

مَشُورَاتُ الْجَامِعَةِ اللَّيْبِيَّةِ
كَلْبَةُ الْمَقْرُوءِ

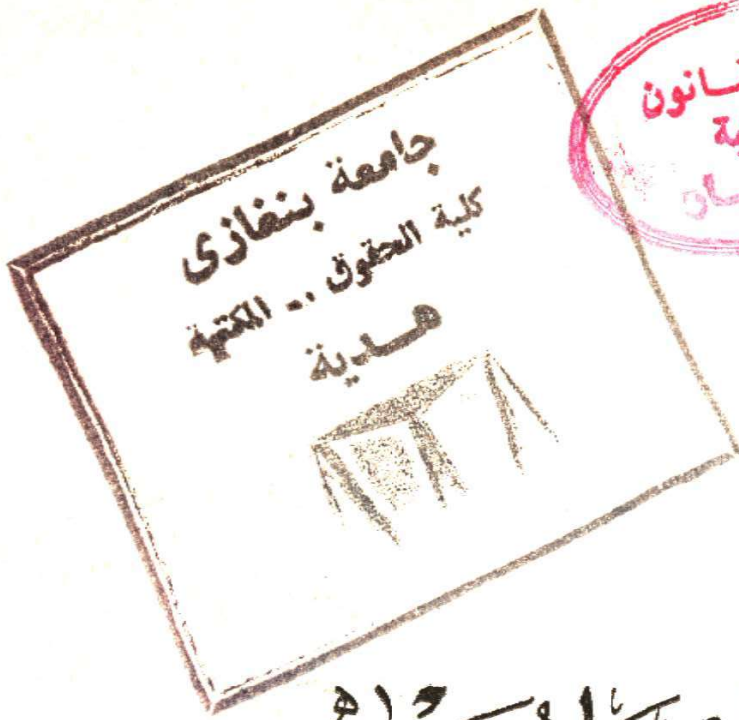
دَرَسَاتُ قَائِمَاتِ

تصدرها اللجنة الثقافية بكلية
الحقوق - الجامعة الليبية - بنغازي

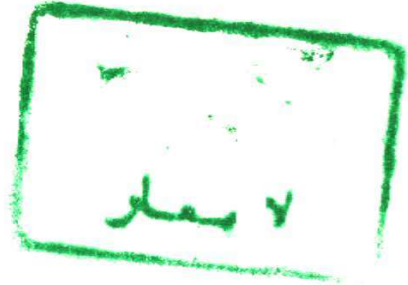
يونيو ١٩٧٢

المجلد الثاني



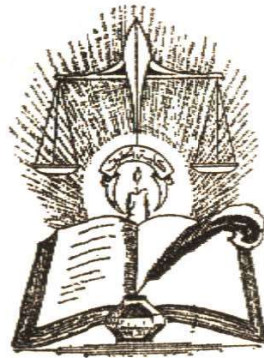


مَنشورات الجامعة الليبية
كلية الحقوق



دراسات قانونية

مجلد سنوي يصدر عن اللجنة الثقافية بكلية الحقوق



١٩٧٢

السنة الثانية

المجلد الثاني

جامعة بنغازي

مكتبة كلية الحقوق

تنبيه - يشار الى هذه المجلة على النحو الآتي : دراسات قانونية - بنغازي -
المجلد الثاني (١٩٧٢)

اللجنة الثقافية للعام الجامعي ١٩٧١ - ١٩٧٢

علي البوسيفي

الكوئي الحميدي

محمد عبد المطلب الهوني

عمر مشلنك

عامر مصباح

ادريس بو شريدة

فرج الهريش

عبد الحميد نجاح

رائد اللجنة : الدكتور خالد الشاوي

المحتويات

٧ الاستاذ ابراهيم المهدي

تقديم عميد الكلية

البحوث القانونية

٩ الدكتور خالد الشاوي

التأمين الاجباري من حوادث المركبات
لآلية في الجمهورية العربية الليبية

٩٣ الدكتور عبد المنعم جيرة

تركيز الاختصاص - في قانون المرافعات
الليبي

١٢٣ الدكتور عبد الرضا الطعان

مساهمة أولية - في دراسة بعض جوانب
الأقاليم

٢٢٣ عمر محمد السيوي

القرار المطلوب الغاؤه في القانون
الاداري الليبي

٢٩٧ الدكتور صبيح مسكوني

اتفاقيات المساعدات الفنية - المعقودة
من قبل المنظمات الدولية

التعليق على الأحكام القضائية

- ثبوت الجريمة - تعليق على حكم
للمحكمة العليا الليبية
الدكتور ادوار غالي الذهبي ١٩٧
- العلاقة بين القانون المدني والشرعة الاسلامية
تعليق على حكم للمحكمة العليا الليبية
الدكتور برهام محمد عطا الله ٢٠٧

بسم الله الرحمن الرحيم

تقديم عميد الكلية

بصدور هذا المجلد تكون (دراسات قانونية) قد دخلت عامها الثاني ، وقد حفزنا على طبعه وتقديمه الى القراء ما لاقاه المجلد الأول من ترحيب وتشجيع في الأوساط القانونية وغيرها . وقد نحونا في هذا المجلد نحواً يخلف عما اتبعناه في المجلد الأول فخصصناه للبحوث القانونية التي أعدها بعض أعضاء هيئة التدريس في كلية الحقوق بالإضافة الى ما كتبوه من تعليقات على أحكام القضاء الليبي .

أما المحاضرات التي القيت خلال الموسم الثقافي للعام الجامعي الحالي فقد يكون من المستحسن نشر مقتطفات منها في مجلة العدالة التي تصدرها هذه الكلية ، خاصة وأن تلك المحاضرات قد أخذت شكل مناقشات عامة تناولت بعض الموضوعات القانونية التي يعتمدها غموض لاختلاف مفاهيمها بسبب اشتراكها في أكثر من موضوع واحد من موضوعات القانون .

وهذا الاتجاه الجديد لا يعني بالضرورة عدم نشر محاضرات المواسم الثقافية في المجلدات القادمة ، اذ ليس لنا النية في تبني نمط معين أو منهج غير قابل للتغيير والتعديل اذا دعت الحاجة الى ترتيب جديد .

وأملنا أن يلاقي هذا المجلد ما لاقاه المجلد الأول من ترحيب وأن يكون هذا

الاقبال من قبل القراء تشجيعاً لهذا الكلية في تأدية رسالتها العلمية ، وحافزاً لها في تقديم أعداد جديدة من (دراسات قانونية) التي اعتبرها شخصياً من أهم منجزات هذه الكلية .

ولا يسعني في الختام إلا أن أقدم بوافر الشكر الى اللجنة الثقافية بالكلية على ما بذلت من جهود في نشر الثقافة القانونية والى جميع حضرات الأساتذة الذين أسهموا ببحوثهم العلمية الأصيلة في إراء هذا المجلد .

والله أدعو أن يوفقنا جميعاً في خدمة كليتنا وجامعتنا وأمتنا العربية المجيدة انه سميع مجيب .

ابراهيم المهدوي
عميد كلية الحقوق

بنغازي في ٢٤ جمادي الأول ١٣٩٢ هـ
الموافق ٥ يوليو ١٩٧٢ م

التأمين الإجباري من حوادث المركبات الآلية في الجمهورية العربية الليبية

للدكتور خالد الشاوي
أستاذ مشارك في الجامعة الليبية

نتناول في هذا البحث شرح قانون التأمين الاجباري من المسؤولية المدنية من حوادث المركبات الآلية في أربعة فصول هي :

أولا : طبيعة التأمين الاجباري وماهيته .

ثانيا : اشخاص التأمين الاجباري .

ثالثا : وثيقة التأمين الاجباري .

رابعا : المسؤولية في التأمين الاجباري ^(١) .

(١) استندنا في هذا البحث على القوانين التالية والتي سنشير لها فيما بعد بأسمائها فقط وهي :

١ - قانون التأمين الاجباري من المسؤولية المدنية من حوادث المركبات الآلية رقم (٢٨) لسنة

١٩٧١ م .

٢ - قانون الاشراف والرقابة على شركات التأمين رقم (١٣١) لسنة ١٩٧٠ م .

٣ - قانون مساهمة الدولة في شركات التأمين لسنة ١٩٧٠ م .

٤ - قانون تأميم شركات التأمين لسنة ١٩٧١ م .

٥ - قانون المرور على الطرق العامة رقم (١٣) لسنة ١٩٧١ م .

٦ - القانون التجاري لسنة ١٩٥٣ م .

٧ - القانون المدني لسنة ١٩٥٣ .

الفصل الأول

طبيعة التأمين الاجباري وماهيته

التأمين بوجه عام :

دعت ضرورات الحياة العصرية الى تطوير التأمين وتوسيعه بالشكل الذي نراه اليوم لأنها بدلت وغيّرت أنماط الحياة القديمة البسيطة جاعلة اياها تتركز في تسيير شؤونها اليومية على الات وأدوات ومكائن خطرة زادت في عدد الحوادث التي يتعرض لها الانسان والاموال من جراء استعمالها ، وقد أصبحت أهمية التأمين من المسؤولية عن حوادثها تعلو على أهمية التأمين عن حوادث وأخطار الكوارث الطبيعية كهيجان البحار والرياح والزلازل والحريق والغرق ^(١) . وقد أصاب هذا الاتساع قسم التأمين عن الحوادث بصورة خاصة فأضحى أهم وأوسع قسم من أقسام التأمين في الوقت الحاضر وأكثره شمولاً وأقله قابلية للتحديد والتعيين .

ويلازم التأمين كثرة الحوادث فكلما كثرت الحوادث في مجال معين كلما ازدادت أهمية التأمين في ذلك المجال ، اذ يشعر الناس بأنهم معرضون دائماً لذلك الخطر ولا سبيل لأطمئنانهم النفسي وحصولهم على التعويض اللازم منه عند وقوعه الا عن طريق التأمين ضده .

(١) نصت المادة (٧٧٤ مدني) بان « لا يلزم المؤمن بالتعويض عن الاضرار الناتجة عن الزلازل او الحروب والاضطرابات والفن الأهلية ما لم يتفق على خلاف ذلك » .

ومن هنا نجد أن أهمية بعض أنواع التأمين تختلف من مجتمع عنه في مجتمع آخر ، فيزداد التأمين من حوادث السرقة في البلاد التي تكثر فيها السرقات مثلا ويزداد التأمين من الحريق في البلاد التي تكثر فيها الحرائق . ولكن ذلك ليس السبب الوحيد الذي تركز عليه أهمية هذا القسم أو ذاك من أقسام وأنواع التأمين اذ توجد بالاضافة اليه أسباب أخرى تتعلق بالمجتمع ذاته وما اذا كان مجتمعا زراعيا أو صناعيا ومقدار رقيه ووعيه التأميني .

ولكن الذي نريد قوله هو أن الحاجة هي التي تملي علينا ضرورة التأمين فكلما زادت تلك الحاجة وشعرنا بها كلما زادت أهمية ذلك النوع من أنواع التأمين ، ولذلك وجدنا المشرع الليبي ينتظر حتى يكون عدد السيارات كبيرا وتزداد منها الحوادث قبل أن يشرع قانون التأمين من حوادث المركبات الالية سنة ١٩٧١ (١) بينما كانت الحاجة قد دعت الى تشريع التأمين الاجباري منذ سنة ١٩٣٠ في انكلترا ومنذ سنة ١٩٥٥ في مصر وفي سنة ١٩٦٤ في العراق مثلا .

ويمكن للتأمين تأدية مهمة اطمئنان الفرد المؤمن له وتعويضه ماديا من الخسارة المالية التي قد يتعرض لها نتيجة وقوع الحادث المؤمن منه عن طريق توزيع الضرر الذي يسببه الخطر على أكبر عدد ممكن من الناس . فهو فن توزيع الاخطار وتشتيتها . فالمؤمن له يستلم التعويض من المؤمن الذي يكون في العادة شركة كبيرة يتوزع الخطر فيها على جميع المساهمين وكذلك على جميع المؤمن لهم والمؤمنين في السوق لأن هذه الشركة تعيد قسما من التأمين لدى شركة اعادة تأمين واحدة أو أكثر وتقوم شركات اعادة التأمين هي الأخرى باعادة التأمين على التأمين المعاد وهكذا حتى يصبح التأمين على الاخطار موزعا توزيعاً فنيا واحصائيا بحيث لا يتحمله شخص واحد أو مجموعة صغيرة من الناس فتحل بهم الكارثة لعدم تمكنهم من تحمل خسارة كبيرة غير متوقعة دون مشاركة بقية أفراد المجتمع معهم .

(١) يلاحظ ان التأمين الاجباري سبق له ان شرع في ليبيا في سنة ١٩٦٥ ثم ألغى ولم يطبق لعدم وجود حاجة ملحة له آنذ ثم أعيد تشريعه في سنة ١٩٧١ م .

وبديهي أن التأمين لا يعيد حالة المؤمن الى وضعها الاصلي السابق ، فقد يكون ذلك من قبيل المستحيل في كثير من الاحوال خاصة فيما يتعلق بالتأمين — من الاصابات بالنفس والبدن التي تتسبب عنها الوفاة أو العاهات المستديمة للمؤمن له أو للمضرور المستفيد من التأمين ، وكذلك فيما يتعلق باتلاف الاموال أو تلفها كاحتراق لوحة زيتية قديمة أو تهشم تمثال فني أثري مؤمن عليه . ومع ذلك فان التأمين يساعد أحيانا على رد الشيء الى وضعه الأصلي كالتعويض العيني لاعادة بناء ما تهدم من مبنى مؤمن عليه ، ولكن الاعادة العينية ليست — من مستلزمات التأمين في العادة .

بل ان التأمين يعنى عادة بتعويض الخسارة المالية التي يمتنى بها المؤمن له مهما اختلفت أنواع التأمين ومهما تعددت أشكال الأخطار المؤمن ضدها مع بعض الاستثناءات البسيطة . وكلما يصبو اليه المؤمن له من التأمين هو الحصول على التعويض النقدي عن الضرر الذي قد يتكبده من جراء وقوع الخطر المؤمن ضده ، سواء حلت به الخسارة المالية مباشرة كما لو احترقت داره أو قطعت ذراعه أو بصورة غير مباشرة كما لو أوقع ضررا للغير يوجب عليه التعويض نتيجة لمسئولية تعاقدية أو تقصيرية . وهذا النوع الأخير من التأمين هو التأمين من المسئولية المدنية التي يشكل التأمين الاجباري على المركبات الالية قسما منها ^(١) .

(١) نصت المادة الثانية من قانون الاشراف والرقابة على شركات التأمين على تبين أنواع التأمينات التي يمكن لشركات التأمين العاملة في ليبيا ممارستها . ونصها كالآتي :

« تقسم عمليات التأمين فيما يتعلق بتنفيذ أحكام هذا القانون إلى الفروع الآتية :

(١) فرع التأمين على الحياة : ويشمل جميع عمليات التأمين التي يكون لاحتمالات الحياة أو الوفاة أو العجز دخل فيها .

(٢) فرع تأمين الاموال : ويشمل جميع عمليات التأمين التي تقوم على اصدار عقود تلزم شركة التأمين بموجبها باداء مبلغ أو عدة مبالغ في تاريخ مقبل .

(٣) فرع تأمين الحريق والتأمينات التي تلحق به عادة : وتشمل التأمين من الاضرار الناشئة عن الانفجارات والاضطرابات والظواهر الطبيعية وما إليها .

التأمين عقد :

عالج القانون المدني الليبي أحكام عقد التأمين في الباب الرابع الخاص بعقود الغرر كالمقامرة والرهان والمرتب مدى الحياة ، معرفا إياه بأنه « عقد يلتزم المؤمن بمقتضاه أن يؤدي إلى المؤمن له أو إلى المستفيد الذي اشترط التأمين لصالحه مبلغا من المال أو إيرادا أو مرتبا أو أي عوض مالي آخر في حالة وقوع الحادث أو تحقق الخطر المبين بالعقد ، وذلك في نظير قسط أو أية دفعة مالية أخرى يؤديها المؤمن له للمؤمن » . (م ٧٤٧ مدني) .

فالتأمين في جميع أنواعه عبارة عن عقد وهو عقد رضائي من عقود المعاوضة ، ورغم عدم اشارة التعريف في النص أعلاه إلى وجوب أية شكلية لانعقاد التأمين ، فإن عقد التأمين في العادة يحتاج إلى شكلية الكتابة على وثيقة معينة ، وهذا الشرط شرط انعقاد بالنسبة للتأمين الاجباري على المركبات الآلية . إذ يشترط قانونه أن يتم التأمين فيه على وثيقة حسب نموذج معين يبينه القانون . وتظهر المعاوضة فيه إذا ما عرفنا أن كل طرف يحصل بموجبه على مقابل لما أداه بسبب العقد ، فيحصل المؤمن على الاقساط التي لا ينعقد العقد الا بدفعها (وقد تكون بشكل دفعة مالية معينة

= ٤) فرع تأمين النقل البري والبحري والجوي : ويشمل التأمين على أجسام السفن والطائرات وعلى الاتهام ومهماتهما والتأمين على البضائع والمنقولات من أي نوع كانت والتأمين على أجور الشحن وعلى كل ما يتعلق بالسفن والطائرات والتأمين على الأخطار التي تنشأ من بنائها أو صناعتها أو استخدامها أو إصلاحها أو رسوها بما في ذلك الأضرار التي تصيب الغير .
٥) فرع تأمين السيارات : ويقصد به التأمين من جميع الأخطار التي تنشأ من استخدام المركبات ذات المحرك بما في ذلك الأضرار التي تصيب الغير ولكن باستثناء مخاطر النقل .

٦) فرع التأمين من الحوادث :

ويشمل جميع عمليات التأمين التي لا تدخل ضمن أحد فروع التأمين السابقة وهي تأمين الحوادث الشخصية وتأمين اصابات العمل وتأمين المسؤولية المدنية وتأمين المقاولات والتأمينات الهندسية والتأمين من السرقة والسطو والتأمين على النقود والخزائن الحديدية وأمتعة المسافرين وتأمين خيانة الامانة والضمان والائتمان وتأمين كسر الزجاج وتأمين الماشية والتأمين من أية أخطار أخرى لم ينص عليها في هذا القانون .

او كرسم اشتراك أو دفع حصة في حالة التأمين التبادلي) ويحصل المؤمن له على مبلغ التأمين أو على جزء منه مساو للضرر الذي تكبدته نتيجة وقوع الخطر المؤمن منه .

ولكن يلاحظ أن المؤمن له قد لا يحصل على مقابل لما دفعه من أقساط اذا انتهت مدة التأمين دون أن يقع الخطر ، ولذلك قيل ان عقد التأمين من عقود الغرر وانه عقد احتمالي لأن الطرفين لا يستطيعان عند التعاقد تحديد المقابل الذي يحصل عليه كل منهما من هذا الاتفاق . فالعقد بالنسبة للمؤمن له واضح احتمالاه لما أسلفناه ، وقد يبدو إلا يكون العقد احتماليا بالنسبة للمؤمن لأنه يحصل على قسط التأمين في كل الأحوال ومع ذلك فان مركزه هو الآخر يتأثر من وقوع الخطر أو عدمه ، فيدفع مبلغ التأمين أو جزء منه حسب الاحوال ، عند وقوع الخطر ولا يدفع شيئاً عند عدم وقوعه .

ولذلك حرم بعض فقهاء الشريعة الاسلامية عقد التأمين لأنه أشبه بالرهان والمقامرة منه الى العقود المسماة المعروفة في الشريعة ولكنه في رأينا ينسجم مع المصلحة التي تقرها الشريعة الغراء ^(١) .

(١) ويلاحظ ان الخطر المؤمن منه اذا لم يقع كان دفع القسط إلى المؤمن من غير عوض اما اذا وقع وكانت قيمة التعويض أكثر من القسط كانت الزيادة من غير عوض بل اعتبرها البعض من قبيل الربا .

كما قيل في تحريم عقد التأمين ان الضمان لا يقع شرعا الا عن طريق التعدي أو الكفالة ، ولا يجب على المؤمن ذلك الضمان شرعا لأن شركة التأمين ليست متعدية بل ليست حتى متسببة في حدوث الخطر كما انها ليست كفيلة فهناك فرق بين عقد التأمين وعقد الكفالة ففي الأخير يكون للكفيل دائماً حق الرجوع على الاصيل المكفول بينما الاصل عدم الرجوع في عقد التأمين .

ولكن يمكن القول بعدم وجود المقامرة في عقد التأمين اذ لا يجوز للمؤمن له الحصول في جميع أنواع التأمين ، عدا التأمين على الحياة والاصابات الشخصية ، على أكثر من الخسارة التي أصابته ولو أمن لدى أكثر من مؤمن واحد . فقد نص القانون المدني بأن « لا يلتزم المؤمن في تعويض المؤمن له الا عن الضرر الناتج من وقوع الخطر المؤمن منه بشرط الا يتجاوز ذلك قيمة التأمين » . (م ٧٥١ مدني) . وحتى بالنسبة للتأمين على الحياة والاصابات الشخصية الذي قد يبدو لأول وهلة استثناء يظهر بعد النظر العميق ان مبلغ التأمين الذي يستحقه المستفيد عند حصول الوفاة لا =

ومع ذلك يمكن القول باعتبار التأمين عقد معاوضة والقول بأنه ليس عقداً

= مقامرة فيه ، لأن حياة الانسان لا تقدر بمبلغ من النقود بعكس التعويض عن الخسارة المالية في عقد تأمين الأشياء ، كما ان مبلغ التأمين في حالة التأمين على الحياة ليس في الحقيقة تعويضا أكثر منه ادخارا من نوع خاص فيه معنى الضمان والادخار . وان الفائدة التي يحصل عليها المستفيد هي لتغطية هبوط القوة الشرائية للنقود الورقية بعد مضي مدة طويلة كعشر سنوات أو أكثر .

ويرى بعض فقهاء الشريعة ان التأمين الاجتماعي جائز لوجود المصلحة وأن التأمين التبادلي جائز لوجود التعاون والتضامن فيه ، ولكن يحرمون التأمين مع شركات التأمين . ويقول الأستاذ أبو زهرة « ان التأمين على السيارات مثلا لضمان اصلاحها ليس حراما ، وان كان في النفس منه شيء . والتأمين على الحياة نوع من المقامرة ، لأنه ان دفع شخص بعض المال ومات فبأي حق يستحق كل المبلغ . وان عاش حتى نهاية مدة التأمين فإنه يأخذ المال الذي دفعه مع فائدة ، وهذا ربا » .

أما الأستاذ محمد يوسف موسى فيرى « ان التأمين بكل أنواعه ضرب من ضرور التعاون التي تفيد المجتمع . والتأمين على الحياة يفيد المؤمن كما يفيد شركة التأمين التي تقوم بالتأمين أيضا ويقول انه لا بأس به اذا خلا من الربا » . أي أنه ينظر فيه إلى المصلحة .

كما يرى الأستاذ أحمد طه السنوسي جواز التأمين ضد المسؤولية المدنية بشقيها ، المسؤولية التعاقدية والمسؤولية التقصيرية استنادا وقياسا على عقد الموالاة في الشريعة الاسلامية . ويمكننا القول ان عقد الموالاة في الشريعة يشبه عقدالتانين LA TANTIN (وهو عقد يتفق بموجبه أكثر من شخص لوضع مبلغ من المال مساو في العادة لجميع ما يملكونه من أموال مقابل حصول كل منهم على مرتب سنوي طيلة حياته ، وتنتقل حصة الشريك المتوفي بموجبه إلى بقية الشركاء ثم تنتقل جميع هذه الأموال إلى الشريك الذي يبقى على قيد الحياة بعد الآخرين وقد أثارت صحة هذا العقد جدلا قانونيا في فرنسا ثم أبطل لما يحتويه من عنصر المقامرة) أنظر مؤلفنا ، شرح قانون الشركات التجارية العراقي ، مطبعة الشعب ، بغداد ، ١٩٦٨ ص ٦٦ .

أما عقد الموالاة الذي يقول به فقهاء الحنفية فهو عقد صحيح بالنسبة لهم بشروط وبموجبه يتوالى شخص غير عربي مسلم لا نسب له مع شخص عربي مسلم من نسب معلوم فيكون الثاني وليا للأول ، اذا ما قال الاول للثاني أنت ولي تعقل عني اذا جنيت وترثني اذا أنا مت ، فاذا قبل الثاني انعقد عقد الموالاة . ولا نرى ضرورة قياس التأمين على عقد الموالاة للقول بصحته .

أنظر الأستاذ مصطفى أحمد الزرقاء ، عقد التأمين وموقف الشريعة الاسلامية منه ، مطبعة جامعة دمشق ١٩٦٢ ص ١٩ - ٢٢ .

وقد بين الأستاذ السنهوري « ان التأمين عقد جديد له مقوماته وخصائصه ، وهو ليس بين العقود =

احتمالياً ، لأن المؤمن له يدفع القسط الى المؤمن نظير تحمل المؤمن لتبعة الخطر المؤمن منه وليس للحصول على مبلغ التأمين فقط . وان احتمال وقوع ذلك الخطر موجود دائماً ولذا فان التزام المؤمن بهذا المقابل ثابت في الحالتين أي في حالة وقوع الخطر أو عدم وقوعه (١) .

كما يمكن أن يقال ان الناحية الفنية في التأمين تنفي احتمالية العقد بالنسبة للمؤمن اذ أنه لا يعين القسط الا بعد دراسة فنية واحصائية تقوم بها هيئات التأمين وشركاته لسوق التأمين بصورة مجتمعة في الغالب ولذلك فانها تصدر تعريفة تأمين موحدة (٢) تراعي في وضعها عدد الحوادث والمداعاة السابقة والقسم الذي يعاد تأمينه من حقبة التأمين .

ولذلك رأى البعض في انكلترا عدم جواز ارجاع قسط التأمين اذا الغيت الوثيقة Policy أثناء مدة التأمين اذ أن القسط المدفوع دخل في حسابات

= او النظم التي عرفها الفقه الاسلامي ، ويأخذ عليه المحرمون أنه مقامرة ، وفيه غرر ، وينطوي على الربا . ويفند الأستاذ السنهاوري هذه الآراء الواحد تلو الآخر ويقول بعدم صحة التفرقة بين التأمين الاجتماعي والفردى « لان كلاهما يقوم على أساس واحد الا ان الدولة في التأمين الاجتماعي هي التي تقوم بدور المؤمن . فمن قال بجواز التأمين الاجتماعي وجب أن يقول بجواز التأمين الفردى » .

أنظر السنهاوري ، الوسيط في شرح القانون المدني ، الجزء السابع ، المجلد الثاني ، دار النهضة العربية ، ١٩٦٤ ، ص ٦٩ هامش .

ونرى ان المصلحة والتعامل هما الأساس الذي يجب أن يبنى عليه صحة عقد التأمين كعقد جديد دعت اليه ضرورة الحياة العصرية ومتطلباتها .

(١) السنهاوري ، المرجع السابق ص ١٢٤٢ ، وكذلك جمال الحكيم ، عقد التأمين ، من الناحيتين التأمينية والقانونية ، الجزء الاول ، دار المعارف بمصر ١٩٦٥ ص ٣٦ - ٣٨ .

(٢) وتسمى هذه الشركات بشركات التعريفة Tariff Companies ومع ذلك توجد بجانب هذه الشركات شركات اخرى لا تتقيد بأسعار التأمين في انكلترا وتسمى بالشركات غير الملزمة بالتعريفة Non Tariff Companies

المؤمن المتوقعة وغير الاحتمالية وان في ارجاعه ارباك لحسابات التأمين الفنية واحصائاته .

فالتأمين اذن اتفاق قانوني (عقد) بين المؤمن والمؤمن له يتفقان بموجبه بأن يقبل المؤمن بعض الالتزامات تجاه دفع المؤمن له أقساط التأمين . ولكن هذا العقد قد لا يقتصر أثره في بعض الاحيان على الطرفين حسب نسبة العقود ، بل يمتد ذلك الأثر الى الغير الذي قد يحصل منه على حقوق ولو لم يكن طرفا فيه . وقد يوجب القانون أو شروط وثيقة التأمين على الغير لكي يحصل على مثل هذه الحقوق أن يقوم ببعض الواجبات ويتحمل بعض الالتزامات ، وقد لا توجد هذه النصوص في بعض عقود التأمين الأخرى تفرض على الغير أية التزامات حتى يحصل على تلك الحقوق من عقود التأمين التي لم يكن طرفا فيها ، ومن هذا النوع الاخير عقد التأمين الاجباري على السيارات وعقد التأمين عن حوادث العمل (١) .

والتأمين الاجباري عقد ولا يغير من كونه عقدا الاجبار القانوني على أبرامه . لأن هذا الاجبار ينصب على شراء وثيقة التأمين عند اقتناء السيارة وليس على التعاقد نفسه ، وهو بذلك يشبه الالتزامات التي يفرضها القانون ويترك للأفراد حرية التعاقد عليها كما لو فرض القانون عدم الترخيص للسيارة الا اذا كانت مزودة بأنوار حمراء خلفية ، ويترك المشرع بعد ذلك حرية شراء هذه الانوار والتعاقد على تنصيبها الى مالك السيارة من أية شركة شاء أن يشتريها (٢) .

(١) أنظر R.J. Mehiri and E. Commack, Principles of Insurance, Richard D. Irwin, Inc. 1954, p. 297.

(٢) وقد ألزمت بعض القوانين ، كالقانون المصري ، كل من المؤمن والمؤمن له بالتوقيع على وثيقة التأمين باعتبارها محرر تعاقدية ، بينما اكتفى القانون العراقي بتوقيع المؤمن فقط باعتبار عقد الشركة . ويلاحظ ان نموذج وثيقة التأمين الاجباري على المركبات في ليبيا اقتصر على تبيان اسم المؤمن له وعنوانه دون توقيعه واكتفت بتوقيع المؤمن . علما بأن القانون الليبي للتأمين الاجباري مأخوذ عن القانون المصري رقم (١٥٢) لسنة ١٩٥٥ .

أما عناصر الرضا والمحل^(١) والسبب والمفاوضات والمداولات التي تجري لأبرام هذا العقد فهي موجودة ولو أن ما يتعلق بالمداولات محدود في هذا العقد سواء بالنسبة للمؤمن أو لطالب التأمين . فالتعريف فيه ثابتة في ظل القانون الليبي وشروط الوثيقة موحدة ولذلك فهو من عقود الاذعان . كما أن المشرع نظم أكثر أحكامه فجعله كالمركز القانوني وهو بذلك يشبه بعض العقود التجارية كعقد النقل خاصة اذا كان الناقل شخصا عاما وكعقد شركات المساهمة التي يرى الاستاذ رابير أنها أقرب الى النظام القانوني منها الى العقد^(٢) .

ولكون التأمين عقدا فهو ينتهي بما تنتهي به العقود الأخرى ، كانتهاء المدة دون تجديد ، علما بأن عقد التأمين لا يتجدد تلقائيا^(٣) كما أن للتأمين الاجباري أحكاماً خاصة بالنسبة لانتهاء المدة سنفلصلها في محلها فيما بعد .

وينتهي عقد التأمين بالفسخ اذا لم يقم أحد الطرفين بتنفيذ التزاماته ، ولو أن للتأمين الاجباري حكم خاص سنأتي اليه ، ولا يكون للفسخ أثر رجعي فيبقى ماتم

(١) نص القانون المدني على أن « يكون محلا للتأمين كل مصلحة اقتصادية مشروعة تعود على الشخص من عدم وقوع خطر معين » . (م ٧٤٩ مدني) .

(٢) أنظر Ripert, Traité Élémentaire de Droit Commercial, p. 330.

ومؤلفنا في شرح الشركات التجارية ، المرجع السابق ، ص ٨٠ .
وتظهر صفة المركز القانوني جلية في [التأمين الاجباري لأن المشرع هو الذي يرتب] أكثر اثاره القانونية ، ولكنه يبقى في جوهره عقدا فالمؤمن له يتعاقد مع المؤمن لأن يعوض الغير من الوفاة والاصابات البدنية التي يسببها المؤمن له او من يستعمل سيارته نيابة عن المؤمن له وهو يقوم بذلك ولا يحق له الرجوع على المؤمن له الا اذا ارتكب الأخير غشا او خطأ جسيما فعندئذ يحق للمؤمن الرجوع عليه بما دفع من تعويض للمضرور كما سنرى .

ويذكر الاستاذ جمال الحكيم « ان عقد التأمين في المسؤولية ضد حوادث السيارات هو مركز قانوني منظم وهو عقد اذعان بالنسبة لطرفيه » . المرجع السابق ، ص ٣٦ .

(٣) وقد أجاز القانون المدني للمؤمن له ان يتحلل من العقد في أي وقت اذا كان يدفع أقساط دورية عن طريق أخبار المؤمن كتابة قبل انتهاء الفترة الجارية ، وبعد ذلك لا يكون المؤمن له ملزما بتأدية الأقساط اللاحقة عن مدة العقد الباقية . (م ٧٥٩ مدني) .
ولكن للتأمين الاجباري حكم خاص بالنسبة لهذه الناحية سنشير اليه في محله فيما بعد .

من التزامات قبل فسخ العقد صحيحا أي يبقى القسط ملكا لشركة التأمين عن المدة السابقة للفسخ ويكون دفع أية تعويضات في تلك المدة الى المؤمن له صحيحا . وهذا بعكس البطلان الذي ينهي العقد والالتزامات المتقابلة من أساسها حتى التي نفذت قبل اعلان البطلان ، وعليه يرد القسط الى المؤمن له وترد التعويضات الى المؤمن في حالة البطلان . ويحصل البطلان من ارتكاب الغش أو عدم وجود مصلحة تأمينية مشروعة (١) .

وهناك سقوط الحق بالتأمين ، أي سقوط الحق بالحصول على التعويض بموجب العقد نتيجة عدم التزام المؤمن له بشروط العقد الجوهرية ، وهذا السقوط لا يمكن التمسك به قانونا على المضرور في التأمين الاجباري كما سئرى . باعتبار عقد التأمين من عقود الاذعان وعليه فقد حدد القانون المدني الشروط الباطلة التي قد تحتويها الوثيقة وثبتها حصرا (٢) .

(١) وقد نص القانون المدني على ان « عقد التأمين ضد الاضرار باطل اذا كانت لا توجد مصلحة للمؤمن له في التعويض في الوقت الذي يجب أن يبدأ التأمين فيه » . (م ٧٦٦ مدني) والمصلحة التأمينية هي المصلحة الاقتصادية التي يرغب المؤمن له حمايتها . فالتأمين ضد الأخطار التي يتعرض لها الغير فيه مصلحة تأمينية لأن الشخص غير المؤمن يتعرض لدفع التعويض وهو يتفادى هذه النتيجة عن طريق التأمين .

وتتمثل المصلحة التأمينية في جميع الحقوق العينية الأصلية كحق الملكية وتوابعها وفي جميع الحقوق العينية التبعية وهي التأمينات ، وكذلك بكل ما يتعلق بالذمة المالية وبالأخطار التي يتعرض لها الشخص نفسه والحقوق الشخصية التي له على الغير وكل مصلحة اقتصادية يحميها القانون .

(٢) « يقع باطلا ما يرد في وثيقة التأمين من الشروط الآتية :

١ - الشرط الذي يقضي بسقوط الحق في التأمين بسبب مخالفة القوانين واللوائح ، الا اذا انطوت هذه المخالفة على جناية أو جنحة عمدية .

٢ - الشرط الذي يقضي بسقوط حق المؤمن له بسبب تأخره في اعلان الحادث المؤمن منه إلى السلطات أو في تقديم المستندات اذا تبين من الظروف ان التأخير كان لعذر مقبول .

٣ - كل شرط مقبول لم يبرز بشكل ظاهر وكان متعلقا بحالة من الاحوال التي تؤدي إلى البطلان او السقوط .

٤ - شرط التحكيم اذا ورد في الوثيقة بين شروطها العامة المطبوعة لا في صورة اتفاق خاص منفصل عن الشروط العامة .

٥ - كل شرط تعسفي اخر يتبين انه لم يكن لمخالفته أثر في وقوع الحادث المؤمن منه » . (م ٧٥٠ مدني) .

أسباب تشريع التأمين الاجباري :

أدى اعتماد المجتمع على وسائل النقل الى زيادة أعدادها وبالتالي كثرة حوادثها بشكل لم يكن حتى متوقعا من قبل ، وقد حدثت تلك النتيجة رغم كل الاحتياطات والدراسات التي جرت وتجري لتنظيم المرور والحد من حوادث المركبات الالية . وتعني زيادة الحوادث تعرض الكثير من الناس الى اصابات قد تؤدي الى وفاتهم أو تضررهم بدنيا الأمر الذي يقتضي تعويضهم من تلك الاضرار . وقد لا يكون تعويضهم مواتيا اذا ترك الى القواعد العامة للضمان العام للدين وهو ذمة المدين المالية بل يجب إيجاد ضمانا أكيدا من نوع آخر يجعل التعويض فوريا وفي متناول اليد دائما .

هذا من جهة ومن جهة أخرى لا يمكن للمجتمع أن يتخلى عن المركبات الالية بغية تحاشي أخطارها اذ أن نفعها أكثر بكثير من ضررها ، وقد رأى المشرعون أن ضررها يمكن أن يخفف باللجوء الى تنظيم المرور وقواعده وآدابه والى إيجاد شخص مليء يركن اليه في دفع التعويضات الى المضرورين من جراء استعمال المركبات الالية .

ولا يصح القول بأن الزام المؤمن له باقتناء وثيقة التأمين الاجباري فيه مجافاة للعدل أو تعارض مع حرية الفرد ، لأن كل من يرغب في استعمال آلة قاتلة أو جارحة أو ما كنة من شأنها أن تسبب أضرارا للآخرين أو في استعمالها احتمال كبير لوقوع مثل هذه الاضرار ، عليه أن يتخذ الاحتياطات التي يضعها المشرع لتخفيف حدة خطورتها على المجتمع ، ومن جملة الاحتياطات ضمان تعويض الافراد الذين يتعرضون لمخاطرها . وهذا الضمان لا يكون اكيدا الا عن طريق التأمين الاجباري الذي يسهل للمضرور الحصول على تعويضه ويجنبه اعسار المدين او افلاسه .

ورغم ما ذكر من مبررات لتشريع التأمين الاجباري ، فقد انتقد هذا التأمين

بالذات ، والتأمين من المسؤولية المدنية عموماً ، على أنه قد يؤدي الى اهمال المؤمن لهم وعدم اكتراثهم مما يتسبب عنه كثرة الحوادث وهذه النتيجة تتنافى مع الغرض الاساسي الذي رمى اليه المشرع . لأن الغرض الاساسي هو تقليل الحوادث قدر الامكان وليس ايجاد ضمان للتعويض من أضرارها . ويمكن الإجابة على هذا النقد ، بأن المؤمن له لا يسعه أن يهمل بعد التأمين لأنه يعرض حياته الى الخطر كما أن اهماله معاقب عليه جنائياً ، أضف الى ذلك أن التأمين لا ينجيه من المسؤولية الجنائية قطعاً ولا يجنبه المسؤولية المدنية اذا ما ارتكب خطأ جسيماً اذ يجوز في هذه الحالة للمؤمن الرجوع عليه بما دفع للمضرور .

وقيل ايضاً في نقد التأمين الاجباري انه يخلق حالة نفسية سلبية لدى المؤمن لهم لأنه يفرض عليهم فرضاً ؟ وكان الأجدر بالمشرع أن يترك لهم حق الخيار ، لأن الفرد هو أدرى الناس بمصلحته الشخصية وهذا ما تمليه طبيعة الأمور اذا كنا نعتقد حقاً بصحة التأمين وضرورته للمجتمع ووجود فائدة منه للمؤمن لهم فلماذا نفرضه عليهم فرضاً ؟ والرد على ذلك أن المشرع نظر الى التأمين الاجباري من زاوية مصلحة المجتمع والمضرور قبل النظر اليه من وجه نظر المؤمن له . فالمؤمن له الذي يستعمل الطرق العامة عليه أن يقبل ما يفرض عليه لمصلحة الجماعة . والتأمين الاجباري في هذا يشبه التأمين من حوادث العمل الذي نظر فيه المشرع لمصلحة الطرف الاخر أولاً قبل أن ينظر فيه الى مصلحة المؤمن له ^(١) .

خصائص التأمين الاجباري ^(٢) :

عرف قانون شركات التأمين الانكليزي التأمين على المركبات الالية بأنه « التعاقد ضد الخسارة أو الاضرار التي تحصل من أو نتيجة لاستعمال المركبات

(١) أنظر الأستاذ موريس منصور ، التأمين الالزامي من المسؤولية عن حوادث السيارات ، مطبعة الازهر ، بغداد ، ١٩٦٧ ، ص ٧ وإشارته للأستاذ السنهوري ، المرجع السابق .

Compulsory Insurance

(٢)

الالية ويشمل تغطية الاخطار للغير « (١) .

يتضح من ذلك أن التأمين الاجباري هو قسم من أقسام التأمين على السيارات وهو القسم الخاص بالأضرار التي تصيب الغير في جسمه أو تؤدي الى وفاته ولا يشمل الاضرار التي تقع لأموال الغير أو لأموال المؤمن له أو لنفسه أو بدنه .

والتأمين على السيارات (٢) بالإضافة الى كونه أشمل من التأمين الاجباري فانه يختلف عنه من ناحية الالتزام فالأول تأمين اختياري ولا يقتصر التعويض فيه على الاضرار التي تحصل للغير فحسب بل يشمل احيانا التعويض عن الاضرار التي تحصل للسيارة نفسها أو لمالكها أو لأموال الغير وممتلكاتهم ، وقد يكون قاصرا على هذا النوع أو ذاك ، وعندما يكون شاملا يصدر بوثيقة تأمين شاملة (٣) .

كما أن التعويض في التأمين الاجباري لا يكون محددًا ابتداءً لأن مبلغ التأمين فيه غير محدد اذ تلتزم الشركة المؤمنة بدفع مبلغ التعويض المحكوم به أو الذي يتوصل اليه بالتسوية الودية مهما بلغت قيمته ، أما في التأمين العادي فلا يلتزم المؤمن بدفع ما زاد عن مبلغ التأمين (٤) .

Insurance Companies Act 1958 S33 (1)

(١)

Motor Vehicles Insurance

(٢)

Comprehensive Policy

(٣)

(٤) نشأ التأمين على السيارات في انكلترا في بداية القرن العشرين بعد أن شاع استعمال السيارات في سنة ١٩٠١ وكانت السيارات انئذ مركبات الية خفيفة وبسيطة وبطيئة. وقد لعب التأمين دورا مهما في الغاء بعض القوانين الخاصة بالمركبات والتي كانت تقف حجرة عثرة في سبيل تطويرها، فقد كان قانون سنة ١٨٧٨ مثلا يقضي بعدم زيادة سرعة السيارة عن أربعة أميال في الساعة ويلزم قائدها باستئجار رجل يتقدم السيارة راجلا على مسافة لا تقل عن ٢٠ ياردة حاملا بيده علما أحمرًا للتنبيه وعلى الرجل اذا اقتضت الحاجة ان يساعد العربات التي تسحبها الخيول لفسح المجال للمركبة الالية .

Alfred Ebe, The Principles of Insurance, p. 71.

أنظر

وأحمد جاد عبد الرحمن ، التأمين ، دار النهضة العربية ، بدون تاريخ ، ص ٥٨ .

التأمين الاجباري تأمين من المسؤولية المدنية :

لا يعدو التأمين الاجباري من حوادث المركبات الالية كونه تأميناً لتغطية المسؤولية المدنية عن الوفاة أو عن الاصابات البدنية فقط . وقد بين القانون المدني معنى التأمين على المسؤولية المدنية وأحكامه (١) .

ونوجز فيما يلي النقاط التي تميز التأمين الاجباري عن التأمين من المسؤولية المدنية عموماً :

- ١ - ان المؤمن في المسؤولية المدنية يلتزم بتعويض المؤمن له في حدود مبلغ التأمين ، بينما يكون التزامه في التأمين الاجباري غير محدد .
- ٢ - ان التزام المؤمن في المسؤولية المدنية ، يكون عادة « بتعويض المؤمن له عما يجب عليه دفعه للغير نتيجة للحدث الذي حصل خلال مدة التأمين حسب المسؤولية المترتبة بمقتضى العقد » بينما يقتصر التزامه من التأمين الاجباري على تعويض الضرر الناتج عن الوفاة والاصابات البدنية .
- ٣ - تستثنى الأعمال الناتجة عن أعمال الغش في التأمين على المسؤولية المدنية ،

(١) فنصت المادة (٧٧٩ مدني) على أنه :

« ١ - في التأمينات على المسؤولية المدنية يلزم المؤمن بتعويض المؤمن له عما يجب عليه دفعه للغير نتيجة للحدث الذي حصل خلال مدة التأمين حسب المسؤولية المترتبة بمقتضى العقد ، وتستثنى الاضرار الناتجة عن أعمال الغش .

٢ - ويجوز للمؤمن ، بعد اخطار المؤمن له ، أن يؤدي التعويض رأساً للشخص الثالث المتضرر ، غير ان المؤمن ملزم بدفع التعويض رأساً اذا طلب اليه المؤمن له ذلك .

٣ - وتقع المصاريف التي يتطلبها الدفاع في القضية التي يرفعها الطرف المتضرر ضد المؤمن له على عاتق المؤمن لغاية المبلغ المؤمن عليه . ومع ذلك اذا استحق المتضرر مبلغاً يزيد على المبلغ الأصلي المؤمن عليه فتقسم تكاليف الدعوى بين المؤمن والمؤمن له بنسبة مصلحته .

٤ - ويجوز للمؤمن له اذا اصبح مدعي عليه من قبل الطرف المتضرر أن يدخل المؤمن طرفاً في القضية » .

وكذلك الحكم في التأمين الاجباري ولكن بشكل مختلف ، فلا يجوز في الاخير الاحتجاج بذلك على المضرور كما سئرى . ويمكن تفسير هذا الاستثناء ووضع حدوده حسب قاعدة منتهى حسن النية^(١) المطبقة في التأمين عموما ، اذ يعتبر من قبيل الغش ذكر بعض المعلومات غير الصحيحة واخفاء بعض المعلومات عن المؤمن أثناء التعاقد . فالى أي حد تنطبق هذه القاعدة على التأمين الاجباري ؟ .

لا نعتقد بإمكانية تطبيق قاعدة منتهى حسن النية بدون قيود في مجال التأمين الاجباري كما يجري تطبيقها في أنواع التأمينات الأخرى ، اذا ما عرفنا انه مبدأ خاص بالبيانات التي يجب على المؤمن له تقديمها الى المؤمن حتى يستطيع المؤمن تقدير قيمة القسط ويقبل التأمين أو يرفضه على أساس من تلك البيانات وجل هذه البيانات تتعلق في العادة بالمؤمن له نفسه ، بينما يقع التأمين الاجباري على المركبة نفسها فاذا اجتازت المركبة الفحص الفني وتوقف الاذن على ترخيصها على اقتناء وثيقة التأمين الاجباري ، فان اجتياز المركبة للفحص الفني قد يعتبر كافيا ويغني عن أية بيانات اضافية عن المركبة ، أما عن المؤمن له فقد يكفي أن يكون حائزا على رخصة قيادة للمركبة المؤمن عليها .

كما يلاحظ أن هذه البيانات لا يمكن أن تؤثر على قسط التأمين لأن قسط التأمين معين قانونا ولا يجوز التلاعب به كما سئرى^(٢) . بل وقد يمتنع على شركة التأمين حتى رفض التأمين الاجباري في بعض البلاد كالعراق اذا ما كانت المركبة قد اجتازت الفحص الفني من الجهات المختصة وكان قدئدها لديه رخصة قيادة

Principle of utmost good faith.

(١)

(٢) نصت المادة (١٤) من قانون التأمين الاجباري الليبي على انه «يجب على المؤمن أن يلتزم بتعريفه

الأسعار الموضحة في الجدول رقم (١) المرافق ولا يجوز له أن يجاوزها او ينزل عنها ويجوز تعديل

هذه التعريفة بقرار من وزير الاقتصاد . »

نافذة المفعول من تلك الجهات ^(١) .

ويلاحظ من الناحية العملية أن الشركة تسلم طالب التأمين استمارة لادخال المعلومات الخاصة بالمركبة فيها ، فاذا أدرج المؤمن له المعلومات المطلوبة في الاستمارة كما هي واردة في الترخيص فلا يلتزم باضافة أية معلومات أخرى . ويفترض بالمؤمن أنه شخص مختص فيجب عليه أن يضع في الاستمارة من الاسئلة ما يمكنه من معرفة حقيقة المركبة ومالكها ، وليس على المالك بعد ذلك ، في نظرنا ، أن يضيف أية معلومات لم تكن مطلوبة في أسئلة الاستمارة .

ولكن هل يشترط أن يقدم المؤمن له بيانات تخص شخصه كالأعراض المصاب بها وما اذا كانت شركات أخرى قد رفضت له في السابق طلبات للتأمين على أساس من عدم الثقة أو بسبب اصابته بأمراض خاصة ؟ رغم عدم إمكانية الجزم بالنسبة لهذه الحالات الا أننا نعتقد بعدم لزوم ذلك على المؤمن له اذا كانت لديه رخصة قيادة نافذة المفعول في ليبيا لأن هذه الرخصة لاتصدر الا اذا كان المؤمن له قادرا جسمانيا وفنيا على قيادة المركبة ، وعليه فان المؤمن في مأمن من هذه الناحية ، اذ لو أصدر وثيقة التأمين ولم يكن لدى المؤمن له رخصة قيادة ، فيمتنع على المؤمن له قيادة المركبة والا كان عرضة لرجوع المؤمن عليه بالتعويض الذي يدفعه الى المضرور . وعليه فكلما يلزم المؤمن له في هذه الحالة هو أن يبين المعلومات الصحيحة عن المركبة الالية ^(٢) .

ومع ذلك فان الملاحظ أن المؤمن اذا ما أجرى التأمين ودفع التعويض الى

(١) نص القانون العراقي رقم (٢٠٥) لسنة ١٩٦٤ لتأمين الالتزام من المسؤولية المدنية الناشئة عن حوادث السيارات على أنه « لا يجوز للمؤمن أن يرفض طلبا للتأمين اذا كان الطلب مستوفيا للشروط التي تضعها المؤسسة العامة للتأمين ببيان » (م ١١ منه) .

(٢) أما التواطؤ مع الغير لاجداث ضرر له في سبيل الحصول على تعويض من المؤمن ، فهو بطبيعة الحال يبطل التأمين لمخالفته للنظام العام وقد ينطوي بالاضافة الى بطلان وثيقة التأمين الاجباري على مسؤولية جنائية معاقب عليها قانونا .

المضرور فقد لا يجد في ذمة المؤمن له شيئاً لاسترجاع ما دفعه ، ولذلك فقد يقال ان البيانات المتعلقة بشخص المؤمن له تعتبر ضرورية للمؤمن حتى في التأمين الاجباري . وهذا ما حدى ببعض المشرعين ومنهم المشرع الليبي الى النص بأن للمؤمن حق الرجوع على المؤمن له اذا أدلى الأخير ببيانات كاذبة أو أخفى وقائع جوهرية تؤثر في حكم المؤمن وقبوله تغطية الخطر أو على سعر التأمين أو شروطه أو اذا استعمل المركبة في أغراض لا تخولها وثيقة التأمين ^(١) .

ولكن ما الحكم اذا كان المؤمن هو الذي استدرج المؤمن له للتعاقد معه وأعطاه معلومات كاذبة ؟ يندر بالحياة العملية أن يقع مثل هذا الافتراض ، لأن المؤمن لا يستطيع أن يستدرج المؤمن له وأن يغريه بمنحه عمولة أو تخفيض خاص في القسط لأن ذلك معاقب عليه قانوناً ^(٢) . ومن الصعب القول أن المؤمن له يمكن استدراجه بأية وسيلة أخرى ، لأن منافع التأمين لا تعود عليه وإنما تعود على الغير الذي لا تربطه أية رابطة مع المؤمن له أو المؤمن والذي لا يكون معروفاً لكليهما وقت التعاقد ، اللهم الا امكانية استدراج المؤمن له عن طريق المعاملة الحسنة أو الكفاءة في انجاز المعاملات وهذا الاستدراج لا شأن له بتقديم بيانات كاذبة تؤثر في عقد التأمين من طرف المؤمن له .

كما يندر تقديم المؤمن لمعلومات غير صحيحة عن كلفة التأمين أو الوعد بمنح عمولة خاصة في وثائق التأمين الشامل على السيارة ، لأن التأمين الاجباري لا يشكل الا جزءاً منها ، ومع ذلك فانه غير مشمول بالوثيقة الموحدة في ليبيا فقد جرى العمل

(١) (م ١٧ ف . ت . أ . ل) كما ورد مثل هذا النص في الشروط العامة لوثيقة التأمين (بند ٥ - أ من الوثيقة) . أنظر كذلك (م ٥ من شروط التأمين المصري ، قرار وزاري رقم ٥٢ لسنة ١٩٥٥ م بتنفيذ القانون رقم ٦٢ لسنة ١٩٥٥) واحمد جاد عبد الرحمن - المرجع السابق ص ١٥٠ .
(٢) نص قانون التأمين الاجباري على أن « يعاقب بغرامة لا تقل عن مائة دينار ولا تجاوز أربعماية دينار كل من يعقد أو يعرض باسم شركة تأمين مسجلة عمليات تأمين بغير الأسعار أو الشروط المقررة » (م ٢٦) .

أن يصدر بوثيقة منفصلة تودع لدى مكتب الترخيص^(١) .

حق مباشر للمضرور :

أجاز القانون المدني (م ٧٧٩ - ٢) تأدية المؤمن للتعويض رأسا الى المضرور .
أما في التأمين الاجباري فلا يوجد جواز ولا اختيار للمؤمن في ذلك بل يجب عليه
قانونا تأدية التعويض في كل الاحوال الى المضرور رأسا^(٢) .

وقد منح قانون التأمين الاجباري المضرور حق الرجوع على المؤمن بدعوى
مباشرة (م - ٣) وهو خروج عن القواعد العامة لأن المضرور ليس طرفا في
العقد ولأن المؤمن ليس شريكا للمؤمن له في المسؤولية^(٣) . وينتقل حق المؤمن في
اقامة هذه الدعوى الى خلفه العام . كما أن حقه بهذه الدعوى المباشرة لا يسقط
حقه بالدعوى المباشرة التي له أن يقيمها على مسبب الضرر وهو المؤمن له . ولكنه لا
يستطيع ، بطبيعة الحال ، أن يستوفي تعويضا مضاعفا وكاملا من كل منهما ، بل

(١) نص قانون التأمين الاجباري على أن « تحفظ وثيقة التأمين بمكتب الترخيص في الملف الخاص
بالمركبة الآلية ، ولا يجوز سحبها ما دام الترخيص قائما .

ولا تقبل شهادة التأمين أو صورة الوثيقة لاصدار الترخيص بتسيير المركبة الآلية .
ويجوز للمؤمن أن يصدر للمؤمن له شهادة بوجود التأمين أو صورة من الوثيقة على أن يثبت
على الصورة بخط ظاهر انها مجرد صورة » (م - ١٢) .

ويلاحظ ان عبارة « ويجوز للمؤمن ان يصدر للمؤمن له شهادة بوجود التأمين » التي وردت
في الفقرة الأخيرة من النص أعلاه تفيد امكانية اصدار التأمين الاجباري في ليبيا بوثيقة تأمين
شاملة رغم ان العمل لم يجر بذلك في سوق التأمين الليبية حاليا .

(٢) نص القانون الاجباري على : « ويكون التزام المؤمن بقيمة ما يحكم به قضائيا من تعويض عن
الاصابات التي تقع للأشخاص مهما بلغت قيمته ويؤدي المؤمن مبلغ التعويض إلى صاحب الحق فيه »

(٣) ولو أن هذا العقد يمكن أن يكيف بالاشتراط لمصلحة الغير الذي يترتب عليه « ان يكسب الغير
حقا مباشرا قبل المتعهد بتنفيذ الاشتراط يستطيع ان يطالبه بوفائه ، ما لم يتفق على خلاف ذلك .. »
(م - ١٥٦ - ٢ مدني) .

يصح أن يستوفي جزء من التعويض من كل منهما إذا لم يكن مبلغ التأمين كافيا لسد مبلغ التعويض في التأمين على المسؤولية المدنية عموما ، وهو أمر لا يحصل في التأمين الاجباري لأن مبلغ التأمين غير محدد فيه وأن التزام المؤمن هو التزام بتعويض الضرر مهما بلغ وبدون حدود . أما إذا كان مبلغ التأمين كافيا في التأمين على المسؤولية المدنية فيتحمل المؤمن بالاضافة الى التعويض مصاريف الدفاع في القضية التي يرفعها الطرف المتضرر ضد المؤمن له في حدود مبلغ التأمين ، وفي حالة زيادة مبلغ التعويض عن مبلغ التأمين فتقسم تكاليف الدعوى بين المؤمن والمؤمن له بنسبة مصلحة كل منهما بالدعوى (م ٧٧٩ - ٣) (١) .

(١) إذا ما رجع الضرر على المؤمن له فيكون « للمؤمن مصلحة في الدفاع الذي يواجه به المصاب في دعواه التي يقيمها على المؤمن له لأنه هو الذي يتحمل في النهاية بنتائجها فله مصلحة في دفعها بانعدام مسؤولية المؤمن له كلية ، او بتقرير مسؤولية المصاب أو الغير في الوقت نفسه ، كما أن له مصلحة في المعارضة في تقدير الضرر الذي يلحق بالمصاب ، وقد يخشى أن يتساهل المؤمن له مع المصاب اعتمادا على التأمين بأن يقر له بالمسؤولية أو يتصالح معه على مبلغ التعويض أو لا يدفع له بكل الدفع التي يترتب عليها رفض الدعوى ، لذلك تتضمن وثائق التأمين شروطا تحظر على المؤمن له الاقرار بمسؤوليته أو التصالح مع المصاب وتلزمه بأن يرسل إلى المؤمن كل الأوراق الخاصة بالمطالبة سواء كانت التسوية ودية أم كانت قضائية وبعضها ينص على الاحتفاظ للمؤمن بمباشرة الدعوى » .

أنظر الأستاذ كامل مرسي ، عقد التأمين ، سنة ١٩٥٢ ، ص ٣٥٠ .
وكل تسوية ودية لا يدخل فيها المؤمن طرفا لا يحتج بها عليه وقد نص قانون التأمين الاجباري على أنه « إذا أدى التعويض عن طريق تسوية ودية بين المؤمن له والمضروب دون الحصول على موافقة المؤمن ، فلا تكون هذه التسوية حجة قبله » . (م - ٧ منه) .

ويلاحظ أنه لا يجوز توجيه دعوى الضمان على شركة التأمين أمام المحاكم الجنائية ، لأن قوانين الاجراءات الجنائية تقضي بعدم جواز ذلك . وقد نصت المادة (٢٢٦ - ٣) من قانون المرافعات الجنائية الليبي على أنه « لا يجوز أمام المحاكم الجنائية أن ترفع دعوى الضمان ولا أن يدخل في الدعوى غير المدعي عليهم بالحقوق المدنية والمسؤولين عن الحقوق المدنية » . وشركة التأمين ليس من المسؤولين مدنيا لأنها ليست مراقبا قانونيا أو اتفاقيا للمؤمن له كما أنها لا تعتبر متبوعا حتى تسأل عن الضرر الذي يحدثه المؤمن له باعتباره تابعا إذ أنه ليس كذلك ولا يوجد =

عدم التمسك بالدفع :

واقضى هذا الحق الخاص للمتضرر على المؤمن عدم امكانية تمسك المؤمن بالدفع^(١) التي له على المؤمن له في وجه المضرور ، وهذا ما أكد عليه القانون

= لشركة التأمين سلطة فعلية في رقابته أو في توجيهه . كما أن شركة التأمين لا تستطيع أن ترفض تغطية الخطر ودفع التعويض اذا رفض المؤمن له التخلي عن عبء الدفاع عنه أمام المحاكم الجنائية لشركة التأمين إذ أن ذلك من حقه طبقاً لقانون الاجراءات الجنائية . وعليه فقد تكون الشركة في التأمين الاجباري ملزمة بتأدية التعويض للمضرور ولو لم يكن لها مجال للتدخل في سير اجراءات الدعوى . وكأنها كفيل ضامن لما يحكم به من تعويض على المؤمن له للمضرور . وهذه الصفة يكون لها حق الرجوع على المؤمن له بتأدية ما دفعت اذا كان فعله يشكل حالة من حالات الرجوع كما في حالات الدهس العمد او ارتكاب جريمة قسدية لا تتعلق بجرائم المرور الخاصة بالسلوك كقيادته السيارة في حالة سكر أو تحت تأثير مخدر أو اذا ارتكب خطأ جسيماً كما لو سمح لشخص غير مؤهل بقيادة السيارة ولم تكن لديه رخصة قيادة للمركبة المؤمنة .

(فارن احمد فؤاد الانصاري ، مشاكل حول تطبيق قانون رقم ٦٥٢ لسنة ١٩٥٥ بشأن التأمين الاجباري من المسؤولية المدنية الناشئة من حوادث السيارات في الجمهورية العربية المتحدة ، مجلة الاتحاد العام العربي للتأمين ، ديسمبر - يوليو ١٩٦٩ - ١٩٧٠ ، العدد السادس والسابع - القاهرة ص ٧٥) .

ويلاحظ ان حق الرجوع هذا يجعل الشركة في مستوى المسئول عن عمل الغير الذي يكون له حق الرجوع على الغير في الحدود التي يكون فيها الغير مسئولاً عن التعويض (م - ١٧٨ مدني) ولكن لهذا المسئول عن الحقوق المدنية أن يدخل من تلقاء نفسه في الدعوى الجنائية ، ولا يجوز ذلك لشركات التأمين التي قد يقع عليها حيف من جراء ذلك بسبب هذا النص في قانون المرافعات الجنائية .

(١) والدفع هو الحجج المقبولة التي يوردها المدعي عليه للرد على دعوى المدعي وكذلك الوسائل التي من شأنها أن تدحض دعوى المدعي وتردها ، على أن تكون هذه الحجة وتلك الوسيلة من البيانات المقبولة والمسموعة في المحاكم بموجب قانون المرافعات وبموجب النصوص المتعلقة باثبات الالتزام في القانون المدني .

أنظر مؤلفنا ، الأوراق التجارية في التشريعين الليبي والعراقي ، مطابع دار الكتب ، بيروت ١٩٧١ ، ص ١٤٨ .

ويبين الأستاذ السنهوري الحكم العام بالنسبة لموضوع الدفع فيقول «ان الدفع التي نشأت قبل وقوع الحادث، يجوز للمؤمن أن يحتج بها على المضرور. وذلك ان الدعوى المباشرة عمادها=

حتى في الحالات التي أجاز فيها للمؤمن الرجوع على المؤمن له بما دفعه للمضرور من تعويض .

ولكن هناك دفع يمكن للمؤمن أن يتمسك بها في التأمين الاجباري حتى على المضرور وهي دفع بطلان العقد أو وقوع الحادث بعد انتهاء مدة التأمين أو اثبات حالة التواطؤ والغش بين المؤمن له والمضرور لغرض الحصول على تعويض — من المؤمن ، خاصة في الحالات التي يكون فيها المؤمن له معسرا ولا يخشى رجوع المؤمن عليه .

أما الدفع الأخرى المتعلقة بشروط عقد التأمين والتزامات المؤمن له بعد حدوث الخطر المؤمن منه وعدم تنفيذها بالشكل الذي يتطلبه العقد أو القانون ، فلا يمكن التمسك بها على المضرور ، بل يجوز في ظلها للمؤمن الرجوع على المؤمن له بما دفعه للمضرور . وقد بين المشرع الليبي هذه الحالات ونص صراحة على عدم مساسها لحق المضرور في استيفاء التعويض مباشرة من المؤمن وهي :

١ — حالة تأخر المحقق في اخطار المؤمن بالحادث ، وقد فرض القانون هذا الواجب على المحقق الذي يقوم بعملية التحقيق . ولكن التأخر في ذلك لا يترتب منه على المحقق أية مسؤولية فيما عدا العقوبات الانضباطية ان وجدت ، وعلى كل لايجوز للمؤمن أن يحتج بهذا التأخير ليتحلل من اداء التعويض الى المضرور (م ١٥ ق . ت . أ) .

= حق المؤمن له المستمد من عقد التأمين ، فيتلقي المضرور هذا الحق كما هو بجميع الدفع المتعلقة به وقت وقوع الحادث ، وفي الحدود التي يرسمها عقد التأمين الذي أنشأ هذا الحق... أما الدفع التي تنشأ بفعل المؤمن له بعد وقوع الحادث — أي وجوه سقوط حق التأمين — التي تستجد بعد وقوع الحادث ، فهذه لا يجوز للمؤمن أن يحتج بها على المضرور . « ومثلها عدم الاخطار في الميعاد القانوني أو ادارة دعوى المسؤولية خلافا لما اشترطه العقد أو عدم تقديم الأوراق أو المستندات للمؤمن بعد وقوع الحادث أو أية مخالفة جوهرية لالتزامات المؤمن له بموجب شروط العقد . السنهوري المرجع السابق ص ١٦٩٦ .

٢ - حالة النص على واجبات وقيود معقولة في وثيقة التأمين تخص التزامات المؤمن له في استعمال المركبة وقيادتها ، فإن الاخلال بهذه الواجبات والقيود لا يمكن الاحتجاج به على المضرور ولكنه يقيم حق الرجوع للمؤمن على المؤمن له بما دفعه للمضرور من تعويض . (م - ٦ ق . ت . أ)

ومن هذه القيود المعقولة ما يخص المركبة كعدم السماح بتحميلها فوق حد معين من الحمولة أو عدم استعمالها في سباق السيارات أو في نقل المواد المتفجرة دون اخبار المؤمن والحصول على موافقته المسبقة .

ومن هذه القيود المعقولة ما يعود الى قيادة المركبة واشتراط عدم الاذن بقيادتها الا لشخص يحمل رخصة قيادة نافذة المفعول ، أو اشتراط قيادتها من قبل أشخاص معينين بالاسم فقط في وثيقة التأمين فاذا ما خالف المؤمن له هذه الشروط ووقع حادث أدى الى الاضرار بالغير فلا يجوز للمؤمن التمسك في وجه ذلك الغير بمثل هذه الدفوع ولكن يحق له الرجوع على المؤمن له بما دفعه للمضرور من تعويض .

وتجدر الاشارة ان الاذن باستعمال المركبة اما أن يكون صريحا واما أن يكون ضمنيا ومثال الاذن الضمني أن يترك الاب مفاتيح السيارة مع ولده أو زوجته أو سائقه أو أن يترك السيارة في محل لوقوف السيارات مع مفاتيحها في داخلها وهو بعمله هذا يأذن لعمال محطة الوقوف بتحريك السيارة من محل لآخر داخل الموقف الا في حالات الطوارئ التي تستدعي تحريكها الى مكان آخر خارج الموقف .

ولكن وجود الاذن أو عدمه ، كما قلنا ، لا يعفي المؤمن من دفع التعويض بل هو واجب عليه حتى لو كانت السيارة في حيازة أو قيادة شخص غير مأذون له كسارق أو غاصب أو متعد ، لأن التأمين الاجباري شرع أساسا لايجاد غطاء مضمون للمضرور من حوادث السيارة فهو يلاحق السيارة المؤمنة في أي يد كانت .

ومع ذلك فإن تحديد أسماء الاشخاص الذين تجوز لهم قيادة السيارة يعتبر من الشروط المعقولة التي يضعها المؤمن لكي يضمن حقه بالرجوع على المؤمن له .

ويشترط في القيد أن يكون معقولا ، ومن الشروط ما يشك في معقوليته ، ويؤخذ بنظر الاعتبار في تفسير مثل هذه الشروط الاحوال السائدة في سوق التأمين المحلية ، فالشرط الذي يلزم بوضع السيارة في محل أمين ليلا حتى لا تسرق ويتسبب السارق بدهس أشخاص آخرين ، قد يكون مشكوك في معقوليته في ظل التعامل الجاري في ليبيا ولكنه قد يكون معقولا في بلد آخر تندر فيه السيارات وتكثر لذلك سرقاتها اذا تركت في محلات الوقوف في الطرق العامة . وقد يشترط المؤمن ان يقوم المؤمن له بإخباره عندما تسرق السيارة او تغتصب او عندما تترك للتصليح لمدة طويلة في احدى معامل التصليح وذلك في غضون مدة معقولة كثلاثة أيام مثلا .

ويخضع تقدير معقولة الشروط الى العرف المتبع في سوق التأمين محليا ، كما يخضع لتقدير محكمة الموضوع . واذا ما خضع للعرف أصبح الحكم عرضة للنقض ان طبق العرف خطأ أو أهمل تطبيقه باعتباره قانونا اذا ما خضع لتقدير المحكمة أصبح من قبيل المسائل المتعلقة بالوقائع وينتهي تقديره عند محكمة الموضوع .

وقد أشار قانون التأمين الاجباري (م - ١٨) الى الاذن عرضا فقال « يجوز للمؤمن اذا التزم اداء التعويض في حالة وقوع المسؤولية المدنية على غير المؤمن له وغير من صرح له بقيادة مركبته أن يرجع على المسئول عن الاضرار لاسترداد ما يكون قد أداه من تعويض ».

ويلاحظ أن الحكم المذكور لا يقصر حق المؤمن بالرجوع على غير المؤمن له على حالة عدم الاذن والتصريح بل جعل الامر عاما ، أي قضى بحق الرجوع متى ما ثبتت مسؤولية الغير المدنية حتى ولو كان الغير ماذونا له باستعمال المركبة الالية ، وقام بقيادتها بطيش أو خالف قوانين المرور وآدابه أو ارتكب بعض

جرائمه الأمر الذي أدى به الى ايقاع ضرر للغير ، فيجوز عندئذ للمؤمن الرجوع عليه حتى ولو كان مصرحا له باستعمال السيارة .

أما اذا أذن المؤمن له لشخص لا يجوز التصريح له بقيادة المركبة فيكون المؤمن بالخيار بالرجوع على المؤمن له أو على الغير أو عليهما معا لضمان استيفاء ما دفع للمضرور من تعويض . وسبب ذلك أن الرجوع على ذلك الشخص الذي سبب الضرر مقرر للمؤمن بالنص المشار اليه أعلاه بينما الرجوع على المؤمن له مقرر للمؤمن بموجب قواعد المسؤولية التعاقدية لأن المؤمن له خالف شرطا معقولا من شروط الوثيقة تلك المخالفة التي تقيم للمؤمن حق الرجوع عليه بما دفع .

الفصل الثاني

أشخاص التأمين الاجباري

أشخاص عقد التأمين هم المؤمن الذي يلتزم بتعويض الضرر عند وقوع الخطر المؤمن منه والمؤمن له وهو الذي يتعاقد على ذلك مع المؤمن ، ويدفع نظير التزام المؤمن بتعويض الضرر قسط التأمين . وقد يكون المؤمن له هو المستفيد في عقد التأمين كالذي يؤمن على داره من الحريق وكالذي يؤمن على سيارته بوثيقة تأمين شاملة . ولكن قد يكون المستفيد في عقد التأمين شخصا اخر يعينه المؤمن له كما في التأمين على الحياة لمصلحة الزوجة والاولاد ، وقد يكون شخصا ثالثا لا يعرفه المؤمن ولا المؤمن له أثناء التعاقد كالمضروب في التأمين الاجباري على المسؤولية المدنية من حوادث السيارات .

اولا - المؤمن Insurer

يجري التأمين عادة لدى شركات التأمين وتنص القوانين في بعض البلاد على حصر أعمال المؤمنين بشركات التأمين وعندئذ لا يجوز أن يكون مؤمنا الا شركة مجازة رسميا بممارسة أعمال التأمين ^(١) ويتضح هذا الامر بصورة خاصة في التأمين

(١) نص قانون الاشراف والرقابة على شركات التأمين ، المشار اليه ، بأنه « لا يجوز التعاقد على أية عمليات تأمين مباشر على أموال او ممتلكات او التزامات داخل الجمهورية العربية الليبية =

الاجباري (١)

ويشترط لقيام الشركة بأعمال التأمين في ليبيا حاليا أن تسجل بشكل شركة مساهمة حسب متطلبات القانون التجاري الليبي وتعديلاته (٢) . ومن ثم يطلب الترخيص لها من وزير الاقتصاد للقيام بأعمال التأمين . وللوزير أن يجيز أو أن يرفض طلب الترخيص دون تسبب حسبما يترأى له من وجه نظر المصلحة العامة .

= ألا لدى شركات مسجلة طبقا لأحكام هذا القانون ويجوز لوزير الاقتصاد في حالات خاصة أن يرخص في اجراء هذا التأمين لدى غير هذه الشركات . (م - ١) .
ويلاحظ ان هذا النص حصر التأمين المباشر فقط في شركات التأمين الليبية أي الشركات المؤسسة والمسجلة طبقا لأحكامه وأحكام القانون التجاري الليبي . وبذلك أباح التعاقد على أعمال إعادة التأمين مع غير هذه الشركات . كما أباح لليبيين التعاقد على التأمين مع غير هذه الشركات عن الأموال والممتلكات والالتزامات التي عليهم خارج ج . ع . ل وأخيرا أجاز لوزير الاقتصاد ان يرخص في حالات خاصة التعاقد على التأمين مع غير هذه الشركات ولو كانت الأموال او الممتلكات او الالتزامات داخل ليبيا . وتكثر مثل هذه الحالات بالنسبة للتأمين على مكائن ومعدات المقاولين الاجانب التي تجلب إلى ليبيا لانجاز المقاولات العامة والخاصة ، وقد يكون بقاءها في ليبيا مؤقتا او دائما وتكون مؤمنة في الخارج فيرخص وزير الاقتصاد الاستمرار بالتأمين مع المؤمن الأجنبي في العادة .

(١) وقد نص قانون التأمين الاجباري الليبي على ضرورة صدور وثيقة التأمين من إحدى شركات التأمين المسجلة في الجمهورية العربية الليبية لمزاولة عمليات التأمين على السيارات وفقا لأحكام القانون رقم ١٣١ لسنة ١٩٧٠ ، وهو قانون الاشراف والرقابة على شركات التأمين (م - ١) .
(٢) نصت المادة (٣) من بيان مجلس قيادة الثورة الصادر في ٢٥ صفر ١٣٩٠ هـ الموافق ٢ مايو ١٩٧٠ م بان « يشترط لصحة تأسيس شركة مساهمة فضلا عما هو منصوص عليه في المادة (٤٨٢) من القانون التجاري ، توافر الشروط التالية :

- ١ - أن يكون المؤسسون كاملي الاهلية ، ولا يقل عدد الليبيين منهم عن خمسة .
- ٢ - ان يكون رأس المال كافيا لتحقيق غرض الشركة .
- ٣ - أن يراعى في تحديد غرض الشركة الوحدة والتخصص .
- ٤ - الا يقل المدفوع من رأس مال الشركة عند التأسيس عن ثلاثين ألف دينار ... »
ويلاحظ أن تأسيس الشركات للقيام بأعمال التأمين أصبح محصورا في القطاع العام فقط .

ويشترط ألا يقل المدفوع نقداً في رأس المال لهذه الشركات عن مائة ألف دينار ولا عن ثلاثة أعشار رأس المال الاسمي أي العدين أكبر . ويلاحظ هنا عدم اعتبار ما يدخل في الموجودات ، لغرض احتساب هذه النسبة ، من أسهم وسندات تملكها شركة التأمين في شركات أخرى أو من أوراق تجارية أو اذونات خزانة وغيرها .

وكذلك وضع قانون الاشراف والرقابة على شركات التأمين شروطاً لاشتراك الشخص الاجنبي في تأسيس شركة لمزاولة أعمال التأمين . ولكن هذه الشروط لا أثر لها في الوقت الحاضر بعد أن تم حصر التأمين في القطاع العام أي بعد صدور قانون تأمين شركات التأمين الذي سبقت الإشارة إليه .

كما يشترط في شركة التأمين المجازة أن تسجل في سجل التأمين المعد لدى وزارة الاقتصاد . ويشترط أن تقدم المستندات والوثائق التي يتطلب القانون تقديمها^(١) .

ويحق لقسم التأمين في وزارة الاقتصاد أن يرفض طلب أية شركة للاشتغال بالتأمين في ليبيا لنقص في الوثائق المقدمة أو لعدم ملائمة الاسس الفنية التي تتبعها

(١) وقد حددت المادة (٩) من قانون الاشراف والرقابة على شركات التأمين البيانات الواجب تقديمها

عند التسجيل في سجل التأمين في وزارة الاقتصاد وهي :

- ١ - نسخة من عقد تأسيس الشركة ونظامها .
- ٢ - وثيقة تثبت أن رأس مال الشركة المدفوع لا يقل عن مائة ألف جنيه .
- ٣ - بيان بفروع التأمين التي ترغب الشركة في مباشرتها مع بيان الشروط العامة لعمليات التأمين والاسس الفنية التي تقوم عليها اذا كان نوع التأمين يتطلب ذلك .
- ٤ - بيان بأسس أسعار فروع التأمين التي تباشرها الشركة والمزايا والقيود والشروط الخاصة بوثائق التأمين التي تصدرها كل ذلك بالشروط والأوضاع التي تنظمها اللائحة التنفيذية .
- ٥ ، ٦ - (تخصص شركات التأمين على الحياة) .
- ٧ - نموذج من كل نوع من أنواع العقود التي تصدرها الشركة .
- ٨ - شهادة بايذاع أية أموال منصوص عليها في هذا القانون .

الشركة لتعيين أسعار عمليات التأمين أو بسبب مخالفة القوانين والأنظمة المرعية .
وفي حالة الرفض فإن على قسم التأمين أن يخطر الطالب وأن يسبب قراره بالرفض
(م - ١٠) ويكون قرار الرفض هذا خاضعاً للتظلم خلال ستين يوماً من تاريخ
اخطار صاحب الطلب بشأنه (م - ١١).

ولا يجوز للشركة التي أجازت للقيام بأعمال التأمين في ليبيا أن تقوم بأعمال
التأمين الاجباري الا اذا ائجاز لها ذلك صراحة وذكر في شهادة تسجيل الشركة . اذ
لا يجوز لأية شركة أن تباشر أي نوع من أنواع التأمين غير الأنواع المبينة في
شهاداتها والا اعتبرت عقودها في ذلك النوع من التأمين باطلة (م ١٣) ويقتصر هذا
البطلان على الشركة وليس لها أن تحتج به على المؤمن له أو المستفيد حسن النية .
وتعتبر الشركة مجازة بالقيام بأعمال التأمين الاجباري اذا ذكر في وثيقتها انها
تستطيع التأمين على المسؤولية المدنية دون أن يذكر التأمين الاجباري على السيارات
صراحة لأنه فرع من التأمين من المسؤولية المدنية الناشئة من حوادث المركبات الآلية .

ويشترط قانون الاشراف والرقابة على شركات التأمين أن تكون لها سنة مالية
تبدأ في أول يناير وتنتهي في ٣١ ديسمبر من كل عام . وأن تملك حسابات خاصة
بكل فرع ^(١) وأن توزع الايرادات والمصروفات التي يمكن تخصيصها لكل فرع
على حدة (م - ١٦) وذلك لكي يتسنى احتساب الاقساط على أسس حسابية علمية
صحيحة . وفي خلاف ذلك يجوز لقسم التأمين في وزارة الاقتصاد أن يرفض
البيانات التي تقدمها الشركة خلافا لهذه القواعد . وهذا أمر ليس له أهمية في التأمين
الاجباري على السيارات لأن قسط التأمين معين فيه بنص القانون .

(١) نص قانون التأمين الاجباري بأن « على المؤمن أن يملك سجلا للوثائق ، وسجلا اخر للتعويضات
خاصين بهذا النوع من التأمين طبقا للنموذجين اللذين يصدر بهما قرار من مدير الادارة المختصة
بوزارة الاقتصاد » .

وتشمل البيانات السنوية^(١) التي تلتزم الشركة بتقديمها الى وزارة الاقتصاد الميزانية وحساب الارباح والخسائر وبيان الايرادات والمصروفات واحتياطي التعهدات القائمة واحتياطي التعويضات تحت التسوية عن كل فرع من فروع التأمين على حدة وبيانا بموجودات الشركة مؤيدا بالمستندات التي يطلبها قسم التأمين في الوزارة (م - ١٩) وهذه البيانات ليست سرية وانما يجوز للجمهور الاطلاع عليها شأنها في ذلك شأن بيانات الشركات المساهمة وذلك بموجب اجراءات معينة بينها القانون التجاري تتعلق بالاطلاع على اضاير الشركات والحصول على نسخ مصدقة من البيانات الواردة فيها (م - ٥٨٣ تجاري).

كما وضع القانون المذكور عقوبة جنائية هي الغرامة التي لا تقل عن مائة دينار ولا تتجاوز أربع مائة ديناراً على كل من يعقد أو يعرض باسم شركة مسجلة عمليات تأمين بغير الاسعار والشروط المبلغة لقسم التأمين في وزارة الاقتصاد (م - ٤٤ من قانون الاشراف والرقابة على شركات التأمين).

الا أن هذا القانون أجاز للشركات الاتفاق على توحيد التعريفة أو على تبين طرق اصدار الوثائق أو على نشر معلومات عن التأمين والعمل على زيادة التوعية التأمينية وذلك عن طريق انشاء اتحاد على أن يكون هذا الاتحاد مفتوحاً لجميع الشركات المسجلة في ليبيا والتي تتعهد بالالتزام بشروط الاتحاد وتنظيماته ولا

(١) كما أوجب قانون التأمين الاجباري على المؤمن أن يقدم بالاضافة إلى ذلك « لقسم التأمين بوزارة الاقتصاد طبقاً للنماذج التي يصدر بها قرار من وزير الاقتصاد في المواعيد التي ينص عليها القرار كما يلي :

- أ - تقدير احتياطي الاخطار السارية .
- ب - حساب الايرادات والمصروفات .
- ج - حساب احتياطي المطالبات تحت التسوية .
- د - بيان المطالبات تحت الوفاء .
- هـ - تدرج تسوية المطالبات تحت التسوية عن السنين السابقة ، لكل سنة على حدة .
- و - بيان تحليلي للمصروفات « (م - ٢١) .

يجوز انشاء أكثر من اتحاد واحد لكل فرع من فروع التأمين (م - ٣٥ منه).

ويلاحظ أن مثل هذا الاتحاد بالنسبة للتأمين الاجباري ، اذا ما وجد ، فانه لا يستطيع أن يضع تعريفة للاسعار خلافا لما بينه الجدول رقم (١) الملحق بقانون التأمين الاجباري ولكنه يستطيع أن يقدم الى وزارة الاقتصاد من البيانات ما يقنع الوزير على اعادة النظر في التعريفة . اذ أن ذلك من اختصاص وزير الاقتصاد الذي يجوز له تعديلها وتغييرها كلما استجدت ظروف تستدعي ذلك .

كما بين قانون الاشراف والرقابة على شركات التأمين الحالات التي تنتهي بها أعمال شركات التأمين المسجلة في ليبيا ويتم شطبها ^(١) .

(١) يشطب تسجيل شركات التأمين في الأحوال الآتية :

- ١- اذا توقفت الشركة عن مزاولة عملياتها في الجمهورية العربية الليبية وحررت أموالها طبقا لاحكام هذا القانون .
- ٢- اذا صدر قرار من وزير الاقتصاد بالموافقة على تحويل العقود التي أصدرتها الشركة إلى شركة أخرى عن كل العمليات التي زاولتها في الجمهورية العربية الليبية وذلك طبقا لأحكام هذا القانون .
- ٣- اذا صدر حكم بإشهار إفلاس الشركة .
- ٤- اذا لم توظف الشركة الاموال المخصصة طبقا لاحكام هذا القانون .
- ٥- اذا نقص رأس المال المدفوع عن مائة ألف جنيه (دينار) .
- ٦- اذا ثبت لقسم التأمين ان الشركة تهمل باستمرار المطالبات الحقيقية التي تقدم اليها أو تتكرر منها المنازعة دون وجه حق في مطالبات جدية .
- ٧- اذا امتنعت الشركة دون وجه حق عن تنفيذ حكم نهائي صادر من احدى المحاكم في الجمهورية العربية الليبية لصالح أحد المستفيدين .
- ٨- اذا امتنعت الشركة عن تقديم دفاترها ومستنداتها للمراجعة او للفحص الذي يقوم به قسم التأمين طبقا لأحكام هذا القانون او رفضت اعطاء البيانات المفروض تقديمها طبقا لأحكامه .
- ٩- اذا ثبت من نتيجة المراجعة او الفحص ان حقوق حملة الوثائق معرضة للضياع او ان الشركة غير قادرة على الوفاء بالتزاماتها .
- ١٠- اذا ثبت ان الشركة لا تسير وفقا لنظامها او لهذا القانون او للقرارات المنفذة له .
- ١١- اذا لم تؤد الشركة الرسم السنوي المنصوص عليه في هذا القانون .
- ١٢- اذا ثبت ان التسجيل حصل دون وجه حق أو بناء على بيانات غير صحيحة .

وقد بلغ عدد الوكالات الأجنبية التي مارست أعمال التأمين في ليبيا سنة ١٩٦٩ عشرون وكالة^(١) ، ثم صدر قانون التأمين^(٢) فبقيت أربع شركات

ولا يجوز شطب التسجيل بسبب وقوع المخالفات المنصوص عليها في البنود ٧ و ١٠ و ١١ إلا بعد فوات شهر من تاريخ اخطار الشركة بكتاب مسجل مصحوب بعلم وصول بتدارك المخالفة أو تصحيح الوضع دون الاستجابة لذلك .

وفي جميع الاحوال يجب قبل اصدار القرار بشطب التسجيل اخطار الشركة بكتاب مسجل مصحوب بعلم الوصول بالوقائع المبررة للشطب وتكليفها بتقديم أوجه دفاعها كتابة خلال ثلاثين يوما من تاريخ استلامها للكتاب المذكور .

ويكون شطب التسجيل بقرار مسبب من وزير الاقتصاد بناء على طلب قسم التأمين ، وبعد موافقة لجنة الرقابة وينشر ذلك القرار في نشرة وزارة الاقتصاد خلال ثلاثين يوما من تاريخ صدوره ويجوز أن يكون الشطب متعلقا بكل أعمال التأمين التي تقوم بها الشركة أو بعضها حسب الاحوال .

(١) أنظر التقرير السنوي لشركة ليبيا للتأمين لعام ١٩٧٠ ، ص ٧ ويلاحظ ان أولى شركات التأمين في ليبيا كانت فروع لشركات أجنبية ووكالات تأمين أجنبية . وكان يحكمها القانون التجاري الليبي لسنة ١٩٥٤ ، ثم القانون رقم (٥٤) لسنة ١٩٥٦ الذي منح الحق لوزارة الاقتصاد بالاشراف والرقابة على الشركات عموما . ولما كانت هيئات التأمين انئذ وكالات وليست شركات فقد نجحت في أن تتحلل من أية رقابة فعلية في السوق الليبية . ثم صدر قانون الوكالات التجارية لسنة ١٩٥٩ ومن ثم القانون رقم (٧) لسنة ١٩٥٩ الخاص بالاشراف والرقابة على شركات التأمين . وبمقتضى هذا القانون الأخير انشئ قسم التأمين في وزارة الاقتصاد ومارس الرقابة على الشركات وفروع التأمين الأجنبية والوكالات الأجنبية التي تتعاطى أعمال التأمين في ليبيا . ثم صدرت اللائحة التنفيذية لهذا القانون الأخير بعد مدة طويلة أي سنة ١٩٦٤ وبدأ الليبيون بتأسيس شركات مساهمة ليبية للقيام بأعمال التأمين . وقد بلغ عدد شركات التأمين الليبية أربع شركات ونقص عدد الوكالات الأجنبية بعد ذلك إلى ١٨ وكالة مع فرع واحد لشركة أجنبية .

أنظر الدكتور سلامة عبد الله سلامة ، سوق التأمين في ليبيا ، مجلة الاتحاد العام العربي للتأمين ، ديسمبر - يوليو ١٩٦٩ - ١٩٧٠ العدد السادس والسابع القاهرة ص ٧٥ - ٧٧ .

(٢) صدر قانون يقضي بمساهمة الدولة في شركات التأمين في ١٩٧٠/١٢/٢٢ ثم صدر قانون بتأميم شركات التأمين في ليبيا بتاريخ ١٩٧١/١٠/١٤ . وشرح القانونين المذكورين وما طرأ على سوق التأمين في ليبيا بعد صدورهما أنظر مقالتنا ، تأميم الحصص الأجنبية في المصارف ومساهمة الدولة في شركات التأمين ، دراسات قانونية ، بنغازي ، المجلد الأول ١٩٧١ ، ص ٢٨٥ -

فقط (١) ثم دمجت هذه الشركات في شركتين هما شركة ليبيا للتأمين وشركة المختار للتأمين وتمارسان حالياً جميع أنواع التأمين المجازة في ليبيا ولا توجد شركة لاعادة التأمين .

ويوجد المركز الرئيسي لكل من الشركتين في طرابلس وفرع مهم لكل منهما في مدينة بنغازي . وتغطي أقسام القطر الأخرى عن طريق وسطاء التأمين . والمركز الرئيسي والفرع هما اللذان يصدران وثائق التأمين بالنسبة للتأمين الاجباري ولا يجوز لوكلاء التأمين اصدارها . ويتقاضى الوكلاء في ليبيا عن الانتاج والاصدار عمولة قدرها $7\frac{1}{4}\%$ اما عن الانتاج فقط فعمولة قدرها 5% من الاقساط التي تحصل عليها الشركة من انتاجهم .

يتضح مما سبق أن المشرع الليبي حصر التأمين الاجباري بشركات التأمين ولذا لا يجوز التأمين التبادلي ولا الاككتاب بالتأمين لدى الافراد كما لا توجد هيئات حكومية في ليبيا تقوم بهذا النوع من أنواع التأمين ولا توجد جمعيات تأمين تعاونية ولا صناديق تأمين خاصة أو تأمين ذاتي ، وهو التأمين الذي تقوم به بعض الشركات التجارية ، كما في انكلترا ، للتأمين على مؤسساتها ، سيما اذا ما رأت أن ما تدفعه من أقساط سنوية لشركات التأمين يربو في المدى البعيد على ما تحصل عليه من تعويضات نتيجة لوقوع الاخطار المؤمن منها ، وتستطيع هذه الشركات معرفة وتقدير ذلك عن طريق دراسة الاحصائيات لفترة زمنية طويلة هي خمس أو عشر سنوات في العادة .

= كما يلاحظ ان التأمين أوقف العمل من الناحية الفعلية لبعض نصوص قانون التأمين الاجباري كنص المادة (٢٤) الخاص بحرمان شركات التأمين من مزاوله التأمين الاجباري . وكذلك نص المادة (٢٥) الذي أورد عقوبة على التأخير في تقديم البيانات الواجب تقديمها بموجب هذا القانون وقانون الأشراف والرقابة على شركات التأمين المشار اليه سابقا ، والعقوبة هي الغرامة التي لا تزيد عن ثلاثمائة دينار .

(١) وهي : شركة ليبيا للتأمين وشركة المختار للتأمين وشركة الصحاري للتأمين وشركة شمال افريقيا للتأمين .

ونؤيد ما ذهب اليه المشرع الليبي من حصر التأمين بالشركات المساهمة
لامكانية مراقبة هذه الشركات بسهولة واخضاعها الى شروط المتطلبات القانونية .
اضف الى ذلك أن الحذر المتأتي من حصر التأمين بالشركات التجارية الكبيرة وهو
زيادة كلفة التأمين على المؤمن لهم غير وارد في مجال التأمين الاجباري لأن القانون
هو الذي يحدد سعره .

وقد يتبادر للذهن أن شركات التأمين الليبية تقوم بأعمال التأمين الاجباري
بعد تأميمها على شكل هيئات حكومية للتأمين . الا أننا لا نعتقد بذلك ونرى أن هذه
الشركات لا زالت تمارس أعمالها حسب الطرق التجارية المعتادة وانها شركات تأمين
بالمعنى الدقيق ولا يغير من طبيعتها ملكية الدولة لها وهي بذلك تختلف كل
الاختلاف عن ما يعرف بهيئات التأمين الحكومية شكلا وموضوعا .

لأن الدولة تلجأ الى انشاء هيئات التأمين الحكومية عندما تعزف شركات
التأمين عن تغطية نوع معين من الاخطار كالاخطار الزراعية مثلا ، فتدخل
الدولة كمؤمن لا لفرض الربح التجاري ولكن لتشجيع وابقاء تلك الفعاليات
الاقتصادية التي تراها ضرورية للوضع الاقتصادي في البلد ككل . كما أنها تقوم
بذلك أثناء الحروب عندما تكثر المخاطر وتتردد شركات التأمين عن تغطيتها أو
ترتفع أقساط الناس الى حد يضر بالمصلحة العامة فتدخل الدولة عن طريق هيئاتها
الخاصة . فالدولة اذن تحاول في مثل هذه الحالات أن تسد فراغا في عمليات
تأمينية غير مريحة ، وهي بهذا العمل تتدخل بالاستثمار لا لغرض الربح وانما
لأغراض اجتماعية واقتصادية بعيدة المدى أو لفترة زمنية مؤقتة طالت أم قصرت .
كما أن الدولة قد لا تلجأ حتى في مثل هذه الحالات الى انشاء هيئات تأمين خاصة
بها بل تعهد بذلك الى شركات التأمين وتتحمل الخسارة أو جزء منها كما فعلت
بريطانيا أثناء الحرب الثانية^(١) ولا تكون الدولة خاضعة لرقابة معينة أو لتخصيص

(١) أنظر أحمد جاد عبد الرحمن ، المرجع السابق ، ص ٩ وما بعدها .

رأسمال معين لالتزاماتها التأمينية ، وانما توفي بها عن طريق التخصيصات التي توضع في الميزانية العامة لهذا الغرض . وعليه فانها ليست مرغمة حتى على انشاء صندوق معين لأغراض مثل هذه التأمينات أو اتباع حسابات خاصة كما هو الأمر بالنسبة لبعض أنواع التأمين الاجتماعي . ويظهر من ذلك ما من فرق بين هئيات التأمين الحكومية وشركات التأمين المؤممة .

واجبات المؤمن وحقوقه :

تقع على المؤمن التزامات بموجب عقد التأمين لأنه عقد تبادلي كما رأينا كما تقع عليه بعض الواجبات التي نص عليها القانون المدني وقانون الاشراف والرقابة على شركات التأمين ، اضافة الى ما يقع على المؤمن في التأمين الاجباري من واجبات قانونية أوردتها قانون المرور على الطرق العامة وقانون التأمين الاجباري على المسؤولية المدنية من حوادث المركبات الالية . وقد سبقت الاشارة الى بعض هذه الواجبات ونشرح فيما يلي ما لم تسبق الاشارة اليه منها وهي :

١ - ان أول هذه الواجبات هو دفع التعويض الناتج من حدوث الخطر المؤمن عليه وسنفصل ذلك عند شرحنا لمسئولية المؤمن فيما بعد. ونقول هنا ان التعويض يدفع بقدر الضرر الذي يصيب المؤمن له أو المستفيد ، الا في التأمين على الحياة والتأمين من الحوادث الشخصية ، أما في التأمين على الاشياء فيجب ألا يستفيد المؤمن له من وقوع الخطر بأن يحصل على أكثر من مقدار الضرر حتى ولو كان قد أمن لدى أكثر من مؤمن واحد أو كان مبلغ التأمين يزيد على مقدار التعويض ^(١) .

(١) بينت (م - ٧٧٣ مدني) التزامات المؤمن المتعدين فنصت على أنه « اذا كان التأمين الواحد أو التأمين ضد الاخطار على نفس الأشياء موزعا بين عدة مؤمنين بخصص معينة ، فلا يلزم الواحد منهم الا بدفع ما يقع عليه من تعويض ، حتى ولو كان عقد التأمين واحدا ووقع عليه جميع المؤمنين » . وتجدر الاشارة هنا إلى مبدأ المشاركة في التأمين أي اشتراك جميع المؤمنين في تعويض الضرر بنسبة مبلغ التأمين المتعاقد عليه مع كل منهم من مبلغ الحسارة . ولا يتصور أن يجري التأمين الاجباري لدى أكثر من مؤمن واحد .

كما يتحدد التعويض بحدود مبلغ التأمين ، أي لا يلتزم المؤمن أن يدفع أكثر من مبلغ التأمين حتى لو زاد الضرر عن ذلك فيما عدا التأمين الاجباري على المركبات الآلية فإنه يلتزم بتعويض الضرر مهما بلغ وبدون حدود ، ولو أن التأمين الاجباري في حقيقته تأمين من الاضرار وبذلك يتساوى بهذه الصفة مع التأمين على الاشياء ^(١) لأن الضرر الحاصل من الأصابات البدنية والوفاة لا يمكن تقديره مسبقاً .

٢ - نظراً لأن التأمين الاجباري مفروض على كل من يقتني مركبة آلية فقد جعلت بعض القوانين قبول التأمين واجب على المؤمنين كذلك ، اذا ما توافرت شروطه ، والا فسيحصل ضرر لمالك المركبة والضرر يزال ، لأن المالك لا يستطيع استعمال مركبته الا اذا أمن عليها فان رفضت جميع شركات التأمين العاملة في مدينة معينة مثلاً أن تصدر له وثيقة تأمين اجباري فلا يكون في استطاعته استعمال مركبته أو الحصول على ترخيص لها، ويظهر ذلك بشكل واضح في البلاد التي لا يوجد بها عدد كبير من المؤمنين . ومن القوانين التي أخذت بهذا المبدأ القانون العراقي ^(٢) .

(١) نصت (م - ٦ - ٢) من قانون التأمين الاجباري على أن « يكون التزام المؤمن بقيمة ما يحكم به قضائياً من تعويض عن الاصابات التي تقع للأشخاص مهما بلغت قيمته ويؤدي المؤمن مبلغ التعويض إلى صاحب الحق فيه » .

(٢) المادة (١١) من قانون التأمين الالزامي من المسؤولية عن حوادث السيارات العراقي رقم (٢٠٥) لسنة ١٩٦٤ . وقد ورد في الأسباب الموجبة فيما يتعلق بهذا الحكم انه « من الاسس الهامة التي بني عليها التشريع هو عدم جواز رفض طلب التأمين اذا كان الطلب مستوفياً للشروط المطلوبة . وهذا الأمر نتيجة منطقية لالزام المواطنين بالتأمين وفرض عقوبة على من لم يقيم منهم بالتأمين » . ويذكر الأستاذ السنهوري في مجال المفاضلة بين التأمين الاجباري كما هو مقرر في مصر ما أخذ به المشرع الفرنسي فيقول « ان المشرع في فرنسا نهج منهج أكثر توفيقاً ، اذ أنشأ القانون الفرنسي الصادر في ٣١ ديسمبر ١٩٥١ صندوقاً للضمان من حوادث السيارات .

Fonde de garanti automobile أوسع نطاقاً من نظام التأمين الاجباري ، فهو يغطي الأخطار حتى لو كان المتسبب فيها مجهولاً او كان معروفاً ولكنه أمن على مبلغ غير كاف أو =

ولا يوجد نص صريح في القانون الليبي بشأن اجبار المؤمنين على عدم رفض التأمين الاجباري اذا كان مستوفيا للشروط المطلوبة ، وكان الأجدر بالمشرع الليبي الأخذ بهذا المبدأ سيما وأنه لم تبق الا شركتين للتأمين بعد التأميم والدمج وطالما أن المشرع فرض على مالكي السيارات التأمين عليها مع هاتين الشركتين فقط لأنهما الشركتان الوحيدتان العاملتان في ليبيا .

٣ - التزام المؤمن برد جزء من قسط التأمين الى المؤمن له اذا الغي عقد التأمين خلال مدة التأمين لأن التأمين من عقود المعاوضة وهو عقد تبادلي وذلك لا يجوز للمؤمن أن يحصل على عوض دون مقابل ولذلك فليس له أن يحتفظ بالاقساط عن المدة التي لا يوجد بها التزام عليه لتغطية الاضرار من وقوع الخطر المؤمن عليه ^(١) .

٤ - الالتزام بمسك سجلات خاصة وقد سبقت الاشارة الى ذلك أعلاه .

٥ - الالتزام بتقديم المعلومات القانونية ، وقد سبقت الاشارة الى ذلك ، ولكن يلاحظ هنا أيضا أن المشرع الليبي لم يلزم المؤمنين بتقديم احصائيات عن وثائق التأمين التي تصدرها الى دوائر المرور كما فعل المشرع العراقي

= أمن على مبلغ كاف ولكن المؤمن كان معسرا» المرجع السابق ص ١٦٤٥ والمصادر التي يشير اليها . ويلاحظ أن المشرع العراقي أخذ بالتأمين الاجباري بالاضافة الى صندوق الضمان الخاص وهي فكرة صائبة اذ انها تبقي التأمين في مجمله على أنه تنظيم تجاري وتنص على منح بعض التعويضات الخاصة من صندوق الضمان كحوادث السيارات التي لا تعرف هويتها والسيارات غير المغطاة بعقد تأميني الزامي (م - ١٦ منه) .

(١) نص قانون التأمين الاجباري على أن «... تصبح الوثيقة ملغاة من تاريخ تأشير مكتب الترخيص عليها باعادتها الى المؤمن له ، فاذا لم تكن الوثيقة قد انتهت مدتها في تاريخ الالغاء ، وجب على المؤمن أن يرد للمؤمن له جزءا من باقي القسط يتناسب والمدة المتبقية من فترة التأمين بشرط تقديمه وثيقة التأمين وما يكون لديه من صور منها والمؤمن أن يستنزل مصروفات اصدار الوثيقة بما لا يجاوز ١٠٪ من قيمة القسط (م ١١) .

مثلا (١) . ان مثل هذه المعلومات من شأنها أن تساعد على التعاون بين هذه الدوائر والمؤمنين لغرض تطبيق قانوني المرور على الطرق العامة والتأمين الاجباري والتأكد من التلازم الموجود بينهما ، والذي يظهر جليا في التراخيص التي تصدرها دوائر المرور ووثائق التأمين الاجباري التي تصدرها شركات التأمين كما أن في ارسال هذه الاحصائيات الى دوائر المرور فائدة ملحوظة هي تجنب كل احتمال للغش قد ينشأ عن تزويد أية وثيقة تأمين وتقديمها الى مكاتب الترخيص (٢) التي تفتقر الى احصائيات تبين لها ما أصدرته شركات التأمين من وثائق للتأمين الاجباري .

٦ - الالتزام بالاحتفاظ باحتياطي معين بالنسبة لقسم التأمين الاجباري يكون خاصا به (٣) .

حقوق المؤمن :

يمكن حصر حقوق المؤمن في التأمين الاجباري في ثلاثة نقاط هي :

١ - استيفاء القسط المقرر للتأمين .

(١) نص قانون التأمين الالزامي العراقي على أن « تقوم شركات التأمين كل ثلاثة أشهر بتزويد شرطة النقل والمرور بجدول تتضمن أسماء الاشخاص الذين صدرت وثائق التأمين بأسمائهم وتاريخ صدورهم وأرقام سياراتهم » .

(٢) توجد حاليا في ليبيا مكاتب ترخيص في طرابلس وبنغازي ودرنة ومصراتة وفزان .

(٣) نص قانون التأمين الاجباري على أن « يقدر احتياطي الأخطار السارية عن وثائق هذا النوع من التأمين على الأساس النسبي لمدة التغطية بعد اقتطاع ١٠ ٪ من القسط .

ويجب الا تقل جملة احتياطي الاخطار السارية عن وثائق هذا النوع من التأمين عن ٤٧ ٪ من جملة الأقساط المباشرة في السنة السابقة وأقساط اعادة التأمين الواردة في السنة ذاتها بعد خصم أقساط اعادة التأمين الصادرة وفي حساب هذا الحد الأدنى لا تخصم الأقساط المرتدة ولا أقساط الوثائق المنتهية خلال السنة » (م - ٢٢) .

٢ - الحلول والرجوع على المؤمن له .

٣ - التزامات المؤمن له بموجب وثيقة التأمين .

١ - استيفاء أقساط التأمين :

يقوم المؤمن بالتأمين ويتحمل تبعاته وذلك نظير قسط أو أية دفعة مالية يسددها المؤمن له وبدون ذلك لا يوجد عقد تأميني ولا يلتزم المؤمن بتغطية الحوادث المؤمن منها . ويلاحظ أن التأمين الاجباري الزم المؤمن له بدفع قسط نقدي فقط للحصول على وثيقة هذا التأمين وذلك بأسعار ثابتة عينها القانون .

وقد سبق أن بينا أن المؤمن لا يستحق القسط الا اذا كان عقد التأمين صحيحا أما اذا كان باطلا فعليه أن يرد الجزء الذي استلمه منه الى المؤمن له وهذا بخلاف حالة فسخ العقد .

ويختلف القسط بالنسبة للسيارات بشكل عام وفي بعض الوثائق عنه في الوثائق الأخرى لأن تحديده يتأثر بعوامل كثيرة منها ما يتعلق بالمؤمن له الذي يقود السيارة ومنها ما يتعلق بالسيارة نفسها . فيؤخذ بنظر الاعتبار بالنسبة للمؤمن له لياقته البدنية وحالته الصحية والعقلية والنفسية وهل سبق له أن أصيب بمرض عصبي أو بشلل بسيط أو بفقدان جزئي للسيطرة على الاطراف أو أن له عين سليمة واحدة وذلك رغم حصوله على رخصة لقيادة السيارة اذ يفترض أن تمكنه من القيادة في هذه الحالات أصعب من تمكن غيره الأمر الذي يزيد من احتمال وقوع الحوادث بالنسبة له .

أما بالنسبة للتأمين الاجباري فان العامل الوحيد الذي يؤخذ بعين الاعتبار فيه هو حصول المؤمن له أو من يقود السيارة على رخصة قيادة لأن الاعتبارات الأخرى ولو أنها قد تؤدي الى تردد شركة التأمين في ليبيا باصدار وثيقة تأمين له الا أنها لا يمكن أن تؤثر على مقدار قسط التأمين المثبت قانونا . لأن جدول أسعار هذا

التأمين عام ومطلق ولم ترد عليه أية استثناءات والمطلق يسري على اطلاقه ^(١).

(١) وقد وردت الأسعار التالية في الجدول رقم (١) الخاص بتعريفه أسعار التأمين الاجباري :

مسلسل	نوع السيارة	مواصفات السيارة	قسط التأمين في السنة
١	سيارة خاصة (ملاكي) المعدة للاستعمال الشخصي	قوة السيارة بالحصان ١٦ حصان فأقل أكثر من ١٦ حتى ٣٠ أكثر من ٣٠	٨ دنانير ١٠ ١٢
٢	مركبة مقطورة	الملحقة بالسيارة الخاصة	٥
٣	سيارة اجرة	عن أي عدد من الركاب لغاية خمسة عن كل راكب زائد عن ذلك (ويراعى أن يحتسب القسط على أساس عدد الركاب المصرح بهم)	١٢ ٢
٤	سيارة تحت اطلب	عن أي عدد من الركاب لغاية خمسة عن كل راكب زاد على ذلك (ويراعى أن يحتسب القسط على أساس عدد الركاب المصرح بهم)	٨ ٢
٥	سيارة حافلة وهي المعدة للتنقل العام او الخاص للركاب في رحلات سياحية	عن أي عدد من الركاب لغاية أربعة عشر راكبا وعن كل راكب زاد على ذلك (ويراعى أن يحتسب القسط على أساس عدد الركاب المصرح بهم)	١
٦	المركبة المقطورة بحافلة	يطبق السعر الخاص بالركاب الاضافيين وفقا للتعريفه الخاصة بسيارة حافلة .	
٧	سيارة نقل بضائع وسيارات الجرار (بطاح)	الحمولة بالطن : طن واحد او أقل أكثر من طن ولا يتجاوز ٢ طن وعن كل طن زاد على ذلك وتعتبر أجزاء الطن في تحديد الزيادة طنا كاملا . (ويراعى ان يحتسب القسط على أساس أقصى الحمولة المصرح بها) عن كل راكب على أساس عدد الركاب الذين قد يصرح بنقلهم	٨ ٨ ١ ٣
٨	سيارة جرارة	جرار زراعي	٢

أما بالنسبة للسيارة فيؤخذ بنظر الاعتبار قوة السيارة ، أي سعة اسطوانة محركها مقاعدها ووزن حمولتها وعمر السيارة وحالتها العامة ، ولا تؤخذ النقطتان الأخيرتان بعين الاعتبار في التأمين الإلزامي ، اذ يفترض أن السيارة التي تجتاز الفحص الفني للحصول على الترخيص مؤهلة للحصول على وثيقة التأمين الإلزامي والمرور في الطرق العامة . اذ يوجد ترابط دائم بين ما تقره مكاتب الترخيص وبين التأمين الإلزامي على المركبات الالية .

ولكن يؤخذ بنظر الاعتبار في هذا التأمين ايضا الغرض الذي خصصت له السيارة أي هل أنها مخصصة للاستعمال الخاص الامر الذي يجعل استعمالها محدوداً وبالتالي تقل احتمالات وقوع الحوادث منها ، ام انها مخصصة للاستعمال التجاري اي للنقل العام مما يزيد في احتمال حدوث الأخطار منها. او هل هي مخصصة

مسلسل نوع السيارة	مواصفات السيارة	قسط التأمين في السنة
٩ مركبة مقطورة	الجرار الصناعي واللات الرفع والحفر وتعبيد الطرق وغيرها مما يعتبر في حكم السيارة والجرارة . الحمولة : طن أو أقل	٦ دنانير
	عن كل طن زاد على ذلك حسب الحمولة المصرح بها وتعتبر أجزاء الطن طنا كاملا	١
١٠ دراجة نارية	بدون ملحقات	٣
١١ دراجة نارية	بملحقات	٤
١٢ سيارة الاسعاف والمستشفيات		٨
١٣ سيارة نقل الموتى		٤
١٤ سيارة مدارس تعليم القيادة		١٠
١٥ التراخيص التجارية		٢٠
ملحوظة :		

تسري أسعار التأمين المبينة بالجدول على تأمين أي نوع اخر من المركبات الالية يصدر بتعديده قرار من وزير المواصلات .

لعمليات بسيطة كالنقل داخل معمل أو في مزرعة أو مخزن وعندئذ تكون احتمالات حوادثها للغير ضئيلة بعكس ما اذا كانت تقوم بالنقل العام على الطرق العامة ، فيكون احتمالات أحداث ضرر للغير من استعمالها كبيرة . وقد راعى المشرع الليبي هذه الاعتبارات كما يتضح من جدول التعريفة المذكور .

كما يؤثر على ارتفاع قسط التأمين وانخفاضه ، بوجه عام ، مقدار مبلغ التأمين وهو عادة يتناسب طردياً مع مقدار القسط ، اذ كلما زاد مبلغ التأمين كلما ارتفع القسط ولو أن ارتفاع الأخير قد لا يكون بنفس النسبة . ولكن هذه القاعدة لا أثر لها في التأمين الاجباري اذ لا يجوز تحديد مبلغ التأمين فيه وان المؤمن يلتزم بما تحكم به المحاكم من تعويضات أو ما يتفق عليه من تسوية ودية دون التقيد بمبلغ معين . ولذلك فان قسط التأمين الاجباري حدده المشرع في ليبيا وفي كثير من البلاد الأخرى ، مراعيًا في ذلك الاعتبارات الفنية كعدد السيارات الموجودة في البلد واحتمال زيادتها في المستقبل القريب ووضع الطرق العامة وعدد الحوادث والاضرار التي تقع للغير في النفس والبدن .

فزيادة عدد السيارات ولو أنه يؤدي الى كثرة حوادثها في العادة ، الا أنه قد يؤدي الى انخفاض قسط التأمين الاجباري أيضاً ، وذلك بسبب زيادة المبالغ المتجمعة من أقساط هذا النوع من أنواع التأمين . ولكن هذه القاعدة غير مطلقة وتعتمد الى حد كبير على عدد الحوادث ومبالغ التعويضات التي تدفعها الشركات سنوياً .

ولذلك تقرر بعض الشركات منح سماعات للذين لا يسببون أية حوادث أثناء مدة التأمين وهم الذين لم تدفع الشركة عنهم أية تعويضات في الماضي ^(١) . ولا نعتقد بإمكانية دفع مثل هذه السماعات في ظل التشريع الليبي بالنسبة لقسط التأمين الاجباري كما مر ذكره .

ومع ذلك فانه يصعب تحديد القسط على أسس فنية تحقق العدالة للمؤمنين

وللمؤمن لهم ، لأن القسط يحدد بالنسبة لاقليم البلد ككل ، فالسيارة التي يقيم صاحبها في طرابلس ويكثر استعمالها هناك قد يكون احتمال تسببها للاضرار أكثر من السيارة التي يقطن صاحبها في بنغازي ، وفي البيضاء أقل من بنغازي وهكذا لقلة الازدحام وانخفاض ساعات الاستعمال في المدن الصغيرة عنها في المدن الكبيرة ومع ذلك فإن القسط موحد وثابت بالنسبة للجميع اذ لا تؤخذ محلات استعمال السيارة ولا عدد الكيلومترات التي تسيرها في مدة التأمين بنظر الاعتبار . صحيح أن كل سيارة مؤمن عليها تأميناً اجبارياً تكون مغطاة اينما سارت في اقليم الجمهورية العربية الليبية ، ولكن الواقع يشير الى كثرة استعمالها في مدينة اقامة مالكيها أكثر أيام مدة التأمين .

كما أن لمدة التأمين أثر على تحديد القسط ايضاً . لأن عقد التأمين عقد مستمر وعليه فكلما طالت مدة التأمين كلما زاد احتمال وقوع الخطر منه والعكس بالعكس ، ولذلك تعين وحدة زمنية لمدة التأمين هي سنة تقويمية في العادة بالنسبة للتأمين الاجباري أو لسنة مالية تجدد بعد مضيها وثيقة التأمين الاجباري . وعليه فيكون التأمين اما لسنة وهذا هو الحد الاقصى أو لأقل من ذلك وعندئذ يستوفي قسط أقل عن المدة التي تقل عن سنة ولكن أقساط المدد القصيرة لا تحدد على أساس نسبي من قسط السنة الكاملة بل تزيد على تلك النسبة في العادة ، لأن شركات التأمين تتحمل بعض المصاريف لقاء اصدار وثائق التأمين للمدد القصيرة وللتأكد من صحة البيانات المقدمة من طالبي التأمين . وقد بين القانون الليبي أسعار المدد القصيرة (١) .

(١) ندرج أدناه جدول رقم (٢) لتعريف أسعار التأمين الاجباري للمدة القصيرة :

المدة	معدل القسط
١٥ يوماً فأقل	١٠ ٪ من القسط السنوي
أكثر من ١٥ يوماً ولا تزيد على شهر	٢٠ ٪ من القسط السنوي
أكثر من شهر ولا تزيد على شهرين	٣٠ ٪ من القسط السنوي
أكثر من شهرين ولا تزيد على ثلاثة أشهر	٤٠ ٪ من القسط السنوي

٢ - الحلول : Subrogation

مبدأ الحلول من المبادئ الأساسية في التأمين وقد أكد القانون المدني الليبي حق المؤمن بالحلول محل المؤمن له ^(١) . وسبب تشريع حق الحلول أن المؤمن له والمستفيد يحصل من المؤمن على تعويض الضرر الذي أصابه من جراء وقوع الخطر المؤمن منه وذلك بشكل عاجل ومحقق ، ~~ولا~~ يحتاج المؤمن له في العادة الى اثبات الضرر والتقاضى للحصول على التعويض من المؤمن ، ومتى ما حصل على تعويضه فلا يجوز له أن يحصل عليه مرة أخرى من مسبب الضرر والا أصبح التأمين أشبه بالرهان — كما انه ليس من المصلحة أن يترك مسبب الضرر بدون ملاحقة لمجرد وجود التأمين ، ويمكن تفادي هاتين النتيجةين عن طريق الحلول القانوني ، أي أن يحل المؤمن حلولا قانونيا محل المؤمن له في مطالبة مسبب الضرر بما دفعه من تعويض للمؤمن له .

علما بأنه لا يجوز للمؤمن بموجب حقه بالحلول استيفاء أكثر مما دفعه للمؤمن له من مسبب الضرر . فاذا حكم للمؤمن له بتعويض يفوق مبلغ التأمين الذي دفعه المؤمن للمؤمن له فان الزيادة تعود في هذه الحالة الى المؤمن له ، لأن الحلول يقع بمقدار ما دفعه المؤمن فعلا ويكون الباقي من حق المؤمن له لأن تقديره لمبلغ التأمين المتعاقد عليه مع المؤمن لم يكن صحيحا أو كان قليلا بسبب الاقتصاد في دفع أقساط التأمين .

= ملاحظة :

تطبق معدلات أقساط المدة القصيرة المشار اليها على أساس القسط السنوي لنوع السيارة ومواصفاتها وفقا لما هو وارد في تعرفه الأسعار في الجدول رقم ١ (المشار اليه أعلاه) .

أنظر بالنسبة للأسعار في العراق — موريس منصور ، المرجع السابق ص ٥٢ .

(١) نص القانون المدني على أنه « اذا دفع المؤمن التعويض ، حل محل المؤمن له في حقوقه تجاه الأشخاص المسؤولين بقدر المبلغ المدفوع » (م - ٧٧٨ - ١) .

كما أنه ليس للمؤمن له اذا ما استرد المؤمن ما دفعه اليه مع المصاريف من مسبب الضرر أن يرجع على المؤمن ويطالبه باعادة أقساط التأمين . لأن هذه الاقساط لا تعاد سواء وقع الخطر المؤمن منه أو لم يقع وسواء حصل المؤمن على ما دفعه من مسبب الضرر أم لم يحصل على شيء منه ، لأنها ثمن التأمين ، والقول بغير ذلك ينفي وجود مصلحة للمؤمن في اجراء التأمين ابتداء .

ويعمل بمبدأ الحلول في جميع أنواع التأمين التي تقضي بتعويض المؤمن له وهي العقود التي تعرف بالـ Contracts of indemnity ولذلك فهي تشمل التأمين على الحريق والتأمين البحري والتأمين على المسؤولية المدنية وغيرها من التأمينات على الاشياء . ولكنها لا تشمل التأمين على الحياة ولا التأمين عن الحوادث التي تصيب المؤمن له لأنها ليست عقود تعويض وانما عقود ضمان ^(١) .

والحلول لا يشكل موقفا سلبيا على المؤمن له فقط ، بل عليه أن يعاون المؤمن ويساعده في ادارة الدعوى ضد مسبب الضرر للحصول على حقه منه . ولو أنه غير ملزم بأن يتنازل عن ادارة الدعوى بتمامها اذ أن تقرير المسؤولية عليه قد يؤدي الى مطالبة المؤمن اياه برد ما دفعه من تعويض اليه .

ومن آثار ذلك أيضا أن المؤمن لا يلتزم بأية تسوية ودية قد تجري بين المؤمن له ومسبب الضرر أو المضرور في التأمين الاجباري ما لم يكن المؤمن طرفا فيها كما سبقت الاشارة الى ذلك . كما ليس للمؤمن له الاعتراف بمسؤوليته بشكل عام ، لأن الاعتراف بالمسؤولية فيه اضرار بالمؤمن اذ انه يسري عليه من حيث النتيجة رغم أن الاقرار حجة قاصرة على المقر ، لأن المؤمن يحل هنا محل المؤمن له حلولا قانونيا .

والحلول معمول به في التأمين على المسؤولية المدنية لأن التأمين فيها من عقود

(١) E.R. Hardy Ivamy, General Principles of Insurance, Butterworth, 1966, p. 393

التعويض ، ولما كان التأمين الاجباري من حوادث المركبات الالية نوعا من أنواع التأمين من المسؤولية المدنية . أصبح من الطبيعي القول بأن مبدأ الحلول يطبق في التأمين الاجباري أيضا .

ولكن الامر ليس بهذه السهولة لأن المؤمن في التأمينات العادية يحل محل المؤمن له ولكن الذي يقبض التعويض في التأمين الاجباري ليس المؤمن له وانما المضرور فهل يحق للمؤمن أن يحل محل المضرور الذي لا تربطه معه أية رابطة تعاقدية في دعواه ضد مسبب الضرر الذي قد يكون هو المؤمن له نفسه ؟ أو هل يجوز مثل هذا الحلول اذا كان مسبب الضرر هو غير المؤمن له أو غير من أذن له باستعمال السيارة كالسارق أو الغاصب ؟ .

ان مثل هذا الحلول لا يكون الا حلولا قانونياً وعليه وجب أن تنص عليه قوانين التأمين الاجباري . وقد نص القانون العراقي على ذلك صراحة بأن «يحل المؤمن في حدود ما دفعه للمتضرر محل هذا الاخير في حقوقه تجاه الغير المسؤول مدنيا» (م - ١٠ منه) .

ولم يرد في قانون التأمين الاجباري الليبي ولا في قائمة الشروط العامة التي تحتوي عليها وثيقة التأمين نص بهذا الخصوص . بل ترك الأمر للاحكام العامة الواردة في القانون المدني بالنسبة لحلول المؤمن محل المؤمن له .

ونرى ان عدم النص على ذلك صراحة يشكل نقصا في القانون الليبي للتأمين الاجباري . اذ أن الحلول في الحالات التي ينشأ عنها التعويض في ظل هذا القانون هي ليست حلول المؤمن محل المؤمن له بل حلول المؤمن محل المضرور وهذا واضح من النص العراقي أعلاه .

فهل يمكن بعد ذلك أن يقال ان قاعدة الحلول يمكن تطبيقها في مجال التأمين الاجباري في ليبيا . قد يقال ان من الممكن تطبيقها في هذا المجال لأنها قاعدة عامة اذ لا يجوز للمضرور أن يحصل على فائدة من وقوع الحادث فيأخذ التعويض

من المؤمن ويرجع مرة ثانية على مسبب الضرر ان كان غير المؤمن له أو من أذن له المؤمن له باستعمال السيارة . ومع ذلك فان هذه الحجة ضعيفة لأن المضرور يصاب في بدنه أو قد يفقد حياته وحياة الانسان لا تقدر بثمن وعلى هذا الاساس لا يجوز الحلول في التأمين على الحياة أو من الحوادث التي تصيب شخص الانسان كما ذكرنا (١) .

ولكن هل يعني هذا الرد أن التأمين الاجباري هو بمثابة التأمين عن الاصابات البدنية للمؤمن له وبالتالي فلا حاجة للحلول فيه أصلاً ؟ الجواب على ذلك يكون بالنفي ، لأنه كما قلنا من عقود التعويض عن المسؤولية المدنية ، أضف الى ذلك أنه لا يحدد فيه مبلغ التأمين ويلتزم المؤمن بالتعويض المحكوم به مهما كانت حدوده .

ومع ذلك فان المشرع الليبي تلافي أغلب حالات الحلول عندما بين الاوضاع التي يجوز فيها للمؤمن الرجوع على المؤمن له بما دفعه من تعويض على أن يكون قد دفع التعويض فعلاً وليس في حالة قبوله المجرد لدفع التعويض ويكون الرجوع محدود ما دفع . ويختلف الحلول عن حق الرجوع ولكنه يؤدي بالنتيجة الى نفس الشيء سيما وأن المشرع الليبي منح المؤمن حق الرجوع في الحالات التي حددها بالنص لا على المؤمن له فقط بل على مسبب الضرر أيضاً (٢) . وقد يكون هذا الرجوع المباشر أقوى من حق الحلول ولكنه محدد في الحالات التي ذكرها القانون والتي سبقت الإشارة اليها .

(١) نص القانون المدني على انه « في التأمين على الحياة لا يكون للمؤمن الذي دفع مبلغ التأمين حق في الحلول محل المؤمن له او الاستفادة في حقوقه قبل من تسبب في الحادث المؤمن منه أو قبل المسئول عن هذا الحادث » (٢-٧٦٥)

(٢) نص القانون الاجباري على أنه « يجوز للمؤمن اذا التزم اداء التعويض في حالة وقوع المسؤولية المدنية على غير المؤمن له وغير من صرح له بقيادة مركبته أن يرجع على المسئول من الاضرار لاسترداد ما يكون قد أداه من تعويض » (م - ١٨) .

٣ - التزامات المؤمن له كحقوق للمؤمن :

تشكل التزامات المؤمن له بموجب وثيقة التأمين الاجباري وكذلك الشروط العامة التي ترد فيها حقوقا للمؤمن وسنبين ذلك عند دراسة واجبات المؤمن له ^(١) .

ثانيا - المؤمن له :

المؤمن له هو الطرف الآخر الذي يتعاقد مع المؤمن للحصول على تعويض مالي أو ايراد مرتب في حالة وقوع الحادث أو تحقق الخطر المؤمن منه في عقد التأمين ويدفع له هذا التعويض أو لشخص آخر يقال له المستفيد . والمؤمن له في التأمين الاجباري هو صاحب المركبة الذي تكون رخصة استعمالها بيده ، أما المستفيد فهو المتضرر الذي يصيبه حادث في المركبة سواء كان ذلك بفعل المؤمن له أو الغير ، لأن التأمين الاجباري يرد على المركبة بالذات وليس على الشخص الذي يقودها .

ويثور التساؤل عن السن التي يمكن أن يتعاقد بها المؤمن له ، وهل هي سن الرشد في القانون المدني أي بلوغ سن الحادية والعشرين عاما أم هي السن التي يجاز له فيها اقتناء المركبة أو التي يجاز له فيها قيادتها إذ أن هذه السن الاخيرة تقل في العادة عن سن الرشد . ويسمح في الولايات المتحدة لأبناء الفلاحين مثلا الحصول على رخص قيادة الجرارات الزراعية اذا بلغوا السادسة عشرة من العمر ، وتجهز القوات المسلحة في كثير من البلاد للبالغين سن الثامنة عشر قيادة المركبات الالية .

وقد جعل قانون المرور على الطرق العامة الليبي سن الترخيص لقيادة المركبات الالية ثمانية عشر سنة ^(٢) . ونرى جواز التعاقد على التأمين الاجباري بهذه السن

(١) أكثر هذه الواجبات التي على المؤمن له وردت في الشروط العامة المدرجة على نموذج وثيقة التأمين الاجباري .

(٢) فنص على عدم اصدار تراخيص القيادة الا اذا توافرت في الطالب شروط منها « الا تقل سنه عن ١٨ سنة ميلادية ، ويجوز بقرار من وزير المواصلات بالاتفاق مع وزير الداخلية والحكم المحلي زيادة هذه السن بالنسبة لنوع أو أكثر من تراخيص القيادة ، وتثبت السن بشهادة الميلاد الرسمية ، =

لمقتني رخصة القيادة ولديه مركبة الية ، ولا تقتضي ملكية المركبات الالية سن معينة ، فقد يحصل عليها الشخص عن طريق الارث أو الهبة أو حتى الشراء اذا كان صبيا مميزاً مأذونا له بالتجارة وبلغ سن الثامنة عشر .

واجبات المؤمن له وحقوقه :

تقع على المؤمن له عدة واجبات وتكون له بعض الحقوق بموجب عقد التأمين ونصوص القانون الاجباري ندرجها فيما يلي :

- ١ - يلتزم المؤمن له في مقابل تغطية الخطر من قبل المؤمن أن يدفع له قسطاً أو أية دفعة مالية وقد شرحنا المقصود من ذلك عند بحثنا لحقوق المؤمن .
- ٢ - يلتزم المؤمن له بقيادة المركبة بعد حيازة رخصة قيادة لذلك النوع من المركبة التي أمن عليها . ولا يصرح لغيره ممن ليس لديه رخصة قيادة نافذة المفعول باستعمال السيارة . ولكن الاخلال بهذا الالتزام من جانب المؤمن له لا يحلل المؤمن من التزامه بتعويض المضرور ، كما ذكرنا سابقاً ، وكل ما في الامر انه يعطي المؤمن حق الرجوع على المؤمن له بما دفعه للمضرور (١) .

= فاذا لم يكن تاريخ الميلاد معينا بالسنوات في الشهادة اعتبر الطالب مولوداً في أول يولية من سن ولادته المبينة في الشهادة ، وفي حالة عدم وجود شهادة ميلاد تحدد السن بمعرفة لجنة طبية تشكل بقرار من وزير المواصلات والاتفاق مع وزير الصحة ويسند التحديد إلى أول يولية من السنة التي تقررها اللجنة « (م - ٢٥ - أ) .

(١) لا تجوز قيادة المركبة الالية قبل الحصول على رخصة في ليبيا ، أو على رخصة نافذة المفعول حسب نصوص المعاهدات الدولية التي تكون ليبيا طرفاً فيها . ويعين في الرخصة نوع المركبة التي صدرت الرخصة بقيادتها كدراجة نارية أو سيارة خاصة أو مقطورة صغيرة أو سيارة اجرة او سيارة نقل بمقطورة او بدونها أو حافلة وهكذا .

كذلك يصدر ترخيص معين بقيادة الجرافات الزراعية ومكائن شق الطرق وتعبيدها . وقد سمح قانون المرور على الطرق العامة لمكاتب الترخيص المختصة اصدار تراخيص قيادة خاصة بذوي العاهات البدنية ، وذلك وفقاً للشروط والاوضاع التي يعينها وزير المواصلات والداخلية بعد موافقة اللجنة الطبية الخاصة (م - ٢٢) .

ويثبت حق الرجوع للمؤمن عند حصول الحادث من قبل شخص لا يقتني رخصة قيادة نافذة المفعول بشرط أن يكون قد دفع التعويض الى المضرور ، ويثبت حقه هذا ولو أن رخصة القيادة كاشفة عن القدرة على قيادة المركبة الالية بالكفاءة المطلوبة وليست منشأة لها . ولا نعتقد بجواز السماح لقائد المركبة غير المرخص اثبات قدرته على قيادة المركبة ، لأن القانون افترض بقرينة قانونية قاطعة خطؤه في هذه الحالة لأن فعله يشكل جريمة معاقب عليها جنائيا .

ولا يعتبر شرط اقتناء رخصة القيادة شرطا تعسفيا لأن قيادة السيارة من غير رخصة يفترض فيه تعمد ارتكاب الخطأ ، ومع ذلك فان هذه المسألة لا تخص سقوط الحق بالتأمين اذ أن هذا الحق لا يسقط في التأمين الاجباري ولكنها تخص حق الرجوع على المؤمن له من قبل المؤمن .

٣ - يلتزم المؤمن له بتقديم المعلومات الصحيحة الى المؤمن وكذلك البيانات الجوهرية التي تمكنه من قبول التأمين أو رفضه ومن تعيين القسط . وهذا الالتزام ليس له أهمية كبيرة في التأمين الاجباري بالمقارنة مع أنواع التأمينات الاخرى ، لأن القسط محدد به قانونا ولأن المعلومات تخص المركبة التي يرد عليها التأمين كما سبقت الاشارة الى ذلك .

ومع ذلك تجب ملاحظة الحالات التي تحدث للسيارة بعد صدور وثيقة التأمين كتبديل السيارة إلى سيارة نقل عام او تبديلها من سيارة حمل خاصة إلى سيارة حمل عامة او اجراء بعض التصليحات عليها التي من شأنها أن تزيد من طاقة حملتها ، او زيادة مقاعدها أو سرعتها . وقد بين القانون حق الرجوع للمؤمن على المؤمن له في الأحوال التي تستعمل بها السيارة في غير الأغراض المعدة لها ، لذلك فان على المؤمن له أن يخبر المؤمن بما تم من تغييرات والا كان عرضة لحق الرجوع عليه . هذا وقد أوجب قانون المرور على مالك المركبة الالية أن يخبر

مكتب الترخيص بكل ما يطرأ على أوصاف المركبة ووجوه استعمالها ^(١) . كما يجب عليه أن يحافظ على السيارة بحالة جيدة ^(٢) .

٤ - على المؤمن له ان يلتزم بأنظمة المرور وآدابه : يمكن أن يشترط في عقد التأمين سقوط الحق في التأمين اذا ارتكب المؤمن له جناية او جنحة عمدية . ولكن لا يجوز هذا الشرط في التأمين الاجباري ولا يمكن للمؤمن ان يتمسك به على المضرور كما رأينا . الا ان المؤمن في هذه الحالة أن يرجع على المؤمن له بما دفعه للمضرور من تعويض . وقد ورد في الشروط العامة لوثيقة التأمين الاجباري حق الرجوع اذا ثبت أن « الوفاة او الاصابة البدنية نشأت من عمل ارتكبه المؤمن له عن ارادة وسبق اصرار » .

فالفقرة هنا تضيف سبق الاصرار إلى الفعل العمدي وعليه لا يكون للمؤمن حق الرجوع اذا أثبت ان الفعل كان عمديا أي ليس خطأ فقط بل عليه أن يثبت سبق اصرار المؤمن له عند ارتكابه الفعل . ومتى ما كان الفعل غير متعمد فيستوي الأمر ان كان نتيجة خطأ بسيط او جسيم . ومع ذلك فان قانون التأمين الاجباري ساوى في بعض الحالات بين أنواع من الخطأ الجسيم وبين الفعل العمدي مع سبق الاصرار ومن هذه الحالات حالة قيادة مركبة اذا كان القائد في غير حالته الطبيعية بسبب تناول المسكرات والمخدرات .

(١) فنص « على مالك المركبة الالية ابلاغ مكتب الترخيص بكتاب مسجل عن أي تغيير في وجوه استعمال المركبة او أوصافها او استبدال جزء جوهري من أجزائها مما يترتب عليه تغيير البيانات المدونة بالترخيص وذلك فور حصوله ، وعلى المالك في هذه الحالة تقديم المركبة للفحص الفني خلال ثلاثين يوما على الأكثر من تاريخ الابلاغ » (م - ١٤) .

(٢) لقد قضت المحاكم في انكلترا بأن الشرط الذي يضعه المؤمن في وثيقة التأمين والذي يقضي بمحافضة المؤمن له على السيارة بحالة جيدة يعني ان السيارة يجب أن تكون في وضع يهيئ لها العمل لما هو معتاد ومعقول مما يتطلب من مثيلاتها من السيارات عمله .

McInnes V. National Motor and Accident Insurance Union Ltd. [1963]

Lloyd's Report 415.

ولكن هذا لا يعني ان ارتكاب أية جريمة من جرائم المرور يعتبر خطأ جسيما يقيم حق الرجوع للمؤمن على المؤمن له . لأن جرائم المرور في معظمها جرائم سلوك مجرد فهي من جرائم الخطر وليست من جرائم الضرر ، وبالتالي فان جرائم المرور ليست جميعها من الجرائم التي تسبب وقوع حوادث المرور المؤمن ضدها ^(١) .

٥ - يلتزم المؤمن له بأخبار المؤمن والسلطات المختصة بالحادث : يمكن تحديد ما يؤديه الاخلال بهذا الالتزام على حق المؤمن له والمضروب في عقد التأمين بالرجوع إلى القانون المدني الذي يبطل كل شرط يسقط حق المؤمن له بالتأمين « بسبب تأخره في اعلان الحادث المؤمن منه إلى السلطات او في تقديم المستندات اذا تبين من الظروف أن التأخير كان لعذر مقبول » (م ٦٩ - ٢ مدني) ولذلك فان التأخير او عدم الاخبار ان لم يكن لعذر مقبول يقدره قاضي الموضوع فإنه يسقط حق المؤمن له بالتأمين عموما .

ولم يضع قانون التأمين الاجباري واجب الاخبار عن الحادث على عاتق المؤمن له ، وذلك لان المؤمن له قد لا تسمح له ظروفه بالاخبار كما لو كان في

(١) يذكر الدكتور مأمون سلامة « ان جرائم المرور وحوادث المرور فكرتان لا تلازم بينهما . فليست كل جريمة مرور تعتبر من حوادث المرور ، كما ان ليس كل حادث مرور يشكل جريمة مرور . ويتضح هذا الفارق بين الفكرتين متى أخذنا في الاعتبار ان حادث المرور هو كل ضرر يلحق بالأشخاص او بالأموال يكون ناشئا عن استخدام وسائل النقل للطريق العام . ففكرة الضرر هي المحور الذي يدور حوله حادث المرور . بينما نجد جريمة المرور هي في العادة جريمة خطر لا يلزم لقيامها تحقق ضرر فعلي . ومع ذلك فقد يكون حادث المرور ناشئا عن جريمة من جرائم المرور ، كما قد يكون في أحيانا أخرى مفترضا لقيام جريمة مرور » .
أنظر الدكتور مأمون سلامة ، جرائم المرور في التشريع الليبي ، المكتبة الوطنية ، بنغازي ، ١٩٧١ ، ص ٢٣ والمصدر الذي يشير إليه .

حالة اغماء او نقل إلى المستشفى بعد وقوع الحادث ، وقد لا يكون هو الشخص الذي يقود المركبة عند وقوع الحادث وعليه فيحتمل أن لا يكون عالماً بالحادث عند وقوعه . ولذلك فرض المشرع اللبّي هذا الواجب على المحقق دون أن يرتب على عدم اخباره أو التأخير في الاخبار أية مسئولية على المحقق ودون أن يمنح للمؤمن حق الدفع بعدم الاخبار بوجه المضرور ، كما لم يمنح المؤمن لعدم الاخبار حتى حق الرجوع على المؤمن له بما دفعه من تعويض للمضرور .

وتجدر الإشارة إلى نص المادة (١٦) من قانون التأمين الاجباري ^(١) والتي أجازت ان تتضمن الوثيقة واجبات معقولة على المؤمن له وقيود معقولة على استعمال المركبة وقيادتها ، فاذا ما تضمنت الوثيقة على واجب أخبار المؤمن من قبل المؤمن له عن وقوع الحادث خلال مدة معقولة ، فهل ان الاخلال بذلك يمنح للمؤمن حق الرجوع على المؤمن له بما دفع ؟ .

نرى ان المؤمن له الذي لم يخبر في حينه وخلال مدة معقولة ، المؤمن عن وقوع الحادث مع وجود مثل هذا الشرط في الوثيقة يعرض نفسه إلى حق رجوع المؤمن عليه لأنه أخل بواجب تعاقدى معقول احتوته وثيقة التأمين ^(٢) ولا يصح ما يقال من ان الواجبات المعقولة التي يقبل اشتراطها في الوثيقة والتي يؤدي الاخلال بها إلى قيام حق الرجوع هي الواجبات الخاصة باستعمال المركبة الالية وقيادتها لانه يتضح من نص المادة (١٦) المشار اليها أعلاه ان النص احتوى على قيود معقولة وعلى واجبات معقولة وان القيود المعقولة هي التي تخص استعمال المركبة

(١) نصت المادة (١٦) على أنه « يجوز أن تتضمن الوثيقة واجبات معقولة على المؤمن له وقيوداً معقولة على استعمال المركبة الالية وقيادتها . فاذا أخل المؤمن له بتلك الواجبات او القيود كان للمؤمن حق الرجوع لاسترداد ما يكون قد أداه من تعويض » .

(٢) ورد في الشروط العامة المثبتة على وثيقة التأمين الاجباري النموذجية ان « على المؤمن له أخطار المؤمن خلال ٧٢ ساعة من وقت علمه او علم من ينوب عنه عن حالات فقد السيارة او وقوع حادث منها نشأت عنه وفاة أو إصابة بدنية او مطالبته بالتعويض الناشئ عن الوفاة او الإصابة البدنية » (بند ٤ - ٢) .

وقيادتها أما الواجبات المعقولة فقد وردت بشكل عام ولا يقيد من اطلاقها الا كونها معقولة ومتعارف عليها . وفي جميع الاحوال لا يكون لأي من هذه الشروط المتعلقة بالأخبار أي أثر على حقوق المضرور من الحادث .

يتعلق جميع ما ذكر بواجبات المؤمن له ، أما حقوقه فتتلخص بالتزام المؤمن بتعويض المضرور من الحادث المؤمن منه وسنبحث ذلك عند النظر في مسؤولية المؤمن ، وفي استرداد الأقساط عن المدة المتبقية من عقد التأمين في حالة الغاء العقد او فسخه أو انفساخه خلال مدته وقد سبقت الإشارة إلى ذلك عند البحث في التزامات المؤمن .

ثالثا - المستفيد - المضرور -

المستفيد من عقد التأمين هو الذي يؤدي له المؤمن مبلغ التأمين او جزء منه في حالة وقوع الحادث او تحقق الخطر المؤمن منه وقد يكون هو المؤمن له نفسه او شخص ثالث . أما في التأمين الاجباري فهو دائما الغير الذي يقع عليه الضرر البدني أو يسبب وفاته حادث المركبة المؤمن عليها ويسمى في هذا النوع من التأمين بالمضرور او المتضرر .

وعليه فيشترط في المضرور أن يكون دائما شخصا طبيعيا لأن التعويض الذي يلتزم به المؤمن في هذا النوع من التأمين هو التعويض عن المسؤولية المدنية الناتجة عن الوفاة او عن الاضرار البدنية . ولا يشمل التعويض الاضرار التي تقع على الاموال لأن المشرع وازن في التأمين الاجباري بين المصلحة في تعويض المتضرر وبين اجبار المؤمن له على التأمين . فوجد ان المصلحة في تعويض الاضرار التي تقع للأموال ليست ملحة بالدرجة التي تقتضي فرض التأمين الاجباري على المؤمن له .

ولكن ما ذكرناه لا يعني ان الأضرار التي تتكبدها أموال الغير من حوادث

المركبات الآلية تذهب هدرًا بل إن لصاحبها الحق في مطالبة المتسبب بالضرر بالتعويض ويجوز لهذا الأخير ، وهذا ما يحصل كثيرا في الحياة العملية ، أن يؤمن على المسؤولية المدنية منها وهي مشمولة عادة بوثيقة التأمين الشاملة .

ولا فرق في أن يكون المضرور مواطنا أو أجنبيا مقيما في ليبيا أو مجرد مارا بها ولا فرق فيما إذا كان ذكرا أو أنثى أو صغيرا أو كبيرا أو مسنًا أو حدثا أو صحيح البنية أو مريضا ، ولو أن المحاكم تلاحظ هذه النواحي في العادة عند تقدير التعويض الواجب دفعه ، فتأخذ بنظر الاعتبار حالة المضرور الاجتماعية ومركزه الاجتماعي ومقدار كسبه وكونه ذكرا أو أنثى ومقدار سنه فيما إذا كان طفلا أو حدثا أو كهلا .

والمضرور في التأمين الإجباري هو كل شخص سواء كان راكبا في السيارة أو موجودا خارجها وسواء كان مارا في الطريق أو جالسا في مقهى على الرصيف (١) ولكن يشمل التعويض الركاب في المركبات العامة دون الخاصة ولا يشمل العمال على المركبات العامة بما في ذلك قائد المركبة ومعاونه . أي أن التأمين الإجباري على السيارات الخاصة يكون لصالح الغير دون الركاب ، وكذلك في الدراجات النارية . وفي باقي أنواع المركبات يشمل الغير بما في ذلك الركاب ولكن باستثناء عمال المركبة .

وينبغي تحديد المقصود من عمال المركبة الآلية وهل أنه يشمل كل شخص له علاقة بقيادتها أو تصليحها أو يشمل كل عامل يشتغل عليها كالحمال الذي ينقل مع بعض مركبات الشحن لغرض شحن البضاعة وتفريغها ؟ نرى أن المقصود

(١) نصت المادة (١٣) من قانون التأمين الإجباري على أنه « في تطبيق المادة ٦ من القانون ، (التي عينت المسؤولية المدنية للشخص الذي يقع عليه الضرر) لا يعتبر الشخص من الركاب المشار اليهم في تلك المادة الا اذا كان راكبا مركبة من المركبات الآلية المعدة لنقل الركاب وفقا لأحكام قانون المرور على الطرق العامة رقم (١٣) لسنة ١٩٧١ م المشار اليه . ويعتبر الشخص راكبا سواء كان في داخل السيارة أو صاعدا اليها أو نازلا منها » .

هو كل عامل على المركبة سواء كان شغله يتعلق بقيادة المركبة وتصليحها او باستعمالاتها الاخرى ، لأن قصد المشرع هو ابعاد الأشخاص الذين تربطهم بالمؤمن له أية رابطة مستمرة ويشغلون على المركبة اذ قد يكونوا من المتسببين في وقوع الخطر المؤمن منه .

والراكب هو الشخص الذي ركب بالمعنى المتعارف عليه أو كان داخل المركبة او صاعداً عليها او نازلاً منها حتى ولو لم يكن جالساً في مقاعد الركاب^(١) ولكن الشخص الموجود في حظيرة السيارات قد لا يعتبر راكباً . كما يجب أن يكون الراكب راكباً بعوض اي أن ينقل تجارياً لا بالمجان حتى يكون مشمولاً بالتأمين الاجباري . واذا ما كان الراكب كذلك فان مسؤولية الناقل التعاقدية تنشأ متى ما حصل للراكب أي ضرر لأن التزام الناقل هو التزام بتحقيق نتيجة هي وصول الراكب إلى الجهة المنقول اليها بسلامه .

ويعتبر في حكم الناقل تجارياً الشخص الذي ينقل ركاباً بموجب التزام قانوني او تعاقدى حتى ولو كان النقل مجانياً كالمقاول او رب العمل الذي ينقل عماله من محل اقامتهم إلى محل عملهم دون أن يدفعوا له أجره عن ذلك النقل لاحتمال وجود التزام تعاقدى عليه او قانوني يقضي به قانون العمل أو غيره من القوانين واللوائح المرعية . وعليه فيكون الراكبون في هذه الحالات مشمولين في

(١) يذكر الدكتور علي البارودي أنه « واذا كان الدخول في عربات الناقل يتطلب سبق الحصول على تذكرة فان العقد لا ينعقد اذا تسلل المسافر إلى العربة دون أن يحصل على هذه التذكرة . ولكن قد يكون الدخول إلى العربات غير مشروط ، عندئذ ينعقد العقد بمجرد دخول المسافر إلى العربة ، ولا يتوقف على دفع ثمن التذكرة . وفي ذلك تقول محكمة استئناف الاسكندرية في حكمها الصادر بتاريخ ٥ فبراير ١٩٥٠ أنه « حيث ان وجود ابنة المستأنف ضده في السيارة ضمن الركاب الاخرين عند وقوفها في الموقف المعد لها ومهيئة لسفر للجهة المعلوم انها تقصد اليها يكفي لاتمام عقد النقل لتحقيق القبول ضمناً من جانب الراكب ولا شك أنه بالنسبة للقاصر قد تولى عنها هذا القبول وليها المستأنف ضده ، واذن فقد تم العقد وبوجبه يترتب على الناقل الالتزام الناشئة عنه حسب طبيعته » . العقود وعمليات البنوك التجارية، منشأة المعارف ، ١٩٦٦ ص ٢٢٦ .

وثيقة التأمين الاجباري لتلك المركبة المعدة لنقلهم والمؤمن عليها .

ويلاحظ أخيرا ان التأمين الاجباري شرع لمصلحة المضرور ولأيجاد تعويض مضمون له من حوادث المركبات الالية ولذلك فلا يجوز للمتعاقدين تقييد حقه القانوني هذا وعليه فان كل شرط او قيد ينفي المسؤولية أو يسقط حق التأمين من جراء عدم الاخبار او عدم تقديم طلب للتعويض خلال مدة معينة ، فيما عدا ما يتعلق بالتقادم ، يتطلب عدم اجراء بعض الأعمال او الامتناع عنها مهما كان نوعه ، كالشروط المتعلقة بجلوس الركاب او شروط عدم قيادة السيارة فوق سرعة معينة او ضرورة استعمال جهاز التنبيه عند مفترق الطرق او ضرورة نقل المصاب إلى المستشفى حالا للكشف عليه وغير ذلك من شروط لا يكون لها تأثيرا البتة على حقوق المضرور بالتعويض لأن حقه بالتعويض على المؤمن مباشر تحميه دعوى مباشرة ، لا يقيده الا ارتكاب المضرور نفسه الغش او التواطؤ مع المؤمن له لاجداث ضرر به بغية الحصول على تعويض من المؤمن .

الفصل الثالث

— وثيقة التأمين الاجباري —

نص قانون التأمين الاجباري وكذلك قانون المرور على الطرق العامة على ضرورة تقديم صاحب المركبة الالية المراد الترخيص لها في ليبيا لوثيقة تأمين عن حوادث المركبة المراد الترخيص لها . كما شمل وجوب الحصول على وثيقة لهذا التأمين الوافدين إلى الجمهورية العربية الليبية بمركبات الية لتغطية الحوادث التي تقع في الأراضي الليبية . وقد حدد قرار وزير الاقتصاد بتنفيذ أحكام قانون التأمين الاجباري الصادر في ٣٠ مارس ١٩٧١ نموذج وثيقة التأمين الاجباري التي تصدرها الشركات في ليبيا ^(١) .

(١) وفيما يلي صورة لهذا النموذج :

شركة ليبيا المساهمة

شركة خاضعة لأحكام القانون رقم (١٣١) لسنة ١٩٧٠ م

ومسجلة تحت رقم

العنوان

العنوان التلغرافي

سجل تجاري رقم

طرابلس . ع . ل .

رأس المال

المكتتب به ...

المدفوع

هذه الوثيقة صادرة وفقا لاحكام القانون رقم ٢٨ لسنة ١٩٧١ في شأن التأمين الاجباري من المسؤولية المدنية الناشئة من حوادث المركبات الالية والقرارات الصادرة تنفيذا له .

وقد ذكر القانون الاجباري البيانات الجوهرية التي يجب أن تحتويها الوثيقة ،
مبيناً شكلها وفحواها ^(١) فأوجب أن تكون شخصية أي باسم صاحب المركبة .
وعليه فلا يجوز اصدار وثيقة تأمين اجباري لامر او لحاملها لأن هذا النوع من
الوثائق خاص بالتأمين على الأموال القابلة للتداول والتصرف بها كعروض التجارة
أثناء النقل . وفي حالة نقل ملكية السيارة او هلاكها او عدم استعمالها تلغى
الوثيقة . وتصدر وثيقة جديدة باسم المالك الجديد في حالة التنازل ^(٢) .

= رقم الوثيقة اسم الفرع او التوكيل الذي أصدر الوثيقة وعنوانه
مدة التأمين من ظهر يوم ١٩ م إلى ظهر يوم ١٩ م
اسم المؤمن له الوظيفة أو الصناعة
العنوان رقم الهاتف

بيانات السيارة

رقم الترخيص المدون على اللوحتين المعدنيتين قوة محرك الماكينة بالحصان
الصنع والنوع وسنة الصنع عدد الركاب المصرح بهم (بخلاف السائق) .
رقم الهيكل رقم المحرك الحمولة بالطن
ملاحظة (ترد الشروط العامة على ظهر هذه الوثيقة)

ختم شركة التأمين

(١) فنص على أن « تستهل الوثيقة في موضع ظاهر منها بما يفيد أنها صادرة وفقا لأحكام هذا القانون
والقرارات الصادرة تنفيذا له .

ويجب أن تكون البيانات الواردة في الوثيقة مطابقة للبيانات الواردة في تقرير الفحص الفني للمركبة
الذي يصدره مكتب الترخيص .

وتكون الوثيقة مطابقة للنموذج الذي يعتمد عليه وزير الاقتصاد وتكون لكل مركبة وثيقة تأمين خاصة ،
ومع ذلك يجوز بالنسبة إلى المركبات الممنوحة تراخيصا تجارية أن تشمل الوثيقة على أكثر من
مركبة « (م - ٣) .

(٢) « في حالة التنازل عن الترخيص يجب على المتنازل ائيه أن يرفق بطلب نقل قيد الترخيص عقد نقل
ملكية المركبة والترخيص ووثيقة تأمين جديدة تتفق مدتها وأحكام المادة (٥) (أي المدة المؤدى
عنها رسم الترخيص) .

وعلى مكتب الترخيص المختص في هذه الحالة أن يرد للمؤمن نه الوثيقة السابقة مؤشرا عليها بما يفيد
اعادتها اليه وتاريخ التأشير بالاعادة « (م - ١٠) .

وتكون في العادة كل وثيقة خاصة بمركبة واحدة ، ولو ان القانون قبل استثناء اصدار وثيقة واحدة لعدة مركبات اذا ما كانت ممنوحة تراخيصا تجارية كما بين نص المادة (٣) من قانون التأمين الاجباري . ويجوز تجديد وثيقة التأمين الاجباري الا انها لا تتجدد تلقائيا ويجب أن يقدم طلبا جديدا للتجديد وتصدر وثيقة جديدة ولا تحدد المدة على الوثيقة السابقة عن طريق تعديلها والحثم على التعديل من قبل الشركة^(١) .

وتصدر وثيقة التأمين لنفس مدة الترخيص للمركبة ولا يجوز اصدارها لأكثر من سنة واحدة . ولكن شركات التأمين تصدر في العادة ، في حالة التأمين على السيارات الجديدة أو التي تؤمن لأول مرة مع الشركة وثيقة تأمين لمدة ١٣ شهرا . أما بالنسبة للسيارات المؤمنة في الماضي ولم تنته وثيقة تأمينها بعد فتصدر الوثيقة لمدة ١٢ شهرا وسبب ذلك ان المؤمن ملزم بالتعويض لمدة شهر بعد انتهاء مدة السنة^(٢) .

(١) « اذا جدد التأمين لدى نفس المؤمن أو لدى مؤمن آخر يجب ان يرفق بطلب تجديد الترخيص وثيقة جديدة صادرة وفقا لشرط والأوضاع المشار إليها في المادة ٣ أعلاه » (م - ٤) .

(٢) تختلف مدة التأمين باختلاف نوع الخطر المؤمن منه ففي التأمين على الحوادث تكون المدة في العادة سنة ومع ذلك يجوز أن تكون أقل أو أكثر كما تكون كذلك بالنسبة للتأمين البحري المتعلق بالسفن والتأمين الجوي الخاص بالطائرات ، أما بالنسبة للتأمين على البضاعة المشحونة فتنتهي مدة التأمين عادة بانتهاء الرحلة أو باستلام البضاعة من الطرف الثاني . وتكون المدة ، في العادة ، طويلة تزيد على عشر سنوات في التأمين على الحياة بينما تكون قصيرة جدا في بعض أنواع التأمين ضد حوادث الطيران اذ لا تتجاوز في بعض الحالات بضع ساعات .

أنظر احمد جاد عبد الرحمن ، المرجع السابق ، ص ٧٠ .

وقد نص قانون التأمين الاجباري على ان « يسري مفعول الوثيقة عن المدة المؤدى عنها رسم الترخيص ويمتد مفعولها حتى نهاية فترة الثلاثين يوما التالية لانتهاء تلك المدة .

ويسري مفعول وثيقة التجديد من اليوم التالي لانتهاء مدة التأمين حتى نهاية فترة الثلاثين يوما التالية لانتهاء المدة المؤدى عنها رسم الترخيص » (م - ٥) .

ويلاحظ ان القانون الليبي لم يشترط اصدار ترخيص السيارة لمدة سنة مالية أو طبقا للسنة المالية للدولة الأمر الذي يستدعي تحت ظل بعض القوانين التي تشترط ذلك كالقانون العراقي اصدار وثائق تأمين لمدة أقل من سنة حتى بالنسبة للسيارات العراقية أي لما تبقى من السنة المالية ان لم تكن الوثيقة قد صدرت في بداية السنة المالية لتأخر المؤمن عليه بالتأمين لأنه لم يسجل سيارته في بداية السنة المالية والتي تبدأ كما هو الأمر في ليبيا في واحد ابريل من كل سنة تقويمية .

وتعتبر الوثيقة ملغاة عند التنازل ^(١) ولكن لا يجوز لأي من المتعاقدين الغائها وتبقى نافذة طالما كانت السيارة مرخص لها ، وهذا استثناء من قواعد عقد التأمين العامة وهو استثناء قاصر على التأمين الاجباري ولا يعمل به في عقود التأمينات الاخرى . والحكمة من تشريع الاستثناء واضحة : اذ لو أجاز الالغاء لفات على المشرع غرضه من فرض التأمين قبل الترخيص للمركبة ، لتمكن المؤمن له من الحصول على التأمين عند طلب الترخيص لمركبته ، ثم الغائه بعد ان تم اجراءات الترخيص للمركبة ، وهذا أمر مخالف لقصد المشرع الذي أراد من التأمين الاجباري توفير ضمان كامل وسريع ودائم للمضرور من حوادث المركبات الالية .

وثمة سؤال اخر يتبادر إلى الذهن وهو جواز او عدم جواز تعديل وثيقة التأمين الاجباري لأنها تصدر حسب نموذج رسمي معد مسبقا . ويتوقف الجواب على ذلك على نوع التعديل فلا يجوز اجراء أي تعديل للوثيقة من شأنه أن يمس حقوق المضرور كقصر التأمين على الوفاة او العاهة المستديمة مثلا او كوضع حد لمبلغ التعويض بتحديد مبلغ التأمين لان هذه التعديلات مخالفة للقانون .

ولكن تجوز التعديلات التي تغير من التزامات طرفي العقد دون المساس بحقوق المضرور اذا لم تكن من الالتزامات الجوهرية التي نص عليها قانون التأمين الالزامي كقواعد أمرة مفروضة على المؤمن او على المؤمن له كما تجوز التعديلات الشكلية . بل قد يوجب القانون اجراءها في بعض الاحيان كتغيير اسم وعنوان شركة التأمين او عنوان المؤمن له او تبديل رقم السيارة او رقم محركها في حالة تغييره او تبديل أوصاف السيارة بعد تصليحها او صبغها على ان تكون المعلومات الواردة في وثيقة التأمين مطابقة لمعلومات ترخيص السيارة .

ويكتفى في بعض الدول بحصول المؤمن له على وثيقة تأمين شاملة تشمل التأمين على المسؤولية المدنية للغير بشخصه وأمواله بالاضافة إلى تعويض المؤمن له نفسه عما يحصل لسيارته نتيجة الاخطار المؤمن منها وما يحصل للراكين فيها ولو كانوا راكبون بالمجان كما تشمل مثل هذه الوثائق سائق السيارة . وهي وثائق شائعة الاستعمال في امريكا والدول الاوربية وقد بينا امكانية الاستعاضة بها عن وثائق التأمين الاجباري في الجمهورية العربية الليبية .

(١) أنظر نص المادة (٧) من قانون التأمين الاجباري الذي سبقت الاشارة اليها .

الفصل الرابع

— المسؤولية في التأمين الاجباري —

تنشأ مسؤولية المؤمن بموجب التأمين الاجباري متى تسبب حادث المركبة الالية المؤمن عليها باصابة بدنية أو بوفاة للغير . وقد سبق ان بينا من هو المؤمن ومن هو الغير المستفيد من التأمين الاجباري ، وبقي أن نعالج هنا معاني المركبة الالية والحادث والضرر وعلاقة السببية بين الحادث والضرر والتعويض الذي يدفعه المؤمن .

ومسؤولية المؤمن هي مسؤولية تعاقدية لتغطية المسؤولية المدنية الناشئة عن مسؤولية المؤمن له التقصيرية تجاه الغير او مسؤوليته التعاقدية تجاهه . ولكنها قاصرة عن تغطية المسؤولية الجنائية لفعل المؤمن له ولو ان التأمين الاجباري يشمل التعويض عن الحق المدني الذي تسببه الجريمة للغير . ويصح في هذه الحالة الأخيرة للمؤمن ان يرجع على المؤمن له بما دفع اذا كان الفعل الاجرامي يشكل جنحة او جناية عمدية . كما لا يجوز التأمين عن المسؤولية الناشئة عن الخطأ العمد للمؤمن له ولكنها مشمولة في التأمين الاجباري بالنسبة لتعويض المضرور من قبل المؤمن الذي يكون له في هذه الحالة أيضا حق الرجوع على المؤمن له .

المركبة الالية :

حدد قانون المرور على الطرق العامة المركبة الالية لأغراض تطبيق ذلك

القانون واعتبرها « كل مركبة ذات محرك آلي معدة للسير على الطرق العامة عدا السكك الحديدية ، وكل مركبة مقطورة باحدى المركبات الالية » (م - ١ - ١) .
كما عدد قانون التأمين الإجباري في جدول رقم (١) المركبات وذلك بصدد تعيين تعريفة التأمين لكل منها .

والسؤال الذي تجب الاجابة عليه هو ، هل ان التعريف الوارد في قانون المرور هو الذي يحدد معنى المركبة الآلية ام أن تعداد هذه المركبات ورد على سبيل الحصر في الجدول الملحق بقانون التأمين الاجباري ، لأن أسعار التأمين الاجباري تعين رسميا وعليه فالمركبة التي لم يعين لها تعريفة تأمين لا تعتبر مشمولة بقانون التأمين الاجباري ولو انطبق عليها تعريف المركبة الوارد في قانون المرور والعكس بالعكس .

كما ورد في الشروط العامة لوثيقة التأمين الاجباري ان التزام المؤمن يسري لصالح الغير من حوادث السيارات أيا كان نوعها ولصالح الركاب أيضا من السيارات التالية :

- أ - سيارة الاجرة وتحت الطلب .
- ب - سيارات حافلات النقل العام للركاب والمركبات المقطورة الملحقة بها .
- ج - سيارات حافلات النقل الخاص للركاب او لنقل الركاب في رحلات سياحية والمركبات المقطورة الملحقة بها .
- د - سيارات الاسعاف والمستشفيات .
- هـ - سيارات النقل فيما يختص بالركاب المصرح بحملهم ما لم يشملهم التأمين بالمؤسسة الوطنية للتأمين الاجتماعي .

كما ان المادة ١٣ من قانون التأمين الاجباري نصت على انه « لا يعتبر الشخص من الركاب المشار اليهم في المادة (٦) (أي المشمولين بوثيقة التأمين الاجباري)

الا اذا كان راكبا مركبة من المركبات المعدة لنقل الركاب وفقا لقانون المرور على الطرق العامة » .

فهل يعني ذلك أن قانون التأمين الاجباري أحال في تحديد معنى المركبة الالية على قانون المرور على الطرق العامة أم ماذا ؟ ان الاجابة على السؤالين المذكورين يستدعى النظر في الأمور التالية :

١ - ان الجدول حدد هذه المركبات على سبيل الحصر لان المؤمن ملزم بتعريف الجدول وليس له الحق بالتأمين خلاف هذه التعريف طبقا لاحكام المادة (١٤) من قانون التأمين الاجباري التي سبقت الاشارة اليها . ولكن يلاحظ ان هذا الجدول قابل للتغيير باضافة أي نوع اخر من المركبات الالية يصدر بتحديد قرار من وزير المواصلات . ومع ذلك فانه وارد على سبيل الحصر بالنسبة للمركبات المذكورة فيه في وقت معين .

٢ - ان ما ورد من تعداد للسيارات في الشروط العامة هو ليس لغرض تعيين وتحديد معنى المركبة الالية وانما لغرض تحديد معنى الراكب الذي يسري عليه التأمين ويستطيع الافادة منه .

٣ - ان ما نصت عليه المادة (١٣) أعلاه هو ليس احالة على قانون المرور بقدر كونه تحديدا لمعنى الراكب أيضا بالاحالة على نوع معين من أنواع المركبات الالية المشمولة بمفهوم المركبات عموما وهي المركبات المعدة لنقل الركاب .

نستشف مما ذكر ان مفهوم المركبة في ظل قانون التأمين الاجباري قد يكون أشمل من مفهومها المحدد في قانون المرور لأن مفهومها بالنسبة للقانون الأول ليس محددًا بالمركبات التي تعد أصلا للسير على الطرق العامة عدا السكك الحديدية وكل مركبة مقطورة بها . اذ يشمل الجدول رقم (١) المرفق بقانون التأمين الاجباري في البند (٨) منه الجرار الصناعي واللات الرفع والحفر وتعبيد الطرق وغيرها وهذه قد لا تكون معدة أصلا للسير على الطرق العامة اللهم الا اذا كانت تقوم بالأعمال

على هذه الطرق أو كانت محمولة على ناقلات أخرى تسير على تلك الطرق .
ومع ذلك يستفاد من تعداد الجدول المذكور للمركبات الآلية ، انه حصرها
أيضا ، كما فعل تعريف قانون المرور ، بالمركبات ذات الحركة الذاتية أي التي
يكون لها محرك آلي وعليه فهي لا تشمل الدراجات الهوائية والعربات المدفوعة باليد
أو المسحوبة بواسطة الحيوانات ، وهي لا تدخل ضمن هذه المركبات حتى ولو
كانت معدة لنقل الركاب أو البضائع على الطرق العامة ، وسبب اقصائها هو
عدم خطورتها نسبيا .

كذلك لا يشمل المفهوم الخاص للمركبة الآلية الطائرات ولو انها تسير على
الأرض بمحرك آلي لأنها غير منصوص عليها بالجدول المذكور ولو انها قد تهبط
وتسير على الطرق العامة . كما لا يدخل في مفهوم المركبة الآلية الخاص بالتأمين
الاجباري البرمائيات التي تسير على سطح الماء وعلى الشواطئ وسواحلها لعدم
شمولها بالجدول . وقد تفادى الشرع العراقي اللبس الذي يحصل من عدم تعريف
السيارة في قانون التأمين الإلزامي فعرفها في المادة الأولى منه تعريفا شبيها بما ورد
في قانون المرور (١) .

المركبات المعفاة :

تعفي تشريعات التأمين الاجباري بعض المركبات الآلية من التأمين أما
بسبب طبيعتها كالقاطرات والطائرات والبرمائيات والدراجات النارية البطيئة
والسيارات الصغيرة التي يستعملها ذوو العاهات وما شاكل ذلك .

(١) فنص على انه :

(أ) يقصد بكلمة (سيارة) حسب أحكام هذا القانون كافة وسائل النقل البري والمكائن المتنقلة
المزودة بمحرك يعمل بالوقود والقادرة على السير في الطرق العامة عدا التي تسير منها على السكك
الحديد .

(ب) تعتبر في حكم السيارة كل مقطورة باحدى السيارات « (م - ١ منه) .

وأما بسبب مالك السيارة كاعفاء سيارات القوات المسلحة بما في ذلك الجيش والشرطة والدرك والبحرية والطيران لأسباب تتعلق بسرية أعمال القوات المسلحة (١) . كما تعفي بعض التشريعات جميع سيارات الدولة والادارات المحلية وأشخاص القانون العام والمؤسسات والمرافق والهيئات العامة وسبب ذلك هو ملاءة هذه الجهات ووجود ضمان كاف للمضروب ، اذ باستطاعتها تعويض الضرر دونما حاجة إلى تأمين سياراتها . ولكن هذا لا يعني ان هذه المؤسسات معفاة من تعويض أضرار سياراتها وعليه فهي حرة اذا ما أرادت أن تؤمن على سياراتها . ونجد في الواقع أن الكثير منها تجري تأميناً على وسائل نقلها تجنباً للمسئولية المدنية التي قد تحل عليها (٢) .

وقد أعفى قانون التأمين الإلزامي العراقي سيارات القوات المسلحة من شموله صراحة ولم يترك الأمر لتعريف قانون المرور . كما فعل القانون الانكليزي بالنسبة لسيارات الحكومة وقد عدد السيارات المعفاة من التأمين الاجباري (٣) .

(١) أنظر ما ورد في الأسباب الموجبة من توضيح بالنسبة لسيارات القوات المسلحة وما أشار اليه القانون من ضرورة مبادرة الحكومة إلى تأسيس صندوق خاص يعوض منه المضروبين من حوادث مركبات هذه الجهات ، وقد سبقت الإشارة إلى ذلك (الأسباب الموجبة لقانون التأمين الإلزامي العراقي بند ٧ ، المنشور في جريدة الوقائع العراقية (الرسمية) العدد ١٠٥٥ بتاريخ ١٩٦٤/١٢/٢٨) .

(٢) فنص « لا تخضع سيارات القوات المسلحة (بما فيها شرطة الكمارك والسكك والمواني والغابات والنقط وغيرها) لأحكام هذا القانون » (م ١٦ - ١ منه) .

(٣) ولا يشمل القانون الانكليزي Road Traffic Act بالتأمين الاجباري المركبات التالية :

- ١) مركبات المقعدين ولو سارت بقوة ذاتية (محرك) (بند ٢٠١) .
- ٢) المركبات الحكومية (بند - ٢٥٠) .
- ٣) المركبات التي وضع عنها أصحابها ودیعة لدى المحكمة قدرها ١٥,٠٠٠ باون (بند ٢٠٢) اذ تعفى هذه الوديعة الشخص من التأمين الاجباري .
- ٤) المركبات المملوكة من السلطات الحكومية المحلية (بند ٢٠٢) .
- ٥) المركبات المملوكة من قوات الشرطة (بند ٢٠٢ - مادة ٢ - ب) .
- ٦) مركبات القوات المسلحة الاخرى (بند ٢٠٢ - مادة ٢ - ج) .
- ٧) الترام والترولي باص التي تسير بموجب قانون يمنحها امتيازاً بذلك (بند ٢٥٩ - ٤) .
- ٨) مركبات قص الحشيش الآلية التي تدار من قبل شخص راجل (بند ٢٥٤) .

أما قانون التأمين الاجباري الليبي فلا يوجد فيه نص صريح بهذا الاعفاء ، وقد يتبادر للذهن لأول وهلة ان المشرع الليبي لم يستثن أي من السيارات والمركبات بسبب الملكية وانه أخضع جميع المركبات الآلية إلى التأمين الاجباري بصرف النظر عن صفة مالكيها . ولكن هذا الانطباع ينحسر اذا محصنا النظر في نص المادة (١) من قانون التأمين الاجباري الذي أخضع السيارات التي تقدم للفحص الفني لغرض الترخيص إلى ابراز وثيقة هذا التأمين فقط . بينما نص قانون المرور على الطرق العامة محددات السيارات الخاضعة للترخيص مستثيا جميع المركبات التابعة للقوات المسلحة منها ^(١) . ويجري العمل في ليبيا حاليا على استثناء جميع المركبات التابعة للحكومة ودوائرها الرسمية وشبه الرسمية من غير نص صريح في القانون ^(٢) .

(١) والذي جاء فيه « لا تسرى أحكام (ترخيص المركبات الآلية) من هذا القانون على المركبات الآلية التابعة للقوات المسلحة وتتولى الجهات المختصة التابعة لها اصدار تراخيص قيادة للعسكريين الذين يعهد اليهم بقيادة المركبات الآلية التي تستخدمها القوات المذكورة ، وذلك وفقا للشروط ، والأوضاع التي يقررها وزير الدفاع بالاتفاق مع وزيرى المواصلات والداخلية والحكم المحلي . ويعفى حاملو هذه التراخيص ، عند تقديمهم طلبات للحصول على تراخيص قيادة للمركبات الآلية المدنية ، من الامتحان المنصوص عليه في المادة ٢٥ فقرة (١) (د) من هذا القانون ويمنحون تراخيص القيادة المدنية المعادلة لتراخيص القيادة العسكرية التي يحملونها ، على أن يصدر بتنظيم تحديد هذه المعادلة قرار من وزير المواصلات بالاتفاق مع وزيرى الدفاع والداخلية والحكم المحلي » . (م ٦١) .

(٢) أخبرني السيد محمد الزهري ، مدير فرع بنغازي لشركة المختار للتأمين ، في مقابلة لي معه تباعثنا فيها عن سوق التأمين الليبية ، أنه لا يجري أي تأمين اجباري على جميع سيارات الحكومة والأشخاص العامة والمؤسسات العامة في ليبيا . كما ذكر ، ان الشركات ، قبل تشريع قانون التأمين الاجباري ، كانت تصدر وثائق تأمين شاملة ولكن عددها كان قليلا لعزوف أكثرية أصحاب السيارات عن التأمين . أما حاليا فتصدر الشركات وثائق تأمين اجباري فقط ، وقد أثر ذلك كثيرا على وثائق التأمين الشاملة ، لأن القسط في التأمين الاجباري أقل بطبيعة الحال فيفضل صاحب المركبة الاكتفاء به لضعف التوعية التأمينية بين المؤمن لهم اذ أنهم يعتبرون التأمين على السيارة من قبيل الضرورية او الرسم لا غير . ومع ذلك فقد بقيت عملية التأمين على السيارات عملية مربحة لكثرة وثائق التأمين الاجباري حاليا ، اذ توجد في منطقة بنغازي وحدها فقط حوالي ٩,٠٠٠ سيارة ما بين خصوصية وسيارة نقل تجاري وشحن وسيارات اجرة صغيرة (تاكسي) وسيارات تحت الطلب (الروميس) .

الحادث المؤمن عليه :

تجدر بصدد الحادث دراسة بعض النقاط وأولها ما يتعلق بمعنى الحادث نفسه ، ثم ما اذا كان يشترط حصول الحادث من جراء استعمال المركبة الآلية او من المركبة الآلية حتى ولو لم تكن في حالة استعمال كما لو كانت واقفة وتدحرجت او انفجرت وأدى ذلك إلى اصابة الغير في بدنه او الايداء بحياته . وأخيرا النقطة المتعلقة باقليمية الحادث أو وقوعه داخل البلد الذي صدر قانون التأمين الاجباري فيه .

ويمكن تعريف الحادث لغويا بأنه أي حدث يحصل بدون سبب وبشكل غير متوقع ، وقد وجدت احدى المحاكم البريطانية ان هذا التعريف اللغوي للحادث ليس ملائما لمتطلبات عقد التأمين لأن لجميع الحوادث أسباب ولذلك فقد عرفه القاضي الانكليزي شانل منذ سنة ١٨٨٣ بالنسبة لعقد التأمين بأنه « الواقعة التي يحيطها نوع من عدم التأكد بوقوعها والتي يجب أن يكون من طبيعتها ما يؤثر على مصلحة المؤمن له »^(١) . ويخص عدم التأكد مع احتمال الوقوع بالنسبة للحادث المؤمن له ، وبذلك فقد قيل في انكلترا ان السفينة التي فقدت ولا يعلم بها المؤمن له وأمن عليها بعد فقدها من الناحية الفعلية لا يكون تأمينه باطلا .

والقول بذلك عموما في ظل القانون الليبي لا يصح ، لأن الخطر في ظله يجب أن يكون غير محقق الوقوع وأن لا يكون قد وقع فعلا ، لأنه اذا كان قد وقع فعلا ولو لم يعلم به المؤمن له يكون عقد التأمين باطلا ، ويمكن اثبات وقوع الخطر المؤمن منه بجميع وسائل الاثبات^(٢) .

(١) أنظر Harold and Raynes, Insurance, Oxford University Press, 1960, p. 75.

(٢) نص القانون المدني على أن « يكون محلا للتأمين كل مصلحة اقتصادية مشروعة تعود على الشخص من عدم وقوع خطر معين » (م ٧٤٩ مدني) .

كما يشترط في الخطر أن لا يكون متوقفا على محض ارادة أحد المتعاقدين أي يمكنه أن يحدثه أو أن يتفادى وقوعه . ولكن هذا لا يعني ان تفادي وقوع الخطر بالعناية والحذر كتفادي وقوع الحرائق عن طريق فحص الأسلاك الكهربائية دوريا ، وتفادي وقوع حوادث السيارات عن طريق فحص المركبة وجعلها في حالة جيدة وصالحة دائما ، يجعل من الخطر اراديا محضا لامكانية تفاديه ، بل المقصود من ذلك ان الخطر يكون محتملا أما لأسباب طبيعية خارجة عن ارادة المؤمن له أو المؤمن وأما لتدخل شخص أجنبي مما يجعل امكانية تفادي وقوعه كليا وبشكل محقق مستحيلا ، لأن الأخطار تقع رغم كلما يبذل من عناية لتفادي وقوعها . أما اذا أحدث المؤمن له أو المستفيد الخطر عمداً فان ذلك يكون من قبيل الغش الذي يبطل عقد التأمين .

الاستعمال :

لم يعرف قانون التأمين الاجباري الليبي الحادث المشمول بوثيقة هذا التأمين ، كما لم يرد في وثيقة التأمين الاجباري تحديدا لمفهومه ، غير أن القانون والنموذج نصا على التزام المؤمن بتغطية المسؤولية المدنية الناشئة عن الوفاة أو عن أية اصابة بدنية تلحق أي شخص من حوادث المركبة الآلية اذا وقعت في الجمهورية العربية الليبية .

وعليه يجدر البحث في النقاط التالية :

١ - ان الحادث يجب أن يكون ناتجا عن المركبة الآلية المؤمنة ، أما اذا انقطعت علاقة السببية فلا يكون الحادث مشمولا . فاذا وقع الحادث من سيارة أخرى مملوكة للمؤمن له غير المؤمن عليها فلا يكون الحادث مشمولا حتى لو كان قائد السيارة التي وقع لها الحادث هو المؤمن له نفسه . لأن التأمين الاجباري

يرد على المركبة بذاتها وليس على المؤمن له نفسه، وهو بلاحق المركبة بأي يد كانت^(١).

٢ - ليس واضحاً في ظل القانون الليبي ما اذا كان الحادث المؤمن منه يجب أن يحصل من استعمال المركبة الآلية والأعمال التي ترافق استعمالها ، أو أن الحادث اذا ما نتج من المركبة نفسها حتى ولو لم تكن في حالة استعمال يكون مشمولاً بوثيقة التأمين الاجباري .

هناك فرق بين الفرضين ، ففي الفرض الاول ان لم تكن المركبة في حالة استعمال ، كأن تركت مهجورة في موقف للسيارات أثناء اجازة أصحابها مثلاً فان الضرر الذي يحصل منها لا يكون مشمولاً ، كما لو حصل احتراق ذاتي فيها أدى إلى انفجارها واصابة شخص من جراء ذلك .

أما في الفرض الثاني فيكون مثل هذا الحادث مشمولاً ، فلو تدهرجت السيارة من غير سائق وتسببت في دهس شخص نائم فقتلته أو سقطت من طريق عالية على طريق أخرى واطئة ، كما يسقط الجدار بسبب ريح عاتية ، وكانت السيارة أثناء ذلك واقفة ، فيكون مع ذلك المؤمن مشمولاً عن تغطية تعويض مثل هذه الحوادث في هذا الفرض الأخير .

بينت بعض القوانين صراحة ان الحادث المغطى في التأمين الاجباري هو الذي ينتج من استعمال السيارة أو ما يلحق بالاستعمال من أعمال ومن ذلك القانون العراقي الذي أخذ هذا الحكم عن القانون الانكليزي الذي نص على

(١) ومع ذلك فقد قضت إحدى المحاكم الانكليزية بأن وثيقة التأمين على السيارة التي تحتوي تغطية المؤمن له حتى اذا ساق سيارة أخرى تكون صحيحة ، ولكن اذا باع المؤمن له السيارة المؤمنة وساق سيارة أخرى ووقع الحادث فلا يعتبر مشمولاً بالتأمين ، لأن وثيقة التأمين تصدر في العادة عن سيارة واحدة وينتهي حكمها بالنسبة للمؤمن له في هذه الحالة .

Rogerson V. Scottish Automobile and General Insurance Co., Ltd.,
(1931) 146 L.T. 26.

ضرورة استعمال السيارة أو السماح لغير المؤمن له باستعمالها ^(١). كما تشترط بعض شركات التأمين الانكليزية ان الحادث المؤمن عليه يجب أن يحصل نتيجة تماس المركبة مع المضرور ^(٢).

أما المشرع الليبي الذي أخذ قانونه عن القانون المصري ، فلم يحدد الحادث بل أورده مطلقا والمطلق يسري على اطلاقه حسب قواعد التفسير العامة . وعليه فقد يقال ان الحادث في ظل هذا القانون هو ما نتج عن استعمال المركبة أو وقع من دون استعمالها ولكن بسببها .

ولكننا اذا تأملنا جيدا نجد ان التأمين الاجباري شرع لاعتبار المركبة الالية ماكنة خطرة قد يؤدي استعمالها إلى الاضرار بالناس ، ولكن هذا الخطر الكبير الاحتمال فيها لا يظهر الا اذا كانت في حالة استعمال فان لم تستعمل فهي لا تختلف عن أية قطعة من قطع الاثاث أو المتاع الكبيرة التي يحتمل أن تسبب ضررا ولكن احتمال تسببها للضرر ضئيلا جدا الأمر الذي لا يضطر المشرع معه إلى الزام مالكيها بالتأمين الاجباري عليها . بل ان السيارة قد تكون أقل ضررا في هذه الحالة من قطع الزجاج الكبيرة وألواحها التي تغطي بها نوافذ العمارات العالية المطلة على الشوارع العامة ومع ذلك لا يلزم مالكيها في ليبيا على التأمين اجباريا على المسؤولية المدنية من حوادثها . وحتى امكانية احتراق او انفجار السيارات فهو أقل احتمالا منه في بعض المكاين الاخرى ومن الأسلاك الكهربائية او

Road Traffic Act, 1960, Sec. 201.

(١)

وقد نص قانون المرور على الطرق العامة الانكليزي الصادر سنة ١٩٣٠ لأول مرة على التأمين الاجباري وأوجب على كل مستعمل لسيارة على الطرق العامة التأمين على المسؤولية المدنية بتعويض الغير المصاب بشكل غير محدد عن الوفاة وعن الاصابات البدنية ، بما في ذلك الركاب اذا كانوا منقولين بأجرة أو بمكافأة أي كان نوعها . أنظر Raynes, المرجع السابق ص ٨٣

R. I. Mehiri and Commack,

(٢) أنظر

المرجع السابق ص ٢٩٧ .

مخازن الأخشاب الكبيرة ومستودعات الوقود ، التي كثيرا ما تتسبب في احداث الحرائق ، ومع ذلك لا يوجد تأمين اجباري الا عن بعض حوادث العمل في حالات معينة ، مما يجعلنا نعتقد ان الحادث المغطى في وثيقة التأمين الاجباري هو الحادث الذي ينتج من استعمال المركبة في ليبيا فقط كما هو الأمر بالنسبة للقانونين العراقي والانكليزي .

هذا من الناحية المنطقية ، أما من الناحية القانونية ، فان بعض نصوص القانون الليبي نفسه توحى بمثل هذا التفسير .

فالمادة الأولى من قانون التأمين الاجباري ، التي كثرت الاشارة اليها ، تفرض التأمين على المركبة اذا ثبت من الفحص صلاحيتها للترخيص . والفحص الفني لا يثبت الا صلاحية أو عدم صلاحية المركبة للاستعمال العادي ، فاذا ثبت بنتيجته عدم صلاحيتها للاستعمال بموجب القوانين واللوائح المرعية فلا يكون هناك تأمين اجباري على تلك المركبة وعلى العكس من ذلك لا يرخص لها اذا ثبتت صلاحيتها للاستعمال الا اذا حصلت على وثيقة تأمين اجباري .

أضف إلى ذلك ان المركبة المرخص لها اذا أصبحت فيما بعد غير صالحة للاستعمال تلغى وثيقة التأمين الخاص بها . مما يوضح بأن السيارة لا يؤمن عليها الا لأغراض استعمالها ولا يوجب القانون التأمين الاجباري عليها باعتبارها ماكنة خطيرة بحد ذاتها حتى ولو لم تستعمل ، لأن المركبة التي لا تستعمل لا تخضع للترخيص ولا للتأمين الاجباري ويقضي قانون المرور على الطرق العامة بارجاع لوحيتها المعدنيتين للإدارة العامة للنقل .

كما نص قانون التأمين الاجباري ، كما أشرنا سابقا (م - ١٦) إلى جواز تضمين وثيقة التأمين لواجبات معقولة على المؤمن له وقيود معقولة على استعمال المركبة الآلية وقيادتها وليس مجرد اقتنائها .

كل ذلك يجعلنا نعتقد ان الحادث يقصد به حتى في ظل التشريع الليبي ،

ما يتسبب من واقعة تنشيء ضرراً للنفس أو إصابات بدنية للآخرين نتيجة استعمال المركبة الآلية أو نتيجة للأعمال التي ترافق ذلك الاستعمال وتعلق به كوقوفها في الطرق العامة للانتظار أو لتحميلها أو لصعود الركاب إليها ونزولهم منها^(١).

الطريق العام :

ولكن هل يشترط أن يقع الحادث أثناء استعمال المركبة الآلية على الطريق العام ؟

نرجع قبل الإجابة على هذا السؤال إلى تعريف الطريق العام الذي أورده قانون المرور بقوله « ويعتبر من الطرق العامة في تطبيق أحكام هذا القانون الطرق والمسالك الصالحة لمروور المركبات داخل المزارع والمنشآت العامة أو الخاصة وما في حكمها (م - ١ - ٢) ».

لقد ذكرنا أن القانون الانكليزي يشترط وقوع الحادث من استعمال السيارة على الطرق العامة . أما القانون العراقي ففي الوقت الذي يعرف السيارة بأنها المركبة التي يمكنها السير على الطرق العامة وتحرك ذاتياً فإنه لا يشترط أن يتم الحادث من الاستعمال على الطريق العام (م - ٢ منه) . وهذا شأن القانون الليبي أيضاً . ومع ذلك يظهر من تعريف الطريق العام في التشريع الليبي أنه يشمل حتى المسالك داخل المنشآت الخاصة وما في حكمها ولذلك يكون البحث في هذا المجال أكاديمياً بحثاً إذ أن التعريف المار ذكره شمل جميع الطرق والمسالك التي يمكن أن تستعمل عليها المركبات الآلية سواء كانت عامة أم خاصة .

الحادث اقليمي :

لا تشترع الدولة الا داخل اقليمها وهي لا تستطيع أن تفرض التأمين الاجباري

(١) نص البند (٧) من الشروط العامة لوثيقة التأمين الاجباري على أن « لا يتحمل المؤمن أية مسؤولية تقع بطريق مباشر أو غير مباشر عن الاشعاعات أو الانفجارات الذرية » .

على السيارات التي تتواجد خارج اقليمها . ولذلك فإن التأمين الاجباري تأمين اقليمي لأنه يفرض جبرا بنص القانون ولذلك فإنه لا ينفذ الا اذا وقع الحادث داخل اقليم الدولة التي شرعت قانونه . وتختلف قوانين الدول بالنسبة لهذا النوع من التأمين فمن الدول من يوجد فيها تأمين اجباري على المركبات الالية كليبيا والعراق وانكلترا ومنها من توصلت إلى نفس نتائج بطريقتة غير مباشرة كفرنسا بتشريعها لصندوق الضمان ومنها من لا يوجد فيها هذا التأمين كافغانستان ودول اخرى . وقد يكون التأمين الاجباري شاملا التأمين على المسؤولية المدنية عن الاضرار التي تحصل للأشخاص فقط وقد يكون مشتملا في تشريعات اخرى المسؤولية عن الأشخاص والأموال على حد سواء .

ولا يلتزم المؤمن الليبي بدفع التعويض من اضرار السيارة المؤمن عليها لدى شركات التأمين الليبية ، تأميننا اجباريا الا اذا وقع الحادث داخل الاقليم الليبي ، أما اذا وقع خارج حدود هذا الاقليم فلا تشمله وثيقة التأمين ولو ان السيارة كان مؤمنا عليها في ليبيا وسرقت مثلا وأخذت إلى الخارج ، أو تم اخراجها باذن من صاحبها وحصل الحادث خارج الحدود الليبية .

ولهذا فان الالتزام على هذا التأمين لا يكون الا على السيارات التي تستعمل وتتواجد في الاقليم الليبي . فاذا كانت في الخارج فهي لا تخضع لهذا التأمين حتى ولو كانت تحمل رخصة ليبية وهي تخضع لهذا التأمين حتى ولو كانت سيارات أجنبية عند دخولها الحدود الليبية ^(١) .

(١) نص قانون التأمين الاجباري ان « على جميع الأشخاص الوافدين إلى الجمهورية العربية الليبية أو المارين بأراضيها بمركبات آلية أن يقوموا فور وصولهم إلى الأراضي الليبية بالتأمين عليها من الحوادث وفقا لأحكام هذا القانون .

ويستثنى من هذا الحكم الأشخاص الذين يحملون وثائق تأمين تغطي المسؤولية عن الحوادث التي ترتكب في أراضي الجمهورية العربية الليبية وبشرط توافر مبدأ المعاملة بالمثل بين البلد الذي صدرت فيه الوثيقة والجمهورية العربية الليبية .

ويجوز للمؤمن أن ينيب عنه سلطات الكمارك في عملية ابرام وثيقة التأمين بذات الشروط والأوضاع الواردة في هذا القانون .

وفي تطبيق أحكام هذه المادة يجب على المؤمن أن يلتزم بتعريف أسعار التأمين للمدة القصيرة الواردة بالجدول رقم (٢) المرافق » (م ٢) .

وتتبع بعض الدول الاوربية والامريكية نظام البطاقة الخضراء Green Card وهو نظام يقضي بسريان وثائق التأمين الاجباري الاجنبية في أقاليم دول اخرى عن طريق اتفاق بين المؤمنين في هذه الدول وارتباط هذه الدول بهذا النظام . ولم تدخل ليبيا - حسبما علمنا - في نظام للبطاقة الخضراء ويجدر بالدول العربية أن تعمل على تحقيق هذا النظام فيما بينها جميعا وأن يتبنى هذه الفكرة ويحققها الاتحاد العام العربي للتأمين .

ومع ذلك فقد أبقى قانون التأمين الاجباري الليبي الباب مفتوحا لمثل هذه الاتفاقات وقبل الوثائق التي تغطي المسؤولية المدنية لاصابات الأشخاص في ليبيا (م ٢ - ف ٣ من القانون التي سبقت الاشارة اليها) .

وقوع الحادث خلال مدة التأمين :

ويشترط أن يقع الحادث خلال مدة التأمين حتى يكون مشمولاً بوثيقة التأمين وهذا أمر طبيعي اذ لا يلتزم المؤمن بدفع أي تعويض حتى ولو كان التأمين اجباريا اذا لم يؤمن على السيارة بوثيقة سارية المفعول وصادرة حسب الاصول التي بينها قانونا التأمين الاجباري والمرور على الطرق العامة .

ويلاحظ بهذا الصدد ان العبرة بيوم وقوع الحادث وليس بيوم المطالبة بالضرر فاذا كان ذلك اليوم داخلا ضمن مدة التأمين فان الحادث يكون مغطى والا فانه لا يكون كذلك حتى ولو جرت المطالبة أثناء مدة التأمين اللاحق على الحادث ، لأن التأمين هو عن حوادث السيارات وليس عن المطالبة بالتعويض .

الضرر الذي يحصل للغير :

للضرر مفهوم ضيق في التأمين الاجباري بل هو محدد بما يحصل من حوادث المركبات الالية من اصابات بدنية ووفاة للغير فقط ولا يشمل الضرر المادي الذي يصيب الاموال . اذ لم يحن الوقت بعد من الناحية التأمينية والاجتماعية

لتغطية الاضرار المادية بتأمين اجباري ، كما عبرت عن ذلك الأسباب الموجبة لقانون التأمين الالزامي العراقي . كما لا يشمل هذا الضرر ، الضرر المعنوي او الاعتباري الذي يصيب كرامة الانسان من جفلة او ركضة يقوم بها لتجنب حادث من مركبة آلية بالشكل الذي يثير ضحك المارة وسخريتهم منه مثلاً ، وهذا الأمر واضح من نص القانون بأن « يلتزم المؤمن بتغطية المسؤولية المدنية الناشئة عن الوفاة او عن أية اصابة بدنية ... » (م - ٦) .

ولكن لا يشترط في الضرر بالاصابة البدنية أن يكون ظاهراً وواضحاً للعيان ، وانما يشمل أيضاً الاضرار الاخرى التي لا تظهر الا بعد مدة من وقوع الحادث كالأضرار التي تصيب الاوعية والأجهزة الداخلية . وقد بين القانون المدني طريقة التعويض عن مثل هذه الاضرار الاحتمالية التي لم يتيسر للقاضي وقت الحكم أن يعين مدى التعويض لها تعييناً نهائياً وذلك بأن منح المضرور حق المطالبة باعادة النظر خلال مدة معينة في التقدير اذا تبين الضرر الذي لم يكن واضحاً أثناء الحكم بتقدير التعويض (م - ١٧٣) .

علاقة السببية :

يقضي مبدأ علاقة السببية في التأمين على وجه العموم أن يكون الضرر ناشئاً مباشرة او من سلسلة وقائع غير منقطعة حاصلة من وقوع الخطر المؤمن منه . وبانقضاء علاقة السببية هذه تنقضي مسؤولية المؤمن عن تعويض الضرر . فلو فرضنا أن شخصاً مصاباً بمرض القلب او بارتباك في الجهاز العصبي وصادف أثناء عبوره الشارع أن أتت سيارة بسرعة ثم وقفت فجأة لتفادي مسه ولم تصبه او تلتطم به الا أن فزعه الشديد سبب له نوبة قلبية حادة فجري والتطم بعمود الكهرباء على الرصيف أدى إلى وفاته . في هذا الفرض قد تكون علاقة السببية منقطعة لأن سبب الوفاة المباشر كان المرض والالتطام بعمود الكهرباء ، وتشترط بعض وثائق التأمين في انكلترا عدم التعويض الا عند الالتطام والملازمة ، كما

مر ذكره ، ولا يوجد في وثيقة التأمين الاجباري في ليبيا مثل هذا الشرط ^(١) .
وتحديد علاقة السببية يعتبر من أعوص المسائل التي صادفها القضاء ، لكن
الملاحظ على أحكامه في أوربا وأمريكا عدم تشدد المحاكم في موضوع علاقة
السببية لحوادث التأمين بصورة عامة وفي حالات التأمين الاجباري من حوادث
السيارات والعمل بصورة خاصة .

وقد لا يكون مستغربا أن تقضي المحاكم بأن الفرع من السيارة كان هو
السبب القريب Proximate cause الذي أدى إلى وفاة ذلك الشخص المريض
في فرضنا أعلاه . ويحدو المحاكم في قيامها بافتراض وجود علاقة السببية في
حالات التأمين حادي العدالة وحماية الطرف المضرور الذي يكون ضعيفا بالمقارنة
مع شركات التأمين التي تنظر لها المحاكم نظرة المؤسسات ذات الأرباح العالية
فتوجب عليها دفع التعويضات العادلة . كما أن عدم القضاء بالتعويض للمضرور
قد يسبب هلاكه وهلاك عائلته بينما لا يؤثر دفع التعويض تأثيرا بينا على شركة
التأمين بسبب توزيع الخطر بين المؤمنين توزيعا فنيا كما سبقت الإشارة إلى
ذلك .

وعليه فلا تتمسك المحاكم عادة بالقواعد العامة لعلاقة السببية والتي مفادها
ان الخطأ يجب أن يؤدي مباشرة إلى تسبب الضرر دون تدخل سبب أجنبي
او فعل للغير بين الخطأ والضرر ذلك التدخل الذي يقطع علاقة السببية . أي أن
المحاكم لا تطبق هذه القاعدة بخدافيرها ولو أنها ملزمة بالأخذ بها في جميع

(١) وتشمل بعض وثائق التأمين ما يعرف بالاستثناءات Exclusions فيما يتعلق بعلاقة السببية
فتدرج الأسباب التي تقطع علاقة السببية كالكوارث الطبيعية والحروب ، أو عدم التعويض عن
أموال الغير الموجودة في المركبة أثناء الحادث . وظاهر ان الاستثناء الأخير لا يعمل به في التأمين
الاجباري أصلا . كما ان الاستثناءات الاخرى لا يمكن ادراجها في وثيقة التأمين النموذجية .
والاستثناء الوحيد الذي نصت عليه وثيقة التأمين الاجباري هو استثناء المسؤولية من الاضرار
الناشئة بطريق مباشر أو غير مباشر عن الاشعاعات والانفجارات الذرية والذي سبقت الإشارة اليه .

أنواع التأمينات بما في ذلك التأمين الاجباري بالنسبة لحالات تدخل الشخص الأجنبي . ومثال ذلك لو أصيب المضرور باطلاق ناري قبل أن تقترب منه السيارة ادى إلى وفاته قبل أن تلتطم به ، او سقط من سيارة اخرى وتوفى على الطريق العام قبل أن يدهس من قبل سيارة ثانية ، أو أنه رمى بنفسه تحت عجلات سيارة مسرعة لأنه كان ينوي الانتحار . او ان الكوارث الطبيعية هي التي سببت انقطاع علاقة السببية أي كانت السبب المباشر في حصول الضرر .

وكلما نريد قوله ان المحاكم لا تتشدد في موضوع علاقة السببية اذا نتج عن الاخذ به وتطبيقه حرفيا ظلم بين على المضرورين من حوادث المركبات الآلية المؤمن عليها بموجب التأمين الاجباري . وتبقى القاعدة القاضية بأن الضرر الذي ينتج عن سبب أجنبي لا شأن للخطر المؤمن منه فيه يعفى المؤمن من مسؤولية التعويض ، سارية المفعول كقاعدة عامة في التأمين الاجباري (٢) .

(١) وينشئ السبب الأجنبي أما عن القوة القاهرة او عن الحادث المفاجيء او فعل الغير أو خطأ المضرور وقد ساوى القانون الليبي بين القوة القاهرة والحادث المفاجيء (م ١٦٨) . ويقطع السبب الأجنبي علاقة السببية . واذا كان ناتجا عن فعل الغير وجب أن يكون فعل الغير من الكبر .
بمكان بحيث يغطي على خطأ المطالب (بالفتح) بالتعويض .
ويعتبر في حكم انقطاع علاقة السببية الذي ينفي المسؤولية احداث الشخص ضررا وهو في حالة الدفاع الشرعي عن نفس محدث الضرر أو ماله او عن نفس الغير او ماله حتى ولو لم يكن محدث الضرر مسئولا عن حماية ذلك الغير باعتباره حارسه أو وليه أو قريبه . كما لا تجوز مساءلة الموظف العمومي الذي يحدث ضررا للغير أثناء قيامه بتأدية واجباته الرسمية بأمر من رئيسه لأن الجواز الشرعي ينافي الضمان .

كما ويعتبر في حكم انقطاع علاقة السببية احداث ضرر بسيط لتلافي ضررا كبيرا اعمالا للقاعدة الشرعية الضرر الأشد يزال بالضرر الاخف ، فمن سبب ضررا للغير ليتلافى ضررا أكبر محدقا به أو بغيره ، لا يكون ملزما الا بتعويض ما يراه القاضي مناسبا تحقيقا للعدالة لأنه مجبر على اتخاذ الفعل الذي سبب ذلك الضرر البسيط .

ويكون عبء الاثبات في جميع الحالات المارة الذكر على من أوقع الضرر الذي عليه أن يثبت انقطاع علاقة السببية او الحالات التي في حكمها .
ويلاحظ ان القواعد المارة الذكر ليست من النظام العام في شيء ويجوز الاتفاق على خلافها =

ويعالج القانون المدني المسؤولية المدنية عن الفعل الضار الذي يحدثه الغير بشكل قواعد عامة^(١) . فما الذي ينطبق من هذه القواعد العامة في مجال التأمين الاجباري على السيارات .

= سواء مع من سبب الضرر أو مع شخص آخر يتحمل التعويض عنه ، وهذا هو في الحقيقة مجال التأمين عن المسؤولية المدنية عموما . كما يجوز أن تقيّد هذه النصوص القانونية بنصوص القوانين الخاصة ، وهذا ما فعله قانون التأمين الاجباري الذي قيد أحكام هذه النصوص (م ١٦٦ - ١٧٥ مدني) .

(١) كمسؤولية المراقب القانوني كالولي أو الوصي أو المراقب الاتفاقية كالمربي أو الخادم عن أعمال الغير بسبب قصره أو بسبب حالته العقلية أو الجسمية حتى ولو كان ذلك الغير غير مميز . ولكن هذه المسؤولية هي الاخرى غير مطلقة ، اذ يستطيع المراقب أن يثبت أنه قام بواجب المراقبة ، ومع ذلك وقع الفعل المسبب للضرر ، او اذا أثبت ان الضرر كان لا بد واقعا ولو أنه قام بواجبه على ما ينبغي من عناية ، كما عبر عن ذلك القانون المدني ، فيتخلص من هذه المسؤولية . كما توجد أيضا مسؤولية التابع عن أعمال تابعه حتى ولو لم يكن المتبوع هو الذي اختار التابع ، متى ما كان التابع تحت اشرافه وله عليه سلطة فعلية في رقابته وتوجيهه .

ولكن المسئول عن تعويض الضرر عن عمل الغير غير المشروع له حق الرجوع على ذلك الغير في الحدود التي يكون فيها الغير مسئولا عن تعويض الضرر . فالمسؤولية عن عمل الغير هي بمثابة الضمان الاضافي ولكنها ليست كفالة ، اذ يكون للمضروب حق الرجوع على المسئول حسب قواعدها قبل الرجوع على مسبب الضرر دون أن يكون للمسئول حق الدفع بالتجريد (م ١٧٦ مدني) .

كما عالج القانون المدني المسؤولية الناشئة عن فعل الحيوان (م ١٧٩) وعن الاضرار الناشئة عن انهيار البناء (م ١٨٠) وعن المسؤولية عن حراسة الأشياء فنص على أن « كل من تولى حراسة أشياء تتطلب حراستها عناية خاصة او حراسة الات ميكانيكية يكون مسئولا عما تحدثه هذه الأشياء من ضرر ، ما لم يثبت ان وقوع الضرر كان بسبب اجنبي لا يدله فيه ، هذا مع عدم الاخلال بما يرد في ذلك من أحكام خاصة » (م ١٨١) .

وبلاحظ أن نظام الشرع العام Common Law الانكلوسكسوني والذي يعرف أحيانا (بالقانون العمومي) يحتوي على قاعدة قديمة جدا مفادها أن الشخص الذي يخترع أو يخلق أو يصنع أو يدير آلة او قوة خطيرة بطبيعتها وتفلت من يده وتسبب ضررا للغير يكون صانعا مسئولا عن الضرر وان كان غير معتد (أنظر مقالتنا ، على هامش مؤتمر الحقوقيين الدولي ، مجلة العدالة ، بنغازي ، السنة الرابعة ، العدد ١٠ ، ص ٣٠) .

وأقرب حكم في القانون المدني لهذه القاعدة هو الحكم المتعلق بالمسؤولية عن حراسة الأشياء (م ١٨١) .

لتقرير ذلك تلاحظ النقاط التالية :

١ - ان مسؤولية المؤمن عن الحادث الذي ينشأ من قيادة السيارة المؤمنة من غير المؤمن له أو من غير الشخص المذكور في وثيقة التأمين أشمل من المسؤولية عن أعمال الغير بموجب القواعد العامة ، لأن المسؤولية في التأمين الاجباري في هذه الحالة مسؤولية قانونية مطلقة لكون التأمين يرد على السيارة وليس على قائدها أو مالكيها ، بينما المسؤولية عن أعمال الغير مقيدة وهي لا تقوم الا اذا كان المؤمن له المطالب بالتعويض له حق الرقابة على أعمال ذلك الغير سواء كانت تلك الرقابة قانونية او اتفاقية .

٢ - ان المسؤولية من حوادث السيارات أوسع بكثير مما تقضي به المسؤولية عن حراسة الأشياء الميكانيكية ولهذا فان القانون المدني أحال إلى ما يرد حولها من أحكام خاصة في التأمين الاجباري . ولو ان اتجاه الفقه حديثا يرمي إلى افتراض الخطأ في المسؤولية التقصيرية على حارس الالات اذا كانت حراستها تحتاج إلى عناية خاصة . ومع ذلك فلا حاجة بنا إلى الرجوع إلى هذه الاراء الفقهية بالنسبة للمسؤولية من الاخطار المؤمن عليها في التأمين الاجباري اذ هي واضحة من النصوص القانونية كما بينا .

التعويض :

هو ما يدفعه المؤمن إلى المؤمن له او المستفيد عن الضرر الذي حصل نتيجة وقوع الخطر المؤمن منه . ويكون ما يدفعه المؤمن من تعويض بقدر ذلك الضرر وفي حدود مبلغ التأمين . والتعويض أما ان يدفع نقدا او عينا بالنسبة للأموال وهو لا يكون الا نقدا في التأمين الاجباري .

ويدفع المؤمن التعويض دون حاجة إلى وقوع الضرر اذا ما وقع الحادث . ولكن في التأمين الاجباري يجب أن يقع الضرر كما حددناه أعلاه وتقدر المحكمة

التعويض عنه ^(١) او يجري تحديد التعويض عن طريق التسوية الودية ، ولا يتصور تحديد التعويض الاتفاقي في التأمين الاجباري لأنه يخالف قاعدة آمرة في القانون ولذلك يقع باطلا .

ويدفع التعويض في التأمين الاجباري دائما إلى المضرور مباشرة ويكون للمؤمن في بعض الحالات حق الرجوع على المؤمن له أو على مسبب الضرر ولا يكون له ذلك في حالات اخرى كما مر شرحه .

ويدفع التعويض عن الاصابة البدنية ظاهرة كانت أم خفية سواء تركت عطلا كلياً أو جزئياً أو لم تترك . أما الوفاة فتعوض عنها عائلة المتوفي وهو تعويض عن الحرمان من الاعالة بسبب الوفاة للأشخاص الذين كان يعملهم المتوفي . ويصعب تقدير الضرر فيما اذا كان المتوفي لا يعيل أحدا بل هو نفسه عاجز معال من عائلته . فهل يمكن أن يقال ان التعويض في مثل هذه الحالة يتعدى مصاريف الوفاة وما سبقها من علاج ؟

الجواب عن ذلك يكون بالاجاب اذ يجوز التعويض عن الضرر الادبي بسبب موت المضرور حسب أحكام القانون المدني .

وعلى كل حال يجب ان لا يؤثر على مقدار التعويض ما يحصل عليه المضرور من وثيقة تأمين اخرى عن الحوادث الشخصية أو ما يحصل عليه الورثة من وثيقة تأمين على الحياة لأن التأمينين مختلفان كما سبقت الإشارة إلى ذلك من قبل ^(٢) .

(١) وعلى القاضي طبقاً لأحكام القانون المدني ان يراعي الظروف والملايسات المحيطة بالقضية واذا كان الضرر البدني من النوع الذي لا تعرف نتائجه الا بعد حين طال أم قصر فعلى القاضي أن يحفظ للمضرور حقه للمطالبة به مرة ثانية ، كما سبقت الإشارة إلى ذلك (م ١٧٣ مدني) ومثال ذلك لو أصاب المضرور مغص معوي لا يعرف مدى استمراره كان قد تسبب عن صدمة السيارة . كما يختلف التعويض من شخص لاخر لاختلاف الأشخاص والملايسات المحيطة بهم كما بينا عند شرح الضرر .

(٢) أنظر مورييس منصور ، المرجع السابق ، ص ١٥٤ وما بعدها .

فاذا كان المضرور بعمله لم يقطع علاقة السببية بين الحادث والضرر ولكنه شارك في احداث الضرر كما لو كان راكبا دراجة هوائية ليلا من غير عاكسه حمراء للنور في مؤخرتها في شارع مظلم فدهسته سيارة كانت مارة من غير نور هي الاخرى ، أو عبر الطريق عندما كان النور الأحمر مؤشرا للمارة أو عبر من غير المكان المعد للعبور ودهس بسيارة جاءت بسرعة بشكل غير متوقع من الجهة الثانية وهكذا (١) .

وثمة سؤال آخر يتعلق بشمول التعويض الذي يلتزم به المؤمن في التأمين الاجباري وهل يتضمن المصاريف القضائية أم لا يتضمنها ؟ القاعدة ان هذه المصاريف لا تقع على عاتق المؤمن الا بنص في القانون أو اذا قضت المحكمة بذلك . ولا يوجد في نصوص التأمين الاجباري ما يذكر التعويض عن هذه المصاريف بل ان فحوى هذه النصوص يستبعد شمول المصاريف القضائية (٢) .
والتعويض لا يدفعه المؤمن من دون مطالبة ولكن لا يشترط أن تكون المطالبة قضائية ولو أنها تشترط فيها الجدية والا سقطت دعوى التعويض بالتقادم (٣) .

(١) نص القانون المدني على أنه « يجوز للقاضي أن ينقص مقدار التعويض أو الا يحكم بتعويض ما اذا كان الدائن بخطئه قد اشترك في احداث الضرر أو زاد فيه » (م ٢١٩) .

(٢) المواد ٦ ، ١٧ ، ١٨ من قانون التأمين الاجباري الليبي . ويذكر الدكتور سعد واصف في (شرح قانون التأمين الاجباري المصري) « ان التزام المؤمن بدفع المصروفات في مثل هذه الحالة ليس مصدره قانون التأمين الاجباري وانما مصدره قانون المرافعات الذي يلزم المدعي عليه الذي يخسر الدعوى بدفع مصروفاتها للخصم وكذلك أتعاب المحاماة » أنظر أيضا الأستاذ موريث منصور ، المرجع السابق ص ١٦١ .

(٣) علمنا من السيد محمد زهري مدير فرع بنغازي لشركة التأمين انه حصلت في هذه المنطقة حوالي ١٧ حادثة من السيارات للأشخاص ولم تدفع الشركة أي تعويض لأن التعويض يدفعه المؤمن له دون ادخال الشركة بالتسوية الودية لأعتبار أكثرية المؤمن لهم أن التأمين حرام شرعا وهو ليس الا ضريبة لا يتوخى منها أي تعويض عن مسؤوليته المدنية عن حوادث السيارة .

التقادم :

ساوى القانون المدني وقانون التأمين الاجباري بين مدة التقادم للدعاوي الناشئة من عقد التأمين وجعلها قانون التأمين الاجباري تسقط بمضي ثلاث سنوات من تاريخ صدور حكم نهائي بثبوت مسؤولية المؤمن له عن الحادث والواقعة المسببة للضرر (م - ٦ - ٣) ، بينما حصر القانون المدني ابتداء مدة التقادم بوقت حدوث الواقعة التي تولدت عنها الدعاوي الناشئة من عقد التأمين فقط (م - ٧٥٢ مدني) .

والسقوط هنا ، بالتقادم القصير مشرع لمصلحة المؤمن وهو شبيه بالتقادم الناشئ من دعاوي العمل غير المشروع ، التي هي الاخرى تسقط بمضي ثلاث سنوات من تاريخ علم المضرور بحديث الضرر للشخص المسئول عنه .
والسقوط هنا بثلاث سنوات بالنسبة لدعوى المضرور على شركة التأمين ، اذ ان العلاقة بين المضرور في التأمين الاجباري والمؤمن هي كالعلاقة بين المتعهد والمنتفع في الاشتراط لمصلحة الغير ، والقاعدة المدنية في الاشتراط لمصلحة الغير تقضي بأن يكون للمتعهد الحق بالتمسك قبل المنتفع بالدفع التي تنشأ عن العقد (م ١٥٦ - ٢) فاذا كانت الدعوى ناشئة عن عقد التأمين فانها تسقط بمضي ثلاث سنوات . ومع ذلك رأى بعض الكتاب خلاف ذلك وقالوا ان هذه الدعوى تسقط بمضي خمسة عشر سنة ولكنه رأى ضعيف تجاوزه القضاء ^(١) .

(١) أنظر الدكتور محمد عرفة ، عقد التأمين ، ١٩٥٠ ، ص ٢٠٩ والدكتور كامل مرسي ، المرجع السابق ص ١٧٤ والأستاذ أحمد فؤاد الانصاري ، المرجع السابق ص ٩٠ والذي ينتقد الرأي الأخير ويقول بسقوط الدعوى بمضي ثلاث سنوات .

تركيز الاختصاص في قانون المرافعات الليبي

للدكتور عبد المنعم جيرة

المستشار المساعد بمجلس الدولة المصري -
والاستاذ المساعد بكلية الحقوق بالجامعة الليبية

الاصل أن يكون اختصاص المحكمة مقصورا على المنازعات التي تحددها القواعد العامة في الاختصاص ، سواء في ذلك قواعد الاختصاص الوظيفي او النوعي او المحلي ليشمل المسائل المرتبطة أو المتفرعة عن الموضوع الأصلي الذي تختص به المحكمة ، ولو كانت هذه المسائل لا تدخل أصلا في اختصاص المحكمة تطبيقا لبعض قواعد الاختصاص . ويستهدف المشرع بذلك تركيز الاختصاص بنظر موضوع الدعوى وبكل ما يرتبط بهذا الموضوع أو يتفرع عنه أمام محكمة واحدة . أي ان واقعة اختصاص المحكمة بموضوع معين تصبح مصدرا وأساسا لاختصاصها بمسائل أخرى قد لا تكون أصلا من اختصاصها .

ومن ناحية أخرى فقد ترفع الدعوى أمام أكثر من محكمة في آن واحد (١) ، ويسعى المشرع أيضا لانهاء حالة التعدد هذه كي تنفرد محكمة واحدة بالفصل في المنازعة القضائية كنوع من تركيز الاختصاص وتوحيده أمام محكمة يعينها ، يخلص لها نظر المنازعة بدلا من تركها مشاعا بين أكثر من محكمة .

(١) الدكتور احمد مسلم اصطلاح معبر عن هذه الحالة اذ يسميها « ترديد الدعوى » أصول المرافعات ص ٣٠٠ بند ٢٧٢ .

ويحقق تركيز الاختصاص في صورته السابقة فوائد متعددة ، أولها التيسير على المتقاضين ، لما يترتب على هذا التركيز من اختصار الاجراءات وتوحيد الجهد واقتصاد النفقات . ومن ناحية اخرى فان من شأن هذا التركيز أن يكفل حسن اداء العدالة ، ذلك ان المحكمة التي تنظر المنازعة الأصلية تكون أقدر من غيرها من المحاكم على تفهم وحسم المنازعات المرتبطة والمتفرعة عن النزاع الأصلي ، فضلا عما يترتب على هذا التركيز من منع تضارب الأحكام وتعارضها . ويتم تركيز الاختصاص عادة بوسائل متعددة ، الاولى هي احالة الدعاوي المرتبطة أو المتطابقة إلى محكمة واحدة إذا كانت قد رفعت هذه الدعاوي بالفعل أمام محاكم متعددة وتسمي هذه الوسيلة التركيز بطريق الاحاله والوسيلة الثانية هي اجازة رفع الدعاوي المرتبطة ابتداء إلى محكمة واحدة ونسمي هذه الوسيلة « التركيز بطريق الدعوى المبتدأة » . والوسيلة الأخيرة للتركيز تتمثل في القاعدة التي تقضي بأن محكمة الموضوع هي محكمة الطلبات العارضة ، وبذلك يتركز الاختصاص بنظر موضوع النزاع وكل ما يتفرع عنه او يرتبط به من طلبات عارضة أمام محكمة واحدة .

وقد حرص قانون المرافعات الليبي على ايراد العديد من النصوص التي تستهدف في حقيقتها تركيز الاختصاص في صورته وبوسائله المختلفة ، وقد جاءت أغلب هذه النصوص في الفصل الخاص بالأسباب المعدلة للاختصاص ، والفصل الخاص بأوجه انتفاء الولاية . وسوف نعرض لاحكام التي أوردتها هذه النصوص موضحين وجه نظرنا بشأنها . ونوزع دراستنا لها على ثلاثة فصول : الاول التركيز بطريق الاحالة والثاني للتركيز بطريق الدعوى المبتدأة والثالث لتركيز الاختصاص بالطلبات العارضة .

الفصل الأول

— التركيز بطريق الاحالة —

نتناول في هذا الفصل موضوع الاحالة للارتباط وموضوع الاحالة لقيام لذات النزاع أمام عدة محاكم والتي قصرها المشرع الليبي على ما أسماه بالاشتغال .

المبحث الاول

— الاحالة للارتباط —

تصريف الارتباط

لم يورد المشرع الليبي او المصري تعريفا للارتباط ، وقد اختلفت اراء الشراح حول تحديد الارتباط ، الا انه كان يمكننا أن نقرر ان أكثر هذه التعاريف شمولاً لكل صور الارتباط هو الذي يحدده بأنه علاقة بين الدعاوي تجعل من حسن اداء العدالة أن تنظرها وتفصل فيها محكمة واحدة ^(١) .

(١) يعرف جابيو الارتباط بأنه علاقة بين دعويين تجعل الحكم في احداها مؤثراً على وجه الحكم في

الاخرى . . Traité Élémentaire de procédure. 1935, p. 464.

ويعرفه جارسونيه بأنه علاقة وطيدة بين دعويين يخشى معها صدور أحكام متعارضة لو تم الفصل

فيهما استقلالاً . . Précis de Procédure Civile, 1911, p. 361.

ويراجع في موضوع الارتباط عموما رسالة J.P. Fourcade بعنوان
La Connexité en procédure civile, Paris, 1938.

وفي نطاق هذا التعريف تتفاوت درجات الارتباط وتختلف ، فيصل الارتباط إلى أقوى صوره عندما يتمثل في اتحاد الموضوع والسبب أو أي من هذين العنصرين ، كما قد يصل أيضا إلى حد عدم التجزئة أو التبعية . الا أنه ليس بشرط لكي يتحقق الارتباط بين الدعاوي ان تتوطد العلاقة بينها إلى هذه الدرجة ، فقد يقوم الارتباط بين الدعاوي مع اختلافها موضوعا وسببا كما لو رفع أحد المتعاقدين دعوى يطلب فسخ العقد ، وأقام المتعاقد الآخر دعوى يطلب بطلان العقد . كما قد يتحقق الارتباط مع اختلاف الخصوم كأن ترفع دعوى ملكية عقار من شخصين مختلفين كل منهما يطالب بالملكية لأسباب يدعيها .

وقد نظم المشرع الليبي الارتباط بصفة عامة وأشار إلى بعض الصور الخاصة للارتباط وهي الارتباط للتبعية ، والارتباط الناشئ عن اتحاد الموضوع والسبب .

حكم الارتباط :

إذا ما تحقق الارتباط بين الدعاوي في أي صورة من صوره فإن المشرع يسعى إلى تركيز هذه الدعاوي وتجميعها أمام محكمة معينة يحددها ، ويتم ذلك باحالة الدعاوي المرتبطة إلى هذه المحكمة ، عن طريق دفع يسمى الدفع بالاحاطة للارتباط ، وهو من الدفع الشكلية التي تستهدف منع المحكمة من نظر الدعوى واحالتها إلى محكمة أخرى . وقد تعددت النصوص التي تعالج الاحالة للارتباط في قانون المرافعات الليبي ، الا ان المادة الرئيسية في هذا الصدد هي المادة ٧٨ اذ انها تتناول القواعد العامة التي تنطبق على كل صور الارتباط ، أما ما ورد في المواد الاخرى فلا يعدو أن يكون تطبيقا لأحكام المادة ٧٨ او ترديدا أو تكرارا لهذه الاحكام .

ويقضي نص المادة ٧٨ بأنه « اذا رفعت عدة دعاوي إلى محاكم مختلفة وتوفر لدى احدى هذه المحاكم من أسباب الارتباط ما يسمح بالفصل فيها بحكم واحد ، حددت ميعادا حتميا لنظر الدعوى التبعية أمام الجهة التي رفعت

اليها الدعوى الاصلية ، أما في حالات الارتباط الاخرى فتحال الدعوى إلى المحكمة التي رفعت اليها أول دعوى .

ولا يجوز للخصم الدفع بوجود الارتباط ولا للقاضي أن يقرره من تلقاء نفسه بعد الجلسة الاولى ، كما لا يجوز الامر بالاحالة اذا كانت الحالة التي وصلت اليها الدعوى الاصلية او الدعوى المرفوعة اولا لا تسمح بتأخيرها للفصل فيها مع الدعاوي المرتبطة الاخرى .

ومن قراءة هذا النص يمكننا استخلاص القواعد الاتية :

اولا - ان المشرع الليبي أجاز المحكمة أن تقضي بالاحالة من تلقاء نفسها ولو لم يتمسك بها احد الخصوم في صورة دفع ، ويستفاد ذلك من قول المادة « لا يجوز للخصوم الدفع بوجود الارتباط ولا للقاضي أن يقرره من تلقاء نفسه ... »

ورغم ان المشرع أجاز للمحكمة أن تقضي بالاحالة من تلقاء نفسها الا انه لا يعتبرها متعلقة بالنظام العام ، بدليل ان الحق في الاحالة ينتضي بانقضاء الجلسة الاولى ، ولا يجوز التمسك به من جانب الخصوم ، او أعماله من قبل المحكمة بعد هذه الجلسة . ومن المقرر ان الدفع المتعلقة بالنظام العام يجوز التمسك بها في أية حالة تكون فيها الدعوى .

وقد سبق ان نادى بعض الشراح في فرنسا باعتبار الدفع بالاحالة متعلقا بالنظام العام ، طالما ان القصد منه هو حسن اداء العدالة والحيولة دون صدور أحكام متعارضة ^(١) . ويرى بعض الشراح في مصر انه يتعين على المشرع اجازة ابداء هذا الدفع في أية حالة تكون عليها الدعوى أمام محكمة الدرجة الاولى ^(٢) .

(١) راجع في ذلك Glasson, Tissier et Morel : Traité de procédure 3e éd. p. 728, No. 279.

وقد أخذت محكمة النقض الفرنسية برأي عكسي مؤداه عدم اعتبار هذا الدفع متعلقا بالنظام العام الحكم الصادر في ٢٨ يولية ١٨٩٧ مجموعة سيرى - ٩٨ - ١ - ٤٠ . وجاء مرسوم ٣٠ اكتوبر سنة ١٩٣٥ متفقا مع الرأي القائل بأن هذا الدفع لا يتعلق بالنظام العام (يراجع في ذلك J. Vincent : Procédure civile. 1969. p. 320 et s.

(٢) الدكتور احمد أبو الوفا نظرية الدفع ص ١٦٠ بند ٦٨ .

والواقع ان ما قرره المادة ٧٨ من حق المحكمة في اجراء الاحالة من تلقاء نفسها ، يتعارض مع ما قرره المادة من ناحية اخرى من سقوط الحق في الاحالة بعد الجلسة الاولى ، فأما أن تعتبر الاحالة من النظام العام للمحكمة أن تقضي بها من تلقاء نفسها ، وفي أية حالة تكون عليها الدعوى ، وأما أن تكون الاحالة غير متعلقة بالنظام العام ولا يكون للمحكمة اثارها من تلقاء نفسها اذا لم يتمسك بها الخصوم .

ثانيا - ان المشرع قد اشترط للأمر بالاحالة الا تكون الدعوى المنظورة أمام المحكمة التي تتم الاحالة اليها قد وصلت إلى حالة لا تسمح بتأخيرها للفصل فيها مع الدعوى المرتبطة . والواقع أنه يصعب على المحكمة التي تأمر بالاحالة تقدير مدى توافر هذا الشرط ، اذ كيف يتسنى للمحكمة ان تقدر ما اذا كانت الدعوى المنظورة أمام محكمة اخرى قد وصلت إلى حالة لا تسمح بتأخيرها ، فهذا الأمر لا يمكن تقديره تقديرا دقيقا وسليما الا من قبل المحكمة التي تنظر الدعوى . لذلك فإنه لا مناص من الاعتداد في هذا الصدد بمعيار منضبط هو الا تكون الدعوى الاولى قد أقفل باب المرافعة فيها وحجزت للحكم . وليس لهذا الشرط مقابل في التشريع المصري وكل ما يستلزمه القانون للأمر بالاحالة هو الا تكون الخصومة أمام المحكمة المطلوب الاحالة اليها قد انقضت سواء بحكم في الموضوع أو بغير حكم في الموضوع . بل ان من الشراح من يرى أنه اذا ما حكم في الموضوع بعد صدور الأمر بالاحالة فليس هناك ما يمنع المحكمة المحال اليها ان تفصل في الدعوى التي أحيلت اليها على اعتبار ان الغرض المقصود من الاحالة هو الفصل في الدعويين بمعرفة محكمة واحدة لا الفصل فيهما معا ^(١) .

ثالثا - يتجه الرأي الغالب في الفقه المصري إلى أنه يشترط للاحالة أن تكون المحكمة المطلوب الاحالة اليها مختصة بنظر الدعوى المرفوعة أمامها أصلا من

(١) الدكتور أبو الوفا : المراجع السابق ص ١٥٤

جميع الأوجه ، أما بالنسبة للدعوى المطلوب احالتها ، فيكفي أن تكون هذه المحكمة مختصة بنظرها اختصاصا متعلقا بالوظيفة واختصاصا نوعيا ، وليس يشترط أن تكون المحكمة مختصة بنظرها محليا ، ذلك أن اعتبارات تركيز الاختصاص تفضل اعتبارات الاختصاص المحلي .

وبالنسبة للقانون الليبي نرى أن الأمر لا يختلف بالنسبة لضرورة أن تكون المحكمة المحال إليها مختصة بنظر الدعوى المرفوعة أمامها من جميع الوجوه ، أما بالنسبة لاشتراط اختصاص هذه المحكمة بالدعوى المحالة ، فثمة خلاف أساسه أن المشرع الليبي وهو بصدد معالجته لصورة خاصة من صور الارتباط وهو الارتباط للتبعية ، أجاز إحالة الدعوى التبعية إلى المحكمة التي تنظر الدعوى الأصلية ، ولو لم تكن هذه المحكمة مختصة بنظر الدعوى التبعية اختصاصا نوعيا من حيث القيمة أو اختصاصا محليا (م ٦٩) فهل يمكن تطبيق هذا الحكم على كل صور الارتباط الأخرى ؟

الواقع أن الرد على هذا التساؤل يمكن أن يختلف فيه وجهات النظر . إذ يمكن القول بأن ما هو مقرر بالنسبة للارتباط للتبعية ينطبق في شأن كل صور الارتباط فيجوز الإحالة للارتباط ولو لم تكن المحكمة المطلوب الإحالة إليها مختصة بنظر الدعوى قيميا أو محليا ، تأسيسا على أن قواعد الاختصاص القيمي لا تتعلق بالنظام العام في القانون الليبي ، شأنها في هذا الصدد شأن قواعد الاختصاص المحلي .

ويمكن القول من ناحية أخرى أنه حينما اقتصر المشرع على الترخيص بالإحالة دون تقييد بقواعد الاختصاص القيمي بالنسبة لصورة خاصة من صور الارتباط هو الارتباط للتبعية ولم يعمم هذا الحكم على كل صور الارتباط الأخرى فإنه كان يقصد هذه التفرقة ، على أساس أن الارتباط للتبعية ارتباط وثيق تعلق اعتبارات التركيز بشأنه ، الاعتبارات التي يقوم عليها الاختصاص النوعي ، وذلك بخلاف الصور الأخرى للارتباط التي لا تتوطد فيها العلاقة ، بين الدعاوي

وتصل إلى حد التبعية . ونحن نميل إلى الأخذ بالتفسير الاول (١) .

رابعا — ان المشرع المصري يجيز تقديم الدفع بالاحالة للارتباط إلى أي من المحكمتين وقد نصت على ذلك صراحة المادة ١١٢ من قانون المرافعات الحالي ، وكان الفقه مستقرا على هذا الرأي في ظل قانون المرافعات السابق رغم عدم وجود نص صريح .

أما بالنسبة لقانون المرافعات الليبي فقد أوجب ابداء الدفع أمام المحكمة التي ترفع إليها الدعوى مؤخرا ، وتم الاحالة إلى المحكمة التي رفعت إليها أول دعوى ، على انه بالنسبة لأحوال الارتباط للتبعية فقد نص القانون على أن تتم الاحالة إلى المحكمة التي رفعت إليها الدعوى الاصلية .

واستلزام تقديم الدفع بالاحالة إلى المحكمة التي رفعت إليها الدعوى مؤخرا لا موجب له بالنسبة للاحالة للارتباط ، بل أنه قد يؤدي إلى تعطيل الاحالة اذا ما كانت المحكمة التي رفعت إليها أول دعوى غير مختصة بنظر هذه الدعوى من حيث القيمة اذ تمتنع الاحالة في هذا الفرض مع تحقق موجبها ولو أخذ بالرأي الذي يستلزم اختصاص المحكمة المحال إليها بالدعوى المحالة من حيث القيمة .

تلك هي القواعد التي تضمنتها المادة ٧٨ التي تعتبر المادة الرئيسية التي تنظم الاحاطة للارتباط ، ومع عمومية نص هذه المادة وشمولها لكل صور الارتباط ومظاهره ، الا أن المشرع قد حرص على افراد نصوص خاصة لبعض صور الارتباط كالارتباط للتبعية والارتباط حيث الموضوع والسبب ، ونرجى دراسة هذه الصور تفصيلا حين دراسة التركيز بطريق الدعوى المبتدأة ، لأن النصوص التي تناولت هذه الصور قد عنيت أساسا بالنص على رفع الدعوى المرتبطة ابتداء أمام محكمة واحدة .

(١) سنوضح فيما بعد أن المشرع أجاز في المادة ٧١ احالة الدعاوي المرتبطة من حيث الموضوع أو السبب إلى المحكمة التي رفعت إليها أول دعوى دون اشتراط أن تكون هذه المحكمة مختصة بنظر الدعاوي المحالة من حيث القيمة .

المبحث الثاني

— الاحالة للاشتمال —

قد ترفع الدعوى الواحدة أمام أكثر من محكمة في آن واحد ، وتكون كل من هذه المحاكم مختصة بنظر الدعوى ، كما هو الشأن في الدعاوى الشخصية العقارية حيث يجيز القانون رفع الدعوى أمام المحكمة التي يقع في دائرتها العقار أو المحكمة التي يقع في دائرتها موطن المدعي عليه . وكما هو الشأن أيضا بالنسبة للدعاوى التجارية حيث ينعقد الاختصاص للمحكمة التابع لها المدعي عليه أو المحكمة التي تم في دائرتها الاتفاق وتسليم البضاعة ، أو التي يجب في دائرتها الوفاء .

ولقيام الدعوى الواحدة أمام أكثر من محكمة مساوئ متعددة ، منها احتمال صدور أحكام متضاربة في دعاوى تجمعها وحدة الخصوم والموضوع والسبب ، كما أن من شأنه شغل المحاكم بدعاوى متكررة يضيع بها الوقت ويتضاعف الجهد بغير دواع مقبولة ، لذلك تحرّص التشريعات على إنهاء هذا الوضع بتركيز هذه الدعاوى واختصارها في دعوى واحدة تنظرها إحدى المحاكم ، ويتم ذلك في التشريع المصري عن طريق الدفع بالاحالة ، وفي هذا تقضي المادة ١١٢ من قانون المرافعات المصري الجديد ، بأنه « إذا رفع النزاع ذاته الى محكمتين وجب ابداء الدفع بالاحالة الى المحكمة التي رفع اليها النزاع أخيراً للحكم فيه » . وإذا ما تم ابداء الدفع وتأكد للمحكمة التي رفع اليها النزاع أخيراً أن الدعوى المقامة أمامها ليست الا ترديدا لدعوى مقامة أمام محكمة أخرى فانها تقضي بالاحالة الدعوى التي تنظرها الى المحكمة التي أقيمت أمامها الدعوى الاولى . ويسري هذا الحكم متى تحققت وحدة الخصوم والموضوع والسبب في الدعاوى المتكررة وتقوم هذه الوحدة ولو كانت إحدى هذه الدعاوى تتضمن المطالبة بكل الحق بينما تقتصر الدعوى الاخرى المطالبة بجزء من الحق فقط . ففي نطاق هذا الجزء نكون بصدد ترديد للدعوى .

وقد عالج المشرع الليبي ترديد الدعوى بطريقة مختلفة عما يقرره التشريع المصري وبيان ذلك أن المادة ٧٧ من قانون المرافعات تقضي بأنه « إذا ما رفعت دعوى واحدة الى عدة محاكم ، فعلى آخر محكمة رفعت اليها أن تحكم ولو من تلقاء نفسها ، بوقف السير في الدعوى في أي حالة أو درجة كانت عليها وأن تأمر بشطبها من الجدول لسبق رفعها أمام محكمة أخرى .

وإذا كان موضوع الدعوى جزءا من موضوع دعوى مرفوعة من قبل أمام محكمة أخرى حكمت المحكمة بوجود حالة الاشتمال ، وحددت للخصوم موعدا للسير في الدعوى الصغرى أمام المحكمة المقامة أمامها الدعوى الكبرى وذلك اذا كانت المحكمة الاخيرة مختصة بها .

فاذا كانت المحكمة الاخيرة غير مختصة أقرت حالة الاشتمال وحددت موعدا لنظر الدعوى الصغرى أمام المحكمة المختصة بها .»

ويلاحظ على هذا النص ما يلي :

أولا - ان هذه المادة تفرق بين فرضين الاول أن تكون الدعوى الثانية هي ذات الدعوى الاولى وبكامل أجزائها ، والفرض الثاني أن يكون موضوع الدعوى الثانية جزء من موضوع الدعوى الاولى .

ففي الفرض الاول يقضي نص المادة ٧٧ بأنه اذا ما تحققت المحكمة التي رفعت اليها الدعوى أخيرا أن موضع الدعوى المعروضة أمامها هو ذاته الموضوع المعروض من قبل أمام محكمة أخرى وأن الدعوى مقامة بين الخصوم أنفسهم ، واستنادا الى السبب ذاته ، ففي هذه الحالة تلتزم المحكمة بأن تأمر بشطب الدعوى من الجدول في أية حال أو درجة كانت عليها . وتقضي المحكمة بذلك من تلقاء نفسها ولو لم يتمسك به أحد الخصوم .

وواضح من ذلك أن المشرع يجعل انهاء حالة تكرار الدعوى أو ترديدها أمر

يتصل بالنظام العام للمحكمة أن تقضي به من تلقاء نفسها في أية حالة كانت عليها الدعوى .

ولا غضاضة في هذا الاتجاه ، بل ان له ما يبرره فممنوع وقوع التعارض بين الاحكام القضائية أمر يتصل بالنظام العام . وهو ذات السبب الذي حدى بالمشرع المصري الى أن يجعل حجية الامر المقضي متعلقة بالنظام العام في قانون المرافعات الجديد وفي قانون الاثبات أيضا ^(١) . فحجية الامر المقضي تحقق نفس الغرض الذي يحققه انتهاء حالة تكرار الدعوى أو ترديدها وهي منع صدور أكثر من حكم في المنازعات التي تنحد من حيث الخصوم والموضوع والسبب . وان كانت حجية الامر المقضي تحول دون ذلك بعد أن يكون الحكم قد صدر في احدى هذه المنازعات ، أما انتهاء حالة الترديد فالأصل فيها أن تكون هذه المنازعات منظورة أمام القضاء ولم يفصل في أي منها .

واذا كان ثمة مأخذ على الاحكام التي أوردتها المادة ٧٧ في هذا الشأن فهو انها تترك للمحكمة التي رفعت اليها الدعوى أخيرا سلطة كاملة تنفرد بها في تقرير قيام التطابق بين الدعويين ، وفي تقرير اختصاص المحكمة التي رفعت اليها الدعوى أولا بنظر الدعويين الاولى والثانية . وقد يختلف تقدير هذه المحكمة لتلك المسائل ، ويقع المدعي ضحية هذا الاختلاف في التقدير . فاذا ما رفعت دعوى أمام محكمة بنغازي ثم رفعت أخرى أمام محكمة طرابلس ، وقدرت محكمة طرابلس أن الدعوى المنظورة أمامها تكون جزءاً من الدعوى المقامة أمام محكمة بنغازي وان محكمة بنغازي مختصة بنظر الدعويين ، تعين على محكمة طرابلس طبقاً لنص المادة ٧٧ أن تأمر بشطب الدعوى المنظورة أمامها ، وقد يختلف تقدير محكمة

(١) جاء في المذكرة الايضاحية لقانون الاثبات المصري رقم ٢٥ لسنة ١٩٦٨ ما يلي : « عملا على استقرار الحقوق لا صحابيا ، ومنعا لتضارب الاحكام نص المشروع في المادة ١٠١ منه المقابلة للمادة ٤٠٥ من القانون المدني القائم على تعلق حجية الأمر المقضي بالنظام العام تقضي بها المحكمة من تلقاء نفسها ... » .

بنغازي لهذه المسائل وتنتهي محكمة بنغازي الى الحكم بعدم اختصاصها بنظر الدعوى المنظورة أمامها ، وليس ثمة ما يحول قانونا دون ذلك ويلزم محكمة بنغازي في هذه الحالة أن تستمر في نظر الدعوى رغم عدم اختصاصها بذلك . وينتهي الامر على هذا النحو بصدور أحكام متضاربة وهو عين ما حاول المشرع تفاديته بهذا النص (١) .

ومما يؤخذ على نص المادة ٧٧ ايضاً أنه قضى بالزام المحكمة التي رفعت اليها الدعوى مؤخراً أن تقضي بشطب الدعوى في أية حالة أو درجة تكون عليها الدعوى ، اذ مؤدى ذلك أنه قد تكون الدعوى المرفوعة أولاً لا تزال منظورة أمام محكمة أول درجة ، بينما تنشط الدعوى المرفوعة مؤخراً وينتهي نظرها أمام محكمة أول درجة دون أن تثار فكرة قيام النزاع أمام محكمة أخرى ، ثم يطعن في هذا الحكم بالاستئناف وتثار هذه المسألة لأول مرة أمام محكمة الاستئناف . ففي هذه الحالة يتعين على محكمة الاستئناف طبقاً لنص المادة ٧٧ أن تأمر بشطب الدعوى المنظورة أمامها طالما انها رفعت في تاريخ لاحق للدعوى الاولى . وقد كان المنطقي في هذه الحالة أن تنتهي حالة الترديد بالتمسك أمام المحكمة الاولى بحجية الحكم الصادر في ذات النزاع من المحكمة الثانية وبذلك تنتهي الدعوى الاولى وهي في أول درجات التقاضي ، ويستمر نظر الدعوى الثانية أمام محكمة الاستئناف بعد الشوط الطويل الذي قطعته . على انه مما يخفف من حدة هذا الاعتراض في

(١) لمنع هذه النتائج كان قانون المرافعات المصري السابق ينهي هذا الوضع بطريق الاحالة ، على أن يقدم الدفع بالاحالة إلى المحكمة التي رفعت اليها الدعوى أخيراً ، وهذه المحكمة لا تفصل فيه ، بل تحيله إلى المحكمة الاولى ، وهذه تفصل فيه على وجه السرعة بالقبول او الرفض بعد سماع مرافعة الخصوم أمامها ، وتتقيد المحكمة الثانية بقضاء المحكمة الاولى في هذا الخصوص ، وبذلك يمكن تجنب وقوع الاختلاف بين المحكمتين بالنسبة لاختصاص المحكمة الأولى .
وإذا كان قانون المرافعات الجديد قد ترك الفصل في الدفع بالاحالة للمحكمة الثانية دون المحكمة الاولى ، الا انه نص على أن تلتزم المحكمة المحال اليها الدعوى بنظرها ، وبذلك تحاشى أيضاً ان تقضي المحكمة المحال اليها بعدم اختصاصها بالدعوى المحالة .

أن الوضع الطبيعي هو أن تنتهي المحكمة التي رفعت إليها الدعوى أولاً من الفصل فيها قبل المحكمة التي رفعت إليها الدعوى مؤخرًا .

هذا عن الفرض الأول الذي يواجهه نص المادة ٧٧ والذي يتحقق عندما تكون الدعوى الثانية هي ذات الدعوى الأولى وبكامل أجزائها .

أما الفرض الثاني الذي تتناوله المادة فهو أن يكون موضوع الدعوى الثانية جزءاً من موضوع الدعوى الأولى ، وهو ما يعبر عنه النص بالاشتغال أي أن موضوع الدعوى الأولى يشتمل ويحوي موضوع الدعوى الثانية . وقد وضعت المادة حكماً مختلفاً لهذا الفرض مؤداه أن المحكمة تقضي بوجود حالة الاشتغال ، وتحدد للخصوم موعداً للسير في الدعوى الصغرى أمام المحكمة القائمة أمامها الدعوى الكبرى وذلك إذا كانت المحكمة الأخيرة مختصة بها . فإذا كانت المحكمة المذكورة غير مختصة أقرت حالة الاشتغال وحددت موعداً لنظر الدعوى الصغرى أمام المحكمة المختصة بها . ويلاحظ على هذه الأحكام ما يلي :

أولاً - أن المشرع يفرق بين حالتين من حالات ترديد الدعوى لا مبرر للفرقة بينهما في الحكم ، فمن المستقر عليه فقها وقضاء أنه يستوي أن تكون الدعوى الثانية هي ذات الدعوى الأولى ، أو أن تكون الدعوى الثانية متضمنة جزءاً من الطلبات في الدعوى الأولى ^(١) . ففي نطاق هذا الجزء يتحقق التردد كما يتحقق في حالة التطابق الكامل بين الطلبات . ولذلك فقد كان من الأفضل أن يضع المشرع لهذه الفروض جميعها حكماً واحداً هو الإحالة .

ثانياً - أن المشرع لم ينص على أن الإحالة تتم في هذا الفرض بناءً على دفع يبيده الخصوم ، وإنما انصرف حديثه إلى المحكمة بعبارة تفيد الوجوب ،

(١) الوسيط للدكتور رمزي سيف ص ٤٤١ بند ٤٧٩ ونظرية الدفع للدكتور أبو الوفاء ص ١٢٦ بند ٤١ وشرح المرافعات للدكتور الشرقاوي ص ٣٠٧ والعشماوي قواعد المرافعات الجزء الثاني ص ٢٥٠ .

وذلك بقوله « حكمت المحكمة بوجود الاشتغال ، وحددت للخصوم ... » ومقتضى ذلك أنه متى تأكدت المحكمة من قيام الاشتغال ، فإنها تأمر بالاحالة من تلقاء نفسها دون انتظار لاثارة ذلك من قبل الخصوم . والاحالة على هذا النحو متعلقة بالنظام العام . وهذا التفسير يحقق الانسجام بين الاحكام التي تضمنتها المادة ٧٧ . اذ طالما أن المشرع قد جعل انهاء التريديد في حالة التطابق الكامل متعلقا بالنظام العام ، تعين اعمال ذات الحكم في حالة التريديد الذي يقتصر على جزء من الدعوى . أي في حالة الإشتغال على حد تعبير النص ..

ثالثا — أن المشرع قد ترك للمحكمة التي تنظر الدعوى الصغرى سلطة كاملة في تقدير اختصاص المحكمة التي تنظر الدعوى الكبرى أو عدم اختصاصها بنظر الدعوى الصغرى ، وأعطى لها حق احالة الدعوى الصغرى الى المحكمة التي ترى انها مختصة فعلا بنظرها ، وذلك اذا ما قدرت أن المحكمة التي تنظر الدعوى الكبرى غير مختصة بنظر الدعوى الصغرى . وهنا يثور التساؤل من مدى التزام المحكمة المحال اليها باحترام ما قرره المحكمة المحلية بشأن الاختصاص ، سواء كانت المحكمة المحال اليها هي المحكمة التي تنظر الدعوى الكبرى ، أو محكمة أخرى تمت الاحالة اليها تأسيسا على أنها المختصة بنظر الدعوى الصغرى ، كما يثور التساؤل في الفرض الأخير عن كيفية انهاء التريديد الذي لا يزال قائما رغم الاحالة ؟ لم يتضمن النص أي حكم يعالج هذه المسائل ، وفي تقديرنا انه لا مناص من القول بالتزام المحكمة التي تنظر الدعوى الكبرى بنظر الدعوى الصغرى اذا ما احيلت اليها تأسيسا على أنها مختصة بنظرها ، وذلك منعا لتضارب الاحكام وحتى لا يقع المدعي ضحية الاحالة . أما انهاء التريديد التي ينشأ عن احالة الدعوى الصغرى الى محكمة أخرى خلاف المحكمة التي تنظر الدعوى الكبرى فلن يكون الا بالتزام المحكمتين باحترام حكم الاحالة ، ويكون التزام المحكمة التي تنظر الدعوى الكبرى بذلك متمثلا في قيامها بدورها باحالة الدعوى الى المحكمة التي احيلت اليها الدعوى الصغرى لتفصل فيها مع الدعوى الصغرى . ويتم ذلك

ولو كان فيه مخالفة لقواعد الاختصاص من حيث القيمة ، اذ طالما أن المشرع يجعل
 انتهاء الترديد متعلقا بالنظام العام ، فإنه بذلك يفضل اعتبارات الاختصاص القيمي
 التي لا تتعلق في التشريع الليبي بالنظام العام . أما احترام المحكمة المحال اليها
 لحكم الاحالة فيتمثل في أمرين التزامها بالفصل في الدعوى الصغرى ، والتزامها
 أيضا بالفصل في الدعوى الكبرى اذا ما أحييت اليها بعد ذلك . ولا شك أن
 تحقيق هذه الحلول عملا أمر لا يخلو من الصعوبة .

الفصل الثاني

— التركيز بطريق الدعوى المبتدأة —

أوضحنا فيما سبق أن الاحالة للارتباط أو للاشتغال تفترض أن تكون ثمة دعاوى مقامة فعلا أمام محاكم مختلفة ، وتستهدف الاحالة تركيز هذه الدعاوى أمام محكمة واحدة لتفصل فيها بحكم واحد .

وثمة طريقة أخرى لتركيز الاختصاص تتمثل في اجازة رفع الدعاوى المرتبطة ابتداء أمام محكمة واحدة ولو لم تكن هذه المحكمة مختصة بنظر بعض هذه الدعاوى طبقا للقواعد العامة في الاختصاص .

ولم يكن قانون المرافعات المصري السابق ينص على قاعدة تقضي بجواز رفع الدعاوى المرتبطة ابتداء أمام محكمة واحدة ، ومع ذلك كان هذا المعنى مستفاد من الحكم الخاص بالاحالة للارتباط . فلا شك انه يجوز ابتداء رفع الدعاوى المرتبطة أمام المحكمة المقامة أمامها الدعوى الأصلية بدلا من رفعها الى المحكمة المختصة ثم طلب إحالتها^(١) .

أما قانون المرافعات المصري الجديد فقد نص في المادة ٤٧ منه على جواز تقديم الطلب المرتبط مع الطلب الأصلي الى المحكمة الابتدائية مهما كانت قيمة الطلب

(١) المرافعات للمرحوم الدكتور محمد حامد فهمي ص ٣٥٢ رقم ٣٢٦

المرتبط أو نوعه . وهذا الحكم مقصور على المحكمة الابتدائية دون المحكمة الجزئية .

وإذا كان قانون المرافعات الليبي لم يورد نصا صريحا يقرر قاعدة عامة تقضي بجواز رفع الدعاوى المرتبطة ابتداء أمام محكمة واحدة ، على غرار النص العام الذي يحكم الاحالة للارتباط ، الا أنه قد أورد تطبيقين هامين لهذه القاعدة والحق بها حالة ثالثة رغم عدم تحقق فكرة الارتباط بشأنها . وذلك على التفصيل الآتي :

أولا - التركيز في حالة الارتباط للتبعية :

تقضي المادة ٦٩ من قانون المرافعات بأنه « يجوز رفع الدعوى التبعية إلى المحكمة المختصة محليا بالدعوى الأصلية للفصل فيها في الحكم نفسه وذلك اذا كانت هذه المحكمة مختصة بالدعوى التبعية من حيث القيمة ، وكذلك يجوز رفعها إلى المحكمة المذكورة ولو تجاوزت اختصاصها من حيث القيمة بشرط أن يكون لها حق النظر في القضية الأصلية من حيث الموضوع .

فاذا رفعت الدعوى التبعية بصفة مستقلة ، جاز طلب ضمها إلى الدعوى الأصلية اذا توافرت الشروط المنصوص عليها في الفقرة السابقة » .

تعالج هذه المادة صورة خاصة للارتباط هي الارتباط للتبعية ، ويمكن القول بأن هذا الارتباط يتحقق عندما نكون بصدد دعويين ، دعوى أصلية واخرى ناشئة عنها ومرتبطة عليها تسمى الدعوى التبعية ، ومثال ذلك دعوى فسخ العقد ، ودعوى التعويض المترتبة على هذا الفسخ . ودعوى تخفيض الاجرة ودعوى رد الفروق المستحقة نتيجة هذا التخفيض .

وقد أجاز المشرع اذا ما تحقق هذا النوع من الارتباط ان تقام الدعوى التبعية ابتداء أمام المحكمة المختصة بنظر الدعوى الأصلية ، كما أجاز احالة الدعوى التبعية إلى المحكمة التي تنظر الدعوى الأصلية ، وذلك اذا كانت الدعوى

التبعية قد أقيمت فعلا أمام محكمة أخرى . وفي ذلك ترديد للحكم الذي نص
المشرع عليه في المادة ٧٨ مرافعات . ويشترط لامكان احالة الدعوى التبعية
او رفعها ابتداء أمام المحكمة التي تنظر الدعوى الاصلية تحقق الشروط الاتية :

١ - ان تتحقق علاقة التبعية بين الدعويين .

٢ - أن تكون المحكمة التي تنظر الدعوى الاصلية مختصة بنظر هذه الدعوى
من جميع الأوجه أي من حيث الموضوع والقيمة والمحل .

٣ - ان تكون المحكمة التي رفعت اليها الدعوى الاصلية مختصة بنظر الدعوى
التبعية من حيث الموضوع .

واذا ما تحققت هذه الشروط جاز رفع الدعوى التبعية إلى المحكمة التي
ترفع اليها الدعوى الاصلية ولو لم تكن هذه المحكمة مختصة بنظر الدعوى
التبعية من حيث القيمة والمحل . ويبدو من ظاهر نص المادة ٦٩ انه اذا ما
تجاوزت قيمة الدعوى التبعية اختصاص المحكمة التي تنظر الدعوى الاصلية
فلا يجوز رفعها اليها الا اذا كانت هذه المحكمة مختصة بنظر الدعوى الاصلية
من حيث الموضوع . وفي تقديرنا ان هذا الشرط من قبيل تحصيل الحاصل ،
ذلك أنه لا بد وأن تكون المحكمة التي تنظر الدعوى الاصلية مختصة بنظرها من
حيث الموضوع في جميع الاحوال ، ذلك ان الاختصاص من حيث الموضوع
متعلق بالنظام العام . واذا لم تكن المحكمة مختصة بنظر الدعوى الاصلية من
حيث الموضوع امتنع عليها نظر هذه الدعوى في جميع الاحوال ، وأصبح لا
مجال بالتالي لرفع الدعوى التبعية اليها . ومنى ثبت ان المحكمة التي تنظر الدعوى
الأصلية لا بد وأن تكون مختصة بنظر هذه الدعوى من حيث الموضوع في جميع
الاحوال ، كان مؤدى ذلك امكان رفع الدعوى التبعية اليها في جميع الاحوال
أيضا ولو تجاوزت اختصاصها من حيث القيمة .

ويقتصر تطبيق هذا الاستثناء على المحاكم الجزئية فيجوز دفع الدعوى

التبعية إلى المحكمة الجزئية ولو تجاوزت قيمتها ٢٥٠ جنيه طالما ان الدعوى الأصلية تدخل في اختصاص هذه المحكمة من حيث القيمة . أما بالنسبة للمحاكم الابتدائية فان اختصاصها ليس له حد أقصى من حيث القيمة وبذلك فليست هناك دعوى تجاوز قيمتها اختصاص المحاكم الابتدائية .

وترفع الدعوى التبعية إلى المحكمة المختصة بنظر الدعوى الأصلية ولو لم تكن هذه المحكمة مختصة بنظر الدعوى التبعية محليا ، فالمرجع يغلب اعتبارات الارتباط للتبعية على الاعتبارات التي يقوم عليها توزيع الاختصاص محليا او من حيث القيمة .

ثانيا - تركيز الدعاوي المرتبطة من حيث الموضوع او السبب :

تقضي المادة ٧١ من قانون المرافعات بأنه « اذا كانت الدعوى موجهة ضد عدة أشخاص ووجب وفقا لقواعد الاختصاص المحلي رفعها أمام محاكم مختلفة ، جاز رفعها إلى المحكمة التي يقع في دائرتها محل اقامة احدهم أو موطنه اذا وجد ارتباط بين الدعاوي من حيث الموضوع او السند .

واذا رفعت الدعاوي إلى عدة محاكم جاز الأمر بضمها ونظرها أمام المحكمة التي رفعت اليها أول دعوى .

فاذا كانت الدعاوي المذكورة ذات قيم مختلفة ، رفعت كدعوى واحدة إلى المحكمة المختصة بأكبرها قيمة .

وتعرض هذه المادة لمظهر خاص من مظاهر الارتباط بين الدعاوي هو ارتباطها من حيث الموضوع أو السبب ، وتجعل هذا الارتباط مبررا لتجميع الدعاوي المرتبطة وتركيزها أمام محكمة بعينها ، سواء برفعها ابتداء أمام هذه المحكمة او بحالتها اليها اذا كانت قد رفعت فعلا أمام محاكم مختلفة . ومن الأمثلة على هذا الارتباط الدعاوي التي يرفعها مالك العقار على الملاك المجاورين

بطلب التعويض عما أصاب عقاره من ضرر نتيجة خطأ هؤلاء الملاك ، والدعاوى التي يرفعها المؤجر على مستأجري العقار بطلب متأخر الاجرة ، وبالتعويض مما أصاب العين المؤجرة من ضرر نتيجة استعمالها في غير ما خصصت له طبقاً لعقد الايجار .

ويلاحظ على هذه المادة ما يلي :

١ - ان حكمها يتضمن ترديدا لحكم المادة ٥٣ التي تحدد الاختصاص المحلي عند تعدد المدعي عليهم في الدعاوى الشخصية والمنقولة ودعاوى الاحوال الشخصية والتي تقضي بأنه « اذا تعدد المدعي عليهم كان الاختصاص للمحكمة التي يقع في دائرتها موطن أحدهم » . ذلك ان الرأي في الفقه يكاد يكون مستقرا على أن تطبيق المادة ٥٣ وان كان يستلزم ان تكون الطلبات الموجبة إلى المدعي عليهم واحدة أي أن تكون هناك وحدة في موضوع الدعوى ، الا انه ليس بشرط ان يتحد السبب ، فتطبق هذه القاعدة طالما ان الطلبات واحدة ولو كانت تستند إلى أسباب مختلفة ^(١) . وبذلك يكون الاختلاف الوحيد بين مجال تطبيق المادة ٧١ ومجال تطبيق المادة ٥٣ ان المادة ٧١ تنسج لتشمل بعض الحالات التي لا يتناولها نص المادة ٥٣ والتي تتحصل فيما يلي :

أولا - الدعاوى التي تختلف في موضوعها مع قيامها على سبب واحد فمثل هذه الدعاوى لا ينطبق عليهما نص المادة ٥٣ الذي يستلزم وحدة الموضوع ولكنها تخضع لحكم المادة ٧١ الذي يكفي لإعماله الارتباط من حيث الموضوع أو السبب .

(١) الدكتور رمزي سيف الوسيط ص ٣٣٣ وأصول المرافعات الدكتور أحمد مسلم ص ٢٦٧ والعشماوي الجزء الاول ص ٩٣ ؛ وشرح قانون الاجراءات المدنية الدكتور عبد الباسط جميعي ص ٧٥ .

ثانياً — الدعاوى العينية العقارية ذلك أن نص المادة ٥٣ لا ينطبق الا على دعاوى معينة حددها هي الدعاوى الشخصية والمنقولة ودعاوى الاحوال الشخصية ولكنه لا ينطبق على غير ذلك من الدعاوى كالدعاوى العينية العقارية ، بينما نص المادة ٧١ نص عام ينطبق في شأن كون الدعاوى بغير تخصيص .

٢ — ان هذه المادة تناولت النص على الارتباط بين الموضوع والسند ، وكلمة السند هنا ليست مقصودة ، فالارتباط من حيث السند ليس ارتباطاً قانونياً يصح أن تترتب عليه آثار معينة انما هو مجرد ارتباط مادي ، فالسند هو أداة لاثبات الالتزام وقد يجمع السند الواحد اثبات التزامين مختلفين تمام الاختلاف كالسند المثبت لدين قرض ولدين اجرة في وقت واحد ، وليس في الجمع بين هذين الالتزامين في سند واحد ما يعني قيام أي ارتباط قانوني بينهما .

وبذلك فانه لا مناص ازاء ذلك من القول بأن ما يقصده المشرع في المادة ٧١ هو الارتباط من حيث السبب أن المصدر القانوني للالتزام وليس الارتباط من حيث السند .

٣ — ان المادة ٧١ أجازت رفع الدعاوى المرتبطة من حيث الموضوع أو السبب أمام المحكمة التي يقع في دائرتها محل اقامة أحد المدعي عليهم أو موطنه ، والاخذ بفكرة محل الاقامة في تحديد الاختصاص المحلي لم يرد في قانون المرافعات الا في هذه المادة ، فقواعد الاختصاص المحلي تقوم جميعها على فكرة الموطن لا محل الاقامة ، وثمة فارق جوهري بين الفكرتين ، ولا نعتقد أن المشرع يرمي بهذه المادة الى اعتماد فكرة محل الاقامة كأساس لتحديد الاختصاص المحلي .

٤ — ان هذه المادة قد أجازت رفع الدعاوى المرتبطة ابتداء أمام المحكمة المختصة باكبرها قيمة أي أنها رخصت في مخالفة قواعد الاختصاص النوعي من حيث القيمة ، وهذه المخالفة في حقيقة الامر ان تم لصالح المحاكم الابتدائية دون المحاكم الجزئية طالما أن العبرة بأكبر الدعاوى قيمة وليس بأقلها .

أما اذا كانت الدعاوى المرتبطة قد اقيمت فعلا أمام محاكم مختلفة فان احوالها تتم الى المحكمة التي رفعت اليها أول دعوى ، بغض النظر عما اذا كانت هذه المحكمة هي المختصة بأكثر الدعاوى قيمة أم أنها ليست كذلك ، وعلى هذا النحو اذا كانت المحكمة التي رفعت اليها أول دعوى محكمة جزئية جازت الاحالة اليها ولو كانت الدعاوى المحالة منظورة أمام محاكم ابتدائية وداخلية في اختصاصها ويساند هذا التفسير أن المشرع الليبي يغلب اعتبارات الارتباط في كثير من الأحيان على الاعتبارات التي يقوم عليها توزيع الاختصاص القيمي .

٣ - تركيز الدعاوى الشخصية :

ثمة صورة خاصة عاجلها المشرع الليبي في المادة ٧٢ مرافعات وهي حالة ما اذا كانت الدعاوى المختلفة مقامة بين مدع واحد ضد مدعى عليه واحد ، ومظهر الارتباط الوحيد بالنسبة لهذه الدعاوى يتحصل في وحدة الخصوم مع اختلافها موضوعا أو سببها .

لذلك فقد قصر المشرع حكمها على الدعاوى الشخصية ، كما نص على وسيلة وحيدة لتركيز الاختصاص بنظر هذه الدعاوى هي اجازة رفعها من بادىء الامر واحدة . ولم ينص على جواز الحكم باحالة هذه الدعاوى الى محكمة واحدة اذا ما رفعت أمام محاكم متعددة ، اذ يقضي نص المادة ٧٢ بأنه «... للمدعى الحق في أن يرفع دعاوى شخصية متعددة ضد المدعى عليه ذاته الى المحكمة المختصة بأكثرها قيمة ولو لم يكن بينها ارتباط ، على أن تراعى في ذلك أحكام الاختصاص من حيث الموضوع والمحل . كما يجوز للمحكمة أن تأمر بفصل الدعاوى اذا قربت على ضمها تعطيل الدعوى أو صعوبة السير فيها » .

يتضمن هذا النص استثناء على قواعد الاختصاص النوعي من حيث القيمة ، اذ أنه يجيز رفع الدعاوى الشخصية المتعددة ضد المدعى عليه الى المحكمة

المختصة بأكبرها قيمة ، كما لو كان المدعي يدين المدعى عليه بمبلغ ٥٠٠ دينار ثمن بضاعة اشتراها المدعي عليه منه ، وبمبلغ ١٠٠ دينار أخرى أقرضها المدعي للمدعي عليه ، فهنا رغم عدم وجود أي ارتباط بين الدينين من حيث الموضوع أو السبب ، فقد أجاز القانون رفع الدعويين أمام المحكمة الابتدائية وهي المختصة بأكبرها قيمة . مع أن المحكمة الابتدائية ليست مختصة أصلا بالمطالبة بمبلغ القرض ، وإنما يدخل هذا الطلب في اختصاص المحكمة الجزئية .

ويتضح من ذلك أن هذا التركيز يتم لصالح المحاكم الابتدائية دون المحاكم الجزئية . وعلى أي حال فإنه يشترط لأعمال حكم هذه المادة شرطان :

أولا - ألا يترتب على ذلك مخالفة لقواعد الاختصاص من حيث الموضوع أو المحل ، فلا يجوز تجميع الدعاوى التي ترفع من المدعي على المدعي عليه أمام محكمة غير مختصة بنظر بعض هذه الدعاوى كلها من حيث موضوعها أو من حيث المحل ^(١) .

ثانيا - ألا يترتب على ذلك الجمع تعطيل الفصل في هذه الدعاوى أو صعوبة السير فيها والا كان للمحكمة التي رفعت إليها هذه الدعاوى أن تأمر بفصلها .

(١) يلاحظ أن المشرع يفرق في هذه المادة بين الاختصاص القيمي والاختصاص المحلي ، فبينما يجيز مخالفة قواعد الاختصاص القيمي برفع الدعاوى المختلفة أمام المحكمة المختصة بأكبرها قيمة ولو لم تكن مختصة قيميا بنظر سائر الدعاوى فإنه يشترط ألا يترتب على ذلك مخالفة قواعد الاختصاص المحلي .

الفصل الثالث

– تركيز الاختصاص بالطلبات العارضة –

تشمل الطلبات العارضة تلك التي تبدى أثناء نظر الدعوى الاصلية . والطلب العارض قد يكون مقدما من المدعي ويسمى « طلبا اضافيا » وقد يقدم من المدعي عليه ويسمى « دعوى المدعي عليه » .

والطلب العارض المقدم من المدعي قد يتضمن تعديلا أو تصحيحا أو اضافة لموضوع الدعوى الاصيلي أو للسبب الذي تستند اليه الدعوى مع بقاء الموضوع على ما هو عليه .

ومثال الطلب العارض الذي يتضمن تعديل أو تصحيح موضوع الطلب الاصيلي طلب تعديل مبلغ الدين المطالب به الى ما هو أزيد أو أقل من الوارد في عريضة الدعوى ، وتعديل الدعوى من المطالبة بتسليم العين الى المطالبة بقيمتها .

ومثال الطلب العارض الذي يتضمن تعديل أو تصحيح السبب أن يكون المدعي قد طلب الحكم بالملكية استنادا الى العقد ، ثم يعود فيستند الى كسب الملكية بالتقادم .

ومثال الطلب العارض يتضمن اضافة جديدة للطلب الاصيلي طلب الفوائد الذي يقدم بعد المطالبة بالدين الاصيل وبالاضافة اليه . وكذلك المطالبة بالتعويض

عن الضرر الناشئ ، عن عدم تنفيذ العقد الذي يقدم أثناء نظر دعوى فسخ العقد .

أما الطلب العارض من المدعي عليه فيتحقق حيثما لا يكتفي المدعي عليه بإبداء دفع يرد به على طلبات المدعي . وإنما يواجه المدعي عليه بطلبات أو بدعاوى من جانبه يكون الغرض منها في الغالب الا يحكم للمدعي بطلباته . ومثال ذلك أن يطلب المدعي الحكم بالزام المدعي عليه بدفع مبلغ معين من النقود ناشئ عن أي مصدر من مصادر الالتزام ، فلا يكتفي المدعي عليه بالدفع بانقضاء هذا الدين وإنما يدعي بدوره استحقاقه لمبلغ من النقود قبل المدعي . ومثال ذلك أن يطلب المدعي الزام المدعي عليه بتنفيذ عقد معين فيطلب المدعي عليه الحكم بفسخ العقد .

وتعتبر دعوى الزمان الفرعية من أهم صور الطلبات العارضة التي يبدئها المدعي عليه ، وتحقق فكرة الضمان في قانون المرافعات في جميع الحالات التي يستطيع فيها الشخص الرجوع على شخص آخر اذا ما طالبه الغير بحق معين أو نازعه في هذا الحق ، ومثال ذلك حق المشتري في الرجوع على البائع اذا ما نازعه الغير ملكية العين المباعة . وحق المستأجر في الرجوع على المؤجر لنفس السبب السابق . وحق الكفيل في الرجوع على المدين الأصلي اذا ما طوّل الكفيل بتنفيذ الالتزام . ولصاحب الضمان أن يرجع على الضامن اما بدعوى ضمان أصلية يرفعها بعد صدور الحكم ضده في الدعوى المقامة من الغير ، ولصاحب الضمان ألا ينتظر صدور الحكم في الدعوى الاصلية المقامة من الغير ، وإنما يسارع بادخال الضامن في هذه الدعوى عن طريق ما يسمى بدعوى الضمان الفرعية ، ويعتبر ذلك بمثابة طلب عارض من المدعي عليه . وتحقق هذه الوسيلة فوائد متعددة للمدعي عليه ، اذ من شأنها تيسير الاجراءات واقتصاد الجهد والوقت فبدلاً من أن ينتظر المدعي عليه صدور الحكم عليه ثم يرجع على الضامن بعد ذلك ، فإنه بادخال الضامن أثناء نظر الدعوى الاصلية يتمكن من الحصول على حكم ضد الضامن مع الحكم الصادر ضده هو — بل انه بادخال الضامن يستطيع

المدعى عليه في بعض الاحيان أن يطلب اخراجه من الدعوى ، وبذلك يحكم على الضامن وحده كما هو الشأن في ادخال البائع في الدعوى التي يرفعها الغير على المشتري مدعيا ملكية العين . ومن ناحية أخرى فان ادخال الضامن يمكن المدعى عليه من الاستفادة من أوجه الدفاع ووسائل الاثبات التي يملكها الضامن .

وقد عني قانون المرافعات بوضع الاحكام التي تكفل تركيز الاختصاص بكل ما يتفرع عن الدعوى الاصلية من طلبات عارضة أمام محكمة واحدة هي التي تنظر الدعوى الاصلية وذلك سواء كانت الطلبات العارضة مقدمة من المدعى أو من المدعى عليه ويتم هذا التركيز ولو لم تكن المحكمة التي تنظر الدعوى الاصلية مختصة بنظر الطلبات العارضة قيميا أو محليا وذلك على التفصيل الآتي :

اولا - تركيز الاختصاص بالطلبات العارضة دون نظر لقواعد الاختصاص القيمي :

يقضي نص المادة ٥١ من قانون المرافعات باختصاص المحكمة الابتدائية بالطلبات الوقتية وطلب الضمان وسائر الطلبات العارضة مهما تكن قيمتها . ومؤدى هذا النص أن المحكمة الابتدائية تملك النظر في الطلبات العارضة وطلبات الضمان ولو كانت قيمتها تقل عن ٢٥٠ دينار .

والامر على خلاف ذلك بالنسبة للمحاكم الجزئية اذ يقضي نص المادة ٤٨ مرافعات بأنه « لا تختص المحكمة الجزئية بالحكم في طلب الضمان ولا في سائر الطلبات العارضة على الدعوى الاصلية اذا كانت قيمة هذه الطلبات متجاوزة نصاب اختصاصها .

واذا عرض طلب من هذا القبيل جاز لها أن تحكم في الدعوى الاصلية وحدها اذا لم يترتب على ذلك ضرر يسير العدالة ، والا وجب عليها أن تحكم من تلقاء نفسها باحالة الدعوى الاصلية والطلبات العارضة بحالتها الى المحكمة الابتدائية المختصة ، وحكم الاحالة يكون غير قابل للاستئناف .

وواضح من نص المادة ٤٨ سالفه الذكر انه اذا ما أبدى طلب عارض أمام المحكمة الجزئية وتبين لها أن قيمة هذا الطلب تجاوز ٢٥٠ جنيه ، فانها لا تملك العارض وعليها أن تحيله الى المحكمة الابتدائية . أما بالنسبة للطلب الاصيل فلها أن تأخذ بأحد حلين : أن تحكم في الدعوى الاصلية وحدها اذا ما قدرت لكن ذلك لن يترتب عليه ضرر بسير العدالة، أو أن تحكم من تلقاء نفسها باحالة الدعوى الاصلية والطلبات العارضة بحالتها الى المحكمة الابتدائية المختصة ، اذا ما رأت أن فصل الطلب الاصيل من شأنه أن يخل بسير العدالة .

فالمحكمة الجزئية ملتزمة في جميع الاحوال باحالة الطلب العارض الذي يجاوز نصاب اختصاصها الى المحكمة الابتدائية المختصة ، أما الطلب الاصيل فلها أن تحيله الى المحكمة الابتدائية تبعا لاحالة الطلب العارض ، أو أن تقضي في—ه بنفسها اذا ما قدرت ان ذلك لن يخل بسير العدالة .

وواضح من ذلك أن المشرع يلحق الطلب الاصيل بالطلب العارض بدلا من أن يقضي بالحاق الطلب العارض بالطلب الاصيل .

ويترتب على الحاق الطلب الاصيل بالطلب العارض أن المحكمة الابتدائية قد تنظر في الطلب الاصيل الذي تقل قيمته عن ٢٥٠ جنيه والذي كان منظورا أمام المحكمة الجزئية وقررت المحكمة ألا تفصله عن الطلب العارض الذي قدم اليها وتجاوزت قيمته النصاب المقرر لها . وفي هذا الفرض يفضل المشرع اعتبارات الارتباط على الاعتبارات التي يقوم عليها توزيع الاختصاص القيمي ، الا أن هذا التفضيل يتم لصالح المحاكم الابتدائية فهي التي يسلم لها في النهاية الفصل في الطلب العارض وفي الطلب الاصيل المحال اليها لارتباطه بالطلب العارض .

ومع صراحة ما قضت به المادة ٤٨ من أن المحكمة الجزئية لا تختص بالنظر في طلبات الضمان ولا في سائر الطلبات العارضة اذا كانت تجاوز نصاب اختصاصها ، مع ذلك فقد جاء نص المادة ٧٠ بحكم مخالف بالنسبة لدعوى

الضمان اذا قضى بأنه « يجوز رفع دعوى الضمان الى القاضي المختص بالدعوى الاصلية للفصل فيها في الحكم نفسه ولو تجاوزت اختصاصه من حيث القيمة » فسؤدى هذا النص انه يجوز رفع دعوى الضمان الى المحكمة الجزئية ولو تجاوزت اختصاصها من حيث القيمة .

وفي تقديرنا أن ازالة هذا التناقض لا تكون الا بالقول بأن حكم المادة ٧٠ قد نسخ الحكم الوارد في المادة ٤٨ بالنسبة لطلبات الضمان ^(١) . وبذلك يسري حكم المادة ٤٨ على جميع الطلبات العارضة عدا طلبات الضمان . ويحسن بالمشروع أن يتدخل لازالة هذا التناقض .

وتتطبق القواعد التي ذكرناها فيما سلف على الطلبات العارضة التي تقدم من المدعي دون تلك التي تقدم من المدعي عليه والتي أفرد لها المشروع حكما مخالفا تضمنته المادة ٧٤ من قانون المرافعات التي تقضي بأنه « للمحكمة المختصة بالطلب الاصيل الفصل في الطلبات المقابلة المقدمة من المدعي عليه اذا كان أساسها السند الذي قدمه المدعي أو كانت تستند الى سند آخر قام عليه موضوع النزاع بشرط الا تجاوز تلك الطلبات اختصاصها النوعي من حيث الموضوع أو القيمة » .

فهذا النص يعطى للمحكمة التي تفصل في موضوع النزاع سلطة الفصل في الطلبات العارضة المقدمة من المدعي عليه بشرطين هما :

١ - أن يكون أساسها السند الذي قدمه المدعي في الدعوى أو سند آخر يقوم عليه موضوع النزاع ، ومثل هذا الشرط يحد كثيرا من حق المدعي عليه هي ابداء

(١) لا محل للقول بأن حكم المادة ٧٠ يمكن قصره على المحاكم الابتدائية دون المحاكم الجزئية التي تخضع للحكم الصريح الوارد في المادة ٤٨ ، لا محل لذلك لأنه ليس هناك موضوع يتجاوز اختصاص المحكمة الابتدائية من حيث القيمة ، أي أنه لا مجال لتطبيق نص المادة ٧٠ بالنسبة للمحاكم الابتدائية ، وأن المحاكم الجزئية هي وحدها التي يمكن ان يتجاوز طلب الضمان اختصاصها القيمي .

الطلبات العارضة ، بعكس ما هو مقرر في التشريع المصري الذي يجيز للمدعي عليه أن يبدي أي طلب عارض يترتب عليه ألا يحكم للمدعي بطلباته أو يحكم بها كليا أو بعضها مقيدة لمصلحة المدعي عليه ، وذلك ايا ما كان السند الذي تقوم عليه .

٢ - أن يكون الطلب العارض المقدم من المدعي عليه داخلا في اختصاص المحكمة من حيث الموضوع والقيمة . وهذا الحكم ايضا يزيد من تضيق نطاق الطلبات العارضة من المدعي عليه ، ومن ناحية أخرى فانه يتعارض مع نص المادة ٧٠ التي تجيز للمحكمة الجزئية أن تفصل في طلبات الضمان أيا ما كانت قيمتها . وطلبات الضمان هي نوع من الطلبات العارضة من المدعي عليه . ونظرا لأن الحكم العام لا يلغي الحكم الخاص ولا يقيدده لذلك فان نص المادة ٧٤ وهو نص عام ينطبق على الطلبات العارضة من المدعي عليه عموما لا يعتبر ملغيا أو مقيدا لنص المادة ٧٠ وتظل المحكمة الجزئية مختصة بنظر طلبات الضمان الفرعية ولو جاوزت نصاب اختصاصها .

ثانياً - تركيز الاختصاص بالطلبات العارضة دون نظر لقواعد الاختصاص المحلي :

ورد في الفصل الخاص بالاختصاص المحلي نص المادة ٦٤ الذي يقضي بأن « تختص المحكمة التي تنظر الدعوى الاصلية بالحكم في الطلبات العارضة . على انه يجوز للمدعي عليه في طلب الضمان أن يتمسك بعدم اختصاص المحكمة اذا ثبت أن الدعوى الاصلية لم ترفع الا بقصد جلبه أمام محكمة غير محكمته ، ومؤدى هذا النص أن المحكمة المختصة محليا بنظر الدعوى الاصلية تختص محليا بالطلبات العارضة ايا ما كانت طبيعتها وسواء قدمت من المدعي أم من المدعي عليه .

وينطبق هذا الحكم ولو كان الطلب العارض لا يدخل أصلا في اختصاص المحكمة محليا لو أنه قدم اليها بصفة مستقلة . وذلك تقديرا من المشرع أن تركيز الفصل في الطلبات العارضة أمام المحكمة التي تنظر الموضوع الاساسي يعلو اعتبارات الاختصاص المحلي .

على أن المشرع قد احتاط حتى لا يساء استخدام هذه القاعدة ونص على أنه يجوز للمدعي عليه في طلب الضمان أن يتمسك بعدم اختصاص المحكمة إذا أثبت أن الدعوى الأصلية لم ترفع الا بقصد جلبه أمام محكمة غير محكمته . ومثال ذلك أن يكون زيد من الناس دائئا لعمر ووبدلا من أن يرفع زيد الدعوى أمام المحكمة التي يقع في دائرتها موطن عمرو بصطنع زيد حوالة للدين لبكر . فيقيم بكر الدعوى ضد زيد أمام المحكمة التي يقع في دائرتها موطن الاخير مدعيا أن عمرو أنكر وجود الدين ويقوم زيد بادخال عمرو كضامن في الدعوى . وهنا يجوز لعمر و أن يتمسك بعدم اختصاص المحكمة وأن الدعوى التي اقيمت ضد زيد لم يقصد بها الا جلبه أمام محكمة غير محكمته .

ويمكننا أن نقرر في ضوء ما سبق أن تركيز الاختصاص بالطلبات العارضة أمام المحكمة التي تنظر الدعوى الأصلية يتم في ضوء القواعد الآتية :

- ١ — عدم التقيد كلية بقواعد الاختصاص المحلي .
- ٢ — عدم التقيد بقواعد الاختصاص القيمي بشرطين :
 أ — أن يتعلق الامر بطلب عارض من المدعي .
 ب — أن يكون الطلب مقدما للمحكمة الابتدائية .

أما اذا كان الطلب العارض مقدما من المدعي عايه فانه يتقيد بقواعد الاختصاص القيمي ، كما تتقيد الطلبات العارضة التي تقوم الى المحكمة الجزئية بنصاب اختصاص هذه المحكمة .

- ٣ — لا تتقيد طلبات الضمان الفرعية بقواعد الاختصاص القيمي سواء قدمت للمحكمة الجزئية أو الابتدائية .

مَاهِرٌ أُولِيَّةٌ

في دراسة بعض جوانب الإقليم

الدكتور عبد الرضا الطعان

استاذ مساعد في كلية الحقوق بالجامعة الليبية

مقدمة :

يشكل الاقليم موضوعا لعلوم انسانية متعددة ، فهو قد يكون عاملا من العوامل المؤثرة في الظواهر السياسية ^(١) بقدر ما يساهم في تكوين السلطة ^(٢) ليكون بالتالي موضوعا من موضوعات علم السياسة . وقد يكون عاملا من العوامل التي تحكم العلاقات بين الدول ^(٣) بقدر ما يساهم في دفع الدولة الى ما وراء حدودها ^(٤) ليكون بالتالي موضوعا من موضوعات علم العلاقات الدولية . وقد يكون عاملا من العوامل التي تتحكم بالاستراتيجية العسكرية بقدر ما يشكل مسرحا للمعارك الحربية ^(٥)

(١) أنظر بهذا الخصوص Jacques Moreau, Georges Dupuis, Jacques Geor-
gel : Sociologie Politique. Eds. Cujas. Paris 1966. p. 312-319.

(٢) أنظر محاضراتنا في « القانون الدستوري والنظم السياسية » التي لقيت على طلبة السنة الأولى في
كلية الحقوق . بنغازي . للعام الدراسي ١٩٧٠ - ١٩٧١ (بالرونيو) ص : ١٣١ - ١٥١

(٣) P. Renouvin et J.B. Durosell. Introduction à l'histoire des Relations
Internationales Eds. A. Colin, Paris, 1961, p. 85.

(٤) للتفصيل في هذه النقطة أنظر كتابنا : علم السياسة : المحاولات السلبية لتحديد موضوعه .
دار الطبع والنشر الأهلية . بغداد ١٩٧٠ ص : ٥٨ - ٥٩

(٥) R. Aron : Paix et Guerre entre les Nations Calman-Levy, Paris 1962, P. 212.

ليكون بالتالي موضوعا من موضوعات عالم الحرب . وقد يكون الاقليم بما يمثله من موقع جغرافي معين عاملا مؤثرا في قوة الدولة ، ليكون بالتالي موضوعا من موضوعات عالم الجيوبوليتك^(١) . وفي دراستنا هذه سنتناول الاقليم باعتباره عنصرا من عناصر الدولة ، يجد نفسه الى جانب المجموعة الانسانية والسلطة والسياسية الحاكمة ، ليكون بالتالي موضوعا من موضوعات القانون الدستوري .

ويمكن القول ، دونما صعوبة ، بأن الدولة تمثل ، قبل كل شيء مجموعة اجتماعية ، ومثل هذا القول يكشف ، في الواقع ، عن جانب من جوانب الدولة ، بقدر ما يكشف عن حقيقتها الانسانية ، وبقدر ما يشير على سبيل التخصيص الى انها « تتكون من مجموعة من الناس تسودهم علاقات اجتماعية تقوم على أساس من مبررات اجتماعية وتحكمها قوى اجتماعية معينة » .^(٢) غير أن هذا التأكيد على الرغم من أهميته غير كاف للتعرف على حقيقة الدولة ذلك لانه من الممكن أن نرى ، بكل بساطة ، أن كل المجموعات الاجتماعية (العائلة ، القبيلة ، الحزب ، النادي) هي الأخرى تتكون من مجموعة من الناس تسودهم علاقات اجتماعية . فلا يوجد من هذه الناحية ، ما يميز الدولة عن باقي المجموعات الاجتماعية الأخرى^(٣) .

فاذا كان العنصر الانساني ، يجد ذاته ، غير كاف للكشف عن حقيقة الدولة ، فينبغي البحث عن عناصر أخرى تبين بموجبها ، لتيسر لنا ، بعد ذلك ، امكانية التمييز بينها وبين المجموعات الاجتماعية السابقة الذكر ، وعليه سوف يكون بالامكان القول ، لأول وهلة ، ونحن نغنى بدراسة الاقليم ، بأن الدولة هي مجموعة اجتماعية ذات طبيعة اقليمية .

(١) أنظر بهذا الخصوص : جمال عسكر : « الجيوبوليتيكا في الميزان » مجلة العلوم السياسية (المصرية) عدد مارس سنة ١٩٥٧ . ص : ٥٣ وما بعدها .

(٢) R. M. MacIver : The Modern State. Oxford University press, London 1964, p. 5.

(٣) هذا ما ذهب اليه عالم الاجتماع الأمريكي سوروكين Sorokin كما سنرى ذلك فيما بعد .

والملاحظ ، في الفقه الدستوري عامة ، والفقه الدستوري العربي خاصة ، ان الاقليم لم يحظ بالاهتمام اللازم من لدن الفقهاء ، على الرغم من هذه الاهمية التي يتمتع بها بالنسبة للدولة . فالعميد (موريس هوريو Maurice Hauriou أغفل الإشارة اغفالا مطلقا الى الاقليم عند تعرضه ، في كتابه «موجز القانون الدستوري» بالبحث ، للدولة ^(١) ، وهذا ما كان قد فعله الاستاذ موريس ديفرجه Maurice Duverger في كتابه «النظم السياسية والقانون الدستوري» ^(٢) وقد اكتفى الاستاذ (هود فيليبس Hood Phillips في كتابه «القانون الدستوري والاداري» يذكره كعنصر من عناصر الدولة ، دون أن يتناوله بالبحث ^(٣) . أما العميد (كاره دي مالبرج Carré de Malberg) فقد اكتفى في كتابه الموسع «مساهمة في النظرية العامة للدولة» بتخصيص ثلاثة صفحات للموضوع ^(٤) أما الاستاذ (بنتو R. Pinto) فقد كرس في كتابه «مبادئ القانون الدستوري» للموضوع صفحتين فقط ^(٥) وقد خص الاستاذ (برلو M. Prelot في كتابه «النظم السياسية والقانون الدستوري» الموضوع بصفحة واحدة فقط ^(٦) . أما الدكتور (عثمان خليل عثمان ، فقد اكتفى في كتابه «القانون الدستوري» بتخصيص بضعة سطور للموضوع ^(٧) ،

(١) أنظر Maurice Hauriou : *Precis de Droit Constitutionnel* Recueil Sirey, Paris 929 réimpression 1965. p. 78-132.

(٢) Maurice Duverger : *Institutions Politiques et Droit Constitutionnel* : P.U.F. Paris 1965, P. 54-74.

(٣) Hood Phillips : *Constitutional and Administrative Law*. Sweet & Maxwell London 1967, p. 5.

(٤) Carré de Malberg : *Contribution à la Théorie Générale de l'Etat* T.I. Recueil Sirey, Paris 1920. p. 3-5.

(٥) R. Pinto : *Elements de droit Constitutionnel* Ed. Morel et Corduant Lille, 1952, p. 100-102.

(٦) M. Prelot : *Institutions Politiques et Droit Institutionnel*. Dalloz, Paris, 1963, p. 9-10.

(٧) الدكتور عثمان خليل عثمان : *القانون الدستوري* ، دار الفكر العربي القاهرة ١٩٥٥ ص :

وهذا ما كان قد فعله الدكتور (عبد الحميد متولي) في كتابه « الوسيط في القانون الدستوري »^(١) والدكتور (منذر الشاوي) في كتابه « القانون الدستوري والمؤسسات الدستورية العراقية »^(٢).

ان عدم اهتمام الفقهاء بدراسة الاقليم لا يجد ، في الواقع ، ما يبرره ، خصوصاً اذا ما علمنا بأن كل الفقهاء الدستوريين تقريباً يتفقون على اعتبار الاقليم عنصراً من عناصر الدولة يجد نفسه الى جانب العناصر الاخرى التي تتكون منها . ان هؤلاء الفقهاء يولون العناصر الاخرى عنايتهم البالغة ، ولا يوجد ما يستدعي اهمال هذا العنصر بأي شكل من الاشكال ، ان هذا الاهمال بهذا الشكل يقوم كبرر للانعكاف من قبلنا ، على المساهمة في دراسته .

يضاف الى هذا أن النزر اليسير من عناية هؤلاء الفقهاء الدستوريين الذي كرس لدراسة الاقليم يتميز بأنه أسير المفاهيم القانونية الضيقة . وكأنهم تناسوا أن الاقليم ، يمثل ، قبل كل شيء ، واقعة اجتماعية ، وأن دراسته ينبغي أن تتم من منطلق اجتماعي كلي . ان هذا النقص يقوم كمبرر ، لاعادة النظر في دراسة الاقليم لغرض تلافيه بقدر المستطاع .

وكان من الممكن أن نبدأ هذه المساهمة بوضع تعريف محدد للاقليم ، ولكننا آثرنا ارجاء ذلك الى نهاية البحث ، ولعل ذلك يرجع الى سببين :

١- ان عدم اسهام الفقهاء مساهمة جديدة في معالجة الاقليم كان قد قاد الى تباين التعريفات تبايناً فادحاً^(٣) مما يجعل البت بتبني تعريف محدد غاية في

(١) الدكتور عبد الحميد متولي : الوسيط في القانون الدستوري . دار الطالب لنشر الثقافة الجامعية . اسكندرية ١٩٥٦ ص ١٩ - ٢٠ .

(٢) الدكتور منذر الشاوي : القانون الدستوري والمؤسسات الدستورية العراقية . مطبعة شفيق . بغداد ١٩٦٦ ص ٣٦ - ٣٧ .

(٣) أخذ الأستاذ (لويس كافاره Louis Cavaré) بتعريف واسع للأقليم فعرفه باعتباره « المستند المادي لبعض الأصناف القانونية » أنظر =

الصعوبة ، كما يبعث الى التريث في وضع أي تعريف . ومثل هذا السلوك كان قد اتخذه الاستاذ (لويس ديلبز Louis Dalbez في كتابه «المبادئ العامة في القانون الدولي العام»^(١) والاستاذ (جال دابان Jean Dabin) في كتابه «الدولة أو السياسي»^(٢).

٢ — ان التعريف ، بذاته ، يفيد ، من الناحية المنهجية ، معنى التركيب الاستنتاجي Synthèse ، ومثل هذا التركيب الاستنتاجي لا يمكن الوصول اليه ، قبل التعرف على الجوانب المختلفة للموضوع المراد تعريفه وهكذا يمكن القول مع الاستاذ (جان دابان) أن التعريف ، أي تعريف ، يأتي في نهاية البحث^(٣) . وهذا ما ينبغي التمسك به بصدد تعريف الاقليم .

بقي أن نشير الى أن الاقليم ، على الرغم من عدم اهتمام الفقهاء بدراسته ، يكون موضوعا متعدد الجوانب . ولعل ذلك يكون ، من ناحية ، سببا من أسباب صعوبة الالمام بكل جوانبه ، كما يكون ، من ناحية أخرى ، الفرصة المناسبة للقيام بالاختيار . وعليه فاننا في مساهمتنا هذه سنتناول بالبحث بعض جوانب الاقليم وهي الجوانب التالية :

١ — الاطار التاريخي لارتباط المجموعة الانسانية بالاقليم .

٢ — طبيعة الاقليم .

Louis Cavaré : Le droit International public positif 1e ed. pedon, = Paris 1961, T:I. p. 294.

بينما أخذ الفقيه الايطالي (دل فكيو de Vecchio) بتعريف ضيق فعرقه باعتباره « قطعة من الأرض قابلة للسكن ذات علاقة مستمرة بسكان » del Vecchio : Philosophie de Droit Dalloz 1955, Paris 1955, p. 306. ولا شك ان محتوى التعريفين ان لم يكن متبايناً فهو ، على الأقل متباعد ، بقدر ما يتباعد العام عن الخاص .

(١) أنظر Louis Dalboz : Les principes généraux du Droit International public. L.G.D.J., Paris 1964.

Jean Dabin : l'Etat ou le politique Dalloz, Paris 1957. (٢)

Dabin : Ibid, p. 11. (٣)

٣ - وظائف الاقليم .

٤ - العلاقة بين الدولة والاقليم .

٥ - حق الدولة على الاقليم .

أولا - الاطار التاريخي لارتباط المجموعة الانسانية بالاقليم :

ان تحديد الاطار التاريخي لارتباط المجموعة الانسانية بالاقليم لا يبدو غريبا بالنسبة للدراسة الدستورية ، وذلك لأننا اذا ما سلمنا بأن الدولة تمثل مجموعة اجتماعية ذات طبيعة اقليمية ، فان تحديد الاطار التاريخي لارتباط المجموعة الانسانية ، التي هي عنصر من عناصر الدولة ، بالاقليم ، الذي هو الاخر عنصر من عناصرها ، سيساهم مساهمة كبيرة في تحديد الاطار التاريخي للدولة نفسها .

ويرى الاستاذ (اندره هوريو André Hauriou) ان الدولة كمجموعة اجتماعية ذات طبيعة اقليمية كانت قد ظهرت بظهور مرحلة تاريخية معينة من تاريخ البشرية وهي مرحلة الاستقرار ، وعليه فالاستاذ (اندره هوريو) يميز بهذا الصدد ، بين مرحلتين : مرحلة الترحال ومرحلة الاستقرار .

ففي المرحلة الاولى كان الانسان يضمن متطلبات وجوده اليومية عن طريق جمع الاثمار والاصطياد ، ولم يكن ، خلال هذه المرحلة منصرفا ، بأي شكل من الاشكال الى عمل انتاجي منظم .

أما مرحلة الاستقرار فقد بدأت بعد أن عرف الانسان الزراعة على ضفاف الأنهار . ان زراعة الارض وضرورة ريها والعناية بها وحصد حاصلها .. الخ كل هذا كان قد قاد بالانسان نحو الاستقرار . ويقول الاستاذ (اندره هوريو) ان ثبات السكان المرحل واستقراره كانت له نتائج عظيمة بالنسبة للتطور الحضاري . ان الاستقرار على قطعة أرض معينة كان قد أدى الى وجود العمل الانتاجي المنظم الدائم ،

وهذا بدوره كان سببا للتقدم المادي كما كان سببا لتعايش الافراد فيما بينهم في اطار قطعة الارض المعينة هذه .. ان كل هذا كان قد ساعد على ميلاد الاشكال السياسية المتقنة القوية كالقبيلة والعشيرة والمدينة وبالتالي الدولة ^(١) .

وقد ذهب الاستاذ (كوليارد Colliard) نفس المذهب عندما أكد بأن «الاقليم كعنصر مهم في حياة المجموعة الاجتماعية لم يظهر الا مع ظهور الاستقرار» ^(٢) ولا بد أن نشير الى أن أفكار الاستاذ (اندره هوريو) وأفكار الاستاذ (كوليارد) ما هي في الواقع الا ترديد لأفكار العميد (موريس هوريو) . فهو كان قد سبق هذين الفقيهين في الاشارة الى ما سماه «بالتنوع الانساني الثنائي» فهناك ، حسب رأيه ، الانسانية المرحلة والانسانية المستقرة ومع الانسانية المستقرة فقط بدأت الحضارة وبدأ التاريخ بالاضافة الى أغلب المؤسسات المألوفة كنظام الدولة مثلاً...» ^(٣)

ثم يضيف قائلاً : «ان الانسانية المرحلة لا تسمح الا بوجود بعض علاقات الانسان بالانسان كما هي الحال بالنسبة لعلاقات القرابة التي تبقى غامضة فيما يتعلق بأصلها . ان عنصر الاستقرار يشير الى ظهور شيء جديد هو ضرورة العمل المنظم اللازم للعيش» ^(٤) ، ثم بين العميد (موريس هوريو) كيف أن العمل اقترن بزراعة الارض ليقول بالتالي : « ان حياة الاستقرار بهذا الشكل ، كانت لأسباب تتعلق بالامن ، قد جلبت معها انشاء المدن والحياة الحضرية ، وبذلك كانت قد نشأت الحضارة» ^(٥) . ويميل العميد (موريس هوريو) الى القول بأنه «ليس عن طريق المثل الاعلى للعدالة يتم التمايز بين المجتمع المستقر والمجتمع المرحل وانما فقط عن طريق

(١) أنظر André Hauriou : Cours de droit Constitutionnel et Institutions Politiques les cours de droit 1960-1961, Paris (Ronéo), p. 103-104.

C-A. Colliard : Institutions Internationales Dalloz, 1958, p. 69. (٢)

M. Hauriou : op. cit., p. 41. (٣) انظر

Ibid, p. 41-42. (٤)

Ibid : p. 42. (٥)

النظام الاجتماعي الذي تحكمه ضرورة الانتاج . ان المثل الاعلى للعدالة متشابه بالنسبة لكل الحالات الاجتماعية ، ولكن من الناحية الأخرى يلاحظ بأنه ليس بالامكان مقارنة نظام اجتماعي يحكمه الانتاج الاقتصادي مع نظام اجتماعي آخر لا يتضمن لا أنتاج ولا عمل . ان هذين النظامين الاجتماعيين القائمين على قاعدتين متباينتين لا يمكن أن يتمتعان الا بنظم سياسية واقتصادية متباينة ولا يمكن أن تحكمها الا مبادئ مختلفة^(١) . ثم يخلص العميد (موريس هوريو) الى القول بأن « الأمة » كانت قد تكونت في عصر الاستقرار كنتيجة طبيعية لزيادة نفوس القبائل والعشائر المقيمة جنبا الى جنب على نفس الاقليم^(٢) ، وبأكثرووضح يشير العميد (موريس هوريو) الى أن الانسانية التي دخلت عصر الاستقرار كانت قد جلبت معها الثبات على أرض معينة أو على اقليم معين وبهذا الشكل ظهرت الدولة « كتكوين اقليمي »^(٣) .

ان المعيار الذي يقدمه الاساتذة السابقو الذكر لظهور المجموعات الاجتماعية الاقليمية يبدو ، لأول وهلة ، بسيطا ، وكان بالامكان التسليم به لو كان التمييز بين الترحال والاستقرار واضحا ولو كان الارتباط بأرض معينة يقترن بوجود الاستقرار فقط . ولكن نحن لا نرى ، مع الاسف ، وضوح التمييز كما لا نرى بأن ظهور الحضارة المستقرة يمثل المعيار الذي يشير الى بداية ارتباط المجموعات الاجتماعية بالاقليم لتظهر بالتالي كمجموعات اجتماعية اقليمية . فقد لاحظ (ايفانز بريتشارد Evans-Pritchard) بأنه لا يوجد معيار حقيقي يفصل بين الاستقرار والترحال^(٤) .

ويرى الدكتور (أحمد ابو زيد) أن التحرك والاستقرار مسألة نسبية وان

Ibid : p. 43.

(١)

Ibid : p. 80

(٢)

Ibid : p. 555.

(٣)

Evans-Pritchard : The Sanusi of Cyrenaica Oxford and the charen-
don Press, London 1963, p. 40.

(٤)

السكان المستقرون يخرجون في أوقات موسمية للزراع والحصد ، وأهم من ذلك الرعي ، وإن سكان المدن أو كثيراً منهم يشتغلون بالرعي على نحو ما ^(١) .

إن هذا التمييز يفقد معناه بشكل أكثر إذا ما علمنا أن هناك الكثير من القبائل سواء كانت مستقرة أو شبه مترحلة أو مترحلة تشترك بخاصية أساسية وهي اختصاص كل قبيلة بأقليم خاص ترتبط به ، وقد تقيم به طويلاً ، كما هو الحال بالنسبة للقبائل المستقرة أو تتغيب عنه لفترات من الزمن ، كما هو الحال بالنسبة لجماعات القبائل الرحل ولكنها تنتسب إليه في الحالتين ويرتبط اسمها به ، دائماً فلكل قبيلة إقليم معروف لها ولغيرها من القبائل ^(٢) .

إن هذه الحقيقة يؤكدتها (إيفانز برتشارد) عندما يقول بخصوص القبيلة الليبية : « إن كل قبيلة (سواء كانت مستقرة أم مترحلة) تملك «وطنها» الذي يدخل ضمنه المقر والأرض والأشجار والمراعي والأبار » ^(٣) . ويبدو أن أغلب الدراسات الأنثروبولوجية تتفق على اعتبار الرابطة الإقليمية واحدة من الروابط التي تتميز بها القبيلة سواء أكانت مستقرة أم مترحلة ^(٤) .

وإذا كان معيار الاستقرار لا يمكن التمسك به في تسجيل بداية ارتباط المجموعات الاجتماعية بالاقليم ، فينبغي البحث عن معيار آخر .

إن القانوني الألماني (بوسـت Post) يرى بأن الارتباط بالاقليم يمثل شكلاً من أشكال التنظيم الاجتماعي ^(٥) ، حيث أن كل جماعة ستكون مكونة من مجموعة من

(١) الدكتور أحمد أبو زيد : دراسات أنثروبولوجية في المجتمع الليبي . مطبعة دار نشر الثقافة

الاسكندرية ١٩٦٢ ص : ٢٦

(٢) نفس المصدر ص : ٢٢ ، ٢٦

(٣) Evans-Pritchard : The Sanusi of Cyrenaica op. cit., p. 55.

(٤) أنظر للتفصيل مقالنا : « أثر النظام القبلي في نشأة النظام الفدرالي في ليبيا » مجلة القانون والاقتصاد

كلية الحقوق جامعة البصرة عدد ٢ ١٩٧٠ ص : ٣١٠ - ٣١١ ، ٣١٧ - ٣٢٠

(٥) Armand Cuvillier : Manull de Sociologie Tome Second. ذكره

P.U.F., Paris 1960, p. 472.

الجماعات القرابية المرتبطة فيما بينها برابطة الإقامة المشتركة على نفس الاقليم^(١) فالارتباط بالاقليم هو على حد قول عالم الاجتماع الفرنسي (دركهايم Durkheim) يمثل مرحلة حتمية من مراحل تطور المجموعات الاجتماعية . فقبل أن يتم ارتباط المجموعات الاجتماعية بالاقليم كانت العلاقات تقوم على أساس من روابط الدم والقربة والزواج ، هذه الاشكال المختلفة من الروابط تحكمها بصورة عامة الرابطة الطوطمية^(٢) . فهذا الاصل السحري الذي ينحدر منه كل أفراد الجماعة هو الذي يدفع بهم الى أن يرى كل واحد منهم الآخر قريبا له ، ويزجهم جميعاً في جماعة متلاحمة متميزة عن الجماعات الأخرى . ويؤكد الاستاذ (كفيليه Cuvillier) بأن كل علماء الاثنولوجية يتفقون على هيمنة علاقات القرابة في المجتمعات الاركانية ، على علاقات المشاركة الاقليمية . ففي استراليا يلاحظ أن كل العلاقات الاجتماعية داخل المجتمعات القبلية منظمة على أساس من القرابة . فالشخص الذي لا يعتبر قريبا يعتبر عدوا . وفي ساحل الزانبي ، ولدى قبائل (الاشانتي) بشكل خاص يلاحظ أن الناس الذين جاؤا من أجل زراعة الارض لم يتم الاعتراف بهم من قبل السكان الاهليين كأعضاء في الجماعة ، لأنهم ليسوا بأقرباء . كما اكتشف في وسط افريقيا (الكونغو البلجيكية ، روديسيا) بعض الجماعات (قبائل بمبا مثلاً) التي تكون فيها القرى مكونة من جموع قرابية . حيث يقوم رجل بتأسيس قرية ، ليقوم بعد ذلك باجتذاب أقربائه اليها ، ويترأس القرية بعد هذا الرجل اما الابن او ابن العم ولكن في جميع الاحوال ، لا يكون الرئيس رئيساً الا على أقربائه القاطنين في القرية . ان العلاقات الاجتماعية في مثل هذه الحالة تتخذ شكل علاقات وجه لوجه على حد تعبير (كولي Cooley) أي شكل علاقات ما بين-شخصية^(٣) .

Ibid., p. 473.

Emile Durkheim : Journal Sociologique P.U.F., Paris 1969, p. 214.

A. Cuvillier : op. cit., p. 578.

فيما يتعلق بتفهم طبيعة هذه العلاقة بالنسبة لقبائل « بمبا Bemba » مثلاً ، أنظر :

Audrey Richards : « Le Système Politique de la Tribu Bemba

de la Rhodésie du Nord-East » in Fortes et Evans-Pritchard: Systèmes

Politiques africains. P.U.F. Paris 1964, p. 78-81.

ويقول عالم الاجتماع الفرنسي (دركهايم) بهذا الصدد «ليس بالامكان أبدا أن نتصور بأن هناك لحظة لم تكن فيها المجتمعات مرتبطة بشكل ما بعلاقة مع الأرض وأن بنيتها كان مستقلة تماما عن القاعدة الجغرافية ذلك لأنه من المستحيل أن توجد مجموعة اجتماعية لا ترتبط بشكل من الاشكال بالاقليم الذي تشغله ولا تتأثر به . ولكن يلاحظ فقط ، ان الجانب الاقليمي من التنظيم الاجتماعي كان في هذه المرحلة ثانويا الى حد بعيد وباهتا جدا . ان ما كان يقيم الحدود الخاصة بالمجموعة الاجتماعية لم تكن الحواجز المادية وان ما كان يحدد شكلها ليس هيئة الأرض . ان العشائر كانت بالدرجة الاساسية تمثل جموعا لاتضم في تكوينها الاقاليم وانما كانت تضم القبائل وان ما كان يكون وحده القبائل هو الطوطم والافكار المتعلقة به ^(١) .

ان هذا الشكل من التنظيم الاجتماعي كان قد أعقبه فيما بعد شكل آخر يتميز في أن العلاقات الاجتماعية لا تحكمها روابط القرابة الطوطمية وانما الروابط الاقليمية . فقد لوحظ بالنسبة لبعض القبائل في استراليا أن التنظيم الاقليمي كان قد اخذ بمنافسة التنظيم القرابي الطوطمي لدرجة أنه بالنسبة لبعض هذه القبائل أصبح من المتعذر العثور على أثر للتنظيم القرابي عندما تحولت نحو التنظيم الاقليمي . وقد استخلص (دركهايم) من ذلك بأن التنظيم القرابي والتنظيم الاقليمي يتعارضان الواحد مع الآخر ، بحيث أن احدهما ينسحب عندما يتقدم الآخر . وعليه يمكن القول بأن التنظيمين يمثلان مرحلتين متعاقبتين في تاريخ التطور ^(٢) ، ويؤكد الاستاذ (داني Davy بأن التنظيم الاقليمي لم يصبح أساسيا الا في وقت لاحق ^(٣) لقد أكد كل من فورتس Fortes و (ايفانز بريشارد) هذه الحقيقة من خلال دراستهما

E. Durkheim : op. cit. p. 542-543.

Ibid : p. 542.

Georges Davy : Eléments de Sociologie Librairie philosophique Vrain

2e ed. Paris 1950, p. 67.

(١)

(٢)

(٣)

للانظمة السياسية الافريقية . فقد لاحظنا أن الاقليم يكتسب أهمية كبيرة بالنسبة للمجموعة (١) من الانظمة السياسية الافريقية ، وهي المجموعة التي تضم القبائل المتطورة مثل قبائل (زولو Zoulou) و(نكواتو Ngwato) و(البانيانكول Banyankol) و(الكدي Kede) . وقد أرجعنا اكتساب الاقليم لمثل هذه الأهمية بالنسبة لمثل هذه المجموعة من الانظمة السياسية الى « الأهمية التي يتمتع بها الجهاز الاداري والقضائي بالنسبة لها . » حيث أن الوحدة الادارية ، بالنسبة لها ، تمثل وحدة أقليمية ، وأن الحقوق السياسية والالتزامات محددة على أساس اقليمي ، وأن الرئيس يمثل القائد الاداري والقضائي لوحدة أقليمته محددة ويملك في الغالب ، الحق بالمراقبة الاقتصادية والقانونية بالنسبة لكل البلد داخل حدوده الاقليمية ، وأن الرئيس هو قبل كل شيء ، قائد اقليمي . أما بالنسبة للمجموعة (ب) من الأنظمة السياسية الأفريقية ، وهي المجموعة التي تضم القبائل الأقل تطوراً . مثل قبائل (لوكولي Logoli) و (تالنسي Talensi) و (النوير Nouer) فإنها تفتقد للوحدة الاقليمية المحددة ^(١) ويرى (دركهايم) انه منذ أن تم الارتباط بالاقليم توقفت الطوطمية عن أن تكون المبدأ الاساسي للمجموعات الاجتماعية ^(٢) ، وابتدأ الاقليم يكتسب أهمية كبرى . ثم يقول : « فيما يخص العلاقة بالتنظيم الاقليمي ، تمثل العشيرة تجمعا لجماعات محلية تتحد فيما بينها وتسمى عن طريق قطعة الاقليم التي تشغلها ^(٣) . ويلاحظ الاستاذ (كفيله) بخصوص اليونان القديمة التي عرفت ، معاً ، التنظيم القرابي والتنظيم الاقليمي بأنه منذ أن ظهر التنظيم الاقليمي فإن المواطنين باتوا يقسمون على أساس من الاقليم (ديمس demés) وليس على أساس من الميلاد (القرابة) . أكثر من ذلك

(١) M. Fortes et E.E. Evans Pritchard : « Introduction », in Fortes et Evans-Pritchard, Systèmes Politiques africaines, op. cit., p. 4-5, 9.

(٢) Durkheim : Op. cit. : p. 214.

(٣) Ibid. : p. 539.

أن التنظيم القرابي بدأ يختفي تحت ظل انتشار التنظيم الاقليمي^(١) . ويرى (ماييت Maillet بأن اليونانيين كانوا قد عرفوا في البداية التنظيم القرابي المسمى بالـ (جينوس) genos والجينوس كان يمثل جماعة قرابية معزولة قائمة بذاتها بالنسبة للجينوس الآخر، فهو عبارة عن تجمع واسع للعائلات بالمعنى الدقيق . وكان الجينوس يتميز بأنه شبه مترحل ومتنقل من مكان الى آخر^(٢) .

ولكن تحت ضغط العطيات المادية لم يعد بإمكان الجينوس العيش بالشكل الذي كان عليه من قبل ، والذي حدث هو أن عدة عشائر كانت قد اتحدت فيما بينها وكونت المدينة^(٣) . والمدينة تتميز ، باعتبارها تنظيما اجتماعيا ، بأنها مثبتة على أرض فهذه الجماعات المختلفة التي باتت تشغل اقليما معيناً أصبحت تسمى بالـ (ديمس)^(٤) .

ويرى الاستاذ (كفيلية) ان ارتباط المجموعات الاجتماعية بالاقليم يرجع الى أسباب دينية (محلات العبادة ، الاجتماعات المقررة في مواعيد ثابتة في محلات تحفظ فيها الاشياء المقدسة) أو الى أسباب اقتصادية (بعض اشكال الصيد ، فيما بعد الزراعة)^(٥) ، وهذا ما سنعود الى تبينه فيما بعد .

وعندما ظهر التنظيم الاقليمي دشت المجموعات الاقليمية بداية ظهورها ، ومعها ظهرت الدولة باعتبارها واحدة من هذه المجموعات الاقليمية ، فالدولة بهذه الخاصية ، تشبه هذه المجموعات الاجتماعية الاقليمية الأخرى ، وبهذه الخاصية كذلك ، ستميز عن باقي المجموعات الاجتماعية القائمة على أساس من الرابطة القربية الطوطمية .

Cuvillier : Op. cit., p. 609.

(١)

J. Maillet : Histoire des institutions et des faits sociaux Dalloz.

Paris 1956, p. 55.

(٢)

Ibid. : p. 58.

(٣)

Ibid. : p. 59.

(٤)

A. Cuvillier : Op. cit., p. 606.

(٥)

غير أن التشابه بين الدولة وباقي المجموعات الاقليمية يتوقف عند هذا الحد .
بعدها يبدأ التباين حيث أن طبيعة الاقليم ووظيفته يختلفان في حالة الدولة عما هو
عليه ، بالنسبة لباقي المجموعات الاجتماعية الاقليمية .

ثانيا - طبيعة الاقليم :

يمكن القول بصورة عامة بأن الاقليم في حالة المجموعات الاجتماعية الاقليمية
الأخرى لا يبدو محددًا بحدود عامة بينما بالنسبة للدولة يتحدد بحدود معينة . وقد
أشار الأستاذ (اندره هوريو) الى ذلك بقوله : « ان الجماعة الانسانية التي تكون
أساس الدولة تبدو مثبتة على اقليم معين »^(١) . وقد لاحظ (هويت Howitt) في كتابه
المعنون « القبائل المحلية في جنوب شرق استراليا (١٩٠٤) بأن الحدود المادية بين
القبائل المتجاورة لا تبدو واضحة وقد يحصل غالباً بأن القبائل المتجاورة تشهد
الاحتفالات الخاصة بها بشكل مشترك كما يتم الاشتراك بنفس الاسماء ، وكثيراً
ما يتم تنظيم الاشياء العائدة اليها بشكل مشترك . ان ما هو غير واضح في هذا
التقسيم الاقليمي تدل عليه الامكانية : هي التمازج بين أفراد هذه القبائل
المتجاورة فمن الناحية المبدئية يلاحظ أن الولد هو عضو في الجماعة المحلية
الخاصة بأبيه وهو بهذه الصفة يملك الامكانية في الصيد في الاقليم الخاص بهذه
الجماعة . ولكن الذي يحصل هو أن هذا الولد يملك حقوقاً مماثلة في الاقليم الذي
تقطنه الجماعة المحلية الخاصة بأمه ، كما يملك حقوقاً مماثلة في الاقليم الذي كان
قد ولد فيه ، أو الذي ترعرع فيه ، حتى ولو كان هذا الاقليم لا يرجع الى واحد
من أقاربه أو يرجع الى قبيلة غريبة »^(٢) .

(١) André Hauriou : Droit Constitutionnel et Institutions Politiques. (١)
Edes. : Montchrestien, Paris 1970, p. 103.

Moreau, Dupuis, Georgel : op. cit., p. 312.

نفس المعنى كذلك

Wowitt : The Native Tribes of South-East Australia, London 1904, (٢)
p. 84.

Durkheim : Op. cit. p. 542.

ذكره

أما في ظل الامبراطوريات القديمة فعلى الرغم من أنها لم ترتبط بأية علاقة مع القبائل والعشائر بسبب الاختلاف في الاساس الاجتماعي الذي تقوم بموجبه^(١)، فإن الاقليم لم يكن محددًا بحدود عامة. وقد قال الاستاذ (دى لا براديل de la Pradelle بهذا الخصوص : « ان الامبراطوريات القديمة لم تكن تحتمي وراء أثر رمزي لخط يقسم ما بين السلطات التي كانت قائمة آنذاك ، وانما كانت تحتمي بالفراغ^(٢) . ويرى (ماكيفر MacIver ان الامبراطوريات القديمة كانت تنتهي في الغالب عند بحراو وادي، والبحر والوادي، على الرغم من أنهما كانا يمثلان الحاجز الذي لا يمكن تجاوزه فانهما لم يكونا يمثلان حدودا يتعين بموجبها الاقليم الخاص بالامبراطورية وانما كانا يمثلان فقط نهاية العالم ولا يزال الصينيون لحد الان يرون (في العقل الخرافي) بأن السواحل هي نهايات الارض أو على الاقل نقاط حماية ضد الخطر الخارجي^(٣) . فالاقليم في جميع الاحوال لم يكن محددًا بأي شكل من الاشكال .

أما في العهد اليوناني فلم تكن حال الاقليم أحسن ، فلم تكن هناك حدود يتحدد بموجبها ، فلم تكن هناك خطوطا مركبة ، كما لم تكن هناك خطوطا عسكرية . وقد أشار الاستاذ (كفيليه) الى هذه الحقيقة عندما كشف عن وجود تنظيم مضاعف : قرابى (قبائل وأقوام) واقليمي (ديمس) ويقول الاستاذ (كفيليه) « اذا ما تم الاخذ بأسطورة تيزه Thesée فان أثينا كانت قد أصبحت دولة نتيجة اتحاد أحد عشر (ديمس)^(٤) دون أن يقترن وجود هذه الدولة بتحديد اقليمي معين ، ويؤيد هذه الفكرة (فرانكوت Francotte في كتابه « تكوين المدن والدول اليونانية القديمة » (١٩٠١) حيث يقول : « ان فكرة السيادة الاقليمية لم تتطور أبدا في

MacIver : Op. cit., p. 56.

De La Pradelle : La frontière, Paris 1928.

Georges Burdeau : Traité de Science Politique. Tome II

L.G.D.J., Paris 1949, p. 75.

McIver : Op. cit., p. 60.

Cuvillier : Op. cit., p. 609.

(١)

(٢)

ذكره

(٣)

(٤)

اليونان بالشكل الكامل ^(١) . اما جاك الول Jacques Ellul فيذهب أبعد من ذلك ليؤكد بأن المدينة لم تكن « اقليما » انما عبارة عن جماعة من الناس قليلة العدد . والمدينة — على حد قوله — تمثل سلطة سياسية واجتماعية بدون حدود . ^(٢)

أما في روما فان ما يسمى بالـ (ليمس Limes) لم يكن يمثل بأي حال من الاحوال حدودا يتحدد بموجبها الاقليم ^(٣) . ولما يوضح عدم اهتمام الرومان بتحديد الاقليم بحدود عامة هو غياب فكرة السيادة الاقليمية . فالذي كان يميز « سكان الامبراطورية » عن « البربر » هو في نهاية المطاف ، كونهم خاضعين للادارة الامبراطورية وكونهم مستفيدين من الخدمات العامة المنظمة تنظيما جيدا وكونهم في الاخير ، متمتعين « بالسلام الروماني » مقابل ضريبة تثقل كاهلهم . فالامبراطورية الرومانية كانت تبدو باعتبارها مجموعة محميات أكثر مما هي دولة موحدة ^(٤) . وهكذا نلاحظ بأن هذا التمييز بين سكان الامبراطورية والبربر لم تكن له أية علاقة بالاقليم باعتباره محدد بحدود عامة واضحة .

نخلص مما تقدم أن الاقليم في جميع المراحل التاريخية السابقة الذكر ، لم يكن بالنسبة للمجموعات الاجتماعية الاقليمية التي عاشت في ظلها محددات بحدود عامة . ولكن لا بد من أن نضيف رأساً بأن الاقليم اذا لم يكن بالنسبة لهذه المجموعات

(١) H. Francott : Formation des Villes, des Etats dans la Grèce ancienne, p. 32.

Cuvillier op. cit., p. 609.

ذكره

(٢) Jacques Ellul : Histoire des Institutions de l'antiquité, P.U.F., Paris 1963, p. 106.

أنظر رأياً معاكساً : « المدينة تكون مجتمعاً صغيراً قائماً على أساس اقليمي وديمقراطي » في Maillat : Op. cit., p. 33-34.

Burdeau : Op. cit., p. 75.

(٣)

P.C. Timbal : Histoire des Institutions Publiques et des faits Sociaux.

(٤)

Dalloz, Paris 1961, p. 33.

الاجتماعية محدد بحدود عامة ، فانه كان محددًا بحدود خاصة هي الحدود الدينية وحدود الملكية بمختلف أشكالها .

فبالنسبة للعشائر يلاحظ أنه في الاحوال التي تسود فيها الملكية الجماعية سيكون من الصعب القول بأن الاقليم بالنسبة لها محددًا بحدود الملكية حيث لا يوجد لهذا المفهوم أثر بالنسبة لهذه العشائر. ولكن يلاحظ من الناحية الاخرى بأن الاقليم بالنسبة لهذه العشائر يكتسب طابعا دينيا فالحدود التي سيتحدد بموجبها هي الأخرى ستكون ذات طابع ديني . فالعشائر ، كمجموعات اقليمية ، على الرغم من تطورها بالقياس على المجموعات الاجتماعية القرابية الطوطمية ، تبقى متمسكة بالخصائص الطوطمية (الدينية) ^(١) . فالذي يحصل على حد اعتقاد (دركهايم) هو أن نفس المجموعة الطوطمية تلتحم أكثر وتستقر في مناطق معينة من الاقليم . وهكذا يتبين انه في مناطق اقليمية مختلفة يتم تقديس نفس الطوطم ^(٢) . ان الارض التي تشغلها المجموعة الاجتماعية تصبح مكرسة للطوطم الخاص بها . وان رئيس المجموعة الاجتماعية يتم اختياره من بين أولئك الذين يحملون اسم الطوطم المحلي الخاص بالمنطقة التي يشغلونها ^(٣) ، بمعنى آخر ان الاقليم في مثل هذه الحالة سيكتسب معنى دينيا ان هذا المعنى الديني يؤكده ما نلاحظه لدى قبائل (تالنسي Tallensi في ساحل الذهب من عدم امكانية التصرف بأية قطعة من الاقليم » لأن مثل هذا التصرف سيعتبر جناية بحق الأسلاف ، وابتعاداً عنهم ، بقدر ما يعتبر كل ذلك خطيئة كبيرة ^(٤) . وعليه يمكن القول بأن التحديدات التي يتحدد بموجبها

Durkheim : op. cit., p. 214.

Idem.

Idem.

Fortes : « le système politique des Tallensi des Territoires du Nord de la côte d'or » in Fortes et Evans-Pritchard : Système Politi-

ques Africains, op. cit., p. 213, 217.

Ibid : p. 223-225.

للتفصيل أنظر

اقليم القبائل أو العشائر هي حدود الهيمنة الدينية للطوطم ، لذا فان ما يسمى في الوقت الحاضر يخرق الحدود كان يعني في الواقع خرق الحرمه الدينية .

أما بالنسبة للامبراطوريات القديمة فبسبب قيامها ، على حد قول — (ماكيفر) على أساس من نظام الطبقات والمهن ^(١) فان الاقليم لم يكن يعرف تحديدات أخرى غير تحديدات الملكية الخاصة . ويقول الاستاذ (ماييت) بصدد مصر الفرعونية : « لم يكن هناك تمييز واضح بين الدومين العام والاموال الخاصة للملك . ان هذا الاخير كان يبسط سلطته على كل الاموال ، وكان يبدو ، بشكل خاص باعتباره مالكا أساسيا لكل الارض ^(٢) » ثم يضيف قائلاً : « ان فرعون كان « يملك حقاً مطلقاً على الارض من شأنه أن يسمح له بتنظيم ومراقبة استغلال الارض وما تحت الارض » ^(٣) ويؤكد الاستاذ (تيمبال) بأن هناك من يرى بأن كلمة «الامبراطورية تشير الى فكرة السعة (في الاقليم) التي هي ليست جوهرية وليس لها كبير علاقة بالواقع ، واذا كان من الصحيح القول بأن التاريخ كان قد أشار الى امبراطوريات واسعة مع ذلك فان هذا التكييف يناسب كل مجتمع سياسي مهما كان متواضعا (من حيث سعة الاقليم) يسوده حاكم أعلى وتقوم السلطة فيه على أساس — من القوة » ^(٤) والذي نستنتجه من قول الاستاذ (تيمبال) هذا هو أن الاقليم لم يكن يتمتع بأهمية كبيرة في وجود الامبراطورية ليمثل بالتالي تحديدا عاما لها . انما هو في أغلب الاحوال ، يمثل مظهرا من مظاهر قوة الامبراطور نفسه ليس أكثر من هذا ، وهو اذا ما كان يطمح في توسيع اقليم امبراطوريته ، كما فعل (الاسكندر المقدوني) مثلاً ، فانه لم يكن يفعل ذلك بنية توسيع الحدود العامة للامبراطورية بقدر ما كان يسعى الى توسيع نطاق قوته وسيطرته .

MacIver : op. cit. p. 56.

Maillet : op. cit., p. 6.

Ibid., p. 8.

Timbal : op. cit., p. 11.

(١)

(٢) أنظر

(٣)

(٤)

أما في العهد اليوناني فلم يكن الحال أفضل فقد أكد (Ance) قائلا :
 « لم تكن الحدود في اليونان القديمة ثابتة ، اذ لم يكن هناك ، لاخط كمركي ولا
 خط عسكري فلم تكن هناك حدود غير حدود الملكيات الفردية ولهذا فان ما نسميه
 اليوم بخرق الحدود كان يتخذ شكل اعتداء على الملكيات ^(١) .

ان عدم توفر الحدود العامة يكشف عنه مفهوم «الاجنبي» في اليونان القديمة
 «فالاجنبي» هو الذي ينتسب الى (جينوس) أخرى ولما كان كل (جينوس) مستقل
 بانه خاص به فان الاجنبي سيكون الشخص الغريب في ديانتته عن ديانة (الجينوس).
 بكلمة أخرى أن الاجنبي كان يتحدد على أساس من اعتبارين : انساني وديني ،
 ولم يكن يتحدد على أساس حدود عامة فاصلة بين مدينة وأخرى . مما يؤكده عدم
 وجود الحدود العامة .

أما في العهد الروماني فان الحدود التي كانت معروفة كانت هي حدود الملكية
 الخاصة . (فالدومين Fondus) كان يحدد بحدود ، وفي وسطه كان يوجد محل
 سكن السيد تحيط به مخازن الحبوب والورشات والبنائات الأخرى ، ان المالك
 الكبير هو الذي كان يوجه الدومين ، فهو يمارس عليه سلطة مطلقة ، كان يمارسها
 في الغالب بشكل مستقل عن الادارة الامبراطورية فهو الذي كان يقوم باستحصال
 الضرائب ويفرض العدالة وبالدفاع عن طريق فرق مسلحة يقوم بتهيئتها بنفسه ^(٢) .
 كما يمكن أن نتبين انعدام الحدود العامة من خلال تفحصنا لمفهوم الاجنبي في العهد
 الروماني . «فالاجنبي» Peregrini هو ساكن الارض المحتلة أو الخاضعة للحماية فهو
 «البربري» وعلى الرغم من أن البربر هم الذين يوجدون «خارج حدود الامبراطورية»
 على حد قول الاستاذ (الول) ^(٣) فلفظ الحدود هنا لم يكن يعني الحواجز الفاصلة ،

(١) Ancel : Geopolitique, Paris 1936, p. 32, Les frontières étude de geo-graphie politique, 1136, II, p. 207-296.

Burdeau : op. cit., p. 75.

Timbal : op. cit., p. 36-37.

Ellul : op. cit., p. 334.

ذكره

(٢)

(٣)

وذلك لأن الأراضي التي يتم احتلالها تصبح في الحال جزءا مندمجا من الامبراطورية^(١). فالبربري لا يتحدد بموجب اعتبارات قائمة على أساس من وجود حدود عامة ، انما يتحدد بموجب اعتبارات أخرى هو كونه ليس من المواطنين الرومان وليس من اللاتينيين ، بمعنى آخر أن الاجنبي يتحدد بموجب اعتبارات انسانية ، مما يؤكده بأن الحدود العامة لم يكن لها وجود فعلي .

أما في عصور الاقطاع التي نجد خصائصها بارزة ، في حدود معينة ، حتى في المجتمعات ذات الطبيعة الاركائية ، فالملاحظ ان ما كان يميزها هو الاتحاد الوثيق بين السيادة والملكية والتداخل المتلاحم بين الاختصاصات الرسمية والاختصاصات المتعلقة بالدومين . فالملكية الاقطاعية كانت تعتبر ، من باب التصور ، كما لو كانت ممنوحة من السيد الى التابع ، بمعنى آخر : ان السيد الاقطاعي كان يعتبر المالك الفعلي للاقليم^(٢) . ويؤكد الاستاذ (بردو Burdeau بهذا الخصوص قائلا : « أما فيما يتعلق بتقطيع الارض في العهد الاقطاعي ، فانه كان يقوم في الغالب ، على أساس من تحديدات الملكية الفردية . أما حدود الدولة فلم تكن أكثر من سلسلة من مراكز^(٣) . ويرجع الاستاذ (ماكيفر) غياب فكرة الحدود العامة في العصور الاقطاعية الى أن الوظيفة العامة كانت قد أصبحت تابعة للملكية الخاصة . ثم يقول : « وهكذا فان التمييز بين العام والخاص كان قد زال تماما ، وأصبح كل شيء خاصا^(٤) . فالاقليم في هذه العصور كان يمثل شيئا خاصا . وهذا ما يؤكده العميد (موريس هوريو) بقوله : « ان العصور الوسطى تمثل نموذجا للتداخل بين

Ibid. : p. 325.

Cuvillier : Op. cit., p. 621.

Timbal : op. cit., p. 169.

Burdeau : op. cit., p. 75.

MacIver : op. cit., p. 117.

Timbal : op. cit., p. 108.

(١)

(٢)

للتفصيل

(٣)

(٤)

بنفس المعنى كذلك

السلطة السياسية والسلطة الاقتصادية . ان هذا التداخل لم يكن يسمح في أن يخفى الاقليم بمعنى متميز عن الملكية الاقطاعية للأرض .^(١) .

وفي بداية نشوء الانظمة الملكية لم يحظ الاقليم بمعنى متميز ، فالى جانب الملك كان السادة الاقطاعيون يمارسون سلطتهم القائمة على أساس من الملكية الخاصة على الاقليم التابع لهم^(٢) . أما الملك نفسه فقد كان في البداية يمارس سلطة فعلية على الدومين التابع له . ان هذا الجزء كان يخضع له بشكل مباشر باعتباره ملكية خاصة . وفي مجرى التاريخ كان قد تطور ما يسمى بدومين التاج . وكان هذا «الدومين في الاصل يكون جزءا من ملكيته الخاصة ولكن بعد تطوره بات يخضع لبعض القواعد الخاصة ، فقاعدة عدم امكانية النزاع عن الاموال الداخلة في دومين التاج ثبتت منذ القرن الرابع عشر . ولكن الملاحظ أن دومين التاج كان هو الاخر قد اعتبر ملكية للملك ولكن ليس بصفته فردا وانما بصفته مؤسسة أي بصفته تجسيدا للدولة^(٣) . ولكن في كل الاحوال التي كانت فيها الدولة مجسدة في شخص الملك كان من الصعب الكلام عن دومين متميز كل التمييز عن الذمة المالية للملك . فسيادة الملك على الدومين الخاص به ، وعلى دومين التاج كان يمكن تكييفها على حد قول الاستاذ تمبال Timbal باعتبارها «السلطة الممارسة على اقليم» ولكن هذه السلطة من الناحية الأخرى لم تكن منفصلة عن الحق الاقطاعي ، فهي اذن كانت تمثل مظهرا من مظاهر الذمة المالية^(٤) . فالملك كان يحكم بموجب حق شخصي ، وعليه فالشعب كان «شعبه» الخاص به ، والقطر (الاقليم) كان «قطره»

M. Hauriou : op. cit., p. 105.

(١) أنظر

Timbal : op. cit., p. 248.

(٢)

Jean-Marie Auby et Robert Ducos-Ader : Droit Administratif Dalloz

(٣)

Paris 1967, p. 198-199.

Timbal : op. cit., p. 224.

(٤)

الخاص به ^(١) ، فكل ما يكون في الوقت الحاضر الاموال العامة للدولة كان يدخل في الذمة الخاصة بالملك ^(٢) . فلم يكن الاقليم منفصلاً عن ذمة الملك ليتحدد بحدود عامة .

ان الاقليم بقي محددًا بحدود الملكية الخاصة حتى القرن السادس عشر ، فاعتباراً من هذا القرن ، فقط ، انفصل الاقليم عن الملكية الشخصية الخاصة ، فاذا كان الاقليم داخل المملكة قد تنامي على يد الملك في البداية طبقاً للطرق الاقطاعية فان هذا التنامي كان قد تتابع بشكل متواصل ولكن طبقاً لطرق قائمة على أساس من الفكرة القومية . وهكذا فان الاقليم كان قد توقف عن كونه حقاً مكتسباً داخلاً في الذمة الخاصة ، وأصبح لصيقاً بسيادة الامير ^(٣) . ان اتخاذ الاقليم لهذا المعنى الجديد كان قد سمح فيما بعد في أن يتم تحديده بحدود عامة فكيف تم ذلك ؟ .

ان العميد (موريس هوريو) يرجع ظهور الحدود العامة الى ظهور فكرة المصلحة العامة ، في ظل النظام الديمقراطي . وهو يرى بأن مفهوم الخير العام يستخلص بشكله الكامل في اطار الاقليم وذلك في شكل مصلحة عامة .

فالمصلحة العامة هي تلك المصلحة المشتركة المتساوية بشكل محسوس ، بالنسبة لكل أنواع الناس . ففي نفس المنطقة الاقليمية تسكن ، في الواقع ، أنواع مختلفة وان صفة الساكن تتميز بأنها بالدرجة الاساسية ، موسومة بالمساواة ، فهناك العديد من المصالح التي هي متساوية بالنسبة لكل الساكنين . مثل وجود طرق مجاورة لمحل السكنى والاستفادة من الخدمات البريدية وتوفر مدرسة في المنطقة ... الخ وفي المدت القديمة عندما حلت محل القبائل الباترياركية القديمة التي كانت تتميز بأنها أرستقراطية وتسمح في أن يوجد داخلها بعض أعضاء القبيلة الذين يعتبرون كزبائن

MacIver : op. cit., p. 117.

(١)

André Hauriou : Droit Constitutionnel, op. cit., p. 116.

(٢)

Burdeau : op. cit., p. 76.

(٣)

ويعاملون بطريقة تفتقد للمساواة، نقول عندما حلت محل هذه القبائل الاقليمية المدن القديمة التي أصبح داخلها هؤلاء الزبائن ساكنين متساويين ، عند ذلك فقط كان العهد الديمقراطي المجبول على المساواة قد بدأ . ولا نزال نرى اليوم داخل العوائل بأن علامة الحياة المستقلة بالنسبة للاولاد ، في البيت ، هي السكنى المنفصلة .

وليس هناك شك فيما يتعلق بالماضي ، في أن التنظيم الاقليمي الشديد للدولة ، مع معادلتها ، الذي هو المصلحة العامة للساكن ، لم يؤد الى تفتت الاشكال القديمة للتضامن الكامل ، القائم ، على أساس من القرابة ، أو من تبعية الانسان للانسان ليحل محلها التضامن الوحيد القائم على أساس من الحوار الاقليمي . وينبغي أن نرى في جهود الثورة الفرنسية من أجل تحطيم الهيئات الحرفية وغيرها من الهيئات محاولة سامية قائمة على أساس من المبدأ الاقليمي من أجل التصفية النهائية لاشكال التضامن المتعارضة : التضامن المهني بعد العائلي .

ومن هذا السرد التاريخي ومن هذه الاعتبارات التي يتضمنها ، بالامكان أن نستخلص دروسا تتلخص في أنه ليس هناك شك في أن الاطار الاقليمي في الدولة ليس هو واحد من المبادئ الاساسية بالنسبة لنظام الدولة وانما هو كذلك ، وبشكل خاص ، واحد من المبادئ الاساسية التي يقوم عليها نظام الحرية السياسية في الدولة . ان الدولة الحديثة كانت قد عاشت في الواقع منذ العصور الوسطى حتى الثورة الفرنسية خايط من التنظيم الاقليمي والتنظيم العائلي الاستقرائي والتنظيم الحر الى درجة أن (بودان) في القرن السادس عشر كان قد استطاع أن يعرف حكومة المملكة الفرنسية في زمانه بأنها « قانون حكم عدة عوائل » ولكن ينبغي أن نفهم هذا التعايش بين عدة مبادئ بمعنى خاص يتلخص في أن الدولة الحديثة كانت قد كرسست ستة قرون من أجل أن تضمن النصر للمبدأ الاقليمي على المبادئ الاخرى التي لا يزال المشرع يناضل ضدها .

ولكن منذ أن تم الاعلان عن الديمقراطية والحرية السياسية مع ظهور نظام

الوطنية فان مبدأ الاطار الاقليمي بدأ يميل الى أن يصبح حاسماً ومطلقاً .
ويمكن أن نستخلص مما تقدم بأن هيمنة الاطار العائلي والاطار الحرفي على
الاطار الاقليمي هو شكل من أشكال التوازن في مرحلة الحكم الارستقراطي للدولة
وان هيمنة الاطار الاقليمي على الاطارين السابقين الذكر هو شكل من أشكال
التوازن في مرحلة الحكم الديمقراطي للدول .^(١) . فبعدما أصبح الاقليم تعبيراً عن
المصلحة العامة أصبح منفصلاً عن كل اعتبار من اعتبارات الذمة المالية ليكتسب
هو الآخر طابعاً عاماً .

ويتمسك الاستاذ (بردو) بسببين آخرين على اعتبار أنهما هما اللذان كانا قد
قادا نحو اكتساب الاقليم بمعنى الحدود العامة . هذان السببان هما : الاعمال
المسحية وزوال الطابع الشخصي للسلطة . وبصدد السبب الاول يقول الاستاذ
(بردو) : « ابتداء من القرن السادس عشر فقط ظهرت الاعمال المسحية بعد أن
أصبحت ممكنة بفضل تطور الدراسات الرياضية والجغرافية ، وظهر معها المفهوم
الحديث للحدود » . التي يتحدد بموجبها الاقليم .

أما بصدد السبب الثاني فيشير الاستاذ (بردو) الى أن مثل هذا التحديد الحديث
هو ليس فقط ثمرة التقدم العلمي ، وذلك لأن الحدود تمثل على حد قول (دي
لابراديل) بالدرجة الاساسية مفهوماً ذا طبيعة سياسية ، فابتداء من اللحظة التي يبدأ
فيها دور السلطة يتحول من السيطرة الشخصية الى توجيه النشاطات العامة
للجماعات ، وعندما يكون هدف النصر ليس فقط الزهو ، وانما كذلك منح الأمة
اطارها الطبيعي ، أو عندما يتوقف في الاخير ، الاقليم عن أن يكون موضوع ملكية
ليصبح أداة حكم ضرورية لمتابعة توحي الخير العام ، عند ذلك فقط يصبح عدم
تحديد الاقليم أمراً لا يطاق ولا يمكن التسامح بصده ، كما يصبح من اللازم
على السلطة أن تضع في مقدمة اهتماماتها رسم الخطوط وضمان وحدتها الكلية^(٢) .

Maurice Hauriou : op. cit., pp. 555-557.

Burdeau : op. cit., 75.

(١)

(٢)

ويضيف (دي لا براديل) سببا آخر فيقول : « وهكذا بقدر ما يكتسب الاقليم طابعا روحيا فان الحدود تنتقل من السطح الى الخط . ان هذا يشكل نهاية التطور الذي يتوافق تماما مع المفهوم المؤسسي للاقليم ، وذلك لأنه اذا كانت الدولة تملك رسالة ينبغي الاضطلاع بها ، فيجب أن يتخذ الاقليم الذي يخطط من أجل تبيان مكان النشاط الذي تتضمنه هذه الرسالة ، شكل خط محدد على سبيل الدقة والضبط وذلك تحت الضغط المتبادل لوجود شعبين يشيران ، بشكل ما أوآخر ، الى وجود دولتين مسئولتين » (١)

أما الاستاذ (بنتو Pinto) فيضيف سببا آخر ، فيرجع ظهور مفهوم الحدود العامة الى توزيع العالم الى مجتمعات دولية أو بالاحرى الى تشكيل الدولة الحديثة . (٢)

والذي نراه من خلال استقراء الاسباب السابقة الذكر ، ان اكتساب الاقليم للطابع العام يرجع في الاول والاخير الى اضطلاع بوظيفة لم يكن يضطلع بها من قبل ، وهي وظيفة تعيين اطار الخدمات العامة والمصلحة العامة على حد تعبير (موريس هوريو) أو تعيين اطار الخير العام على حد تعبير الاستاذ (بردو) ، أو تعيين اطار رسالة الدولة على حد تعبير (دي لا براديل) وهكذا نستطيع أن نقول بأن الاقليم اذا لم يكن في جميع المراحل التاريخية يمثل هذه الوظيفة فان ذلك كان سببا لعدم وجود مفهوم الحدود العامة ، وبالتالي عدم تحديده أو تحديده بحدود الملكيات الخاصة . ولكن لا بد أن نشير ، في الحال الى أن وظيفة الاقليم هذه لم تظهر بين عشية وضحاها ، انما ظهرت كخلاصة لوظائف عديدة كان قد اضطلع بها الاقليم . فما هي هذه الوظائف ؟ .

Idem.

R. Pinto : op. cit., p. 101.

(١)

(٢)

ثالثا - وظائف الاقليم :

ان العلاقة بين المجموعات الاجتماعية والاقليم ليست علاقة اعتباطية ،
انما هي علاقة هادفة بقدر ما يقوم الاقليم بتحقيق بعض الوظائف التي تستفيد منها
المجموعات الاجتماعية في تأكيد سبب وجودها وفي تحقيق أهدافها . وبما أن
أسباب وجود هذه المجموعات وأهدافها تتباين من الناحية الزمنية ومن الناحية النوعية
فيمكن القول بأن وظائف الاقليم لا يمكن أن تكون واحدة ، وانما ستتعدد من زمن
الى آخر ، ومن مجموعة اجتماعية الى أخرى . واذا ما أخذنا بنظر الاعتبار هذا
التنوع في الزمان وهذا التنوع في المجموعات الاجتماعية أمكن تقسيم وظائف الاقليم
بصورة عامة الى وظيفة دينية ووظيفة اجتماعية ووظيفة سياسية . ومع ظهور الوظيفة
السياسية ثم الترابط بين الاقليم والدولة بشكله الحالي .

١ - الوظيفة الدينية للاقليم :

يضطلع الاقليم في المجتمعات البدائية بوظيفة دينية وقد لاحظ (رادكليف -
براون Radcliff-Brown) و (لينهارد Leenhardt) ان الرابطة بين المجموعة
الاجتماعية والارض ليست أبدا ، في هذه المجتمعات البدائية ، تلك الرابطة
التي نستطيع أن نتصورها اليوم بسهولة طبقا لمفاهيمنا فينبغي أن يتم ادراك هذه
الرابطة من زاوية خاصة هي زاوية المشاركة Participation . في الاعتقاد فليس
القاعدة الاقليمية هي التي تكون أساس وحدة المجموعة الاجتماعية وانما ، على العكس
من ذلك ، اعتقادات المجموعة الاجتماعية التي تمنح الاماكن الطابع المقدس^(١) .
هي التي تكون اساس هذه الوحدة وقد أشار (دركهايم) موضحا الوظيفة الدينية
للاقليم بقوله : « ان الارض التي تشغلها المجموعة الاجتماعية تعتبر كما لو كانت
مكرسة للطوطم الذي تنتسب اليه هذه المجموعة الاجتماعية^(٢) .

Cuvillier : op. cit., p. 604.

(١)

Durkheim : op. cit., p. 214.

(٢)

وكتب (الكن Elkin) قائلا : « ان العلاقة بين الشخص وبلده (الاقليم) ليست مجرد علاقة جغرافية أو اعتبارية : انها علاقة حيوية وروحية ومقدسة ، فبلده يمثل بالنسبة له الرمز في نفس الوقت الذي يمثل فيه ، وبالنسبة له ، طريق الدخول الى العالم القدير غير المرئي الخاص بالابطال والاجداد الذين ينحدر منهم والقوى الواهبة للحياة ^(١) . ويؤكد الاستاذ (بنتو) قائلا : « في المجتمعات الاركائية سواء أكانت مستقرة على الارض أم غير مستقرة ، فان الرابطة الاقليمية تبقى ذات جوهر سحري وديني ووصفي . ان التوسع الاقليمي يبدو ، بالنسبة لها ، خطيرا وذلك لأنه يتضمن التحاما جديدا بأماكن غير معتادة وغريبة (من الناحية الدينية) فهي اذن معادية ^(٢) بقدر ما تعكس من تباين في القرابة والدين ، وذلك يرجع الى أن الاقليم يمثل على حد قول الاستاذ (كفيليه) محلات العبادة ، والمحلات التي تحفظ فيها الاشياء المقدسة ^(٣) .

ان الوظيفة الدينية للاقليم نجدها واضحة بالنسبة للمدن الاغريقية فلما لم يكن هناك اله شامل بالنسبة لكل الاغريقين فان كل مدينة كانت قد اختصت باله يرعاها وهذا اله يتمتع بالنفوذ في اطار اقليم المدينة ، فأقليم المدينة هو تجسيد مادي لسلطة اله ، أو هي ، بالاحرى ، نطاق اختصاص ديني . لذا فان الشخص الذي يوجد خارج هذا الاقليم سوف لن يستفيد من الحماية الالهية المقدسة ^(٤) .

ولكن اذا كان الاقليم قد مارس هذه الوظيفة في ظل المجتمعات القديمة والبدائية ، فان مثل هذه الوظيفة كانت قد انحجبت مع ظهور وظيفة أحدث هي الوظيفة الاجتماعية .

Cuvillier : op. cit., p. 604.

(١) ذكره

Pinto : op. cit., pp. 100-101.

(٢)

Cuvillier : op. cit., p. 606.

(٣)

Timbal : op. cit., p. 14.

(٤) أنظر

٢ - الوظيفة الاجتماعية للاقليم :

تتلخص هذه الوظيفة بقيام الاقليم بضمان التلاحم بين أفراد المجموعة الاجتماعية لتؤدي بالتالي الى ضمان الانتقال بها نحو شكل جديد أرقى .

أ - ان دور الاقليم في تحقيق وحدة المجموعة الاجتماعية يتميز بالقدم . فقد كان الاقليم دائماً سبباً لوجود العادات المشتركة التي تفرض نفسها والتي تمتد بجذورها في الاعماق لتخلق بالتالي غريزة التعايش الاجتماعي والتضامن التعاوني . كما أن الاقليم يساعد على تكييف المجموعة الاجتماعية ، ذلك لأن الاستقرار على الاقليم يؤدي الى نتائج مورفولوجية بقدر ما يؤدي الى الزيادة في حجم هذه المجموعة الاجتماعية ، وبدل التشتت على مجال مساحي واسع يحل التركيز المحلي وهذا بدوره يؤدي الى تكثيف النظام داخلها ^(١) . واذا ما علمنا بأن المجتمعات البدائية تجد وحدتها في جملة الرموز التي تتمسك بها فان المجموعات الاجتماعية الاقليمية ستمتيز على حد قول (دركهايم) الواحدة عن الأخرى « باسم الاقليم الذي تشغله ^(٢) وهكذا فان الاقليم سيكون رمزا يضاف الى الرموز التي تتكون منها وحدة المجموعة الاجتماعية .

ويرى (دركهايم) ان وظيفة الاقليم هذه بدت أكثر وضوحاً بعد أن توقفت الطوطمية عن كونها المبدأ الاساسي في وجود المجموعات الاجتماعية . فقد لاحظ (دركهايم) بخصوص قبائل أواسط استراليا أن الاقليم كان قد اكتسب أهمية كبيرة في وجودها بعد أن خف التعلق بالطوطم ^(٣) .

ان ما يذهب اليه (دركهايم) يؤكده واقع قبائل (كرنه Kurné و (نارنيري Narrinyeri فقد لاحظ هذا العالم الاجتماعي بأن تقدم التنظيم الاقليمي يؤدي

Cuvillier : op. cit., pp. 606-607.

Durkheim : op. cit., p. 211.

Ibid. : pp. 214-215.

(١)

(٢)

(٣)

الى تقلص مشهود في التنظيم الطوطمي . فلدى قبائل (كرنه) هبطت اثار التجمع الطوطمي الى مستوى واطىء مما يدفع البعض الى القول بأن هذه القبائل لم تعرف أبدا التنظيم الطوطمي . أما لدى قبائل (نارنييري) فلا تزال هناك طواطم ولكنها لم تعد أكثر من أسماء شخصية تستخدم في الاشارة الى أفراد تابعين لهذه المنطقة أو تلك^(١) . ان حلول الاقليم محل الطوطم في المجموعات الاجتماعية البدائية يدلل بجلاء على حلول الاقليم في الوظيفة محل الطوطم . وهذه الوظيفة ، كما سبق أن رأينا من قبل ، كانت تتلخص بضمان وحدة المجموعة الاجتماعية ولعل ذلك يفسر الى حد بعيد ، قول (دركهيم) بأن « القبيلة تمثل جمعا لمجموعات اجتماعية محلية تتحدد وتسمى بقطعة الاقليم الذي تشغله^(٢) باعتباره يقوم بوظيفة جوهرية بالنسبة لها وهي ضمان وحدتها .

ان وظيفة توحيد المجموعة الاجتماعية التي يضطلع بها الاقليم نجدها واضحة بالنسبة للمدينة الاغريقية فالنشاط الانساني في هذه المدن كان ، يتم في اطار (جينوس) وهذه المجموعة مكونة من أولئك الذين يعرفون ببطل مشترك باعتباره الجذع الاعلى المؤسس للمجموعة ويعيش عادة أفراد هذه المجموعة عيشة مشتركة . والخاصية الاساسية التي تميز (الجينوس) هو استقلالها التام الواحدة بالنسبة للآخرى . وقد ترتب على هذا أن كل (جينوس) تملك بذاتها كل الهيئات وكل المؤسسات الضرورية لحياتها . غير أن هذا الاستقلال المطلق لم يكن بالامكان التمسك به من قبل الـ (جينوس) وذلك بسبب ضغط الحاجات المادية لاسيما الحاجة للامن ، وهكذا فان هذا الاستقلال المطلق وما ترتب عليه من عزلة كانت قد خفت وطأته تدريجيا . وأول مرحلة في هذا الطريق تمثلت باقامة علاقات بين العديد من الـ (جينوس) . وقد تبع هذه المرحلة مرحلة أخرى تمثلت بتجاوز مجرد الاجتماع بين العديد من الـ (جينوس) الى الاتحاد في تنظيم جديد هو المدينة . وهكذا فان هذه المجموعة

Ibid. : p. 542.

Ibid. : p. 539.

(١)

(٢)

الاجتماعية بثباتها على الارض كانت قد احتلت اقليما معيناً يطلق عليها كما سبق ان رأينا من قبل ، اسم الـ (ديموس) وهذا الاقليم هو الذي هيأ امكانية الاتحاد بين عدة (جينوس) في التنظيم الجديد الذي بات يدعى بالمدينة ^(١) . ويلاحظ الاستاذ (الول) بأن « المدينة هي ليست الاقليم ذاته انها تمثل مجموعة من الناس قليلي العدد منظمين حول مركز هو الحاضرة Ville التي تمثل قلب المدينة ^(٢) . ثم يضيف مبينا دور المدينة في تحقيق وحدة المجموعات الاجتماعية (جينوس) فيقول : « ان المدينة بتخطيطها للهيئات الوسيطة ، بتحريرها للفرد ، أصبحت أكثر قوة » ^(٣) بمعنى آخر أن المدينة التي كانت تتكون من عدد من الـ (جينوس) لم تظهر في البداية كمجموعة اجتماعية متكاملة بسبب احتفاظ هذا العدد من الـ (جينوس) بشيء من استقلالها ^(٤) ، ولكن الثبات على اقليم مشترك كان قد أدى الى تفتت الـ (جينوس) كهيئات وسيطة كما أدى الى التحام أفرادها في وحدة متناسقة جديدة ^(٥) .

ب - بهذا الشكل كان الاقليم قد أدى وظيفته في تحقيق وحدة المجموعـة الاجتماعية . غير أن وظيفة الاقليم لم تقف عند هذا الحد اذ تجاوزه الى وظيفة أخرى نستطيع أن نكيفها ، بالقياس على الوظيفة السابقة ، بأنها تكميلية ، هذه الوظيفة تتمثل بتحويل هذه المجموعة الاجتماعية ، بعد أن تحققت وحدتها . من شكل الى آخر .

وبكلمة أخرى أكثر وضوحاً ، هذه الوظيفة تلخص بتحويل هذه المجموعة الاجتماعية الى شعب بالمعنى الدقيق للكلمة .

ان المدينة كمجموعة اجتماعية بالشكل الذي سبق أن بيناه ، لم تكن تمثل

Maillet : op. cit., pp. 54-59.

Ellul : op. cit., p. 106.

Ibid. : p. 107.

Maillet : op. cit., p. 58.

Ibid : pp. 59, 60.

(١) للتفصيل أنظر

(٢)

(٣)

(٤)

(٥)

شعبا ، وهذا ما يؤكده الاستاذ (ما كيفر) بصدد المدينة الرومانية بشكل خاص ^(١) وهو يرجع ذلك الى عدم توفر الوحدة القومية ، حيث ان روما كانت تحتضن الكثير من الشعوب المتنافسة المتناحرة ، هذا بالاضافة الى استمرار وجود القبائل ^(٢) .

ان الاشارة الى دور الاقليم في تكوين الامة تبدو قديمة الى حد ما . وبقدر ما تفهم الامة في الفقه الفرنسي ، بمعنى الشعب ^(٣) ، فان تأكيد الفقهاء الفرنسيين على أهمية الاقليم في تحويل المجموعة الانسانية الى امة يعني تأكيدهم على أهمية الاقليم في تحويل المجموعة الانسانية الى شعب ، دون أن ننكر من الناحية الأخرى أهمية الاقليم في تكوين الامة بالمعنى الدقيق للكلمة ، وبالإمكان أن نجد لدى العميد (دكي) Duguít اشارة واضحة الى أهمية الاقليم في تكوين الامة (قل الشعب) على الرغم من تطلعه اليها بعيني (ارنست رينان Ernest Renan) الذي يحدد معنى الامة على أساس روحي بحت . ان (دكي) في تحليله للامة يعتمد اعتمادا كبيرا على علم الاجتماع الدركهايمي ولعل ذلك كان السبب الذي قاد به ، دون أن يقود (ارنست رينان) الى التأكيد على أهمية الاقليم في وجود الامة ليقول بالتالي : « لا توجد حقيقة امة الا اذا كانت كتلة الناس التي تقطن هذا الاقليم مشبعة بعمق ، بفكرة انها لا تستطيع العيش الا على هذا الاقليم . » ^(٤)

أما العميد (موريس هوريو) ، فقد أشار الى أن الامة (قل الشعب) كانت قد تكونت في عصر الاستقرار كنتيجة طبيعية لتزايد أفراد العشائر والقبائل القاطنة

MacIver : op. cit., p. 96.

(١)

Ibid. pp. 96-97.

(٢) للتفصيل أنظر

(٣) في هذه النقطة أنظر للتفصيل محاضراتنا في « القانون الدستوري والنظم السياسية » سبق ذكرها ص

(٢٠٣ - ٢٢٢)

Duguít : Souveraineté et liberté 2e Leçon.

(٤)

Michel Halbecq : l'Etat : son autorité son pouvoir :

ذكره

L.G.D.J., Paris 1965, pp. 273-274.

جنباً الى جنب في نفس الاقليم . ان الاطارات البدائية بسبب انها أصبحت مليئة كانت قد ذابت الواحدة في الاخرى لتكون بالتالي اطاراً واحداً متناسقاً قائماً في بلد واحد (اقليم واحد) ^(١) . ثم يضيف موضحاً فيقول : « ان الانسانية كانت قد دخلت في عصر الاستقرار الذي يفترض الثبات على أرض معينة ، وان الامة والدولة هما تركيبان اقليميان ينطبقان على مجموعة من الناس تملك ، بصفتهم هذه ، نفس الاقليم ... فداخل هذا الاقليم تتم عملية الصهر بين الاعراق وتتحقق وحدة اللغة والاشترك في الافكار لتكون بالتالي القومية ، وتنشأ بمرور الوقت فكرة للدولة ^(٢) .

أما (كاره دي مالبرج Carré de Malberg) فقد ذهب الى القول بأن علاقة الترابط القومي لا يمكن أن تكون الا اذا تمت بين أناس يجدون أنفسهم على تماس واحتكاك بفضل اقامتهم المشتركة الثابتة على اقليم مشترك . فالاقليم اذن ، هو واحد من العناصر التي تسمح للامة (قل الشعب) في أن تحقق وحدتها ^(٣) ، ثم يشير (كاره دي مالبرج) الى أن هذه الجماعة القومية اذا شاءت أن تتحول الى شكل أرقى في سلم التنظيم ، كالدولة مثلاً ، فإنها ستحتاج الى « تملك سطح أرضي تستطيع أن تؤكده عليه ذاتها لتبدو بالتالي سيادة مستقلة » ^(٤) .

ويرى الاستاذ (بردو) أن الاقليم يلعب دوره في تحويل المجموعة الانسانية الى أمة (شعب) عبر نضال هذه المجموعة الاجتماعية من أجل الاقليم ومن أجل حمايته . فهذا النضال من شأنه أن يكسب هذه المجموعة الانسانية وعياً بذاتها وهذا بدوره يساعد على تحويلها الى أمة (شعب) بقدر ما يساعد على ضمان تماسكها وضمان وحدتها ^(٥) .

M. Hauriou : op. cit., p. 80.

Idem.

Carré de Malberg. Tome I, op. cit., p. 3.

Idem.

Burdeau : op. cit., p. 76.

(١)

(٢)

(٣)

(٤)

(٥)

وقد ذهب الاستاذ (كفيليه) الى القول بأن الارض القومية من شأنها أن تمنح ، بشكل من الاشكال ، هذا الواقع الروحي الذي هو الامة (الشعب) هيئة بارزة وتكسبه شكله المادي وشخصيته وذلك بجعله موضع ادراك . ويكفي من أجل ملاحظة الاهمية التي يتمتع بها الاقليم أن نلاحظ الاهمية التي اكتسبها مفهوم «الحدود» بشكل خاص في العصر الذي انطلقت فيه ، على سبيل الدقة ، العاطفة القومية ، أي في القرن التاسع عشر ، في الوقت الذي لم تكن فيه ، بعد ، دولة منتظمة الى حد بعيد ، كفرنسا ، قد امتلكت حتى عام ١٧٨٩ حدودا محددة بشكل دقيق ^(١) .

وقد لاحظت (مدام باستيد Madame Bastide) بأن «اقليم الدولة من شأنه أن يضمن تماسك المجموعة التي تقيم عليه» ^(٢) . وبهذا المعنى أخذ الاستاذ (برلو) عندما أكد بأن الأرض تكون القاعدة التي يجري عليها الاستقرار الذي من شأنه ان يضمن الوحدة التماسكة للأفراد الذين لا يزالون في حالة تسيب وعدم استقرار ^(٣) .

أما الاستاذ (اندره هوريو) فبعد أن يشير الى الاهمية التي يتمتع بها استقرار الجماعة الانسانية على اقليم معين بالنسبة لتاريخ الحضارة بصورة عامة بقدر ما يساعد هذا الاستقرار على تحول هذه الجماعة الانسانية الى أمة يعود ليقول : « ان ضمان تعايش الافراد فيما بينهم نتيجة وجودهم على نفس الاقليم كان من شأنه أن شجع على وجود القوة السياسية كما شجع على وجود مجموعة انسانية تفوق في تماسكها القبيلة أو العشيرة أو المدينة » ^(٤) .

بكلمة موجزة أن الاقليم يؤدي وظيفته الاجتماعية بقدر ما يؤدي الى تحقيق وحدة

Cuvillier : op. cit., p. 661.

(١)

Madme Paul Bastide : Cours de droit des gens : Le cours de droit, Paris 1958 - 1959, p. 68.

(٢)

Prelot : op. cit., p. 9.

(٣)

André Hauriou : Cours de droit Consitutional, op. cit., pp. 104-103.

(٤)

المجموعة الاجتماعية ويضمن تحولها الى شكل أرقى هو الشعب ليمهد بالتالي لظهور الدولة ، ليرتبط بها من خلال وظيفة جديدة هي الوظيفة السياسية .

٣ - الوظيفة السياسية :

لم يعد الاقليم في الوقت الحاضر يقوم بمهمة دينية بعد أن تم استنفاد هذه المهمة عن طريق ما أدته من نتائج ايجابية في تطوير تنظيم المجموعات الاجتماعية كما لم يعد يضطلع بمهمة اجتماعية بالمعنى الذي أشرنا اليه بعد أن استطاعت هذه المجموعات الاجتماعية أن تحقق بفضل عوامل أخرى ، وحدتها وأن تتطور نحو شكل جديد هو الشعب . ان ظهور الشعب وقيام الدولة الحديثة بموجبه قد رتب على الاقليم مهمة جديدة يمكن اجمالها بتحوله الى نطاق اختصاص والى أداة عمل .

١ - ان ظهور الشعب كان يعني ظهور فكرة المصلحة العامة التي لم يكن لها وجود فعلي في ظل الانظمة القديمة . ان قيام الدولة على أساس من هذه الفكرة يعني وضعها أمام العديد من الواجبات . ولكن المجتمع الدولي لاسيما في الوقت الحاضر ، يتميز بكونه ليس مكونا من دولة واحدة ، وانما من العديد من الدول وان كل دولة تجد نفسها أمام ضرورة تحقيق هذه الواجبات التي تفرضها المصلحة العامة . ومن أجل ضمان عدم اعتداء الدولة في مجرى تحقيقها لواجباتها ، على حقوق الدول الأخرى الحريصة هي الأخرى ، على تحقيق واجباتها ، كان من اللازم أن يحدد النطاق الذي يتم فيه تنفيذ هذه الواجبات من أجل اشباع متطلبات المصلحة العامة . وهكذا فان الاقليم في مثل هذه الحالة سيمثل نطاق اختصاص Cadre de Competance .

وقد عبر الاستاذ (جان دابان Jean Dabin عن ذلك بقوله «ان الاقليم يرسم للدولة الحدود ، مثل هذه الحدود تقوم على أساس افتراض وجود دول متعددة وذلك لأنه في حالة افتراض وجود دولة واحدة عالمية فان رسم الحدود سيكون مجردا من

كل معنى ، ولكن في ظل نظام يتميز بتعدد الدول ، فإن تحديد الاختصاصات يفرض نفسه اذا ما اريد تحاشي الاختلاطات والمنازعات ^(١) .

ان تحديد وظيفة الاقليم بهذا الشكل كان قد وضع خطوطه الاساسية (رادنيتسكي Radnitzky منذ عام ١٩٠٦ وأخذ به (كلسن Kelsen ^(٢) بينما يرى لويس كافا ره Luis Cavaré بأن (ميشو Michoud هو الموحى بمثل هذه النظرية ^(٣) .

وقد يذهب البعض الى الاعتقاد بأن تحديد نطاق الاختصاص يمكن أن يتم بدلالة المجموعة الانسانية . بمعنى آخر ، وطبقا لهذا الاعتقاد ، فان واجبات الدولة ، لكي لا تتعارض مع واجبات الدول الاخرى ، ولكي لا يقع الاعتداء على حقوق الدول الاخرى ، ستحدد بحدود الواجبات الخاصة بالمجموعة الانسانية التي تكون عنصرا أساسيا من عناصرها . وبهذا الشكل سيكون بالامكان تصور وجود التعارض مع واجبات الدول الاخرى والاعتداء على حقوقها ، عندما تقوم الدولة بتحقيق واجبات تمس أعضاء مجموعة انسانية أخرى خاصة بدولة أخرى . ان هذه النظرية تبدو لأول وهلة انها من شأنها أن تضع بين أيدينا معيارا مرناً وسهل التطبيق . ففي كل مرة تقوم فيه الدولة بتأدية واجباتها المتعلقة بالجماعة الانسانية الخاصة بها ستكون في حدود الاختصاص الخاص بها .

ولكن هذا المعيار من الناحية الأخرى لا يمكن التمسك به على الرغم من هذه الميزة وذلك يرجع على حد اعتقاد الاستاذ (بردو) الى ما يؤدي اليه من تنازع في

L. Dalbez : op. cit., pp. 75-76.

(١)

L. Dalbez : op. cit., pp. 75-76.

(٢)

L. Cavaré : op. cit., Tome I, p. 297.

(٣)

نجد في الفقه العربي صدى لهذه النظرية فقد تمسك بها الدكتور سعد عصفور ، اذ قال : « فالأقليم هو المجال الذي تتجلى منه مظاهر سلطان الدولة . أنظر الدكتور سعد عصفور . القانون الدستوري دار المعارف بالاسكندرية . الطبعة الأولى ١٩٥٤ ، ص : ٢٢٩ كما تمسك بها الدكتور عبد الحميد متولي . سبق ذكره ص : ١٩

الاختصاص وهذا بدوره قد لا يتلاءم مع متطلبات تنسيق العلاقات الدولية .^(١) والغالب من الناحية العملية هو أن الدولة تقوم عادة بتنظيم شئون الاجانب فيما يتعلق بشؤونهم مثلما تقوم بتنظيم شئون رعاياها^(٢) . فاذا ما تمسكنا بهذا المعيار فقط دون غيره ، فاننا سنكون بصدد اعتداء على واجبات الدول الاخرى التي بدينون لها هؤلاء الاجانب بالتبعية^(٣) .

ويلاحظ الاستاذ (جان دابان) على هذه الطريقة في تحديد اختصاص الدولة بأنها تتعارض مع منطق الاشياء ، ذلك « لأن رعايا الدولة يكونون من الناحية الطبيعية جزءاً من مجموعة انسانية مستقرة ومرتبطة بأقليم محدد . وفي مثل هذه الحالة يبدو منطقياً أن تتمتع الدولة التي تضم هذه المجموعة الانسانية المستقرة باختصاص اقليمي ومثل هذا الاختصاص سيتحدد بموجب حدود الاقليم الذي تشغله هذه المجموعة ثم يعلن الاستاذ (جان دابان) عن تفضيله للطريقة الاقليمية في تحديد اختصاص الدولة على اعتبار أن التحديد الاقليمي يؤدي مهمة تحديد الاختصاص بشكل أفضل مما يؤديه التحديد الشخصي ، فلا يوجد شيء أكثر وضوحاً وأكثر يقيناً من حدود يعبر عنها بمؤشرات مخططة ومستقرة وثابتة^(٤) .

نخلص مما تقدم بأن المجموعة الانسانية لا تصلح لأن تكون معياراً يحدد بموجبه نطاق اختصاص الدولة . وان الاقليم ، على العكس من ذلك ، هو المعيار السليم ، وذلك لأنه الأكثر دقة بقدر ما يكون مثبتاً على الارض بشكل واضح ودقيق .

ان هذا ما يذهب اليه أغلب فقهاء القانون العام ، فبالنسبة للفقيه (رادنتسكي) لا يمكن أن يكون الاقليم الا واحد من مظاهر اختصاص الدولة . فهو في رأيه

Burdeau : op. cit., p. 78.

(١)

Carré de Malberg : op. cit., p. 3.

(٢)

Marcel Merle : La Vie.

(٣) قارن هذا مع

Internationale. A. Colin 1963, p. 24-25.

J. Dabin : op. cit., p. 48.

(٤)

المعيار المجالي لفعالية القوانين وفعالية مجموع الاختصاصات الخاصة بهيئات الدولة^(١).

أما بالنسبة (لميشو) فإن الاقليم لا يمكن أن يكون مجرد موضوع سلطة بالنسبة للدولة إنما هو يكون على سبيل الحصر ، الحلقة التي تظهر فيها هذه السلطة ، فإذا ما كان الاقليم يلعب دورا مهما فان ذلك يرجع الى انه يمثل حدا تتحدد بموجبه سلطة الدولة والذي خارجه تجد الدولة نفسها منزوعة السلاح^(٢) وقد لاحظ العميد (موريس هوريو) الذي أخذ بهذا المفهوم ، بأن الاقليم يضع الاساس الذي يقوم عليه اختصاص الدولة . اذ أن سلطتها العامة تتميز بأنها اقليمية وان خدماتها العامة هي الأخرى تتميز بهذه الصفة . فالدفاع عن المجموعة الانسانية يختلط مع الدفاع عن الاقليم ، وان تحسين الشروط المعاشية للمجموعة الانسانية سيقود في النتيجة الى تنظيم الاقليم^(٣) الخ ... وقد أشار (كاره دي مالبرج) - مؤيدا هذا الرأي قائلا : « ان الدولة بحاجة ، بالدرجة الاساسية ، الى امتلاك اقليم خاص بها ، انه الشرط الذي تحتاج اليه بالذات كل سلطة يمكن أن يطلق عليها اسم سلطة دولة واذا ما كانت ، على سبيل المثال ، تملك نوعا من السلطة على مواطنيها المقيمين في الخارج فان ذلك يتم ، فقط ، في الاحوال التي يكون فيها من الممكن بالنسبة لها أن تطبق عليهم في اقليمها الخاص بها آثار الاوامر التي تزعم فرضها عليهم أثناء اقامتهم في الخارج^(٤) .

أما (دل فيكيو del Vecchio) فقد قال ، « انه من الضروري أن تكون قطعة الاقليم التي تمتد عليها السلطة القانونية للدولة ، محددة . ان هذا يبدو أمرا طبيعيا ذلك لأنه لا توجد سلطة سياسية واحدة في العالم إنما هناك تعدد في الدول وبدون مثل

L. Dalbez : op. cit., pp. 75-76.

(١) ذكره

L. Cavaré : op. cit., p. 297.

(٢) ذكره

Maurice Hauriou : op. cit., p. 555.

(٣)

Carré de Malberg : op. cit., p. 3.

(٤)

هذا التحديد فإن الانظمة المختلفة ستدخل في حالة نزاع وسيستعذر عليها أن تمارس ، بشكل منتظم ، وظائفها ^(١) .

وقد ميز الاستاذ (اندره هوريو) بين وجهات نظر عديدة تقدر بموجبها أهمية الاقليم بالنسبة للدولة ، ومن جملة ما أشار اليه ما سماه بنظرية الاقليم . حد ، ويرى الاستاذ (اندره هوريو) ضرورة التمسك بهذه النظرية بالنظر لما تمتاز به ، في نظره من مزايا ^(٢) .

أما الاستاذ (ديلبز Delbez) فيقول : « ان الاقليم يبين للدولة حدودها التي خارجها لا تستطيع أن تمارس سلطتها ، وبهذا المعنى فإن كل دولة ستمتع بمجالها وميدانها اللذين في اطارهما فقط ستمارس اختصاصاتها ^(٣) .

وهكذا فإن الاقليم هو الاطار الطبيعي الذي يمارس الحاكمون في حدوده وظائف الدولة فهم سادة من الناحية المبدائية ، في اخضاع كل النشاطات التي تتم في حدود هذا الاطار . للتنظيم الذي يضعونه ، وبالمقابل فانهم لا يستطيعون استخدام سلطتهم هذه اذا كان ذلك من شأنه أن يؤدي الى تجاوز حدود الدولة ^(٤) . ويمكن القول مع الاستاذ (جان دابان) « ان كل دولة تملك مجالها وميدانها الاقليميين اللذين تمارس في اطارهما دورها واختصاصاتها الخاصة بالدولة بالنسبة لكل أولئك الذين يعيشون أو الذين يمرون على اقليمها ، سواء أكانوا وطنيين أم أجنب . » ^(٥) .

مع ذلك اذا كانت السيادة تستمد من الاقليم الحق بممارسة سلطة الدولة ، فإن

Del Vecchio : l'Etat et le Droit. Dalloz, Paris 1964, pp. 13-14. (١)

André Hauriou : Cours de droit constitutionnel, op. cit., p. 104. (٢)

Dalbez : op. cit., p. 74. (٣) أنظر

Burdeau : op. cit., p. 78. (٤)

J. Dabin : op. cit., p. 48. (٥)

هذا الحق يكون مصحوبا على سبيل الدقة بالتزام الدولة في أن تقوم في حدود الاقليم الخاص بها بحماية حقوق الدول الاخرى لاسيما حقها في ضمان وحدة الدولة وعدم خرقها ، سواء في زمن السلم أم في زمن الحرب ، هذا بالاضافة الى الحقوق التي تستطيع أن تتمسك بها فيما يتعلق بمواطنيها في الاقليم الاجنبي ^(١) .

غير أن تحديد الاختصاص بحدود الاقليم لا يعني أبدا بأنه لا توجد حالات للاختصاص الاقليمي الموزع بين دولتين أو أكثر ، كما لا يعني عدم وجود حالات من الاختصاص الموقف عندما يكون الاقليم مدارا من قبل دولة أخرى . ولكن هذه الحالات تبقى تمثل حالات استثنائية ، هذا بالاضافة الى كونها غير واضحة مما يجعل مبدأ الاختصاص عن طريق الاقليم مبدأ سليما ومتكاملا ^(٢) ، في نظر كل الاخذين به .

غير أن اعتبار الاقليم الاطار الذي تمارس الدولة في حدوده اختصاصاتها كان قد تعرض للنقد لاسيما على يد فقهاء القانون الدولي العام مثل (انزيلوتي Anzilotti) و (فيشر Visscher) و (ديلييز) و (كافاره) .

وقد لاحظ الاخير بشكل خاص انه من الضروري التمييز بين أعمال الحرب والاختصاص الجنائي ، من جهة ، والاختصاصات الاخرى من جهة أخرى ، فالاولى تتميز بأنها تتحدد على سبيل الحصر باطار الاقليم ^(٣) . أما بالنسبة للاختصاصات الأخرى فقد لاحظ (كافاره) امكانية تجاوز الحدود عند ممارستها ، فقد لاحظ ان الاقليم من الناحية الاقتصادية قد لا يكفي لاشباع حاجات السكان القاطن فيه مما يدفع به الى ضرورة البحث عن موارد ذات منبع أجنبي ، أما من

Burdeau : op. cit., pp. 78-79.

Dabin : op. cit., p. 48.

Dabin : op. cit., pp. 48-49.

L. Cavaré : op. cit., pp. 298-301.

(١) للتفصيل أنظر

كذلك

(٢)

(٣) أنظر

الناحية السياسية فقد تضطر الدولة على ممارسة العديد من الاختصاصات خارج اقليمها : في البحار العليا ، في الفضاء ، على اقليم دول أخرى في حالة الاحتلال ،^(١) كما لاحظ (كافار) بأنه في بعض الاحوال ، قد يكون موضوع الاختصاص هو الاقليم بالذات ، فاذا كان هناك العديد من الاختصاصات المتعلقة بالأشخاص الموجودين على الاقليم ، فهناك اختصاصات أخرى تستهدف الاقليم نفسه . فالاقليم في مثل هذه الحالة سيكون موضوع سلطة خاصة في التقرير من قبل الدولة ، سواء أكان ذلك على النطاق الداخلي أو على النطاق الدولي (الاختصاصات الادارية عند ما تؤدي الى تقسيم الاقليم الى مناطق متعددة . حاله توقيف الاقليم الخ) فكيف يتم تحديد مثل هذا الاختصاص^(٢) .

والذي نستطيع أن نستنتجه مما تقدم بأن اختصاص الدولة لا يتحدد فقط بموجب الاقليم ، وإنما يتحدد بموجب الاقليم بالإضافة الى العنصر الانساني^(٣) .

غير أن تحديد دور الاقليم بهذا الشكل على الرغم من أنه يؤدي الى عدم منحه صفة مطلقة في تحديد اختصاص الدولة ، فانه لا يقلل ، بأي شكل من الاشكال من وظيفة الاقليم في هذا المجال .

٢ — بالإضافة الى قيام الاقليم بوظيفة تحديد اختصاص الدولة ، فانه يضطلع بوظيفة أخرى ، بقدر ما يمثل أداة عمل *Moyen d'action* . وهذه الوظيفة تتميز ، على حد اعتقاد الاستاذ (بردو) بأنها ايجابية بالقياس على الوظيفة السابقة الذكر التي تتميز بأنها سلبية^(٤) تحديدية . كما أنها تتميز بأنها مباشرة . فالوظيفة السابقة ، في الحقيقة ، ليست وظيفة الاقليم بالذات ، اذ أنها بالاحرى ، وظيفة الاقليم

Ibid. : p. 301.

Dalbez : op. ci., p. 76.

Cavaré : op. cit., p. 302.

M. Merle. op. cit., pp. 24-25.

Burdeau : op. cit., p. 80.

(١)

بنفس المعنى كذلك

(٢)

(٣) أنظر للتفصيل في هذه النقطة

(٤)

باعتباره مجهزا بحدود . ويرى الاستاذ (جان دابان) أن الوظيفة الثانية تبدو أكثر ديمومة من الوظيفة الاولى ، ففي حالة الدولة العالمية الواحدة فان الوظيفة الاولى ستختفي بقدر ما يقترن وجود مثل هذه الدولة باختفاء الحدود الفاصلة . أما الوظيفة الثانية فستبقى قائمة في جميع الاحوال لأنها سترتبط بالاقليم بالذات ، وبهذا المعنى سيلعب الاقليم ، حتى في حالة افراض وجود الدولة العالمية الواحدة ، دورا ايجابيا ^(١) .

ان الدولة في مجرى انجازها لمهمتها ستكون بحاجة لاقليم ، أي لقطعة أرض تستطيع استعمالها كأداة من أجل تحقيق أهداف الدولة .

أ - فعلى النطاق الداخلي يمثل الاقليم بالنسبة للدولة ، عنصر قوة وبهذا المعنى فان السلطة التي تكون قوية نتيجة ثبات ميدانها الخاص ، تستطيع أن تفرض بسهولة ، توجيهها لنشاط المجموعة الانسانية ، ومن ثم فان الاقليم يمثل أداة من أدوات السلطة ، وذلك لأن من يمسك بالأرض يمسك بالسكان عليها ، فمن السهل مراقبة واجبار الافراد عندما يكون بالامكان مسكهم بواسطة الاقليم الذي يعيشون عليه ^(٢) ولا بد أن نشير هنا ، الى أن الاستاذ (ديليز) يرى أن هذه الوظيفة تتطابق مع تقاليد القرون الوسطى ومع التقاليد الملكية القديمة . ففي ظل النظام الاقطاعي كانت الأرض هي موضع الاعتبار الاول والاخير ، وفي العصر الملكي كان الفقهاء القانونيون من أمثال (كروتوس Grotius و بينكوشوئيك Bynkershoek والامراء يملكون بصدد الدولة مفهوما تملكيا أساسه الذمة المالية ، فعندما يقول الأمير « دولتي » يريد أن يقول « اقليم دولتي » فالاقليم كان يتحكم بمصير هؤلاء الذين كانوا يقطنون عليه ، فالسلطة على الاشخاص كانت في هذه المرحلة التاريخية تبدو كمظهر وكنتيجة للسلطة على الاقليم ^(٣) .

Dabin : op. cit., p. 49.

Ibid. : pp. 49-50.

Dalbez : op. cit., p. 74.

Dalbez : op. cit., p. 77.

André Hauriou : Droit Constitutionnel, op. cit., p. 115. بنفس المعنى كذلك

(١)

(٢)

كذلك

(٣)

ومثل هذه الوظيفة الايجابية التي يؤديها الاقليم تزداد أهميتها عند الاخذ بنظر الاعتبار الطرق المختلفة التي بفضلها تستطيع الدولة أن تنجز رسالتها باستعمال الاقليم كأداة . ان الاشغال العامة ، وتنظيم الملكية العقارية واستغلال الثروات الطبيعية ... الخ كل ذلك يتضمن استعمالا للاقليم . ومن أجل ضمان القناعة بأهمية الاقليم كقاعدة لعمل الدولة يكفي الرجوع الى رسالة السلطة . ان السلطة باعتبارها المراقبة والموجهة لنشاط الافراد والقائمة بضمان تلاحمهم وتوافقهم تجد نفسها ملزمة على اللجوء الى الاقاليم كأداة في انجاز مثل هذه الرسالة (١) .

ب - وعلى النطاق الخارجي يمنح الاقليم الدولة القاعدة اللازمة الذي يسمح لها لأن تبقى قائمة بوجه الغزوات . ان السلاح الذري لا يمكن أن يغير شيئا بهذا الخصوص . فطالما أن الدولة تبقى متعلقة بالارض الوطنية فإنها ستملك القدرة على الاستمرار . واذا ما وجدت الدولة نفسها خارج الاقليم بشكل نهائي ، فإنها ستتخبط وذلك لأنها في مثل هذه الحالة ستفقد أساسها الصلب الذي يقوي من سلطتها . وهكذا فان سلطة الدولة على رعاياها واستقلالها ازاء الدولة الاجنبية يعتمدان اعتمادا كبيرا على حيازتها للاقليم (٢) .

هذه هي أهم الوظائف التي يؤديها الاقليم بالنسبة للدولة ، ومثل هذه الوظائف تعكس مدى أهميته بالنسبة لها . فاذا كان الاقليم يتمتع بمثل هذه الاهمية بالنسبة للدولة فما هي طبيعة العلاقة بين الدولة والاقليم ؟ .

رابعا - العلاقة بين الدولة والاقليم :

يصعب أن نحدد العلاقة بين الدولة والاقليم دون أن نتعرف على مختلف وجهات النظر الواردة بهذا الخصوص . والتعرف على وجهات النظر هذه يضعنا ، من

Burdeau : op. cit., p. 80.

Dabin : op. cit., p. 50.

Dalbez : op. cit., p. 74.

(١)

(٢)

بنفس المعنى كذلك

الناحية المبدئية ، أمام موقفين متميزين ، وإن اخضاع هذين الموقفين للنقد هو الذي يسمح لنا في أن نحدد على سبيل الدقة العلاقة بين الدولة والاقليم .

أ - الموقف الاول يميل الى انكار أية علاقة بين الدولة والاقليم ، ومثل هذا الموقف نجده واضحا لدى العميد «دكي» على الرغم من تأكيده على أهمية الاقليم بالنسبة للامة فإنه لم يرفه ضرورة لوجود الدولة . فبمجرد أن تبرز واضحة ظاهرة التمايز بين الحكام والمحكومين في مجموعة انسانية فإن الدولة ستوجد باعتبارها السلطة الخاصة بالحاكمين ولا يهم بعد ذلك ، أن تكون هذه المجموعة الانسانية مستقرة على اقليم معين أم لا ^(١) . وقد أخذ بهذا الرأي كل من (سالموند Salamond و(وود رويلسون^(٢) Woodro Wilson . كما أخذ بهذا الرأي (جورج سل Georges Scelle فقد عارض في وجود علاقة بين الدولة والاقليم . وحاول أن يبعد عن الدولة كل عنصر مادي ليجعل منها مجرد عنصر انساني كما فعل من قبل العميد (دكي) وقد أشار (جورج سل) في معرض دعمه لرأيه الى حالة الكنيسة الكاثوليكية والمجتمعات المترحلة باعتبارها مجموعات اجتماعية شأنها في ذلك شأن الدولة ، تجد نفسها قائمة دون أن تجد حاجة للارتباط بالاقليم ^(٣) . ويبدو أن زميلنا الدكتور (منذر الشاوي) كان قد خضع لتأثير العميد (دكي) عندما أكد قائلا : « التمييز بين الحكام والمحكومين يتم داخل الجماعة البشرية ولكن هذا التمييز مقيد بامتداد جغرافي معين هو الاقليم ، ومن هنا تظهر أهمية الاقليم بالنسبة للدولة فهو الحد المادي لاعمال الحكام . والاقليم ليس بعنصر لا غنى للدولة عنه ، لأنه يمكن تصور حدوث التمييز السياسي في فئة اجتماعية غير مستقرة على اقليم محدد ^(٤) .

Prelot : op. cit., p. 9.

(١) ذكره

(٢) أنظر الدكتور سعد عصفور . سبق ذكره ص ٢٢٨

Dalbez : op. cit., p. 73.

(٣) ذكره

(٤) الدكتور منذر الشاوي . سبق ذكره . ص ٣٦

ويقرب من هذا الرأي الموقف الذي تبناه النظرية الماركسية بخصوص الدولة فهي اذ ترى في الدولة مجرد قوة مادية في يد الطبقة المالكة تستعملها هذه الاخيرة من أجل قسر الطبقات الاجتماعية الاخرى لغرض ضمان استغلالها لها ، فان الدولة في نظرها ، سوف تظهر منذ أن يظهر التمايز بين الطبقات . فالواقعة الاولى والاخيرة المؤدية الى وجود الدولة طبقا لهذه النظرية ، هي ظهور الطبقات المترتب على ظهور الملكية (١) ، أما الاقليم فليس موضع اعتبار في وجود الدولة . انما سيمثل مجرد أداة من أدوات الانتاج الداخلة في الملكية الفردية أو العامة . واذا ما تدخلت الدولة في ظل نظام الملكية الفردية لترتب لنفسها ولو بشكل مؤقت بعض الحقوق على الاقليم كما هو الحال في حالة الحرب أو الكوارث ، فانما تتدخل باسم الطبقة المالكة باعتبارها تمثل أداة في يدها ، وهي تتدخل ، بشكل استثنائي فقط في الاحوال التي يعجز فيها أفراد هذه الطبقة من الاضطلاع بمهمة مواجهة مثل هذه الحوادث بأنفسهم ، ولكن حتى في مثل هذه الاحوال فان الاقليم سوف لن يكون بأي حال من الاحوال عنصرا لازما بالنسبة للدولة .

وهناك من يلتزم بهذا الموقف بطريقة خاصة تفترض التمييز بين دول الغرب ودول الشرق فاذا كان الاقليم قابلا لأن يكون شرطا بالنسبة للدولة في الغرب فان الامر ليس كذلك بالنسبة للدولة في الشرق . ان هذا التمييز نجده واضحا لدى بعض علماء الاجتماع . فقد كتب (ديمانجون Demangeon عام ١٩٣١ في تعليقه على كتاب (كوتيه) المعنون «آداب وأعراف المسلمين» قائلا : « ان الرابطة الوحيدة في الدول الشرقية هي القوة المشخصة في السلطان طيلة حياته . ان الشرق لم يعرف العلاقة الجغرافية ، فهو لم يعرف الاطار الاقليمي للدولة . ان الجماعة الطبيعية الوحيدة في الشرق هي العشيرة التي ينظر اليها بذاتها بشكل مستقل عن كل قاعدة اقليمية .

M. Duverger : op. cit., pp. 331-334.

André Hauriou : Droit Constitutionnel, op. cit., p. 462.

كذلك

(١)

وبين أعضاء هذه الجماعة يشكل الخالق المبدأ الوحيد للتضامن ^(١) « ويأخذ بهذا الرأي الاستاذ (كفيليه) في تعليقه على رأي (ديمانجون) هذا فيقول : على الرغم من تطلعات الوحدة العربية فان الموقف لم يتغير كثيرا ^(٢) .

ان هذا الموقف كان قد تعرض للنقد . فقد وصفه الاستاذ (برلو) بأنه يمثل مجرد « مضاربة نظرية مطبوعة بطابع المخاطرة والمجازفة ، وذلك لأن عنصر الاقليم يبدو في نظر الاستاذ (برلو) متصلا اتصالا وثيقا بالمجتمع السياسي طالما انه ليس بالامكان تصور وجود سلطة في الفراغ » . ثم يضيف قائلا : « ان رومانتيكية ميشله Michelet ^(٣) تبدو أكثر واقعية من هذه الوضعية المزعومة ، عندما يؤكد عام ١٨٦٩ بأنه دون أساس جغرافي فان الشعب ، الممثل المسرحي التاريخي ^(٢) ، سيبدو ماشيا في الهواء تماما كما في اللوحات الفنية الصينية التي تنعدم فيها الارض » . ^(٤)

ب - أما الموقف الثاني ، فيتلخص بمحاولة تعريف الدولة بدلالة الاقليم بالدرجة الاولى والاخيرة ومثل هذا الموقف لا يتخذ معنى واحدا وانما يمتد من محاولة جعل الاقليم معادلا للدول الى محاولة اعتباره عنصر من عناصر وجود الدولة .

ان هذا الموقف نجده واضحا بشكل خاص لدى أولئك الذين يأخذون بالحتمية الجغرافية . ويرى الاستاذ (برلو) أن مثل هؤلاء المفكرين يرون أن توفر الاطار الجغرافي ، بشكل من الاشكال ، يؤدي الى العبور الحتمي من الوحدة الطبيعية الى الوحدة السياسية (الدولة) . وطبقا لهذا الاتجاه فان الحواجز المختلفة من بحار وأنهار وجبال تشير في نظر هؤلاء المفكرين الى الاطار الخاص بالدولة . ان هذا الاتجاه

Cuvillier : op. cit., p. 659.

(١) ذكره

Idem.

(٢)

(٣) نلاحظ ان ميشله كان قد مجد بشكل شاعري الأقليم الفرنسي ليؤكد على أهميته في وجود الدولة الفرنسية .

Prelot : op. cit., pp. 9-10.

(٤)

يسمى بنظرية «الحدود الطبيعية» ومثل هذه النظرية كانت قد تفتحت أول ما تفتحت ، في أذهان رجال السياسة الرومان وقد ظهرت فيما بعد في أوروبا مع ظهور مفهوم الدولة الحديثة في القرن السابع عشر^(١) . وإذا كانت هذه النظرية قد اختلفت بعد ذلك ، فإنها كانت قد عادت مجددا إلى الظهور في منتصف القرن التاسع عشر ، تحت ظل ظروف تاريخية خاصة ، لتعرف كامل تفتحها على يد بعض المفكرين الألمان وعلى رأسهم (راتزل Ratzel) ويرى الاستاذ كفيليه ان (راتزل) كان قد بلغ في مبالغته في تقدير أهمية الاقليم بالنسبة للدولة لحد «الجبرية» Fatalisme الجغرافية . فهو يرى بقدر ما يتعلق الامر بالدولة أن «جذورها في الارض^(٢) . وقد أشار (راتزل) بأنه لا يوجد مجتمع سياسي لا يشغل جزءا من الارض محددًا في سعته وفي شكله . والدولة في ذلك شأنها شأن أي مجتمع سياسي فهي تملك دومينها الخاص ان هذا الدومين ليس مجرد شيء أو مجموعة أشياء خارجة عن الدولة ، تقوم بامتلاكه بشكل لا حق لوجودها انما هو عنصر ملتحم كل الالتحام بالحياة الجماعية بحيث أن كل دولة تستطيع أن تتميز بموجب شكلها الاقليمي^(٣) . وقد خلاص (راتزل) في كل كتاباته إلى التأكيد بأن الاقليم يكون العامل الاساسي في تكوين الدولة . وقد تم تبني أفكار (راتزل) بخصوص العلاقة بين الدولة والاقليم البروفسور النمساوي (مول Maull) في كتابه المعنون «الجغرافية والسياسة» (١٩٢٥) بعد أن زاد في تضخيم التبعية الحتمية بينهما^(٤) .

وفي فرنسا ذهب العميد (موريس هوريو) إلى القول بأن الدول (والامم) هي عبارة عن «هيئات اقليمية Corporations Territoriales»^(٥) كما أشار قائلا : بأن الدولة هي ظاهرة اقليمية بالدرجة الاولى^(٦) .

Ibid. : p. 10.

Cuvillier : op. cit., p. 331.

Durkheim : op. cit., p. 184.

Burdeau : op. cit., p. 77.

Maurice Hauriou : op. cit., p. 555.

Prelot : op. cit., p. 9.

(١)

(٢) ذكره

(٣) ذكره

(٤)

(٥)

(٦) ذكره

أما (كاره دي مالبرج) فهو يرى أن الاقليم لا يكون مجرد جزء خاص من محتوى سلطة الدولة انما هو شرط من شروطها ونوعية تتميز بمقتضاها (١). أما (فالو Vallaux) فقد قال : « ان الدولة هي شكل جغرافي للحياة الاجتماعية (٢). اما الاستاذ (برلو) فيرى بأن عنصر الاقليم ملتحم بالمجتمع السياسي (الدولة) التحاما شديدا وهو يؤيد ما يذهب اليه كل من (موريس هوريو) و (فالو) في تقديرهما للعلاقة بين الاقليم والدولة (٣). ويمثل هذا الرأي أخذ الاستاذ (اندره هوريو) فقد أكد قائلاً : « ان الدول هي ، بالدرجة الأولى ، تشكيلات اقليمية (٤) ، وبهذا الرأي أخذ كذلك الاستاذ (ديلبيز) (٥) .

وقد لاحظ الاستاذ (بردو) أن الاهمية التي تعلق على حياة الاقليم كانت قد صدمت الفكر الدستوري (٦) الى درجة دفعت به الى القول بالمطابقة التامة بين الدولة والاقليم الذي يعيش عليه الرعايا (٧). وفي تفسير هذا الاتجاه أشار الاستاذ (بردو) قائلاً : « عندما تميل الشعوب الى تقرير مصيرها بنفسها تجدها نفسها مقادة الى ربط هذا الحق بالوحدة الكلية للاقليم . ان قدم العاطفة التي يبعثها الحرص على الوحدة الكلية للاقليم والحدة التي يدافع بها عنها ، والامكانية في وضع التعلق بالاقليم موضع الاثبات ، عندما يكون هناك خطرا مهددا كل ذلك كان قد دفع الى أن ينظر الى الاقليم باعتباره جسد الدولة . وبهذا الشكل كان قد أصبح التعبير الواضح عن حقيقتها العينية بنفس الوقت الذي أصبح فيه دليلا على ديمومتها ووحدتها ،

Carré de Malberg : op. cit., p. 4.

(١)

Prelot : op. cit., p. 9.

(٢) ذكره

Idem.

(٣)

André Hauriou : Droit Constitutionnel, op. cit., p. 103.

(٤) أنظر

Dalbez : op. cit., p. 73.

(٥) أنظر التفصيل

كذلك الدكتور عثمان خليل عثمان سبق ذكره ص : ٥١

(٦) هذا ما كان قد أشار اليه بشكل واضح الأستاذ (اندره هوريو أنظر للتفصيل -

André Hauriou : Droit Constitutionnel, op. cit., p. 104.

أنظر كذلك

Burdeau : op. cit., p. 72.

(٧)

وهكذا فان الاقليم في مثل هذه الحالة سوف يتوقف عن كونه حدا للدولة أو موضوعا خاصا بها ليصبح نوعا من التجسيد الصوفي لها ^(١) .

ان التحليل الدقيق لهذا الموقف يقود بنا ، في تقديرنا للعلاقة بين الدولة والاقليم الى نتيجتين مختلفتين ومتكاملتين في آن واحد .

النتيجة الاولى تتلخص في أن الاقليم هو العنصر الذي تتميز بموجبه الدولة عن أي مجتمع سياسي آخر .

أما النتيجة الثانية فتتلخص في أن الاقليم يكون عنصر وجود بالنسبة للدولة .

١- النتيجة الأولى : ان هذا الموقف بمختلف اتجاهاته يدفع الى الاعتقاد بأنه يميل الى اعتبار الاقليم العنصر الذي تتميز بموجبه الدولة . فنظرية (الدولة الطبيعية) بقدر ما تؤكد على العبور الاوتوماتيكي من الوحدة الطبيعية (الاقليم) الى الوحدة السياسية (الدولة) تجعل من مثل هذا العبور محصورا ومحددا ، فهو بأي شكل من الاشكال لا يمكن أن يؤدي الى وجود القبيلة أو النقابة أو النادي مثلا ، وانما يؤدي فقط ، وعلى سبيل الحتم الى وجود الدولة ، مما يؤكد بأن الدولة تتحدد وتعرف بموجب هذه الوحدة الطبيعية (الاقليم) وبقدر ما يكون الاقليم في نظر (راتزل) العنصر التكويني الاساسي بالنسبة للدولة فانها لا بد من أن تتعرف وتتحد بموجبه ، وعندما تكون الدولة في نظر العميد (موريس هوريو) هيئة اقليمية ، فلا شك انها ستتميز عن أية مجموعة اجتماعية اخرى بخاصية قيامها على أساس من الاقليم . ولا شك أن الاستاذ (فالو) لم يجد ما يميز الدولة باعتبارها شكلا من أشكال الحياة الاجتماعية سوى الاقليم .

والتأكيد على الاقليم باعتباره عنصرا تتميز بموجبه الدولة نجده واضحا وصریحا ومباشرا لدى الاستاذ (برلو) فهو يقول : « ان المتطلبات الإقليمية بالنسبة للدولة

ليست فقط كمية وإنما هي نفس الوقت نوعية . ان أهمية الارتباط بالأرض تبدو أساسية بالنسبة للدولة والمجتمع ، وهي بموجب هذا الارتباط بالأرض ، وليس بموجب السعة الديمغرافية ، تتميز عن المجموعات الأخرى . ولا شك أن كل مجتمع مكون من كائنات انسانية هو في حدود معينة «اقليمي» طالما لا توجد حياة فردية أو جماعية لا تجد لها نقطة ارتكاز في محل معين من هذا العالم . ولكن هذا المغزى الذي يتمتع به الاقليم يبدو متنوعا . فبالنسبة لتكوين العائلة أو بالنسبة لممارسة المهنة فان العامل الاقليمي باستثناء الوسط الريفي لا يكون عنصرا أساسيا وربما من الممكن أن يكون موضع عدم اكتراث ^(١) .

٢ - النتيجة الثانية : كما نستطيع أن نستخلص بأن هذا الموقف بمجموعه ، يميل الى أن يعتبر الاقليم عنصر وجود *élément de l'être* بالنسبة للدولة ، فنظرية الحدود الطبيعية لا تعلق وجود الدولة على شيء آخر غير الاقليم فبمجرد أن توجد هذه الوحدة الطبيعية توجد الدولة . أما (راتزل) فلم يجعل الاقليم شيئا خارجا عن الدولة ذاتها . فهو بهذا المعنى عنصر وجودها وليس أدل على ذلك من زعمه بأن الدولة التي تفتقد للأرض ستفتقد لجذورها ، ولا يعنى الجذر هنا الا عنصر الوجود ، تماما كما هو الحال بالنسبة للشجرة حيث أن افتقادها للجذر يعنى افتقادها لوجودها . وفي تعريف العميد (موريس هوريو) نلاحظ بأن الدولة لا تجد عنصر آخر تؤكد بموجبه وجودها غير الاقليم طالما انها تمثل ظاهرة اقليمية أو هيئة اقليمية ، ونفس المعنى نجده لدى الاستاذ (اندره هوريو) والاستاذ (ديليبز) أما بالنسبة للاستاذ (فالو) فيبدو أن الشكل الذي تتخذه الحياة الاجتماعية هو الذي يؤدي الى وجود هذه الهيئة أو تلك ، بمعنى آخر أن هذا الشكل الذي تتخذه الحياة الاجتماعية سيكون العنصر الاساسي في وجود هذه الهيئة أو تلك . واذا ما علمنا بأن الاستاذ (فالو) يرى في الدولة شكلا جغرافيا (اقليما) فان هذا الشكل الجغرافي (الاقليم)

هو الذي سيكون سبب وجود الدولة باعتبارها هيئة من الهيئات . أما الاستاذ (برلو) فهو يأخذ بهذا الاتجاه بقدر ما يؤيد (موريس هوريو) و(فالو) في موقفهما ، كما أشرنا الى ذلك من قبل .

ومع ذلك لا بد من أن نقول بأن المحاولات السابقة الذكر في اعتبار الاقليم عنصر وجود بالنسبة للدولة تبقى تمثل مجرد محاولات ضمنية قائمة بالدرجة الاولى على الاستنتاج ولكن هذه المحاولات كانت قد مهدت الطريق للاعلان الصريح الذي نجده قد شاع في المانيا على يد (بروس Preuss و (تريكر Tricker وفي فرنسا على يد (كاره دي مالبرج). (١)

ان (كاره دي مالبرج) يقول في رده على كل من (دكي) و (ميشو) « في الحقيقة أن العلاقة بين الدولة واقليمها ينبغي أن لا تعتبر أبدا كعلاقة ذات sujet بشيء objet .

أن الاقليم ليس أبدا شيء قائم خارج الشخص القانوني للدولة ، وان هذا الشخص يملك عليه سلطة يمكن مقارنتها بشكل ما أو آخر ، بالحقوق التي يتمتع بها الشخص الخاص على الاموال الداخلة في ذمته المالية انما هو عنصر تأسيس بالنسبة للدولة أي أنه يمثل عنصرا في وجودها . وليس عنصرا في ماهيتها . وبالنتيجة فهو عنصر في شخصيتها نفسها ، وهو بهذا المعنى سيبدو كجزء تكويني من شخصية الدولة التي بدونها لا تستطيع أن تكون موضع ادراك . ثم يعود فيقول : « في حالة غياب الاقليم فان الدولة لا يمكن أن تتشكل وأن افتقادها للاقليم يؤدي الى نهايتها التامة ، فالاقليم اذن هو عنصر وجود بالنسبة للدولة . ان هذا ما يعبر عنه الكتاب في تكييفهم للدولة باعتبارها هيئة اقليمية طبقاً للتعبير الذي وضعه (كييرك Gierk) ولهذا السبب كذلك ، فان الفكر المعاصر كان قد رفض المفهوم القديم الذي يقدم الدولة باعتبارها «ذاتا» والاقليم باعتباره «شيئا» ، ليعرف بالتالي الاقليم باعتباره عنصر

تكوينيا بالنسبة للدولة التي تمثل «ذاتا» قانونية أو باعتباره عنصرا من عناصر شخصيتها القانونية . ان الفضل في استخلاص هذا المفهوم يرجع الى (فريكر Fricker^(١)) .
غير أن هذا الموقف الذي يميل الى تقدير الاقليم بالنسبة للدولة بهذا الشكل كان قد خضع بنتيجتين للنقد :

١ - **نقد النتيجة الأولى :** لا شك أن الاقليم يتمتع بأهمية بالغة بالنسبة للدولة فهو عامل أساسي وضروري . وقد حاول بعض المفكرين ، وعلى رأسهم (كروتيسوس)^(٢) الى معارضة هذه الحقيقة تحت تأثير الرغبة في نزع كل صفة مادية عن الدولة وذلك لغرض ضمان هيمنة العنصر الانساني على عنصر الاقليم ولكن مثل هذه المعارضة تبدو ، في نظر الاستاذ (جان دابان) بائسة ، ذلك لأن الانسان لا يمثل مجرد روح صرفة ، فعن طريق جسمه يخضع للمجال الارضي ، وعليه ليس من المناسب بحجة التطلع الروحي ، فصله عن جذوره^(٣) الحيوية . وقد حاول هؤلاء المفكرون من أجل تعصيد ما يذهبون اليه ، أن يجدوا في الكنيسة والمجتمعات السياسية المرحلة دليلا يؤكد امكانية قيام الدولة بعيدا عن الاقليم . ولكن هذا لا يستقيم اذا ما علمنا بأن الدولة تتميز عن كل من الكنيسة والمجتمعات السياسية المرحلة . فالكنيسة بذاتها لا تمثل الا مجتمعا روحيا ، فهي قبل كل شيء مجموعة من الناس ، وان الهدف الذي تتوخاه هو الخير الذي يمس الارواح في حيز روحي ومن أجل بلوغ هذا الهدف فانها لا تحتاج الى أي اقليم . وعليه فالكنيسة ، بأهدافها وبأعضائها ، تبدو مجردة من كل عنصر اقليمي بينما الدول التي تمارس نشاطها على النطاق الدنيوي لا تستطيع أن تستغني عن الاقليم^(٤) .

Carré de Malberg : op. cit., (note), pp. 4-5.

(١)

Dalbez : op. cit., p. 75.

أنظر كذلك

André Hauriou : Droit Constitutionnel, op. cit., p. 104.

كذلك

(٢) لقد ذهب « كروتيسوس » لحد القول بأن « الدولة تنتقل بانتقال السكان » .

Ibid. : pp. 45-56.

(٤)

Dalbez : op. cit., p. 73.

كذلك



أما بالنسبة للمجتمعات السياسية المترحلة فهي تتميز بأنها لم تبلغ بعد، بسبب ترحلها هذا ، مرحلة متطورة ، بشكل كافي ، في سلم الحياة السياسية ، بينما الدولة على خلاف ذلك ^(١) . ويقول الاستاذ (ديليز) بهذا الخصوص : « ان المثل المستخلص من وجود المترجلين لا يتمتع بأية قيمة اذا لا يوجد ما هو مشترك بين التنظيم الاولي العائلي أو القبلي للمترجلين البدائيين ، والدولة الحديثة التي تفرض نفسها بفضل التاريخ أو بفضل التجربة المعاصرة على أساس أنها قائمة على قاعدة «اقليمية» ^(٢) .

غير أن تمتع الاقليم بمثل هذه الاهمية بالنسبة للدولة لا يبرر ، بأي حال من الاحوال ، القول بأنه يمثل العنصر الذي تتميز بموجبه . وذلك لأن الاقليم لا يمثل عنصرا مقتصرًا على الدولة دون سواها من المجتمعات الاجتماعية الأخرى . بمعنى آخر اذا كانت الدولة تتميز بأنها تتمتع بأقليم فهناك مجموعات اجتماعية متعددة هي الاخرى تتمتع بأقليم . ان هذا ما كان قد أشار اليه عالم الاجتماع الامريكي (سوروكين Sorokine في كتابه «المجتمع والثقافة الشخصية» ^(٣) فهو يرى بأن الاقليم لا يكون خاصية تمتاز بها الدولة عن باقي المجموعات الاجتماعية الأخرى خصوصا اذا ما علمنا بأن الاقليم الذي تشغله الدولة قد تشغله في نفس الوقت المجموعات الاجتماعية الأخرى . أما الاستاذ (بردو) فهو الآخر يرى بأنه اذا لم يكن بالامكان تصور وجود دولة بدون اقليم فهناك من الناحية الأخرى العديد من المجموعات الاجتماعية ذات الاساس الاقليمي التي لا تكون على الرغم من ذلك ، دولا . ^(٤) ان القبيلة تمثل دليلا واضحا على ذلك .

Dabin : op. cit., p. 46.

(١)

Dalbez : op. cit., p. 73.

(٢)

Sorokin : Society, Culture and Personality their structure and Dynamics. Harper, New York, 1947, pp. 2-3.

(٣)

Ibid. : p. 77.

(٤)

فمنذ عهد مبكر كان علماء الانثروبولوجية والاجتماع قد لاحظوا بأن القبيلة في جملة ما تتميز به هو تمتعها بأقليم . فقد أشار (موركان) منذ منتصف القرن التاسع عشر في كتابه «المجتمعات القديمة» الى أن القبيلة تتميز عن المجتمعات السابقة عليها بتمتعها بأقليم ، فالملاحظ مثلا بالنسبة للقبائل الهندية المسماة (الايروكوا) القاطنة في امريكا أن ما يميزها هو تمتعها بأقليم خاص بها . اذ أن كل قبيلة تملك بالاضافة الى محل اقامتها الفعلي اقليما معتبرا من حيث المساحة يستخدم من أجل الصيد . وهذا الاقليم يكون عادة . محاطا بمجال محايد يمتد حتى حدود اقليم القبيلة الاخرى المجاورة . ان هذا المجال المحايد يكون ضيقا بالنسبة للقبائل المتقاربة باللغة وشاسعا بالنسبة للقبائل المتباعدة باللغة . وهذا الاقليم يمثل بالنسبة للقبيلة «البلد» المشترك ، وهو بشكله هذا موضع اعتراف من قبل القبائل الأخرى المجاورة ^(١) .

ان القول بارتباط القبيلة بأقليم معين نجده في الوقت الحاضر لدى الكثير من علماء الانثروبولوجية والاجتماع المعاصرين فقد عرف (بدنكتون Piddington) القبيلة باعتبارها مجموعة من الناس تتكلم لهجة واحدة وتستقر في اقليم مشترك . ومثل هذا التعريف نجده كذلك لدى (ريتشارد Reichard) الذي يرى في القبيلة مجموعة ذات أساس اقليمي ، كما أخذ به (لوي Lowie) في كتابه عن «المجتمع البدائي» فقد قال : « ان الغيرة المتطرفة التي ترد بمناسبة الحقوق الاقليمية تكون خاصية تتميز بها مختلف القبائل . وتستوى في ذلك القبائل التي تبدو محرومة من الثقافة كقبائل ال (فيدا) و ال (هيدو) الخ .. وتلك التي تتمتع بمستوى ثقافي متقدم نسبيا مثل ال (ساموا) ^(٢) . وقد أخذ بهذا التعريف عالم الاجتماع الامريكاني (سوروكين) فهو

Lewis H Morgan : Ancient Society, London 1877.

(١)

Cuvillier : op. cit., pp. 569-570. ذكره p. 114.

(٢) أنظر هذه التعاريف لدى : Fermand Van Langenhove : Consciences Tribales et nationales En Afrique Noire. Institut Royale des Relations Internationales, La Haye 1960, p. 26.

يرى في القبيلة مجموعة اجتماعية حقيقية بسبب تمتعها بمركز ثابت قائم على اقليم قائم على اقليم معين ^(١) ويعتبر (شبيرا) في الوقت الحاضر من أكثر المتمسكين بهذا التعريف فهو يقول : « ان عامل الاقليم من أهم العوامل في وجود القبيلة » . ^(٢)

وهكذا نلاحظ أن القبيلة شأنها في ذلك شأن الدولة ، تتمتع هي الاخرى بأقليم مما يجعل من غير المقبول ابدا القول بأن الاقليم يمثل بالنسبة للدولة العنصر الذي تتميز بموجبه عن باقي المجموعات الاجتماعية بما فيها القبيلة . ويبدو أن الاستاذ (برلو) كان قد أدرك ذلك عندما عاد ليؤكد بأن الاقليم قد يتوافر بالنسبة لمجموعات اجتماعية أخرى ليشير بالتالي بأن الفرق بين الدولة هذه والمجموعات الاجتماعية سيكون قائما في مثل هذه الحالة على أساس من الفرق في مغزى الاقليم بالنسبة للدولة بالقياس على المجموعات الاجتماعية الاخرى ، فهو أكثر أهمية بالنسبة للدولة عما هو عليه بالنسبة للمجموعات الاجتماعية الأخرى ^(٣) : ان تأكيد الاستاذ (برلو) هذا يسمح لنا بالقول بأن الاقليم بذاته ، لا يصلح لأن يكون عنصرا تمييز ، وانما التمييز يكون قائما على أساس مغزى الاقليم ، فالتمييز هنا سوف لن يكون أكثر من تمييز في الدرجة من حيث أن مغزى الاقليم بالنسبة للدولة سيكون أعظم مما هو عليه بالنسبة للمجموعات الاجتماعية الأخرى .

٢ - فقد النتيجة الثانية : لا شك أن تقدير الاقليم بهذا الشكل ليكون عنصرا مميزا بالنسبة للدولة هو الذي دفع ، بأشكال مختلفة ، نحو القول بأنه يمثل عنصر وجود بالنسبة لها . ولكن لا بد من أن نشير الى أن مثل هذه النتيجة التي قال بها

(١) ذكره : Lucio Mendieta Y. Nnez : Théorie des groupements Sociaux. Librairie Marcel Rivière, Paris 1957, p. 88.

(٢) أنظر للتفصيل I. Schapera : Government and politics in Tribal Societies, Watts, London 1963, pp. 2-4.

أنظر للتفصيل في هذه التعاريف مقالنا المشار اليه « أثر النظام القبلي في نشأة النظام العذالي في ليبيا » جملة القانون والاقتصاد ص : ٣١٠ - ٣١١ .

Prelot : op. cit., p. 9.

(٣)

بعض الفقهاء كان قد تم التوصل اليها كذلك عبر المناقشة الطويلة التي دارت حول امكانية وجود دولة بدون اقليم .

هناك بعض الفقهاء الذين يتمسكون بالقول بامكانية وجود الدولة حتى ولو لم يتوفر لها الاقليم. وهم في قولهم هذا يشيرون الى بعض الشواهد التاريخية، ففي العهد اليوناني ترك اثينيون (عام ٤٨٠ قبل الميلاد) مدينتهم باتجاه (زيركيس Xerxés) محمولين على مركبهم ، دون أن يؤدي ذلك الى زوال التنظيم السياسي الخاص بهم ، على الرغم من عدم توفر الارض ^(١) . وفي عام ١٦٧٢ ترك الهولنديون أرضهم أمام هجوم جيوش لويس الرابع عشر ^(٢) . وفي القرن الثامن عشر وقع المسيحيون المطهرون البحرون على ظهر المركب (ماي فلور) باتجاه امريكا ليأسسوا دولة (ماساشيست Massachusetts) ، حلفا كون فيما بعد دستورهم الخاص بهم وتأسست بموجبه هذه الدولة . ^(٣) وفي عام ١٩١٤ وجدت دولة الصرب دون أن يكون لها اقليم خاص بها . وفي فترة الحرب العالمية الثانية حدث نفس الشيء ^(٤) وهم في دعمهم لرأيهم هذا يتمسكون بالقول بأن الدولة تمثل قبل كل شيء واقعا مجردا فهي تمثل سلطة مجسدة في مؤسسة ^(٥) .

غير أن هذا الرأي لا يخلو من المضاربة الفكرية ، فالدول المشار اليها كانت كانت قد وجدت بعد أن توفر لها الاقليم . بمعنى آخر قبل أن يتوفر هذا الاقليم كانت تمثل دولا في طريق التكوين أو دولا مجمدة لغاية توفر الاقليم . وإذا كانت الدولة تمثل فعلا سلطة مجسدة فينبغي من أجل أن توجد الدولة أن تمارس هذه السلطة على اقليم وعلى مجموعة من الناس فمهما تكن مؤسسات الدولة التي قد

Ibid. : p. 10.

Burdeau : op. cit., p. 77.

Prelot : op. cit., p. 10.

Burdeau : op. cit., p. 77.

Idem.

(١)

(٢)

(٣)

(٤)

(٥)

توجد خارج الدولة ، بسبب الاحتلال العسكري مثلاً^(١) موضع احترام وتقدير فانها قبل ممارسة سلطاتها على الاقليم لا تمثل الا حكومة فعلية ، بدليل أن الدولة الاجنبية ستبقى محتفظة بحرية الاعتراف بها ، وهي بكل الاحوال لا تمثل دولة ، وعليه فان مصير هذه المؤسسات يبقى معلقاً لغاية انتهاء الحرب .^(٢) بمعنى آخر أن الاحتلال لا يؤدي بأي شكل من الاشكال الى زوال الدولة^(٣) . اذ هو لا يعني مطلقاً اللاحاق^(٤) فطالما أن الدولة لا تزول نتيجة الاحتلال فلا يمكن أن نتصور بأن المؤسسات التي تنشأ في الخارج ستمثل دولة . غير أن قوات الاحتلال من الناحية الاخرى ستمارس بسبب الحاجات التي تترتب على وجودها في اقليم الدول المحتلة سلطات الحكومة ، بمعنى آخر ، أن قوات الاحتلال ستمارس سلطات ادارية وسلطات قضائية وسلطات تشريعية^(٥) ، فقوات الاحتلال ستحل محل الحكومة الشرعية فيما يتعلق بممارسة هذه السلطات فوجودها على اقليم الدولة يؤدي فقط الى حلها محل هذه الحكومة الشرعية ، فالمؤسسات التي تنشأ في الخارج ما هي في الواقع الا هذه الحكومة الشرعية التي تسمى في القانون الدولي «بالحكومة في المنفى» أن وجود الحكومة في المنفى يؤكّد في الواقع استمرار وجود الدولة التي تم اجتياحها من قبل قوات الاحتلال^(٦) . اذ هي لا تنشأ الا على أساس من استمرار وجود الدولة لذا فان وجودها يبقى مؤقتاً بفترة الاحتلال مهما طال أمدها ، طالما أن هذا الاحتلال

(١) فيما يتعلق بمفهوم الاحتلال العسكري أنظر بشكل خاص :

Odile Debbasch : l'occupation militaire L.G.D.J., Paris 1962.

Burdeau : op. cit., p. 77.

(٢)

لا بد أن نشير إلى أن الاحتلال العسكري يتميز بخاصية أساسية هي كونه مؤقتاً . أنظر :

Debbasch : op. cit., p. 5.

Del Vecchio : l'Etat et le Droit, op. cit., p. 14.

(٣)

Debbasch : op. cit.,

(٤)

Madame Paul Basside : op. cit., p. 7.

نفس المعنى

Debbasch : op. cit., p. 156-174.

(٥) أنظر للتفصيل

Ibid. : p. 227.

(٦)

لا يتعارض مع استمرار وجود الدولة ^(١) ، ولكن منذ اللحظة التي يتحول فيها الاحتلال الى الحاق تام فان الحكومة في المنفى ستختفي عن الوجود ^(٢) ، لأنها ستفقد سبب وجودها بسبب زوال الدولة نتيجة زوال اقليمها بعد الحاق . بكلمة أخرى أن هذه المؤسسات التي توجد في الخارج مجردة من الاقليم لا يمكن أن ترقى مستوى الدولة طالما انها لا تتمتع بسند انساني واقليمي . وقد يقال بأن الدولة الجيوسلوفاكية كانت قد وجدت عام ١٩١٧ في الوقت الذي لم تكن فيه أكثر من بذرة لحكومة تقيم في شقة تقع في احدى ضواحي باريس . ولكن الاستاذ (بردو) يلاحظ بأن الدول الحليفة عندما بدأت في اقامة علاقات مع بذرة الحكومة هذه ، فان ذلك لم يكن يعني أكثر من الاعتراف بالامة الجيوسلوفاكية وليس الدولة الجيوسلوفاكية ^(٣) ذلك لأن الدولة الجيوسلوفاكية لم يكن لها في ذلك الوقت وجود بالنظر لعدم توافر الاقليم وعدم توافر الرقابة على مجموعة انسانية .

غير أن الاهمية التي يتمتع بها الاقليم بالنسبة للدولة لا يبرر أبدا القول بأنه يمثل عنصر وجود بالنسبة لها ولشخصيتها وذلك لأسباب التالية :

١ - ان الاقليم غير ثابت ذلك لأن حدوده عرضة للتغيير . ويترب على هذا على حد رأي العميد (دكي) ان الدولة ستكون في حالة القول بأن الاقليم يمثل عنصر وجود بالنسبة لها غير مستقرة في وجودها كما ستكون شخصيتها بالنتيجة ، قلقة مفتقدة للتكامل والنضوج ^(٤) . وبهذا الرأي كان قد أخذ الاستاذ (ديلييز) فهو يقول : « ان الأخذين بهذه النظرية لم يستطيعوا مطلقا الاجابة على هذا الاعتراض الرئيسي الذي يتلخص طبقاً لمنطق نظامهم بأن شخصية الدولة ستجد نفسها مهددة نتيجة كل تغيير يطرأ على قاعدتها الاقليمية . فالدولة التي يكون

del Vecchio : l'Etat et le Droit, op. cit., p. 14.

(١)

Debbasch : op. cit., p. 228.

(٢)

Burdeau : op. cit., p. 77.

(٣)

Dabin : op. cit., p. 53.

(٤) ذكره

اقليمها قد تغير هي ليست نفس تلك الدولة ، انما هي دولة أخرى (١) .

٢ - ان الدولة ليست كائنا عينيا يستطيع أن يختلط مع العناصر المادية التي تبرر وجوده بنفس الوقت الذي تستخدم فيه كأداة عمل ، فاذا كان ضياع الاقليم يؤدي الى ضياع الدولة فان ذلك لا يرجع الى أنها بسبب ضياع الاقليم كانت قد أصيبت في وجودها ، وانما لأنها فقدت سبب وجودها وهو اداء العمل بالمعنى الذي سبق أن حددناه من قبل . ان الدولة في حالة فقدانها لسبب وجودها سوف لن ينظر اليها من قبل الناس باعتبارها معبرة عن السلطة ، كما أن المؤسسة الخاصة بالدولة بالاضافة الى المفهوم الذي تنتظم حوله سوف لن يكون بالامكان استخدامها في حالة تشتت الناس من أجل ضمان تلاحمهم لأن هؤلاء سوف يتوقفون عن الاعتقاد بها عندما يجدون الارض التي يمشون عليها قد أصبحت تابعة لدولة أجنبية (٢)

٣ - ان القائلين بأن الاقليم يمثل عنصر وجود بالنسبة للدولة وشخصيتها كانوا قد احتجوا بالمشابهة بين الدولة والكائن الانساني حيث أن الاقليم سيكون بالنسبة للدولة بمثابة الجسم بالنسبة للانسان . ولكن الاستاذ (جان دابان) يلاحظ بأن المشابهة غير واردة . اذ أن الكائن المعنوي (الدولة) لا يملك جسما آخر غير الافراد الذين يكونون أعضاء (٣) .

٤ - ان القائلين بأن الاقليم يمثل عنصر وجود بالنسبة للدولة كانوا من أجل تعزيز رأيهم قد أثاروا سابقة « المؤسسة (Fondation) التي تكون فيها الذمة المالية مبدأ

Dalbez : op. cit., p. 75.

(١)

ويلاحظ أن « لا بين دي فيلنوف La Bigne de Villeneuve » كان قد رد على هذا الاعتراض بالقول بأن المقصود بالاقليم الذي يكون عنصر وجود بالنسبة للدولة ، ليس هو الاقليم المعين والمحدد في سعته ، وانما هو أي اقليم حتى ولو كان قابلا ، بشكل من الأشكال ، للتنوع الكمي . ذكره : J. Dabin, op. cit., p. 53. ولكن هذا الرد غير وارد الآن الأمر لا يتعلق بمجرد التنوع الكمي .

Burdeau : op. cit., pp. 77-78.

(٢)

Dabin : op. cit., p. 53.

(٣)

ومستندا لشخصيتها. ان هذا ما كان قد ذهب اليه (دى لابراديل). ولكن الاستاذ (جان دابان) كان قد لاحظ قبل كل شيء ، بأن العلاقة بين الدولة والاقليم تختلف كل الاختلاف عن العلاقة بين الدولة والذمة المالية ، كما أن التحليل من الناحية الاخرى يبدو معيبا. اذ أن مبدأ ومستند الشخصية في حالة المؤسسة Fondation ليس هو الذمة المالية التي لا تمثل الا كتلة جامدة وسلبية ، ومجرد أداة أو بالاحرى مجرد موضوع للحق : ان مبدأ ومستند الشخصية في حال المؤسسة هي الفكرة المجسدة في المؤسسة التي تقوم الذمة المالية بخدمتها ^(١) . ويضيف الاستاذ (بردو) ان الدولة كمؤسسة تجسد مستندها في فكرة القانون التي تتجسد فيها بوساطة السلطة المؤسسية وقد يكون بالامكان التسليم بالقول بأن الاقليم يلعب دورا في تكوين فكرة القانون ولكن حتى في مثل هذه الحالة يلاحظ أن الاقليم لن يدخل في مفهوم الدولة عن طريق فكرة القانون التي يساهم في تكوينها الا بشكل غير مباشر جدا وبصفة عامل مؤثر ليس أكثر ^(٢)

وهكذا نخلص الى القول بأن الاقليم على الرغم من أنه يكون شرط لوجود الدولة فانه لا يكون بأي حال من الاحوال عنصر وجود بالنسبة لها ولشخصيتها كما أنه لا يكون كل الدولة . بكلمة أخرى أن الاقليم كشرط وجود لا يختلط أبدا مع عناصر الوجود الخاصة بالدولة التي ستبقى متمثلة بالهدف العام والسلطة السياسية الحاكمة .

خامسا - حق الدولة على الاقليم :

ان القول بأن الاقليم يكون شرطا من شروط وجود الدولة يقود الى التساؤل عن طبيعة الحق الذي تملكه عليه . ويبدو أن الاحابة على مثل هذا التساؤل ليست بالسهولة التي يتصورها المرء . فقد سبق أن أشار (كاره دى مالبرج) الى وجود عدم اتفاق حول طبيعة ما سماه بالسلطة الاقليمية ^(٣) التي لم تكن تعني بالنسبة له الا حق

Idem.

Burdeau : op. cit., (note), p. 78.

Dalbez : op. cit., p. 75.

Carré de Malberg : op. cit., p. 3.

(١)

(٢)

للمزيد من النظر أنظر

(٣)

الدولة على الاقليم . وبصورة عامة يمكن التمييز بين ثلاث مواقف .

الاول يميل الى تكييف حق الدولة على الاقليم باعتباره حق سيادة .

والثاني يميل الى تكييفه باعتباره حق ملكية .

والثالث يميل الى تكييفه باعتباره حقا ذا طبيعة خاصة .

١ - هناك من يرى بأن الاقليم هو موضوع حق خاص من حقوق السيادة بمعنى أن الدولة تملك سلطتين متميزتين : واحدة تنصب على الافراد والاخرى تنصب على الاقليم ، وبهذا الشكل تكون السلطة على الاقليم نوعا من القوة الفعلية التي تملكها الدولة ، أي أنه يمكن مقارنتها بحق حقيقي للدولة على الارض الوطنية قائم على اساس ما تملكه من سيادة عليها . ان هذا الرأي كان قد أخذ به بشكل خاص القانون الالماني (لاباند Labande) في كتابه « القانون العام للامبراطورية الالمانية » ^(١) كما أخذ به (بلنك Jellineck) ^(٢) .

غير أن (كاره دى مالبرج) كان قد اعترض على هذا التكييف بالقول بأن «السيادة بطبيعتها لا يمكن أن تكون الا سلطة على أشخاص . وان السيادة الاقليمية ينبغي أن لا ينظر اليها باعتبارها فرعاً منفصلاً ومتميزاً عن سلطة الدولة بحيث تستطيع أن تضمن لنفسها مجموعة خاصة من الحقوق الاقليمية » ذلك لأن الاقليم لا يكون جزءاً خاصاً منفصلاً ومتميزاً عن محتوى سلطة الدولة ، وانما هو يكون شرطاً من شروط سلطة الدولة ونوعية تتميز بها . ^(٣)

وقد أيد الأستاذ (جان دابان) (كاره دى مالبرج) في اعتراضه هذا فهو بعد أن يشير الى أن مفهوم «السيادة الاقليمية» يتميز بعدم الدقة كما يتميز الى حد بعيد ، بعدم الوضوح ، يؤكّد قائلا : « ان كل سيادة هي سيادة شخصية ، وهي

Ibid : p. 4.

Burdeau : op. cit., p. 81.

Carré de Malberg : op. cit., p. 4.

(١)

(٢)

(٣)

لا يمكن أن تسمى بأقليمية الا بقدر ما تحكم أشخاص موجودين على اقليم .^(١) وهذا ما أكدته الاستاذ (بردو) فهو في البداية يشير الى أن مفهوم السيادة الاقليمية ليس خاضعاً كلياً ، وذلك لأنه مما لا شك فيه بأن السلطة تتمتع بالنسبة للأرض ، بحق من شأنه أن يحجب الملكيات الخاصة عندما تكون المصلحة العامة موضوعاً موضع الاعتبار . ثم يعود الاستاذ (بردو) بعد ذلك ليؤكد قائلاً : بأن مفهوم السيادة الاقليمية يتضمن نوعاً من التشويش حيث لا يسمح بالكشف بشكل دقيق عن طبيعة حق الدولة ، ان السيادة في الواقع تمارس على الاشخاص^(٢) . ويؤكد الاستاذ (جان دابان) في الأخير في رفضه لهذا الموقف بأن موضوع الاقليم يتمثل بشيء ، وهو بهذه الصفة لا يمكن أن يكون موضع سيادة طالما أن السيادة لا تمارس الا على الاشخاص^(٣) بمثل هذا الرأي أخذ الاستاذ (بردو) بعد أن أضاف قائلاً : « ان القول بأن الدولة تتمتع بحق سلطة تجاه الاقليم يؤدي الى التأكيد بأنها تملك الحق في أن توجه الاوامر الى مالكي الارض . وفي مثل هذه الحالة يلاحظ أن حق الدولة تجاه الاقليم سوف لن يكون بالامكان تمييزه عن حق الاخضاع الذي يلتزم به الافراد^(٤) .

والذي نراه هو أن هذا الموقف لا يجد تبريره الا في الظروف التاريخية والاجتماعية للامبراطورية الالمانية فالملاحظ ان الفقه الماني بمجموعة كان قد اخذ لاسيما في عهد الامبراطورية الالمانية بمبدأ سيادة الدولة . هذا المبدأ على خلاف مبدأ سيادة الامة أو مبدأ سيادة الشعب لا يجد مصدراً آخر للسيادة غير الدولة . فقد رفض (يلنك) أن يكون الشعب بذاته متمتعاً بحقوق خاصة به ، وانما رأى فيه مجرد هيئة من هيئات الدولة ، وبهذا الرأي أخذ (بول لاباند) عندما أكد بأن «الشعب

Dabin : op. cit., p. 5.

(١)

Burdeau : op. cit., p. 81.

(٢)

Dabin : op. cit., p. 50.

(٣)

Brudeau : op. cit., p. 81.

(٤)

الالماني ليس صاحب حق^(١) وقد كان الهدف من وراء القول بسيادة الدولة هو إبراز الدولة كقوة أساسية في المجتمع لتستطيع أن تحقق الهدفين التاليين :

١ - الوقوف بوجه التجزئات التي بقيت آثارها شاخصة لوقت لاحق لاعلان الوحدة اللمانية .

وبهذا الصدد يقول الاستاذ (بنتو Pinto) ان الاتحاد الالماني كان يبدو صعبا . فاللدول اللمانية التاريخية كانت تبدي نوعا من المعارضة للوحدة المتكاملة كما أن بعض التشكيلات السياسية الاركائية كان ينبغي تصفيتها^(٢) . فالقول بسيادة الدولة كان يستهدف إبراز الدولة كقوة أساسية يستطيع أن تقف بوجه هذه التجزئات .

٢ - تصفية النزاعات الاجتماعية التي تفاقمت بعد الوحدة . فالوحدة كانت على حد قول الاستاذ (بنتو) قد « ضمت سيطرة الملاكين الكبار والعسكر » كما سمحت بتطور القوة الصناعية والتجارية^(٣) وكل ذلك كان قد زاد من حدة الصراع بين الطبقات الاجتماعية بحيث انه بات يشكل خطرا على كل الفئات الاجتماعية المالكة . فالقول بسيادة الدولة كان يتوخى من ورائه إبراز الدولة كقوة اساسية كيما يستطيع أن تحد من هذه النزاعات الاجتماعية .

غير أن هذه المبررات التاريخية والاجتماعية لا تسمح بأي حال من الاحوال التمسك بمثل هذا الموقف .

٢ - هناك من يكيف حق الدولة على الاقليم باعتباره حق ملكية وقد أشار (كاره دي مالبرج) الى ذلك بشكل غير مباشر عندما أكد محذرا من « اعتبار

Carré de Malberg : op. cit., p. 12.

(١) ذكره

Pinto : op. cit., p. 138.

(٢)

Ibid. : p. 141.

(٣)

العلاقة بين الدولة واقليمها علاقة ذات sujet بشيء objet^(١) كما أشار الى ذلك الاستاذ (بردو) فقال : «من الممكن أن نذهب في التصور بعيداً لنرى في حق الدولة على الاقليم حق ملكية . وبهذا المعنى يأخذ على سبيل الدقة فقهاء القانون الدولي الكلاسيكيون الذين يرون في الاقليم ملكية «قانون شعوب» فالامر اذن يتعلق بنوع من فوق الملكية Sur-Propriété الذي يسمح بوجود حقوق الاشخاص الخاصين في في الاحوال التي تتوافق معه^(٢) ، فالاقليم في مثل هذه الحالة سيكون الشيء الخاص الخاص بسلطة الدولة مثلما يكون المال الخاص موضوع ملكية من قبل الفرد . وكما هو الحال بالنسبة للعلاقة بين المالك وماله الخاص تستطيع الدولة أن تستعمل وتتصرف بأقليمها . ولا يمكن أن يوجد أي قيد يحد من ارادتها في هذا المجال^(٣) .

وفي تقديره لهذا الموقف أكد الاستاذ (بردو) بأنه يتضمن شيئاً من الصحة بقدر ما يعترف بوجود علاقة مباشرة بين الدولة والاقليم^(٤) ، ولكن هذا الموقف لا يقدم ، من الناحية الأخرى ، تحليلاً دقيقاً لهذه العلاقة . فقد لاحظ (كاره دي مالبرج) على هذا الموقف جعل الاقليم شيئاً objet قائماً خارج الشخص القانوني يملك عليه هذا الشخص القانوني سلطة تشبه ، الى حد بعيد ، الحقوق التي يملكها الشخص الخاص على الاموال الداخلة في ذمته المالية^(٥) وقد حذر (دل فيكيو) من الخلط بين سلطة الدولة على الاقليم وحق الملكية الخاص^(٦) ويقول بأن «الدولة تملك على الاقليم سلطة ذات طبيعة عامة لا يمكن أن تختلط مع العلاقات والاختصاصات ذات الطبيعة الخاصة Privé كالملكية مثلاً»^(٧) .

Carré de Malberg : op. cit., p. 4 (note).

(١)

Burdeau : op. cit., p. 81.

(٢)

Cavaré : op. cit., p. 296.

(٣) أنظر

Burdeau : op. cit., p. 81.

(٤)

Carré de Malberg : op. cit., p. 4 (note).

(٥)

del Vecchio : l'Etat et le Droit, op. cit., pp. 14-15.

(٦)

del Vecchio : Philosophie de Droit, op. cit., p. 357.

(٧)

أما (دوناتي Donatie) فقد اعتبر مثل هذا الخلط نوعاً من السخف^(١). وقد لاحظ الأستاذ (بردو) بأنه إذا كان الاقليم قد اعتبر كله في مراحل تاريخية معينة ملكية شخصية خاصة بالرئيس فان ظهور الدولة كان قد أدى الى زوال هذا المفهوم الذي لم يعد له وجود الا فيما يتعلق بالدومين الخاص مع تحويلات سياسية. هذا من وجهة أخرى كيف بالمستطاع التأكيد بأن الدولة تملك حق ملكية في الوقت الذي لا يبدو فيه هذا الحق أكيدا تماما حتى بالنسبة للدومين العام. انه من الواضح في الواقع، بأن هيمنة الدولة أقل عمقا بالنسبة للكل مما هو عليه بالنسبة للاجزاء المحددة التي بسبب تخصيصها للخدمة العامة تكون الدومين العام^(٢).

وفي رفضه لتكييف الحق العيني الذي تملكه الدولة على اقليمها باعتباره حق ملكية يورد الأستاذ (جان دابان) جملة أسباب :

أ - انه على خلاف حق الملكية تماما، حيث أن هذا الاخير ينصب على على أطياف fouds (اراضي، مباني) أي أنه ينصب على أجزاء محددة من الاقليم سواء تعلق الامر بحق ملكية خاص بالأفراد الخاصين أو بحق الدولة على دومينها الخاص أو حتى على دومينها العام (بينما حق الدولة على الاقليم يشمل الاقليم بكليته باعتباره المستند الاقليمي للدولة، ساحا في أن يوجد تحته، حتى لحظة ممارسته ممارسة فعلية من قبل الدولة، حتى ملكية خاصة وعامة).

ب - انه على خلاف حق الملكية الذي يمنح من الناحية المبدئية سلطات شاملة محبوسة على المالك، فان حق الدولة على الاقليم يتميز بأنه محدد فيما يتعلق بمحتواه وغاياته. فهو قبل كل شيء، لا يتضمن الامكانيات استثنائية في الاستعمال (حق نزع الملكية، وحق تهديم البناء القائم وحقوق أخرى) كما أن هذه الامكانيات المحددة، من الناحية الأخرى لا يمكن أن توضع موضع العمل الا من أجل غايات

Dalbez : op. cit., p. 77.

(١) ذكره

Burdeau : op. cit., p. 82.

(٢)

تبرر ذلك . ومن المؤكد أن كل الحقوق التي تمسك بها الدولة تخضع بصورة عامة لغاية وظيفية ، وهذا يرد حتى بالنسبة لحق الدولة على دوميئها الخاص اذ أن الدولة لا تملك اي شيء خاص بها . فالاموال التي تستطيع أن تحوز عليها تكون عادة مكرسة لخدمات ذات مصلحة عامة . ولكن فيما يتعلق بالاقليم يلاحظ بأن الغاية تبدو مخصصة الى حد بعيد تفوق التخصيص المعتاد . فبينما تقوم الدولة في حالة ممارستها لحقها المتعلق بالدومين الخاص بالاختيار الحر للغاية المتوخاة من وراء وضع المصلحة العامة موضع العمل ، فانه في حالة حق الدولة على الاقليم يلاحظ بأن الغاية المتوخاة تكون عادة محددة بالخاصية المشروطة لهذا الحق . فبالنسبة لحق انتزاع الملكية مثلا فان تخصيص المال ليكون موضوع مصلحة عامة كان قد برر انتزاع الملكية وبالنسبة لحق تهديم البناء القائم فان الضرورات العسكرية مثلا ستكون هي المبرر الاساسي ، وفي حالة دولة القانون فان مراعاة هذه الشروط تؤدي الى وجود نوع من المراقبة الفعلية ^(١) .

أما الاستاذ (كافاره) فقد اعتمد في رفضه لتكييف حق الدولة على الاقليم باعتباره حق ملكية على سبيلين .

أ - انه من غير الصحيح ، من الناحية القانونية ، القول بالمماثلة بين السلطة وحق الملكية . فسلطة الدولة تتعلق بالقانون العام فلا يمكن مقارنتها مع حق الملكية الخاصة التي ينظمها القانون المدني . ان هذا الخلط بين القانون العام والقانون الخاص كان قد جرى في العهد الاقطاعي . ولكن ليس بالامكان في العصر الحديث الاخذ به خصوصا بعد أن استطاع تقدم التحليل العلمي ان يقدم الامكانية في التمييز بين الفرعين القانونيين .

ب - ان هذا التكييف يحمل في أعماقه من الناحية السياسية ، خطرا أكيدا . انه يؤدي في الواقع الى القول بالسلطة المطلقة للدولة في المجال الاقليمي مما يسمح

Dabin : op. cit., pp. 51-52.

بالتالي بالقيام من قبلها بأي عمل بما فيه التنازل عن كل الاقليم أو جزء منه دون الحاجة في أن تأخذ ، عند قيامها بمثل هذا التنازل ، الارادة العامة بنظر الاعتبار . وباستطاعتها أن تقوم بكل ذلك على اعتبار أنها تتمتع على الاقليم بحق ملكية ^(١)

والذي نراه هو أن هذا الموقف الذي يميل الى تكييف حق الدولة على الاقليم باعتباره حق ملكية يحد تفسيره في بعض الاسباب التاريخية والاجتماعية . قد سبق أن لاحظنا من قبل بأن هذا الموقف كان موضع تبنى من قبل فقهاء القانون الدولي الكلاسيكي وإذا ما علمنا بأن « مبادئ القانون الدولي لم تتوضح الا بعد عصر النهضة » . ^(٢) فيمكن القول بأن هذا الموقف يرتبط بهذا العصر ليعكسه في جوانبه المختلفة . فمعرفة طبيعة هذا العصر قد تساعد الى حد بعيد ، على تفهم طبيعة هذا الموقف . ان هذا العصر كان بلا شك ، عصر الانظمة الملكية الاقطاعية . ويمكن القول مع الاستاذ (بنتو) ان الدولة ، في ظل هذه الانظمة لم تتخلص من — المخلقات الاقطاعية ^(٣) وإذا رجعنا الى طبيعة العلاقة القائمة بين الملك والاقليم ، في ذلك العصر ، سنلاحظ بأنها لم تكن الا علاقة ملكية . فالدومين . من الناحية المبدئية هو ذلك الجزء من المملكة الذي كان يمارس الملك عليه سلطته بشكل مباشر . ولكن الدومين من الناحية العلمية ، كان لاسيما من عهد الملوك الكابيتسيان Captiens في فرنسا ، يشمل المملكة كلها ^(٤) أن الدومين على الرغم من أنه كان يأخذ بالتوسع بطرق مختلفة (الشراء ، المصادرة ، الزواج ، الهبة ، الارث الخ) وعلى الرغم من أنه كان يشمل المملكة كلها ، كان قد اكتسب في نهاية العصور الوسطى معنى معيناً ليشمل الدومين الخاص بالتاج الذي كان ينظر اليه باعتباره تجسيدا للدولة ، وقد سبق أن لاحظنا من قبل أن الملك لم يفقد حق الملكية

Cavaré : op. cit., pp. 296-297.

(١)

Dalbez : op. cit., pp. 22-23.

(٢) أنظر في هذه النقطة

Pinto : op. cit., p. 102.

(٣)

Timbal : op. cit., p. 313.

(٤)

على دومين التاج انما كل الذي حدث هو أن قيد هذا الحق بعدم التنازل inalienabilité وهناك من يرى بأن وجود مثل هذا القيد كان قد اقتضته المصلحة القومية وهو بهذا المعنى يمثل قيذا خارجيا يؤدي الى نل الملكية الفردية للملك لصالح الامة ، هذا اذا لم يؤد الى زوالها ليؤدي بالنتيجة الى تكييف العلاقة بين هذا الدومين والملك على أساس آخر غير الملكية ، ولكن نحن نرى أن المصلحة القومية لم تكن موضع الاعتبار في وجود مثل هذا القيد ، انما مثل هذا القيد نابع من الطبيعة الاقطاعية لحق الملكية الذي كان يتمتع به الملك آنذاك . ان ما كان مهما في العصور الوسطى هو الروابط الشخصية التي تقوم على أساس من الاقليم بين الملك وتابعيه . أما الاقليم بذاته فلم يكن يتمتع الا بأهمية ثانوية . ان الاقليم كان يتمتع بأهمية بالغة في حالة الاقطاعية الخاصة Seigneurie ولكنه لم يكن يتمتع بمثل هذه الاهمية على مستوى المملكة التي لم تكن حدودها محددة ولم تكن معينة بموجب حواجز مالية متميزة عن الحواجز التي كانت تفصل بين الاقطاعيات الخاصة . فالتنازل عن الاقليم كان يعني بالمفهوم الاقطاعي التنازل عن الاقليم مع سكانه ما لم يكن مباحا طبقا لهذا المفهوم ، وذلك يرجع الى أن الملك الاقطاعي يرتبط مع تابعيه (السكان) برابطة خاصة ينظمها نوع من العقد الموقع بين الملك الاقطاعي وتابعيه . والتنازل عن الاقليم بساكنه لا يعني افسخ العقد من جانب واحد وهذا ما لم يكن بالأمكن التسليم به ،^(١) فعدم التنازل لا يعني زوال حق ملكية الملك على الاقليم بقدر ما يشير الى مظهر من مظاهر الملكية الاقطاعية الذي ظهر في عهد لاحق من تاريخ النظام الاقطاعي . ان الدولة في بداية نشأتها على يد هؤلاء الملوك الاقطاعيين لم تستطع أن تتخلص في علاقاتها بأقليمها من آثار حق الملكية هذا ، وان الفقهاء القانونيين الكلاسيكيين لم يقوموا بأكثر من منح مثل هذا الحق الصياغة القانونية اللازمة ، والتبرير النظري المناسب . يضاف الى هذا أن عصر نشأة الدولة على يد هؤلاء الملوك كان قد مثل في الواقع ، بداية ظهور الرأسمالية ، ومن أجل تحقيق التراكم البدائي لرأس المال ، وجدت هذه

Ibid. : p. 315.

(١)

الفئة الاجتماعية من المصلحة اتباع سياسة تجارية (ميركانتيلية) ومثل هذه السياسة كانت قد قادت في النتيجة الى اشراف الدولة التام على الثروات الكامنة في الارض من أجل الحصول على المعادن الثمينة . ان هذا كان يعني اشرافها التام على جميع الاراضي لغرض استغلالها وبالتالي تصدير حاصلها للحصول على هذه المعادن . ان هذا الاشراف المطلق للدولة على جميع الاراضي كان لا بد من أن يستند على أساس من حق ، فادعت انه يقوم على أساس من حق الملكية الذي يسمو على كل حقوق الملكية الخاصة بالافراد . ان هذا ما يؤكد الاستاذ (بنتو) عندما يقول : « في الاصل كان حق الملكية الخاصة خاضع للحق الاسمي للدولة . فحق الملكية الخاصة كان يتميز بأنه حق قلق كما كان قابلا للإلغاء من قبلها بدون تعويض . أن هذا ما كان عليه الوضع في مجرى فترة نشأة الرأسمالية^(١) . ان الفقهاء القانونيين الكلاسيكيين بنظريتهم هذه ، شاءوا أن يمنحوا مثل هذا الحق الذي كانت تتمتع به الدولة في بداية تكوين الرأسمالية ، طابعه النظري وشرعيته القانونية .

٣ - هناك في الاخير من يكيف حق الدولة على الاقليم باعتباره حقا عينيا ذا طبيعة مؤسسية *droit Réel de nature Institutionnelle* وهذا التكييف يأخذ به الاستاذ (جان دابان) والاستاذ (بردو) والاستاذ (ديلبيز) وقد أدخلت عليه بعض التعديلات من قبل الفقهاء الايطاليين (دوناتي) و (رومانو Romano) و (اديننا Udina) كما تم تبنيه من قبل الفقيه النمساوي (فردروز Verdrose).^(٢) فقد لاحظ الاستاذ (جان دابان) أن الدولة لا تستطيع أن تتصرف بشكل فعال ، كما لا تستطيع أن تستمر في الوجود بدون وجود مستند اقليمي . وترتب على هذا أنها تتمتع بالنسبة للاقليم بحق خاص مجهز بمتطلبات خاصة . فمن يتوخى الهدف يتوخى الوسيلة : فينبغي

Pinto : op. cit., p. 103.

(١)

Dalbez : op. cit., p. 76.

(٢)

الاعتراف للمؤسسات بحقوق ملازمة لطبيعتها ، وبامكانيات واختصاصات
ضرورية من أجل تنفيذ المهمة الملقاة على عاتقها ^(١) .

فمن المسلم به أن هناك حقا عينيا اداريا *droit réel administratif* معترفا به
لمصلحة الوحدات المحلية ، ينصب على دومينها ، ومثل هذا الحق بات موضع
اعتراف أغلب الفقهاء (موريس هوريو ، فالين ، جز ، برتلبي ... الخ) .

ومن الممكن الاستفادة من هذا الحق ، بقدر ما يتيح من امكانية في التوسع
ومن حرية في الترويض في تفسير حق الدولة على الاقليم ولكن لا بد من ان نشير الى
انه بقدر ما يتعلق الامر بمدى هذا الحق ووظيفته سيبقى نظام الاموال هو المهيمن .
وعليه نستطيع أن نقول بنوع من الثقة بأنه لا يوجد ما يمنع من توسيع هذا الحق
بشكل يسمح في أن يضم تحت لوائه الهيمنة التي تمارسها الدولة على مجموع الارض
الوطنية . ان ما يضيف في الواقع ، في المجال الاداري ، الشرعية على وجود الحق
المنصب على الدومين هو التخصيص الذي يكون عادة موضوع هذا الدومين ولكن
أليس بالامكان أن نبين بنفس الطريقة بأن كل الاقليم مخصص لمهمة تضطلع بها
الدولة ؟ لقد سبق أن رأينا عند دراستنا لوظائف الاقليم بأن الاقليم يمثل بالنسبة
للدولة أداة عمل وأداة اختصاص ، وعليه نستطيع أن نقول بأن الاقليم في مثل هذه
الحالة ، أداة مكرسة لاداء الخدمات التي تضطلع بها الدولة . ولكن هذا
التخصيص ، كما سبق أن لاحظنا من قبل ، يبقى متميزا بأنه سيهبط الى مستوى
معين هو مستوى بعض الامكانيات *Possibilité* المحددة في الاستعمال . هذا
من جهة ، ومن جهة أخرى فانه يبقى متميزا بأنه سوف لن يتضمن الشمول والقصر
exclusivité من حيث الاستعمال . وربما ذلك يرجع الى أن المهمة العامة للدولة لا
تتطلب أكثر من ذلك ولكن اذا ما تطلبت المصلحة العامة أكثر من ذلك فانه من
الممكن أن يتخذ التخصيص طابعا أكثر شمولاً وأكثر قصراً ، وقد يذهب لحد

Dabin : op. cit., p. 50.

(١)

استبعاد حقوق الملكية الفردية ، وهذا ما يجري عادة في حالة نزع الملكية وتهديم البناء القائم من أجل تحقيق أهداف الدفاع الوطني ^(١) .

ويؤكد الأستاذ (بردو) قائلا : « ان مفهوم الحق العيني المؤسسي يبدو ، في نظري ، معبرا وبشكل دقيق عن العلاقة القائمة بين الاقليم والدولة . ان الدولة تقوم على أساس من اختصاص شعب بأرض معينة . فالمؤسسة التي تتخذ شكل الدولة سوف لن يكون بإمكانها أن تهمل هذه الاداة (الاقليم) التي تقوم على أساسها من أجل تحقيق فكرة القانون التي تجسدها » ^(٢) . فلا بد من ان يترتب لها حق يقوم على اساس من هذا التخصيص الذي هو تحقيق فكرة القانون .

ان تكييف العلاقة بين الدولة والأقليم ، بهذا الشكل ، كان قد حظي بتأييد عدد كبير من الفقهاء القانونيين ، نذكر منهم (دل فيكو) ^(٣) و (بنتو) ^(٤) .

الخلاصة :

ان المجموعة الانسانية ارتبطت بالاقليم في أعقاب مرحلة تاريخية معينة من تاريخ البشرية هي مرحلة الطوطمية ، ليمثل هذا الارتباط بداية مرحلة تاريخية جديدة هي المرحلة الاقليمية . وهذه المرحلة هي التي كانت قد سمحت بوجود المجموعات الاجتماعية الاقليمية بما فيها الدولة . غير أن الاقليم في بداية احتلاله لمثل هذا المركز في خلق المجموعات الاجتماعية الاقليمية ، لم يكن محمدا ، انما مثل هذا التحديد جاء في أعقاب تطور تاريخي انتهى الى نشوء فكرة المصلحة العامة ، وارتباط هذه المصلحة باطار اقليمي محدد . ان الترابط بين الاقليم المحدد والمجموعة الانسانية كان قد مهد لنشوء الدولة بعد أن اقترن هذا التحديد بقيام

Burdeau : op. cit., pp. 82-83.

Ibid. : p. 83.

Del Vecchio : l'Etat et le Droit op. cit., p. 15.

Pinto : op. cit., p. 102.

(١) أنظر

(٢)

(٣) أنظر

(٤)

الاقليم بوظيفة معينة بالذات هي الوظيفة السياسية التي جاءت كخلاصة لتطور وظائف الاقليم . ان اقتران الاقليم المحدد ذي الوظيفة السياسية ، ونشوء الدولة . كان قد طرح للجدال موضوع العلاقة بين الاقليم والدولة ، فاذا كان البعض قد ذهب الى انكار أي شكل من أشكال العلاقة بينهما ، فان البعض الآخر كان قد جعل الاقليم عنصر كينونة بالنسبة لها . وبين هذين الاتجاهين المتطرفين يمكن اختيار اتجاه واقعي يقضي بأن الاقليم ليس أكثر من شرط من شروط وجود الدولة . ان الترابط بين الاقليم والدولة يقود الى التساؤل عن طبيعة الحق الذي تملكه الدولة على الاقليم . واذا ما تعددت الاراء بهذا الخصوص ، فان الرأي الذي نفضله هو الرأي الذي يميل الى تكييف هذا الحق باعتباره حقاً عينياً ذا طبيعة مؤسسية .

ان معالجة هذه الجوانب من الاقليم ، بقدر ما تسهم في ابراز أهمية الاقليم ، وفي تصحيح طريقة دراسته تكشف عن ضرورة تناول الجوانب الاخرى منه بالدراسة ، وهذا ما نصبو الى تحقيقه في مناسبة أخرى .

المصادر

(١) مصادر اجنبية :

- (1) Jacques Moreau, Georges Dupuis, Jacques Georgel Sociologie Politique, Eds. Cujas, Paris 1966.
- (2) MacIver : The Modern State : Oxford University Press, London 1964.
- (3) Maurice Hauriou : Precis de droit Constitutionnel Recueil Sirey, Paris 1929. Reimpression 1965.
- (4) Maurice Duverger : Institutions politiques et Droit Constitutionnel : P.U.F., Paris 1965.
- (5) Hood Phillips : Constitutional and Administrative Law. Sweet & Maxwell, London 1967.

- (6) Carré de Malberg : Contribution à la Théorie Générale de l'Etat T.I. Recueil Sirey, Paris 1920.
- (7) Pinto : Eléments de droit constitutionnel, Eds. Morel et Corduant, Lille 1952.
- (8) Prelot : Institutions politiques et droit constitutionnel, Dalloz, Paris 1963.
- (9) Louis Cavaré : Le Droit international Public positif 1 ed. Pedon, Paris 1961.
- (10) Del Vecchio : Philosophie de droit, Dalloz, Paris 1955.
- (11) Louis Dalbez : Les principes généraux du droit international public. L.G.D.J., Paris 1964.
- (12) Jean Dabin : l'Etat ou le politique, Dalloz, Paris 1957.
- (13) André Hauriou : Cours de droit constitutionnel et Institutions politiques. Les cours de droit 1960 - 1961.
- (14) André Hauriou : Droit Constitutionnel et Institutions Politiques Eds. Montchrestien, Paris 1970.
- (15) C.A. Colliard : Institutions Internationales, Dalloz, Paris 1958.
- (16) Evans-Pritchard : The Sanussi of Cyrenaica, Oxford and The Charendon press, London 1963.
- (17) Armand Cuvillier : Manuel de Sociologie T. II, P.U.F., Paris 1960.
- (18) Emile Durkheim : Journal Sociologique, P.U.F., Paris 1969.
- (19) Fortes et Evans-Pritchard : Systèmes Politiques Africains. P.U.F., Paris 1964.
- (20) Georges Davy : Eléments de Sociologie, Vrain, Paris 1950.
- (21) Maillet : Histoire des Institutions et des faits Sociaux, Dalloz, Paris 1956.

- (22) G. Burdeau : Traité de Science Politique, t. II, L.G.D.J., Paris 1949.
- (23) Jacques Ellul : Histoire des Institutions de l'antiquité, P.U.F., Paris 1963.
- (24) P.C. Timbal : Histoire des Institutions publiques et des faits sociaux. Dalloz, Paris 1961.
- (25) Robert Ducos-Ader : Droit Administratif. Dalloz, Paris 1967.
- (26) Michel Halbecq : l'Etat : Son autorité, son pouvoir. L.G.D.J., Paris 1965.
- (27) Madame Paul Busside : Cours de droit des gens. Les Cours de droit, Paris 1958.
- (28) del Vecchio : l'Etat et le Droit. Dalloz, Paris 1960.
- (29) Marcel Merle : La vie Internationale. Acolin, Paris 1963.
- (30) Sorokine : Society, Culture and personality their Structure and Dynamics. Harper, New-York 1947.
- (31) Fernand Langenhove : Consciences Tribales et nationales en Afrique Noire : Institut Royale du Relations Internationales. La Haye 1960.
- (32) Lucio Mendieta Y. Nunez : Théorie des groupements Sociaux. Librairie Marcel, Rivière, Paris 1957.
- (33) Schapera : Government and Politics in Tribal Societies. Watts. London 1963.
- (34) Odile Debbasch : l'Occupation Militaire, L.G.D.J., Paris 1962.

(٢) مصادر عربية :

- (١) جمال عسكر : « الجيوبوليتيكا في الميزان » : مجلة العلوم السياسية (المصرية) عدد مارس سنة

١٩٥٧

- (٢) الدكتور عبد الرضا الطعان : محاضرات في القانون الدستوري والنظم السياسية . القيت على طلبة السنة الأولى في كلية الحقوق ببنغازي . للعام الدراسي ١٩٧٠ - ١٩٧١ (بالرونيو) .
- (٣) الدكتور عيد الرضا الطعان : علم السياسة : المحاولات السلبية لتحديد موضوعه . دار الطبع والنشر الأهلية . بغداد ١٩٧٠ .
- (٤) الدكتور عيد الرضا الطعان : « أثر النظام القبلي في نشأة النظام الفدرالي في ليبيا » مجلة القانون والاقتصاد . كلية الحقوق . جامعة البصرة . عدد : ٢ . ١٩٧٠ .
- (٥) الدكتور عثمان خليل عثمان : القانون الدستوري . دار الفكر العربي . القاهرة ١٩٥٥ .
- (٦) الدكتور عبد الحميد متولي : الوسيط في القانون الدستوري . دار الطالب لنشر الثقافة الجامعية . الاسكندرية ١٩٥٦ .
- (٧) الدكتور منذر الشاوي : القانون الدستوري والمؤسسات الدستورية العراقية . مطبعة شفيق بغداد . ١٩٦٦ .
- (٨) الدكتور أحمد أبو زيد : دراسات انتروبولوجية في المجتمع الليبي . مطبعة دار نشر الثقافة الإسكندرية ١٩٦٢ .
- (٩) الدكتور سعد عصفور : القانون الدستوري . دار المعارف . الاسكندرية . الطبعة الأولى ١٩٥٤ .

١

تَبَوُّتُ الْجَرَمِيَّةِ

سَرَطُ لَافْتَصَاصِ الْقَضَاءِ الْجَنَائِيِّ

بِالْفَصْلِ فِي الدَّعْوَى الْمَدْنِيَّةِ

تعليق على حكم المحكمة العليا في الطعن رقم ١٧/٦٨ ق
جلسة ، ربيع الاول ١٣٩١ هـ الموافق ٧ أبريل ١٩٧١ م

للدكتور إدوار غالي الذهبي
استاذ القانون الجنائي المساعد بالجامعة الليبية
والمستشار الجمهوري المساعد (ج.م.ع.)

المبادئ القانونية :

١ - ليس للمحكمة الجنائية أن تستكمل عناصر البحث لتتمكن من الفصل في الدعوى المدنية رغم تيقنها من أن الفعل لا يعد جريمة لأن ذلك يتعارض مع القواعد التي تحدد ولاية المحكمة الجنائية بنظر الدعوى المدنية ، وهي ولاية ضيقة واستثنائية . ولا يحتاج في ذلك بنص المادة ٢٨٢ إجراءات لأنه نص عام يقتصر حكمه على دعاوى التعويض التي يختص القاضي بنظرها والفصل فيها عندما يكون الضرر ناشئاً عن جريمة .

٢ - إذا كان مبنى البراءة عدم مسئولية المتهم أو امتناع عقابه حق للقاضي الجنائي أن يفصل في موضوع الدعوى المدنية لأن الحكم في هذه الحالة لا ينفي وقوع الجريمة بل يؤكد وقوعها . أما إذا كان مبنى البراءة أن الفعل لا يكون

جريمة فإنه يتعين على المحكمة الجنائية عند الحكم بالبراءة أن تحكم كذلك بعدم اختصاصها بنظر الدعوى المدنية .

٣ — إن نص المادة ٤٣ / ٤ مرافعات إنما ينطبق على دعوى التعويض المرفوعة أمام المحكمة المدنية ولا انطباق لها بالنسبة للدعوى المدنية المنظورة تبعاً للدعوى الجنائية .

الوقائع والأسباب :

اتهمت النيابة كلاً من (....) وباقي المطعون ضدهم بأنهم في ١٨/١٠/٦٩ بدائرة مركز شرطة زليطن هاجموا أرض المجني عليهما (الطاعنين) بأن حرثوها بقصد احتلالها والانتفاع بها دون وجه حق — وقدمتهم الى محكمة جنح زليطن لمعاقبتهم بالمادة ١/٤٥٥ عقوبات . وقد ادعى الطاعنان مدنياً أمام محكمة الجنح وطلبوا تعويضاً قدره ٥٠٠ جنيه عن الأضرار المادية والمعنوية التي لحقتهم من جراء هذا الاعتداء . وقرر المتهمون الثلاثة الأول بأنهم حرثوا الأرض حقاً ولكنهم عثروا على وثيقة حبسية سابقة على وثيقة شراء المجني عليهما (الطاعنين) مما جعلهم يعتقدون أن الأرض ما زالت ملكاً لهم . وأنكر المتهم الرابع مشاركته في عملية الحرث . وقد صدرت محكمة الجنح حكمها في ٢/٣/١٩٧٠ حضورياً ببراءة المتهمين مما أسند اليهم وبعدم اختصاصها بنظر الدعوى المدنية وألزمت رافعيها بالمصاريف . وذلك تأسيساً على أن المتهمين عندما حرثوا الأرض كانوا يعتقدون أنهم يملكون فيها بموجب وثيقة الحبس ولا يقصدون مهاجمة عقار مملوك لغيرهم مما ينتفي معه القصد الجنائي والمساءلة الجنائية . ونظراً لأن الضرر الذي لحق المجني عليهما (الطاعنين) والمشار اليه في صحيفة إدعائهما بالحق المدني لم ينشأ عن خطأ ثبوت جريمة بحيث يجوز للمحكمة الجنائية أن تقضي به على مرتكب الخطأ بالتعويض فتكون غير مختصة بنظر الدعوى المدنية . — استأنف المدعيان بالحق المدني هذا الحكم فأصدرت محكمة مصراته الابتدائية (دائرة الجنح المستأنفة) حكمها في ٣/٦/١٩٧٠ بتأييد الحكم المستأنف وألزمت المستأنفين بالمصاريف .

طعن الطاعنان في هذا الحكم بطريق النقض .

ومن الاسباب التي بني عليها الطعن أن الحكم المطعون فيه أخطأ في القانون ، ذلك أنه قضى بتأييد حكم محكمة جنح زليطة الذي قضى بعدم اختصاص المحكمة الجنائية بنظر الدعوى المدنية مع مخالفة ذلك لنص المادة ٤٣ مرافعات التي تجعل محكمة الجناح مختصة بنظر دعوى التعويض الناشئة عن جنحة مهما بلغت قيمتها .

وقد انتهت المحكمة العليا إلى رفض هذا الطعن ، ووضعت المبادئ القانونية سالفة الذكر .

التعليق :

حسنت المحكمة العليا في هذا الحكم مسألة كانت وما زالت موضع خلاف في الفقه والقضاء ، وهي مسألة ثبوت قيام الجريمة كشرط لاختصاص القضاء الجنائي بالفصل في دعوى التعويض المدني .

ويعتبر هذا الحكم عدولاً من المحكمة العليا عن قضائها السابق الذي أخذت فيه برأي مخالف .

ويهمنا أن نستعرض الآراء التي قبلت في هذا الصدد حتى يتضح الرأي الذي انتهى إليه الحكم محل التعليق .

الرأي الأول :

ذهب أصحاب هذا الرأي إلى أن المشرع رأى أن يخول المحاكم الجنائية حق الفصل في الدعوى المدنية اذا كان طلب التعويض مبنياً على نفس الفعل الذي كان مطلوباً العقاب عليه في الدعوى الجنائية ، فبدلاً من أن تحكم المحكمة الجنائية بعدم اختصاصها بنظر الدعوى المدنية لأن الواقعة لا يعاقب عليها القانون ، رأى

المشرع إقتصاداً للوقت والعمل والمصاريف أن تفصل المحكمة الجنائية في طلب التعويض ، فنص في المادة ٢٨٢ إجراءات جنائية^(١) على أن : « كل حكم يصدر في موضوع الدعوى الجنائية يجب أن يفصل في التعويضات التي يطلبها المدعي بالحقوق المدنية أو المتهم ، وذلك ما لم تر المحكمة أن الفصل في هذه التعويضات يستلزم إجراء تحقيق خاص ينبي عليه إرجاء الفصل في الدعوى الجنائية ، فعندئذ تحيل المحكمة الدعوى إلى المحكمة المدنية بلا مصاريف » ، والحكم كما يمكن أن يصدر بالعقوبة يمكن أن يصدر بالبراءة لأي سبب ، ومع ذلك لا يجب أن يكون مانعاً من الحكم بالتعويض^(٢) .

ويضيف أنصار هذا الرأي أنه يجب التفرقة بين الركن المادي والركن المعنوي للجريمة ، فالقضاء الجنائي يختص بالفصل في الدعوى المدنية إذا كانت الجريمة قد وقعت في ركنها المادي حتى ولو ثبت تخلف الركن المعنوي للجريمة . ذلك لأن المشرع حينما يستخدم تعبير جريمة في قانون الإجراءات الجنائية إنما يقصد بها فقط الواقعة غير المشروعة المكونة للركن المادي للجريمة ، أما مسئولية الفاعل عن هذه الواقعة غير المشروعة فيبحثها القاضي بمناسبة الدعوى الجنائية ، كما يبحث المسئولية المدنية بناء على الدعوى المدنية . والقول بغير ذلك معناه أنه في جميع الحالات التي يحكم فيها بالبراءة يمتنع الحكم بالتعويض للمضروور من الجريمة الذي ادعى مدنياً أمام المحكمة الجنائية ، وهذا لا يتفق مع نص المادة ٢٨٢ من قانون الإجراءات الجنائية^(٣) .

(١) تقابلها المادة ٣٠٩ من قانون الإجراءات الجنائية المصري .

(٢) علي زكي العرابي - المبادئ الأساسية للإجراءات الجنائية - ج ١ سنة ١٩٥١ بند ٣٩٦ . - أنظر أيضاً : رؤوف عبيد - المشكلات العملية الهامة في قانون الإجراءات الجنائية - ج ١ سنة ١٩٦٣ ص ٦١٩ ، عدلى عبد الباقي - شرح قانون الإجراءات الجنائية - ج ١ سنة ١٩٥١ ص ٢٨٤ .

(٣) مأمون محمد سلامة - الإجراءات الجنائية في التشريع الليبي - ج ١ سنة ١٩٧١ ص ٣٠٧ .

وقد أخذت بهذا الرأي المحكمة العليا فقضت بأنه « إذا كانت المحكمة قد بنت حكمها برفض الدعوى المدنية على انتفاء المسؤولية الجنائية بسبب عدم توافر القصد الجنائي فإن هذا لا يكفي وحده لعدم المسؤولية المدنية لأن الخطأ المدني هو خروج على ما يقتضيه الحرص والعقل ، أما الخطأ الجنائي فهو مخالفة الانسان لأي نص أمر أو ناه في قانون العقوبات ، وكل خطأ جنائي في ذاته خطأ مدني والعكس ليس بصحيح وهي بذلك محصورة بنصوص اللوائح والقوانين ، أما الأخطاء المدنية فلا حصر لها . » وانتهت المحكمة الى أنه طالما لا يوجد تناقض بين الحكم المدني الذي يقضي بالتعويض والحكم الجنائي الذي يقضي بالبراءة فيجوز في حالة الحكم بالبراءة أن يحكم على المتهم بالتعويض دون أن ينطوي هذا الحكم على تعارض مع الحكم الجنائي ^(١) .

وأخذت بهذا الرأي أيضاً محكمة النقض المصرية في بعض أحكامها . فقضت بأنه لما كانت المادة ٣٠٩ من قانون الاجراءات الجنائية (تقابلها المادة ٢٨٢ من القانون الليبي) تنص في صراحة على أن كل حكم في موضوع الدعوى الجزائية يجب أن يفصل في التعويضات التي يطلبها المدعي بالحقوق المدنية أو المتهم ، وذلك ما لم تر المحكمة أن الفصل في هذه التعويضات يستلزم إجراء تحقيق خاص ينبنى عليه إرجاء الفصل في الدعوى الجنائية فعندئذ تحيل المحكمة الدعوى إلى المحكمة المدنية بلا مصاريف — لما كان ذلك فإنه كان متعيناً على المحكمة إما أن تفصل موضوع الدعوى المدنية في الحكم الذي أصدرته في الدعوى الجنائية إن رأتها صالحة للفصل فيها ، وإما أن تحيلها إلى المحكمة المدنية بلا مصاريف إن رأت أن ذلك يترتب عليه تعطيل الفصل في الدعوى الجنائية . أما وقد قضت بعدم اختصاصها بنظر الدعوى المدنية بمظنة أنها غير مختصة أصلاً بالفصل فيها فإن حكمها يكون مخالفاً للقانون ^(٢) .

(١) المحكمة العليا ٢٢ مارس سنة ١٩٥٨ قضاء المحكمة العليا الجنائي — ج ٢ ص ١٢٦ .

(٢) نقض ٣٠ يولية سنة ١٩٥٣ مجموعة أحكام النقض س ٤ رقم ٣٦٧ ص ١٠٥٢ . — أنظر أيضاً في الأحكام القديمة لمحكمة النقض : جندي عبد الملك — الموسوعة الجنائية ج ٣ بند ١١٨ ، مذكرة لجنة المراقبة القضائية في ١٤ مايو سنة ١٩٠٠ المجموعة الرسمية س ١ ص ٤٠٤ .

وقضت أيضاً بأن القضاء بالبراءة لعدم العقاب على واقعة القبض بدون وجه حق لا يؤدي حتماً إلى انتفاء المسؤولية المدنية ولا يمنع أن تكون نفس هذه الواقعة فعلاً خاطئاً ضاراً يوجب ملزومية فاعله بتعويض الضرر، ولذلك يتعين على المحكمة الجنائية أن تفصل في موضوع الدعوى المدنية في الحكم الذي أصدرته بالبراءة في الدعوى الجنائية المتبوعة ما دامت لم تر أن الفصل في التعويضات - موضوع الدعوى المدنية - كان يستلزم اجراء تحقيق خاص ينبي عليه تعطيل الفصل في الدعوى العمومية (١).

كما قضت بأن الحكم بالتعويض غير مرتبط حتماً بالحكم بالعقوبة في الدعوى الجنائية، إذ أن الشارع أوجب على المحكمة أن تفصل في الدعوى المدنية - فالفعل ولو لم يكن جريمة معاقباً عليها قانوناً إلا أنه مع ذلك قد يكون جنحة أو شبه جنحة مدنية يصبح لمن ناله ضرر منه أن يطالب بتعويضه - فإذا كانت الدعوى المدنية قد رفعت على وجهها الصحيح وكان الحكم المطعون فيه قد عرض لأدلة الدعوى الجنائية واستظهر عدم توافر ركن الخطأ الذي تنتسب إليه وفاة المجني عليه، فإنه كان متعيناً على المحكمة أن تفصل في الدعوى المدنية في الحكم الذي أصدرته، أما وقد قضت بعدم اختصاصها بنظر تلك الدعوى فإن حكمها يكون مخالفاً للقانون ويتعين لذلك نقضه (٢).

الرأي الثاني :

يرى أصحاب هذا الرأي أنه يشترط لاختصاص القضاء الجنائي بنظر الدعوى المدنية أن يعد الفعل المسند الى المتهم جريمة يعاقب عليها القانون، ويجب أن تكون هذه الجريمة مكتملة الأركان، سواء في ذلك الركن المادي أو الركن

(١) نقض ١٧ أبريل سنة ١٩٥٦ مجموعة أحكام النقض س ٧ رقم ١٧٠ ص ٥٩٦ .

(٢) نقض ٣ نوفمبر سنة ١٩٥٩ مجموعة أحكام النقض ش ١٠ رقم ١٨١ ص ٨٤٩ .

المعنوي ، فاذا تخلف الركن المعنوي فلا تقوم الجريمة ويتعين على المحكمة الجنائية أن تحكم بالبراءة وبعدم اختصاصها بنظر الدعوى المدنية ^(١) .

وواضح من الحكم محل التعليق أنه أخذ بهذا الرأي ، لأن الحكم ببراءة المتهمين كان مبنياً على انتفاء الركن المعنوي للجريمة ، رغم اعتراف المتهمين بارتكاب الركن المادي للجريمة ، وقد حكمت محكمة الموضوع ببراءة المتهمين وبعدم اختصاصها بنظر الدعوى المدنية ، وأيدها في ذلك المحكمة العليا .

والاحكام الحديثة لمحكمة النقض المصرية تأخذ بهذا الرأي ، فقضت بأنه إذا كان الحكم المطعون فيه إذ قضى ببراءة المتهم لما تكشف له بداعة من أن الواقعة المرفوعة بها الدعوى الجنائية هي منازعة مدنية بحت تدور حول إخلال بتنفيذ عقد بيع ، وقد البست ثوب جريمة التبيد على غير أساس من القانون ، فإن قضاءه بالبراءة اعتماداً على هذا السبب يلزم عنه اعتبار المحكمة الجنائية غير مختصة بالفصل في الدعوى المدنية . أما وقد تعرض لها الحكم وفصل في موضوعها بالرفض فإنه يكون قد قضى في أمر هو من اختصاص المحاكم المدنية وحدها ولا شأن للمحاكم الجنائية به . لما كان ذلك ، وكان هذا الخطأ في القانون يتسع له وجه الطعن فإنه يتعين نقض الحكم المطعون فيه فيما قضى به في الدعوى المدنية وعدم اختصاص المحاكم الجنائية بالفصل فيها ^(٢) .

(١) محمود محمود مصطفى - شرح قانون الاجراءات الجنائية - طبعة عاشره سنة ١٩٧٠ / بند ١٢٠ ، عوض محمد - الاحكام العامة في قانون الاجراءات الجنائية اليبني - ج ١ سنة ١٩٦٨ بند ١٢٤ ، كتابنا في اختصاص القضاء الجنائي بالفصل في الدعوى المدنية - طبعة أولى سنة ١٩٦٤ بند ١٢ .

(٢) نقض ١١ ديسمبر سنة ١٩٦٢ مجموعة أحكام النقض س ١٣ رقم ٢٠٣ ص ٨٤٢ . وقضت بأنه متى كان الواضح مما أثبتته الحكم المطعون فيه أن إخلال المتهم بالتعاقد الذي يدعيه الطاعن لا تتكون به جريمة الغش المرفوعة به الدعوى ، فإن قضاءه بالبراءة اعتماداً على هذا السبب يترتب عليه عدم اختصاص المحكمة بالفصل في الدعوى المدنية اما وقد قضت المحكمة في أمر هو من اختصاص المحاكم المدنية ولا شأن للمحاكم الجنائية به ، مما يقتضي نقض الحكم المطعون فيه والحكم بعدم اختصاص المحاكم الجنائية بنظر الدعوى المدنية (نقض ٢٥ مايو سنة ١٩٥٩ مجموعة أحكام النقض س ١٠ رقم ١٢٥ ص ٥٦٤) . انظر أيضاً نقض ١٠ يوفية سنة ١٩٥٨ مجموعة أحكام النقض س ٩ رقم ١٦٤ ص ٦٤٤ .

وقضت بأن الأصل في دعاوى الحقوق المدنية أن ترفع الى المحاكم المدنية ، وإنما أباح القانون استثناء رفعها إلى المحكمة الجنائية متى كانت تابعة للدعوى الجنائية وكان الحق المدعي به ناشئاً مباشرة عن ضرر رفع للمدعي من الجريمة ، فإذا لم يكن الضرر الذي لحق به ناشئاً عنها سقطت تلك الاباحة وسقط معها اختصاص المحكمة الجنائية بنظر الدعوى المدنية . ولما كان الحكم بالبراءة بني على أن الواقعة المرفوعة بها الدعوى الجنائية هي منازعة مدنية بحت تدور حول عدم الوفاء بقرض وقد البست ثوب جريمة التبديد على غير أساس من القانون أو سند من الواقع ، فإن القضاء بالبراءة لهذا السبب يلزم عنه الحكم بعدم الاختصاص بالفصل في الدعوى المدنية (١) .

وقد استقر القضاء الفرنسي والبلجيكي على أن المحكمة الجنائية لا تختص بالفصل في الدعوى المدنية إلا إذا كانت هناك جريمة مرفوعة بشأنها الدعوى العمومية . فإذا كانت الواقعة المطروحة على المحكمة الجنائية لا تكون جريمة فلا تملك المحكمة البحث فيما إذا كان المتهم قد ارتكب شبه جنحة مدنية *quasi-délit* أو ما إذا كان مرتبطاً بالتزام مدني (٢) .

وفي رأينا أن هذا القضاء هو الأقرب إلى الصواب ، فإذا تبينت المحكمة الجنائية عدم قيام الجريمة ، سواء في ركنها المادي أو ركنها المعنوي ، تعين عليها أن تحكم ببراءة المتهم وبعدم اختصاصها بنظر الدعوى المدنية ، لأن الدعوى

- (١) نقض ٢ مارس سنة ١٩٧٠ مجموعة أحكام النقض س ٢١ رقم ٨١ ص ٣٢٥ .
 (٢) أنظر في : أحكام القضاء الفرنسي : نقض ١٣ فبراير سنة ١٩٢٦ سيري ١٩٢٧ - ١ - ٣١٩ ، نقض ١٧ يونية سنة ١٩٣٢ جازيت دي باليه ١٩٣٢ - ٢ - ٣٤٥ ، نقض ٢٤ أبريل سنة ١٩٥٨ دالوز ١٩٥٨ somm ١٣٨ . وفي أحكام القضاء البلجيكي : نقض ٣ أكتوبر سنة ١٩٦٠ باسيكريزي ١٩٦١ - ١ - ١٢٤ ، نقض ٨ فبراير سنة ١٩٦١ باسيكريزي ١٩٦١ - ١ - ٦١٣ وجاء بأسباب هذا الحكم :

Attendu, sans doute, que, pour que l'action civile puisse être exercée devant les tribunaux répressifs, il faut nécessairement qu'elle soit fondée sur un fait délictueux...

... وانظر أيضاً نقض ١٥ مايو سنة ١٩٦١ باسيكريزي ١٩٦١ ١ ٩٨٣ .

المدنية في هذه الحالة تكون غير ناشئة عن جريمة ، وإنما عن خطأ مدني لا يجرمه القانون ، وبالتالي تختص بنظرها المحكمة المدنية طبقاً للقاعدة العامة (١) .

وعندنا أن هذا الرأي مستفاد من المادة ١/٢٢٤ من قانون الاجراءات الجنائية التي تنص على أن : « لمن لحقه ضرر من الجريمة أن يقيم نفسه مدعياً بحقوق مدنية أمام المحكمة المنظورة أمامها الدعوى الجنائية في أية حالة كانت عليها الدعوى حتى صدور القرار باقفال باب المرافعة طبقاً للمادة ٢٤٨ » . وإذن فطبقاً لهذا النص يشترط قيام الجريمة ونشوء الضرر عن هذه الجريمة حتى يمكن الادعاء مدنياً أمام المحكمة الجنائية (٢) .

ولا يجوز لأصحاب الرأي الآخر أن يستندوا إلى نص المادة ٢٨٢ من قانون الاجراءات الجنائية ، لأن هذا النص لا يعمل به — كما ذهب بحق الحكم على التعليق — إلا إذا كانت المحكمة الجنائية مختصة بالفصل في الدعوى المدنية ، إذ في هذه الحالة يجب عليها أن تفصل في الدعوى المدنية أو تحيلها إلى المحكمة المدنية . هذا فضلاً عن أن إلزام المحكمة الجنائية بالفصل في الدعوى المدنية على الرغم من الحكم بالبراءة يؤدي إلى نتيجة خطيرة ، تظهر في حالة رفع الدعوى المباشرة من المدعي بالحقوق المدنية ، فهو كثيراً ما يبني طلبه على أساس جنائي في الظاهر ، مدني في الواقع ، ومن المعروف أنه لا يجوز لأحد أن يغير بعمله في القواعد القانونية التي توزع بها الولاية بين المحاكم (٣) .

ويضيف بعض الشراح أنه يجب ثبوت الجريمة على المتهم المرفوعة عليه الدعوى ، بمعنى أن تتحقق المحكمة من أن الجريمة التي وقعت قد أتاها المتهم المرفوعة عليه الدعوى الجنائية ، ويترتب على ذلك أن البراءة المبينة على عدم ارتكاب المتهم الفعل المكون للجريمة يترتب عليها وجوب الحكم بعدم اختصاص

(١) انظر كتابنا سالف الذكر بند ١٢ .

(٢) انظر كتابنا سالف الذكر بند ٨ .

انظر أيضاً المادة ٢٥١ من قانون الاجراءات الجنائية المصري .

(٣) انظر نقض مصري ١٩ فبراير سنة ١٩٣٤ مجموعة القواعد القانونية ج ٣ رقم ٢١٠ ص ١٧٢ .

المحكمة بنظر الدعوى المدنية (١)

وفي رأينا أن هذا الشرط لا لزوم له ، فإذا لم يثبت في يقين المحكمة الجنائية أن المتهم هو الذي ارتكب الجريمة المسندة اليه تعين عليها أن تقضي ببراءته ورفض الدعوى المدنية المرفوعة ضده (وكذلك ضد المسئول عن الحقوق المدنية) . وبعبارة أخرى نقول إن الشرط المذكور لازم للحكم بقبول الدعوى المدنية ونجاح المدعي المدني في طلباته ، ولكنه ليس شرطاً لاختصاص القضاء الجنائي بنظر الدعوى المدنية ، فهذه الدعوى الأخيرة تكون قد رفعت على وجهها الصحيح أمام القضاء الجنائي المختص بنظرها (٢) . ومن ناحية أخرى فإن الرأي المذكور يخلط بين الدعوى المدنية المبنية على مسئولية المتهم والدعوى المدنية المبنية على مسئولية المسئول عن الحقوق المدنية ، اذ من المقرر أن القضاء الجنائي لا يختص بالفصل في دعوى التعويض المرفوعة على المسئول عن الحقوق المدنية إلا إذا كان مختصاً باعتباره مسئولاً عن فعل المتهم ، أما إذا أمكن إسناد خطأ شخصي إلى المسئول عن الحقوق المدنية فإن القضاء الجنائي يكون غير مختص بالحكم بالتعويض عنه (٣) .

(١) محمود مصطفى بند ١٢٠ ، مأمون سلامة ص ٣١٠ .

وقضت محكمة النقض المصرية بأنه متى كانت المحكمة قد قضت ببراءة المتهمين ورفض الدعوى المدنية قبلهم لعدم ثبوت نسبة الواقعة اليهم ، وكانت الدعوى المرفوعة على المسئول عن الحقوق المدنية لم ترفع الا باعتبارها تابعة للدعوى الجنائية السابقة التي قضى فيها بالبراءة ، فإنه يمتنع على المحكمة الجنائية أن تنقض بالتعويض في هذه الدعوى التابعة بحالتها التي رفعت بها ما دام المسئول الحقيقي عن الحادث لم يعين ولم ترفع عليه الدعوى الجنائية بالطريق القانوني (نقض ١١ مارس ١٩٥٧ مجموعة أحكام النقض س ٨ رقم ٦٦ ص ٢٣١) .

وقضت محكمة النقض الفرنسية بأن القضاء الجنائي لا يستطيع - دون مخالفة قواعد الاختصاص - أن يحكم بالتعويض عن ضرر ناشئ عن الجريمة من غير أن يقرر قيام هذه الجريمة في جانب المتهم (نقض ٢٤ أبريل سنة ١٩٥٨ دالوز ١٩٥٨ somm ١٣٨) .

(٢) Stefani (Gaston) et Tevasseur (Georges), Procédure pénale, Précis (٢) Dalloz, 1959, n. 176.

(٣) انظر نقض مصري ١٧ ديسمبر سنة ١٩٤٥ مجموعة القواعد القانونية ج ٧ رقم ٣٥ ص ٢٨ ، ٦ فبراير سنة ١٩٥١ مجموعة أحكام النقض س ٢ رقم ٢٢٢ ص ٥٨٩ ، ٧ يناير سنة ١٩٥٢ س ٣ رقم ١٤٥ ص ٣٨٤ ، ١١ مارس سنة ١٩٥٧ سبقت الاشارة اليه .

العلاقة بين القانون المدني والشرعة الإسلامية

تفاهير على حكم المحكمة العليا الليبية

الدكتور بهام محمد عطا الله

يشير حكم المحكمة العليا في ليبيا الصادر في ١٥ ديسمبر ١٩٧٠ (الطعن رقم ١٦/٦٢ ق مجلة المحكمة العليا السنة السابقة ٧١ العدد الثاني يناير ص ١١٥) عدة نقاط هامة لا يتعرض لها الفقه عادة لجديتها ولتعلقها بفروع قانونية متعددة مما يشجع على عدم دراستها بحيث يستبعد المتخصصون في كل فرع من مجال دراستهم مكثفين بالاحالة الى القواعد العامة التي تصبح في النهاية قواعد غامضة وتختلط على الكثيرين حتى على كبار القضاة .

والنقاط التي يثيرها الحكم الذي نتعرض له تتصل من ناحية بعلاقة القانون المدني بالشرعة الإسلامية وعلى وجه التحديد بمبدأ التزام المحاكم الشرعية بأحكام القانون المدني ومدى التزام المحاكم العادية بقرارات وأحكام المحاكم الشرعية كما تتصل من ناحية أخرى بتحديد أهلية التقاضي على وجه التحديد أهلية القاصر في رفع الدعوى باسمه أو نيابة عن غيره .

ويجب قبل التعرض بالتفصيل لهذه النقاط أن نوضح أن الحلول التي أخذت بها المحكمة العليا تثير الكثير من التحفظات حيث تعتبر في نظرنا بعيدة عن أن تكون تطبيقاً سليماً لقواعد القانون الوضعي الليبي : فليس بصحيح ما تقوله المحكمة

العليا من أن المحاكم الشرعية لا تتقيد بأحكام القانون المدني الخاصة بتحديد سن الرشد وليس بصحيح ما تقوله المحكمة في هذا الحكم من أن رفع الدعوى يعتبر عملا من أعمال الإدارة أو أنه تصرف نافع نفعا محضا وبالتالي يستطيع أن يقوم به القاصر المأذون ، وتطبق في هذه الحالة مبدأ أنه لا يستطيع أحد أن يطالب بالابطال سوى من تقرر البطلان لحماية مصلحته ، ذلك أن أهلية التقاضي لها أحكام خاصة حيث يتعلق الامر بحسن سير العدالة وبتنظيم مرفق القضاء .

وتتلخص وقائع الدعوى التي أدت الى هذا الحكم في أن شخصا توفي عقب أن صدمته سيارة مؤمن على مسؤولية قائدها لدى إحدى شركات التأمين العربية التي كان مصرحا لها أن تعمل في ليبيا قبل صدور قرار التأمين . وترك هذا الشخص عدة أولاد أكبرهم كان في سن العشرين وقت الوفاة كما خلف أبا واما وزوجة وفكر هؤلاء في رفع دعوى تعويض على المسئول وعلى شركة التأمين ، ويبدو أن محاميهم قد نصحهم بأن يطلبوا أولا : تعيين وصي على الأولاد القصر ، حتى يمكن أن يرفع الدعوى نيابة عنهم ، وفعلا طلبوا من المحكمة الشرعية تعيين وصي على أولاد المتوفي القصر ولكن المحكمة عينت أكبر الأولاد الذي لم يكن قد بلغ الواحدة والعشرين بعد وصيا على أخوته الصغار ، ورفع هذا القاصر الذي عين وصيا دعوى على شركة التأمين يطالب بالتعويض عن وفاة أبيه ورفعها باسمه ونيابة عن اخواته باعتباره نائبا عنهم وباسم جديه وأمه (أي أبا المتوفي وزوجته) الذين وكلوا في رفع الدعوى نيابة عنهم . ولكن شركة التأمين دفعت بعدم أهلية الوصي لعدم بلوغه سن الرشد وهنا بدلا من أن يلجأ المدعون الى المحكمة الشرعية لتعيين وصي آخر بالغ الرشد اقتصروا على أن يوكل القاصر المعين وصيا جده في رفع الدعوى نيابة عنه وعن القصر كما وكلت الجدة والزوجة (أي ام وزوجة المتوفي) الجدة ايضا في رفع الدعوى واعتبرت محكمة أول درجة ذلك تصحيحا كافيا وحكمت بالتعويض للمضرورين .

استأنفت شركة التأمين الحكم ، ولكن محكمة الاستئناف أيدت حكم

محكمة أول درجة ومن ثم طعنت شركة التأمين بالنقض وهو الطعن الذي رفضه المحكم موضوع التعليق ، والذي يتعين علينا الآن بحث النقاط القانونية التي أثرت فيه عارضين مدى التزام المحاكم الشرعية بسن الرشد الذي حدده القانون المدني ثم لاهلية رفع الدعوى وجزاء عدم توافر هذه الاهلية .

اولا : التزام المحاكم الشرعية بسن الرشد كما حدده القانون المدني :

من المعروف أن المشرع الليبي غداة الاستقلال قد قام بخطوة رائدة سبق بها المشرع المصري والمشرع التونسي والجزائري - اذا قصرنا المقارنة على بلاد شمال افريقيا - وذلك بأن أدمج المحاكم الشرعية والمحاكم المدنية في ظل نظام قضائي عادي موحد (انظر النظام القضائي الصادر في ١٩٥٣ ، ١٩٥٤) وقد أدى ذلك الى اعتراض قضاة المحاكم الشرعية التي كانت قائمة قبل الاستقلال (انظر مضابط جلسات مجلس الشيوخ في دور انعقاده الاول) كما يبدو أن بعد المحاكم الجديدة عن المتقاضين وتعقيد الاجراءات أمامها وزيادة نفقات التقاضي (انظر : ليبيا الحديثة لمجيد قدوري) قد أدى الى رد فعل قوي ضد هذا الادمج كانت نتيجته أن عدل النظام القضائي في سنة ١٩٥٨ وأنشأت من جديد كما كان الحال أيام الاستعمار الايطالي المحاكم الشرعية لتقوم بجانب المحاكم المدنية ولتختص بالنظر في مسائل الاحوال الشخصية التي عني المشرع بتحديداتها وتحديد المصادر التي تستقى منها الاحكام المنظمة لها .

فنصت المادة ٢٠ من نظام القضاء الصادر في ٨ أكتوبر ١٩٥٨ على أن :
« تشمل الاحوال الشخصية المنصوص عليها في هذا القانون المنازعات والمسائل المتعلقة بحالة الاشخاص وأهليتهم أو المتعلقة بنظام الاسرة كالزواج .. والولاية والوصاية والقوامة والحجر والاذن بالادارة ... ».

كما نصت المادة ١٧ على أن « تطبق المحاكم الشرعية أحكام الشريعة

الاسلامية طبقاً لأرجح الاقوال من مذهب الامام مالك على أنه اذا نص القانون على أحكام شرعية خاصة وجب اتباعه » وقد بقي هذا النص دون تعديل حتى سنة ١٩٦٤ م حيث لم تعد الاشارة الى أرجح الاقوال في المذهب بل الى المشهور من المذهب المالكي (انظر المادة الاولى من المرسوم بقانون رقم ١٣ لسنة ١٩٦٤ بتعديل بعض أحكام قانون نظام القضاء والتي عدلت المادة ١٧ من نظام القضاء)

وبتطبيق ذلك نجد أن الاحالة الى المرجح من الاقوال أو الى المشهور لا تكون الا في حالة غياب نص تشريعي من نصوص التشريع الوضعي ، فعجز المادة ١٧ وهو الجزء الذي لم يتناوله أي تغيير منذ وضعه في سنة ١٩٥٨ حتى الان يقرر صراحة « على انه اذا نص القانون على أحكام شرعية خاصة وجب اتباعها » كما أنه بتطبيق هذه النصوص يتبين أن موضوع الاهلية والولاية والوصاية يعتبر من مسائل الاحوال الشخصية وانه في حالة عدم وجود نصوص قانونية تنظم هذه الموضوعات فيجب الرجوع فيها الى المشهور في مذهب الامام مالك « انظر الشيخ وزكي الدين شعبان : الاحكام الشرعية للأحوال الشخصية ، منشورات الجامعة الليبية الطبعة الثانية ١٩٧١ ص ٣٩ فقرة ٣٠ » .

واذا رجعنا الى القانون المدني الليبي الصادر في ٢٨ نوفمبر ١٩٥٨ نجد انه غنى مثل القانون المدني المصري بتنظيم بعض المسائل الهامة للاهلية كتحديد سن الرشد بأحدى وعشرين سنة (المادة ٤٤ مدني ليبي) . وتعيين حكم التصرفات التي يقوم بها ناقصو الاهلية أو فاقدوها (المواد ١١١ الى ١١٨ مدني ليبي) مفرقا كما فعل الشارع المصري بين التصرفات النافعة نفعا محضاً والتصرفات الضارة ضرراً محضاً والتصرفات الدائرة بين النفع والضرر ، كما أحال على قانون خاص يصدر لتنظيم الولاية والوصاية والقوامة (مادة ١١٨ مدني ليبي) ولكن قانونا مثل قانون الولاية على المال الذي صدر في مصر سنة ١٩٥٢ (القانون رقم ١١٨ لسنة ٥٢) لم يصدر في ليبيا ولذا يعتبر المشهور من مذهب الامام مالك هو المصدر الذي يجب العمل

به في الولاية والوصاية وما يكون المشرع قد سكت عنه من مسائل الولاية كما أن تعيين الاولياء أو الاوصياء يعتبر داخلاً في اختصاص المحاكم الشرعية .

ومن الطبيعي أن تراعي المحكمة الشرعية حين تعين وصياً أن يكون بالغاً سن الرشد كما حددتها التشريعات الليبية . فطالما أن القانون المدني الليبي يجعل الشخص الذي لم يبلغ الواحدة والعشرين غير كامل الاهلية ويجب أن يخضع للولاية أو للوصاية فإنه يجب بطريق المفهوم من باب أولى أن يكون الولي أو الوصي الذي يعين ليمثل مصالح القاصر قد بلغ هو نفسه الواحدة والعشرين أي يكون بالغاً سن الرشد طبقاً لما جاء بالقانون المدني في بابه التمهيدي والذي يقرر قواعد عامة تعتبر من النظام العام حيث لا يجوز التنازل عن الاهلية أو التصالح عليها (المادة ٤٨ مدني ليبي) (والمادة ٥٥٠ مدني ليبي) كما تلتزم به كل المحاكم .

هذه القواعد الواضحة وهذا التحليل البسيط لم تتبعه المحكمة الشرعية التي وقعت منذ البداية في خطأ تعيين وصي لم يبلغ سن الرشد ، حيث عينت أكبر الابناء والذي كان يبلغ في ذلك الوقت عشرين عاماً وصياً على أخوته الصغار ولعل المحكمة الشرعية قد قامت بذلك بناء على خطأ في القانون اما لجهلها نص القانون المدني أو لاعتقادها أنها غير ملزمة به وأغلب الظن أنها ضللت في الوقائع ولم تبين السن الحقيقي للابن الأكبر ، المهم أن قرار تعيين الوصي لم يكن موفقاً وكان في امكان المحكمة الشرعية أن ترجع عنه طالما أن قرار تعيين الاوصياء يدخل في اختصاصها الولائي وبالتالي لا يجوز قرارها حجية الشيء المحكوم فيه ويجوز لها أن تعدل عنه في أي وقت ترى أن المصلحة الحقيقية تقتضي العدول عنه .

وقد كان هذا الخطأ المبدئي بداية لتراكم الاخطاء من جانب جهات القضاء المدني وعلى رأسه المحكمة العليا في محاولة مستميتة لاضفاء الشرعية على وضع اذا كانت مقتضيات العدالة تدعو الى الحفاظ عليه وتصحيحه ، فان التطبيق السليم للقانون يأباه .

وقد قامت محاولة المحكمة العليا الليبية في تبرير موقف قضاة الموضوع الذين لم يحكموا بعدم قبول الدعوى التي رفعها «الوصي القاصر» على أساس تحليلهم للالتزام المحاكم الشرعية باتباع قواعد القانون المدني وعلاقة القضاء المدني بالقضاء الشرعي .

وتحليل المحكمة العليا أدى الى تأكيد أن المحكمة الشرعية غير ملزمة باتباع قواعد القانون المدني اذا خالفت الشريعة الغراء وأدى الى أن حجية قرارات المحكمة الشرعية لا تجوز مناقشتها وبالتالي يجب اتباعها حتى على فرض خطأها ، وهذه الأسس التي أقامت عليها المحكمة العليا حكمها تثير الكثير من التحفظات .

(١) فبالنسبة للأمر الاول : وهو عدم التزام المحاكم الشرعية بقواعد القانون المدني المخالفة للشريعة الاسلامية . نجد أن المحكمة العليا قد أوردت ذلك مع أساس أن هذا تطبيق للمادة ١٧ من قانون نظام القضاء بل أن الطريقة التي أوردت بها المحكمة العليا هذه الحجة توحي الى أن ذلك استعمال للمادة ١٧ من نظام القضاء . فنص حكم المحكمة العليا يجري على الطريقة التالية :

« ذلك أن المحكمة الشرعية لا تطبق أحكام القانون المدني اذا تعارضت مع أحكام الشريعة الغراء — مادة ١٧ من قانون نظام القضاء — »

وهذا في الواقع يخالف تماما نص المادة ١٧ وروحه وفحواه ، فقد سبق أن رأينا أن نص المادة ١٧ بعد تعديلها سنة ١٩٦٤ يقضي بأن : « تطبق المحاكم الشرعية أحكام الشريعة الاسلامية طبقاً للمشهور من مذهب الامام مالك وما جرى به العمل من أحكامه على أنه : اذا نص القانون على أحكام شرعية خاصة وجب اتباعها » وان عجز هذا النص لم يتناوله أي تعديل وبالتالي لا ندري من أين أتت المحكمة العليا بالنص الذي أوردته .

وبالتأكيد فان نصا مثل هذا لا يوجد في القانون الوضعي الليبي ، كما أنه يخالف منهج الشارع الليبي في التوفيق بين القانون المدني والشريعة الاسلامية فحين

أراد الشارع الليبي الغاء بعض الاحكام المخالفة للشريعة الاسلامية أقدم على النص على ذلك صراحة ، كما أنه حين قرر تعديل التشريعات بما يتلاءم مع الشريعة الاسلامية نص صراحة على بقاء التشريعات الموجودة حتى يتم التغيير المنشود ويصدر التعديل بالطرق الدستورية ، كما أن الاعلان الدستوري الصادر في سنة ١٩٦٩ لم يغير شيئاً من وضعية التشريعات النافذة طالما أنها لا تخالف أحكام المادة ٣٤ وليس في موضوعات الولاية والوصاية والاهلية ما يمس هذا الاعلان الدستوري .

وعلى ذلك فحكم القانون المدني الذي يحدد سن الرشد بواحد وعشرين عاماً يعتبر قائماً الى أن يغيره المشرع اذا قدر أن هذا التحديد يخالف نصوص أو روح أو مقاصد الشريعة الاسلامية .

وما كان لاعضاء المحكمة العليا - رغم اننا من أنصار القوة الخلاقة للقضاء - أن يغيروا الفاظ نص تشريعي بدون مبرر وأن يلصقوا تهمة مخالفة الشريعة الغراء بنص ربما يكون هو أبعد نصوص القانون المدني الليبي عن ذلك بحيث لم يرد بسن الرشد كتاب ولا سنة ولا اجماع وإنما الامر ترك لاستقراء أحوال الناس وبالتالي لتقدير القاضي في تحديد البلوغ بالنسبة لكل شخص بطريقة موضوعية ، ومع مراعاة كل حالة على حدة ، فاذا جاء المشرع وجعل تحديد البلوغ بالوصول الى سن معينة أي بطريقة مجردة - أو ما يطلق عليه في الفقه بأحلال الكم محل الكيف فإن ذلك ليس فيه أية مخالفة لمقاصد الشريعة الغراء وإذا كان فقهاء الشريعة قد حددوا آخر أمد للبلوغ سن الثامنة عشرة فإن الشريعة لا تضار اذا قدر المشرع الوضعي أن من المصلحة رفع هذه السن حتى ولو كان في ذلك متأثراً بتشريع أجنبي نقل عنه هذا التحديد .. فالمصلحة الموجودة من وراء التحديد الكمي الموحد لسن الرشد أكثر بكثير من الضرر الذي قد يترتب على تأخير كمال الاهلية لبعض الاشخاص الذين يتمتعون بكمال الادراك والتميز في سن مبكرة .

ومن هنا تأتي دهشتنا لما جاء بالحكم من أن تحديد القانون المدني لسن الرشد بأحدى وعشرين عاما خالف الشريعة الاسلامية وبالتالي لا يلزم المحاكم الشرعية التي لها أن تعين وصيا لم يصل بعد الى هذه السن طالما انه قد توافرت فيه صفة البلوغ كما حددها فقهاء الشريعة الاسلامية .

ان الحرص على الشريعة الاسلامية وتأكيد سموها وقيمتها لا يكون بمثل هذه التأكيدات التي تخالف أحكام القانون وأيا كانت الدوافع التي ترمي الى هذه التأكيدات فانها لا تصلح مبررا لتشويه أحكام القانون الوضعي بهذه الصورة .

والمحكمة العليا قد أعطت المثال في غير هذا الحكم على قدرتها على الدفاع عن الشريعة الاسلامية وتطويرها بما يتناسب مع أوضاع المجتمع ولهذا لا يعتبر هذا الحكم تعبيرا عاما عن رأي المحكمة العليا في هذا المجال .

(٢) الحجة الثانية : التي أثارها المحكمة العليا ، القول بأن قرار المحكمة الشرعية بتعيين الوصي قد حاز حجية الشيء المحكوم فيه وان هذه الحجية تعتبر من أعلى مراتب النظام العام وهنا أيضا نجد أن تحليل المحكمة العليا لا يستطيع القيام على قدميه .

وفضلا من أن تحول المحكمة الى هذه الحجية يفيد عدم اقتناعها بالحجة الأولى نجد أن القول بأن قرار تعيين الوصي قد حاز حجية الشيء المحكوم فيه غير صحيح . فمن الاوليات القانونية أنه لا يحوز حجية الشيء المحكوم فيه سوى الاحكام التي صدرت في منازعات والتي تنظر فيها المحاكم حين تمارس اختصاصها القضائي . أما القرارات التي تتخذها المحاكم أيا كان نوعها في أثناء مباشرتها لاختصاصها الولاية فانها لا تحوز الحجية ويجوز للمحكمة التي أصدرت هذه القرارات أن تعدل عنها في أي وقت حسب الاحوال .

ومن المسلمات أيضا وهذا ما أشارت اليه المحكمة العليا أيضا أن قرار تعيين الوصي أو سحب الوصاية يدخل في الاختصاص الولائي للقاضي ولا يعتبر أصلا

حكما يحوز الشيء المحكوم فيه وعلى ذلك فكان من الممكن حين دفعت شركة التأمين بعدم قبول الدعوى لأول مرة أمام محكمة أول درجة أن يطلب ذوو المصلحة من المحكمة الشرعية تعيين وصي آخر تتوافر فيه شروط الاهلية كما حددها القانون المدني وكان من الممكن تعيين الجدد وصيا في هذه الحالة بدلا من الالتجاء الى الحيلة المكشوفة التي لجأ اليها الوصي القاصر من توكيل جده في رفع الدعوى .

فضلا عن أن ذلك يبين مدى اقتناعه بضعف مركزه وأنه ليس له أن يرفع الدعوى لا باسمه ولا نيابة عن القصر الذين عين عليهم وصيا فان هذه الوكالة غير منتجة قانونا لأنه يشترط في الموكل أن يكون أهلا لمباشرة العمل القانوني بنفسه حتى يستطيع أن ينيب عنه غيره في ادائه وإذا كان الوصي القاصر غير راشد وليس بأهل لرفع الدعوى فإنه لا يستطيع أن يوكل غيره في رفعها باسمه حيث أن أثر العمل القانوني يعود عليه وليس على الوكيل .

وبالتالي فإننا نتحفظ بشدة على ما جاء بحكم المحكمة العليا من أن القرار الشرعي الذي نصب أكبر القصر وصيا على أخوته بقصد تمكينه من المطالبة بحقه وحقوقهم واستلام هذه الحقوق قد أصبح عليه الاهلية القانونية وما يتبعها من حق التقاضي باسمه واسم من نصب عليهم ويكون من حق هذا الوصي أن يمارس الحقوق بنفسه أو أن ينيب عنه غيره فيها أعمالا للقرار الشرعي . ففاقد الشيء لا يعطيه وقرار المحكمة الشرعية غير منتج ولم يصبح القاصر رشيدا بمجرد تعيينه ، اذ ما يزال في حاجة الى تعيين وصي عليه ينوب عنه قانونا طالما هو قاصر وبالتالي لا يستطيع رفع الدعوى ولا توكيل غيره في رفعها وقد كان الالتجاء الى المحكمة الشرعية لتطبيق وصي آخر أسهل الحلول حتى تستمر الاجراءات بدون تعقيدات وخاصة أن قرار المحكمة الشرعية بتعيين وصي لا تحوز الحجية كما رأينا وبالتالي لا يلزم المحكمة الشرعية التي أصدرت الحكم كما أنه لا يلزم غيرها من المحاكم طالما انه قد صدر مخالفا للقانون ولا يمكن القول هنا بأن صدور القرار يصحح هذا التعيين عملا بقاعدة أن الحجية تصحح البطلان الذي يكون قد صحب الحكم

ذلك لأننا لسنا بصدد حجية ولسنا بصدد بحث لحالة رفع دعوى جديدة يثار فيها دفع يسبق الفصل فيها وإنما نحن أمام قرار يجوز العدول عنه وغير حائز على حجية الشيء المحكوم فيه . حقا ان الذي يستطيع تغيير الوصي هنا هو المحكمة الشرعية الا أن المحكمة التي عرضت عليها دعوى التعويض أن لها أن تحكم بعدم قبول الدعوى لعدم توافر الاهلية وهنا سيضطر أصحاب المصلحة الى الالتجاء الى المحكمة الشرعية لتعيين وصي جديد كامل الاهلية ليستطيع أن يرفع الدعوى نيابة عن القصر ولا يعتبر هذا من القضاء المدني تساطا على القضاء الشرعي كما تشير الى ذلك المحكمة العليا فكل جهة قضائية ملزمة بتطبيق القواعد القانونية وباحترامها ولا يمكن أبدا اذا خالفت جهة أحكام القانون أن تلزم الأخرى باتباعها والسير وراءها في تلك المخالفة وخاصة اذا كان تصحيح تلك المخالفة ممكنا ولا يثير أي تعقيدات ، ففي حالتنا لم تكن المحكمة الشرعية لتعارض في تعيين وصي جديد وربما كان ذلك هو الجدل اذا عرض عليها الامر كذلك يمكن للنيابة العامة أن تطلب من القاضي الشرعي تغيير الوصي وكان للمحكمة التي وقعت أمامها دعوى التعويض أن تأجل نظر الدعوى حتى تنظر المحكمة الشرعية في أمر تغيير الوصي ، ولا يعتبر هذا من المحكمة ولا من النيابة العامة مساسا بما لقرار المحكمة الشرعية من احترام وحيث أن الأمر سيرجع الى ذات المحكمة لتصدر قرارا جديدا يتفق وأحكام وأحكام القانون ، تلك الاحكام وخاصة أحكام الاهلية التي وردت في القانون المدني والتي تلزم في نفس الوقت قضاة المحاكم الشرعية وقضاة المحاكم المدنية .

« ثانياً : أهلية التقاضي وجزاء عدم توافرها »

بعد أن حاولت المحكمة العليا أن تبرز عدم الزامية أحكام القانون المدني بالنسبة للمحاكم الشرعية وعدم قدرة المحاكم المدنية على التسلط على المحاكم الشرعية بدون أن تعبأ بأن ذلك سيؤدي من جانب آخر الى خضوع المحاكم المدنية الى قرارات المحاكم الشرعية غير المتفقة مع القانون ، حاولت تبرير الحكم على أساس

تحليل قواعد القانون المدني المنظمة للأهلية ، وكأن المحكمة العليا شعرت أن في حججها السابقة بعض الخلل ومن هنا كان منها هذا التحول الى قواعد القانون المدني نفسها عساها أن تجد فيها ما يصح سنداً لتصحيح ذلك الوضع المختل الذي نشأ عن قرار المحكمة الشرعية بتعيين وصي قاصر لن يتجاوز مركزه القانوني مركز القاصر المأذون بعد بلوغه سن الثامنة عشرة وقبل بلوغه سن الواحدة والعشرين وتقوم حجج المحكمة العليا على الاساس التالي : -

ان رفع الدعوى يعتبر من ناحية تصرفا نافعا محضاً وبالتالي صحيحاً لمصلحة القاصر كذلك أنه يعتبر من أعمال الادارة فاذا أتى به القاصر المأذون له بالادارة كان صحيحاً كما أن أبطال هذه التصرفات لا يستطيع أن يطلبه سوى من تقرر الابطال لحمايته أي القاصر في حالتنا هذه ، وبالتالي لا يستطيع الخصم أن يدعي ببطالان تصرفه لنقص أهليته ولا الدفع بعدم أهلية القاصر الذي رفع الدعوى .

ولا يخفى التناقض بين هذه الحجج المجتمعة ذلك أن العمل القانوني اما أن يكون عملاً من أعمال الادارة أو يكون تصرفاً من التصرفات أيا كان نوعها . ولكن نفس العمل لا يكون في نفس الوقت بالنسبة لنفس الشخص عملاً من أعمال الادارة وعملاً من أعمال التصرفات حتى ولو كان الأمر يتعلق باعتباره تصرفاً من التصرفات النافعة نفعاً محضاً ، كذلك اذا اعتبر عمل قانوني معين من أعمال الادارة قام به شخص مأذون بالادارة كان صحيحاً ونفس الشيء بالنسبة للتصرفات النافعة نفعاً محضاً فالقاصر المميز حتى ولو لم يكن مأذوناً بالادارة اذا قام به يعتبر التصرف صحيحاً وفي كلتا الحالتين لا يمكن للقاصر أو غيره أن يطالب بالابطال ولا بالبطالان وبالتالي فما كان للمحكمة العليا أن تبرر حكمها ولو بطريقة حثايطية على أساس أن البطلان هنا نسبي لا يستطيع أن يبطله الا من تقرر الابطال حمايته .

فطالما أننا اعتبرنا العمل القانوني صحيحاً فلا القاصر ولا من كان طرف معه في

في العمل القانوني وهو الخصم في الدعوى بمستطيع أن يدفع بالابطال أو البطلان .
فضلا عن هذا التناقض المبدئي نجد أن التكييف الذي أخذت به المحكمة العليا في هذا الحكم للمطالبة القضائية والمتمثل في رفع الدعوى وأعمالها في نفس الوقت عملا من أعمال الإدارة وتصرفا من التصرفات النافعة نفعا محضا ، نجد أن ذلك يخالف أحكام القانون المدني الذي حاولت المحكمة الاستناد إلى أحكامه في تحليلها كما لا يتفق مع أحكام المحكمة العليا السابقة والتي تعرضت فيها لهذه المسألة .

فمن ناحية النصوص التشريعية نجد أن من الخطأ اعتبار المطالبة القضائية و برفع الدعوى من أعمال الإدارة ذلك لأننا إذا كنا لا نجد تحديدا تاما لأعمال الإدارة التي يستطيع أن يقوم بها القاصر المأذون ، فأنا نستطيع أن نعرفها على ضوء ما جاء من أحكام بخصوص الوكالة العامة والخاصة . فالمادة « ٧٠١ » مدني لبي التي حددت صلاحيات الوكيل في الوكالة التي ترد في الفاظ عامة وقصرها على أعمال الإدارة أضافت « ويعد من أعمال الإدارة الإيجار إذا لم تزد مدته على ثلاث سنوات وأعمال الحفظ والصيانة واستيفاء الحقوق ووفاء الديون . وبدخل فيها أيضا كل عمل من أعمال التصرف تقتضيه الإدارة كبيع المحصول وبيع البضاعة أو المنقول الذي يسرع إليه التلف وشراء ما يستلزم الشيء محل الوكالة من أدوات لحفظه واستغلاله » .

وإذا كان هذا النص لا يذكر على وجه التحديد والحصر كافة أعمال الإدارة فأنا لا نستطيع أن نعتبر المرافعة أمام القضاء من أعمال الإدارة ، وخاصة ان المادة « ٧٠٢ » التي أعقبت النص الفأئت تتطلب وكالة خاصة في كل عمل ليس من أعمال الإدارة وخاصة المرافعة أمام القضاء والبيع والرهن .

فهنا ذكر النص صراحة أن المرافعة أمام القضاء ليست من أعمال الإدارة وبالتالي فيشترط للقيام بها أهلية تختلف عن الأهلية التي تتطلب للقيام بأعمال

الادارة واذا لم تكن المرافعة أمام القضاء من أعمال الادارة فانها تدخل في الطائفة المقابلة أي ضمن أعمال التصرفات ؛ ولكن في أي نوع من أنواع التصرفات التي يعرفها القانون المدني بالنسبة للاهلية .

هل تعتبر تصرفا نافعا نفعاً محضاً أم تصرفاً ضاراً ضرراً محضاً أم تصرفاً دائراً بين النفع والضرر ؟ .

أحكام المحكمة العليا الليبية السابقة تجري على أن المرافعة أمام القضاء تدخل في طائفة التصرفات الدائرة بين النفع والضرر . ففي حكمها الصادر في ٣٠ يونيو ١٩٦٠ (القانون المدني رقم ٤/٢١ قضاء المحكمة العليا . القضاء المدني الجزء الثاني ص ١٣٨) قضت المحكمة العليا الليبية بأن « على الأوصياء استئذان جهة قضاء الاحوال الشخصية في المطالبة قضاء بحقوق القصر وعديمي الاهلية لتقدير احتمال كسب الدعوى درءاً لتكبدهم نفقات لا طائل وراءها » ومعنى ذلك أن المحكمة العليا العليا تعتبر أن المطالبة القضائية تحتل الكسب وتحتل الخسارة أي أنها تعتبر تصرفاً دائراً بين النفع والضرر .

فطالما أنه ليس من المؤكد كسب الدعوى — والاحتمال قائم دائماً — فان المطالبة القضائية لا يمكن اعتبارها تصرفاً نافعاً نفعاً محضاً وان تعلق الأمر بمطالبه يبدو نجاحها كبير حيث يوجد احتمال رفض الدعوى لأي سبب من الاسباب كما أن المطالبة القضائية تؤدي لا محالة الى الفصل في أصل الحق وقد يصل الأمر الى الصلح والصلح ليس من التصرفات الدائرة بين النفع والضرر والذي يشترط فيه أهلية المتصرف وليس أهلية الادارة ولا أهلية التصرفات النافعة نفعاً محضاً (مادة ٥٤٩ مدني ليبي)

وعلى ذلك يظهر مدى خطأ ما ذهبت اليه المحكمة العليا من الاستناد الى

نص القانون المدني الذي يسمح للاذن للقاصر الذي بلغ ١٨ سنة في ادارة أمواله والذي اعتبر أن أعمال الادارة الصادرة منه صحيحة في الحدود التي رسمها القانون . بقيت حجة أخيرة ارتكزت عليها المحكمة العليا مؤداها أنه على أي الأحوال لا يمكن أن يتمسك الغير بالبطلان حيث أن البطلان قد شرع لحماية القاصر .

وهنا أيضاً نجد المحكمة العليا يراودها التكييف الصحيح للدعوى على أساس أن المطالبة القضائية تصرف يدور بين النفع والضرر وبالتالي يكون قابلاً للبطلان اذا كان الشخص ناقص الأهلية . وهنا تقول المحكمة أن مثل هذا البطلان لا يستطيع أن يطالب به الا من تقرر البطلان لحمايته أي القاصر وطالما أن القاصر لم يطالب بأبطال الحكم فهنا لا يستطيع الخصم أن يطالب به . وهذا القول من المحكمة اذا كان صحيحاً في الاتفاقات والعقود عموماً الا أنه لا يصدق على المطالبة القضائية لاتصالها بمرفق العدالة وحسن تسيير القضاء .

فالأهلية شرط لرفع دعوى يختلط عند البعض بشرط الصفة ويستطيع المدعي عليه أن يقدم دعواً بعدم قبول الدعوى لعدم توافر الأهلية أو الصفة وهذا الدفع يمكن تقديمه في أي وقت .

وهنا يستطيع بلا جدال المدعي عليه الذي يقيم عليه قاصر دعوى أن يدفع بعدم قبولها لعدم توافر الأهلية ويجب على القاضي قبول هذا الدفع – وقضاء نفس المحكمة العليا الليبية في طعون سابقة في تكييف الدفع بعدم القبول جدير بأن يؤخذ في الاعتبار حكم ٦ مايو سنة ١٩٦١ م في الطعن رقم ٥/١١ القضاء المدني الجزء الثاني ص ٢٥٠ فقد جاء في هذا الحكم « لما كان للدفع بعدم القبول طبيعته الخاصة اذ يوجه الى الوسيلة التي يحمي بها صاحب الحق حقه وما اذا كان من الجائز استعمالها أم أن شرط الاستعمال متخلف فيها ومن ثم فلا يسقط الحق في ذلك

الدفع بعدم ابدائه في الجلسة الاولى وبالتحدث في الموضوع هذا الى أنه اذا كان الدفع بعدم القبول معناه انكار الصفة فانه يتعلق بالنظام العام وذلك على اعتبار أن المحكمة يتعين عليها قبل تناول موضوع الدعوى أن تتحقق من صفات الخصوم وتتحقق أيضاً من وكالة من ينوب (عنهم) فعليها ومن تلقاء نفسها أن تطالبهم بتقديم ما يثبت وكالتهم عن صاحب المصلحة في الدعوى ذلك أن الحكم الصادر في موضوع الدعوى قد يصدر على الخصم الذي لم يمثل تمثيلاً قانونياً صحيحاً فيتمسك بعدم جواز الاحتجاج به في مواجهته على اعتبار أنه لم يكن طرفاً في الخصومة التي حدد فيها وقد يصدر عليه اذا رفعت الدعوى بأسمه فيثبت حقه في التنصل ما قام به من تولى السير في الخصومة فيقبل الحكم الصادر فيها وليس من النظام العام شغل المحاكم عن القضايا الجديدة بدعاوى مبنهاها اجراءات قد يتهدها الزوال بالبطلان ، ولما كان ما تقدم من مساس الدفع بانعدام الصفة بالنظام العام فانه لا يمنع من قبوله التنازل عنه صراحة أو ضمناً من قبل صاحب الحق فيه اذ يبقى على المحكمة أن تقضي به من تلقاء نفسها .»

وهذا القضاء سليم فمهمة القاضي التحري عن أهلية الخصوم حتى لا يصدر حكماً مهتدداً بالزوال ، وبالتالي فحين يوجه المدعي عليه دفعاً بعدم قبول الدعوى لعدم تمام أهلية المدعي فان على المحكمة أن تتحقق من ذلك فاذا وجدته قاصراً ناقص الأهلية فلا بد لها من أن تحكم بعدم قبول الدعوى ، ولا يكون لقولها انه على أي الاحوال لا يستطيع أن يطالب بالبطلان الا هذا القاصر حيث أن بطلان تصرفاته قد تقرر لحماية مصالحه .

ذلك أن اشتراط الاهلية في رفع الدعوى شرط يتعلق بحسن تسيير العدالة ويتصل بالنظام العام وليس فقط متعلقاً بحماية مصالح القاصر .

وبالتالي يستطيع الخصم أن يدفع بنقص أهلية خصمه وحماية مصالح القاصر التي أثارها المحكمة العليا لا تقوم في الواقع إلا إذا لم يقدم أي دفع بعدم القبول وصدر حكم أصبح نهائيا هنا لا يستطيع أحد غير ناقص الأهلية أن يطالب بالابطال لنقص أهليته وفي خلال المدة التي يجوز الطعن فيها في الأحكام .

أما إذا أثير الدفع قبل الحكم النهائي فإنه يجب الحكم بعدم قبول الدعوى . وهذا ما كان يجب أن يكون في هذه القضية .

القرار المطلوب بإلغاؤه في القانون الإداري الليبي

L'acte attaqué en droit administratif Libyen

عمر محمد السيوي
دبلوم العلوم الادارية
كلية الحقوق - جامعة القاهرة

مقدمة

١ - دراسة دعوى الالغاء بصفة عامة ، والقرار المطلوب الغاؤه بصفة خاصة لها أهمية في القانون العام . ذلك أن مبدأ الشرعية بما يحمل من معنى خضوع الدولة للقانون يصبح اسما لا معنى له ما لم يقترن بحماية جدية تكفل نفاذه وتفرض احترامه على السلطات العامة وتعد دعوى الالغاء الوسيلة الفعالة لضمان خضوع الدولة للقانون .

كما أن لهذه الدراسة أهمية خاصة في ليبيا نظراً لأن المشرع الليبي قد أخذ بها دون أن يأخذ بنظام ازدواج القضاء كما هو الحال في مصر أو فرنسا ونظراً لأن دعاوى المسؤولية الادارية ما زالت تخضع لقواعد القانون المدني والمحاكم المدنية هي المختصة بنظرها لذلك يعتبر قضاء الالغاء خطوة في سبيل الأخذ بنظام ازدواج القضاء .

ولكن دراسة من هذا النوع في القانون الإداري الليبي ليست بالأمر السهل ، نظراً لقلة الدراسات الفقهية وندرة الأحكام القضائية ^(١) . ذلك أن القضاء الإداري

(١) أنشئت كلية الحقوق سنة ١٩٦٢ في مدينة بنغازي . ولم تبدأ دفعاتها في التخرج إلا مؤخراً . والدراسة الفقهية على هذا النحو لم تبدأ إلا مؤخراً .

في ليبيا ولد بعد الاستقلال بميلاد المحكمة العليا سنة ١٩٥٣ ، ومنذ ذلك الحين حتى الآن لم تستطع هذه المحكمة التصدي لكثير من مشاكل القانون الاداري على خلاف القضاء الاداري المصري الذي نما وازدهر وأمدنا بثروة قضائية لا يستهان بها.

ولا مناص اذن من الرجوع الى آراء الفقهاء في مصر والاستعانة بأحكام القضاء في المسائل التي لا نجد لها أحكاما في القضاء الاداري الليبي . ولا غرابة في ذلك اذا علمنا بأن القضاء الاداري الليبي قد تأثر في الغالب الأعم من أحكامه باتجاهات الفقه وأحكام القضاء في مصر .

خطة البحث :

٢ - رأينا أن ننهج في بحث هذا الموضوع الخطة التقليدية ، فنقدم له في باب تمهيدي عن دعوى الالغاء ، وخصائصها ، وتمييزها عن غيرها من الدعاوى كدعوى التعويض والدعوى المدنية وشروطها ثم نقسم هذا البحث الى بابين الأول في القرار المطعون فيه والباب الثاني في الأعمال المحصنة ضد الطعن .

وفي الباب الأول سنتناول في فصل أول ماهية القرار الاداري وفي فصل ثان شروط القرار الاداري المطلوب الغاؤه .

أما الباب الثاني فيضم فصلين : فصلا أول في الأعمال التي لا تعد من قبيل القرارات الادارية كالأعمال التشريعية والأعمال القضائية ، وفصلا ثانيا في القرارات الادارية التي يستثنىها المشرع من دعوى الالغاء .

وفي نهاية هذا البحث ستكون الخاتمة .

باب تمهيدي

عموميات

تعريف دعوى الالغاء :

٣ - دعوى الالغاء وتسمى في فرنسا الطعن بتجاوز السلطة هي الدعوى القضائية التي يرفعها أصحاب الشأن من الموظفين العموميين أو من الأفراد أو الهيئات أمام القاضي الاداري المختص بطلب الغاء القرارات الادارية النهائية بسبب مخالفتها للقانون^(١).

وعرفها الأستاذ فيديل بأنها الدعوى التي يرفعها أي شخص ما دامت له مصلحة الى القاضي الاداري يطلب فيها الغاء قرار اداري تنفيذي بسبب عدم مشروعيته .

Le cours pour excès de pouvoir est l'action par laquelle toute personne y ayant intérêt peut provoquer l'annulation d'une décision exécutoire par le juge administratif en raison de l'illégalité de cette décision. (٢)

ولقد عرفتھا المحكمة العليا عندنا في حكمھا الصادر في ٢٥ نوفمبر ١٩٥٦^(٣) بأنها دعوى عينية القصد منها ازالة كل أثر قانوني للقرار الاداري .

(١) انظر في التعريف الدكتور طعيمة الجرف - رقابة القضاء لأعمال الادارة العامة - طبعة ١٩٧٠ ص ٢٤٤ والدكتور سليمان الطماوي - القضاء الاداري طبعة ١٩٦٧ ص ٣٦٨ والدكتور خالد عبد العزيز - القانون الاداري الليبي - الجزء الثاني طبعة ١٩٧١ ص ٩٧١ والدكتور فؤاد العطار - القضاء الاداري - طبعة ١٩٦٧ ص ٤٣١ .

(٢) جورج فيديل - القانون الاداري - طبعة سنة ١٩٦١ ص ٣٨٩ .

(٣) طعن اداري رقم ٣ سنة ٢ - القضاء الاداري والدستوري - الجزء الأول ص ٦٩ وما بعدها .

دعوى الالغاء والطعون الأخرى ادارية أو قضائية :

أ - دعوى الالغاء والتظلمات الادارية :

٤ - دعوى الالغاء دعوى قضائية لا ترفع الا الى جهة القضاء الاداري أما التظلم الاداري فهو طعن اداري يرفع الى جهة ادارية . ثم أن دعوى الالغاء دعوى مشروعية تهدف الى تحقيق احترام مبدأ الشرعية ولا تؤسس الا على ^(١) اعتبارات قانونية صرفة أما التظلمات الادارية فهي على العكس من ذلك لأنها لا تهدف بالضرورة الى احترام مبدأ المشروعية ويمكن أن تؤسس على اعتبارات الملاءمة والعدالة . ^(٢)

ب - دعوى الالغاء والطعون القضائية الأخرى : دعوى الالغاء ودعوى التعويض :

٥ - تختلف دعوى الالغاء عن دعوى التعويض من عدة وجوه :

١ - من حيث الاختصاص :

تختص المحكمة العليا بنظر دعاوى الالغاء باعتبارها محكمة القضاء الاداري عندنا ، ومن ثم لا تقبل دعوى الالغاء اذا رفعت أمام القضاء العادي . أما دعوى التعويض فالمدعي فيها له الخيار في أن يلجأ الى جهة القضاء العادي أو الاداري حسبما يروق له ^(٣) .

(١) الدكتور خالد عبد العزيز - المرجع السابق - ص ٩٦٧ وما بعدها .

(٢) انظر ذلك بالتفصيل دراسة الرقابة القضائية والرقابة الذاتية - الدكتور طعيمة الجر - المرجع السابق - ص ٦٥ - ٩٨ .

(٣) تنص المادة ٢٣ من قانون المحكمة العليا : (تفصل محكمة القضاء الاداري في طلبات التعويض عن القرارات المنصوص عليها في المادة ٢١ ويترتب على رفع دعوى الالغاء أو التعويض إلى المحكمة المذكورة عدم جواز رفع دعوى التعويض أمام المحاكم العادية كما يترتب على رفع دعوى التعويض أمام المحاكم العادية عدم جواز رفعها إلى محكمة القضاء الاداري) . تقابل المادة ٣ من القانون الجديد رقم ١٨٨ سنة ١٩٧١ .

٢ - من حيث الموضوع :

يختلف الموضوع في كل من الدعويين : فالقرار الإداري المطعون فيه بسبب عدم شرعيته هو موضوع دعوى الإلغاء . ذلك أن دعوى الإلغاء هي في الحقيقة مخصصة للقرار الإداري وتهدف إلى إزالته بسبب مخالفته للقواعد القانونية .

أما الموضوع في دعوى التعويض فهو ما يثيره المدعي بخصوص حقوق—ه الشخصية الفردية التي يطلبها في مواجهة الإدارة وتنكرها أو تجحدها عليه أو هي على الأقل تنازعه في أصلها أو في مداها .

٣ - من حيث المواعيد :

دعوى الإلغاء تهدف استقرار الحياة الإدارية . ومن ثم حرص المشرع على أن يحدد ميعاد رفعها بميعاد ستين يوما ^(١) . فإذا انقضى هذا الميعاد سقط الحق في رفعها وانغلقت أبواب الطعن .

أما دعوى التعويض فهي ترتبط بالحقوق الذاتية للطاعن ولا تتمثل فيها—الخطورة التي تجسدها دعوى الإلغاء ^(٢) ويظل الحق في رفعها قائماً وجائزاً وللمدعي أن يرفعها في أي وقت طالما أنها تستند إلى حق لم يسقط بعد فحق الطاعن في إثارتها لا يسقط إلا بالمواعيد التي يسقط بها الحق عادة ^(٣) .

٤ - من حيث الحكم الصادر في الدعوى :

للأحكام الصادرة بالإلغاء حجية عينية مطلقة *Autorité objective absolue*

(١) نص المادة ٢٢ من قانون المحكمة العليا - والمادة ٨ من القانون رقم ١٨٨ سنة ١٩٧١ وانظر طعن رقم ٦ سنة ٢٦ ٣ يونيو ١٩٥٧ .

(٢) الدكتور سعاد الشرقاوي - القضاء الإداري - ص ٢٢٣ .

(٣) قضاء المحكمة العليا طعن إداري رقم ٩/١٣ ق جلسة ٢ يناير ١٩٦٥ .

في مواجهة كافة الناس فهي لا تقتصر على من كان طرفا في الطعن وإنما تمتد لتشمل الناس كافة - وبذلك تنتمي دعوى الالغاء الى القضاء العيني فتصبح في الواقع اختصاصا لذات القرار الاداري بحيث اذا الغي القرار أصبح كأن لم يكن لا بالنسبة الى طرفي الخصومة وحدها بل بالنسبة للكافة .^(١)

أما الأحكام الصادرة في دعوى التعويض فإن الأصل فيها أن حجيتها مقصورة على أطرافها وحدهم .

دعوى الالغاء والدعوى المدنية :

٦ - تختلف دعوى الالغاء عن الدعوى المدنية من عدة وجوه :

١ - من حيث المواعيد :

دعوى الالغاء مقيدة بميعاد معين ، فاذا أنقضى هذا الميعاد سقط الحق في رفعها ، وهو من النظام العام لا يجوز الاتفاق على مخالفته والعلة في ذلك هو الحرص على استقرار الحياة الادارية^(٢) .

أما دعاوى القانون المدني فالأصل فيها أنها تدور مع الحق الذي تحميه وجودا وعدمه فتسقط معه بمضي المدة المقررة للتقادم في شأنه^(٣) . وعلى ذلك يتضح أنه اذا كان الأصل هو تقييد دعوى الالغاء بمدة معينة هي ستون يوما ، فإن الأصل هو العكس في الدعوى المدنية .

(١) قضاء المحكمة العليا طعن اداري رقم ٣ سنة ٢ القضاء الاداري والدستوري - الجزء الأول جلسة ٢٨ نوفمبر ١٩٥٦ - كما تنص المادة ٢١ من القانون رقم ٨٨ لسنة ١٩٧١ : تكون أحكام الالغاء النهائية حجة على الكافة . نص المادة ٢٠ / ١ من قانون المحكمة العليا وانظر فيديل - المرجع السابق - ص ٣٩٤ .

(٢) الدكتور سعاد الشرقاوي - المرجع السابق - ص ٢١٩ .

(٣) الدكتور طعيمة الجرف - المرجع السابق - ص ٣٨٦ .

٢ - من حيث المصلحة :

تهدف دعوى الالغاء الى حماية مبدأ المشروعية لذلك لا يشترط فيمن يمارسها أن يكون صاحب حق شخصي بل يكفي أن يكون صاحب مصلحة فقط . أي أن يكون القرار قد أثر في مركزه القانوني وأن مركزه سيتحسن اذا ألغي ذلك القرار ^(١) . أما الدعوى المدنية فتهدف الى احقاق حق شخصي ويقتصر الحق في رفعها على صاحب الحق فقط .

والمصلحة في دعوى الالغاء يكفي فيها أن تكون شخصية ومباشرة مادية أو أدبية سواء كان المدعي هو الشخص الذي صدر بشأنه القرار الإداري أو غيره متى كان لهذا القرار أثر في مركزه القانوني ، ولا يلزم فيها أن تكون حالة بل تكفي أن تكون محتملة ^(٢) .

أما المصلحة في الدعوى المدنية فيلزم فيها أن تكون قانونية ومشروعة بحميها القانون وأن تكون حالة وعاجلة لأن القضاء المدني لا يفصل في منازعة لم تحل بعد ^(٣) . ولقد أوضحت المحكمة العليا ذلك في حكمها الصادر بتاريخ ٢٦ / ٦ / ١٩٥٧ عندما قالت « تختلف المصلحة في دعوى الالغاء عن المصلحة والصفة في الدعاوى العادية فلا يلزم أن يكون رافع الدعوى صاحب حق بل يكفي أن توجد له مصلحة يمسها القرار الإداري وأن تكون هذه المصلحة شخصية ومباشرة مادية أو أدبية سواء كان المدعي هو الشخص الذي صدر بشأنه القرار الإداري أو غيره متى كان لهذا القرار أثر في المركز القانوني للمدعي » ^(٤) .

(١) الدكتور خالد عبد العزيز عريم - المرجع السابق - ص ٣٨٦ .

(٢) القضاء الإداري والدستوري - الجزء الأول - ص ٧٢ ، ٧٣ طعن إداري رقم ٣ سنة ٣ ق .

(٣) أفصحت المحكمة العليا عن المصلحة في دعوى الالغاء في حكمها الصادر في ١١ يناير ١٩٧٠ حيث قالت : « دعوى الالغاء وسيلة للدفاع عن المشروعية والمصلحة العامة أكبر منها وسيلة للدفاع عن الحقوق والمصالح الشخصية » .

(٤) قضاء المحكمة العليا - طعن إداري رقم ٣/٦ ق - مجموعة المبادئ - الجزء الأول طبعة ١٩٦٧ ص ٣٩ .

٣ - من حيث الحكم الصادر في موضوع الدعوى :

الحكم الصادر في دعوى الالغاء اذا كان يقضي بالغاء القرار المطعون فيه يكون حجة على الكافة بما قضى به *Erga Omnes*^(١) وهذا الحكم نتيجة منطقية لطبيعة دعوى الالغاء العينية . ولكون الدعوى مخصصة للقرار الاداري ذاته فالحكم بالالغاء هو هدم واعدام للقرار الاداري ومن غير المعقول أن يكون القرار قائماً بالنسبة لبعض الناس ومعدوماً بالنسبة للبعض الآخر^(٢) . وهذه القاعدة لا تطبق على القرارات التنظيمية فحسب بل تسري أيضاً بالنسبة للقرارات الفردية^(٣) .

أما الدعوى المدنية فهي تنشئ خصومة بين طرفين ، والنزاع فيها يدور في الغالب بين المدعي والمدعى عليه حول حقوق شخصية متنازع عليها فأطراف النزاع من الأفراد أو من أشخاص القانون الخاص على وجه العموم والقانون المطبق هو بلا شك القانون الخاص والمدعي يثير في دعواه مسألة حقوقه الذاتية التي يزعم ان اعتداء قد وقع عليها .

وتأسيساً على ما تقدم فان الحكم الصادر في الدعوى المدنية تكون له حجية نسبية وأثره لا يتعدى أطراف النزاع ولا يكون حجة الا في خصوصية المنازعة التي فصل فيها .

خصائص دعوى الالغاء :

Caractères généraux du recours pour excès de pouvoir

٧ - لدعوى الالغاء خصائص هي :

-
- (١) فيديل - المرجع السابق - ص ٣٩٤ .
 - (٢) الدكتور سعاد الشرقاوي المرجع السابق - ص ٢٢٤ .
 - (٣) الدكتور سليمان الطماوي - المرجع السابق - ص ١٠٦٢ .

أولا : دعوى الالغاء تنتمي الى قضاء المشروعية :

fait partie du contentieux de légalité

فاذا ما ألغى القضاء قرارا اداريا لمجاوزة السلطة فان ذلك يعني أن القرار غير مشروع وبهذا يكون اصطلاح مجاوزة السلطة Excès de pouvoir مرادفا لاصطلاح عدم المشروعية ^(١) illégalité وهذا هو المعنى الذي عليه غالبية الفقه والقضاء في فرنسا ومصر . وفي هذا المعنى يقول الاستاذ فيديل أن الطعن بتجاوز السلطة لا يؤسس الا على عدم المشروعية .

Le recours pour excès de pouvoir ne peut être fondé que sur l'illégalité.

فأسباب الطعن بالالغاء كعدم الاختصاص أو الانحراف في استعمال السلطة أو العيب في الشكل ليست في الواقع سوى أنواع لعدم المشروعية بالمعنى الواسع لهذه الكلمة أي قيام الادارة بمخالفة القانون ^(٢) .

ثانيا : دعوى الالغاء تنتمي الى القضاء العيني :

Fait partie du contentieux objectif :—

والسبب في ذلك أن المسألة المطروحة على القضاء في دعوى الالغاء تتعلق كما رأينا بفحص المشروعية بصرف النظر عن الحقوق الشخصية لرافع الدعوى ^(٣) .

وقد أكدت المحكمة العليا الطبيعة العينية لدعوى الالغاء في حكمها الصادر في

(١) المرجع السابق ص ٣٧١ .

(٢) فيديل - المرجع السابق - ص ٣٩٣ .

(٣) الدكتور الطماوي - المرجع السابق - ص ٣٧٢ .

٨ مارس ١٩٧٠ حيث قالت « أن طبيعة دعوى الالغاء طبيعة عينية^(١) وهي وسيلة للدفاع عن المشروع والصالح العام أكثر منها وسيلة للدفاع عن الحقوق الشخصية لذي المصلحة . ويترتب على هذه الطبيعة العينية لدعوى الالغاء آثار اذ يكفي أن يكون رافع الدعوى صاحب مصلحة يمسها القرار الإداري ولو لم يستند الى حق شخصي ، كما أن الأحكام بالالغاء لها حجة على الكافة على النحو السالف بيانه^(٢) »

ثالثا - دعوى الالغاء دعوى قضائية بمعنى الكلمة :

Recours juridictionnel :

كانت دعوى الالغاء في بداية نشأتها في فرنسا لا تختلف كثيرا عن التظلم الرئاسي . الا أنها أصبحت في الوقت الحاضر متميزة عنه سواء من حيث الشكل أو الموضوع أو الآثار^(٣) . ذلك أن دعوى الالغاء دعوى قضائية بمعنى الكلمة واذا كانت هذه الصفة محل نزاع في فرنسا الا أن الوضع في ليبيا يختلف ، لأن دعوى الالغاء ولدت قضائية بميلاد المحكمة العليا وصدر قانونها في العاشر من نوفمبر سنة ١٩٥٣ وهي من صنع المشرع . ويترتب على ذلك أن دعوى الالغاء لا ترفع

(١) يرى الدكتور خالد عبد العزيز أن الأفضل هو استعمال كلمة موضوعية objectif بدل عينية التي درج القضاء الليبي على استخدامها ، لأن العين في اللغة تفيد الشيء واطلاق صفة العينية على دعوى الالغاء قد يوحي بأنها تتعلق بشيء ما أو تهدف إلى احقاق حق ينصب على ذلك الشيء . في حين أن دعوى الالغاء تهدف إلى تصحيح مركز قانوني ناشئ عن قرار إداري غير مشروع عن طريق إلغاء ذلك القرار ولا تهدف إلى احقاق حق ولا علاقة لها بالأشياء والأموال : المرجع السابق - ص ٩٧٢ .

(٢) قضاء المحكمة العليا - طعن إداري رقم ٣/١ ق ٨ مارس ١٩٧٠ ، طعن رقم ٣ سنة ٢٨ ٢ نوفمبر ١٩٥٦ القضاء الإداري والدستوري - الجزء الأول ص ٦٩ وانظر في ذلك فيديل - المرجع السابق - ص ٣٩٥ - والدكتور طعيمة الجرف المرجع السابق - ص ٢٤٦ . والدكتور خالد عبد العزيز ص ٩٧١ . ويرى الأستاذ فيديل أن التفرقة بين القضاء الشخصي والقضاء العيني تفرقة مبالغ فيها exagérée ولا تخلو من انتقادات .

(٣) الدكتور خالد عبد العزيز - المرجع السابق - ص ٩٧٠ .

الى الادارة العاملة كما هو الحال في التظلمات الادارية ولكن الى الجهة القضائية المختصة سواء كانت المحكمة العليا أو محاكم الاستئناف بصدور القانون الجديد .^(١)

رابعاً : دعوى الالغاء تهدف الى الالغاء فقط :

C'est un recours en annulation (٢)

عندما تقبل دعوى الالغاء ويحكم لرافع الدعوى فان القاضي الاداري يحكم بالغاء القرار المطعون فيه سواء كان الالغاء يشمل القرار كله أو جزءاً منه فقط . فهي توجه ضد قرار اداري ما وترمي الى الغائه ومحوه من الوجود بصورة قطعية وبأثر رجعي ولكنها لا تهدف الا لهذا فقط خلافاً لدعوى القضاء الكامل التي تهدف من خلال الغاء القرار الاداري الى ادانة الشخص العام الذي أصدره .^(٣)

واذا كانت هناك مطالب أخرى غير الالغاء كالتعويض مثلاً فعلى المدعي أن يسلك طريق القضاء الكامل Plein contentieux^(٤) أن يقدم الدعوى عن طريق محامٍ مثلاً .

(١) كان القضاء الاداري في ليبيا على درجة واحدة تختص به المحكمة العليا . ولكن بصدور القانون رقم ٨٨ لسنة ١٩٧١ أصبح القضاء الاداري على درجتين . وأعطى بموجبه اختصاص المحكمة العليا لمحاكم الاستئناف ، على أن تكون المحكمة العليا جهة استئنافية .

(٢) فيديل - المرجع السابق - ص ٣٩٢ .

(٣) الدكتور خالد عبد العزيز - المرجع السابق - ص ٩٧١ .

(٤) هذا في فرنسا لأن دعوى الالغاء لها طبيعتها ووصفها المستقل عن دعوى التعويض فلا يجوز أن تشمل الدعوى الواحدة على طلب بالالغاء وآخر يتعلق بالحقوق الشخصية التي تخص المدعي أما في ليبيا فيجوز الجمع بين طلب الالغاء وطلب التعويض وفي هذه الحالة يكون طلب الالغاء طلباً أصلياً والتعويض طلباً تبعياً . انظر قضاء المحكمة العليا طعن اداري رقم ١ / سنة ٢ ق ٢١ مارس ١٩٥٦ .

خامسا : دعوى الالغاء (أو الطعن بتجاوز السلطة) من النظام العام :

Le recours pour excès de pouvoir est d'ordre public ^(١)

ويترتب على ذلك أمران :

أ - ان دعوى الالغاء لا تحتاج الى نص خاص حتى ترفع ضد تصرفات ادارية معينة واذا نص على أن تصرفات ادارية معينة لا تقبل أي طعن فان هذا النص لا يحول دون تحريك الطعن بتجاوز السلطة الذي يبقى مفتوحاً بوصفه أداة عامة لحماية المشروعية . وقد أكد ذلك مجلس الدولة الفرنسي في حكمه الصادر بتاريخ ١٧ فبراير ١٩٥٠ في قضية Dame Lamotte ^(٢) .

واذا أريد استبعاد الطعن بتجاوز السلطة فعلى المشرع أن يفعل ذلك بصراحة.

ب - التنازل المسبق عن الحق في رفع دعوى الالغاء لا يجوز :

Nul ne peut renoncer par avance au droit de former pour excès de pouvoir.

وكل تنازل من هذا القبيل باطل وهذا ما أكدته مجلس الدولة الفرنسي في قضية أندرياني ^(٣) Andréani ١٩ نوفمبر ١٩٥٥ مجموعة ليبون ص ٥٥١ .

سادسا : دعوى الالغاء ضمان للشرعية في الدولة القانونية :

Le recours pour excès de pouvoir garantie de la légalité dans un Etat de droit. ^(٣)

يفرق الفقهاء بين الدولة البوليسية حيث لا تخضع السلطة للقانون والدولة القانونية

(١) فيديل - المرجع السابق ص ٣٩٣ .

(٢) مجلة القانون والعلوم السياسية - ١٩٥١ - ص ٤٧٨ . ويلاحظ أن هذا الوضع بالنسبة لدعوى الالغاء عندنا غير متيسر لأن اختصاص القضاء الاداري محدد بالنص .

(٣) انظر الأستاذ فيديل - المرجع السابق - ص ٣٩٤ .

حيث لا تصرف السلطة الا وفقا للقواعد القانونية التي تخضع لها . وهذا التمييز لا يقوم على المبادئ والأخلاق ولكن يقوم بالدرجة الأولى على فاعلية جهاز القضاء . لأن خضوع الدولة للقانون لا يتأكد الا بالرقابة القضائية عليها . أي أن مبدأ المشروعية لا يكتمل الا بقضاء الالغاء وعلى هذا النحو تظهر أهمية دعوى الالغاء كوسيلة لضمان المشروعية وضمان خضوع الدولة للقانون .

شروط قبول دعوى الالغاء :

٨ - ونقصد بها تلك الشروط التي لا بد من توافرها حتى تكون الدعوى مقبولة أمام القضاء فعند رفع الدعوى تتصدى محكمة القضاء الاداري لفحص هذه الشروط قبل أن تفحص موضوع المخالفة المدعاة ولا تنتقل الى فحص الموضوع الا بعد أن تتأكد من توافر شروط القبول ^(١) . والا حكمت بعدم قبول الدعوى .

وشروط القبول وفقاً استقر عليه القضاء الاداري الليبي تتناول أموراً ثلاثة :

- | | |
|---------------------------|---|
| ١ - القرار المطلوب الغاؤه | L'acte attaqué |
| ٢ - مصلحة رافع الدعوى | L'intérêt du requérant |
| ٣ - الاجراءات والمواعيد | Les formes et les délais ^(٢) |

(١) الدكتور الطماوي - المرجع السابق - ص ٣٧٤ .

(٢) بحثنا يقتصر على القرار المطلوب الغاؤه كموضوع لدعوى الالغاء . أما الشروط الأخرى كالمصلحة والاجراءات والمواعيد فهي تخرج عن مجال هذا البحث . ويلاحظ أن هذه الشروط ليست محل اتفاق بين الفقهاء فهناك شرط رابع يضيفه البعض وهو شرط انتقاء طريق الطعن المقابل انظر الدكتور طعيمة الجرف - المرجع السابق ص ٢٥٠ والدكتور خالد عبد العزيز - المرجع السابق ص ٩٧٣ والدكتور سليمان الطماوي - المرجع السابق - ص ٧١٥ ، والدكتور فؤاد العطار - المرجع السابق ص ٦٣٨ ولقد حاول الدكتور خالد عبد العزيز في كتابه القانون الاداري الليبي ص ٩٩٦ استنتاج هذا الشرط من اشتراط عدم قبول الطعن الا في القرارات النهائية . والنهائية عنده تعني استنفاد التظلمات الادارية حيث يقول « سبق أن بينا أن معيار نهائية القرار الاداري هو استنفاد جميع الطعون القضائية والتظلمات الادارية التي يمكن اللجوء اليها وهذا يعني أن القرار الذي يمكن التظلم منه أو الطعن فيه قضائياً لا يمكن الطعن فيه بالالغاء ما لم تستنفذ الطعون والتظلمات الادارية واستند في ذلك إلى ما قرره المحكمة العليا في قضية الطعن =

النصوص القانونية :

٩ - نظم القانون رقم ٨٨ لسنة ١٩٧١ الصادر في شأن القضاء الاداري

= الاداري رقم ٦/١٢ في ١٤ يونيو ١٩٧٠ حيث قالت « متى نص القانون على أن تقدم طلبات رد الأملاك المغتصبة في عهد الاحتلال إلى لجان معينة ابتدائية واستثنائية ووكل التصديق على قراراتها لمجلس الوزراء تعين على الطالب أن يلجأ إلى هذه اللجان ، حتى اذا ما استنفذت سلطاتها جاز له الطعن في قراراتها الادارية أمام المحكمة العليا فيما لم يحرم القانون الطعن فيه منها » . ونحن لا نوافق استاذنا الدكتور خالد عبد العزيز فيما انتهى اليه . ونقول انه لا محل لهذا انشراط في ليبيا للأسباب الآتية :

أولا : أن هذا الشرط لم ينص عليه المشرع صراحة كما فعل بالنسبة لبقية الشروط الأخرى ، حيث نص صراحة على شروط القرار المطعون فيه في المادة الثانية من القانون رقم ٨٨ لسنة ١٩٧١ وعلى شرط المصلحة في المادة السادسة من نفس القانون . والقول نفسه بالنسبة لشرط المواعيد في المادة الثامنة .

ثانيا : يذهب الرأي الغالب في الفقه المصري إلى أن هذا الشرط لا يخرج عن كونه تطبيقا لقواعد الاختصاص العادية - والحكمة التي على أساسها يحتفظ مجلس الدولة الفرنسي الى الآن بهذا الشرط تنحصر في المحافظة على توزيع الاختصاص بينه وبين المحاكم العادية من ناحية ، وعلى تعدد درجات التقاضي في علاقته بالمحاكم الادارية الإقليمية من ناحية أخرى وهذا هو عمل الدفع بعدم الاختصاص ويعترف جانب من الفقه في فرنسا على أن الدفع القائم على فكرة الدعوى الموازية يتعلق في الحقيقة بالاختصاص *La doctrine du recours parallèle n'est donc au fond qu'une théorie de compétence.*

ثالثا : ان عبارات الحكم الصادر من المحكمة العليا قد حملت أكثر مما تحتمل وليس فيها اشارة إلى شرط انتفاء الطعن المقابل ولا تخرج عن كونها ترديدا لوجوب احترام قواعد الاختصاص .

ذلك أنه بالرجوع إلى القانون رقم ١٢ لسنة ١٩٦٣ المشار اليه في حكم المحكمة العليا نجده قد نص على تشكيل لجان تقدم اليها طلبات رد الأملاك المغتصبة أو التعويض عنها . وقد صدر قرار من وزير المالية بتشكيل هذه اللجان . لكن الذي حصل أن الطاعن بدل أن يسلك الطريق المنصوص عليه في القانون سلك طريقا آخر ولجأ إلى انذار وجهه إلى وزير الاسكان والأملاك رغم أنه غير مختص بتنفيذ أحكام القانون . ثم طعن فيما اعتبره قرارا اداريا سلبيا من وزير الاسكان أمام دائرة القضاء الاداري بالمحكمة العليا وعلى نحو ما سبق يكون التجاء الطاعن إلى القضاء الاداري التجاء إلى جهة قضائية غير مختصة (راجع في هذا الصدد حكم المحكمة العليا ١٤ يونيو ١٩٧٠ طعن اداري رقم ١٢ - ١٦ ق مجلة المحكمة العليا - السنة السابعة - العدد الأول) . وهكذا نرى أن عبارات الحكم قد انصرفت في مبنائها وفي معناها إلى وجوب تطبيق قواعد الاختصاص ولم يقصد بها الحديث عن شرط انتفاء الطعن المقابل .

دعوى الالغاء وغيرها من الدعاوى كالمنازعات المتعلقة بالتعويض عن الغاء القرارات والعقود الادارية في المواد ١ ، ٢ ، ٣ ، ٤ ، ٥ ، وجعل لمحاكم الاستئناف المدنية اختصاصا بنظر هذه الدعاوى ، بعد أن كانت تختص بها المحكمة العليا ولها فيها ولاية نهائية .

ولقد بينت المادة الثانية والخامسة المسائل التي تدخل في اختصاص قاضي الالغاء وهي :

- ١ - الطلبات التي يقدمها ذوو الشأن بالطعن في القرارات الادارية النهائية الصادرة بالتعيين في الوظائف العامة أو الترقية أو بمنح العلاوات .
 - ٢ - الطلبات التي يقدمها الموظفون العامون بالغاء القرارات النهائية للسلطات التأديبية .
 - ٣ - الطلبات التي يقدمها الموظفون العامون بالغاء القرارات النهائية الصادرة باحالتهم الى التقاعد أو الاستيداع أو فصلهم بغير الطريق التأديبي .
 - ٤ - الطلبات التي يقدمها الأفراد بالغاء القرارات الادارية النهائية .
 - ٥ - دعاوى الجنسية .
 - ٦ - الطعون التي ترفع عن القرارات النهائية الصادرة من جهات ادارية ذات اختصاص قضائي باستثناء القرارات الصادرة عن هيئات التوفيق والتحكيم في منازعات العمل .
- ويشترط لقبول الطعن أن يكون مرجعه عدم الاختصاص أو وجود عيب في الشكل أو مخالفة القوانين واللوائح أو الخطأ في تطبيقها أو اساءة استعمال السلطة .
- ويعتبر في حكم القرارات الادارية رفض السلطات الادارية أو امتناعها عن اتخاذ قرار كان من الواجب عليها اتخاذه وفقاً للقوانين أو اللوائح .

ونخلص مما تقدم أن القرار الإداري هو محل الطعن بالالغاء متى شابه عيب المخالفة للقواعد القانونية .

أما ما هو القرار الإداري ؟ وما هي شروطه ؟ فذلك ما سنبحثه بالتفصيل في الباب الأول .

الباب الأول

القرار الإداري المطعون فيه L'acte attaqué

تمهيد وتقسيم :

١٠ — لكي نعرف ما هو القرار الإداري لا بد من تعريفه وبيان أركانه والمعايير المميزة له ومسلك القضاء في هذا الشأن . ولكن ليس كل قرار إداري بطبيعته يجوز الطعن فيه بالالغاء فلا بد من توافر شروط معينة حتى يقبل الطعن فيه . وعلى ذلك ستكون دراستنا للقرار الإداري في فصلين :

الفصل الأول : في تعريف القرار . وأركانه . والمعايير المميزة له ومسلك القضاء في هذا الشأن .

الفصل الثاني : في شروط القرار المطلوب الغاؤه .
وفيما يلي تفصيل ذلك .

الفصل الأول

ماهية القرار الإداري

تمهيد وتقسيم :

١١ — لمعرفة ما هو القرار الإداري ، يتعين علينا أن نتناول تعريفاته وأركانه والنظريات الفقهية التي قيلت بشأنه . وأخيرا مسلك القضاء في هذا الشأن . ومن ثم سنتناول في هذا الفصل القرار الإداري في مباحث ثلاثة :

المبحث الأول : تعريف القرار الإداري وأركانه .

المبحث الثاني : القرار الإداري في الفقه .

المبحث الثالث : القرار الإداري في القضاء .

المبحث الأول

تعريف القرار الإداري وأركانه

أولاً - تعريف القرار الإداري :

١٢ - عرفت المحكمة العليا في العديد من أحكامها القرار الإداري بأنه إفصاح الإدارة عن إرادتها الملزمة بما لها من سلطة بمقتضى القوانين واللوائح بقصد إحداث مركز قانوني معين متى كان ممكناً وجائزاً وكان الباعث عليه ابتغاء مصلحة عامة . (١)

وهذا التعريف هو المستقر عليه في القضاء الإداري المصري . ويتقرب من هذا التعريف ما ذكره الأستاذ فيديل بأن القرار الإداري التنفيذي هو عمل قانوني صادر عن الإدارة بإرادتها المنفردة بقصد تعديل التنظيم القانوني عن طريق ما يفرضه من التزامات وما يعطيه من حقوق .

Une décision exécutoire est un acte juridique émis unilatéralement par l'administration en vue de modifier l'ordonnancement juridique par les obligations qu'il impose ou par les droits qu'il confère. (٢)

(١) قضاء المحكمة العليا - قضية الطعن رقم ٨/١ ١٩٦١/٦/٢٤ م القضاء الإداري والدستوري . الجزء الثاني - وطن إداري رقم ٣ سنة ٢ ق ، طعن إداري رقم ١٥/٤ ق المنشور بمجلة المحكمة العليا - العدد الرابع - يوليو ١٩٧٠ وانظر في التعريف الدكتور الطماوي - المرجع السابق - ص ٢٩١ والدكتور فؤاد العطار - المرجع السابق ص ٥٦٩ والدكتور سعاد الشرقاوي - المرجع السابق - ص ١٧٤ والدكتور خالد عبد العزيز - المرجع السابق - ص ٢٥٦ .

(٢) جورج فيديل - المرجع السابق - ص ١٤٤ .

وهذا التعريف يميز القرارات الادارية عن الأعمال المادية لأنها لا ترتب آثاراً قانونية والعقود الادارية لأنها لا تتم الا بتوافق ارادتين :

ارادة الادارة وارادة المتعاقد معها .

الأعمال المادية :

١٣ - الأعمال المادية لا ترتب آثاراً قانونية واذا كان القانون يرتب عليها آثاراً معينة فان تلك الآثار هي وليدة ارادة المشرع مباشرة لا ارادة الادارة ^(١) . ووسيلة الأفراد لمجابهة أعمال الادارة المادية وما يترتب عليها من آثار ضارة هو القضاء الكامل وقضاء التعويض دون الالغاء .

ومن قبيل الأعمال المادية الصدام الذي تسببه سيارة أو مركبة مملوكة للادارة أو احتلال الادارة لقطعة أرض مملوكة لأحد الأفراد دون اتباع الاجراءات المرسومة قانوناً ^(٢) . ومن قبيل الأعمال المادية كذلك البيان الذي ينشره الرئيس الاداري في الجرائد والمجلات للتشهير ببعض الموظفين . وأعمال الاعتداء التي تقع من موظف غير مختص والأفعال التنفيذية الجبرية التي لا تستند الى قرار سابق أما الأعمال المادية كقطع الجسور تنفيذا لقرار اداري فانه لا يسوغ النظر اليها مستقلة عن القرار الذي وقعت تنفيذا له لأنها ذات ارتباط وثيق به وكيانها مستمد منه ^(٣) .

العقود الادارية :

١٤ - القرار الاداري هو افصاح الادارة عن ارادتها الملزمة والعقود ليست كذلك ، لأن العقد هو توافق ارادتين ارادة الادارة وارادة المتعاقد معها . وعلى ذلك

(١) الدكتور الطماوي - المرجع السابق - ص ٤٩٢ .

(٢) جورج فيديل - المرجع السابق - ص ١٤١ .

(٣) الدكتور طعيمة الجرف - المرجع السابق - ص ٢٧٥ .

لا تصلح العقود للطعن فيها بالالغاء فليس للمتعاقد مع الادارة من سبيل للطعن الا أن يلجأ الى ما تولده علاقته التعاقدية من دعاوى وليس للغير أن يطعن في عقد ليس طرفا فيه (١) .

غير أن القضاء الاداري الليبي مسائرا في ذلك القضاء الاداري المصري قد أخذ بنظرية الأعمال المنفصلة (La théorie des actes détachables) ومؤداها أنه اذا كان العمل القانوني مركبا أي يشمل عدة قرارات وأمكن فصل أحد هذه القرارات التي يتكون من مجموعها العمل القانوني المركب ففي هذه الحال يجوز الطعن في هذا القرار على انفراد بدعوى الالغاء .

وتطبيقا لذلك قضت المحكمة العليا في جلسة ٢٨ نوفمبر ١٩٥٦ (٢) « بأنه وان كان صحيحا ما قالته الولاية والشركتان المتدخلتان من أن الالغاء لا يمكن أن ينصب الا على القرارات الادارية في ذاتها وأنه لا يمكن أن يؤدي من تلقاء نفسه ispo facto الى اهدار العلاقة التعاقدية في عقود شراء الشركتين للصيدليتين الا أنه في هذه العملية المركبة opération ذات الجانبين احدهما تعاقدية والآخر إداري complexe يكون الفصل في صحة القرار الاداري الذي ترتبت عليه العملية التعاقدية من اختصاص القضاء الاداري فيلغيه اذا كان مخالفا للقوانين واللوائح دون أن يكون لالغائه مساس بذات العقد الذي وقعه المتعاقدان والذي يظل قائما بحالته الى أن يفصل القضاء العادي في المنازعة المتعلقة به » .

وبناء على ما تقدم تكون القرارات السابقة واللاحقة على العقد كوضع الادارة لشروط المناقصة أو المزايدة وقرارات لجنة فحص العطاءات (٣) وقرارات لجنة البت

(١) الدكتور طعيمة الجر - المرجع السابق - ص ٢٧٧ . وفي هذا الصدد الطماوي - المرجع السابق ص ٤٩٩ .

(٢) قضاء المحكمة العليا - طعن اداري رقم ٣ سنة ٢ ق ٢٨ نوفمبر ١٩٥٦ القضاء الاداري والدستوري - الجزء الأول - ص ٦٩ وما بعدها .

(٣) قضاء المحكمة العليا - طعن اداري رقم ٥/١٤ ق جلسة ٣٠ يونيو ١٩٦٢ القضاء الاداري والدستوري - الجزء الثاني - ص ٦٠ وما بعدها .

والقرار بارساء المناقصة أو المزايدة هي بغير منازع قرارات ادارية منفصلة عن العقد ومن ثم يجوز الطعن فيها الالغاء بسبب تجاوز السلطة كما يمكن المطالبة بالتعويض عن الأضرار المترتبة عليها ان كان لهذا التعويض محل أما العقد ذاته بمعناه المعروف في القانون بتلاقي ارادتي العاقلين فانه عملية قانونية متينة الصلة بالقرارات الادارية السابقة لها أو اللاحقة عليها .

ثانيا : أركان^(١) القرار الاداري :

١٥ — التعريف السابق يرشد الى أركان القرار الاداري وهي الاختصاص والشكل والمحل والسبب والغاية فيتعين على من يتخذ القرار أن يتأكد قبل أن يتصرف أن اتخاذ هذا القرار داخل في اختصاصه^(٢) والاختصاص هو الصلاحية التي يضيفها المشرع أو المبادئ العامة على الموظف لابرام تصرف ما وللاختصاص اربعة أوجه : اختصاص شخصي أي يحدد الأشخاص الذين يجوز لهم اتخاذ عمل معين واختصاص موضوعي وهو يحدد الموضوعات التي يجوز للموظف التصرف في حدودها وأخيرا الاختصاص المكاني وهو الدائرة المكانية التي يجوز لرجل الادارة التصرف في حدودها وعيب الاختصاص يجعل القرار الاداري غير مشروع جديرا بالالغاء .

أما ركن السبب فيذهب أغلب الفقه الى تعريفه^(٣) بأنه حالة واقعية أو قانونية بعيدة عن رجل الادارة ومستقلة عن ادارته ، ثم توجي له بأنه يستطيع أن يتصرف وأن يتخذ قراراً ما فالسبب في القرار الصادر باحالة موظف الى المعاش بناء على طلبه هو تقديمه طلبا بهذا المعنى وسبب اتخاذ قرار باحالة موظف الى التقاعد هو بلوغه السن القانونية .

(١) راجع نظرية الأعمال المنفصلة — جورج فيديل — ص ٤٠٠ .

(٢) الدكتور سعاد الشرقاوي — المرجع السابق — ص ١٧٦ .

(٣) الدكتور طعيمة الجرف — مبدأ المشروعية طبعة ١٩٦٣ ص ١٣٣ والدكتور سعاد الشرقاوي

أما الركن الثالث فهو ركن الشكل وهو يحتم مراعاة الاجراءات التي تنص عليها القوانين واللوائح ^(١) - كاشتراط أن يصدر القرار كتابة أو أن يكون مسببا فالتسبب شرط شكلي يلزم الادارة بذكر الأسباب أما السبب فهو أحد أركان القرار الاداري وعيب الشكل هو عدم احترام القواعد الاجرائية أو الشكلية المحددة لاصدار القرارات الادارية في القوانين واللوائح ويترتب عليه كون القرار معيبا غير مشروع . ^(٢)

أما ركن المحل فهو المركز الذي تتجه ارادة مصدر القرار الى أحداثه والأثر القانوني الذي يترتب عليه حالا ومباشرة . وهذا الأثر هو انشاء حالة قانونية معينة أو تعديلها أو الغاؤها وبهذا يتميز محل العمل القانوني عن محل العمل المادي ذلك أن محل العمل الأول هو دائما أثر قانوني بينما محل العمل الثاني هو نتيجة مادية واقعية ^(٣) . فمثلا القرار الصادر بمصادرة بعض الأموال من أحد الأفراد يكون محله ازالة ملكية هذا الفرد عن الأموال المصادرة .

والعيب الناشئ عن اختلال هذا الركن هو مخالفة القانون وتتخذ هذه المخالفة أشكالا ثلاثة : المخالفة المباشرة للقاعدة القانونية أو الخطأ في تفسيرها أو الخطأ في تطبيقها على الوقائع ^(٤) .

والركن الخامس والأخير وهو ركن الغاية وهو الاحساس الذي يوحى الى الموظف باتخاذ القرار على أثر وقوع حادثة مادية أو تولد مركز قانوني يستوقف الموظف بحيث يتساءل : هل من المصلحة العامة أن أتصرف أو لا أتصرف وإذا

(١) الدكتور سعاد الشرقاوي - نفس المرجع ص ١٧٦ .

(٢) انظر قضاء المحكمة العليا - طعن رقم ٦ سنة ٣ ق ١٩٥٧/٦/٢٦ والدكتور سعاد الشرقاوي - المرجع السابق - ص ١٧٨ - وفيديل - المرجع السابق ص ٤٢٣ .

(٣) الدكتور سليمان الطماوي - نظرية التعسف في استعمال السلطة - رسالة دكتوراه الطبعة العربية ص ٢١ .

(٤) قضاء المحكمة العليا رقم ٦/٣ ٢٦ يونيو ١٩٥٧ .

كانت المصلحة هي الغاية من كل قرار اداري فان المشرع كثيرا ما يضع هدفا أكثر تخصيصا يجب ألاّ يحيد عنه رجل الادارة اذا ما أراد استخدام السلطات المخولة له ويطلق على هذا المبدأ مبدأ تخصيص الأهداف ^(١) .

واذا كان تحديد المحل سهلا ميسورا سواء من الناحية النظرية أو العملية فان الأمر ليس كذلك بالنسبة لركن السبب والغاية فقد يكون من السهل التفرقة بينهما نظريا ولكن يدق الأمر ويصعب في مجال العمل فمن الناحية النظرية السبب حالة واقعية مستقلة عن رجل الادارة وسابقة على العمل فهو نقطة البدء بينما الغاية وهي عنصر تغلب عليه الناحية الشخصية هي المرحلة النهائية ونقطة الوصول . ولكن من الناحية العملية يدق الفارق بين العنصرين ويتقاربان الى حد كبير حتى انتهى البعض الى دمج العنصرين في ركن واحد . ^(٢)

المبحث الثاني

آراء الفقه في تمييز القرار الاداري

١٦ — من المتفق عليه فقها أن هناك معيارين لتحديد طبيعة العمل الاداري : معيار موضوعي . ومعيار شكلي .

أما المعيار الموضوعي فمؤداه أن ينظر الى جوهر العمل ذاته أو مضمونه ومحتوياته دون نظر الى السلطة المختصة باصداره أو الاجراءات التي اتخذت في اصداره وبذلك يعتبر من قبيل الأعمال التشريعية تلك الأعمال التي تتضمن قواعد عامة مجردة أيا كانت السلطة التي أصدرتها أما فيما عدا ذلك من الأعمال التي

(١) الدكتور سعاد الشرقاوي — المرجع السابق — ص ١٧٨ .

(٢) انظر في تفصيل ذلك الدكتور الطماوي — نظرية التعسف في استعمال السلطة . ص ٢٦ .

تصدرها الادارة أو حتى البرلمان فتعتبر أعمالا ادارية . (١)

والمعيار الشكلي مؤداه أن ينظر في تحديد طبيعة العمل الاداري الى السلطة التي أصدرته والاجراءات التي اتبعت في اصداره دون نظر الى موضوع القرار ذاته أو مضمونه فاذا كان العمل صادرا عن السلطة التشريعية عد عملا تشريعيا واذا كان صادرا عن السلطة القضائية عد عملا قضائيا . وكذلك الحال بالنسبة الى العمل الذي يصدر عن السلطة الادارية .

والأخذ بالمعيار الموضوعي وحده وان كان يتفق مع المنطق ومع التحليل النظري المجرد الا أنه لا يتفق مع المعمول به فعلا في القانون الوضعي (٢) . فمن المعلوم أن التنظيم القانوني منذ أن نشأ القانون في المجتمعات القديمة حتى الآن لا يقوم على أساس الحقائق الموضوعية المجردة التي تركز على طبيعة الأشياء وحدها ولكنه يعتمد في كثير جدا من عناصره على القوالب الشكلية والاجرائية التي تصب فيها هذه الحقائق والتي لا يمكن اهدارها عند البحث في طبيعة التصرفات القانونية وتكييفها وتحديد آثارها ومن المعلوم كذلك أن مبدأ الفصل بين السلطات وان كان يعني نظريا أن تقوم السلطة التشريعية بأعمال التشريع والسلطة القضائية بأعمال القضاء والسلطة التنفيذية بأعمال التنفيذ فان المعمول به في القانون الوضعي غير ذلك . اذ لا تزال كل من السلطة التشريعية والسلطة التنفيذية تملك بعض مظاهر الوظيفة التي تخصص فيها الوظيفة الأخرى ، فالسلطة التشريعية تستطيع ولو في حالات استثنائية واردة على سبيل الحصر أن تأتي أعمالا ادارية بطبيعتها كاعتماد الميزانية وعقد القروض ومنع التزام المرافق العامة وغيرها . ولكن بالرغم من طبيعتها الادارية عرفت هذه التصرفات باسم القوانين (٣) ، تغلبا منها على الأشكال والاجراءات التي تصدر فيها وطبقاً لها وبالنظر الى الجهة التي أصدرتها .

(١) الدكتور فؤاد العطار - المرجع السابق - ص ٥٦٩ .

(٢) الدكتور طعيمة الجرف - المرجع السابق - ص ٢٥٢ .

(٣) الدكتور طعيمة الجرف - المرجع السابق - ص ٢٥٢ وما بعدها .

ومن ذلك يتضح كيف تتغير طبيعة التصرف في القانون الوضعي كلما تغير الشكل الذي يصدر فيه وكلما تغيرت السلطة التي تملك إصداره فالعمل الإداري يصبح قانوناً إذا أصدره البرلمان .

والأخذ بالمعيار الشكلي وإن كان هو الغالب تشريعاً وقضاء — إلا أنه لا يكفي . فإذا كان هذا المعيار هو المعتمد عليه في تمييز القرارات الإدارية عن سائر أعمال الدولة : التشريعية والقضائية ^(١) لكنه لا يجدي في التمييز بين أعمال الإدارة نفسها لأن الإدارة لا تصدر قرارات إدارية فقط بل تقوم فوق ذلك بإبرام العقود ، كما قد تصدر عنها أعمال مادية لا ترتب آثاراً قانونية فليس إذن كل ما يصدر عن الإدارة عملاً أو قراراً إدارياً كما يقول المعيار الشكلي . ومن ثم كانت الحاجة إلى معيار موضوعي لتمييز القرار الإداري عن سائر أعمال الإدارة وتحليل طبيعة القرار الإداري في ذاته .

ومن كل ما تقدم نخلص إلى أن خير الأمور هو في الأخذ بالمعيارين معاً والاقتصار على أحدهما من شأنه أن يقيد القاضي الإداري بمعيار جامد قد لا يتفق ووظيفته الأساسية التي تهدف إلى حماية حقوق الأفراد من جانب والمحافظة على الصالح العام من جانب آخر . ^(٢)

المبحث الثالث

موقف القضاء

أ — في مصر :

١٧ — أكدت محكمة القضاء الإداري منذ انشائها سنة ١٩٤٦ ترجيحها

(١) الدكتور الطماوي — المرجع السابق — ص ٤٩١ وما بعدها .

(٢) الدكتور فؤاد العطار — المرجع السابق — ص ٥٦٩ .

للمعيار الشكلي في تعريفها للقرارات الادارية وكان مما قرره في هذا الشأن أن القرار الاداري هو إفصاح جهة الادارة في الشكل الذي يحدده القانون عن ارادتها الملزمة بما لها من سلطة عامة بمقتضى القوانين واللوائح ، وذلك بقصد احداث مركز قانوني متى كان ذلك ممكنا وجائزا شرعا وكانت الباعث عليه مصلحة عامة^(١) . وقد انتهت في أحكامها الى عدم قبول الدعوى ضد الأعمال البرلمانية الصادرة عن البرلمان والأعمال القضائية الصادرة عن المحاكم باختلاف أنواعها سواء كانت محاكم مدنية أو تجارية أو شرعية أو ادارية .

ولكن اذا كان هذا هو الأصل في أحكام محكمة القضاء الاداري المصرية الا أن هذا الأصل ترد عليه استثناءات في أحوال معينة فمثلا ذهبت في حكمها الصادر بتاريخ ١٢/١ / ١٩٤٨^(٢) الى قبول الطعن في القرارات الصادرة عن البرلمان بخصوص موظفيه على أساس أن البرلمان يعتبر جهة ادارية في مواجهة موظفيه ويمارس وظيفة ادارية في هذا الصدد . ووضح في هذا الحكم كيف أخذت المحكمة بالمعيار الموضوعي وحده .

بل ولقد جمعت المعيارين معا الشكلي والموضوعي كما هو الحال في تعريفها للعمل القضائي بأنه (أي القرار القضائي) هو الذي يصدر من هيئة استمدت ولاية القضاء من قانون محدد لاختصاصاتها . وأن يكون هذا العمل حاسما في خصومة أي نزاع بين طرفين مع بيان القواعد القانونية التي تنطبق عليه ووجه الفصل فيها^(٣) .

أما المحكمة الادارية العليا فيبدو أنها قد مالت أخيرا الى تغليب المعيار الموضوعي . حيث قالت في الحكم الصادر بتاريخ ٢٦ / ٤ / ١٩٦٠ بأن القرار

(١) راجع الدكتور طعيمة الجرف - المرجع السابق ص ٢٦٤ والأحكام التي أشار إليها .

(٢) محكمة القضاء الاداري المصرية - دعوى رقم ٢٠٠ لسنة ١ ق .

(٣) محكمة القضاء الاداري المصرية - دعوى رقم ٨٣ لسنة ٧٠ - مجموعة الأحكام ص ٢٥٦ .

القضائي هو الذي تصدره المحكمة بمقتضى وظيفتها القضائية ويحسم على أساس قاعدة قانونية خصومة قضائية تقوم بين خصمين يتعلق بمركز قانوني عام أو خاص ولا ينشئ مركزاً قانونياً جديداً وإنما يقرر في قوة الحقيقة القانونية وجود حق أو عدم وجوده ويكون القرار قضائياً متى توافرت له هذه الشروط حتى ولو صدر من هيئة لا تتكون من قضاة .

وسواء صدر القرار القضائي من جهة قضائية عادية أو استثنائية فالمحاكم العسكرية وأحكام المجالس العسكرية المركزية وقرارات المجالس المالية ولجان التعاون وتعتبر كلها قرارات قضائية تخرج من ولاية محكمة القضاء الإداري ^(١) .

إذا كان هذا هو مسلك القضاء الإداري في مصر ، فما هو مسلك القضاء الإداري في ليبيا الذي حدا حذو القضاء المصري في الكثير من أحكامه .

ب - في ليبيا :

١٨ - أخذ المشرع الليبي صراحة بالمعيار الشكلي سواء في الدستور أو القوانين العادية ، فلو رجعنا إلى الدستور الذي كان معمولاً به قبل قيام الثورة لوجدناه يأخذ بالمعيار الشكلي عندما يفصل وظائف الدولة الثلاث وينيط كل وظيفة بعضو خاص أعمالاً لمبدأ الفصل بين السلطات . فكل عضو يمارس الوظيفة الخاصة به دون أن يتجاوزها إلا في حدود ضيقة جداً فالوظيفة التشريعية يتولاها مجلس الأمة فهو الذي يمارس سلطة التشريع في البلاد بموجب المادة ٤١ من الدستور والسلطة التنفيذية منوطة بالملك الذي يمارس سلطاته بموجب وزرائه وهم المسئولون عن أعمال السلطة التنفيذية ^(٢) (م ٦٠ من الدستور) أي أن الوظيفة التنفيذية يمارسها مجلس الوزراء أما السلطة القضائية فتتولاها المحكمة العليا والمحاكم الأخرى .. ^(٣) ولو

(١) راجع تعليق الدكتور العطار حول الأخذ بالمعيار الموضوعي - المرجع السابق - ص ٥٨٢ وما بعدها .

(٢) الدكتور خالد عبد العزيز - القانون الإداري الليبي - الجزء الأول - ص ٧٦ . وما يلاحظ

أن ليبيا الآن تمر بظروف استثنائية وتتركز السلطات في يد مجلس قيادة الثورة ، ولا مناص في مثل هذه الظروف من أعمال المعيار الموضوعي لاستحالة الأخذ بالمعيار الشكلي .

رجعنا الى القوانين نجدها تأخذ المعيار الشكلي صراحة كالقانون رقم ٨٨ لسنة ١٩٧١ عندما نص على أن القرارات الصادرة عن الهيئات الادارية ذات الاختصاص القضائي قرارات ادارية يجوز الطعن فيها بالالغاء أمام دائرة القضاء الاداري بمحاكم الاستئناف .

١٩ - صرحت المحكمة العليا منذ أول حكم لها على ترجيح المعيار الشكلي لتمييز العمل الاداري عن غيره ، وهذا ما أكدته في قضية الطعن الاداري رقم ١ بتاريخ ٥ ابريل ١٩٥٤^(١) عندما قالت « لما كانت السلطات الثلاث قد تتحد في مجال العمل يتحدد أن تصدر السلطات التشريعية أعمالا ادارية . مدعية أنها أعمال تشريعية أو تصدر السلطات التنفيذية أعمالا تشريعية مدعية أنها ضمن اختصاصاتها وقد يعرض الأمر على القضاء وكان لا بد من إيجاد معيار يكون أساسا للفرقة بين الأعمال التشريعية والأعمال القضائية والأعمال التنفيذية والفقهاء الحديث على اتفاق بوجود معيارين أحدهما موضوعي يعول على كفه وطبيعة العمل في ذاته والثاني شكلي والمعول عليه فيه السلطة التي أصدرت العمل فان كان صادرا من البرلمان فهو عمل تشريعي وان كان صادرا من فرد أو هيئة ذي سلطة تنفيذية فهو عمل اداري وان كان صادرا عن جهة قضائية فهو عمل قضائي ، وجمهور الفقهاء على أن المميز الشكلي هو المعبر وخاصة في تعرف الأعمال التي يجوز للقضاء الاداري الغاؤها وابطالها » وانتهت من هذا الى تعريف القرار الاداري بأنه افصاح الادارة عن ارادتها الملزمة بما لها من سلطة بمقتضى القوانين واللوائح وذلك بقصد احداث أثر قانوني معين متى كان ممكنا وجائزا وكان الباعث عليه ابتغاء مصلحة عامة .^(٢)

(١) القضاء الاداري والدستوري - الجزء الأول - ص ٩ وما بعدها .

(٢) راجع كذلك قضاء المحكمة العليا - طعن اداري رقم ٨/١ جلسة ٦١/٦/٢٤ القضاء الاداري والدستوري - الجزء الثاني - وطعن اداري رقم ٣ سنة ٢ طعن اداري رقم ١٥/٤ ق المنشور بمجلة المحكمة العليا - العدد الرابع يوليو ١٩٧٠ م .

ولكن ذلك لا يعني أن المحكمة العليا قد استبعدت المعيار الموضوعي بل أخذت به صراحة في أحوال معينة . وهذا ما أكدته في حكمها الصادر بتاريخ ٩ مايو ١٩٦٤ عندما قبلت الطعن في قرار رئيس مجلس الشيوخ بترقية أحد الموظفين التابعين للمجلس رغم كون القرار صادرا عن رئيس مجلس الشيوخ - وواضح أن المحكمة في هذا القضاء قد نظرت الى كنه العمل ومضمونه بغض النظر عن الجهة التي أصدرته عندما انتهت الى اعتبار رئيس المجلس جهة ادارية يمارس سلطة ادارية رئاسية على الموظفين التابعين لمجلس الشيوخ ^(١) .

وفوق ما تقدم ، نراها قد جمعت المعيارين معا الشكلي والموضوعي مثال ذلك ما جاء في حكمها الصادر بتاريخ ٣٠ يونيو ١٩٦٠ ^(٢) « وحيث ان قواعد القانون الاداري انما تنشأ وتنمو في ظلال القضايا الادارية التي لا يشبه بعضها بعضا وعلى ضوء ما يحيط به من ظروف وملابسات تختلف من قضية عنها في الأخرى وحيث ان القضية المطروحة لدى هذه المحكمة ان هي الا طعن في قرار وحكم صادرا من محكمة الاستئناف في دعوى تأديبية لأحد المحامين بموجب القانون رقم ٤ لسنة ١٩٥٢ . وحيث انه من المسلم به أن الهيئة التي أصدرت القرار والحكم فيهما هيئة قضائية والحكم الصادر منها يمكن اعتباره قضائيا أخذا بالمعيار الشكلي لأنه صدر من جهة قضائية ويمكن اعتباره قرارا اداريا لأنه فصل في دعوى موضوعها اداري وهو الادعاء بسوء السلوك وطلب الحرمان من مزاولة مهنة المحاماة » .

ونحن لا نوافق المحكمة العليا في استخلاصها بأن الحكم الصادر من محكمة استئناف طرابلس هو قرار اداري لأنه فصل في دعوى موضوعها اداري أخذا بالمعيار الموضوعي ذلك أنه حتى أصحاب المذهب الموضوعي يرون الطبيعة القضائية

(١) قضاء المجلة العليا - مجلة المحكمة العليا السنة الأولى - العدد الثالث - ابريل ١٩٦٤ ص ٧ وما بعدها .

(٢) طعن اداري رقم ٣ سنة ٣ القضاء الاداري والدستوري - الجزء الثاني ص ٥١ وما بعدها .

للقرار التأديبي من الناحية المادية فاذا استوفى الشكل أي صدر عن محكمة صار قرارا قضائيا بلا شبهة - فلو حللنا العمل التأديبي من الناحية المادية لوجدناه هو والعمل القضائي سواء من استعراض للوقائع والتأكد من وقوع المخالفة القانونية واتخاذ قرار يهدف الى منع وقوع مثل هذه المخالفة مستقبلا .

وعلى هذا النحو نرى أن المعيار الموضوعي لا يسعف المحكمة العليا فيما ذهبت اليه من اعتبار القرار التأديبي الصادر في حق أحد المحامين قرارا اداريا لأنه فصل في دعوى موضوعها اداري ^(١) .

والخلاصة فيما تقدم كله أن المحكمة العليا كانت مرنة في قضائها . ولم تقيّد نفسها بمعيار جامد لا يتفق وقضايا القانون الاداري المتطورة والمتجددة باستمرار .

* * *

(١) راجع في تمييز العمل القضائي - الدكتور القطب محمد طبلية - رسالة دكتوراه عن العمل القضائي في القانون المقارن ص ١١١ وما بعدها حيث يقول « إنه لا وجه مطلقا في التفرقة بين الخصومة القضائية والمحاكمة التأديبية التي لا تختلف من الناحية المادية عن المحاكمة الجنائية . لأن المحاكم التأديبية خصومة قضائية بين المتهم والادارة يمسها القرار التأديبي على أساس قاعدة قانونية - وانظر الطماوي المرجع السابق - ص ٣٧٧ - وكذلك الدكتور فتحي وإلى - قانون القضاء المدني ص ٣٨ وما بعدها - طبعة سنة ١٩٧٢ .

الفصل الثاني

شروط القرار المطلوب الغاؤه

تمهيد :

- ٢٠ - لا يكفي أن يكون القرار اداليا حتى يجوز الطعن فيه بالالغاء ، بل لا بد من توافر شروط معينة . هذه الشروط يمكن اجمالها فيما يلي : -
- أولاً : أن يكون القرار صادرا عن جهة ادارية وطنية .
- ثانياً : أن يكون القرار نهائيا .
- ثالثاً : أن يكون القرار من شأنه التأثير في المركز القانوني للطاعن .
- وسنخصص مبحثا لكل شرط من هذه الشروط .

المبحث الأول

أن يكون القرار صادرا عن جهة ادارية وطنية

وهذا الشرط ينقسم بدوره الى قسمين :

- أ - أن يكون القرار صادرا عن جهة ادارية .
- ب - أن يكون القرار صادرا عن جهة ادارية وطنية .

أ - أن يكون القرار صادرا عن جهة ادارية :

٢١ - اذا كان من اليسير تحديد المقصود بالجهة الادارية بالنسبة لغيرها من السلطات الأخرى التشريعية والقضائية أخذنا بالمعيار الشكلي . فانه لا يزال من الضروري تمييز الادارة عن غيرها من أشخاص القانون الخاص التي لا تمارس شيئا من مظاهر السلطة العامة .

ويعتبر من قبيل الجهات الادارية أشخاص القانون العام الاقليمية كالدولة والمحافظات والمدينة والقرية ^(١) أو المرفقية كالجامعة الليبية والهيئة العامة للأوقاف والهيئة العامة للدعوة الاسلامية والهيئة العامة للتخطيط ... الخ . وعلى ذلك لا يقبل الطعن بالالغاء اذا كان القرار صادرا عن شخص من أشخاص القانون الخاص الذي لا يملك شيئا من مظاهر السلطة العامة كالشركات مثلا ولو كانت تملكها الدولة .

وتطبيقا لذلك قضت المحكمة العليا بعدم قبول الطعن ضد القرارات الصادرة عن الهيئة الأوليمبية ، حيث قالت في حكمها الصادر بتاريخ ٢٩ مارس ١٩٧٠ «وحيث انه للتعرف على الطبيعة القانونية لهيئة من الهيئات يجب الرجوع أولا وقبل كل شيء الى ما قرره الشارع فاذا نص صراحة على أنها هيئة عامة أو خاصة ذات نفع عام تعين النزول على حكم النص الصريح أما اذا لم يفصح الشارع عن طبيعة الهيئة فانه يلزم استجلاء مقاصده من مجموع القواعد التي تحكمها » وبعد أن بينت مواد القانون الصادر بانشاء اللجنة الأوليمبية قالت «لما كان ذلك وكانت طبيعة اللجنة الأوليمبية وهي فرع من اللجنة الأوليمبية الدولية تقتضي أن تكون سلطة مستقلة تماما وبعبدة كل البعد عن المؤثرات السياسية والدينية والمالية والا فقدت الاعتراف بها في المجالات الدولية (مادة ٢٥ من نظام اللجنة الأوليمبية الدولية) وكانت اللجنة الأوليمبية وتنظيماتها لا تنطوي قراراتها على صفة السلطة

(١) الدكتور طعيمة الجرف - المرجع السابق - ص ٢٦٨ .

العامة ولا يnaud بها ادارة مرفق عام فانها لا تعدو أن تكون كما نص القانون هيئة خاصة متمتعة بشخصية اعتبارية تقوم بمزاولة نشاطها واختصاصاتها تحت اشراف الوزير المختص » وانتهت الى القول « لما كان ذلك فان المطعون عليه رئيس الاتحاد العام لكرة القدم وهو جزء من أجهزة اللجنة الأولمبية لا يعتبر ممثلا لشخص من أشخاص القانون العام ولا تكون القرارات الصادرة عنه قرارات ادارية بالمعنى المفهوم في المادة ٢١ من قانون المحكمة العليا فلا يكون لمحكمة القضاء الاداري اختصاص بالفصل في الطعن الذي يقدم اليها في شأنها » . (١)

النقابات :

٢٢ - ان كانت القرارات الصادرة عن المحافظة أو الوزير أو أي جهة ادارية أخرى قرارات ادارية بلا شبهة ، فالقرارات الصادرة عن النقابات كانت محل جدل كبير حول طبيعتها هل هي قرارات ادارية يجوز الطعن فيها بالالغاء أم لا . وقد حسم مجلس الدولة الفرنسي هذا الجدل في حكمه الشهير بتاريخ ٣١ يوليو ١٩٤٢ في قضية مونبير Monpeurt (٢) واعتبر القرارات الصادرة عن النقابات قرارات ادارية يجوز الطعن فيها بالالغاء .

وقد حذا مجلس الدولة المصري حذو مجلس الدولة الفرنسي وأجاز الطعن في القرارات الصادرة عن النقابات . ذلك أن النقابات تعتبر من أشخاص القانون العام ولها نفس مقوماتها فانشاؤها يتم بقانون أو بمرسوم أو بأية أداة تشريعية أخرى وأغراضها وأهدافها ذات نفع عام ولها على أعضائها سلطة تأديبية . ولؤلء الأعضاء دون سواهم حق احتكار مهنتهم فلا يجوز لغيرهم مزاولتها واشتراك الأعضاء في نقابتهم أمر حتمي ولها حق تحصيل رسوم الاشتراك في مواعيد دورية منتظمة

(١) طعن اداري رقم ٢٤ / ١٦ ق مجلة المحكمة العليا - السنة السادسة - العدد الرابع .

(٢) المنشورة في مجموعة أحكام القضاء الاداري ص ٢٤٤ .

ويترتب على ذلك كله اعتبار قراراتها قرارات ادارية يجوز الطعن فيها بالالغاء^(١).

شركات القطاع العام :

٢٣ - عرفت ليبيا بعد الثورة هذا النوع من الشركات فهل هي تعتبر من أشخاص القانون الخاص وما يصدر عنها بالتالي يعتبر من أعمال القانون الخاص ويخضع للقضاء العادي أم تعتبر من أشخاص القانون العام وما يصدر عنها بالتالي قرارات ادارية يجوز الطعن فيها أمام جهة القضاء الادارية ؟

أثارت هذه المسألة جدلا كبيرا في الفقه المصري فقد ذهب رأي الى القول بأن هذه الشركات من أشخاص القانون الخاص ومن ثم فانها تمارس نشاطها في مجال هذا القانون ولا تعتبر قراراتها قرارات ادارية^(٢).

وذهب رأي ثان الى العكس من ذلك ، ومفاده أن هذه الشركات أو المرافق الجديدة في الدولة الاشتراكية (كمرفق النور والكهرباء أو محلات البقالة) تخضع لأحكام القانون الاداري ولها سلطات وحقوق مستمدة من القانون العام ومن ثم فان ما تصدره من قرارات يعد من قبيل القرارات الادارية التي يجوز الطعن فيها بالالغاء^(٣).

وذلك رأي وسط الى القول بأن المسألة نسبية تختلف باختلاف النظام السياسي القائم فحيثما يكون التأمين هو الاستثناء يلزم الابقاء على قواعد القانون الخاص وتطبيقه على شركات القطاع العام أما حيث يكون التأمين هو الأصل^(٤) فيلزم أن يمتد القانون الاداري ليحكم نشاط القطاع العام .

(١) الدكتور طعيمة الجرف - المرجع السابق - ص ٢٧١ - والدكتور الطماوي - المرجع السابق ص ٥٠١ .

(٢) انظر ذلك بالتفصيل الدكتور الطماوي - المرجع السابق - ص ٥٠٣ .

(٣) الدكتور طعيمة الجرف - المرجع السابق - ص ٢٦٩ .

(٤) الدكتور ثروت بدوي - مبادئ القانون الاداري ص ١١٣ طبعة سنة ١٩٧٠ .

ونحن نؤيد ما ذهب اليه الرأي الأول من وجوب اخضاع هذه الشركات للقانون الخاص لأن ذلك أقرب الى طبيعتها ووظيفتها وأدعى الى أن تحيا وتنافس المشروعات الفردية في الدول النامية .

وكانت المحكمة الادارية العليا قد انتهت في حكمها الصادر بتاريخ ٢٩/٢/٦٤ بأن هذه الشركات من أشخاص القانون الخاص رغم تملك الدولة لها وقصد صرحت قوانين التأمين على تأكيد بقاءها محتفظة بشكلها القانوني واستمرارها في نشاطها في اطار هذا الشكل ولا يمكن والحالة هذه اعتبارها من المصالح العامة^(١) . أما القضاء الاداري الليبي فلم يتناول هذه المسألة في أحكامه نظرا لحدثة هذا النوع من الشركات في ليبيا .

ب - أن يكون القرار صادرا عن جهة ادارية وطنية :

٢٤ - العلة في هذا الشرط أن القضاء الاداري هو قضاء وطني لا يطبق الا القانون الاداري الوطني فقط^(٢) وأن دعوى الالغاء وسيلة لرقابة السلطات الادارية الوطنية لها السلطات الأجنبية .^(٣)

وتطبيقاً لهذا الشرط لا يجوز الطعن في القرارات الصادرة وقت الاحتلال الايطالي أو عهد الادارة الانجليزية أو القرارات الصادرة عن القوات الأجنبية البريطانية أو الأمريكية في الفترة ما بعد الاستقلال وقبل الجلاء . وينطبق هذا الحكم كذلك على القرارات التي تصدر عن السفراء والقناصل ومن في حكمهم والمنظمات الدولية كفروع الأمم المتحدة ومكاتب الجامعة العربية ومنظمة الوحدة الافريقية .^(٤)

(١) راجع الدكتور الطماوي - المرجع السابق - والأحكام التي أشار اليها .

(٢) الدكتور طعيمة الحرف - المرجع السابق - ص ٢٧٢ .

(٣) الدكتور الطماوي - المرجع السابق - ص ٥٠٦ .

(٤) لا نجد أحكاما تطرقت إلى هذه المسألة في القضاء الليبي ، ويتصل بهذا الشرط ما نصت عليه =

المبحث الثاني

أن يكون القرار نهائياً

٢٥ - أفصحت المواد ٢ ، ٥ من القانون رقم ٨٨ لسنة ١٩٧١ صراحة عن هذا الشرط عندما وصفت القرارات الادارية التي يجوز الطعن فيها بالنهائية فما هو المقصود بنهائية القرار الاداري ؟

يقصد بنهائية القرار الاداري أن يكون قراراً تنفيذياً ، أو قابلاً للتنفيذ وهذا ما أكدته المحكمة العليا في حكمها الصادر بتاريخ ٢٦ يونيو ١٩٥٧ ^(١) حيث قالت « ان معيار نهائية القرار الاداري هو قابليته للتنفيذ فالقرار الاداري الذي يقبل الطعن بالالغاء هو الذي يؤثر في المركز القانوني للمدعي فيجعل له مصلحة شخصية مباشرة للطعن عليه بهذا الطريق لذلك فان الأوامر الادارية غير النهائية والأوامر الادارية النهائية التي ليس لها أثر على مركز المدعي لا يقبل طالب الغائها لدى هذه المحكمة وكذلك القرارات التمهيدية أو التحضيرية لأنها لا تؤثر بذاتها في المركز القانوني للمدعي لا تنشأ عنها لمجرد صدورها مصلحة شخصية مباشرة تبرر طلب الغائها طالما أنها غير قابلة للتنفيذ » .

فالمقصود اذن بنهائية القرار الاداري هو قابليته للتنفيذ ولا يكون القرار كذلك إلا إذا كان صادراً من سلطة ادارية مختصة باصداره ولا يتعلق وجوده على تصديق سلطة ادارية أعلى . ^(٢)

= المادة ٢٦ من قانون المحكمة العليا على عدم قبول طلبات الالغاء ضد القرارات الصادرة قبل نفاذ قانون المحكمة العليا وطلبات التعويض التي تتعلق بمسائل وقعت قبل الرابع والعشرين من ديسمبر سنة ١٩٥١ .

(١) طعن رقم ٦ سنة ٣ ق القضاء الاداري والدستوري - الجزء الأول - الطبعة الثانية - ص ٩٨ وما بعدها .

(٢) طعن اداري رقم ٣/١ ق مجلة المحكمة العليا - السنة السادسة جلسة ٨ مارس ١٩٧٠ .

وتطبيقاً لذلك قضت المحكمة العليا بتاريخ ١٤ يونيو ١٩٥٨ بأن توصية المجلس التأديبي بفصل الطاعن لا تعدو أن تكون رأياً ومشورة فحسب. وهي متوقفة على تصديق المجلس التنفيذي طبقاً لقانون الخدمة المدنية لولاية طرابلس رقم ٢٤ لسنة ١٩٥٦ فهي لذلك ليست قراراً نهائياً ونهائية القرار الإداري من الأركان المتممة لوجوده ٥ ، وبدون توافرها لا يجوز الطعن فيه أمام المحاكم الإدارية (١).

ويلاحظ أن توقيت القرار لا يؤثر في نهائيته لأن التوقيت ينصب على آثار القرار فالقرارات الصادرة بتعيين موظف تحت الاختبار لمدة سنة يعتبر قراراً نهائياً رغم ما فيه من توقيات التثبيت في الوظيفة ولا يعتبر ذلك عيباً في نهائية القرار (٢).

غير أن المحكمة العليا لا تشدد في هذا الصدد فلو رفعت الدعوى قبل صيرورة القرار نهائياً ثم اكتسب القرار هذه الصفة قبل الحكم في الدعوى فإنها تكون مقبولة. وقد قالت المحكمة في هذا الصدد «لما كان من المقرر في فقه القانون الإداري أنه وإن كان الطعن القضائي لا يقبل إلا في القرار النهائي إلا أنه مع ذلك إذا كان القرار من قبيل القرارات التمهيدية أو التحضيرية فإن الطعن يكون مقبولا إذا ما صدر القرار النهائي المبني على القرار التمهيدي المطعون فيه قبل الحكم في الدعوى ، ولما كان الثابت على ما تقدم أن القرار النهائي وهو مرسوم نزع الملكية قد صدر فعلاً من رئيس المجلس التنفيذي بتاريخ ١٧ - ٨ - ١٩٦٠ وبذلك انقلب القرار محل الطعن الأول وأصبح نهائياً وقابلاً للطعن فيه» (٣).

ولكننا نجد المحكمة العليا في حكم فريد قد خالفت المستقر عليه في أحكامها

(١) القضاء الإداري والدستوري طعن إداري رقم ٤/١ يونيو ١٩٥٨ ص ١٢٠.

(٢) طعن إداري رقم ٣/١ ق مجلة المحكمة العليا - السنة السادسة جلسة ٨ مارس ١٩٧٠.

(٣) طعن إداري رقم ١٣ و ٧/١٩ مارس ١٩٦٤ القضاء الإداري والدستوري الجزء الأول -

ص ١٤٨. نفس هذا الرأي محكمة القضاء الإداري المصرية الدعوى رقم ٢٣٤٦ السنة ٧ ق

مجموعة الأحكام - السنة التاسعة - ص ٣٦٣.

السابقة وفي أحكام القضاء الإداري المصري ونحت منحى آخر بأن اتجهت الى ربط نهائية القرار الإداري باستنفاد التظلمات الإدارية . يفهم ذلك من حكمها الصادر في ١ يونيو ١٩٦٨ الذي قالت فيه « وحيث أنه بالرجوع الى نص المادة السابعة من قانون المطبوعات نجد أن قرار الرفض بمنح الترخيص باصدار صحيفة ما سواء كان الرفض صريحا أو سلبيا يجوز التظلم فيه الى جهة أعلى وهو مجلس الوزراء خلال مدة ثلاثين يوما من تاريخ ابلاغه بقرار الرفض . أو من تاريخ انقضاء مدة الستين يوما من تاريخ تقديم الطلب دون اصدار قرار في الموضوع ومن ثم فإن القرار قبل انقضاء مدة التظلم هذه لم يصبح نهائيا قابلا للطعن . » (١)

وهذا القول من جانب المحكمة العليا مردود عليه ، ذلك أن القرار الصادر من مدير المطبوعات قد استنفذ جميع المراحل التحضيرية اللازمة لاصداره وصدر من السلطة التي تملك اصداره دون أن يكون لازما لنفاذه تصديق سلطة عليا ومن ثم يكون أقرارا نهائيا قابلا للتنفيذ حسبما استقرت عليه أحكامها (٢) .

ومن ناحية أخرى ليس للتظلمات الإدارية أثر في نهائية القرار الإداري في مجال الطعن بالالغاء يستوي في ذلك التظلمات الإدارية الى مصدر القرار نفسه و الى سلطة أعلى منه أو هيئة إدارية أخرى يقضي القانون بتشكيلها لهذا الغرض . وهذا ما أكدته محكمة القضاء الإداري في مصر (٣) .

وفوق ما تقدم ، فإن هذا القول من جانب المحكمة العليا لا يسنده نص . بل أن قانون المطبوعات صريح في المادة السابعة على أن التظلم أمر جوازي ، للطاعن

(١) يرى هذا الرأي أيضا الدكتور خالد عبد العزيز - المرجع السابق - ص ٩٨١ .

(٢) تتلخص وقائع الدعوى في أن الطاعن قد تقدم إلى الجهات المختصة بطلب الترخيص باصدار جريدة تحت اسم « الصراحة » وقد مضى ستون يوما دون أن يتلقى أي رد من مدير المطبوعات فقد اعتبر الطاعن ذلك بمثابة قرار سلبى برفض الطلب . وطعن في هذا القرار إلى المحكمة العليا .

(٣) الدكتور طعيمة الجرف - المرجع السابق - ص ٢٨٣ والأحكام التي أشار إليها .

أن يسلكه أو لا يسلكه أو لا يترتب على اغفاله الحكم بعدم جواز الطعن حيث نصت « وللطالب أن يتظلم من قرار الرفض الى المجلس التنفيذي في الولاية المختصة وذلك خلال ثلاثين يوما من تاريخ اعلانه بقرار الرفض أو من تاريخ انقضاء مدة الستين يوما المذكورة دون اصدار قرار ما . »

وهكذا نرى المحكمة العليا في هذا الحكم قد خالفت المتواتر عليه في أحكامها وفي أحكام القضاء الاداري المصري . ونهجت نهجا غريبا لا يسنده نص . وما كان لها أن تسلك هذا المسلك وهي تضع مبادئ ونظريات القانون الاداري الليبي وترسي لبناته الأولى ^(١) .

* * *

المبحث الثالث

أن يكون القرار من شأنه التأثير في المركز القانوني للطاعن

de nature à faire grief

٢٦ - لكي تقبل دعوى الالغاء من أحد الأفراد يجب أن يكون القرار الاداري مؤثرا في مركزه القانوني . وهذا ما أوضحته المحكمة العليا في حكمها الصادر في ١ يونيو ١٩٦٨ بقولها « ان القرار الاداري الذي يقبل الطعن بالالغاء

(١) آثرنا أن نفرق بين شرط النهائية وشرط التأثير في المركز القانوني ، لأن صفة النهائية وان كانت جامعة لكنها غير مانعة فهناك من القرارات النهائية التي لا تؤثر في المركز القانوني للغير ، رغم أننا نسلم بأن الحدود بين الشرطين قد تختلط فلا يكون القرار نهائيا الا اذا كان مؤثرا وضارا بالغير ولا يكون ذا أثر الا اذا كان نهائيا .

هو الذي يؤثر في المركز القانوني للمدعي فيجعل له مصلحة شخصية مباشرة للطعن عليه بهذا الطريق «^(١).

وتطبيقاً لهذا الشرط لا يجوز الطعن بالالغاء ضد القرارات التي لا تستهدف الإدارة من ورأها أحداث آثار قانونية أو التي أنقص أثرها أو التي لا تولد بذاتها آثاراً قانونية^(٢). ويدخل ضمن هذه القرارات ما يلي :

١ - التوجيهات التي تبديها جهة إدارية إلى جهة إدارية أخرى أو إلى أحد الأفراد كالتوجيهات التي سيبلغها أحد الوزراء ببناء مصنع مثلاً^(٣).

٢ - الأعمال التحضيرية : Les actes préparatoires

من اقتراحات وأمانى وآراء وتقارير. فهذه الأعمال تسبق صدور القرار وليس لها قوة القرار التنفيذي الذي يؤثر في المركز القانوني للغير كالأمانى التي يبديها المجلس البلدي مثلاً (حكم مجلس الدولة في قضية Chougny^(٤)) أو إحالة ملف أو طلب إلى جهة إدارية. وعلى العكس من ذلك ذهب مجلس الدولة الفرنسي إلى اعتبار رفض التزويد بمعلومات معينة قراراً إدارياً يجوز الطعن فيه بالالغاء^(٥).

(١) انظر قضاء المحكمة العليا طعن رقم ٢/٣ ق ٢٨ نوفمبر ١٩٥٦ القضاء الإداري الجزء الأول ص ٨٦ حيث قالت « ضابط القرار الإداري الذي يقبل الالغاء أن يكون له أثر قانوني قبل الأفراد فإذا كان المنشور الدوري الصادر في ديسمبر ١٩٥٣ من نظارة الصحة بولاية طرابلس يعالج الوسائل التي تنشأ بها الصيدليات الموجودة ومن شأنه أن يؤثر في المركز القانوني لكل صيدلي أو صاحب صيدلية فهو قرار إداري يقبل الطعن عليه بالالغاء ».

طعن إداري رقم ١٣/٢ ق ١ يونيو ١٩٦٨. مجلة المحكمة العليا - السنة الخامسة - العدد الأول ولا حظ أن هذا الشرط يقترب كثيراً من شرط المصلحة في دعوى الالغاء.

(٢) راجع الدكتور الطماوي - المرجع السابق - ص ٥١٧ وما بعدها.

(٣) راجع الطماوي - المرجع السابق - وجورج فيديل - المرجع السابق - ص ١٤١ الذي عبر عنها Les actes n'ayant qu'une valeur indicative

والدكتور طعيمة الجرف - المرجع السابق - ص ٢٨٥.

(٤) مجلس الدولة الفرنسي ٢٤ مايو ١٩٥٧ - راجع فيديل - المرجع السابق ص ١٤٢.

(٥) مجلس الدولة الفرنسي ١٣ مايو ١٩٥٥.

٣ - المنشورات والتعليمات الداخلية :

Les circulaires ou instructions de service

وهي عبارة عن الأوامر التي تصدر من رئيس المصلحة الى رؤوسيه متضمنة تفسير القوانين والتشريعات القائمة فهذه الأوامر والمنشورات موجهة الى الموظفين وهم ملزمون باحترامها واطاعة ما فيها من أوامر ولكن لا أثر لها قبل الأفراد .^(١)

ولكن ذلك مشروط بأن تلتزم المنشورات حدود التفسير ، ولا ترتب أحكاما جديدة لا سند لها في القوانين واللوائح . والا أصبحت قرارات ادارية يجوز الطعن فيها بالالغاء .^(٢)

٤ - الاجراءات الداخلية : Mesures d'ordre interieur

ويقصد بها تلك الاجراءات المتعلقة بالتنظيم الداخلي للمرفق وقد استقر القضاء في فرنسا على عدم قبول دعوى الالغاء ضد هذه الاجراءات رغم ما لها من مميزات القرار الاداري . ويبدو أن العلة في ذلك هو عدم أهميتها .^(٣)

وتطبيقاً لذلك قضى مجلس الدولة الفرنسي بعدم قبول الطعن بتجاوز السلطة ضد القرار الصادر من مديرة مدرسة الذي يقضي بمنع الطلبة الدخول الى المدرسة باباس الترحلق على الجليد^(٤) . وقضى أيضا بعدم قبول الطعن ضد الاجراءات التأديبية سواء في مجال التعليم أو داخل الجيش (كالعقوبات المدرسية ، والحبس ، والاعتقال (Salle de police arrêts) .

(١) الدكتور الطماوي - المرجع السابق - ص ٥٢٥ والدكتور طعيمة الجرف - المرجع السابق ص ٢٨٥ .

(٢) فيديل - المرجع السابق - ص ١٤٣ .

(٣) الدكتور خالد عبد العزيز - المرجع السابق - ص ٩١٩ .

(٤) مجلس الدولة الفرنسي ٢٠ أكتوبر ١٩٥٤ .

ولكن ذلك مرهون أيضاً بالألا تسبب تلك الاجراءات التأديبية ضرراً ومساساً بالطاعن والا انقلبت الى قرارات ادارية تنفيذية يجوز الطعن فيها وقد أكد مجلس الدولة الفرنسي هذا الشرط في حكمه سنة ١٩٤٩ في قضية^(١) Andrade أندراد .
(كالقرار الصادر بطرد طالب من مدرسة أو القرار الصادر بتمتيز رتبة عسكري
(Cassation de grade) .

٥ - وأخيراً كل الأعمال الصادرة عن الادارة والتي لا أثر لها في الأفراد كالفتاوى والاستشارات ومجرد الاقتراحات والتحقيقات التي تقوم بها جهة الادارة تمهيداً لاصدار قرار وكذلك الاجراءات التنفيذية في شأن تنفيذ قرار سابق كالنشر أو التبليغ أو التفسير أو التأكيد أو الاعذار^(٢) .

الخلاصة :

٢٧ - متى توافرت هذه الشروط الثلاثة . جاز الطعن في القرار الاداري سواء كان قراراً فردياً من شأنه انشاء أو تعديل أو الغاء المراكز القانونية الذاتية (كقرار ترقية موظف مثلاً) أو تنظيمياً عاماً من شأنه انشاء أو تعديل أو الغاء المراكز القانونية العامة غير الشخصية كاللوائح الادارية^(٣) . ويستوي في القرار أيضاً أن يكون ايجابياً أو سلبياً يستفاد من سكوت الادارة عن اجراء تصرف هي ملزمة به قانوناً^(٤) ، أو أن يكون مكتوباً أو غير مكتوب لأن الأصل في القرارات

(١) مجلس الدولة الفرنسي - ٢٦ يوليو ١٩٤٩ مجموعة ليون ص ٣٣١ . وفيديل - المرجع السابق - ص ١٤٤ .

(٢) الدكتور طعيمة الجرف - المرجع السابق - ص ٢٨٧ - الدكتور الطماوي - المرجع السابق - ص ٥٢٠ - ٥٣٤ .

(٣) الدكتور طعيمة الجرف - المرجع السابق ص ٢٨٠ .

(٤) تنص المادة الثانية من القانون رقم ٨٨ لسنة ١٩٧١ « ويعتبر في حكم القرارات الادارية رفض السلطات الادارية أو امتناعها عن اتخاذ قرار أو اجراء كان من الواجب عليها اتخاذه وفقاً للقوانين واللوائح . »

الادارية عدم تقييدها بشكل معين أو صورة تفصح عن ارادة الادارة ما لم يوجب القانون اتباع ذلك الشكل أو تلك الصورة ، ذلك أن القرارات الادارية لا تحصرها أشكال ولا ألوان (١) .

* * *

(١) طعن اداري رقم ٦/٢٠ ق ١٩ فبراير ١٩٦٦ مجموعة المبادئ القانونية - اداري ودستوري -
- الجزء الأول - طبعة سنة ١٩٦٧ ص ٩٩ .

الباب الثالث

الأعمال المحصنة ضد الطعن

تمهيد وتقسيم :

٢٨ - هذه الأعمال التي لا يجوز الطعن فيها بالالغاء تنقسم الى قسمين :
أعمال لا تعد من قبيل القرارات الادارية كالأعمال التشريعية والأعمال القضائية.
وأعمال ادارية بطبيعتها ولكن المشرع استثنائها ومنع الطعن فيها كأعمال السيادة
والقرارات الادارية التي تمنع المحاكم التعرض لها بمقتضى تشريعات خاصة .
ولتفصيل ذلك سنخصص فصلين :

الفصل الأول : في استبعاد الأعمال القضائية والتشريعية من مجال دعوى
الالغاء .

الفصل الثاني : في القرارات الادارية التي يستثنىها المشرع من دعوى
الالغاء .

الفصل الأول

استبعاد الأعمال التشريعية والقضائية من مجال دعوى الالغاء

تمهيد :

٢٩ - الأعمال التشريعية والقضائية ليست من طبيعة واحدة ، مما يلزم معه أن

نخصص مبحثاً لكل طائفة من هذه الأعمال . لذلك سيكون الحديث عن الأعمال التشريعية في مبحث أول والأعمال القضائية في مبحث ثان .

المبحث الأول

الأعمال التشريعية

ما هي الأعمال التشريعية :

٣٠ - هي الأعمال التي تصدر عن السلطة التشريعية كما حددها الدستور بصرف النظر عن طبيعة هذه الأعمال وفقاً للمعيار الموضوعي ^(١) . وإذا كان من السهل تحديد السلطة التشريعية وهي مجلس الأمة بمفرده أو بالاشتراك مع رئيس الدولة فإن المسألة لا تصبح بهذه البساطة إذا نظرنا إلى مختلف الأعمال التي تصدر من السلطة التشريعية لأنها ليست من طبيعة واحدة .

٣١ - فهناك أولاً القوانين سواء كانت مشرعة أو غير مشرعة ، لا يجوز الطعن فيها بالالغاء . ولكن يلاحظ أن الممنوع على القضاء الإداري هو التصدي لقانون من القوانين بالالغاء أما رقابة دستورية القانون في ذاته فهي مسألة منصوص عليها في قانون المحكمة العليا في نطاق اختصاصها بمراقبة دستورية القوانين حيث نصت المادة السادسة عشرة « يجوز لكل ذي مصلحة شخصية مباشرة الطعن أمام المحكمة العليا في أي تشريع أو إجراء أو عمل يكون مخالفاً للدستور » . ويترتب على حكم المحكمة العليا بعدم دستورية القانون اعتباره كأن لم يكن ^(٢) .

(١) الدكتور سليمان الطماوي - المرجع السابق - ص ٣٧٧ .

(٢) انظر الرقابة على دستورية القوانين في المملكة الليبية - بحث مقدم من الدكتور يحيى الجمل للمؤتمر التاسع لاتحاد المحامين العرب المنعقد في القاهرة - فبراير ١٩٦٧ . وطن رقم ١٤/١ يونيو ١٩٧٠ - مجلة المحكمة العليا - السنة السابعة - العدد الأول .

٣٢ - وهناك ثانيا : الأعمال البرلمانية Les actes parlementaires التي لا تعتبر من قبيل القوانين كالرغبات والقرارات التي تصدر من المجالس البرلمانية والاجراءات الداخلية (١) .

وقد وقف مجلس الدولة الفرنسي من هذه الأعمال موقفا متطرفا وألحقها بالقوانين من حيث عدم قبول الطعن بالالغاء ولكن المشرع الفرنسي تدخل بالأمر النظامي الصادر في ١٧ نوفمبر ١٩٥٨ وأخضع جانباً من الأعمال البرلمانية للرقابة القضائية : السماح للأفراد برفع دعاوى المسؤولية أمام المحاكم الادارية أو القضائية ضد الدولة نتيجة للأضرار التي يتعرضون لها بسبب نشاط المجالس التي يتكون منها البرلمان والسماح لموظفي المجالس برفع المنازعات ذات الطابع الفردي .

وقد تعرض مجلس الدولة المصري لهذه الأعمال البرلمانية في حكم مفصل صادر في أول ديسمبر ١٩٤٨ فقال : من حيث أن أعمال البرلمان تنقسم الى أربعة أقسام القسم الأول ويشمل الأعمال التشريعية المحضة الخاصة بتقرير القوانين والقسم الثاني ويشمل بعض تصرفات أوجب الدستور عرضها على البرلمان للموافقة عليها اما لأهميتها الخاصة واما لتأثيرها في أموال الدولة أو لمساسها بالمصالح العامة والقسم الثالث ويشمل الأعمال المتعلقة بالنظام الداخلي لكل مجلس وبحقوق الأعضاء وواجباتهم ومكافآتهم وفصلهم وبالمحافظة على النظام في داخل كل مجلس والقسم الرابع يشمل تصرفات كل مجلس في رقابته للسلطة التنفيذية أما القسم الأول أي الأعمال التي تصدر في صورة قوانين فقد سبق لنا بيان حكمه والقسم الرابع متعلق بما يسمى بأعمال السيادة سنتناولها بالبحث في موضعها المناسب أما تصرفات القسم الثاني والثالث فهي التي تعتبر وحدها أعمالاً برلمانية (٢)

(١) الدكتور سليمان الطماوي - المرجع السابق - ص ٣٧٧ .

(٢) راجع الدكتور طعيمة الحرف - شروط قبول الدعوى - رسالة دكتوراه - الطبعة العربية ص

كما أكد المجلس لصدور بعضها من البرلمان في نطاق اختصاصه الدستوري ولتعاق البعض الآخر بالنظام الداخلي للبرلمان وبعلاقته مع أعضائه . وباستعراض هذه الأقسام يبين كيف أنها تاتقي في صفة واحدة حيث يجمعها مصدر واحد هو البرلمان ومن ثم فإنها تفيد من الحصانة البرلمانية وإن اختلفت في أسباب استفادتها منها .

طعون موظفي البرلمان :

٣٣ - تعيين موظفي البرلمان وترقيتهم ومنحهم علاوات هو بطبيعته عمل اداري مغاير للأعمال البرلمانية سالفة الذكر ومن ثم ينعقد اختصاص محكمة القضاء الاداري في شأن الطعون التي ترفع من قبل موظفي البرلمان وبيان ذلك أن الهيئات البرلمانية المختصة لا تباشر تصرفاتها في هذا الخصوص على أنها هيئات برلمانية ولكن بصفتها صاحبة الاختصاص كسلطة ادارية رئاسية في شأن طائفة من موظفي الدولة ومع هذه الصفة الجديدة تتغير طبيعة التصرف فلا يعود برلمانيا تنسحب عليه الحصانة المقررة للأعمال البرلمانية (١) .

وعلى هذا الفهم قبلت المحكمة العليا في حكمها الصادر بتاريخ ٩ مايو ١٩٦٤ الطعن في قرار رئيس مجلس الشيوخ القاضي بترقية أحد الموظفين التابعين لمجلس الشيوخ من حيث الشكل رغم كونه صادرا عن رئيس مجلس الشيوخ وذلك لتعلقه بأحد موظفي المجلس المذكور (٢) .

القرارات التي تصدر من السلطة التنفيذية باعتبارها هيئة تشريعية :

٣٤ - يختفي مبدأ الفصل بين السلطات في الظروف الاستثنائية وتجمع السلطة

(١) دكتور طعيمة الحرف - شروط قبول الدعوى - ص ١٣١ .

(٢) قضاء المحكمة العليا - السنة الأولى - العدد الثالث - ابريل سنة ١٩٦٥ ، ص ٧ وما بعدها .

وانظر الدكتور الطماوي - المرجع السابق - ص ٣٨٨ .

التنفيذية إلى جانب الادارة وظيفه التشريع وحينئذ تختلط الأعمال التشريعية بالقرارات الادارية وقد جرى قضاء مجلس الدولة الفرنسي على أن يعتبر تشريعا كل ما تطلق عليه السلطة التنفيذية هذه التسمية وما يعد وفقا للاجراءات المقررة في هذا الصدد (١) . ومن ثم لا تقبل دعوى الالغاء ضد التشريعات الصادرة عن السلطة التنفيذية .

وبالرجوع إلى مجلس الدولة المصري نجده قد أخذ بنفس المبادئ السابقة بالنسبة إلى الفترات التي اختفى فيها البرلمان حيث اعتبر المرسوم بقانون رقم ١٨٠ لسنة ١٩٥٢ قانوناً صادراً عن السلطة التشريعية بالبلاد ويخرج بالتالي من ولاية أو النظر في طلب الغائه أو بطلانه بصفة أصلية اذ قصر قانون مجلس الدولة اختصاص محكمة القضاء الاداري على الغاء القرارات الادارية الصادرة من السلطة التنفيذية في مجالها الاداري (٢) .

وليبيا الآن بعد اسقاط النظام الملكي تحيا فترة انتقالية لم تستكمل بعد بناء مؤسساتها الدستورية ومجلس قيادة الثورة هو أعلى سلطة فيها ويباشر أعمال السيادة والتشريع (مادة ١٨ من الاعلان الدستوري) ويصدر اعلانات دستورية وقوانين وقرارات ادارية واوامر . فهل كل ما يصدر عن مجلس قيادة الثورة لا يجوز الطعن فيه ؟

أما بالنسبة للقوانين والاعلانات الدستورية فلا يجوز الطعن فيها بالالغاء لأن دعوى الالغاء توجد ضد قرار اداري فقط وأما بالنسبة لما يصدر عن مجلس قيادة الثورة من قرارات وأوامر فقد ذهب رأي إلى القول بوجوب النظر إلى الهدف من القرارات والأوامر فإذا كان هدفها حماية الثورة فلا شك أنها غير قابلة لأي طعن عملاً بمنطوق نص المادة ١٨ من الاعلان الدستوري . أما إذا كان هدفها تسيير الأمور

(١) الدكتور الطماوي - المرجع السابق - ص ٣٨٩ .

(٢) الدكتور الطماوي - المرجع السابق - ص ٣٩٠ والأحكام التي أشار إليها .

العادية وممارسة الاختصاصات التي منحها القانون للمجلس فيجوز الطعن فيها في هذه الحالة (١) .

ونحن نرى أن معيار الهدف فيه خطورة ولا يحقق الضمانة الكافية اذ يكفي أن نقول أن الهدف من القرار هو حماية الثورة لكي يفلت من رقابة القضاء ، لذلك نرى الأخذ بالمعيار الموضوعي متى كان من المتعذر اعمال المعيار الشكلي ، فينظر إلى القرار في ذاته وفي مضمونه فاذا كان ذا طبيعة ادارية كتعيين أحد الموظفين اعتبر قرارا اداريا يجوز الطعن فيه ، بصرف النظر عن الهدف منه .

اللوائح :

٣٥ - استقر الفقه والقضاء على أن اللوائح وان تماثلت من حيث الموضوع والقوانين لاشتغالها على قواعد عامة مجردة الا أنها لا تعدو أن تكون قرارات ادارية طبقا للمعيار الشكلي يجوز الطعن فيها بالالغاء . لا فرق بين اللوائح التي تصدر فيما بين أدوار انعقاد المجلس النيابي ، أو في فترة حله ، واللوائح التفويضية التي تصدر خلال انعقاد المجلس وبتفويض منه واللوائح التنفيذية التي تصدر بناء على قانون (٢) .

القرارات التفسيرية :

٣٦ - قد تخول بعض التشريعات السلطة التنفيذية سلطة تفسيرها بقرارات . ومن ثم فان تلك القرارات تولد تشريعية والتكييف القانوني الصحيح للقرار التفسيري أنه ليس قرارا اداريا تنظيميا انما هو قرار تشريعي هو والقانون الذي يفسره كل

(١) الدكتور خالد عبد العزيز - ص ٩٧٥ وما بعدها .

(٢) الدكتور فؤاد العطار - المرجع السابق - ص ٥٧٦ وانظر طعن دستوري رقم ١٤/١ ق ٧٠/٦/١٤ مجلة المحكمة العليا - السنة السابعة - العدد الأول « ان المرسوم بقانون المطعون فيه اذ صدر في غيبة البرلمان هو في حقيقته قرار اداري صادر من السلطة التنفيذية » .

والدكتور خالد عبد العزيز - ص ٩٧٥ - المرجع السابق .

لا يقبل التجزئة^(١) أو التفريق في الحكم القانوني بل يأخذ طبيعة القانون ومميزاته والقانون يضيف عليه حصاناته وعلة ذلك أن القرار التفسيري لا يأتي بجديد على القانون الذي يفسره بل يزيل ما يعتوره من غموض أو تناقض على ضوء نية المشروع الحقيقية أو المفترضة عند وضع التشريع^(٢).

ولكن هذا القول مشروط بأن يحتفظ القرار الإداري بطبيعته التفسيرية فلا يخلق قواعد جديدة تحت ستار التفسير والا فقد صفت التفسيرية وجاز الطعن فيه بالالغاء اذا ما ثبت أنه تعدى حدود التفسير وخالف القانون المفسر فخلق بذلك قاعدة جديدة اذ في هذه الحالة - وفيها فقط - يكون قد أنشأ أو ألغى أو عدل مراكز قانونية ويكون في الوقت ذاته قد صدر ممن لا يملكه فهو مخالف للقانون أو معدوم^(٣).

* * *

المبحث الثاني

الأعمال القضائية

Les actes judiciaires

نطاق الأعمال القضائية :

٣٧ - تخرج الأعمال القضائية من مجال دعوى الالغاء ، وقد نص المشرع الليبي في المادة الثانية من القانون رقم ٨٨ لسنة ١٩٧١^(٤) على أن دعوى الالغاء لا

(١) الدكتور الطماوي - المرجع السابق - ص ٣٩١ .

(٢) الدكتور فؤاد العطار - المرجع السابق ص ٥٧٦ .

(٣) الدكتور الطماوي - المرجع السابق ص ٣٩١ .

(٤) تقابل المادة ٢١ من قانون المحكمة العليا .

ترفع الا ضد القرارات الادارية النهائية . وفي فرنسا يحول مبدأ الفصل بين السلطات دون تدخل المحاكم العادية في أعمال الادارة وتدخل القضاء الاداري في أعمال السلطة القضائية العادية^(١) .

٣٨ — ومعلوم أن الحصانة التي تكتسبها الأعمال القضائية ضد الالغاء تشمل أول ما تشمل كل ما يصدر عن هيئات المحاكم على اختلاف انواعها سواء كانت مدنية أو تجارية أو جنائية أو شرعية من أحكام^(٢) . وبهذا قضت محكمة القضاء الاداري المصري في حكمها الصادر بتاريخ ٢٩ يونيو ١٩٥٤ حيث قالت «بأن الأحكام الصادرة من المجالس المليية هي أحكام بكل ما في هذه الكلمة من معان وأنه من المسلم به أن الصيغة التنفيذية للأحكام هي عمل قضائي يخرج بذلك من رقابة محكمة القضاء الاداري .»

ويتصل بالأحكام ما يصدر عن الادارة من تصرفات لتنفيذها ، فالاجراءات الخاصة بتنفيذ الأحكام تدخل في صميم الأعمال القضائية وتنسحب عليها الحصانة المقررة لهذه الأعمال .

ولكن اذا رفضت الادارة تنفيذ أحكام القضاء فان هذا الرفض يبقى على طبيعته عملا اداريا يجوز الطعن فيه بالالغاء .

٣٩ — هذه الحصانة المقررة للأعمال القضائية تنسحب من باب أولي إلى كل

(١) الأستاذ فيديل — المرجع السابق — ص ٩٢ .

(٢) الدكتور طعيمة الجرف — شروط قبول الدعوى — ص ١٤٦ . راجع طعن اداري رقم ٢٨/٥/١١ مايو ١٩٦٠ — القضاء الاداري — الجزء الثاني — ص ٥٥ حيث تقول المحكمة « وحيث ان بعضا من جهات القضاء الاداري الأجنبي برغم أن قضاءها كان قد استقر على تلك التفرقة بين القرار الاداري والقرار القضائي الاداري أخذا بالمعيار الشكلي قد رجعت عن ذلك فجوزت الطعن إلى محكمة القضاء الاداري حتى في الأوامر على العرائض التي يصدرها قاضي الأمور الوقفية لأنها داخلية في وظيفته الولائية الادارية بدلا من اختصاصه القضائي فاعتبرت أوامره قرارات ادارية نقضا لقاعدة المعيار الشكلي .

ما يكون من شأنه التدخل في صميم أعمال المحاكم أو توجيه الأمر إليها في شأن من شؤونها^(١) ومن ثم فإن طلب المدعي الحكم بتنفيذ ما تضمنه ائذار وجهه إلى وزير العدل بشأن تقديم مطلقه للمحاكم عن تهم خطيرة وجهها إليها ، ولقت نظر المحكمة الشرعية إلى قبول طلبات تقدم بها إليها في قضايا شرعية قائمة بينه وبين مطلقته هذا الطلب يدخل في صميم اختصاص النيابة والمحاكم الشرعية وبالتالي يخرج عن ولاية القضاء الاداري^(٢) .

٤٠ - على أن الأعمال القضائية لا تقتصر على الأحكام بالمعنى الفني بل يتسع نطاقها لتشمل أعمال رجال النيابة العامة باعتبارهم معاونين للسلطة القضائية فرجال النيابة أيا كان الخلاف حول الصلة التي تربطهم بالسلطتين القضائية والتنفيذية إنما يباشرون اختصاصاتهم في القبض والتفتيش والحبس وتوجيه الاتهام بحكم قواضهم على الدعوى العمومية^(٣) . ولكن هذا المبدأ ترد عليه استثناءات فما يصدر عن النيابة العامة بعيدا عن اجراءات الدعوى فإنه يبقى على طبيعته عملا اداليا مما يدخل في ولاية القضاء طلب الغائه ومثال ذلك ما يجريه وكيل النيابة بحكم رياسته الادارية على موظفي المحاكم التابعين له .

٤١ - وتدخل أعمال الضبط القضائي في نطاق الأعمال القضائية . وهذه الأعمال ليست الا جزءا من أعمال البوليس les opérations de police ذلك أن البوليس ينقسم إلى نوعين فهناك البوليس الاداري والبوليس القضائي . الأول دوره وقائي par voie preventive مثل فض المظاهرات ويرتبط بالسلطة التنفيذية وأما الثاني فدوره ينحصر في البحث عن مرتكبي الجرائم من أجل تقديمهم إلى المحكمة وهو يرتبط بالسلطة القضائية^(٤) - ويدخل في نطاق الأعمال القضائية

(١) الدكتور طعيمة الجرف - شروط قبول الدعوى - ص ١٤٧ وما بعدها .

(٢) محكمة القضاء الاداري المصرية في ١٩٥٣/٣/١ دعوى رقم ٦/١٠٠٧ ق .

(٣) الدكتور طعيمة الجرف - شروط قبول الدعوى - ص ١٤٨ .

(٤) فيديل - المرجع السابق - ص ١٩٢ وما بعدها .

ما يصدر عن رجال الضبط القضائي من أعمال تستهدف جمع الأدلة والتحري والبحث عن المتهمين بما يستتبعه ذلك في الغالب من المساس بحريات الأفراد وحرماهم .

وتدق التفرقة بين أعمال الضبط الاداري وما يعد من أعمال الضبط القضائي لسببين : **اولا** : أن الجهة التي تصدر عنها تلك الأعمال واحدة فرجال البوليس يعملون كضبط اداري وضبط قضائي في وقت واحد . : **ثانيا** : لأن بعض الأعمال التي تصدر عن البوليس تختلط فيها الصفتان الادارية والقضائية فمثلا في تفريق المظاهرات يقوم رجال الضبط باعتقال بعض المتظاهرين المرتكبين للجرائم فالعملية لها جانبان الأول يتصل بالضبط الاداري وهو تفريق المظاهرة والثاني يتصل بالضبط القضائي وهو اعتقال بعض المتظاهرين المرتكبين للجرائم وقد وضع مجلس الدولة الفرنسي معيارا للتمييز بين أعمال الضبط الاداري والضبط القضائي مفاده : أنه يدخل في صميم الأعمال القضائية ما يصدر عن رجال الضبط من أعمال في سبيل التحري أو القبض على مرتكبي الجرائم ، ولو قام بها رجال البوليس من تلقاء أنفسهم ودون أمر صادر اليهم من السلطة القضائية (حكم مجلس الدولة الفرنسي ١١ مايو ١٩٥٠ قضية بود Baud ^(١)) .

La règle est que relèvent de la police judiciaire toutes les opérations ayant pour objet la recherche et l'arrestation des auteurs d'une infraction réelle ou supposée, même si les agents qui ont conduit l'opération ont agi spontanément et sans instruction particulière de l'autorité judiciaire.

القرارات الصادرة عن جهات ادارية ذات اختصاص قضائي :

٤٢ - نص المشرع الليبي صراحة في المادة الخامسة من القانون رقم ٨٨ لسنة ١٩٧١ على أن هذه القرارات ذات طبيعة ادارية يجوز الطعن فيها وتعامل معاملة

(١) فيديل - المرجع السابق ص ٩٤ . وانظر الدكتور الطماوي - المرجع السابق ص ٣٩٩ .

القرارات الادارية ، فيما عدا القرارات الصادرة عن هيئات التوفيق والتحكيم في منازعات العمل . وبهذا النص الصريح انقطع الجدل حول طبيعة هذا النوع من القرارات هل هي قرارات ادارية أم أحكام قضائية ^(١) ؟
وبناء على ما تقدم لا تدخل هذه القرارات في نطاق الأعمال القضائية .

طعون رجال القضاء :

٤٣ - قطع مجلس الدولة الفرنسي بأن القرارات الخاصة بتعيين رجال القضاء والنيابة وترقياتهم وفصلهم هي قرارات ادارية يختص بها ويجوز الطعن فيها بالالغاء وبالرغم من أنشاء المجلس الأعلى للقضاء le conseil superieur de la magistrature ومنحه اختصاصات واسعة في شؤون رجال القضاء l'avancement des magistrats ^(٢)

وكان مجلس الدولة المصري قد قبل الطعن في القرارات الخاصة بتعيين رجال القضاء والنيابة وترقياتهم وفصلهم . من ذلك حكمه الصادر في مارس ١٩٤٧ والذي يقضي بأن « الأوامر الخاصة بتعيينات رجال القضاء والنيابة وترقياتهم من قبل القرارات الادارية التي يجوز الطعن فيها وطلب الغائها » .

على أن المشرع المصري قد تدخل في هذا الصدد وجعل هذه القرارات الخاصة برجال القضاء من اختصاص محكمة النقض . وقد حذا المشرع الليبي حذو المشرع المصري وجاء بنص صريح في المادة ٧٣ من القانون رقم ٢٩ لسنة ١٩٦٢ وبمقتضى هذا النص أصبح مجلس القضاء الأعلى هو الجهة المختصة بالنظر في الطعون التي ترفع من رجال القضاء ضد القرارات الصادرة في حقهم سواء بالتعيين أو الترقية أو التأديب . ^(٣)

(١) تقابل المادة ٢٥ من قانون المحكمة العليا .

(٢) الدكتور الطماوي - المرجع السابق - ص ٣٩٦ .

(٣) عدل هذا القانون في بعض مواده بالقانون رقم ٨٦ لسنة ١٩٧١ بإنشاء المجلس الأعلى للهيئات القضائية - وحل هذا المجلس في الاختصاصات محل مجلس القضاء الأعلى - المواد ١ ، ٢ من القانون المشار اليه .

أما بالنسبة للموظفين التابعين للسلطة القضائية ككتاب المحاكم ورؤساء الأقسام والخبراء والمحضرين فيسري عليهم ما يسري على الموظفين عموماً ، فهم يستطيعون الطعن في القرارات الصادرة بشأن تعيينهم وترقيتهم وتأديبهم^(١) .

(يرجع في تمييز العمل القضائي والعمل الإداري الى البند رقم ١٧ - ١٨ - ١٩ - الباب الأول - الفصل الأول - المبحث الثالث) .

* * *

(١) طعن إداري رقم ١١/١٤ ق ٦٥/٦/١٢ مجموعة المبادئ القانونية - إداري ودستوري - الجزء الأول .

الفصل الثاني

القرارات التي يستثنىها المشرع من دعوى الالغاء

تمهيد :

٤٤ - يمكن رد هذه القرارات الى طائفتين : الطائفة الأولى : أعمال السيادة والطائفة الثانية قرارات ادارية حصنها المشرع بذاتها . وتمتاز أعمال السيادة بأن المشرع قد ترك أمر تحديدتها للقضاء واكتفى باعلان مبدأ وجودها وأما الطائفة الثانية فانها قرارات ادارية يرى المشرع لأمر أو لآخر بأن يمنع القضاء من التعرض لها . وسنخصص المبحث الأول للحديث عن أعمال السيادة. وفي المبحث الثاني سنتناول القرارات التي تمنع المحاكم من التعرض لها بمقتضى تشريعات خاصة .

المبحث الأول

أعمال السيادة أو الحكومة

Les actes de souveraineté ou de gouvernement

تمهيد :

٤٥ - منع المشرع الليبي المحاكم من التصدي لأعمال السيادة فقد جاء في المادة ١٩ من قانون نظام القضاء ما يلي « ليس للمحاكم أن تنظر في أعمال السيادة » كما ورد هذا الحظر في المادة ٢٦ من قانون المحكمة العليا والمادة السادسة من القانون الأخير رقم ٨٨ لسنة ١٩٧١ .

ولكن لم يبين المشرع المقصود بأعمال السيادة سواء بتعريفها أو بتعدادها كما فعل المشرع المصري في القانون رقم ١١٢ لسنة ١٩٤٦ والقانون رقم ٩ لسنة ١٩٤٩^(١) والحقيقة أن التعداد والتمثيل ليس من عمل المشرع ولذلك كان مسلك المشرع الليبي الذي اكتفى بوضع المبدأ تاركاً التفاصيل أصوب في هذا الصدد .

اذن ما هو المقصود بأعمال السيادة ؟ للإيجاب عن هذا السؤال نعرض لموقف الفقه من أعمال السيادة وأحكام المحاكم في هذا الصدد .

أ - أعمال السيادة في الفقه :

٤٦ - لم يكن لأعمال السيادة وجود في ظلال الثورة الفرنسية والامبراطورية الأولى والسبب في ذلك أن أعمال السيادة بوضعها الحاضر لم يكن لها أية فائدة فالقاعدة السائدة هي عدم مسئولية الإدارة عن أعمالها وحتى بعد أن أنشأ نابليون مجلس الدولة الفرنسي فإن المجلس في بداية نشأته لم يكن يملك الفصل في المسائل التي تعرض عليه بل كان يقدم مجرد اقتراحات لرئيس الحكومة وكان يحظى فوق ذلك بثقته التامة لأنه من انشائه وصنع يديه^(٢) .

وبدأت فكرة أعمال السيادة في الظهور لأول مرة في ظل ملكية يوليو اذ كان أول حكم طبقها هو حكم مجلس الدولة الفرنسي في أول مايو ١٨٢٢ في قضية لافيت Laffitte ومع ظهور أعمال السيادة ظهرت المحاولات الفقهية لتبريرها .

وكان المعيار المطبق لتمييز أعمال السيادة في بداية ظهورها هو معيار الباعث السياسي الذي صاغه الفقيه ديفور Dufour وعلى أساسه كان يضمن عمل السيادة على كل عمل يصدر من السلطة التنفيذية ويكون الغرض منه « حماية الجماعة في

(١) جاء القانون رقم ١٦٥ - ١٩٥٥ حالياً من ذكر أمثلة لأعمال السيادة وبذلك تلافي انتقادات الفقهاء في هذا الصدد .

(٢) راجع الدكتور الطماوي - المرجع السابق - ص ١٨٤ وما بعدها .

ذاتها أو مجسدة في الحكومة ، ضد أعدائها في الداخل أو الخارج سواء كانوا
ظاهرين أو مختفين في الحاضر أو المستقبل » (١) .

ومهما تكن المبررات التي دفعت الى تبني نظرية الباعث السياسي في بادىء
الأمر من قبل مجلس الدولة الفرنسي الا أن هذه النظرية لا تخلو من نقد وكان
أهم نقد وجه اليها أنها لا تحدد الأعمال بذاتها ولكنها تترك أمر تحديدتها الى السلطة
ذاتها وهو أمر لا تخفى خطورته حيث كان يكفي أن تتذرع الحكومة بالغرض
السياسي حتى يمتنع مجلس الدولة عن نظر الدعوى المرفوعة ضده (٢) .

لذلك هجر هذا المعيار وجاء معيار جديد يعتمد على طبيعة العمل في ذاته
بصرف النظر عن الغرض منه وفعلا جاءت نظرية أعمال الوظيفة الحكومية وأساس
هذه النظرية التفريق بين أعمال السلطة التنفيذية حين تمارس وظيفة الحكم وأعمالها
حين تمارس وظيفة الإدارة فتعتبر عملا حكوميا من أعمال السيادة الأعمال التي
تتخذها السلطة التنفيذية أداء لوظيفتها الحكومية وعملا اداريا ما تصدره من أعمال
وهي تباشر وظيفتها الادارية .

غير أن هذا القول يحل المشكلة بمشكلة جديدة فما هو المميز بين الوظيفة
الحكومية والوظيفة الادارية ؟ حاول بعض الفقهاء وضع الحدود بين العمل الاداري
والعمل الحكومي فذهب لافيرير الى أن وظيفة الإدارة تنحصر في التطبيق اليومي
للقوانين والاشراف على علاقات الأفراد بالإدارة المركزية أو المحلية وعلاقات الهيئات
الادارية بعضها ببعض الآخر أما الوظيفة الحكومية فيقصد بها تحقيق مصلحة
الجماعة السياسية كلها والسهر على احترام دستورها وسير هيئاتها العامة والاشراف

(١) انظر النظريات بالتفصيل الدكتور طعيمة الجرف - المرجع السابق ص ٣٣٤ . والدكتور
الطماوي - المرجع السابق - ص ٤٢١ والدكتور خالد عبد العزيز - المرجع السابق ص
٢٤٢ . والدكتور فؤاد العطار ص ٦٠٤ وجورج فيديل ص ٢٠٨ وما بعدها .

(٢) الدكتور طعيمة الجرف - المرجع السابق ص ٣٣٥ .

على علاقاتها مع الدول الأجنبية وعلى أمنها الداخلي .

أما هوريو فيرى أن المهمة الحكومية تنحصر في وضع الحلول للأمور الاستثنائية والسهر على تحقيق مصالح الدولة الرئيسية . أما الوظيفة الادارية فتركز في تسيير المصالح الجارية للجمهور .^(١)

ولكن هذه المحاولات لم تنجح في وضع الحد الفاصل بين الأعمال الادارية والأعمال الحكومية فالحدود بينها منعقدة والسبب في ذلك وجوده الجهة التي تقوم بها أي أن العمل الحكومي يتحد مع العمل الاداري في المصدر والطبيعة القانونية للنوعين واحدة . ثم أن هناك أعمالا ادارية لا شك فيها تصبح أعمالا حكومية اذا أحاطت بها بعض الملابسات .

وعقب هذا الفشل برزت نظرية جديدة نادى بها الاستاذ Celceir^(٢) وتتلخص في أن أعمال السيادة ليست أعمالا تنفيذية صرفة بل هي أعمال مختلطة Mixte تتعلق بطرف أجنبي سواء كان هذا الطرف في الداخل كالبرلمان أو في الخارج كالسلطات الأجنبية . ومثالها الدعوة الى اجراء الانتخابات ودعوة المجلس للانعقاد وفض الدورة البرلمانية والاعتراف الدولي وتبادل السفراء والقناصل وعقد المعاهدات وعلان الحرب .. الخ ولما كان القضاء الاداري لا يختص الا بتصرفات الهيئات التنفيذية الصرفة لذلك يتعين القول بعدم اختصاصه بالنسبة للأعمال المختلطة التي لا تنفرد الهيئة التنفيذية باصدارها أو تحمل آثارها .

ولكن هذه النظرية لا تخلو بدورها من نقد وهي لا تزال قاصرة عن أن تقدم معيارا مقبولا لتحديد أعمال السيادة ، لأن التصرف موضوع البحث مهما يكن مركبا أو مختلطا فانه لا يزال من حيث المصدر تصرفا صادرا عن الهيئة التنفيذية وفي

(١) الدكتور الطماوي - المرجع السابق ص ٤٢٣ .

(٢) الدكتور طعيمة الجرف - المرجع السابق - ص ٣٤١ وما بعدها .

حدود ولايتها الخاصة بتنفيذ القوانين واللوائح^(١) . وكون التصرف مختلطاً لا يصلح مبرراً لخصائصه في جملته ضد رقابة القضاء .

وقد حاول الأستاذ فيرالي Virally تفسير عدم اختصاص القضاء الإداري في نظر الدعاوى المرفوعة ضد القرارات المتعلقة بالعلاقات الدولية وعلاقات الحكومة بالبرلمان إلى أن الأولى تؤدي إلى تطبيق القانون الدولي والقاضي الإداري لا يطبق إلا القانون الداخلي أما الثانية فتؤدي إلى تطبيق قواعد القانون الدستوري والقاضي الإداري ليس قاضي القانون العام في جملته ولا يطبق إلا قواعد القانون الإداري ويخرج عن اختصاص أعمال الحكومة التي تدور في فلك القانون الدستوري^(٢) .

ولكن هذه المحاولات الفقهية لم تنجح ولم يكن بد من ترك هذه المهمة إلى القضاء . وظهر ما يسمى بنظرية القائمة *Theorie de liste* أي وضع قائمة لأعمال السيادة وفقاً لأحكام مجلس الدولة الفرنسي .

وتحتوي هذه القائمة عمل القرارات الخاصة بالعلاقة بين الحكومة والبرلمان والقرارات الخاصة بالعلاقات الدولية وأعمال الحرب *les actes de guerre* وقرارات العفو وتدابير الأمن الداخلي^(٣) .

والطابع المميز لهذه الأعمال جميعها هو عدم الخضوع لرقابة القضاء فلا يمكن الطعن فيها أمام أي جهة قضائية عادية كانت أو إدارية ولا يمكن بحث مشروعيتها أو مساءلة الدولة عنها^(٤) .

(١) الدكتور طعيمة الجرف - المرجع السابق - ص ٣٤٤ - الدكتور خالد عبد العزيز - المرجع السابق - ص ٢٤٨ - وجورج فيديل - المرجع السابق ص ٢١٠ .

(٢) راجع الدكتور طعيمة الجرف - شروط قبول الدعوى - ص ١٧٣ - ورقابة القضاء - المرجع السابق - ص ٣٤٥ .

(٣) فيديل - المرجع السابق - ص ٢٠٨ .

(٤) يميل الأستاذ فيديل إلى القول بعدم وجود أعمال السيادة كطائفة مستقلة لها وجود قانوني .
Catégorie juridique autonome

ويرى أن القواعد العامة في الاختصاص تكفي لتبرير خروجها من رقابة القضاء - وإن كان يقر بأن مجلس الدولة الفرنسي لا يزال متمسكاً بنظرية أعمال السيادة في النادر من أحكامه - فيديل المرجع السابق - ص ٢٠٩ وما بعدها .

أعمال السيادة وأعمال الضرورة La nécessité

٤٧ - تعني نظرية الضرورة أن هناك ضرورات عاجلة تستلزم من جانب السلطة التنفيذية التصرف السريع لمواجهة خطر داهم أو ضرر جسيم ويكون هذا التصرف مخالفا للقواعد القانونية ولكنه يعتبر الوسيلة الوحيدة لدرء هذا الخطر أو الضرر .

وفكرة الضرورة رغم ما يترتب عليها من مخالفة للقواعد القانونية لا يترتب عليها اعفاء العمل الصادر بناء عليها من الخضوع للرقابة القضائية - كما هو الشأن في أعمال السيادة - بل تخضع لها ^(١) . وكل ما تؤدي اليه هو الاعفاء من المسؤولية عن الأضرار التي تصيب الأفراد ، دون الاعفاء من الرقابة القضائية .

وأساس هذا الفارق أن فكرة الضرورة فكرة موضوعية تتعلق بموضوع ^(٢) الدعوى ويتوقف عليها الحكم بشرعية أو عدم شرعية تصرف الإدارة في ذاته بخلاف أعمال السيادة إذا ما توافرت حكم القاضي بعدم الاختصاص دون التطرق الى موضوع الدعوى .

ب - أعمال السيادة في القضاء :

١ - في فرنسا :

٤٨ - ظهرت أعمال السيادة لأول مرة في حكم مجلس الدولة الفرنسي في قضية Laffitte في أول مايو ١٨٢٢ وكان معيار الباعث السياسي هو المعتمد في تمييزها . ولكن ما أن منح مجلس الدولة القضاء المفوض حتى بادر الى ترك هذا المعيار وكان ذلك في قضية الأمير نابليون في ١٩ فبراير ١٨٦٧ . وقد احتاط

(١) الدكتور عبد الفتاح ساير داير - نظرية أعمال السيادة ص ٩٥ .

(٢) الدكتور الطماوي - المرجع السابق - ص ٤٦١ . راجع كذلك طعن اداري رقم ٥/١١ ٢٨ مايو ١٩٦٠ - القضاء الاداري والدستوري - الجزء الثاني - الطبعة الأولى ص ٤٧ وما بعدها .

المجلس لنفسه فلم يتورط في أحكامه بذكر عبارة أعمال السيادة أو الأعمال الحكومية بل اكتفى بمجرد الحكم برفض الدعوى تأسيسا على أن الأعمال موضوع الطعن لا تقبل بطبيعتها أن تكون محلا لخصومة قضائية ومن ثم فهي تخرج عن ولايته (١) .

وبالرجوع الى أحكام مجلس الدولة الفرنسي تكاد تنحصر أعمال السيادة في مجموعتين .

١ — أعمال الحكومة في علاقتها بالسلطة التشريعية كعرض مشاريع القوانين على البرلمان أو رفض عرضها عليه ، ومراسيم اصدار القوانين ، ومراسيم دعوة البرلمان للانعقاد ومراسيم حل البرلمان ... الخ (٢) .

٢ — الأعمال التي تخص العلاقات الدولية كالمعاهدات والاتفاقات الدولية والقرارات التي تمنح الحماية الدبلوماسية والقنصلية أو ترفض منحها .

وكان دائما يحاول تضيق نطاق أعمال السيادة ، بأن طبق نظرية الأعمال المنفصلة les actes détachables على الأعمال التي تتصل بالعلاقات الدولية . فعندما يكون القرار الإداري الذي يتضمن أمورا تتصل بالعلاقات الدولية خاضعا للقانون الفرنسي فقط ولا يثير أية مسألة تتعلق بتفسير معاهدة أو اتفاق دولي ، جاز الطعن فيه على اعتباره قرارا منفصلا عن العلاقات الدولية (مجلس الدولة الفرنسي في قضية (٣) Compagnie générale d'énergie radio-électrique .

٢ — في ليبيا :

٤٩ — عرفت محكمتنا العليا أعمال السيادة في حكمها الصادر بتاريخ ٢١

(١) الدكتور طعيمة الجرف — رقابة القضاء — المرجع السابق — ص ٣٢٤ .

(٢) الدكتور خالد عبد العزيز — المرجع السابق — ص ٢٤٧ .

(٣) حكم مجلس الدولة الفرنسي — في ٣٠ مارس ١٩٦٦ . وانظر الدكتور خالد عبد العزيز — المرجع السابق — ص ٢٤٧ .

مارس ١٩٥٦^(١) بأنها تلك الأعمال التي تتصل بالسياسة العليا للدولة والاعجراءات التي تتخذها الحكومة بما لها من السلطة العليا للمحافظة على سيادة الدولة وكيانها في الداخل والخارج .

ويؤخذ على هذا التعريف عدم التحديد ، لأن كل ما يصدر عن الدولة من أعمال إنما هو بقصد المحافظة على سيادتها وكيانها في الداخل والخارج . لذلك حاولت المحكمة الأخذ بالنظريات التي قبلت لتمييز أعمال السيادة عن غيرها وذلك في حكمها الصادر بتاريخ ٨ مارس ١٩٧٠^(٢) عندما قالت « ان أعمال السيادة بما لها من علو وسلطان وشمول وضعت لها معايير وضوابط تحددها فهي اما أن تصدر عن الدولة بمقتضى وظيفتها السياسية ويكون منطقيا أن لا تراقبها الا سلطة سياسية أخرى ، أو تصدر عن الدولة بوصفها سلطة حكم لا بوصفها جهة ادارة أو تصدر تنفيذا لنص في الدستور دون ما صلة بتنفيذ القوانين العادية ولهذا فان الأمثلة لأعمال السيادة المجمع عليها في الفقه والقضاء هي علاقة الحكومة بالمجلس النيابي والتدابير الخاصة بالأمن الداخلي والخارجي للدولة والمقصود منها قرارات تصدر ضد الأفراد فهي قرارات ادارية وكذلك العلاقات السياسية والأعمال المتعلقة بالحرب ويتجه العالم الحديث الى التضييق من أعمال السيادة حتى لا تضحي مصلحة الفرد من أجل مصلحة الجماعة .

وعلى العموم فقد حاولت المحكمة العليا تضييق نطاق أعمال السيادة ، وكانت تقف بالمرصاد للإدارة في محاولاتها الافلات من رقابة القضاء . ويظهر ذلك في الحالات الآتية :

١ - قرارات ابعاد الأجانب : اذ قالت في هذا الخصوص : ان أوامر

(١) طعن اداري رقم ١ سنة ٢ - القضاء الاداري والدستوري - الجزء الأول - ص ٢٤ وما بعدها .

(٢) طعن اداري رقم ٣/١ ٨ مارس ١٩٧٠ مجلة المحكمة العليا - السنة السادسة الأعداد الأول والثاني والثالث أبريل ١٩٧٠ ص ٦٤ وما بعدها .

الابعاد ليست من أعمال السيادة التي تخرج عن اختصاص محكمة القضاء الإداري وإنما هي أوامر عادية فلا تكون بمنأى عن مراقبة محكمة القضاء الإداري التي تختص بطلب الغائها أو التعويض عنها . (حكمها بتاريخ ٢١ مارس ١٩٥٦)^(١) .

٢٢ - القرارات الصادرة بشأن الجنسية : فقد قضت بتاريخ ١٨ إبريل ٥٦ بأنه ليس في نصوص القانون ما يمنع القضاء صراحة من الفصل في منازعات الجنسية وقد استقر القضاء على أن الجنسية ومنازعاتها لا تدخل في أعمال السيادة التي لا تختص هذه المحكمة بنظر الطلبات المقدمة عن قرارات متعلقة بها لأن الاستناد إلى جنسية معينة لا يترتب عليه أي مساس بسيادة الدولة إذ أن الجنسية مقررة بحكم القانون متى توافرت شرائطها وليست من إطلاقات الحكومة حتى يصح القول بأن الفصل فيها يتعلق بسيادة الدولة^(٢) .

٢٣ - القرارات الخاصة بالجمعيات : فقد قالت في الحكم الصادر في ١٩ فبراير ١٩٦٦ في القضية المقامة من أحد أعضاء جمعية « شهود يهوه » ضد القرار الصادر بعدم التصريح لهذه الجمعية بمزاولة نشاطها « وحيث أنه عن الدفع بعدم الاختصاص تأسيساً على أن القرار المطعون فيه يتعلق بعمل من أعمال السيادة مردود .. ولما كان القرار المطعون فيه مما يندرج في دائرة الأعمال التي تنظمها وتنص على شروطها القوانين واللوائح فإنه على ذلك يكون القرار المطعون فيه من الأعمال الحكومية العادية التي تخضع لمراقبة القضاء الإداري ومن ثم يكون هذا الدفع على غير أساس متعيناً رفضه »^(٣) .

٢٤ - القرارات الخاصة بوضع الأموال تحت الحراسة : وقد جاء ذلك في

(١) طعن إداري رقم ١ سنة ٢ القضاء الإداري والدستوري - الجزء الأول - ص ٤٤ وما بعدها .
(٢) طعن إداري رقم ٢ سنة ٢ - القضاء الإداري والدستوري - الجزء الأول ص ٦٠ وما بعدها .
(٣) طعن إداري رقم ٤ سنة ٥ ١٩٦٦ فبراير ١٩٦٦ مجلة المحكمة العليا - السنة الثانية - العدد الرابع - ص ٩ وما بعدها .

حكمها الصادر بتاريخ ٨ مارس ١٩٧٠ « ومتى كان الأمر كذلك فإن القرارين الصادرين بوضع أموال الطاعن تحت الحراسة والتحفظ عليها خشية استعمالها لا يرقيان الى أعمال السيادة ولا يكونان بمنجاة من رقابة القضاء ومن ثم يكون الدفع بعدم الاختصاص في غير محله ، متعين رفضه » ^(١) .

ولا شك أن هذا الاتجاه في التضييق من نطاق أعمال السيادة محل تقدير ، لأن أعمال السيادة خرق لمبدأ المشروعية وهي كما قيل عنها بحق نقطة سوداء في جبين المشروعية ^(٢) .

المبحث الثاني

قرارات معينة حصنها المشرع ضد الطعن

تمهيد :

٥٠ - درج المشرع الليبي في السنوات الأخيرة على اصدار تشريعات تنص على منع الطعن بأي وجهه ضد قرارات ادارية معينة . مثال ذلك ما جاء في القانون رقم ١٩ لسنة ١٩٦٨ في شأن البلديات بأن القرارات الخاصة بنقل موظفي البلديات أو إحالتهم الى التقاعد من مجلس الوزراء لا يجوز الطعن فيها بأي طريق من طرق الطعن .

وما جاء كذلك في المادة الرابعة من المرسوم الملكي الصادر بتعديل قانون نظام

(١) طعن اداري رقم ٣/١ ق مجلة المحكمة العليا - السنة السادسة - الأعداد الأول والثاني والثالث - ابريل سنة ١٩٧٠ ص ٦٤ وما بعدها .

(٢) الدكتور مصطفى كيرة - نظرية الاعتداء المادي في القانون الاداري ص ١٣٥ ، والدكتور الطماوي - المرجع السابق ص ٤١٧ .

القضاء سنة ١٩٦٧^(١) بأن القرارات الصادرة من اللجنة المشكلة باعادة تشكيل القضاء غير قابلة للطعن فيها بأي وجه كان^(٢) .

فما مدى شرعية الحصانة التي يسبغها المشرع على القرارات الادارية ؟ لا خلاف اذا وردت هذه الحصانة في نص دستوري : فاذا قرر الدستور منع القضاء من نظر موضوع معين فلا مناص من احترام هذا النص - ولكن الخلاف اذا وردت هذه الحصانة في تشريع عادي والسؤال الذي يفرض نفسه^(٣) هل هذا التشريع دستوري أم غير دستوري ؟

للإجابة على هذا السؤال سنعرض لهذه المسألة في الفقه والقضاء المصري أولاً ثم موقف القضاء الاداري الليبي بعد ذلك .

أ - موقف الفقه والقضاء المصري :

٥١ - كان موقف محكمة القضاء الاداري من تحصين القرارات الادارية يتسم بالاعتدال . اذ فرقت بين حالتين حالة ما اذا كانت الحصانة التي يضيفها المشرع مطلقة تشمل كافة سبل الطعن الغاء وتعويضا . وقد استقرت المحكمة على عدم دستورية التشريع في هذه الحالة . وحالة ما اذا كانت الحصانة ليست مطلقة ، أي قاصرة على الالغاء ، أما باب المطالبة بالتعويض فيبقى مفتوحا وفي هذه الحالة رأت دستورية التشريع^(٤) . ومن ذلك حكمها الصادر في ٢٦ مارس ١٩٥٧^(٥)

(١) نشرة الجريدة الرسمية - العدد ٣٤ - الصادر في ٢٧ يوليو ١٩٦٧ .

(٢) راجع كذلك القانون رقم ٧٠ لسنة ١٩٧٠ بشأن الاحالة على التقاعد والقانون رقم ٦٩ لسنة ١٩٧٠ الخاص بالنفط .

(٣) الدكتور الطماوي - المرجع السابق - ص ٤٦٩ .

(٤) الدكتور طعيمة الجرف - المرجع السابق - ص ٣٥٨ وما بعدها . الدكتور الطماوي - المرجع السابق ص ٤٧٠ .

(٥) السنة الحادية عشرة - ص ٣١٥ .

الذي قالت فيه : « الأصل في القرارات الصادرة من الجهات الادارية بناء على سلطتها العامة في حدود اختصاصها أنها ملزمة للناس لا يملكون المطالبة قضائيا بالغاء أو وقف تنفيذها ، وليس لهم الا المطالبة بالتعويض عنها . اذا كانت مخالفة للقانون . وقد ظل هذا الأصل قائما الى أن صدر القانون بإنشاء مجلس الدولة سنة ١٩٤٦ فاستحدث امكان الطعن في القرارات الادارية بالوقوف أو الالغاء . ولا ريب أن هذا استحداث لحق لم يكن مقررا للناس من قبل أفرادا أو موظفين ، يقابل انتقاص من سلطات الادارة لاختصاص قراراتها للرقابة القضائية وجعلها قابلة للوقوف والالغاء . بعد أن كان لا معقب عليها في هذا الشأن . وبتقرير هذا الحق أصبحت الدعاوى ترفع الى مجلس الدولة بطلب الغاء تلك القرارات . وقد درج المشرع منذ انشاء مجلس الدولة على افساح مدى هذا الحق تارة ، فيبيح المطالبة بالغاء قرارات لم يكن من الجائز المطالبة بالغاءها ويضيفه تارة أخرى فيلغيه بالنسبة الى قرارات كانت المطالبة بالغاءها أمرا جائزا من قبل « والخلاصة أنها ترى في قضاء الالغاء أنه رهن بارادة المشرع الذي أنشأه فيملك بالتالي أن يضيف أو يوسع من نطاقه .

أما المحكمة الادارية العليا فقد ذهبت الى أبعد من ذلك وحكمت بدستورية القوانين التي تقفل سبل الطعن جميعها الغاء أو تعويضا . وهذا ما أكدته في حكمها الصادر في ٢٩ يونيو ١٩٥٧ ^(١) الذي قالت فيه « ان نص المادة الثانية من القانون رقم ٦٠٠ لسنة ١٩٥٣ وان جاء مضيقا لاختصاص القضاء مانعا اياه من نظر المنازعات المشار اليها بذلك النص الغاء أو تعويضا ، أنه لا وجه للنص عليه بعدم دستوريته بدعوى مصادرته لحق التقاضي ذلك أنه يجب التفرقة بين المصادرة المطلقة لحق التقاضي عموما وبين تحديد دائرة اختصاص القضاء . واذا كان لا يجوز من الناحية الدستورية حرمان الناس كافة من اللجوء الى القضاء للانتصاف ، لأن في ذلك مصادرة لحق التقاضي ، وهو حق كفل الدستور أصله اذ تكون هذه المصادرة

(١) المجموعة (أحكام المحكمة ، السنة الثانية ص ١٣٣٥) .

المطلقة بمثابة تعطيل وظيفة السلطة القضائية ، وهي سلطة أنشأها الدستور لتمارس وظيفتها في أداء العدالة مستقلة عن السلطات الأخرى ، لأن كان ذلك كذلك الا أنه لا يجوز الخلط بين هذا الأمر وبين تحديد دائرة اختصاص القضاء بالتوسيع أو التضييق لأن النصوص الدستورية تقضي بأن القانون هو الذي يرتب جهات القضاء وبين اختصاصاتها... « الى أن قالت » لا شبهة في دستورية هذه التشريعات جميعا (نقصد التي تقفل باب الطعن) ما دام القانون هو الأداة التي تملك بحكم الدستور ترتيب جهات القضاء وتعيين اختصاصاتها . ومن ثم فله أن يضيقها أو يوسعها بالشروط والأوضاع التي يقررها . ولا وجه للنص على المادة الثانية من القانون رقم ٦٠٠ لسنة ١٩٥٣ بأنها تنطوي على اخلال بمبدأ المساواة أمام القانون والقضاء ، لأن المقصود بالمساواة في هذا الشأن هو عدم التمييز بين أفراد الطائفة الواحدة اذا تماثلت مراكزهم القانونية ، ولم يتضمن القانون المشار اليه أي تمييز من هذا القبيل بين الموظفين الذين تنطبق عليهم أحكامه... » .

ولكن الفقه المصري افتقد بشدة هذا الاتجاه ^(١) . وقد استند في ذلك الى الحجج الآتية :

- ١ - أن السلطة التشريعية لا تملك تضييق اختصاص السلطة القضائية وانما تملك تنظيمها فقط . ذلك أن السلطة القضائية سلطة أصيلة كالسلطة التشريعية .
 - ٢ - أن مبدأ المشروعية يقتضي سيادة حكم القانون ، وسيادة حكم القانون لا تتحقق الا بتمكين المحاكم من مراقبة الادارة في أعمالها .
- وأن مبدأ المشروعية لا يكتمل الا بالقضائين معا قضاء الالغاء وقضاء التعويض .

(١) الدكتور طعيمة الجرف - المرجع السابق - ص ٢٧٠ .

الدكتور سليمان الطماوي - المرجع السابق ص ٤٨٧ .

٣ - أن قفل باب الطعن ولو بالنسبة لبعض المنازعات يدخل في عداد المصادرة المطلقة لحق التقاضي ، وهو حق كفل الدستور أصله .

٤ - أن السلطة التنفيذية ليست في حاجة الى تلك التشريعات لأن مبدأ المشروعية لا يهمل مقتضيات حسن الادارة ويضع في الاعتبار ما يواجه الادارة من أزمات تقتضي خروجها على المشروعية العادية ولهذا زودت الرقابة القضائية ببعض صمامات الأمان كأعمال السيادة ونظريات الضرورة والظروف الاستثنائية وسلطات الحرب والسلطة التقديرية . (١)

ب - مسلك المحكمة العليا :

٥٢ - قطعت المحكمة العليا في غير ما مواربة بعدم دستورية أي تشريع يقفل باب الطعن ، وذلك في حكمها الصادر بتاريخ ٩ ربيع الثاني ١٣٩٠ هـ ١٤.٥ يونيو ١٩٧٠ م . حيث قالت بخصوص المادة الرابعة من مرسوم إعادة تنظيم القضاء التي حصنت القرارات ضد الطعن فيها .

« وحيث أن هذا النص الذي حرم القاضي في جميع الأحوال من حق التقاضي مخالف للدستور الذي كان قائماً نصاً وروحاً ومخالف للحريات العامة للأفراد نصت عليها الدساتير أو لم تنص وكيف يطلب الى القضاة الذين أعيد تعيينهم أن يقضوا بين الناس بالحق والعدل وهم يعلمون أنهم أنفسهم لا يتمتعون بهذا الحق أما نصوص الدستور التي خالفتها وعصفت بها المادة الرابعة حين أقفلت باب التقاضي فنزلت بالقاضي عن أي مواطن آخر فمنها المادة ١٤ التي وردت في باب حق الشعب ونصت على أنه « لكل شخص الحق في الالتجاء الى المحاكم والمادة ١٥ التي كفلت لكل مواطن محاكم تؤمن له فيها الضمانات للدفاع عن نفسه » الى أن قالت « أن المادة الرابعة من المرسوم المطعون فيه اذ نصت على أنه « في جميع الأحوال

(١) راجع أيضاً الدكتور الطماوي - المرجع السابق - ٤٥٣ .

تكون قرارات اللجنة باعادة التعيين والنقل غير قابلة للطعن بأي وجه كأن تكون قد أقفلت باب التقاضي أمام القاضي وحرمان أي مواطن من حق الالتجاء الى القضاء مخالف لدساتير العالم المكتوبة وغير المكتوبة على أنه اذا خلا أي دستور مكتوب من النص على حق كل مواطن في الالتجاء الى قضاء تؤمن له فيه حقوق الدفاع فان هذا الحق مكفول دون الحاجة الى النص عليه صراحة لأنه مستمد من أوامر العلي القدير وهو من الحقوق الطبيعية للانسان منذ أن خلق » وانتهت في حكمها الى عدم دستورية نص المادة الرابعة من المرسوم المطعون فيه . (١)

والمحكمة العليا قد أدانت صراحة في هذا الحكم تحصين القرارات الادارية ضد الطعن ، لما في هذا التحصين من مصادرة لحق التقاضي وهو حق أصيل كفلته دساتير العالم أجمع ، ولما يتضمنه من ضياع لحقوق الأفراد وخطورة على حرياتهم . ولانشك في سلامة هذا الاتجاه الذي يضمن خضوع الادارة لقواعد القانون . وهي بهذا المسلك قد تداركت انتقادات الفقه التي تعرض لها القضاء الاداري في مصر .

ج - موقف مجلس الدولة الفرنسي :

٥٣ - تعتبر دعوى الالغاء في نظر مجلس الدولة الفرنسي أداة عامة لتحقيق المشروعية وفقاً لمبادئ القانون العام ، ومن ثم فهي لا ترتبط بقانون من القوانين ، وتبقى مقبولة حتى اذا ورد نص يقضي بعدم الطعن تأسيساً على أن المنع لا ينصرف الى الطعن بتجاوز السلطة . وهذا ما أكدته مجلس الدولة الفرنسي في قضية (٢) Dame Lamotte . ومنذ ذلك الحين استقرت أحكامه على ذلك (حكمه بتاريخ ١٧ ابريل ١٩٥٣ في قضية Falco Vidailac وحكم ١٦ ديسمبر سنة ١٩٥٥ Epoux Deltel) .

(١) قضاء المحكمة العليا - مجلة المحكمة السنة السادسة - العدد الثاني - ص ١١ وما بعدها .

(٢) مجلس الدولة ١٧ فبراير ١٩٥٠ - المنشور في مجلة القانون العام والعلوم السياسية ١٩٥١ ص ٤٧٨ مع تعليق Delvolvé وانظر هذا التعليق في les grands arrêts ص ٣٢٧ الذي يقول فيه (Cette jurisprudence hardie, qui fait du recours d'excès de pouvoir un instrument général du contrôle de la légalité que seule une loi tout à fait expresse peut exclure.)

خاتمة

٥٤ — عرفنا إذن أن دعوى الالغاء لا توجه الى ضد القرارات الادارية — النهائية والتي يكون من شأنها الاضرار بالغير . وبهذا نستبعد من مجال دعوى الالغاء الأعمال التشريعية والأعمال القضائية لأنها ليست ذات طبيعة ادارية .

واذا كان كل قرار اداري بطبيعته يجوز الطعن فيه بالالغاء ، الا أن هذا المبدأ ترد عليه استثناءات . وتتمثل هذه الاستثناءات في أعمال السيادة والقرارات التي يحصنها المشرع بذاتها ضد الطعن .

هذه هي جملة أحكام القرار المطلوب الغاؤه في القانون الاداري الليبي وهي لا تختلف كثيرا عن أحكام القرار المستقرة في الفقه والقضاء المصري . ومرد ذلك أن القضاء الليبي قد حذا حذو القضاء المصري في الغالب من أحكامه . واقتبس الكثير من آراء الفقهاء في هذا الصدد . ولا نلمس خروج محكمتنا العليا على المستقر في الفقه والقضاء في مصر الا في حالات نادرة لا حكم لها في تقييم اتجاهات القضاء الليبي .

ويلاحظ أن المحكمة العليا لم تستطع التصدي لجميع المشاكل المطروحة التي يثيرها موضوع القرار الاداري ودعوى الالغاء والسبب في ذلك حداثة عهدها وقلة وعي المواطنين بأهمية القضاء الاداري . وهذا ما جعل دراستنا ليست قاصرة على أحكام القضاء الليبي ، بل كانت في الحقيقة مقارنة مع اتجاهات الفقه والقضاء المصري وهما معين لا ينضب لاستكمال وتقصي كافة جوانب البحث .

المراجع العربية

- ١ — الأستاذ الدكتور القطب محمد طبلية — العمل القضائي في القانون المقارن رسالة دكتوراه .
- ٢ — الأستاذ الدكتور ثروت بدوي — مبادئ القانون الإداري — طبعة ١٩٧٠ .
- ٣ — الأستاذ الدكتور سليمان الطماوي — القضاء الإداري ١٩٦٧ .
- ٤ — الأستاذ الدكتور سليمان الطماوي — نظرية التعسف في استعمال السلطة ١٩٥٠ .
- ٥ — الدكتور سعاد الشراوي — القضاء الإداري — ١٩٧٠ .
- ٦ — الأستاذ الدكتور طعيمة الجرف — رقابة القضاء لأعمال الإدارة — ١٩٧٠ .
- ٧ — الأستاذ الدكتور طعيمة الجرف — شروط قبول الدعوى — رسالة دكتوراه .

- ٨ - الأستاذ الدكتور عبد الفتاح سايرداير - نظرية أعمال السيادة - رسالة دكتوراه .
- ٩ - الأستاذ الدكتور مصطفى كيره - نظرية الاعتداء المادي في القانون الاداري - ١٩٦٤ .
- ١٠ - الدكتور فتحي والي - قانون القضاء المدني - طبعة ١٩٧٠ .
- ١١ - الأستاذ الدكتور فؤاد العطار - القضاء الاداري ١٩٦٧ .
- ١٢ - الأستاذ الدكتور خالد عبد العزيز عريم - القانون الاداري الليبي - الجزء الأول - طبعة ١٩٦٩ .
- ١٣ - الأستاذ الدكتور خالد عبد العزيز عريم - القانون الاداري الليبي - الجزء الثاني - طبعة ١٩٧١ .

الأحكام

- ١ - مجموعة المبادئ القانونية اداري ودستوري ١٩٦٧ .
- ٢ - قضاء المحكمة العليا الاداري والدستوري الجزء الأول ١٩٦٧
- ٣ - قضاء المحكمة العليا الاداري والدستوري الجزء الثاني ١٩٦٣
- ٤ - أعداد مجلة المحكمة العليا منذ بداية صدورها حتى العدد الأول - السنة الثامنة سنة ١٩٧١ .

* * *

المراجع الفرنسية

Vedel (George) Droit Administratif — 1961.

Les Grands arrêts de la Jurisprudence administrative — 1962.

اتفاقيات المساعدة الفنية المعقودة من قبل المنظمات الدولية

(حالة الأمم المتحدة والوكالات المتخصصة التابعة لها) (*)

الدكتور صبيح مسكوني

استاذ مساعد في كلية الحقوق بالجامعة الليبية

تحتل الاتفاقيات المعقودة بين المنظمات الدولية ، فيما بينهما ، او فيما بينهما وبين الدول اهمية كبيرة في العلاقات الدولية ، لتزايد مظاهر التعاون الدولي . كما تنفرد هذه الاتفاقيات بخصائص معينة نسبيا الى درجة حددت بلجنة القانون الدولي التابعة لمنظمة الأمم المتحدة ، والمكلفة بتقنين احكام القانون المذكور وتطويره ، الى دراسة ووضع مشروع للمعاهدات المعقودة بين الدول مستقل عن مشروع الاتفاقيات المعقودة بين المنظمات الدولية او التي تكون فيها هذه طرفا ، وارجاء بحث هذا الصنف الاخير من الاتفاقيات الى حين .

وقد اتمت اللجنة المذكورة اعمالها بوضع مشروع «اتفاقية قانون المعاهدات» الذي بعد عرضه على الجمعية العامة للأمم المتحدة ، اقره مؤتمر فيينا في ٢٣ ايار ١٩٦٩ بعد اجراء بعض التعديلات عليه .

وقد كان لا بد من القيام بعد ذلك بدراسات اولية لمشروع اتفاقية اخرى تتعلق بالمعاهدات المعقودة من قبل المنظمات الدولية فيما بينها ، او بينها وبين الدول . وقد بادرت اكااديمية القانون الدولي في لاهاي المتخصصة بتدريس القانون

(*) تاخيص للبحث التالي المنشور باللغة الفرنسية .

الدولي وبجته بتعمق ، وعن طريق « مركز بحوث ودراسات القانون الدولي والعلاقات الدولية » التابع لها ، بتخصيص الحلقة السنوية لبحث الموضوع المذكور في ضوء اتفاقية فينا لقانون المعاهدات لسنة ١٩٦٩ .

وقد كان لي شرف المساهمة في الحلقة المذكورة مشاركا بدراسة صنف معين من الاتفاقات المعقودة من قبل المنظمات الدولية ببيان مدى انطباق احكام اتفاقية فينا لقانون المعاهدات المعقودة بين الدول وحدها ، على اتفاقات المساعدات الفنية المعقودة من قبل الامم المتحدة والوكالات المتخصصة ومن ثم ابراز مدى تواجد احكام اصيلة من الاتفاقات الاخيرة .

ولتحقيق هذا الهدف اعتمدنا في بحثنا هذا على التحليل القانوني لاتفاقات المساعدات الفنية المنشورة في « مجموعة الامم المتحدة للمعاهدات Recueil des Traités de l'O.N.U. وعلى غيرها من المراجع وخاصة المواثيق المؤسسة للمنظمات الدولية والوثائق الرسمية الصادرة منها كالقرارات والتوصيات والتقارير ، وعلى اعمال لجنة القانون الدولي اضافة الى الدراسات النظرية التي قام بها الفقه الدولي في نطاق النظرية العامة للمعاهدات الدولية ، وعلى محاضر مؤتمر فينا للمعاهدات وقد اشرنا الى هذه المراجع في المواضيع المناسبة من البحث .

والخطة التي اعتمدناها اساسا للبحث تقوم على دراسة اتفاقات المساعدات الفنية في قسمين : الاول يتعلق بناحياتها الشكلية والاجرائية ، اي دراسة مراحل عقدها اما القسم الثاني من البحث فقد خصصنا لدراستها في مجال التطبيق . وفيما يلي عرض موجز لبحثنا المشار اليه ، وتلخيص للنتائج التي توصلنا اليها من خلال دراستنا للموضوع .

أولا - عقد اتفاقات المساعدات الفنية

يتناول هذا القسم دراسة :

السند القانوني لعقد اتفاقات المساعدات الفنية ، ومراحل عقدها ، وطبيعتها القانونية .

١ - السند القانوني لعقد اتفاقات المساعدات الفنية :

تفرد المنظمات الدولية بخصائص معينة تميزها عن الدول التي هي الاشخاص القانونية الرئيسية للقانون الدولي . واهم ما تتميز به المنظمات الدولية هي شخصيتها القانونية الوظيفية واراقتها الذاتية المحدودة ، والطبيعة الدستورية للمعاهدات المنشئة للمنظمة . ان وجود مثل هذه الخصائص اثر بين على الاعمال القانونية الصادرة عن هذه المنظمات .

فالقول بان الشخصية القانونية التي تتمتع بها المنظمة هي وظيفية يترتب عليه ان اية منظمة دولية لا تستطيع في نطاق المعاهدات الدولية ان تبرم منها الا ما هو ضروري للقيام بوظائفها تحقيقاً لاهدافها وفي حدود نصوص الميثاق المنشئ لها . اما القول بان المنظمة الدولية لها ارادة ذاتية محدودة فمعناه ، وبقدر ما يتعلق الامر بموضوع بحثنا ، هو انه وان كان للمنظمة ارادة مستقاة عن ارادات الدول المكونة لها ، الا انها لا تستطيع الا استعمال السلطات المعينة لها . فهي لا تتمتع اذا ، كالدول ، بسلطات عامة وشاملة . واخيراً فالطبيعة الدستورية للميثاق المنشئ للمنظمة الدولية ، يوجب علينا ان نميز مادياً بين احكامه التي تنص على المبادئ والاهداف العامة للمنظمة وتلك التي تبين القواعد الخاصة بتنظيم المنظمة وسير عملها والتي يترك عادة المنظمة بصدددها سلطات تنفيذها عن طريق اتخاذ الاجراءات اللازمة لذلك وضمن الحدود والقيود المنصوص عليها في مبادئ واهداف المنظمة .

ومن ثم فالاساس القانوني لاختصاص عقد الاتفاقات الدولية بصورة عامة ، ومن بينها اتفاقات المساعدات الفنية بصورة خاصة يجد سنده في مقتضيات ضرورة تنفيذ اهداف المنظمة الدولية وضمان فعاليتها . وبعبارة اخرى ، تختص المنظمات الدولية بعقد اتفاقات المساعدات الفنية اما استناداً الى النصوص الصريحة

المثبتة في موثيقها المنشئة لها والتي تجيز لها ذلك ، او انه يجب ان يعترف لها بمثل هذا الاختصاص في حالة عدم وجود نص صريح باعتبار ان سلطة عقد المعاهدات هي مفوضة ضمنا للمنظمة .

وان كانت اتفاقية فينا للمعاهدات قد قررت في المادة السادسة منها على قدرة ايسة دولة على عقد المعاهدات ، فانه يجب النص صراحة على مثل هذا الاختصاص للمنظمات الدولية بشرط ان تكون ممارسة مثل هذه السلطات واقعة في نطاق تحقيق اهداف المنظمة ومالم يكن الميثاق المؤسس لها قد منعها صراحة من ممارسة اختصاص عقد الاتفاقات او اتفاقات معينة تتعلق بالمساعدات الفنية .

٢ - مراحل عقد اتفاقات المساعدات الفنية :

بالرغم من اختلاف المسميات التي تطلق على اتفاقات المساعدات الفنية ، فان هذه الاتفاقات تعقد عادة بين «طرفين» هما المنظمة الدولية او الهيئة الدولية التي تمثل عدة منظمات دولية ، والدولة المساعدة من جهة اخرى .

غير ان الامر قد لا يظهر دائما بهذه البساطة . اذ قد تثير احيانا فكرة « اطراف » الاتفاقية جملة مسائل منها مثلا التسائل عن مدى « اهلية » الدول الناقصة السيادة كالدول تحت الوصاية ، او الاقاليم المتمتعة بالحكم الذاتي بعقد المعاهدات الدولية. ذلك ان بعض اتفاقات المساعدات الفنية ما قد يرسى القواعد العامة لمنح المساعدة وفي هذه الحالة يطلق عليها اصطلاح الاتفاقات الاساسية Accords de base ومنها ما يتفق عليها لتنفيذ برامج مساعدة معينة او محددة تنفيذا للاتفاق الاساسي وفي هذه الحالة يطلق عليها اصطلاح الاتفاقات التكميلية Accords Complémentaires .

واستقراء الناحية العلمية لهذين الصنفين من الاتفاقات يرينا ان الدولة التي تمارس السيادة الدولية عن الدولة ناقصتها هي التي تقوم بعقد الاتفاقات الاساسية

وتترك الدولة ناقصة السيادة الارتباط بالنسبة للمعاهدات التكميلية مع المنظمة او المنظمات الدولية او من يمثل هذه كبرنامج الامم المتحدة للتنمية . او بعبارة اخرى انه يجوز في مجال الاتفاقات المذكورة ان يناط بدول غير مستقلة عقد اتفاقات دولية مما يشير الى ان التعامل الدولي في هذا الشأن لا يتفق مع ما جاءت به المادة السادسة من اتفاقية فينا للمعاهدات .

واذا تخطينا المشاكل المذكورة اعلاه الى مراحل عقد اتفاقات المساعدات الفنية لرأينا ان تصنيف المعاهدات بحسب هذه المراحل الى معاهدات ذات اجراءات بسيطة Accords à procédure simple وإلى معاهدات ذات اجراءات معقدة Accords à procédure complexe يمكن الاخذ به . اذ ان اغلب الاتفاقات موضوع بحثنا ما ينعقد بمجرد التوقيع عليها ، وبعضها يتطلب زيادة على ذلك مرحلة الابرار اما مرحلة المفاوضات فقد تكاد لا توجد من الناحية العملية . كما سرى .

والملاحظ ان التعامل الدولي الخاص بمراحل عقد هذين الصنفين من المعاهدات يثير مشكلات معينة تدعونا الى التساؤل عن مدى انطباق اتفاقية جينيف عليها .

ومن هذه المسائل ، قضية تحديد الهيئة المختصة في المنظمة الدولية التي يدخل في ولايتها اقرار الاتفاقات الدولية . اذ يجب في هذا الصدد ، تبني نص يفيد بوجوب الرجوع الى الميثاق المؤسس للمنظمة الدولية لتعين الهيئة او الهيئات التي يجوز لها عقد الاتفاقات الدولية . وان كان الاصل هو اعتبار الهيئة التي تمثل جميع الدول الاعضاء في المنظمة هي المختصة بعقد الاتفاقات الدولية ، وفي حالة سكوت الميثاق المؤسس عن ذلك فيجب اعتبار اية هيئة اخرى في المنظمة مختصة في هذا الصدد طالما ان عقد مثل هذه الاتفاقات هو ضروري للقيام بوظائفها . ومن هذه الهيئات المدير التنفيذي للمنظمة Chief Executive Officer أو أي موظف تنفيذي اخر ، كالممثل الدائم للمنظمة في الدولة المتعاقد معها . فهذا وذاك يعتبر مختصا بعقدها طالما كان اختصاصه ظاهرا استنادا الى ما يقوم به من وظائف . .

وتترك الدولة ناقصة السيادة الارتباط بالنسبة للمعاهدات التكميلية مع المنظمة او المنظمات الدولية او من يمثل هذه كبرنامج الامم المتحدة للتنمية . او بعبارة اخرى انه يجوز في مجال الاتفاقات المذكورة ان يناط بدول غير مستقلة عقد اتفاقات دولية مما يشير الى ان التعامل الدولي في هذا الشأن لا يتفق مع ما جاءت به المادة السادسة من اتفاقية فينا للمعاهدات .

واذا تخطينا المشاكل المذكورة اعلاه الى مراحل عقد اتفاقات المساعدات الفنية لرأينا ان تصنيف المعاهدات بحسب هذه المراحل الى معاهدات ذات اجراءات بسيطة Accords à procédure simple وإلى معاهدات ذات اجراءات معقدة Accords à procédure complexe يمكن الاخذ به . اذ ان اغلب الاتفاقات موضوع بحثنا ما ينعقد بمجرد التوقيع عليها ، وبعضها يتطلب زيادة على ذلك مرحلة الابرار اما مرحلة المفاوضات فقد تكاد لا توجد من الناحية العملية . كما سرى .

والملاحظ ان التعامل الدولي الخاص بمراحل عقد هذين الصنفين من المعاهدات يثير مشكلات معينة تدعونا الى التساؤل عن مدى انطباق اتفاقية جينيف عليها .

ومن هذه المسائل ، قضية تحديد الهيئة المختصة في المنظمة الدولية التي يدخل في ولايتها اقرار الاتفاقات الدولية . اذ يجب في هذا الصدد ، تبني نص يفيد بوجوب الرجوع الى الميثاق المؤسس للمنظمة الدولية لتعين الهيئة او الهيئات التي يجوز لها عقد الاتفاقات الدولية . وان كان الاصل هو اعتبار الهيئة التي تمثل جميع الدول الاعضاء في المنظمة هي المختصة بعقد الاتفاقات الدولية ، وفي حالة سكوت الميثاق المؤسس عن ذلك فيجب اعتبار اية هيئة اخرى في المنظمة مختصة في هذا الصدد طالما ان عقد مثل هذه الاتفاقات هو ضروري للقيام بوظائفها . ومن هذه الهيئات المدير التنفيذي للمنظمة Chief Executive Officer أو أي موظف تنفيذي اخر ، كالممثل الدائم للمنظمة في الدولة المتعاقد معها . فهذا وذاك يعتبر مختصا بعقدتها طالما كان اختصاصه ظاهرا استنادا الى ما يقوم به من وظائف . .

والمسألة الثانية التي يمكن ان تثار في مراحل عقد اتفاقات للمساعدات الفنية هي مرحلة المفاوضات التي تسبق التوقيع على الاتفاقية والتي قد تنعدم بسبب قيام المنظمات الدولية او الهيئة التي تمثلها بتحديد شروط المساعدة ابتداء . وما على الدولة المطالبة بالمساعدة الا ان تقبل بها جملة وفقا للشروط الموضوعية او ان ترفضها وبذلك تتقارب احكام الاتفاقية المعقودة بهذا الشكل مع القواعد العامة للعقود الادارية المبرمة في نطاق القانون الداخلي .

واخيراً فان اقرار نصوص الاتفاقية بصورة نهائية يتم اضافة الى الصور التي تنص عليها المادة العاشرة من اتفاقية جنيف ، بشكل قرار من جانب واحد صادر عن الهيئة في المنظمة والتي يدخل في اختصاصها اقرار الاتفاقات الدولية .

٣ - الطبيعة القانونية لاتفاقات المساعدات الفنية :

اتفاقات المساعدات الدولية هي اتفاقات دولية ، ينظم احكامها القانون الدولي العام . فهي اذا رابطة بين شخصين من اشخاص القانون الدولي ، تهدف الى انشاء حقوق والتزامات دولية . ومن ثم فان الفقرة الاولى من المادة الثانية من اتفاقية جنيف للمعاهدات تنطبق Mutatis Mutandis على الاتفاقات المعقودة من قبل المنظمات الدولية ، ومنها الاتفاقات موضوع بحثنا والتي يمكن تعريفها بانها عبارة عن اتفاقات معقودة بين منظمة دولية او اكثر وبين دولة او عدة دول ، ينظمها القانون الدولي ، وتتخذ شكل وثيقة او اكثر ، مهما كانت التسمية التي يطلق عليها .

وبالرغم من اتحاد طبيعة اتفاقات المساعدات الفنية مع الطبيعة العامة للمعاهدات الدولية ، فان الامر قد يدق خاصة عندما يتعلق بتصنيف المعاهدات من حيث أطرافها إلى معاهدات ثنائية ومعاهدات متعددة الأطراف . وتظهر أهمية هذا الموضوع ، نظرا لقيام هيئة معينة تتمتع باستقلال عضوي ووظيفي نسبي بتقديم

المساعدات إلى الدول التي تطلبها ، نيابة عن المنظمات الدولية . فقد أصدرت الجمعية العامة للأمم المتحدة في دورتها العاشرة قرارها المرقم ٢٢٢ والذي بموجبه انشئ مكتب المساعدة الفنية (B.A.T.) Bureau d'Assistance Technique ليضم ممثلين عن الوكالات المتخصصة الملحقه بالامم المتحدة ، كأعضاء في مجلس ادارته ، ولكي تقدم المساعدات الفنية بواسطته باعتباره هو الطرف في الاتفاق مع الدولة ، لا الوكالات المذكورة الممثلة فيه . وقد بقي هذا الحال على ما عليه بعد الغاء مكتب المساعدة الفنية وانشاء محله برنامج الامم المتحدة للانماء Programme des Nations Unies pour le Développement (PNUD). بمقتضى قرار الجمعية العامة للأمم المتحدة المرقم ٢٠٢٩ المتخذ في دورتها العشرين . اذ أنيط بمجلس ادارة البرنامج المذكور أمر فحص طلبات المساعدة وقرار الاتفاقات التي تنظم تقديم هذه المساعدات .

والسؤال الذي يطرح بهذا الصدد هو هل تعتبر هذه الاتفاقات ثنائية الجانب او أنها متعددة الاطراف .

الواقع أن فحص طبيعة هذه الاتفاقات يفصح لنا عن طبيعة خاصة لها ، فلو نظرنا اليها من الناحية الشكلية لرأينا أنها تعقد بين طرفين اثنين هما البرنامج الممثل للمنظمات الدولية ، والدولة . اما من الناحية الفعلية ، فرى ان هذه الاتفاقات هي متعددة الأطراف لقيام عدة منظمات دولية بتقديم المساعدة إلى الدولة الطرف في الاتفاق . وما الهيئة الممثلة فيها المنظمات الدولية الا وسيطة في تقديم المساعدات ومن ثم فنستطيع القول بأن اتفاقات المساعدات الفنية تشكل في مثل هذه الاحوال صنفا خاصا Sui Générés من أصناف الاتفاقيات الدولية . الأمر الذي ينبغي أن يلاحظ عند تقنين أحكام المعاهدات المتعددة من قبل المنظمات الدولية نظرا لما يترتب على هذا الأمر من آثار قانونية تتناول عقدها وتطبيقها وانقضائها خاصة .

ثانيا - تطبيق اتفاقات المساعدات الفنية :

يخضع تطبيق اتفاقات المساعدات الفنية لقواعد معينة تنظم ذلك من حيث الزمان والمكان والأشخاص والانقضاء . وغالبا ما تتفق هذه القواعد مع الاحكام التي جاءت بها اتفاقية فينا لقانون المعاهدات .

١ - من حيث الزمان :

تنص الاتفاقات المذكورة على نفاذها اما اعتبارا من تاريخ محدد فيها ، او من تاريخ التوقيع عليها . والنص على مثل هذا الحكم يفيد ضمنا عدم الحاجة إلى تصديقها ، وإلى الدور الأساس الذي يضيفه التوقيع بالنسبة للاتفاقات المذكورة ، اذ نادرا ما تنص هذه على وجوب تصديقها بعد التوقيع عليها لكي تصبح نافذة المفعول .

كما يمكن النص على نفاذ الاتفاقات المشار اليها بشكل مؤقت بعد التوقيع عليها ، ولكي تصبح نافذة بشكل نهائي بعد التصديق عليها .

ومن الاتفاقات ما ينص فيها على نفاذ بعض أحكامها بشكل مؤقت بعد التوقيع عليها ، والبعض الآخر بعد التصديق عليها .

والحال ان الاحكام الواردة في المادتين ٢٤ و ٢٥ من اتفاقية فينا للمعاهدات تنطبق Mutatis Mutandis على اتفاقات المساعدات الفنية .

ومن جهة اخرى فيجوز اتفاق الأطراف على تغيير أحكامها خلال مدة نفاذها بشرط مراعاة القرارات والتوصيات الصادرة عن هيئات المنظمة او المنظمات الطرف في الاتفاقية ، وعدم المساس بحقوق غير الاطراف في الاتفاقية كما يجب أن يتخذ أي تعديل شكلا كتابيا .

وأخيرا فان واقع التعامل الدولي المتعلق بالحلول في مجال الاتفاقات الأولية

يرينا بأن الاتفاقات التي تكون دولة فيها طرفا والمعقودة لمصلحة شخص دولي آخر ، كالدول الموضوعة تحت الوصاية مثلا ، ممارسة بذلك علاقاته الدولية عنه ، تصبح هذه الاتفاقات ملزمة عند تمتع هذا الشخص الدولي بسيادته الكاملة . وكذلك الحال عند اندماج دولتين في دولة واحدة ، اذ تصبح الدولة الجديدة هي المسؤولة عن تنفيذ الاتفاقات الدولية ، وكما حدث بالنسبة لاتفاقات المساعدات الدولية التي كانت معقودة من قبل كل من سوريا ومصر . اذا أصبحت الجمهورية العربية المتحدة بعدئذ هي الدولة المسؤولة عن تنفيذ الاتفاقات التي سبق أن ارتبطت بها الدولتان المذكورتان قبل الوحدة ، ولكن جعلت الاتفاقات نافذة فحسب في النطاق الاقليمي للدولة المتعاقدة قبل الوحدة .

٢ - من حيث المكان والاشخاص :

تثير دراسة تطبيق اتفاقات المساعدات الفنية من حيث المكان جملة مسائل يتعلق صنف منها بآثارها بالنسبة للحيز الاقليمي للدولة المتعاقدة ، والاقاليم الخاضعة لها ان وجدت .

والملاحظ أن كل اتفاقية يحدد فيها الحيز الاقليمي الذي يراد تطبيقها فيه . فقد يراد سريان آثارها بالنسبة لجميع الاقاليم مثلا الخاضعة للدولة الطرف في الاتفاقية والممثلة للاقاليم في علاقاتها الدولية أو أن يحدد في الاتفاقية اقليم معين يقتصر تطبيقها فيه .

أما الصف الثاني من المسائل فيتعلق بآثار الاتفاقات بالنسبة للاطراف المتعاقدة . اذ مما تجب الاشارة اليه هو أن حقوق والتزامات الاطراف وان كان مصدرها الرئيسي هو الاتفاقية ، الا أنه يجوز أيضا أن تكون هذه المراكز القانونية مترتبة على مصادر قانونية أخرى كالتوصيات والقرارات الصادرة عن المنظمات الدولية ، متى ما أشير اليها في الاتفاقية كمصدر لالتزام الطرفين أو التزام أحدهما .



ويقع على الدولة ، والمنظمة أو المنظمات الدولية الاطراف ، تنفيذ الاتفاقية الدولية عن طريق اتخاذ الاجراءات اللازمة لتحقيق ذلك . وفي حالة وجود دولة تقوم بتمثيل أقاليم خاضعة لها ، فان هذه الدولة تبقى هي المسؤولة عن تنفيذ مثل هذه الاتفاقات .

والصنف الثالث من المسائل يتعلق بآثار الاتفاقات الانفة الذكر بالنسبة لغير الاطراف فيها . والقاعدة المعمول بها في نطاق المعاهدات التي تكون الدول وحدها أطراف فيها والتي مفادها أن هذه المعاهدات لا تعتبر ملزمة الا بالنسبة لأطرافها *Res Inter Alios Acta* تعتبر واجبة التطبيق أيضا في نطاق المعاهدات التي تعقدها المنظمات الدولية . ومع ذلك ، فيمكن أن تكون اتفاقية دولية استثناء ، مصدرا لمركز قانون لوحدة قانونية غير طرف فيها .

فالملاحظ على بعض اتفاقات المساعدات الفنية نصها على حقوق والتزامات العاملين في برنامج المساعدة في اقليم الدولة المتعاقدة كالخبراء والموظفين . فهؤلاء يعتبرون أشخاصا ثالثة يتعدد مركزهم القانوني ازاء الدولة والمنظمة (أو الهيئة التي تمثل عدة منظمات دولية) ، في اتفاقية المساعدات الفنية ودون أن يكونوا طرفا فيها .

وقد ينص أخيرا في الاتفاقية على اشتراط لمصلحة الغير *Pacta Favorem tertii* ودون أن يكون هذا الغير خبيرا أو موظفا كما في الحالة السابقة ، وانما مجرد منتفع ، كتعاقد دولة مع منظمة دولية ، على تقديم كل منهما مساعدات معينة للاجئين .

وبأيجاز فان الأصل في الاتفاقات نفاذ آثارها بالنسبة لعاقديها وحدهم ، وأنه يجوز استثناء لغيرهم أن يكونوا في مركز المنتفعين .

ومن المسائل الأخرى التي تتعلق بتطبيق اتفاقات المساعدات الفنية هو تفسيرها وطرق فض المنازعات المتصلة بهذا التطبيق .

والقاعدة العامة التي يمكن استخلاصها من مطالعة نصوص هذه الاتفاقات ،

هي أن أطرافها هم الذين يقع عليهم الاتفاق على تحديد مضمون أحكامها . ومن الناحية العملية فقد جرى التعامل على قيامهم بتبادل وثائق أو رسائل تفسيرية أو تحرير وثيقة واحدة تفسيرية تلحق بالاتفاقية الأصلية .

وتخضع أصناف هذه الوثائق للتسجيل في مجموعة الأمم المتحدة للعاهدات ، باعتبارها اتفاقات دولية أيضا .

أما بالنسبة للطرق الفنية لتفسير هذه الاتفاقات ، فيلاحظ بهذا الشأن أن ما جاءت به المواد ٣١ - ٣٣ من اتفاقية جنيف للمعاهدات تسري الى حد بعيد على الاتفاقات موضوع بحثنا .

الا أن ما يجب أن يؤخذ بنظر الاعتبار عند تفسير هذه الاتفاقات طبيعة الاهداف المعينة للمنظمة أو الهيئة الدولية الطرف في هذه الاتفاقات ، وضرورة أن يهيء لها القيام بتنفيذ وظائفها بشكل فعال وكامل . كما أن الاتفاقات اللاحقة والضرورية لتنفيذ اتفاقات مساعدات فنية سابقة ، يجب أن تفسر في ضوء الاتفاقات الاخيرة . فمثلا يجب تفسير الاتفاقات المكملة في ضوء الاتفاقات الاساسية . واذا ما قام خلاف حول تطبيق الاتفاقات موضوع بحثنا ، فيمكن - كما تنص هذه - أن يصار الى المفاوضات أو التحكيم . لا بل أن اتفاقات مساعدات فنية عقدها البرنامج الدولي لرعاية الطفولة نصت على قيام هيئة ادارية باختصاص قضائي تفسيري ملزم ، وذلك بقيام لجنة البرنامج التابعة لمجلس ادارة المنظمة المذكورة بتفسير الاتفاقية أو كيفية تطبيقها .

٣ - انقضاء اتفاقية المساعدات الفنية :

تنقضي اتفاقات المساعدات الفنية اما باتفاق الطرفين على إنهاؤها بمقتضى نص يجيز ذلك أو بمقتضى اتفاق لاحق على عقدها ، أو بالغائها من جانب واحد ، متى ما نص على امكان ذلك فيها ، أو بفسخها على أثر قوة قاهرة تجعل تنفيذها مستحيلا

وعلى أي حال ، فإن انقضاء الاتفاقات الأساسية لأي من الأسباب الافة الذكر يؤدي الى انقضاء الاتفاقات المكملة أو المنفذة لها .

وتنسجم الاحكام التي جاءت بها اتفاقات المساعدات الفنية فيما يتعلق بأحكام انقضائها وأحواله مع ما جاءت به اتفاقية فينا للمعاهدات .

والخلاصة :

فان اتفاقات المساعدات الفنية لا تعدو أن تكون صنفا من أصناف المعاهدات الدولية ينطبق عليها بصورة عامة ما ورد في اتفاقية فيينا لقانون المعاهدات من أحكام ، وخاصة ما جاء في الاتفاقية المذكورة من قواعد تتعلق بقوة التزامها ونطاق تطبيقها وتفسيرها وتعديل أحكامها وإعادة النظر فيها ، والغاؤها وانقضائها ووقف تطبيقها .

ومع ذلك فان الطبيعة الخاصة للمنظمات الدولية تملي أحيانا وجود أحكام أصلية تختلف عن ما جاءت به اتفاقية فينا ، أو توجب إيراد أحكام إضافية مما يلزم الأخذ بنظر الاعتبار عند وضع معاهدة خاصة بالاتفاقات المعقودة من قبل المنظمات الدولية .

- Dupuy : « Le droit des relations entre les organisations internationales », Recueil des Cours de l'A.D.I., 1960, tome II.
- Detter : « The organs of I.O. exercising the treaty making power », in BYIL, 1962.
- Fawcette : « The legal character of international agreements » in BYIL, 1953.
- Feuer G. : « Les aspects juridiques de l'Assistance Technique », Paris, 1957.
- Fritzmaurice : « The Law and Procedure of I.C.J. » in BYIL, 1952.
- Kasme B. : « La capacité de l'organisation des Nations Unies de conclure des traités », Paris, 1960.
- Kirdar U. : « The structure of the United Nations economic aid to underdeveloped countries, » The Hague, Nijhoff, 1966.
- La Beyrie-Ménahem : « Des institutions spécialisées », Paris, Pedone, 1953.
- Pallieri : « La formation des traités dans la pratique internationale contemporaine », in RCADI 1949.
- Reuter P. : « Cours des organisations internationales, » Problèmes Choisis, Cours de doctorat, Faculté de Paris, 1954-1955.
- Rousseau Ch. : « Droit international Public approfondi, » Daloz, Paris, 1958.
- Schachter : « Law and Flexibility » in Annual Review of U.N. » Affaires, 1952.
- Schneider : « Treaty making power of international organisations, Genève, 1959.
- Sloan : « Technical Assistance for économique développement : Programme of UN and Specialized Agencies », International Conciliations, Janvier 1950.
- Tammes : « Décisions of international organs as a source of international Law », in RCADI, 1958.

BIBLIOGRAPHIE

1 — Documents officiels

Actes officiels de l'OMS. Document fondamentaux, 2^e édition, Genève, 1969.

Annuaire de la Commission du Droit International, Assemblée Générale, Documents officiels.

Conférence des Nations Unies sur le Droit des Traités.

F.A.O., Textes Fondamentaux, Vol. 3, Italy, 1964.

Recueil des Traités de l'Organisation des Nations Unies.

Répertoire de la pratique des organes des Nations Unies.

2 — Ouvrages - Cours - Articles

Basdevant : « Règles générales du droit de la Paix », RCADI, 1936, IV.

Mme Bastide : « Le droit des organisations internationales », Cours de Droit, Faculté de Droit de Paris, 1951-1952.

Chiu H. : « The capacity of international organisations to conclude treaties, and the special legal aspect of the treaties so concluded. » The Hague Nijhoff, 1966.

Cohen : « The U.N. constitutional development, growth and possibilities », 1961.

Dupuy : « Les accords conclus par les O.I. » Cours à l'I.H.E.I. Paris, 1968-1969.

CONCLUSION

Etant donné que cette étude a été entreprise dans un cadre plus général qui est le droit des O.I. de conclure des accords internationaux, nous avons démontré, à la lumière de la Convention de Vienne du 23 Mai 1969, que les accords d'assistance technique font partie d'une catégorie d'accords internationaux. En effet, par accord d'assistance technique, on entend un accord conclu entre une ou plusieurs O.I. et un Etat, et régi par le Droit international qu'il soit consigné dans un instrument unique ou dans plus d'un instrument connexe, et quelle que soit sa dénomination particulière.

Notre étude détaillée de la pratique de l'élaboration et de la conclusion, montre que ceux-ci se rapprochent des traités du type classique. Ainsi, les dispositions de la Convention de Vienne rapportant sur les conclusions, l'entrée en vigueur, le respect, l'interprétation, l'amendement et la modification des traités, s'appliquent « mutatis mutandis » aux accords d'assistance technique.

Toutefois, il faudrait insérer, comme nous l'avons démontré, en cas de préparation d'un projet d'une convention sur le droit des O.I. de conclure des accords internationaux concernant par exemple, la capacité de chaque O.I. de conclure des accords internationaux sauf une disposition contraire, la détermination de l'organe ou des organes investis du « treaty making power », et l'obligation d'enregistrer les accords conclus par les O.I.

L'application de ces accords ne suscite aucune difficulté pratique; les règles de la Convention de Vienne leur sont applicables.

Cependant, il serait souhaitable de recourir à la C.I.J. pour résoudre les litiges survenant de l'application des accords passés par les O.I. si les procédés para-juridictionnels ont échoué.

vertu du présent accord ou de tout accord ou tous accords subsidiaires conclus en application de l'Article III, l'organisation aura le droit de mettre fin au présent accord et auxdits accords subsidiaires par voie de notification adressé au Gouvernement, et elle pourra demander au Gouvernement de lui prêter toute l'assistance en son pouvoir pour faciliter l'évacuation du personnel ainsi que des approvisionnement, du matériel et de l'équipement récupérables. (9)

Il faut noter que d'autres accords mentionnent qu'«au cas où il surviendrait... des événements rendant impossible l'exécution, par l'organisation, des tâches entreprises en application du présent accord, l'organisation a le droit de dénoncer... » (10) Le terme « impossible » utilisé dans la version française de l'accord correspond au terme « impossible » utilisé dans la version anglaise du même accord. Quant au terme « empêcheraient » il devrait être compris, comme un événement contenant un changement radical et imprévisible des circonstances. C'est-à-dire s'identifiant avec le terme « impossible ».

Ainsi une telle clause dans un accord n'est qu'une application de la théorie « *rebus sic stantibus* », annoncée par l'Article 61 de la Convention de Vienne.

Nous terminerons ce chapitre en considérant que rien n'empêche l'application des dispositions concernant l'extinction des traités, contenues dans la partie V de la Convention de Vienne, aux accords d'Assistance Technique.

Toutefois, il est difficile de s'en tenir toujours à la réglementation prévue par l'article 56/2 de la Convention qui prescrit qu'«une partie doit notifier au moins douze mois à l'avance son intention de dénoncer un traité ou de s'en retirer conformément aux dispositions du paragraphe 1. Car, il se pourrait que dans certains cas, la durée de la validité d'un accord soit moins lorsque la durée du préavis à donner annoncée par l'article 56/2.

(9) RTNU, Vol. 110, p. 97. Voir également l'accord entre l'OMS et l'Irak in RTNU, Vol. 110, p. 151.

(10) Accord entre OMS et Haiti in RTNU, Vol. 110, p. 107.

conclus par le FISE disposent dans leur article VII (3) que « Chacune des Parties pourra, pour notification écrite mettre fin au présent accord qui none-abstent, restera en vigueur jusqu'à complète exécution de tous les plans d'opérations. »

On trouve pratiquement un seul cas de dénonciation d'un accord d'A.T. Nous citons l'échange de lettres relatif à l'abrogation de l'accord de base entre les organisations membres du B.A.T. et l'Indonésie du 29 Octobre 1954 (7) à la suite du retrait de ce Gouvernement de l'O.N.U.

Mais quelle solution est donnée dans le cas d'un accord qui ne contient aucune disposition touchant le droit des parties de le dénoncer ou de s'en retirer ? Ce type d'accord est rare et l'on peut citer l'accord entre le Gouvernement des Pays-Bas et l'OIR (8) signé et entré en vigueur le 20 Juin 1950.

Dans le cas précédent, il nous semble que l'application de l'article 56 de la Convention de Vienne serait pertinent.

C. Survenance d'un évènement rendant l'exécution impossible.

L'extinction des accords peut se produire en conséquence de la survenance de certaines évènements, autrement dit à la suite d'un fait-condition. C'est par des clauses insérées dans les accords conclus par l'OMS qu'on en a trouvé cette possibilité.

Comme exemple de l'extinction des accords sous l'influence d'évènements déterminés, on peut donner celui qui fut annoncé par l'Article XIV de l'accord entre l'OMS et Bolivie : « Au cas où il se produirait en Bolivie des évènements qui empêcheraient l'Organisation de s'acquitter des obligations assumées par elle en

(7) RTNU, Vol. 413, p. 414. Dans sa lettre l'Indonésie a déclaré surtout « Comme vous le savez, le Gouvernement de la République de l'Indonésie, par sa lettre ... a notifié au Secrétaire Général de l'ONU sa décision de se retirer de l'Organisation. Comme suite à cette décision, mon Gouvernement a décidé de dénoncer l'accord de 29 Oct. 54 entre le Gouvernement indonésien d'une part et l'ONU et ses institutions spécialisées, d'autre part, concernant la fourniture d'une assistance technique dans le cadre de programme élargi d'assistance technique ».

(8) RTNU, Vol. 75, p. 57.

fait susceptible d'engager la responsabilité internationale de la Partie contrevenant; dans tous les cas, la notification de la volonté d'exercer le droit de dénonciation est exigée et les effets par conséquent en sont généralement suspendus jusqu'à un certain temps, un délai de préavis de 60 jours est prévu. Ainsi le premier accord de base d'A.T. dispose dans son article V (3) que : « L'accord de base peut être dénoncé par l'une ou l'autre des parties, moyennant préavis adressé par écrit à l'autre partie : l'accord cessera de produire ses effets soixante jours après la réception de ce préavis. La dénonciation de l'Accord de base sera considérée comme entraînant la dénonciation des accords complémentaires. L'accord cessera en tout cas de produire ses effets lors de l'accession de la Libye à l'indépendance, qui doit avoir lieu au plus tard le premier Janvier 1952. » (5)

Les accords conclus plus récemment précisent que chaque organisation membre de l'administration de l'Assistance technique a le droit de dénoncer l'accord. L'accord-type entre les organisations membres du BAT et le Népal dispose que « Le présent accord pourra être dénoncé soit par toutes les organisations ou par une ou plusieurs d'entre elles, chacune en ce qui la concerne, soit par le Gouvernement, par voie de notification écrite adressé à l'autre partie... » (6).

La dénonciation a des effets différents, s'il s'agit d'un traité bilatéral ou d'un traité multilatéral.

Pour le premier, la dénonciation met fin à l'accord. Pour le second, la dénonciation s'analyse proprement comme un retrait qui ne met pas fin au traité lui-même s'il est effectué par une organisation. Le traité fait donc sortir l'organisation du régime juridique de l'accord qui continue à lier les autres organisations.

Certains accords précisent que, malgré leur dénonciation ils resteront en vigueur jusqu'à un événement déterminé. Les accords

(5) RTNU, Vol. 76, p. 123. Voir également dans le mêmes sens l'accord entre OMS et la Zambie in RTNU, Vol. 525, p. 173.

(6) RTNU, vol. 535, p. 388. Egalement les organisations membres du BAT et la Zambie in RTNU, Vol. 551, p. 5.

ment du Royaume-Uni et le Fonds au sujet de questions dont il traite, dans la mesure où lesdits accords sont encore en vigueur à la date de sa signature. Cette application n'affectera en rien les mesures qui auront été prises en application ou en vertu desdits accords : tous les plans d'opérations établis en application desdits accords qui seront en vigueur à la date de la signature du présent accord, demeureront exécutoires et seront régis par les dispositions du présent accord, comme s'ils avaient été établis conformément aux dispositions de son article premier ».

Certain nombre d'accords déclarent (3) : que leurs dispositions ne s'appliqueront pas à l'assistance technique fournie par les Organisations au titre de leurs programmes ordinaires d'assistance technique, dans le cas où lesdits programmes ordinaires d'assistance technique sont régis par un accord que le Gouvernement et les dites Organisations auront conclu en la matière ».

b. Abrogation par une clause contenue dans l'accord lui-même.

Il faut aussi mentionner qu'un certain nombre d'accords contiennent des clauses qui en déterminent la durée, c'est-à-dire que l'accord lui-même envisage à titre de cause d'extinction certains événements dont la survenance entraîne automatiquement sa disparition : telle l'arrivée du terme final pour les accords à durée déterminé. (4)

Ce cas d'abrogation correspond à l'article 54 (a) de la Convention de Vienne.

B. La dénonciation.

Les accords d'A.T. peuvent également prendre fin à la suite d'une manifestation de volonté de l'un des contractants. La dénonciation des Accords d'A.T. se produit en vertu d'une disposition contractuelle préexistante, sans quoi elle n'est plus qu'une voie de

(3) Voir par exemple l'accord-type conclu entre le Liberia et les organisations membres du BAT. in RTNU, Vol. 525, p. 316. De même l'accord-type avec le Népal in RTNU, Vol. 535, p. 388.

(4) Voir l'accord conclu pour environ 2 ans entre OMS et la Jordanie in RTNU, Vol. 141, p. 341.

ment du Royaume-Uni et le Fonds au sujet de questions dont il traite, dans la mesure où lesdits accords sont encore en vigueur à la date de sa signature. Cette application n'affectera en rien les mesures qui auront été prises en application ou en vertu desdits accords : tous les plans d'opérations établis en application desdits accords qui seront en vigueur à la date de la signature du présent accord, demeureront exécutoires et seront régis par les dispositions du présent accord, comme s'ils avaient été établis conformément aux dispositions de son article premier ».

Certain nombre d'accords déclarent (3) : que leurs dispositions ne s'appliqueront pas à l'assistance technique fournie par les Organisations au titre de leurs programmes ordinaires d'assistance technique, dans le cas où lesdits programmes ordinaires d'assistance technique sont régis par un accord que le Gouvernement et les dites Organisations auront conclu en la matière ».

b. Abrogation par une clause contenue dans l'accord lui-même.

Il faut aussi mentionner qu'un certain nombre d'accords contiennent des clauses qui en déterminent la durée, c'est-à-dire que l'accord lui-même envisage à titre de cause d'extinction certains événements dont la survenance entraîne automatiquement sa disparition : telle l'arrivée du terme final pour les accords à durée déterminé. (4)

Ce cas d'abrogation correspond à l'article 54 (a) de la Convention de Vienne.

B. La dénonciation.

Les accords d'A.T. peuvent également prendre fin à la suite d'une manifestation de volonté de l'un des contractants. La dénonciation des Accords d'A.T. se produit en vertu d'une disposition contractuelle préexistante, sans quoi elle n'est plus qu'une voie de

(3) Voir par exemple l'accord-type conclu entre le Liberia et les organisations membres du BAT. in RTNU, Vol. 525, p. 316. De même l'accord-type avec le Népal in RTNU, Vol. 535, p. 388.

(4) Voir l'accord conclu pour environ 2 ans entre OMS et la Jordanie in RTNU, Vol. 141, p. 341.

Chapitre 3 : L'extinction des Accords d'A.T.

Tous les accords d'A.T. sont destinés à l'extinction. Comme le signale M. Mac Donald (dans un discours du 23 Mars 1933 à la Chambre des Communes) « Tous les traités sont sacrosaints, mais aucun n'est éternel ». Nous pouvons ramener à trois les causes d'extinction des accords d'A.T. : La volonté commune des Parties (abrogation), la volonté unilatérale d'un contractant (dénonciation), enfin la survenance d'évènements empêchant l'exécution de l'accord.

A. L'abrogation

L'abrogation peut se présenter sous deux formes : elle peut résulter soit d'un accord ultérieur, ou de l'accord lui-même.

a. Abrogation par un accord ultérieur.

Le cas le plus courant d'extinction des accords est celui de l'abrogation résultant d'une clause spéciale d'un accord d'A.T. ultérieur (dissolution par consentement mutuel ultérieur). Au point de vue juridique, on peut analyser cette abrogation comme une application du principe de l'acte contraire. (1)

Par exemple l'accord conclu entre le FISE et la Grande-Bretagne (2) dans son article X § 3 prévoit que : « Le présent accord met fin à tous les autres accords conclus entre le Gouverne-

(1) Rousseau, « Droit international Public approfondi », 1958, p. 67.
(2) Voir Supra, Note No. 37.

c. Autres modes.

L'article IX de l'accord type conclu par le FISE dispose qu'«en cas de désaccord sur le point de savoir si les clauses du présent accord sont respectées, la question sera renvoyée pour décision au Comité du Programme du Conseil d'administration FISE ». (37)

En effet, ce texte ne révèle pas clairement quel genre d'action incombe au Comité du Programme; et si les mesures prises par celui-ci sont obligatoires pour les Parties.

Il faut dire que d'autres textes sont plus révélateurs à cet égard. Ainsi les accords plus récents de FISE disposent également dans leur article IX que « tout différend quant à l'interprétation ou à l'application de présent accord ou d'un plan d'opération établi dans le cadre dudit accord qui ne pourra être réglé par voie de négociation entre le Gouvernement... et le Fond, sera porté devant le Comité du Programme du Conseil d'administration du Fonds ». (38)

Il nous paraît que le recours à l'arbitrage pour la solution d'un différend entre une organisation et un Etat doit suivre le modèle de projet sur la procédure arbitrale adopté par la Commission du Droit international lors de sa cinquième session. (39)

(37) Voir par exemple l'accord FISE et Panama in RTNU, Vol. 97 p. 20; également avec la République dominicaine in RTNU, Vol. 121, p. 61.

(38) Voir par exemple l'accord de base conclu entre le FISE et la Grande-Bretagne relatif à la fourniture d'une assistance dans les territoires dont la Grande-Bretagne assume les relations internationales, in RTNU, Vol. 180, p. 71.

(39) Doc. A/CN.4/113 in Annuaire de la C.D.I., 1958, Vol. II, p. 12.

le troisième arbitre peut être désigné par une autre procédure. « Chaque Partie au différend désignera un arbitre et les deux arbitres ainsi désignés nommeront le troisième, qui présidera. Si, dans les 30 jours qui suivront la demande d'arbitrage, l'une des Parties n'a pas désigné un arbitre ou si, dans les 15 jours qui suivront la nomination des deux arbitres, le troisième arbitre n'a pas été désigné, l'une des Parties pourra demander au Secrétaire Général de la Cour permanente d'arbitrage de désigner un arbitre... » (34)

Le troisième type de dispositions réglemente d'une façon plus ou moins complète la composition, la procédure et la portée de la sentence rendue. Ainsi l'accord-type d'assistance opérationnelle conclu entre les organisations participant à l'élément du PNUD et Singapour déclare que : « Tout différend devant être soumis à arbitrage sera porté devant trois arbitres, qui statueront à la majorité. Chaque Partie au différend désignera un arbitre et... les arbitres arrêteront la procédure à suivre et les Parties supporteront les frais de l'arbitrage à raison de la proportion fixée par les arbitres. La sentence arbitrale sera motivée et sera acceptée par les parties comme le règlement définitif de leur différend. (35)

Enfin le dernier type de dispositions qui ne correspond à aucun type précédent, et les dispositions contenues par exemple dans l'accord conclu entre les organisations membres du BAT et l'Indonésie, stipulent dans l'article VI § (c) que : « tout différend quant à l'interprétation du présent Accord ou de l'un quelconque des accords complémentaires, qui n'aura pas été réglé directement par les parties, sera soumis à l'arbitrage. Dans ce cas, chacune des parties nommera un arbitre. Tout différend que ces arbitres n'auront pas réglé entre eux sera soumis à un tiers arbitre nommé par eux qui statuera en dernier ressort. » (36)

(34) RTNU, Vol. 535, p. 386 accord-type conclu entre les O. membres du BAT et le Népal. Voir également l'art. V (1) de l'accord entre l'ONU et Bor-mani in RTNU, Vol. 319, p. 3.

(35) RTNU, Vol. 573, p. 149; Voir également l'accord entre FISE et Laos, Vol. 361, p. 172.

(36) RTNU, Vol. 81, p. 38. Egalement l'accord avec la Colombie Ibid; Vol. 81, p. 188.

d'arbitrage, ou à un autre mode convenu, même s'il font expressément défaut dans l'accord.

La personne ayant compétence pour négocier, est normalement celle qui est habilitée pour conclure l'accord comme le Directeur Général de l'O. Ce rôle peut être attribué, par délégation à une autre, comme le représentant régional ou à toute autre personne dûment habilitée.

b. L'arbitrage.

Le deuxième mode auquel les parties peuvent avoir recours est un organe *ad hoc* arbitral à caractère juridictionnel. Les Accords prévoyant un tel procédé de règlement varient suivant les dispositions qui le règlent.

Le type de ces dispositions est tout simple : l'accord peut brièvement déclarer par exemple, que tout différend portant sur l'interprétation du présent accord ou de l'un quelconque des accords complémentaires sera réglé directement par échange de vues entre les Parties. Si cette méthode ne permet pas d'aplanir le différend, les Parties pourront convenir de la soumettre à un arbitrage ». (32) Evidemment une telle disposition est une garantie juridictionnelle insuffisante. Elle laisse à la bonne foi des Parties le soin de négocier la composition, la procédure et la portée de la sentence rendue par l'organe arbitral. Il s'agit donc, dans ce cas d'un *pactum de contrahendo* pour un arbitrage futur. Le deuxième type de disposition prévoit d'une manière spécifique la réglementation de la procédure concernant la constitution du tribunal arbitral. Ainsi l'accord entre l'OMS et la Birmanie dispose que « tout différend entre le Gouvernement et l'Organisation résultant de l'interprétation ou de l'application du présent accord qui ne serait pas réglé par voie de négociation sera soumis à une Collège de trois arbitres; l'un des arbitres sera nommé par le Gouvernement, le second par le Directeur général de l'Organisation, et le troisième, qui présidera, par le Président de la C.I.J.; les parties pourront toutefois convenir d'un autre mode de règlement ». (33) Toutefois

(32) Voir l'art. V§ (d) de l'accord conclu entre OIT et Cuba RTNU, Vol. 99, p. 220.

(33) RTNU, Vol. 104, p. 195.

n'est pas réglé par voie de négociation au sein du Comité mixte ou par tout autre moyen agréé est soumis... à un tribunal d'arbitrage».

Il paraît que certains accords conclus par l'AIEA se caractérisent également par une autre particularité concernant la négociation. L'accord conclu entre l'Argentine prévoit la disposition suivante : « Dans le cas d'un différend portant sur l'application des articles III, IV, VI (29), l'Argentine applique immédiatement les décisions du Conseil des Gouverneurs de l'Agence, si elle en dispose ainsi, en attendant la conclusion des consultations, négociations ou arbitrage, qui auront pu être sollicités à propos du différend ». (30)

Une telle disposition favorise, sans doute, une des parties contractantes à propos du règlement d'un différend, en soumettant l'autre partie aux décisions unilatérales de la première. Mais une telle mesure s'harmonise avec l'importance de l'objet des articles cités par l'Article mentionné ci-dessus.

La dernière remarque concernant la négociation est commune à certains accords d'A.T. qui font défaut d'un mode de règlement des différends; même si la négociation n'est pas stipulée (31), il nous paraît sans doute, qu'une telle lacune pourrait être comblée par la présomption que les parties contractantes ont implicitement convenue de procéder par voie de négociation pour aplanir les différends surgissant entre elles. Une telle présomption existe également lorsque les accords d'A.T. ne citent que la négociation comme moyen de règlement des différends. Dans le cas contraire, nous croyons que les parties doivent recourir au procédé

(29) Concernant respectivement : les garanties de l'Agence contre le détournement, la mesure de santé et de Sécurité, modifications apportées au projet et inspecteurs de l'Agence.

(30) Article 14, in RTNU, Vol. 525, p. 48.

(31) Voir parmi les premiers accords d'A.T. accord de base entre les O. membres de BAT et le Royaume Uni in RTNU, Vol. 76, p. 125 et l'accord complémentaire entre les Parties citées, Ibid, p. 143 également accord entre l'OACI et l'Ethiopie in RTNU, Vol. 96, p. 125 accord entre les O. membres de BAT et Iran, RTNU, Vol. 81, p. 235 et avec le Salvador Ibid, p. 245. L'accord conclu entre l'ONU et la Grèce, RTNU, Vol. 123, p. 3. Voir par exemple les accords plus récents : l'accord entre l'UNESCO et la RAU in RTNU, Vol. 489, p. 245.; l'accord entre les O. membres du PNUD et Singapour, RTNU, Vol. 573, p. 135.

désaccord en un point déterminé est renvoyé pour décision au Comité du Programme du Conseil d'Administration du FISE ».

Ces divers procédés de règlement seront examinés ci-après :

a. Négociation

Les accords prévoyant des procédés de règlement des différends, citent la négociation directe comme la première manière de procéder pour résoudre le litige entre les Parties. Ainsi, les accords de base conclus soit par le F.S.N.U. (23) soit par une Organisation internationale (24), soit par plusieurs organisations internationales (25), ou les accords complémentaires (26), disposent que : « tout différend... auquel donnerait lieu le présent Accord ou qui y aurait trait et qui ne pourrait être réglé par voie de négociations ou par un autre mode convenu de règlement, sera, à la demande de l'une des Parties au différend, soumis à arbitrage... ».

Mais il arrive, que l'accord d'A.T. ne stipule que la négociation comme mode de règlement des différends. C'est ainsi par exemple l'article IX § 2 de l'accord entre l'UNICEF et le Royaume Uni (27) prévoit que : « tout différend portant sur l'interprétation ou l'application du présent accord sera réglé par voie de négociation entre le Gouvernement... et le Fonds. » Parfois, l'AIEA prévoit dans ses accords le règlement des différends par voie de négociation au sein d'un organe institué à ce propos.

Certains accords de l'AIEA prévoient le recours à un organe institué, dénommé « organe mixte » où les parties sont représentées, et lequel est habilité à trancher les litiges. Ainsi l'accord entre l'AIEA et l'Inde et les Philippines (28) dispose : « Tout différend portant sur l'interprétation ou l'application du présent Accord qui

(23) Voir par exemple l'Art. IX de l'accord entre le FSNU et la RAU in RTNU, Vol. 345, p. 125.

(24) Voir par exemple l'Art. 13 de l'accord cadre entre AIEA et la Turquie, in RTNU, Vol. 573, p. 81.

(25) Voir par exemple l'Art. 1§2 de l'accord type entre les organisations membres de BAT et le Népal in RTNU, Vol. 535, p. 388.

(26) Voir par exemple l'Art. V (2) de l'accord opérationnel entre les organisations membres du PNUD et Singapour in RTNU, Vol. 573, p. 149.

(27) RTNU, Vol. 120, p. 147.

(28) RTNU, Vol. 525 (accord de 11 Juillet 1964).

Vienne sur le droit de traités sont applicables. (21) Et en tout cas l'interprétation des termes d'un accord qui visent l'exercice des fonctions d'une Organisation Internationale partie à cet accord il peut être tenu compte de l'objet de cette organisation et de la nécessité de lui permettre d'exercer pleinement et efficacement ses fonctions et d'atteindre ses buts.

Toutefois, dans la pratique nous n'avons pas rencontré de désaccords, mais une acceptation de l'éclaircissement ou de la proposition présentée.

Quant aux accords complémentaires, ils doivent être interprétés à la lumière de l'accord de base.

En effet, « aucune raison décisive, comme le disait Sir Lauterpacht (22) ne paraît s'opposer à ce que les règles qui s'appliquent aux traités ne s'appliquent pas également aux accords conclus par les Organisations Internationales, créées par les Etats et composées d'Etats ». Et la Convention de Vienne pourrait s'appliquer mutatis mutandis, en tenant compte de l'objet de l'O.I. et de la nécessité de lui permettre d'exercer pleinement et efficacement ses fonctions et d'atteindre ses buts.

B. Règlement des différends.

La Convention de Vienne est muette sur la question concernant la procédure de règlements des différends surgissant à propos de l'application ou l'exécution des traités. Mais la plupart des accords d'A.T., surtout ceux qui sont récents, prévoient des clauses concernant la solution des litiges, et prévoient des procédés pratiqués par les Etats, pour le règlement des différends pouvant surgir de l'interprétation ou de l'application des accords. Ainsi tout différend portant sur l'interprétation ou l'application d'un accord — de base ou complémentaire — sera tout d'abord réglé directement par un échange de vue entre les Parties, c'est-à-dire par négociations. Si cette méthode ne permet pas d'aplanir le différend, les Parties pourront convenir d'un autre mode de règlement. Il peut aussi être soumis à l'arbitrage. Enfin, nous signalons que le

(21) C'est également l'opinion donnée par le FAO à la Conférence de Vienne sur le Droit des Traités. Voir Doc. A/Conf. 39, 5 (Vol. 1) p. 203.

(22) Rapport sur le Droit des Traités, A/CN.4/163, 24.3.1953.

termes de l'accord soit par des lettres annexées à celui-ci. Dans le Premier cas on rencontre des longues énumérations de termes ou de dispositions diverses suivies de leur définition et de l'interprétation que les parties entendent donner en l'espèce. (16)

Dans le deuxième cas, l'interprétation donnée par les parties trouve son expression, non pas dans l'accord, mais dans les lettres interprétatives, intervenant le jour même de l'entrée en vigueur de l'accord lequel est souvent le jour de la signature, ou postérieurement. Des exemples de l'échange de leures (17) ou de lettres connexés (18) sont assez nombreux dans le domaine de l'interprétation.

L'échange de lettres à propos d'une interprétation qui est précédé normalement par une négociation, prend la forme d'une lettre-demande par laquelle une Partie consigne des interprétations concernant certaines dispositions de l'accord et demande à l'autre partie de confirmer par écrit les interprétations données; et aussi d'une lettre-réponse confirmant l'acceptation des interprétations contenues dans la première lettre. Les deux lettres font partie intégrante de l'accord interprété. (19)

Les lettres interprétatives sont des accords écrits, publiées dans le Recueil des Traités des Nations Unies. Si les accords revêtent, comme le dit M. Brierly (20) une forme particulière qui les distinguent des autres catégories de traités, ils ne doivent pas être exclus de prochaine codification de droit des traités des organisations internationales.

Les méthodes d'interprétation adoptées par la Convention de

(16) Voir par exemple l'accord conclu entre l'AIEA et l'Espagne et les Etats-Unies in RTNU, Vol. 589, p. 78.

(17) Voir par exemple l'échange de lettres entre FSNU et la Chine à propos de l'accord entre les deux parties dans lesquelles on lit qu'une des parties déclare le caractère interprétatif de ces documents in RTNU, Vol. 375, p. 45.

(18) Voir par exemple la lettre connexée à l'accord entre FSNU et le Brésil in RTNU, Vol. 375, p. 27.

(19) Voir par exemple l'échange de lettre entre le FISE in RTNU, Vol. 344, p. 175.

(20) Le Rapport de M. Brierly à la C.D.I. in Doc. A/CN.4/23, p. 20.

Bas concernant le Surinam, règle la situation de tout Agent chargé d'exécution ainsi que le personnel, et les autres personnes fournissant des services. Nous retiendrons ici une disposition significative qui fait profiter un tiers particulier. L'Article VIII § 5 déclare « Lorsqu'un plan d'opérations contiendra des dispositions en ce sens, le Gouvernement du Surinam exonérera toute entreprise ou organisation dont un Agent chargé de l'exécution ou le Fonds Spécial se sera assuré les services, ainsi que son personnel, de tout impôt, droit, taxe ou imposition, ou prendra charge les impôts, droits, taxes ou impositions — afférents... » (13)

Toutefois, un accord peut prévoir des droits pour un tiers n'étant ni un agent ni une personne chargée de l'exécution des opérations d'A.T. Ainsi l'accord entre l'OIR et les Pays-Bas concernant l'assistance aux réfugiés dispose que le Gouvernement s'engage à « considérer un certain nombre de réfugiés comme des résidents permanents des Pays-Bas, à leur accorder un statut légal, et leur apporter une assistance financière ou matérielle. (14) Donc, il s'agit ici d'admettre le principe de « Pacta in favorem tertii » dans le sens d'accord procurant aux tiers de droits.

On peut conclure de cette étude que le principe reste toujours celui de l'effet relatif des accords d'A.T. (15) Ce n'est qu'exceptionnellement que ces accords peuvent bénéficier aux particuliers — et non aux Etats — et s'imposent à eux.

Section 2. Interprétation et Règlement des différends.

A. Interprétation des accords d'A.T.

La compétence d'interpréter les accords d'A.T. revient en principe, aux Parties contractantes. L'interprétation de certain nombre de dispositions de l'accord peut être fixée soit en vertu de

(13) RTNU, Vol. 372, p. 345.

(14) Voir par exemple l'échange de notes constituant un accord in RTNU, Vol. 87, p. 241.

(15) C'est la règle établie par l'Article 34 de la Convention de Vienne de 23 Mai 1969.

devant les Organisations intéressées. » « b) Dans l'exercice de leurs fonctions, les experts agiront en liaison étroite avec le Gouvernement et avec les personnes ou organismes désignés par lui à cet effet, et ils se conformeront aux directives du Gouvernement qui seront applicables, en égard à la nature de leurs fonctions et de l'assistance à fournir, et dont les organisations et le Gouvernement auront convenu... »

« Le Gouvernement devra répondre à toute réclamation que des tiers pourraient formuler contre les Organisations et leurs experts, agents ou employés, il mettra hors de cause les Organisations et leurs experts, agents et employés, en cas de réclamation, et les dégagera de toute responsabilité découlant d'opérations exécutées en vertu du présent Accord, sauf si le Gouvernement, le Directeur du PNUD et les Organisations intéressées conviennent que ladite réclamation ou ladite responsabilité résultent d'une négligence grave ou d'une faute intentionnelle des intéressés. » (11)

L'accord complémentaire audit accord de base, dénommé accord-type d'assistance opérationnelle, définit dans son article premier, « les conditions dans lesquelles les Organisations fourniront au Gouvernement les services d'agents, qui en tant que fonctionnaires du Gouvernement ou d'autres personnes employées par lui à titre analogue, rempliront des fonctions d'exécution, de direction et d'administration. Il définit également les conditions fondamentales qui régiront les relations entre le Gouvernement et les Agents. Le Gouvernement et les Agents passeront entre eux de contrats ou prendront des arrangements appropriés touchant leurs relations mutuelles... Cependant, tout contrat ou arrangement de cette nature sera subordonné aux dispositions du présent accord, et communiqué aux organisations intéressées. (12) » En effet, certain nombre des Articles de cet accord portent sur les obligations du Gouvernement ou les organisations à l'égard des agents, et spécifient d'une manière détaillée les droits et les obligations de ceux-ci. » De même l'accord entre le FSNU et les Pays-

(11) Voir Article premier de l'accord in RTNU, Vol. 573, pp. 137-139.

(12) RTNU, Vol. 573, p. 151.

Les accords conclus avec les Etats n'ayant pas de territoires administrés ne font pas de problèmes.

Il reste à dire que les droits et les obligations des Parties ne découlent pas uniquement de l'accord, mais également des résolutions des organisations internationales ou d'autres accords, lorsque ces résolutions et accords sont introduits en vertu d'une prescription expresse dans l'accord d'A.T. Nous citons à titre d'exemple l'art. II de l'accord de base entre l'O.A.C.I. et l'Ethiopie : « En recevant l'assistance technique définie dans l'accord complémentaire, le Gouvernement se conformera, chaque fois que cela sera possible, aux dispositions relatives à la participation des Gouvernements requérants » qui figurent à l'annexe I de la Partie A de la Résolution 222 (IX) du Conseil économique et Social ». (9)

Notons enfin que l'exécution des obligations d'un Etat contractant peut faire l'objet d'un ajournement, sur la base d'un accord postérieur entre deux parties conclu sous la forme d'échange de lettre interprétatives. (10)

C. Effets des accords en dehors des parties contractantes.

La règle générale « res inter alios acta », demeure unique pour les accords d'A.T., c'est-à-dire que les Etats qui ne font pas partie d'un traité, lequel le traité ne peut ni leur profiter ni leur nuire; cette règle est énoncée à l'article 34 de la Convention de Vienne. Toutefois, il arrive souvent qu'une entité juridique donnée soit liée par un accord qui n'en fait pas partie. Ainsi des accords contiennent un certain nombre de dispositions par lesquelles l'Etat contractant s'engage à reconnaître un certain nombre de droits, et d'obligations aux experts ou agents. C'est ainsi que l'accord-type révisé d'assistance technique qui est conclu entre le PNUD et Singapour dispose que : « a) Les experts appelés à donner des aides et à prêter assistance au Gouvernement... seront responsables

(9) Voir RTNU, Vol. 96, p. 125.

(10) Voir l'échange de lettres concernant l'accord de base entre l'O.M.S. et le Burundi in RTNU, Vol. 477, p. 345, dans lesquelles ce gouvernement déclare n'être pas tenu d'exécuter les obligations prévues aux certaines dispositions de l'accord et que d'autres dispositions ne s'appliqueront que dans la mesure des possibilités du Gouvernement.

stipule le territoire qui sera le champ d'application de l'accord. (2)

Dans la pratique, la possibilité pour ces territoires de recevoir des prestations cette nature a été examinée à l'occasion des demandes que les Gouvernements métropolitains et les autorités chargées de l'administration ont présentées en leur nom. (3)

Certaines résolutions de l'Assemblée Générale, par exemple, ont cependant mentionné explicitement les territoires sous tutelle et les territoires non autonomes lorsqu'il s'est agi de déterminer les bénéficiaires de l'Assistance Technique. (4)

B. Effets des accords à l'intérieur des parties contractantes.

Il va de soi qu'un accord pose une règle de conduite obligatoire pour les parties contractantes. Tous les organes des organisations et de l'Etat étant tenus de contribuer à l'exécution de l'accord en élaborant les mesures exigées par son application. (5)

Les accords de base contiennent des dispositions-types spécifiant les droits et les obligations de chaque partie.

Les droits et les obligations sont exécutés, selon les dispositions de chaque accord, soit par l'autorité administrante (6) soit par les autorités administrées. (7) Toutefois, dans le dernier cas, le Gouvernement administrant reste responsable, sur le plan international, des obligations imposées au Gouvernement du territoire administré par l'accord de base et par tous arrangements conclus en vertu de cet accord et dans la même mesure s'il avait lui-même assumé les dites obligations. (8)

(2) Voir l'accord entre le FISE et la G.B. pour la Trinité et Tobago in RTNU, Vol. 121, p. 63, et l'accord entre les Pays-Bas et le FSNU relatif aux Antilles Néerlandaises in RTNU, Vol. 466, p. 303.

(3) Voir Répertoire de la pratique des NU, Vol. III, Art. 66 (2), p. 493.

(4) Voir les résolutions 439 (V) et 444 (V) et la résolution 222 (IX) du Conseil économique et Social.

(5) Voir en ce sens le 4^e rapport de M. Fritzmaurice sur le droit des traités, Doc. A/CN.4/120 in Annuaire de la C.D.I. 1959, Vol. II, p. 77.

(6) Voir l'accord de base entre les organisations membres du BAT et l'Italie concernant la Somalie in RTNU, Vol. 97, p. 293.

(7) Voir par exemple l'accord entre le FSNU et les Pays-Bas à propos du Surinam in RTNU, Vol. 372, p. 331.

(8) Voir l'article 1 (5) de l'accord mentionné dans la note précédente.

Chapitre II. L'application spatiale des Accords d'A.T.

L'examen des effets des accords d'A.T. dans l'espace, soulève surtout deux questions : leur étendue doit être étudiée tant à l'intérieur, qu'en dehors des Parties contractantes. En plus il faut examiner la question de l'interprétation et le règlement des différends surgissant entre les parties pendant l'application de ces accords.

Section 1. Effets des accords à l'intérieur des parties contractantes.

A. Effets des accords sur le territoire de l'Etat contractant.

La question de l'application territoriale est, avant tout, régie par les termes de l'accord lui-même chaque fois que celui-ci contient des dispositions expresses ou implicites consacrant son application territoriale.

Et les clauses d'application territoriale varient selon l'accord, tantôt elles prévoient l'application de l'accord aux territoires dont l'Etat partie assure les relations internationales (1), tantôt il

(1) Voir l'accord entre l'OMS et la Grande-Bretagne in RTNU, Vol. 121, p. 83 qui s'applique de plano aux territoires dont la G.B. assure les relations internationales.

Etats souverains, dans ce cas là la question de l'effet de cette union sur les accords conclus par chacun des deux Etats se pose. C'est ainsi la RAU a été créée le 21 Février 1958 par l'Union de l'Egypte et de la Syrie.

La note du 1er Mars 1958, adressée au Secrétaire Général par le Ministre des Affaires Etrangères de la RAU, contient notamment le passage suivant : « Il convient de noter que le Gouvernement de la RAU déclare que l'Union constitue désormais un seul Etat membre de l'ONU, lié par les dispositions de la Charte, et que tous les traités et accords internationaux conclus par l'Egypte et la Syrie avec d'autres pays resteront valables dans les limites régionales définies lors de leur conclusion et conformément aux principes du Droit international ». (31)

(31) Doc. S/3976, Annexe B.

cette question (27) mais en même temps n'en disposent pas autrement. Il nous paraît juste de dire qu'un traité peut être amendé par un accord entre les parties, hormis une disposition contraire, ou lorsque le traité est muet.

Section 3. La Succession.

Lorsqu'un Etat acquiert le plein exercice de sa souveraineté extérieure, un problème se pose, à savoir quel serait l'effet de ce changement de statut sur les accords conclus et dont l'application avait été étendue au territoire intéressé par l'Etat qui exerçait jusqu'alors la responsabilité de ses relations internationales.

La pratique montre que les nouveaux Etats reconnaissent être liés par les accords qui étaient antérieurement appliqués sur leur territoire par l'Etat qui exerçait jusqu'alors la responsabilité de leurs relations internationales. (28) En conséquence, l'Etat nouveau applique les dispositions de l'accord de base à tous les plans d'opération concernant le programme de l'assistance technique, ou les plans qui pourront être approuvés à l'avenir. (29) Normalement de tels arrangements concernant la succession sont applicables jusqu'au moment où un accord entre l'Etat nouveau et l'administration de l'A.T. aura été signé et sera entré en vigueur. (30)

Egalement lorsqu'un nouvel Etat est créé par l'union de deux

conclu entre les organisations membres de PNUD et Yougoslavie, in RTNU, Vol. 253, p. 13.

(27) Voir par exemple l'accord entre la RAU et l'UNESCO concernant la sauvegarde des temples d'abou Simbel in RTNU, Vol. 489, p. 245, également l'accord entre les Pays-Bas et l'O.I.R. relatif aux réfugiés in RTNU, Vol. 76, p. 57.

(28) Voir par ex. ST/Leg 7, 1959, p. 60.

(29) Voir par exemple l'échange de lettre constituant un accord entre le PNUD et la Guyane pour l'application aux projets du Fonds spécialement en cours d'exécution en Guyane, ou qui seront approuvés ultérieurement pour ce pays, de l'accord de 7 Jan. 1960, entre le F.S. et la Grande-Bretagne in RTNU, Vol. 564, p. 201; également Ibid, Vol. 552, p. 293 pour l'échange de lettres concernant la succession de Singapour aux obligations découlant de l'accord type d'assistance technique entre les organisations membres du BAT et la Malaisie.

(30) Voir RTNU, Vol. 538, p. 322.

ment prévues dans l'accord ». (19)

2. Certains accords complémentaires stipulent qu'une modification ne doit pas porter préjudice aux droits des agents nommés en vertu de Présent Accord. (20)

3. Chacune des parties... à un accord examinera avec soin et dans un esprit favorable toute proposition que l'autre Partie présentera en vue d'une modification.

4. Les accords (spécifiques) conclus entre le FISE et les Etats disposent dans leur Article X que la modification doit être accomplie par accord écrit entre les parties. (21)

En effet, toute modification doit prendre la forme d'un accord écrit adjoint établi soit par un échange de lettres constituant un avenant (22), soit d'un Addendum (23) ou par une lettre constituant procès-verbal d'accord. (24) Si la dernière forme de l'instrument de modification a pour objet une rectification d'un accord de base (25), d'autres interviennent «ad augendam ou ad minuendam obligationem ». (26)

Notons enfin certaines catégories d'accord d'A.T. qui ne prévoient pas une disposition indiquant la possibilité d'en modifier le contenu. Ainsi certains accords spécifiques ne règlent pas

(19) Voir par exemple l'Art. VI (3) de l'accord type révisé d'A.T. entre les organisations membres du PNUD et Singapour in RTNU, Vol. 573, p. 135. Egalement l'Accord type d'A. Operationnelle entre les parties mentionnées ci-dessus in RTNU, Vol. 573, p. 151. Egalement l'accord complémentaire entre les organisations du BAT et la Zambie in RTNU, Vol. 551, p. 5.

(20) Voir par exemple l'accord entre l'ONU et le Népal in RTNU, Vol. 535, p. 388.

(21) Voir par exemple RTNU, Vol. 345, p. 187; Vol. 375, p. 20; Vol. 590, p. 3.

(22) Voir par exemple RTNU, Vol. 511, p. 275, également l'échange de lettres constituant un avenant à l'accord signé entre les organisations membre du BAT et l'Irak, in RTNU, Vol. 55, p. 425.

(23) Voir l'Addendum à l'accord entre OMS et Costa Rica in RTNU, Vol. 141, p. 398.

(24) Voir par exemple son texte in RTNU, Vol. 538, p. 346.

(25) Il s'agit de rayer la phrase suivante du préambule : « Déclarant qu'il s'acquitteront de leurs obligations réciproques dans un esprit d'amicale coopération. »

(26) Voir par exemple l'échange de lettres constituant un avenant à l'accord

fois certains accords de base conclus avec un gouvernement en sa qualité de Puissance administrante d'un territoire délèguent le pouvoir de modifier les accords, complémentaires au Gouvernement du territoire administré. C'est ainsi que l'accord de base entre l'OMS et la Grande-Bretagne relatif à la fourniture d'une A.T. aux territoires sous tutelle, territoires non autonomes, et autres territoires dont la Grande Bretagne assume les relations internationales, distingue quant au pouvoir de modification entre les accords de base et les accords complémentaires, conclus par ces territoires et l'Organisation en exécution de l'accord de base. L'article V para. 2 dispose que (18) « L'accord de base pourra être modifié par voie d'accord entre l'Organisation et le Gouvernement du Royaume-Uni. Les accords complémentaires pourront être modifiés par voie d'accord entre l'Organisation et le Gouvernement du territoire intéressé, agissant conformément aux dispositions du paragraphe I de l'Article premier ».

Il résulte de ce qui précède que le Gouvernement, partie à un accord de base, a, en règle générale, aussi bien que l'organisation, le droit de précéder à une modification de l'accord. Cette compétence pourrait être déléguée à un gouvernement d'un territoire administré à propos d'un accord complémentaire concernant ledit territoire.

B. Conditions de Modification.

La modification d'un accord soit de base soit complémentaire, est soumise à des conditions qui sont en particulier les suivants :

1. Toute modification d'un accord soit de base, soit complémentaire, doit s'accomplir « conformément aux résolutions et décisions pertinentes des assemblées, conférences, conseils et autres organes des organisations, surtout pour les questions non expressé-

(18) Voir RTNU Vol. 121. p. 83. Voir également l'accord de base conclu entre le FISE et la Grande-Bretagne qui dispose dans son art. 1er §C (3) que : « Le Fond et le Gouvernement du territoire pourront de temps à autre, modifier d'un commun accord tout plan d'opérations établi conformément au présent article, d'une manière qui ne soit pas incompatible avec les dispositions du présent accord in RTNU, Vol. 180 p. 63.

déterminé. (13)

Notons que les accords complémentaires pourront demeurer en vigueur indépendamment de la durée de l'accord de base, pendant le temps qui sera fixé par chacun des dits accords ou arrangements complémentaires. (14) La durée d'un accord d'A.T. pourrait être propagée moyennant un accord ultérieur intervenant entre les parties lorsqu'il apparaît pour ceux-ci que cette prorogation pour un délai supplémentaire de la durée de validité de l'accord, est de nature à favoriser les réalisations des objectives de l'A.T. (15).

Section 2 : La modification des accords d'A.T.

Un accord d'A.T. de base ou un accord complémentaire, ou un accord spécifique peut être amendé par accord entre les parties. (Les organisations et l'Etat).

A. La compétence de modification.

La plupart des accords peuvent être modifiés d'un commun accord par les organisations intéressées et le Gouvernement. « Les accords complémentaires conclus en application de l'accord de base » pourront être modifiés par voie d'accord entre les organisations parties aux dits accords et le Gouvernement intéressé », (16) « conformément aux dispositions de l'accord de base » (17). Toute-

(13) Voir par exemple l'Accord entre le FISE et la Turquie signé le 5 Sept. 1951 et entré en vigueur le 10 Mars 1954, date de la ratification par la Turquie. Il dispose dans son article IX : « Le présent accord prendra effet en date de ce jour. Il restera en vigueur au moins jusqu'à la date de consommation complète de fournitures du Fonds. » Cette période étant prolongée d'un laps de temps raisonnable pour assurer la liquidation régulière de toutes les activités, du fonds en Turquie.

(14) Voir par exemple l'Article XXVI de l'accord conclu entre l'ONU et la Bolivie in RTNU, Vol.

(15) Voir par exemple l'échange de lettres relatif à la prorogation de l'accord entre l'ONU et l'Inde in RTNU, Vol. 540, p. 345.

(16) Voir par exemple l'accord entre l'OMS et la Zambie in RTNU, Vol. 525, p. 173, avec le Malawi, Ibid, Vol. 524, p. 289, BAT avec le Liberia, Ibid, Vol. 525, p. 161.

(17) Voir par exemple le premier accord complémentaire entre l'ONU, le FAO et la Grande-Bretagne en sa qualité de Puissance administrante in RTNU, Vol. 76, p. 147.

cables, seront appliquées à compter de la date de la signature de l'accord. »

d. Entrée en vigueur à partir d'une date fixée par les parties.

Un accord d'assistance technique peut entrer en vigueur à la date fixée par ses dispositions (9).

e. Effets rétroactifs à l'entrée en vigueur.

Il advienne rarement qu'un accord, s'applique avec un effet rétroactif à partir de son entrée en vigueur. C'est ainsi que l'accord conclu entre l'OMS et la Jordanie dispose dans son art. IV § I que :

« Le présent accord entrera en vigueur à la date de sa signature. Les Parties sont convenues que ses dispositions s'appliqueront avec effet rétroactif jusqu'au 30 Juin 54... » (10)

C'est également le cas d'accords qui entrent en vigueur dès leur signature sous réserve d'approbation ultérieure par une partie. C'est le cas de l'accord de base et son premier accord complémentaire conclus entre l'ONU et la Yougoslavie qui disposent respectivement dans leurs articles V et IV qu'ils entrent en vigueur dès leur signature... sous réserve d'approbation ultérieure par l'administration de l'A.T. (II)

B. Durée de l'entrée en vigueur.

Certains accords ne précisent pas leur durée d'entrée en vigueur, cependant, il y en a qui prennent le soin de la fixer, soit en déterminant la durée d'application de l'accord par la fixation d'une date précise (12) soit lorsque se produira un événement

(9) Voir par exemple l'accord conclu entre l'ONU et l'Inde in RTNU, Vol. 450, p. 3.

(10) Voir le texte de l'accord in RTNU, Vol. 141, p. 341.

(11) Voir RTNU, Vol. 73, respectivement p. 173 et 179 et pour comparer voir l'article 28 de la Convention de Vienne de 1969.

(12) Voir par exemple l'accord entre AIEA et l'Inde et les Philippines qui fixe la durée, de l'accord pour cinq ans; in RTNU, Vol. 525 p. 73. L'accord entre l'ONU et l'Inde entré en vigueur le premier Janvier 1963 dispose qu'il produit ses effets jusqu'au 30 juin 1964 in RTNU, Vol. 450, p. 3.

prévoir son application à titre provisoire en attendant son entrée en vigueur. » (5) Et un Etat ne saurait devenir partie à un accord à titre provisoire ou à l'égard de certaines de ses dispositions, sauf dans le cas où une telle possibilité est prévue par l'accord. C'est ainsi le cas d'un accord qui tout en prévoyant la ratification, dispose également que l'entrée en vigueur aura lieu avant cette ratification. Les accords de ce type sont assez nombreux. Ils prévoient à ce propos les dispositions suivantes : « Le présent accord entrera en vigueur à titre provisoire dès la signature, et à titre définitif lorsque les dispositions constitutionnelles requises auront été prises. ... » (6) L'article de l'accord entre le FSNU et les Pays-Bas relatif à une assistance du Fonds dispose que : « 1. Une fois, approuvé comme l'exige la Constitution du Royaume des Pays-Bas, le présent accord entrera en vigueur à la date à laquelle le Directeur général du Fonds Spécial recevra du Gouvernement du Royaume des Pays-Bas une notification à cet effet... il sera toutefois appliqué à titre provisoire à compter de la date de la Signature ». (7)

Il arrive rarement qu'une partie d'un accord entre en vigueur dès la signature et l'autre partie à la date de la notification de la ratification. C'est le cas de l'art. VI de l'accord-type d'assistance technique entre les organisations participantes au BAT et le Chili qui dispose (8) que « Le présent accord entrera en vigueur à la date à laquelle le Gouvernement chilien fera savoir au Président-Directeur du BAT que l'approbation législative acquise par les dispositions constitutionnelles, a été obtenue. Sans préjudice de ce qui précède, toutes les dispositions du présent accord qui pourront être exécutées dans le cadre des pouvoirs légaux du président de la République du Chili, et des clauses de tous autres accords appli-

-
- (5) Voir l'Art. 25 de la Convention de Vienne qui correspond à cette pratique.
 - (6) L'Art. VI de l'accord entre l'ONU et la RAU, RTNU, Vol. 474, p. 221.
 - (7) RTNU, Vol. 372, Voir également RTNU, Vol. 466, p. 303.
 - (8) Signé le 15.1.1957 et entrée en vigueur le 26.9.1950, date à laquelle le P.D. du BAT a reçu la communication du Gouvernement chilien déclarant que l'approbation législative requise par les dispositions constitutionnelles était obtenue conformément à l'article VI. Voir RTNU, Vol. 376, p. 138.

de la conclusion de ces accords; en réalité la ratification n'est qu'exceptionnellement exigée pour l'entrée en vigueur d'un accord. Quand aux échanges de notes à propos de l'A.T., la règle générale, est que la date à laquelle l'accord doit entrer en vigueur est stipulée dans l'échange de notes. Elle peut être celle de l'échange de notes, c'est ce qui se produit généralement.

b. Entrée en vigueur dès notification de la ratification.

Un accord d'assistance technique pourrait entrer en vigueur « dès la notification de sa ratification par les autorités gouvernementales compétentes, (2) ou à partir de la date de la réception par l'Administration de l'A.T. « d'une notification... précisant que les formalités constitutionnelles prévues pour l'entrée en vigueur de l'accord ont été accomplies ». (3)

Mais en l'absence de clause de ratification, un traité lie-t-il une partie contractante, lorsque les circonstances font apparaître leur intention de passer une obligation qui les unit sans qu'il soit besoin de ratification ?

Ce cas s'est présenté avec l'accord du 20 Juin 1950 entre les Pays-Bas et l'O.I.R. relatif aux soins à donner à une quarantaine de réfugiés demeurant aux Pays-Bas (4). La question de la ratification de cet accord reste en partie indéterminée, car cet accord, en raison du fait qu'il devait être appliqué de toute urgence, tombe dans la catégorie des accords pour lesquels la ratification n'est pas de rigueur en raison de l'action rapide exigée et de la portée limitée de l'accord.

c. Entrée en vigueur à titre provisoire.

Un accord ou une partie d'un accord d'A.T. peut lui-même

(2) Voir l'art. VI §1 de l'accord conclu entre les O. membres du BAT et la Syrie, signé le 2.12.1962 et entré en vigueur le 16.3.1963 dès notification de la ratification. In RTNU, Vol. 427, p. 73.

(3) Voir l'Art. VIII de l'accord entre le FISE et la Mauritanie qui dispose : Le présent accord prendra effet à la date à laquelle le FISE recevra du Gouvernement notification écrite des formalités de l'accomplissement constitutionnel prévues en la matière en Mauritanie ». in RTNU, Vol. 452, p. 278.

(4) Voir RTNU, Vol. 76, p. 52.

CHAPITRE I. l'application temporelle des accords d'Assistance Technique

Il convient d'examiner à ce titre la sphère de validité dans le temps de ces accords : leur entrée en vigueur, modification, prorogation et succession.

Section 1. Entrée en vigueur des Accords d'A.T.

La date d'entrée en vigueur d'un accord marque le moment où celui-ci commence en principe à produire ses effets. Elle a donc une importance pratique et se détermine, conformément aux clauses pertinentes de l'accord. L'article 24/1 de la Convention de Vienne est applicable à cette égard (1). En effet chaque accord fixe lui-même la date d'entrée en vigueur, et les conditions contenues dans ces clauses se représentent d'une façon différente : la plupart entrent en vigueur dès la signature. Ou bien ils entrent en vigueur soit lors de la notification de ratification, soit à titre provisoire si certaines conditions sont réunies, soit à une date fixe, soit enfin avec effet rétroactif.

A. Cas d'entrée en vigueur :

a. Entrée en vigueur dès la signature.

La plupart des accords d'A.T. entrent en vigueur dès la signature, ce qui dispense implicitement de la ratification. Ceci montre bien le rôle prépondérant de la signature dans la pratique suivie

(1) « Un traité entre en vigueur suivant les modalités et la date fixées par ses dispositions ou par accord entre les Etats ayant participé à la négociation ».

DEUXIEME PARTIE

L'APPLICATION DES ACCORDS D'A.T.

Dans l'application des accords d'A.T. il y a certaines règles générales qui doivent être respectées, soit par l'administration de l'assistance technique soit par l'Etat assisté.

Pour les O.I., elles sont les suivantes : la non-ingérence dans les affaires intérieures de l'Etat, la non-discrimination, c'est-à-dire l'A.T. ne doit pas être appliquée de façon à favoriser aucun Etat, ou aucune groupe, appartenant à l'Etat, l'initiative de l'Etat assiste dans la demande de l'A.T. et enfin, elles doivent respecter les autorités gouvernementales.

Il incombe à la charge de l'Etat, de respecter les règles suivantes : le partage des charge financières, l'obligation d'assumer l'efficacité de l'A.T., et, d'accepter certaines obligations concernant la fourniture de certaines informations.

Cette application soulève pratiquement trois ordres de problèmes fondamentaux : le premier concerne l'étendue des accords d'A.T. dans le temps, le deuxième se rattache à l'étendue de ces accords dans l'espace, et le troisième à certaines questions particulières qui se soulèvent par cette applications.

Il est utile d'envisager ces trois ordres de problèmes au cours de notre étude.

participantes à l'administration d'assistance technique, sont ouvertes à l'acceptation et ne sont pas soumises en principe à une discussion. C'est pourquoi ils sont dénommés accords de « base » ou « accords-types » (47).

(47) Standard agreements.

ment, n'est pas le cas lorsqu'il s'agit de traités multilatéraux. Le traité lui-même ne se trouve pas modifié, à moins qu'il ne s'agisse d'un type de traité pour lequel la participation de chacune des parties est, une condition « sine qua non » de l'obligation conventionnelle, et, par suite, de la participation continue de toutes les autres parties. Sous réserve de cette exception, qui ne s'applique pas aux accords d'A.T., le retrait de la participation ou l'extinction du traité, en ce qui concerne une partie donnée aura seulement pour effet la cessation des obligations à l'égard de l'autre partie. (44)

Enfin, le caractère multilatéral de ces accords apparaît lorsque nous examinons la substance des obligations des organisations participantes à l'assistance. En effet l'apport de chaque organisation varie suivant la nature de celle-ci et chacune d'elles fournit un type différent d'assistance. Ce qui prouve encore que ces accords sont, par leur nature ou contenu, multilatéraux.

Notons enfin que ces accords sont classés dans le Recueil des traités des Nations Unies en tant que traités multilatéraux.

b. La situation juridique des parties (le point de vue matériel)

Les accords des base peuvent s'analyser, au point de vue matériel, en une sorte d'acte condition qui attribue à l'Etat une situation générale et objective de l'A.T. comme elle résulte des résolutions et de l'usage. Ils peuvent donc « mutatis mutandis » être comparés aux cahiers des clauses et conditions générales du droit administratif français (45).

Et par conséquent, ces accords peuvent être qualifiés de « contrats d'adhésion » (46), puisque la plupart de leurs dispositions sont arrêtées à l'avance par une Partie, c'est-à-dire par les organisations

(44) Voir le 2^e rapport de M. Fritzmaurice à la CDI, Doc. A/CN.4/107 in Annuaire de la CDI, 1957, Vol. II, p. 78.

(45) Voir dans ce sens Feuer, op. cit. p. 34.

(46) Ibid, Voir également Kirdar, op. cit. p. 50.

reront en vue d'élaborer d'un commun accord, sur la base des demandes émanant du Gouvernement et approuvées par les organisations intéressées, des programmes d'opérations pour la mise en œuvre de l'assistance technique ». (41) Il apparaît de ce qui précède que les O. ont uniquement délégué le pouvoir de signer l'accord au Directeur. Cette délégation de pouvoir de signer est même dotée quelquefois pour les accords bilatéraux proprement dits. Ce sont donc les organisations qui font les parties contractantes, et non pas le BAT ou le PNUD qui est le cocontractant de l'Etat. Dire que ces organismes sont des parties contractantes, signifie qu'ils sont des sujets du droit international ayant la personnalité juridique et dotés du « treaty making power ». Ce qui n'est pas le cas, car ces organismes ne sont que des appareils administratifs communs à plusieurs organisations, dotés de compétence administratives limitées.

Tertio : le caractère multilatéral de ces accords apparaît également dans la possibilité pour chaque organisation de dénoncer un accord d'A.T. Cette possibilité a été admise récemment dans ces accords. Si les premiers accords de base conclus ont stipulé que « les organisations agissant collectivement, ou le Gouvernement pourront dénoncer le présent Accord... » et « ... tout accord complémentaire pourra également faire l'objet d'une dénonciation distincte par notification faite dans les mêmes conditions par l'organisation ou les organisations intéressées ou le Gouvernement », (42) les accords conclus plus tard disposent qu'un « accord pourra être dénoncé soit par l'ensemble des organisations ou par l'une ou plusieurs d'entre elles, chacune en ce qui la concerne... ». (43) Donc, lorsqu'un traité multilatéral prend fin en totalité, les conséquences sont, en général, les mêmes que dans le cas d'un traité bilatéral. Toutefois, si l'une des parties met fin à un traité bilatéral, le traité lui-même cesse nécessairement d'exister, ce qui ordinaire-

(41) Voir par exemple l'Article 1er (1) de l'accord type revise d'Assistance Technique, in RTNU, Vol. 573, p. 135.

(42) Voir par exemple L'Art. VI§b de l'Accord de base entre les organisations membres du BAT et la Colombie in RTNU Vol. 81, p. 217 entré en vigueur le 24 Nov. 1950.

(43) Voir par exemple l'Article VI (4) de l'accord type entre les organisations participantes au PNUD et Singapour, in RTNU, Vol. 573, p. 135.

par le Président-Directeur ou par son représentant d'une part agissant comme mandataire de chacune des organisations « représentées au BAT » et ultérieurement par le Directeur pour les O. « participantes » à l'élément d'A.T. du PNUD. Elles agissent ainsi « conjointement » comme une « partie » à l'accord. Selon M. Feuer (38) « cette présence conjointe de plusieurs organisations est le signe qu'une certaine solidarité entre les organisations peut se manifester en droit. Elle est surtout le signe que la notion classique de « parties » à un accord international s'est considérablement élargie ». Le même auteur écrit que : « Cependant, ces accords (d'A.T.) présentent un trait particulier par lequel ils se distinguent des traités véritablement multilatéraux et se rapprochent des traités bilatéraux ». (39) Nous croyons au contraire que ces accords restent plus proches des accords multilatéraux que des accords bilatéraux :

Primo, les organisations sont figurées nommément au préambule à l'instar des accords multilatéraux du droit commun auxquels tous les Etats parties y sont cités. Les dispositions des accords les citent en les dénommant « les Organisations ». Et elles figurent encore nommément à la fin de l'accord. Ce qui laisse présumer que chaque Organisation veut son indépendance vis-à-vis des autres organisations ou de l'Etat.

Secundo, si le Président-Directeur du BAT ou ultérieurement le Directeur du PNUD, ou leurs représentants signent l'accord, cette signature figure en général au-dessous de la mention. « Pour les organisations » et après l'énoncé nominal des organisations. Ainsi le BAT ou le PNUD représenté par son Directeur, agit comme mandataire agissant à la demande et au nom des organisations. Il est un intermédiaire entre celles-ci et l'Etat. Et s'il « exprime globalement leur volonté, il ne peut se substituer, comme affirme M. Feuer (40), à chacune d'elles prises séparément, car il est figuré que dans chaque accord-type « Les organisations agissant conjointement ou séparément et le Gouvernement coopé-

(38) op. cit., p. 45.

(39) Ibid.

(40) op. cit. p. 46.

Etat et une O.I. Il prend ainsi, la forme d'un accord bilatéral proprement dit. (34) Ceci est entendu comme un accord auquel ne peuvent participer que deux parties seulement. (35) Un accord d'assistance technique peut également être un accord, souvent entre une ou plusieurs O.I. et un Etat, rarement avec plusieurs Etats, c'est-à-dire un accord qui est ouvert à la participation d'un nombre d'O.I. et vise à énoncer les règles générales de celles-ci applicables à l'A.T. fournie à l'Etat contractant. C'est un accord multilatéral proprement dit où chaque signataire est qualifié comme partie à l'égard et appose sa signature en tant que représentant de l'O. participante ou de l'Etat. De tels accords sont rares. (36)

Mais la plupart des accords d'A.T. sont conclus avec l'Etat par un groupe d'organisations internationales agissant conjointement, ou au contraire entre une O.I. et un groupe d'Etats agissant conjointement (37) pour mettre en œuvre un projet les intéressant ensemble, et constituent des accords internationaux originaux, qui ne sont ni des accords bilatéraux proprement dits, ni des accords multilatéraux proprement dits mais qui empruntent divers caractères aux deux catégories. Ils constituent donc une catégorie nouvelle et originale à caractère mixte. Ces Accords se rapprochent des accords bilatéraux par leur forme et des multilatéraux par leur fond.

Ils se rapprochent des traités bilatéraux en ce que les O.I. sont représentées par l'administration du PNUD et postérieurement par le BAT et par le fait qu'ils sont signés « pour les Organisations »

(34) Par exemple l'accord conclu entre l'OIR et les Pays-Bas in RTNU, Vol. 76, p. 57; l'accord cadre entre l'AIEA et la Turquie, Ibid, Vol. 573, p. 77; l'accord entre l'OIT et Panama, Ibid, Vol. 118, p. 43. Accord entre ONU et Thailand, Ibid, Vol. 90, p. 45.

(35) Voir la définition d'un accord bilatéral dans le 1er rapport de M. Waldock à la CDI in Doc. A/CN.4/144 Annuaire de la CDI, Vol. II, 1962, p. 35.

(36) C'est notamment l'accord conclu par l'OMS, le FAO et l'Inde, signé par les trois parties à l'accord le 4 août 1951 et par l'Inde et par les représentants de deux I.S. Voir RTNU, Vol. 104, p. 205.

(37) Le seul type d'accord de ce genre que nous ayons trouvé dans le RTNU est l'accord conclu entre l'ONU et les Gouvernements du Costa-Rica, du Salvador, du Guatemala, du Honduras et du Nicaragua membres de (l'ESAPAC), Vol. 345 p. 231.

L'opinion de M. Lauterpacht paraît donc juste, l'enregistrement ne constitue qu'une présomption, parmi d'autres pour déduire le caractère juridique des obligations prévues dans l'accord. La demande des parties d'enregistrer un instrument doit signifier ou confirmer leur intention de conclure un accord international contenant l'obligation juridique. Le non-enregistrement d'un accord ne devrait pas signifier que l'accord n'est pas international.

5. Enfin, à l'égard de ce dernier élément de la définition d'un accord international qui est : « Le droit régissant l'accord doit être le droit international », il est confirmé par l'existence d'un quatrième élément dans les accords d'A.T. Nous avons vu que le seul droit applicable de ces accords est le droit international public.

Il nous reste à signaler que les accords complémentaires, malgré le non-enregistrement de certains d'entre eux, constituent également des accords internationaux puisqu'ils font parties des accords de base et unissent les éléments constitutifs de ceux-ci.

Nous concluons de ce qui précède, que les accords d'assistance technique sont des accords internationaux créant des obligations juridiques puisqu'ils réunissent objectivement d'une part les éléments constitutifs d'un accord international, d'autre part ils ressemblent au point de vue formel aux traités du droit international commun, ce qui crée à leur égard une présomption que la Convention des N.U. sur le Droit des traités du 23 Mai 1969, s'applique « mutatis mutandis » aux accords d'A.T.

B. Caractère spécifique des Accords d'A.T.

Il convient d'examiner si les accords d'A.T. conclus entre un ou plusieurs Etats et une ou plusieurs O.I. ne présentent pas de caractères nouveaux et originaux par rapport aux autres accords internationaux. A cet égard, nous pouvons déceler deux traits caractérisant les accords d'A.T. Le premier tient compte des « parties » participant à l'accord. Le deuxième est en rapport avec la nature des « situations juridiques » des parties.

a. Les « parties » aux accords d'A.T. (Le point de vue formel).

Un accord d'assistance technique peut être conclu entre un

tant d'en établir la teneur. Il n'y a aucune raison pour que les exigences soient plus grandes sur ce point dans le domaine des traités ». (31)

L'enregistrement n'est pas également décisif. M. Lauterpacht n'estime pas que « l'enregistrement auprès des N.U. fournissait un caractère décisif »... Il ne saurait admettre en particulier que le Secrétaire Général, en faisant droit à la demande d'enregistrement possède le pouvoir de conférer un caractère juridique à un instrument qui, autrement, en serait dépourvu. Toutefois, si l'enregistrement d'un instrument n'est pas un critère décisif, ce qui est décisif, c'est le caractère formel que revêt un instrument écrit rédigé dans les termes d'usage pour les obligations conventionnelles — l'enregistrement ne constitue pas moins une formalité supplémentaire venant s'ajouter aux conditions de forme qui font que tel instrument est un traité. » (32)

La pratique du Secrétaire des N.U. à propos de l'enregistrement n'est pas claire. Dans une note préparée par le Secrétariat, nous pouvons lire que « le terme traité » et l'expression « accord international » n'ont été définis ni dans la Charte, ni dans le règlement, et le Secrétariat a pris comme principe de s'en tenir à la disposition adoptée à cet égard par l'Etat membre qui a présenté l'instrument à l'enregistrement, à savoir que pour autant qu'il s'agit de cet Etat comme partie contractante, l'instrument constitue un traité ou un accord international au sens de l'Article 102. Il s'ensuit que l'enregistrement d'un instrument présenté par un Etat membre n'implique, de la part du Secrétariat, aucun jugement sur la nature de l'instrument, le statut d'une partie ou toute autre question similaire. Le Secrétariat considère donc que les actes qu'il pourrait être amené à accomplir ne confèrent pas à un instrument la qualité de « traité » ou « d'accord international » si cet instrument n'a pas déjà cette qualité, et qu'il ne confère pas à une partie un statut que, par ailleurs, elle ne posséderait pas ». (33)

(31) Voir le 2^e rapport de M. Lauterpacht à la CDI, in Doc. A/CN.4/87, p. 11.

(32) Ibid; p. 11.

(33) Note imprimée à la première page à partir du Volume 212 du RTNU.

lying the whole programme of (technical assistance) there are a series of agreements, both basic and supplementary, in which the recipient countries and the United Nations organisation have undertaken a wide of legal obligation in implementation of the programme ». (28) Dans un commentaire le même auteur a écrit à propos des accords conclus par les O.I. que « these agreements with states have considerable legal significance, for through them the international organisations have been able to convert « recommendations » of their governing bodies into binding legal obligations, for example, in regard to U.N. ... technical assistance ». (29)

Pour l'application du deuxième indice aux accords d'A.T. rien ne paraît justifier l'opinion selon laquelle un instrument n'est un accord que s'il prévoit le règlement judiciaire ou arbitral obligatoire aux différends. Si la plupart des accords d'A.T., surtout ceux conclus récemment, contiennent des clauses de cette nature, il n'en va pas de même pour de nombreux accords qui sont incontestablement la source internationale de droits et d'obligations. Et même ceux-ci n'excluent pas le règlement des différends par voie judiciaire ou arbitrale. L'Article VI (3) des accords de base (ou type), ou l'Article X (2) des Accords conclus entre le Fonds spécial des N.U. (30) dispose que « ... les questions non expressément prévues dans le présent accord seront réglées par les Parties conformément aux résolutions et décisions pertinentes des organes compétents de l'ONU. Chacune des parties examinera avec soin et dans un esprit favorable toute proposition dans ce sens présentée par l'autre partie en application du présent paragraphe ». Nous pouvons conclure, en tenant également compte de la phrase suivante contenue dans le Préambule des accords que les parties « ont conclu le présent Accord dans un esprit d'amicale coopération », et envisagent donc, pour accomplir leur obligation, d'agir suivant le principe de bona fides. De toute façon, « la nature juridique des règles du droit international coutumier n'est pas subordonnée à l'existence d'un dispositif arbitral ou judiciaire obligatoire permet-

(28) Law and Flexibility, in 1952 Annual Review of UN Affaires 173, 180.

(29) A.J.I.L. Vol. 54, 1950, p. 201.

(30) Voir par exemple l'accord entre le FSNU et le Brésil, in RTNU, Vol. 375, p. 20.

contiennent des dispositions spécifiant les obligations administratives et financières des parties. En plus, les accords de base contiennent une disposition spécifiant l'extension des obligations aux organisations participantes. En effet, l'Article 1 (1) des dits accords dispose que « les organisations fourniront une assistance technique au Gouvernement, sous réserve que les fonds nécessaires soient disponibles ». (26) Ainsi les accords d'A.T. prévoient des dispositions contenant des obligations juridiques et, il s'en suit que celles-ci doivent être régies par un système juridique. Ce système est déduit des accords, et devrait être le droit international public et le droit des organisations internationales participantes. Et il n'y a aucune mention au droit interne pour qu'il soit appliqué à l'accord. Au contraire l'Article 1 (2) dispose que « ladite assistance technique sera fournie et reçue conformément aux résolutions et décisions pertinentes des assemblées, conférences et autres organes des organisations : en particulier, l'assistance technique fournie au titre de l'élément assistance technique du PNUD sera fournie et reçue conformément aux observations et principes directeurs énoncés dans l'annexe 1 de la résolution 222 A (IX) adoptée le 15 août 1949 par le Conseil économique et social de l'ONU et dans la résolution 2020 (XX) adoptée le 22 novembre 1965 par l'Assemblée Générale des Nations Unies » :

Il est à noter également que les accords d'A.T. se réfèrent à l'application de certains traités internationaux, comme la Convention sur les privilèges et immunités des Nations Unies. La Convention sur les privilèges et immunités des institutions spécialisées, et l'accord sur les privilèges et immunités de l'AIEA. (27)

De ce qui précède, il nous paraît exact de dire en ce qui concerne le premier indice de M. Fawcette, que les accords d'assistance technique sont de caractère juridique international.

L'affirmation du caractère juridique des accords d'AT d'après ce critère a été formulée par M. Schachter qui a écrit : « Under-

(26) Voir par exemple l'accord-type révisé d'assistance technique in RTNU, Vol. 573, p. 135.

(27) Voir l'Article V (1) de l'accord mentionné dans la note 26.

juridique. Il va de soi de dire que les Etats souverains sont « *sine qua non* » sujets de droit international et leur personnalité juridique est incontestable. Ainsi ils possèdent la capacité de Treaty Making Power. Les organisations internationales qui sont les parties d'un accord d'assistance technique sont l'ONU, ou une ou plusieurs institutions spécialisées. La personnalité juridique internationale et le Treaty Making Power de l'ONU a été affirmé par la CIJ. (23) Dans la pratique cette personnalité a été étendue également aux I.S. Donc nous pouvons dire que les parties aux accords d'A.T. sont des personnes internationales possédant le Treaty Making Power. (24)

3. En concluant les accords d'A.T. les organisations parties auxdits accords n'ont pas excédé l'étendue de leur treaty making power car les actes constitutifs de ces organisations prévoient expressément la fourniture de l'A.T. dans le cadre de leurs fonctions pour les Etats membres, et la fourniture de l'assistance à ses membres est la raison d'être de leur création.

4. Pour savoir si les parties ont attendu pour créer des droits et des obligations internationales en concluant un accord d'A.T., il faut chercher certains indices. M. Fawcette écrit qu'il en a deux expressément la fourniture de l'A.T. dans le cadre de leurs fonctions internationales entre les parties. Le premier cas contenu dans l'accord sous la forme d'une déclaration des parties ou de leur intention déduite de textes de soumettre l'accord à un ordre juridique donné. (Droit international public, droit interne, principes généraux de droit reconnus par les nations civilisées). Le deuxième indice est qu'un instrument n'est un traité que s'il prévoit le règlement judiciaire ou arbitral obligatoire des différends à son interprétation ou à son application. (25) Et comme nous l'avons vu, dans la section précédente, les accords d'assistance technique

(23) C.I.J. Recueil, Avis consultatif de 1949, op. cit., p. 179.

(24) Voir le rapport de Brierly in Doc. A/CN. 4/23 in Yearbook of L.L.C. 1950, Vol. II, § 39, également le rapport de M. Lauterpacht A/CN. 4/63. Ibid, 1953, Vol. II, p. 39, le rapport de M. Fitzmaurice doc. A/CN. 4/101 in Annuaire de la C.D.I., 1956, Vol. II, p. 107.

(25) Fawcette, « The legal character of international agreements » in B.Y.I.L., 1954, pp. 385-390.

d'un accord international conclu par écrit entre Etats et régi par le droit international, qu'il soit consigné dans un instrument unique ou dans deux ou plusieurs instruments connexes, et quelle que soit sa dénomination particulière. (22) L'Article 3 de la même Convention dit que « le fait que la présente Convention ne s'applique ni aux accords internationaux conclus entre des Etats et d'autres sujets du droit international ou entre ces autres sujets du droit international... ne porte pas atteinte : a) à la valeur juridique de tels accords ».

Il ressort des définitions précédentes qu'un « accord international » doit posséder les éléments suivants :

1. Les parties contractantes doivent être des sujets du droit international, c'est-à-dire ayant la personnalité juridique internationale.

2. Les parties contractantes doivent posséder le « treaty making power ».

3. La compétence et l'étendue des O.I., en matière de conclusion des accords, doivent être déterminés en vertu des buts de l'acte constitutionnel et des fonctions définies par celui-ci.

4. Les parties contractantes doivent avoir l'intention de créer entre elles des droits et des obligations juridiques.

5. Le droit régissant l'accord doit être le droit international.

Il paraît qu'il y a également des éléments qui confirment l'internationalisation de l'accord. Ce sont particulièrement : l'enregistrement de l'accord d'après l'Article 102 de la Charte des N.U., l'insertion d'une disposition prévoyant le règlement des différends.

En vertu des éléments mentionnés ci-dessus, nous pouvons déterminer si les accords d'assistance technique sont des accords internationaux.

- 1 et 2. Dans le cas d'une O.I. la possession d'un « treaty making power » est une conséquence découlant de sa personnalité

(22) A/Conf. 39/27.

tional quand elle a examiné la question de la Codification du droit des traités.

Dans son premier rapport, M. Brierly a défini un traité comme : « un agrément établi en écrit entre deux ou plusieurs Etats ou Organisations Internationales qui établit un rapport du droit international entre les parties audit accord ». (17)

M. Lauterpacht définit les traités comme des agréments conclus entre Etats, y compris les organisations des Etats, visant à créer des droits et des obligations juridiques. (18)

M. Fritzmaurice a défini un traité international comme « un accord international constaté par un instrument formel unique... conclu entre deux ou plusieurs collectivités ayant la qualité de sujets du droit international et possédant la personnalité internationale et la compétence pour conclure des traités, et destiné à créer des droits et des obligations ou à établir des rapports régis par le droit international ». (19)

Enfin, pour M. Waldock, « un accord international est un accord destiné à être régi par le droit international et conclu entre deux ou plusieurs Etats ou autres sujets du droit international ayant la personnalité internationale et possédant la capacité de conclure des traités... » (20) Dans l'Article 3 du projet d'articles, M. Waldock dit encore que « l'organisation et les institutions internationales qui ont une personnalité juridique propre en droit international ont aussi la capacité internationale de devenir parties aux traités si, et dans la mesure où l'instrument, ou les instruments, définissant leur constitution et leurs fonctions, leurs confèrent expressément cette capacité de conclure des traités ou l'impliquent nécessairement ». (21)

La Conférence des Nations Unies sur le Droit des traités a adopté la définition suivante : « l'expression « traité » s'entend

(17) Voir Doc. A/CN. 4/23, p. 39 1er rapport de M. Brierly à la CDI.

(18) Voir Doc. A/CN. 4/E3 in Annuaire de la CDI 1959; Vol. II, p. 95.

(19) Voir Doc. A/CN. 4/144 in Annuaire de la CDI, Vol. II, p. 35.

(20) Voir Doc. A/CN.4/144 in Annuaire de la CDI, Vol. II, p. 35.

(21) *ibid.*, p. 41.

certaines projets d'assistance technique. Ces accords sont indépendants de tout accord de base et ne constituent donc pas un accord complémentaire. Ils peuvent être sous la forme d'un accord bilatéral (14) ou multilatéral (15) ou d'un échange de notes constituant un accord. 16)

Le contenu des accords spéciaux varie selon les projets ou les opérations ou la matière de l'assistance technique. Chaque accord spécifie à la fois, les principes généraux régissant l'assistance, comme ceux rencontrés dans les accords de base et, les conditions de l'exécution de l'Assistance, comme celles prévues généralement dans les accords complémentaires.

Section 2 : La nature juridique des accords d'A.T.

L'examen des accords d'A.T. soulève deux sortes de problème quant à leur nature juridique. D'une part, nous pouvons nous demander si les dits accords sont des accords internationaux proprement dits, d'autre part, s'ils présentent certains caractères qui leur sont spécifiques.

A. Les accords d'A.T. sont des accords internationaux.

Dire qu'un accord d'A.T. est un accord international, cela veut dire que le dit accord est soumis au droit international. Pour le prouver, il nous faut chercher de quelle manière les éléments d'une définition d'un accord international, se trouvent réunis dans un accord d'A.T. Mais, qu'est-ce qu'un accord international ?

La réponse à cette question a fait l'objet d'études nombreuses et a attiré surtout l'attention de la Commission du droit interna-

(14) Voir l'accord conclu entre l'ONU et la Colombie concernant un expert; in RTNU, Vol. 135, p. 61. Voir aussi l'accord entre l'UNESCO et la RAU concernant la sauvegarde des temples d'Abou Simbel in RTNU, Vol. 489, p. 245.

(15) Voir par exemple l'accord conclu entre la FAO, l'OMS et le Costa Rica, le Salvador, le Guatemala, le Honduras et Panama in RTNU, Vol. 118, p. 57.

(16) Voir par exemple l'échange de notes entre les Pays-Bas et l'OIR in RTNU, Vol. 87, p. 241.

fication, dénonciation; certains traités comportent des clauses sur le règlement des différends.

B. Les accords complémentaires.

Les O.I. fournissent à l'Etat « l'assistance technique définie dans des accords complémentaires que les Organisations concluent, ensemble ou séparément, avec l'Etat en application de l'accord de base ». Ainsi les accords complémentaires envisagent les modalités pratiques de telle ou telle prestation. Les formes de ces accords sont plus souples que les accords de base vu la diversité de prestations définies dans chaque accord. (11) Toutefois il existe également un modèle-type pour ces accords où les dispositions sont rédigées d'une manière générale et abstraite. (12) Parfois ces accords prennent la forme d'une annexe. (13)

Ils indiquent en particulier, leur portée, le nombre et la qualité des experts, la durée de leur mandat, leurs fonctions, les obligations de l'Etat en matière des indemnités, et des frais versés. Ils stipulent, s'il y a lieu la création des fonds pour le paiement des dépenses en monnaie locale et le dépôt du Gouvernement d'un montant initial. Pour les organisations certains accords contiennent des obligations séparées pour chaque organisation. Ils prévoient, comme les accords de base, des clauses diverses concernant le régime de leur application.

En tout cas, les accords de base et les accords complémentaires forment un ensemble de rapports juridiques liés les uns aux autres.

C. Les accords spécifiques :

Il arrive que des accords spéciaux sont conclus pour exécuter

-
- (11) Voir le Protocole à l'accord de base entre l'OMS et le Royaume-Uni en sa qualité d'Etat administrant in RTNU, Vol. 121, p. 76 où l'on a indiqué que ce « Protocole étant considéré comme faisant partie intégrante de l'accord de base... ».
- (12) Pour comparer les deux types d'accords voir l'accord complé. conclu entre les O.I. représentées par le BAT et le R.U., RTNU, Vol. 76, p. 143; et l'accord type d'assistance opérationnelle entre les O.I. représentées au BAT et le Singapour, ibid., Vol. 573, p. 149.
- (13) Voir par exemple l'accord-type complémentaire in RTNU, Vol. 104, p. 258.

Il est nécessaire de se limiter ici à quelques indications sommaires en raison de la diversité du contenu du dispositif.

Le dispositif est rédigé en articles groupés sous les rubriques suivantes :

- Fourniture d'une assistance technique.
- Coopération du Gouvernement en matière d'assistance technique.
- Obligations administratives et financières des Parties ou probablement d'un tiers. (7)
- Publication des résultats.

Les accords entre le Fonds Spécial des U.N. ou ceux du PNUD, et les Etats contiennent à peu près les mêmes rubriques. En plus, ils énumèrent d'une part les conditions dans lesquelles les projets doivent être exécutés; et les voies du règlement des différends d'autre part.

A côté des dispositions proprement dites, la dernière sorte d'accords, comporte des annexes, sous la forme de lettre connexe (8) ou d'un échange de lettres (9) ou d'un protocole (10) destinés à régler des détails d'ordre technique.

Il n'y a pas lieu d'examiner ici le contenu de ces dispositions, qui n'entre pas dans le cadre de cette étude.

c. Clauses finales générales.

On trouve aussi à la fin de l'accord des Clauses diverses concernant surtout l'application de l'accord : entrée en vigueur, modi-

(7) L'accord entre le FSNU et les Pays-Bas pour le compte du Surinam spécifie les obligations juridiques du gouvernement de ce dernier à propos des plans d'opérations. RTNU, Vol. 331, p. 333.

(8) Voir l'accord conclu entre le FSNU et le Brésil, RTNU, Vol. 376, p. 20.

(9) Voir l'accord avec la Pologne et le FISE, *ibid*, Vol. 344, p. 20, et l'accord entre PNUD et l'Australie, *ibid.*, Vol. 590, p. 3.

(10) Accord entre l'OACI et l'Islande, RTNU, Vol. 196, p. 203, et l'Annexe A (plan d'opération pour stage régional accéléré de Nutrologie) de l'accord conclu entre l'OMS, FAO et l'Inde, RTNU, Vol. 104, p. 203.

d'une part, et le Gouvernement du Royaume-Uni en qualité de Puissance administrante des territoires de Cyrénaique et de Tripolitaine, d'autre part. (4)

Chaque accord à quelques détails près, utilise les mêmes formules que nous pouvons grouper en trois parties :

a. Le préambule.

En tête de l'accord se trouve d'ordinaire un préambule où sont énoncées les parties : les organisations internationales d'une part, et l'Etat ou les Etats d'autre part. Puis le préambule vise, inter alia, aux recommandations que le Conseil économique et social de l'ONU a formulé dans sa résolution 22 (IX) du 15 août 1949; ou bien il vise « les résolutions et décisions des Organisations concernant l'A.T., que les Organisations ont adoptées en vue de favoriser le progrès et le développement économique et social des peuples ». (5)

Cette deuxième partie du préambule indique donc que les résolutions et les décisions citées, sont le fondement de l'accord, et les sources du droit de l'assistance technique, puisqu'elles servent de base à des processus juridico-diplomatiques concrétisés par les accords. (6) Ces indications, présentent également un réel intérêt juridique. Il est en effet possible d'appliquer la théorie du motif déterminant pour interpréter l'accord.

Enfin le préambule prévoit que les parties « entendent s'acquitter de leurs obligations réciproques dans un esprit d'amicale coopération... ». Cela veut dire que la jouissance des droits et avantages résultant de qualité d'une partie de l'accord ne peut être obtenue que si les charges inhérentes à la qualité de partie sont loyalement assumées.

b. Le dispositif.

(4) Signé le 15 Sept. 1950, voir le texte de l'accord RTNU, Vol. 76, p. 123.

(5) Voir par exemple l'accord-type révisé d'assistance technique in RTNU, Vol. 573, p. 135.

(6) Sloan « Technical Assistance for Economic development : « Programme of United Nations and Specialized Agencies International Conciliation, Janvier 1950.

Chapitre 3 Contexture et nature juridique des accords d'Assistance Technique

Section 1. Contexture des Accords d'A.T.

Il existe trois sortes d'accords d'assistance technique : Les accords de base, les accords complémentaires et les accords spécifiques. L'analyse de la contexture de chacun d'eux relève une divergence sensible quant à leur contenu.

A. Les accords de base.

Ces accords, dénommés depuis 1956, des accords-types standard agrément (1) sont en quelque sorte des accords de principe, ayant pour objet de rendre applicable à l'Etat signataire le système prévu par les résolutions des N.U. sans entrer dans le détail de prestations, et rédigé de manière générale et abstraite, suivant un modèle type. Ils sont conclus entre un Groupe d'O.I. représentées au BAT ou par une seule organisation (2) d'une part et le Gouvernement recepiant d'autre part. Habituellement l'Etat conclut l'accord lui-même, à sa charge ou son profit, mais il arrive, exceptionnellement d'ailleurs qu'un Etat en présente un autre dans la conclusion d'un accord. (3) Il est très important, dans des cas de ce genre, de bien voir pour quel Etat l'accord est conclu. Cela présente un intérêt au point de vue des conditions de validité de l'accord et de sa portée d'application. Le prototype de ces accords est celui conclu entre l'ONU, la FAO, l'OIT, l'UNESCO et l'OMS

(1) Voir par exemple l'accord signé par les O.I. membres du BAT et Chili in RTNU, Vol. 376, p. 112 par Coreá in RTNU, Vol. 306, par Singapour in RTNU, Vol. 573, p. 133.

(2) Voir par exemple l'accord de base entre l'O.I.A.C. et l'Ethiopie in RTNU, Vol. 96, p. 125.

(3) Voir infra note No. 4. Egalement l'accord de Base entre l'Italie et certaines O.I. représentées par le BAT, RTNU, Vol. 97, p. 293.

des nécessités pratiques, et non à cause de leur prétendu caractère administratif qu'ils ne sont pas enregistrés. Par contre, les accords de base, ou les accords-types ou bien encore les échanges de notes ou de lettres apparaissent comme devant être obligatoirement enregistrés.

La publication résulte de l'enregistrement. Par conséquent, alors que les accords de base... etc. sont en principe, toujours publiés dans le Recueil des Traités des N.U., les accords complémentaires ne le sont pas obligatoirement. Cependant il arrive qu'un accord de base prévoie l'autorisation pour le Secrétaire Général de l'ONU « d'enregistrer l'accord conformément aux dispositions de l'Article 102 de la Charte, ainsi que tous accords complémentaires conclus en vertu de l'Article premier dudit accord ». (100)

(100) Article V de l'accord entre l'ONU et la Thaïlande in RTNU, Vol. 90, p. 53.

102 de la Charte des N.U. Les accords d'assistance technique sont soumis « ex officio » en Principe à l'obligation du dit article. Le défaut d'enregistrement d'un traité par un Etat membre aux N.U. est celui de l'inopposabilité relative du traité non enregistré. (96) En effet, selon l'Art. 4 du Règlement adopté (97) pour mettre en œuvre l'Article 102 de la Charte, les accords d'A.T. doivent être enregistrés d'office si l'ONU est partie, et si elle ne l'est pas ils doivent être effectués à la diligence des I.S., que l'Etat soit ou non membre de l'une d'elles. En fait, tous les accords en matière d'A.T. étaient enregistrés.

Cependant, les accords complémentaires, sauf ceux qui ont été passés les premiers (98) n'ont jamais été enregistrés ou publiés par le Secrétariat des N.U. Ils étaient qualifiés par le Répertoire de la pratique des N.U. être « essentiellement des accords administratifs ». (99) Ce qui n'est pas exact car leur caractère international comme on va le démontrer dans le chapitre suivant est indéniable. Mais il paraît qu'ils ne sont pas enregistrés vu leur importance secondaire et temporaire quant à leurs effets. C'est donc par

(96) L'art. 102 est ainsi conçu : « 1. Tout traité ou accord international conclu par un membre des N.U. après l'entrée en vigueur de la présente Charte sera le plutôt possible, enregistré au Secrétariat et publié par lui. 2. Aucune partie à un traité ou accord international qui n'aura pas été enregistrée conformément aux dispositions du paragraphe I du présent article ne pourra invoquer ledit traité ou accord devant un organe de l'Organisation ».

(97) L'A.G. des N.U. a adopté un règlement destiné à mettre en application cet Art. de la Charte. (Voir Répertoire de la pratique des N.U., 1955, Vol. V, p. 295. L'Art. 4 du Règlement dispose que : « 1. tout traité ou accord international soumis aux dispositions de l'Art. 1 du règlement (C'est-à-dire « tout traité ou accord international, quelle qu'en soit la forme et sous quelque appellation qu'il soit désigné, conclu par un ou plusieurs membres des N.U. ... ») sera enregistré d'Office par l'ONU dans les cas suivants : a) Quand l'ONU est partie au traité ou accord, b) Quand l'ONU est autorisée par les signataires du dit traité ou accord à effectuer l'enregistrement ». 2. Un traité ou accord international soumis aux dispositions de l'Art. 1 du présent règlement peut être enregistré au Secrétariat pour une I.S. dans les cas suivant : a) Quand l'Acte Constitutif de l'I.S. prévoit cet enregistrement; b) Quand le traité ou l'accord a été enregistré auprès de l'I.S. conformément aux termes de son acte constitutif; c) Quand le traité ou l'accord a autorisé l'I.S. à effectuer l'enregistrement.

(98) Accord FAO - Royaume-Uni en tant qu'un Etat administrant, in RTNU, Vol. 76, p. 142.

(99) Vol. V § 19, p. 344 (1956).

C'est surtout à l'égard des accords de conclus par le Fonds spécial des N.U. que les réserves ont formulées, leur objet varie d'un accord à l'autre. Mais elles se trouvent souvent sur l'article VII de la Section 4 de l'accord de base (91) Certains Gouvernements ont émis dans les réserves leur intention de ne pas accorder les immunités aux firmes ou organisations privées, ou à leur personnel, agissant en tant que sub-contractants (92) D'autres Gouvernements ont indiqué que les immunités seront accordées que dans des cas spécifiques. (93) La réserve peut également être formulée sur l'Article IX concernant le règlement des différends. (94) Enfin, les réserves peuvent être émises à l'égard des plans d'opérations. C'est ainsi que le Liban a déclaré que son plan des opérations doit contenir une clause prévoyant à l'égard des accords de base le règlement des différends qui pourront surgir entre le Gouvernement Libanais et l'Agent chargé de l'exécution des opérations par voie d'arbitrage. (95)

Il nous apparaît que le système des réserves dans le cadre des accords d'assistance technique s'écarte peu du système traditionnel, puisqu'il prend plutôt la forme d'une interprétation extensive d'un texte qu'une stipulation catégorique à la réglementation générale.

C. L'enregistrement.

L'enregistrement des traités est prévu et organisé par l'article

-
- (91) Voir le texte de cet Art. dans l'accord de base conclu entre le FSNU et le Brésil in RTNU Vol. 375, p. 24 dispose : « Le Gouvernement prendra toutes les mesures qui pourront être nécessaires pour que le Fonds Spécial et tout Agent chargé de l'exécution, ainsi que leur personnel et les autres personnes fournissant des services pour leur compte, ne soient pas soumis à des règlements ou autres dispositions qui pourraient gêner l'exécution d'opérations entreprises en vertu du présent accord, et leur accordera toutes les facilités nécessaires à l'exécution rapide et satisfaisante des projets; leur accordera notamment les droits et facilités ci-après... »
- (92) Voir par exemple l'accord de base avec la Yougoslavie in RTNU, Vol. 344, p. 174.
- (93) Voir par exemple l'accord de base avec le Thaïlande in RTNU, Vol. 360, p. 112; également l'accord avec le Laos, *ibid*, Vol. 361, p. 31.
- (94) La Turquie a indiqué que l'Arbitrage sera uniquement appliqué entre elle et le Fonds Spécial et que l'autre partie ou personne sont exclues pour ce mode de règlement RTNU, Vol. 360, p. 120.
- (95) Voir RTNU, Vol. 360, p. 254.

ratification disparaît donc dans la plupart des cas vu l'objet de ces accords. C'est spécifiquement dans les accords complémentaires, ou dans l'échange de lettres ou de notes que cette phase est inexistante.

c — l'adhésion :

Il arrive à une ou plusieurs O.I. d'accéder à un accord d'assistance technique qui a déjà été signé ou ratifié et qui est déjà entré en vigueur. Mais, si la procédure traditionnelle est que l'Etat lui-même, manifeste sa volonté d'adhérer à un traité, il en est autrement dans le cadre d'assistance technique. C'est le BAT (ou après son successeur le Conseil d'administration du PNUD) qui prend cette initiative.

Au point de vue de la forme de l'adhésion, le procédé consiste dans l'échange de notes (89) ou l'échange de lettres (90) constituant des avenants à l'accord original. C'est le Président-Directeur du BAT qui envoie une note ou une lettre proposant l'adhésion d'une ou plusieurs O.I., et l'Etat contractant déclare son acceptation en ce sens.

d — Les réserves :

Les « réserves » faites aux accords d'assistance technique prennent la forme d'une annexe ou d'un échange de lettres ou de notes ayant pour fonction de modifier ou d'interpréter le texte d'un accord.

L'examen de ces « réserves » montre qu'elles sont formulées au moment de la signature de l'accord et connexées à celui-ci.

(89) Voir par exemple l'échange de notes constituant un avenant à l'accord de base conclu entre l'ONU, OIT, FAO, UNESCO, OMS, UIT, OMM, d'une part et Argentine d'autre part in (RTNU, Vol. 243, p. 187). Dans la lettre envoyée par le BAT le P.D. propose : « ... d'ajouter l'AIEA et l'UPU à la liste des O. participantes visées dans l'accord... » l'Argentine a accepté ces propositions. Voir le texte des notes in RTNU, Vol. 486, p. 140.

(90) Voir par exemple l'échange de lettres constituant un avenant à l'accord type d'A.T. entre l'ONU, l'OIT, ... et la Malaisie. (in RTNU, Vol. 423, p. 123. Le D.G. du BAT a proposé à la Malaisie « d'ajouter l'UPU à la liste des O. participantes visées dans l'accord ». Voir le texte des lettres in RTNU, Vol. 485, p. 369.

tion du Royaume des Pays-Bas, le présent accord entrera en vigueur à la date à laquelle le Directeur Général du Fonds Spéciaux recevra du Gouvernement du Royaume des Pays-Bas une notification à cet effet, (86) l'accord de base entre l'O.I.T. et l'Uruguay a stipulé qu'il entrera en vigueur à la suite de la ratification du Gouvernement de l'Uruguay conformément à l'alinéa a) de l'Article V qui dispose :

« Le présent Accord entrera en vigueur à la date de sa ratification ». Puis, à la fin de l'accord nous lisons la disposition suivante : « Le Gouvernement de l'Uruguay ratifiera le présent accord dès qu'il aura été approuvé par le pouvoir législateur ». (87)

Un autre exemple des accords nécessitant la ratification, est l'accord type d'assistance technique entre les O.I. membres du BAT et le Chili. (38) Cet accord est entré en vigueur à la date à laquelle le Président Directeur de BAT a reçu la communication du Gouvernement chilien déclarant que l'approbation législative requise par les dispositions constitutionnelles était obtenue, conformément à l'Art. VI. Cet article est intéressant à produire puisqu'il dissocie les dispositions de l'accord en deux parties en exigeant la ratification que pour l'une « le présent accord entrera en vigueur à la date à laquelle le Gouvernement chilien fera savoir au Président-Directeur du BAT que l'approbation législative acquise par les dispositions constitutionnelles, a été obtenue. Sans préjudice de ce qui précède, toutes les dispositions du présent accord qui pourront être exécutées dans le cadre des pouvoirs légaux du Président de la République du Chili et des clauses de tous autres accords applicables, seront appliquées à compter de la date de la signature de l'accord ».

Nous en concluons que la simplification des procédures d'élaboration et de contraction est la règle générale dans la passation des accords en matière d'assistance technique, et que la phase de

(86) RTNU, Vol. 372, p. 347.

(87) RTNU, Vol. 187, pp. 39-40.

(88) RTNU, Vol. 376, pp. 138-144.

Officer. En tout cas, il est de règle que les accords conclus par l'intermédiaire du BAT, soient approuvés par celui-ci, puis par le Conseil Economique et social, par l'intermédiaire du CAT.

Nous mentionnons aussi le cas où certains accords sont signés et entrés en vigueur dès leur signature par un organe subsidiaire autonome de l'ONU, sous réserve d'approbation ultérieure par l'organe investi par délégation du « treaty making power ». (84)

b) La ratification.

De la part des Etats, la tendance générale est de se dispenser de la ratification et de se contenter d'assumer les obligations contenues dans les accords d'assistance technique dès leur signature par l'Agent compétent. Toutefois, cette constatation ne doit pas amener à dire que certains Etats n'exigent pas la ratification. Cette phase intervient dans tous les cas où les accords le stipule; dans la plupart des cas, et en règle générale, ils ne le sont pas, et les accords sont définitivement liés par la signature.

La ratification si elle est exigée par des nécessités d'ordre constitutionnel, s'effectue au moyen d'un instrument écrit (85) par une autorité qui, aux termes des règles internes de l'Etat qui ratifie, a compétence pour établir les instruments de ratification et dispose que l'Etat confirme et ratifie son consentement à être lié par le traité sur lequel il a déjà apposé sa signature.

Parmi les quelques accords exigeant la ratification, nous relevons celui qui a été conclu entre le FSNU et le Pays-Bas. L'Article X § 1 dispose : « Une fois approuvé, comme l'exige la Constitu-

(84) C'est notamment le cas de l'accord de base et de l'accord complémentaire conclus entre l'ONU et la Yougoslavie relatifs à une A.T., entrés en vigueur dès leur signature conformément à l'Art. V et IV respectivement des dits accords. Ils ont été signés par le Secrétaire exécutif de la C.E.E. (pour l'ONU) sous réserve d'approbation ultérieure par l'administration de l'A.T. Voir RTNU, Vol. 78, p. 173 et p. 179.

(85) Voir par exemple l'accord entre le FISE et Mauritanie dont l'Art. VIII & 1 dispose : « Le présent Accord prendra effet à la date à laquelle le FISE recevra du Gouvernement ratification écrite des formalités constitutionnelles prévues en la matière en République Islamique de Mauritanie ». in RTNU, Vol. 452; p. 278, aussi l'accord entre FNUE et Dahomey dans RTNU, Vol. 511, p. 231.

La signature peut enfin être effectuée par un organe commun représentant plusieurs Etats (78) et agissant en leurs noms.

B. La ratification et l'approbation (79)

a) l'approbation.

Les accords d'assistance technique formels ou à procédure complexe, comme M. Dupuy les appelle (80) par opposition aux accords informels ou à procédure sommaire, sont soumis à l'approbation par l'O.I. ou à ratification par l'Etat. Nous avons signalé que la plupart de ces accords entrent en vigueur dès la signature doit être suivie d'une approbation ou d'une ratification. Logiquement l'approbation doit être donnée après la signature. Mais il arrive que l'approbation donnée par une O.I. intervient avant la signature. C'est notamment le cas des accords conclus par l'AIEA. Le Conseil des Gouverneurs doit exprimer son approbation par une résolution permettant la signature de l'accord. (81)

Les organes compétents pour s'engager dans le domaine international l'O.I. par l'approbation sont déterminés par l'acte constitutif de l'O. C'est souvent l'organe plénier comme l'A. dans le cadre des N.U. Mais il n'empêche pas que, parfois à titre exceptionnel, et comme on l'a démontré (82) l'organe compétent puisse déléguer l'exercice effectif du « treaty making power » à un autre organe de l'O. Cette délégation peut ainsi confier à un autre organe, le pouvoir d'approuver l'accord, (83) ou au Chef Exécutif

(78) Voir l'accord entre l'ONU et le Costa-Rica, le Salvador et Guatemala, le Honduras et le Nicaragua, membres de l'Ecole supérieure d'administration publique de l'Amérique Centrale (ESAPAC) relatif à l'A.T. au profit de l'Ecole signé par le P.G. de l'ESAPAC le 3.12.54 RTNU, Vol. 345, p. 23).

(79) Nous devons mentionner que les accords d'A.T. utilisent différemment les termes « approbation » et « ratification ». Nous allons réserver le premier pour la manifestation du consentement des O.I. liée définitivement par l'accord et la 2^e pour celle des Etats.

(80) Dupuy, les Accords conclus par les O.I., Cour 68-69 à l'IHE

(81) L'Accord entre RAU et l'AIEA in RTNU, Vol. 525, p. 2. L'Accord entre Argentine et AIEA, ibid. Vol. 525, p. 44.

(82) Nous l'avons signalé au niveau de l'élaboration de l'accord

(83) C'est notamment le cas où certains accords doivent être ratifiés par le BAT et ultérieurement par le C.A. de PNUD.

résolution 302 (IV) pour aider les réfugiés de Palestine, conclut des accords en son nom, en tant qu'organe décentralisé de l'ONU, par l'intermédiaire de son Directeur Général (68).

Mais la signature d'un projet d'accord peut n'avoir qu'un rôle d'authentification du texte dans le cadre de ces organes, une approbation ultérieure devant intervenir.

c) Organes étatique compétents pour signer.

Nous n'avons pas relevé un accord signé par les Chefs d'Etat. Peut-être à cause du caractère secondaire des accords d'assistance technique. Toutefois un Premier Ministre peut y apposer sa signature. (70) Mais c'est normalement le Ministre des Affaires Etrangères (71) ou son représentant qui est chargé de liaison avec le BAT ou PNUD (72) ou avec les O.I. qui signe les accords d'assistance technique. Il est également habituel de voir le représentant plénipotentiaire de l'Etat à l'ONU ou à une O.I. signer l'accord (73), ou son représentant. (74) La signature engageant l'Etat peut également être opérée par le Ministre technique dont l'accord concerne directement son ministère. (75) Pour les accords complémentaires conclus avec l'OMS, les accords sont conclus entre le « Gouvernement, représenté par le département qui s'occupe, dans le pays, des questions de santé publique ». (76) Un organisme national chargé de ces questions techniques déterminées peut recevoir également la compétence de signer. (77)

(68) Voir par exemple RTNU. Vol. 182, p. 201.

(69) Voir par exemple l'accord entre l'ONU et la Yougoslavie in RTNU, Vol. 78, p. 173, également l'accord entre les deux entités in Ibid, Vol. 78, p. 179.

(70) L'accord entre le BAT et la Gambie in RTNU, Vol. 551, p. 5.

(71) L'accord entre Pays-Bas — OIR in RTNU, Vol. 176, p. 51.

L'accord entre FSNU - Laos in RTNU, Vol. 361, p. 172.

(72) RTNU, Vol. 345, p. 187.

(73) RTNU, Vol. 345, p. 105; RTNU, Vol. 375, p. 30.

(74) RTNU, Vol. 344, p. 29.

(75) Accord OIT - Equateur in RTNU, Vol. 100, p. 92; signé par les ministres de l'éducation publique. Les accords conclus avec l'O. sont signés par le ministre de la Santé. Voir par exemple RTNU. Vol. 110, p. 94.

(76) Par exemple RTNU, Vol. 110, p. 94; également Ibid, p. 101. *ibid.* p. 122.

(77) Voir l'accord conclu entre OACI - Thaïland signé par le président du conseil d'administration d'aéronautique d'Island in RTNU, Vol. 196, p. 133.

part, et du Gouvernement d'autre part, on conclu au nom des Parties, signé le présent accord... » (58)

Pour les O.I. c'est le Président-Directeur de BAT et après du PNUD qui signe l'accord dans le cadre de l'assistance technique fourni par les N.U. et les I.S. (59) ou par le codirecteur qui donne pouvoir de signer les accords de base, sous réserve des conditions fixées ou à fixer par le Bureau.

C'est ainsi que les représentant-résidents (60) ou les représentants régionaux (61) ou leur représentants sont autorisés à signer. Lorsqu'une organisation particulière conclut un accord, c'est le Secrétaire Général (62) ou le Directeur Général (63) ou l'agent mandaté à cet égard (64) qui sont appelés à signer. Pour le FSNU, c'est le Directeur Général (65) ou son représentant (66) qui signe les accords. Ils entrent en vigueur dès la signature.

Pour les organes subsidiaires opérationnels autonomes des N.U. qui on reçu une certaine personnalité juridique, c'est le Directeur exécutif qui signe les accords conclus par ceux-ci. L'UNICEF a reçu par la résolution 57 (1) adoptée par l'AG, la compétence de conclure des accords dans l'accomplissement de ses fonctions. Il est entré effectivement en relations conventionnelles en matière d'assistance technique avec plusieurs pays. Ses accords ont été signés par son Directeur exécutif, (67) et ils entrent en vigueur à partir de la signature.

De même l'UNRWA, qui a été crée par l'A.G. sur la base de la

(58) Voir par exemple l'accord type d'Assistance Technique opérationnelle in RTNU, Vol. 551, p. 5.

(59) Voir par exemple RTNU, Vol. 76, p. 123.

(60) Voir supra Note 58. Egalement l'accord signé le 23 Sept. 1966, in RTNU, Vol. 573, p. 137.

(62) Voir l'accord tripartite ONU - FAO - Royaume Uni in RTNU, Vol. 76, p. 193.

(63) Voir l'accord entre (AIET) Turquie in RTNU, Vol. 573, p. 76, Accord entre UNESCO-RAU in RTNU, Vol. 489, p. 245.

(64) Voir l'accord entre OIR et le Pays-Bas in RTNU, Vol. 87, p. 241, et l'Accord OMS/UNICEF - Pakistan in RTNU, Vol. 13 L, p. 221.

(65) RTNU, Vol. 345, p. 3, voir aussi RTNU, Vol. 372, p. 333.

(61) RTNU, Vol. 551, p. 5.

(66) RTNU, Vol. 345, p. 187.

(67) Voir par exemple RTNU, Vol. 126, p. 119 RTNU, Vol. 349, p. 277.

Dans la procédure de conclure des accords interétatiques, la signature remplit traditionnellement deux fonctions : elle sert fondamentalement à arrêter le texte d'un projet d'accord comme authentique. D'autre part elle sert rarement d'exprimer le consentement d'un Etat à être lié définitivement par un accord. (56) De même, la signature, remplit les mêmes fonctions dans la conclusion des accords conclus par les O.I.

Il appartient alors aux deux parties d'un accord de s'assurer au moment de la signature que les pleins pouvoirs des représentants sont suffisamment précis pour déterminer si la signature doit ou non être suivie de ratification ou d'une action ultérieure; en pareil cas, une signature non accompagnée de la mention « sous réserve de ratification » devant lier définitivement le Gouvernement du plénipotentiaire qui l'appose, sans autre action nécessaire. Or, la consultation de Recueil des Traités des N.U. montre que la plupart des accords d'assistance technique sont entrés en vigueur dès la signature. C'est-à-dire sans ratification et simplement par une procédure sommaire. Ce fait montre bien le rôle prépondérant que joue la signature dans les accords d'assistance technique comme moyen normal d'assurer les obligations contenue dans ces accords par rapport à la ratification pour l'approbation. (57) Les accords conclus par cette manière s'appellent les accords en forme simplifiée.

Quand la signature est le moyen d'authentifier un texte, elle est étroitement liée à celle de la ratification. Elle marque dans ce cas l'obligation pour les organes de l'Etat comme pour l'Organisation d'agir de bonne foi en procédant à la ratification.

b) Organes compétents pour signer de la part des O.I.

La clause finale des accords d'assistance technique prévoit habituellement la disposition suivante : « En fait de quoi les sous-signés, représentants dûment habilités des organisations, d'une

(56) Voir les articles 10 et 11 de la Convention de Vienne sur le Droit des traités du 23 Mai 1969.

(57) Ce fait est constaté également par M. Lauterpacht à propos de traités conclus en général. Voir le premier rapport de M. Lauterpacht à la C.D.I. (A/CN. 4/63), p. 64.

la présomption en faveur de l'organe plénier. Ainsi Brierly écrit... « lorsque la question n'est tranchée ni expressément ni implicitement par sa constitution, la capacité d'une Organisation pour faire des traités réside dans son organe plénier, au sein duquel sont représentés tous les Etats dont les souverainetés respectives sont la source originelle de tout pouvoir de l'Organisation ».

Selon la deuxième théorie, soutenue par Mme Detter (53) et Fritzmaurice (54) « c'est l'organe suprême qui est investi de la capacité de conclure, que cet organe suprême soit ou non l'organe plénier ».

La troisième théorie est en faveur de la capacité innée du « Chief Executif Officer » de « treaty making power ». Cette thèse a été soutenue par Kasme à propos des N.U.

Il est clair que dans les O.I. il n'existe pas un organe unique, comme dans les Etats, investi du treaty making power (55). Il y a normalement un pluralisme des organes dotés de ce pouvoir, et le contenu de l'accord détermine l'organe compétent. Donc, la compétence des organes des O.I. en matière de conclusion des traités est fonctionnelle. Faute d'une norme expresse, chaque organe peut conclure des accords pour les matières qui rentrent dans sa compétence de fond. Mais cette compétence, ou bien est implicitement déléguée au Secrétaire Général de l'O. ou au Chief Executif Officer lorsqu'elle est effectivement exercée par eux, ou bien elle est exercée explicitement par eux sur la base d'une résolution de l'organe compétent.

Nous allons exposer successivement les différentes phases de conclusion des accords d'A.T.

A. La signature.

a) Fonctions de la signature.

-
- (53) Detter I. « The organes of international organisations exercising their treaty making power », in BYIL, 1962, p. 421.
(54) Fritzmaurice « The Law and Procedure of the International Court of Justice », in BYBIL, 1952.
(55) Cette thèse soutenue par Parllieri et Kasme nous paraît le plus juste. Voir Parllieri « La formation des traités dans la pratique internationale contemporaine », in RCADI, 1949, I, p. 469, Kasme, *op. cit.*, p. 180.

l'établissement d'un instrument et non pas l'acte par lequel les parties conviennent d'être liées. Le premier sens est soutenu par Basdevant (48), l'autre par Brierly (49) et Fritzmaurice. (50)

Le plan adopté pour notre travail indique clairement notre choix pour le premier cas. Et il nous semble que lorsqu'un organe d'une organisation internationale ou un Etat est compétent pour conclure des accords, on entend par là que l'organe peut engager l'entité dont il dépend par voie d'accord car il a reçu la compétence de « treaty making power ».

Et dès l'approbation de l'accord, soit qu'elle prenne la forme d'une simple signature ou d'une ratification, l'Etat ou l'O.I. doit s'abstenir de certains actes. C'est-à-dire que l'article 18 de la Convention de Vienne sera pleinement applicable en cette matière, stipulant qu'« un Etat doit s'abstenir d'actes qui priveraient un traité de son objet et de son but :

a) lorsqu'il a signé le traité ou échangé les instruments constituant le traité sous réserve de ratification d'acceptation ou d'approbation, tant qu'il n'a pas manifesté son intention de ne pas devenir partie au traité... »

b) ...

Mais quel est l'organe compétent pour conclure les accords dans les O.I.

Cette question ne se pose pas évidemment lorsque l'acte constitutif désigne l'organe compétent. Mais la question surgit en l'absence d'une disposition concernant ce sujet.

Trois théories sont avancées à propos de l'organe investi du « treaty making power » de l'O.I.

La première soutenue par Brierly (51) et Dupuy (52), adopte

(48) Basdevant, règles générales du droit de la paix. RCADI. 1936, IV, p. 545.

(49) A/CN. 4/43, p. 8.

(50) A/CN. 4/101, p. 23.

(51) A/CN. 4/23 p. 27, Premier Rapport de M. Brierly à la C.I.J.

(52) Dupuy, « Le Droit des Relations entre les O.I. », in RCADI 1960; II, p. 592.

traités, à savoir la négociation, l'établissement du texte, la signature et la ratification ou l'approbation.

Un accord pourrait aussi être moins formel quant au processus de sa conclusion, comme l'échange des lettres ou des notes. Mais un tel accord pourrait intervenir après une négociation (41) ou discussions, ou simplement sur l'initiative d'une partie (42). Il est souvent réservé aux accords complémentaires (43), d'interprétation (44) ou de succession. (45) Ils peuvent quelquefois prendre une forme encore plus simplifiée que M. Schneider a qualifié de « Lettres agréments » (46); il s'agit d'une lettre établie en duplicate, signée devant la partie à laquelle elle est envoyée.

Il arrive également qu'une lettre constitue un procès-verbal d'accord. (47)

Quelle que soit la diversité des méthodes formelles, simples ou complexes, celles-ci ne s'écartent pas des formes habituelles qu'on rencontre dans les accords inter-étatiques. Car les Etats ont tendance à imposer la forme étatique dans leurs rapports conventionnels.

Section 3. La conclusion des Accords.

Le terme « conclure », dans un premier sens signifie l'engagement définitif des parties; lorsque la ratification est nécessaire pour l'entrée en vigueur de l'accord, c'est celle qui marque la conclusion de celui-ci. Dans un autre, il désigne la négociation,

(41) Voir par exemple l'échange des lettres entre le FSNU — la Chine in RTNU, Vol. 375, p. 45 où nous pouvons lire. « ... J'ai l'honneur de consigner ci-après certaines interprétations dont nous avons convenu à la suite de négociations... », également FSNU — Laos in RTNU, Vol. 361, p. 186.

(42) Voir par exemple l'échange de lettre entre l'ONU et Tanganika in RTNU Vol. 479, p. 15. Voir également infra, Note 47.

(43) Voir par exemple l'échange des lettres in RTNU, Vol. 121, p. 117.

(44) Voir par exemple l'échange de lettre entre le Royaume-Uni au nom de Kenya in RTNU, Vol. 478, p. 441 et l'échange de lettres entre Rwanda et l'OMS in RTNU, Vol. 514, p. 21.

(45) Voir par exemple RTNU, Vol. 564, p. 201.

(46) Schneider, op. cit., p. 41.

(47) Voir par exemple la lettre signée par l'OMS et Zambia in RTNU, Vol. 538, p. 346.

minations, avaient le pouvoir délégué par l'ONU et les I.S. de négocier — et de conclure — au nom de celles-ci les accords en matière d'assistance technique.

Mais l'organisme qui a reçu la délégation de conclure des accords, doit être en mesure d'établir, le cas échéant, la preuve de cette délégation. D'autre part, lorsqu'une O.I. veut s'engager en matière d'assistance technique, c'est son acte constitutif qui détermine le ou les organes habilités à conclure des accords. En cas d'absence de dispositions explicites dans l'acte constitutif, est considéré comme représentant l'O.I. pour tous les actes relatifs à la conclusion d'un accord, l'organe plénier ou d'autres organes lorsque l'accord rentre dans le cadre de fonctions autonomes qui leur sont reconnues par l'acte constitutif de l'O.I.

Aussi le contenu de l'article 7 de la Convention de Vienne devrait être modifié d'une manière à tenir compte des données mentionnés auparavant pour qu'il puisse être applicable aux accords d'A.T. en particulier, et aux accords conclus par les O.I. en général.

— Au niveau des Etats.

Un certain nombre de Gouvernements bénéficiaires ont créé des services spéciaux chargés de l'A.T. qui aide l'organe national compétent à demander et à recevoir les prestations. Celui-ci est le Ministère des Affaires Etrangères. Ce dernier peut déléguer partiellement sa compétence aux ministères techniques intéressés. Ainsi la négociation d'un accord est normalement confiée au Ministre des Affaires étrangères d'un Etat ou son représentant aux N.U., ou un fonctionnaire spécialisé, ou par un Ministre intéressé ou son représentant.

D. Les formes des Accords.

Les accords en matière d'assistance technique peuvent varier quand la négociation aboutit à la rédaction d'un texte écrit. Ils peuvent prendre généralement la forme d'un accord solonnel, comme par exemple tous les accords-type ou accords base. La conclusion de tels accords compris dans un instrument unique comporte en général toutes les phases habituelles de la conclusion des

le Gouvernement ou les Gouvernements demandeurs, ou les cas échéant, un projet d'accord avec l'agent ou les agents chargés de l'exécution du projet. Il prendra une décision finale sur les programmes et projets soumis par le Directeur Général et l'autorisera à conclure les accords nécessaires. Nous voyons également ici la délégation par les O. participant à ces organes de pouvoir conclure en son nom les accords d'AT., et la délégation par ces organes à leur tour leurs pouvoirs au Directeur Général.

Nous mentionnons également l'existence d'un accord type du Fonds Spécial des Nations Unies. (37) De même il existe un accord-type de l'UNICEF. (38) Par sa Résolution 2029 (XX) adoptée le 22 Novembre 1965, l'A.G. des N.U. a fusionné le Fonds Spécial et le Programme élargi d'assistance technique en Programme des N.U. pour le Développement (PNUD) (39). Le Conseil d'administration du Fonds spécial était remplacé par le Conseil d'administration du PNUD, composé par des représentants des Etats membres de l'ONU ou des I.S. ou de AIEA, le Directeur Général du Fonds Spécial devenait le Directeur du PNUD. Ils ont reçu les mêmes attributions de leurs précédents. En outre, le dit Conseil définira et dirigera la politique général du PNUD dans son ensemble, ainsi que celle des programmes ordinaires d'assistance technique de l'ONU. Quand au BAT il a été remplacé par le Bureau consultatif inter-organisation du PNUD présidé par le Directeur ou le Codirecteur (40) et comprendra le S.G. des N.U. et les Chefs des secrétariats des I.S. et de l'AIEA ou leurs représentants. Sa mission est notamment de donner son avis à la direction concernant les programmes et projets présentés notamment par les Gouvernements par l'intermédiaire du représentant-résident, avant qu'ils ne soient soumis pour approbation au Conseil d'administration; d'être consulté sur le choix des Institutions chargées d'exécuter tel ou tel projet.

De ce qui précède, nous pouvons conclure d'une part, que les divers organismes-interorganisations qui ont reçu différentes déno-

(37) Voir SF/L. 12/Add. 14, Rev. 1 et SF/L. 121/Add. 15.

(38) Voir E/ICEF/19 et E/CEF/118.

(39) Entre en vigueur le premier Janvier 1966.

(40) A partir du 1er Janvier 1969, 1^{er} Poste de Codirecteur a été remplacé par un Poste de Directeur adjoint.

généraux (ou de leurs représentants) de l'ONU et des I.S. participant au Programme élargi. C'est un organe-interorganisations de coordination et de liaison. Sa mission principale en ce qui concerne les accords d'assistance technique est d'examiner et de discuter les demandes d'assistance, ainsi il conclut ces accords, par l'intermédiaire du président-directeur.

Le BAT a été présidé par le S.G. des N.U. puis par un Président-Directeur en vertu de la Résolution 433 A (XIV). Les décisions en son sein peuvent être prises à la majorité des membres présents et votants, sous condition d'accord entre ceux-ci et le président-directeur. Celui-ci, a reçu parmi ses attributions, le pouvoir d'examiner les propositions présentées au sujet des programmes par les organisations participantes en s'efforçant de faciliter, d'accord avec les gouvernements, la mise au point de programmes coordonnés pour chaque pays.

Par sa composition, sa mission et son fonctionnement c'est un organe commun indépendant. S'il négocie (et signe) un accord d'assistance technique par l'intermédiaire de son Président-Directeur, il le fait au nom des organisations. Bref, il est le délégué des organisations qui le composent.

Il faut noter également le rôle que jouent les Représentants-résidents, en conseillant les Gouvernements au sujet de l'aide que ceux-ci peuvent obtenir, et en les aidant à formuler leurs demandes d'A.T. Ils peuvent également être chargés par le Président du BAT de négocier les accords de base et autres accords généraux. Ils peuvent aussi être appelés par les organisations participantes à négocier des accords pour leur compte. Ils peuvent aussi remplir les mêmes fonctions en ce qui concerne les programmes ordinaires de diverses organisations.

Par la Résolution 1240 (XIII), adoptée le 14 Octobre 1958 l'A.G. des N.U. a créé le Fonds Spécial comme fonds distinct consacrant son assistance aux projets importants. Il est géré par un Directeur général et un Conseil d'administration. Celui-ci prépare pour chaque projet ou programme, soumis par le Directeur Général, un projet d'accord avec le Gouvernement ou les Gouvernements demandeurs, ou le cas échéant, un projet d'accord avec

O. Mais ce qui fait l'originalité des accords d'assistance technique conclus par l'ONU ou sa famille, réside dans la délégation des pouvoirs de négocier et de conclure par des résolutions des dites O.I. Nous savons que la mise en œuvre des programmes d'assistance technique effectués en commun par plusieurs organisations internationales requiert une coordination plus accentuée que les programmes ordinaires effectués dans le cadre normal des relations bilatérales. En effet, l'assistance technique, est donnée par l'ONU dans les domaines qui n'exigent pas le concours d'une organisation à compétence spéciale et par les institutions spécialisées dans les domaines qui leurs sont propres. Pour assurer la coordination entre les activités de ces diverses organisations, il a été mis sur pied un système de mécanismes destinés à mettre en œuvre cette coordination par le moyen d'organismes créés et investis des pouvoirs spéciaux par des résolutions de l'ONU.

L'Assemblée Générale des N.U. en vertu de la Charte, peut en effet, « discuter toute question ou affaire rentrant dans le cadre de la Charte » et « adresser des recommandations » soit aux Etats membres, soit aux autres organes de l'organisation (33), soit aussi aux institutions spécialisées. (34)

En vertu de ces compétences, le Conseil Economique et Social en tant qu'organe chargé de mettre en œuvre le progrès économique et de coordonner l'action des I.S. a décidé de créer les organes de coordination de l'Assistance technique. Cette création a été approuvée ensuite par l'Assemblée Générale. En approuvant cette action, celle-ci « se présente comme ressemblant singulièrement à une autorité supérieure du tutelle, non seulement à l'égard de l'ONU mais aussi vis-à-vis des I.S. ». (35)

L'organe principal de l'assistance technique, et le premier être créé en cette matière, est le Bureau d'assistance technique (BAT). (36) Il est composé de directeurs généraux ou secrétaires

(33) Article 12 de la Charte.

(34) Articles 58 et 60.

(35) Feuer, op. cit., p. 63.

(36) Créée par la Résolution 222A (IX) modifiée par les Résolutions 4331 (XIV) et 542 (XVIII).

projet d'accord-type, et l'adhésion d'un Etat est conditionnée par une demande en ce sens. Ici la négociation prend la forme d'une demande présentée par le Gouvernement et l'examen de celle-ci est fait par l'O. On aboutit alors à la signature de l'accord. C'est un contrat d'adhésion et le terme « base » ou « type » exprime ce caractère.

Toutefois la phase de négociation surgit, et une véritable discussion (30) s'engage lorsqu'on conclut des accords complémentaires destinés à contenir les plans d'opération pour savoir les besoins de l'Etat ou relatifs à assurer l'application ou l'interprétation d'un accord type ou accord de base.

Mais tous les accords ne sont pas négociés véritablement par l'organe désigné par l'organisation internationale. Celui-ci peut-être un organe plénier et donc vaste. La négociation est faite dans ce cas par une délégation expresse de pouvoirs de l'organe qui est investi du « treaty making power », à un autre organe permanent et administratif. Cette autorisation de négocier est donnée par l'organe suprême ou plénier, investi de la compétence générale de traiter soit par l'acte constitutif de l'O.I. soit par une résolution de cet organe.

Ainsi, tout d'abord dans le cadre d'une seule organisation internationale, son Secrétaire Général, le Directeur Général (31) ou leur représentant (32), ont reçu l'autorisation de négocier un accord. C'est effectivement dans le cas des programmes ordinaires que la négociation prend la forme bilatérale entre un Etat et une

(30) Voir par exemple l'échange des lettres entre le FSNU et Laos à propos de l'accord signé le 30 Avril 1960 ou nous pouvons lire « se référer aux négociations qui ont précédé la signature de l'accord de bas entre... notamment aux discussions qui ont eu lieu... » Voir RTNU, Vol. 361, p. 186. Voir également l'échange de lettres entre la Chine et le FSNU le 20 Sept. 1960 in RTNU Vol. 375, p. 45.

(31) Voir par exemple l'Art. XV de FAO qui autorise le Directeur Général à négocier certains types d'accords. Egalement l'Art. 29 de OMS qui dispose que le Conseil exécutif peut autoriser le Directeur Général à prendre les moyens nécessaires pour combattre les épidémies ce qui implique le pouvoir de négocier de tels moyens avec les Gouvernements. L'Art. 29 dispose expressément que le Directeur Général peut déléguer ses fonctions ».

(32) Voir par exemple l'Art. 33, de l'Acte constitutif de l'OMS.

d'opérations établis en conformité des premiers, dans le cas où un Etat demandant la fourniture d'assistance technique pour un territoire dont il assume les relations internationales. Dans certains cas le Gouvernement de territoires administrés peut lui-même élaborer les plans d'opération de concert par l'O. et ce gouvernement agissant avec l'agrément du Gouvernement administrant, (26) tandis que l'Etat administrant prend l'initiative pour conclure un accord de base relatif à la fourniture d'assistance technique. (27)

C. Les Organes Négociants.

— Au niveau des O.I.

Dans la négociation des accords d'assistance technique, il faut admettre que l'ONU ou chaque I.S. est obligé de respecter ses propres règles constitutionnelles. Mais, rares sont les statuts des O.I. qui contiennent une indication à ce sujet. C'est en général, le Secrétaire général, le Directeur de l'O. (28) en tant qu'organe exécutif permanent qui est désigné pour représenter l'O. dans la vie internationale et, dans la négociation des Accords en particulier.

Les O.I., préparent d'avance des accords-types en matière d'assistance technique. Dans ce cas la phase de négociation disparaît. Et cette technique qui tend à uniformiser les règles conventionnelles dans certains domaines présente l'avantage de donner des textes clairs et assure une égalité de traitement entre les Etats.

C'est le Conseil Economique et Social qui a préparé les accords-types dont le modèle a été presque uniformément utilisé. (29)

Ainsi, l'assistance technique est subordonnée d'une part à un

(26) Voir par exemple l'accord de base entre le R.U.N.U. et la Grande-Bretagne relatif à la fourniture d'une Assistance aux les territoires dont la Grande-Bretagne assume les relations internationales in RTNU, Vol. 18-, p. 62.

(27) Voir l'accord entre le FISE et Pays-Bas gissant pour le compte de Surinam. C'est le Pays-Bas qui a présenté la demande d'assistance au FSNU. Mais l'Art. 7 & 2 de l'accord dispos que : « pour chaque projet, le Gouvernement du Surinam, le FSNU et l'Agent chargé de l'exécution conviendront par écrit d'un plan d'opération... » Voir RTNU Vol. 372, p. 231.

(28) Voir par exemple l'Art. XIII al. 2 de l'acte constitutif de FAO, de même l'Art. XI al. 1 et al. 2 de l'UNESCO.

(29) TAB/I/Rev. 2, p. 66.

Quand aux O.I., celles-ci n'ont ni un Chef ni un Ministre des affaires étrangères.

Ce sont certains de ces actes juridiques des O.I. qui précisent les règles gouvernant les pleins pouvoirs et coïncident plus au moins à ce qu'a été cité plus haut. (23) Et nous devons également signaler que certains accords d'assistance technique précisent dans leur préambule ou dans leur clause finale que les « soussignés, représentant dûment autorisés de l'O., d'une part, et des Gouvernements... d'autre part, ont, au nom des parties, signé le présent accord ». (24)

B. L'initiative de demander l'Assistance Technique.

Un Etat demandant une assistance technique doit lui-même prendre l'initiative pour conclure un accord à ce sujet avec les Organisations intéressées, puisqu'il ne peut recevoir une aide que s'il la demande. Comme, l'a justement signalé M. Feuer, « Le système institué par les résolutions des Organes des N.U. ne peut fonctionner qu'à partir du moment où la présentation de demandes par les gouvernements réquerants et examen de celles-ci par les organes d'assistance technique aboutit à la conclusion d'accord entre les O.I. et les gouvernements intéressés. Si les résolutions sont les bases juridiques de la constitution du Service, les accords d'assistance technique constituent celles de son fonctionnement ». (25)

Toutefois, il faut faire quelquefois une distinction entre les accords de base et les accords complémentaires, contenant les plans

(23) Voir par exemple l'Art. XXI/4 du Règlement général de FAO qui dispose : « Les pleins pouvoirs habilitant le représentant d'un Gouvernement à signer une Convention ou un accord complémentaire, doivent être conférés par l'autorité qui peut d'elle-même engager l'Etat, telle que le Gouvernement, le Chef d'Etat, le Chef du Gouvernement, le Ministre des Affaires Etrangères ou les Ministres intéressés ». Egalement voir l'Art. 48 et 159 du Règlement général de OMM, in Documents fondamentaux de l'O., Genève 1959, OMM Doc. 15 D.

(24) Pour la pratique de certains I.S. voir par exemple la lettre en date du 7 Juillet émanant de FAO (A/6827/Add. I, p. 24), citée en A (Conf. 39/5 (Vol. I) p. 108. Egalement lettre en date du 24 Juillet 1967 émanant de l'U.I.T. (A/6827/Add. I, p. 38, citée en A (Conf. 39/5 Vol. I, p. 108).

(25) Feuer, op. cit., p. 32.

Certains documents officiels des O.I. jettent la lumière sur la pratique de celles-ci à propos des pleins pouvoirs. C'est ainsi que le 11 juillet 1949, le Secrétaire Général adjoint chargé du Département juridique a adressé aux Etats membres une lettre dont un extrait est reproduit ci-après : (22)

« Les pleins pouvoirs doivent émaner, en conformité avec la règle constitutionnelle propre à chaque Etat, soit du chef de l'Etat, du Chef du Gouvernement ou des ministres des affaires étrangères. Ces pleins pouvoirs doivent spécifier clairement l'instrument visé et en donner le titre exact et intégral ainsi que sa date :

« Dans certains cas exceptionnels et pour des motifs d'urgence, si par exemple se posent des conditions de délai, des pouvoirs télégraphiques sont susceptibles d'être acceptés à titre provisoire, mais encore faut-il que le télégramme émane soit du Chef de l'Etat, du Chef du Gouvernement ou du Ministre des affaires étrangères, et qu'il soit confirmé par une lettre de la délégation permanente ou du plénipotentiaire affirmant le caractère d'authenticité du télégramme. Le texte du télégramme doit également indiquer le titre de l'accord visé et préciser si le plénipotentiaire est autorisé à signer avec ou sans réserve d'acceptation intérieure, enfin préciser que des pouvoirs réguliers sont envoyés immédiatement par courrier ».

Il importe de noter que le fait pour un représentant d'un Etat ou d'une O.I. d'être habilité par ses pouvoirs à négocier un accord, ne l'habilite pas à signer l'accord sauf dans le cas s'il est muni des pouvoirs généraux. Et il est dans l'intérêt des deux parties négociant l'accord, que chacune doit s'assurer que l'autre plénipotentiaire n'exède pas ses pouvoirs. Cette fonction a pris d'autant plus d'importance que le nombre des accords qui prévoient que les Gouvernements peuvent se lier définitivement par simple signature a augmenté depuis la création des N.U.

(22) LEG. 103/01 (1) AL in A/CN. 4/121 Annuaire de la C.D.I. 1959 Vol. II, p. 84. Le titre de cette lettre est significatif « Pratique du Secrétariat de l'ONU à l'égard de certaines questions soulevées à propos des articles relatifs au droit de traité ».

ont été conclus jadis par le BAT et le sont actuellement par le PNUD en tant que partie représentant celles-là, les accords complémentaires peuvent être conclus par les O; agissant conjointement ou séparément. (20)

Section 2. La formation des accords d'assistance technique.

L'élaboration des accords d'assistance technique suit une procédure qui consiste essentiellement à négocier l'accord qui va être signé ultérieurement. Nous posant ce problème de la négociation de l'accord, il s'agit d'aborder quatre séries de questions :

— Qui a le pouvoir de négocier un accord ? C'est le problème des pleins pouvoirs.

— Comment la négociation se présente-elle ? C'est le problème du rôle de la volonté de l'Etat demandeur d'assistance technique.

— Quels sont les organes chargés de négocier et de préparer l'accord ensuite ?

— Sous quelle forme l'accord va-t-il se présenter ?

A. Le problème de pleins pouvoirs.

Comme l'a défini F. Fritzmaurice dans son premier rapport à la C.D.I. sur le droit des traités (21) les pleins pouvoirs « désignent l'instrument ou le document formel autorisant une personne donnée à représenter un Etat en vue soit de négocier ou de conclure un traité, soit de le négocier et de le conclure ».

sous-tutelle, territoire non autonomes et autres territoires dont le dit gouvernement assure les relations internationales dispose dans son article premier. « Ces accords complémentaires seront conclus entre l'O. et les Gouvernements du territoire intéressé agissant avec l'autorisation du Gouvernement du Royaume-Uni ». Voir RTNU Vol. 121, p. 78. Voir également RTNU Vol. 92, p. 31. Voir aussi l'accord signé le 12.8.60 entre FSNU et les Pays-Bas agissant pour le compte du Surinam dont l'art. 1er dispose que « 2. Pour chaque projet, le Gouvernement du Surinam, le Fonds Spécial et l'Agent chargé de l'exécution conviendront par écrit d'un plan d'opération. »

(20) Voir par exemple, R.T.N.U. Vol. 92, p. 31.

(21) Voir (A/CN. 4/101), p. 112.

faire plusieurs distinctions. Celles-ci pourraient avoir une importance particulière sur la conclusion et la validité de l'accord. Le premier rapport de Fritzmaurice sur un projet sur le traité déclare dans son article 16 § 2 : « l'indication dans un traité des Etats au nom desquels il a été conclu à l'origine est une condition essentielle de sa validité formelle ». (18)

En effet, un accord conclu par une Organisation offrante et un Etat prestataire est bilatéral, mais si l'accord a été conclu par plusieurs Etats ou plusieurs organisations, nous sommes en présence d'un accord multilatéral.

Toutefois la pratique de l'ONU et des I.S. en matière d'assistance technique a recours à la création de rouages chargés de la gestion de l'assistance, lorsqu'il s'agit de plusieurs organisations participant à l'assistance.

La résolution 222 A (IX) de l'A.G. qui a constitué le P.E.A.T. a prévu la création du B.A.T. Celui-ci par l'intermédiaire de son Président-Directeur ou de son représentant conclut les accords d'assistance technique. Il se considère ainsi comme partie à l'accord qui représente les organisations membres du BAT. Après le 1er Janvier 1966, date à laquelle le PNUD a été créé conformément à la résolution 2029 (XX) adoptée par l'A.G. des N.U., le Conseil d'administration du PNUD a reçu le mandat d'examiner et d'approuver les accords. Il est signalé dans ceux-ci comme une partie contractante.

La notion de partie apparaît également dans la distinction entre les accords de base et les accords complémentaires. Elle a une certaine influence sur le processus de la conclusion de l'accord. Ainsi, dans la pratique des N.U. et des I.S., c'est un Etat indépendant qui conclut toujours la première catégorie d'accord. Tandis que la deuxième catégorie peut être conclue par le territoire administré et dont les relations internationales sont conduites par un autre Etat. (19) De la part des Organisations, si les accords de base

(18) A (CN. 4/101) p. 16.

(19) C'est ainsi par exemple que l'accord de base entre l'OMS et le Royaume-Uni relatif à la fourniture d'une assistance technique aux territoires

vent annexé. Il consiste en deux instruments unilatéraux, émanant d'un Etat et une ou plusieurs organisations, qui se lient par le processus d'échange. L'un d'eux contient une offre proposée d'un accord et l'autre contient une acceptation de l'offre. Nous avons relevé des cas encore plus simples. Il s'agit de ce que l'on appelle « l'accord-lettre » (17), il s'agit d'une lettre en duplicata. La partie à qui elle est adressée, doit s'elle est consentante, en signer une et la retourner, l'accord entrant en vigueur à partir de la dernière signature.

En matière d'accords d'assistance technique la remarque de M. Lauterpacht nous paraît relativement juste. Par cette remarque dans son premier rapport sur le droit des traités il nous dit qu'« aucune méthode n'a semblé présider aux choix des différentes expressions qui apparaissent dans les exemples ci-dessus, comme dans beaucoup d'autres cas, et rien n'indique pourquoi elles ont été employées ».

En effet, l'appellation des accords d'assistance technique pouvait montrer l'objet et la forme de l'accord et influait plus ou moins sur l'exercice de la conclusion de l'accord. Mais quelque soit leur dénomination, l'expression « accord international » s'étend aux accords d'assistance technique, puisqu'ils sont conclus entre deux sujets de Droit International et sont régis par lui, comme on va le démontrer ultérieurement.

B. Les parties contractantes :

Le terme « partie » désigne dans le cas d'un accord d'assistance technique, l'existence d'une part d'un Etat (ou plusieurs Etats) qui a accepté d'être lié par le dit accord vis-à-vis d'un autre contractant qui est une ou plusieurs organisations d'autre part.

Dans chaque accord, les noms des parties contractantes figurent dans le préambule de l'accord. Mais cette indication peut être accompagnée de la signature, ou assortie des signatures elles-mêmes. De la définition du terme « partie » il ressort qu'on doit

(17) Voir par exemple R.T.N.U. Vol. 261, p. 266.

les mots suivants : Accord (1), accords de base (2); accords-types (3), accords complémentaires (4), échange de lettres), échange de lettres constituant un avenant (6), échange de lettres constituant un accord (7), accord-type d'assistance opérationnelle (8), échange de notes (9), accords subsidiaires (10), plan d'opérations (11), addenda (12) lettre constituant procès-verbal accord (13). accord-type révisé d'assistance technique (14), accord-type opérationnel (15), accord d'assistance technique.

Il semble que l'ONU et les I.S. ont choisi délibérément les mots désignant les différentes catégories d'accords qu'elles ont conclus. Ainsi les « accords de base », dénommés depuis 19 « accords-types », les accords-types révisés, les accords type d'assistance technique, les accords d'assistance technique, ... etc. signifient une catégorie d'accords qui sont en quelque sorte des accords de principes. Leur objet est d'appliquer à l'Etat signataire le système prévu par les résolutions des N. U. et les I.S. sans entrer dans le détail des prestations. Il prend la forme d'un accord-type. Alors que les termes « accords complémentaires » ou « subsidiaires », « plan d'opération » visent la modalité pratique détaillée de telle ou telle présentation (16).

L'échange de lettres ou de notes est un instrument utilisé pour modifier ou interpréter un accord déjà conclu ou à lui est sou-

-
- (1) Voir par exemple : R.T.N.U. Vol. 110 p. 97.
 - (2) idem par exemple : R.T.N.U. Vol. 180 p. 71.
 - (3) Voir par exemple : R.T.N.U. Vol. 535 p. 388
 - (4) Voir par exemple : R.T.N.U. Vol. 76 p. 147
 - (5) Voir par exemple : R.T.N.U. Vol. 345 p. 121
 - (6) Voir par exemple : R.T.N.U. Vol. 550 p. 425
 - (7) Voir par exemple : R.T.N.U. Vol. 564 p. 201
 - (8) Voir par exemple : R.T.N.U. Vol. 551 p. 5
 - (9) Voir par exemple : R.T.N.U. Vol. 486 p. 410
 - (10) Voir par exemple : R.T.N.U. Vol. 110 p. 94
 - (11) Voir par exemple : R.T.N.U. Vol. 104 p. 203
 - (13) Voir par exemple : R.T.N.U. Vol. 141 p. 398
 - (13) Voir par exemple : R.T.N.U. Vol. 538 p. 346
 - (14) Voir par exemple : R.T.N.U. Vol. 570 p. 181
 - (15) Voir par exemple : R.T.N.U. Vol. 563 p. 106
 - (16) Voir par exemple l'accord complémentaire entre l'ONU, FAO et la France pour FEZAN, R.T.N.U. Vol. 182; ONU - Salvador, R.T.N.U. Vol. 93, p. 370.

Chapitre II. Le processus d'élaboration des Accords d'A.T.

Le problème du fondement juridique de capacité des O.I. de conclure des traités, y compris les accords d'assistance technique, étant ainsi résolu, il s'agit ensuite d'examiner comment ces organisations ont, dans la pratique, exercé la conclusion de ces accords avec les Etats prestataires. Cette examen sera mené dans l'esprit de montrer leur originalité particulière par rapport aux accords de droit international dont les règles ont été codifiées par la Convention de Vienne en Mai 1969.

Nous allons donc retracer les étapes successives des processus d'élaboration des accords d'assistance technique, par les organes qui vont se trouver à l'intérieur de l'O., investis de cette capacité et habilités à l'exercer au nom de l'O.

Section I. Considérations générales.

A. Dénomination des accords d'A.T.

Il ya une variété d'accords d'assistance technique conclus par l'ONU ou les I.S., quant à leur désignation, leur objet, leur forme ou leur procédure de conclusion. Néanmoins, ces accords présentent, comme on va le voir dans le chapitre suivant le même caractère juridique que les accords internationaux.

Nous pouvons relever dans le Recueil des traités des N.U. différents noms pour désigner des instruments établissant des rapports relatifs à l'assistance technique, et le nom par lequel on désigne un accord d'assistance technique qui présente plus ou moins sa fonction ou son mode de conclusion.

Dans la pratique, l'ONU et les I.S. ont choisi pour ces accords

ou par les actes constitutifs des institutions spécialisées. L'adoption de telles résolutions a été possible, grâce à une interprétation extensives de ces actes constitutifs des organisations donatrices d'assistance technique. Celle-ci a impliqué l'édification d'une institution juridique, (créations d'organes, l'emploi de méthode de gestion), superposée aux actes constitutifs par les résolutions des O.I. intéressées. Les plus importantes de ces résolutions sont en particulier la résolution 222 A (IX) du C.E.S., en date du 15 août 1949, qui a créé le programme élargi d'assistance technique, la résolution 1240 (XIII) de l'A.G. des N.U. adopté le 14 oct. 1958 concernant la création du Fonds spécial et la Résolution 2029 (XX) de l'A.G. des N.U.; adoptée le 22 Novembre 1965 qui a fusionné le Fonds spécial et le programme élargi d'assistance technique en un programme des N.U. pour le développement. (PNUD)

De toute façon ces résolutions posent les règles juridiques régissant la fourniture de l'assistance technique, et les principes généraux gouvernant les rapports d'une ou plusieurs organisations avec l'Etat prestataire.

Ces rapports prennent la forme conventionnelle. Et il s'agit dans le chapitre suivant d'analyser le régime juridique des accords d'assistance technique.

Ainsi nous pouvons conclure que, le fondement juridique de passer des accords d'assistance technique se trouve dans l'acte constitutif de l'Organisation. Celui-ci crée une « institution » ayant son propre droit et dotée de droits et d'obligations, c'est-à-dire d'une personnalité juridique.

La capacité de conclure des accords d'assistance technique qui est une preuve de la personnalité juridique de l'O.I., doit être recherchée dans les pouvoirs, conférés explicitement ou implicitement à l'Organisation, ou tels qu'ils sont développés dans la pratique.

Elle serait donc incompatible avec la lettre et l'esprit de la Charte constitutive, dans la seule hypothèse où la Charte contiendrait une disposition expresse interdisant à l'O.I. de conclure ce type d'accord.

contrer des accords autres que ceux qu'on a décelés dans les dispositions de l'acte constitutif de l'O.I.

Même, si nous admettons que, dans le cas d'une O.I., la conclusion d'accords d'assistance technique non prévus constitue une compétence nouvelle, la légitimité de l'acquisition de nouvelles compétences ne doit pas être mise en doute à priori, car une O.I. est généralement un organisme dynamique et doit s'adapter aux circonstances.

La pratique de l'ONU et les institutions spécialisées relatives à la conclusion des accords d'assistance technique se fondent donc sur cette théorie.

B. Le recours aux accords d'assistance technique.

L'ONU et les institutions spécialisées, désireuses de réaliser leurs buts dans le cadre des fonctions énoncées par leurs actes constitutifs, ont conclu des accords d'assistance technique. Et bien que l'assistance technique ne figure pas explicitement dans la Charte des N.U., elle correspond aux fonctions prévues par celle-ci dans son Chapitre IX relatif à la coopération économique et sociale. L'Article 55 de la Charte dispose que : « Les N.U. favorisent... la solution des problèmes internationaux dans les domaines économiques, social, de la santé publique et autres problèmes connexes, et la coopération internationale dans les domaines de la culture intellectuelle et de l'éducation ». Cette rédaction large de l'Article 55 a permis à l'ONU d'utiliser le procédé de la résolution pour envisager d'une manière générale tous les problèmes que peuvent se poser et toutes les fonctions qui peuvent être assumées par l'Organisation dans les domaines envisagés. (24) Et cela se justifie par le rôle dynamique qui doit être assumé par les O.I. pour envisager quotidiennement les problèmes nouveaux.

C'est par la technique de résolutions adoptées par l'ONU ou par les institutions spécialisées qu'on a réalisé une fonction particulière entrant dans une catégorie générale prévue ou la Charte

(24) Voir dans ce sens Feuer, «Aspects juridiques de l'Assistance technique»; p. 19.

tionaux, des assouplissements considérables.

Cette théorie a été adoptée par la C.I.J. en se prononçant sur la légalité des pouvoirs non prévus. « Selon le Droit international, l'Organisation doit être considérée comme possédant les pouvoirs qui, s'il ne sont pas expressément énumérés dans la Charte, sont par une conséquence nécessaire conférés à l'Organisation en tant qu'essentiels à l'exercice des fonctions de celle-ci ». (20) La Cour dit encore : « On doit admettre que ses membres, en lui assignant certaines fonctions, avec les devoirs et les responsabilités qui les accompagnent, l'ont revêtue de la compétence nécessaire pour lui permettre de s'acquitter effectivement de ces fonctions. » (21) Mais une extension des compétences justifiée par la théorie des pouvoirs implicites, ne peut s'effectuer que dans un seul domaine : celui des fonctions dévolues à l'O. en vertu de son acte constitutif. La règle de spécialité interdit donc aux O.I. de passer des Accords qui aboutissent à modifier leur compétence (22). Une O.I. ne doit être réputée dotée que des pouvoirs implicites strictement nécessaires pour assumer l'exercice de ses fonctions, sans pour autant aller à l'encontre des dispositions de l'acte constitutif. Aussi la théorie des pouvoirs implicites trouve-t-elle un contrepois dans une autre théorie dite « théorie des compétences fonctionnelles », énoncée dans l'Avis consultatif de 1949 et de 1962 de la C.J. (23)

Ainsi la théorie des pouvoirs implicites joue une condition que l'O. se cantonne dans ses fonctions, telles qu'elles résultent explicitement ou implicitement de l'acte constitutif et de la pratique qui les développe.

Dans la combinaison de ces deux théories réside, à notre avis, toute l'explication juridique de la conclusion des accords d'assistance technique. Par conséquent, nous devons admettre la légalité de la conclusion de tels accords dans le cas où l'acte constitutif est muet. Nous ne pouvons donc exclure à priori la possibilité de ren-

(20) C.I.J., Recueil, Avis consultatif, op. cit., p. 185.

(21) Ibid; p. 179.

(22) Dupuy « Le Droit des relations entre les O.I. ». RCDI; 1960, t II, p. 534.

(23) C.I.J., Recueil, Avis consultatif de 1962, p. 168.

relative. Elles ne sont pas constitutives et chaque O.I. détient ce pouvoir de plein droit, mais exercice est canalisé dans une finalité particulière. Ainsi, les O.I. concluent des accords d'assistance technique, mais comme le dit Sir G. Fritzmaurice, elles ne jouissent de cette faculté « qu'à l'égard des questions relevant de leurs attributions et de leurs compétences; elles sont soumises aux limitations résultant de leur constitution ». (18)

Section 3 L'interprétation des actes constitutifs des O.I., source implicite du Treaty making power.

A. Considérations théoriques :

Si l'acte constitutif d'une O.I. ne contient aucune disposition interdisant à celle-ci de conclure des accords d'assistance technique autres que ceux qui sont mentionnés, cela ne suffit pas de lui permettre de conclure n'importe quel accord, car les O.I. n'ont que des compétences d'attribution. Mais, on ne doit pas s'attendre à ce que l'acte constitutif d'une O.I. précise toutes les matières qui peuvent faire l'objet d'un accord. Il confère à l'O.I. des compétences nombreuses, et des pouvoirs étendus. Ceux-ci soulèvent un problème général, celui de leur portée et de leurs limites. L'application des textes suppose toujours leur interprétation pour leur exécution. Vu le caractère constitutionnel des actes constitutifs des O.I., les compétences de celles-ci ne devraient pas être interprétées littéralement avec rigidité, mais avec flexibilité, de façon à permettre à l'O.I. de se développer et être efficace pour s'acquitter de ses buts. (19) Et si en théorie générale, les O.I. ne peuvent rien faire au-delà de leurs fonctions, elles peuvent faire tout acte compris dans ses fonctions et elles bénéficient de la plénitude de celles-ci. Elles doivent disposer d'une initiative qui peut être large, si leurs fonctions ont été formulées en termes généraux.

C'est à la théorie des pouvoirs implicites, que revient le mérite d'apporter à la règle de l'interprétation stricte des actes interna-

(18) AG. Doc. A/CN. 4/115; p. 18 troisième rapport de Sir G. Fritzmaurice.

(19) Voir dans ce sens : Vallat, « The Competence of the general Assembly of U.N. » RCADI; t II, 1959, p. 229. Voir aussi Cohen : « The UN constitutional development, growth and possibilities ». 1961, pp. 27-28.

D'autres actes constitutifs nous fourniront d'exemples des dispositions contenant expressément la possibilité pour les O.I. de passer des accords d'assistance technique. C'est ainsi que l'Art. 2 (1) de l'acte Constitutif de l'OIR dispose que : « l'Organisation doit, conformément aux buts et principes énoncés dans la Charte des N.U., se charger du rapatriement, de l'identification, de l'inscription et du classement des personnes relevant de sa compétence, conformément aux dispositions de l'Annex I; des soins et de l'assistance à leur fournir; de la protection juridique et politique à laquelle elles ont droit...

L'Article 2 (2) ajoute que : « Pour s'acquitter de ces fonctions, l'Organisation peut se livrer à toute les activités appropriées et, à cette fin, est habilitée :

e) ... « à mener des négociations et à contracter des accords avec les gouvernements,

J) ... à conclure des accords avec les pays qui peuvent et qui désirent accueillir des réfugiés ou des personnes déplacées, en vue d'assurer dans les mesures nécessaires la protection de leurs droits et intérêts légitimes » ...

Après l'exposé précédent de quelques rares dispositions constitutionnelles concernant les accords portant sur l'assistance ou l'aide technique, nous pouvons nous demander si cette présentation des articles n'est pas une formalité, car les O.I. détiennent comme l'a mentionné Brierly une « certaine capacité innée » (17) de faire des traités. Car cette compétence, traduite aujourd'hui par une coutume internationale, est une nécessité vitale pour l'O.I. qui ne peut réaliser ses buts sans elle. Cette nécessité est si forte, elle se rattache si intensément à la notion de fonctionnement de l'O., qu'il serait facile de soutenir que, même en l'absence de textes précis cette possibilité est un attribut, dont l'existence se déduit de l'acte constitutif de l'O. dans son ensemble.

Donc, les dispositions d'un acte constitutif d'une O.I. relative au « treaty making power » d'une O.I., n'ont qu'une valeur décl-

(17) A.G. Doc. A/CN. 4/23 p. 24 Premier rapport de M. Brierly à la C.D.I.

expresse à conclure ces accords, mais tout en envisageant manifestement une capacité correspondante chez les I.S., il ne se préoccupe nullement des stipulations de leurs constitutions respectives. Il n'en est pas moins évident que la capacité de faire des traités, inhérente aux O.I., capacité dont l'existence est ainsi constatée, est limitée à la capacité de faire des traités compatibles avec la lettre et l'esprit de leur constitution particulière.

A cet égard, les Actes constitutifs énumèrent parfois un certain nombre de dispositions qui permettent à l'O.I. de conclure des accords en général (15) ou certains types d'accords (16) mais ils contiennent rarement des dispositions expresses visant la conclusion des accords d'A.T. C'est ainsi que l'Article 2 de l'OMS dispose que « l'Organisation, pour atteindre son but, exerce les Fonctions suivantes :

- c) ... aider les gouvernements, sur leur demande, à renforcer leur service de santé.
- d) fournir l'assistance technique appropriée et, dans les cas d'urgence, d'aide nécessaire, à la requête des gouvernements ou sur leur acceptation.

Nous pouvons relever également l'Article premier, paragraphe 3 de l'acte constitutif de FAO qui prévoit que :

« l'organisation a... pour fonctions :

- a) de fournir aux gouvernements l'assistance technique qu'ils demandent.
- b) d'organiser, en coopération avec les gouvernements intéressés, les missions nécessaires pour les aider à exécuter les obligations nées du fait d'avoir souscrire aux recommandations, de la Conférence des N.U. pour l'Alimentation et l'Agriculture.

(16) Voir par exemple l'Art. 69-72 de la Constitution de l'OMS, les Art. XII, XIII et XV de la Constitution de FAO, les Arts. X et XI de l'UNESCO.

fonctions et atteindre ses objectifs. (12)

Cependant, si les constitutions de quelques autres O.I. reconnaissent, sans aucune limitation, la capacité de l'O., il ne semble pas toutefois que l'on doive attacher une importance décisive au fait que la constitution de certaines organisations limitent expressément leur personnalité et leur capacité I. en fonction de leurs objectifs et de leurs buts, tandis que d'autres ne contiennent pas de dispositions de cette nature. Le caractère général des termes, cités plus haut, de l'avis de la C.I.J. de 1949 laisse entendre qu'une telle limitation générale de capacité doit être présumée toutes les O.I.

Section 2 Les dispositions constitutionnelles des actes constitutifs des O.I. source explicite de Treaty making power.

Comme nous l'avons indiqué plus haut, certains actes constitutifs des O.I. contiennent des dispositions expresses qui prévoient formellement le droit pour l'O.I. de conclure des accords I. « En effet pour une O.I., la source première de cette capacité réside dans une disposition expresse de l'acte constitutif ». (13) Mais il ne faut pas croire qu'une O.I. soit incapable de faire des traités uniquement parce que sa constitution ne le prévoit pas en termes exprès, (14) car il ne s'agit ici que de l'application d'une compétence générale.

C'est ainsi que la S.D.N. a revendiqué et exercé la capacité de faire des traités, bien qu'il n'en fût pas fait mention dans le Pacte. La C.I.P.J. et la C.I.J. ont l'une et l'autre réglé par traité la question de leur privilège et immunité, bien qu'aucun pouvoir exprès ne leur fût conféré à cet effet par leurs status respectifs. En outre, l'Art. 63 de la Charte, qui prévoit la Conclusion d'accords en vue de relier les I.S. à l'ONU, autorise bien le C.E.S. de manière

(12) Article 13

(13) Voir le rapport des projets d'articles sur le droit des traités présenté par Brierly à la C.D.I., (A/CN. 4/23) p. 24.

(14) L'acte constitutif de l'OMI ne contient aucune provision sur l'assistance de FAO; l'Art. 2 (V) de l'OMS; et l'Art. 13 (1) de l'OIR et l'Art. 2 de l'UNESCO.

Dans son rapport Lauterpacht pose dans l'article premier de son projet portant sur le droit des traités, le principe selon lequel les O.I. ont, en règle général, la capacité de conclure des traités (7). Il examine ensuite si cette capacité leur appartient sans aucune limitation ou si son étendue est fonction de leurs buts et de leur constitution. Il déclare que sur le plan international, il est douteux que les O.I. aient une capacité illimitée de conclure des traités. Il est certain que cette capacité découle de leur personnalité internationale. Toutefois, cette personnalité n'a ni la même nature ni la même étendue que celle des E. Comme l'a dit la C.I.J. dans son Avis Consultatif de 1949 : « Alors qu'un E. possède, dans sa totalité, les droits et devoirs internationaux reconnus par le D.I., les droits et devoirs d'une entité telle que l'O. doivent dépendre des buts et des fonctions de celle-ci, énoncés ou impliqués par son acte constitutif et développés dans la pratique (8). C'est pourquoi, tout en déclarant que l'ONU est une personne internationale et qu'elle a la capacité de conclure des accords, la Cour a ajouté la restriction ci-après : « Cela n'équivaut pas à dire que l'O. soit un E., ce qu'elle n'est certainement pas, ou que sa personnalité juridique, ses droits et ses devoirs soient les mêmes que ceux d'un E. » (9)

Il en est de même, à plus forte raison, des O.I. dont les fonctions et les buts sont moins étendus que ceux des N.U. Dans certains cas, les constitutions des O.I. déclarent expressément que leur capacité I. soit limitée. C'est ainsi que la Constitution de FAO dispose que « l'O. a la personnalité juridique pour accomplir tout acte juridique conforme à son objet dans les limites des pouvoirs qui lui sont conférés par le présent Acte ». (10) La Constitution de l'OMS emploie des termes identiques. (11) De même, la Constitution de OIR stipule que « l'O. jouira, sur le territoire de chaque Etat membre, de la capacité juridique nécessaire pour exercer ses

(7) A.G./A.CN 4/63; p. 171.

(8) C.I.J. Recueil, 1949, p. 180.

(9) Ibid, p. 179.

(10) Article 15 (1).

(11) Article 66

une volonté propre de l'O. en tant que destinataire des normes juridiques.

C'est dans ce sens que la C.I.J. a déclaré dans son Avis consultatif de 1949 que : « Selon le droit international, l'O. doit être considérée comme possédant ces pouvoirs, (pouvoir de conclure des accords internationaux) qui, s'ils ne sont pas expressément énoncés dans la Charte, sont, par une conséquence nécessaire, conférés à l'Organisation en tant qu'essentiels à l'exercice des fonctions de celle-ci ». (6)

Bref, le pouvoir des O.I. de passer des accords, dépend soit d'une disposition expresse de l'Acte constitutif de l'O.I., soit il est implicitement fondé sur l'Acte constitutif.

Mais quelles sont les limites de ce pouvoir ? Faire d'une O.I. un instrument pratique, cela pose des questions juridiques et constitutionnelles. C'est l'aménagement de la légalité des accords conclus par elle; c'est-à-dire des modalités selon lesquelles les accords sont assujettis au respect des dispositions de l'Acte Constitutif de l'O.I. et aux normes internationales en général.

L'examen de cette question fera l'objet du point suivant.

Section 1 Etendue et limitation de la capacité des O.I. en matière de conclusion des accords en général.

La règle générale est que les compétences des O.I. sont déterminées par leurs fonctions, et leurs actes constitutifs. Ceux-ci gouvernent les compétences internes, mais aussi les compétences externes que l'O., comme entité, exerce à l'égard d'autres sujets de D.I.

Nous entendons donc que ces compétences sont attributives et que les E.M. d'une O.I., les ont limitées. D'une manière générale, la compétence de conclure les accords par les O.I. dépend soit des dispositions explicites, contenues dans l'acte constitutif à la base de l'O.I. soit d'une interprétation implicite de l'acte.

(6) C.I.J. Recueil, « Réparation des Dommages... », Avis consul. de 1949.

Ces remarques relatives à la théorie des O.I., nous amènent à dire, qu'au point de vue constitutionnel, les actes juridiques des O.I. pris conformément à des articles autres que ses buts et principes, peuvent être considérés comme correspondant à la mise en œuvre de ceux-ci et par conséquent, comme étant une preuve de l'application et de l'interprétation pratique des buts que s'est assignés à l'O. et ses membres sont tenus d'agir pour atteindre les buts énoncés dans son acte constitutif. Si celui-ci est un « traité multilatéral » ou un texte conventionnel » (3), il est aussi une « opération de fondation » tendant à la création d'un corps constitué. Nous pouvons donc admettre que l'acte constitutif d'un O.I. comprend d'une part, au minimum les dispositions nécessaires pour définir le rôle de l'O., et d'autre part, comprend les éléments essentiel de la structure et de fonctionnement de l'O.

Cette distinction entre les deux sorts des dispositions constitutionnelles, met en relief le fondement juridique de pouvoir conclure des accords par les O.I. Celles-ci fonctionnant dans l'intérêt général de la communauté I., et organisées par un acte constitutif concernant les buts à réaliser et les principes à appliquer, il est juste de laisser à l'O. le pouvoir d'apprécier les moyens de mettre en œuvre un besoin à satisfaire, parmi lesquels figurent les accords conclus par elles.

Mais reconnaître aux O.I. le pouvoir de conclure des accords I., signifie lui reconnaître une volonté propre distincte de celle des Etats qui en font partie. Et il n'est plus possible de mettre en doute cette volonté propre, produit de la personnalité juridique de l'O.I. après les deux avis consultatifs de la C.I.J. de 1949 (4) et 1954 (5).

Nous pouvons donc conclure, que le pouvoir de passer des accords par les O.I. est fondé sur les principes de la nécessité et de l'efficacité pour assurer la réalisation des buts de l'O.I., et suppose

-
- (3) C.I.J., Recueil, « Admission d'un Etat aux NU », Avis consult. de 1948, p. 61.
 - (4) C.I.J. Recueil, « Réparation des dommages subis au service des NU ». Avis consul. de 1949, pp. 178-179.
 - (5) C.I.J. Recueil, « Effets de jugement du T.A. des NU ». Avis consul. de 1954, p. 53.

PREMIÈRE

LA CONCLUSION DE L'ACCORD

Chapitre 1 : Le Fondement des accords d'association

Les Etats en créant une association veulent donner à leur action concertée par l'établissement d'un mécanisme pour satisfaire un intérêt commun (1) de voir les dispositions constitutionnelles au point de vue matériel, deux parties : l'une des buts et des principes, l'autre posant le personnel, selon lequel les buts doivent être des règles d'organisation et de fonctionnement.

Cette distinction présente dans notre matière. Tout d'abord, il y a une subordination entre les buts et les principes du mécanisme institutionnel dans son ensemble, nous constatons dans la pratique, que dans les O.I. de coopération, surtout celles à caractère permanent, laissent un certain pouvoir d'adaptation selon les nécessités de l'heure (2). Ils posent les buts et les principes et laissent la voie à compléter les principes et poser les conditions de certains aspects du mécanisme institutionnel.

-
- (1) Mme Bastid, *Le Droit des Nations*, t. 1, p. 100.
(2) Voir le rapport annuel du Conseil de l'Europe pour que « Cet organisme vivant qu'est l'Europe s'adapte aux besoins ». A.G. doc. off.; 14e Sess. (1960-1961), add. 1.)

La difficulté de cette étude est que les accords conclus par les organisations internationales, en général, et les accords d'assistance technique en particulier, n'ont pas de contours juridiques très définis. Il sera donc nécessaire, de se référer aux règles juridiques précises afin de pouvoir raisonner par comparaison. Il faut prendre d'abord ces règles dans le droit international et le droit des organisations internationales, et ensuite dans la pratique des organisations internationales à propos de la conclusion de tels accords.

Plan.

L'objet de cette étude sera envisagé en deux parties. Dans la première nous examinerons les accords d'assistance technique sous leur aspect formel et procédural (conclusion des accords); dans la seconde, nous les aborderons au point de vue matériel (Application des Accords).

conclure des traités; tout en reconnaissant parfaitement que celles-ci pouvaient avoir la capacité de conclure des traits. Et les accords conclus par les organisations internationales, tout en ayant cette capacité, relevaient du droit des traités.

Donc, aucune raison décisive n'a paru s'opposer à ce que les règles qui s'appliquent par ailleurs aux traités, ne régissent également les accords conclus par ou entre des organisations internationales, sous réserve des modifications qui lui seront apportées. Ce sont des difficultés pratiques qui ont surgi pour une codification d'ensemble du droit des traités.

Nous nous proposons donc d'examiner dans cette étude les accords d'assistance technique conclus par l'ONU et les institutions spécialisées et d'envisager un grand nombre d'accords qui se rapportent à l'assistance technique, limités à la présentation de services consultatifs ou techniques tendant à contribuer au développement économique, social et culturel des pays intéressés grâce à l'échange de connaissances techniques sur le plan international, les fournitures d'équipement et de matériel n'étant assurées qu'à des fins de démonstration ou dans la mesure où elles font partie intégrante d'un projet d'assistance technique (4). De cette définition, il ressort que seront exclus les accords d'assistance financière et économiques, l'assistance technique entre les Etats et les accords de coopération qui ont pour vocation l'aide mutuelle entre les parties.

Il nous reste à dire que cette recherche est orientée vers l'optique juridique et pratique de la conclusion de ces accords, qui constituent des nouvelles formes des relations internationales et suscitent sur le plan juridique certains problèmes concernant le droit de conclure des traités internationaux.

C'est à la lumière de la Convention de Vienne du 23 Mai 1969, que des éléments nouveaux et originaux pourraient s'ajouter à la théorie générale des traités.

(4) Répertoire de la Pratique suivie par les organes des Nations Unies, 1956, Vol. III, p. 487.

INTRODUCTION

Les accords conclus par les organisations internationales et les Etats ou les organisations, ont pris une place de premier plan dans les relations internationales. Lorsque la C.D.I. s'est vu confier en 1949 la responsabilité de codifier un droit des traits, il était entendu que celle-ci entreprendrait sa tâche en préparant un projet d'une Convention applicable soit aux accords conclus entre les Etats, soit aux accords conclus par les O.I. avec les Etats ou entre elles. Toutefois, on a estimé que le droit des traités était en soi une question suffisamment complexe dans ses aspects que intéressent les Etats, et que la codification deviendrait beaucoup trop difficile si l'on essayait de la faire porter également sur les traités conclus entre les organisations internationales ou entre les organisations et des Etats. Il a été décidé d'étudier en premier lieu le projet de Convention qui s'applique aux relations établies strictement entre des Etats et d'examiner ultérieurement les modifications ou les additions qu'il serait nécessaire de lui apporter pour qu'il embrasse les traités auxquels les organisations internationales sont parties. (1) Ce fut en 1959, que la Commission du Droit international décida (2) comme elle l'avait fait en 1951 (3) de laisser de côté la capacité des organisations internationales de

-
- (1) Voir Doc. A/CN. 4/101 in Annuaire de la Commission du Droit International, 1959, Vol. 1, 480ème Séance, § 9. p. 3.
- (2) A/4169, Chapitre II, § 6 du commentaire de l'article 2.
- (3) 98^e séance. Et voir l'avis contraire à cette attitude exprimé par M. Lauterpacut dans son premier rapport à la C.D.I. in Doc. A/CN. 4/63, Annuaire de la Commission de Droit international, 1951, Vol. 1, p. 37. De même voir l'Avis du Conseiller juridique de FAO dans sa lettre en date du 7 juillet, 1967 à la Conférence de Vienne sur le droit des traités (A/6827/add. 1, pp. 21-22 in A/Conf. 39/5 (Vol. 1) p. 63.

**LES ACCORDS D'ASSISTANCE TECHNIQUE CONCLUS
PAR LES ORGANISATIONS INTERNATIONALES (x)**

(Le cas de l'ONU et les Institutions Spécialisées)

par

Dr. Sabih MISCONI

**Professeur Adjoint à la Faculté de Droit de
l'Université de Libye**

(x) Cette étude a pu être entreprise grâce à une bourse de L'ONU/UNITAR dont l'auteur a bénéficié à l'Académie de Droit International de La Haye du 22 Juillet 1969 au 26 Septembre 1969. L'auteur tient à lui exprimer ici sa reconnaissance, ainsi qu'au curatorium de l'Académie de Droit International.

Il tient également à exprimer sa profonde gratitude à Monsieur le Professeur Ph. Cahier dont les conseils lui ont été d'une grande utilité.