه بعض المزايا مثل السمعة الحسنة بين الطرفين المتخاصمين، إضافة إلى النفوذ الواسع ورباطة الجأش إضافة إلى الصبر حيث تمكنه جميع هذه الصفات من إنجاز وتحقيق المساعي الحميدة بنجاح⁽⁵³⁾.

المطلب الثالث / Third matter

التحقيق والتوفيق / Investigation and Reconciliation
إن الهدف الرئيس من لجان التحقيق هو إقرار الحقائق المتعلقة بالنزاع إضافة إلى توضيح التفاصيل الدقيقة والحقيقة الكامنة خلف النزاع، أما الهدف من لجان التوفيق فهو التحضير لمشاريع الاتفاقيات المعدة لتسوية الخلافات، وتلعب لجان التحقيق والتوفيق دوراً مهماً في إحلال السلام بين الدول المتنازعة، ومع ذلك فإن مهمة لجان التوفيق هي

⁵² - المجذوب، محمد، القانون الدولي العام، مرجع سابق، ص، /648-685.

⁵³ - عكاوي، ديب، القانون الدولي العام، مرجع سابق، ص 358.

تستخدمان لمنع نشوب حرب أو لإيقاف حرب قائمة بين دولتين أو لحل خلافات أو صراعات قائمة بين دولتين⁽⁴⁷⁾.

أولاً الوساطة: من أهم صفات الوساطة أنها اختيارية، بحيث تكون الدولة المتدخلة لحل النزاع دولة متطوعة، أما الدول المتنازعة فهي حرة في قبول هذه الوساطة أو رفضها، لأن رفض هذه الوساطة لا يُعد مخالفة للقانون الدولي، مع العلم بأن الرفض يُعتبر عملاً غير ودي، كما إن الاستعداد الذي تظهره الدول المتنازعة يقوم بتحديد فعالية وحيوية هذا الأسلوب إلى درجة كبيرة، بالإضافة إلى أنه يقوم بتحديد فعالية هذه الوساطة⁽⁴⁸⁾، وعادة ما يُحاول الوسيط التوفيق بين ادعاءات كل من الطرفين، كما إن الوسيط لا يُحاول فرض حلوله حول النزاع ولكنه ربما قام بمبادرة قوية من خلال الصيغ المقدمة ومثالها وسيط الأمم المتحدة رالف بانشي⁽⁴⁹⁾ في الصراع العربي الإسرائيلي في عام 1948⁽⁵⁰⁾.

وكانت اتفاقية لاهاي لعام 1907 المختصة بفض المنازعات الدولية سلمياً قد قامت بوضع القواعد المتعلقة بالوساطة، كما ألزمت الدول المتعاقدة إلى اللجوء إلى وساطة دول أو دول صديقة قبل البدء بحل الخلافات عسكرياً، كما نصت الكثير من المواثيق الدولية والعربية والإقليمية مثل ميثاق الأمم المتحدة، وميثاق جامعة الدول العربية وميثاق منظمة الوحدة الإفريقية بشكل صريح على الوساطة باعتبارها من أسهل الوسائل المتبعة لإجراء الحوار بقصد مساعدة الأطراف المتنازعة على إيجاد الحلول الودية والعادلة لمنازعاتهم⁽⁵¹⁾.

47 - الصمادي، زياد (2010)، برنامج دراسات السلام الدولي، جامعة السلام التابعة للأمم المتحدة، ص55.

48 - انظر العطية، عصام، القانون الدولي العام، مرجع سابق، ص 586، انظر أيضاً عكاوي، ديب، القانون الدولي العام، مرجع سابق، ص 358.

49 - رالف بنش بالإنجليزية Ralph Bunche: هو دبلوماسي أمريكي وبروفيسور بجامعة هارفارد عمل وسيطاً في فلسطين عام 1948. ولد في 7 أغسطس 1904 وتوفي في 9 ديسمبر 1971. تحصل على جائزة نوبل للسلام سنة 1950 لعمله كوسيط الأمم المتحدة في فلسطين أثناء فترة الصراع في سنة 1948 بين العرب واليهود، ليصبح بذلك أول من يحصل على هذه الجائزة في التاريخ. (ويكيبيديا الموسوعة الحرة).

50 - السلطان، منيرة فيصل عبد الله (2012)، الوساطة أداة رئيسية من أدوات تنفيذ السياسة الخارجية الكويتية عربياً وإسلامياً، رسالة ماجستير في العلوم السياسية، جامعة الشرق الأوسط، عمان، ص42.

51 - المجذوب، محمد، القانون الدولي العام، مرجع سابق، ص 686.

سلمية أخرى لتحقيق التسوية، وربما تركت الطريق مفتوحاً أمام دول أخرى لتقوم بتقريب وجهات النظر (41).

المطلب الثاني / Second matter

الوساطة والمساعي الحميدة / Mediation and Righteous efforts

تعتبر الوساطة إحدى أكثر الوسائل فعالية في منع نشوب النزاعات وحلها، مع العلم أن تحقيق هذه الفعالية يتطلب وجود شخصية رفيعة تستطيع في كثير من الأحيان إقناع الأطراف المتنازعة بمزايا الوساطة، كما يجب أن تكون عمليات السلام مدعومة بشكل كافٍ على جميع المستويات، لأن جهود الوساطة التي لا تكون منسقة بشكل كامل لن تساهم في تحقيق سلام دائم (42).

والوساطة هي: "مسعى ودي تقوم به دولة ثالثة من أجل إيجاد حلٍ لنزاع قائم بين دولتين، والدولة الثالثة هنا تشترك مباشرة في المفاوضات وإعداد التسوية" (43)، وأما المساعي الحميدة فهي: "العمل الودي الذي تقوم به دولة ثالثة صديقة للطرفين بقصد التخفيف من حدة الخلاف بين الدولتين المتنازعتين وإيجاد أكثر ملائمة لاستئناف المفاوضات والوصول إلى تفاهم فيما بينهم" (44)، والمساعي الحميدة والوساطة: "هي أحد الأساليب السلمية لتسوية المسائل الدولية المعقدة، ويتم اللجوء إليها في الغالب عندما تكون الأطراف المتخاصمة في وضع لا يسمح بإجراء الاتصالات الضرورية أو المفاوضات المباشرة بينها لتسوية الخلاف القائم بصورة سلمية" (45)، أما الفرق بين الوساطة والمساعي الحميدة، فهو أن الدولة التي تقوم بالمساعي الحميدة تقوم بالتقريب بين الدولتين المتنازعتين، وتحاول تحفيز كل منهما على استئناف المفاوضات وذلك دون أن تشترك في المفاوضات (46)، كما تتشابه الوساطة مع المساعي الحميدة في أن هاتين الوسيلتان

41 - المجذوب، محمد (2002)، القانون الدولي العام، مرجع سابق، ص: 684.

42 - مون، بان كي (2012)، توجيهات الأمم المتحدة من أجل الوساطة الفعالة، نيويورك: منشورات الأمم المتحدة، ص 1.

43 - المجذوب، محمد (2002)، القانون الدولي العام، مرجع سابق، ص: 686.

44 - العطية، عصام (2015)، القانون الدولي العام، مرجع سابق، ص: 585.

45 - عكاوي، ديب (2002)، القانون الدولي العام، مرجع سابق، ص: 357.

46 - العطية، عصام، القانون الدولي العام، مرجع سابق، ص / 584-585.

وساطات ومساعي حميدة تقوم بها علي الأغلب الدولة أو بعض الدول الأخرى، لأن تخفيف التوتر يخلق ظروفًا وأجواءً ملائمة لحل الخلاف من أساسه (37).

ثالثاً: تعزيز التعاون والتفاهم بين الدول: من أجل هذا التفاهم أقرت الاتفاقيات الدولية أسلوباً مميزاً يلزم الأطراف المتنازعة على إجراء مفاوضات أو مشاورات أو تبادل آراء، ومنها على سبيل المثال ما جاء في المادة (283) من اتفاقية قانون البحار لعام 1982 التي نصت على أنه: عندما ينشأ نزاع بين دول أطراف يتصل بتفسير هذه الاتفاقية أو تطبيقها؛ تُبادر الأطراف في النزاع بسرعة إلى تبادل الآراء في تسوية النزاع بطريق المفاوضات أو بوسائل سلمية أخرى (38).

وبما أن المفاوضات الدبلوماسية تمتاز بالمرونة والكتمان؛ ولذلك فهي تصلح لتسوية مختلف أنواع الخلافات والنزاعات باستثناء المنازعات المعقدة، ولكن فعالية هذه المفاوضات تعتمد بشكل كبير على وجود حد أدنى من تعادل القوى السياسية بين الطرفين المتفاوضين، حتى لا تقع الدولة الضعيفة تحت رحمة الدولة القوية في المفاوضات الجارية بينهما (39).

أساليب وطرق إجراء المفاوضات: تلجأ الأطراف المتنازعة إلى المفاوضات بشكلها العلني تحت أضواء وسائل الإعلام، وربما لجأت إلى إحاطة هذه المفاوضات بالسرية والكتمان وعقد الاجتماعات المختلفة بتكتم شديد دون صحافة أو إعلام؛ فلأطراف المتنازعة حرية تامة في اختيار نوع وأساليب المفاوضات التي تناسب كلا الدولتين (40).

فشل المفاوضات: عندما تفشل المفاوضات فإن الدول القائمة بالتفاوض تُصدر بياناً بشكلٍ إفرادي أو مجتمعة تعترف في هذا البيان بفشل المفاوضات، ولكن المتعارف عليه أن الجهات المتنازعة تترك الباب مفتوحاً لاستئناف المفاوضات بعد فترة، وربما سعت لاعتماد وسائل

37 - عكاوي، ديب (2002)، القانون الدولي العام، مرجع سابق، ص: 355.

38 - المجذوب، محمد (2002)، القانون الدولي العام، مرجع سابق، ص: 681.

39 - العطية، عصام (2015)، القانون الدولي العام، بغداد: دار السنهوري، ص: 583.

40 - المجذوب، محمد (2002)، القانون الدولي العام، مرجع سابق، ص: 682.

محددة، قد تكون طارئة أو مزمنة، ووجود مصلحة مشتركة لأطراف النزاع في إيجاد تسوية له، وعندما تعتزم الدول المتنازعة على البدء بالمفاوضات فهي بادئ ذي بدء تتفق على إجراء هذه المفاوضات في مكان قريب أو بعيد تختاره، وهذا المكان ربما كان في إحدى العواصم أو المدن التابعة للدول الأطراف، وربما كان في دولة محايدة خصوصاً عندما يكون هناك توتر في العلاقات بين الطرفين، وعلى سبيل المثال فقد اختارت الدول العربية وإسرائيل ونتيجة الضغط المتواصل من أميركا والعاصمة الإسبانية مدريد مكان لإجراء مفاوضات تحت شعار محدد بعنوان (الأرض مقابل السلام)، كما إنه لا يوجد فترة محددة لإنجاز المفاوضات ولذلك فهي ربما تنتهي خلال بضعة ساعات أو أيام، وربما طالت لتصل إلى بضعة أعوام، فإنتهاء الحرب الكورية على سبيل المثال استغرق أكثر من عامين بالإضافة إلى عقد مئات الاجتماعات⁽³⁴⁾.

وباعتبار أن المفاوضات تحتل المركز الرئيسي بين كافة الوسائل السلمية المختلفة لتسوية النزاعات الدولية؛ فقد تم إدراج المفاوضات المباشرة في طليعة الوسائل السلمية في المادة (33) من ميثاق الأمم المتحدة⁽³⁵⁾، كما إن اللجوء إلى المفاوضات يؤدي على الأغلب إلى حصول النتائج التالية:

أولاً: الحل المباشر للخلاف: ففي هذه الحالة يتم تحديد الصراع ومناقشة أسبابه من كافة جوانبه، وكذلك تحديد أبعاد هذا الصراع، كما يتم على الأغلب حل أو معالجة الخلاف من أساسه بصورة جذرية، وبذلك نجد أن المفاوضات تُستخدم بشكل كبير وناجح من أجل تخفيف حدة التوتر من الأطراف المختلفة، وكذلك تحديد الصراع بينهما قبل نشوء الخلاف⁽³⁶⁾.

ثانياً: تحقيق اتفاق بشأن اللجوء إلى أي وسيلة سلمية أخرى لتسوية الخلاف: يكون ترتيب المفاوضات في هذه الحالة أكثر صعوبة حيث تكون المفاوضات صعبة ومعقدة وفي كثير من الأوقات لا يتم إجراؤها إلا بعد

34 - المجذوب، محمد (2002)، القانون الدولي العام، مرجع سابق، ص/681-682.

35- تنص المادة (33) من ميثاق الأمم المتحدة على أنه: "I- يجب على أطراف أي نزاع من شأن استمراره أن يعرض حفظ السلم والأمن الدولي للخطر أن يلتمسوا حله بادئ ذي بدء بطريق المفاوضات والتحقيق والوساطة والتوفيق والتحكيم والتسوية القضائية، أو أن يلجؤوا إلى الوكالات والتنظيمات الإقليمية أو غيرها من الوسائل السلمية التي يقع عليها اختيارها. 2- ويبدو مجلس الأمن أطراف النزاع إلى أن يسووا ما بينهم من النزاع بتلك الطرق إذا رأى ضرورة ذلك.

36 - عكاوي، ديب (2002)، القانون الدولي العام، ط1، عكا: مؤسسة الأسوار، ص: 355.

هذا وتنص المادة الثانية من ميثاق الأمم المتحدة على أنه: " يفض جميع أعضاء الهيئة منازعاتهم الدولية بالوسائل السلمية على وجه لا يجعل السلم والأمن والعدل الدولي عرضة للخطر"، وقد بينت المادة (33) من هذا الميثاق هذه الوسائل، كما بينت الاتفاقات الكبرى التي أبرمت منذ مؤتمر لاهاي لإقرار السلام مؤدى الكثير من هذه الوسائل وما يتصل بها من إجراءات وأحكام، حيث تكلمت اتفاقية لاهاي الأولى سنة 1907 عن الوساطة والخدمات الودية والتحقيق والتحكيم، كما فصل النظام الأساسي لمحكمة العدل الدولية كل ما يتصل بالطريق القضائي، وعالجت معاهدة التحكيم العامة المبرمة في جنيف سنة 1928 موضوع التوفيق كما تعرضت كذلك للقضاء والتحكيم⁽³²⁾.

ولما كانت العلاقات بين الدول تمر بعلاقات هادئة أحياناً، وأحياناً تتعارض مصالح الدول بين بعضها وتؤدي إلى قيام نزاع بينها؛ لذلك تم إيجاد وسائل كثيرة منها وسائل سلمية وسياسية وربما تصل إلى وسائل ضغط مختلفة ومنها وسائل ضغط اقتصادية وقانونية، وربما وصلت إلى وسائل إكراه عندما تفشل الطرق الدبلوماسية، وسيتم معالجة هذا الموضوع من خلال ثلاثة مطالب، بحيث يتحدث المطلب الأول عن المفاوضات، بينما يتحدث المطلب الثاني الوساطة والمساعي الحميدة، أما المطلب الثالث فسوف يتحدث عن التحقيق والتوفيق.

المطلب الأول / First matter

المفاوضات / The negotiations

المفاوضات هي: " مشاورات ومباحثات تجري بين دولتين أو أكثر بقصد تسوية خلاف أو نزاع قائم بينهما بطريقة ودية ومباشرة"، وتقوم المفاوضات على الاتصالات المباشرة بين الدولتين المتنازعتين بهدف تسوية هذا النزاع عن طريق الاتفاق المباشر، وتجري المفاوضات عادة بين وزراء خارجية الدول المتنازعة أو ممثليها الدبلوماسيين، ويمكن أن تجري من خلال مؤتمر دولي أو منظمة دولية⁽³³⁾، كما إن من أهم قواعد وأصول المفاوضات هو أنه: لا تدخل الدول عادة في المفاوضات إلا عند توفر شرطين أساسيين هما وجود نزاع حقيقي وملح حول مسألة

32 - أبو هيف، علي صادق، القانون الدولي العام، ط2، الإسكندرية: منشأة المعارف، ص: 635.
33 - المجذوب، محمد (2002)، القانون الدولي العام، بيروت: منشورات الحلبي الحقوقية، ص: 680، انظر أيضاً العطية، عصام (2015)، القانون الدولي العام، بغداد: دار السنهوري.

المبحث الثاني / Second subject
طرق التسوية الودية للمنازعات / The friendly methods of
disputes settlements

يُعرّف النزاع الدولي بأنه: " الادعاءات المتناقضة بين شخصين قانونيين دوليين أو أكثر، تتطلب تسويتها بموجب قواعد القانون الدولي" (27)، ومن خلال التعريف السابق يُلاحظ أن الصراع لكي يكون دولياً يُشترط فيه أن يكون بين شخصين قانونيين دوليين، مثل النزاعات التي تقوم بين الدول (28)، أو بين دولة ومنظمة دولية (29)، أو بين دولة وحركة تحرر وطني معترف بها (30). كما يُشترط أن تكون هناك ادعاءات سياسية أو قانونية متناقضة بين الأشخاص القانونية تستوجب تسويتها. إضافة إلى ما سبق يجب استمرار الادعاءات المتناقضة، وأن يكون النزاع صالحاً للتسوية وفقاً لقواعد تسوية المنازعات، فإذا تعذرت تسويته فلا يُعتبر نزاعاً دولياً (31).

27 - الفتلاوي، سهيل (1985)، المنازعات الدولية، بغداد: دار القادسية، ص: 25.

28 - مثل النزاع الذي حصل بين بريطانيا والأرجنتين حول جزر فوكلاند.

29 - مثل النزاع الذي حصل بين مصر ومنظمة الصحة العالمية عام 1980 بخصوص الاتفاق بينهما عام 1951.

30 - مثل النزاع الحاصل الآن بين حركة البوليساريو والمغرب.

31 - قطاطشة، محمد حمد (2014)، مبادئ العلاقات الدولية، مرجع سابق، ص: 221-222.

العالم الحقوقية، ونوه بزيارتنا خاصة وأن من بيننا أشخاصا من دول لم تزر الصحراويين اللاجئين قط، المملكة الأردنية الهاشمية، والمملكة العربية السعودية، وتركيا، ورحب أيما ترحيب بنا، متمنيا فتح جسور التواصل بين شعبه وبين شعوبنا، وبين لنا أن هناك من يُغالط الرأي العالمي وخاصة العربي منه والإسلامي، فيجعلهم في نفس الخانة مع الأكراد مثلا في تركيا، أو الباسك في إسبانيا أو تلك الحركات الانفصالية عبر العالم، والحقيقة أن تلك مغالطة كبيرة تنطلي عن قصد على بعض الأنظمة، فالشعب الصحراوي شعب لا تربطه مع الدولة الأخرى أية صلات قانونية أو سياسية وهو ما أقرته محكمة العدل الدولية سنة 1975، وقد أقرت الجمعية العامة للأمم المتحدة بأحقية الشعب الصحراوي في تقرير مصيره، بل وأوصت إسبانيا منذ سنة 1963 بالعمل على تمكين سكان الصحراء الغربية من حق تقرير المصير، كما أضاف إلى أن الصحراء الغربية توجد فيها بعثة أممية اسمها: بعثة الأمم المتحدة لتنظيم الاستفتاء في الصحراء الغربية (المينورسو) منذ سنة 1991 تاريخ الاتفاق على مخطط تسوية أممي بين المغرب وجمهورية البوليساريو الممثل الوحيد والشرعي للشعب الصحراوي، يبدأ بوقف إطلاق النار ويفضي الى استفتاء لتقرير مصير الشعب الصحراوي يقول فيه كلمته الفصل حول مصير الإقليم، وقال السيد الوزير الأول: نحن لا نأمل غير تمكين هذا الشعب من تقرير مصيره وهو حق من حقوق الشعوب معترف به في المواثيق الدولية، فلماذا يتم عرقلته الدولة؟ ولماذا يتم التنكر لقرارات مجلس الأمن الدولي وللشرعية الدولية؟ وينكر على شعب جار مسلم عربي حقه في العيش حرا مستقلا؟ وقد كان حديث السيد الوزير الأول شيقا ومفيدا جدا، وختمه بتقديم هدايا بسيطة جدا تمثلت في لثام عربي صحراوي كما قال تعبير عن تقليد لدى الصحراويين لكل واحد من أعضاء الوفد، وطلب منا نقل الحقيقة فقط، بأمانة وصدق عن كل ما رأيناه وسمعناه²⁶. وهذا ما أفعله الآن من خلال هذا البحث ناقلاً الأقوال كما قيلت، ولا يعني ذلك أنها تمثل وجهة نظري أو نظرنا فما نحن إلا مجرد وفد حقوقي يُحاول نقل ما شاهد وما سمع بحيادية تامة.

²⁶ - بعد ان استمع الوفد إلى حديث الوزير الأول قام عضو الوفد والذي طلب من الوزير الأول ترشيح أربعة أسماء من طلاب الصحراويين ليتم منحهم دراسية في تركيا، كما تعهد الوفد التركي بإيصال الرسالة إلى مؤسسات المجتمع المدني في تركيا ليقوموا بزيارة لمخيمات اللاجئين الصحراويين في ولاية تيندوف للاطلاع على أوضاعهم وإمكانية تقديم المساعدات لهم.

الرضع، ومن بين ما قاله رئيس الهلال أن التاريخ سجل القصف لمخيمات الصحراويين آنذاك بالنابالم والفسفور الأبيض وهي أسلحة محرمة دوليا، فقتل النساء والأطفال والشيوخ، ولكن لم يُسجل التاريخ عملا إرهابيا ضد الشعب الشقيق قام به صحراوي، كما قال إن الناس عادة يهاجرون من المناطق القاحلة الصحراوية نحو المناطق الباردة والرطبة، نحو البحر نحو الاستجمام ونحو ظروف مناخية لائقة يكثر فيها الماء والمدنية، ولكن الصحراويين بالعكس من ذلك، هاجروا ولجؤوا نحو صحاري قاحلة لا ماء فيها ولا شجر، في ظروف شديدة الحرارة وصعبة واختاروا العيش في هذا الفضاء القاسي، وقد كان حديثاً طويلاً ومعبراً عن ظروف اللاجئين الصحراويين، يتخلله بين الفينة والأخرى الحديث عن فضائل الجزائر على الصحراويين، ومساعدتهم لهم في هذه الظروف الصعبة.

وفي يوم الجمعة انتقلنا نحو ولاية بوجدور لأداء صلاة الجمعة، كان مسجدا عاديا جدا وفراشه بسيط، وحتى سقفه من الزنك كباقي بيوت المخيمات، ودخلنا كعموم الناس دون أن يهتم أحد بقدمنا، وبعد الخطبة التي اختارها الخطيب الداعية الصحراوي المحبوب محمد سيدي⁽²⁵⁾ تحت عنوان الشهادة في سبيل الله والوطن حيث صادف هذا اليوم ذكرى سقوط أول شهيد صحراوي ضد الاستعمار الإسباني آنذاك، وأداء صلاة الجمعة، بدأ المصلون ينتبهون إلى وجودنا فسلم البعض منهم على بعضنا، وتحدث بعضهم الآخر مع بعضنا خاصة معنا نحن الإثنين من الدول العربية الإسلامية (الباحث والدكتور محمد بن ضميان العنزي من العربية السعودية)، وبعد الصلاة توجهنا نحو مقر آخر هو مشروع مزرعة ومكان تربية الدواجن وهو مركز تابع لوزارة التنمية تحت اسم "الشهيد الحسين التامك"، فوجدنا في انتظارنا السيد الوزير الأول في حكومة الجمهورية الصحراوية لجهة البوليساريو عضو الأمانة الوطنية وهي مجلس قيادة الثورة، عبد القادر الطالب عمر، وكان إلى جانبه رئيس المجلس الدستوري وزير العدل الأسبق، السيد محمد اعلي بوزيد، والسيد وزير الإعلام السيد حمادة سلمى الداف، وبعد كلمة ترحيب قصيرة من السيد الوزير الأول دعانا الى مأدبة الغداء، وجلس إلى جانبنا، وكان معنا بعض رجال الصحافة الصحراوية والجزائرية، بعد الانتهاء من وجبة الغداء التي عبرت عن حسن الضيافة والاستقبال رغم بساطتها، جلسنا الى جانب السيد الوزير الأول ليحدثنا عن القضية الصحراوية بعدما أثنى على الوفد معتبرا إياه من كبار شخصيات

25 - الأمين العام للرابطة العالمية للدعاة والمفكرين المسلمين لنصرة الشعب الصحراوي، مدير التوجيه الديني بوزارة العدل والشؤون الدينية الصحراوية.

التحرير، وما حققته من نجاحات في بناء الدولة الصحراوية الفتية، وودعنا هذا الجمع النسوي المتواضع الذي طلب منا أخذ صور تذكارية معه، وتم توزيع أفراد الوفد الى جماعات حيث توجهت كل جماعة الى خيمة إحدى العائلات الصحراوية التي تكفلت باستقبالها واستضافتها.

وفي صباح اليوم التالي توجهنا الى مقر منظمة حقوقية غير حكومية تُعنى بشؤون المفقودين والمعتقلين الصحراويين، وتسمى " جمعية آباء وأولياء المفقودين والمعتقلين الصحراويين "، وتم استقبالنا من قبل رئيس الجمعية السيد: عبد السلام الحسن عمار رئيس جمعية المعتقلين والمفقودين الصحراويين بمخيمات اللاجئين الصحراويين، حيث قدم لنا شروحات عن عمل الجمعية، خاصة ما تعلق منه بحقوق الإنسان والانتهاكات الجسيمة التي تعرفها المناطق المستعمرة من الصحراء الغربية، ومختلف المحاكمات الصورية التي يتعرض لها الصحراويين، إضافة الى مختلف الآراء والقرارات والتوصيات الدولية التي تدين الخروقات السافرة لحقوق الإنسان، وتم عرض شريط مصور يبين قمع متظاهرين صحراويين بشكل سلمي في بعض المناطق من إقليم الصحراء الغربية، وشاهدنا رجال الأمن يضربون النساء والشيوخ ضربا مبرحا وغير إنساني، فيما يحمل المتظاهرون شارات النصر أو أعلام وطنية صحراوية وبعض اللافتات كتب عليها مطالبتهم بالحرية أو تقرير المصير " لا بديل عن تقرير المصير " وفي الأخير قام رئيس الجمعية بشرح الجدار العازل الذي يقسم الصحراء الغربية الى جزئين، وقدم لنا قرصا مدمجا عن عمل اللجنة ومختلف القرارات الدولية الصادرة في شأن حقوق الإنسان بالصحراء الغربية كوثيق في الموضوع.

وفي نفس اليوم انتقلنا نحو مقر الهلال الأحمر الصحراوي، حيث تودع المساعدات الدولية من المواد الغذائية وغيرها الى غاية توزيعها على اللاجئين، ووجدنا رئيس هذه المؤسسة السيد: بوحبيني يحي بوحبيني في استقبالنا بجمعية فئاتين من طاقم إدارة المؤسسة، دخلنا قاعة بسيطة تتوسطها طاولة جلسنا حولها، وبدأ يشرح القضية الصحراوية كسابقه، أدركت معها مدى ارتباط الصحراويين بقضيتهم ومدى فهمهم لكل معطياتها وبالتالي التشبث بها، ثم غاص في التطرق الى اختصاصات مؤسسته وما تقوم به من أعمال بأيادي ومجهودات صحراوية في سبيل التكفل باستقبال المعونات الإنسانية وتوزيعها، مشددا بدوره على قلتها وعدم تغطيتها لحاجيات اللاجئين، وقال أنها تشهد في المدة الأخيرة تناقصا كبيرا من شأنه التأثير على حياة اللاجئين، وقدم بعض الأرقام التي تشير الى انتشار الأنيميا خاصة بين صفوف النساء والأطفال

الحرب التي دارت رحاها على الإقليم تعود لجنود وضباط شاركوا في الغزو، تبين بعضها هوياتهم والبعض الآخر يدل على مخططات عسكرية هجومية تستهدف تواجد الصحراويين من مقاتلين ومدنيين.

ثم انتقل الوفد نحو ولاية بوجدور وهي إحدى التجمعات السكانية للاجئين، نلتقي مع فعاليات نسائية من مختلف التشكيلات الرسمية منها والشعبية، وقد استقبلتنا أمام مبنى بسيط جدا، السيدة: فاطمة بلّة والي الولاية، برفقة السيدة: الشابة سيني الدرويش نائبة برلمانية في المجلس الوطني الصحراوي بمخيمات اللاجئين الصحراويين، والسيدة: الديه شداد عضو المكتب التنفيذي للاتحاد الوطني للمرأة الصحراوية بجبهة البوليساريو تنشط في مجال المجتمع المدني وهي نائبة برلمانية بالمجلس الوطني الصحراوي، ثم دخلنا إلى قاعة بسيطة كسابقتها حيث مجموعة كبيرة من النساء من المجتمع المدني الصحراوي، النساء هناك لا تصافح الرجال باليد رغم الانفتاح الكبير الذي لاحظناه في هذا المجتمع، فتحدثت السيدة الوالي مرحبة بالوفد الحقوقي، معبرة عن سرورها الكبير لهذه الزيارة، ولم تخف امتنانها لوجود عضوين من المشرق العربي لأول مرة في زيارة من هذا النوع لمخيمات اللاجئين الصحراويين، وتمنت لضيوف شعبها مقاما طيبا بين ظهرانيه، وأخذت الكلمة السيدة: الديه محمد شداد عضو المكتب التنفيذي للاتحاد الوطني للمرأة الصحراوية بجبهة البوليساريو لتتحدث مطولا عن معاناة المرأة الصحراوية، حيث تتعرض للاعتقال التعسفي، والاختطاف القسري، والتعذيب والتنكيل والاعتصاب، ناهيك عن المضايقات اليومية، وقمع الحريات وتكليم الأفواه، وقدمت لنا كتابا يوثق ما تقدمت به من ادعاءات، ثم تحدثت السيدة الشابة عن المرأة الصحراوية بالمخيمات ودورها في بناء الدولة الصحراوية ومساهمتها في تسيير دواليب الحكم، وكيف أن جبهة البوليساريو كرست هذا الدور، وأعطت اهتماما بالغا للمرأة في اللجوء، حيث توجد واليتان من بين خمسة في المخيمات وثلاث وزيرات في الحكومة الصحراوية وحوالي عشرين نائبة برلمانية من بين خمسين نائبا بالبرلمان الصحراوي، إضافة إلى رئيسات دوائر، أما البلديات في الولايات فمعهود لرئاستها للنساء، كما تحدثت عن مكانة المرأة الصحراوية في مجتمعها حيث المكانة التي لا تقل عن مكانة الرجل في تحمل المسؤوليات وأداء الواجبات من الناحية السياسية والعملية بينما المكانة المرموقة في طبيعة الشعب الصحراوي من الناحية الاجتماعية، فهي مثال لشهامة ونبل الرجل الصحراوي، لقد كان حديث هؤلاء النسوة مروعا عن المعاناة الحقّة والحرمان الذي تعيشه المرأة في الصحراء الغربية، ثم قدمت لنا المتحدثة الأخيرة كتابا عن دور المرأة الصحراوية في ظل حرب

الجزائرية نموذجاً"، والذي تم إقامته في هذا المركز، وقد كان هناك مداخلات لبعض أعضاء الوفد في عدة مواضيع تتعلق باللاجئين الفلسطينيين والسوريين والعراقيين وغيرهم من اللاجئين الآخرين في العالم، وقد أثرت أن تكون مداخلتي عن لاجئي الصحراء الغربية، وقد كان مرافقا لنا خلال كل الزيارة الأستاذ أبا السالك الحيسن، رئيس اللجنة الوطنية الصحراوية لحقوق الإنسان، ورئيس هيئة الحقوقين الصحراويين، قاضي ومدعيا عاما للجمهورية سابقا، والسيد نزيه لحسن احمدناه أستاذ جامعي في المركز الجامعي لولاية تيندوف قاضي لمحكمة الاستئناف في مخيمات اللاجئين الصحراويين وبعد ذلك حظي الوفد باستقبال من السيد والي ولاية تيندوف مرموري أمومن، وقد شاهدنا ولمسنا الوضع الإنساني الصعب الذي يعيشه هؤلاء اللاجئين من نقص كبير جدا في المون، والماء⁽²⁴⁾ وعرفنا أن ما تقدمه الأمم المتحدة عبر برنامج الغذاء العالمي وكذلك بعض الأطراف الداعمة لا يوفي بالغرض ولا يسد احتياجات سكان المخيمات، فيما تقوم الجزائر بدور كبير في هذا الميدان، حيث تتكفل بتعليم أبناء الصحراء الغربية بشكل كلي في الطورين الإعدادي والجامعي وما بعدهما، كما تتدخل في كل الحالات الطارئة، فقد كانت الفيضانات تضرب المخيمات عدة مرات، خاصة وأن معظم البيوت مبنية من الطين فقط، فأخذت الجزائر على عاتقها إعداد طرق تربط بين مخيمات اللاجئين فيما بينها، وأعدت مؤخرا شبكة الكهرباء، وغير ذلك مما تقدمه دولة الجزائر للصحراويين اللاجئين عندها، ثم انطلقنا بعد ذلك نحو مخيمات اللاجئين الصحراويين جنوب غرب الجزائر بالقرب من تيندوف، وكانت أولى محطات هذه الزيارة الميدانية المتحف الوطني الصحراوي والذي تشرف عليه محافظة جيش التحرير الشعبي الصحراوي، وتم استقبالنا من قبل المدير المشرف على المتحف السيد محمد وليدة، وهو ابن شهيد سقط محاربا من أجل تحرير وطنه ضد الاجتياح العسكري الموريتاني للصحراء الغربية سنة 1976، واستمعنا لمختلف الشروحات التي قدمها لنا ذلك القائد الميداني من خلال لوحات وصور ونماذج من وثائق رسمية تاريخية، اختزلت تاريخ مقاومة الشعب الصحراوي للغزو الأجنبي لإقليم الصحراء الغربية من بريطانيا مرورا بفرنسا وإسبانيا، وفيما خصص جناح لمختلف أسلحة الدمار التي تم استعمالها آنذاك، يتوسطها رسم بياني لجدار رملي بطول 2700 كلم محاط بالأسلاك الشائكة وأصناف من الألغام تتعدى الخمسة ملايين يقسم الصحراء الغربية الى شطرين، يمنع تواصل العائلات الصحراوية فيما بينها، فيما خصص جناح آخر لوثائق مغنومة خلال

24 - حصة العائلة اليومية من الماء (20) لتر فقط للشرب، والطبخ، والاستحمام.

يُطالب به قرار مجلس الأمن بحذافيره. هذا يعني إجراء مفاوضات مباشرة من أجل حلّ سياسي، يتيح تقرير المصير للشعب الصحراوي".
ثالثاً: موقف الاتحاد الأوروبي من أزمة الصحراء الغربية:
لا يزال السكّان المدنيون اللاجئون في ولاية تيندوف يدفعون ثمنًا باهظًا في هذه الأزمة التي لا يبدو أن لها نهاية قريبة، حيث يعيش أكثر من 160 ألف شخص تحت أصعب الظروف في معسكرات اللاجئين في الصحراء الجزائرية، معتمدين في كلّ شيء على المعونات الإنسانية الدولية، ولكن على ما يبدو فإنّ المجتمع الدولي فضل تناسي هذه الأزمة، لا سيما وأنّه منقسم ما بين دول تدعم موقف جبهة البوليساريو والجزائر وبين مؤيدين للمغرب، تختلف كذلك دول الاتحاد الأوروبي في هذا الشأن، فعلي ما يبدو لا توجد رؤية واضحة لدى الاتحاد الأوروبي، ما عدا موقف الاتحاد الأوروبي الداعم لمساعي منظمة الأمم المتحدة من أجل إيجاد حلّ يرضي الجميع لهذه الأزمة⁽²¹⁾.

بينما تحرص القوى العظمى على التعامل بتوازن بناءً على مصالحها الاستراتيجية وتساهم على هذا النحو في تمديد عمر الأزمة، لكن الأزمة تواصل استمرارها وتقف في وجه تطوّر كلّ المغرب، لكن ربّما فتحت أي مفاوضات مستقبلية آفاقًا جديدة، حتّى وإن بدت مواقف طرفي النزاع متشدّدة لا تعرف التوافق.

رابعاً: زيارة ميدانية لمخيمات اللاجئين في تيندوف⁽²²⁾:
ذهب الباحث ضمن وفد مؤلف من ثلاثة وعشرين عضواً من الاتحاد الدولي للحقوقيين⁽²³⁾ لزيارة مخيمات اللاجئين في ولاية تيندوف الجزائرية في الفترة الواقعة بين (9-11/ آذار 2017) ، وبعد وصول الوفد إلى مطار تيندوف كانت الوجهة نحو المركز الجامعي بالمدينة، والذي يضم مجموعة من الكليات، وقد تم إنشاء هذا المركز قبل حوالي الست سنوات، ويستفيد من خدماته بعض الطلبة اللاجئين الصحراويين إضافة إلى إخوانهم الجزائريين، وكان هدف الوفد زيارة المخيمات، وعلى الهامش تم حضور المؤتمر الدولي تحت عنوان: "الآليات الدولية لحماية حقوق وحرّيات اللاجئين مقارنة السلم والأمن

21 - زينند، حسن (2007)، أزمة الصحراء الغربية، لاجنو تيندوف المنسيون، ترجمة: راند الباش، موقع قنطرة، مرجع سابق.

22 - في الحقيقة يعود الفضل في هذه الزيارة الى الدكتور عيسى معيزه عضو مجلس إدارة الاتحاد الدولي للحقوقيين، حيث ظل وخلال السنتين السابقتين لهذه الزيارة وفي كل اجتماع لمجلس الإدارة يشرح ويوضح معاناة لاجئين الصحراء الغربية وقد تمت الزيارة بدعوة وبرعاية كريمة منه، وبالتعاون مع الدكتور بوبكر الصديق بن يحيى.

23 - هم السادة: من تركيا، .

تاريخ هذا النزاع، فبينما كان دكتاتور إسبانيا الجنرال فرانكو يلفظ آخر أنفاسه في فراش الموت - قام الملك الحسن الثاني بتنظيم "مسيرة سلمية خضراء" سار فيها ثلاثمائة وخمسون ألف "مدني"، وذلك من أجل استعادة "الأقاليم الجنوبية" - حسب الاصطلاح المغربي الرسمي، أما إسبانيا فقد انسحبت من الصحراء الغربية من دون قتال. في هذا الوقت بدأت الحرب على الصحراء الغربية، فقامت جبهة البوليساريو بإجلاء عشرات الآلاف من الصحراويين إلى ولاية تيندوف في الجزائر وبدأت تخوض حرب ضد المغرب أدت إلى سقوط آلاف مؤلفة من الضحايا على الجانبين، ومنذ ذلك الحين فشلت كل المبادرات الدولية من أجل إيجاد حلٍ حاسم لهذه الأزمة (19).

ثانياً: دور المجتمع الدولي في أزمة الصحراء الغربية:

ويكمن النجاح الوحيد الذي حققه المجتمع الدولي في هذه الأزمة، حتى يومنا هذا في الهدنة، التي تمّ التوصل إليها في العام 1991 من خلال محادثات أجريت تحت إشراف منظمة الأمم المتحدة من خلال بعثة المينورسو (20)؛ هذه الهدنة التي من المفترض أنها تضمن تقرير مصير الصحراويين من خلال استفتاء. لكن لم يتم إجراء هذا الاستفتاء قط؛ إذ أن طرفي النزاع لا يستطيعان الاتفاق على تحديد من يجوز له المشاركة في الاستفتاء، وكذلك لم تتمكن منظمة الأمم المتحدة من تحديد من هم الناخبون، رغم أنها بدأت بعملية تعريف الصحراويين، الذين يحق لهم أن يشاركوا في الاستفتاء؛ لكنها لم تتمكن من تحديدهم، إضافة إلى أن المغرب كان في أثناء ذلك يرفض حتى الاستفتاء وقد اقترحت على مجلس الأمن حكماً ذاتياً واسع النطاق تحت السيادة المغربية، وفي المقابل رفضت جبهة البوليساريو هذا الاقتراح، وهذا ما أكده وزير خارجيتها السيد أحمد سيداتي: "من المستحيل أن تكون خطة الحكم الذاتي التي تقترحها المغرب في يوم ما أساساً للمفاوضات، إذا أردنا أن نبقي مخلصين لما

19 - موقع قطرة، أزمة الصحراء الغربية: لاجنو تيندوف المنسيون، مرجع سابق.

20 - بعثة الأمم المتحدة لتنظيم استفتاء في الصحراء الغربية وتعرف ب المينورسو وهو الاسم ل "Mission des Nations Unies pour l'Organisation d'un Référendum au Sahara Occidental". بعثة أممية مهمتها الأساسية تنظيم استفتاء في منطقة الصحراء الغربية، المتنازع عليها، لتقرير مصير سكانها(شعبها) وحفظ السلام ومراقبة تحركات القوات المتواجدة في الصحراء الغربية من الجيش المغربي والجيش الصحراوي تحت قيادة جبهة البوليساريو. أسست بقرار أممي لمجلس الأمن للأمم المتحدة رقم 690 في أبريل 1991. يوجد مكتبها المركزي بمدينة العيون ولها 111 مركز موزعة على كل المنطقة المتنازع عليها ومخيمات اللاجئين الصحراويين قرب مدينة تيندوف الجزائرية. (ويكيبيديا، الموسوعة الحرة)

باتخاذ تدابير أمنية لحماية اللاجئين والمنظمات الإنسانية العاملة في تلك المخيمات⁽¹⁶⁾.

وتعتبر أزمة الصحراء الغربية إحدى الأزمات التي نسيها العالم، وذلك لأن المرء يكاد يعتقد أنها يمكن أن تستمر على ما هي عليه، حسب تعبير هايو لانيس الخبير في شؤون شمال إفريقيا لدى مؤسسة فريدريش إيبرت⁽¹⁷⁾ في الرباط: " أن كل البشر على اختلاف أجناسهم وألوانهم يستطيعون التعايش مع الوضع الحالي".
أولاً: تاريخ الأزمة:

يختلط في هذه الأزمة الموروث الاستعماري مع ميل ونزوع الصحراويين إلى الاستقلال والتنافس ما بين المغرب والجزائر، ولم تكن هذه الأزمة دائماً بيضاء، وإنما تلطخت بالدماء في بعض الأوقات، فالمغرب تطالب منذ استقلالها في العام 1956 بالصحراء الغربية، التي كانت في تلك الفترة مستعمرة إسبانية، وفي عام 1973 قام مجموعة من القوميين الصحراويين الشباب بتأسيس جبهة البوليساريو (الجبهة الشعبية لتحرير الساقية الحمراء ووادي الذهب)، بهدف إقامة دولة مستقلة⁽¹⁸⁾.

وبعد ذلك بعام ذهبت المغرب إلى محكمة العدل الدولية في لاهاي، التي قامت بدورها بإصدار حكم يقضي بتحديد روابط تربط قبائل معينة من الصحراويين بالبلاط الملكي المغربي، ولكنها لم تحدد سيادة إقليمية للمغرب على الصحراء الغربية، ويعتبر شهر تشرين الأول/أكتوبر من العام 1975 تاريخاً حاسماً في

16 - موقع المفوضية العليا لحقوق اللاجئين، الجزائر، تم الدخول إلى الموقع بتاريخ 2027/3/4، الساعة 10:00 صباحاً، متوفر على الرابط: <http://www.unhcr.org/ar/4be7cc278b0.html>

17 - مؤسسة فريدريش إيبرت هي منظمة غير ربحية ملتزمة بقيم الديمقراطية الاجتماعية وهي من أقدم المؤسسات السياسية في ألمانيا. تأسست عام 1925، وهي من الإرث السياسي الذي خلفه فريدريش إيبرت، وهو أول رئيس ألماني منتخب بطريقة ديمقراطية. فريدريش إيبرت؛ الاشتراكي الديمقراطي من أصول متواضعة، وصل إلى أعلى منصب في بلاده على الرغم من المعارضة الكبيرة من النخبة السياسية غير الديمقراطية. حيث تولى عبء الرئاسة في البلاد، التي كانت تعصف بها الأزمات بعد هزيمتها في الحرب العالمية الأولى. شخصيته الإدارية - بالرغم من تجاربه المؤلمة في كثير من الأحيان - ساهمت في رفعته وادت به إلى الاقتراح لإنشاء مؤسسة ذات ثلاثة أهداف: المساهمة في التفاهم والتعاون الدوليين كلما اتيح ذلك لتفادي اندلاع حروب أو صراعات جديدة، وتعزيز الديمقراطية وتعددية الثقافة السياسية عن طريق التنقيف السياسي لجميع فئات المجتمع، وتسهيل الحصول على التعليم العالي والبحوث للشباب الموهوبين من خلال توفير المنح الدراسية (موقع مؤسسة فريدريش إيبرت، مكتب الأردن، تم الدخول إلى الموقع بتاريخ 2017/3/25، الساعة 13:20 ظهر، متوفر على الرابط - <http://www.fes-jordan.org/pages/yrbj/mn-nxhn/m624ss629> - <http://fridrich-625ibr-t-almania.php>).

18 - موقع قنطرة، أزمة الصحراء الغربية: لاجئو تيندوف المنسيون، تم الدخول إلى الموقع بتاريخ 2017/3/25، الساعة 13:40 ظهر، متوفر على الرابط - <https://ar.qantara.de/content/zm-lshr-lgrby-ljyw> - <https://www.tyndwf-lmnsywwn>

الدول النامية وتضامنها، حيث نصت المادة (55) من ميثاق الأمم المتحدة والتي تم إدخالها في الفصل التاسع الخاص بالتعاون الدولي الاقتصادي والاجتماعي على أنه: " رغبة في تهيئة دواعي الاستقرار والرفاهية الضرورية لقيام علاقات سلمية بين الأمم مؤسسة على احترام المبدأ الذي يُفرض بالتسوية في الحقوق بين الشعوب وبأن يكون لكل منها تقرير مصيرها، تعمل الأمم المتحدة على: أ- تحقيق مستوى أعلى للمعيشة وتوفير أسباب الاستخدام المتصل لكل فرد والنهوض بعوامل التطور والتقدم الاقتصادي، والاجتماعي- تيسير الحلول للمشاكل الدولية والاقتصادية والاجتماعية والصحية وما يتصل بها، وتعزيز التعاون الدولي في أمور الثقافة والتعليم".

ولكن هذا المبدأ في حق الشعوب في تقرير مصيرها الاقتصادي لم يتحقق بسهولة نتيجة للتعارض الكبير بين مصالح الدول النامية التي تُطالب بتوفير المناخ اللازم لتنميتها، وبين مصالح الدول الاستعمارية التقليدية التي ترى في الاستجابة لمطالب الدول النامية تهديداً لمصالحها الأنانية في النهب والاستغلال والسيطرة الاقتصادية⁽¹⁵⁾.

الفرع الثاني / Second section

وضع لاجئي الصحراء الغربية في الجزائر /

The situation of the refugees in Western Sahara in Algeria

يقيم هؤلاء اللاجئين في خمسة مخيمات في ولاية تيندوف الجزائرية، ويعتمدون على المساعدات الإنسانية بشكل رئيس، أما أعداد الذين يعتمدون على أنفسهم فهي أعداد ضئيلة جداً نظراً لصعوبة الحصول على العمل، وفي الإحصائيات الرسمية للحكومة الجزائرية تُشير إلى أن عدد اللاجئين المقيمين في هذه المخيمات هو حوالي الـ 165 ألف لاجئ، أما المفوضية العليا لشؤون اللاجئين فهي تُقدم المساعدات لحوالي 90 ألف لاجئ صحراوي من الفئات الضعيفة.

كما تقوم الحكومة الجزائرية بالعمل على تمكين هؤلاء من الحصول على التعليم والرعاية الطبية العامة مجاناً، إضافة إلى أن الحكومة الجزائرية قامت

¹⁵ - قطاطشة، محمد حمد (2014)، مبادئ العلاقات الدولية، ط1، عمان: دار وائل للنشر والتوزيع، ص: 213-

المطلب الثاني / Second matter

حق الشعوب في تقرير مصيرها، ووضع لاجئي الصحراء الغربية /

The right of peoples of self-determination and the situation of the refugee in Western Sahara in Algeria
سيتم معالجة موضوع هذا المبحث في فرعين بحيث يُعالج الفرع الأول حق الشعوب في تقرير مصيرها سياسياً واقتصادياً، فيما يُعالج الفرع الثاني وضع لاجئي الصحراء الغربية في الجزائر.

الفرع الأول / First section

حق الشعوب في تقرير مصيرها سياسياً واقتصادياً /

The right of peoples of self-determination politically and economically

يُعتبر مبدأ حق الشعوب في تقرير مصيرها من أهم المبادئ السياسية التي تكفل الأمن والسلام في العالم، كما إن عبارة تساوي الشعوب وحقها في تقرير المصير تمثل اليوم واحداً من أهم مفاهيم الحياة الدولية، ولها تأثير بالغ العمق على الصعيدين السياسي والقانوني، والاقتصادي، والاجتماعي، حتى أصبحت جزءاً من القانون الدولي، حيث أعلنت الجمعية العامة للأمم المتحدة في القرار رقم (25/د/2625) الصادر في تشرين الأول 1970، والذي كان عنوانه: "إعلان مبادئ القانون الدولي المتعلقة بالعلاقات الودية والتعاون بين الدول وفق ميثاق الأمم المتحدة"، أنها مقتنعة بأن مبدأ تساوي الشعوب في الحقوق وحقها في تقرير المصير يُشكل مساهمة هامة في بناء القانون الدولي المعاصر، وأن تطبيقه بصورة فعالة أمر ذو أهمية كبرى على صعيد إقامة علاقات ودية بين الدول، قائم على احترام تساويها في السيادة، كما عكبت الجمعية العامة للأمم المتحدة على ذلك القرار بسلسلة من القرارات التي أكدت حق الشعوب في تقرير مصيرها هو حق أساسي من حقوق الإنسان ينبغي احترامه دولياً⁽¹⁴⁾.

وبطبيعة الحال لا يمكن الحديث عن الاستقلال السياسي إن لم يكن لهذه الدول الوسائل اللازمة لمباشرة هذا الاستقلال، وفي الزمن المعاصر لا يُمكن الحديث عن استقلال دولة ما إن لم تكن هذه الدولة تستطيع السيطرة على نشاطها الاقتصادي فوق إقليمها، ويعود هذا الأمر إلى رؤية الأمم المتحدة، وإلى جهود

¹⁴ - صباريني، غازي حسن (1997)، الوجيز في حقوق الإنسان وحرياته الأساسية، عمان: مكتبة دار الثقافة للنشر والتوزيع، ص: 59-60.

اختيار مكان إقامتهم، والتنقل الحر ضمن أراضيها، على أن يكون رهناً بأى أنظمة تنطبق على الأجانب عامة بنفس الظروف".

رابعاً: حق اللجوء في العودة: جاء في الإعلان العالمي لحقوق الإنسان التأكيد على حق العودة، حيث نصت المادة (13) على أنه: " لكل فرد الحق في مغادرة أي بلد بما في ذلك بلده، وكذلك له الحق في العودة إلى بلده"، ويلاحظ من هذا النص بأنه يحق لجميع اللاجئين العودة إلى بلادهم التي غادروها بسبب الاضطهاد، وأن هذا الحق مكفول لجميع اللاجئين.

خامساً: حق اللجوء في التعويض: والمقصود في ذلك تعويض اللجوء عما فاتته من كسب مادي نتيجة لتهجيده من بلده، وعدم تمكنه من حماية حقه في ممتلكاته، وكذلك تعويضه عن الألام النفسية التي لحقت به جراء التهجير الذي تعرض له، وقد جاء حق التعويض لأول مرة في قرار الجمعية العامة للأمم المتحدة، حيث نصت الفقرة (11) على أن: " التعويض يجب أن يُدفع عن الممتلكات، وعن أي خسائر أو أضرار وقعت لتلك الممتلكات طبقاً لمبادئ القانون"، ومن الجدير بالذكر أن هذا الحق كان خاصاً باللاجئين الفلسطينيين، وطبقاً لقواعد القانون الدولي يحق للدول المتعاقدة المستقبلية للاجئين طلب التعويض مباشرة من الدولة الأصل، وذلك أنها سلبت اللاجئين مواطنتهم، وأضافت لها عبئاً جديداً⁽¹³⁾.

سادساً: حق اللجوء في التعليم: نصت المادة (22) من اتفاقية اللجوء لعام 1951 على أنه: " تمنح الدول المتعاقدة للاجئين نفس المعاملة الممنوحة لمواطنيها فيما يخص التعليم الأولي"، ولا بد من الإشارة إلى أن هذا الحق يُعتبر من الحقوق العامة التي تُساوي بين جميع الناس، والذي منهم اللاجئين حيث نصت المادة (26) من الإعلان العالمي لحقوق الإنسان على حق كل فرد بالتعليم.

سابعاً: حق اللجوء في الرعاية الصحية: عندما يلجأ اللجوء إلى دولة أخرى فعلى هذه الدولة أن تضمن له الحد الأدنى من الرعاية الصحية، وذلك بسبب ما تعرض له هذا اللجوء من نقص في الغذاء، والتعب الشديد الذي لحق به نتيجة لهروبه من بلده، وكذلك عدم شعوره بالأمن.

ثامناً: يُضاف إلى كل ما سبق حق اللجوء في الغذاء والكساء وحقه في العمل وكلها منبثقة من الحريات العامة التي نص عليها القانون الدولي للاجئين.

¹³ - فرج، صلاح الدين طلب (2009)، حقوق اللاجئين في الشريعة الإسلامية والقانون الدولي، غزة: مجلة الجامعة الإسلامية، مج 17، العدد1، ص: 179.

الفرع الثاني / Second section

حقوق اللاجئين / Refugees' rights

من خلال مراجعة الاتفاقية الخاصة بوضع اللاجئين لعام 1951 نجد أنه يقع على عاتق الدول المضيفة مسؤولية حماية اللاجئين، حيث تُعتبر الـ 139 دولة الموقعة على هذه الاتفاقية ملزمة بتنفيذ أحكام هذه الاتفاقية، بينما تحتفظ المفوضية السامية لشؤون اللاجئين بالتزام رقابي على هذه العملية، حيث تتدخل عند اللزوم لضمان منح اللاجئين الصادقين اللجوء وعدم إرغامهم على العودة إلى بلدان ربما تعرضت حياتهم للخطر فيها، كما تسعى إلى مساعدة اللاجئين على بدء حياتهم مجدداً، إما من خلال العودة الطوعية إلى بلدانهم، وإن لم يكن ذلك ممكناً تسعى على إعادة توطينهم في الدول المضيفة أو في بلدان ثالثة أخرى⁽¹⁰⁾.

أولاً: الحق في عدم رد اللاجئين إلى دولة الاضطهاد: يُعتبر هذا المبدأ أهم الركائز التي تقوم عليها فكرة اللجوء، فهو الضمانة الأساسية لحماية اللاجئين من الوقوع في قبضة الدولة التي اضطهده أو هددته بذلك، وهذا لا يمس بسيادة الدولة المضيفة، فلها الحرية في منح الملجأ أو رفضه، مع أن هذه الحرية مقيدة بشكل يجعل الدولة ملزمة في حال رفض اللجوء لملتزمه بعدم اتخاذ إجراءات من شأنها إجباره على العودة إلى دولة قد تتعرض فيها حياته أو حريته للخطر بسبب الدين، أو العرق، أو الجنسية، أو الانتماء إلى فئة اجتماعية معينة أو رأي سياسي⁽¹¹⁾.

ثانياً: حق اللاجئين في المساواة وعدم التمييز: احتل هذا المبدأ مكاناً بارزاً في اتفاقية اللاجئين لعام 1951، فقد نصت المادة الثالثة من هذه الاتفاقية على أن تطبق الدول المتعاقدة أحكام تلك الاتفاقية على اللاجئين دون تمييز بينهم على أساس: العرق أو الدين، أو الموطن⁽¹²⁾.

ثالثاً: حق اللاجئين في التنقل بحرية: والمقصود بذلك إمكانية تغيير اللاجئين لمكانه وفق حريته، وقد دعاها البعض حرية الحركة، حيث نصت المادة (26) من الاتفاقية الخاصة بوضع اللاجئين لعام 1951 على أنه: "تمنح كل الدول المتعاقدة اللاجئين المقيمين على أراضيها بصورة نظامية في إقليمها حق

10 - موقع مفوضية شؤون اللاجئين، ما هي اتفاقية عام 1951 الخاصة بوضع اللاجئين.

11 - عبد العال، محمد شوقي (1996)، حقوق اللاجئين طبقاً لمواثيق الأمم المتحدة، القاهرة: ندوة الحماية الدولية للاجئين 17-18 نوفمبر، ص: 38

12 - الشرقاوي، سعاد (1979)، نسبية الحريات العامة وانعكاساتها على التنظيم الدولي، القاهرة: دار النهضة العربية، ص: 85.

الأصلية التي كان لا يسمح بموجبها إلا للأشخاص الذين أصبحوا لاجئين نتيجة لأحداث وقعت قبل الأول من كانون الثاني 1951 بطلب الحصول على وضع لاجئ، ويؤلف البروتوكول رغم ارتباطه بالاتفاقية وثيقة مستقلة. ثالثاً: اتفاقية أفريقيا: حيث تقوم هذه الاتفاقية بتنظيم الجوانب المحددة لمشكلات اللاجئين في إفريقيا، وقد تم اعتماد هذه الاتفاقية من قبل الجمعية العامة لرؤساء الدول والحكومات الأعضاء بمنظمة الوحدة الإفريقية⁸ في 10 أيلول 1969.

رابعاً: إعلان كارتا جينا الخاص باللاجئين: وهو إعلان اعتمده حلقة دراسية اشترك فيها خبراء من الأمريكيتين في شهر تشرين الثاني 1998 ولئن كان إعلان كارتا جينا ليس معاهدة إلا أن أحكامه محترمة في كل دول أمريكا الوسطى وأدرجت في بعض القوانين الوطنية.

هذا وقد وسعت كل من اتفاقية أفريقيا، وإعلان كارتا جينا من مفهوم اللاجئ حيث تنص اتفاقية أفريقيا على أن اللاجئ: " ينطبق على أي شخص يضطر إلى الفرار بسبب عدوان خارجي أو احتلال أو سيطرة أجنبية أو أحداث تُثير الاضطرابات بشكل خطير في النظام العام في جزء من بلد منشئه أو جنسيته أو فيه كله"، بينما توسع إعلان كارتا جينا في تعريف اللاجئ ليشمل: " الأشخاص الذين هربوا من بلدهم لأن حياتهم أو سلامتهم أو حريتهم كانت مهددة بالعنف أو العدوان الأجنبي أو المنازعات الداخلية أو الانتهاك الجسيم لحقوق الإنسان، أو بظروف أخرى أضرت بالنظام العام بدرجة خطيرة"⁽⁹⁾.

8 - تعرف اليوم بالاتحاد الإفريقي.

9 - حمّاد، علي محمد حسنين (2010)، اللاجئين والأمن الإنساني في الشريعة والمواثيق الدولية، مرجع سابق، ص: 18.

وظنهم الأصلي، والهرب إلى مكان آخر يطلب فيه اللجوء من أجل الحماية القانونية والمادية⁽⁴⁾. وفي هذا السياق نذكر أن الإعلان العالمي لحقوق الإنسان حرص على التخفيف من محنة اللجوء، حيث نص في الفقرة الأولى من المادة الرابعة عشرة منه على أنه: " لكل فرد الحق في أن يلجأ إلى بلاد أخرى أو يحاول الالتجاء إليها هرباً من الاضطهاد"، وقد أضيف إلى فقرتها الثانية أنه: " لا ينتفع بهذا الحق من قدم للمحاكمة في جرائم غير سياسية أو لأعمال تناقض أغراض الأمم المتحدة ومبادئها"، ولا بد أن نذكر في هذا المجال أن العهد الدولي للحقوق المدنية والسياسية لم ينص على حق الملجأ نظراً لتمسك الدول عند إعداد العهدين بفكرة السيادة، حيث تم اقتراح نص يقضي بحق الأفراد في الملجأ⁽⁵⁾، وعند إحالة الموضوع إلى لجنة حقوق الإنسان انتهت إلى رفض الاقتراح لاعتراض غالبية الدول على أساس أن منح حق الملجأ من المسائل الخاضعة لمطلق سيادة الدولة⁽⁶⁾.

الفرع الأول / First section

المواثيق والاتفاقيات الدولية الحاكمة لأوضاع اللاجئين⁽⁷⁾ /

The international conventions and charters that govern the refugees' status

أولاً: اتفاقية عام 1951: تُعتبر هذه الاتفاقية أول اتفاقية دولية حقيقية تتناول النواحي الجوهرية، حيث تناولت هذه الاتفاقية النواحي الجوهرية من حياة اللاجئين، كما تناولت كافة أوضاع اللاجئين في ديباجة وست وأربعين مادة، وتم اعتمادها من قبل مؤتمر الأمم المتحدة للمفوضين في 28 تموز 1951، وبدأ نفاذها في 12 نيسان 1954، وتُمثل هذه الاتفاقية الحدث الأهم في نشوء إرادة عالمية للتصدي لمشاكل النزوح القسري.

ثانياً: بروتوكول 1967: يتكون هذا البروتوكول من ديباجة وإحدى عشر مادة، وقد أزال هذا البروتوكول الحدود الجغرافية والزمنية الواردة في الاتفاقية

4 - كنعان، نواف (2008)، حقوق الإنسان في الإسلام والمواثيق الدولية والديساتير العربية، مرجع سابق، ص: 155.

5 - كانت المادة (14) من العهد الدولي للحقوق المدنية والسياسية تنص على أنه: " لكل فرد حق التماس ملجأ في بلدان أخرى والتمتع به خلاصاً من الاضطهاد ولا يُمكن التذرع بهذا الحق إذا كانت هناك ملاحقة ناشئة بالفعل عن جريمة غير سياسية أو عن أعمال تناقض مقاصد الأمم المتحدة ومبادئها"

6 - أمر الله، برهان (1983)، حق اللجوء السياسي، دراسة في نظرية حق الملجأ في القانون الدولي، القاهرة: دار النهضة العربية، ص: 180.

7 - حمّاد، علي محمد حسنين (2010)، اللاجئين والأمن الإنساني في الشريعة والمواثيق الدولية، الرياض: جامعة نايف العربية للعلوم الأمنية، ص: 17-18.

بسبب خوف له ما يُبرره من التعرض للاضطهاد على أساس عرقه أو دينه أو جنسيته أو انتمائه إلى فئة اجتماعية أو رأي سياسي".
كما يُعتبر اللجوء نظاماً إجرائياً وموضوعياً هدفه معالجة انتهاكات حقوق الإنسان الواقعية والمحتملة، التي يتعرض لها أو سوف يتعرض لها اللاجئ أو طالب اللجوء (2)، وحول أعداد اللاجئين في العالم قالت مفوضية شؤون اللاجئين التابعة للأمم المتحدة إن "عدد الأشخاص الذين شردتهم الصراعات قد وصل إلى أعلى مستوياته"، وأضافت المفوضية أن عدد اللاجئين بلغ نحو 65.3 مليون شخص مع نهاية عام 2015، أي بزيادة 5 مليون شخص خلال عام واحد، وتابع تقرير المفوضية أن "واحداً من كل 113 شخصاً في العالم مشرد، وهو إما طالب لجوء أو نازح أو لاجئ"، وفي يوم اللاجئ العالمي، قالت الأمم المتحدة إنها "المرّة الأولى على الإطلاق التي يصل فيها عدد اللاجئين أكثر من 60 مليون شخص"، ويعتبر نصف هؤلاء اللاجئين من سوريا وأفغانستان والصومال، وقالت الأمم المتحدة إنه: "بالرغم من التركيز الكبير على أزمة اللاجئين في أوروبا، إلا أن 86 في المئة لا يزالون يقعون في دول محدودة الدخل، وتمدنية الدخل نسبياً"، وينتشر اللاجئون الذين ترعاهم المفوضية في مختلف أنحاء العالم؛ غير أن أكثر من نصفهم في آسيا و28 في المائة منهم في أفريقيا، وتتفاوت ظروفهم المعيشية إلى حد كبير؛ إذ يعيش البعض في مخيمات ومراكز جماعية ثابتة وراسخة، في حين يضطر آخرون إلى العيش في ملاجئ مؤقتة أو حتى في العراء، كما يعيش أكثر من نصف مجموع اللاجئين الذي تُعنى بأمرهم المفوضية في المناطق الحضرية، حيث تنتظرهم ثلاثة حلول دائمة محتملة: العودة إلى الوطن أو الإدماج المحلي أو إعادة التوطين (3).

وطبقاً للقانون الدولي فإن حماية اللاجئين يكفلها القانون الإنساني الدولي، ويعتمد ذلك بشكل رئيس على اتفاقية جنيف 1949، والبروتوكولين الإضافيين لعام 1977، واتفاقية اللاجئين لعام 1951، وبروتوكول عام 1967، هذا وقد أصبحت الحماية القانونية الدولية للاجئ تُمثل شاغلاً هاماً من شواغل المجتمع الدولي المعاصر، وذلك بسبب الفظائع والأحوال وصور الاضطهاد التي تسود مناطق متفرقة من العالم، والتي تُجبر أشخاصاً، أو جماعات على مغادرة

2 - كنعان، نواف (2008)، حقوق الإنسان في الإسلام والمواثيق الدولية والداستير العربية، عمان: إثراء للنشر والتوزيع، ص: 154.

3 - موقع مفوضية شؤون اللاجئين، الأرقام الخاصة باللاجئين، تم الدخول إلى الموقع بتاريخ 2017/3/3، الساعة: 5:23، الموقع متوفر على الرابط: <http://www.unhcr.org/ar/4be7cc2722b.html>.

الودية لحل المنازعات، ومن ثم يتم عرض الخاتمة والتوصيات التي توصل إليها الباحث.

المبحث الأول / First subject

حق اللجوء، وحق الشعوب في تقرير مصيرها /

The right of asylum and the right of peoples of self-determination

قام بعض الباحثين بتصنيف حقوق الإنسان إلى ثلاثة تصنيفات، حيث تم تصنيفها حسب موضوع هذه الحقوق، أو حسب مصادرها، أو حسب نظامها الإقليمي، فهي من حيث الموضوع تنقسم إلى حقوق مدنية وسياسية، وحقوق اجتماعية وثقافية، وحقوق جماعية أو تضامنية، وربما دعاها البعض بالحقوق الجديدة قاصداً بذلك حماية حقوق فئات خاصة هي أولى بالرعاية، ولعل هذه الحقوق أصبحت أكثر وضوحاً وتحديداً حيث تشمل هذه الرعاية: السلامة الجسدية، وحق الانتقال، وحق اللجوء، والحق في الرعاية الصحية، والحق في التعليم، وحق التملك، وحق التمتع بالجنسية، ومبدأ المساواة، وحق المشاركة في إدارة الشؤون العامة، إضافة إلى الحقوق الجماعية مثل حق تقرير المصير، والحق في التنمية، والحق في بيئة نظيفة، وكذلك حق الأقليات، والفئات الاجتماعية المتضررة مثل المرأة والطفل⁽¹⁾، وبناءً على ذلك سيتم معالجة الموضوع من خلال مطلبين، بحيث يتحدث المطلب الأول عن حق اللجوء، فيما يتحدث المطلب الثاني عن حق الشعوب في تقرير مصيرها ووضع لاجئي الصحراء الغربية

المطلب الأول / First matter

حقوق اللجوء / The right of asylum

ظهر المفهوم الحديث لحماية اللاجئين في أعقاب الحرب العالمية الثانية استجابةً لاحتياجات ملايين اللاجئين الذين فرّوا من بلدانهم الأصلية، حيث أرسّت اتفاقية الأمم المتحدة الخاصة بوضع اللاجئين لعام 1951 (اتفاقية اللاجئين) والبروتوكول الملحق بها لعام 1967 النظام الدولي لحماية اللاجئين. كما عرّفت هذه الاتفاقية اللاجئ بأنه: " كل شخص يوجد خارج بلد جنسيته

¹ - انظر: العبادي، موسى (2016)، القانون الدولي العام، حقوق الإنسان وحرياته، عمان: دار العامرية للنشر، ص: 180. انظر أيضاً: علوان، عبد الكريم (2015)، الوسيط في القانون الدولي العام، الكتاب الثالث، حقوق الإنسان، ط5، عمان: دار الثقافة للنشر والتوزيع، ص: 192.

The research ended with some recommendations, where the most important one was the drafting of a recommendation which indicates that the issue would be resolved legally and to the satisfaction of all the conflicting parties, also the research ended with a list of references used in it.

Keywords: Western Sahara, Tindouf camps, refugees' rights, Polisario.

المقدمة / Introduction

اهتمت الأوساط الدولية اهتماماً كبيراً بحق اللجوء، حتى أصبح حقاً من حقوق الإنسان المعترف بها دولياً، كما اهتمت الشرعية الدولية بهذا الموضوع نتيجة لتزايد هذه الظاهرة خاصة بعد الحربين، كما شهدت القارتان الآسيوية والإفريقية أكبر نزوح ولجوء في الزمن المعاصر، نتيجة لاحتلال إسرائيل دولة فلسطين، ونتيجة لذلك لجأ الفلسطينيون إلى دول الجوار الأردن، وسوريا، ولبنان، والعراق، ونتيجة للمشاكل التي حصلت في الصحراء الغربية تدفق اللاجئين من الصحراء الغربية إلى الجزائر.

أما في الألفية الثانية فقد جاء النزوح واللجوء نتيجة للربيع العربي الذي أدى إلى تدفق مئات الآلاف من اللاجئين العراقيين والسوريين واليمنيين والصوماليين وبعض السودانيين إلى الأردن، وتركيا اللتان تحملتا أكبر عبء للاجئين في الأعوام العشرة الماضية، ثم اتسع نطاق اللجوء ليصل إلى معظم دول العالم فوصل اللاجئون إلى ألمانيا، والسويد، وفرنسا، وهولندا، والعديد من الدول الأوروبية، ثم وصل بعضهم إلى كندا، وأميركا، وأستراليا، ولا شك بأن هذا الأمر سبب العديد من المشاكل، وحمل الدول المضيقة الكثير من الأعباء الاقتصادية، والاجتماعية. ورغم ذلك فهناك حقوق لهؤلاء اللاجئين أقرتها الاتفاقيات والمعاهدات الدولية، وهذه الحقوق هي واحدة في جميع بلاد تجمع اللاجئين في أي بقعة على الأرض كانوا بها، وبناءً على ذلك سيتم التعرف على ذلك من خلال مبحثين بحيث يتحدث المبحث الأول على حق اللجوء، وحق الشعوب في تقرير مصيرها، فيما يتحدث المبحث الثاني عن طرق التسوية

Abstract

The aim of this research is to identify the rights of refugees in the contemporary times, through a field visit which was undertaken by the researcher to the refugee camps in the Algerian state of Tindouf. The research consists of an introduction and two papers. It can be said that this research was divided into two parts, the first part is theoretical, in which the researcher talked about the right of peoples of self-determination politically and economically, the international conventions and charters that govern the refugees status, refugees' rights, the situation of the refugees in Western Sahara in Algeria, the history of this crisis, the role which was played by the international community in dealing with this crisis, explaining the status of the European union in this crisis, and the friendly methods of disputes settlements, the second part includes a detailed explanation of the field visit conducted by the researcher accompanied by 23 members of the International Union of Jurists to the refugee camps in the Algerian state of Tindouf in which he explained the neutral legal status of the displaced people, their suffering in those camps, and the services provided for them by Algeria.

اللاجئين وحقوقهم في الزمن المعاصر

لاجئو الصحراء الغربية دراسة حالة

الدكتور سعد علي البشير*

الملخص

يهدف هذا البحث إلى التعرف على حقوق اللاجئين في الزمن المعاصر من خلال زيارة ميدانية قام بها الباحث إلى مخيمات اللجوء في ولاية تيندوف الجزائرية، ويتكون البحث من مقدمة ومبحثين، ويُمكن القول بأن هذا البحث ينقسم إلى شقين، الأول نظري تحدث فيه الباحث عن حق اللجوء، وحق الشعوب في تقرير مصيرها سياسياً واقتصادياً، والمواثيق والاتفاقيات الدولية الحاكمة لأوضاع اللاجئين، وحق لاجئو الصحراء الغربية في الجزائر، وتاريخ هذه الأزمة، وعن الدور الذي قام به المجتمع الدولي لمعالجة هذه الأزمة، وشارحاً موقف الاتحاد الأوروبي منها، وطرق التسوية الودية للمنازعات، أما الشق الثاني فقد تضمن شرح مفصل للزيارة الميدانية التي قام بها الباحث برفقة (23) عضواً من الاتحاد الدولي للحقوقيين إلى مخيمات اللجوء في ولاية تيندوف الجزائرية شارحاً بعين القانوني المحاييد وضع النازحين ومعاناتهم في تلك المخيمات والخدمات التي تقدمها لهم الجزائر.

وقد انتهى البحث بخاتمة تتضمن بعض التوصيات والتي كان من أهمها، وضع توصية يتم بموجبها حلّ هذه القضية بشكل قانوني، وبشكل يُرضي جميع الأطراف المتنازعة، وانتهى البحث بسرد للمراجع التي استخدمت في هذا البحث.

الكلمات المفتاحية: الصحراء الغربية، مخيمات تيندوف، حقوق اللاجئين، البوليساريو.

* المستشار القانوني لجامعة البلقاء التطبيقية/ عضو هيئة تدريس كلية الأميرة عالية الجامعية إميل الباحث
s.albasheer@yahoo.com

المؤسسة التي يعمل بها الباحث: جامعة البلقاء التطبيقية (BAU) Al- Balqa' Applied University
الموقع الإلكتروني للمؤسسة التي يعمل بها الباحث [/http://www.bau.edu.jo](http://www.bau.edu.jo)

WRIGHT, p. 298.

ج. الصفحات الإلكترونية:

1. الهامش الأول:

LÖRCHER, Torsten, “Arbitration in Germany”,
https://eguides.cmslegal.com/pdf/arbitration_volume_I/CMS%20GtA_Vol%20I_GERMANY.pdf, Access Date:
03.03.2014.

2. الهامش التالي لذات العمل:

LÖRCHER, p. 9.

د. إذا تم الإشارة إلى عمليين لمؤلف واحد في ذات الصفحة، فيجب اختصار اسم العمل بحيث يمكن التمييز بينه وبين الدراسات الأخرى لذات المؤلف.

CHEMERINSKY, Constitutional Law, p. 76.
CHEMERINSKY, Criminal Procedure, p. 35.

هـ. الدراسات التي يعدها أكثر من مؤلف، فيتم الإشارة إليها بإيراد أسماء و ألقاب كافة المؤلفين.

1. الهامش الأول:

MILLER, Angharad/OATS, Lynne, Principles of
International Taxation, 25. Edition, Tottel Publishing,
2006, p. 145.

2. الهامش التالي لذات العمل:

MILLER/OATS, s. 145.

8. كافة الأوراق المقدمة من المفترض أنها معدة للنشر، و تم تدقيقها من خلال المؤلف/ة. و سيتم التقييم المسبق من خلال مجلس تحرير المجلة، و فيما يتعلق بالأبحاث المقدمة التي تم رفضها وفقاً للأسس العامة سيعاد إرسالها إلى المؤلف لتصحيحها وفقاً لمبادئ النشر.

9. ترسل الأوراق الموافق عليها من خلال التقييم الأول إلى اثنين من المحكمين، بعد حذف اسم الناشر من النص وفقاً لقواعد مراجعة الأقران غير المنظور، و لا ينشر البحث إلا بموافقتهم. و إذا أبدى أي من المحكمين رأياً سلبياً، فيتم الاستعانة بمحكم ثالث، ليصبح رأياً حاسماً. و لن يُكشف شخصية المؤلف(ون) و المحكم(ون) لبعضهم البعض.

10. سيتم اتخاذ القرار بنشر أو رفض الورقة البحثية، وفقاً للتقرير النهائي للمحكمين، أو طلب تصحيحات من المؤلف، و سيتم إبلاغ المؤلف بالموقف في أقرب وقت ممكن.

11. يجب أن يوضع في نهاية البحث قائمة مراجع، مرتبة ترتيباً أبجدياً وفقاً للقب الكاتب. و يجب أن ترتب قائمة المراجع وفقاً لأول إشارة إلى الأعمال. و تضاف الإشارات المرجعية بالهوامش في نهاية كل صفحة.

ترتب الهوامش على النحو التالي:

أ. الكتب:

1. الهامش الأول:

BORN, Gary B., International Commercial Arbitration, 2. Edition, Kluwer Law International, 2014, p. 62.

2. الهامش التالي لذات العمل:

BORN, p. 62.

ب. الأوراق البحثية:

1. الهامش الأول:

WRIGHT, David, “Another wrong step: equitable compensation following a breach of trust “, Trusts & Trustees, Vol. 21, Issue 7, Pp. 825-843, 2015, p. 831.

2. الهامش التالي لذات العمل:

السياسة التحريرية

1. مجلة "مدنية للقانون" هي مجلة أكاديمية محكمة نصف سنوية، تصدر في مايو و نوفمبر، من خلال كلية الحقوق جامعة مدنية باسطنبول.
 2. الأوراق المقدمة للمجلة يجب ألا يكون قد سبق نشرها أو قيد التقييم للنشر في أي مكان آخر. و يلتزم المؤلف بذلك عندما تقدم المقالات إلى المجلة.
 3. تنشر المجلة بالإنجليزية، و مع ذلك تنشر أيضاً الأبحاث ذات القيمة المقدمة باللغات التركية، العربية، الفرنسية و الألمانية.
 4. يجب أن تتضمن الأبحاث المقدمة للمجلة ملخص من 200 – 250 كلمة على الأقل، بالإضافة إلى 5 كلمات بحث في بداية الورقة. و بالإضافة إلى ملخصات الأبحاث في اللغات المكتوب بها البحث، فيجب أيضاً تقديم ملخص لها باللغة الإنجليزية.
 5. يجب أن تقدم كل الأبحاث إلى المحرر في صيغة ملف "ورد" بواسطة إسطوانة مدمجة أو البريد الإلكتروني. و يجب أن تكتب الأبحاث وفقاً للإرشادات التنسيقية التالية:
- مقاس الورق: A4، الأعلى: 4 سم؛ الأسفل: 3 سم؛ اليسار: 4 سم؛ يمين: 3 سم.
- بيانات المتن: نوع الخط: Times New Roman، مقاس 12 ، 1.5 تباعد الأسطر، متساوي.
- الحواشي: Times New Roman، مقاس 10، تباعد أسطر 1، متساوي
6. يجب أن يكتب عنوان الأبحاث بالأحرف الكبيرة السوداء. و يكتب اسم المؤلف تحت العنوان مباشرة، على أن توضع علامة في نهاية الاسم الأخير، لتحديد لقب الكاتب، و المؤسسة التي يتبعها و عنوانها البريدي.
 7. يجب أيضاً أن تذكر تفاصيل المؤسسة التابع لها المؤلف، العنوان بالكامل، و أي بيانات أخرى للتواصل.

فهرس الموضوعات

اللاجئين وحقوقهم في الزمن المعاصر لاجنو الصحراء الغربية دراسة

1.....حالة
الدكتور سعد علي البشير

ديناميكية إنشاء الدستور الديمقراطي الدستور التونسي

33.....مثالاً
الدكتور مراد توماي

دور التحكيم في فض منازعات العقود

43.....الادارية
د. إسماعيل صفاحي

منازعات العقود الادارية بين قضاء الإلغاء والقضاء

91.....الشامل
د. إسماعيل صفاحي

نسب ولد الاغتصاب بين الفقه الاسلامي و الاجتهاد القضائي

129.....الجزائري
د. عيسى معيزة

حدة مبدوعة

مجلة المدنية للبحوث القانونية

صادرة عن جامعة إسطنبول المدنية كلية الحقوق

مجلة- قانونية فصلية- محكمة

السنة الثانية - العدد الثالث

تمّوز 2017 م