

دولة ليبيا
المجلس الأعلى للقضاء
إدارة القضايا



بِسْمِ اللَّهِ الرَّحْمَنِ الرَّحِيمِ
﴿ وَإِنْ حَكَمْتَ فَأَحْكُم بَيْنَهُم بِأَقْسَطِ أِنَّ اللَّهَ يُحِبُّ الْمُقْسِطِينَ ﴾
صَدَقَ اللَّهُ الْعَظِيمَ

مجلة
إدارة القضايا

مجلة قانونية نصف سنوية تصدرها
إدارة القضايا بدولة ليبيا

ديسمبر 2021

السنة العشرون

العدد (40)

إدارة القضاة

دولة ليبيا
المجلس الأعلى للقضاء
إدارة القضايا

بِسْمِ اللَّهِ الرَّحْمَنِ الرَّحِيمِ
﴿ وَإِنْ حَكَمْتُمْ فَأَحْكُمْ بِبَيْنِهِمْ بِالْقِسْطِ إِنَّ اللَّهَ يُحِبُّ الْمُقْسِطِينَ ﴾
صَدَقَ اللَّهُ الْعَظِيمُ

مجلة
إدارة القضايا

مجلة قانونية نصف سنوية تصدرها إدارة القضايا بدولة ليبيا

ديسمبر 2021

السنة العشرون

العدد (40)

إدارة القضاة

مجلة إدارة القضايا

مجلة قانونية نصف سنوية تصدرها إدارة القضايا بدولة ليبيا

رئيس هيئة التحرير

المستشار / د. خليفة سالم الجهمي

رئيس إدارة القضايا

أمين الصندوق

المحامي / عادل خليفة قديم

مدير الشؤون الإدارية والمالية بإدارة القضايا

أمين هيئة التحرير

المستشار / عبدالفتاح مختار بن صابر

وكيل إدارة القضايا

الهيئة الاستشارية للمجلة

المستشار / فتحي علي المبروك

مدير إدارة المتابعة بإدارة القضايا

المستشار / آمنة محمد الحسناوي

رئيس المكتب الفني بإدارة القضايا

المستشار / خالد أبوعائشة البوعيشي

رئيس قسم المنازعات الخارجية بإدارة القضايا

طباعة وتنسيق / أبوبكر محمد أبومنجي

• مقر المجلة :

إدارة القضايا . مجمع المحاكم . شارع السيد . طرابلس / ليبيا

جميع المراسلات المتعلقة بالمجلة توجه باسم رئيس هيئة التحرير أو أمينها على العنوان المبين أعلاه

إدارة القضاة

قواعد النشر بالمجلة :

- أن لا يكون العمل المقدم للنشر قد سبق نشره .
- تخضع المواد المقدمة للنشر للتقييم حسب الأصول المتعارف عليها .
- الأعمال المقدمة للنشر بالمجلة لا ترد إلى أصحابها سواء قبلت أم لم تقبل .
- يتعين أن يكون العمل المقدم للنشر مطبوعاً من أصل وصورة ومستوفياً لقواعد البحث العلمي ، ومنسوخاً على قرص مرن أو مضغوط CD بخط Simplified Arabic حجم 14 .
- على صاحب العمل المقدم للنشر إرفاق نبذة موجزة بسيرته وعنوانه .

الإشراكات :

يتفق بشأنها مع هيئة تحرير المجلة .

الآراء التي تنشر بالمجلة تنسب لأصحابها ولا تعبر بالضرورة عن رأي هيئة التحرير أو الإدارة

إدارة القضاة

المحتويات

▪ الافتتاحية .

البحوث والدراسات

- 13 إجراءات رفع الدعوى الإدارية وتحضيرها
المستشار / د. خليفة سالم الجهمي
- 31 الأوامر على العرائض في قانون المرافعات الليبي
المستشار / د. صلاح امحمد منصور الشويرف
- 73 فكرة الأثر الرجعي للأحكام بعدم الدستورية
المستشار / أمنة محمد الحسنواوي
- 93 القضاء الإداري الليبي واقع ورؤية
المستشار / فائزة منصور استييه
- 137 نطاق الرقابة القضائية السابقة على صدور حكم التحكيم
د. عثمان سعيد المجيشي

تعليقات

- 161 مناقشة لنص المادة (275) من قانون المرافعات
الأستاذ المحامي / محمد مصطفى الهوني

أحكام المحكمة العليا

- 170 الطعن الإداري رقم (3 / 64 ق)
الطعن الإداري رقم (135 / 64 ق)
- 175 الطعن الإداري رقم (210 / 64 ق)
- 182 الطعن الإداري رقم (130 / 64 ق)
- 187 الطعن الإداري رقم (130 / 64 ق)

- 193 الطعن الإداري رقم (150 / 65 ق)
- 199 الطعن الإداري رقم (150 / 66 ق)
- 205 الطعن المدني رقم (730 / 64 ق)
- 213 الطعن المدني رقم (829 / 64 ق)
- 219 الطعن المدني رقم (208 / 65 ق)
- 225 الطعن المدني رقم (710 / 65 ق)

أحكام القضاء الأجنبي

- 231 + حكم المحكمة العليا البريطانية في وجوب الإعلان بالطرق الدبلوماسية (جنرال ديناميك + الدولة الليبية).
- 239 + حكم محكمة النقض الفرنسية في اعتراض الخارج عن الخصومة (مصرف ليبيا المركزي + شركة الخرافي).
- 247 + حكم محكمة استئناف ميونخ في الاعتراض على إنفاذ حكم التحكيم شركة إتراك التركية بألمانيا

الافتتاحية

بِسْمِ اللَّهِ الرَّحْمَنِ الرَّحِيمِ

بصدور هذا العدد تكون مجلة إدارة القضايا قد اختتمت عامها العشرون من مسيرتها ، وقد استقام عودها ، ورسخت دعائمها ، وتبارى الكتاب على صفحاتها ، وازدانت بها العديد من الدراسات القانونية والبحوث الفقهية والتعليقات القضائية ، التي طرحت من خلالها الإشكاليات القانونية على بساط البحث والتحليل الفقهي ، وظهرت عن طريقها بعض الحلول والتوصيات أو بالأقل أثارت الاهتمام بها وأشارت إلى ضرورة معالجة المسائل التي تناولتها بكل موضوعية ، لتغدو هذه المجلة جسرا متينا يربط العلم بالعمل والنظر بالتطبيق ، الأمر الذي يؤدي إلى توطيد المعرفة وتوسيع الثقافة القانونية. ولم يكن بالإمكان أن تنهض هذه المجلة بما تقدم ويعلو شأنها دون اسهامات كتابها من أعضاء الهيئات القضائية وفقهاء القانون والشريعة ، بما يجودون به من دراسات ثرية وابحاث قيمة وتعليقات مستنيرة ، حتى بات القراء ينتظرون وقت صدورها ويتلهفون على اقتنائها .

وهذه المنزلة التي تبوئتها مجلتنا يتطلب للمحافظة عليها بذل المزيد من التدقيق والتمحيص لكل ما ينشر بها ، والعمل على تحسين صورتها واطهارها بالمظهر الذي يليق بها ، حتى تواكب حركة التطور وروح العصر .

وإذ نحمد الله تعالى على كل ذلك ونعتز به ايما اعتزاز في ظل ظروف غاية في الصعوبة مرت بها ، لا يسعنا إلا أن ننوه بالجهد الكبير والعمل الدؤوب الذي تقوم به هيئة تحرير هذه المجلة ، الذي أدى إلى تثبيت أركانها وانتشارها على نحو واسع ، مع الاقرار في نفس الوقت بأن جهدا إنسانيا مهما بلغ حجمه وقوته عاجز عن الوصول إلى مرتبة الكمال ، إذ الكمال لله وحده .

وفي الختام ندعو الله عز وجل أن يوفقنا لما يحب ويرضى ، وأن يرشدنا إلى الحق والصواب ، وأن تكون اعمالنا خالصة لوجهه الكريم ، وآخر دعوانا أن الحمد لله رب العالمين .

﴿ المستشار / د . خليفة سالم الجهمي _ رئيس هيئة تحرير المجلة ﴾

إدارة القضاة

البحوث والدراسات

- إجراءات رفع الدعوى الإدارية وتحضيرها .

المستشار / د. خليفة سالم الجهمي

- الأوامر على العرائض في قانون المرافعات الليبي .

المستشار / د. صلاح أحمد منصور الشويرف

- فكرة الأثر الرجعي للأحكام بعدم الدستورية .

المستشار / أمينة محمد الحسنواي

- القضاء الإداري الليبي واقع ورؤية .

المستشار / فائزة منصور استيية

- الرقابة القضائية السابقة على صدور حكم التحكيم .

الدكتور / عثمان سعيد الوحيشي

إدارة القضاة

إجراءات رفع الدعوى الإدارية وتحضيرها في القانون الليبي

المستشار / د. خليفة سالم الجهمي
رئيس إدارة القضاء

مقدمة

إجراءات الدعوى الإدارية تتمتع بالأصالة والاستقلالية عن إجراءات الدعوى المدنية⁽¹⁾ وذلك لما تتصف به هذه الدعوى من ذاتية خاصة ، وبهذه المثابة فإن القاعدة العامة هو خضوع الدعوى الإدارية للإجراءات المنصوص عليها بالقانون رقم 1971/88 في شأن القضاء الإداري ، ولا يتم اللجوء إلى الإجراءات المقررة بقانون المرافعات المدنية والتجارية في شأنها- الذي يعتبر الشريعة العامة في الإجراءات- إلا على سبيل الاستثناء ، وذلك كله بشرطين : أولهما- أن لا يكون هناك نص خاص قد ورد في قانون القضاء الإداري ، وثانيهما- أن لا تتعارض تلك الإجراءات مع الطبيعة الذاتية للدعوى الإدارية ، وهو ما يتجلى لنا بصورة واضحة في دعوى الإلغاء التي ينحصر الاختصاص بنظرها للقضاء الإداري وحده على سبيل الانفراد ، مما يمكن أن نلقي الضوء عليه من خلال هذا البحث الموجز في مطلبين :

- المطلب الأول : إجراءات رفع الدعوى الإدارية.

- المطلب الثاني : تحضير الدعوى الإدارية.

(1) أشارت المحكمة العليا إلى هذا المعنى في حكمها الصادر بتاريخ 1960/6/30 في الطعن الإداري رقم 3/3 بقولها « إنه من المسلم به في الفقه الإداري أن قواعد التقاضي أمام المحاكم الإدارية مستقلة عن قواعد المرافعات المدنية وليست استثناء منها » (قضاء المحكمة العليا الإداري والدستوري ج 2 ص 51 وما بعدها) .

المطلب الأول

إجراءات رفع الدعوى الإدارية

ترفع الدعوى الإدارية وتنعقد الخصومة فيها بإيداع صحيفة قلم كتاب دائرة القضاء الإداري بمحكمة الاستئناف المختصة ، وذلك عملا بالمادة (9) من القانون رقم 1971/88 في شأن القضاء الإداري التي تنص على أن " يقدم الطعن بصحيفة تودع قلم كتاب المحكمة موقع عليها من محام من المقيدين بجدول المحامين المقبولين أمامها " ويتطلب ذلك وفقا للممارسة العملية اتخاذ إجراءين متلازمين لا يغني أحدهما عن الآخر ، أولهما تقديم صحيفة الدعوى باسم المدعي أو الطاعن موقعا عليها من أحد المحامين المقبولين للترافع أمام محاكم الاستئناف على الأقل ، وثانيهما قيام قلم كتاب المحكمة المختصة بتحرير محضر إيداع لصحيفة الدعوى على النموذج المعد لهذا الغرض ، يبين فيه تاريخ الإيداع ورقم الدعوى والرسم المقرر عليها متى كان واجبا ، مع تذييل المحضر بتوقيع الموظف المختص بقلم الكتاب وتوقيع محامي المدعي أو الطاعن ، ومن ثم فإن إجراءات رفع دعوى الإدارية وانعقاد الخصومة فيها يتطلب ما يلي :

(أولا) تقديم صحيفة الدعوى :

من المعلوم أن القضاء لا يتصل بأي منازعة من تلقاء نفسه ، وإنما يتعين أن تقدم له المنازعة بناء على طلب من صاحب الشأن يفصح فيه عن حقه باللجوء إلى القضاء لحماية مركزه القانوني مما يعتقد أن هناك مساس به (1) ويسمى هذا الطلب بالدعوى حيث يتم صياغتها كتابيا بلغة القاضي الذي يختص بنظرها في شكل صحيفة أو عريضة يعبر بها عن ارادته في اللجوء إلى القضاء

(1) د. حسن السيد بسيوني ، دور القضاء في المنازعة الإدارية ، عالم الكتب القاهرة 1988 ص 219 .

لإنصافه مما عساه يكون اعتداء على حقه الشخصي أو مركزه القانوني (1) وبهذه المثابة يعتبر تقديم صحيفة الدعوى نقطة البداية في إجراءات رفعها.

ويحرص المشرع على تحديد العناصر التي تشتمل عليها صحيفة الدعوى ، حيث نص في المادة (10) من القانون رقم 1971/88 بشأن القضاء الإداري على أنه " يجب أن تشتمل صحيفة الطعن عدا البيانات المتعلقة باسم الطالب ومن يوجه إليهم الطلب وصفاتهم ومحال اقامتهم ، موضوع الطلب وبيانا بالمستندات المؤيدة له وأن ترفق بالصحيفة صورة من القرار المطعون فيه أو ملخص واف له " ويستفاد من ذلك أنه ينبغي أن تحتوي صحيفة دعوى الإلغاء على العناصر الآتية :

1- طرفا الدعوى : وهما صاحبا العلاقة بالخصومة في دعوى الإلغاء ويطلق على رافعها اصطلاح المدعي أو الطاعن ، وعلى من توجه إليه اصطلاح المدعى عليه أو المطعون ضده ، ويتعين أن يكون لكليهما وجود قانوني وأن تتوافر فيهما الأهلية للاختصاص أمام القضاء سوا كانوا أشخاصا طبيعيين أم اعتباريين ، بحيث تتضمن الصحيفة بيانا كافيا بأسمائهم وصفاتهم ومن يمثلهم أو ينوب عنهم وموطن كل منهم ، دون أي تجهيل بحقيقتهم ، إذ أن التجهيل في هذا الخصوص يترتب عليه بطلان صحيفة الدعوى ، وهو بطلان لا يتعلق بالنظام العام ويسقط الدفع به بالكلام في الموضوع (2) .

(1) عرفت المحكمة الإدارية العليا المصرية الخصومة الإدارية بأنها " حالة قانونية تنشأ عن مباشرة الدعوى بالادعاء لدى القضاء ، أي بالالتجاء إليه بوسيلة الدعوى أو العريضة ، وقد حدد القانون إجراءات التقدم بهذا الادعاء الذي يبنى عليه انعقاد الخصومة ، فإذا لم تكن ثمة دعوى من أحد الخصمين للخصم الآخر إلى التلاقي أمام القضاء أو لم يكن لأحدهما أو كليهما وجود ، فلا تنشأ الخصومة القضائية ولا تتعقد " حكمها في الطعن رقم 29/941ق بتاريخ 1986/1/28 مجموعة المبادئ س31 ص999 .

(2) م.د. محمد عبدالحميد مسعود ، إشكاليات التقاضي أمام القضاء الإداري ، منشأة المعارف الإسكندرية

ويلاحظ أن دعوى الإلغاء باعتبارها خصومة عينية أو موضوعية فإنها تنصب على مخاصمة القرار المطعون فيه ، وذلك في مواجهة الجهة الإدارية التي أصدرته -وهذا هو الغالب- أو في مواجهة الشخص الصادر لصالحه - في حالات معينة-⁽¹⁾ كما في حالة صدور قرار من لجنة المنازعات الضمانية لصالح المضمون أو المتقاعد فإنه يجوز لصندوق الضمان الاجتماعي الطعن عليه بالإلغاء في مواجهة من صدر لصالحه ، وكذلك الحال بالنسبة لقرارات الصادرة عن المجلس التأديبي للمخالفات المالية فإنه يجوز أن يطعن فيها بالإلغاء من قبل هيئة الرقابة الإدارية ضد من صدرت لصالحه⁽²⁾ .

2- **موضوع الدعوى** : المقصود بموضوع الدعوى هو أن يبين المدعي أو الطاعن في صحيفة دعوى الإلغاء الوقائع التي تقوم عليها الدعوى بصيغة تكشف عن المقصود من رفعها والأسس التي تثير النزاع فيها مع ملخص واف للقرار المطعون فيه ، بالإضافة إلى بيان الأسانيد أو الأسباب التي من شأنها أن تعيب القرار المطعون فيه وتجعله غير مشروع في اطار أوجه أو حالات الطعن

2009 ص 234 وما بعدها .

(1) قارن عكس ذلك أ.د. محمود حلمي ، القضاء الإداري ، دار الفكر العربي القاهرة 1974 ص 375 حيث يرى سيادته بأنه لا يجوز رفع دعوى الإلغاء ضد الفرد الصادر لمصلحته القرار المطعون فيه ، وإنما ترفع الدعوى ضد الجهة الإدارية التي أصدرت القرار ، ويجوز لهذا الفرد أن يتدخل للدفاع عن صالحه في عدم الغاء القرار المطعون فيه .

(2) ويلاحظ هنا أن دعوى الإلغاء لا ترفع على المجلس التأديبي أو اللجنة الإدارية ذات الاختصاص القضائي ، وإنما على من صدر القرار الإداري لصالحه ، وهذا ما عبرت عنه المحكمة العليا في حكمها الصادر بتاريخ 2003/4/27 في الطعن الإداري رقم 47/2ق بقولها " إن قرارات المجلس التأديبي للمخالفات المالية وإن أعتبرت قرارات إدارية لصدورها عن لجنة إدارية في شكلها ، إلا أنها فاصلة في خصومة قضائية لا يختلف موضوعها عن موضوع الأحكام ، وينبغي على ذلك أن الطعن فيها لا يصح في مواجهة المجلس التأديبي الذي أصدرها ، وإنما يجب أن يوجه إلى أطراف النزاع فيها " مجلة المحكمة العليا ص 38 وما بعدها .

بالإلغاء المقررة قانونا مدعمة بأحكام القضاء وآراء الفقه ، وذلك بشكل واضح وصريح ينفي عنها الابهام والغموض والجهالة التي ترتب بطلان الدعوى ، وبالتالي فلا يكفي ذكر عبارات عامة أو مرسلة لا يفهم منها المقصود من الوقائع أو الأسس التي ينبنى عليه النزاع في الدعوى (1) أو مجرد الإشارة إلى طعن آخر في مقام بيان أوجه الطعن بالإلغاء .

3- الطلبات في الدعوى : تتصرف الطلبات في دعوى الإلغاء إلى الهدف أو النتيجة التي يسعى المدعي أو الطاعن بلوغها جراء رفعه الدعوى ، أي ما يبتغي المدعي أو الطاعن أن يحكم به له على المدعى عليه أو المطعون ضده ، وبذلك فإنه على المدعي أو الطاعن أن يحدد في صحيفة دعواه طلباته دون تجهيل أو ابهام أو غموض ، ويكون ذلك غالبا في دعوى الإلغاء بطلب إلغاء القرار المطعون فيه كليا أو جزئيا بحسب الأحوال في نهاية صحيفة الدعوى .

4- مستندات الدعوى : يقصد بمستندات الدعوى الوثائق والأوراق المؤيدة لما يطالب به المدعي أو الطاعن في دعواه ، ويعزز بها وقائعها وأسانيدها ، ولعل أهمها صورة من القرار المطعون فيه وإعلانه ونتيجة التظلم منه إن كان لذلك محل ، وكل ما من شأنه أن يدعم مستنديا ما ورد في صحيفة دعوى الإلغاء من وقائع وأسانيد وطلبات ، على أن يتم وضع هذه الوثائق والأوراق في حافظة مستندات يبين بها مضمون كل مستند وتاريخه بأرقام متسلسلة من أصل وعدد من الصور

(1) يراجع حكم محكمة القضاء الإداري المصرية الصادر بتاريخ 1948/3/3 في القضية رقم 2/175ق ومما جاء فيه إنه " يشترط في ذكر أسباب الطعن أن تكون عن وقائع معينة وعن أمور محددة يرتكن إليها الطاعنون في طلب الحكم ببطلان عملية الانتخاب أو اسقاط العضوية ، ولا يصح من هذا البطلان تقديم مذكرة من الطاعنين مشتملة على الأسباب بعد مضي ميعاد الطعن وإثاء حجز القضية للحكم ، لأن البطلان الذي يترتب على اغفال هذا الإجراء مطلق ولا يصححه القيام بإجراء آخر لاحق عليه بعد مضي الميعاد الواجب الطعن في اثائه " مشار إليه لدى م. حمدي ياسين عكاشة ، إجراءات الدعوى الإدارية ، الهيئة المصرية العامة للكتاب القاهرة ط1983 ص240 رقم 494 .

بقدر عدد الخصوم وأعضاء المحكمة ويجوز أن تحتوي بعض تلك المستندات على وثائق أو أوراق بلغة اجنبية شريطة أن تشفع بترجمة لها إلى اللغة العربية (1) ويحتفظ بأصل الصحيفة وحافظة المستندات بملف الدعوى لدى المحكمة .

5- توقيع محام على صحيفة الدعوى : تقضي المادة (9) من القانون رقم 1971/88 في شأن القضاء الإداري بأن " يقدم الطعن بصحيفة تودع قلم كتاب المحكمة موقع عليها من محام من المقيدين بجدول المحامين المقبولين أمامها " ومفاد ذلك أن صحيفة دعوى الإلغاء يجب أن تكون موقعة من محام من المقيدين بجدول المحامين المقبولين للترافع أمام محاكم الاستئناف على الأقل ، ويعد هذا التوقيع من الإجراءات الجوهرية التي يترتب على اغفالها بطلان الصحيفة وهو بطلان يتعلق بالنظام العام (2) ويعتبر مكتب المحامي الموقع على الصحيفة موطنًا مختارًا للمدعي أو الطاعن في مرحلة التقاضي التي عليها الدعوى ما لم يعين

(1) م.د. عبدالعزيز خليل بديوي ، الوجيز في المبادئ العامة للدعوى الإدارية وإجراءاتها ، دار الفكر العربي القاهرة 1970 ص 131 .

(2) يراجع حكم المحكمة العليا الصادر بتاريخ 1995/6/17 في الطعن الإداري رقم 41/14 الذي جاء فيه " إن مفاد نص المادة التاسعة من قانون القضاء الإداري أنه يشترط لصحة عريضة الطعن أن تكون موقعة من محام مقبول أمام المحكمة المختصة بنظر الدعوى ، ولقد جرى قضاء هذه المحكمة على إنه يترتب على إغفال هذا الإجراء بطلان صحيفة الطعن لأنه يعد من الإجراءات الجوهرية الخاصة بالدعوى الإدارية وهي في هذه الخصوصية مستقلة ومتميزة عن الدعاوي المدنية والجنائية وعن إجراءات الطعن أمام المحكمة العليا ، ومن ثم لا يجوز مع صراحة النص الاحتجاج بها ، كما لا يغني عن هذا الإجراء إعداد الصحيفة من شخص قانوني له خبرة ودراية لأن هذه الحكمة متوفرة في غير المحامين من أساتذة القانون وغيرهم ، ولا يجوز لهم بهذه الصفة تقديم صحيفة الطعن أمام القضاء الإداري ، إذ أن المشرع خص بها المحامين المقبولين للترافع أمام المحكمة المختصة دون غيرهم " حكم غير منشور ، وراجع بنفس المعنى أيضا حكمها الصادر في الطعن الإداري رقم 41/62 ق بتاريخ 1996/2/17 (مجلة إدارة القضايا الليبية س2 ع4 رقم 75) .

المدعي أو الطاعن موطنًا مختارًا غيره ، وذلك عملاً بنص المادة (12) من القانون رقم 1971/88 المشار إليه .

(ثانياً) إيداع صحيفة الدعوى وإعلانها :

ولئن كان تقديم صحيفة الدعوى الإدارية إلى قلم كتاب دائرة القضاء الإداري بمحكمة الاستئناف المختصة إجراء لازماً بحسبانه نقطة البداية في إجراءات رفعها ، إلا أنه لا يكفي وحده لانعقاد الخصومة في دعوى الإلغاء ، وإنما يجب أن يقترن به إجراء آخر هو تحرير الموظف المختص بقلم كتاب المحكمة محضراً بإيداع الصحيفة ومرفقاتها يبين فيه تاريخ الإيداع ورقم قيد الدعوى في سجلات المحكمة والرسوم الواجب سدادها عنها ما لم تكن معفاة منها قانوناً ، مع تذييل المحضر بتوقيع الموظف ومحامي المدعي أو الطاعن ، ويعتبر التاريخ المدون على محضر الإيداع هو المعول عليه في تحديد تاريخ رفع دعوى الإلغاء بما يترتب على ذلك من آثار ، لا سيما من حيث حساب المواعيد المقررة⁽¹⁾.

وبهذا الإيداع تكتمل الشروط اللازمة لانعقاد الخصومة في الدعوى الإدارية وذلك بصرف النظر عن تاريخ إعلان صحيفة الدعوى الذي يقصد منه إعلام المدعى عليهم أو المطعون ضدهم برفع الدعوى حتى يتسنى لهم الرد عليها وإيداع المستندات التي تؤيد أوجه دفاعهم ، إذ أن إعلان صحيفة الدعوى ليس ركناً من أركان قيام المنازعة الإدارية التي تنعقد بإيداع صحيفة الدعوى قلم كتاب المحكمة

(1) يراجع حكم المحكمة الإدارية العليا المصرية الصادر بتاريخ 1994/7/16 في الطعن رقم 35/155ق ومما جاء فيه " إن الخصومة في المنازعات الإدارية تنعقد بإيداع صحيفة الدعوى أو التقرير بالطعن قلم كتاب المحكمة المختصة ، فالإيداع هو الإجراء الذي تفتتح به الدعوى أو يقام الطعن ، وهو المعول عليه في قطع الميعاد إن كانت الدعوى دعوى إلغاء .. وبغير هذا الإجراء لا تقوم للخصومة قائمة " مجموعة المبادئ س 39 ج 2 ص 1539 .

المختصة ، وإنما هو إجراء مستقل ولاحق لذلك (1) ويستتبع ذلك القول بأن أي بطلان عساه يشوب اعلان الصحيفة ليس من شأنه بطلان الدعوى ذاتها طالما انعقدت الخصومة فيها بالإجراءات المنصوص عليها قانونا ، وذلك دون الاخلال بتصحيح هذا البطلان وفق ما هو متبع في تصحيح أوراق التكليف بالحضور طبقا لقواعد الإعلان القضائي لأن الإجراء الباطل لا ينتج أثرا ، ولهذا فقد اعتبرت المحكمة الإدارية العليا المصرية أنه إذا ترتب على بطلان اعلان صحيفة الدعوى عدم تمكن المدعى عليه من العلم بقيام المنازعة ومن ثم استحال عليه الحضور وابداء دفاعه فيها ، فإن هذا البطلان من شأنه أن يبطل جميع الإجراءات اللاحقة ومنها الحكم الذي يصدر ضده (2).

ويلاحظ أن المادة (11) من القانون رقم 1971/88 بشأن القضاء الإداري قد نصت على أن تعلن الصحيفة ومرفقاتها إلى الجهة الإدارية المختصة وإلى ذوي الشأن في ميعاد لا يجاوز عشرين يوما من تاريخ تقديمها " وواضح من هذا النص أن عبء إعلان صحيفة دعوى الإلغاء يقع على عاتق قلم كتاب المحكمة المختصة ويتم الإعلان وفقا للقواعد المقررة لإعلان الأوراق القضائية في قانون المرافعات ، كما أن عدم إجراء الإعلان في الميعاد المنصوص عليه بالمادة المذكورة لا يترتب عليه البطلان ، بحسبان أن هذا الميعاد هو ميعاد تنظيمي قصد

(1) يراجع حكم المحكمة العليا الصادر بتاريخ 1970/3/8 في الطعن الإداري رقم 3/1 ق الذي جاء فيه " إن الدعوى الإدارية تعتبر مرفوعة بتقديم صحيفةها إلى قلم التسجيل موقعا عليها من محام مقيد بجدول المحامين المقبولين أمامها ، ولا اعتداد بإعلان الصحيفة للمدعى عليه ، إذ أن هذا الإعلان إجراء منفصل عن الإجراء الذي ترفع به الدعوى وحدد له القانون موعدا آخر ، فهذه الدعوى لا ترفع بتكليف بالحضور وإنما ترفع بمجرد إيداع الصحيفة " مجلة المحكمة العليا س 6 ع 1 و2 و3 ص 64 .

(2) الحكم الصادر بتاريخ 1967/12/9 في الطعن رقم 11/162 ق مجموعة المبادئ س 13 ص 250 .

منه الحث على سرعة اتخاذ الإجراءات للتعجيل بالفصل في المنازعات الإدارية (1) وهو ما يصدق أيضا على المواعيد المنصوص عليها بالمادة (12) من القانون المشار إليه (2) .

والجدير بالذكر أن اعلان صحيفة دعوى الإلغاء رغم اشتماله على البيانات العامة لإعلان الأوراق القضائية ، فإنه لا يتضمن ميعاد الجلسة المحددة لنظرها ، والتي يتم تحديدها في وقت لاحق بعد تحضير الدعوى على ما سنرى ، وذلك إلا إذا تضمنت الصحيفة طلبا بوقف تنفيذ القرار المطعون فيه ، فحينئذ يشتمل اعلان الصحيفة على يوم وتاريخ الجلسة المحددة لنظر هذا الطلب لطبيعته المستعجلة .

ومما يجدر التنويه إليه أن المنازعة الإدارية ولو بطريق الطعن بالإلغاء هي خصومة قضائية مناطها قيام النزاع الذي هو جوهرها واستمراره بين طرفيها ، فإن هي رفعت مفتقرة اليه كانت في الأصل غير مقبولة ، وإن هي رفعت متوافرة عليه ثم افتقدته خلال نظرها أصبحت غير ذات موضوع ووجب اعتبارها منتهية ، ومن تطبيقات ذلك ما قضت به محكمتا العليا بأنه إذا قامت جهة الإدارة المطعون ضدها بسحب قرارها المطعون فيه واعادت الطاعن لسابق عمله ، فإنه

(1) أ.د. محمود حلمي ، المرجع السابق ص 387 .

(2) تنص المادة (12) من القانون رقم 1971/88 بشأن القضاء الإداري على أنه " إذا بدا للمدعى عليه أن يقدم دفاعا فعليه أن يودع قلم كتاب المحكمة خلال ثلاثين يوما من تاريخ إعلانه مذكرة بأوجه دفاعه مشفوعة بالمستندات التي يرى تقديمها ، وللمدعي أن يودع قلم كتاب المحكمة مذكرة بالرد مشفوعة بما يكون لديه من مستندات خلال أربعة عشر يوما من انقضاء الميعاد المذكور ، فإذا استعمل الطالب حقه في الرد كان للمدعى عليه أن يودع مذكرة بملاحظاته على هذا الرد مع المستندات في ميعاد مماثل ، وفي جميع الأحوال يجب أن تقدم من المذكرات والمستندات صور كافية للمستشارين والخصوم " .

يتعين على المحكمة ان تقضي في الدعوى بانتهاء الخصومة فيها (1) .

المطلب الثاني

تحضير الدعوى الإدارية

تتبع إجراءات تحضير الدعوى الإدارية مرحلة وسطى لاحقة لانعقاد الخصومة فيها وإعلانها ، وسابقة عن صدور حكم في موضوعها ، فالمقصود بتحضير الدعوى إذن هو استيفائها لتكون مهياً للحكم في موضوعها ، فقد نصت المادة (15) من القانون رقم 1971/88 في شأن القضاء الإداري على أنه بعد انقضاء مواعيد تقديم طرفي الخصومة لمذكرات دفاعهم ودفعوهم وما لديهم من مستندات (2) يتولى قلم كتاب المحكمة عرض ملف الدعوى على رئيس دائرة القضاء الإداري المختصة ليأمر بإحالته إلى النيابة العامة لتودع مذكرة برأيها في الميعاد الذي يحدده ، ثم يأمر بعد ذلك بإحالته إلى أحد مستشاري دائرة القضاء الإداري ليضع تقريراً يشتمل على تحديد الوقائع والمسائل القانونية موضوع النزاع دون أن يبدي رأيه فيها .

(1) تراجع حكم المحكمة العليا الصادر بتاريخ 2005/6/12 في الطعن الإداري رقم 49/86 ق. غ. م. ويراجع

كذلك في هذا المعنى أيضاً حكم الدائرة الإدارية الأولى بمحكمة استئناف بنغازي الصادر بتاريخ 2011/1/25 في الدعوى الإدارية رقم 2010/67 ق. غ. م .

(2) تتمثل هذه المواعيد فيما نصت عليه المادة (11) المتعلقة بميعاد إعلان صحيفة الدعوى ومرفقاتها ، والمادة (1/13) المتعلقة بميعاد إيداع المدعى عليه مذكرة بأوجه دفاعه مشفوعة بالمستندات التي يرى تقديمها ، والمادة (2/13) المتعلقة بميعاد إيداع المدعي مذكرة رادة بدفاعه مشفوعة بما يكون لديه من مستندات ، وكذلك ميعاد إيداع المدعى عليه مذكرة بملاحظاته على المذكرة الرادة للمدعي ، ويبلغ مجموع هذه المواعيد حوالي 78 يوماً ، وهي مدة طويلة لا تتلاءم مع الدعوى الإدارية التي يفترض أن تتسم إجراءاتها بالبساطة واليسر ، بيد أن طبيعة تلك المواعيد التنظيمية تخفف من حدة هذا الوضع ، بحيث لا يكون هناك الزام بانتظار انقضائها للبدء في تحضير الدعوى ، وهو ما يجري به العمل في المحاكم .

ومفاد ما تقدم أن تحضير دعوى الإلغاء يستهدف استيفاء موضوعها وهو طلب إلغاء القرار المطعون فيه ، وبالتالي فلا يمتد التحضير إلى الطلبات المستعجلة في الدعوى بوقف تنفيذ القرار المطعون فيه التي يفصل فيها مباشرة من المحكمة دون تحضير لطبيعتها المستعجلة ، وبهذه المثابة فإن تحضير الدعوى الإدارية يقتصر على شقها الموضوعي دون شقها المستعجل ، وهو يمر في القانون الليبي بمرحلتين متعاقبتين أولهما : إيداع النيابة العامة مذكرة برأيها ، وثانيهما : وضع المستشار المقرر تقرير تلخيص في الدعوى يشتمل على وقائعها والمسائل القانونية التي تثيرها دون أن يبدي رأيه فيها ، الأمر الذي نعرض له فيما يأتي :

أولاً) ايداع النيابة العامة مذكرة برأيها :

اسند المشرع الليبي في قانون القضاء الإداري سالف الذكر إلى النيابة العامة مهمة اعداد مذكرة برأيها القانوني في الدعوى الإدارية وايداعه ملف الدعوى قبل احالته إلى المستشار المقرر في دائرة القضاء الإداري ، وتشتمل هذه المذكرة - وفقاً لما يجري به العمل- على ملخص لوقائع الدعوى وأسانيدها والطلبات المبينة فيها ثم فحص تلك الوقائع والأسانيد وابداء الرأي القانوني حيالها ، وتذيل المذكرة باسم وتوقيع عضو النيابة المعد لها الذي ينبغي ألا تقل درجته عن وكيل نيابة ، وذلك تمثياً مع ما قرره المادة (15) من قانون نظام القضاء الحالي رقم 1976/51 اللذان 2006/6 والمادة (5) من قانون نظام القضاء السابق رقم 1976/51 اللذان يوجبان حضور أحد أعضاء النيابة العامة ممن لا تقل درجته عن وكيل نيابة جلسات المرافعة العلنية والنطق بالحكم لدائرة القضاء الإداري ⁽¹⁾ ويعتبر الحكم

(1) يلاحظ أن القانون رقم 1971/88 في شأن القضاء الإداري ولئن نص في مادته الأولى على وجوب أن يحضر جلسات دائرة القضاء الإداري أحد أعضاء النيابة العامة ، إلا أنه لم يشترط أن يكون العضو الحاضر من درجة معينة ، ولكن قانون نظام القضاء قد عدل هذا النص على النحو المبين بالمتن .

الذي يصدر في الدعوى دون أن تمثل النيابة العامة في تلك الجلسات مشوب بالبطلان⁽¹⁾.

وفي الواقع فإن دور النيابة العامة في تحضير الدعوى الإدارية محدود للغاية وغير مؤثر في استيفائها ، إذ فضلا على عدم الزامية مذكرتها للمحكمة ، فالنيابة العامة تركز في ابداء رأيها في الدعوى على ما هو موجود بملفها والذي يقتصر غالبا على صحيفة الدعوى ومرفقاتها دون الوقوف على دفاع المدعى عليه وأوجه دفاعه ، وذلك لعدم إعطاء أي صلاحية للنيابة لاستدعاء الخصوم وسماع طلباتهم وأوجه دفاعهم ، وكذلك لعدم التزام الخصوم بتبادل مذكراتهم ودفعهم في المواعيد المحددة بالمادة (13) من قانون القضاء الإداري المشار إليه باعتبارها مواعيد تنظيمية لا يترتب على عدم مراعاتها أي أثر ، وهو ما يكاد أن يكون معه دور النيابة العامة بهذا الصدد شكليا محضا ، وتشير الممارسة العملية إلى أن مذكرة الرأي التي تودعها النيابة العامة ملف الدعوى الإدارية تتبنى غالبا وجهة نظر المدعي أو الطاعن للأسباب السالف بيانها ، مما لا تجد معه ثمة صدى لدى المحكمة أو الخصوم ، ولكن ذلك لا يمنع النيابة العامة من تقديم مذكرة تكميلية تستوفى بها ما اعترى مذكرتها الأصلية من نقص وقصور حتى جلسات المرافعة أمام المحكمة .

(1) يراجع حكم المحكمة العليا الصادر بتاريخ 1993/12/4 في الطعن الإداري رقم 39/13 الذي جاء فيه بأنه " متى كان الثابت من الحكم المطعون فيه أنه لم يتضمن في ديباجته بيان أسم عضو النيابة الذي ابدى رأيه في الدعوى ، وكان ذلك يعد نقصا في البيانات الجوهرية والتي يجب أن يشتمل عليها الحكم ويترتب على اغفالها بطلانه حسب ما تنص به المادة 273 من قانون المرافعات ، ولا يغير من ذلك ما قدمه محامي المطعون ضده من صور لمحاضر جلسات المحكمة والتي يبين منها حضور عضو النيابة تلك الجلسات ، وذلك لأن قضاء هذه المحكمة قد جرى على أن الحكم ورقة مستقلة يجب أن تشتمل على البيانات التي اشترطها القانون ولا يجوز تكملتها بأية أوراق أخرى" غير منشور .

(ثانيا) وضع المستشار المحقق تقريرا في الدعوى :

خلافًا لدور النيابة العامة المحدود وغير المؤثر في تحضير الدعوى الإدارية على نحو ما سلف ، يضطلع المستشار المقرر بالدور الأساسي والهام في تحضير الدعوى الإدارية مستعينا في ذلك بما خوله له المشرع من صلاحيات وسلطات في سبيل استيفاء جوانبها المختلفة وإحالتها إلى المرافعة وتهيئتها للحكم في موضوعها.

فلقد خولت المادة (16) من قانون القضاء الإداري المستشار المقرر سلطة استدعاء الخصوم وسؤالهم عن الوقائع التي يرى وجوب استيفائها ، وأن يجري تحقيقا في الوقائع التي يرى لزوم تحقيقها ، وأن يأمر بإدخال خصم آخر في الدعوى ، وأن يكلف الخصوم بتقديم مذكرات أو مستندات تكميلية في الأجل الذي يحدده ، وغير ذلك من إجراءات التحقيق التي من شأنها استيفاء الجوانب المختلفة للدعوى وجعلها مهياة للحكم في موضوعها ، ولا يجوز في سبيل ذلك تكرار التأجيل لسبب واحد إلا إذ رأى المستشار المقرر ضرورة لذلك ، وفي هذه الحالة يجوز له أن يحكم على المتسبب في التأجيل بغرامة لا تجاوز عشرة دنانير.

وفي الممارسة العملية يتم اعلان الخصوم بجلسة التحضير التي تعقد بمكتب المستشار المقرر صحبة كاتب الجلسة ليدون ما يجري فيها بمحضر يعد لهذا الغرض ، ويحضر الخصوم بمن يمثلهم لسماع اقوالهم ودفعهم وتقديم ما يرونه من مستندات ومذكرات ، وللمستشار المقرر أن يأمر بإدخال شخص آخر في الدعوى ولو من تلقاء نفسه لصالح العدالة الإدارية ، وله كذلك أن يأذن بإدخال خصوم آخرين بناء على طلب صاحب المصلحة من الخصوم متى رأى أن ذلك لازم لحسن سير الدعوى وتحضيرها ، كل ذلك في حدود نطاق الطلبات المرفوعة بها الدعوى ، ولكن ليس له إخراج احد الخصوم من الدعوى أو أن يقبل الطلبات العارضة ، لأن

ذلك يعد فصلا في شق من الدعوى وهو ما لم يخوله إياها القانون ، إذ أن الفصل في الدعوى كليا أو جزئيا منوط بالمحكمة بكامل هيئتها وليس بالمستشار المقرر الذي هو احد أعضائها (1) .

وبعد اتمام المستشار المقرر إجراءات تحضير الدعوى وتبنيها للحكم ، يقوم بحجز الدعوى للتقرير ويضع تقريرا يطلق عليه في العمل (تقرير التلخيص) يشتمل على ملخص وافي لوقائعها والمسائل القانونية التي يثيرها موضوع النزاع والطلبات الختامية للمدعي ، ويكتب هذا التقرير عادة بالصفحة الداخلية لغللاف ملف الدعوى ، ولا يتلى إلا بجلسة المرافعة التي يتم تحديدها من قبل رئيس الدائرة ، ولكن ليس للمستشار المقرر أن يبدي رأيه في الدعوى وإلا أدى ذلك إلى بطلان إجراءات تحضيرها ، فضلا على أن ذلك يجعله غير صالح للفصل فيها لسبق ابدائه رأيا بشأنها وفقا للقواعد العامة لصحة العمل القضائي⁽²⁾ ويجوز للخصوم الاطلاع على هذا التقرير بقلم كتاب المحكمة ، وأن يطلبوا صورة منه على نفقتهم طبقا لنص المادة (17) من قانون القضاء الإداري رقم 1971/88.

وتعتبر إجراءات تحضير الدعوى الإدارية من الإجراءات الجوهرية التي يترتب على اغفالها أو الاخلال بها بطلان الحكم الصادر فيها ، وفقا لما استقر عليه القضاء الإداري الليبي والمقارن ، من ذلك ما جاء في حكم المحكمة الإدارية

(1) م.د. عبدالعزيز خليل بديوي ، المرجع السابق ص146 وما بعدها ، ويراجع كذلك ما قضت به المحكمة الإدارية العليا المصرية في حكمها الصادر بتاريخ 1966/6/26 في الطعن رقم 10/1480ق بأن " الطلب الإضافي ينبغي أن يكون مرتبطا بالطلب الأصلي ارتباطا نقره المحكمة ذاتها فتأذن أولا بتقييمه طبقا لاقتناعها ، والمفوض لا يقوم في هذا الشأن مقامها ، فليس له من السلطات والاختصاصات غير ما خوله إياها القانون " مجموعة المبادئ س 11 ج 1 ص 740 .

(2) يراجع في بيان أحوال عدم صلاحية القضاة ومخاصمتهم مؤلفنا : شرح قانون المرافعات المدنية والتجارية الليبي ، منشورات دار ومكتبة الفضيل بنگازي ط1/2013 ، ط2/2021 ص 67 وما بعدها .

العليا المصرية الصادر بتاريخ 1994/10/23 في الطعن رقم 35/950ق بأنه " لا يسوغ الحكم في الدعوى الإدارية إلا بعد قيام هيئة مفوضي الدولة بتحضيرها وتهيئتها للمرافعة وتقديم تقرير مسبب بالرأي القانوني فيها ، والاخلال بهذا الإجراء الجوهري يؤدي إلى بطلان الحكم الذي يصدر في الدعوى ، ويستثنى من ذلك نظر المحكمة للشق العاجل من الدعوى ، ومناطق هذا الاستثناء ألا تتجاوز المحكمة طلب وقف التنفيذ إلى الفصل في موضوع الدعوى " (1) وهو ما رددته كذلك محكمتنا العليا في حكمها الصادر بتاريخ 1994/4/16 في الطعن الإداري رقم 40/10ق بقرولها " إن المحكمة وهي بصدد الفصل في الشق المستعجل المتعلق بطلب وقف تنفيذ القرار المطعون فيه ، تصدت للفصل في موضوعها وقضت بانعدام القرار الإداري قبل أن تستكمل إجراءات تحضيرها من السماح للخصوم بتقديم مذكرات بأوجه دفاعهم واحالة الملف إلى النيابة العامة لإبداء رأيا وإيداع تقرير التلخيص وتحديد جلسة لنظرها ، مما تكون معه قد خالفت القانون " (2) .

وتفريعا على ما تقدم فإن الدعوى الإدارية لا تتصل بالمحكمة بكامل هيئتها لنظرها بجلسات المرافعة ، إلا بعد أن تكون مهياًة للحكم في موضوعها بإيداع النيابة العامة مذكرة برأيها القانوني حيالها ووضع المستشار المقرر تقريراً بتلخيصها ،

(1) مجموعة المبادئ س 40 ج 1 ص 131 .

(2) مجلة المحكمة العليا س 29 ع 3 ، 4 ص 77 وهو ما كرسته في حكم حديث لها صدر بتاريخ 2019/3/20 في الطعن الإداري رقم 65/118ق الذي جاء فيه " إنه وإن كان للقاضي أن يوجه الدعوى بما يراه ملاءما عند نظر الشق المستعجل منها ، إلا أنه إذا رأت المحكمة أن تتصدى لموضوع الدعوى فإنه يتعين عليها استكمال إجراءات تحضيرها التي نص عليها القانون رقم 1971/88 بشأن القضاء الإداري ، لما في ذلك من ضمانات لحقوق الدفاع وحسن سير العدالة ، وحيث إن القضاء بانعدام القرار الإداري المطعون فيه يعد فصلا في موضوع الدعوى فإنه لا يجوز للمحكمة أن تتصدى له قبل استكمال إجراءات تحضيرها " غ . م .

وبذلك تدخل الدعوى حوزة المحكمة وتصبح هي المهيمنة عليها ولها في سبيل ذلك أن تباشر ما ترى ضرورة اجرائه من تحقيقات بنفسها أو تنتدب لذلك أحد أعضائها ، وهو ما صرح به عجز المادة (18) من قانون القضاء الإداري ، ولكن ليس لها أن تعيد الدعوى إلى المستشار المقرر لاستيفاء تحضيرها ، دون أن يمنعها ذلك بطبيعة الحال من أن تطلب من ذوي الشأن بعض الإيضاحات أو تكلف النيابة العامة تقديم مذكرة تكميلية برأيها القانوني في الدعوى.

وتلعب إدارة القضايا دورا حيويا في إجراءات تحضير الدعوى الإدارية بوصفها تنوب قانونا عن الجهات الإدارية المدعى عليها أمام المحكمة ، وبحسبان أن هذه الجهات تحتكم دوما على المستندات والوثائق والملفات اللازمة للفصل في الدعوى ، حيث يتولى عضو الإدارة تنفيذ قرارات المستشار المقرر بإرفاق المستندات وضم الملفات المطلوبة لتهيئة الدعوى للفصل فيها عن طريق اتصاله بالجهات التي يمثلها في الدعوى لتوافيه بالمطلوب وفقا لقانون انشائها رقم 1971/87 .

ومما يلاحظ في شأن إجراءات تحضير الدعوى الإدارية وفق أحكام القانون الليبي انها تتسم بازدواجية غير مبررة ، إذ تتوزع بين النيابة العامة والمستشار المقرر على النحو المتقدم بيانه ، وفي تقديرنا الخاص أنه كان يكفي أن ينص المشرع على أن تتولى النيابة العامة جميع إجراءات تحضير الدعوى الإدارية كي يكون دورها حيالها مجديا ونافعا ، لتقوم بذلك مقام هيئة المفوضين لدى مجلس الدولة في مصر لا سيما وأن المصدر التاريخي لقانون القضاء الإداري الليبي هو قانون مجلس الدولة المصري ، وحتى يتفرغ مستشارو دائرة القضاء الإداري لمهمتهم الأساسية بنظر الدعوى والحكم فيها .

الخاتمة

عرضنا في هذا البحث الموجز لإجراءات رفع الدعوى الإدارية وتحضيرها -لا سيما دعوى الإلغاء التي يتفرد القضاء الإداري بالاختصاص بنظرها- وتبين لنا من خلال البحث أن إجراءات رفع الدعوى الإدارية تنتم بالإصالة والاستقلالية عن إجراءات رفع الدعوى المدنية ، بحيث يتبع في شأنها ما ينص عليه القانون رقم 1971/88 بشأن القضاء الإداري ، ولا يصار إلى الاستعانة بأحكام قانون المرافعات المدنية والتجارية -بوصفه الشريعة العامة في الإجراءات- إلا في حالة عدم وجود نص في قانون إنشاء القضاء الإداري المشار إليه ، وبما يتفق مع الطبيعة الذاتية للدعوى الإدارية ، كما اتضح لنا من البحث أن إجراءات تحضير الدعوى الإدارية بمراحلها المختلفة - رغم الإزدواجية غير المبررة في بعض جوانبها - هي إجراءات جوهرية يترتب على الاخلال بها أو مخالفتها البطلان ، وذلك على النحو المفصل في ثنايا البحث الذي ندعو الله تعالى أن نكون قد وفقنا في تناوله بما يقتضيه المقام ، والله ولي التوفيق .

أهم مراجع البحث

- (1) أ.د. محمود حلمي
القضاء الإداري - دار الفكر العربي القاهرة 1974
- (2) م.د. عبدالعزيز خليل بديوي
الوجيز في المبادئ العامة للدعوى الإدارية وإجراءاتها - دار الفكر
العربي القاهرة 1970
- (3) د . حسن السيد بسيوني
دور القضاء الإداري في المنازعة الإدارية - عالم الكتب القاهرة
1988
- (4) م.د. محمد عبدالحميد مسعود
إشكاليات التقاضي أمام القضاء الإداري - منشأة المعارف
الإسكندرية 2009

الأوامر على العرائض في قانون المرافعات الليبي

د. صلاح امحمد منصور الشويرف
المستشار / بمحكمة استئناف طرابلس

مقدمة

الحمد لله والصلاة والسلام على سيدنا محمد - صلى الله عليه وسلم - وعلى آله وصحبه أجمعين
نظم قانون المرافعات الليبي القواعد الإجرائية عند ممارسة القاضي لأعماله القضائية وأعماله الولائية ، وقد خص كليهما بإجراءات معينة يجب اتباعها ، وعدم مخالفتها ، وإذا ما خولفت هذه الإجراءات ، فإن الجزاء المترتب عليها هو البطلان .

واللجوء إلى القضاء يكون إما عن طريق رفع دعوى إلى المحكمة المختصة ، وفقاً للإجراءات المعتادة لرفع الدعاوى القضائية ، وصدور حكم قضائي في موضوع الحق المتنازع عليه ، وإما عن طريق تقديم عريضة إلى القاضي المختص بإصدار أمر باتخاذ إجراء وقتي أو تحفظي دون المساس بأصل الحق المتنازع عليه .

وقد اخترت دراسة موضوع الأمر على عريضة لما له من أهمية في المجال العملي الذي يهدف إلى توفير حماية قانونية مؤقتة ، وبصورة مستعجلة لحقوق الأفراد ، ومصالحهم التي تؤثر في مراكزهم القانونية للمحافظة عليها ، والتي تتمثل في اتخاذ إجراء وقتي أو إجراء تحفظي لمنع وقوع الضرر الذي لا يمكن تداركه وإزالته بعد وقوعه مستقبلاً .

إشكالية البحث :

موضوع هذا البحث يثير جملة من الإشكاليات التي تطال مجمل الأوامر على العرائض في قانون المرافعات الليبي على المستوى النظري والعملي ، وهذه الإشكاليات بعضها يتعلق بالطبيعة القانونية للأمر على العريضة وشروط قبولها ، وحالاته ، والبعض الآخر يتعلق بقواعد الاختصاص والآثار القانونية المترتبة عليها ، وعليه فإن الإشكالية تقضي منا الإجابة عن هذه التساؤلات :

- ما الطبيعة القانونية للأمر على عريضة ؟
- ما شروط قبول الأمر على عريضة وحالات إصداره ؟
- هل يخضع الأمر على عريضة لقواعد الاختصاص العامة ؟
- وما الآثار القانونية المترتبة على إصدار الأمر على عريضة وكيفية تنفيذه ؟
- وغيرها من التساؤلات التي قد تطرح أثناء البحث ، وسنحاول في بحثنا هذا الإجابة عنها.

منهج البحث :

اتبعت في دراسة موضوع البحث المنهج الاستقرائي التحليلي وذلك باستعراض النصوص القانونية المتعلقة بالموضوع ، والآراء الفقهية ، والأحكام القضائية ، في ظل قانون المرافعات الليبي .

خطة البحث :

تأسيساً على ما تقدم ، فقد وضعت لهذا البحث خطة مرتبة من مقدمة ومبحثين :

المبحث الأول : مفهوم الأمر على العريضة .

المطلب الأول : تعريف الأمر على العريضة وخصائصه

المطلب الثاني : الطبيعة القانونية للأمر على العريضة

المبحث الثاني : النظام القانوني للأمر على العريضة

المطلب الأول : إجراءات الأمر على العريضة

المطلب الثاني : الآثار القانونية للأمر على العريضة

الخاتمة

والله ولي التوفيق

المبحث الأول مفهوم الأمر على العريضة

إن الوظيفة الأساسية للقضاة هي الوظيفة القضائية التي تعتمد على مبدأ المواجهة بين الخصوم وفقاً للإجراءات المتبعة لرفع الدعاوى ، ومتابعتها ، و صدور حكم قضائي فيها ، غير أن المشرع الليبي أعطى للقضاة الحق في ممارسة أعمال ذات وظيفة ولائية ، باعتبار أن القضاة من ولاية الأمر الذين يمارسون ولاية توجيه الناس لما فيه مصلحتهم ومصلحة المجتمع .

وتعد الأوامر على العرائض التي يصدرها القضاة من الأعمال ذات الوظيفة الولائية ، ولمعرفة مفهوم الأوامر على العرائض ، قسمت هذا المبحث إلى مطلبين هما :

المطلب الأول : تعريف الأمر على العريضة وخصائصه .

المطلب الثاني : الطبيعة القانونية للأمر على العريضة .

المطلب الأول

تعريف الأمر على العريضة وخصائصه

الفرع الأول : تعريف الأمر على العريضة ومجالها :

1 - تعريف الأمر على العريضة :

لم يعرف المشرع الليبي الأوامر على العريضة تاركاً المجال للفقهاء ، وإنما اكتفى بتحديد حالاته ، وإجراءات إصداره ، فقد عرفه فقهاء القانون بتعريفات عدة منها :

- أنها القرارات التي تصدر عن قاضي الأمور الوقتية على الطلبات التي يتقدم بها ذوو الشأن في شكل عرائض دون أي مواجهة بقصد الإذن بعمل أو إجراء قانوني معين¹.

- أنها القرارات التي تصدر من القضاء على الطلبات التي يتقدم بها ذوي الشأن في صورة عرائض بقصد الحصول على إذن القضاء بعمل أو إجراء قانوني معين².

- أنها الأوامر التي يصدرها القضاة بناء على طلب الخصم من غير مرافعة ودون تكليف الطرف الآخر بالحضور وفي غيبته وتعتبر سندات تنفيذية³.

ومن هذه التعريفات يمكن القول أن الأوامر على العرائض باعتبارها نظاماً إجرائياً وقتياً يهدف إلى تيسير الإجراءات أمام الأفراد للحصول على أوامر لحماية حقوقهم ومراكزهم القانونية ، فهي تصدر في غيبة الخصوم ومن غير جلسة علنية ،

¹ - الكوني علي اعبودة ، قانون علم القضاء (قانون المرافعات المدنية والتجارية) ، ط / المركز القومي للبحوث والدراسات العلمية ، الطبعة الأولى ، 1998 م ، ص 388 .

² - نبيل إسماعيل عمر ، الأوامر على العرائض ونظامها القانوني في المرافعات المدنية والتجارية ، ط / دار الجامعية الجديدة ، الاسكندرية ، 2000 م ، ص 10

³ - محمد حسنين ، طرق التنفيذ في قانون الإجراءات المدنية الجزائرية ، ط / ديوان المطبوعات الجامعية ، الجزائر ، الطبعة الثانية ، 1990 م ، ص 65 .

وتعتبر من السندات التنفيذية ، وهو ما أشارت إليه المحكمة العليا في القرار رقم 2 / 46 ق الصادر بجلستها المنعقدة بتاريخ 18 / 2 / 1999 م بقولها : (وحيث أن الأمر على عريضة هو عمل إجرائي يعمل فيه القاضي سلطته الولائية ويهدف إلى تيسير السبيل أمام ذوي الشأن للحصول على أوامر قضائية تتيح لهم مكنة اتخاذ تدابير وقتية لحماية مراكزهم بشكل سريع وسهل غير مقيد بإجراءات الدعوى القضائية التي تفترض وجود نزاع وخصوم وإعلان وجلسات وإثبات وصدور حكم وتسببته وإعلانه)¹

2 - مجال الأوامر على العرائض :

اختلف الفقه في تحديد مجال الأوامر على العرائض ، وذلك على رأيين :
الأول : يرى أن الأوامر على العرائض محددة على سبيل الحصر ، ذلك أن الوظيفة الولائية للقضاة تعد استثناء من القواعد العامة ، وبالتالي لا يجوز ولوجها إلا في الحالات التي ينص فيها القانون على أن للخصم وجهاً في استصدار أمر على عريضة حسب ما نصت عليه المادة 293 من قانون المرافعات² .
الثاني : يرى أن الأوامر على العرائض لا يمكن حصرها في حالات محددة ، فتلك الحالات أوردتها القانون على سبيل المثال وليس على سبيل الحصر ، فالأفراد يمكن لهم استصدار أمر على عريضة كلما اقتضت المصلحة ذلك ولو لم يوجد نص خاص يحكمها³ .

¹ - طعن مدني رقم 2 / 46 ق ، جلسة 18 / 2 / 1999 م ، مجلة المحكمة العليا ، العدد 1 ، السنة 31 ، ص 159

² - أحمد أبو الوفا ، المرافعات المدنية والتجارية ، منشأة المعارف الإسكندرية ، ص 787 ، أحمد أبو زقية ، قانون المرافعات (دروس موجزة لطلاب القانون) ، منشورات جامعة قاريونس ، ط 2 ، 2008 م ، ص 59 ، عزمي عبد الفتاح ، قواعد التنفيذ الجبري في قانون المرافعات المصري ، الناشر دار النهضة العربية ، القاهرة ، 2002 م ، ص 248 .

³ - الكوني اعبودة ، المرجع السابق ، ص 391 .

وفي رأينا أن الرأي الأول هو الأقرب للصواب ، استناد على أن الوظيفة الأساسية للمحاكم هي الوظيفة القضائية ، أما الوظيفة الولائية هي الاستثناء ، ومن ثم على الأفراد الالتجاء إلى الأصل ، ولا يجوز الاتفاق على حرمان الخصوم من حق التقاضي أو حرمانهم منه بنص خاص .

وقد انتهج المشرع المصري هذا الرأي بتعديل نص المادة 194 من قانون المرافعات المصري عندما صدر القانون رقم 23 لسنة 1992 م وقيد سلطة القاضي في إصدار الأمر على العريضة بحيث لم يعد له هذا الحق إلا في الحالات التي ينص فيها القانون على أن للخصم وجهاً في استصدار أمر على عريضة ، ومبعث هذا التعديل لما لاحظته المشرع من كثرة الشكوى من إساءة استخدام نظام الأوامر على العرائض وصدوره في بعض الحالات في مسائل لا تدخل أصلاً في اختصاص القضاء العادي ، بحجة أن حالات استصدار الأمر على العريضة ليست واردة على سبيل الحصر الأمر الذي يعد خروجاً على قواعد الاختصاص الولائي¹.

وهو ما أشارت إليه محكمة النقض المصرية في الطعن المدني رقم 2659 / 60 ق بجلستها 9 / 3 / 1999 م بقولها : (الحالات التي يجوز فيها للقاضي إصدار أمر على عريضة ورودها على سبيل الحصر ، وعلّة ذلك أن نص المادة 194 مرافعات قبل تعديلها بالقانون رقم 23 / 1992 م على أنه " في الأحوال التي يكون فيها للخصم وجه في استصدار أمر يقدم عريضة بطلبه إلى قاضي الأمور الوقتية بالمحكمة المختصة أو إلى رئيس الهيئة التي تنتظر الدعوى وتكون هذه العريضة من نسختين متطابقتين ومشملة على وقائع الطلب وأسانيده وتعيين موطن مختار للطالب في البلدة التي بها مقر المحكمة وتشفع بها المستندات المؤيدة لها " يدل على أن الحالات التي يجوز فيها إصدار أوامر على

¹ - أحمد أبو الوفا ، مرجع سابق ، ص 787 .

عرائض وردت على سبيل الحصر حتى لا يساء استخدام هذا النظام وتصدر الكثير من الأوامر على العرائض في حالات لم تكن تقتضي صدور أمر فيها ويساند ذلك أن المشرع المصري وحرصاً منه على عدم الخروج بهذه السلطة الوقتية إلى غير ما يستهدف منها اتجه إلى تقييد سلطة القاضي في إصدار الأمر على عريضة فاستبدل نص المادة سائلة الذكر بالقانون رقم 23 / 1992 م بتعديل قانون المرافعات بأن عدل صياغة الفقرة الأولى فيها واستبدل عبارة " في الأحوال التي ينص فيها القانون على أن يكون فيها للخصم وجه في استصدار أمر " بعبارة " في الأحوال التي يكون فيها للخصم وجه في استصدار أمر " حتى يقضى على الخلاف الحاصل بين من يرون الإطلاق ومن يرون التقييد ، بحيث لا يكون للقاضي بعد التعديل أن يصدر أمراً على عريضة في غير الحالات التي يرد فيها نص خاص في قانون المرافعات أو في أي قانون آخر يجيز له إصدار هذا الأمر)¹ .

الفرع الثاني : خصائص الأمر على العريضة :

تتميز الأوامر على العرائض بخاصتين هما :

1 - الأوامر على العرائض لا تمس أصل الحق :

أن الأوامر على العرائض التي تصدر عن قاضي الأمور الوقتية (رئيس المحكمة أو قاضي المحكمة الجزئية) لا تتضمن المساس بأصل الحق لحسم النزاع القائم بشأنها ، فلا يوجد قضاء قطعي في موضوع النزاع ، ويرجع السبب في ذلك إلى انتفاء النزاع بالنسبة للأوامر على العرائض² ، ومثالها الأمر بالحجز التحفظي على منقول المدين خوفاً من تهريبها وضياعها ، فالدائن عند استصدار أمر بالحجز التحفظي على أموال مدينه وإعلانه بمحضر الحجز ، وأن يلجأ إلى

¹ - موسوعة أحكام محكمة النقض المصرية ، المكتب الفني ، مدني ، ج 1 ، ص 50 ، ص 359 .

² - نبيل إسماعيل عمر ، المرجع السابق ، ص 136 .

القضاء لرفع دعوى بإثبات الدين وصحة الحجز التحفظي خلال ثمانية ايام من إعلان محضر الحجز حسب ما نصت عليه المادة 520 من قانون المرافعات .

2 - الأوامر على العرائض وأوامر وقتية :

عندما يمارس قاضي الأمور الوقتية سلطته الولائية ، لا يصدر حكماً قضائياً في خصومة ، وإنما يصدر أمراً ولأثماً باتخاذ تدابير وقتية ، وإجراءات تحفظية لحماية حقوق ذوي الشأن ، فلا يكسب حقاً ولا يهدره ، فالقاضي مصدر الأمر يستطيع العدول عنه متى رأى أن المصلحة تقتضي ذلك ، والتراجع عنه إذا طرأت وقائع جديدة أو صدر الأمر الأول بناء على خطأ في التقدير أو في الوقائع أو في القانون أو بتغير الظروف على وجه العموم¹ .

¹ - نبيل إسماعيل عمر ، مرجع سابق ، 136 .

المطلب الثاني

الطبيعة القانونية للأمر على عريضة

من أجل التوصل إلى بيان الطبيعة القانونية للأمر على عريضة وإثباتها يتعين علينا ضرورة تحديد دوافع اللجوء لإصدار الأمر على عريضة وكذلك تحديد مضمونه وغايته .

الفرع الأول : دوافع اللجوء إلى إصدار الأمر على عريضة :

في حالات معينة يرغب الأفراد التوصل إلى تحقيق أهداف أو آثار قانونية معينة ، وفي هذه الحالات يقرر المشرع أن إرادة الأفراد غير صالحة وفعالة بذاتها لتحقيق تلك الآثار ، فاشتراط على ذوى الشأن ضرورة اللجوء إلى قاضي الأمور الوقتية المختص بتقديم عريضة للحصول على أمر قضائي يترتب عليه توليد الآثار القانونية المطلوبة¹ مثال ذلك تعيين خبير لإثبات واقعة معينة ، أو تعيين قيم شرعي ، أو تعيين مصف للتركة ، أو حجز تحفظي على منقول وغير ذلك من الحالات المنصوص عليها في قانون المرافعات .

فالقاضي يتدخل بناء على طلب الأفراد ليحل بعمل إرادي محل إرادة الأفراد، إذ أن هذه الأخيرة لا تصلح بمفردها لترتيب الآثار القانونية التي يريدها الأطراف²، أي أنها لا تستطيع القيام بها دون موافقة القضاء، ومن هنا يكون إجبار الأفراد على ضرورة اللجوء إلى القضاء بالرغم من انعدام المنازعة للحصول على الأمر القضائي.

ويفهم من ذلك بالرغم من عدم إطلاق حرية الأفراد في تحقيق الآثار القانونية المطلوبة غير أن المشرع جعل للأفراد الحق في التقدم إلى القضاء

¹ - نبيل إسماعيل ، مرجع سابق ، ص 45

² - أحمد ابو الوفا ، المرجع السابق ، 789 ، عبد الباسط جمعي ، سلطة القاضي الولائية ، مقالة ، مجلة العلوم القانونية والاقتصادية ، 1969 م ، العدد 2 ، ص 645 .

المختص بهدف استصدار أمر ولائي يحقق هذه الآثار أي أن المشرع أعطى للأفراد حقاً مراقباً بواسطة القضاء ، ورقابة القضاء ضرورية فهي لا تتعلق بالعمل القضائي الذي يقوم به القاضي ، وإنما تتعلق بمدى ملائمة الإجراء المطلوب اتخاذه وما يتولد عنه من آثار للمركز القانوني العام ، بحيث يتولى القاضي عملية تقدير الملائمة بالنسبة للواقع والقانون ومن ثم يستطيع أن يأمر أو لا يأمر باتخاذ الإجراء المطلوب¹ .

الفرع الثاني : مضمون الأمر على عريضة وهدفه :

1 - مضمون الأمر على عريضة : هو القرار الصادر من القاضي لطالب الأمر والذي أجابه إلى طلبه ، ويرد على محل معين² .

ومن هذا التعريف لمضمون الأمر فإن طالب الأمر على عريضة يحدد طلباته ويقدم الوقائع والمبررات الأساسية التي يراها مناسبة لإصدار الأمر ، ويقوم القاضي المختص بناء على ما له من سلطة ولائمة بتقدير كل ذلك وإصدار الأمر بالإجراء المطلوب أو عدم إصداره .

فالقاضي عندما يصدر أمره على العريضة المقدمة إليه من ذوي الشأن يقوم بتقدير قضائي للوقائع التي يقدمها طالب الأمر وما يؤيدها من مستندات ليرى كفاية ذلك في إجابة الطلب أو رفضه ، فهو لا يبحث في أصل الحق بهدف الحسم في منازعة وتطبيق القاعدة القانونية بشأنها ، وإنما يقدر الوقائع بهدف تحقيق مدى ملائمة إصدار الأمر باتخاذ إجراء وقتي أو تحفظي ، والذي يخول لطالب الأمر اتخاذ إجراءات تكفل له الحماية الوقتية لمصلحه ومركزه القانوني .

2 - الهدف من إصدار الأمر على عريضة :

للتوصل إلى تحديد الهدف من إصدار الأمر على عريضة ، يتعين علينا

¹ - نبيل إسماعيل ، المرجع السابق ، ص 47 .

² - نبيل إسماعيل ، المرجع السابق ، ص 51 .

استعراض ثلاث مستويات من الأفكار لمعرفة الهدف من إصدار الأمر على عريضة ، فهناك الهدف العام الذي يهتم المصلحة العامة ، والهدف الشخصي الذي يهتم طالب الأمر ، والهدف الذاتي للأمر على عريضة .

أ - **الهدف العام** : عندما ألزم المشرع الليبي الأفراد بضرورة اللجوء إلى القضاء في حالات معينة ولو لم توجد هناك منازعة للحصول على أمر باتخاذ إجراء قانوني معين تقديراً منه للعديد من المصالح الجديرة بالحماية كالمصالح المتعلقة بالذمة المالية للأشخاص أو بمراكزهم القانونية أو بالحجوز التحفظية ، والتي يرى أن هذه المصالح يجب ألا تترك لعبث أهواء الإرادة الفردية وإنما يجب أن تخضع لإشراف القضاء ورقابته .

ب- **الهدف الشخصي** : يهدف طالب الأمر من تقديم طلبه إلى قاضي الأمور الوقتية الحصول على حماية وقتية لمصالحه الخاصة باتخاذ إجراء وقتي أو تحفظي تعجز إرادته الفردية عن تحقيقها ، كالدائن الذي يرى مدينه يتصرف في أمواله بشكل يؤدي إلى ضياعها أو تهريبها ، فإن المشرع أعطاه الحق في طلب إيقاع الحجز التحفظي على أموال مدينه للحفاظ على الضمان العام لمدينه ، فهو لا يستطيع الحصول على حقه بالطرق الودية لأن مدينه مماطل أو أن يوقع عليه حجزاً تنفيذياً لعدم وجود سند تنفيذي لديه .

ج - **الهدف الذاتي للأمر على عريضة** : الأمر على عريضة إجراء وقتي يصدر من القاضي بناء على سلطته الولائية في الأحوال التي لا يوجد فيها نزاع يراد حسمه ، وإنما تدعو الحاجة إلى ضرورة اتخاذ تدابير وقتية تعجز الإرادة الفردية عن اتخاذها، فهو يهدف إلى غايات غير تلك التي تهدف إليها الدعوى القضائية ، فهو يهدف إلى تبسيط الإجراءات أمام الأفراد للحصول على أوامر ولائيه وقتية لحماية مصالحهم ومراكزهم القانونية .

نخلص مما تقدم إلى أن الأمر على عريضة هو عمل إجرائي يعمل فيه القاضي

سلطته الولائية ، ويهدف إلى تيسير السبيل أمام ذوي الشأن للحصول على أوامر قضائية تتيح لهم مكنة اتخاذ تدابير وقائية لحماية مراكزهم بشكل سهل وسريع غير مقيد بإجراءات الدعوى القضائية التي تفترض وجود نزاع وخصوم وإعلان بمواعيد الجلسات وصدور حكم قضائي ، ولذلك أخرج المشرع الليبي هذه الأوامر من نطاق طرق الطعن المقررة للأحكام القضائية التي يصدرها القاضي¹ .

وقد أجمع الفقه على أن الأمر على عريضة عمل ولائي لا يتمتع بالحجية التي تتمتع بها الأحكام القضائية ، لأن الأمر الصادر من القاضي في هذا المجال لا يكسب حقاً ولا يهدره ، كما أن هذا الأمر لا يقوم بتطبيق قاعدة قانونية على واقع متنازع عليه لانعدام وجود نزاع في أصل الحق ، وبالتالي لا يكتسب الأمر الولائي حجية الشيء المقضي به ، لأنه من الأصل لا يوجد قضاء يحسم نزاعاً² . ويترتب على ذلك أن طالب الأمر يملك إعادة تقديم الطلب الذي سبق رفضه أو سقط لعدم تقديمه للتنفيذ خلال الميعاد المقرر قانوناً ، كما يملك رفع دعوى موضوعية للمحكمة المختصة بنظر النزاع ، لأن الأمر على عريضة لا يمس أصل الحق المتنازع عليه إذ أن مضمونه إجراء وقتي تحفظي الغاية منه معاونة الفرد على تحقيق إرادته في إنشاء المركز القانوني الجديد³ .

¹ - حسن حميدة ، إجراءات التنفيذ في قانون المرافعات المدنية والتجارية ، الناشر دار ومكتبة الفضيل ، بنغازي ،

ط 1 ، 2013 م ، ص 172 .

² - نبيل إسماعيل عمر ، مرجع سابق ، ص 41

³ - الكوني اعبوده ، مرجع سابق ، ص 390 .

المبحث الثاني

النظام القانوني للأمر على العريضة

توطئة :

القاضي المختص عند ممارسته لوظيفته الولائية في إصدار الأمر على عريضة غير مقيد بأي قيد عند إصداره ، فهو يتمتع بحرية تقدير وقائع الطلب وأسانيده القانونية ، إذ إن القاضي غير ملزم بالاستجابة للطلب إلا في حالة احتمال وجود الحق لطالبه وتأثر مركزه القانوني على فرض وجود الحق أي توافر شرط المصلحة لمقدم العريضة وفقاً لأحكام المادة الرابعة من قانون المرافعات ، وأن يكون المطلوب منه اتخاذ تدبير وقتي أو إجراء تحفظي دون المساس بأصل الحق ، فالقاضي يبحث هذه الشروط ، فإذا ما توافرت أصدر أمره بالمطلوب ، وإذا لم تتوافر أصدر أمره بالرفض ، وفي حالة الرفض لا ينشأ عنه أي أثر قانوني ، وعليه فإن دراسة هذا الموضوع تقتضي تقسيمه إلى مطلبين :

المطلب الأول : إجراءات الأمر على عريضة .

المطلب الثاني : تنفيذ الأمر على عريضة وآثاره القانونية .

المطلب الأول

إجراءات الأمر على عريضة

عالج المشرع الليبي نظام الأوامر على العرائض في الباب الحادي عشر من قانون المرافعات في المواد من 293 - 298 ، ومن خلال هذه النصوص القانونية سوف نبحت شكل العريضة وإجراءات تقديمها ، وشروط قبولها ، وسلطة القاضي في إصدارها ، والتظلم منه ، وذلك على التفصيل التالي :

الفرع الأول : شكل العريضة وإجراءات تقديمها :

نصت المادة 293 من قانون المرافعات على أنه : " في الأحوال التي يكون فيها للخصم وجه في استصدار أمر يقدم عريضة بطلبه إلى قاضي الأمور الوقفية بالمحكمة المختصة تكون من نسختين متطابقتين ومشملة على وقائع الطلب وأسانيده وتعيين موطن مختار للطالب في البلدة التي بها مقر المحكمة وتشفع بها المستندات المؤيدة لها " .

أن العريضة المقدمة من ذوي الشأن لها شكل معين وتحتوي على بيانات ومضمون محدد على النحو الآتي :

1 - **بيانات العريضة** : لم يذكر المشرع الليبي في المادة 293 من قانون المرافعات البيانات التي يجب أن يتضمنها الطلب ، ولكن يمكن الرجوع بهذا الصدد إلى البيانات العامة المنصوص عليها في المادة 10 من قانون المرافعات وهي :

- أ - اسم مقدم الطلب ولقبه ومهنته ومحل إقامته وموطنه المختار .
- ب - اسم من يراد استصدار الأمر ضده ولقبه ومهنته أو وظيفته ومحل إقامته .
- ج - تاريخ اليوم والشهر والسنة الذي قدمت فيها العريضة .
- د - توقيع طالب الأمر أو وكيله أو ممثله القانوني ، ولا يشترط في الوكيل أن يكون محامياً .

وتجدر الملاحظة هنا أن الموطن المختار وإن كان إلزامياً في الحالات التي نص

عليها القانون ، فإن تخلف هذا البيان لا يترتب عليه البطلان إعمالاً لنص المادة 13 من قانون المرافعات بقولها : " من يلزمه القانون ببيان موطن مختار له فلا يفعل أو يكون بيانه ناقصاً أو غير صحيح يجوز إعلانه في قلم الكتاب بجميع الأوراق التي كانت يصح إعلانه بها في الموطن المختار " ، وهو ما جرى عليه قضاء المحكمة العليا في الطعن المدني رقم 46 / 159 ق بجلستها 14 / 1 / 2004 م على (أن مفاد نص المادة 13 ف 1 من قانون المرافعات أنه متى أوجب القانون على الخصم اتخاذ موطن مختار لمقر المحكمة التي يباشر بدائلتها الإجراءات القضائية تعين عليه الالتزام بذلك بحيث إذا لم يفعل وجاءت الصحيفة أو الطلب خالياً من ذلك أو كان البيان المتعلق بالموطن المختار ناقصاً أو غير صحيح جاز للخصم الآخر أن يعلنه بكافة الأوراق المتعلقة بالنزاع ذاته في قلم الكتاب)¹.

- 2 - يجب أن تكون العريضة المقدمة من ذوي الشأن من نسختين متطابقتين بمعنى أن تكون البيانات الواردة بكل نسخة مطابقة للنسخة للأخرى حرفياً ، بأن تشمل كل نسخة على اسم طالب الأمر ومهنته وموطنه الأصلي والمختار ، واسم من يراد استصدار الأمر ضده ومهنته وموطنه ووقائع الطلب وأسانيده القانونية والطلبات ، والعلة من التطابق ترجع إلى أن القاضي يصدر أمره على النسختين المتطابقتين ، التي تسلم إحداها لطالب الأمر ، والأخرى تحفظ بالمحكمة .
- 3 - مضمون العريضة والطلبات : يجب على طالب الأمر أن تشمل العريضة المقدمة منه على الوقائع التي يتمسك بها مع بيان أسبابها وأسانيدها القانونية التي تبرر إصدار الأمر ، بأن يقوم بسرد وقائع الحق المراد حمايته قضائياً ، والإجراء المطلوب اتخاذه ، وبمعنى آخر أنه يجب تزويد القاضي بكافة المعلومات الواقعية والقانونية التي تسهم في إصدار الأمر المطلوب منه .

¹ - منظومة الباحث لمبادئ المحكمة العليا الليبية ، وزارة العدل ..

4 - مرفقات العريضة : أ - يجب على طالب الأمر على عريضة تقديم الإيصال الدال على سداد الرسوم القضائية ، تنفيذاً لأحكام المادة الثالثة والستين من القانون رقم 2 لسنة 1371 و.ر في شأن الرسوم القضائية¹ التي جاء فيها على أنه : " علاوة على الرسوم الأخرى تفرض الرسوم الآتية على الأوامر التي تصدر من المحكمة على العرائض الذي يقدمها ذوو الشأن ، وكذلك الأوامر التي تصدر في طلبات التعجيل سواء قبل الطلب أو رفض في الحالتين هما : 1 - خمسمائة درهم على الأوامر التي تصدر من القاضي الجزئي . 2 - دينار على الأوامر التي تصدر من القاضي الابتدائي . 3 - دينار ونصف على الأوامر التي تصدر من محكمة الاستئناف " .

أوجب المشرع الليبي على قلم الكتاب تحصيل الرسوم المستحقة على الأوامر على العرائض برسم ثابت ومحدد سواء قبلت العريضة أم رفضت ، فإذا لم تكن العريضة مصحوبة بما يدل على أداء الرسم المستحق كاملاً جاز لقلم الكتاب رفض تسلمها عملاً بأحكام المادة السابعة والخمسين من قانون الرسوم القضائية التي نصت على أنه : " لا يجوز مباشرة أي عمل إلا بعد تحصيل الرسم المستحق عليه مقدماً " ، وهو ما جرى عليه قضاء المحكمة العليا الليبية بقولها : (فإن مؤدى ذلك حظر مباشرة الأعمال المنصوص عليها في قانون الرسوم قبل تحصيل الرسم ولم يقرر جزاء البطلان على مباشرتها دون تحصيل الرسم على ذلك ، فإذا صدر حكم في الدعوى دون اقتضاء الرسم مقدماً ، كان لقلم الكتاب أن يقتضي الرسم قبل إعطاء أي صورة ما لم يكن طالب الصورة هو المدعى عليه ومحكوماً لصالحه برفض الدعوى ، ولا يكون للمحكوم عليه أن يتمسك ببطلان الحكم لعدم اقتضاء الرسوم المقررة لصالح الخزنة العامة وهو لا شأن له بهذه الرسوم ولا

1 - مدونة التشريعات ، العدد 2 ، السنة 3 ، 2003 م ، ص 67 .

مصلحة له بالتمسك بها¹ ، ويجوز للقاضي أن يمتنع عن إصدار الأمر على العريضة حتى يتم أداء الرسم المستحق كاملاً استرشاداً بأحكام المادة الرابعة والعشرين من قانون الرسوم القضائية التي نصت على أنه : " تستبعد المحكمة القضية من جدول الجلسة إذا لم تستوف الرسوم المستحقة عليها بعد قيدها " .

ب- يجب على طالب الأمر على عريضة تقديم المستندات ، والحجج سواء أكانت رسمية أم عرفية المؤيدة لطلباته في ذات اللحظة التي يقدم فيها العريضة ، لأن القاضي المختص يقوم بالنظر في العريضة ومستنداتها في غيبة الخصوم ، وهو الذي يتولى تقدير مدى ضرورة وجود المستندات والحجج في إصدار الأمر أو رفضه ، والمستندات قد تكون مجموعة أوراق أو ورقة واحدة حسب وقائع العريضة وطلباتها .

الفرع الثاني : سلطة القاضي في إصدار الأمر ، وحالاته :

1 - الاختصاص : نصت المادة 293 من قانون المرافعات على أنه : " في الأحوال التي يكون فيها للخصم وجه في استصدار أمر يقدم عريضة بطلبه إلى قاضي الأمور الوقتية بالمحكمة المختصة... " .

ونصت المادة 25 من قانون المرافعات على أنه : " يقوم رئيس المحكمة الابتدائية أو من يقوم مقامه بالنظر في الأمور المستعجلة والوقتية ويقوم بالنظر في هذه المسائل في المواد الجزئية قاضي المحكمة الجزئية " .

وبناء على هذا فقد حدد المشرع القاضي المختص بنظر الأمر على عريضة ، وجعله لقاضي الأمور الوقتية بالمحكمة المختصة ، وقاضي الأمور الوقتية بالمحكمة الابتدائية رئيسها أو من يقوم مقامه أو من يندب لذلك من قضاتها ، وبالمحكمة الجزئية قاضيها .

¹ - طعن إداري 21 / 24 ق ، جلسة 17 / 12 / 1980 م مجلة المحكمة العليا ، العدد 3 ، السنة 17 ، ص

والسؤال المطروح ماذا يقصد (بالمحكمة المختصة) الواردة في نص المادة 293 من قانون المرافعات التي يلجأ إليها طالب الأمر؟

للإجابة عن هذا التساؤل يتعين علينا الرجوع لقواعد الاختصاص العام لتحديد قاضي الأمور الوقتية المختص بإصدار الأوامر على عرائض، ويقصد بها قواعد الاختصاص الوظيفي، والنوعي، والقيمي، والمحلي على التفصيل التالي:

أ - الاختصاص الوظيفي أو الولائي: هي تلك القواعد التي تحدد أنواع المنازعات التي تختص بها كل جهة قضائية إذا ما تعددت هذه الجهات داخل النظام القضائي للدولة¹.

فالنظام القضائي في ليبيا يأخذ بمبدأ وحدة القضاء أي أن هناك جهة قضائية واحدة تقوم بالفصل في جميع المنازعات المدنية والإدارية والشرعية مقسمة إلى دوائر مخصصة للنظر في تلك المنازعات، ووجود محكمة عليا واحدة على رأس النظام القضائي يحفظ لهذا النظام وحدته ويحول دون القول بتعدد الجهات القضائية².

وعلى ذلك فإن قاضي الأمور الوقتية يتحدد اختصاصه الوظيفي بالمنازعات والمسائل التي يختص بها القضاء، وهذا الاختصاص يتعلق بالنظام العام، وتقضي به المحكمة من تلقاء نفسها³ حسب ما نصت عليه المادة 75 من قانون المرافعات بقولها: "إذا رفع إلى المحكمة ما هو من اختصاص السلطة الإدارية أو المحاكم الخاصة قررت من تلقاء نفسها عدم الاختصاص في أي حال أو درجة كانت عليها الدعوى"، وما جرى عليه قضاء المحكمة العليا بقولها: (إن قضاء هذه المحكمة قد جرى على أن الدفع بعدم الاختصاص الولائي من

¹ - عبد المنعم جيره، التنظيم القضائي في ليبيا، منشورات جامعة قارونس، 1978 م، ص 183

² - أحمد أبوزقية، مرجع سابق، ص 66، عبد المنعم جيرة، مرجع سابق، ص 183

³ - مصطفى كامل كيره، قانون المرافعات الليبي، ط / دار صادر، بيروت، ص 334.

النظام العام ولا يسقط بالدخول في موضوع الدعوى ويجوز إبدائه في أية مرحلة من مراحل الدعوى ولو لأول مرة أمام محكمة النقض التي تملك أن تقضي به من تلقاء نفسها¹ .

وعلى ذلك فإن قاضي الأمور الوقتية إذا عرض عليه أمر يخرج عن حدود اختصاص القضاء كما إذا كان من اختصاص جهة إدارية (الوزارات أو الهيئات أو المؤسسات التنفيذية الأخرى) ، فإنه يتعين عليه رفض إصدار الأمر لعدم اختصاصه بنظر الطلب ، فإذا ما أصدر الأمر كان أمره باطلاً لصدوره من قاض غير مختص .

ب - الاختصاص النوعي : يقصد به توزيع العمل بين طبقات المحاكم ، فيخص كل محكمة بموضوع معين من المنازعات ، وذلك بغض النظر عن قيمة الدعوى ذاتها² .

فالاختصاص النوعي في قانون المرافعات من النظام العام لا يجوز للخصوم الاتفاق على مخالفته ، كما أنه يمكن إبدائه في أية حالة كانت عليه الدعوى وأمام أي درجة من درجات التقاضي ، ويتعين على المحكمة القضاء به من تلقاء نفسها حسب ما نصت عليه الفقرة الأولى من المادة 76 من قانون المرافعات على أنه : " إذا رفع إلى المحكمة ما ليس من اختصاصها النوعي من حيث الموضوع قررت من تلقاء نفسها عدم اختصاصها في أية حالة وأية درجة كانت عليها الدعوى " ، وهو ما استقر عليه قضاء المحكمة العليا على (أن قواعد الاختصاص النوعي من النظام العام فإنه يكون من واجب هذه المحكمة أن

¹ - الطعن الإداري رقم 16 / 27 ق الصادر بتاريخ 13 / 11 / 1983 م ، مجلة المحكمة العليا ، العدد الأول السنة 21 ، ص 25 .

² - أحمد أبو زقية ، مرجع سابق ، 73 ، الكوني اعبودة ، قانون علم القضاء ، منشورات جامعة ناصر ، 1991 م ، ص 353

تتعرض له من تلقاء نفسها عملاً بنص المادة 76 من قانون المرافعات ولو أغفل الخصوم الدفع به)¹ .

وعلى ذلك فإن الأمر على عريضة إذا تعلق بنزاع موضوعي يدخل في الاختصاص النوعي لمحاكم معينة تعين على طالب الأمر رفع طلبه إلى قاضي الأمور الوقتية بالمحكمة المختصة بنظر موضوع النزاع .

واختصاص قاضي الأمور الوقتية النوعي يتقيد بالموضوع الذي يتم استصدار الأمر خدمة له ، لأن اختصاصه في هذه الحالة مشتق من اختصاصه النوعي المتعلق بالموضوع جزئياً أم ابتدائياً ، فإذا أصدر قاضي الأمور الوقتية الأمر على عريضة رغم عدم اختصاصه النوعي اعتبر الأمر باطلاً لصدوره من قاضي غير مختص بإصداره ، إذ يجب عليه أن يفصل من تلقاء نفسه في مسألة الاختصاص ، فإذا تبين له عدم اختصاص المحكمة التي يتبعها بإصدار الأمر كان عليه أن يرفض إصدار الأمر ، ولا يقضي بعدم الاختصاص ذلك لأنه لا يحكم في الموضوع أو الشكل ، وإنما يقتصر على إصدار الأمر أو رفضه، كما أنه لا يستطيع إحالته إلى المحكمة المختصة وفقاً لنص المادة 77 من قانون المرافعات ذلك لأنه لا يصدر حكماً وإنما أمر بإجراء وقتي ، ومن ثم فلا مناص من الرفض فقط دون الإحالة² .

ج - **الاختصاص القيمي** : يقصد به مجموعة القواعد التي تستهدف تحديد المحكمة المختصة بنظر الدعوى وذلك على ضوء قيمتها³ .

فالمحاكم الجزئية تختص كقاعدة عامة بالفصل في الدعاوى المدنية

¹ - طعن مدني 138 / 36 ق ، مجلة المحكمة العليا ، جلسة 23 / 12 / 1991 م ، السنة 28 ، العدد 3-4 ، ص 62 .

² - نبيل إسماعيل ، مرجع سابق ، ص 102 - 103 ..

³ - عبد المنعم جيرة ، مرجع سابق ، ص 206 .

والتجارية التي لا تزيد قيمتها على ألف دينار ، وقد نصت على ذلك المادة 42 من قانون المرافعات على أنه " تختص المحكمة الجزئية بالحكم ابتدائياً في الدعاوى المدنية والتجارية التي لا تتجاوز قيمتها ألف دينار ويكون حكمها نهائياً إذا لم تتجاوز قيمة الدعوى مائة دينار وذلك مع عدم الإخلال بما للمحكمة الابتدائية من اختصاص في الأحوال التي نص عليها القانون " .

أما الدعاوى التي تتجاوز قيمتها ألف دينار أو غير قابلة للتقدير فتدخل في اختصاص المحكمة الابتدائية وفقاً لما نصت عليه المادة 49 من قانون المرافعات بقولها " تختص المحكمة الابتدائية بالحكم ابتدائياً في جميع الدعاوى المدنية والتجارية ودعاوى الأحوال الشخصية التي ليست من اختصاص المحكمة الجزئية " ، وما نصت عليه المادة 41 من قانون المرافعات على أنه إذا كانت الدعوى يطلب غير قابل للتقدير بحسب القواعد المتقدمة اعتبرت قيمتها زائدة على ألف دينار إلا إذا نص القانون على غير ذلك " .

ولذا يمكن القول إن القاعدة في توزيع الاختصاص بين المحاكم الجزئية والابتدائية هو قيمة الدعوى وفقاً للقواعد الخاصة التي وضعها المشرع للتقدير ، فإذا لم يكن من السهل تقدير قيمتها بالنقود طبقاً لهذه القواعد تعتبر قيمتها زائدة على ألف دينار وتختص بنظرها المحكمة الابتدائية .

فالاختصاص القيمي في قانون المرافعات من النظام العام أمام محكمة الدرجة الأولى فقط ، وأنه يتعين على محكمة الموضوع القضاء به من تلقاء نفسها¹ إعمالاً لنص الفقرة الثانية من المادة 76 من قانون المرافعات بقولها " كما تقرر محكمة الدرجة الأولى من تلقاء نفسها عدم اختصاصها من حيث القيمة في أي وقت أثناء نظر الدعوى ابتدائياً " ، وهو ما جرى عليه قضاء المحكمة العليا بقولها : " لقد استقر قضاء هذه المحكمة في تحديد الدفع بعدم الاختصاص القيمي

¹ - أحمد أبو زقية ، مرجع سابق ، 74 ، مصطفى كيرة ، مرجع سابق ، ص 456 - 457 .

بأنه لا يجوز إثارته إلا في مرحلة الدرجة الأولى سواء من قبل الخصوم أو من قبل المحكمة من تلقاء نفسها " ¹ .

وعلى هذا فإن قاضي الأمور الوقتية عليه أن يتقيد في إصدار أمره أو رفضه بقيمة موضوع الطلب المراد استصدار الأمر بشأنه ، فإذا تبين له عدم اختصاص المحكمة التي يتبعها بإصدار الأمر كان عليه أن يرفض إصداره ولا يستطيع إحالته إلى المحكمة المختصة .

د - **الاختصاص المحلي** : نصت المادة 63 من قانون المرافعات على أنه : " في دعاوى المتضمنة طلب اتخاذ إجراء وقتي يكون الاختصاص للمحكمة التي يقع في دائرتها موطن المدعى عليه أو المحكمة المطلوب حصول الإجراء في دائرتها . وفي المنازعات المستعجلة المتعلقة بتنفيذ الأحكام والسندات يكون الاختصاص للمحكمة التي يقع في دائرتها التنفيذ "

ومن هذا النص : فإن الاختصاص المحلي لقاضي الأمور الوقتية ينعقد للمحكمة التي يقع بدائرتها موطن المدعى عليه ، وهذا تطبيق للقاعدة العامة التي نصت عليها المادة 53 من قانون المرافعات أو المحكمة المطلوب حصول الإجراء في دائرتها باعتبار أن الأمر على عريضة ما هو إلا إجراء وقتي ، وبالتالي يجب على طالب الأمر مراعاة نص المادة 63 من قانون المرافعات في تحديد الاختصاص المحلي لقاضي الأمور الوقتية عند تقديمه للطلب بالخيرة بين أن يقدم طلبه إلى أي من المحكمتين ، وقد جعل المشرع الاختصاص للمحكمة المطلوب حصول الإجراء في دائرتها لأنها أقرب المحاكم إلى محل النزاع وقد تقتضي ظروف الاستعجال الالتجاء إلى أقرب المحاكم من محل النزاع كطلب إثبات حالة

¹ - طعن مدني رقم 24 / 17 ق ، جلسة 12 / 1 / 1971 م ، مجلة المحكمة العليا ، السنة 7 ، العدد 3 ، ص

أو تعيين حارس قضائي¹ .

ولما كان الاختصاص المحلي ليس من النظام العام وفقاً لنص الفقرة الثالثة من المادة 76 من قانون المرافعات لذا يجب على المدعى عليه الدفع بعدم الاختصاص المحلي في الجلسة الأولى عند نظر الدعوى ، ولا يجوز أن تقضي به محكمة الدرجة الأولى والثانية من تلقاء نفسها ، فإن تبين لقاضي الأمور الوقتية أنه غير مختص محلياً بنظر الطلب فهل يمتنع عن إصدار الأمر أو يقضي برفضه ؟

هناك من يرى أن اختصاص قاضي الأمور الوقتية يتعلق بالنظام العام بوجه عام ، وعلى ذلك يتعين على القاضي أن يبحث من تلقاء نفسه في مسألة اختصاصه المحلي بنظر الطلب المعروض عليه ، والسبب هو أن الطلب ينظر في غيبة الخصم ، وبالتالي لا مجال لحضوره وإبداء دفعه بعدم الاختصاص المحلي ، فإذا بان للقاضي أنه غير مختص محلياً بإصدار الأمر المطلوب وفقاً لنص المادة 63 من قانون المرافعات تعيين عليه إصدار أمره بالرفض ، وإذا خالف ذلك كان الأمر باطلاً لصدوره من قاض غير مختص .

ويرى آخرون أن الاختصاص المحلي لقاضي الأمور الوقتية لا يتعلق بالنظام العام ، ويتعين عليه عدم بحثه وإثارته من تلقاء نفسه ، وإنما ينتقل إلى البحث في شروط قبول الأمر على عريضة ، ومدى ملائمة إصدار الأمر أو رفضه² .

ونرى أن الرأي الأول هو الأقرب للصواب ذلك أن كل قاض له كامل السلطة في بحث مسألة اختصاصه بإصدار العمل القضائي المطلوب منه إما من تلقاء نفسه إذا تعلق الاختصاص بالنظام العام ، وإما بناء على تمسك الخصم في

¹ - مصطفى كيرة ، مرجع سابق ، ص 422 ، نبيل إسماعيل ، مرجع سابق ، ص 104 .

² - نبيل إسماعيل ، مرجع سابق ، ص 104 ، 108 .

الأحوال التي لا يتعلق فيها الاختصاص بالنظام العام ، سواء كان بصدد استعمال سلطته القضائية أم بصدد استعمال سلطته الولائية ، فالقاضي عند ممارسته لسلطة الحكم يمارسها في حضور الخصوم وإعلانهم والمواجهة فيما بينهم ، وأما عند ممارسته لسلطته الولائية التي تتم في غيبة الخصم ، فإن له كامل السلطة في بحث مسألة الاختصاص المحلي ، فإذا تبين له عدم اختصاصه محلياً بنظر العريضة عليه أن يرفض إصدار الأمر .

ولكن السؤال الذي يطرح من هو القاضي المختص بإصدار الأمر على عريضة في حالة قيام دعوى أمام القضاء ؟ فهل يكون لذوي الشأن الخيار بين اللجوء لقاضي الأمور الوقتية أو إلى رئيس الدائرة التي تنتظر الدعوى ؟ وفقاً لنص المادة 293 من قانون المرافعات ، فإن الأمر إذا تعلق بدعوى مرفوعة أمام المحكمة الجزئية فإن الاختصاص يكون لقاضي الأمور الوقتية بهذه المحكمة ، باعتبار أن هذه المحاكم تشكل من قاض فرد وليس من هيئة قضائية . أما إذا كانت الدعوى مرفوعة أمام المحكمة الابتدائية فإن الاختصاص يكون لقاضي الأمور الوقتية بالمحكمة - رئيس المحكمة أو من يقوم مقامه - وقد يكون لرئيس الهيئة التي تنتظر الدعوى بالنسبة للمحاكم الابتدائية المنعقدة بهيئة استئنافية ، وهنا يكون لطالب الأمر الخيار بين قاضي الأمور الوقتية أو رئيس الهيئة التي تنتظر الدعوى .

وأما إذا كان النزاع معروضاً على المحكمة الاستئنافية ، فإن المشرع الليبي لم يحدد قاضي الأمور الوقتية لدى هذه المحكمة وفقاً لنص المادة 25 من قانون المرافعات ، وبالتالي يجب على طالب الأمر أن يقدم طلبه في هذه الحالة إلى رئيس الدائرة التي تنتظر الدعوى¹ .

2 - شروط قبول إصدار الأمر : تنص المادة الرابعة من قانون المرافعات على أنه : "

¹ - الكوني اعبوده ، مرجع سابق ، 394 ، نبيل إسماعيل ، مرجع سابق ، 95 ، 96 .

لا يقبل أي طلب أو دفع لا يكون لصاحبه فيه مصلحة قائمة يقرها القانون ، ومع ذلك تكفي المصلحة المحتملة إذا كان الغرض من الطلب الاحتياط لدفع ضرر محقق أو الاستيثاق لحق يخشى زوال دليله عند النزاع فيه " .
يفهم من هذا النص أنه يشترط في طالب الأمر على عريضة لقبول طلبه ثلاثة شروط هي :

أ - احتمال وجود حق أو مركز قانوني : يجب على قاضي الأمور الوقتية والمستعجلة التحقق من أن طالب الأمر هو صاحب الحق والمصلحة المطلوب حمايتها وفقاً للقواعد القانونية الموضوعية بصورة مجردة ¹ .

ب - الاستعجال : وهو الحالة التي يكون من شأن التأخير فيها وقوع ضرر لا يمكن تداركه أو إزالته ، وبمعنى آخر هو الخطر الداهم المحقق أو الضرر الجسيم الذي لا يمكن تلافيه ، ويقتضي اتخاذ إجراءات قانونية سريعة وعاجلة لا تحتمل التأخير ² .

وهنا يتولى القاضي تقدير مدى الضرر الذي يلحق بالحق المطلوب حمايته الوقتية إذا لم يتم اتخاذ الإجراء الوتقي أو التحفظي ، وذلك من خلال وقائع الطلب وما يدعمه من مستندات وأدلة تقضي إصدار الأمر .

ج - أن يكون المطلوب إجراءً وقتياً أو إجراءً تحفظياً : يشترط لاختصاص قاضي الأمور الوقتية والمستعجلة أن يكون المطلوب منه إجراءً وقتياً أو تحفظياً ، فلا يجوز منه الحكم في أصل الحق المتنازع عليه ، فالأمر الصادر منه لا يحسم النزاع على أصل الحق ولا تكون له حجية بالنسبة لهذا الحق ، وإنما هو إجراء ووتقي أو تحفظي الهدف منه حماية الحق وحفظه إلى حين الفصل في موضوع

¹ - نبيل إسماعيل ، مرجع سابق ، ص 86

² - مصطفى كيرة ، مرجع سابق ، ص 317

النزاع بحكم قضائي وفقاً للقواعد العامة¹.

3 - إصدار الأمر : تقدم طلبات الأمر على عريضة إلى قاضي الأمور الوقتية المختص نوعياً وقيماً ومحلياً وفقاً لقواعد الاختصاص العامة ، وبناء على سلطته الولائية التي يتمتع بها في إصدار الأمر الذي يبنى على مجموعة الوقائع المقدمة إليه من طالب الأمر المؤيدة بالمستندات لطلبه ، ويصدر القاضي المختص أمره بالكتابة على إحدى نسختي العريضة في اليوم التالي لتقديمها على الأكثر حسب ما نصت عليه المادة 296 من قانون المرافعات ، فهو يملك مطلق السلطة التقديرية في إصدار الأمر أو رفضه حسب ما يظهر له من وقائع وأدلة الإثبات المقدمة من الطالب ، ووفقاً لنص المادة 295 من قانون المرافعات فإن القاضي غير ملزم بتسبيب الأمر الذي يصدره إذا كان هو الأمر الأول لطلبه ، ولكن إذا شاء القاضي أن يسبب أمره فلا يترتب على ذلك البطلان ، وأما إذا صدر الأمر مخالفاً لأمر آخر سبق صدوره ففي هذه الحالة يجب ذكر الأسباب التي بني عليه إصدار الأمر الجديد وإلا كان باطلاً² ، والمستقر عليه فقهاً وقضاءً أن ميعاد إصدار الأمر أو رفضه هو ميعاد تنظيمي الهدف منه حث القاضي المختص بسرعة البت في العريضة المقدمة إليه ، والذي لا يترتب على مخالفته البطلان³ . وإذا ما أصدر القاضي أمره باتخاذ الإجراء الوقتي أو التحفظي المطلوب منه ، فإنه يجب على قلم الكتاب تسليم طالب الأمر نسخة من الأمر المكتوب على العريضة عملاً بنص المادة 296 من قانون المرافعات ، والنسخة الأخرى تحفظ لدى المحكمة في الملف للرجوع إليها عند الحاجة ، وأن يتم تذييل صورة الأمر

¹ - مصطفى كيرة ، المرجع السابق ، ص 317 .

² - أحمد أبو الوفا ، مرجع سابق ، 391 ، الكوني اعبوده ، مرجع سابق ، 397 - 398 .

³ - الكوني اعبوده ، مرجع سابق ، ص 240 ، مصطفى كيرة ، مرجع سابق ، ص 752 ، نبيل إسماعيل ،

مرجع سابق ، 125 .

بالصيغة التنفيذية ، لأن الأمر على عريضة مشمولة بالتنفيذ المعجل بقوة القانون وبدون كفالة عملاً بنص المادة 379 من قانون المرافعات .

4 - حالات إصدار الأمر : أورد المشرع الليبي العديد من الحالات التي يجب فيها إصدار الأمر على عريضة ، وذلك في نصوص متفرقة من قانون المرافعات ، وقد منح وظيفة إصدارها إلى رئيس المحكمة الابتدائية أو من يقوم مقامه وإلى قاضي المحكمة الجزئية كل في حدود اختصاصه ، وأن حالات الأمر على عريضة محددة على سبيل الحصر ، ونحاول في هذا العرض معرفة الحالات الأكثر شيوعاً في العمل القضائي على النحو التالي :

أ - أشارت المادتان الثامنة ، والتاسعة من قانون المرافعات إلى أنه في حالة إعلان أوراق المحضرين بعد الوقت المحدد للإعلان أو في حالة امتناع المحضر عن الإعلان يجب على المحضر التقدم بعريضة إلى قاضي الأمور الوقتية بالمحكمة المختصة للحصول على إذن بالترخيص له عند الضرورة بالإعلان في غير الأوقات المحددة أي بعد الساعة مساءً مثلاً أو في أيام العطلات الرسمية ، أو إعلان الورقة أو عدم إعلانها .

ب - **الحجز التحفظي** : تناول المشرع الليبي الحجز التحفظي على المنقول في الفصل الرابع من الباب الثاني المتعلق بالحجوز ، وذلك من المادة 516 إلى المادة 524 من قانون المرافعات إذ أن العمل القضائي استقر على أنه إذا أراد الدائن استصدار أمر بإيقاع الحجز التحفظي على منقولات مدينه يتقدم بعريضة مكتوبة إلى قاضي الأمور الوقتية التابع لها موطن المدين (المحجوز عليه) على أن تشمل العريضة على بيان واف للمنقولات المطلوب حجزها ، مع بيان سبب الدين وسنده الذي يبرر إيقاع الحجز التحفظي عليها .

ج - **حجز ما للمدين لدى الغير** : أجاز المشرع الليبي للدائن إذا لم يكن له سنداً تنفيذياً أو كان دينه غير معين المقدار أن يقدم عريضة إلى قاضي الأمور الوقتية التابع

لها المدين (المحجوز عليه) يطلب فيها الحجز على ما يكون لمدينه من مبالغ ماليه ، على أن يتم تقدير الدين تقديراً مؤقتاً عملاً بأحكام المادتين 459 ، 460 من قانون المرافعات .

د - في حالة التنفيذ على عقار المدين فإنه يتعين على الدائن المباشر لإجراءات التنفيذ استصدار أمر على عريضة من قاضي الأمور الوقتية بالمحكمة المختصة وذلك بالترخيص لمحضر التنفيذ بدخول العقار المطلوب الحجز عليه للحصول على بياناته وأوصافه ومشمولاته للتأكد من ملكيته للمدين عملاً بأحكام المادة 526 من قانون المرافعات .

هـ - **خبرة تمهيدية** : عندما تكون الوقائع المطلوب إثباتها أشياء أو وقائع مادية قد تكون موضوعاً للنظر في دعوى مرفوعة أو احتمال رفعها ، فإن على ذوي الشأن أن يقدم عريضة إلى قاضي الأمور الوقتية بالمحكمة المختصة بنظر القضية من حيث الموضوع وفقاً لأحكام المادة 207 من قانون المرافعات ، مثال ذلك : طلب إثبات الأضرار التي وقعت للمنزل نتيجة الحريق ، وطلب المؤجر إثبات الأضرار التي حصلت للعين المؤجرة بعد مغادرة المستأجر لها وذلك تمهيداً لرفع دعوى تعويض .

و - **أحكام المحكمين** : إن أحكام المحكمين التي تصدر بناء على مشاركة تحكيم وفقاً لأحكام المادة 739 من قانون المرافعات التي لا يجوز تنفيذها إلا بأمر من قاضي الأمور الوقتية بالمحكمة المختصة بناء على عريضة تقدم من ذوي الشأن بوضع الصيغة التنفيذية بذيل أصل الحكم عملاً بأحكام المادة 763 من قانون المرافعات .

ز - **أوامر التقدير** : نصت المادة 287 من قانون المرافعات على أنه : " وفي حالة إغفال التقدير في الحكم تأمر المحكمة التي أصدرت الحكم بإلزام الخصم بالمصاريف وذلك بناء على طلب مؤيد بالوثائق يقدمه ذوو الشأن " .

ومن هذا النص فإن الخصم الذي صدر لمصلحته الحكم أن يقدم عريضة مؤيدة بالمصاريف التي تكبدها وخسرها أثناء السير في الدعوى حتى صدور حكم نهائي فيها ، وذلك إلى قاضي المحكمة التي أصدرت الحكم باستصدار أمر بتقدير تلك المصاريف ، وإلزام خصمه بدفع مصاريف الدعوى والرسوم القضائية التي لم تحدد بموجب الحكم الصادر فيها والتي تتضمن أتعاب المحاماة ، والخبراء ، ومصاريف الشهود ، وغيرها من المصاريف .

ح - الامتناع عن إعطاء الصورة التنفيذية : أجازت المادة 279 من قانون المرافعات للخصم الذي صدر الحكم لمصلحته أن يطلب من قلم الكتاب تسليم الصيغة التنفيذية على الحكم ، فإذا امتنع عن ذلك على طالبها أن يقدم عريضة إلى قاضي الأمور الوقتية بالمحكمة التي أصدرت الحكم ليصدر أمره بتسليم الصيغة التنفيذية على الحكم أو رفض إصدار الأمر .

ط - بيع عقار المدين بالمزاد العلني : إن القانون يعهد للدائن القيام بمقدمات التنفيذ على عقار المدين بإيداع قائمة شروط البيع ، والفصل في الاعتراضات التي تقدم بشأنها بأحكام نهائية واجبة النفاذ ، تبدأ المرحلة الثانية وهي مرحلة بيع العقار بالمزاد العلني ، وذلك عن طريق تقديم طلب إذن بيع العقار المحجوز عليه من الدائن مباشر الإجراءات أو أحد أطراف التنفيذ إلى قاضي البيوع وهو قاضي الأمور الوقتية بالمحكمة المختصة وفقاً لما نصت عليه المادة 567 من قانون المرافعات على أنه : " يحصل البيع في المحكمة ويجوز لمباشر الإجراءات والمدين والحائز وكل ذي مصلحة أن يطلب بعريضة إذناً من قاضي البيوع بإجراء البيع في نفس العقار أو في مكان غيره " .

الفرع الثالث : التظلم من الأمر على عريضة ، وسقوطه :

1 - التظلم من الأمر على عريضة :

أ - ميعاد التظلم : أجازت الفقرة الأولى من المادة 297 من قانون المرافعات لطالب

الأمر إذا رفض طلبه ، ولمن صدر ضده الأمر ، رفع التظلم خلال ثلاثة أيام تبدأ من تاريخ إعلانه بالأمر على عريضة ما لم ينص القانون على خلاف ذلك ، وهذا الميعاد من مواعيد الطعن الناقصة التي تتعلق بالنظام العام بمعنى لا يحسب يوم صدور الأمر ويحسب اليوم الأخير فإذا ما صدر الأمر بتاريخ يوم 1 / 5 / 2012 م وأعلن لصاحب الشأن في يوم 6 / 5 / 2012 م فإن ميعاد الطعن يبدأ من اليوم التالي للإعلان أي يوم 7 / 5 / 2012 م وينتهي يوم 9 / 5 / 2012 م ، وهذا الميعاد شأنه شأن أي ميعاد من مواعيد المرافعات خاضع للزيادة بسبب المسافة وفقاً لأحكام المواد 16 و 17 و 18 من قانون المرافعات ، وهو ما جرى عليه قضاء المحكمة العليا في الطعن المدني رقم 5 / 40 ق بجلستها المنعقدة بتاريخ 3 / 11 / 1997 م بقولها : " إن المادة 297 مرافعات حددت ميعاد التظلم من الأوامر التي تصدر على العرائض بأن أوجبت حصول التظلم خلال ثلاثة أيام من تاريخ التبليغ ، وهذا الميعاد شأنه شأن أي ميعاد من مواعيد المرافعات خاضع للزيادة بسبب المسافة وفقاً لنص المادة 18 من القانون المذكور كما أن التبليغ الذي يعتد به في سريان ميعاد التظلم بحسب المادة 17 مرافعات يجب أن يكون بواسطة المحضرين إعمالاً لنص المادة 7 مرافعات ¹ .

ب- المحكمة المختصة بنظر التظلم : نصت الفقرة الثانية من المادة 297 من قانون المرافعات عل أنه : " ويجب أن يقدم التظلم من أمر القاضي الجزئي إلى رئيس المحكمة الابتدائية ، ومن أمر رئيس المحكمة الابتدائية إلى محكمة الاستئناف لطالب الأمر إذا رفض طلبه ، ولمن صدر ضده الأمر ، أن يرفع التظلم إلى جهة أعلى من الجهة مصدرة الأمر ، فالأمر على عريضة الصادر من القاضي الجزئي يرفع التظلم منه إلى رئيس المحكمة الابتدائية ، وأما الأمر على عريضة الصادر من رئيس المحكمة الابتدائية يرفع التظلم منه إلى محكمة الاستئناف التي تقع في دائرتها

¹ - منظومة الباحث في مبادئ المحكمة العليا ، وزارة العدل ، الإصدار الأول ، 2006 م .

المحكمة الابتدائية مصدره الأمر، ولا يجوز رفع التظلم إلى القاضي ذاته مصدر الأمر.

ج - إجراءات رفع التظلم : نصت الفقرة الثالثة من المادة 297 من قانون المرافعات على أنه : " ويكون التظلم بتكليف الخصم بالحضور أمام قاضي الطعن الذي يحكم فيه على وجه السرعة بتأييد الأمر أو بإلغائه ويكون أمره نهائياً " والتظلم يرفع بالإجراءات المعتادة لرفع الدعاوى أمام المحكمة المختصة أي أن تحتوى صحيفة الدعوى على اليوم والشهر والسنة والساعة التي حصل فيها الإعلان ، واسم المتظلم ولقبه ومهنته وموطنه ، واسم المتظلم ضده ولقبه ومهنته وموطنه ، واسم القائم بالإعلان ، وصفته ، ودائرة اختصاصه ، ويتم دفع الرسوم المقررة ، وتودع قلم كتاب المحكمة المختصة بنظر التظلم سواء كانت المحكمة الابتدائية أم المحكمة الاستئنافية ، ويتم إعلانها إلى المتظلم ضده وفقاً لقواعد الإعلان القضائي حتى تبدأ المواجهة بين الخصوم تراعي فيها قواعد الحضور والغياب وطرق الإثبات والدفع وتنتهي فيما بعد بصور حكم نهائي .

د - الحكم في التظلم : إذا ما اتخذت إجراءات التظلم على النحو السالف البيان ، فإنه يجب على الجهة المختصة بنظره أن تقضي فيه على وجه السرعة إما بالتأييد وإما بالإلغاء ، وأن الحكم الصادر في التظلم يأخذ شكل الأحكام القضائية التي نصت عليه المادة 273 من قانون المرافعات من حيث ذكر المحكمة التي أصدرته وتاريخ صدوره ومكانه ، واسم القاضي أو القضاة الذين اشتركوا في الحكم ، وأسماء الخصوم ، والوقائع ، وإجراءات المحاكمة ، وأسباب الحكم ومنطوقه .

والحكم الصادر في التظلم يكون إما بتأييد الأمر المتظلم منه أو بإلغائه ، غير أن المحكمة لا تملك تعديل الأمر قانوناً ، وأن الحكم يكون حكم نهائي غير قابل للطعن ، وهو ما استقر عليه قضاء المحكمة العليا في قرارها الصادر من دوائرها المجتمعة رقم 2 / 46 ق بتاريخ 18 / 2 / 1999 م بقولها : " قررت

المحكمة بدوائرها المجتمعة العدول عن المبدأ الذي قرره الحكم الصادر في الطعن المدني رقم 116 / 39 ق بتاريخ 31 / 12 / 1995 م ومفاده أن الأمر الصادر من محكمة الاستئناف بتأييد أو رفض التظلم من الأمر الصادر على عريضة يجوز الطعن فيه بطريق النقض ، وإرساء مبدأ جديد مفاده أن الأمر الصادر في التظلم من الأمر على عريضة بالتأييد أو الرفض لا يجوز الطعن فيه بالنقض " ¹ ، وهذا الحكم يتفق مع نص المادة 297 من قانون المرافعات ، لأن المشرع اعتبر قرار محكمة الاستئناف نهائياً أي غير قابل للطعن عليه ² .

2 - سقوط الأمر على عريضة : نصت المادة 298 من قانون المرافعات على أنه : " يسقط الأمر على عريضة إذا لم يقدم للتنفيذ في ظرف ثلاثين يوماً من تاريخ صدوره ولا يمنع هذا السقوط من استصدار أمر جديد " .

والأمر على عريضة له قوة تنفيذية مؤقتة ، فهو يسقط إذا لم يقدم للتنفيذ خلال ثلاثين يوماً من تاريخ صدوره ، وعلة ذلك أنه عملاً ولأثماً يصدر من دون مواجهة بين الخصوم ، لأنه يتعلق بإجراء وقتي أو تحفظي ، وحتى لا يبقى سيقاً مسلطاً يشهره من صدر لمصلحته الأمر في وجه خصمه في أي وقت يشاء مع احتمال تغير الظروف الداعية إلى صدوره ، وزوال الحاجة الملجئة إليه ، ومن ثم يسقط هذا الأمر إذا لم يقدم للتنفيذ في المناسبة التي صدر فيها ³ ، والمقصود بالتنفيذ هنا ليس وضع الصيغة التنفيذية ، وإنما مباشرة إجراءات التنفيذ وفقاً للقانون ، وأن هذا الجزاء الذي قرره المشرع تقديراً لمصلحة من صدر ضده الأمر

¹ - أحكام المحكمة العليا بدوائرها المجتمعة ، منشورات المحكمة العليا ، الطبعة الأولى 2006 م ، 1 / 81 .

² - أحمد ابوزقية ، مرجع سابق ، ص 63 ، حسن محمد الحميدة ، مرجع سابق ، ص 153 .

³ - أحمد ابوزقية ، مرجع سابق ، ص 63 ، الكوني اعبودة ، مرجع سابق ، ص 399 ، مصطفى كيرة ، مرجع

، وهو لا يتعلق بالنظام العام لذا لا يجوز لغير من تقرر لمصلحته التمسك به ، وله الحق النزول عنه صراحة أو ضمناً ، وإذا ما سقط الأمر فإن ذلك لا يمنع من صدر لمصلحته أن يستصدر أمراً جديداً¹ .

وهو ما أشارت إليه محكمة النقض المصرية في الطعن المدني رقم 50 / 53 ق بجلستها 11 / 3 / 1969 م بقولها : (أن الأمر على عريضة يسقط إذا لم يقدم للتنفيذ خلال ثلاثين يوماً من تاريخ صدوره إلا أن هذا السقوط قد راعى فيه المشرع مصلحة من صدر ضده الأمر حتى لا يبقى سلاحاً مسلطاً عليه لا يتعلق بالنظام العام فلا يجوز للمحكمة أن تقضي به من تلقاء نفسها وإنما يجب أن يتمسك به من صدر ضده الأمر ويجوز له أن ينزل عن هذا السقوط صراحة أو ضمناً)² .

¹ - الكوني اعبودة ، مرجع سابق ، 399 .

² - موسوعة أحكام محكمة النقض المصرية ، المكتب الفني ، مدني ، العدد 1 ، السنة 20 ، ص 388 .

المطلب الثاني

تنفيذ الأمر على عريضة وآثاره القانونية

الفرع الأول / تنفيذ الأمر على عريضة :

الأمر على عريضة هي قرارات تصدر من القاضي المختص بناء على عريضة تقدم من ذوي الشأن في غيبة الخصم الآخر بغية توفير حماية وقتية لطالبه باتخاذ إجراء وقتي أو تحفظي من دون مساس بأصل الحق ، وينفذ الأمر على عريضة نفاذاً معجلاً بقوة القانون حسب ما نصت عليه المادة 379 من قانون المرافعات أي أنه يقبل التنفيذ بمجرد صدوره رغم قابليته للتظلم¹ .

وباعتبار أن الأمر على عريضة سند من السندات التنفيذية بمجرد صدوره ، وفقاً لنص المادة 369 من قانون المرافعات ، فإنه يخضع لإجراءات التنفيذ ، وذلك بإعلان السند التنفيذي لشخص المدين أو في موطنه الأصلي أو موطنه المختار أو لوكيله وإلا كان التنفيذ باطلاً ، وأن يشتمل الإعلان على تكليف المدين الصادر ضده الأمر بالوفاء عملاً بأحكام المادة 373 من قانون المرافعات ، وتقويض محضر التنفيذ القائم بالإعلان وإجراء التنفيذ بالقبض وإعطاء المخالصة عملاً بأحكام المادة 374 من قانون المرافعات .

والأمر على عريضة له قوة تنفيذية ، لأنه مشمول بالنفاذ المعجل بقوة القانون ، فهو قابل التنفيذ فور صدوره رغم قابليته للتظلم منه أمام المحكمة المختصة التي حددها القانون² ، وذلك راجع إلى الطبيعة الوقتية للأمر ، لأن

¹ الكوني اعبودة ، القواعد العامة للتنفيذ الجبري ، المركز القومي للبحوث والدراسات العلمية ، الطبعة الأولى ، 2003 م ، ص 183 ، عزمي عبد الفتاح ، قواعد التنفيذ الجبري في قانون المرافعات المصري ، ص

² - الكوني اعبوده ، مرجع سابق ، 183 ، نبيل إسماعيل ، مرجع سابق ، 177 .

كافة أعمال القضاء الوقتية والمستعجلة نافذة نفاذاً معجلاً بقوة القانون ، وأن الهدف من هذا الأمر هو مفاجأة من صدر ضده الأمر ، وإذا ما عطل تنفيذه ضاعت الحكمة من وجوده¹.

وإذا ما رفع التظلم من الأمر أمام المحكمة المختصة ، وطلب من صدر ضده الأمر وقف تنفيذه مؤقتاً بصفة مستعجلة ، واستجابت المحكمة لهذا الطلب قبل الفصل في موضوع التظلم ، فإن هذا الأمر يكون مشمولاً بالنفاذ المعجل بقوة القانون ، ويتعين على محضر التنفيذ الامتناع عن الاستمرار في التنفيذ من لحظة صدور الأمر من المحكمة ويستمر الوقف إلى حين صدور الحكم الفاصل في موضوع التظلم إما بتأييد الأمر المتظلم منه أو بإلغائه ، وفي حالة إلغاء الأمر يتعين إعادة الحال إلى ما كانت عليه قبل إجراء التنفيذ ، وأما في حالة التأييد تبقى قابلية الأمر للتنفيذ وفقاً للقواعد العامة ، ولكن إذا لم يقدم الأمر على عريضة للتنفيذ خلال الميعاد الذي حددته المادة 298 من قانون المرافعات ، وهو ثلاثون يوماً من تاريخ صدوره ، فإن القوة التنفيذية للأمر تسقط بسقوط الأمر ذاته ، ولا يتعلق السقوط هنا بالنظام العام فلا بد أن يتمسك به من صدر ضده الأمر ويجوز له النزول عنه صراحة أو ضمناً .

كما يجوز لمن صدر ضده الأمر أن ينازع في تنفيذه ، والذي يتم في صورة إشكال في التنفيذ وفقاً للنصوص القانونية المنظمة لإشكالات التنفيذ ، وهذا الإشكال إما أن يكون أمام محضر التنفيذ أو يكون برفع دعوى مستعجلة أو دعوى موضوعية عادية.

ومن هنا يجوز لمن صدر ضده الأمر أن يستشكل وقتياً في التنفيذ وفقاً لأحكام المادة 392 من قانون المرافعات أمام محضر التنفيذ الذي يرفعه إلى قاضي الأمور الوقتية للبت فيه ولو في منزله ، فإن هذا الإشكال يترتب عليه وقف

¹ - حسن محمد حميدة ، مرجع سابق ، ص 432 ، عزمي عبد الفتاح ، مرجع سابق ، 250

التنفيذ بقوة القانون إذا كان هو الإشكال الأول إلى أن يصدر القاضي أمره بالوقف أو الاستمرار في التنفيذ .

الفرع الثاني / الآثار القانونية للأمر على عريضة:

الأمر على عريضة يصدر من قاضي الأمور الوقتية المختص بما له من سلطة ولائية تستند على سلطة الأمر التي يتمتع بها في إنشاء حماية وقتية لحقوق الأفراد ومراكزهم القانونية ، فإذا صدر الأمر على عريضة من القاضي المختص بتوفير هذه الحماية الوقتية ، فما الأثر القانوني المترتب على صدوره ؟

إن الأمر على عريضة تترتب علي صدوره آثار وقتية لا تمس أصل موضوع الحق بل تتعلق بحماية الحق والحفاظ عليه ، وفي هذا الإطار نبحت الآثار الإجرائية والموضوعية المترتبة على صدور الأمر على النحو التالي :

1 - الآثار الإجرائية :

للأوامر على العرائض آثار إجرائية بعد صدورها من القاضي المختص ، وهي نتيجة لما قام به الخصوم بهدف إضفاء حماية قانونية على الحق المراد الحفاظ عليه والذي تعلق الأمر به ، وأن هذه الآثار الإجرائية المترتبة على صدور الأمر يمكن أن نحددها في الآتي :

أ - لا يستتفد القاضي ولايته عند إصدار الأمر ، له أن يصدر أمراً جديداً في الموضوع نفسه بشرط أن يكون مسبباً .

ب - الأمر على عريضة يصدر في غيبة الخصم دون حاجة لإعلانهم ، وتطبيق قاعدة الحضور والغياب عند رفع النزاع بالإجراءات المعتادة للنقاضي وفقاً لمبدأ المواجهة بين الخصوم ، لأن الهدف من الأمر على عريضة هو مباغته الصادر ضده الأمر .

ج - القواعد والأعمال الإجرائية التي يجب إتباعها لإصدار الأحكام القضائية كالإثبات ، والنقادم ، وعدم القبول وغيرها لا يمكن تطبيقها عند إصدار الأمر على عريضة

، فهي تطبق عند رفع الدعاوى بالطرق العادية لممارسة القاضي لسلطته القضائية¹.

د - تقديم طلب الأمر يترتب عليه تفعيل السلطة الولائية للقاضي المختص ، وإلزامه بالفصل فيها بالقبول أو الرفض وفقاً لسلطته التقديرية .

هـ - إن اختصاص القاضي بالأوامر على العرائض هو اختصاص متعلق بالنظام العام ، فمن تلقاء نفسه يحكم بعدم الاختصاص .

2 - الآثار الموضوعية :

يعد الأمر على عريضة السند الذي يعتمد عليه الخصوم في الحفاظ والحماية للحقوق بشكل مستعجل ولو بصفة مؤقتة حتى صدور حكم في موضوع النزاع إلا أن الآثار الموضوعية لها منعدمة بالنسبة للحق الموضوعي المتنازع عليه الذي يتخذ الأمر بهدف توفير تدبير وقتي لحياته .

وعلى ذلك فالأمر على عريضة لا يقرر الحقوق ولا يقويها كونها إجراءات وقتية تصدر من غير مواجهة وإنما الهدف منها حماية الحقوق والمحافظة عليها لذا يتعين البحث في مدى حجية الأمر على عريضة وقابليتها للنفذ المعجل :

أ - **حجية الأمر على عريضة** : الأمر على عريضة لا يحوز حجية الأمر المقضي به لعدم مساسه لأصل الحق موضوع المنازعة لأن هذه الحجية لا تكون إلا للأحكام إذ يجوز للقاضي مخالفة الأمر ، ويجوز للخصم استصدار أمر آخر أو رفع دعوى موضوعية للمحكمة المختصة ، وكل ما يوجبه المشرع في هذه الحالة تسبب الأمر الجديد المخالف للأمر الذي سبق رفضه ، أما الحكم القضائي الذي يمس بأصل الحق المتنازع عليه لا يجوز إثارة المنازعة من جديد أمام القضاء التي سبق حسمها بحكم قضائي².

¹ - أحمد ابوالوفا ، أصول المحاكمات المدنية ، ط / الدار الجامعية ، بيروت ، 1983 م ، ص 665 .

² - الكوني اعبودة ، مرجع سابق ، ص 390 .

كما أن قاضي الأمور الوقتية عند بحثه لوقائع العريضة المقدمة إليه لا يطبق بشأنها القواعد القانونية الموضوعية الحاكمة لأصل النزاع لذا فالأمر على عريضة لا يؤدي إلى اكتساب الحق أو إهداره¹.

ب - نفاذ الأمر على عريضة :

الأمر على عريضة الذي يجب تنفيذه يسقط إذا لم ينفذ خلال مدة ثلاثون يوماً من تاريخ صدوره حسب ما نصت عليه المادة 298 من قانون المرافعات ، وتصدر في غيبة الخصوم ، أما الأحكام القضائية ليس لها مدة قانونية محددة لانتهائها .

ونخلص إلى أن القاعدة العامة في الآثار الموضوعية للأوامر هي أنها لا تولد أية آثار تمس الحقوق الموضوعية² .

¹ - نبيل إسماعيل ، مرجع سابق ، ص 55 .

² - نبيل إسماعيل ، مرجع سابق ، ص 59 .

الخاتمة

بعد أن وفقنا الله - سبحانه وتعالى - في عرض موضوع هذا البحث نستطيع أن نوجز ما توصلنا إليه من نتائج وتوصيات على النحو التالي :-

أولاً / النتائج :

- 1 - لم يتطرق المشرع الليبي إلى تعريف الأوامر على العرائض .
- 2 - الأوامر على العرائض هي قرارات تصدر عن القضاء من دون خصومة أو منازعة ، وذلك بمقتضى السلطة الولائية للقاضي .
- 3 - الأوامر على العرائض ما هي إلا أوامر ولائية لا ترقى إلى مرتبة الأحكام القضائية ، فهي تهدف إلى اتخاذ تدبير وقائية مؤقتة لحماية الحقوق من الضرر الواقع أو المحتمل وقوعه عليها وذلك على وجه السرعة والاستعجال .
- 4 - لا يصدر القاضي أمراً على عريضة إلا في الأحوال التي وردت في التشريع والمعمول بها في المحاكم .
- 5 - الأوامر على العرائض تقبل التنفيذ بمجرد صدورهما رغم قابليتها للتظلم منه أمام المحكمة المختصة ، وهي تخضع لإجراءات التنفيذ المقررة في قانون المرافعات .
- 6 - الأوامر على العرائض لا يجوز الطعن فيها بالطرق الطعن المعروفة ، وإنما يتظلم منها بالطرق التي رسمها القانون .

ثانياً / التوصيات :

- 1 - يوصي الباحث المشرع الليبي بأن ينص على تعريف العمل الولائي بشكل عام ، والأوامر على العرائض بشكل خاص ، بحيث يكون هذا التعريف متضمناً وظيفية القاضي الولائية ، ويعمل على تحديدها تحديداً دقيقاً .
- 2 - يوصي الباحث المشرع الليبي على تعديل المادة 297 من قانون المرافعات على غرار ما أخذت به التشريعات الحديثة ، فقانون المرافعات المصري المعدل بالقانون رقم 23 لسنة 1992 م أعطى الخيار لذوي الشأن التظلم من الأمر خلال عشرة

أيام تبدأ من تاريخ صدور الأمر بالرفض أو من تاريخ البدء في تنفيذه أو إعلانه بحسب الأحوال إلى المحكمة المختصة أو التظلم منه لنفس القاضي الأمر بالإجراءات المعتادة لرفع الدعوى (المادتين 197 و 199 من قانون المرافعات المصري) .

3 - يوصي الباحث المشرع الليبي بأن يكون قاضي الطعن الذي يحكم في التظلم على وجه السرعة بتأييد الأمر أو إلغائه أو تعديله وهذا الحكم قابلاً لطرق الطعن المقررة للأحكام .

4 - كما يوصي الباحث المشرع الليبي على غرار قانون المرافعات المصري تعديل نص المادة 293 من قانون المرافعات بأن يكون نصها كالتالي (في الأحوال التي ينص فيها القانون على أن يكون للخصم وجه في استصدار أمر يقدم عريضة بطلبه إلى قاضي الأمور الوقتية بالمحكمة المختصة أو إلى رئيس الهيئة التي تنظر الدعوى ، وتكون هذه العريضة من نسختين متطابقتين ومشملة على وقائع الطلب وأسانيده وتعيين موطن مختار للطالب في البلدة التي بها مقر المحكمة وتشفع بها المستندات المؤيدة لها) .

المراجع

- 1 - أحمد أبو الوفا ، أصول المحاكمات المدنية ، ط / الدار الجامعية ، بيروت ، 1983 م .
- 2 - أحمد أبو الوفا ، المرافعات المدنية والتجارية ، ط / منشأة المعارف ، الإسكندرية .
- 3 - أحمد أبوزرقية ، قانون المرافعات ، منشورات جامعة قاريونس ، ط 2 ، 2008 م .
- 4 - حسن محمد حميدة ، إجراءات التنفيذ الجبري في قانون المرافعات المدنية والتجارية ، الناشر دار ومكتبة الفضيل ، بنغازي ، ط 1 ، 2013 م .
- 5 - عبد الباسط جميعي ، سلطة القاضي الولائية ، مقالة ، مجلة العلوم القانونية والاقتصادية ، ع 2 ، 1969 م .
- 6 - عبد المنعم جيرة ، التنظيم القضائي في ليبيا ، منشورات جامعة قاريونس ، 1978 م .
- 7 - عزمي عبد الفتاح ، قواعد التنفيذ الجبري في قانون المرافعات المصري ، ط / دار النهضة العربية ، القاهرة ، 2002 م .
- 8 - الكوني اعبودة ، القواعد العامة للتنفيذ الجبري ، ط / المركز القومي للبحوث والدراسات العلمية ، ط 1 ، 2003 م .
- 9 - الكوني اعبودة ، قانون علم القضاء (قانون المرافعات المدنية والتجارية) ، ط / المركز القومي للبحوث والدراسات العلمية ، ط 1 ، 1998 م .
- 10 - محمد حسنين ، طرق التنفيذ في قانون الإجراءات المدنية الجزائرية ، ط / ديوان المطبوعات الجامعية ، الجزائر ، ط 2 ، 1990 م .
- 11 - مصطفى كامل كيرة ، قانون المرافعات الليبي ، ط / دار صادر ، بيروت .
- 12 - نبيل إسماعيل عمر ، الأوامر على العرائض ونظامها القانوني في المرافعات المدنية والتجارية ، ط / دار الجامعية الجديدة ، الإسكندرية ، 2000 م

إدارة القضاة

فكرة الاثر الرجعي للحكم بعدم الدستورية (دراسة مقارنة)

المستشار / أمنة محمد الحسنوي
رئيس المكتب الفني بإدارة القضايا

مقدمة

إن الأحكام الصادرة في الدعاوى الدستورية - وهي بطبيعتها دعاوى عينية - تكون لها حجية مطلقة بحيث لا يقتصر أثرها على الخصوم في الدعاوى التي صدرت فيها ، وإنما ينصرف هذا الأثر إلى الكافة و تنلزم بها جميع سلطات الدولة ، سواء أكانت هذه الأحكام قد انتهت إلى عدم دستورية النص التشريعي المطعون فيه أم إلى دستورية و رفض الدعوى ، لان المحكمة لا تقتصر على الأسباب التي أبدها الطاعن في طعنه و إنما تسترد كامل سلطتها بالنسبة للقانون المطعون بعدم دستوريته و لها حق التصدي من تلقاء نفسها للنص غير الدستوري .

و يترتب على الحكم بعدم دستورية نص في قانون او لائحة عدم جواز تطبيقه من اليوم التالي لنشر الحكم مالم يحدد الحكم لذلك تاريخا آخر اسبق .
إشكالية البحث :

إلا أن الأثر الرجعي للحكم بعدم الدستورية لا يمكن التسليم به على إطلاقه، إذ لا يخفى أن القضاء على كافة الحقوق و الواجبات الناشئة في ظل القانون قبل القضاء بعدم دستوريته قد يكون له من الأضرار المادية و المعنوية، وقد يثير من الإشكالات القانونية أضعاف ما قد يؤدي إلى بقاء القانون المخالف للدستور، خاصة وأن دستورية القانون قد لا تتأثر أمام القضاء إلا بعد سنوات عديدة من دخوله في دور التنفيذ و من ترتيب الأفراد و المؤسسات أمورهم و معاملاتهم على أساسه .

و حيث أن المشرع الليبي لم ينظم ما يترتب على الحكم بعدم دستورية نص تشريعي من آثار بنصوص واضحة و صريحة ، بخلاف القضاء الدستوري المصري الذي حسم المسألة بنصوص واضحة في الدستور و القانون .

منهج البحث :

فقد وقع الاختيار على دراسة النظام القانوني المصري كقانون مقارنة باعتبارها المصدر التاريخي للقانون الليبي ، ولنضج التجربة الدستورية فيه ، وذلك فق المنهج الوصفي التحليلي مقارنة .

خطة البحث :

و من اجل الإلمام و الاحاطة بالموضوع فقد اقتضت الدراسة ان تكون خطة البحث مقسمة الى مطلبين على النحو الآتي:

المطلب الأول : التنظيم القانوني لتنفيذ الحكم الصادر بعدم الدستورية .

أولاً : نص الحجية المطلقة للحكم بعدم الدستورية في القانون الليبي .

ثانياً : نص الحجية المطلقة للحكم بعدم الدستورية في القانون المصري .

المطلب الثاني : سريان الاثر الرجعي للحكم بعدم الدستورية .

أولاً : الأثر الزمني للحكم بعدم الدستورية في القانون الليبي .

ثانياً : الأثر الزمني للحكم بعدم الدستورية في القانون المصري .

المطلب الاول

التنظيم القانوني لتنفيذ الحكم بعدم الدستورية

إن التأكيد على ضمانات المشروعية و سيادة القانون لا يتأتى إلا في ظل نظام قانوني دقيق و منضبط بالرقابة القضائية، أي جعل القضاء حارسا للقيم و عاصما من انحراف الأجهزة التشريعية و التنفيذية حماية لحقوق الأفراد و حرياتهم (1).

و لهذا فإن دعوى عدم الدستورية هي دعوى ذات طبيعة خاصة ، يتحدد موضوعها بالفصل في التعارض المدعى به بين نص تشريعي و قاعدة في الدستور ، و من أجل ذلك أحاطها المشرع بتنظيم إجرائي خاص يبرز ذاتيتها و استقلاليتها و أهميتها ، بما يعني عدم جواز مقارنة هذه الدعوى بأي دعوى أخرى . (2)

¹ . حيث تعد الرقابة على دستورية القوانين من أهم ضمانات تطبيق القواعد الدستورية وفق النظرية العامة للقانون الدستوري ، و تتعدد طرق الرقابة القضائية حسب نظام كل دولة ، حول موضوع الرقابة الدستورية و اتجاهاتها المختلفة يمكن مراجعة د . رمزي طه الشاعر ، النظرية العامة للقانون الدستوري ، دار النهضة العربية القاهرة ، ط (5) ، ص 652 و ما بعدها .

- و يعتبر النظام القضائي الليبي اسبق التشريعات و الأنظمة العربية أخذا بنظام الرقابة القضائية على دستورية القوانين ، حيث نص دستور 1951 الملغي في مادته 153 على اختصاص المحكمة العليا بالرقابة على دستورية القوانين ، و كذلك قانون المحكمة العليا الصادر في 1953 الذي نظم القواعد التي تحكم الدعوى الدستورية ... حول كل ذلك يمكن مراجعة د . اسماعيل مرزة ، القانون الدستوري (دراسة مقارنة للدستور الليبي و دساتير الدول العربية الأخرى) ، دار صادر - منشورات الجامعة الليبية ، ص 530 .

- و كذلك د . عادل نايف أبوترايبة ، القانون الدستوري ، منشورات جامعة سبها ، ط (1) سنة 2003 ، ص 196 . و د . محمود سليمان موسى ، شروط قبول دعوى عدم الدستورية (تعليق على حكم) ، مجلة إدارة القضايا ، عدد (9) ، السنة 5 ، 2006 ، م ، ص 144 .

² . فهي دعوى مبتدأه يقوم صاحب الشأن بتوجيهها بصفة مستقلة ضد قانون معين للحكم بإلغائه نظرا لمخالفته للدستور ، و هي دعوى مباشرة تهاجم القانون بطريق مباشر ناعية عليه خروجه على أحكام الدستور ، و هي دعوى موضوعية لأنها لا تختصم شخصا معينا ، و إنما ترفع الدعوى

وبالفصل في الدعوى الدستورية (1)، تبلغ هذه الدعوى نهاية مطافها و تستنفذ محكمتها ولايتها في المسألة الدستورية التي كانت لها محلا و موضوعا ،و تكتسب أحكام المحكمة حجية الأمر المقضي و قوته ،لتصبح بها عنوانا للحقيقة و إعلانا لصحيح أحكام الدستور فيما فصلت فيه.

ومن هنا تأتي صعوبة عملية الرقابة القانونية - الدستورية - على القوانين العادية، فالنظام القانوني في الدولة بكليته مشروط بالالتزام بالقواعد الدستورية ، وهذا ما يضيف على القاعدة الدستورية السمو على غيرها من التشريعات .(2)

ضد قانون معين ،و تتميز الرقابة فيها بالحسم و الفاعلية ؛إذ يتم حسم النزاع حول دستورية القانون مرة واحدة و بشكل نهائي بحيث يقفل الباب في المستقبل أمام أية دعوى أخرى يمكن أن تثار بشأن حالات فردية، مما يؤدي ذلك إلى تحقيق الوحدة القانونية في الدولة...حول خصائص الدعوى الدستورية و الحكم فيها يمكن مراجعة .د. محمد علي سويلم ،الرقابة على دستورية القوانين و تطور الأنظمة الدستورية ،دار المطبوعات الجامعية الإسكندرية ،2013 ، ص 455 .

¹ . ينعقد الاختصاص للمحكمة العليا بمراقبة دستورية القوانين بإحدى وسائل ثلاث :الدعوى المباشرة ،و الدفع أمام محكمة الموضوع ،أو بمناسبة نزاع مطروح أمام المحكمة العليا و هو التصدي ،و يعد أسلوب الدعوى المباشرة إجراء خطير تتهيب الدول من تمكين الأفراد من مباشرته...حول ذلك يمكن مراجعة د. اسماعيل مرز ، مرجع سابق ، ص 553 .

² . يتميز الدستور بطبيعة خاصة تضفي عليه السيادة و السمو بحسبانه كغفل الحريات و موئلها، و عماد الحياة الدستورية،و أساس نظامها،و تستوي قواعده على القمة من البناء القانوني للدولة...و إذا كان خضوع الدولة بجميع سلطاتها لمبدأ سيادة الدستور أصلا مقررا و حكما لازما لكل نظام قانوني سليم ،فإنه يتعين على كل سلطة عامة أيا كانت وظيفتها و طبيعة الاختصاصات المسندة إليها أن تنزل على قواعد الدستور و مبادئه...حول مبدأ سمو الدستور يمكن مراجعة د. اسماعيل مرز ،القانون الدستوري ، الجامعة الليبية ، ص 373، د. عبد الرضا حسين الطعان ، التنظيم الدستوري في ليبيا،الجزء الأول، ط (1) ، 1995، منشورات جامعة قاريونس بنغازي ، ص 67 .

لذلك ثار الجدل حول آثار أحكام القضاء الدستوري الصادرة في موضوع الدعوى الدستورية ، و ذلك بالنظر إلى أهمية التشريعات و ما تتضمنه من قواعد قانونية عامة و مجردة دائرة المخاطبين بها غير المتناهية ، و الآثار المترتبة على إبطالها بعيدة في مداها ، و زاد من اتساع هذا الجدل عدم وضوح النصوص التشريعية التي تناولت هذه المسألة في تنظيمات القضاء الدستوري .

أولاً : نص الحجية المطلقة للحكم بعدم الدستورية في القانون الليبي :

خروجاً على المبدأ العام في قانون المرافعات ، من حيث نسبية آثار الأحكام بين الخصوم أنفسهم و في نفس الموضوع ، اضفى المشرع على حكم المحكمة العليا ، حجية مطلقة ، بمعنى ان اثره لا يقتصر على أطراف الدعوى ، و إنما للحكم حجية على جميع سلطات الدولة و كافة الاشخاص الطبيعيين و الاعتباريين(1).

و لقد نصت أحكام القانون الليبي على أن أحكام المحكمة العليا نهائية و غير قابلة لأي طعن فقد جاءت بعموم نصها و إطلاقه قاطعة في نهائية أحكام المحكمة و قراراتها و عدم قابليتها للطعن فيها بأي طريق من طرق الطعن عادية أو غير عادية ، حيث تنص المادة (31) من القانون رقم 6 لسنة 1982 بشأن إعادة تنظيم المحكمة العليا و تعديلاته على أن " تكون المبادئ القانونية التي تقرها المحكمة العليا في أحكامها ملزمة لجميع المحاكم و كافة الجهات الاخرى في الدولة " ، كما نصت المادة (20) من اللائحة الداخلية للمحكمة العليا على ان " تنشر الاحكام الصادرة بعدم الدستورية في الجريدة الرسمية " (2).

1 . أي أن الحجية المطلقة لا يخضع اعمالها لأي شرط من شروط الحجية النسبية من حيث وحدة الخصوم و الموضوع و السبب ، إذ تعمل اثرها في مواجهة الكافة و في اي دعوى و لو اختلفت موضوعاً و سبباً عن الدعوى التي صدر بشأنها الحكم ..راجع د. رمزي الشاعر ، النظرية العامة للقانون الدستوري ، مرجع سابق ص 840 .

2 قرار الجمعية العمومية للمحكمة العليا بجلستها (1372/283 و.ر) بإقرار اللائحة الداخلية للمحكمة العليا- مدونة

أي ان المشرع الليبي قرر للأحكام الدستورية ؛ الأحكام الصادرة من المحكمة العليا بعدم دستورية القوانين ، حجية مطلقة عندما جعل :

✓ الرقابة على دستورية القوانين مركزة في يد المحكمة العليا حتى لا يترك أمر البث في مسألة على هذا القدر من الخطورة للمحاكم على مختلف مستوياتها ، و حتى لا تتباين وجوه الرأي . المادة (23) من القانون رقم 6 لسنة 1982 م بإعادة تنظيم المحكمة العليا وتعديلاته (تختص المحكمة العليا دون غيرها منعقدة بدوائرها المجتمعة برئاسة رئيسها أو من يقوم مقامه بالفصل في المسائل الآتية :-

أولاً: الطعون التي يرفعها كل ذي مصلحة شخصية مباشرة في أي تشريع يكون مخالفا للدستور .

ثانياً: أية مسألة قانونية جوهرية تتعلق بالدستور أو تفسيره تثار في قضية منظورة أمام أية محكمة ...)

✓ و عندما تطلب نشر منطوق الأحكام المتعلقة بالفصل في دستورية القوانين بالجريدة الرسمية للدولة ، و ذلك عندما نص في المادة (20) من اللائحة الداخلية للمحكمة العليا على أن (تنشر الأحكام الصادرة بعدم الدستورية في مدونة التشريعات) . إذ أن النشر هو الوسيلة الوحيدة التي يمكن عن طريقها افتراض علم الكافة بمضمون الحكم على نحو يكفل استقرار المعاملات و الأحكام القضائية . (1)

الاجراءات - عدد3 - 2004 - 1372/12/15 و.ر .

¹ . و مازال الأمر يستدعي تدخل المشرع بإصدار نص جديد يضاف إلى قانون المحكمة العليا يحدد تاريخ نفاذ الحكم بعدم الدستورية، أخذاً في الاعتبار بأن لا يمس الحكم ما سبق استقراره من حقوق ومراكز قانونية حائزة لقوة الأمر المقضي أو بانقضاء مدة التقادم في ضوء الظروف الخاصة التي تتصل بكل دعوى دستورية تنظرها ومراعاة العناصر المحيطة بها وقدر الخطورة التي تلازمها و لا شك إن هذا يحقق استقرار كاملا و منجزا للحقوق المكتسبة فضلا عن إنه مسير لكافة التجارب في النظم الأخرى . لأن المشرع المصري

وبسبب عدم إظهار المشرع اختصاص الرقابة الدستورية بموجب نصوص صريحة في قانون المحكمة العليا رقم (6) لسنة 1982 قبل تعديله ، الأمر الذي جعل من مسألة الرقابة الدستورية محل خلاف فقهي لفترة من الزمن، كما كان لذلك اثر سلبي على تصدي المحكمة العليا لمثل هذه المسائل حتى بعد إعادة تنظيم هذا الاختصاص بموجب القانون رقم (17) لسنة 1994، ويلاحظ ذلك من قلة السوابق القضائية في مثل هذه المسائل وأيضا من إجماعها عن البث في قضايا تتعلق بالقوانين المنظمة للسلطة لمحاولة تكييفها وتحديد قيمتها القانونية بالنسبة للقوانين الأخرى .

ومع ذلك تجب الإشارة إلى أنه في ظل العمل بقانون المحكمة العليا بشأن الرقابة على الدستور أصدرت المحكمة العليا عدة أحكام دستورية كان لها أثر طيب في نفوس الكثيرين وفتحت المجال واسعا امام تفعيل الدعوى الدستورية باعتبارها دعوى مشروعية . (1)

لكن باستقراء احكامها الدستورية تبين أنها أقامت تفرقة بين حجية الاحكام الصادرة بعدم الدستورية و تلك الصادرة برفض الدعوى الدستورية، حيث اسبغت على الطائفة الاولى الحجية المطلقة قبل الكافة ، بينما جعلت الاخرى ذات حجية

حسم مسألة الأثر الرجعي للحكم الدستوري بتحديد زمن سريان الحكم و ذلك بنص قانوني في قانون المحكمة الدستورية العليا، لان إطلاق قاعدة الأثر الرجعي للحكم الدستوري أدت إلى صعوبات متعددة من بينها الإخلال بمراكز أمتد زمن استقرارها ..راجع د. محمد فؤاد عبد الباسط، مرجع سابق، ص 1004 .

1 . و بصور القانون رقم 17 لسنة 1994 ف بشأن تعديل قانون رقم (6) لسنة 1986 بشأن إعادة تنظيم المحكمة العليا حسم الجدل في أوساط الفقه الليبي حول رقابة دستورية القوانين في ليبيا، و أصبح إثارة الدعوى بعدم الدستورية محصور في طريقتين هما الدعوى الأصلية و الدفع بعدم الدستورية أمام محكمة الموضوع . يمكن مراجعة د . إبراهيم أبوخزام ، الوسيط في القانون الدستوري ، دار الكتاب الجديد المتحدة ، لبنان ط 1 ، 2001، ص 88 . د . عبد الرضا الطعان ، التنظيم الدستوري في ليبيا ، الجزء الثاني ، مرجع سابق ص 384 .

نسبية قاصرة على أطرافها ،و ذلك قياسا منها على حجية الأحكام في دعوى الإلغاء أمام القضاء الإداري .⁽¹⁾

وهذا ما عبرت عنه بوضوح المحكمة العليا الليبية بدوائرها المجتمعة في الطعن الدستوري رقم 59/1 ق جلسة 2013.2.19 .⁽²⁾

والواضح مما تقدم ان القضاء في ليبيا لم يسبغ الحجية المطلقة على كل الاحكام الدستورية ،سواء انتهت الى عدم دستورية النص التشريعي المطعون فيه أم إلى دستوريته ورفض الدعوى .

¹ .فالملاحظ أن القضاء الدستوري الليبي ممثلا في دوائر المحكمة العليا مجتمعة لم يساير ما تبناه القضاء الدستوري في بعض الدول العربية من حيث اسباغ الحجية المطلقة على الاحكام الدستورية سواء انتهت الى عدم دستورية النص التشريعي المطعون فيه أم دستوريته و رفض الدعوى .. راجع د.خليفة سالم الجهمي، رقابة دستورية القوانين ،منشأة المعارف الاسكندرية ،2018، ص474 .

² . (أن هذه المحكمة سبق لها و أن قضت برفض الدعوى في الطعن الدستوري رقم 55/1 ق بشأن عدم دستورية القانون المطعون فيه .. و لما كانت الرقابة القضائية على دستورية القوانين التي تمارسها المحكمة العليا من خلال الفصل في الدعاوى الدستورية تهدف إلى حماية الدستور و صونه عن طريق إنهاء قوة نفاذ القانون المخالف للدستور، و كانت الدعوى الدستورية دعوى عينية توجه الخصومة فيها الى التشريع ذاته، فإن مقتضى ذلك أن الحكم الذي يصدر بعدم دستورية نص أو قانون يلغي قوة نفاذ هذا النص أو ذلك القانون و يجعله و يجعله معدوما من الناحية القانونية، و لما كان هذا الأثر لا يقبل التجزئة بطبيعته فإن حجية الحكم الصادر بعدم دستورية نص تشريعي لا يقتصر على أطراف النزاع في الدعوى التي قضى فيها، وإنما ينصرف أثره قبل الكافة و يكون حجة عليهم و تلتزم به كافة سلطات الدولة، و الأمر يختلف بالنسبة لحجية الحكم الذي يصدر عن المحكمة العليا برفض الدعوى بعدم دستورية نص أو قانون معين فهو لا يمس التشريع الذي طعن فيه بعدم الدستورية، حيث يظل هذا التشريع قائما بعد صدور الحكم و لا يحوز سوى حجية نسبية بين أطرافه و في حدود ما قدم من أسباب ،و لذلك يجوز ان يرد الطعن بعدم الدستورية على هذا التشريع - مرة أخرى_ إذا ما أثبت أسباب جديدة) منشور في مجلة إدارة القضايا ، بحث بعنوان (حجية الاحكام الدستورية و آثارها)، د.خليفة سالم الجهمي العدد 31 ، السنة 16 ، 2017 - ص40

ثانيا : نص الحجية المطلقة للحكم بعدم الدستورية في القانون المصري

أما فيما يتعلق بتنظيم القضاء الدستوري المصري ، و بناء على تفويض من الدستور المصري الصادر في سنة 1971 و في مادته (187) التي نصت على " ينظم القانون ما يترتب على الحكم بعدم دستورية نص تشريعي من آثار " (1)، و تطبيقا لذلك فقد نصت المادة (49) من قانون المحكمة الدستورية العليا رقم 48 لسنة 1979 - بعد تعديل الفقرة الثالثة بالقرار بقانون 168 لسنة 1998 - على حجية الأحكام الصادرة عنها فقررت ان " (أحكام المحكمة في الدعاوى الدستورية و قراراتها بالتفسير ملزمة لجميع سلطات الدولة و للكافة و تنشر الأحكام و القرارات المشار إليها في الفقرة السابقة بالجريدة الرسمية و بغير مصروفات خلال خمسة عشر يوما على الأكثر من تاريخ صدورها و يترتب على الحكم بعدم دستورية نص في قانون أو لائحة عدم جواز تطبيقه من اليوم التالي لنشر الحكم ما لم يحدد الحكم لذلك تاريخا اخر ، على ان الحكم بعدم دستورية نص ضريبي لا يكون له في جميع الاحوال إلا أثر مباشر ، و ذلك دون اخلال باستفادة المدعي من الحكم الصادر بعدم دستورية هذا النص . فإذا كان الحكم بعدم الدستورية متعلقا بنص جنائي تعتبر الأحكام التي صدرت بالإدانة استنادا إلى ذلك النص كأن لم تكن . و يقوم رئيس هيئة المفوضين بتبليغ النائب العام بالحكم فور النطق به لإجراء مقتضاه) . (2)

والذي يمكن أن نستفيد منه في هذا النص أن الحكم الصادر في الدعوى الدستورية ذو حجية مطلقة وعامة، وتقرير الحجية المطلقة للأحكام الصادرة من المحكمة الدستورية العليا ، هو اتجاه يتفق مع هدف المشرع الدستوري من إنشاء

¹ . و هو ما ردهه الدستور المصري الحالي لسنة 2014 في المادة (2/195) منه .

² د. رمزي الشاعر ، المرجع السابق ، ص 849

هذه المحكمة (١). فالمرشح المصري قد جعل الرقابة على دستورية القوانين مركزة في يد المحكمة الدستورية العليا ، و سواء أكانت هذه الاحكام قد انتهت الى عدم دستورية النص التشريعي المطعون فيه أم الى دستوريته و رفض الدعوى على هذا الاساس ، و ذلك لعموم النص كما أوردت المذكرة الايضاحية لقانون انشاء المحكمة الدستورية العليا المصرية تفسيرا لنص هذه المادة جاء فيه أن " القانون تناول اثر الحكم بعدم دستورية نص في قانون او لائحة، فنص على عدم جواز تطبيقه من اليوم التالي لنشر الحكم، و هو نص ورد في بعض القوانين المقارنة و استقر الفقه و القضاء على أن مؤداه هو عدم تطبيق النص ليس في المستقبل و حسب، و انما بالنسبة إلى الوقائع و العلاقات السابقة على صدور الحكم بعدم دستورية النص، على ان يستثنى من هذا الاثر الرجعي الحقوق و المراكز التي تكون قد استقرت عند صدوره بحكم حاز قوة الامر المقضي أو بانقضاء مدة التقادم " (٢)

كما تواتر قضاء المحكمة الدستورية العليا المصرية على ان الاحكام الصادرة في الدعاوى الدستورية ،تحوز حجية مطلقة تحول بذاتها دون المجادلة فيها ، او اعادة طرح ما تضمنته من جديد على هذه المحكمة لمراجعتها . (٣)

¹ فالدولة المصرية اغفلت في وثائقها الدستورية التي انتهت حياتها النص على جهة معينة تتولى الرقابة على دستورية القوانين ،حيث لم تتضمن الدساتير المصرية السابقة على دستور سنة 1971 أية نصوص تخول القضاء أو أية جهة أخرى حق الرقابة على دستورية القوانين، و كان اول تشريع خول القضاء هذا الحق، هو قانون المحكمة العليا سنة 1969، ثم دستور مصر الدائم 1971، الذي تضمن النص على انشاء المحكمة الدستورية العليا و اعطى لها الحق وحدها في الرقابة على دستورية القوانين و اللوائح ،و صدر نتيجة لذلك قانون المحكمة الدستورية العليا في سنة 1979 ليحل محل قانون المحكمة العليا سنة 1969 . .بتفصيل اكثر يمكن مراجعة د. رمزي الشاعر ، مرجع سابق ، ص 739 .

² . د. خليفة سالم الجهمي ، مجلة ادارة القضايا ، بحث بعنوان (حجية الاحكام الدستورية و آثارها)، العدد 31 ، السنة 16 ، 2017 ص9

³ . راجع د. محمد علي سويلم ، الرقابة على دستورية القوانين و تطور الأنظمة الدستورية ، دار المطبوعات الجامعية

وقد كرس المشرع المصري مبدأ الحجية المطلقة لأحكام المحكمة الدستورية العليا مؤخرا بنصه على ذلك صراحة في المادة (1/195) من الدستور المصري الحالي لسنة 2014 ، التي تنص على (تنشر في الجريدة الرسمية الأحكام والقرارات الصادرة من المحكمة الدستورية العليا ، و هي ملزمة للكافة و جميع سلطات الدولة ، و تكون لها حجية مطلقة بالنسبة لهم) (1) .

الإسكندرية، 2013، ص 604
1 . راجع د. خليفة سالم الجهمي ، رقابة دستورية القوانين في (ليبيا و مصر و الكويت و البحرين) ، منشأة المعارف الإسكندرية، 2018، ص 483 .

المطلب الثاني

سريان الاثر الرجعي للحكم بعدم الدستورية

في هذا الجزء نتطرق الى آثار الحكم بعدم الدستورية و تحديد نطاق سريانه الزمني ، أي الوقوف على ما إذا كانت آثار هذا الحكم ذات أثر مباشر يقتصر سريانه على المستقبل فقط، أم أن له أثر رجعي يرتد بسريانه إلى الماضي ، و هي مسألة لا تتور إلا بالنسبة للأحكام الصادرة بعدم الدستورية بحسبانها تعلن عن العيوب الدستورية التي تشوب النص التشريعي المطعون فيه ، باعتبار ان غير ذلك من الاحكام الدستورية الصادرة سواء برفض الدعوى الدستورية أو عدم قبولها لا تمس النص التشريعي المطعون فيه ، و بالتالي لا تثير أي اشكالية قانونية أو عملية .

أولاً : الأثر الزمني للحكم بعدم الدستورية في القانون الليبي

لقد نصت أحكام القانون الليبي على أن أحكام المحكمة العليا نهائية و غير قابلة لأي طعن فقد جاءت بعموم نصها و إطلاقه قاطعة في نهائية أحكام المحكمة و قراراتها و عدم قابليتها للطعن فيها بأي طريق من طرق الطعن عادية أو غير عادية .

وبهذه النهائية تكتسب أحكام المحكمة حجية الأمر المقضي و قوته ، لتصبح بها عنوانا للحقيقة و إعلانا لصحيح أحكام الدستور فيما فصلت فيه ، إلا انها لم تحدد الآثار المترتبة على الاحكام الصادرة من المحكمة العليا بدوائرها المجتمعة بعدم دستورية النصوص التشريعية المطعون فيها ، الأمر الذي اثار التساؤل عن الأثر الزمني للأحكام الصادرة بالإلغاء .

وإزاء خلو التنظيم القانوني الليبي من نص صريح يقرر الاثر الزمني للحكم بعدم الدستورية ، فقد اجتهد الفقه و القضاء و تبنى قاعدة الاثر الرجعي للأحكام الصادرة بعدم الدستورية ، و قد اخذت بهذا الاتجاه المحكمة العليا الليبية في بعض احكامها ، و هو ما اوردته دائرة النقض المدني بتاريخ 2013.4.24

في الطعن المدني رقم 56/2102 ق بأنه (متى قضت المحكمة العليا بعدم دستورية نص تشريعي، تعين على جميع المحاكم على اختلاف أنواعها و درجاتها الامتناع عن تطبيقه على الوقائع و المراكز القانونية المطروحة عليها ،حتى لو كانت سابقة على صدور هذا الحكم بعدم الدستورية، باعتباره قضاء كاشفا عن عيب لحق النص منذ نشأته بما ينفي ترتيب أي أثر من تاريخ نفاذه، و هو ما تمليه الطبيعة العينية للدعوى الدستورية بما يقتضي اسباغ الحجية المطلقة على أحكامها) (1)

وفي حكم آخر بتاريخ 2015.8.27 في الطعن المدني رقم 57/1314 ق بأنه (يترتب على الحكم بعدم دستورية قانون أو نص فيه عدم جواز تطبيق ذلك القانون أو النص المحكوم بعدم دستوريته على الوقائع المطروحة ، و اعتبار ذلك النص أو القانون بمثابة العدم مع مراعاة ما سبق بخصوص المراكز المستقرة بموجب أحكام باته أو حقوق تقادمت) (2)

أي أن القول بالأثر الرجعي للحكم الصادر بعدم الدستورية، يعدّ الحكم منعدم القيمة القانونية لا من وقت صدور الحكم ،و إنما من وقت صدوره هو ،و بذلك ينسحب هذا الأثر الرجعي على كافة العلاقات القانونية التي نشأت بمقتضاه، و على الحقوق و الواجبات التي تقررت في ظلّه.

لذلك انتقد بعض الفقهاء طريق الدعوى الأصلية أمام القضاء الدستوري كأسلوب للرقابة على دستورية القوانين ،باعتبار أن الحكم الصادر من المحكمة في حالة إلغاء القانون المخالف للدستور ، يعد مساسا بمبدأ الفصل بين السلطات، و تدخلها في عمل و صلاحيات السلطة التشريعية ،كما أن وجود المحكمة المركزية يعطي أعضاءها نفوذاً و مركزاً أمام السلطات الأخرى مما يثير ضدها حساسية

1 .حكم غير منشور

2 حكم غير منشور

تجعلها تتريث في إصدار أحكامها و تتردد في أداء مهمتها . (1)

ناهيك عن ان مبدأ الاثر المباشر للحكم الصادر بعدم الدستورية قد يصطدم باعتبارات الواقع، كما أنه يؤدي في بعض الاحيان الى نتائج غير مقبولة أو غير عادلة مما يقنضي التغاضي عنه تفاديا لتلك النتائج.

الامر الذي يمكن القول معه ان خلو التنظيم القانوني في ليبيا من أي نص يتعلق بتحديد الاثر الزمني للحكم الصادر بعدم الدستورية يتيح للمحكمة العليا مرونة كبيرة في التعامل مع المواقف المختلفة وفقا لظروف كل قضية على حدة .

ثانيا : الأثر الزمني للحكم بعدم الدستورية في القانون المصري

وهنا تجدر التفرة بين الوضع قبل تعديل الفقرة الثالثة من المادة 49 من قانون المحكمة الدستورية العليا، و الوضع بعد تعديلها .(2)

حيث ذهب جانب من الفقه المصري الى القول بأن ظاهر نص المادة 3/49 من قانون انشاء المحكمة الدستورية العليا ، يفهم منه ان الحكم الصادر

¹ . راجع د. عادل نايف أبوتراية ، مرجع سابق ، ص 188 . حتى أن هناك من يرى أن الرقابة على دستورية القوانين في العالم يتنازعها اتجاهان فيما يتعلق بتحديد طبيعة دور القاضي الدستوري، حيث الاتجاه التقليدي الذي يرى أنصاره أن القاضي الدستوري لابد أن يلتزم حدود التقاليد القضائية العريقة، و عدم التدخل بمراجعة المشرع في اختياره، و هناك الاتجاه الحديث الذي لا يكتفي أنصاره بمجرد البحث في القضايا المعروضة أمامهم وفق الأصول و المبادئ القضائية التقليدية، وإنما يتجاوزون ذلك إلى ممارسة دور قضائي مختلط بالسياسة، حيث لا يقتصر دور القاضي في مجال الرقابة على مجرد المقابلة الحرفية بين النص الدستوري و النص القانوني لبيان مدى اتفاقهما أو تعارضهما ، بل يمتد دوره في كثير من الأحيان إلى مراعاة الواقع السياسي و مختلف الاعتبارات و الظروف السائدة في المجتمع ... راجع د. محمد صلاح عبد البديع السيد ، الدور السياسي للقاضي الدستوري (دراسة تحليلية نقدية لبعض الأحكام الدستورية ذات الصبغة السياسية)، 2010، دار النهضة العربية القاهرة ، ص 195 .

² للتفاصيل يمكن مراجعة د. د. محمد علي سويلم ، الرقابة على دستورية القوانين و تطور الأنظمة الدستورية، مرجع سابق ص 604 و ما بعدها .

بعدم الدستورية يسري بأثر فوري و مباشر من اليوم التالي لنشر الحكم في الجريدة الرسمية و لا يسري بأثر رجعي ، أي لا ينطبق على الوقائع و العلاقات السابقة على صدوره و نشره ، وما يؤكد ذلك الاستثناء الوارد في نص المادة في الفقرة الرابعة و المتعلق بالأحكام الجنائية الصادرة بالإدانة و اعتبارها كأن لم تكن ، فلو كان للحكم اثر رجعي لما كان المشرع بحاجة لهذا الاستثناء ، أي ان المحكمة لا تملك سوى الحكم بعدم دستورية النص .

في حين انبرى جانب اخر من الفقه الى تفنيد هذا الرأي مستندا في ذلك على حجج اهمها : ان المشرع الدستوري فوض المشرع العادي في تحديد اثار الحكم الصادر بعدم الدستورية دون ان يقيده بقاعدة ما في هذا الصدد، و دون ان يحظر الاثر الرجعي للأحكام المذكورة ، بالإضافة الى حجج اخرى .

واتجه غالبية الفقه المصري الى تقرير قاعدة الاثر الرجعي للأحكام الصادرة بعدم الدستورية، باعتبارها كاشفة لحالة عدم الدستورية الناتجة عن مخالفة التشريع المطعون فيه للدستور و ليست منشئة لها ، و ان عدم التسليم بهذا الامر (الاثر الرجعي للحكم بعدم الدستورية) أمر ياباه المنطق .

وحسما للخلاف حول هذا الموضوع ،قضت المحكمة الدستورية ، ان الامر المترتب بعدم الدستورية لا يقتصر على المستقبل و إنما يمتد الى الوقائع و العلاقات السابقة على صدور الحكم بعدم الدستورية .

وبذلك انتصرت المحكمة الدستورية العليا المصرية للرأي الفقهي الاخير ، و تواترت أحكامها عليها ، من ذلك ما قررته في حكمها الصادر بتاريخ 1990.5.19 في الدعوى الدستورية رقم 9/37 ق بأن (الأصل في الأحكام القضائية انها كاشفة و ليست منشئة ، إذ هي لا تستحدث جديدا و لا تنشئ مراكز أو اوضاعا لم تكن موجودة قبل ، بل تكشف عن حكم الدستور أو القانون في المنازعات المطروحة على القضاء ترده الى حكمه الصحيح الذي يلزمه منذ

صدوره، الامر الذي يستتبع ان يكون للحكم بعدم الدستورية أثر رجعي كنتيجة حتمية لطبيعته الكاشفة، بيانا لوجه الصواب في دستورية النص التشريعي المطعون عليه منذ صدوره، و ما إذا كان هذا النص قد جاء موافقا للدستور و في حدوده المقررة شكلا و موضوعا، فتتأكد للنص شرعيته الدستورية و يستمر نفاذه، أو أنه صدر متعارضا مع الدستور، فينسلخ عنه وصفه و تنعدم قيمته بأثر ينسحب إلى يوم صدوره) (¹)

أي أن القضاء الدستوري المصري استقر على ان النطاق الزمني للحكم الصادر بعدم الدستورية هو الرجعية المطلقة كقاعدة عامة، و تبلغ هذه الرجعية أقصى مداها إذا كان الحكم بعدم الدستورية متعلقا بنص جنائي حيث تعتبر الاحكام الصادرة بالإدانة استنادا إلى ذلك النص كأن لم تكن .
وتتمثل القيود التي ترد على رجعية الحكم الصادر من المحكمة الدستورية في الاستثناء الخاص بالأحكام الصادرة بعدم دستورية نص ضريبي ، حيث جعل القانون لهذه الاحكام أثرا مباشرا في جميع الاحوال . لان فيها مساس بالخزانة العامة على نحو يؤثر في المصلحة الاقتصادية للبلاد بما يعجزها عن مواصلة تنفيذ خططها في التنمية ، وتلك جميعها اثار خطيرة .

¹ . د . خليفة سالم الجهمي ، مجلة ادارة القضايا ، بحث بعنوان (حجية الاحكام الدستورية و آثارها) ، العدد 31 ،

الخاتمة

يمكن القول أن الرقابة الدستورية، رقابة جسور جادة و في أحكامها الثروة القضائية التي يتعين على فقهاء القانون الدستوري أن يولوها جل العناية و الاهتمام في دراستهم للنظام الدستوري .

و أن الدعوى الدستورية دعوى عينية تنتمي للقضاء العيني ؛ أي أنها تعتبر مخاصمة للقانون المطعون عليه ، و تستهدف التشريع المطعون بعدم دستوريته ، و توجه أصلا إلى من أصدره ، و للأحكام التي تصدر فيها حجية مطلقة تتعدى أطرافها إلى السلطات قاطبة و الناس أجمعين . و القول بغير ذلك يؤدي إلى اعتبار الدعوى الدستورية مماثلة أو مشابهة .
و تنتهي الدراسة إلى :

1. إن قضاء المحكمة العليا في الدعاوى الدستورية يحوز حجية مطلقة ملزمة للكافة و لجميع سلطات الدولة ، فلا يجوز التحلل منه أو المجادلة فيه أو مجاوزة مضمونه أو إعادة طرحه من جديد على هذه المحكمة لمراجعته ، و هو التزام مترتب بحكم القواعد الدستورية . فالعودة لنظر مسائل تم حسمها من جديد ، لا يعدو أن يكون إلا جدا للحجية المطلقة التي أثبتها قانون هذه المحكمة لأحكامها في المسائل الدستورية .
2. أن الحجية المطلقة للأحكام الصادرة في الدعاوى الدستورية سواء انتهت إلى عدم دستورية النص التشريعي المطعون فيه أم دستوريته و رفض الدعوى ، قد امست قاعدة مستقرة و ثابتة في القضاء الدستوري المصري .
3. أن القضاء الدستوري الليبي ممثلا في دوائر المحكمة العليا مجتمعة لم يساير ما تبناه القضاء الدستوري في مصر من حيث إسباغ الحجية المطلقة على كل الأحكام الدستورية .
4. إن الأحكام الصادرة في المسائل الدستورية ليست مجرد آراء مجردة غايتها إثراء الفكر القانوني و إنما هي تصدر بقصد إعمال أثارها القانونية .

5. إن تحديد ضوابط السريان الزمني للأحكام الصادرة بعدم الدستورية يستلزم تدخل المشرع لوضع قواعد خاصة لترتيب آثارها توفقا مع كونها منهية لوجود النصوص المقضي بعدم دستورتها ، و ذلك علاجا لمشكلات الإطلاق في تطبيق قاعدة الأثر الرجعي عمليا ، و تحقيقا للموازنة بين متطلبات الشرعية الدستورية و اعتبارات استقرار المراكز القانونية في المجتمع.

6. إن طريق الدعوى الأصلية في القضاء الدستوري يعد إجراء خطير ، تتهيب الدول تمكين الأفراد من مباشرته ، باعتباره يثير حساسية مع السلطة التشريعية .

و الله ولي التوفيق

قائمة بأهم المراجع

أولاً : الكتب

1. د. اسماعيل مرزة ، القانون الدستوري (دراسة مقارنة للدستور الليبي و دساتير الدول العربية الأخرى) ،دار صادر- منشورات الجامعة الليبية ،ب.ت.
2. د . رمزي طه الشاعر ،النظرية العامة للقانون الدستوري ،دار النهضة العربية القاهرة ،ط (5) ، 2005 ف .
3. د. عبد الرضا حسين الطعان ، التنظيم الدستوري في ليبيا ، الجزء الأول و الثاني ،ط(1) ، 1995 ، منشورات جامعة قاريونس بنغازي .
4. د. عادل نايف أبوترابة ،القانون الدستوري و النظام الليبي ،منشورات جامعة سبها ،ط(1) سنة 2003 .
5. د. محمد علي سويلم ،الرقابة على دستورية القوانين و تطور الأنظمة الدستورية ،دار المطبوعات الجامعية الإسكندرية ، 2013 .
6. د. محمد فؤاد عبد الباسط ،ولاية المحكمة الدستورية في المسائل الدستورية ،منشأة المعارف بالإسكندرية ، 2002 ،ص 850 و ما بعدها .
7. د. محمد صلاح عبد البديع السيد ،الدور السياسي للقاضي الدستوري (دراسة تحليلية نقدية لبعض الأحكام الدستورية ذات الصبغة السياسية) ، 2010، دار النهضة العربية القاهرة.
8. د. خليفة سالم الجهمي ، رقابة دستورية القوانين في (ليبيا و مصر و الكويت و البحرين) ،منشأة المعارف الاسكندرية، 2018.
9. د . إبراهيم أبوخزام ،الوسيط في القانون الدستوري ،دار الكتاب الجديد المتحدة لبنان ط 1 ، 2001 .

ثانيا : المجالات

1. د. محمود سليمان موسى، شروط قبول دعوى عدم الدستورية (تعليق على حكم (مجلة إدارة القضايا ، عدد(9) ، السنة 5 ، 2006 م .
2. مجلة إدارة القضايا ، عدد(14) – السنة 7 ، ديسمبر 2008 م .
3. مجلة ادارة القضايا، عدد (31) ، السنة 16 ، 2017 م.

القضاء الإداري الليبي واقع ورؤية

المستشار / فائزة منصور استيته
رئيس فرع إدارة القضايا مصراته

المقدمة

الحمد لله الخالق في علاه، على مننه وكرمه ورضاه، والصلاة والسلام على الشاهد والمبشر والنذير، المصطفى محمد - صلي الله عليه وسلم - واله وصحبه ومن ولاه.

فأن العلاقة التي تربط الفرد بالسلطة أصبحت منظمة في دول عالمنا المعاصر، فهي علاقة قانونية في ظل دولة القانون، فإذا نشب خلاف بين الفرد والسلطة فإن المرجع المختص هو القضاء، ولعل القاضي الإداري هو الرقيب الأول على مشروعية أعمال الإدارة، والحصن الحصين لضمان حماية حقوق الأفراد وحررياتهم.

إلا أن إرساء الحقوق والحرريات في صلب دستور الدولة، أو تقريرها من قبل المشرع العادي، لا يعد كافيًا لممارستها، ومن أهم هذه الضمانات اللازمة لكفالة الحد الأدنى لممارستها، هو وجود سلطة قضائية مستقلة ومحيدة، تمارس رقابة فعالة على جميع أنشطة السلطات الحاكمة.

كما تعتبر الحماية التي يوفرها القضاء الإداري للحقوق والحرريات العامة من أهم أنواع الحماية القضائية على الإطلاق وأوسعها مدى، وأكثرها رقابة، وأقواهما تأثيرًا، وأظهرها إبداعًا؛ وذلك لسببين جوهريين يتمثل السبب الأول : في أن طبيعة اختصاص القضاء الإداري الولائي المحجوز له يتصل اتصالاً مباشراً بالرقابة على أعمال الإدارة، بما فيها الأعمال الماسة بالحقوق والحرريات العامة، أما السبب الثاني: فيكمن في تميز القضاء الإداري بكونه قضاءً إنشائيًا، وليس

تطبيقاً؛ لعدم وجود تقنين للقانون الإداري كاملاً على غرار القانون الجنائي والمدني، ومن ثم فإن القضاء الإداري، هو الذي يخلق القاعدة القانونية الواجبة للتطبيق، في حالة عدم وجودها فتكون فرصته في الإبداع القانوني رحبة من أجل حماية الحريات العامة؛ لأن مهمته في هذا المجال تكون لخلق التوازن بين السلطة والحرية.

إلا أن هذا الدور الجوهرى الذي يناط بالقضاء الإداري لتحقيق الهدف المنشود، وهو حماية الحقوق والحريات العامة بفاعلية وبكفاءة عالية، لا يمكن أن يؤتى ثماره إلا إذا كان هذا القضاء يحمل في طياته نظامه مقومات استقلاله وحياده؛ وذلك لإزالة العراقيل التي تقف في مواجهة عمل القاضي الإداري والتي تؤدي حتماً من الانتقاص من فعاليته، ولهذا فإن ضرورة تنظيم دولة ديمقراطية تجعل الحاجة ملحة إلى إنشاء قضاء مزدوج، قائم على التخصص؛ وذلك لتحقيق الأهداف المرجوة من القضاء الإداري، وهي حماية الحريات الفردية والجماعية للمواطن، واحترام الحريات السياسية التي تفرضها الديمقراطية، وجعل القانون فوق الجميع محكومين وحكام على حد سواء.

وهنا تثار عدة تساؤلات وهي مدى فاعلية القضاء الإداري الليبي في أداء دوره؟ وهل تكوين القاضي الإداري الليبي، يساعد على جعل القضاء الإداري أكثر فاعلية في أداء هذا الدور؟

وهذا ما يستدعي تقسيم البحث كما يلي:

المبحث الأول: تنظيم القضاء الإداري الليبي بين وحدة القضاء وازدواجه

المطلب الأول: العوامل التي أدت بالمشروع الي الاخذ بنظام وحدة القضاء

المطلب الثاني: تقييم تنظيم القضاء الإداري الليبي

المبحث الثاني: استقلال القضاء الإداري

المطلب الأول: خصوصية القاضي الإداري

المطلب الثاني: أهمية استقلال القضاء الاداري

المبحث الأول:

تنظيم القضاء الإداري الليبي بين وحدة القضاء ازدواجه

يعتبر كل من نظام وحدة القضاء، وازدواج القضاء، النموذجين الرئيسيين في تنظيم الرقابة على أعمال الإدارة، وتوجد بعض النظم القضائية التي تعترف بالمنازعة الإدارية وهي تتفق مع النظام الفرنسي، وتدور في فلكه، ومع ذلك تتجه إلى إسناد اختصاص الرقابة على أعمال الإدارة بمشاركة بين القاضي العادي والقاضي الإداري، وهو يختلف عن النموذج القضائي الفرنسي من حيث إشراكها القاضي العادي إلى جانب القاضي الإداري في مهمة الفصل في المنازعات الإدارية، كما تختلف مع نظام وحدة القضاء بتخصيصها قاضٍ إداري للفصل في طائفة من المنازعات الإدارية، إلا أن السمة التي تغلب على هذا النظام اتساع دور القاضي العادي في مجال المنازعات الإدارية، على حساب دور القاضي الإداري، ويأتي النظام الألماني في مقدمة هذه المجموعة ويقترّب منه النظام البرتغالي والسويدي¹. وتجنح بعض الدول إلى إنشاء دوائر للقضاء الإداري، في قلب تنظيم القضاء العادي، على أساس أن هناك نظام قضائي موحد، كالنظام القضائي الإسباني². كما بدأت معظم الدول العربية بهذا النظام مثل (مصر وتونس والمغرب)، إلا أنها تطورت بإنشاء محاكم إدارية مستقلة، بحيث أصبح نظامها القضائي وفقاً لنظام ازدواجية القضاء.

وهذا ما أخذ به المشرع الليبي من خلال التشريعات المنظمة للرقابة القضائية على أعمال الإدارة في ليبيا.

¹ حسن السيد بسبوني، دور القضاء في المنازعة الإدارية دراسة تطبيقية مقارنة للنظم القضائية في مصر وفرنسا والجزائر، عالم الكتب، القاهرة، 1981، ص 76.

² المرجع السابق، ص 79.

المطلب الأول:

العوامل التي أدت بالمشروع الي الاخذ بنظام وحدة القضاء

ويرى جانب من الفقه الإداري في ليبيا بأن هناك ثلاثة عوامل ساهمت بشكل مباشر في تبني نظام وحدة القضاء، وهي: عوامل سياسية تتمثل في تأثر الجمعية الوطنية التأسيسية المكلفة بوضع الدستور بالاستشارات الفنية التي أيدتها مستشاري بعثة الأمم المتحدة بخصوص إنشاء مؤسسات الدولة الليبية، وفقاً لما جاء بقرار الجمعية العامة للأمم المتحدة رقم 289 الصادر بتاريخ 1949.11.2م، حيث صدر الدستور متأثراً بالطابع الأمريكي في شكل الدولة، فأخذ بنظام الاتحاد الفدرالي، وأدخل عليه بعض سمات النظام البرلماني على النمط الانجليزي، وباعتبار أن بريطانيا والولايات الأمريكية خير نموذجين لنظام القضاء الموحد، تم الأخذ به كأسلوب لتنظيم القضاء في ليبيا، حيث تكون هناك جهة قضائية واحدة على رأسها محكمة عليا اتحادية، مهمتها توحيد تطبيق القانون بواسطة محاكم الولايات، ومراقبة السلطات الفيدرالية عن مباشرتها لاختصاصاتها¹. أما العوامل الاقتصادية فتتمثل فيما يتطلبه القضاء المزدوج من إنشاء نوعين من المحاكم، حيث يترتب عليه وجود محاكم إدارية إلى جانب المحاكم المدنية، وهذا الأمر يتطلب موارد مالية لم تكن متوافرة في تلك الفترة، فقد كانت ليبيا تعد أفقر دول العالم قبل اكتشاف النفط في سنة 1961 الأمر الذي جعل المشرع يكتفي بمحاكم مدنية فقط تنتظر كافة المنازعات والجرائم؛ لان ذلك يعد اقتصاداً في النفقات².

¹ محمد عبد الله الحراري، الرقابة على أعمال الإدارة في القانون الليبي، منشورات المكتبة الجامعية، الزاوية، ط 5، 2010، ص 32 وما بعدها.

² خليفة سالم الجهمي، أحكام ومبادئ القضاء الإداري الليبي، دار ومكتبة الفضيل للنشر والتوزيع، بنغازي، 2009، ص 35.

مع عدم وجود أعداد كافية من القضاة المتخصصين في القانون الإداري، جعل هناك نقصاً شديداً في الكادر القضائي المتخصص، ويرجع ذلك إلى قلة أعداد خريجي الحقوق مع تفشى الأمية بنسب مرتفعة نتيجة الاستعمار، والحروب المتعاقبة التي شاهدها ليبيا، ولما كانت دوائر القضاء الإداري في ظل نظام ازدواج القضاء، تحتاج إلى متخصصين في القانون العام أو الإدارة العامة وفي تلك الفترة كان من المستحيل الحصول عليهم بأعداد كافية حتى يتم إنشاء محاكم إدارية متخصصة، ولهذا يعتبر هذا العامل الفني هو السبب الجوهرى والرئيسى الذى جعل المشرع يستبعد الأخذ بنظام ازدواج القضاء، ويقتصر على إنشاء دائرة للقضاء الإداري ضمن المحاكم المدنية¹.

إلا أن بصدور قانون رقم 88 لسنة 1971 بشأن القضاء الإداري بتاريخ 31. 10. 1971 م، والذي يعتبر أول قانون متخصص بتنظيم الرقابة القضائية على أعمال الإدارة في ليبيا، آلت اختصاصات دائرة القضاء الإداري بالمحكمة العليا إلى دوائر القضاء الإداري التي تم إنشائها بداخل محاكم الاستئناف المدنية، حيث نصّت المادة الأولى منه على أن ((تنشأ بكل محكمة من محاكم الاستئناف المدنية دائرة أو أكثر للقضاء الإداري، وتشكل الدائرة بقرار من الجمعية العمومية للمحكمة من ثلاثة مستشارين على أن يحضر جلستها أحد أعضاء النيابة العامة)).

ويستفاد من النص السابق أن القضاء الإداري يتكون من دوائر قضائية في قلب القضاء العادي بمستوى محاكم الاستئناف وتشكل الهيئة من ثلاثة مستشارين بمحكمة الاستئناف، ويتم ذلك بقرار من الجمعية العمومية التي بدورها تتكون من جميع مستشاري محكمة الاستئناف، ولم يشترط القانون فيمن يُختار لعضوية دائرة القضاء الإداري أن يكون من المختصين في القانون العام أو الإدارة

¹ محمد عبد الله الحراري، الرقابة على أعمال الإدارة في القانون الليبي، مرجع سابق، ص 45.

العامّة، أو على الأقلّ من ذوى الخبرة في مجال المنازعات الإداريّة، فدائرة القضاء الإداري تُعدُّ دائرة من دوائر محكمة الاستئناف يسري بشأنها ما هو معمول به في تنظيم بقية الدوائر بالمحكمة، من حيث التكوين وأماكن الانعقاد وتحديد جلسات المحاكمة.

كما توجب المادة الأولى من القانون 88 لسنة 1971 أن يحضر جلسات دائرة القضاء الإداري أحد أعضاء النيابة العامّة، مما يفهم منه أن حضور عضو النيابة العامّة شرط قانوني لاكتمال تشكيل المحكمة، إلا أن دور النيابة يقف عند تقديم مذكرة برأيها، ولا يكون لها دور في المداولة التي تُسفر عن الحكم، وهو ما نصت عليه المادة الخامسة عشر من القانون المشار إليه بأنه ((...يعرض الملف على رئيس الدائرة ليأمر بإحالته إلي النيابة العامّة لتودع مذكرة برأيها في الميعاد الذي يحدده...)).

كما حدّد القانون في مواده الثانية، والثالثة، والرابعة، والخامسة، اختصاصات دوائر القضاء الإداري لمحاكم الاستئناف التي تم إنشاؤها، والتي يمكن إجمالها في المسائل الآتية:

أ. المنازعات المتعلقة بالوظيفة العامّة.

ب. الطعون المتعلقة بإلغاء القرارات الإداريّة والتعويض عنها.

ج. دعاوى الجنسيّة.

د. المنازعات الناشئة عن بعض العقود الإداريّة.

وهذه الدوائر كغيرها من الدوائر الأخرى لا تنتظر في أعمال السيادة حيث نصت المادة السادسة على أن ((لا تختص دائرة القضاء الإداري بنظر الطلبات المتعلقة بأعمال السيادة ولا تقبل الطلبات المقدّمة من أشخاص ليست لهم فيها مصلحة شخصيّة مباشرة)).

المطلب الثاني:

تقييم تنظيم القضاء الإداري الليبي

إلا أن التساؤل الذي يثار حول الإضافة الايجابية لهذا التنظيم الذي نص عليه قانون رقم 88 لسنة 71 في شأن القضاء الإداري في مجال المنازعات الإدارية في ليبيا، فهذه المنازعات تثير اهتمام جهة الإدارة كسلطة العامة وتمثل المصلحة العامة كما تثير اهتمام الأفراد كونهم الطرف الأضعف في المنازعة الادارية، كذلك فإن هذه الدعاوى تضع القاضي الإداري في موقف دقيق إذ عليه أن يصل إلى حلول قانونية سليمة في هذه المنازعات ، وبشكل يوازن فيه بين سلامة الوطن وحرية المواطن في آن واحد.

صحيح أن المشرّع الليبي بإصداره للقانون المشار إليه يكون قد خطا خطوة جيدة نحو تقريب القاضي الإداري إلى الأفراد بعد أن كانت المنازعات الإدارية تنتظر أمام دائرة وحيدة بالمحكمة العليا أصبحت موزعة على عدد من دوائر محاكم الاستئناف المدنية وهي توجد في أنحاء ليبيا موزعة على عدة مدن هي: طرابلس - بنغازي - مصراتة - درنة - سبها - الزاوية - الخمس - البيضاء، فضلاً عن تخفيف العبء عن كاهل المحكمة العليا، وترغها لصميم عملها كمحكمة نقض، وإن كانت فكرة تقريب القضاء من المتقاضين لا تتعلق بنظرة تبسيطية لعنصر المسافة (القرب الجغرافي) وإنما من المفترض أن يكون تحقيق القرب التخصصي أي: تقريب الجودة إلي الأفراد، ورغم هذه الخطوة التي خطاها المشرّع الليبي إلا أن هذا القانون لم يحمل بين طياته أي إصلاح تشريعي يمكن أن يكون له انعكاس إيجابي على حسن أداء القضاء الإداري الليبي . حسب وجهة نظرنا. كأن يتم تنظيمه بصورة تجعل منه نظاماً قضائياً متميزاً خاصة في مجال المنازعات الإدارية الماسة بالحريات العامة، والتي تتطلب امتيازات خاصة في القاضي الإداري تختلف في خصوصياتها عن القاضي المدني، وذلك لعدة أسباب منها:

أولاً: أن هذا التنظيم جعل دوائر القضاء الإداري غير قادرة علي بسط ولايتها علي كل المنازعات الإدارية، مما يقلل من قدرة القضاء الإداري الليبي علي حماية الأفراد من كل الاعتداءات التي تصدر من الإدارة علي حقوقهم وحررياتهم العامة، وهنا يكون قد تأخر عن القضاء الإداري الفرنسي والمصري، في إعطاء الولاية الكاملة للقضاء الإداري في مجال المنازعات الإدارية، فقد نصت المادة 49 من قانون المرافعات المدنية والتجارية تحت عنوان الاختصاص العام علي ((تختص المحكمة الابتدائية بالحكم ابتدائياً في جميع الدعاوى المدنية والتجارية ودعاوى الأحوال الشخصية التي ليست من اختصاص المحكمة الجزئية))، بالتالي فإن القاعدة العامة أن المحاكم المدنية (الابتدائية أو الجزئية حسب توزيع الاختصاص النوعي أو القيمي بينهما) هي القاضي العام الذي يفصل في جميع المنازعات التي تثار بين الأفراد فيما بينهم أو التي تنشأ بين الإدارة والأفراد، فكل المنازعات أياً كان أطرافها تكون من اختصاص المحاكم المدنية (ابتدائية أو جزئية) إلا إذا وجد نص تشريعي يقضي بخلاف ذلك، وحيث أن قانون 88 لسنة 1971 بشأن القضاء الإداري حدد اختصاصات دوائر القضاء الإداري علي سبيل الحصر وهي تعد أحد الاستثناءات الواردة علي الاختصاص العام المعقود للمحاكم المدنية.

وتأكيداً لذلك قضت المحكمة العليا في حكمها الصادر بتاريخ 17.11.1977م بأن ((القانون رقم 88 لسنة 1971 بشأن القضاء الإداري قد حدد اختصاصات دوائر القضاء الإداري بمحاكم الاستئناف على سبيل الحصر... وذلك على اعتبار أن المحاكم العادية هي محاكم القانون العام التي تختص بالفصل في كافة المنازعات والجرائم إلا ما استثني بنص خاص..))¹، وفي حكم حديث لها قضت المحكمة بذات المعنى بقولها: ((ذلك إن القضاء

¹ طعن إداري رقم 23/2 ق، م م ع، السنة الرابعة عشر، العدد الثاني، ص 9.

العادي هو صاحب الولاية العامة في الفصل في المنازعات، إلا ما استثني بنص خاص في القانون، وإن الاستثناء إن وجد يجب أن يقدر بقدره فلا يتوسع ف تطبيقه كخروج عن الأصل أو يقاس علي ما ورد به¹.

ثانياً: كما أهدر المشرع الليبي مبدأ التقاضي على درجتين، رغم الاعتبارات التي يستند عليها هذا المبدأ في تحقيق العدالة وكفالة حق الدفاع، بالإضافة إلى حسن سير مرفق القضاء، فقد نصت المادة التاسعة عشر من قانون 88 لسنة 1971 بشأن القضاء الإداري على جواز الطعن بالنقض أمام المحكمة العليا في الأحوال الآتية: _

1. إذا كان الحكم المطعون فيه مبنياً على مخالفة القانون أو خطأ في تطبيقه أو تأويله.
2. إذا وقع بطلان في الحكم أو بطلان في الإجراءات أثر في الحكم.
3. إذا صدر الحكم خلافاً لحكم سابق حاز قوة الشيء المحكوم فيه سواء دفع بهذا الدفع أو لم يدفع.

وهذه المادة جاءت متوافقة مع نص المادة الرابعة والعشرين من قانون إعادة تنظيم المحكمة العليا رقم 6 لسنة 1980 وتعديلاته والتي نصت أن تقوم المحكمة العليا منعقدة بدوائرها العادية المشكلة من ثلاثة أو خمسة مستشارين بحسب الأحوال بوظيفة محكمة النقض في الطعون التي تُرفع إليها والتي من ضمنها الأحكام الصادرة من محاكم الاستئناف منعقدة بهيئة قضاء إداري طبقاً للقانون رقم 88 لسنة 1971 في شأن القضاء الإداري، مما يكون معه أن الدعاوى الإدارية في ظل هذا القانون المشار إليه تقلت من قاعدة درجتي التقاضي والتي مؤداها أن يتحصل المتقاضين على فحص شامل ومزدوج لنزاعاتهم؛ لان الدعوى الإدارية وفقاً للنصوص المشار إليها تطرح أمام المحكمة العليا كمحكمة قانون وليس كمحكمة

¹ طعن إداري رقم 45/112 ق، مجموعة أحكام المحكمة العليا، القضاء الإداري، الجزء الثاني، 2003، ص 634.

موضوع، فالمنازعات المتعلقة بالقرارات الإدارية الماسة بالحريات العامة تكون الأحكام بها عادةً صَّادِرَة بعد تمحيص الوقائع التي دعت الإدارة إلى التدخل بسلطتها وإصدار القرار المطعون فيه، ولا توجد محكمة درجة ثانية يتم أمامها استئناف الحكم الصَّادِر من الدرجة الأولى وطرحه برمته واقعاً وقانونياً، مما يحقق مبدأ التقاضي على درجتين¹.

إذا يعتبر الحكم عنواناً للحقيقة ومانعاً لإعادة طرح النزاع أمام القضاء، إلا أنه عمل إنساني قد يشوبه خطأ أو قصور، فقد يحيد القضاة عن جادة الصواب؛ لتحيز منهم أو لقلّة عناية بتمحيص الوقائع، أو لعدم إمام بقواعد القانون العام وكيفية تطبيقها، وإقرار مبدأ التقاضي على درجتين، يقلل من فرص الوقوع في الخطأ، بحيث تصدر الأحكام متمشية مع القانون وخالية من الأخطاء، ومستتدة إلى إتاحة الفرصة كاملة للخصوم للدفاع عن حقهم، واستكمال دفعوهم، وتدارك ما فاتهم من أوجه الدفاع².

ولما كان تنظيم القضاء الإداري الليبي الحالي لا يعرف من الناحية التشريعية نظام تعدد درجات التقاضي، إلا إن الواقع العملي غير ذلك، فطبقاً للمسلك الذي سلكته المحكمة العليا في نظر الطعون الإدارية المقامة أمامها والحكم فيها، وذلك منذ نشأتها، فقد أصبح نظام تعدد درجات التقاضي مطبقاً من الناحية العملية علي غالبية المنازعات التي تختص بها دوائر القضاء الإداري،

¹ يقصد بهذا المبدأ أن نفس النزاع ينظر على درجتين من درجات التقاضي، حيث يتم الفصل فيه أولاً من محكمة تسمى محكمة الدرجة الأولى سواء كانت جزئية أو ابتدائية، والحكم الصادر منها يكون قابلاً للطعن عليه بالاستئناف بشروط معينه أمام محكمة أعلى تسمى محكمة الدرجة الثانية أو المحكمة الاستئنافية؛ لتفصل فيه من جديد بحكم نهائي، انظر: أحمد هندي، مبدأ التقاضي على درجتين، دراسة مقارنة، دار الجامعة الجديدة، الإسكندرية، 2009، ص 25 .

² خليفة سالم الجهمي، شرح قانون المرافعات المدنية والتجارية وفقاً لأحداث التعديلات التشريعية والأحكام القضائية، الفضيل للطباعة والنشر والتوزيع، بنغازي، 2013، ص 32.

وهذا ما استقرت عليه أحكام المحكمة العليا، ففي جلستها المنعقدة بتاريخ 2011.6.12 م قضت بأنه ((وحيث إن قضاء هذه المحكمة جرى الطعن في الحكم الصادر في دعوي الإلغاء يفتح الباب أمام المحكمة العليا لتزن الحكم بميزان القانون غير مقيدة بأسباب الطعن ودفاع الخصوم، إذ المراد في ذلك هو مبدأ المشروعية نزولاً علي سيادة القانون في رابطة من روابط القانون العام، ويترتب علي ذلك أنه لا مجال في القضاء الإداري للفرقة بين الواقع والقانون، لأن الواقع في أي منازعة إدارية يخالطه القانون، ومن ثم فإن أي خطأ في الواقع أو تصويره إنما يؤدي إلي خطأ في تطبيق القانون، كما ليس لمحكمة القضاء الإداري سلطة قطعية في فهم الواقع أو الموضوع تقصر عنها سلطة المحكمة العليا ولا يقاس في هذا الشأن علي نظام النقض المدني))¹.

فالمحكمة العليا بهذا المسلك حاولت أن تخفف من مساوئ مبدأ التقاضي علي درجة واحدة، إلا إن هذا المسلك له عيوبه من ناحية أنه يؤدي إلي الإخلال بمبدأ سرعة الفصل في الدعاوى كما أنه يؤثر بالسلب علي دور المحكمة العليا كمحكمة قانون، فدورها الأصلي طبقاً لنصوص القانون هو دور قاض نقض، وليس دور قاض استئناف، لذلك يجب وضع حلول تشريعية، لتطبيق مبدأ تعدد درجات التقاضي في إطار تنظيم القضاء الإداري الليبي، لتتفرغ المحكمة العليا لمهمتها الأساسية كقاض نقض، وخاصة بعد غياب كل المعوقات والأسباب التي أدت إلي الأخذ بهذا التنظيم، وفي ذلك نشير إلي حكم المحكمة الدستورية العليا المصرية عندما قررت أن المشرع وأن كان يملك قصر التقاضي علي درجة واحدة، فإن ذلك يجب أن يكون مستنداً علي أسس موضوعية ولمصلحة عامة تبرره وإلا كان هناك مخالفة لمبدأ المساواة، وفي ذلك قضت ((وحيث إن الأصل في السلطة التي يملكها المشرع في مجال تنظيم الحقوق - ومن بينها حق التقاضي المقررة بنص

¹ طعن إداري رقم 56/70 ق، حكم غير منشور.

المادة 68 من الدستور - هو إطلاقها ما لم يقيدها الدستور بضوابط معينة منها أن هذا التنظيم ينبغي ألا يؤدي إلى إجراء تمييز تحكيمي فيما بين أصحاب المراكز القانونية المتكافئة بلا أساس موضوعي يبرره، كما أنه ليس كل تقسيم تشريعي يعتبر منافياً لمبدأ المساواة، بل يتعين دوماً أن ينظر إلى النصوص القانونية باعتبارها وسائل حددها المشرع لتحقيق أغراض يبتغيها، فلا يستقيم إعمال مبدأ المساواة أمام القانون - المنصوص عليه بالمادة 40 من الدستور - إلا علي ضوء مشروعية تلك الأغراض واتصال هذه الوسائل منطقيًا بها، إذ لا يتصور أن يكون التقسيم التشريعي منفصلاً عن هذه الأغراض التي يبتغيها المشرع لما كان ذلك وكان قضاء هذه المحكمة قد جري علي إن قصر التقاضي علي درجة واحدة لا يناقض الدستور، وإنما يدخل في إطار السلطة التقديرية التي يملكها المشرع في مجال تنظيم الحقوق، فإن ذلك مؤداه أن الوقوف بالتقاضي الذي يكفله الدستور للناس كافة¹.

ثالثاً: إهدار مبدأ تخصص القضاة ذلك إن النظر في مثل هذه المنازعات يحتاج الأمر فيه إلى قاضٍ إداري على مستوى رفيع في فهم القانون والمجتمع معاً، ولا بد أن يمتلك الثقافة الواسعة وعدة صفات منها: المرونة، وحسن تقدير الأمور، والشجاعة، والصلابة، وأقصى درجات النزاهة، وهذا الأمر على جانب كبير من الأهمية، وإذ أمكن التغاضي عن بعض هذه المتطلبات عندما ينظر القاضي الإداري أنواعاً أخرى من المنازعات الإدارية كدعوى تسوية الوضع الوظيفي مثلاً فإنه لا يمكنه التغاضي عن أي منها عندما يتصدى للفصل في

¹ حكم المحكمة الدستورية العليا الصادر بجلسة 2002.12.15م في القضية رقم 201 لسنة 23 قضائية "دستورية" منشور بمجلة هيئة قضايا الدولة، العدد الثالث، السنة السابعة والأربعون، يوليو، سبتمبر 2003 ص 56 رقم 3 أشار إليه عبد الناصر علي عثمان حسين، استقلال القضاء الإداري، دراسة مقارنة، دار النهضة العربية، القاهرة، 2008، ص 626.

قضايا الحريات العامة¹.

كل هذه المزايا ترفع من كفاءته في الوصول إلى أقرب نقطة تمكنه من تحقيق التوازن بين أطراف المنازعة التي تحكمها القاعدة القانونية في مجال القانون الإداري، والتي تكون بين الإدارة وما تتمتع به من سلطات وامتيازات القانون العام، والأشخاص (طبيعية أو معنوية) مجردة من هذه السلطات والامتيازات.

هذه الخصوصية التي من المفترض أن يتحلى بها القاضي الإداري الليبي أهدرت؛ بسبب عدم تكريس مبدأ تخصص القضاة والذي يقصد به: تقيد القاضي بالنظر في منازعات فرع واحد من فروع القانون بما يحتويه من تشريعات وفقه خاص به، بحيث لا ينظر غيره من فروع القانون الأخرى المختلفة، بما يكفل له القدرة على استيعاب هذا الفرع، وفهم كل ما يدور داخله من مشكلات قانونية².

فمن الصعب مطالبة القاضي بأن يلم بفروع القانون المختلفة، أو يكون موسوعة علمية تحيط بكافة هذه الفروع، مما يمكنه من الفصل فيما تثيره هذه القضايا من مشكلات قانونية متباينة، وحتى مع وجود هذا القاضي الموسوعي فإن الجهد والوقت لا يسعفه لملاحقة سيل القوانين والقرارات، كما أن كل فرع له فقهُ الخاص الذي يركز عليه، والقاضي هنا يكون أمام خيارين، إما أن يبحث جيداً ويستغرق وقتاً طويلاً ويترتب على ذلك تأخر الفصل في المنازعات، أو أن يستعجل ولا شك فإن المتقاضين سينالهم في ذلك أبلغ الضرر؛ لأن أحكامهم صدرت بدون روية - حسب وجهة نظر الباحثة -

فطبيعة تنظيم القضاء الإداري الذي يمارس الرقابة علي أعمال الإدارة في

¹ فاروق عبد البر، دور مجلس الدولة المصري في حماية الحقوق والحريات العامة، ج 1، دار النهضة العربية، القاهرة، 1988، ص20.

² محمد كامل عبيد، استقلال القضاء، دراسة مقارنة، رسالة دكتوراه، كلية الحقوق، جامعة القاهرة، 1988، ص436 وما بعدها.

ليبيا أخذ بنظام وحدة القضاء، حيث لا يوجد إلا تدرج قضائي واحد يبدأ من المحكمة الجزئية ويمر بالمحاكم الابتدائية والاستئناف وينتهي بالمحكمة العليا، لأن المشرع أنشاء دوائر للقضاء الإداري داخل هذا التنظيم في البداية كانت بالمحكمة العليا بموجب قانون سنة 1953 م، وبمحاكم الاستئناف وفق قانون رقم 88 لسنة 1971م، إلا إن هذه الدوائر تطبق قواعد قانونية علي منازعات الإدارة متميزة عن القواعد القانونية التي تطبق علي منازعات فيما بينهم، لهذا يمكن القول وكما وصفه بعض الفقه الليبي: بأن النظام القضائي الذي يمارس الرقابة علي أعمال الإدارة نظام هجين يجمع بين وحدة القضاء وزدواج القانون¹.

وإن كان غالبية الفقه المصري لا يتصور وجود نظامًا مختلطًا فهو إما موحد أو مزدوج، فما دام يتم الطعن في أحكام دوائر القضاء الإداري أمام المحكمة العليا القائمة على رأس القضاء العادي فهي تابعة لهذه الجهة، ومن ثم لا نكون إزاء نظام مزدوج الذي يقوم على وجود جهتين قضائيتين مستقلتين أحدهما عن الأخرى².

إن إدراج الدائرة الإدارية ضمن دوائر القضاء العادي لا يمكن أن تحقق ميزة التخصص حتى وإن طبقت هذه الدوائر قواعد القانون الإداري، لأن عدم استقلال القضاة الإداريين سيؤدي إلى عدم تحررهم من قيود القانون المدني، وابتداع قواعد ومبادئ ونظريات تتفق مع طبيعة ما يعرض عليهم من منازعات، فهم مشبعون بروح القانون الخاص؛ لأنهم أمضوا أكثر من ثلاث وعشرين سنة - وفقًا لقوانين نظام القضاء المتعاقبة في ليبيا - يطبقون قواعد القانون الخاص على المنازعات التي تطرح أمامهم، كما أنهم ينظرون إلى الأفراد؛ والإدارة نظرة متساوية

¹ محمد عبد الله الحراري، الرقابة على أعمال الإدارة في القانون الليبي، مرجع سابق، ص 42.

² محمود محمد حافظ، القضاء الإداري في القانون المصري والمقارن، دار النهضة العربية، القاهرة، 1993، ص

120 وما بعدها.

خلافًا للقاضي الإداري المتخصص الذي يرى بحكم تكوينه وفلسفته أن الإدارة التي تمثل الصالح العام لن تتساوى في خصومتها مع الأفراد لان طرفي النزاع غير متكافئين فمع كل حركة قضائية يتم نقلهم من دائرة إلى الأخرى حسب ما تقره الجمعية العمومية للمحكمة بالإضافة إلي عدم تخصصهم في مجال القانون الإداري نتيجة اكتفاء المشرع الليبي في تشكيل دائرة القضاء الإداري من ثلاثة مستشارين دون اشتراط التخصص في القانون العام فكافة القضاة في ليبيا يتلقون تكوينًا موحدًا داخل معهد القضاء دون أن تكون هناك دورات يتلقى فيها القاضي الإداري أي تكوين خاص يؤهله لمزاولة مهام القضاء الإداري، وتجدر الإشارة هنا إلى أنه في مقابل عدم اشتراط المشرع الليبي فيمن يختار لعضوية دائرة القضاء الإداري أن يكون من ذوى الاختصاص في مجال القانون الإداري نجد قانون مجلس الدولة الفرنسي يشترط فيمن يُعيَّن بالمجلس على درجة مندوب أن يكون من خريجي مدرسة الإدارة الوطنية¹.

كما نصت المادة الثالثة والسبعين من قانون مجلس الدولة المصري رقم 47 لسنة 1972 على أنه يشترط فيمن يُعيَّن بدرجة مندوب بمجلس الدولة أن يكون حاصلًا على دبلومين من دبلومات الدراسات العليا، أحدهما في العلوم الإدارية أو القانون العام وهو ما يعادل درجة الماجستير في الجامعات الليبية². هذا ما يعكس التطور الهائل في مجال الرقابة على أعمال الإدارة في هذه الدول، وللأسف لم يتم إدخال أي إصلاح علي تنظيم القضاء الإداري الليبي بل ظل قانون رقم 88 لسنة 1971 بكل القصور الذي يكتنفه مطبقًا للفترة تزيد عن أربعين

¹ العارف صالح الخوجة، القضاء الإداري ودوره في تحقيق التوازن بين السلطة والحرية ، رسالة دكتوراه، كلية الحقوق، عين شمس، القاهرة ، 2011 ، ص 14.

² انظر: د. خليفة سالم الجهمي، أحكام ومبادئ القضاء الإداري الليبي، مرجع سابق، ص 34، عبد الغنى بسيوني عبد الله، القضاء الإداري، مرجع سابق، ص 86.

عاما حتى هذا الوقت مما انعكس سلبا على دور القضاء الإداري الليبي في نظر المنازعات الإدارية على عكس ما عليه كل من القضاء الفرنسي والمصري، فقد شهد تنظيم القضاء الإداري الفرنسي منذ نشأته إصلاحات مهمة حقق من خلالها الكثير من المحطات التاريخية، مما زاد من تعمق مكانته في ضمير الشعب الفرنسي على السواء كحارس للحريات العامة ولحقوق الإدارة حافظاً لمكانتها مما دفعه إلى إقرار كثير من الامتيازات والسلطات، والتي أصبحت تُشكل فيما بعد جزءاً لا يتجزأ من القانون الإداري، فمنذ نشأته 1790 م مرّ بالعديد من المراحل؛ منها: مرحلة القضاء المحجوز، تم مرحلة القضاء المفوض إلى ما وصل إليه في الوقت الحاضر، وصدرت العديد من المراسيم المطورة له ومن أهمها مرسوم 30 .9. 1953 م والمراسيم الصادرة 1963 م وسنة 1975 م، وبصدور قانون 1987 م بإعادة تنظيم مجلس الدولة الذي أنشأ العديد من المحاكم الإدارية المتنوعة، وذلك لمواجهة مقتضيات التخصص الفني مع تمتعها باستقلال مزدوج في مواجهة المحاكم العادية، إذ أن لكل جهة قضاة المتخصصون، ولا تخضع المحاكم التابعة لجهة من الجهتين إلا للمحكمة العليا الخاصة بها¹.

كما رسخ استقلال المحاكم الإدارية في مواجهة الإدارة بعد أن ضمن المشرع استقلال الأعضاء، وتميزهم عن رجال الإدارة العاملين، مع توفير كل الضمانات بما يكفل عدم التأثير عليهم وحتى لا تُتهم المحاكم الإدارية بمحاباة الإدارة على حساب الأفراد، مع الحفاظ على صلات خاصة بالإدارة العامة، بحيث تقوم بدور الناصح للإدارة مما ساهم إلى حد كبير في وظيفة الإدارة العامة فلم تقتصر على تطبيق القواعد القانونية وإنما استطاع أن يحيط بمستلزمات حسن الإدارة مما ساعد في تكوين قواعد القانون الإداري الحديث، وذلك فيما يتعلق

¹ عبد الغني بسيوني عبد الله، القضاء الإداري، منشأة المعارف، الإسكندرية، ط 3، 2006، ص 71 وما بعدها .

بوظيفته بالإفتاء والصياغة¹.

هذه الإصلاحات التي يُجريها المشرع الفرنسي لا زالت متواصلة إلى وقت قصير، والتي من خلالها مُنح القاضي الإداري سلطات استثنائية في مواجهة الإدارة من أجل تحقيق التوازن بين سلطات وامتيازات الإدارة، وحقوق وحرّيات الأفراد والتي ضمنها قانون رقم 155 لسنة 1995 والذي منح بموجبه مجلس الدولة والمحاكم الإدارية الاستثنائية سلطة توجبه أوامر لجهة الإدارة مقترنة بالغرامة التهديدية من أجل إصدار القرارات اللازمة لتنفيذ الأحكام الإدارية، وعمل المشرع الفرنسي على تطوير نظام القضاء الإداري المستعجل عندما أصدر قانون رقم 597 لسنة 2000 بشأن إنشاء القضاء الإداري المستعجل، والذي حوّل للقاضي الإداري توجيه أوامر لجهة الإدارة في حالة الاعتداء الجسيم على الحريات الأساسية وإلزامه بالفصل في الطلب خلال مدة ثمان وأربعين ساعة².

كل هذه التطورات المتلاحقة في تنظيم القضاء الإداري الفرنسي والتي انعكست إيجابياً على تنظيمه وعلى الضمانات التي يوفرها للمتقاضين في مجال المنازعات الإدارية من أجل ذلك طارت شهرته كحامٍ لحرّيات الأفراد، ومدافعٍ عن حقوقهم، والأمر ذاته ينطبق على القضاء الإداري المصري الذي أدخل العديد من الإصلاحات من بداية نشأته عبر مراحل متعددة تعكس رغبة المشرع المصري في جعل تنظيم القضاء الإداري المصري أكثر تطوراً وخاصةً بعد نشأة مجلس الدولة المصري بموجب قانون رقم 112 لسنة 1946 ولاحقه قانون رقم 147 لسنة 1954 الذي أنشأ محاكم إدارية بجوار محكمة القضاء الإداري، واستكمل بناء

¹ سليمان الطماوي، القضاء الإداري "الكتاب الأول"، قضاء الإلغاء، دار الفكر العربي، القاهرة، 1996 ص 39 وما بعدها.

² شريف يوسف خاطر، دور القضاء الإداري المستعجل في حماية الحريات الأساسية، دراسة تحليلية للمادة 521. من تقنين القضاء الإداري الفرنسي مقارنة بالقانون المصري، دار النهضة العربية، القاهرة، 2009، ص 11 وما بعدها.

القسم القضائي بالقانون رقم 165 لسنة 1955 عندما أنشئت المحكمة الإدارية العليا على قمة محاكم القسم القضائي، وأنشأ المشرع المحاكم التأديبية بالقانون رقم 18 لسنة 1958 ثم أعيد تنظيمها بالقانون رقم 47 لسنة 1972 الذي أعاد تنظيم القضاء الإداري المصري بناءً على نصوص الدستور المصري لسنة 1971 وحقق من خلال نصوص أهم إنجاز، وهو النص على استقلالية مجلس الدولة، كما أصبح هو القاضي العام المختص في المنازعات الإدارية بعد أن كان قاضياً ذو اختصاصات محدودة على سبيل الحصر¹.

هذه الخطى ذاتها سار عليها القضاء الإداري الجزائري والمغربي، والتي تعكس رغبة كل مشرع في إدخال الإصلاحات التي تجعل من تنظيمه يخطو خطوة مهمة من أجل تطوير الرقابة على أعمال الإدارة ولو بطيئة، ولكنها تبقى خطوة للإمام.

¹ عبد الغني بسيوني عبد الله، القضاء الإداري، مرجع سابق، ص 96.

المبحث الثاني:

استقلالية القضاء الإداري

يُعدُّ استقلال القضاء الإداري أحد أهم الضمانات الأساسية لتحقيق دولة القانون، فالقاضي الإداري هو حامي الحقوق، والحريات العامة، وقيامه بوظيفته متمتعاً بكل مقومات الاستقلال سيحقق فاعلية كبيرة وجريئة في مجال الرقابة على أعمال الإدارة، ولهذا فإن التكريس الدستوري لاستقلال القضاء الإداري مهم؛ حتى لا يسمح للمشرع العادي الانتقاص منه عن طريق التشريع العادي، وهذا ما أخذت به معظم الدول العربية التي اتجهت إلى تطوير نظام الرقابة القضائية على أعمال الإدارة بالاعتراف باستقلال القضاء الإداري في نصوص دساتيرها.

ففي مصر نصت المادة مائة واثنان وسبعين من دستور 1971 على أن ((مجلس الدولة هيئة قضائية مستقلة، وتختص بالفصل في المنازعات الإدارية وفي الدعاوى التأديبية ويحدد القانون اختصاصاته الأخرى))، أما الجزائر فنصت المادة مائة واثنان وستون من دستور 1996 على ((يؤسس مجلس الدولة كهيئة مقومة لأعمال الجهات القضائية الإدارية)).

ويقصد باستقلال القضاء بصورة عامة عدم تدخل السلطتين التشريعية والتنفيذية في شؤون القضاء والمتمثلة بفض النزاعات والخصومات، بحيث يمارس القضاة مهام الفصل بين الأفراد بعيداً عن الخضوع لأي جهة إلا القانون¹.

أما استقلال القضاء الإداري فلا يوجد تعريف محدد لمفهومه، ولكن الاتجاه نحو تبني نظام القضاء المزدوج مع استقلاله عن السلطة التنفيذية فإنه يمكن استخلاص تعريف له وهو ((الاعتراف بالقضاء الإداري كسلطة مستقلة عن

¹ انظر: محمد محمود إبراهيم، الوجيز في المرافعات، دار الفكر العربي، القاهرة، 1983، ص 62، سعدون القشطيني، شرح أحكام المرافعات، مطبعة المعارف، بغداد، 1979، ص 40، أشار إليه فارس على عمر الجرجري، مبدأ حياد القاضي المدني، دراسة مقارنة، دار الكتب القانونية، مصر، 2012، ص 161.

السلطة التنفيذية ومنفصل عن القضاء العادي))، وستتناول هذا المبحث في مطلبين؛ الأول سيكون حول إبراز خصوصية القاضي الإداري، والثاني بيان أهمية استقلال القضاء الإداري من عدة أوجه.

المطلب الأول

خصوصية القاضي الإداري

إن التركيز على اختلاف طبيعة عمل كل من القاضي الإداري والقاضي المدني، له أهمية كبيرة لإبراز خصوصية القاضي الإداري والتي تستوجب تخصص كل منهما في مجاله، وبيان هذا الاختلاف من عدة جوانب منها:

- أسلوب عمل القاضي الإداري وأثر ذلك على تكوينه، بالإضافة إلى اختلاف القانون المطبق والتي من خلالها سنحاول إبراز أهمية استقلال القضاء الإداري، فاختلاف أسلوب عمل القاضي الإداري عن أسلوب عمل القاضي المدني يرجع إلى اختلاف طبيعة المنازعات التي تعرض عليهما، واختلاف الدور الذي يلعبه كل منهما.

حيث إن موقف القاضي المدني تجاه ما يُطرح عليه من منازعات موقفاً سلبياً فهو يقضى في منازعات غالباً ما يكون أطرافها أفراداً عاديين، وحتى وإن ثارت منازعات مدنية بين الأفراد والإدارة فإن الإدارة هنا تكون مجردة من أي سلطة أو امتيازات.

فمبدأ حياد القاضي هو السائد أمام القضاء المدني، ومؤداه أن دور القاضي يقوم على الحياد بين الخصوم، وذلك بوزن ما يقدم أمامه من أدلة في حدود ما يجعل له القانون من سلطة في هذا الشأن وذلك حتى يصدر حكمه على أساس مبدأ الاقتناع القضائي¹، لهذا تنحصر مهمة القاضي المدني في تلقي الأدلة

1 يقصد بمبدأ الاقتناع القضائي أن يحكم القاضي في الدعوى حسب العقيدة التي تكونت لديه بكامل حريته، فهو مطلق الحرية في تقديره لأدلة الدعوى، وله أن يأخذ بها أو يطرحها بناء على حريته في التقدير، وغير ملزم بإبداء أسباب الأخذ بالدليل أو طرحه ولا يلزم أن يناقش كل دليل على حده، بل له أن يكون عقيدته من الأدلة في مجموعها طالما أنها منتجة في إثبات اقتناعه.

أنظر في ذلك: نبيل إسماعيل عمر، سلطة القاضي التقديرية، منشأة المعارف، الإسكندرية، 1988، ص 48، حسن

التي يقدمها الخصوم، ومن تم تقديرها بالطرق التي حددها القانون وفقا لإجراءات محددة، وليس له أي دور إيجابي في جمع الأدلة أو التحري عنها ولا يستند إلي أي دليل تحراه بنفسه بعيدا عن الخصوم، فهو لا يستطيع إعانة الطرف الضعيف من إطراف النزاع لصالح احد الطرفين منحاذا إلي جانب حسن تطبيق القانون مع مراعاة الحكمة التي أرادها المشرع من النص الذي يقوم بتطبيقه¹.

وقضت المحكمة العليا في ذلك بجلستها المنعقدة في 2000.11.06م بقولها: ((أن لمحكمة الموضوع دون رقابة عليها من محكمة النقض سلطة وزن وتقدير الأدلة المطروحة في الدعوى والأخذ بما ترى الأخذ به وطرح ما عداه، وهي ليست ملزمة بالرد على ما يثيره الخصوم ما دام ما استندت إليه في قضائها مستمداً من أصل ثابت في الأوراق باستخلاص سائغ وسليم ومن شأنه أن يؤدي إلى النتيجة التي انتهت إليها في حكمها))².

وبصورة أكثر وضوحا قضت محكمة النقض المصرية في ذلك بقولها: ((لمحكمة الموضوع السلطة التامة في تحصيل فهم الواقع في الدعوى وفي تقدير القرائن المطروحة عليها، ومما يقدم إليها من أدلة ومستندات ولا تثريب عليها في الأخذ بما تكون قد اقتنعت به ما دام من طرق الإثبات القانونية، وحسبها أن تبين الحقيقة التي اقتنعت بها، وأن تقيم قضاءها على أسباب سائغة تكفي لحمله، وهي غير ملزمة بتتبع الخصوم في مختلف أقوالهم وحججهم والرد استقلالاً على كل قول أو حجة أثاروها ما دام في قيام الحقيقة

محمود محمد حسن، القاضي الإداري في خلق القاعدة القانونية، دراسة مقارنة، رسالة دكتوراه، جامعة أسيوط، كلية الحقوق، 2005، ص 315.

¹ فارس على عمر الجرجري، مبدأ حياد القاضي المدني، مرجع سابق، ص 14.

² طعن مدني رقم 42/245 ق، مجموعة أحكام المحكمة العليا، القضاء المدني، دار الكتب الوطنية، 2000، ص 428.

التي اقتنعت بها وأوردت دليلها الرد الضمني المسقط لتلك الأقوال والحجج))¹.

وإن كان هناك تطور ملحوظ في دور القاضي المدني بالبعد عن السلبية والاتجاه نحو دور أكثر ايجابية، إلا أنه مازال داخل الإطار العام للسلبية وإن اتسع فليس من شأنه التوفيق بين المصالح المتعارضة².

أما القاضي الإداري فهو يتخذ موقفًا أبعد ما يكون عن السلبية وتكمن إيجابيته في محاولاته المستمرة في إيجاد التوازن بين طرفي الخصومة التي تطرح أمامه، ونظرًا لوجود خصمٍ قويٍّ متمثلًا في السلطة العامة التي تمثلها الإدارة بما تتمتع به من امتيازات استثنائية ناتجة عن طبيعة نشاطها وهو ما يخلق للقاضي دورًا في توجيه الخصومة لتحقيق التوازن بين طرفيها دون الإخلال بتطبيق مبدأ المشروعية على الحقوق المتنازع عليها³.

هذا الدور الايجابي للقاضي الإداري أكدته المحكمة الإدارية العليا بقولها: ((إن عناصر الخلاف مرجعها إلى أن روابط القانون الخاص وإن تمثلت في خصومه بين أفراد عاديين تتصارع حقوقهم الذاتية، فإن روابط القانون العام إنما تتمثل على خلاف ذلك في نوع العينية أو الخصومة الموضوعية، مردها إلى قاعدة شرعية ومبدأ سيادة القانون، متجردة من لدد الخصومة الشخصية التي تهيمن على منازعات القانون الخاص، ونتيجة لذلك استقر الوضع على أن الدعوى القائمة على روابط القانون العام يملكها القاضي، فهو الذي يوجهها ويكلف الخصوم فيها بما يراه لازمًا لاستيفاء تحضيرها وتحقيقها وتهيتها للفصل فيها))⁴.

1 نقض مدني 9 . 3 . 1984 ، طعن رقم 1587 لسنة 50 ق ، أشار إليه حسن محمود محمد حسن ، دور القاضي الإداري في خلق القاعدة القانونية ، مرجع سابق ، ص 313.

² الكوني على اعبودة، قانون علم القضاء ، ج 2، المركز القومي للبحوث والدراسات العلمية، 1998، ص 72.

³ عبد الحفيظ الشخي، مبدأ المواجهة في الإجراءات الإدارية في قضاء مجلس الدولة الفرنسي والمصري، دار النهضة العربية، القاهرة، دت، ص 7.

⁴ حكم المحكمة الإدارية العليا في الطعن رقم 1063، السنة السابعة الصادر في جلسة 1963.11.23، مجموعة

نتيجة لهذه السمة التي تتميز بها الخصومة الإدارية، فإن تدخل القاضي الإداري لتوجيه الخصومة يجب أن يكون إيجابياً متجرداً وبعيداً عن كل أشكال التأثير الخارجي من إغواء، أو إرغام، أو ترغيب أو ترهيب تؤدي إلى تفضيل أحد الخصوم على غيره أو التحامل عليه بما يثير الشك في تجرده الشخصي عدواناً على حق التقاضي وضمائنه التي تندرج تحتها حق كل خصم في عرض دعواه، وطرح أدلتها والرد على ما يعارضها في ضوء فرص يتكافأ فيها أطرافها جميعاً¹.

لهذا فإن القاضي الإداري في ظل دوره الإيجابي يملك إصدار أوامر للإدارة بتقديم ما تحت يدها من مستندات أو ملفات يتوقف عليها الفصل في الخصومة، أو يحملها بعبء الإثبات، وإن كان القاضي الإداري عند نظره للمنازعة الإدارية يأخذ في اعتباره احتياجات المرافق العامة، وضرورة سيرها بانتظام واطراد في إطار مبدأ المشروعية، فإن البحث عن نقطة التوازن والتوفيق بين المصلحة العامة والخاصة هي التي دفعته إلى ابتكار نظرية الظروف الطارئة، ونظرية فعل الأمير، والتفرقة بين الخطأ الشخصي والخطأ المرفقي والمسؤولية على أساس المخاطر، إن الروح التي يواجه بها القاضي الإداري قضاياها تغاير روح القاضي المدني بالتالي تختلف الحلول التي يقدمها كل منهما لذات المسألة، إن الاختلاف في النظر إلى الأمور بين القاضي الإداري والقاضي المدني هو ميرر وجود الأول إلى جانب الثاني².

هذه الخصوصية في أسلوب عمل القاضي الإداري تؤدي إلى ضمان

السنة التاسعة، العدد الأول، ص 107 وما بعدها، أشار إليه حسن السيد بسيوني، دور القضاء في المنازعة الإدارية دراسة تطبيقية مقارنة للنظم القضائية في مصر وفرنسا والجزائر، مرجع سابق، ص 187.

¹ حكم المحكمة الدستورية العليا، القضية رقم 83 لسنة 20 أشار إليه رجب محمد طاجين، مبدأ تجرد القاضي الإداري، دراسة مقارنة، دار النهضة مقارنة العربية، القاهرة، 2010، ص 100.

² محمد ماهر أبو العينين، تطور فضاء الإلغاء و دور القاضي الإداري في حماية الحقوق و الحريات العامة وحقوق الإنسان، ج 3، د ن، د ت، ص 158.

حسن تطبيق القانون، وبالتالي تأكيد سلطاته وهو تأكيد يعطي الأمل للأفراد في حماية حقوقهم ضد أي مساس أو تهديد من السلطة.

أدى هذا التباين إلى اختلاف تكوينهما بالإضافة إلى تفرّد أدوات القاضي الإداري عن القاضي المدني التي تعينه في نظر المنازعات الإدارية، فإذا كان عمل القاضي المدني عادة هو تطبيق النص القانوني الذي وضعه المشرّع مسبقاً على الواقعة المعروضة أمامه، أو تفسيره إذا كان غامضاً، أو يحتمل أكثر من تفسير، وأمام ثبات التشريعات المدنية واستقرارها فإنه يكفي في مجال القضاء المدني أن يمتلك القاضي المدني ثقافة قانونية واسعة وعميقة، مع تحليه بالخلق الرفيع، والذهن المرتب والمنطق السليم¹.

أما القاضي الإداري فإنه يحتاج إلى تكوين أكثر تطلباً وخصوصية من القاضي المدني، فمرونة القانون الإداري وقابليته للتطور تفرض مرونة هذا القاضي المتمثلة في استجابته للظروف التي تحدث داخل دولته مع تطورها في المجال السياسي أو الاقتصادي أو الاجتماعي، لهذا فإن إلمامه العميق بعلم القانون لا يكفي، فيجب أن تكون له ثقافة واسعة في العديد من المعارف غير القانونية².

وهذا الإلمام بكل تلك الظروف لا يتعارض بشأن ضرورة ابتعاد القضاة عن السياسة، فالقاضي الإداري يجب ألا يكون له أي انحياز سياسي؛ لأن هذا الانحياز فضلاً عن إخلاله بنزاهة القاضي وهيبته؛ لأنه ينفي صلاحيته في أن يفصل بالنزاهة والحيدة والتجرد بين السلطة والأفراد لذلك كان ابتعاد القضاة عامة والقاضي الإداري خاصة عن السياسة من أهم مقومات حيديتهم وتجردهم ونزاهتهم

¹ فاروق عبد البر ، دور مجلس الدولة المصري في حماية الحقوق والحريات العامة، ج3، دار النهضة العربية، القاهرة، 1988ص 17.

² محمد ماهر أبو العينين، تطور قضاء الإلغاء ودور القاضي الإداري في حماية الحقوق والحريات العامة وحقوق الإنسان، ج ث، مرجع سابق ، ص 158 .

وحتى لا يكون للشؤون السياسية أي تأثير في قراراتهم وأحكامهم¹.
إلا أن هناك فرق بين ابتعاد القاضي عن السياسة للمحافظة على حيده
وبين أن يكون له دور سياسي من خلال الأثر الذي تحدثه أحكامه التي يصدرها؛
لأنها تمس سلطه الدولة وسياستها العامة بصورة مباشرة وتؤثر على الأوضاع
الاقتصادية والسياسية في الدولة².

فتزود القاضي الإداري بخلفية كافية من المعارف السياسية والاقتصادية
والاجتماعية عن وطنه، تجعل منه أكثر قدرة على فهم المجتمع بعلاقاته المتشابكة
والمتطورة مما يرفع من كفاءته في محاولة التوفيق بين المصالح المختلفة، لان
الرقابة على أعمال الإدارة تجعل من القاضي الإداري في موقف حرج مع السلطة
وخاصة عندما تبرر أخطاءها التي ترتكبها عند مخالفة الدستور أو القانون لذا فإن
القاضي الإداري لابد من أن تتوفر فيه الشجاعة والصلابة وأقصى درجات
النزاهة³.

● **من حيث القانون المطبق** فإن القاضي المدني محكوم في عمله بنصوص قانونية
وضعها المشرع سلفاً كالتشريعات المدنية والتجارية... إلخ، ودوره في الأساس دور
تطبيقي يبحث عن النص الذي يحكم الواقعة ويطبقه عليها وإذا كان غامضاً فإنه
يفسره على النحو الذي يراه مناسباً⁴.

وإن كان لا يمكن نفي دور القاضي المدني في تطوير القانون، حيث
ساهم بأحكامه ومبادئه بأكثر من نصف نصوص التقنين المدني والتي منها في

¹ محمود عصفور استقلال السلطة القضائية، مجلس القضاء، السنة الأولى، العدد الثالث، يوليو، 1968، أشار إليه
رجب محمود طاجين، مرجع سابق، ص 43 .

² عبد الناصر على عثمان حسين، استقلال القضاء الإداري، دراسة مقارنة دار النهضة العربية، القاهرة، 2008، ص
351 .

³ فاروق عبد البر، دور مجلس الدولة المصري في حماية الحقوق والحريات العامة، ج 1، مرجع سابق، ص 20.

⁴ مرجع سابق، ص 17.

نظرية العقد، كيف تتوافق الإرادتان، وكيف يتعاقد الغائبان، والنيابة القانونية والعقد الابتدائي والعربون والاستغلال وغيرها من المسائل التي أرساها القضاء المدني في صلب التشريعات التي تحكم العلاقات المدنية بين الأفراد¹.

ومن النظريات التي نقلها المشرع عن القضاء المدني نظرية الإثراء بلا سبب ونظرية التهديد المالي والخطأ المشترك والضرر المباشر والضرر الأدبي².

كما أستقر غالبية الفقه على الدور الخلاق للقاضي المدني في بناء القواعد القانونية، بحيث أقر إمكانية أن يكون القضاء مصدراً رسمياً من مصادر القانون³.

وقد نص المشرع في كل من مصر وليبيا علي حق القاضي المدني عند الفصل في المنازعة وعدم إيجاد نص تشريعي يمكن تطبيقه أن يستلهم الحل من مبادئ القانون الطبيعي وقواعد العدالة، حيث نصت الفقرة الثانية من المادة الأولى من القانون المدني الليبي على ((.. فإذا لم يوجد نص تشريعي يمكن تطبيقه، حكم القاضي بمقتضى مبادئ الشريعة الإسلامية، فإذا لم يوجد فبمقتضى العرف، فإذا لم يوجد فبمقتضى مبادئ القانون الطبيعي وقواعد العدالة))

ومن هذا المنطلق فإن القاضي المدني تبدأ أولى خطواته عند تحديد النص الواجب التطبيق، فإذا كان النص واضحاً أي لا يحتمل التأويل ولا اجتهاد

¹ عبد الرزاق السنهوري، الوسيط في شرح القانون المدني الجديد، م أ، ج أ، دار النهضة العربية، د ت، ص 81 وما بعدها.

² حسن محمود محمد حسن، دور القاضي الإداري في خلق القاعدة القانونية رسالة دكتوراه، جامعة أسيوط، كلية الحقوق، 2005، ص 69.

³ عبد المنعم عبد العظيم حيرة، القاضي المدني في صنع القواعد القانونية أو الدور الخلاق للقاضي "دراسة مقارنة" دراسات قانونية، م 5، س 5، منشورات جامعة بنغازي، 1975، ص 69.

القاضي يقوم القاضي المدني باستخلاص المعنى الذي أراده المشرع من ذات صيغة النص دون توقف على أمر خارج صيغته لأن الاستعانة بوسائل خارجية إنما يكون عند غموض النص¹، بمعنى آخر دور القاضي المدني عند وضوح النص يكون له تفسيره ضمن إطار صيغة النص وذلك في إطار المبادئ العامة التي نص عليها القانون المدني كمبدأ الخاص يقيد العام أو قاعدة الاستثناء لا يتوسع في تفسيره.... إلخ.

أما سلطة القاضي الإداري في حالة وضوح النص فإنه يملك تحت ستار التفسير أن يفسر القاعدة القانونية تفسيراً واسعاً أو تفسيراً ضيقاً حتى يتفق النص التشريعي مع المبادئ العامة²، بل قد يلجا إلى تطوير مضمون القاعدة القانونية وذلك تحت ستار تفسير إرادة المشرع الضمنية مستهدفاً استمرارية المبادئ العامة³، التي يعمل من خلالها القاضي الإداري، ومن هذا المنطلق فإن قوتها تبرز في حالة وجود نص تشريعي غامض، إلا أنه ومع وجود نص تشريعي واضح يستطيع القاضي الإداري أن يؤوله وفقاً لهيئته على عملية التفسير، وإن كانت القاعدة العامة أن القاضي الإداري شأنه شأن القاضي المدني ملزم بتطبيق القانون على

¹ يرجع غموض النص إلي عدة أسباب منها: الخلل في الصياغة، سواء كان هذا الخلل في صورة خطأ مادي أو خطأ معنوي، وقد يكون الغموض من الضرورات السياسية التشريعية لملاءمة المستجدات الحديثة، أو إضفاء صفة العموم، وقد يكون لعامل اللغة دوراً في غموض النص، ولرفع غموض النص يلجأ القاضي المدني للوسائل الخارجية مستهدياً ومسترشداً إما بالأعمال التحضيرية أو المصدر التاريخي للنص أو حكمة التشريع إي استلهم إرادة المشرع الضمنية، وكل ذلك يعد استدراكاً للنقص من أجل تحقيق العدالة، حسن محمود محمد حسن، دور القاضي الإداري في خلق القاعدة القانونية، مرجع سابق، ص 268 وما بعدها.

² استخلاص القضاء الإداري المقارن العديد من المبادئ العامة فالأمثلة لا حصر لها، ويكفي على سبيل المثال أن نذكر تلك المبادئ المتصلة بفكرة المساواة: المساواة أمام القانون، المساواة أمام الأعباء العامة، المساواة أمام المرافق العامة، والمساواة أمام الوظائف العامة، وهنالك المبادئ المتصلة بفكرة الحريات: حرية العقيدة، حرية الرأي، حرية التعليم، وأيضاً مبدأ احترام حقوق الدفاع، مبدأ عدم رجعية القرارات الإدارية، مبدأ احترام الحقوق الملكية.

³ محمد عبد الحليم شوقي الخطيب، الدور السياسي للقاضي الإداري في مصر، مرجع سابق، ص 32.

النزاع ولا يملك الخروج عنه بدعوى تعارضه مع المبادئ العامة للقانون، ولكنه تحت ستار التطبيق يخرج عنه لإحساسه بأن المبدأ المخالف مبدأ أساسي ولكن هذا الخروج يأتي تحت ستار تفسير النص¹.

ومن ذلك عندما يتعذر نسبة أي خطأ إلى جهة الإدارة فإنه يلجا حتى يحكم بالتعويض إلى أن يؤسس قضاءه على مبدأ المساواة أمام الأعباء العامة أو يقضي بالتعويض على أساس المخاطر².

كما أن القاضي الإداري إذا وجد القاعدة المطبقة تخالف مبدأ أساسياً فإنه يلجأ إلى تفسير النص تفسراً ضيقاً للغاية لدرجة قد تصل إلى تعطيله، وفي ذلك نشير إلى حكم المحكمة الإدارية العليا المصرية عندما قضت ((أن حكم محكمة القضاء الإداري فيه أصاب صحيح حكم القانون، حين قضى بوقف تنفيذاً القرار المطعون فيه، فيما تضمنه من عدم قبول إحدى الطالبات بكلية الطب أو طب الأسنان أو الصيدلة، بعد أن تبين عدم مشروعية هذا القرار لاستناده إلى قرارات وقوانين أوجدت نوعاً من التمييز بين الشباب في الحصول على فرصة التعليم العالي، الأمر الذي ينطوي على إخلال مبدأ المساواة وإهدار لمبدأ تكافؤ الفرص بين هؤلاء الشباب على نحو يتعارض مع أحكام المادتين (8 و 40 من الدستور) ذلك أنه لكي يكون القرار الإداري مشروعاً يتعين أن يكون الأساس التشريعي الذي صدر استناداً إليه قانوناً كان أم لائحة مشروعاً هو الآخر حيث

¹ محمد ماهر أبو العبدین، ضوابط مشروعية القرارات الإدارية وفقاً للمنهج القضائي، دراسة تحليلية وفقهية لأحكام وفتاوى مجلس الدولة، الكتاب الأول، القاضي الإداري ومحاور ضبط مشروعية القرارات الإدارية، المركز القومي للإصدارات القانونية، القاهرة، 2013، ص 15.

² حسن محمود محمد حسن، دور القاضي الإداري في خلف القاعدة القانونية، مرجع سابق، ص 62

أن المشروعية لا تتجزأ))¹.

وهكذا حاول القاضي الإداري أمام النصوص التشريعية ألا يكون مجرد خادم لها لا يتحرك ضمن إسار قيودها، بل إن متطلبات الضمانات القانونية للمحكومين تقتضي موقفاً حرّاً نوعاً ما تجاه مثل هذه النصوص².

وقد ساعد في تعزيز موقف القاضي الإداري في هذا الاتجاه طبيعة القانون الإداري الذي في أقله مدون وغالبيته غير مقنن؛ نظراً لسمة المرونة التي تعتبر أحد خصائص القانون الإداري، فالمرونة والتطور ترفض جمود التقنين ويبدو أنه يكاد يكون مستحيلاً في أي بلد وضع تقنين إداري شامل على الأقل في الوقت الحاضر³.

حتى وإن كانت التشريعات قد زحفت في مجال التنظيم الإداري بصورة مستمرة لمحاولة من المشرّع لسد الفراغ إلا أن القانون الإداري لم يصل بعد إلى ما وصلت إليه القوانين الأخرى في تغطية كامل المجال، لهذا لم يعد من الممكن القول: بأن القانون الإداري غير مقنن، ومن ثمّ لم تعد له خاصيته القضائية كاملة؛ لان المساحة التي لم يغطها التشريع مازال يحتفظ فيها القاضي الإداري بإمكانية المبادرة في إنشاء وابتداع حلول مناسبة للروابط القانونية التي تنشأ بين الإدارة والأفراد وهذه الإمكانية تساعد بلا شك على مسايرة قواعد القانون الإداري للتطور السريع⁴.

1 طعن رقم (2678) لسنة 30 ، أشار إليه فاروق عبد الله ، دور مجلس الدولة المصري في حماية الحقوق والحريات العامة، ج 3، م1، مرجع سابق ، ص 135.

2 محمد ماهر أبو العينين، ضوابط مشروعية القرارات الإدارية وفقاً للمنهج القضائي، دراسة تحليلية وفقهية لأحكام وفتاوي مجلس الدولة، الكتاب الأول، القاضي الإداري ومحاور ضبط مشروعية القرارات الإدارية، مرجع سابق، ص15.

³ محمد رفعت عبد الوهاب، حسين عثمان، مبادئ القانون الإداري، دار المطبوعات الجامعية، الإسكندرية، 2001، ص 64.

⁴ محمد فؤاد عبد الباسط، القانون الإداري، دار الجامعة الجديدة للنشر، الإسكندرية، 2005، ص8.

لذا يلعب القاضي الإداري دورًا متميزًا عن نظيره القاضي المدني، سواء في تطبيق قواعد القانون المشرعة أو تفسيرها، وكذلك معالجة القصور في التشريعات، فهو يقوم بدوره القضائي في الحالة الأولى، ويمارس الدور القانوني في الحالة الثانية¹؛ لأن عند وجود نص تشريعي يقوم القاضي بتحليل النزاع من الناحية الواقعية والقانونية، ثم يقوم بسلطته التقديرية بتفسير النصوص القانونية وإزالة ما بها من غموض أو تعارض، إذ يستطيع القاضي الإداري عدم تطبيقها على ذات الوقائع المادية التي طبقها من قبل إذا تغيرت الظروف، بل يمكن إيجاد حلول جديدة لها دون أن يتقيد بالنصوص مبررًا ذلك بأنها لا تعالج المسألة محل النزاع إذا رفعت في ظل ظروف جديدة².

مع ذلك فإن الدور الحقيقي والخالق هو عندما لا يجد القاضي الإداري قاعدة إدارية أو مبدأ من مبادئ القانون الإداري، لذا يبحث عن قاعدة قانونية تتناسب مع طبيعة القانون الإداري، وظروف المنازعات الإدارية دون حاجة إلى الاستناد أو الإشارة إلى نصوص تشريعية، فهو قد يستعين بقواعد القانون الخاص بعد تطويعها أو اقتباس مبادئ قانونية عامة من القانون الخاص.

في ذلك تقول المحكمة العليا في الطعن الإداري رقم 12/22: ((القضاء الإداري يتميز عن القضاء المدني في أنه ليس مجرد قضاء تطبيقي، مهمته تطبيق نصوص مقننة مقدمًا، بل هو في الأغلب قضاء إنشائي يبدع الحلول المناسبة التي تتفق وطبيعة روابط القانون العام، واحتياجات المرافق العامة ومقتضيات حسن سيرها، وضرورة استدامتها، والتي تختلف عن روابط القانون الخاص التي وُضِعَتْ أساسًا لتحكم العلاقة بين الأفراد، ولا تطبق وجوبًا على روابط القانون العام إلا إذا وُجِدَ نص يقضي بذلك، فإن لم يوجد فلا يلتزم القضاء

¹ محمد رفعت عبد الوهاب، د. حسين عثمان محمد، مبادئ القانون الإداري، مرجع سابق، ص 64.

² سامي جمال الدين، أصول القانون الإداري، منشأة المعارف، الإسكندرية، 2004، ص 58.

الإداري بتطبيق قواعد القانون الخاص حتمًا وكما هي، وإنما له حريته واستقلاله في ابتداع الحلول المناسبة للروابط القانونية التي تنشأ في مجال القانون العام بين الإدارة في قيامها على المرافق العامة وبين الأفراد، فله أن يطبق من قواعد القانون الخاص ما يتلاءم معها وله أن يطرحها إذا كانت غير متلائمة معها وله أن يطورها بما تحقق هذا التلاؤم¹)).

وإذا كان دور القاضي الإداري في حالة غموض أو نقص التشريع يدخل في وظيفته القضائية ويمثل دور القاضي المدني مع الفارق الكبير بين اجتهاد القاضي الإداري في هذه الحالة عن اجتهاد القاضي المدني في تفسير وتطبيق القانون حتى ذهب بعض الفقهاء إلى أن القاضي يكون له تفسير منشئ للتشريع في حال غموض أو قصور النص التشريعي².

وأكدت المحكمة الإدارية العليا ذلك بقولها: ((إن القانون الإداري يفترق عن القوانين الأخرى في أنه غير مقنن، وأنه ما زال في مقتبل نشأته يكتنفه فراغ واسع من النصوص وفيه أوضاع حائرة تبحث لها عن سند تارة في مجال المرافعات، وأخرى في مجال الإجراءات الجنائية في مادة التأديب مثلاً ، وتارة آخر في مجال التعديل، مما يجعل طرق هذا القانون لا تزال وعرة عسيرة المسالك، ومن هنا صح القول بأن القضاء الإداري ليس مجرد قضاء تطبيق وإنما هو في الأعم الأغلب قضاء تكويني إنشائي خلاق يبتدع الحلول المناسبة للروابط القانونية التي تنشأ بين جهات الإدارية في تسييرها المرافق العامة من جهة وبين الأفراد من جهة أخرى وابتكر المخارج لها لما يعترض سبيله من

¹ مجلة المحكمة العليا ،السنة الثانية عشر ،العدد الرابع، ص 50.

² محمد ماهر أبو العينين، ضوابط مشروعية القرارات الإدارية وفقاً للمنهج القضائي، دراسة تحليلية وفقهية لأحكام وفتاوى مجلس الدولة، الكتاب الأول، القاضي الإداري ومحاور ضبط مشروعية القرارات الإدارية، مرجع سابق،

مأزق أو مزلق تحقيقاً لمهمة الموازنة بين الصالح العام والمصلحة الأفراد¹)).

مع ذلك فإن هذا التقارب والتداخل بين القانون الإداري والقانون المدني لا يحد من حرية القاضي الإداري في تطبيق القانون الإداري بصورة مستقلة أو في مواصلة دوره الإنشائي بابتداع أحكام ومبادئ تتوافق مع طبيعة القانون الإداري فهو عند عدم وجود نص قانوني تكون له كامل الحرية في استنباط الأحكام المناسبة لكي يطبقها على ما يطرح عليه من منازعات إدارية خلافاً عن فروع القانون الأخرى كالقانون المدني والتجاري والجنائي حيث توجد نصوص تشريعية محددة وشاملة ويكاد ينعدم الدور الإنشائي للقاضي العادي الذي ينحصر دوره عموماً في تطبيق هذا التقنين أو تفسيره فقط.

ونختم هذه المقارنة لإبراز خصوصية القاضي الإداري بالعبرة التي أوردها فقيه القانون الإداري الفرنسي فيدل موضعاً:

((لو أننا ألغينا بجرة قلم التقنين المدني، فإنه لن يوجد قانون مدني؛ لان الحلول القضائية تفقد الأساس الذي استند عليه، ولكن إذا ألغينا التشريعات الإدارية بجرة قلم باستثناء القاعدة التي تؤسس وجود القضاء الإداري فإن النظريات الجوهرية للقانون الإداري ستبقى برغم إلغاء التشريعات؛ وذلك لان القضاء الإداري قد استخلص القواعد الأساسية للقانون الإداري دون الاستناد إلى النصوص²)).

¹ حكم المحكمة الإدارية العليا في (1456، 1965، 1.23.1)، س 8، مجموعة أبو شادي، مبدأ 1223 م، س 1291، أشار إليها ماهر أبو العينين، ضوابط مشروعية القرارات الإدارية وفقاً للمنهج القضائي، دراسة تحليلية وفقهية لأحكام وفتاوي مجلس الدولة، الكتاب الأول، القاضي الإداري ومحاور ضبط مشروعية القرارات الإدارية، مرجع سابق، ص 15.

² محمد رفعت عبد الوهاب، حسن عثمان محمد، مبادئ القانون الإداري، مرجع سابق، ص 68.

المطلب الثاني

أهمية استقلال القضاء الإداري

إن أهمية الاعتراف باستقلال القضاء الإداري القائم على أساس مبدأ التخصص، تستوجب تدخل المشرع الليبي لإصدار إصلاح تشريعي يُعلِن فيه استقلال القضاء الإداري عن القضاء العادي ليشكل كل نظام لوحده هرمًا ذاتيًا متميزًا عن الآخر، وخاصة بعد زوال كل المعوقات والعوامل التي كانت سببا في الأخذ بنظام وحدة القضاء، ولإبراز هذه الأهمية نبين الآثار المترتبة على عدم الأخذ بمبدأ استقلال القضاء الإداري ثم نتأج الأخذ به وأخيرًا المؤتمرات التي نادى بهذا المبدأ.

فالقصور الذي شاب التنظيم الحالي للقضاء الإداري في ليبيا و تأثيره على تكوين القاضي الإداري الليبي الذي ظل قاصرا عن أداء مهمته نتيجة نقص الكادر القضائي المتخصص في مجال القضاء الإداري، لهذا فإن استقلال القضاء الإداري يُعدُّ عاملا مهما لتحقيق التوازن في العلاقات القانونية غير المتكافئة، لأن نظامًا وسطًا في تركيبته بين القضاء الموحد في شكله، والمختلط في اختصاصه، يقع تحت مظلة القضاء العادي، مما يعني من جانب آخر عدم استقلال رأيه عن القضاء المدني.

وهذا ما نلمسه فيما حدث من اختلاف في تأصيل الدعاوى التي عُرضت على القضاء الإداري الليبي بين ما يقتضيه الواقع وما تمليه المبادئ القانونية، والذي ترتب عليه تعارض في الأحكام الإدارية، وكل ذلك لم يكن له ما يبرره إلا عدم تفعيل مبدأ تخصص القاضي الإداري حتى يتمكن من وضع تقدير صحيح للتصرفات الإدارية ويعطيها التكييف الملائم ومن ثم الحكم المناسب¹.

¹ ينظر تفصيل ذلك في: عبد الحميد جبريل، نحو قضاء إداري مستقل، منتدى ليبيا للتنمية البشرية والسياسية،

مع ما يحمله هذا التنظيم من قصور، وبالإضافة إلى أنه طُبِقَ لفترة زمنية طويلة زادت عن أربعين سنة ظلت دوائر القضاء الإداري متمسكة بالمبادئ التقليدية التي تركها القضاء المقارن¹.

وعيب عليه البطء الشديد في الفصل في المنازعات الإدارية، وخير دليل على ذلك الدعاوى المرفوعة أمام دوائر القضاء الإداري بالمحكمة العليا التي لا يتم الفصل فيها إلا بعد مرور أكثر من ثلاث سنوات من تاريخ إيداع الطعن أمامها، مع زيادة السنوات التي أخذتها أمام محكمة أول درجة. رغم أن المحكمة العليا لا تنظر إلا في المسائل القانونية فهي لا تراقب الوقائع، ولا تحيل إلى الخبرة، أو تستدعي الشهود للاستماع إليهم، ومع ذلك يطول الفصل فيها لأسباب لا مبرر لها.

إلا إنه يجب أن نكون منصفين في تقديرنا لهذا التنظيم بأن لا ننكر الظروف التي كانت تحيط بدوائر القضاء الإداري الليبي وعملت في ظلها، لا بد أن يكون له الأثر السلبي على قدرة القاضي الإداري للتصدي للقضايا المتعلقة بالحقوق والحريات العامة، فالظروف السياسية والاقتصادية والاجتماعية السائدة في تلك الفترة وإن كانت خارجة عن إرادة القاضي الإداري ومستقلة عنه، إلا أنها لا بد أن تؤثر في أحكامه التي يصدرها، نتيجة انعكاسها على التكوين القانوني والثقافي لعقل وضمير القاضي الإداري، ومدى تأصيل روح الإقدام والحرية، فما بالك إذا نقصه العامل الذاتي وهو تخصص القاضي الإداري في مجال القانون العام.

http://www.siluioum.com، الخميس، 2014.3.6، الساعة 4 مساءً .

ناصر المهدي حمزة، الموظف الفعلي الأساسي القانوني للاختصاص القضائي باستحقاقاته في قضاء المحكمة العليا، مجلة إدارة القضايا، العدد الثامن، السنة التاسعة، 2010، ص 83 و ما بعدها.

¹ خليفة سالم الجهمي، تراجع بعض المبادئ التقليدية في القضاء الإداري الفرنسي، مجلة إدارة القضايا، العدد الثامن، السنة التاسعة، 2010، ص 9 وما بعدها .

بمعنى آخر أن الرقابة على أعمال الإدارة لها ارتباط وثيق بالنظام السياسي والاقتصادي والاجتماعي والثقافي القائم في المجتمع، إلا إن ذلك أيضا ينعكس بطريقة شبه تلقائية علي موقف القضاء الإداري من المنازعات الإدارية المتعلقة بالحقوق والحريات العامة، فإذا كان النظام السائد في المجتمع يؤمن بالحقوق والحريات العامة، فسوف نلمس في الأحكام تدعيما لهذه الحقوق وتلك الحريات، وإذا كان العكس وكان النظام السياسي نظاما فرديا فستكون الأحكام القضائية أكثر تضييقاً علي هذه الحقوق وتلك الحريات، وذلك لأن القضاء الإداري ليس بمعزل عن الواقع السياسي والاقتصادي والاجتماعي، بل أنه في علاقة جدلية معه يتأثر به ويؤثر فيه لهذا فإنه في ظل الوجود النسبي للظروف الموضوعية المتمثلة أساساً في الحرية والديمقراطية يظهر الدور المتميز للقاضي الإداري إذا ما أحسن تكوينه؛ لأن ذلك يمكن أن يُسفر عنه نتائج باهرة في مجال حماية حقوق المواطن وحياته¹.

ولما كانت الظروف السياسية والاقتصادية والاجتماعية في ليبيا تتطور ولو ببطء لصالح التمكين للحقوق والحريات العامة، وأمام صعوبة التغيير السريع يمكن السعي نحو تحقيق الظرف الذاتي في مدة أقصر، والمتمثلة في الأخذ بمبدأ التخصص؛ لما لذلك من تأثير إيجابي في تكوين مهني ممتاز للقاضي الإداري. كما يجب ألا نخدع أنفسنا بالاكتماء بتوفر العوامل الجيدة في ظل هذا التغيير لقيام قضاء إداري عظيم، فتحقيق الديمقراطية مع تحسن المستوى الاقتصادي والاجتماعي للمواطنين يستلزم أيضاً أن يكون تكوين القاضي الإداري الثقافي والقانوني في ذات المستوى؛ لأن وجود الحرية مع عدم تأصلها في ضميره سترتب عليه غياب روح الإقدام والحرية والدفاع عن سيادة القانون في قلبه، فإذا خمدت

¹ محمد ماهر أبو العينين، تطور قضاء الإلغاء ودور القاضي الإداري في حماية الحقوق والحريات العامة و حقوق الإنسان، ج ث، د ن، د ت، ص 156.

هذه الروح فلن يقدم لنا القضاء الذي نريده ونبغيه.

من هنا تأتي أهمية أن تُبَدَل الجهود لتكوين قاضي إداريٍّ متخصص، يقع على عاتقه أن يطور من تكوينه القانوني والثقافي، وأن يُسكن الحرية في ضميره وعقله وقلبه؛ حتى يرقى إلى مستوى آمال الأفراد ليكون عاملاً دافعاً لتأكيد حقوقهم وحماية حرياتهم.

والنتائج التي يمكن أن نجنحها من وراء تكريس مبدأ استقلال القضاء الإداري تتمثل في تمكين القاضي الإداري من الإلمام بنصوص القانون الإداري التي تحكم كافة نشاطات الدولة بكل أنواعها المختلفة، وكذلك القدرة على تتبع كل التطورات السريعة لهذا القانون نظراً لصفة المرونة التي يتمتع بها، بالإضافة إلى مواكبة الدراسات الفقهية في مجال القانون الإداري مما يساعد على صقل ملكته القانونية، وبالتالي رفع مستوى تأهيله في أداء وظيفته¹.

ويسهل عليه متابعة الاجتهادات القضائية المتعلقة بمجال تخصصه؛ ليكشف عن موقف الجهة القضائية المنوط بها صلاحية الاجتهاد بشأن تفسير نص معين يكون ملزم للمحاكم الإدارية الأدنى منها، وكذلك إتاحة الفرصة أمامه للإلمام بكل المبادئ القضائية الخاصة بالقضاء الإداري مما يدعم قدرته على الفصل الدقيق في الدعاوى التي تطرح عليه مستأنساً بأحكام القضاء الإداري الليبي والمقارن، مع دعمه من أجل تقديم مروديه أفضل نظراً لزيادة الوعي القانوني لدى المواطن، مع انكسار الخوف من السلطة والاتجاه نحو دولة القانون، أدى ذلك إلى تزايد عدد المنازعات الإدارية والتي تتم فيها مخاصمة الإدارة، بحيث أضحى مبدأ استقلال القضاء الإداري ضرورة ملحة؛ لأن القاضي الإداري المتخصص هو القادر على إصدار أحكام على درجة عالية من الكفاءة والحرفية في وقت سريع تعود نتائجها الايجابية على المتقاضين وعلى العدالة ذاتها.

¹ سحر عبد الستار أمام يوسف، نحو نظام تخصص القضاء، دار النهضة العربية، القاهرة، 2005، ص 92.

ولهذا كانت هناك عدة ضمانات لدعم استقلال القضاء الإداري منها:

- الاختيار الجيد لأعضاء القضاء الإداري حيث يتطلب استقلال القضاء الإداري العناية الفائقة والدقيقة في اختيار أعضاء القضاء الإداري عن طريق وضع ضوابط قانونية تضمن الاختيار الأفضل لمن يتولى هذه المهام بالقوة والشخصية المتكاملة، والحرص على عدم تمكين السلطة التنفيذية بقدر الإمكان من أن يكون لها دور في اختيار أعضاء القضاء الإداري وفي ترقياتهم ونقلهم وندبهم كذلك مرتباتهم التي يجب أن تكون على درجة عالية من الوفرة بحيث تحقق لهم الحياة الكريمة وذلك لخصوصية دور القاضي الإداري والمتمثل في الرقابة على أعمال الإدارة ورد تجاوزتها¹.
- تطوير التكوين المهني والفني للقاضي الإداري، وذلك بالاختيار الجيد لأعضاء القضاء الإداري لا يكفي إذا لم يدعم بالنهوض بتكوين المهني للقاضي الإداري نظر لما تتطلبه المنازعة الإدارية من قاضي ذو تكوين قانوني قائم على التخصص في مجال القانون العام ويقع عليه عبء الموازنة بين مبدأ المشروعية ومتطلبات المرفق العام، وكل ذلك يحتاج منه الإلمام بكافة التشريعات الخاصة التي تنظم النشاط الإداري للمرفق العام سواء الاقتصادي، أو الصناعي، أو التجاري ناهيك عن العوامل المؤثرة في أعمال الإدارة وهذه العوامل يمكن أن تكون سياسية أو اقتصادية أو اجتماعية وقد تكون في ظل ظروف عادية أو استثنائية، مما يفرض ضرورة التطوير المستمر للرفع من المستوى المهني الجيد للقاضي الإداري بصقل تكوينيه القانوني عن طريق إقامة الورش والندوات والمؤتمرات العلمية والدورات الإلزامية التي تساعد على الرفع من الخبرة العملية والعملية لأعضاء القضاء الإداري.

¹ عبد الناصر على عثمان حسين، استقلال القضاء الإداري، مرجع سابق، ص 159 وما بعدها.

كما إن إتاحة وسائل المعلومات التقليدية والحديثة عن طريق دعم مكاتب المحاكم، واستخدام الآلية (الكمبيوتر) بحيث يتم إنشاء شبكة معلومات الكترونية للقضاء الإداري تكون مسؤولة على تجميع الأحكام وتبويبها وإصدار مجلة خاصة بالقضاء الإداري، وكل ذلك يساعد على التكوين المستمر للقاضي الإداري طيلة فترة عمله¹.

• عدم قابلية القاضي الإداري للعزل يقصد به: عدم جواز إبعاد القاضي عن منصبه القضائي سواء بطريق الفصل أو الوقف عن العمل أو النقل إلى أي وظيفة أخرى إلا في حدود استثنائية بالضوابط والضمانات التي يضعها الدستور، أو تقررها الوثائق المعترف لها بقيمة دستورية أو حتى يقررها العرف الدستوري².

ويعتبر مبدأ عدم قابلية القاضي الإداري للعزل هو حجر الزاوية الأساسي لدعم استقلال القضاء الإداري، لأنه لا يمكن الحديث عن استقلال القضاء والقاضي الإداري غير محصن من العزل لبقائه تحت رحمة من يملك عزله وما لذلك من الأثر السلبي على أحكامه التي ستكون ممزوجة بالخوف بعيدة عن تحقيق العدالة.

لهذا فإن تحصن القاضي من العزل يعد ضماناً هامة في مواجهة سلطات الدولة والأفراد، ناهيك عن أثرها في بث الطمأنينة في نفس القاضي ويجعله أمناً على مصيره مركزاً على المنازعات التي تطرح أمامه ليفصل فيها وفقاً للقانون دون الخوف من بطش العزل³.

¹ عثمان حسين، التأهيل القضائي دعامة لاستقلال القضاء، المجلة الجنائية القومية، المجلد الثامن والثلاثون، العدد 3.2.1، 1995، ص 383 وما بعدها.

² سعد عصفور، النظام الدستوري المصري، منشأة المعارف، الإسكندرية، 1980، ص 268، أشار إليه عبد الناصر على عثمان حسين، المرجع السابق، ص 298.

³ عثمان حسين، التأهيل القضائي دعامة لاستقلال القضاء، المجلة الجنائية القومية، المجلد الثامن والثلاثون، العدد

ونظراً لأهمية استقلال القضاء الإداري عُقدت العديد من الندوات والمؤتمرات الدولية والإقليمية لتأكيد مبدأ التخصص القضائي فقد أفرّد الاتحاد الدولي للقضاة عدد من المؤتمرات منها مؤتمر روما من (1- 13 . 10 . 1958م) ومؤتمر نيس من (4 - 6 . 10 . 1972م) ومؤتمر ريو دجا نير ومن (28 - 02 . 12 . 1978 م)¹.

أما فيما يتعلق باستقلال القضاء الإداري على وجه الخصوص فنشير إلى الندوة التي أقيمت في مدينة الجديدة بالمغرب بتاريخ (31 . 3 . 2012م) بعنوان: (دور القاضي الإداري في حماية الحقوق والحريات العامة)

3.2.1، 1995، ص 383 وما بعدها.

¹ عمار بوضياف، استقلال القضاء الإداري في الجزائر: المبدأ والضمانات، مجلة الفقه والقانون،-www.majalah.droit.ici.st، السبت، 2.2.2013، س 8:30 صباحاً.

الخاتمة

لمّا كانت الوظيفة الأساسية للقاضي الإداري، هي رقابة أعمال السلطة التنفيذية وحملها على الالتزام بأحكام القانون، وذلك باحترام مبدأ المشروعية، إلا أنّ الطبيعة الخاصة للقانون الإداري باعتباره نتاج تراكم مستمر لمجموعة من العناصر التي ظهرت عبر مختلف اللحظات التي ميّزت تدخل الدولة بهدف تنظيم الحياة داخل الجماعة، ونظرًا لحداثة القانون الإداري بالمقارنة مع القوانين الأخرى، كالقانون المدني، والتجاري التي تمتد جذورها التاريخية إلى حقبة زمنية قديمة جدًا، وصعوبة تقنيته بالكامل على الأقل في الوقت الحاضر، مع سرعة تطوره نظرًا لارتباطه بالحياة الإدارية التي تتسم بالتغيير السريع وفقًا للمتطلبات التطور الاقتصادي، والاجتماعي، والسياسي، مع كون القانون الإداري هو من صنع القضاء، فكان لا بد من هذا الأخير أن ينهض بهذه المهمة من خلال وضع أسسه ونظرياته والعمل على تطويرها، وهذا ما يفتح الباب على مصراعيه أمام القاضي الإداري الليبي لكي يتدخل بشدة لإيجاد الحلول للقضايا التي تعرض عليه، ومن هنا قامت هذه الدراسة علي تناول القضاء الإداري الليبي من حيث تنظيمه، وانعكاس ذلك علي قدرته علي تكوين قاضي إداري قادر على النظر في المنازعات الإدارية، بما يفترض به أن يكون متمتعًا بمستوى رفيع في فهم القانون والمجتمع معًا، من خلال امتلاكه لثقافة واسعة وصفات المرونة وحسن التقدير والشجاعة والصلابة وأقصى درجات النزاهة، لأن كل هذه المزايا ترفع كفاءته في الحفاظ على التوازن بين أطراف المنازعة التي يحكمها القانون الإداري.

هَدَفَتْ دراسة تنظيم القضاء الإداري الليبي بين الواقع والرؤيا إلى إبراز أهمية استقلال القضاء الإداري الليبي بالتركيز على خصوصية القاضي الإداري، وبيان النتائج المترتبة على تكريس مبدأ استقلال القضاء الإداري وانعكاسها إيجابياً على تكوين القاضي الإداري

ورغم الخطوة العملية الوحيدة التي قام بها المشرّع الليبي بإصداره للقانون رقم 88 لسنة 1971م بشأن القضاء الإداري لتنظيم الرقابة على أعمال الإدارة، إلا أنه لم يحمل في طياته أي إصلاح تشريعي عدا تقريب القضاء الإداري مكانياً للأفراد، فهو لم يُدخل أي ضمانات فعّالة، لا من حيث إجراءات رفع الدعوى الإدارية، ولا من حيث إيجاد درجة قضائية جديدة تكفل للأفراد حماية أكبر، ومحاكمة أكثر عدالة، والإشكالية الكبرى تمثلت في عدم قدرة هذا التنظيم في خلق كوادِر من القضاة الإداريين المتخصصين للدفع بالقضاء الإداري الليبي للأمام. ولهذا فأننا نوصي بالآتي:

1. ضرورة حثّ المشرّع الدستوري على تكريس مبدأ استقلال القضاء الإداري في الدستور، مع إصدار التشريعات اللازمة لتنظيم القضاء الإداري وفقاً للنظام ازدواج القضاء والقانون، والعمل على تطويره بما يرفع كفاءته.
2. تحقيق مبدأ تعدد درجات التقاضي في كافة المنازعات التي تدخل ضمن اختصاص القضاء الإداري، نظراً للاعتبارات التي يستند عليها هذا المبدأ في تحقيق العدالة وإتاحة الفرصة كاملة للخصوم؛ للدفاع عن حقهم واستكمال دفعوهم، وتدارك ما فاتهم من أوجه الدفاع.
3. العمل باستمرار على الرفع من الكفاءة المهنية، والفنية للقاضي الإداري، حتى يتمكن من المحافظة على استقلاله وضرورة إبعاد السلطة التنفيذية عن التدخل في الخدمات الصحية والاجتماعية لأعضاء القضاء الإداري، وكل ذلك يتم في إطار ميزانية مستقلة تسمح بحياة كريمة للأعضاء.
4. من منطلق التزام القاضي الإداري بضرورة إيجاد حل للمنازعة الإدارية، وأن مرحلة بناء الحكم الإداري تبدأ من التحضير، وتحديد الوقائع والتكييف القانوني لها، ثم التسبيب، وأخيراً النطق بالحكم والذي يكون نتاجاً لقناعة القاضي الشخصية بمقتضيات القضية من الواقع والقانون، الأمر الذي يستوجب الأخذ بمبدأ تخصص

القاضي؛ لإعطائه فرصة للتمرس، ومعرفة دقائق الأمور التي تتصل بكل منازعة على حدا، فليست كل القضايا مُتماثلة في وقائعها ، كما أنه ليس في وسع القاضي أن يقف على مجموعة الحقائق التي تتعلق بها في وقت قصير، أو بجهد محدّد إذا بقي ينتقل للعمل في دوائر مختلفة التخصص في الجهاز القضائي .

5. الإسراع في إصدار قانون خاص بالمرافعات الإدارية، إلّا أننا نعتقد أن هناك ضوابط معينة يجب أن يأخذها المشرّع عند صياغة هذا القانون، وهي الأخذ في الاعتبار المرافعات المدنية والتجارية، وعدم إهمال القواعد الإجرائية التي ابتدعها القاضي الإداري، وترك مساحة من تقدير القاضي الإداري؛ ليستطيع بمقتضاها أن يدير الخصومة بما يوازن به بين الحريات العامة ومتطلبات العمل الإداري.

والله ولي التوفيق

إدارة القضاة

نطاق الرقابة القضائية السابقة

على صدور حكم التحكيم

د. عثمان سعيد المحيشي
المحامي العام بنيابة النقض

مقدمة

إن الذي يبدو ظاهراً للمتتبع لتشريعات التحكيم الوطنية والدولية ، أنه بالرغم من المزايا التي يتمتع بها التحكيم ، إلا أنه لا يمكنه الاعتماد على نفسه ، فهو كما هو معروف ، يستمد سلطته من (اتفاق التحكيم) الذي يتكون بتوافق إرادة الأطراف (مبدأ سلطان الإرادة) وبالتالي فهو لا غنى له عن القضاء الذي يمهده بالمساندة والمساعدة ، لكي يتمكن من أداء مهمته أثناء نظر الدعوى التحكيمية التي تنتهي بالحكم .

ثم بعد صدور الحكم يجد نفسه عاجزاً على التنفيذ إلا بدعم من القضاء أيضاً ، وذلك بالتصديق علي هذا الحكم لكي يجد سبيله في التنفيذ . وهكذا يمارس القضاء رقابته على التحكيم قبل صدور الحكم وبعده إلى أن تتم عملية التنفيذ .

بما يعني أن الرقابة القضائية على التحكيم تكون في مرحلتين : الرقابة القضائية قبل صدور حكم التحكيم ، والرقابة القضائية اللاحقة له .

وتشمل دراسة الرقابة السابقة على صدور حكم التحكيم جانبين الأول منهما : يتعلق بنطاق هذه الرقابة ، والثاني : ينصب على صحة تشكيل هيئة التحكيم .

ونقتصر في هذا البحث على دراسة الجانب الأول من هذه الرقابة ، مع ارجاء دراسة الجانب الآخر من تلك الرقابة إلى بحث لاحق بإذن الله تعالى وتتمثل نطاق الرقابة السابقة على صدور حكم التحكيم في صورتين الأولى تتعلق بالرقابة على

اتفاق التحكيم في ذاته ، والثانية في إجراءات سير الدعوى أمام هيئة التحكيم ، وهو ما سنتناول بحثه في فرعين على النحو الآتي :

الفرع الأول : رقابة القضاء على اتفاق التحكيم .

الفرع الثاني : رقابة القضاء أثناء سير الدعوى التحكيمية

الفرع الأول

رقابة القضاء على اتفاق التحكيم

ترجع أهمية الرقابة القضائية على: (اتفاق التحكيم) لما يترتب عليه من مصير موضوع التحكيم، فقد تنتهي إلى نتيجة مؤداها بطلان اتفاق التحكيم لمخالفته النظام العام، الأمر الذي دفع بالمشرع في أغلب التشريعات الوطنية إلى معالجة ذلك بتدخل القضاء بالرقابة على هذا الاتفاق من حيث وجوده ومن حيث صحته⁽¹⁾.

وتناول المشرع الليبي في قانون المرافعات المدنية رقابة القضاء على وجود اتفاق التحكيم و صحته صراحة، فقد تناولت المادة 740 الأحوال التي لا يجوز فيها التحكيم، كما اشترطت المادة (741) الكتابة في إثبات مشاركة التحكيم، ونص في المادة 743 على أنه: (يجب أن يحدد موضوع النزاع في مشاركة التحكيم أو أثناء المرافعة ولو كان المحكمون مفوضين بالصلح وإلا كان التحكيم باطلا)، وكذلك ما نصت عليه المادة 135 من القانون المدني الليبي، بأنه: (إذا كان محل الالتزام مخالفا للنظام العام أو الآداب كان العقد باطلا .) أي أنه يشترط ألا يكون اتفاق الأطراف مخالفا للنظام العام .

وبما أن الحكم ببطلان التحكيم من اختصاص القضاء الوطني -على ما سيأتي بيانه - فإن هذا الاختصاص لا يتصور بدون هذه الرقابة، وبالتالي فإن المشرع الليبي يكون قد أشار إلى ذلك ضمنا دون أن ينص على ذلك صراحة كما في التشريع المقارن، فقد نص المشرع الفرنسي في المادة 1448 على أنه: (إذا عرض نزاع خاضع لاتفاق تحكيم على محكمة نظامية، تعلن هذه الأخيرة عدم

¹ انظر د. محمد أحمد عبد النعيم، حدود الرقابة القضائية على التحكيم الداخلي في منازعات العقود الإدارية)

دراسة مقارنة) دار النهضة العربية، القاهرة 2001، ص 105، 106 .

اختصاصها ، إلا إذا كان النزاع لم يعرض بعد على الهيئة التحكيمية وكان اتفاق التحكيم باطلاً أو غير قابل للتطبيق بشكل واضح) .

كما نصت المادة 1/22 من القانون المدني المصري على أن : (تفصل هيئة التحكيم في الدفوع المتعلقة باختصاصها بما في ذلك الدفوع المبنية على عدم وجود اتفاق التحكيم أو سقوطه أو بطلانه أو عدم شموله لموضوع النزاع) ، وهو يتوافق في ذلك شبه حرفي مع نص المادة 1/21 من مشروع قانون التحكيم الليبي⁽¹⁾ .

كما أكد ذلك القانون النموذجي الصادر عن الأمم المتحدة في (21 يونيو 1985) ، الذي نص في المادة 1/16 على أنه : (يجوز لهيئة التحكيم البحث في اختصاصها ، بما في ذلك أي اعتراضات تتعلق بوجود اتفاق التحكيم أو بصحته) .

وأن الذي يبدو ظاهراً من أحكام هذه النصوص ، وهي بصدد منح هيئة التحكيم صلاحية الفصل في الدفع بعدم اختصاصها بالفصل في النزاع لعدم وجود اتفاق التحكيم أو لغيره من الأسباب الأخرى ، أن ذلك يكون وفقاً لمبدأ الفصل في الاختصاص بالاختصاص ، وهو أن هيئة التحكيم هي التي تنظر في الدفع بعدم اختصاصها بالفصل في موضوع النزاع لعدم وجود اتفاق التحكيم أو لبطلانه أو لغيره من الأسباب الواردة في النصوص المتعلقة بذلك ، إلا أن ذلك يثير تساؤلاً ، وهو هل أن لقضاء الدولة اختصاص بنظر هذه المسألة إلى جانب الاختصاص الممنوح لهيئة التحكيم .

إن القاعدة العامة في أصول المحاكمات منع تنازع الاختصاص في نظر الدعاوي ، وبتطبيق فحوى هذه القاعدة على مسألة الحال ، تجدر التفريق بين أمرين : المرحلة السابقة لبدء إجراءات التحكيم والمرحلة التي تليها .

ففي المرحلة الأولى : يكون الاختصاص بنظر الدعوى لقضاء الدولة محل العقد أو مكانه

¹ وفي ذلك تنص المادة 1/21 من مشروع قانون التحكيم الليبي على أن : (تفصل هيئة التحكيم في الدفوع المتعلقة بعدم الاختصاص بما في ذلك الدفوع المبنية على عدم وجود اتفاق التحكيم أو انتهاء مدته دون صدور الحكم أو بطلانه أو عدم شموله لموضوع النزاع) .

باعتباره صاحب الاختصاص الأصلي ، وبالتالي يجوز لصاحب الشأن أن يرفع دعوى بطلان اتفاق التحكيم أو التمسك بهذا الدفع أمام قضاء الدولة ، والصورة المتخيلة في ذلك ، لو أنه تم التمسك باتفاق التحكيم أمام القضاء الوطني طلباً للحكم بعدم قبول الدعوى لوجود هذا الاتفاق ، فإن للطرف الآخر الدفع ببطلانه أو بعدم وجوده أصلاً ، وعلى المحكمة أن تبسط رقابتها على ذلك ، وإذا ثبت في قناعتها سلامة هذا الدفع أن تمضي في نظر الدعوى ، وبهذا يكون للقضاء الرقابة المباشرة على اتفاق التحكيم في المرحلة السابقة لبدء إجراءات التحكيم⁽¹⁾.

أما المرحلة الثانية: وهي رقابة القضاء على التحكيم أثناء سير الدعوى التحكيمية ، فإن هيئة التحكيم هي التي تكون صاحبة الاختصاص بالفصل في مدى اختصاصها من عدمه في النزاع المعروض أمامها تأسيساً على عدم وجود اتفاق التحكيم أو عدم صحته ، وقد اتجه الفقه في ذلك إلى رأيين :

الرأي الأول : يذهب إلى أن اختصاص هيئة التحكيم بالفصل في أي طعن يثار أمام هيئة التحكيم ، ابتداء من تمام تشكيل هيئة التحكيم إلى صدور الحكم ، بحيث تقتصر الرقابة على صورة الطعن في حكم التحكيم بالبطلان أمام قضاء الدولة الذي تمتد رقابته لتشمل مدى وجود اتفاق التحكيم وصحته ، وبهذه الكيفية تكون قد تحققت الرقابة القضائية على اتفاق التحكيم ، إلا أن ما يؤخذ على هذا الرأي هو تأخير فاعلية الرقابة إلى ما بعد صدور حكم التحكيم⁽²⁾.

¹ د. حفيظة السيد الحداد ، الطعن بالبطلان على أحكام التحكيم الصادرة في المنازعات الخاصة الدولية ، المرجع السابق ، هامش ص10.

- د. محمد أحمد عبد المنعم ، المرجع السابق ، ص124، 125 .

² د. مصطفى الجمال ، ود. عكاشة عبد العال ، التحكيم في العلاقات الخاصة الداخلية والدولية ، ص529 ، نقلًا عن د. أشرف حماد ، المرجع السابق ص198 .

والرأي الآخر يرى التفرقة بين أمرين ، الأمر الأول : وهي مسألة الاختصاص ، حيث يكون لهيئة التحكيم الفصل في ذلك وفقاً لمبدأ الاختصاص بالاختصاص ، أما الأمر الثاني : وهو بطلان اتفاق التحكيم ، فإن التحكيم في هذه الحالة لا يسلب قضاء الدولة من اختصاصه النظر في دعوى مبتدأة لبطلان اتفاق التحكيم⁽¹⁾.

إلا أن القانون النموذجي للتحكيم الصادر عن الأمم المتحدة في 21 يونيو 1985م ، نص في المادة 3/16 على: (... وإذا قررت هيئة التحكيم في قرار تمهيدي أنها مختصة ، فلأي الطرفين خلال ثلاثين يوماً من تاريخ إعلانه بذلك القرار أن يطلب من المحكمة المحددة في المادة (6) أن تفصل في الأمر⁽²⁾ ، و لا يكون قرارها هذا قابلاً للطعن وإلى أن يثبت في هذا الطلب لهيئة التحكيم أن تمضي في إجراءات التحكيم وأن تصدر قرار تحكيم) .

إن الرقابة القضائية التي تكرسها هذه النصوص تعطي القضاء فاعليته في الرقابة على التحكيم ، لأنه بطبيعة الأمر ، يتم من خلالها الرقابة على اتفاق التحكيم الذي هو مصدر سلطة الهيئة وسند اختصاصها ، فإذا تبين للقضاء أن هيئة التحكيم قضت باختصاصها بالفصل في موضوع النزاع بالرغم من عدم وجود اتفاق التحكيم أو شابه عيب من عيوب البطلان أو السقوط ، فإن المحكمة تقضي ببطلان اتفاق التحكيم ، وبذلك تكون الهيئة غير ذات اختصاص ، وإن هذا الحكم يلزمها بوقف السير في الدعوى ، فضلاً عن أنه غير قابل للطعن .

وبالرغم من فاعلية هذه الرقابة ، إلا أنها تظل محصورة في مسألة الاختصاص ،

¹ د. مصطفى الجمال ، ود. عكاشة عبد العال ، التحكيم في العلاقات الخاصة الداخلية والدولية ، ص 529 ، نقلاً عن د. أشرف حماد ، المرجع السابق ص 198 .

² نصت المادة 6 من القانون النموذجي على أن : (تتولى أداء الوظائف المشار إليها في الفقرتين (3) و (4) من المادة 11 والفقرة (3) من المادة 13 ، وفي المادة 14 والفقرة (3) من المادة 16 ، والفقرة (2) من المادة 34 تحدد كل دولة تصدر هذا القانون النموذجي المحكمة أو المحاكم أو السلطة الأخرى ، عندما يشار إلى تلك السلطة في ذلك القانون المختصة بأداء هذه الوظائف .)

فإنه بإمكان هيئة التحكيم إرجاء البث في الدفع بعدم اختصاصها ، وبحث وجود اتفاق التحكيم إلى حين الفصل في الموضوع ، فقد ورد في الفقرة السابقة من القانون النموذجي المذكور أعلاه ، ما نصه : (يجوز لهيئة التحكيم أن تفصل في أي دفع من الدفوع المشار إليها في الفقرة الثانية من هذه المادة ، إما كمسألة أولية وإما في قرار تحكيم موضوعي) ، وفي ذلك ينص مشروع قانون التحكيم الليبي في المادة 3/21 على أن : (تفصل هيئة التحكيم في هذه الدفوع قبل أو مع الحكم في الموضوع) .

فإذا كان الأمر كذلك ، فما هو مصير اتفاق التحكيم الباطل أو الذي يتعارض مع النظام العام ؟ فهل يظل قائماً إلى أن تفصل فيه هيئة التحكيم مع الموضوع ؟ .

إن الرأي الذي نرجحه في ذلك ، هو التفرقة بين الفصل في مسائل الاختصاص وهو من اختصاص هيئة التحكيم ، وبين دعوى بطلان اتفاق التحكيم ، وبما أن الأمر واضح من أنه يتعلق بدعوى بطلان اتفاق التحكيم ، فإنه يكون من اختصاص قضاء الدولة الذي لا يحجب عنه النظر فيها ، ولا يحرم ذو المصلحة من إقامة الدعوى بشأنها أمام القضاء ، سواء قبل تشكيل هيئة التحكيم أم بعده ، لأن القول بخلاف ذلك من شأنه أن يؤدي إلى إطالة أمد النزاع أمام جهة التحكيم بكل ما يترتب على ذلك من تكاليف وأضرار دون جدوى ، وهذا يتعارض مع الغرض من نظام التحكيم .

وبالرجوع إلى نص المادة (83) من لائحة العقود الإدارية رقم 563 لسنة 2007 ، والتي نصت على أن : (أ - يُراعى النص في العقود الإدارية - بصفة أساسية - على اختصاص القضاء الليبي بالنظر في المنازعات التي تنشأ عن هذه العقود .

ب- على أنه يجوز إذا اقتضت الضرورة - في حالات التعاقد مع جهات غير وطنية وبموافقة اللجنة الشعبية العامة " مجلس الوزراء " - أن ينص في العقد على الالتجاء للتحكيم بمشاركة تحكيم خاصة ، ويجب في هذه الحالات أن تحدد مشاركة التحكيم أوجه النزاع التي يلجأ فيها إلى التحكيم وإجراءاته وقواعد اختيار

المحكمين بما يكفل للجانب الليبي فرصة متكافئة في اختيارهم وتحديد مدى ما للمحكمين من سلطة واختصاص والجوانب الأخرى المتطلبة لهذا الغرض ، ويُراعي في كل ذلك عدم الاتفاق على التحكيم بواسطة محكم منفرد). إن الذي يتضح من الشروط الواردة في هذا النص أن رقابة القضاء على اتفاق التحكيم تتجلى في صورتين : في رقابة القضاء على جنسية المتعاقد، وفي رقابته على صدور الإذن في التحكيم .

الصورة الأولى : رقابة القضاء على جنسية المتعاقد مع الدولة :

من المتصور أن تقام دعوى بطلان اتفاق التحكيم أمام القضاء الوطني على أساس أن المتعاقد لم يكن جهة أجنبية ، وفي هذا الصدد تتركز رقابة القضاء حول جنسية المتعاقد⁽¹⁾، وأن من المسلم به أن مسألة الجنسية من الأمور المتعلقة بالنظام العام التي تلزم القاضي أن يتعرض لها ولو من تلقاء نفسه ، ويزداد الأمر تعقيداً في العقود التي يكون أحد أطرافها شركة متعددة الجنسيات ، التي لا تكون فيها جنسية الشركة الأم ظاهرة ، وبالرغم من أن البحث لم يكن بصدد هذه المسألة ، إلا أن علينا أن نشير بذلك إلى أهمية الرقابة القضائية في هذه الجزئية ، والجدير بالذكر أن هذه الإشكالية غير متصورة في النظم المقارنة التي لا تمنع الأشخاص الوطنية من اللجوء إلى التحكيم .

الصورة الثانية : الرقابة على الحصول على إذن اللجوء إلى التحكيم :

إن الأصل في القانون الليبي جواز اللجوء إلى التحكيم بين الأطراف وخاصة إذا كان التحكيم في الداخل ، إلا أن لائحة العقود الإدارية في المادة سالفه الذكر وقفت دون ذلك ولم تسمح بالتحكيم إلا إذا كان المتعاقد مع الإدارة شخصاً أجنبياً ، ومن ثم فإن الإذن لا يكون إلا في عقود الأشغال الدولية ، كما أنه لا يصدر إلا من رأس السلطة التنفيذية (مجلس الوزراء) ، وبالتالي فإن هذه الرقابة تتمركز في حالتين :

الحالة الأولى : صدور موافقة السلطة التنفيذية إذا لم يكن المتعاقد مع جهة الإدارة

¹ ومن المعروف أن مسائل الجنسية من النظام العام والتي لا يجوز الفصل فيها من قبل التحكيم .

شخصاً أجنبياً ، وبالرغم من صدوره من الجهة المختصة قانوناً ، إلا أنه لا يكون لهيئة التحكيم أن تمضي ذلك، ويكون لقضاء الدولة الرقابة على هذا التحكيم، إلا أن التساؤل الذي يثار حول ذلك، هو : أي الجهة القضائية المختصة بالرقابة ؟ القضاء الإداري ؟ أم القضاء المدني ؟.

باعتبار أن عقد الأشغال العامة من العقود الإدارية بحكم القانون ، فإن المتفق عليه في القانون المقارن الفرنسي والمصري على أنه يتعين الاختصاص في الرقابة على التحكيم للمحكمة المختصة أصلاً بنظر النزاع ومن ثم يكون الاختصاص في منازعات هذه العقود للقضاء الإداري⁽¹⁾، وبما أن الاختصاص في منازعات العقود الإدارية في القانون الليبي مشترك بين القضاء بين الإداري والمدني⁽²⁾.

وترتيباً على ذلك ، أرى أنه يتطلب التفرقة بين المرحلة التي تسبق تشكيل هيئة التحكيم ، والمرحلة التالية لها ، ذلك أن الموافقة على اللجوء إلى التحكيم من السلطة التنفيذية هو قرار إداري يكون الطعن فيه أمام دائرة القضاء الإداري دون غيره ، أما إذا تم بموجبه تشكيل الهيئة ، فإن الاختصاص في نظر قرار الهيئة يكون للقضائيين في القانون الليبي لأنه دخل حيز العقد.

الحالة الثانية : وهي اتفاق الأطراف على التحكيم دون أخذ الإذن ، وفي هذه الحالة يكون الاتفاق باطلاً لعدم توافر الإذن المطلوب لصحة الاتفاق ، ويكون لقضاء الدولة الرقابة على صحة اتفاق التحكيم السابقة على صدور حكم التحكيم أثناء سير إجراءات الدعوى التحكيمية أو قبل تشكيل الهيئة ، وللقضاء الإداري المصري حكم يلزم هيئة التحكيم بوقف السير في الخصومة التحكيمية⁽³⁾.

¹ أنظر المادة 1501 من قانون المرافعات الفرنسي ، والمادة 9 من قانون التحكيم المصري .

² انظر المادة 4 من القانون رقم 1971/88 في شأن القضاء الإداري الليبي.

³ أنظر حكم محكمة القضاء الإداري الصادر 2006.02.19 م ، في الدعوى رقم 59/18628 ق ، مشار إليه

لدى - د. أشرف محمد خليل حماد ، المرجع السابق ، ص 201 .

يفهم بما تقدم أن للرقابة القضائية على اتفاق التحكيم أهميتها البالغة للوقاية من نهاية تهدر المال والوقت بما يتعارض والغرض من التحكيم .

الفرع الثاني

رقابة القضاء أثناء سير الدعوى التحكيمية

تبدأ إجراءات نظر الدعوى التحكيمية بافتتاح هيئة التحكيم في أول جلسة لنظر الدعوى إلى أن تنتهي بصدور الحكم التحكيمي الفاصل في النزاع أو المنهي للخصومة ، ويتم تحديد هذه الإجراءات وفقا لما يتفق عليه الأطراف ، إلا أنه لا يستغنى عن القضاء في هذه المرحلة للتدخل في بعض الإجراءات ، سواء بالرقابة أو بالمساعدة فيما تتطلبه إجراءات التحكيم ويتحقق هذا الاختصاص في عديد المسائل التي نص عليها التشريع الليبي والمقارن ، يتمثل أهمها في : ميعاد التحكيم ، المسائل الأولية ، الإجراءات التحفظية ، ما يتعلق بتخلف الشهود عن الحضور ، الأمر بالإنبابة القضائية ، ويتناول بعض منها بشيء من التوضيح فيما يلي:

1 - ميعاد التحكيم :

نصت المادة 753 مرافعات على أنه : (إذا لم يحكم المحكمون في الأجل المذكور في المادة السابقة جاز لمن يطلب التعجيل أن يرفع النزاع إلى المحكمة أو أن يطلب منها تعيين محكمين آخرين للحكم فيه إذا كان الخصوم متفقين على فضه بطريق التحكيم) .

وأن المادة سألقة الذكر في هذا النص حددت ميعاد التحكيم بثلاثة أشهر مع بعض التفاصيل الأخرى ، فإذا لم يتم التحكيم خلال هذه المدة ، فإنه يجوز لذي الشأن أن يرفع الأمر إلى المحكمة بطلب تعيين محكمين آخرين ، وأن الذي يترتب على هذا الإجراء هو مد أجل إضافي للمحكمين الجدد . وقد تناول المشرع المصري ذلك بنص أوضح في المادة 2/45 من قانون التحكيم

، جاء فيها : (إذا لم يصدر حكم التحكيم خلال الميعاد المشار إليه في الفقرة السابقة ، جاز لأي من طرفي التحكيم أن يطلب من رئيس المحكمة المشار إليها في المادة 9 من هذا القانون أن يصدر أمرا بتحديد ميعاد إضافي أو بإنهاء التحكيم ،...) .

وأن الذي يبدو ظاهرا من هذه النصوص أن للمحكمة بسط رقابتها على سير الدعوى التحكيمية بخصوص تقدير سرعة اتخاذ الإجراءات اللازمة في الفصل في النزاع ، ولها السلطة التقديرية في منح المدة الإضافية اللازمة لذلك دون معقب عليها من النقص ما لم يكن هناك تقدير أو إفراط ، والمرجع في ذلك هو طبيعة محل النزاع ، من ذلك عقود الأشغال العامة المعروفة بتشابك علاقاتها وتعقيد إجراءاتها و تعدد أطرافها تحتاج إلى مدة أبعد من التي يتطلبها نزاع بسيط⁽¹⁾ .

2 - استدعاء الشهود والأمر بالإجابة القضائية:

لهيئة التحكيم استدعاء من ترى ضرورة لسماع شهادته دون حلف يمين ، إلا أنها تفتقر سلطة الإلزام التي تمكنها من إجبار الشاهد الممتنع عن الحضور إلى مكان التحكيم ، وكذلك الأمر فيما يتعلق بالإجابة القضائية ، لذلك عالج المشرع هذه الإشكاليات بالرجوع إلى القضاء ، فقد نصت المادة 759 من قانون المرافعات الليبي على أن : (يرجع المحكمون إلى رئيس المحكمة المشار إليها في المادة 762 لإجراء ما يأتي :

1 - الحكم على من يتخلف من الشهود عن الحضور بالجزاء المنصوص عليه في المادة 181 واتخاذ الإجراء المنصوص عليه في المادة 182 بشأن من يمتنع عن الإجابة⁽²⁾ .

¹ انظر د. رضا السيد عبد الحميد ، تدخل القضاء في التحكيم بالرقابة والمساعدة ، المرجع السابق ، ص 102 .

² نصت المادة 1/181 مرافعات على أنه : (إذا تخلف الشاهد عن الحضور بعد إعلانه إعلانا صحيحا ، أمرت المحكمة بتجديد الإعلان إليه لجلسة تالية وبتحميله المصاريف . فإذا لم يحضر في الجلسة التالية أمرت المحكمة

2 - الأمر بالإنايات القضائية) .

وهذا الإجراء القضائي يكون بعد عجز هيئة التحكيم عن مباشرة الدعوى بسبب تخلف الشهود عن الحضور أو في حالة الامتناع عن أداء الشهادة وهو إجراء مساند لهيئة التحكيم .

وتأتي هذه المساندة بناء على طلب هيئة التحكيم دون غيرها ، ومن ثم لا يكون للأطراف المحكّمين أن يتقدموا بطلب ذلك من المحكمة مباشرة إلا عن طريق هيئة التحكيم ، ويكون لهم في حالة عدم استجابتها لهذا الطلب أن يحتفظوا به إلى ما بعد صدور الحكم التحكيمي ، ليطعن فيه من صدر لغير صالحه هذا الحكم أمام المحكمة المختصة للإخلال بحق الدفاع⁽¹⁾.

ومن ثم تنحصر الرقابة القضائية السابقة على صدور الحكم التحكيمي في طلب المساندة ، وبالتالي يفتح للمحكمة باب الرقابة على مدى سلامة الإجراءات التحكيمية التي اتخذت بالخصوص ، مثل صحة الإعلانات ، وإعادة الإعلان للمرة الثانية ، وإمكانية الحضور ، وغيرها من الإجراءات التي على المحكمة أن تتأكد من سلامتها قبل أن تصدر الأمر بالتنفيذ⁽²⁾ .

بإحضاره لنفس الجلسة أو لجلسة أخرى تالية ، وحكمت عليه بغرامة قدرها مائة قرش فضلا عن مصاريف تخلفه عن الحضور وذلك دون إخلال بأحكام قانون العقوبات .

كما نصت المادة 182 مرافعات على أنه : (إذا امتنع من حضر من الشهود عن أداء الشهادة أو حلف اليمين دون عذر مقبول أو شكت المحكمة في صحة شهادته أو في إدلائه بكل ما يعلم ، حررت بذلك محضرا وأحالته إلى النيابة .وللمحكمة أن تأمر بالقبض على الشاهد إذا رأت ما يدعو لذلك).

¹ د. هدى محمد مجدي عبد الرحمن ، المرجع السابق ، 229.

- انظر د.رضا السيد عبد الحميد ، تدخل القضاء في التحكيم بالمساعدة والرقابة ، المرجع السابق ، ص 52.

² د. علي سالم إبراهيم ، ولاية القضاء على التحكيم ، رسالة دكتوراه مقدمة لكلية حقوق جامعة عين شمس ، 1995 ، ص258، (غير منشورة).

وقد تناول المشرع الفرنسي ذلك في المادة 1467 من قانون المرافعات في آخر تعديل له ، والتي نصت على أن : (تجري الهيئة التحكيمية التدابير التحفظية اللازمة ما لم يجز لها الأطراف تفويض أحد أعضائها لهذه الغاية . يجوز للهيئة التحكيمية أن تستمع إلى أي شخص كان يحصل هذا الاستماع دون حلف اليمين .).

وبالرغم من أن المشرع لم ينص على تدخل القضاء بالمساعدة لهيئة التحكيم بإجبار الشهود على الحضور ، إلا أن هذا الأمر لا يخرج عن الاختصاص القضائي وفقا للقواعد العامة للتقاضي ، خصوصا وأن هيئة التحكيم تستمد صلاحياتها من اتفاق التحكيم الذي لا يمتد لغير أطرافه.

أما الإنابة القضائية والتي يقصد بها تفويض المحكمة المختصة بنظر النزاع محكمة أخرى في القيام نيابة عنها بإجراء من إجراءات التحقيق أو التقاضي ، لتعذر اتخاذ الإجراء من قبل المحكمة المختصة ، وقد عالج المشرع الليبي في المادة (759 و 762) من قانون المرافعات ، وكذا المشرع المصري في المادة 37 من قانون التحكيم ، وذلك بطلب هيئة التحكيم المحكمة المختصة أصلا بنظر النزاع لتقوم بإجراء هذه الإنابة ، إلا أن الأمر يبدو معقدا في القضايا ذات الطابع الدولي أو المنظورة أمام محاكم التحكيم الخارجية⁽¹⁾، فهل يكون لمحكمة باريس أن تصدر إنابة لمحكمة ليبية في منازعة بخصوص مشروع أشغال عامة بحكم تواجد العقار في نطاق دائرتها؟

إن هذه الإشكالية لم يعالجها قانون المرافعات الليبي ، كما لم يتناولها

¹ د. عكاشة محمد عبد العال ، الإنابة القضائية في نطاق العلاقات الخاصة الدولية ، دار المطبوعات الجامعية ، 1994 ، ص 21.

- انظر د.رضا السيد عبد الحميد ، تدخل القضاء في التحكيم بالمساعدة والرقابة ، المرجع السابق ، ص 56.

القانون المقارن ، وأرى أن المسار الطبيعي لهذا الإجراء أن يكون عبر القنوات القضائية الرئيسية المعهود إليها إجراءات التحكيم الدولي ، بأن تصدر الإنابة بناء على طلب هيئة التحكيم من محكمة استئناف عاصمة الدولة مقر التحكيم (باريس) محكمة استئناف عاصمة الدولة محل التحكيم (طرابلس) ، التي تقوم بدورها في إنابة المحكمة الواقع في نطاقها موضوع النزاع .

3 - الإجراءات الوقتية والتحفظية :

لا يوجد معيار ثابت لتحديد الأحوال التي يتخذ بشأنها الإجراء الوقتي أو التحفظي ، وأرى أن تتخذ هذه الإجراءات عند توافر حالة من أحوال الاستعجال والتي فحواها أن يحدث ضررا يتعذر تداركه فيما لو لم يتخذ بشأنها إجراء سريع مؤداه حفظ الحقوق والمراكز القانونية من الضياع .

وهذا الإجراء يمثل الحماية القضائية الموضوعية التي أساسها توافر حالة الاستعجال التي يستخلصها القضاء من الواقعة القانونية والظروف المحيطة بها ، ومن ثم فهي تتغير بتغير الوقائع ، فقد تتوافر حالة الاستعجال في واقعة ولا تتوافر في واقعة مماثلة ، لأن هذا التكييف بموجب سلطة القاضي التقديرية دون معقب عليه من النقض⁽¹⁾.

وبالتالي فإن الإجراء التحفظي ما هو إلا تدبير وقائي مؤقت لا يمس أصل النزاع ولا يجوز للقاضي أن يتعرض لهذا الأصل ، وقد عالج المشرع الليبي ذلك فيما يخص التحكيم بنص المادة 758 مرافعات التي نصت على أنه : (ليس للمحكمين أن يأذنوا بالحجز ولا بأية إجراءات تحفظية .

وإذا أذن أي قاض مختص بالحجز في قضية منظورة بطريق التحكيم فعليه أن يقرر صحة الحجز دون المساس بموضوع القضية . وعلى هذا القاضي أن يصدر قرارا بإلغاء الحجز حينما يقرر المحكمون ذلك).

¹ د. أحمد عبد الكريم سلامة ، التحكيم في المعاملات المالية الدولية والداخلية ، المرجع السابق ، ص 543.

والذي يبين من هذا النص أنه يتمتع على المحكمين القيام بهذا النوع من الإجراءات ، كما أن النص لم يسمح بذلك لإرادة الأطراف ، في حين ترك ذلك لاختصاص السلطة القضائية دون غيرها ، وبالتالي فهي حماية قضائية للحقوق التي تعجز هيئة التحكيم على تحقيقها ، الأمر الذي يبرز فيه دور مساندة القضاء للتحكيم ، كما يقول Mendez بأنها : (جانباً من جوانب التعاون بين قضاء الدولة وهيئات التحكيم)⁽¹⁾.

إلا أن المشرع الفرنسي يختلف في معالجته في ذلك عن المشرع الليبي ، فقد نص في المادة 1468 على أنه : (يجوز للهيئة التحكيمية أن تأمر الأطراف ، وفقاً للشروط التي تحددها وتحت طائلة دفع غرامة إكراهية عند الاقتضاء باتخاذ أي تدبير تحفظي أو وقتي تعتبره مناسباً . إلا أن المحكمة النظامية وحدها صاحبة الاختصاص بالأمر بالحجوزات الاحتياطية والتأمينات القضائية .

يجوز للهيئة التحكيمية أن تعدل أو أن تكمل التدبير التحفظي أو الوقتي الذي أمرت به) .

وبهذا يكون المشرع الفرنسي أحدث تطوراً في منح هيئة التحكيم سلطة اتخاذ الإجراءات الوقائية والتحفظية على أن يكون نطاقها لا يتجاوز أطراف اتفاق التحكيم الذي تستمد منه سلطة الفصل في النزاع باعتبار أن سلطتها بمناسبة هذه الإجراءات هي فرع من سلطة الفصل في الموضوع ، وبالرغم من كل ذلك لا يمكن لها أن تستغني عن سلطة القضاء الوطني كلية ، بل تحتاج إليها عند الأمر بالحجوزات الاحتياطية والتأمينات القضائية.

¹ MENDEZ , F.R. Arbitrage interenational et mesures conservatoiires, (28) Revue de

l'arbitrage 1985No.1.P.54.

نقلاً عن د. فوزي محمد سامي ، المرجع السابق ، ص 294.

أما المشرع المصري فقد سلك في ذلك مسلكا مغايرا بنصه في المادة 24 من قانون التحكيم على أنه : (يجوز لطرفي التحكيم الاتفاق على أن يكون لهيئة التحكيم ، بناء على طلب أحدهما ، أن تأمر أيا منهما باتخاذ ما تراه من تدابير مؤقتة أو تحفظية تقتضيها طبيعة النزاع ، وأن تطلب تقديم ضمان كاف لتغطية نفقات التدبير الذي تأمر به .

إذا تخلف من صدر إليه الأمر عن تنفيذه ، جاز لهيئة التحكيم بناء على طلب الطرف الآخر ، أن تأذن لهذا الطرف في اتخاذ الإجراءات اللازمة لتنفيذه ، وذلك دون الإخلال بحق هذا الطرف أن يطلب من رئيس المحكمة المشار إليها في المادة 9 من هذا القانون الأمر بالتنفيذ) ، وهي المحكمة المختصة أصلا بنظر النزاع .

وفي هذا النص توافق مع لائحة غرفة التجارة الدولية الصادرة عام 1998 ، إذ نصت المادة 23 منها ، بما مفاده : أنه يجوز للأطراف ، حالة الحاجة إلى اتخاذ تدابير وقتية أو تحفظية باللجوء إلى قضاء الدولة ، أو إلى هيئة التحكيم ذاته⁽¹⁾ .

وهذا المسلك التشريعي يكون قد زوج بين إرادة الأطراف في اللجوء إلى هيئة التحكيم وبين اللجوء إلى القضاء الوطني في الأمر باتخاذ التدابير الوقئية والتحفظية ، وبذلك يكون الاختصاص مشترك بين التحكيم والقضاء ، في أنه ينعقد الاختصاص لهيئة التحكيم إذا اتفق الأطراف على أن يكون لها ذلك بناء على طلب أي منهم أن تأمر الطرف الآخر باتخاذ التدبير المطلوب وفقا لما تقتضيه طبيعة النزاع ، كما أن هذا الاختصاص لا يحول دون حق الأطراف في اللجوء في ذلك إلى القضاء مباشرة صاحب الاختصاص الأصيل .

وأن الذي يترتب على اختيار أحد الطرفين هو انغلاق الطريق الآخر ،

¹ انظر د. أحمد أبو الوفاء ، التحكيم في القوانين العربية ، منشأة المعارف ، الإسكندرية ، الطبعة الأولى ، ص 24.

فمن يختار اتخاذ التدبير التحفظي المؤقت عن طريق التحكيم ليس له اللجوء إلى القضاء والعكس صحيح ، وفقا لما تقتضيه القواعد العامة للتقاضي ، وذلك تقاديا من تناقض الأحكام .

وقد تشعبت اتجاهات الفقه في ذلك ، بعضهم اتجه إلى أن الاختصاص الأصيل في ذلك هو القاضي المستعجل فهو الذي يختص بنظر المسائل الوقتية لو كان النزاع معروضا أمام محكمة الموضوع ، فمن باب أولى أن يكون له ذات الاختصاص إذا كان منظورا لدى التحكيم ، ولو اتفق الأطراف على اختصاص هيئة التحكيم ، ما لم يتفق الأطراف على أن هذا الاختصاص يكون لهيئة التحكيم وحدها دون القضاء ، عندها يقتضي الأمر التقيد بما هو منصوص عليه في اتفاق التحكيم⁽¹⁾.

ومنهم من يرى أن الاختصاص ينعقد لهيئة التحكيم دون غيرها ولا يؤيد الاختصاص المشترك إلا في الأحوال التي تتطلب وجود هذا الاختصاص ، ويعل أصحاب هذا الاتجاه رأيهم بحالة الاستعجال التي تتعارض مع التأخير الذي يسببه اللجوء إلى القضاء ، بحيث يكون لهيئة التحكيم التي تنظر الموضوع أن تنظر طلب الإجراء مباشرة⁽²⁾.

كما انقسم الفقه أيضا عند غياب النص المنظم لهذا الأمر ، حيث اتجه البعض إلى اختصاص هيئة التحكيم دون غيرها منقفا في ذلك مع الوجهة السابقة باعتبار أن الأمر لا يتطلب استعمال القوة الجبرية ، أما إذا تعلقت الإجراءات المطلوب اتخاذها بالغير أو تتطلب استعمال القوة الجبرية ، فإنه يكون من اختصاص

¹ نظر د. عزمي عبد الفتاح ، قانون التحكيم الكويتي ، الطبعة الأولى ، 1990 ، جامعة الكويت . ص 170 .

² نقلا عن د. أحمد السيد صاوي ، الرجوع السابق ملحق رقم 5 ، ص 415 .

القضاء الوطني من أجل ضمان فعالية الإجراءات التحكيمية⁽¹⁾.
 إلا أن المادة 17 من القانون النموذجي الصادر عن الأمم المتحدة في 21 يونيو 1985م نصت على أنه : (يجوز لهيئة التحكيم أن تأمر أيا من الطرفين بناء على طلب أحدهما باتخاذ أي تدبير وقائي أو مؤقت تراه ضروريا بالنسبة إلى موضوع النزاع ما لم يتفق الطرفان على خلاف ذلك ، ولهيئة التحكيم أن تطلب من أي من الطرفين تقديم ضمان مناسب فيما يتصل بهذا التدبير).
 وبالرغم من ذلك كله يظل القضاء الوطني هو الداعم للتحكيم ، ولا يمكن لهذا الأخير الوقوف دون المساندة القضائية ، لأن حكم التحكيم ينفذ جبرا في الغالب الأعم ، وهذا الإلزام لا يتحقق إلا بتوافر السلطة العامة .
 كما هو الحال في الأوامر الوقتية و التحفظية التي تصدر عن هيئة تحكيم في موضوع نزاع تتعلق بعقود الأشغال العامة ، التي هي عقارية بطبيعتها ، فإنه لا يمكن الاستغناء عن قضاء الدولة محل العقار بحكم اختصاصه المكاني ، وذلك لتيسير إجراءات هيئة التحكيم⁽²⁾.
 وأرى أن الأنسب فيما يخص اتخاذ الإجراءات التحفظية : هو اتخاذ الإجراء المتبع في منازعات هذه العقود ، وهو تضمين الإجراءات التي يتم الاتفاق عليها في هذا الخصوص فيما يعرف بوثيقة مهمة المحكمين ، فهي تبين نقاط الخلاف المطلوب حسمها وكذلك الإجراءات التي من الممكن أن يكون من بينها الإجراءات التحفظية.

وقد استقر قانون المرافعات الليبي بخصوص الإجراءات التحفظية المتعلقة بالتحكيم على موقفه ، بخلاف التشريع المصري الذي تابع هذه التطورات بما

¹ انظر د. أحمد أبو الوفاء ، التحكيم الاختياري والإجباري ، المرجع السابق ، ص 13.

كذلك د. عاطف الفقي ، التحكيم في المنازعات البحرية ، ص 248.

² انظر د. مختار بربري ، التحكيم التجاري الدولي ، المرجع السابق ، ص 159 ،

أضافته المادة 24 من قانون التحكيم سألقة البيان ، التي نصت على جواز اتخاذ هذه الإجراءات بواسطة المحكمين أو عن طريق القضاء .

وأكدت المحكمة العليا الليبية على موقف المشرع بقولها : (أن المادة 758 من قانون المرافعات إذ نصت على أنه إذا أذن القاضي في قضية منظورة بطريق التحكيم فعليه أن يقر صحة الحجز دون المساس بموضوع القضية وعلى هذا القاضي أن يصدر قرارا بإلغاء الحجز حينما يقرر المحكمون ذلك ، فإن مفهوم هذا النص أن إلغاء الحجز لا يكون بقرار من المحكمين إلا إذا كان القاضي المختص أذن بالحجز في قضية بدأت إجراءات التحكيم فيها فعلا).⁽¹⁾

إلا أن محكمة استئناف طرابلس قضت بعدم اختصاص القضاء الوطني ولائيا بنظر النزاع المتعلق بالإجراءات الوقتية والتحفظية ، وكان قضاؤها هذا وهي بصدد دعوى تحكيمية ملخص وقائعها :في أن شركة وطنية ليبية تعاقدت مع شركة سويسرية ، على أن تقوم الأخيرة بتنفيذ عقد تسليم مفتاح ، (مصنع تعليب أسماك) ، وقد احتوى هذا العقد (شرط التحكيم) ، والذي مفاده إحالة أي نزاع أو خلاف ينشأ بشأن تنفيذ هذا العقد أو تفسيره ولم يتم التمكن من حله بالطرق الودية -إلى التحكيم وذلك عن طريق غرفة التجارة الدولية بباريس .

فأقامت الشركة السويسرية دعواها التحكيمية أمام غرفة التجارة الدولية ضد الدولة الليبية والشركة الوطنية ، حيث قامت الأخيرة بتقديم دعوى مقابلة ، ثم أقامت دعوى (إثبات حالة) لإثبات حالة المصنع موضوع العقد محل النزاع ، وذلك أمام محكمة الزاوية الابتدائية الكائن في دائرة اختصاصها المكاني في ليبيا ، وذلك في شكل عريضة قدمت إلى رئيس المحكمة بطلب ندب خبير قضائي للإطلاع على حالة المصنع وإعداد تقرير بذلك وعن مدى قيام الشركة المنفذة

¹ انظر حكم المحكمة العليا في الطعن المدني رقم 26/36 الصادر بتاريخ 1985/1/25م ، منشور بمجلة المحكمة العليا السنة 19 ، العدد 1 ، ص 52.

بالتزاماتها المنصوص عليها في العقد محل النزاع من عدمه .
وقد أصدرت المحكمة المذكورة أمرا على عريضة بندب خبير قضائي ليقوم بالمهمة المذكورة ، وبأشر مأموريته ، وأخطر أطراف الخصومة بميعاد الخروج للمعاينة وضرورة حضورهم لذلك ، فطعت الشركة السويسرية على هذا الأمر القضائي أمام محكمة استئناف طرابلس استنادا إلى المادة 297 مرافعات⁽²⁾، مؤسسة طعنها على أن دعوى إثبات الحالة فرع من النزاع المنظور أمام محكمة التحكيم بغرفة التجارة الدولية بباريس ، فهي المختصة بنظر طلب إثبات الحالة ولا يكون للقضاء الليبي ولاية في نظر هذا الطلب ، كما لا يكون له اتخاذ أي إجراء يتعلق بهذه المنازعة .

وقد أصدرت محكمة الاستئناف حكمها القاضي بإلغاء الأمر المتظلم منه وبعدم اختصاص القضاء الليبي ولائيا بنظر النزاع ، مؤسسة قضاءها على أن شرط التحكيم يسلب اختصاص القضاء الوطني بنظر المنازعة وبكل ما يتعلق بها من إجراءات وقتية أو تحفظية⁽¹⁾.

وبما أنه يتعذر قانونا الطعن بالنقض في مثل هذه الأحكام⁽²⁾ ، فإن هذا الحكم صار باتا ، الأمر الذي ترتب عليه ضياع حقوق الشركة الليبية التي يحميها القانون بدعوى إثبات الحالة بموجب أحكام قانون المرافعات الليبي ، وهو القانون الواجب التطبيق الذي لا يقر اتخاذ الإجراءات الوقتية والتحفظية لغير القضاء ، وعلى الرأي القائل بجواز اتفاق الأطراف على اتخاذ هذه الإجراءات من قبل هيئة

¹ انظر حكم محكمة استئناف طرابلس في الدعوى رقم 450 لسنة 46 قضائية ، (حكم غير منشور) .

² ولم تتمكن محكمة النقض من بسط رقابتها على هذا الحكم رغم الطعن المقدم إليها في ذلك ، وقضت بعدم جواز الطعن لأن موضوعه لم يكن من مراجع الطعن وفق أحكام قانون المرافعات .

- انظر حكم المحكمة العليا الصادر في الطعن المدني رقم 46 / 48 قضائية ، (لم ينشر) .

-انظر تعليق المستشار محمد الحافي ، منشور بمجلة التحكيم العالمية . المرجع السابق ، العدد 17 ، السنة الخامسة ، ص 129 وما بعدها .

التحكيم ، فإن هذا الاتفاق لا يجلب هذا الاختصاص عن القضاء، وفي جميع الأحوال يشترط أن ينص في اتفاق التحكيم صراحة على اتخاذ هذه الإجراءات من قبل هيئة التحكيم ، لأن مجرد الاتفاق على التحكيم لا يمتد إلى هذه الإجراءات ، وأن الحكم المذكور لم يتعرض لشيء من ذلك ، وكان على المحكمة مصدرته بحث محتويات شرط التحكيم ، ووثيقة المهمة التحكيمية فيما يخص عقود الأشغال العامة.

وبالرجوع إلى نص المادة 758 من قانون المرافعات التي هي سند قضاء المحكمة العليا فيما انتهت إليه - يتبين أن المشرع وضع قيودا على اختصاص المحكمين ، في حين أن الحجز والإجراءات التحفظية الأخرى شأنها شأن دعوى إثبات الحالة التي لم يعتبرها المشرع ولا قضاء المحكمة العليا فرع من دعوى التحكيم رغم أنها أكثر التصاقا بها من دعوى إثبات الحالة التي اعتبرت فرعا من الدعوى التحكيمية .

وأرى أنه من الممكن تقديم كل من الأمر الصادر عن محكمة البداية وتقرير الخبرة إلى هيئة التحكيم المنظور أمامها أصل النزاع ، التي يكون لها الاعتماد على هذا التقرير إذا رأت كفايته أو إعادة المأمورية عن طريق محكمة استئناف باريس - لاختصاصها بمقر هيئة التحكيم - لتصدر بدورها إنابة إلى المحكمة التي يقع في دائرتها العقار فإذا تم اتخاذ هذا الإجراء فإن على هيئة التحكيم أن تبرر قناعتها في أسباب حكمها بما انتهت إليه ، أما إذا أصدرت حكمها دون أن تلتفت إلى ما قدم إليها فإنها تكون قد أخلت بحق الدفاع ، وهو من الأسس التي يجب على هيئة التحكيم مراعاتها ، فإذا هي خالفت ذلك فإن حكمها يشوبه البطلان ، ولذني الشأن أن يطعن على ذلك بالبطلان ، وعدم التنفيذ لمخالفته النظام العام.

الخاتمة

يتبين مما تقدم :

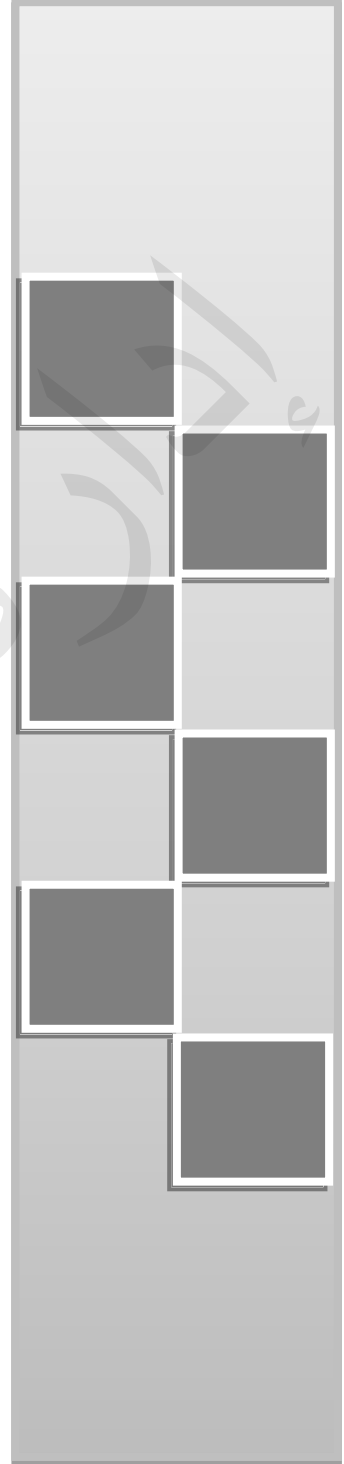
1. دور القضاء البارز والهام في مساندة التحكيم في الوصول إلى هدفه وهو الفصل في النزاع بكل امتيازاته .
 2. أن المحكم لا يملك سلطة إجبار أطراف اتفاق التحكيم على الالتزام بتنفيذ اتفاقهم، ومن هنا كانت مساندة القضاء لنظام التحكيم ضرورة لا غنى عنها سواء لضمان الالتزام باتفاق التحكيم او تفعيل اجراءاته .
 3. أن التحكيم لا يمكنه الوصول إلى الفصل في النزاع إلا بمساندة ومساعدة القضاء ، وهذه تحمل في داخلها رقابته فيما يتعلق بما يقدمه لهيئة التحكيم من مساندة.
 4. يجمع التشريع الليبي والمقارن ، على أن صور الرقابة القضائية السابقة على سير التحكيم تتجلى في عديد المسائل أهمها : ميعاد التحكيم ، المسائل الأولية ، الإجراءات التحفظية ، ما يتعلق بتخلف الشهود عن الحضور ، الأمر بالإنبابة القضائية .
 5. للقضاء الرقابة على صحة تشكيل هيئة التحكيم وتتجلى هذه الرقابة في تعيين و رد المحكمين من حيث مدى صلاحية المحكم للفصل في الدعوى التحكيمية.
 6. أن للقضاء الوطني دور في الرقابة على إجراءات التحكيم الدولي في عقود الأشغال العامة بحكم اختصاصه المكاني للعقار موضوع التحكيم ، كما يبين أن قانون المرافعات الليبي لم يعالج هذه التطورات الحديثة ، بل استقر على موقفه الذي تأسس عليه منذ صدوره الأمر الذي يتطلب إعداد الكوادر المتخصصة لذلك.
- في هذه العجالة المتواضعة أمني أن أكون قد ساهمت بشيء ولو قليل في نشر ثقافة التحكيم في ربوع الوطن .

تعليقات

▪ مناقشة لنص المادة (275) من قانون المرافعات

الأستاذ / محمد مصطفى الهوني - المحامي

مادة 275 من قانون المرافعات



إدارة القضاة

مناقشة لنص المادة (275) من قانون المرافعات

الأستاذ / محمد مصطفى الهوني / المحامي
المستشار سابقاً بمحكمة الاستئناف

نصّت المادة (275) من قانون المرافعات الواردة تحت عنوان إعلان الحكم علي الآتي : " يصبح الحكم علنياً بإيداعه قلم الكتاب من المحكمة التي أصدرته ، ويثبت الكاتب الإيداع علي هامش الحكم ، ويضع التاريخ ويوقع عليه ، وفي خلال خمسة أيام من ذلك يبلغ الكاتب الخصوم الداخلين في الدعوي منطوق الحكم محرراً علي ورقة عادية" وقد تناول النص ثلاثة مسائل هي :

الأولى: علانية الحكم .

الثانية: كيفية إثبات إيداعه قلم الكتاب من قبل المحكمة التي أصدرته .

الثالثة: قيام الكاتب بتبليغ منطوق الحكم إلي الخصوم كتابة خلال خمسة أيام من تاريخ إيداعه .

وهذا الاجراء الأخير غير معمول به في محاكمنا علي الإطلاق إذ لا يعلم الخصوم بصدور الحكم وفحوى منطوقه إلا عن طريق الاطلاع علي سجل يومية الجلسات ، وقد أستقر فهم النص وتفسيره علي أن مجرد ايداع هيئة المحكمة للحكم بقلم الكتاب يعني تماماً عن قيامها بالنطق به في جلسة علنية ، علي أساس أن الحكم يعتبر علنياً بمجرد إيداع منطوقه قلم الكتاب بحجة أن النص لم يرد به ما يوجب ذلك على المحاكم بشكل صريح .

وعلي هذا درجت أكثر دوائر القضاء المدني ودوائر القضاء الإداري في معظم المحاكم ، علي عكس دوائر القضاء الجنائي إذ أنها عادة ما تلتزم النطق بأحكامها في جلسات علنية ، ولا شك أن هذا المسلك الذي جرى عليه العمل في

المحاكم ينطوي علي مخالفة واضحة لما ورد بالفقرة الثانية من المادة (25) من قانون نظام القضاء رقم (6) لسنة 2006م التي تقضي صراحة بالآتي :- "ويكون النطق بالحكم في جميع الأحوال في جلسة علنية" ولعل مرد ذلك إلي سوء الفهم ، بل الأدهي والأمر أن إيداع الأحكام قلم الكتاب دون النطق بها في جلسة علنية قد لا يتم هو الآخر - في كثير من الأحيان - في الميعاد الذي حددته المحكمة لصدور حكمها وهذا ما جعل أكثر المتقاضيين يشكون من أن عدم التزام المحاكم بذلك يضطرهم إلى التردد علي أقلام الكتاب عديد المرات بغية الحصول علي هذه الأحكام المنشودة رغم فوات مواعيد صدورها ، بل أن من يراجع القلم المختص قد لا يجد في سجل يومية الجلسات حتى مجرد بيان يفيد ما تم في قضيته !!!

وهذا كله يجري في غياب دور التفتيش القضائي المنوط به متابعة مثل هذه الخروقات العملية ومؤاخذة المسؤولين عنها .

وكما سبق القول فإن الخطأ بين مسألة النطق بالحكم وبين مسألة إيداعه ، وعدم التمييز بينهما، هو الذي أدى إلى هذا الخطأ في التفسير ، الذي نتج عنه التطبيق الخاطئ والمخالف للقانون حيث يري البعض : " أن علانية الحكم تتحقق عن طريق إيداع الحكم قلم كتاب المحكمة التي أصدرته ، فصار إيداع الأحكام بديلاً عن النطق بها في جلسة علنية ، رغم أنه ضمانه كبيرة من ضمانات تحقيق العدالة ، إذ النطق بالحكم يخرج النزاع من حوزة المحكمة فلا تستطيع إجراء أي تعديل عليه ، فضلاً عن أنه بالعلانية تتحقق رقابة المتقاضيين علي الحكم I" ، مع أن المسألتين المذكورتين قد لا تتمان في وقت واحد ، فقد ينطق القاضي بالحكم أولاً بدون أسباب في الميعاد الذي حدده لصدوره ثم يتم لاحقاً إيداع الحكم بأسبابه كاملاً خلال ثلاثين يوماً من تاريخ النطق به (المادة 2/274 مرافعات)

¹ - قانون المرافعات الليبي للدكتور مصطفى كامل كيرة - ص 720 .

أو يتم النطق بالحكم وإيداعه بأسبابه بنفس الجلسة المحددة لصدوره ، ولا يفوتني هنا الإشارة إلي ملاحظة جديرة بالاهتمام وهي أن كثيراً من السادة القضاة عندما ينظرون القضايا في الجلسة لا يصدرن قراراتهم فيها عقب انتهاء الجلسة ، رغم أنهم يصرحون بأن (القرار آخر الجلسة) بل قد يظل ملف القضية عند القاضي مدة غير معروفة ، دون أن يتخذ فيها أي قرار يتم تدوينه بسجل اليومية !!! .

والغريب أنه إذا كان هذا دأب سائر المحاكم الدنيا من حيث طريقة إصدارها للأحكام فإن دوائر المحكمة العليا علي عكس ذلك تماماً إذ تقوم بالنطق بما تصدره من أحكام في جلسات علنية علي مرأى ومسمع الحاضرين وذلك بالنسبة لجميع القضايا وتنتطق - علنا - حتي بالقرارات الصادرة في الطلبات المستعجلة قبل الفصل في الطعن ذاته ، وإذا كان هذا هو النهج المتبع لدى المحكمة العليا في إصدار أحكامها فكان الأحرى بالمحاكم الدنيا أن تلتزم بالنطق بالحكم في جلسة علنية اقتداءً بها باعتبارها أعلى محكمة قضائية في سلم النظام القضائي الليبي وهي علي رأس الجهاز القضائي في الدولة بكاملها .

ومن الجدير بالذكر أن هذا الفهم الخاطئ قد ساد حتى لدى المحكمة العليا في سالف عهدنا فقد جاء في ح كم قديم لها صدور في الطعن المدني رقم 10/25 ق بجلسة 1966/6/25م - قولها : " ومن حيث أن المادة (1/272) من قانون المرافعات نصت علي الآتي : تجري المداولة في الحكم سراً في غرفة المداولة ، وتقتصر علي القضاة الذين حضروا المرافعة ... " كما نصت المادة (275) مرافعات علي أنه:- يصبح الحكم علنياً بإيداعه قلم الكتاب المحكمة التي أصدرته ... من هذين النصين يتضح أنه يكفي لصحة الأحكام أن تصدر عن ذات الهيئة التي نظرت الدعوي ، وتداولت فيها ، وأصدرت حكمها فيها . وأما النطق بالحكم فهو نافلة لا تستوجبه نصوص القانون علي ذات الهيئة التي

أصدرته ، بل يكفي أن يصبح الحكم علنياً بإيداعه قلم الكتاب من المحكمة التي أصدرته " 1

إلا أنها سرعان ما عدلت عن هذا الفهم في قضاء آخر حيث جاء فيه قولها: " عند النطق بالحكم - وقد أوجب القانون أن يكون في جلسة علنية - يتعلق به حق المحكوم له ، ويمتنع على الهيئة التي أصدرته أن تعدل عنه ، أو تجري أي تعديل عليه ، فيما عدا الحالات المنصوص عليها قانوناً كتصحيح الخطأ المادي ، أو تفسير ما وقع في منطوقه من غموض أو إبهام " 2.

ومن يمعن النظر جيداً فيما جاء بالحكمين سالف الذكر يجد أن التناقض بينهما ظاهر للعيان إذ يكتفي الأول بمجرد الإيداع لاعتبار الحكم علنياً وأن النطق به مجرد نافذة ، بينما يوجب الثاني النطق بالحكم في جلسة علنية ، وهذا الأخير يتفق مع ما جري به قضاء المحكمة العليا من حيث أن الأمر المعتبر منهيّاً للمداولة ، والذي يحول دون العدول عما أسفرت عنه هو النطق بالحكم³ ، ولما كان النطق بالحكم أجراً جوهرياً ، لذلك فإن خطأ المحكمة في تلاوة المنطوق بما يؤثر في كيان الحكم أو يناقضه فلا سبيل إلي إصلاح ذلك الخطأ إلا بالطعن فيه بالطرق المقررة قانوناً للطعن علي الأحكام وهذا ما قررتة المحكمة العليا في حكمها في الطعن المدني رقم : 22/26 ق جلسة 1976/10/31 بقولها : " ولا تملك المحكمة تحت ستار التصحيح سحب الحكم الذي أصدرته ولا إحداث أي تغيير فيه أو إضافة إليه ، لما في ذلك من المساس بحجية الشيء المحكوم فيه ، فإذا هي أخطأت في تلاوة منطوق الحكم بما يؤثر علي كيانه أو يناقضه فإن

1- مجلة المحكمة العليا - السنة الثالثة - العدد الأول ، ص 20 ، 21 .

2- طعن مدني رقم 18/10 ق جلسة : 1972/2/14 - مجلة المحكمة العليا - السنة الثامنة- العدد الرابع ، ص 51 .

3- طعن مدني رقم 26/92 ق جلسة : 1982/3/29 - مجلة المحكمة العليا - س19 ع 2 ، ص 72 .

سبيل إصلاحه يكون بالطعن في الحكم بالطرق المقررة قانوناً ، ولا يجوز للمحكمة التي أصدرته الرجوع عنه ، أو التعديل في منطوقه¹ .

ومن المعروف أن النطق بالحكم معناه : تلاوته من قبل الهيئة مُصَدِّرُهُ بصوت عال في جلسة علنية ، لأن هذا الأجراء هو الذي يمنع الهيئة التي أصدرت الحكم من إحداث أي تغيير فيه ، ويحول بينها وبين إجراء أي تعديل عليه لأنه بمجرد النطق به (قضي الأمر الذي فيه تستفتيان) لأن المحكمة عندما تنطق بالحكم تكون قد استنفذت ولايتها ومن ثم يمتنع عليها الرجوع عما قضت به .

وما نذهب إليه من حيث وجوب النطق بالحكم في جلسة علنية ليس بدعاً من القول وإنما هو بمثابة تطبيق لمبدأ أساسي من مبادئ التنظيم القضائي في ليبيا وهو علانية الجلسات الذي نصت عليه جميع قوانين نظام القضاء ، المادة (30) من القانون رقم (29) لسنة 1962 الصادر بتاريخ : 1962/12/10 والمادة (20) من القانون رقم 51 لسنة 1976 الصادر بتاريخ : 5 مارس 2006م ، ولذا فإن ما جرى عليه العمل في أغلب المحاكم من حيث الاكتفاء بمجرد ايداع الاحكام أقلام بتاريخ صدورها وعدم النطق بها في جلسة علنية هو تحكيم لعرف خاطئ جرى به العمل به في المحاكم على نحو مخالف للقانون، كما يعتبر في الوقت نفسه عدم تقدير لمدى جسامة وفداحة الأثر المترتب علي عدم النطق بالحكم في جلسة علنية لأن ذلك يعطي لذوي الشأن وكل من له مصلحة، الحق في التمسك ببطلان هذا الحكم الذي إغْتَوْرَهُ هذا العيب الجوهرى وذلك عن طريق الطعن فيه للتقرير ببطلانه وقد استهجنتم المحكمة العليا مثل هذا العرف الخاطئ بقولها : " لا حاجة إلي تحكيم عرف قضائي أزاء صراحة النصوص

¹ - مجلة المحكمة العليا ، س 13 ع 3 ، ص 73 .

التشريعية ، وإذا اضطرت أحكام مخالفة لنص صريح في القانون لا يمكن أن تتولد عنها قاعدة صحيحة ملزمة " ¹ .

وقد نال هذا المسلك أنقباد المستشار الدكتور / خليفة الجهمي، حيث اشار إلي ذلك في كتاب " شرح قانون المرافعات والتجارية " منوهاً إلي أهمية النطق بالحكم في جلسة علنية حيث قال : " ... تتحدد ضوابط النطق بالحكم فيما يلي:

1- **التدوين**: إذ يلزم أن يتم تدوين منطوق الحكم في الورقة المعدة لذلك ، ويحرر المنطوق بمعرفة رئيس الهيئة مشفوعاً بتوقيعه، وتوقيع الاعضاء الآخرين ، ذلك أن الحكم محرر رسمي لا يثبت إلا بالكتابة .

2- **العلانية** : حيث يتعين أن يتم النطق بالحكم شفهيّاً في جلسة ، حتي ولو كانت الدعوي نظرت في جلسة سرية ، إعمالاً لما تُوجبُه المادة (2/25) من قانون نظام القضاء رقم (6) لسنة 2006م وذلك لبث الطمأنينة في نفوس المتقاضين ، وضمان احترام الجمهور لأحكام القضاء وعلى الرغم من صراحة النص علي وجوب علانية النطق بالأحكام ، إلا أن العمل في المحاكم يجري في أغلب الأحوال - مع الأسف - علي عدم الإلتزام بذلك تحت ذرائع مختلفة أقلها كثرة القضايا وضيق الوقت ، الأمر الذي يمكن معه القول بأن العلانية انقلبت من الناحية العملية إلي مجرد إمكانية اطلاع ذوي الشأن علي سجل منطوق الأحكام (سجل يومية الجلسات) وحصولهم علي صورة بسيطة أو رسمية منها بعد دفع الرسوم المقررة " ² .

¹ - طعن مدني رقم : 10/32 ق جلسة : 1966/5/28م مجلة المحكمة العليا السنة الثانية - العدد الأول - ص

. 18

² - ص 331 ، 332 .

وهناك كما سبق القول من يستند إلي نص المادة (275) مرافعات بأنه لم يشترط النطق بالحكم في جلسة علنية بل نص فقط علي مجرد ايداع الحكم قلم الكتاب بتاريخ صدوره وأن ذلك في حد ذاته كاف في نظرهم في اعتبار علنية الحكم متوافرة ، وقد فاتاالمحتجين بأن ذلك مردود عليه بأن نص المادة(25) من قانون نظام القضاء رقم(6) لسنة2006م في فقرته الثانية : " ... ويكون النطق بالحكم في جميع الأحوال في جلسة علنية " .

وهو ما حرص المشرع علي النص عليه حتي في قوانين نظام القضاء السابقة ولذا فإن أراء مثل هذا التعارض لا مفر من تطبيق القاعدة العامة في الغاء القوانين المقررة بموجب نص المادة الثانية من القانون المدني التي تقضي بأن القانون اللاحق ينسخ القانون السابق ، وهذا هو ما قررته المحكمة العليا في الطعن المدني رقم : 23/30 ق وجلسته : 1977/5/22م بقولها : " أن القانون اللاحق إذا تعارض مع قانون سابق أو نظم من جديد الموضوع الذي سبق أن قرر قواعد ذلك التشريع ، فإن القانون اللاحق هو الذي ينطبق دون القانون السابق الذي يعتبر منسوخاً نسخاً ضمناً"¹ . ونفس الشيء قضت في حكم آخر بأنه : " إذا تعارض القانون العام وهو قانون المرافعات مع أحكام قانون خاص وهو القانون رقم (1207 لسنة 1921م) فإن الخاص يقيد العام ، ويسري باعتباره استثناء مقررأ من الأصل العام " ² .

وبالإضافة إلي هذا كله فإن بالرجوع إلي المادة (118) من قانون نظام القضاء رقم (6) لسنة 2006 ف قد نصت صراحة علي الغاء أي حكم يخالف أحكامه وهو ما نصت عليه أيضاً حتي قوانين نظام القضاء السابقة (رقم 29

¹ - مجلة المحكمة العليا س 14 ع 2 ، ص 135 .

² - طعن مدني رقم 12/19 ق جلسة : 1966/5/7م - مجلة المحكمة العليا ، س 3 ع 2 ، ص 76 .

لسنة 1962م ، ورقم 51 لسنة 1976) .

ولرفع هذا التعارض يهيب الدكتور إبراهيم أبو النجا بالمشرع الليبي بأن يتدخل لإزالة هذا التعارض القائم بين النصين المشار إليهما بنص صريح في قانون المرافعات المدنية والتجارية¹ .

¹ - شرح قانون المرافعات المدنية والتجارية الليبي ، ص 481 .

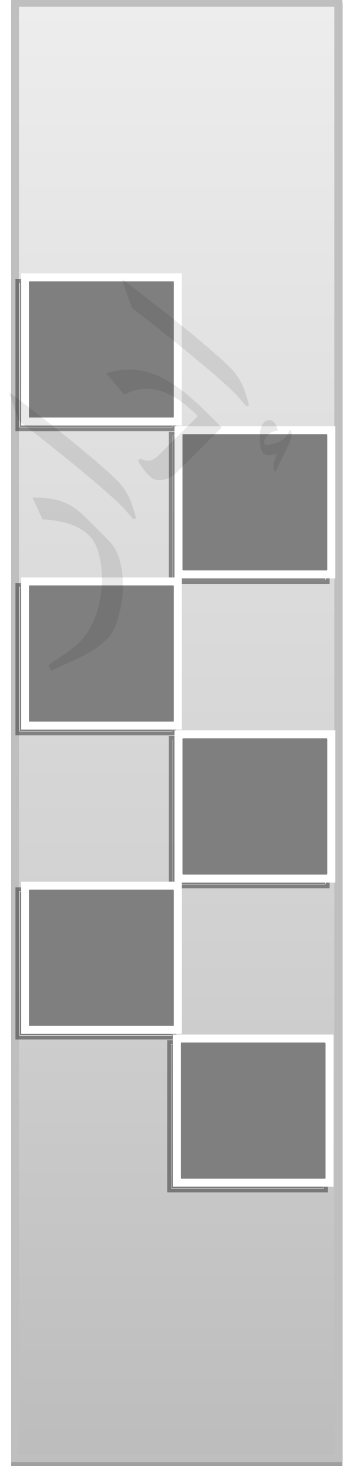
أحكام المحكمة العليا

❖ الطعون الإدارية

- الطعن الإداري رقم (03 / 64 ق).
- الطعن الإداري رقم (135 / 64 ق).
- الطعن الإداري رقم (210 / 64 ق).
- الطعن الإداري رقم (130 / 65 ق).
- الطعن الإداري رقم (150 / 65 ق).
- الطعن الإداري رقم (150 / 66 ق).

❖ الطعون المدنية

- الطعن المدني رقم (730 / 64 ق).
- الطعن المدني رقم (829 / 64 ق).
- الطعن المدني رقم (208 / 65 ق).
- الطعن المدني رقم (710 / 65 ق).



المحكمة العليا

((الدائرة الإدارية))

بالجلسة المنعقدة علناً صباح يوم الأربعاء 20 رجب 1440 هـ الموافق
2019.03.27 ميلادية بمقر المحكمة العليا بمدينة طرابلس.

برئاسة السيد المستشار الأستاذ : د. نور الدين علي العكرمي " رئيس الدائرة "

وعضوية السادة المستشارين الأساتذة : نصر الدين محمد العاقل .

: عبد القادر عبد السلام المنزاز .

وبحضور رئيس النيابة :

بنيابة النقض الأستاذ : _ مصباح نصر الجدي .

ومسجل الدائرة السيد : _ موسى سليمان الجدي .

اصدرت الحكم الآتي

في قضية الطعن الإداري رقم (03 / 64 ق)

المقدم من :

(وكيله المحامي / عقوب محمد بوشيبة)

ض د :

الممثل القانوني لرئاسة مجلس الوزراء

عن الحكم الصادر من محكمة استئناف البيضاء الدائرة الإدارية، بتاريخ
2016.06.20 في الدعوى الإدارية رقم 9 / 2015م.

بعد الإطلاع على الأوراق ، وتلاوة تقرير التلخيص ، وسماع المرافعة الشفوية ، ورأي نيابة النقض والمدولة.

الوقائع

أقام الطاعن الدعوى رقم (9 لسنة 2015م) أمام دائرة القضاء الإداري بمحكمة استئناف البيضاء ضد الجهات الإدارية ، طعنا بالإلغاء في القرار رقم (2015/336م) الصادر عن مجلس الوزراء بإعفائه من وظيفة المدير التنفيذي لصندوق الإنماء الاقتصادي الاجتماعي ، وانتهى في طلباته وبصفة مستعجلة وقف تنفيذ القرار المطعون فيه وفي الموضوع بإلغاء وإعادته إلى وظيفته السابقة وصرف مرتباته كاملة عن مدة الإيقاف .

والمحكمة بعد أن قضت في الشق المستعجل قضت في الموضوع برفضه.

((والحكم في الموضوع هو محل الطعن بالنقض))

الإجراءات

صدر هذا الحكم تاريخ (20/06/2016م) ولا يوجد بالأوراق ما يفيد إعلانه.

وبتاريخ (10/10/2016م) قرر محامي الطاعن الطعن فيه بطريق النقض لدى قلم كتاب المحكمة العليا ، مسددا الرسم ، ومودعاً الكفالة ، وسند الوكالة ومذكرة بأسباب الطعن وصورة من الحكم المطعون فيه وبتاريخ (20/10/2016م) أودع أصل ورقة إعلان الطعن معلنة إلى إدارة القضايا يوم (16/10/2016م) والتي خلت الأوراق مما يفيد إيداعها لأية أوراق أو مستندات .

أودعت نيابة النقض مذكرة بالرأي انتهت فيها إلى قبول الطعن شكلاً وفي الموضوع برفضه ، وبتاريخ (01/01/2019) قررت دائرة فحص الطعون

بالمحكمة إحالة الطعن إلى هذه الدائرة ، وبالجلسة المحددة لنظره تمسكت نيابة النقض برأيها وحجز الطعن للحكم لجلسة اليوم .

الأسباب

حيث إن الطعن استوفى أوضاعه القانونية فهو مقبول شكلاً.

وحيث ينعى الطاعن على الحكم المطعون فيه الخطأ في تطبيق القانون والفساد في الاستدلال ذلك إنه قضى برفض الدعوى - دون أن يتأكد من حسن تطبيق القانون عندما صدر قرار إعفائه من وظيفته وقد نصبت المحكمة نفسها كمجلس للتأديب ، وكان عليها التحقق من إحالة الطعان للتحقيق وعرضه على مجلس التأديب للدفاع عن نفسه مخالفة بذلك حكم المادتين (153 - 157) من قانون علاقات العمل وهو ما لم تأخذ به المحكمة بما يصم حكمها بالخطأ في تطبيق القانون ويتعين نقضه .

1- إنه أورد في مدوناته أن رئيس الإدارة يحق له إعفاء أي موظف من وظيفته ابتغاء المصلحة العامة دون أن تتأكد من أن ذلك صدر بمثابة عقوبة ضده مخالفة بذلك ما جاء في النعي في وجهه الأول ، كما لم تبحث المحكمة فيما قدمه من مستندات ولم تنتظر نتائج التحقيق معه من هيئة الرقابة الإدارية فيما نسب إليه في التقرير المقدم من رئيس مجلس الإدارة بالصندوق بما يصم الحكم بالقصور يستوجب نقضه .

وحيث إن النعي بوجهيه غير سديد ، ذلك أن اتخاذ أي إجراء تأديبي في حق الموظف لا يمنع جهة الإدارة التابع لها من نقله إلى عمل آخر لا تقل درجته عن درجة عمله السابق ولا يصح حمل هذا النقل على أنه عقوبة تأديبية عن الفعل المنسوب إليه الذي تم بموجبه إحالته إلى الجهة الرقابية لمساءلته عنها

تدائيباً إلا إذا قدم هذا الموظف ما يثبت أن نقله كان إساءة من الإدارة في استعمال سلطتها والقول بغير ذلك يعني وضع هذا الموظف المنقول في مركز أفضل من موظف آخر منقول لم يتخذ في حقه أو مواجهته أي إجراء تأديبي.

وحيث إن الحكم المطعون فيه أثبت في مدوناته قول الطاعن أن قرار إعفائه من مهام عمله كمدير عام لصندوق الإنماء الاقتصادي والاجتماعي - المؤرخ في (2015/06/07م) دون التحقيق معه في الوشاية المقدمة بمذكرة رئيس مجلس الإدارة بالصندوق ، وإحالته إلى مجلس التأديب وفق القانون لا يهدف إلى المصلحة العامة بل صدر كعقوبة ضده ، ولم يتطرق إلى بحث المستندات المؤيدة لذلك ، وبرر الحكم الطعين مشروعية القرار المطعون فيه على سند من القول (.. إن القرار المطعون فيه قد جاء على أسباب قانونية وواقعية قائمة وغير مخالفة لقواعد المشروعية الإدارية وأن للإدارة السلطة التقديرية في إصدار قراراتها مع مراعاة المصلحة العامة في اتخاذ القرار ولها حرية اختيار الأفضل لتسيير إدارتها لأنها الجهة المختصة والملمة بظروفها وأحوالها وتجد المحكمة أن القرار الطعين كان صائباً ومشروعياً وغايته نزيهة حيال ما جاء به الطاعن من تجاوزات أوضحت عنها الأوراق والمستندات المرفقة بأوراق الدعوى ولم يقدم الطاعن ما يدحضها ما أو يفيها بشكل قاطع قولاً وفعلاً من كل ذلك تنتهي إلى حكمها الوارد بالمنطوق)

وهذا الذي أورده الحكم له أصله الثابت بالأوراق ويكفي لحمل قضائه ويتفق مع التطبيق السليم للقانون ، ولا ينال منه قول الطاعن بأن جهة الإدارة (مجلس الوزراء) قد أحالته على هيئة الرقابة الإدارية للتحقيق معه وسماع أقواله وأنها لم تصدر قرارها بشأنه بعد لأن ذلك الإجراء المتخذ في مواجهته

سواء بإدانتته أو ببراءته لا يعصمه من النقل ، والقول بغير ذلك يعني وضع هذا الموظف المنقول في المركز أفضل من موظف آخر منقول لم يتخذ في مواجهة أي إجراء تأديبي ، ولما كان القرار المطعون فيه مما يدخل ضمن سلطة الإدارة التقديرية ولا يوجد ما يفيد تقديم الطاعن لأدلة إيجابية على انحراف جهة الإدارة عن سلطتها لغاية غير المصلحة العامة فإن نعي الطاعن بوجهيه يكون غير قائم على أساس بما يتعين رفضه .

فلهذه الأسباب

حكمت المحكمة بقبول الطعن شكلاً ، وفي الموضوع برفضه .

المحكمة العليا

((الدائرة الإدارية))

بالجلسة المنعقدة علناً صباح يوم الأربعاء 01 جمادي الآخر 1440 هـ الموافق
2019.2.6 ميلادية بمقر المحكمة العليا بمدينة طرابلس.

برئاسة السيد المستشار الأستاذ : د. نور الدين علي العكرمي " رئيس الدائرة "

وعضوية السادة المستشارين الأساتذة : نصر الدين محمد العاقل .

: عبد القادر عبد السلام المنزاز .

وبحضور رئيس النيابة :

بنيابة النقض الأستاذ : _ معمر عمر أبوغالية .

ومسجل الدائرة السيد : _ موسى سليمان الجدي .

اصدرت الحكم الآتي

في قضية الطعن الإداري رقم (135 / 64 ق)

المقدم من : 1- 2 3

4 5 6

7 8 9

10 11

(وكيلهم المحامي / مفتاح أحمد البوعيشي)

ضـــــــــــــــــد :

الممثل القانوني لصندوق الضمان الإجتماعي

(تنوب عنه إدارة القضايا)

عن الحكم الصادر من محكمة استئناف البيضاء الدائرة الإدارية، بتاريخ 2017.03.27 في الدعوى الإدارية رقم 56 /2016م.

بعد الإطلاع على الأوراق ، وتلاوة تقرير التلخيص، وسماع المرافعة الشفوية ، ورأي نيابة النقض والمدولة.

الوقائع

أقام الطاعنون الدعوى رقم (56 لسنة 2016م) أمام دائرة القضاء الإداري بمحكمة استئناف البيضاء مختصمين فيها الجهات الإدارية - طالبين إلغاء القرار الصادر عن المجلس الأعلى للقضاء في المنازعة رقم (10 لسنة 2013م) فيما تضمنه من رفض طلب تسوية معاشات الطاعنين بالنسبة الواردة بالقانون رقم (58/2012م) ورفض طلب استحقاق الطاعنين للعلاوة المقررة بالقرار رقم (76 لسنة 2012م) قالوا شارحاً لها إنهم كانوا أعضاء هيئة قضائية أحيلوا على التقاعد رفعوا دعواهم أمام المجلس الأعلى للقضاء طلبوا إلزام صندوق الضمان الإجتماعي بإعادة تسوية معاشاتهم وفقاً لأحكام القانون رقم (58 لسنة 2012م) وزيادتها بنفس النسبة التي زادت بها مرتبات نظرائهم العاملين على الأسس المبينة بالقانون رقم (58 لسنة 2012) بإحتساب نسبة 70% عن العشرين سنة الأولى من الخدمة 2% عن كل سنة لاحقة ، وبأحقيتهم في زيادة معاشاتهم وفقاً لقرار المجلس الأعلى للقضاء رقم (76 لسنة 2012م).

قضت المحكمة في الدعوى أولاً : بقبول الطعن شكلاً ، ثانياً : وفي الموضوع بإلغاء القرار المطعون فيه جزئياً وبإلزام المطعون ضده بإعادة تسوية معاشات الطاعنين بنسبة 70% عن عشرين سنة الأولى من الخدمة اعتباراً من تاريخ نفاذ القانون رقم (58 لسنة 2012م) في (18/01/2012م) كل حسب صفته ودرجته ورفض ما عدا ذلك من طلبات ، مع إلزام الطاعنين والمطعون ضده بالمصاريف مناصفة .

((وهذا هو الحكم المطعون فيه))

الإجراءات

صدر هذا الحكم بتاريخ (29/03/2017م) ولا يوجد بالأوراق ما يفيد إعلانه.

وبتاريخ (24/05/2017م) قرر محامي الطاعنين الطعن فيه بطريق النقض لدى قلم كتاب المحكمة العليا ، مسدداً الرسم ، مودعا الكفالة وسندات الوكالة ومذكرة بأسباب الطعن ، وأخرى شارحة ، وصورة من الحكم المطعون فيه ، وبتاريخ (07/06/2017م) أودع أصل ورقة إعلان الطعن معلنة إلى إدارة القضايا بتاريخ (21/06/2017م).

أودعت إدارة القضايا بتاريخ (21/06/2017) مذكرة دفاع .

أودعت نيابة النقض مذكرة بالرأي انتهت فيها إلى قبول الطعن شكلاً وفي الموضوع برفضه .

وبتاريخ (26/11/2018م) قررت دائرة فحص الطعون بالمحكمة إحالة الطعن إلى هذه الدائرة ، وبالجلسة المحددة لنظره تمسكت نيابة النقض برأيها ، وحجز الطعن للحكم بجلسة اليوم .

الأسباب

حيث إن الطعن استوفى أوضاعه القانونية فهو مقبول شكلاً.

وحيث ينعى الطاعنون على الحكم مخالفة القانون ، والفساد في الاستدلال والقصور في التسبيب من وجهين :-

1. إنه أيد قرار المجلس الأعلى للقضاء الصادر في المنازعة في رفضه لأحقية الطاعنين في العلاوة الصادرة القرار رقم (76 / 2012م) استناداً على أحكام الفقرة الأخيرة من المادة الأولى من القرار المنوه عنه خلافاً لما نصت عليه المادة (104) من القانون رقم (6 لسنة 2006) بشأن نظام القضاء المعدل بالقانون رقم (58 لسنة 2012م) والتي تنص على أنه " إدارة زيدت مرتبات أعضاء الهيئات القاضية العاملين زيد معاش المتقاعدين منهم بذات النسبة التي يزداد بها المرتب " وبمقتضاها أن أي زيادة تشمل العاملين من أعضاء الهيئات القضائية يسري على المتقاعدين ، وأن العلاوة المقررة لأعضاء الهيئات هي جزء من المرتب ويستحقها المتقاعدون عملاً بالمادة الثانية من القانون رقم (6 لسنة 2006) وأن حجبها عنهم بموجب قرار لائحي يتعارض مع القانون بما يتعين نقضه .

2. إنه قضى برفض الطعن مؤسسا ذلك على قياس الطاعنين المتقاعدين على أعضاء الهيئات القضائية المتفرغين لغير العمل بالهيئات القضائية وهو قياس غير سديد ، لأن المنتدبين على سبيل التفرغ من أعضاء الهيئات القضائية هم يعملون خارج الهيئات القضائية أما المتقاعدين فلا يؤدون أي عمل وأحيلوا على التقاعد وأنهم استندوا على نص المادة (104) من القانون رقم (6 لسنة 2006) بشأن القضاء المعدل بالقانون رقم (58 لسنة 2012) والحكم لم يتطرق لهذا الدفع ايراداً ولا رداً بما

يجعله قاصر البيان يتعين نقضه .

وحيث إن النعي بوجهيه غير سديد ، ذلك أن الحكم المطعون فيه قد أسس قضاءه برفض طلب الطاعنين زيادة معاشاتهم وفقاً لقرار المجلس الأعلى للقضاء رقم (76 لسنة 2012م) على سند من القول : " إن المخاطب بأحكام هذا القرار هم فئة الهيئات القضائية المتفرغين للعمل بالهيئات القضائية أو بالإضافة إلى أعمالهم داخل الهيئات القضائية ووجب تلك الزيادة على أعضاء الهيئات القضائية الذين سبق إحالتهم إلى التقاعد أسوة بالعاملين من رجال القضاء خارج الهيئات القضائية.. ومن ثم فإن الحكمة التي توخاها مصدر ذلك القرار لا تتوافر البتة في فئة أعضاء الهيئات القضائية الذين تقرر إحالتهم إلى التقاعد سواء قبل أو بعد صدور هذا القرار الأمر الذي يتعين معه عدم الاستجابة لطلب المدعين لانعدام أساسه القانوني.

وهذا الذي أورده الحكم يصلح لحمل قضائه وجاء سائغاً ذلك أنه يبين من مطالعة نص القرار المذكور أنه جاء واضحاً في لفظه ومعناه بأن جعل مناط استحقاق علاوة التمييز هو ممارسة العمل القضائي فعلياً وخصها بأعضاء الهيئات الذين يؤدون العمل القضائي بالفعل وحبها صراحة على المتقاعدين من أعضاء الهيئات القضائية لغير العمل بالهيئات القضائية ولا شك أن الذي لا يعمل بالهيئات القضائية لا يمارس العمل القضائي الذي هو مناط استحقاق العلاوة ، وبالتالي فإن صفة عضو الهيئات القضائية لا تكفي وحدها للاستفادة من أحكام القرار بل لا بد أن يتوفر فيه الشرط الثاني وهو أن يكون عاملاً بالهيئات القضائية .. ولما كان ذلك فإن المتفرغين لغير الهيئات القضائية لا يؤدون العمل القضائي

وكذلك المحالون على التقاعد لا يؤدون أي عمل قضائي بحكم القانون ، أما وقد اتحدت العلة وهي عدم ممارسة الفعالية للعمل القضائي فإن الحكم المطعون فيه لا يكون مخطئاً في أعماله لقياس الشبه بين الفئتين المذكورتين ويكون فيما انتهى إليه صحيح النتيجة وما تأسس عليه يكفي لحمل قضائه ولا يعيبه عدم الرد على ما استند إليه الطاعنون بشأن انطباق نص المادة (104) من القانون رقم (6 لسنة 2006) بشأن القضاء المعدل بالقانون رقم (58 لسنة 2012) طالما أنها ليست كذلك ، لأن نص المادة المذكورة - قد تعلق بأحكام تخص العاملين ممن لم يحالوا بعد إلى التقاعد ، حيث جرى بالآتي : (يستحق عضو الهيئات القضائية الذي تنتهي خدمته ببلوغ السن أو بسبب عدم اللياقة الصحية معاشاً تقاعدياً يحسب على أساس سبعين في المائة من آخر مرتب كان يتقاضاه متى بلغت مدة خدمته التقاعدية عشرين سنة وإذا زادت مدة الخدمة عن عشرين سنة زادت هذه النسبة بواقع اثنين في المائة عن كل سنة على أساس احتساب آخر مرتب كات يتقاضاه - وإذا زيدت مرتبات أعضاء الهيئات القضائية العاملين زيد معاش المتقاعدين منهم بذات النسبة التي يزداد بها المرتب الخ) .

وسياق النص واضح في انه خص أحكامه لمن ستنتهي خدمته من أعضاء الهيئات القضائية العاملين وقت صدوره ولم يطلقها لتشمل جميع المتقاعدين قبل صدوره وبعده .. واستمر في هذا التخصيص عندما أورد في فقرته الثانية بأنه إذا زيدت مرتبات أعضاء الهيئات القضائية العاملين زيد معاش المتقاعدين منهم بذات النسبة ، وجلى أن استعمال النص الضمير " منهم " يعود على ما قبله وهم أعضاء الهيئات القضائية العاملين .. فإن من يتقاعد منهم بعد صدوره يستفيد من تلك الزيادة التي

قررها النص وطالما أنه خص ولم يعمم فلا محل لإعمال أحكامه لغير من خصهم بلك وهو ما يتفق مع الأل في عدم رجعية القانون وسريانه باثر فوري ومباشر ما لم ينص صراحة على خلال ذلك وهو ما خلا منه نص المادة (104) محل النعى ومن ثم فهو لا يسري على من تقاعد قبل صدوره ، ويكون احتجاج الطاعنين بأحكام هذه المادة للتعيب على الحكم المطعون فيه فيما انتهى إليه من رفض طلبهم المتعلق بعلاوة التمييز غير قائم على أساس متعين الرفض ، وليس من شأن هذا التفسير للنص المذكور ما يمس الحكم المطعون فيه فيما قضى به للطاعنين من حقوق أخرى والتي لم تكن محلا للطعن المائل حتى وإن تأسس على خلافه .. أعمالاً للقاعدة " لا يضار الطاعن بطعنه " وهو ما تنوه به هذه المحكمة في أسباب حكمها دون إيرادها في المنطوق .

فلهذه الأسباب

حكمت المحكمة بقبول الطعن شكلا وفي الموضوع برفضه .

المحكمة العليا

((الدائرة الإدارية))

بالجلسة المنعقدة علناً صباح يوم الأربعاء 02 ربيع الأول 1441 هـ الموافق
2019.10.30 بمقر المحكمة العليا بمدينة طرابلس.

برئاسة السيد المستشار الأستاذ : د. نور الدين علي العكرمي " رئيس الدائرة "

وعضوية السادة المستشارين الأساتذة : نصر الدين محمد العاقل .

: عبد القادر عبد السلام المنساز .

وبحضور رئيس النيابة :

بنيابة النقض الأستاذ : _ عبد التواب محمد أبوسعدي .

ومسجل الدائرة السيد : _ موسى سليمان الجدي .

اصدرت الحكم الآتي

في قضية الطعن الإداري رقم (210 / 64 ق)

المقدم من : 1- رئيس المجلس الوزراء بالحكومة المؤقتة

1- وزير الزراعة والثروة الحيوانية بالحكومة المؤقتة،

(تتوب عنهما / إدارة القضايا)

ضد :

.....

وكيله المحامي / يحي عبد الله العوكلي

عن الحكم الصادر من محكمة استئناف البيضاء الدائرة الإدارية، بتاريخ 2017.06.19 في الدعوى الإدارية رقم 75 / 2017م.

بعد الإطلاع على الأوراق ، وتلاوة تقرير التلخيص، وسماع المرافعة الشفوية ، ورأي نيابة النقض والمدولة.

الوقائع

أقام الطاعنان بصفتيهما الدعوى رقم (75 لسنة 2017) أمام دائرة القضاء الإداري بمحكمة استئناف البيضاء في مواجهة المطعون ضده ، طالبين إلغاء القرار رقم (5 لسنة 2015) الصادر عن لجنة تقدير الأتعاب وفض المنازعات المشكلة بموجب القرار رقم (1 لسنة 2016) عن النقابة العامة للمحامين ، النقابة الفرعية بدائرة محكمة استئناف البيضاء " القاضي بإلزام المدعى عليهما بدفع مبلغ وقدره " مائة وإثنان وستون ألفاً وخمسمائة وستة وثمانون ديناراً وتسعة وأربعون درهماً. " وبصفة مستعجلة وقف تنفيذه ، قالاً بياناً لها إنه بتاريخ (14/06/2012م) قام الطاعن " الثاني " بصفته بتكليف المطعون ضده بصفته يعمل محامياً بفحص ومراجعة وتقييم ملفات دائني البرنامج الوطني لتنمية الغطاء النباتي من حيث صحة وسلامة هذه الديون ، ومسئولية وزارة الزراعة عنها ، وتحديد قيمتها ، وبعد أن أنجز المهمة الموكلة إليه ، طلب إلى اللجنة المذكورة تقدير أتعابه عن تلك المهمة - نظرت اللجنة (تقدير الأتعاب) وأصدرت قرارها الطعين ، والذي لم ترتضيه الجهة الطاعنة فقررت الطعن فيه بالإلغاء .

قضت المحكمة في الدعوى - بعدم قبول الطعن شكلاً لرفعه على غير ذي صفة.

((وهذا الحكم المطعون فيه))

الإجراءات

صدر هذا الحكم بتاريخ (2017/06/19م) وأعلن بتاريخ (2017/07/20م) وبتاريخ (2017/09/14م) قررت إدارة القضايا الطعن فيه بطريق النقض لدى قلم كتاب المحكمة العليا وأودعت مذكرة بأسباب الطعن ، وأخرى شارحة ، وصورة من الحكم المطعون فيه ، وبتاريخ (2017/09/28م) أودعت أصل ورقة إعلان الطعن معلنة إلى المطعون ضده يوم (2017/09/24م) وبتاريخ (2019/10/24) أودع دفاع المطعون ضده مذكرة دفاع انتهى فيها إلى عدم ولاية القضاء الإداري بنظر الدعوى - مشفوعة بسند توكيل.

أودعت نيابة النقض مذكرة بالرأي انتهت فيها إلى قبول الطعن شكلاً وفي الموضوع برفضه.

وبتاريخ (2019/01/01م) قررت دائرة فحص الطعون بالمحكمة إحالة الطعن إلى هذه الدائرة وبالجلسة المحددة لنظره تمسكت نيابة النقض برأيها ، وحجز الطعن للحكم لجلسة يوم (2019/10/23) ومد أجل النطق به لجلسة اليوم .

الأسباب

وحيث إن الطعن استوفى أوضاعه القانونية فهو مقبول شكلاً.

وحيث إن ما أثاره دفاع المطعون ضده في مذكرة دفاع : بعدم اختصاص دائرة القضاء الإداري بنظر المنازعة - فهو سديد ، لك أن من المقرر أن الاختصاص الولائي من المسائل الأولية التي يجب على المحكمة أن تتصدى لها قبل الخوض في موضوع الدعوى ، وتقضي به المحكمة العليا من تلقاء نفسها لتعلقه بالنظام العام.

ولما كانت المادة (30) من القانون رقم (3 لسنة 2014) بشأن المحاماة قد نصت على أن " يبرم المحامي مع موكله اتفاقاً يحدد بموجبه قيمة الأتعاب المتفق عليها وكيفية الوفاء بها ، وإذا لم يوجد اتفاق مكتوب ، تقدر الأتعاب بمعرفة النقابة الفرعية أو اللجنة المشكلة لهذا الغرض وتكون تقديراتها ملزمة لذوي الشأن ، ويعطى الاتفاق المبرم أو تقدير الأتعاب من قبل النقابة أو اللجنة قوة السند التنفيذي ، ويمنح الصيغة التنفيذية بأمر من رئيس المحكمة الابتدائية المختصة . " كما نص قرار النقابة العامة للمحامين رقم (1 لسنة 2015) بإصدار اللائحة التنفيذية رقم (3 لسنة 2015) في الفصل الثاني (أتعاب المحاماة) في المواد (19-20-21-22-23) على كيفية الفصل في هذه الأتعاب وطريقة عمل كل من النقابة الفرعية ولجنة تقدير الأتعاب من غير أن تنص اللائحة المذكورة على طريقة الطعن في هذه القرارات .

وكانت المادة الخامسة عشرة الفقرة الثانية من قانون المحاماة المذكور قد نصت : على جواز الطعن أمام القضاء الإداري في القرارات الصادرة عن لجنتي قبول المحامين المنصوص عليها بالمادتين (7-14) من القانون المذكور ، كما نص في المادة (47) منه على جواز الطعن أمام القضاء الإداري في قرارات مجلس تأديب المحامين .

فإن مفاد ذلك أن غيرها من القرارات التي تصدر عن النقابة العامة للمحامين وفروعها ولم ينص القانون على جعل الطعن فيها من اختصاص القضاء الإداري تخضع لولاية القضاء العادي باعتباره صاحب الولاية العامة .

ولما كان القرار الطعين قد صدر عن لجنة تقدير الأتعاب فإن هذا القرار لا يختص القضاء الإداري بنظره ، لأنه ليس من القرارات المنصوص عليها في المادة (7) - 14 - (47) من قانون المحاماة المذكور على النحو السالف بيانه ، وإذا قضى

الحكم المطعون فيه على خلاف ذلك فإنه يكون مخطئاً في تطبيق القانون متعين النقض ، دون حاجة لمناقشة أسباب الطعن .

وحيث إن مبنى النقض مخالفة قواعد الاختصاص والدعوى صالحة للفصل فيها فإن المحكمة تقضي فيها عملاً بنص المادة (357) من قانون المرافعات .

فلهذه الأسباب

حكمت المحكمة بقبول الطعن شكلاً ، ونقض الحكم المطعون فيه وفي الدعوى الإدارية رقم (75 لسنة 2017) استثناءً البيضاء بعدم اختصاص القضاء الإداري ولأثماً بنظرها .

المحكمة العليا

((الدائرة الإدارية))

بالجلسة المنعقدة علناً صباح يوم الأربعاء 20 جمادي الأول 1441 هـ الموافق
2020.01.15 ميلادية بمقر المحكمة العليا بمدينة طرابلس.

برئاسة السيد المستشار الأستاذ : د. نور الدين علي العكري " رئيس الدائرة "

وعضوية السادة المستشارين الأساتذة : نصر الدين محمد العاقل .

: صلاح الدين فاتح الحبروش .

: عبد الله محمد أبو رزيزة .

: عبد القادر عبد السلام المنزاز .

وبحضور المحامي العام :

بنيابة النقض الأستاذ : _ ناجي محمد الزواوي .

ومسجل الدائرة السيد : _ موسى سليمان الجدي .

اصدرت الحكم الآتي

في قضية الطعن الإداري رقم (130 / 65 ق)

المقدم من :

(وكيله المحامي / عبد الكريم مفتاح المبروك)

ض د :

1- رئيس المجلس الأعلى للقضاء

2- رئيس إدارة التفتيش القضائي

(تنوب عنهما / إدارة القضايا)

عن الحكم الصادر من محكمة استئناف بنغازي الدائرة الإدارية، بتاريخ
2018.03.20 الدعوى الإدارية رقم 125 / 2016م.

بعد الإطلاع على الأوراق ، وتلاوة تقرير التلخيص، وسماع المرافعة الشفوية ،
ورأي نيابة النقض والمداولة.

الوقائع

أقام الطاعن الدعوى رقم (2016/125م) أمام دائرة القضاء الإداري بمحكمة
استئناف بنغازي مختصاً فيها المطعون ضدهما بصفتيهما : طعنأ بالإلغاء في
القرار السلبي بامتناع المطعون ضده الأول بصفته في الرد على التظلم المقدم إليه
بشأن ما صدر عن وكيل وزارة العدل بكتابه رقم (4 - 2 - 800) المؤرخ في
(06/06/2016) الموجه إليه - بإبلاغه بإحالاته على التقاعد اعتباراً من نهاية
(30/06/2016) والمرفق معه صورة من الحكم الصادر عن دائرة القضاء المدني
بتعديل تاريخ ميلاده وشهادة إبلاغ صورة منه إلى إدارة التفتيش القضائي وعرضه
على الجمعية العمومية لمحكمة استئناف بنغازي في اجتماعها المؤرخ في
(28/06/2016) وتمديد فترة عمله لمدة سنتين - وموافقة الجمعية على أدائه
العمل بالمحكمة .

وانتهى إلى طلب الحكم بصفة مستعجلة وقف تنفيذ القرار السلبي بامتناع المجلس
الأعلى للقضاء عن الرد ، وفي الموضوع بإلغاء القرار الطعين ، وما ترتب عليه
من آثار ، قضت المحكمة في الدعوى - بعدم اختصاصها بنظر الطعن .

((وهذا هو الحكم المطعون فيه))

الإجراءات

صدر هذا الحكم بتاريخ (2018/03/20) ولا يوجد بالأوراق ما يفيد إعلانه ،
وبتاريخ (201/06/06) قرر محامي الطاعن الطعن فيه بطريق النقض لدى قلم
كتاب المحكمة العليا مسدداً الرسم ، مودعاً الكفالة وسند الوكالة ، ومذكرة بأسباب
الطعن ، وصورة من الحكم المطعون فيه وبتاريخ (2018/06/14) أودع أصل
ورقة إعلان الطعن معلنة إلى إدارة القضايا في اليوم السابق .

وبتاريخ (2018/07/04) أودعت إدارة القضايا مذكرة دفاع .

أودعت نيابة النقض مذكرة بالرأي انتهت فيها إلى قبول الطعن شكلاً وفي
الموضوع برفضه .

وبتاريخ (2019/07/01) قررت دائرة فحص الطعون بالمحكمة إحالة الطعن إلى
هذه الدائرة وبالجلسة المحددة لنظره تمسكت نيابة النقض برأيها ، وحجز الطعن
للحكم لجلسة اليوم .

الأسباب

وحيث إن الطعن استوفى أوضاعه القانونية فهو مقبول شكلاً.

وحيث ينعي الطاعن على الحكم المطعون فيه الخطأ في تطبيق القانون ، والفساد
في الاستدلال وأية ذلك إنه أخطأ عندما اعتبر أن القرار المطعون فيه هو القرار
الصادر عن المجلس الأعلى للقضاء بإحالة الطاعن على التقاعد ، وقضى بعدم
ولاية القضاء الإداري بنظر الطعن باعتبار أن المجلس المذكور هو المختص دون
غيره بالفصل في الطلبات التي يقدمها أعضاء الهيئات القضائية المتعلقة بالشئون

الوظيفية لأعضائه ، مما يدخل في اختصاص القضاء الإداري ، في حين أن قرار إحالته على التقاعد صادر عن وكيل وزارة العدل بموجب إخطار بذلك ، وهذا القرار قد تظلم منه الطاعن أمام المجلس المذكور ولم يرد عليه ، بما يعده قراراً سلبياً مما يجوز الطعن فيه بالإلغاء طبقاً لأحكام القانون رقم (6 لسنة 2006م) بشأن نظام القضاء ، بما يعيب الحكم بالفهم الخاطئ لطلبات الطاعن وبفساد الاستدلال بما ليس له أصل في الأوراق وبالمخالفة للإجراءات القانونية التي أوجب المشرع اتخاذها .. وهو ما يعيبه ويتعين نقضه .

وحيث إن هذا النعى غير سديد ، ذلك أن الاختصاص الولائي بين المحاكم من النظام العام ويتعين على المحكمة قبل الخوض في طلب وقف تنفيذ القرار المطعون فيه أن تتبين مدى اختصاصها بنظر النزاع باعتبار أن ذلك من المسائل الأولية .

وحيث إن موضوع المنازعة يتمثل في القرار الصادر بإحالة الطاعن (وهو أحد أعضاء الهيئات القضائية) الي التقاعد مما يختص بنظره المجلس الأعلى للقضاء دون غيره بوصفه محكمة القضاء الإداري .

ولما كان ذلك وكان القانون رقم (6 لسنة 2006م) بشأن نظام القضاء وتعديلاته قد نص في مادته الخامسة على أن " يختص المجلس بالإشراف على شؤون القضاء وممارسة كافة الاختصاصات المتعلقة بالشؤون الوظيفية لأعضاء الهيئات القضائية على الوجه المبين في هذا القانون .

ونصت المادة السادسة الفقرة الأولى بند 1 على أن يختص المجلس دون غيره بالفصل في الطلبات التي يقدمها أعضاء الهيئات القضائية بالمسائل الآتية : 1- إلغاء القرارات الإدارية النهائية المتعلقة بأي شأن من الشؤون الوظيفية لأعضاء الهيئات القضائية مما يدخل أصلاً في اختصاص القضاء الإداري . 2. 3 ... إلخ

، ونصت المادة السابعة منه " تقدم الطلبات المبينة في المادة السابقة بعريضة تودع أمانة سر المجلس تتضمن البيانات المتعلقة بأسماء الخصوم وصفاتهم ومحال إقامتهم وبياناتاً كافية عن موضوع الطلب .

وعلى الطلب أن يودع مع العريضة حافظة مستندات التي تؤيد طلبه ، ولا تحصل رسوم على هذه الطلبات .

ونصت المادة (8) من ذات القانون على أن : _ " يعين رئيس المجلس أو من يقوم مقامه أحد أعضائه لنظر تجهيز الدعوى وتهيئتها للمرافعة وله إصدار القرارات اللازمة لذلك ، وعلى أمانة السر المجلس إعلان الخصوم بصورة من العريضة مع تكليفهم بالحضور في الجلسة التي تحدد لتحضير الدعوى ، وبعد تحضير الدعوى يعرض العضو المعين الأوراق على رئيس المجلس أو من يقوم مقامه لتحديد جلسة لنظر الدعوى أمام المجلس ، ويفصل المجلس في هذا الطلب بعد تلاوى العضو المعين لتحضير تقريراً يبين فيه أسباب الطلب والرد عليها ويحصر نقاط الخلاف التي تنازعها الخصوم ودون أبداء الرأي فيها ، وبعد سماع أقوال الخصوم ويجري تحضير الدعوى والفصل فيها على وجه السرعة. "

وحيث إن الثابت من أوراق الطعن أن القرار موضوع الدعوى الماثلة حسبما وصفه الطاعن هو امتناع (المجلس الأعلى للقضاء) عن الرد على تظلمه الذي تقدم به إلى فرع إدارة التفتيش القضائي - بنغازي المؤرخ في (06/01/2016م) للاعتراض على الخطاب الموجه إليه بموجب كتاب وكيل وزارة العدل المؤرخ (06/06/2016م) بافادته ببلوغه السن القانونية لانتهاء الخدمة من نهاية يوم (30/06/2016م) وطلب إحالة التظلم إلى الإدارة العامة للتفتيش القضائي ، وعرضه على المجلس الأعلى للقضاء ، وعدم الرد على هذا التظلم بما يعده قراراً إدارياً سلبياً بما يجوز الطعن فيه بالإلغاء أمام دائرة القضاء الإداري .

وحيث إن الثابت من المستندات المرفقة أن رئيس إدارة التفتيش على الهيئات القضائية قد رد على التظلم المحال إليه عن طريق الفرع المذكور برفض التظلم وذلك بالتطبيق لنص المادة (99) من قانون نظام القضاء (المعدله بالقانون رقم 14 لسنة 2013) و تم إخطار الطاعن يوم (2016/10/12م) وحيث إن الثابت من الأوراق أن الطاعن لم يرفع دعوى أمام المجلس الأعلى للقضاء وفقاً للمادتين (7-8) من القانون رقم (6 لسنة 2006) وأن موضوع المنازعة يتعلق بشأن من الشؤون الوظيفية لأعضاء الهيئات القضائية (قرار إحالته على التقاعد) مما يختص بنظره المجلس المذكور دون غيره بوصفه محكمة قضاء إداري ، ولا يغير من ذلك تقديم تظلم إلى رئيس إدارة التفتيش القضائي ورده عليه ، لأنه لا يقوم مقام الدعوى التي كان على الطاعن رفعها أمام المجلس وفق ما تضمنته المادتان المشار إليهما في القانون .

وحيث إن الحكم المطعون فيه قد التزم هذا النظر فإنه يكون قد طبق صحيح القانون ويكون النعي عليه قائماً على غير أساس بما يتعين رفضه .

فلهذه الأسباب

حكمت المحكمة بقبول الطعن شكلاً ، وفي الموضوع برفضه .

المحكمة العليا

((الدائرة الإدارية))

بالجلسة المنعقدة علناً صباح يوم الأربعاء 20 جمادي الأول 1441 هـ الموافق
2020.01.15 ميلادية بمقر المحكمة العليا بمدينة طرابلس.

برئاسة السيد المستشار الأستاذ : د. نور الدين علي العكري " رئيس الدائرة "

وعضوية السادة المستشارين الأساتذة : نصر الدين محمد العاقل .

: صلاح الدين فاتح الحبروش .

: عبد الله محمد أبو رزيزة .

: عبد القادر عبد السلام المنزاز .

وبحضور المحامي العام :

بنيابة النقض الأستاذ : _ ناجي محمد الزواوي .

ومسجل الدائرة السيد : _ موسى سليمان الجدي .

اصدرت الحكم الآتي

في قضية الطعن الإداري رقم (150 / 65 ق)

المقدم من : 1 2

3 4

(وكيله المحامي / عمر المبروك عون الله)

ضــــد :

- 1- الممثل القانوني لمجلس الأعلى للقضاء بصفته 2- معالي الأستاذ وزير العدل بصفته . 3- معالي الاستاذ المحامي العام بمحكمة استئناف طرابلس بصفته 4- معالي وزير المالية بصفته .

(تنوب عنهما / إدارة القضايا)

5.. علي مفتاح معتوق عطية 6 -الصادق مفتاح معتوق عطية

(وكيلهم المحامي / خليفة محمد نياب)

عن الحكم الصادر من محكمة استئناف طرابلس الدائرة الإدارية، بتاريخ 2018.03.28 في الدعوى الإدارية رقم 232 / 2017م.

بعد الإطلاع على الأوراق ، وتلاوة تقرير التلخيص، وسماع المرافعة الشفوية ، ورأي نيابة النقض والمداولة.

الوقائع

أقام الطاعنون الدعوى رقم (232 لسنة 2017م) أمام دائرة القضاء الإداري بمحكمة استئناف طرابلس في مواجهة الجهات الإدارية وآخرين طعنًا على قرار المحامي العام بدائرة محكمة استئناف طرابلس القاضي باعتماد الرأي الذي انتهى إليه عضو النيابة العامة القاضي بفتح الطريق الزراعي لتمكين مقدم الشكوى - المطعون ضده الخامس - من الوصول لأرضه طالبين قبول طعنهم شكلاً وبصفة مستعجلة وقف تنفيذ القرار المطعون فيه بكافة آقاره وإلزام المطعون ضدهم بدفع مبلغ ألفي دينار كتعويض مؤقت عن الضررين المادي والمعنوي.

والمحكمة قضت بعدم اختصاصها ولأثماً بنظر الطعن .

((وهذا هو الحكم المطعون فيه))

الإجراءات

صدر الحكم المطعون فيه بتاريخ (2018/03/28م) ولا يوجد بالأوراق ما يفيد إعلانه وبتاريخ (2018/07/04م) قرر محامي الطاعنين الطعن عليه بطريق النقض لدى قلم كتاب المحكمة العليا مسدداً الرسم مودعاً الكفالة وسندات الوكالة ومذكرة بأسباب الطعن وأخرى شارحة وصورة من الحكم المطعون فيه ، وبتاريخ (2018/07/16م) اودع أصل ورقتي إعلان الطعن معلنتين إلى المطعون ضدهم بتاريخ (5 - 10 / 07 / 2018م).

بتاريخ (2018/07/24م) أودع محامي المطعون ضدهما الخامس والسادس مذكرة الدفاع .

وبتاريخ (2018/08/13م) أودعت إدارة القضايا مذكرة دفاع .

وبتاريخ (2018/08/26م) أودع محامي الطاعنين مذكرة دفاع رادة .

أودعت نيابة النقض مذكرة بالرأي انتهت فيها إلى قبول الطعن شكلاً ونقض الحكم المطعون فيه والإعادة .

وبتاريخ (2019/10/ 21م) قررت دائرة فحص الطعون بالمحكمة إحالة الطعن إلى هذه الدائرة.

وبالجلسة المحددة لنظر الطعن تمسكت نيابة النقض برأيها وحجزت الدعوى للحكم بجلسة اليوم .

الأسباب

حيث إن الطعن استوفى أوضاعه القانونية فهو مقبول شكلاً .

وحيث يعنى الطاعنون على الحكم المطعون فيه مخالفة القانون والقصور في التسبب والفساد في الاستدلال ومخالفة الثابت بالأوراق والإخلال بحق الدفاع وبيان ذلك :

1. إنه لم يتناول بالبحث دفاع الطاعنين المتعلق بعدم إعلان القرار وأنهم قاموا بالتظلم منه لدى مكتب النائب العام وظل التظلم قيد التداول بين مكتب النائب العام والمحامي العام حتى ما بعد التقرير بالطعن في القرار ، وكما أن القرار الطعين معدوم لما شابه من عيب عام الاختصاص الجسيم مما يجعل الطعن عليه غير مقيد بميعاد .

2. إنه اعتبر القرار الطعين قراراً قضائياً يتم الطعن عليه وفق طرق الطعن في الأحكام والقرارات القضائية في حين أنه قرار إداري يخرج عن سلطة واختصاص النيابة العامة ذلك أن القانون رقم (155 لسنة 1970) المعدل بالقانون رقم (8 لسنة 1977) منح الاختصاص بإصدار قرارات فتح الطرق الزراعية للجان الطرق الزراعية التي نص عليها مما يجعل القرار الطعين قراراً إدارياً مشوباً بالإنعدام ويختص القضاء الإداري بنظر الطعن فيه مما يجعل الحكم الطعين وقد خالف ذلك معيياً متعين النقض .

وحيث إنه عن الوجه الأول من النعي فهو في غير محله ، ذلك إنه لا يستقيم التعيب على حكم بما ليس فيه وإنه يجب أن يكون النعي منصباً على ما تناوله الحكم المطعون فيه في أسبابه وإلا كان غير مقبول .

ولما كان ذلك وكان الحكم المطعون فيه قد قضى بعدم اختصاصه بنظر

الدعوى فإن النعي عليه بعدم بحث المسائل المتعلقة بقبول الدعوى أو موضوعها يكون غير قائم على أساس متعين الرفض.

وحيث إنه عن الوجه الثاني من النعي فهو في محله ، ذلك أن المناط في اعتبار قرارات النيابة العامة قرارات قضائية أو قرارات إدارية هو موضوع هذه القرارات فإذا تعلق موضوعها بما تتخذه النيابة العامة بحكم وظيفتها القضائية كإجراءات التحقيق أو الإتهام أو التصرف بالأوجه لإقامة الدعوى الجنائية إلى غير ذلك من الإجراءات المخولة لها بحكم هذه الوظيفة فإنها تكون قرارات قضائية ولا يختص القضاء الإداري بنظر الطعن عليها ، أما إذا كان موضوعها متعلقاً بوظيفة النيابة العامة الإدارية كقرارات النقل أو الندب أو التأديب أو غيرها من الاختصاصات الإدارية المخولة لها قانوناً بحكم وظيفتها الإدارية فإنها تكون قرارات إدارية مما يجوز الطعن عليها بالإلغاء ولا تنتفي عنها هذه الصفة لكونها قد صدرت عن جهة قضائية .

لما كان ذلك وكان القرار المطعون فيه الصادر عن المحامي العام بدائرة محكمة استئناف طرابلس قد صدر بتمكين المطعون ضده من فتح طريق لاستغلال أرضه بناء على طلبه المقدم للنيابة العامة لفتح طريق يوصله إلى أرضه المحبوسة ، فإن القرار المطعون فيه على هذا النحو لا يقع في نطاق الوظيفة القضائية للمحامي العام - إذ أن المشرع نظم آلية إصدار مثل هذه القرارات في القانون رقم (155 لسنة 1970) بشأن المرور إلى المزارع والأراضي الزراعية وتعديلاته - ويكون بذلك قراراً إدارياً مما يجوز الطعن عليه بالإلغاء أمام دوائر القضاء الإداري بمحاكم الاستئناف ولا تنتفي عنه هذه الصفة لمجرد كون مصدره من رجال القضاء .

وحيث إن الحكم المطعون فيه لم يلتزم هذا النظر وقضى بعدم اختصاص القضاء الإداري ولأثماً بنظر الطعن في القرار الطعين فإنه يكون قد خالف القانون بما يتعين معه نقضه.

فلهذه الأسباب

حكمت المحكمة بقبول الطعن شكلاً ، ونقض الحكم المطعون فيه ، وإعادة الدعوى إلى محكمة استئناف طرابلس - دائرة القضاء الإداري - لنظرها مجدداً من هيئة أخرى .

المحكمة العليا

((الدائرة الإدارية))

بالجلسة المنعقدة علناً صباح يوم الأربعاء 01 صفر 1443 هـ الموافق
2021.09.08 ميلادية بمقر المحكمة العليا بمدينة طرابلس.

برئاسة السيد المستشار الأستاذ : د. نور الدين محمد العاقل " رئيس الدائرة "

وعضوية السادة المستشارين الأساتذة : محمد أبو عجيلة دياب .

: عبد القادر عبد السلام المنساز .

وبحضور المحامي العام :

بنيابة النقض الأستاذ : _ معمر عمر أبو غالية .

ومسجل الدائرة السيد : _ موسى سليمان الجدي .

اصدرت الحكم الآتي

في قضية الطعن الإداري رقم (150 / 66 ق)

المقدم من :

(وكيله المحامي / يوسف قويطين)

ض د :

الممثل القانوني للهيئة التأسيسية لصياغة مشروع الدستور

(تنوب عنه / إدارة القضايا)

عن الحكم الصادر من محكمة استئناف البيضاء الدائرة الإدارية، بتاريخ 21 يناير 2019م، في الدعوى الإدارية رقم 62 لسنة 2018م.

بعد الإطلاع على الأوراق ، وتلاوة تقرير التلخيص، وسماع المرافعة الشفوية ، ورأي نيابة النقض والمدولة.

الوقائع

أقام المطعون ضده بصتفه الدعوى الإدارية رقم (62 لسنة 2018م) أمام دائرة القضاء الإداري بمحكمة استئناف البيضاء في مواجهة الطاعن طعنًا في قرار لجنة فض المنازعات المشكلة من نقابة المحامين بموجب القانون رقم (3 لسنة 2014م) بشأن مهنة المحاماة قال شارحاً لها بأن الطاعن عمل مستشاراً قانونياً لدى الهيئة التأسيسية لصياغة مشروع الدستور والتي رفضت طلب تسوية أتعابه فتظلم أمام لجنة فض المنازعات التي قررت بإلزام الهيئة بدفع مبلغ ثمانية وأربعين ألف ديناراً مقابل أتعابه فطعن في هذا القرار بالطعن المائل وطلب بصفة مستعجلة وقف تنفيذ القرار المطعون فيه وفي الموضوع بإلغائه.

قضت المحكمة بقبول الطعن شكلاً وبوقف تنفيذ القرار المطعون فيه .

((وهذا هو الحكم المطعون فيه))

الإجراءات

صدر هذا الحكم بتاريخ (21 / 01 / 2014م) ولا يوجد ما يفيد إعلانه وبتاريخ (03 / 03 / 2019م) قرر محامي الطاعن الطعن فيه بالنقض لدى قلم كتاب المحكمة العليا مسدداً الرسم مودعاص الكفالة وسند الوكالة ومذكرة بأسبابه وصورة من الحكم المطعون فيه .

وبتاريخ (2019/03/12م) أودع أصل ورقة إعلان الطعن معلنة إلى المطعون ضده لدى إدارة القضايا في (2019/03/04م).

وبتاريخ (2019/03/26م) أودعت إدارة القضايا مذكرة دفاع .

أودعت نيابة مذكرة بالرأي انتهت فيها إلى قبول الطعن شكلاً وفي الموضوع بنقض الحكم المطعون فيه وفي الدعوى الإدارية رقم (62 / 2018م) استئناف طرابلس بعدم قبول الدعوى لرفعه بعد الميعاد.

وبتاريخ (2021/05/25م) قررت دائرة فحص الطعون بالمحكمة إحالة الطعن إلى هذه الدائرة ، وبالجلسة المحددة لنظره تمسكت نيابة النقض برأيها وحجزت الدعوى للحكم بجلسة اليوم (2021/08/04م) ومد أجل النطق بالحكم لجلسة اليوم .

الأسباب

حيث إن الطعن استوفى أوضاعه القانونية فهو مقبول شكلاً.

وحيث إنه من المقرر ان الاختصاص الولائي من المسائل الأولية التي يجب على المحكمة تتصدى لها قبل الخوض في موضوع الدعوى ، وتقضي به المحكمة العليا من تلقاء نفسها لتعلقه بالنظام العام ، وعلى ما جرى عليه قضاء هذه المحكمة من أن المادة (30) من القانون رقم (3 لسنة 2014م) بشأن المحاماة قد نصت على أن يبرم المحامي مع موكله اتفاقاً يحدد بموجبه قيمة الأتعاب المتفق عليها ، وكيفية الوفاء بها ، وإذا لم يوجد اتفاق مكتوب تقدر الأتعاب بمعرفة النقابة الفرعية أو اللجنة المشكلة بهذا الغرض وتكون تقديراتها ملزمة لذوي الشأن ، ويعطى الاتفاق المبرم أو تقدير الأتعاب من قبل النقابة أو اللجنة قوة السند التنفيذي ، ويمنح الصيغة التنفيذية بأمر من رئيس المحكمة الابتدائية المختصة ، كما نص قرار النقابة العامة للمحامين رقم (1 لسنة 2015) ،

بإصدار اللائحة التنفيذية رقم (3 لسنة 2015) في الفصل الثاني (أتعاب المحاماة) في المواد (19 - 20 - 21 - 22 - 23) على كيفية الفصل في هذه الأتعاب وطريقة عمل كل من النقابة الفرعية ولجنة تقدير الأتعاب من غير أن تنص اللائحة المذكورة على طريقة الطعن في هذه القرارات .

وكانت المادة الخامسة الفقرة الثانية من قانون المحاماة المذكور قد نص على جواز الطعن أمام القضاء الإداري في القرارات الصادر عن لجنتي قبول المحامين المنصوص عليها بالمادتين (7 - 14) من القانون المذكور ، كما نص في المادة (47) منه على جواز الطعن أمام القضاء الإداري في قرارات مجلس تأديب المحامين .

فإن مفاد ذلك أن غيرها من القرارات التي تصدر عن النقابة العامة للمحامين وفروعها ولم ينص القانون على جعل الطعن فيها من اختصاص القضاء الإداري تخضع لولاية القضاء العادي باعتباره صاحب الولاية العامة ولما كان القرار الطعين قد صدر عن لجنة تقدير الأتعاب فإن هذا القرار لا يختص القضاء الإداري بنظره ، لأنه ليس من القرارات المنصوص عليها في المواد (7 - 14 - 47) من قانون المحاماة المذكور على النحو سالف بيانه ، وإذ قضى الحكم المطعون فيه على خلاف ذلك فإنه يكون مخطئاً في تطبيق القانون متعين النقض ، دون حاجة لمناقشة أسباب الطعن .

وحيث إن مبنى النقض مخالفة قواعد الاختصاص والدعوى صالحة للفصل فيها ، فإن المحكمة تقضي فيها عملاً بنص المادة (357) من قانون المرافعات .

فلهذه الأسباب

حكمت المحكمة بقبول الطعن شكلاً ، ونقض الحكم المطعون فيه وفي الدعوى

الإدارية رقم (62 لسنة 2018م) استئناف البيضاء بعدم اختصاص القضاء الإداري ولأثنياً بنظرها .

إدارة القضاء

إدارة القضاة

المحكمة العليا

((الدائرة المدنية الخامسة))

بجلستها المنعقدة علناً صباح يوم الأحد 02 رجب 1442هـ الموافق
2021.02.14م بمقر المحكمة العليا بمدينة طرابلس.

برئاسة المستشار الأستاذ : فرج أحمد معروف " رئيس الدائرة "

وعضوية المستشارين الأستاذين : مصطفى أحمد المجلس .

: سالم الأمين بالقاسم.

وبحضور عضو النيابة :

بنيابة النقض الأستاذ : _ عبد الباسط الأشعل .

ومسجل الدائرة السيد : _ أمين عبد الله القدار.

اصدرت الحكم الآتي

في قضية الطعن المدني رقم (730 / 64 ق)

المقدم من : " وينوب عنه المحامي / يوسف قداد "

ض د :

1. رئيس الوزراء بصفته.
2. وزير المالية بصفته
3. وزير الداخلية بصفته .
4. الممثل القانوني لشركة أفريقيا للهندسة والمشروعات بصفته.

عن الحكم الصادر من محكمة استئناف طرابلس، بتاريخ 2017.01.22 في الاستئناف رقم 1059 / 2014م.

بعد الإطلاع على الأوراق وتلاوة تقرير التلخيص، وسماع المرافعة الشفوية ورأي نيابة النقض، وبعد المداولة.

الوقائع

أقام الطاعن بصفته الدعوى رقم (279 / 2013م) أمام محكمة جنوب طرابلس الابتدائية مختصماً المطعون ضدهم بصفاتهم ، قال شرحاً لها :_ إنه منح تسهيلات مصرفية " لمؤسسة النصر للمقاولات " لصاحبها " فتحي مصطفى عزات " إلا أنها لم تف بها عند استحقاقها وبتاريخ (1978/10/02م) تم الزحف عليها وضمها إلى شركة الإنشاءات العسكرية والمدنية / فطالب هذه الأخيرة بالسداد فلم تستجب له ثم طلبت هذه الشركة تسهيلات مصرفية أخرى فمنحها إياها بضمان المطعون ضدهما الأول والثاني وكان الضمان في شكل تنازل الشركة عن مستحققاتها لدى القوات المسلحة ، غير أن المطعون ضده الثاني لم يعمل على الوفاء بما تعهد به ، مما أضطر إلى الحجز على أموال الشركة المذكورة لدى الغير بموجب القرار رقم (41) لسنة 1988م ورغم إقرار المحجوز لديهم بما في ذمتهم لها من أموال إلا أنه لم تتم إحالة تلك الأموال إليه حتى حلت الشركة بموجب قرار اللجنة الشعبية العامة رقم (33) لسنة 1988م وأيلولة أصولها الثابتة والمنقولة إلى المطعون ضده الرابع " شركة أفريقيا للهندسة والإنشاءات " وكان إجمالي تلك التسهيلات المصرفية مع الفوائد المستحقة حتى (2002/06/30م) قد بلغ (58,871,856.761 د.ل)، وقد ألحق به عدم وفاء الجهات المطعون ضدها أضراراً مادية ومعنوية وانتهى إلى طلب الحكم بالزامهم متضامنين بالوفاء ودفع قيمة التسهيلات وفوائدها حتى تاريخ (2002/06/30م) مع ما يستجد من

فوائد حتى تاريخ السداد ، وإلزامهم بدفع مبلغ ثلاثين مليون دينار تعويضا له عن الضررين المادي والمعنوي، ودفع فائدة تأخيرية بواقع 5% عن القيمة الإجمالية للدين المستحق تبدأ من تاريخ رفع الدعوى إلى حين السداد الفعلي للدين كاملاً ، والمحكمة قضت بعدم قبول الدعوى لرفعها من غير ذي صفة.

وقضت محكمة استئناف طرابلس في موضوع الإستئناف رقم (1059 / 2014م) المرفوع من الطاعن بصفته برفضه وتأييد الحكم المستأنف.

((وهذا الحكم المطعون فيه))

الإجراءات

صدر هذا الحكم بتاريخ (2017/01/22م) ولا يوجد بالأوراق ما يفيد إعلانه ، وفي (2017/06/11م) قرر محامي الطاعن فيه بالنقض بتقرير لدى قلم كتاب المحكمة العليا مسدداً الرسوم ومودعاً الكفالة والوكالة ومذكرة بأسباب الطعن وأخرى شارحة وصورة من الحكمين المطعون فيه والإبتدائي ، وبتاريخ (2017/06/15م) أودع آل ورقة إعلان الطعن معلنه إلى المطعون ضدهم في (2017/06/14م) كما أودع حافظة مستندات .

وبتاريخ (2017/07/05م) أودع أحد أعضاء إدارة القضايا مذكرة بدفاع المطعون ضدهم - عدا الرابع - دفع فيها بعد قبول الطعن شكلاً ، لأن الطعن استند في بعض أسبابه على قصور الحكم في التسبيب ، وهو سبب لم يرد في المادة (336) من قانون المرافعات.

وقدمت نيابة النقض مذكرة بالرأي انتهت فيها إلى رفض الطعن ، وقررت دائرة فحص الطعون إحالة الطعن إلى الدائرة المختصة ، وبجلسة نظره تمسكت النيابة برأيها .

الأسباب

حيث إنه عن شكل الطعن ، فإن دفع محامي المطعون ضدهم - عدا الرابع - بعدم قبوله شكلاً غير سديد ، ذلك أن المشرع يوجب تسبيب الأحكام تسبيباً جدياً يحقق غاية المراد منها حيث لا تكون مبهمة أو غامضة أو مجملة أو متهاثرة أو متخاذلة أو ناقصة أو متناقضة ، وبالتالي فإن القصور في التسبيب - بشيء مما ذكر - يعد صورة من صور الخطأ في تطبيق القانون أو في تأويله لأنه يؤدي حتماً إلى أحدهما أو كلاهما مما يدخل في مفهوم البند (1) من المادة (336) من قانون المرافعات فضلاً على أن جميع حالات النقض ترجع إلى أصل واحد وهو مخالفة الحكم للقانون بمعناه العام ، بما يتعين معه الإلتفات عن هذا الدفع .

وحيث إن الطعن استوفى أوضاعه القانونية ، فهو مقبول شكلاً.

وحيث يعني الطاعن بصفته على الحكم المطعون فيه مخالفة القانون والخطأ في تطبيقه والقصور في التسبيب من الوجوه التالية :-

الأول :- إنه خالف المادة 68 بند " ثانياً " من قانون المصارف رقم (1) لسنة 2005م المعدل بالقانون رقم (46) لسنة 2012م التي تنص على أنه :- يكون للمصرف مدير عام ، يعينه مجلس الإدارة ، بناء على اقتراح رئيسه أو اثنين من أعضائه " .

ولما كانت المادة (47) من النظام الأساسي للمصرف - الذي صدر وفقاً للقانون المذكور - تنص على أن " المدير العام هو الرئيس التنفيذي للمصرف ويمارس هذه الوظيفة على سبيل التفرغ ، وله بهذه الصفة إدارة المصرف وتصريف شؤونه ، وله حق الترقيع على المصرف على انفراد ، ويكون مسئولاً عن أعماله أمام مجلس الإدارة ويمثل المصرف في علاقته بالغير وأمام القضاء " .

وبما أن السيد " عبد الفتاح الصغير غفار " بصفته المدير العام للمصرف الطاعن في تاريخ إقامة الدعوى الصادرة فيها الحكم المطعون فيه ، هو الذي أصدر التوكيل للمحامي الذي قام برفعها ، فإنها تكون مرفوعة من ذي صفة خاصة وأن ذوي الشأن لم ينكروا عليه ذلك وهو ما جرى به قضاء المحكمة العليا في الطعن المدني رقم (85 / 18 ق).

الثاني :- إنه خالف أحكام المحكمة العليا ، ومنها الحكم في الطعن الإداري رقم (22 / 16 ق) الذي جاء فيه ... إذا حدد القانون مديراً عاماً للمؤسسة ممثلاً أمام القضاء فإن الدعوى التي توجه إلى رئيس مجلس إدارتها تعتبر غير مقبولة.

الثالث :- إن المحكمة مصدرته لم تناقش ما أبداه فيما يتعلق بأن محكمة أول درجة كانت قد قررت نذب خبير حسابي ثم عدلت عن ذلك دون مبرر ، وحجزت الدعوى للحكم ولم تستجب لطلبه إعادة الدعوى للمرافعة .
لذلك فإن الحكم يكون معيباً متعين النقض .

وحيث إن النعي في جميع وجوهه غير سديد ، لما استقر عليه قضاء هذه المحكمة من أنه إذا تولى الحكم المطعون فيه الرد على المناعي المثارة أمام محكمة الموضوع وكان رده سائغاً ومقبولاً فلا جدوى من ترديدها أمام هذه المحكمة.

لما كان ذلك وكان يبين من مدونات الحكم الابتدائي المؤيد بالحكم المطعون فيه لأسبابه أنه أورد دفع الطاعن بصفته وخاصة ما تعلق منها بالصفة - وهو مفصل النزاع في الدعوى - وردها بقوله :_ ((.... إن المادة 180 من القانون رقم (23) لسنة 2010م بشأن النشاط التجاري تنص على (يعتبر رئيس مجلس الإدارة ممثلاً قانونياً للشركة ، كما يتولى مهام المدير العام إذا لم تسند هذه

الوظيفة لشخص آخر" واستقر قضاء المحكمة العليا في الطعن المدني رقم (51 / 75) (53 / 37ق) بتاريخ (09/12/1991م) على أن مقتضى نص المادة (92) من قانون المرافعات أن الخصم إما أن يحضر بنفسه إن كان شخصاً طبيعياً أو يحضر ممثله القانوني إن كان شخصياً اعتبارياً ، فإن لم يحضر أحد المذكورين جاز للأول ... الثاني " الممثل القانوني للشخص الاعتباري أن يوكل محامياً أمام القضاء ، وحيث إن المدعى هو شركة عامة مساهمة ، وإن الأخ عبد الفتاح الصغير " المذيل توقيعه على التوكيل المقدم من الدفاع لم يقدم هو أو دفاعه ما يثبت أنه الممثل القانوني للشركة طبقاً لما نص عليه القانون المذكور أعلاه ، الأمر الذي يضحى معه أن توكيل المحامي قد تم من شخص لا صفة له ، ويستتبع لك أن الدعوى قد رفعت من غير ذي صفة ..) وكان يبين من مدونات الحكم المطعون فيه أنه أيد الحكم الابتدائي فيما انتهى إليه وأضاف قوله : _ ففيما يتعلق بالسبب الأول فإن المستأنف يقر بأنه شركة تجارية مساهمة فيجب أن يتقيد بأحكام القانون التجاري ومنها ما نصت عليه المادة (180)....، الذي حدد الممثل القانوني للشركة التجارية بنص صريح وهو (رئيس مجلس الإدارة) وأن نص المادة (97) من القانون رقم (1) لسنة 2005م بشأن المصارف أكدت على سريان أحكام القانون التجاري على المصارف باعتبارها شركات تجارية ، وليس في نصوص قانون المصارف المشار إليه ما يجعل التمثيل القانوني للمصارف للمدير العام ، بما يتعين معه التقيد بأحكام القانون التجاري الذي حصر التمثيل في رئيس مجلس الإدارة وليس المدير العام ، ولا يغير من ذلك كون النظام الأساسي قد نص على أن يكون المدير العام هو الممثل القانوني للمصرف ، فهذا يتعارض مع نصوص القانون التجاري ، وإذا تعارضت النصوص التشريعية فيؤخذ بالأعلى مرتبة في القوة ، والقانوني التجاري أعلى مرتبة وقوة من النظام الأساسي للمصرف الصادر بموجب قرار ، بما يوجب أعمال

نصوص القانون التجاري.... " .

وحيث إن ما أورده الحكمان - على نحو ما سلف - كاف في بيان عدم صفة الطاعن في الدعوى ويجد أساسه في قاعدة خضوع التشريع الأدنة للتشريع الأعلى وعدم مخالفة اللوائح والقرارات لأحكام القانون ، ذلك أن المادة (120) من قانون المصارف رقم (1) لسنة 2005م نصت على إلغاء القانون رقم (1) لسنة 1993م بشأن المصارف والنقد والإئتمان ، وإلغاء كل حكم يخالف أحكامه .

أما بخصوص إعادة الدعوى للمرافعة أو ندب خبير ، فإن ذلك موكول إلى محكمة الموضوع باعتباره يدخل ضمن السلطة التقديرية لقاضي الموضوع فله أن يرفض إعادة الدعوى للمرافعة بعد أن حجزها للحكم ، أو يلتفت عن طلب خبير أو يعدل عن ندبه إذا رأى من وقائع وظروف الدعوى أو من مستنداتها ما يغني عنه لتكوين عقيدته .

ولما كان الثابت من مدونات الحكمين - الإبتدائي والمطعون فيه - أن المحكمة الإبتدائية عدلت عن قرارها يندب خبير ، ولم تستجب لطلب الطاعن إعادة الدعوى للمرافعة لما تراءى لها أنه لا صفة للمحامي الذي قام يرفعها لبطلان توكيله فإن الحكم المطعون فيه لا يكون قد أدخل بحق الدفاع أو شابه قصور في التسبيب ، بما يضحى معه الطعن غير قائم على أساس متعين الرفض .

فلهذه الأسباب

حكمت المحكمة بقبول الطعن شكلاً ، وفي الموضوع برفضه وإلزام الطاعن المصاريف.

إدارة القضاة

المحكمة العليا

((الدائرة المدنية السادسة))

بجلستها المنعقدة علناً صباح يوم الثلاثاء 01 رمضان 1442هـ الموافق
2021.04.13 بمقر المحكمة العليا بمدينة طرابلس.

برئاسة المستشار الأستاذ : ابوجعفر عياد سحاب " رئيس الدائرة "

وعضوية المستشارين الأستاذين : مفتاح محمد الخويلدي .

: عبد الحميد علي الزيايدي.

وبحضور عضو النيابة :

بنيابة النقض الأستاذ : _ امحمد الفيتوري عمر .

ومسجل الدائرة السيد : _ أيمن جمعة عبد القادر.

اصدرت الحكم الآتي

في قضية الطعن المدني رقم (829 / 64 ق)

المقدم من : " وينوب عنه المحامي / عبد المنعم عمر شعنان "

ضد :

1. الممثل القانوني لشركة الواحة للنفط .

ويمثله المحامي / صلاح الدين الهادي شمبي

عن الحكم الصادر من محكمة استئناف طرابلس .

بتاريخ (2017/05/10م) في الاستئناف رقم (1104 / 2016م).

بعد الإطلاع على الأوراق ، وتلاوة تقرير التلخيص ، وسماع المرافعة الشفوية ورأي نيابة النقض ، وبعد المداولة .

الوقائع

أقامت الشركة الطاعنة الدعوى رقم (825 لسنة 2015) أمام محكمة جنوب طرابلس الابتدائية على الشركة المطعون ضدها قالت بياناً لها إنها كانت قد تعاقدت مع الشركة المدعى عليها لحفر بئر رقم (R1147) بمدينة جالو بالحقل (659) ، وقد تكفل العقد بتنظيم وضبط العلاقة بين الطرفين ، وقد باشرت الشركة المدعية أعمال الحفر التي لم تدم بسبب اعتراض الشركة المدعى عليها على مواصفات آلة الحفر وبالرغم من محاولة تدليل الصعاب إلا أن العمل توقف نهائياً ، مما أضطر الشركة المدعية إلى إقامة الدعوى رقم (514 لسنة 2010م) جنوب طرابلس الابتدائية بطلب التعويض عن الأضرار التي لحقت بها ، فقضت لها بمطلوبها وصار هذا الحكم نهائياً بتأييده أمام محكمة الاستئناف التي طلب أمامها إعادة مأمورية الخبرة من جديد لتقدير قيمة الأضرار بسبب العبث بالحفارة ومحتويات الشركة المدعية بسبب أحداث 17 فبراير ، وعدم تمكن الشركة من توفير الحراسة لمعداتنا ، والتي قدرها الخبراء بمبلغ ثلاثة وعشرين مليون وخمسمائة واثنين وستين ألفاً وسبعمائة وتسع وستين ديناراً فأقامت الشركة المدعية هذه الدعوى بطلب الحكم بهذا الأضرار فقضت المحكمة بعدم قبول الدعوى لرفعها قبل الآوان ، فاستأنفت الشركة المدعية هذا الحكم أمام محكمة استئناف طرابلس التي قضت بقبول الاستئناف شكلاً ، وفي الموضوع بإلغاء الحكم المستأنف ورفض الدعوى .

وهذا هو الحكم المطعون فيه

الإجراءات

صدر الحكم المطعون فيه بتاريخ (2017/05/10م) ولا يوجد بالأوراق ما يفيد إعلانه وبتاريخ (2017/07/13م) قرر محامي الشركة الطاعنة الطعن عليه بالنقض بتقرير لدى قلم كتاب المحكمة العليا مسدداً الرسم ، مودعاً الكفالة ، وأودع مذكرة بأسباب الطعن وأخرى شارحة وصورة من الحكم المطعون فيه وسند وكالته ، ثم أودع بتاريخ (2017/07/27م) أصل ورقة اعلان الطعن معلنة بتاريخ (2017/07/23م) إلى الشركة المطعون ضدها وبتاريخ (2017/08/20م) أودع دفاع المطعون ضده مذكرة بدفاعه ، وبتاريخ (2017/09/05م) أودع الطاعن مذكرة تعقيب أودعت نيابة النقض مذكرة أبدت فيها رأيها بقبول الطعن شكلاً وفي الموضوع برفضه .

وقررت دائرة فحص الطعون المدينة بهذه المحكمة بجلسة (2020/011/25م) إحالة الطعن إلى هذه الدائرة وبالجلسة المحددة لنظر الطعن تمسكت نيابة النقض برأيها .

الأسباب

حيث إن الطعن استوفى أوضاعه المقررة في القانون فإنه يكون مخالفة القانون والخطأ في تطبيقه وبيان ذلك :ـ

إن الحكم خالف قاعدة أساسية من القواعد التي تنظم التقاضي وهي قاعدة تعدد درجات التقاضي مما كان يتعين على المحكمة المطعون فيه حكمها وقد قضت بإلغاء الحكم المستأنف الذي قضى بعدم قبول الدعوى لرفعها قبل الأوان وهو حكماً ليس صادراً في الموضوع كان يتعين عليها أن تعيد الدعوى إلى محكمة أول

درجة ، وإذ قضت في الموضوع برفضها حكمها يكون مخالفاً للقانون .

وحيث ان هذا النعي سديد ذلك أنه إذا كانت أسباب الحكم بعدم قبول الدعوى لرفعها قبل الأوان موجهة إلى عيب في إجراءات الخصومة وطريقة رفعها ، دون التعرض لشروط قبول الدعوى التي هي الصفة والمصلحة ، والحق في رفع الدعوى باعتباره حقاً مستقلاً عن ذات الحق التي ترفع الدعوى بطلب تقريره ، كإعدام الحق في الدعوى أو سقوطها لسبق الصلح في موضوعها أو انقضاء المدة القانونية لرفعها ، فإن هذا الحكم لا تستنفذ به المحكمة ولايتها ، مما يتعين على محكمة الاستئناف إذا قضت بإلغائه أن تعيد الدعوى إلى محكمة أول درجة للفصل في موضوعها ، حتى لا تفوت درجة من درجتي التقاضي على الخصم ، احتراماً لمبدأ التقاضي على درجتين باعتباره من النظام العام ، لما كان ذلك وكان الحكم الابتدائي قضى بعدم قبول الدعوى لرفعها قبل الأوان على أسباب حاصلها إن الحق المدعى به كان بسبب الأضرار الناجمة عن حرب التحرير ، وأن قرار صدر من مجلس الوزراء رقم (112) لسنة 2013م بتشكيل لجنة للإشراف على التعويضات على المنقولات ورتب على ذلك أن المحكمة غير مختصة حتى يتم اللجوء أولاً إلى هذه اللجنة تم له حق الاعتراض على هذا التعويض ليتولى القضاء رقابة سلامة هذا التقدير معتبراً أن الشركة الطاعنة حادث عن إجراءات الدعوى فبنى قضاءه على هذا العيب وهو قضاء لم يتعرض لموضوع الدعوى ومن ثم لم تستنفذ به ولايتها وإذ قضى الحكم المطعون فيه بإلغاء الحكم المستأنف وقضى في موضوع الدعوى معتبراً أن محكمة أول درجة استنفدت ولايتها ففوت على الشركة الطاعنة إحدى درجتي التقاضي فإنه يكون مخالفاً للقانون متعين نقضه ، وحيث إن الموضوع صالحاً للفصل فيه فإن هذه المحكمة تستبقيه وتقضي فيه عملاً بالمادة (358) من قانون المرافعات .

وحيث إنه وعلى ما نصت عليه المادة (21) من القانون رقم (6 لسنة 2006م) تختص المحاكم بنظر جميع المنازعات ، ما لم يرد نص في القانوني يقضي خلال ذلك وكان قرار مجلس الوزراء رقم (112) لسنة 2013م بتشكيل لجان لحصر الأضرار الناجمة عن ثورة 17 فبراير وتقدير قيمة هذه الأضرار بتعويض أصحابها لا يصلح بداته أن يضع قيماً على اختصاص القضاء بنظر كافة المنازعات لأن هذه الولاية لا يمكن أن يرد عليها استثناء إلا بنص قانوني صادراً عن السلطة التشريعية يعبر فيه المشرع عن إرادته على وضع هذا الاستثناء بما يتعين معه إحالة القضية على محكمة جنوب طرابلس الابتدائية لنظرها مجدداً.

فلهذه الأسباب

حكمت المحكمة بقبول الطعن شكلاً ، وفي الموضوع بنقض الحكم المطعون فيه وإحالة القضية (825 لسنة 2015م) إلى محكمة جنوب طرابلس الابتدائية للفصل فيها مجدداً من هيئة أخرى وإلزام الشركة المطعون ضدها بالمصروفات .

إدارة القضاة

المحكمة العليا

((الدائرة المدنية الثانية))

بجلستها المنعقدة علناً صباح يوم الأحد 09 ذو القعدة 1442هـ الموافق
2021.06.20 بمقر المحكمة العليا بمدينة طرابلس.

برئاسة المستشار الأستاذ : أحمد بشير بن موسى " رئيس الدائرة "

وعضوية المستشارين الأستاذين : فتحي عبد السلام سعد .

: محمود محمد الصيد الشريف.

وبحضور عضو نيابة النقض الأستاذ : علي حميد عاشور

ومسجل الدائرة السيد : _ أنس صالح عبد القادر.

اصدرت الحكم الآتي

في قضية الطعن المدني رقم (208 / 65 ق)

المقدم من : 1- رئيس مجلس الوزراء بصفته

2- وزير الدفاع بصفته

3- وزير الداخلية بصفته

" وتنوب عنهم إدارة القضايا "

ضد :

2- -2 -3

4- -5 -6

عن الحكم الصادر من محكمة جنوب طرابلس الابتدائية بتاريخ (2017/05/09) في الاستئناف رقم (209 / 2016م).

بعد الإطلاع على الأوراق ، وتلاوة تقرير التلخيص ، وسماع المرافعة الشفوية ورأي نيابة النقض ، وبعد المداولة .

الوقائع

أقام المطعون ضدهم الدعوى رقم (2014/ 360) أمام محكمة باب بن غشير الجزئية على الطاعنين بصفاتهم قالو بيانا لها إن زوج الأولى ووالد الباقيين تم القبض عليه في وقت سابق وزج به في السجن - لكونه شقيق المعارض للنظام السابق - كما تم طردهم من مدينتهم بني وليد ، وهدم بيتهم الوحيد وقطع جميع سبل الحياة عنهم ، وحرمان أبنائهم من التعليم والعلاج في مؤسسات الدولة ، مما ألحق بهم أضرارا مادية ومعنوية ، وخلصوا إلى طلب الحكم بإلزام المدعى عليهم بصفاتهم متضامنين أن يدفعوا لكل مدع مبلغ ثمانمائة ألف دينار تعويضا عن الضرر المادي ، ومليون دينار عن الضرر المعنوي ، فقضت المحكمة برفض الدعوى ، وقضت الدائرة الاستئنافية شكلا بالنسبة للمستأنفة الثانية لرفعه من غير ذي صفة ، بإلغاء الحكم المستأنف وإلزام المستأنف ضدهم أن يدفعوا للمدعين (المستأنفين) مبلغ مائتي ألف دينار تعويضا عن الضررين المادي والمعنوي .

وهذا هو الحكم المطعون فيه

الإجراءات

صدر هذا الحكم بتاريخ (2017/05/09م) وأعلن بتاريخ (2018/01/09) وقرر أحد أعضاء إدارة القضايا الطعن فيه بالنقض - نيابة عن الطاعنين بصفاتهم -

لدى قلم كتاب المحكمة العليا بتاريخ (29 / 01 / 2018) مودعاً مذكرة بأسباب الطعن ، وأخرى شارحة ، وصورة من الحكم المطعون فيه ، ثم أودع بتاريخ (31 / 01 / 2018) صورة طبق الأصل من مذكرة دفاعه أمام المحكمة المطعون في قضائها ، وفي (13 / 02 / 2018) أودع أصل ورقة إعلان الطعن معلنة إلى المطعون ضدهم بتاريخ (11 / 02 / 2018) ، وأودعت نيابة النقض مذكرة انتهت فيها إلى الرأي بنقض الحكم المطعون فيه مع الإحالة ، وقررت دائرة فحص الطعون إحالة الطعن إلى هذه الدائرة ، وبالجلسة المحددة لنظره تمسكت النيابة برأيها .

الأسباب

حيث إن الطعن استوفى أوضاعه المقررة في القانون ، فهو مقبول شكلاً .

وحيث إن مما ينعي به الطاعنون بصفاتهم على الحكم المطعون فيه الخطأ في تطبيق القانون ، والقصور في التسبيب ، وبيان ذلك :

1- إن المحكمة مصدرته قضت بالتعويض عن الضررين المادي والمعنوي دون بيان الأساس القانوني والفعل الذي يعد جريمة والنصوص المنطبقة عليه والذي بموجبه يتحدد اختصاص المحكمة الجزئية بنظرها مخالفة بذلك نص المادة (43 / 4) من قانون المرافعات ، ذلك أن التعويض المقضي به شمل التعويض عن واقعة الحبس - التي لم يثبتها الحكم - والتي تدخل في الاختصاص الاستثنائي للمحكمة الجزئية وعن واقعة هدم منزل المطعون ضدهم وتشيدهم الذي يخضع للقواعد العامة في الاختصاص .

2- إنهاء أقامت قضاءها في إثبات ركن الخطأ على المستأنفين تقدموا ضمن حافظة مستندات بشهادة شهود التي تفيد وقوع هذا الفعل ، وأن المحكمة تطمئن إليها في

إثبات الواقعة ، فإن المحكمة علاوة على مخالفتها في ذلك للقانون إذ الأصل في الشهادة أن تؤدي شفاهة أمام المحكمة ولا يجوز تقديم مذكرات مكتوبة وفقاً للمادة (194) من قانون المرافعات ، فإنها لم تبين مضمون هذه الشهادة وتوردها في حيثيات حكمها .

3- تم الدفع أمامها بعدم حجية المستندات المقدمة باعتبارها صور ضوئية ، فاكثفت بالرد عليه بقولها أن مظهرها الخارجي لا تسمح بالشك في مطابقتها للأصل حسب نص المادة (380) من القانون المدني ، وبالتالي تطمئن لها وتجعلها أساساً لإثبات المسؤولية ، وهو قول لا يكفي لحمل قضائها ، ولكل ذلك يكون الحكم معيباً ، ويستوجب نقضه .

وحيث إن جميع هذه المناعي من الطعن في محلها ، ذلك أن قضاء هذه المحكمة جرى على أن الخطأ من أركان المسؤولية التقصيرية ، وأن ثبوته شرط لازم لقيام هذه المسؤولية والحكم بالتعويض نتيجة لذلك ، مما يتعين لصحة الحكم به أن يبين ما هيته وحقيقته ، ويدلل على ثبوته مستهدياً في ذلك بما يتوافر في الدعوى من ظروف وعناصر إثبات ، وكان الواقع في الدعوى اتسخلاصاً من أوراقها أن المطعون ضدهم أقاموها أمام محكمة أول درجة بطلب تعويضهم عن أضرار ذكروا أنها لحقت بهم نتيجة القبض على زوج الأولى ووالد الباقيين (في ظل النظام السابق) وطردهم من مدينتهم (بني وليد) وهدم بيتهم ، وحرمانهم من التعليم والعلاج في مؤسسات الدولة ، فقضت المحكمة برفض الدعوى فبالتالي ولما كان اختصاص القاضي الجزئي بالفصل في التعويض مهما كانت قيمة الدعوى وفقاً للفقرة الأخيرة من المادة (43) من قانون المرافعات منوط بحالة وجود جريمة ، الأمر الذي كان يتطلب من المحكمة المطعون في قضائها - وقد تصدت للفصل في موضوع الدعوى وقضت للمدعين بالتعويض على أساس مسؤولية المتبوع عن

خطأ تابعه بارتكاب فعل مكون لجريمة نشأ عنها الضرر - أن تضمن أسبابها استجلاء مفصلاً عن توافر شروط إعمال حكم المادة (43 / 4) المشار إليها على الواقعة ، وذلك ببيان الدليل الذي اشتقت منه تأصيلها بأساس اختصاص محكمة أول درجة بنظر الدعوى باستظهار كون الأفعال سبب الضرر المطالب بالتعويض عنها تشكل أي من جرمي جنحة أو مخالفة ، ثم استظهار ايضاً قيام أركان المسؤولية التقصيرية للدعوى والتدليل على تحققها في حق المدعي عليهم فيها حتى تتمكن هذه المحكمة من مراقبة مدى تطبيق تلك المحكمة للقانون تطبيقاً صحيحاً على الواقعة كما صار اثباتها في حكمها .

وكان يبين من مدونات الحكم المطعون فيه أنه أقام قضاءه في اثبات ركن الخطأ ونسبته لتابعي الطاعنين على سند من القول (وحيث إنه فيما يتعلق بالموضوع فإن المحكمة ترى بأن واقعة الحال هي واقعة مادية تتعلق بحبس زوج المستأنفة الأولى ووالد المستأنفين الآخرين ، وما لحقهم من ضرر مادي ومعنوي جراء حبسه وجراء هدم منزلهم ، وأن هذه الواقعة المادية ويجوز اثباتها بكافة طرق الإثبات ، ولا يشترط فيها تقديم أوراق رسمية ، وحيث إن المستأنفين قد تقدموا ضمن حافظة المستندات شهادة الشهود التي تفيد وقوع هذا الفعل وحيث إن المحكمة تطمئن إليها في اثبات الواقعة ، كما أن المظهر الخارجي لجميع المستندات المقدمة كصور ضوئية لا تسمح بالشك في مطابقتها للأصل حسب نص المادة (380) من القانون المدني ، وبالتالي فإن المحكمة تطمئن لها وتجعل منها أساساً لإثبات المسؤولية في حق المستأنف ضدهم ، وبالتالي ثبوت ركن الخطأ في حق تابعي المستأنف ضدهم الثالث) .

لما كان ذلك ، وكان يبين جلياً مما ساقته المحكمة على النحو المتقدم أنها اتخذت من مجرد ما ذكرته من أنها شهادة شهود وصور ضوئية لمستندات مقدمة من

المطعون ضدّهم بحافضة مستنداتهم - والتي رأت أنّها لا تسمح بالشك في مطابقتها للأصل - بأنّها تفيد وقوع هذا الفعل ، وكان هذا الذي ساقته جاء في عبارات عامة مرسلّة خلت من تحديد وقت حدوث ذلك الفعل وتكييفه القانوني أو إلى أي نص تجريمي ينضوي ودون حتى الإفصاح عن أسماء أولئك الشهود وكنه تلك المستندات أو إيراد مضمون شهادتهم أو مؤداها أو حتى الإشارة إلى موضع ذلك من أوراق الدعوى ينبئ بكيفية لا لبس فيها ولا غموض إلى ما ارتأت استخلاصه منها ، الأمر الذي يضحى معه حكمها معيبا بعبء مخالفة القانون والقصور في التسبب ، بما يتعين معه نقضه دون الحاجة لمناقشة باقي أسباب الطعن .

فلهذه الأسباب

حكمت المحكمة بقبول الطعن شكلاً ، وفي الموضوع بنقض الحكم المطعون فيه ، وإحالة القضية إلى محكمة جنوب طرابلس الابتدائية للفصل فيها مجدداً من هيئة استئنافية أخرى ، وإلزام المطعون ضدّهم المصاريف.

المحكمة العليا

((الدائرة المدنية الخامسة))

بجلستها المنعقدة علناً صباح يوم الأحد 15 ذو الحجة 1442هـ الموافق
2021.07.25 بمقر المحكمة العليا بمدينة طرابلس.

برئاسة المستشار الأستاذ : فرج أحمد معروف " رئيس الدائرة "

وعضوية المستشارين الأستاذين : مصطفى أحمد الملحس.

: سالم الأمين بالقاسم

وبحضور عضو النيابة :

بنيابة النقض الأستاذ : عبد الفتاح عثمان عبد القادر .

بنيابة النقض الأستاذ : أمين عبد الله القدار .

اصدرت الحكم الآتي

في قضية الطعن المدني رقم (710 / 65 ق)

المقدم من :

1- رئيس مجلس الوزراء بصفته .

2- وزير المالية بصفته .

3- وزير التربية والتعليم بصفته .

4- رئيس جامعة المرقب بصفته .

" تتوب عنهم إدارة القضايا "

المرفوع من الطاعنين برفضه وتأييد الحكم المستأنف .

وهذا هو الحكم المطعون فيه

الإجراءات

صدر هذا الحكم بتاريخ (2017/11/21م) وأعلن في (2018/05/31) وبتاريخ (2018/06/28) قرر أحد أعضاء إدارة القضايا الطعن فيه بالنقض بتقرير لدى قلم كتاب المحكمة العليا ، مودعاً مذكرة بأسباب الطعن وأخرى شارحة وصورة من الحكم المطعون فيه ورقة إعلانه وأخرى من الحكم الابتدائي ، وبتاريخ (2018/02/16) أودع أصل ورقة إعلان الطعن ، معلنة إلى المطعون ضده في (2018/07/11) إدارياً .

وأودعت نيابة النقض مذكرة انتهت فيها إلى الرأي برفض الطعن .

وقررت دائرة فحص الطعون إحالة الطعن إلى الدائرة المختصة وفي جلسة المحددة لنظره أصرت نيابة النقض على رأيها .

الأسباب

حيث إن الطعن استوفى أوضاعه المقررة قانوناً فهو مقبول شكلاً .

وحيث ينعى الطاعنون بصفاتهم على الحكم المطعون فيه : مخالفة القانون والقصور في التسبيب ، ذلك أنه خالف نص المادة (224) من القانون المدني ، المعدلة بالقانون رقم (6 لسنة 2016) عندما قضى بتعويض المطعون ضده عن التأخير في سداد مبلغ نقدي . " لذلك فإن الحكم يكون معيباً ، متعين النقض " .

وحيث إن هذا النعي في محله : ذلك أنه أيا كان وجه الرأي في التعديل الذي

أجرى على المادة (224) القانوني المدني ، بموجب القانون رقم (6) لسنة 2016م) فإنه من المقرر في قضاء هذه المحكمة أن الضرر المادي الذي يلحق الموظف جراء عدم صرف مرتباته يتمثل في حرمانه منها خلال الفترة السابقة على صدور الحكم له بها ، وأنه بحصوله على تلك المرتبات دفعة واحدة لاحقاً يكون قد جبر ضرره المادي بالكامل ، ولم يعد هناك من مبرر للمطالبة بالتعويض عنه ، طالما لم يثبت تعسف جهة الإدارة .

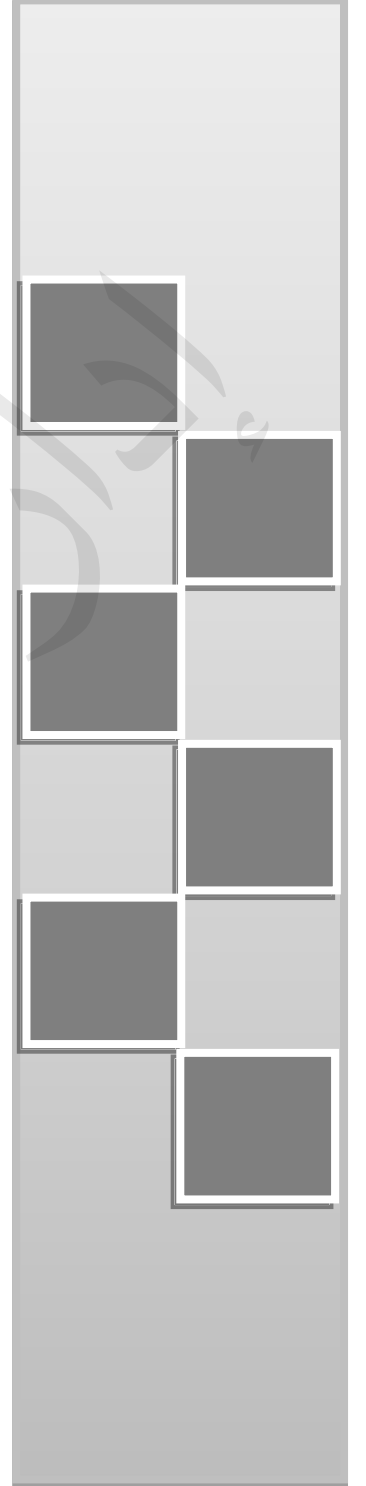
لما كان ذلك ، وكان يبين من مدونات الحكمين الابتدائي والمطعون فيه أن التعويض المطالب به يتعلق بالتأخير في صرف مرتبات ومستحقات المطعون ضده ، وأنه سبق وأن قضى له بكامل تلك المرتبات والمستحقات ، الأمر الذي يكون معه أن ما قد لحقه من ضرر مادي يكون قد جبر بالكامل بما لم يعد له من مبرر للمطالبة بالتعويض عنه ، وإذ خالف الحكم الابتدائي هذا النظر وقضى له بتعويض عن الضررين المادي والمعنوي ، لمجرد أن جهة الإدارة لم تصرف له تلك المرتبات والمستحقات حينها ، ودون أن يبين أن ذلك كان بسبب تعسف منها فإن الحكم يكون مشوباً بالخطأ في تطبيق القانون والقصور في التسبيب ، متعين النقض ، وإذ أيده الحكم المطعون فيه دون أن يزيل ما اعتوره من عيب فإنه يكون معيباً بعيبه ، متعين النقض .

فلهذه الأسباب

حكمت المحكمة بقبول الطعن شكلاً ، وفي الموضوع بنقض الحكم المطعون فيه وإحالة القضية إلى محكمة استئناف الخمس للفصل فيها مجدداً من هيئة أخرى ، وإلزام المطعون ضده المصاريف .

أحكام القضاء الأجنبي

- حكم المحكمة العليا البريطانية في وجوب الإعلان بالطرق الدبلوماسية (جنرال ديناميك + الدولة الليبية) .
- حكم محكمة النقض الفرنسية في اعتراض الخارج عن الخصومة (مصرف ليبيا المركزي + شركة الخرافي) .
- حكم محكمة استئناف ميونخ في الاعتراض على إنفاذ حكم تحكيم شركة إتراك التركية بألمانيا .



إدارة القضاة

ملخص للحكم الذي أصدرته المحكمة العليا في المملكة المتحدة في قضية شركة جنرال دايناميكس (المملكة المتحدة) المحدودة ضد دولة ليبيا

حققت دولة ليبيا في يوم 25 يونيو 2021 انتصاراً هاماً في حكم أصدرته المحكمة العليا في المملكة المتحدة وذلك في صون نطاق وتطبيق الامتيازات الإجرائية الممنوحة للدول الأجنبية أمام المحاكم الإنجليزية بموجب قانون حصانة الدول في المملكة المتحدة لعام 1978.

يخص ذلك الحكم قضية شركة جنرال دايناميكس (المملكة المتحدة) المحدودة ضد دولة ليبيا (القضية رقم 22 - 2021 المحكمة العليا في المملكة المتحدة)، والتي يمكن تصفحها على الموقع الآتي:

<https://www.supremecourt.uk/cases/uksc-2019-0166.html>

يقضي الحكم بأن القيام بإخطار أي إجراءات محكمة إنجليزية مقامة ضد دولة أجنبية ينبغي أن يتم من خلال القنوات الدبلوماسية (أي من خلال مكتب وزارة الخارجية لدى المملكة المتحدة) وبإحالة الإخطار إلى وزارة الخارجية ذات الصلة وبأنه لا توجد ظروف يمكن أن تتجاوز تلك القاعدة الإلزامية. قام المدعي بالمرافعة في هذه القضية بأن العنف المدني المنتظم في ليبيا كان "ظرفاً استثنائياً" يتأتى بأن يسمح بإصدار أمر بالاستغناء عن الإخطار، حيث عارضت المحكمة العليا هذه المرافعة.

يعتبر الحكم ذو أهمية خاصة في سياق إنفاذ الأحكام التحكيمية وأحكام المحاكم ضد الدول الأجنبية في إنجلترا، بل ينطبق أيضاً على إجراءات المحكمة الأساسية. كما أنه من المرجح أن يتم اتباع الحكم في الأنظمة القضائية التي قامت باعتماد إما قانون حصانة الدول، أو التي لديها أحكام شبه متطابقة فيما يتعلق بالإخطار،

مثل دولة سنغافورة والأنظمة القضائية الخارجية (أوفشور) العديدة التابعة للمملكة المتحدة.

إن حكم المحكمة العليا في المملكة المتحدة الذي قضى بإلغاء حكم محكمة الاستئناف في المملكة المتحدة بأغلبية 3-2، يعيد القانون المتعلق بإخطار دولة أجنبية إلى ما كان يفترض طويلاً بكونه الوضع المتبع. لقد اسقطت المحكمة العليا بقيامها بذلك مجموعة متزايدة من قضايا الإنفاذ ضد الدول منذ عام 2016 والتي إما سمحت بأن يتم الإخطار بوسائل بديلة بخلاف القنوات الدبلوماسية، أو قيامها بالاستغناء عن الإخطار كلياً.

قانون حصانة الدول في المملكة المتحدة لعام 1978 :

حيث أن المادة 12(1) من قانون حصانة الدول لعام 1978 تنص على أن: "أي أمر قضائي أو مستند آخر يتطلب إخطاره لرفع دعوى ضد دولة ما يجب أن يتم إحالته عن طريق مكتب وزارة الخارجية إلى وزارة الشؤون الخارجية الخاصة بالدولة ويعتبر الإخطار قد تم إنجازه باستلام ذلك الأمر القضائي أو المستند من قبل الوزارة".

لقد وصف المعلقون ذلك القانون خلال مدة العقود الأولى من إصداره بكونه شرط "الزامي"، حيث أشار النظام الأساسي المشرع ذاته إلى القانون على أنه "امتياز إجرائي"، وكونه القانون المعترف بأنه في وجه تلك اللغة التشريعية لم يكن ممكناً الأمر بوسائل بديلة للإخطار.

يعتبر الاستثناء الوحيد المعترف به لتلك القاعدة هو أنه بموجب المادة 12(6) والتي أضفت بفاعلية أي اتفاق من قبل الدولة (سواء في عقد أو معاهدة أو خطأً خلافاً لذلك) بإقرار شكل مختلف من الإخطار.

القضايا التي تقتضي الحد في تطبيق قانون حصانة الدول :

بدأ ذلك الوضع بالتغير في عام 2016 على ضوء حشد من القضايا التي تنطوي على إنفاذ أحكام أجنبية أو أحكام تحكيمية، والتي شملت قضايا طالت فنزويلا وإيران وسوريا ومؤخراً إريتريا ومصر .

إن الوسيلة لتجنب الشرط الإلزامي في قانون حصانة الدول تتأتى من إحدى طريقتين. الأولى، حيث تم الإقرار في بعض القضايا أنه عندما تمارس المحكمة سلطتها العادية للاستغناء عن الإخطار كلياً، يعني ذلك أنه لا يوجد شيء يستدعي إخطاره على الإطلاق وعليه لا ينطبق حكم قانون حصانة الدول. وفقاً لذلك كان على المدعي فقط إثبات "الظروف الاستثنائية" للحصول على أمر بالاستغناء عن الإخطار.

أما المسار الثاني فيتعلق بقضايا إنفاذ إما حكم أجنبي أو حكم تحكيمي حيث يتم منح الإنفاذ من جانب واحد. وفي تلك القضايا التي تتطلب فيها القواعد الإجرائية إصدار أمر لاحق فقط، تم الإشارة الى أن مثل تلك الأوامر لا تقوم في "إنشاء الإجراءات"، لذا فتلك العملية مرة أخرى والمنصوص عليها في قانون حصانة الدول لا يلزم الامتثال لها.

لقد عمل حكم المحكمة العليا بالاستغناء عن كلتا الآليتين، حيث يعتبر الآن المسار القانوني الإلزامي هو الآلية الوحيدة التي يمكن من خلالها إخطار إجراءات المحكمة الإنجليزية في دولة أجنبية ذات سيادة، ولا يوجد أي استثناءات.

جنرال دايناميكس ضد دولة ليبيا :

التمس المدعي في هذه القضية القيام بإنفاذ حكم تحكيمي، حيث طلب الاعتراف بالحكم التحكيمي من طرف واحد وتوخى تبرير أمر الاستغناء عن الإخطار من منطلق عدم تأكده حول من يمثل دولة ليبيا بشكل صحيح، حيث تم الإشارة بأن

ذلك يرتقي بكونه "ظروف استثنائية". بناءً على تلك القضايا المشار إليها، تم منح ذلك الأمر حيث يجري بمقتضاه تفادي الحاجة إلى قيام وزارة الخارجية بالمملكة المتحدة بإخطار وزارة الخارجية الليبية.

التمست دولة ليبيا بطلان ذلك الأمر، وذلك تلو حشد الأدلة المستفيضة بالاعتراف الدولي بحكومة الوفاق الوطني بحيث لم يكن هناك أدنى شك حول من تكون دولة ليبيا، عندئذ قام المدعون بتغيير قضيتهم واعتمدوا بدلاً من ذلك على اندلاع العنف المدني المنتظم باعتباره "الظروف الاستثنائية" اللازمة، مع مرافعتهم أيضاً للمسار الثاني المذكور أعلاه.

تم قبول ذلك الالتماس لدولة ليبيا أمام المحكمة التجارية، حيث حكم قاضي العدل السيد ميلز بأن المادة 12(1) تعتبر إلزامية ولا يمكن تفاديها. بالرغم من ذلك، فقد منح القاضي الإذن لشركة جنرال دايناميكس بالطعن بالنقض على ذلك الحكم أمام محكمة الاستئناف.

نجحت جنرال دايناميكس في طعنها جزئياً أمام محكمة الاستئناف، في حين أن محكمة الاستئناف قامت بإلغاء الأحكام بموجب الفئة الأولى أعلاه (أي تلك التي سمحت بالاستغناء عن الإخطار)، وأيدت المحكمة الحجة بأن المستندات التي يستدعى إخطارها بموجب القواعد الإجرائية لم تقم في "إنشاء الإجراءات" في شروط قانون حصانة الدول حيث لا يلزم إخطارها من خلال القنوات الدبلوماسية ولكن يمكن إخطارها من خلال وسائل أخرى.

رفضت محكمة الاستئناف منح دولة ليبيا الإذن بالطعن بالنقض، لكن المحكمة العليا سمحت بمواصلة الطعن حيث تم انعقاد جلسة أمام المحكمة العليا عن بعد في شهر ديسمبر 2020.

الحكم

أصدر اللورد لويد جونز الحكم المتصدر لأغلبية المحكمة العليا، وصدر الحكم

المخالف للأقلية من قبل اللورد ستيفنز. اتفقت الليدي آردن مع اللورد لويد جونز ولكنها قدمت حكمها المقتضب بنقاط إضافية متناولة بعض الحجج في حكم اللورد ستيفنز والتي اقتصررت إلى حد كبير على الطريقة التي يتم بها تفسير القوانين الإنجليزية بمرور الوقت والتي لن يجري تناولها هنا.

عنت المحكمة العليا نفسها بثلاثة مسائل: (1) المسألة الأولى، بإجراءات إنفاذ حكم تحكيم ضد دولة أجنبية، هل تشترط المادة 12(1) من قانون حصانة الدول القيام بالإخطار من خلال مكتب وزارة الخارجية إلى وزارة الشؤون الخارجية للدولة الأجنبية؟ (2) المسألة الثانية، حتى إذا انطبقت المادة 12(1)، في ظروف استثنائية، هل يمكن للمحكمة الاستغناء عن الإخطار الخاص بأمر التنفيذ بموجب القواعد 16.6 و/أو 28.6 من قواعد الإجراءات المدنية؟. (3) المسألة الثالثة، استناداً إلى قانون حقوق الإنسان والاتفاقية الأوروبية لحقوق الإنسان، هل ينبغي تفسير المادة 12(1) على أنه يسمح للمحكمة بإصدار توجيهات بديلة فيما يتعلق بالإخطار في ظروف استثنائية بحيث يخل بحق المدعي بالرجوع إلى المحكمة؟

فيما يتعلق بالمسألة الأولى، ترى الأغلبية (انظر الفقرات 43، 58 و 76(5)) بأن تفقه واسع النطاق للمادة 12(1) من قانون حصانة الدول يعتبر ملائماً، وذلك على أساس اعتبارات القانون الدولي والمبادئ القانونية المتبادلة بين الدول. كما ترى الأغلبية أن عبارة "مستند آخر يستدعي إخطاره لإقامة دعوى ضد دولة ما" الواردة في المادة 12(1) تتسع بما فيه الكفاية لتتطبق على جميع المستندات التي يتم بموجبها إحالة إشعار بالإجراءات في ذلك النظام القضائي إلى الدولة المدعى عليها. في السياق الخاص بإنفاذ أحكام التحكيم ضد دولة ما، ترى الأغلبية (في الفقرتين 44 و 76(3)) أن المستند ذي الصلة الذي سيتم إخطاره سيكون إما نموذج دعوى التحكيم (إذا طلبت المحكمة إخطار مستند مثله)، أو الأمر الذي يمنح الإذن بإنفاذ الحكم التحكيمي. وقضى حكم المحكمة العليا بأن المادة 12(1)

تحدد إجراء إلزامي وحصري لإخطار دولة مدعى عليها من خلال مكتب وزارة الخارجية، حيث يخضع ذلك فقط لإمكانية الإخطار بطريقة مغايرة كانت قد اتفقت حولها الدولة المدعى عليها.

اعتبرت الأقلية أن البرلمان عزم تطبيق المادة 12(1) من قانون حصانة الدول بالاعتماد على ما تتطلبه قواعد المحكمة ذات الصلة. إذا كانت عملية تطبيق القواعد ذات الصلة لا تشترط إخطار مستند إقامة الدعوى، كما هو الحال في هذه القضية، فإن الإخطار سيقع خارج النظام الوارد في المادة 12(1) من قانون حصانة الدول.

فيما يتعلق بالمسألة الثانية، فقد رد الأغلبية على هذا السؤال بأنه لا توجد سلطة تقديرية بموجب قواعد المحكمة الإنجليزية والتي تسمح للقاضي بالاستغناء عن شرط قانوني إلزامي في أي من الظروف سواء كانت استثنائية أو غير ذلك. كان رأي الأقلية أنه إذا قامت المحكمة بممارسة السلطة التقديرية في الاستغناء عن الإخطار في ظروف استثنائية، فإن المستند ذو الصلة لم يعد مستند "يشترط إخطاره" لأغراض المادة 12(1) من قانون حصانة الدول. ووفقاً للأقلية (في الفقرات 238-239)، فإن هذا التفسير يعطي الفعالية للغرض الأساسي من التشريع كونه يعمد الى تيسير مبدأ حصانة الدول المقيد لها.

فيما يتعلق بالمسألة الثالثة، رفضت الأغلبية الحجة بأن عدم وجود سلطة تقديرية للسماح بالإخطار من خلال وسائل بديلة في ظروف استثنائية يعتبر إخلالاً في حق الحصول على محاكمة عادلة بموجب الاتفاقية الأوروبية لحقوق الإنسان، والحق الدستوري البريطاني بالرجوع إلى المحكمة. ترى الأغلبية (في الفقرات 84-85) أن الإجراء المنصوص عليه في المادة 12(1) من قانون حصانة الدول هو وسيلة متناسبة لمتابعة الهدف المشروع المتمثل في توفير وسيلة إخطار قابلة للتطبيق ومتوافقة مع متطلبات القانون الدولي والمبادئ القانونية المتبادلة بين

الدول، وذلك في ظروف ذات حساسية دولية بالغة. عليه، لا يمكن اعتبار الإجراء مخالفاً للمادة 6 من الاتفاقية الأوروبية لحقوق الإنسان. وقد أضاف حكم الليدي أردن أن قانون حقوق الإنسان لا يسمح للمحكمة بتبني تفسير لقانون يتعارض مع السمة الأساسية للتشريع - والمتعلق هنا بالطبيعة الإلزامية والحصريّة للطريقة الدبلوماسية للإخطار بموجب قانون حصانة الدول. لم توافق الأقلية وتبنت الرأي (في الفقرة 243) بأن حرمان الرجوع إلى المحكمة في ظروف يكون فيها الإخطار مستحيلاً دبلوماسياً أو مستصعب بشكل مفرط لا يعتبر متناسباً مع الهدف المشروع المتمثل في الامتثال للقانون الدولي لتعزيز المبادئ القانونية المتبادلة بين الدول والعلاقات الراسخة والوطيدة بين الدول.

التداعيات والعواقب :

تعتبر الآن الممارسة المتنامية والتي أفضت إلى قيام إجراءات المحكمة الإنجليزية ولاسيما إجراءات الإنفاذ دون لزوم إخطار دولة أجنبية قد قضيت وانتهت. لقد وصلت تلك المسألة حتى إلى درجة قيام المحاكم الإنجليزية بالأمر بالإفصاح عن الأصول السيادية الأجنبية دون التشديد على الإخطار بالإجراءات.

بالإشارة إلى ما سبق، فإن الحكم الصادر اليوم في إنجلترا سيكون له آثار مضاعفة في الأنظمة القضائية الأخرى والتي إما تتمتع بلغة قانونية مماثلة أو أنها قد تبنت قانون حصانة الدول بشكل كلي.

مع مراعاة الاستثناء المشار إليه آنفاً ليس إلا والخاص باتفاق يتم إخطاره بوسيلة مغايرة، يمكن الآن للدول ذات السيادة أن تكون على يقين بأنه لن يجري إخطارها أبداً بإجراءات المحكمة الإنجليزية إلا من خلال وزارات الخارجية الخاصة بها. يفترض من الذين يتفاوضون حول العقود نيابة عن الدول أن يكونوا على دراية مع احتمال تزايد شيوعها في السوق والرغبة بإبرام مثل تلك الاتفاقات.

إدارة القضاة

(ترجمة غير رسمية)
محكمة النقض - اسقاط جزئي ونقض
قرار محكمة النقض - الغرفة المدنية الأولى
جلسة (26/ مايو/ 2021)

قرار رقم FS-P 382 طعن بالنقض رقم أ 19-23.996

مصرف ليبيا المركزي، الكائن مكتبه المسجل في ص.ب 1103، طريق الشط،
طرابلس (ليبيا)، بالنيابة عن المحافظ وتمثله إدارة القضايا قسم منازعات المنظورة
بالخارج، شكلت الطعن بالنقض أ 19-23.996 ضد الأمر الصادر في 5
أكتوبر 2017 وقرارين صادرين في 6 مارس 2018 و 28 مايو 2019 من قبل
محكمة استئناف باريس (القطب 1، الغرفة 1)، في النزاع بينه وبين:

1 / المؤسسة الليبية للاستثمار ومقرها برج طرابلس الطابق الثاني والعشرون،
ص.ب. 93099، طرابلس (ليبيا).

2 / الشركة محمد عبد المحسن الخرافي وأولاده ومقرها الرئيسي - أبراج
الخرافي، الطابق 13، القبة - مدينة الكويت (الكويت).

3 / الحكومة الليبية.

4 / وزارة الاقتصاد الليبية.

5 / وزارة المالية الليبية.

6 / الهيئة العامة لتشجيع الاستثمار والخصخصة،
ومقر الأربعة بشارع سيدي، الطابق الثالث، طرابلس (ليبيا).

7 / شركة محمد عبد المحسن الخرافي وأولاده ومقرها الرئيسي 3 شارع عباس العقاد مدينة نصر، القاهرة (مصر).
المدعى عليهم في الطعن بالنقض.
يتمسك المدعي، دعماً لنقضه، بأوجه النقض الوحيدة المرفقة بهذا الحكم.
تم إرسال الملف إلى المدعي العام.

حول تقرير السيد هاشر المستشار ، ملاحظات SCP Rocheteau و Uzan- Sarano محامي شركة مصرف ليبيا المركزي ومحامي SCP Spinosi ومحامي شركة الخرافي وأولاده Al-Kharafi et fils (الكويت) والشركة الخرافي وأولاده (مصر) ، و SCP Krivine et Viaud ، محامي الحكومة الليبية ، وزارة الاقتصاد الليبية ، وزارة المالية الليبية والمجلس العام لتشجيع والاستثمار والخصخصة ، ورأي السيدة كارون- ديجليز ، المدعية العامة ، بعد مناقشات في جلسة الاستماع العلنية في 30 مارس 2021 حيث حضرت السيدة باتوت ، الرئيسة ، السيد هاشر ، مستشار المقرر ، السيدة أوروي ، المستشار الأول ، السيدة أنطوان ، بوزي ، بوانسو ، السيد فولشيريون ، والسيدة دارد ، والمستشارون ، والسيدة موتي - تارديو ، وغارغولود ، وأزار ، والسيد بوات - مينارد ، والسيدة فيدو - ثيفري ، ومستشارو الاستفتاء ، والسيدة كارون - ديجليز ، المحامية العامة ، والسيدة بيرثوميه ، قلم الغرفة،

الغرفة المدنية الأولى لمحكمة النقض، المشكّلة تطبيقاً للمادة 431-5 من قانون التنظيم القضائي، من الرؤساء والمستشارين المذكورين، بعد مداواتهم وفقاً للقانون.

سقوط جزئي للطعن بالنقض :

بالنظر إلى المادة 978 من قانون الإجراءات المدنية:

1- قدم مصرف ليبيا المركزي الطعن بالنقض في قراري 5 أكتوبر 2017 (رقم RG 16/21946) و 6 مارس 2018 (رقم RG 17/19316) لمحكمة الاستئناف في باريس.

2- ومع ذلك، فإن المذكرة المقدمة إلى قلم محكمة النقض لا تحتوي على أي أوجه نقض ضد هاذين القرارين.

3- لذلك يجب إسقاط النقض جزئياً.

الحقائق والإجراءات :

وبحسب الحكم موضوع النقض (باريس، 28 مايو / أيار 2019)، فإن مصرف ليبيا المركزي قد قدم اعتراض الغير الخارج عن الخصومة (بتدخل طرف ثالث في الخصومة) القرار الصادر في 28 أكتوبر 2014 والذي قام بإمهار قرار التحكيم، الذي صدر في القاهرة ضد الدولة الليبية، بالصيغة التنفيذية، على أساس أنها تكبدت ضرر نتيجة الحجز - الإسناد الذي مورس على حسابها المصرفي بموجب قرار التنفيذ الذي لم تكن طرفاً فيه.

فحص أوجه النقض : (محتوى الأوجه) :

ينتقد مصرف ليبيا المركزي الحكم لكونه أعلن أنه غير مقبول في اعتراض الغير الخارج عن الخصومة لقرار التنفيذ، في حين أن "أي حكم يخضع لمعارضة طرف ثالث إذا لم ينص القانون على خلاف ذلك ؛ أن الحق الفعلي للقاضي يعني ضمناً أن الطرف الثالث لهيئة التحكيم ، والذي يكون عرضة للضرر من آثار حكم التحكيم الصادر في الخارج ، مسموح له بتشكيل اعتراض الغير الخارج عن الخصومة ضد قرار الناطق بالصيغة التنفيذية؛ في القضية الحالية ، يتبين من الإجراء أنه في 11 مارس 2016 ، تم حجز تخصيص على الحساب المصرفي لمصرف ليبيا المركزي المفتوح لدى بنك كريدي أجريكول للشركات والاستثمار Crédit Agricole Corporate & Investment Bank بموجب قرار التحكيم النهائي الصادر في القاهرة بتاريخ 22 مارس 2013 وتم إعطائه الصيغة التنفيذية بموجب أمر صدر عن رئيس محكمة باريس الابتدائية بتاريخ 13 مايو 2013 وأكدته قرار من محكمة استئناف باريس في 28 أكتوبر 2014 ؛ أنه من خلال

التأكيد على أن اعتراض الغير الخارج عن الخصومة غير مقبول على حكم الاستئناف على قرار إعطاء الصيغة التنفيذية لحكم صادر في الخارج ، للاستنتاج ، في هذه الحالة ، أن مصرف ليبيا المركزي غير مقبول لتقديم اعتراض الغير الخارج عن الخصومة الحكم الصادر في 28 أكتوبر 2014 بمنح أمر تنفيذ حكم التحكيم الصادر في القاهرة في 22 مارس 2013 ، انتهكت محكمة الاستئناف ، المادة 6 ، الفقرة 1 من اتفاقية حماية حقوق الإنسان والحريات الأساسية ، والمادتين 585 و 1525 من قانون الإجراءات المدنية. "

جواب المحكمة :

مع مراعاة المادتين 1525 فقرة 1 و 585 من قانون الإجراءات المدنية: وطبقاً للمادة الأولى من هذه النصوص، فإن القرار الصادر بشأن طلب تنفيذ حكم تحكيم صادر في الخارج قابل للاستئناف.

بموجب النص الثاني، يكون أي حكم خاضعاً لاعتراض الغير الخارج عن الخصومة إذا لم ينص القانون على خلاف ذلك.

لإعلان عدم قبول طلب مصرف ليبيا المركزي، ينص الحكم على أن المادة 1506 من قانون الإجراءات المدنية لا تفتح الطريق أمام اعتراض الغير الخارج عن الخصومة للأحكام الصادرة في فرنسا فيما يخص الشؤون الدولية أو في الخارج. ويضيف أن الطريقة الوحيدة للطعن في أمر التنفيذ هو الاستئناف المنصوص عليه في المادة 1525 من نفس القانون، حالة التي يسمح فيها الطعن في المادة 1520 التي تتعلق بالحكم نفسه وليس بالصيغة التنفيذية.

بالحكم على هذا النحو، في حين أن اعتراض الغير الخارج عن الخصومة ضد حكم محكمة الاستئناف الذي أمهر بالصيغة التنفيذية تشكل طريقة طعن بموجب القانون العام ، وليس قرار التحكيم ، ولكن القرار الوحيد بتنفيذ الحكم الصادر في الخارج ، فإن محكمة الاستئناف انتهكت النصوص المذكورة أعلاه.

لهذه الأسباب، حكمت المحكمة:

الإقرار بسقوط النقص في طعنه لقرارات محكمة الاستئناف بباريس في 5 أكتوبر 2017 و6 مارس 2018؛

نقض الحكم المطعون فيه، في جميع أحكامه، القرار الصادر في 28 مايو 2019 ، بين الأطراف ، من قبل محكمة الاستئناف في باريس ؛

إعادة القضية والأطراف إلى الحالة التي كانوا عليها قبل هذا الحكم وإحالتهم إلى محكمة الاستئناف بباريس المشكلة بطريقة أخرى؛

إلزام شركة الخرافي وأولاده (الكويت) وشركة الخرافي وأولاده (مصر) والحكومة الليبية ووزارة الاقتصاد الليبية ووزارة المالية الليبية والمجلس العام للترويج والاستثمار والخصخصة بدفع المصاريف؛

عملاً بالمادة 700 من قانون الإجراءات المدنية، إلزام شركة الخرافي وأولاده (الكويت) وشركة الخرافي وأولاده (مصر) بدفع لمصرف ليبيا المركزي المبلغ الإجمالي 3000 يورو ورفض الطلبات الأخرى.

القول أنه بناءً على اجتهاد المدعي العام بالقرب من محكمة النقض، سيتم إحالة هذا الحكم ليتم نسخه على الهامش أو بعد الحكم المنقوض؛

وهكذا تم ذلك وحكمت عليه محكمة النقض بالغرفة المدنية الأولى، و نظقت به رئيسة الجلسة العلنية في السادس والعشرين من مايو عام ألفين وواحد وعشرين.

الوجه الملحق بهذا الحكم

الوجه المدفوع من طرف SCP Rocheteau و Uzan-Sarano ، محامي المجالس ، لشركة مصرف ليبيا المركزي.

تم انتقاد الحكم المطعون فيه الصادر عن محكمة الاستئناف بباريس في 28 مايو 2019 لأنه أعلن عدم قبول طلب مصرف ليبيا المركزي في اعتراض الغير

الخارج عن الخصومة لحكم محكمة الاستئناف بباريس في 28 أكتوبر 2014 بعد

أن أكد القرار الصادر في 13 مايو 2013 من قبل رئيس محكمة باريس الكبرى الذي أعلن أن قرار التحكيم الصادر في القاهرة في 22 مارس 2013 واجب النفاذ في فرنسا.

لأسباب تذرع شركة الخرافي في المقام الأول بعدم مقبولية اعتراض الغير الخارج عن الخصومة على أساس أن طريقة الاعتراض غير العادية ليست متاحة لمصرف ليبيا المركزي الذي يدعي أن اعتراض الغير الخارج عن الخصومة مقبول بموجب المادتين 585 و 1525 من قانون الإجراءات المدنية؛ وبحسب المادة 582 من قانون الإجراءات المدنية ، فإن "اعتراض الغير الخارج عن الخصومة يميل إلى التراجع عن الحكم أو تعديله لصالح طرف ثالث يهاجمه. وهي تشكل فيما يتعلق بمؤلفها في النقاط التي تم الحكم عليها بأنها تنتقدها لكي يُحكم مرة أخرى في الواقع والقانون ؛" يترتب على هذه المادة أن الطرف الثالث المعترض في وضع مماثل للوضع الذي كان من الممكن أن يكون فيه إذا كان قد تدخل لمعارضة الدعوى. يجوز له التذرع بالحجج التي كان بإمكانه تقديمها إذا كان قد تدخل في الدعوى قبل إصدار القرار ؛ تنص المادة 585 من قانون الإجراءات المدنية على أن أي حكم يخضع لاعتراض الغير الخارج عن الخصومة إذا لم ينص القانون على خلاف ذلك ؛ أولاً ، تجدر الإشارة إلى أنه في مسائل التحكيم الداخلي ، يتم فتح طريق اعتراض الغير الخارج عن الخصومة تطبيقاً للمادة 1501 من قانون الإجراءات المدنية ، والمادة 1506 من قانون الإجراءات المدنية التي لا تشير إلى هذا النص ، بالنسبة للقرارات الصادرة في فرنسا في المسائل الدولية والقرارات الصادرة في الخارج ، لا يجوز أن تخضع لاعتراض الغير الخارج عن الخصومة ؛ ثانيًا ، كما تؤكد شركة الخرافي ، فإن الطعن الوحيد المتاح ضد أمر تنفيذ الحكم الصادر في الخارج هو الاستئناف المنصوص عليه في المادة 1525 من قانون الإجراءات المدنية ، في الحالات المنصوص عليها في المادة

1520 من قانون الإجراءات المدنية. قانون الإجراءات المدنية الذي يتعلق بحكم التحكيم نفسه وليس أمر التنفيذ الذي لا يخضع في حد ذاته لأي استئناف ؛ لذلك ، فإن اعتراض الغير الخارج عن الخصومة لحكم الاستئناف الذي يحكم على قرار إعطاء الصيغة التنفيذية لحكم صادر في الخارج ، من شأنه أن يسمح ، إذا تم قبوله ، لطرف ثالث في اتفاقية التحكيم وهيئة التحكيم ، بمعارضة أطراف هذا الاتفاق وهذه الهيئة ، أوجه نقض للحكم نفسه، بينما لا يوجد حق للطعن لأطراف ثالثة ضد الحكم الصادر في الخارج ؛ لذلك يجب عدم قبول اعتراض الغير الخارج عن الخصومة المقدم من طرف مصرف ليبيا المركزي .

حيث أن أي حكم يكون قابل لاعتراض الغير الخارج عن الخصومة إذا لم ينص القانون على خلاف ذلك؛ وأن الحق الفعلي للقاضي يعني ضمناً أن الطرف الثالث لهيئة التحكيم ، عرضة للمعانة من آثار حكم التحكيم.

لصادر في الخارج ، يكون مقبول لتشكيل اعتراض الغير الخارج عن الخصومة ضد قرار تنفيذ هذا الحكم ؛ في القضية الحالية ، يتبين من الإجراء أنه في 11 مارس 2016 ، تم حجز تنفيذي على الحساب المصرفي لمصرف ليبيا المركزي الذي تم فتحه لدى بنك كريدي أجريكول للشركات والاستثمار Crédit Agricole corporate & Investment Bank بموجب قرار التحكيم النهائي الصادر في القاهرة بتاريخ 22 مارس 2013 وتم منحه إجازة بموجب أمر صادر عن رئيس محكمة باريس الكبرى بتاريخ 13 مايو 2013 وأكده حكم من محكمة الاستئناف في باريس في 28 أكتوبر 2014 ؛ أنه من خلال التأكيد على أن اعتراض الغير الخارج عن الخصومة غير مقبول على حكم الاستئناف على قرار التنفيذ لحكم صادر في الخارج ، للاستنتاج ، في هذه الحالة ، أن نقض مصرف ليبيا المركزي غير مقبول لاعتراض الغير الخارج عن الخصومة ضد الحكم الصادر في 28

أكتوبر 2014 بإمهار حكم التحكيم بالصيغة التنفيذية الصادر في القاهرة في 22 مارس 2013 ، انتهكت محكمة الاستئناف المادة 6 الفقرة 1 من الاتفاقية الأوروبية لحماية حقوق الإنسان والحريات الأساسية ، و المادتان 585 و 1525 من قانون الإجراءات المدنية.

حكم محكمة استئناف ميونخ في الاعتراض على إنفاذ حكم التحكيم شركة إتراك التركية بألمانيا

فيما يتعلق بـ

Etrak Insaat Taahhüt ve Ticaret Anonim Sirketi, Kasriali
Cad., Kombe Apt. No. 13/1, Istanbul, Türkiye
- صاحبة الدعوى -

الوكيل:

Gleiss Lutz Hootz Hirsch PartmbB, محامو شركة
Lautenschlagerstraße 21, 70173 Stuttgart, Gz.: 71681-19
WI/BjEB

ضد

دولة ليبيا ويمثلها دائرة الادعاء، لجنة المنازعات الخارجية، مجمع محاكم شارع
السيدي، الطابق الثالث، طرابلس، ليبيا
- المدعى عليها -

الوكيل:

محامو شركة **Eversheds Sutherland** (ألمانيا)، محامو شركة
Steuerberater Solicitors Partnerschaft mbB، Stadthausbrücke
Hamburg، Gz.: 164064.00020 20355، 8

للاعتراض وإعلان وجوب إنفاذ قرار التحكيم الأجنبي

قررت المحكمة الإقليمية العليا في ميونيخ - الدائرة المدنية رقم 34 - برئاسة القاضية في المحكمة الإقليمية العليا شبريكممان كيركيرينك، وعضوية القاضي في المحكمة الإقليمية العليا برينل والقاضي في المحكمة الإقليمية العليا د. شتيجباور في 4 أكتوبر 2021 بناءً على الجلسة الشفوية المعقودة في 9 أغسطس 2021 ما يأتي

ق ر ر

1. تم رفض الطلب المقدم من أجل إعلان وجوب تنفيذ قرار التحكيم الصادر بتاريخ 22 يوليو 2019 في جنيف (سويسرا) من قِبَل قاضي التحكيم د. كاج هوبر كرئيس المحكمة و جون م. تاووزند وجين كاليكي كمستشارين في قضية التحكيم بين صاحبة الدعوى بصفتها طالبة التحكيم وبين المدعى عليه بصفته مُتهم بسبب مبلغ جزئي قدره 11.000.000 يورو بالإضافة إلى فائدة بمقدار 3 % فوق معدل LIBOR اعتبارًا من 31 يوليو 2019.
2. تقرر عدم الاعتراف بالحكم بهذا الخصوص في ألمانيا.
3. تتحمل صاحبة الدعوى تكاليف إجراءات إعلان وجوب التنفيذ.
4. تم تحديد قيمة النزاع بمبلغ 11.000.000 يورو.

الأسباب

(1)

تسعى صاحبة الدعوى إلى إعلان وجوب تنفيذ قرار تحكيم صادر في سويسرا لصالحها بسبب مبلغ جزئي بالإضافة إلى الفائدة.

صاحبة الدعوى هي شركة بناء في شكل قانوني لشركة مساهمة مقرها في تركيا. المدعى عليها هي الدولة الليبية. وتمتلك المدعى عليها عقارات في ميونيخ.

حتى أوائل التسعينيات، نفذت صاحبة الدعوى العديد من مشاريع البناء في ليبيا على أساس عقود مختلفة مع سلطات الدولة. من عام 2007 إلى عام 2008، تعاملت لجنة تدقيق حكومية مع مطالبات صاحبة الدعوى بالمستحقات التي تراكمت حتى هذا الوقت. وقد حاولت الأخيرة منذ 2009 استرداد مبلغ 1.721.389.823 دينار ليبي الذي حددته اللجنة، ولكن دون جدوى. وأخيراً رفعت صاحبة الدعوى دعوى أمام محكمة الدرجة الأولى في بيدا (ليبيا)، والتي حكمت على المدعى عليها في 29 أكتوبر 2012 بدفع 1.906.360,230 دينار ليبي بالإضافة إلى الفائدة ومبلغ 1.000.000,000 دينار ليبي إضافي. في 9 ديسمبر 2013، توصل الطرفان إلى تسوية تقضي بأن تتلقى صاحبة الدعوى مبلغ 5.420.308,707 دينار ليبي على دفعتين لتسوية جميع مطالبات التعويض المعلقة، وأن يتنازل الطرفان عن اتخاذ إجراء ضد الحكم الصادر في 29 أكتوبر 2012 على الصعيد القومي أو الدولي. ورغم ذلك، استأنفت المدعى عليها الحكم، وتم إلغاء الحكم في 31 يناير 2018. ولم يتم سداد المبلغ المنصوص عليه في التسوية حتى الآن.

وفي مذكرة دعوى بتاريخ 29 أغسطس 2016، قامت صاحبة الدعوى بتقديم دعوى تحكيم إلى غرفة التجارة الدولية (ICC) في باريس (فرنسا)، بناءً على اتفاقية حماية الاستثمار الثنائية بين تركيا وليبيا في 25 نوفمبر 2009 (BIT).

تنص المادة 1 من اتفاقية حماية الاستثمار الثنائية بالترجمة الألمانية المعتمدة المقدمة من صاحبة الدعوى عن النسخة الإنجليزية على ما يلي:

بالنسبة لأغراض هذه الاتفاقية:

1. [...]

2. يشمل مصطلح "الاستثمار" وفقاً لقوانين وأنظمة الطرف المتعاقد الذي هو البلد المضيف أي نوع من الأصول، بصورة خاصة وعلى سبيل المثال لا الحصر:

(أ) الحصص والأسهم وأشكال الشراكة الأخرى في الشركات،

(ب) الإيرادات المعاد استثمارها والديون النقدية والحقوق الأخرى التي لها قيمة مالية فيما يتعلق بأي استثمار،

(ج) الأصول المنقولة وغير المنقولة والحقوق الأخرى مثل الرهون العقارية والضمانات العينية وحقوق الرهن والحقوق المماثلة فيما يتعلق بالاستثمارات على النحو المحدد وفقاً لقوانين وأنظمة الطرف المتعاقد الذي تقع الأصول في أراضيه،

(د) حقوق الملكية الصناعية والفكرية فيما يتعلق بالاستثمارات مثل براءات الاختراع ونماذج الاستخدام والعمليات التقنية وكذلك العلامات التجارية والشهرة التجارية والخبرة والحقوق المماثلة الأخرى،

(هـ) الامتيازات التجارية الممنوحة بموجب القانون أو عقد الاستثمار، بما في ذلك امتيازات البحث عن الموارد الطبيعية أو إدارتها أو استخراجها أو استخدامها في أراضي كل طرف متعاقد؛

شريطة ألا تكون الاستثمارات في شراء أقل من 10 في المائة من أسهم الشركة في البورصة، الأمر الذي لا تشمله الاتفاقية الحالية.

بالنسبة لتسوية المنازعات، تنص المادة 8 من اتفاقية حماية الاستثمار الثنائية على ما يلي:

1. يجب أن يقوم المستثمر بإبلاغ شريك التعاقد الذي يتلقى الاستثمار بالخلافات التي بين شريك التعاقد ومستثمر شريك التعاقد الآخر فيما يتعلق باستثماره كتابةً ومع معلومات مفصلة. يبذل المستثمر وشريك التعاقد المعني بالأمر قصارى جهدهما لحل هذه النزاعات من خلال المشاورات والمفاوضات بحسن نية.

2. إذا تعذر حل هذه النزاعات في غضون تسعين (90) يوماً بعد تاريخ الإخطار الكتابي كما هو موضح في الفقرة 1، فيمكن للمستثمر أن يختار إما تقديم النزاع إلى المحكمة المختصة للطرف المتعاقد الذي تم الاستثمار في دولته أو إلى التحكيم الدولي:

(أ) [...]

(ب) [...]

(ج) مجلس التحكيم التابع لغرفة التجارة الدولية في باريس.

3. [...]

4. بغض النظر عن أحكام الفقرة 2 من هذه المادة:

المنازعات الناشئة مباشرة عن الأنشطة الاستثمارية التي تم الحصول على التصريح اللازم لها وفقاً للتشريعات ذات الصلة لكلا الطرفين المتعاقدين فيما يتعلق برأس المال الأجنبي والتي بدأت بالفعل، هي فقط التي تخضع لاختصاص المركز الدولي لتسوية منازعات الاستثمار (ICSID)، شريطة أن يكون كلا الطرفين موقعين على الاتفاقية المعنية، أو إلى أي آلية دولية أخرى لتسوية المنازعات متفق عليها بين الطرفين؛

(ب) [...]

(ج) [...]

5. قرارات التحكيم نهائية وملزمة لجميع أطراف النزاع. يتعهد كل طرف تعاقد بتنفيذ قرار التحكيم وفقاً لقانون دولته.

تنص المادة 10 من اتفاقية حماية الاستثمار الثنائية على ما يلي:

تتطبق الاتفاقية الحالية على الاستثمارات في أراضي أحد الأطراف المتعاقدة التي تُنفذ وفقاً لقوانينه ولوائحه من قبل مستثمري الطرف المتعاقد الآخر قبل أو بعد دخول هذه الاتفاقية حيز التنفيذ. ولكن لا تنطبق هذه الاتفاقية على أي نزاع نشأ قبل دخولها حيز التنفيذ.

في 22 يوليو 2019 أصدرت هيئة التحكيم التابعة للغرفة التجارية الدولية في جنيف (سويسرا) قراراً تحكيمياً وافقت فيه جزئياً على طلب صاحبة الدعوى على أساس تسوية 9 ديسمبر 2013.

وفي مذكرة الدعوى المؤرخة في 16 يناير 2020 والتي استلمتها المحكمة الإقليمية العليا في نفس اليوم، تقدمت صاحبة الدعوى بطلب من أجل إعلان وجوب تنفيذ قرار التحكيم بسبب مبلغ جزئي بالإضافة إلى الفائدة.

رفضت المحكمة الاتحادية السويسرية العليا في حكم صادر في 2 نوفمبر 2020 شكوى المدعى عليها ضد قرار التحكيم الصادر في 22 يوليو 2019.

تطالب صاحبة الدعوى بما يلي:

1. يُعلن وجوب التنفيذ المؤقت لقرار تحكيم الغرفة التجارية الدولية - رقم الملف ZF/AYZ/22236 - الصادر عن هيئة التحكيم، المؤلفة من المحكمين جون إم. تاونزند، وجان إي. كاليكي، وكاج هوبر (رئيس) في 22 يوليو 2019، بالمحتوى التالي

1. رُفضت اعتراضات المدعى عليها على اختصاص هيئة التحكيم؛
2. هيئة التحكيم مختصة بجميع دعاوى صاحبة الدعوى التي تنشأ عن اتفاقية حماية الاستثمار الثنائية والمرفوعة في هذا التحكيم؛
3. انتهكت المدعى عليها المادة 2 الفقرة 2 من اتفاقية حماية الاستثمار الثنائية، حيث لم تتعامل مع استثمار صاحبة دعوى التحكيم بشكل عادل ومقبول؛
4. يجب على المدعى عليها دفع تعويضات لصاحبة دعوى التحكيم بمبلغ 21.865.554,00 دولارًا أمريكيًا بما في ذلك الفائدة البالغة 4% سنويًا المستحقة تراكميًا في الفترة حتى قرار التحكيم؛
5. تُرفض مطالبات صاحبة دعوى التحكيم بسبب الضرر غير المادي؛
6. تُرفض جميع الطلبات والدعاوى الأخرى؛
7. يجب على المدعى عليها أن تدفع فائدة بمعدل 3% فوق معدل LIBOR مع رسمة سنوية بدءًا من وقت تسليم قرار التحكيم وذلك لمبلغ 21.865.554,00 دولارًا أمريكيًا الذي تم إقراره.

8. [...]

9. [...]

وذلك فيما يخص الفقرتين 4 و 7 بشأن مبلغ جزئي قدره 11.000.000,00 يورو بالإضافة إلى فائدة بمقدار 3 % فوق معدل LIBOR منذ 31 يوليو 2019.

تطالب المدعى عليها أخيراً بما يلي:

رفض طلب الاعتراف وإعلان وجوب التنفيذ لقرار التحكيم - رقم ملف ZF/AYZ/22236 - الصادر عن الغرفة التجارية الدولية بتاريخ 22 يوليو 2019، وفقاً للمادة الخامسة، الفقرة 1، حرف هـ) من اتفاقية نيويورك (UNÜ).

وترى أنها بالفعل لا تخضع للقضاء الألماني بسبب حصانة الدولة التي تنطبق عليها. بالإضافة إلى أن اتفاقية حماية الاستثمار الثنائية لم تدخل حيز التنفيذ. على أي حال، أخطأت هيئة التحكيم في تقدير النطاق الموضوعي والزمني لاتفاقية حماية الاستثمار الثنائية. بغض النظر عن هذا، فإن التسوية غير نافذة قانونياً.

تعتقد صاحبة الدعوى أنه، وفقاً لمبدأ الاختصاص-الاختصاص، كانت هيئة التحكيم هي صاحبة الشأن في تحديد اختصاصها. كما أنه كان من حقها قبول الاختصاص، بغض النظر عما إذا كان يُنظر إلى اتفاقية التسوية المؤرخة بتاريخ 9 ديسمبر 2013 أو مشاريع البناء على أنها استثمار يستدعي الاختصاص. فالتسوية نافذة قانونياً على حد تعبيرها. وفقاً لنص المادة 1، الفقرة 2، الحرف ب) من اتفاقية حماية الاستثمار الثنائية، فإن المطالبة النقدية الناتجة عن هذه التسوية تُعد استثماراً بالمعنى المقصود في هذه القاعدة، ولا تُرف مطالبات إضافية بهذا الشأن؛ وبناءً على ذلك، كانت هيئات التحكيم الأخرى قد اعتبرت أيضاً اتفاقيات التسوية استثماراً بموجب اتفاقية حماية الاستثمار الثنائية المتنازع عليها هنا. وفي

الواقع، تتبع المدعى عليها باستمرار النهج الذي يجعل نطاق حماية اتفاقيات حماية الاستثمار الخاصة بها واسعاً قدر الإمكان. ففي الاتفاقية مع النمسا على سبيل المثال، توصف الاستثمارات بأمرٍ من بينها أنها "مطالبات بالمال ومطالبات بخدمة متفق عليها تعاقدياً ولها قيمة اقتصادية". عادة ما تنص اتفاقيات حماية الاستثمار الدولية على تعريف واسع للمصطلح. حتى وفقاً للمعايير التي وضعتها المدعى عليها، هناك استثمار. ولكن حتى لو اعتبرت التسوية غير نافذة، فإن أنشطة صاحبة الدعوى في ليبيا في الثمانينيات والتسعينيات كانت استثمارات بموجب اتفاقية الاستثمار الثنائية. وهي تشمل أيضاً الاستثمارات التي تمت قبل دخولها حيز التنفيذ. حتى أن النزاع حول النفاذ القانوني للتسوية يشكل نزاعاً ينشأ عن استثمار أو يتعلق باستثمار. بالنسبة لوقت نشأة النزاع، فليس من المهم ما إذا كان الاستثمار الذي نشأ منه النزاع مرتبطاً باستثمار سابق. بل الأمر الفاصل هو أن يقع النزاع المحدد بعد دخول اتفاقية الاستثمار الثنائية حيز التنفيذ. لا يمكن للمدعى عليها الاعتماد على حصانة الدولة. لا يوجد سبب لرفض الاعتراف على حد قول صاحبة الدعوى.

(2)

طلب إعلان وجوب التنفيذ مشروع ولكن لا أساس له.

1. اختصاص محكمة ميونيخ الإقليمية العليا للبت في القرار يتبع الفقرة 1062 الفقرة 1 رقم 4، الفقرة 2 البديل 2 من قانون الإجراءات المدنية بالاقتران مع المادة 7 من قانون GZVJU في النسخة السارية من 1 يوليو 2012 إلى 30 أبريل 2020 (GVBI صفحة 295)، نظراً لأن أصول المدعى عليها موجودة في بافاريا وتم استلام طلب إعلان وجوب التنفيذ في 16 يناير 2020.

2. الطلب مقبول.

أ) إنه مشروع على وجه الخصوص وفقاً للمادة 1061 الفقرة 1 من قانون الإجراءات المدنية.

ب) الطلب يفي أيضاً بالمتطلبات الشكلية. وفقاً للمادة 1061، الفقرة 1، الجملة 1 من قانون الإجراءات المدنية الألماني، يعتمد الاعتراف بقرارات التحكيم الأجنبية وتنفيذها على اتفاقية الأمم المتحدة المؤرخة في 10 يونيو 1958 بشأن الاعتراف بقرارات التحكيم الأجنبية وتنفيذها (UNÜ). وفقاً للمادة الرابعة، الفقرة 1، حرف (a) من اتفاقية نيويورك (UNÜ)، يجب تقديم النسخة الأصلية المصدق عليها حسب الأصول لقرار التحكيم أو نسخة طبق الأصل مصدقة من هذا الأصل. وهذا ليس موجوداً هنا. ومع ذلك، ووفقاً للمادة السابعة الفقرة 1 من اتفاقية نيويورك (UNÜ)، ينطبق مبدأ المحسوبية، خاصة وأن المادة الرابعة من اتفاقية نيويورك يجب أن تُفهم فقط على أنها ناظمة للأدلة (BGH NJW 2000, 3650). ورغم ذلك، فإن القانون الوطني، في المادة 1064 الفقرة 1 و 3 من قانون الإجراءات المدنية، لا يتطلب سوى تقديم نسخة أصلية أو مصدقة من قرار التحكيم، حتى بالنسبة لقرارات التحكيم الأجنبية. قدمت صاحبة الدعوى نسخة مصدقة من قرار التحكيم وبالتالي امتثلت للمتطلبات القومية الأكثر ملاءمة للاعتراف.

3. ومع ذلك، يظل الطلب غير مقبول من الناحية الموضوعية، لأن المطالبة المرفوعة في إجراءات التحكيم لا تندرج تحت اتفاقية حماية الاستثمار الثنائية.

وفقاً للمادة الخامسة، الفقرة 1، الحرف (ج) من اتفاقية نيويورك (UNÜ)، يتم رفض الاعتراف بقرار التحكيم بناءً على طلب الطرف الذي يُرفع ضده الطلب، إذا قدم هذا الطرف إلى السلطة المختصة في البلد الذي يُطلب فيه الاعتراف دليلاً على أن قرار التحكيم يتعلق بنزاع لا تغطيه أحكام بند التحكيم. تخضع هذه المسألة للمراجعة الكاملة من قبل المحكمة الإقليمية العليا في سياق إجراءات إعلان وجوب

التنفيذ، كما تُشير إليه الأحكام المذكورة أعلاه. الاختصاص-الاختصاص لهيئة التحكيم ليس معترفًا به بهذا الخصوص، كما أنه لا ينشأ من المادة 8، الفقرة 5، من اتفاقية حماية الاستثمار الثنائية. على الرغم من أن قرارات التحكيم - وفقًا لهذه القاعدة - تعتبر نهائية وملزمة للأطراف، إلا أن هذا لا ينطبق إلا في إطار بند التحكيم المتفق عليه. يجب تفسير المعاهدات الدولية بطريقة تمكن الأطراف المتعاقدة من تحقيق الهدف الذي يسعون لتحقيقه بشكل مشترك في المعاهدة، هذا من جهة، ومن جهةٍ أخرى بما لا يسمح باعتبار الأطراف المتعاقدة ملزمة بما يتجاوز القدر المرغوب. فإذا أخطأت هيئة التحكيم في تقدير نطاق تطبيق الاتفاقية، فإن هذا لا يلزم الأطراف المتعاقدة (BGH NJW 2013, BeckOK ZPO/Wilske/Markert, 41. Edition § 1061 ;3186/3184 .Rn. 32; diff. Raeschke-Kessler SchiedsVZ 2018, 1/3 f

ينطبق هذا حتى إذا كان الطرف الخاسر قد واصل إجراءات الإلغاء بلا جدوى في البلد الذي يقع فيه مقر هيئة التحكيم وفقًا للقواعد المحلية وأكدت المحكمة المحلية اختصاص هيئة التحكيم (راجع Raeschke-Kessler SchiedsVZ 2018, 3/1).

أ) بقدر ما أن التحكيم يرتبط بالتسوية نفسها مع التزام الدفع المنصوص عليه فيها، فلا يوجد نزاع فيما يتعلق بالاستثمار وفقًا للمادة 8 الفقرة 1 و 2 من اتفاقية الاستثمار الثنائية. لأنه لا التسوية على هذا النحو ولا المطالبة الناتجة عنها تشكل استثمارًا بالمعنى المقصود في هذه القاعدة.

مبدئيًا وبشكل مستقل يجب تفسير اتفاقية حماية الاستثمار الثنائية على أنها عقد ثنائي. وفقًا للمادة 1، الفقرة 2 من الاتفاقية يُعد أي نوع من أنواع الأصول استثمارًا، وتلي ذلك قائمة على سبيل المثال تحدد من جانب بعض الحقوق ذات

الصلة على نحو مفصل، ومن جانبٍ آخر المطالبات وأدوات الضمان المتعلقة بالاستثمارات. ويترتب على ذلك أنه ليس كل مطالبة نقدية تندرج ضمن نطاق التطبيق الموضوعي لاتفاقية حماية الاستثمار الثنائية، ولكن فقط تلك التي تتعلق بدورها بأحد الاستثمارات، راجع المادة 1 الفقرة 2 الحرف ب) من الاتفاقية. بقدر ما تسرد صاحبة الدعوى بأن هذه القاعدة تذكر بالتحديد المطالبات النقدية على هذا النحو دون الحاجة إلى تلبية المزيد من المعايير، فإن هذا غير مقنع. في القائمة الواردة في المادة 1، الفقرة 2، الحرف ب) من اتفاقية حماية الاستثمار الثنائية، تقف المطالبات النقدية بين الإيرادات المعاد استثمارها والحقوق الأخرى التي لها قيمة مالية مرتبطة بأحد الاستثمارات. إن حقيقة أن أطراف الاتفاقية يجعلون أي مطالبة نقدية خاضعة لحماية الاتفاقية، ولكنهم في المقابل كانوا يريدون دائماً طلب ارتباط باستثمار منفصل لأصول أخرى، تبدو غير متسقة مع السياق بالتالي بعيدة عنه. ربما حكمت هيئات التحكيم والمحكمة الاتحادية السويسرية على هذه المسألة بشكل مختلف في الماضي، لكن الدائرة غير ملزمة بمثل هذه القرارات. كما أن الإشارة إلى اتفاقيات حماية الاستثمار بين المدعى عليها والدول الأخرى غير نافذة. وحتى إذا كان هناك مجال حماية آخر يعتمد على الصيغ المختارة في كل حالة، فلن يكون لذلك أي أهمية لفهم مصطلح الاستثمار، الذي افترضه أطراف اتفاقية الاستثمار الثنائية المعنية بالنزاع هنا. لا شيء آخر ينتج عن الرجوع إلى التعاريف المستخدمة بطريقة أخرى في مجال الاتفاقيات الدولية لحماية الاستثمار. في بعض الحالات، يُفهم الاستثمار على أنه يعني الاستخدام العابر للحدود لرأس المال بغرض تملك أصول

(Hofmann/Donath in Ehlers/Fehling/Pünder Besonderes)

VerwaltungsR I 4. Aufl. § 8 Rn. 28). يستند رأي آخر إلى الاستثمار

أو المساهمة بالمال أو القيم الاقتصادية الأخرى مثل الممتلكات أو حقوق الطبع

والنشر أو حسن النية لاستخراج أو إنتاج أو توزيع السلع في بلد الاستثمار، حيث يكون الاستثمار دائماً أو على الأقل لفترة زمنية طويلة وبدون خدمة متبادلة مباشرة بالمعنى المقصود في علاقة التبادل (Schwab/Walter)
Schiedsgerichtsbarkeit 7. Aufl. Kap. 41 Rn

(5). بالإشارة إلى ما يسمى بصيغة Salini، يُنظر على نحو مختلفٍ إلى الاستثمار الرأسمالي لمدة معينة، والعائد المتوقع مع مخاطر زيادة الأعمال المتزامنة ومساهمة استثمار رأس المال في التنمية الاقتصادية للبلد المضيف، على أنها أيضاً سمة لمصطلح الاستثمار (Balthasar/Wehland International)
Commercial Arbitration 2. Aufl. C. Rn. 18; Herdegen
Internationales WirtschaftsR 12. Aufl. § 23 Rn. 4). التسوية
والطلب الناتج عنها لا يفيان بمعايير قبول الاستثمار وفقاً لأي من هذه التعريفات؛ بل يؤديان خاصةً إلى تدفق رأس المال خارج بلد الاستثمار. وفي المقابل لا تجعل اتفاقية الدفع بالتقسيط الواردة في التسوية هذا استثماراً لمدة معينة، ولكنها تمدد فقط فترة تدفق رأس المال للخارج. كما أن خطر النزاع حول الاستحقاق لا يمثل خطر زيادة أعمال على وجه التحديد. كما أن التنازل عن مبلغ جزئي من استحقاق مزعوم لا يساهم في التنمية الاقتصادية للبلد المضيف، ولكن يؤدي إلى تخفيف العبء عن الميزانية في البداية فحسب.

(ب) بما أن نقطة الربط للتحكيم ليست التسوية التي من شأنها أن تضع العلاقات القانونية على أساس جديد، ولا الاستحقاق الناتج عنها، بل المشاريع الإنشائية التي تم تنفيذها حتى بداية التسعينيات، فقد ظهرت شكوك حول أن يكون هذا هو في الأساس موضوع قرار التحكيم وبالتالي أيضاً موضوع إجراءات إعلان وجوب التنفيذ. ومع ذلك، يمكن ترك هذا مفتوحاً مثل مسألة ما إذا كانت هذه استثمارات

بالمعنى المقصود الوارد في المادة 1 رقم 2، والمادة 8 رقم 1 من اتفاقية حماية الاستثمار الثنائية، وفقاً للأحكام الموضحة أعلاه. على أي حال، لا يمتد النطاق الزمني لاتفاقية حماية الاستثمار الثنائية ليشمل مشاريع البناء. لأنه وفقاً للمادة 10، الجملة 2 من اتفاقية حماية الاستثمار الثنائية، لا تنطبق الاتفاقية على النزاعات التي نشأت قبل دخول الاتفاقية حيز التنفيذ. وفقاً لأقوال المدعى عليها، لم تدخل اتفاقية حماية الاستثمار الثنائية حيز التنفيذ كما في السابق، وهذا يوافق أقوال صاحبة الدعوى في 22 أبريل 2011. ومع ذلك فإن الخلافات حول التزامات المدعى عليها بالسداد الناتجة عن مشاريع البناء قائمة منذ عام 2009 على أبعد تقدير. لا يمكن أن يعارض ذلك حقيقة أن تسوية 9 ديسمبر 2013 وضعت العلاقات بين الطرفين على أساس جديد، وبالتالي فإن الخلافات الناتجة لم تنشأ إلا بعد دخول معاهدة الاستثمار الثنائية حيز التنفيذ. لأنه في هذه الحالة لن تكون نقطة الربط عند التحكيم هي مشاريع البناء التي تم تنفيذها حتى بداية التسعينيات، ولكن ستكون التسوية مجدداً. ومع ذلك، فإن هذا في حد ذاته لا يشكل استثماراً، كما تم توضيحه أعلاه.

ج) لا يمكن حل المعضلة أيضاً بالاعتماد على قرار التسوية من أجل التحايل على المهلة الزمنية لاتفاقية الاستثمار الثنائية، وفي نفس الوقت تبرير وجود استثمار باستخدام حقيقة أن النزاعات، بغض النظر عن التسوية، متجذرة في مشاريع البناء. لأنه، كما هو موضح أعلاه، هذان المتغيران مرتبطان بنقاط مختلفة فيما يتعلق بإجراءات التحكيم، وبالتالي فإنهما يستبعدان بعضهما البعض. ولذلك فإن الحجة التي تحاول الجمع بينهما تناقض نفسها بنفسها. بالإضافة إلى ذلك، لا يمكن التوفيق بينها وبين المادة 8 الفقرة 4 الحرف أ) من اتفاقية الاستثمار الثنائية، والتي بموجبها تندرج ضمن الاتفاقية حصراً النزاعات الناتجة مباشرة - أي فقط بطريقة مباشرة - عن الاستثمارات.

د) إذا تم رفض طلب إعلان وجوب التنفيذ للأسباب المذكورة أعلاه، فإن مسألة مشروعية الاعتراضات التي أثارها المدعى عليها لا صلة لها بالأمر.

4. نظرًا لأنه كان لا بد من رفض الطلب ، فقد ثبت أيضًا وفقًا للمادة 1061 الفقرة 2 من قانون الإجراءات المدنية أنه لا يجب الاعتراف بقرار التحكيم في ألمانيا.

(3)

1. قرار التكاليف يتبع المادة 91 الفقرة 1 من قانون الإجراءات المدنية.

2. يستند تحديد المبلغ المتنازع عليه إلى المادة 3 من قانون الإجراءات المدنية. يُحسب المبلغ المتنازع عليه بخصوص طلب إعلان وجوب التنفيذ عمومًا وفقًا للمطالبة الرئيسية المرفوعة (= Senat vom 30.9.2020, 34 Sch 13/18 = IBRRS 2020, 2986; OLG Frankfurt a. M. NJOZ 2018, 1988; (BeckOK ZPO/Wendtland § 3 Rn. 31).

تعليمات بخصوص الطعن القانوني:

يمكن تقديم طعن ضد هذا القرار. لا يُقبل الطعن إلا إذا كانت المسألة القانونية ذات أهمية أساسية أو إذا كان تطوير القانون أو ضمان السوابق القضائية الموحدة يتطلب قرارًا من المحكمة الاتحادية العليا.

يجب تقديم الطعن في غضون فترة طارئة مدتها شهر واحد إلى العنوان التالي

المحكمة الاتحادية العليا 45 A Herrenstrasse.

76133 Karlsruhe

تبدأ الفترة مع تسلي القرار .

يُقدّم الطعن عن طريق تقديم مذكرة شكوى قانونية خطية.

يجب أن تحتوي مذكرة الطعن على اسم القرار المطعون فيه وبيان أنه سيتم تقديم الطعن .

يجب أن يتم تمثيل الأطراف المعنية من قبل محام مرخص من قبل المحكمة الاتحادية العليا .

يجب أيضًا تيرير الطعن في غضون شهر واحد. تبدأ الفترة أيضًا مع استلام القرار المطعون فيه .

يمكن تقديم الطعن كوثيقة إلكترونية أيضا . رسالة البريد الإلكتروني العادية لا تفي بالمتطلبات القانونية .

يُشترط في الوثيقة الإلكترونية ما يلي

- تحتوي على توقيع إلكتروني مستوفٍ للشروط من قبل الشخص المسؤول أو

- تُوقع من قبل الشخص المسؤول وتُقدم عبر قناة إرسال آمنة .

يمكن إرسال وثيقة إلكترونية بتوقيع إلكتروني مستوفٍ للشروط وتابع للشخص المسؤول على النحو التالي:

- عبر قناة إرسال آمنة أو إلى صندوق البريد القضائي والإداري الإلكتروني (EGVP) الخاص بالمحكمة والمعد لاستلام المستندات الإلكترونية .

يشار إلى المادة 130 أ، الفقرة 4 من قانون الإجراءات المدنية فيما يتعلق بقنوات الإرسال الآمنة. فيما يتعلق بالمتطلبات الإضافية للتواصل الإلكتروني مع المحاكم، يرجى الرجوع إلى اللائحة الخاصة بالإطار الفني للمعاملات القانونية الإلكترونية وصندوق البريد الحكومي الإلكتروني الخاص (قانون المعاملات القانونية الإلكترونية - ERVV) في الإصدار المعمول به حالياً وكذلك الرجوع إلى الموقع الإلكتروني [www. justiz.de](http://www.justiz.de).

بطاقة دعوة

ترحب هيئة تحرير مجلة إدارة القضايا بمشاركة
كافة الإخوة الزملاء أعضاء الهيئات القضائية
وأعضاء هيئات التدريس الجامعي بكليات
الحقوق في ليبيا وغيرهم من المشتغلين في
مجال القانون والمهتمين به وذلك بما يقدمونه
من دراسات فقهية وأبحاث قانونية وتعليقات
على الأحكام القضائية مساهمة منهم في إثراء
الفكر القانوني العربي وتطويره ..

هيئة تحرير المجلة

إدارة القضاة

Rechtsbehelfe können auch als elektronisches Dokument eingereicht werden. Eine einfache E-Mail genügt den gesetzlichen Anforderungen nicht.

Das elektronische Dokument muss

- mit einer qualifizierten elektronischen Signatur der verantwortenden Person versehen sein oder
- von der verantwortenden Person signiert und auf einem sicheren Übermittlungsweg eingereicht werden.

Ein elektronisches Dokument, das mit einer qualifizierten elektronischen Signatur der verantwortenden Person versehen ist, darf wie folgt übermittelt werden: -

- auf einem sicheren Übermittlungsweg oder
- an das für den Empfang elektronischer Dokumente eingerichtete Elektronische Gerichts- und Verwaltungspostfach (EGVP) des Gerichts.

Wegen der sicheren Übermittlungswege wird auf § 130a Absatz 4 der Zivilprozessordnung verwiesen. Hinsichtlich der weiteren Voraussetzungen zur elektronischen Kommunikation mit den Gerichten wird auf die Verordnung über die technischen Rahmenbedingungen des elektronischen Rechtsverkehrs und über das besondere elektronische Behördenpostfach (Elektronischer-Rechtsverkehr-Verordnung - ERVV) in der jeweils geltenden Fassung sowie auf die Internetseite www.justiz.de verwiesen.

-

III.

1. Die Kostenentscheidung folgt aus § 91 Abs. 1 ZPO.

2. Die Streitwertfestsetzung beruht auf § 3 ZPO. Der Streitwert für einen Vollstreckbarerklärungsantrag bemisst sich grundsätzlich nach der geltend gemachten Hauptsacheforderung (Senat vom 30.9.2020, 34 Sch 13/18 = IBRRS 2020, 2986; OLG Frankfurt a. M. NJOZ 2018, 1988; BeckOK ZPO/Wendtland § 3 Rn. 31).

Rechtsbehelfsbelehrung:

Gegen diese Entscheidung kann Rechtsbeschwerde eingelegt werden. Die Rechtsbeschwerde ist nur zulässig, wenn die Rechtssache grundsätzliche Bedeutung hat oder die Fortbildung des Rechts oder die Sicherung einer einheitlichen Rechtsprechung eine Entscheidung des Bundesgerichtshofs erfordert.

Die Rechtsbeschwerde ist binnen einer Notfrist von einem Monat bei dem

Bundesgerichtshof
Herrenstr. 45 A
76133 Karlsruhe

einzulegen.

Die Frist beginnt mit der Zustellung der Entscheidung.

Die Rechtsbeschwerde wird durch Einreichen einer Rechtsbeschwerdeschrift eingelegt. Die Rechtsbeschwerdeschrift muss die Bezeichnung der angefochtenen Entscheidung und die Erklärung enthalten, dass Rechtsbeschwerde eingelegt werde.

Die Beteiligten müssen sich durch eine bei dem Bundesgerichtshof zugelassene Rechtsanwältin oder einen dort zugelassenen Rechtsanwalt vertreten lassen.

Die Rechtsbeschwerde ist zudem binnen einer Frist von einem Monat zu begründen. Die Frist beginnt ebenfalls mit der Zustellung der angefochtenen Entscheidung.

der 1990er Jahre durchgeführten Bauvorhaben in Betracht zieht, erscheint bereits zweifelhaft, ob diese überhaupt Gegenstand des Schiedsspruchs und damit auch des Vollstreckbarerklärungsverfahrens sind. Das kann jedoch ebenso offenbleiben wie die Frage, ob es sich dabei nach Maßgabe der obigen Ausführungen um Investitionen i.S. von Art. 1 Nr. 2, 8 Nr. 1 des BIT handelt. Jedenfalls erstreckt sich der zeitliche Anwendungsbereich des BIT nicht auf die Bauvorhaben. Denn gemäß Art. 10 Satz 2 des BIT gilt das Abkommen nicht für Streitigkeiten, die vor seinem Inkrafttreten entstanden sind. Nach dem Vortrag des Antragsgegners ist das BIT nach wie vor nicht in Kraft getreten, nach dem Vortrag der Antragstellerin am 22.4.2011. Die Streitigkeiten über die Zahlungsverpflichtungen des Antragsgegners aus den Bauvorhaben bestehen jedoch spätestens seit dem Jahr 2009. Dem kann nicht entgegengehalten werden, dass durch den Vergleich vom 9.12.2013 die Beziehungen der Parteien auf eine neue Grundlage gestellt worden und die daraus resultierenden Streitigkeiten somit erst nach Inkrafttreten des BIT entstanden seien. Denn in diesem Fall wären Anknüpfungspunkt für das Schiedsverfahren nicht die bis Anfang der 1990er Jahre durchgeführten Bauvorhaben, sondern wiederum der Vergleich. Dieser stellt aber selbst keine Investition dar, wie bereits oben ausgeführt wurde.

c) Das Dilemma lässt sich auch nicht dadurch auflösen, dass man auf den Vergleichsabschluss abstellt, um die zeitliche Grenze des BIT zu umgehen, und zugleich zur Begründung einer Investition den Umstand heranzieht, dass die Streitigkeiten ungeachtet des Vergleichs letztlich in den Bauvorhaben wurzeln. Denn wie oben dargelegt, knüpfen diese beiden Varianten im Hinblick auf das Schiedsverfahren an unterschiedliche Punkte an und schließen sich somit gegenseitig aus. Eine Argumentation, die sie zu kombinieren versucht, ist daher schon in sich widersprüchlich. Im Übrigen ließe sie sich nicht mit Art. 8 Abs. 4 lit. a) des BIT vereinbaren, wonach ausschließlich direkt, d.h. nicht nur mittelbar aus Investitionen resultierende Streitigkeiten unter das Abkommen fallen.

d) War der Antrag auf Vollstreckbarerklärung somit bereits aus den vorgenannten Gründen abzulehnen, so kommt es auf die Frage der Berechtigung der von Seiten des Antragsgegners darüber hinaus vorgebrachten Einwände nicht an.

4. Da der Antrag abzulehnen war, war gemäß § 1061 Abs. 2 ZPO zudem festzustellen, dass der Schiedsspruch insoweit im Inland nicht anzuerkennen ist.

einen Zusammenhang mit einer gesonderten Investition fordern wollten, erscheint angesichts des Kontexts inkonsequent und somit fernliegend. Diese Frage mögen Schiedsgerichte und auch das Schweizerische Bundesgericht in der Vergangenheit abweichend beurteilt haben, der Senat ist an entsprechende Entscheidungen aber nicht gebunden. Unergiebig ist auch der Verweis auf Investitionsschutzabkommen des Antragsgegners mit anderen Staaten. Wenn sich dort aufgrund der jeweils gewählten Formulierungen ein weiterer Schutzbereich ergibt, hat das gerade keine Bedeutung für das Verständnis des Begriffs der Investition, von dem die Parteien des hier streitgegenständlichen BIT ausgingen. Nichts anderes ergibt sich aus einem Rückgriff auf die ansonsten auf dem Gebiet internationaler Investitionsschutzabkommen gebräuchlichen Definitionen. Teils wird unter einer Investition der grenzüberschreitende Kapitaleinsatz zwecks Erwerbs von Vermögenswerten verstanden (Hofmann/Donath in Ehlers/Fehling/Pünder Besonderes VerwaltungsR I 4. Aufl. § 8 Rn. 28). Eine a.A. stellt auf die Anlage oder Einbringung von Geld oder sonstigen wirtschaftlichen Werten wie Eigentum, Urheberrechte oder good will zur Gewinnung, Herstellung oder Verbreitung von Gütern im Investitionsland ab, wobei die Anlage auf Dauer oder doch auf einen erheblichen Zeitraum und ohne direkte Gegenleistung im Sinne eines Austauschverhältnisses erfolgen muss (Schwab/Walter Schiedsgerichtsbarkeit 7. Aufl. Kap. 41 Rn. 5). Verschiedentlich werden unter Bezugnahme auf die sogenannte Salini-Formel auch als kennzeichnend für den Begriff der Investition angesehen ein Kapitaleinsatz von gewisser Dauer, eine Renditeerwartung bei gleichzeitigem unternehmerischem Risiko und ein Beitrag der Kapitalanlage für die wirtschaftliche Entwicklung des Gastlands (Balthasar/Wehland International Commercial Arbitration 2. Aufl. C. Rn. 18; Herdegen Internationales WirtschaftsR 12. Aufl. § 23 Rn. 4). Der Vergleich und die aus ihm resultierende Forderung erfüllen nach keiner dieser Definitionen die Kriterien für die Annahme einer Investition, insbesondere würden sie sogar zum Abfluss von Kapital aus dem Investitionsland führen. Die Ratenzahlungsvereinbarung im Vergleich macht diesen auch nicht zu einer Anlage von einer gewissen Dauer, sondern streckt nur den Zeitraum des Kapitalabflusses. Ebenso wenig ist das Risiko des Streits über die Forderung ein spezifisch unternehmerisches Risiko. Der Verzicht auf einen Teilbetrag aus einer angeblichen Forderung stellt auch keinen Beitrag zur wirtschaftlichen Entwicklung des Gastlands dar, sondern entlastet jedenfalls zunächst nur dessen Haushalt.

b) Soweit man als Anknüpfungspunkt für das Schiedsverfahren nicht den Vergleich, der die Rechtsbeziehungen auf eine neue Grundlage stellen würde, oder die aus ihm resultierende Forderung, sondern die bis Anfang

der Schiedsklausel fällt. Diese Frage unterliegt der vollständigen Überprüfung durch das Oberlandesgericht im Rahmen des Vollstreckbarerklärungsverfahrens, wie gerade die vorgenannten Bestimmungen zeigen. Eine Kompetenz-Kompetenz des Schiedsgerichts ist insoweit nicht anzuerkennen, sie ergibt sich auch nicht aus Art. 8 Abs. 5 des BIT. Zwar sind nach dieser Bestimmung die Schiedssprüche endgültig und für die Parteien bindend. Dies gilt aber nur im Rahmen der vereinbarten Schiedsklausel. Völkerrechtliche Verträge sind grundsätzlich so auszulegen, dass die Vertragspartner einerseits das von ihnen gemeinsam erstrebte Ziel durch den Vertrag erreichen können, andererseits nicht über das gewollte Maß hinaus als gebunden angesehen werden dürfen. Verkennt ein Schiedsgericht den Anwendungsbereich des Abkommens, bindet dies die Vertragsparteien nicht (BGH NJW 2013, 3184/3186; BeckOK ZPO/Wilske/Markert, 41. Edition § 1061 Rn. 32; diff. Raeschke-Kessler SchiedsVZ 2018, 1/3 f.). Das gilt selbst dann, wenn wie hier die unterlegene Partei in dem Sitzstaat des Schiedsgerichts nach den dortigen Regeln erfolglos ein Aufhebungsverfahren betrieben und das dortige Gericht die Zuständigkeit des Schiedsgerichts bejaht hat (vgl. Raeschke-Kessler SchiedsVZ 2018, 1/3).

a) Soweit das Schiedsverfahren an den Vergleich selbst mit der darin festgesetzten Zahlungsverpflichtung anknüpft, liegt keine Streitigkeit in Verbindung mit einer Investition nach Art. 8 Abs. 1 und 2 des BIT vor. Denn weder der Vergleich als solcher noch die aus ihm resultierende Forderung stellen eine Investition i.S. dieser Bestimmung dar.

Als bilateraler Vertrag ist das BIT grundsätzlich autonom auszulegen. Art. 1 Abs. 2 des Abkommens bezeichnet als Investition jede Art von Vermögenswerten und lässt dem eine beispielhafte Aufzählung folgen, die teils entsprechende Rechte ausdrücklich benennt, teils mit Investitionen in Verbindung stehende Forderungen und Sicherungsmittel einbezieht. Hieraus ergibt sich, dass nicht schon jede auf Geld gerichtete Forderung in den sachlichen Anwendungsbereich des BIT fällt, sondern nur solche, die ihrerseits im Zusammenhang mit einer Investition stehen, vgl. insbesondere Art. 1 Abs. 2 lit. b) des Abkommens. Soweit die Antragstellerin vorträgt, gerade in dieser Bestimmung seien Geldforderungen als solche genannt, ohne dass sie weitere Kriterien erfüllen müssten, überzeugt dies nicht. In der Aufzählung in Art. 1 Abs. 2 lit. b) des BIT stehen die Geldforderungen zwischen den reinvestierten Erträgen und den anderen Rechten, die in Verbindung mit einer Investition einen finanziellen Wert haben. Dass die Parteien des Abkommens jegliche Geldforderung dessen Schutz unterstellen, im Gegensatz hierzu für sonstige Vermögenswerte aber stets

die konkrete Streitigkeit nach Inkrafttreten des BIT liegt. Auf staatliche Immunität könne sich der Antragsgegner nicht berufen. Ein Anerkennungsversagungsgrund sei nicht gegeben.

II.

Der Antrag auf Vollstreckbarerklärung ist zulässig, aber unbegründet.

1. Die Zuständigkeit des Oberlandesgerichts München für die Entscheidung folgt aus § 1062 Abs. 1 Nr. 4, Abs. 2 Alt. 2 ZPO i.V.m. § 7 GZVJu in der vom 1.7.2012 bis 30.4.2020 gültigen Fassung (GVBl S. 295), da sich Vermögen des Antragsgegners in Bayern befindet und der Antrag auf Vollstreckbarerklärung am 16.1.2020 einging.-

2. Der Antrag ist zulässig.

a) Er ist insbesondere statthaft gemäß § 1061 Abs. 1 ZPO.

b) Der Antrag erfüllt auch die formellen Anforderungen. Gemäß § 1061 Abs. 1 Satz 1 ZPO richtet sich die Anerkennung und Vollstreckung ausländischer Schiedssprüche nach dem UN-Übereinkommen vom 10.6.1958 über die Anerkennung und Vollstreckung ausländischer Schiedssprüche (UNÜ). Zwar ist nach Art. IV Abs. 1 lit. a) UNÜ die gehörig legalisierte Urschrift des Schiedsspruchs oder eine ordnungsgemäß beglaubigte Abschrift einer solchen Urschrift vorzulegen. Daran fehlt es hier. Allerdings gilt insoweit gemäß Art. VII Abs. 1 UNÜ das Günstigkeitsprinzip, zumal Art. IV UNÜ lediglich als Beweismittelregelung zu verstehen ist (BGH NJW 2000, 3650). Das nationale Recht indes verlangt in § 1064 Abs. 1 und 3 ZPO zwingend auch für ausländische Schiedssprüche nur die Vorlage des Schiedsspruchs im Original oder in beglaubigter Abschrift. Die Antragstellerin hat den Schiedsspruch in beglaubigter Kopie vorgelegt und damit den anerkennungsfreundlicheren nationalen Vorgaben Genüge getan.

3. Der Antrag bleibt aber in der Sache ohne Erfolg, weil der im Schiedsverfahren geltend gemachte Anspruch nicht unter das BIT fällt.-

Gemäß Art. V Abs. 1 lit. c) UNÜ wird die Anerkennung des Schiedsspruchs auf Antrag der Partei, gegen die er geltend gemacht wird, u.a. dann versagt, wenn diese Partei der zuständigen Behörde des Landes, in dem um Anerkennung nachgesucht wird, den Beweis erbringt, dass der Schiedsspruch eine Streitigkeit betrifft, die nicht unter die Bestimmungen

wird in Ziffern IV. und VII. wegen eines Teilbetrags in Höhe von 11.000.000,00 € zzgl. Zinsen in Höhe von 3 Prozentpunkten über LIBOR seit dem 31.7.2019 für vorläufig vollstreckbar erklärt.

Der Antragsgegner beantragt zuletzt:

den Antrag auf Anerkennung und Vollstreckbarerklärung des ICC-Schiedsspruchs vom 22.7.2019, Az. 22236/ZF/AYZ, gemäß Art. V Abs. 1 lit. e) UNÜ abzuweisen.

Er ist der Ansicht, er sei wegen der für ihn geltenden Staatenimmunität bereits nicht der deutschen Gerichtsbarkeit unterworfen. Zudem sei das BIT nie in Kraft getreten. Jedenfalls habe das Schiedsgericht den sachlichen und zeitlichen Anwendungsbereich des BIT verkannt. Unabhängig davon sei der Vergleich unwirksam.

Die Antragstellerin meint, nach dem Prinzip der Kompetenz-Kompetenz sei es Sache des Schiedsgerichts gewesen, seine Zuständigkeit festzustellen. Es habe auch seine Zuständigkeit mit Recht angenommen, und zwar unabhängig davon, ob man die Vergleichsvereinbarung vom 9.12.2013 oder die Bauprojekte als die zuständigkeitsbegründende Investition ansehe. Der Vergleich sei wirksam. Die aus ihm folgende Geldforderung sei schon nach dem Wortlaut von Art. 1 Abs. 2 lit. b) des BIT eine Investition i.S. dieser Bestimmung, zusätzliche Anforderungen seien in- soweit nicht zu stellen. Dementsprechend hätten auch andere Schiedsgerichte unter dem hier streitgegenständlichen BIT Vergleichsvereinbarungen als Investition angesehen. Tatsächlich verfolge der Antragsgegner regelmäßig den Ansatz, den Schutzbereich seiner Investitionsschutzabkommen möglichst weit zu fassen. So seien etwa im Abkommen mit Österreich Investitionen u.a. als „Ansprüche auf Geld und Ansprüche auf eine vertraglich vereinbarte Leistung, die einen wirtschaftlichen Wert hat“ bezeichnet. Internationale Investitionsschutzabkommen sähen üblicherweise eine weite Definition des Begriffs vor. Selbst nach den vom Antragsgegner aufgestellten Kriterien liege indes eine Investition vor. Aber auch wenn man den Vergleich für unwirksam halte, handle es sich jedenfalls bei den Aktivitäten der Antragstellerin in Libyen in den 1980er und 1990er Jahren um Investitionen nach dem BIT. Diesem unterfielen auch Investitionen, die vor seinem Inkrafttreten getätigt wurden. Gerade auch der Streit um die Vergleichswirksamkeit stelle eine Streitigkeit aus oder im Zusammenhang mit einer Investition dar. Für den Zeitpunkt des Entstehens einer Streitigkeit sei es irrelevant, ob die Investition, aus der sie entspringt, einen Zusammenhang mit einer früheren Investition hat. Entscheidend sei, dass

Die Beschwerde des Antragsgegners gegen den Schiedsspruch vom 22.7.2019 wies das Schweizerische Bundesgericht mit Urteil vom 2.11.2020 zurück.

Die Antragstellerin beantragt:

1. Der von dem Schiedsgericht, bestehend aus den Schiedsrichtern John M. Townsend, Jean E. Kalicki und Kaj Hobér (Vorsitzender) am 22.7.2019 erlassene ICC-Schiedsspruch, Az. 22236/ZF/AYZ, mit folgendem Inhalt

I. Die Einwände des Schiedsbeklagten gegen die Zuständigkeit des Schiedsgerichts werden zurückgewiesen;

II. das Schiedsgericht ist für alle Ansprüche der Schiedsklägerin zuständig, die sich aus dem BIT ergeben und in diesem Schiedsverfahren erhoben werden;

III. der Schiedsbeklagte hat gegen Art. 2 Abs. 2 des BIT verstoßen, indem er der Investition der Schiedsklägerin keine gerechte und billige Behandlung hat zukommen lassen;

IV. der Schiedsbeklagte hat der Schiedsklägerin Schadensersatz in Höhe von USD 21.865.554,00 einschließlich der in der Zeit bis zum Schiedsspruch aufgelaufenen einfachen Zinsen in Höhe von 4 % im Jahr zu zahlen;

V. die Ansprüche der Schiedsklägerin wegen immaterieller Schäden werden abgewiesen;

VI. alle sonstigen Anträge und Ansprüche werden abgewiesen;

VII. der Schiedsbeklagte hat ab dem Zeitpunkt der Zustellung des Schiedsspruchs für den zuerkannten Betrag von USD 21.865.554,00 Zinsen in Höhe von 3 Prozentpunkten über dem LIBOR mit jährlicher Kapitalisierung zu zahlen.

VIII. [...]

IX. [...]

b) [...]

c) des Schiedsgerichtshofes der Internationalen Handelskammer in Paris.

3. [...]

4. Ungeachtet der Bestimmungen von Absatz 2 dieses Artikels:

a) unterliegen nur jene Streitigkeiten, die direkt aus Investitionstätigkeiten entstehen, für die die ggf. erforderliche Genehmigung im Einklang mit der einschlägigen Gesetzgebung beider Vertragspartner betreffend Auslandskapital eingeholt wurde und die effektiv begonnen haben, der Zuständigkeit des Internationalen Zentrums für Beilegung von Investitionsstreitigkeiten (ICSID), sofern beide Vertragspartner Unterzeichner des entsprechenden Übereinkommens werden, oder einem anderen zwischen den Vertragspartnern vereinbarten internationalen Streitbeilegungsmechanismus;-

b) [...]

c) [...]

5. Die Schiedssprüche sind endgültig und für alle an der Streitigkeit beteiligten Parteien bindend. Jeder Vertragspartner verpflichtet sich, den Schiedsspruch im Einklang mit seinem nationalen Recht zu vollstrecken.

Art. 10 des BIT lautet:

Das vorliegende Abkommen gilt für Investitionen im Hoheitsgebiet eines Vertragspartners, die im Einklang mit dessen Gesetzen und Vorschriften vor oder nach Inkrafttreten des vorliegenden Abkommens von Investoren des anderen Vertragspartners getätigt werden. Das vorliegende Abkommen gilt jedoch nicht für Streitigkeiten, die vor seinem Inkrafttreten entstanden sind.

Am 22.7.2019 erließ das Schiedsgericht der ICC in Genf (Schweiz) einen Schiedsspruch, in dem es auf der Grundlage des Vergleichs vom 9.12.2013 dem Begehren der Antragstellerin teilweise stattgab.

Mit Schriftsatz vom 16.1.2020, beim Oberlandesgericht eingegangen am selben Tag, hat die Antragstellerin beantragt, den Schiedsspruch wegen eines Teilbetrags zzgl. Zinsen für vollstreckbar zu erklären.

- (a) Anteile, Aktien und andere Formen der Beteiligung an Unternehmen,
- (b) reinvestierte Erträge, Geldforderungen und andere Rechte, die in Verbindung mit einer Investition einen finanziellen Wert haben,
- (c) bewegliches und unbewegliches Vermögen sowie andere Rechte wie Hypotheken, dingliche Sicherungsrechte, Pfandrechte und ähnliche Rechte in Verbindung mit Investitionen gemäß Definition im Einklang mit den Gesetzen und Vorschriften des Vertragspartners, in dessen Hoheitsgebiet sich das Vermögen befindet,
- (d) gewerbliche und geistige Schutzrechte in Bezug auf Investitionen wie Patente, Gebrauchsmuster, technische Verfahren sowie Marken, Geschäfts- und Firmenwert, Know-how und andere ähnliche Rechte,
- (e) per Gesetz oder Investitionsvertrag gewährte Geschäftskonzessionen, einschließlich Konzessionen für die Suche nach und die Bewirtschaftung, Gewinnung oder Nutzung von natürlichen Ressourcen im Hoheitsgebiet jedes Vertragspartners, unter der Voraussetzung, dass Investitionen nicht in einem Erwerb von weniger als 10 Prozent der Anteile eines Unternehmens über eine Börse bestehen dürfen, was nicht unter das vorliegende Abkommen fällt.

Für die Streitbeilegung bestimmt Art. 8 des BIT Folgendes:

1. Streitigkeiten zwischen einem Vertragspartner und einem Investor des anderen Vertragspartners in Verbindung mit seiner Investition sind dem die Investition empfangenden Vertragspartner vom Investor schriftlich und unter Angabe detaillierter Informationen mitzuteilen. Der Investor und der betroffene Vertragspartner bemühen sich nach besten Kräften, diese Streitigkeiten durch Konsultationen und Verhandlungen in gutem Glauben beizulegen.
2. Sollten diese Streitigkeiten nicht innerhalb von neunzig (90) Tagen nach dem Datum der schriftlichen Mitteilung, wie in Absatz 1 dargelegt, beigelegt werden können, besteht nach Wahl des Investors die Möglichkeit zur Vorlage der Streitigkeit beim zuständigen Gericht des Vertragspartners, in dessen Hoheitsgebiet die Investition getätigt wurde, oder bei der internationalen Schiedsgerichtsbarkeit:

a) [...]

Die Antragstellerin begehrt die Vollstreckbarerklärung eines in der Schweiz zu ihren Gunsten ergangenen Schiedsspruchs wegen eines Teilbetrags zzgl. Zinsen.

Die Antragstellerin ist ein Bauunternehmen in der Rechtsform einer Aktiengesellschaft mit Sitz in der Türkei. Der Antragsgegner ist der libysche Staat. Er verfügt über Grundbesitz in München.

Bis Anfang der 1990er Jahre führte die Antragstellerin in Libyen aufgrund verschiedener Verträge mit staatlichen Behörden zahlreiche Bauvorhaben durch. Von 2007 bis 2008 befasste sich ein staatlicher Prüfungsausschuss mit den bis dahin aufgelaufenen Vergütungsforderungen der Antragstellerin. Diese versucht seit 2009 erfolglos, den vom Ausschuss insoweit ermittelten Betrag in Höhe von 1.721.389,823 LYD beizutreiben. Schließlich erhob die Antragstellerin Klage vor dem Gericht Erster Instanz in Beida (Libyen), das den Antragsgegner am 29.10.2012 zur Zahlung von 1.906.360,230 LYD zzgl. Zinsen und weiteren 1.000.000,000 LYD verurteilte. Am 9.12.2013 schlossen die Parteien dann einen Vergleich, wonach die Antragstellerin in zwei Raten 5.420.308,707 LYD zur Abgeltung aller offenen Vergütungsansprüche erhalten sollte und beide Parteien darauf verzichteten, auf nationaler oder internationaler Ebene gegen das Urteil vom 29.10.2012 vorzugehen. Gleichwohl legte der Antragsgegner Berufung ein, auf die hin das Urteil am 31.1.2018 aufgehoben wurde. Die im Vergleich festgesetzte Zahlung wurde bislang nicht geleistet.

Mit Schriftsatz vom 29.8.2016 reichte die Antragstellerin deshalb bei der Internationalen Handelskammer (International Chamber of Commerce - ICC) in Paris (Frankreich) Schiedsklage ein, gestützt auf das bilaterale Investitionsschutzabkommen zwischen der Türkei und Libyen vom 25.11.2009 (BIT).

Art. 1 des BIT in der von der Antragstellerin vorgelegten beglaubigten deutschen Übersetzung der englischen Fassung lautet:

Für die Zwecke des vorliegenden Abkommens:

1. [...]

2. Umfasst der Begriff „Investition“ im Einklang mit den Gesetzen und Vorschriften des Vertragspartners, der Gastgeberstaat ist, jede Art von Vermögenswerten, insbesondere, jedoch nicht ausschließlich:-

den Antrag auf Anerkennung und Vollstreckbarerklärung des ICC-Schiedsspruchs vom 22.7.2019, Az. 22236/ZF/AYZ, gemäß Art. V Abs. 1 lit. e) UNÜ abzuweisen.

Er ist der Ansicht, er sei wegen der für ihn geltenden Staatenimmunität bereits nicht der deutschen Gerichtsbarkeit unterworfen. Zudem sei das BIT nie in Kraft getreten. Jedenfalls habe das Schiedsgericht den sachlichen und zeitlichen Anwendungsbereich des BIT verkannt. Unabhängig davon sei der Vergleich unwirksam.

Die Antragstellerin meint, nach dem Prinzip der Kompetenz-Kompetenz sei es Sache des Schiedsgerichts gewesen, seine Zuständigkeit festzustellen. Es habe auch seine Zuständigkeit mit Recht angenommen, und zwar unabhängig davon, ob man die Vergleichsvereinbarung vom 9.12.2013 oder die Bauprojekte als die zuständigkeitsbegründende Investition ansehe. Der Vergleich sei wirksam. Die aus ihm folgende Geldforderung sei schon nach dem Wortlaut von Art. 1 Abs. 2 lit. b) des BIT eine Investition i.S. dieser Bestimmung, zusätzliche Anforderungen seien in- soweit nicht zu stellen. Dementsprechend hätten auch andere Schiedsgerichte unter dem hier streitgegenständlichen BIT Vergleichsvereinbarungen als Investition angesehen. Tatsächlich verfolge der Antragsgegner regelmäßig den Ansatz, den Schutzbereich seiner Investitionsschutzabkommen möglichst weit zu fassen. So seien etwa im Abkommen mit Österreich Investitionen u.a. als „Ansprüche auf Geld und Ansprüche auf eine vertraglich vereinbarte Leistung, die einen wirtschaftlichen Wert hat“ bezeichnet. Internationale Investitionsschutzabkommen sähen üblicherweise eine weite Definition des Begriffs vor. Selbst nach den vom Antragsgegner aufgestellten Kriterien liege indes eine Investition vor. Aber auch wenn man den Vergleich für unwirksam halte, handle es sich jedenfalls bei den Aktivitäten der Antragstellerin in Libyen in den 1980er und 1990er Jahren um Investitionen nach dem BIT. Diesem unterfielen auch Investitionen, die vor seinem Inkrafttreten getätigt wurden. Gerade auch der Streit um die Vergleichswirksamkeit stelle eine Streitigkeit aus oder im Zusammenhang mit einer Investition dar. Für den Zeitpunkt des Entstehens einer Streitigkeit sei es irrelevant, ob die Investition, aus der sie entspringt, einen Zusammenhang mit einer früheren Investition hat. Entscheidend sei, dass die konkrete Streitigkeit nach Inkrafttreten des BIT liegt. Auf staatliche Immunität könne sich der Antragsgegner nicht berufen. Ein Anerkennungsversagungsgrund sei nicht gegeben.

II.

1. Der von dem Schiedsgericht, bestehend aus den Schiedsrichtern John M. Townsend, Jean E. Kalicki und Kaj Hobér (Vorsitzender) am 22.7.2019 erlassene ICC-Schiedsspruch, Az. 22236/ZF/AYZ, mit folgendem Inhalt:

I. Die Einwände des Schiedsbeklagten gegen die Zuständigkeit des Schiedsgerichts werden zurückgewiesen;

II. das Schiedsgericht ist für alle Ansprüche der Schiedsklägerin zuständig, die sich aus dem BIT ergeben und in diesem Schiedsverfahren erhoben werden;

III. der Schiedsbeklagte hat gegen Art. 2 Abs. 2 des BIT verstoßen, indem er der Investition der Schiedsklägerin keine gerechte und billige Behandlung hat zukommen lassen;-

IV. der Schiedsbeklagte hat der Schiedsklägerin Schadensersatz in Höhe von USD 21.865.554,00 einschließlich der in der Zeit bis zum Schiedsspruch aufgelaufenen einfachen Zinsen in Höhe von 4 % im Jahr zu zahlen;

V. die Ansprüche der Schiedsklägerin wegen immaterieller Schäden werden abgewiesen;-

VI. alle sonstigen Anträge und Ansprüche werden abgewiesen;

VII. der Schiedsbeklagte hat ab dem Zeitpunkt der Zustellung des Schiedsspruchs für den zuerkannten Betrag von USD 21.865.554,00 Zinsen in Höhe von 3 Prozentpunkten über dem LIBOR mit jährlicher Kapitalisierung zu zahlen.-

VIII. [...]

IX. [...]

wird in Ziffern IV. und VII. wegen eines Teilbetrags in Höhe von 11.000.000,00 € zzgl. Zinsen in Höhe von 3 Prozentpunkten über LIBOR seit dem 31.7.2019 für vorläufig vollstreckbar erklärt.

Der Antragsgegner beantragt zuletzt:

3. Ungeachtet der Bestimmungen von Absatz 2 dieses Artikels:

a) unterliegen nur jene Streitigkeiten, die direkt aus Investitionstätigkeiten entstehen, für die die ggf. erforderliche Genehmigung im Einklang mit der einschlägigen Gesetzgebung beider Vertragspartner betreffend Auslandskapital eingeholt wurde und die effektiv begonnen haben, der Zuständigkeit des Internationalen Zentrums für Beilegung von Investitionsstreitigkeiten (ICSID), sofern beide Vertragspartner Unterzeichner des entsprechenden Übereinkommens werden, oder einem anderen zwischen den Vertragspartnern vereinbarten internationalen Streitbeilegungsmechanismus;-

b) [...]

c) [...]

5. Die Schiedssprüche sind endgültig und für alle an der Streitigkeit beteiligten Parteien bindend. Jeder Vertragspartner verpflichtet sich, den Schiedsspruch im Einklang mit seinem nationalen Recht zu vollstrecken.-

Art. 10 des BIT lautet:

Das vorliegende Abkommen gilt für Investitionen im Hoheitsgebiet eines Vertragspartners, die im Einklang mit dessen Gesetzen und Vorschriften vor oder nach Inkrafttreten des vorliegenden Abkommens von Investoren des anderen Vertragspartners getätigt werden. Das vorliegende Abkommen gilt jedoch nicht für Streitigkeiten, die vor seinem Inkrafttreten entstanden sind.

Am 22.7.2019 erließ das Schiedsgericht der ICC in Genf (Schweiz) einen Schiedsspruch, in dem es auf der Grundlage des Vergleichs vom 9.12.2013 dem Begehren der Antragstellerin teilweise stattgab.

Mit Schriftsatz vom 16.1.2020, beim Oberlandesgericht eingegangen am selben Tag, hat die Antragstellerin beantragt, den Schiedsspruch wegen eines Teilbetrags zzgl. Zinsen für vollstreckbar zu erklären.

Die Beschwerde des Antragsgegners gegen den Schiedsspruch vom 22.7.2019 wies das Schweizerische Bundesgericht mit Urteil vom 2.11.2020 zurück.

Die Antragstellerin beantragt:

in Verbindung mit Investitionen gemäß Definition im Einklang mit den Gesetzen und Vorschriften des Vertragspartners, in dessen Hoheitsgebiet sich das Vermögen befindet,-

(d) gewerbliche und geistige Schutzrechte in Bezug auf Investitionen wie Patente, Gebrauchsmuster, technische Verfahren sowie Marken, Geschäfts- und Firmenwert, Know-how und andere ähnliche Rechte,-

(e) per Gesetz oder Investitionsvertrag gewährte Geschäftskonzessionen, einschließlich Konzessionen für die Suche nach und die Bewirtschaftung, Gewinnung oder Nutzung von natürlichen Ressourcen im Hoheitsgebiet jedes Vertragspartners,

unter der Voraussetzung, dass Investitionen nicht in einem Erwerb von weniger als 10 Prozent der Anteile eines Unternehmens über eine Börse bestehen dürfen, was nicht unter das vorliegende Abkommen fällt.-

Für die Streitbeilegung bestimmt Art. 8 des BIT Folgendes:

1. Streitigkeiten zwischen einem Vertragspartner und einem Investor des anderen Vertragspartners in Verbindung mit seiner Investition sind dem die Investition empfangenden Vertragspartner vom Investor schriftlich und unter Angabe detaillierter Informationen mitzuteilen. Der Investor und der betroffene Vertragspartner bemühen sich nach besten Kräften, diese Streitigkeiten durch Konsultationen und Verhandlungen in gutem Glauben beizulegen.

2. Sollten diese Streitigkeiten nicht innerhalb von neunzig (90) Tagen nach dem Datum der schriftlichen Mitteilung, wie in Absatz 1 dargelegt, beigelegt werden können, besteht nach Wahl des Investors die Möglichkeit zur Vorlage der Streitigkeit beim zuständigen Gericht des Vertragspartners, in dessen Hoheitsgebiet die Investition getätigt wurde, oder bei der internationalen Schiedsgerichtsbarkeit:

a) [...]

b) [...]

c) des Schiedsgerichtshofes der Internationalen Handelskammer in Paris.

3. [...]

ihren Gunsten ergangenen Schiedsspruchs wegen eines Teilbetrags zzgl. Zinsen.

Die Antragstellerin ist ein Bauunternehmen in der Rechtsform einer Aktiengesellschaft mit Sitz in der Türkei. Der Antragsgegner ist der libysche Staat. Er verfügt über Grundbesitz in München.

Bis Anfang der 1990er Jahre führte die Antragstellerin in Libyen aufgrund verschiedener Verträge mit staatlichen Behörden zahlreiche Bauvorhaben durch. Von 2007 bis 2008 befasste sich ein staatlicher Prüfungsausschuss mit den bis dahin aufgelaufenen Vergütungsforderungen der Antragstellerin. Diese versucht seit 2009 erfolglos, den vom Ausschuss insoweit ermittelten Betrag in Höhe von 1.721.389,823 LYD beizutreiben. Schließlich erhob die Antragstellerin Klage vor dem Gericht Erster Instanz in Beida (Libyen), das den Antragsgegner am 29.10.2012 zur Zahlung von 1.906.360,230 LYD zzgl. Zinsen und weiteren 1.000.000,000 LYD verurteilte. Am 9.12.2013 schlossen die Parteien dann einen Vergleich, wonach die Antragstellerin in zwei Raten 5.420.308,707 LYD zur Abgeltung aller offenen Vergütungsansprüche erhalten sollte und beide Parteien darauf verzichteten, auf nationaler oder internationaler Ebene gegen das Urteil vom 29.10.2012 vorzugehen. Gleichwohl legte der Antragsgegner Berufung ein, auf die hin das Urteil am 31.1.2018 aufgehoben wurde. Die im Vergleich festgesetzte Zahlung wurde bislang nicht geleistet.-

Mit Schriftsatz vom 29.8.2016 reichte die Antragstellerin deshalb bei der Internationalen Handelskammer (International Chamber of Commerce - ICC) in Paris (Frankreich) Schiedsklage ein, gestützt auf das bilaterale Investitionsschutzabkommen zwischen der Türkei und Libyen vom 25.11.2009 (BIT).

Art. 1 des BIT in der von der Antragstellerin vorgelegten beglaubigten deutschen Übersetzung der englischen Fassung lautet:

Für die Zwecke des vorliegenden Abkommens:

1. [...]
2. Umfasst der Begriff „Investition“ im Einklang mit den Gesetzen und Vorschriften des Vertragspartners, der Gastgeberstaat ist, jede Art von Vermögenswerten, insbesondere, jedoch nicht ausschließlich:-

(a) Anteile, Aktien und andere Formen der Beteiligung an Unternehmen,

(b) reinvestierte Erträge, Geldforderungen und andere Rechte, die in Verbindung mit einer Investition einen finanziellen Wert haben,

(c) bewegliches und unbewegliches Vermögen sowie andere Rechte wie Hypotheken, dingliche Sicherungsrechte, Pfandrechte und ähnliche Rechte

Rechtsanwälte Steuerberater Solicitors Partnerschaft mbB, Stadthausbrücke 8,
20355 Hamburg, Gz.: 164064.00020

wegen Anerkennung und Vollstreckbarerklärung eines ausländischen
Schiedsspruchs

erlässt das Oberlandesgericht München - 34. Zivilsenat - durch die
Vorsitzende Richterin am Oberlandesgericht Sprickmann Kerkerinck, den
Richter am Oberlandesgericht Breinl und den Richter am
Oberlandesgericht Dr. Stegbauer am 04.10.2021 aufgrund der mündlichen
Verhandlung vom 09.08.2021 folgenden

Beschluss

1. Der Antrag, den im Schiedsverfahren zwischen der Antragstellerin als
Schiedsklägerin und dem Antragsgegner als Schiedsbeklagtem durch die
Schiedsrichter Dr. Kaj Hobér als Vorsitzender sowie John M. Townsend und Jean
Kalicki als Beisitzer in Genf (Schweiz) ergangenen Schiedsspruch vom 22. Juli
2019 wegen eines Teilbetrags von 11.000.000 € -

zzgl. Zinsen in Höhe von 3 Prozentpunkten über LIBOR seit 31.7.2019 für
vollstreckbar zu erklären, wird abgelehnt.

2. Es wird festgestellt, dass der Schiedsspruch in Deutschland insoweit nicht
anzuerkennen ist.

3. Die Antragstellerin trägt die Kosten des
Vollstreckbarerklärungsverfahrens.

4. Der Streitwert wird auf 11.000.000 € festgesetzt.

Gründe:

I.

Die Antragstellerin begehrt die Vollstreckbarerklärung eines in der Schweiz zu

Beglaubigte Abschrift

Oberlandesgericht München

Az.: 34 Sch 3/20

Eingegangen
-HAMBURG-
06.10.2021
EVERSHEDS
SUTHERLAND



In Sachen

Etrak Insaat Taahhüt ve Ticaret Anonim Sirketi, Kasriali Cad., Kombe Apt. No.

13/1, Istanbul, Türkei- Antragstellerin –

Prozessbevollmächtigte:Rechtsanwälte Gleiss Lutz Hootz Hirsch PartmbB,

*Lautenschlagerstraße 21, 70173 Stuttgart, Gz.: 71681-19 WI/BjEB-
gegen*

Staat Libyen, vertr. d. Litigation Department, Foreign Disputes Committee,

Essidi Street Courts Complex, 3 rd Floor, Tripoli, Libyen- Antragsgegnerin –

Prozessbevollmächtigte:Rechtsanwälte Eversheds Sutherland (Germany),

Rechtsanwälte Steuerberater Solicitors Partnerschaft mbB, Stadthausbrücke 8,

20355 Hamburg, Gz.: 164064.00020

Prozessbevollmächtigte:Rechtsanwälte Eversheds Sutherland (Germany),

إدارة القضاة

ALTHOUGH any judgment is subject to third-party proceedings unless the law provides otherwise; the effective right to a judge implies that a third party to the arbitration proceedings, likely to suffer the effects of an arbitration award

In the present case, it appears from the proceedings that on March 11, 2016, an attachment was made on the bank account of the Central Bank of Libya opened with the Crédit Agricole Corporate & Investment Bank pursuant to the final arbitral award rendered in Cairo on March 22, 2013 and confirmed by an order of the President of the Paris Tribunal de Grande Instance of May 13, 2013. Investment Bank pursuant to the final arbitral award rendered in Cairo on March 22, 2013, which was declared enforceable by an order of the President of the Paris Court of First Instance on May 13, 2013, confirmed by a decision of the Paris Court of Appeal on October 28, 2014; that by affirming that the third party opposition is not admissible against the appeal judgment ruling on the decision granting the exequatur to an award rendered abroad, to deduce, in this case, that the Central Bank of Libya was not entitled to file a third party opposition against the judgment of October 28, 2014 granting the exequatur of the arbitral award rendered in Cairo on March 22, 2013, the Court of Appeal violated article 6 § 1 of the European Convention for the Protection of Human Rights and Fundamental Freedoms, together with articles 585 and 1525 of the Code of Civil Procedure.

enforceable in France the arbitration award rendered in Cairo on March 22, 2013;

WHEREAS the company Al-Kharafi firstly invokes the inadmissibility of the third party opposition on the grounds that this extraordinary remedy is not open to the Central Bank of Libya, which claims that the third party opposition is admissible by virtue of articles 585 and 1525 of the code of civil procedure; according to article 582 of the code of civil procedure, "the third party opposition aims at having a judgment retracted or reformed for the benefit of a third party who attacks it. It calls into question, in relation to its author, the points judged which it criticizes so that a new decision may be made in fact and in law"; it follows from this article that the opposing third party is in a situation similar to that in which he would have found himself if he had intervened to oppose the action. He is allowed to invoke the arguments that he could have presented if he had intervened in the proceedings before the decision was rendered; article 585 of the Code of Civil Procedure provides that any judgment is susceptible of third-party opposition if the law does not provide otherwise; firstly, it should be noted that if in domestic arbitration, the third-party opposition procedure is open pursuant to Article 1501 of the Code of Civil Procedure, Article 1506 of the Code of Civil Procedure not referring to this text, for awards rendered in France in international matters and for awards rendered abroad, they cannot be subject to third-party opposition; secondly, as the company Al-Kharafi maintains, the only recourse available against the exequatur order of an award rendered abroad is the appeal provided for by article 1525 of the code of civil procedure, in the cases listed in article 1520 of the code of civil procedure, which refer to the award itself and not to the exequatur order, which is therefore not as such subject to any recourse; consequently, the third party opposition to the appeal ruling on the decision granting the exequatur to an award rendered abroad, would allow, if it were admitted, a third party to the arbitration agreement and to the arbitration proceedings, to oppose to the parties to this agreement and these proceedings, means aiming at the award itself whereas no recourse is open to the third parties against the award rendered abroad; the third party opposition of the Central Bank of Libya must consequently be declared inadmissible ;

decisions of the Paris Court of Appeal of October 5, 2017 and March 6, 2018;

REVERSE AND ANNUL, in all its provisions, the judgment rendered on May 28, 2019, between the parties, by the Court of Appeal of Paris ;

Refers the case and the parties to the state they were in before this judgment and refers them to the Paris Court of Appeal otherwise composed;

Orders Al-Kharafi and Sons (Kuwait), Al-Kharafi and Sons (Egypt), the Libyan government, the Libyan Ministry of Economy, the Libyan Ministry of Finance, the General Council for Promotion, Investment and Privatization to pay the costs;

Pursuant to Article 700 of the Code of Civil Procedure, orders Al-Kharafi et fils (Kuwait) and Al-Kharafi et fils (Egypt) to pay Central Bank of Libya the total sum of 3,000 euros and rejects the other claims;

That, at the request of the Attorney General of the Court of Cassation, this judgment shall be transmitted to be transcribed in the margin or following the judgment set aside;

Thus made and judged by the Court of Cassation, First Civil Division, and pronounced by the President in its public hearing of the twenty-sixth of May two thousand and twenty-one.

REASON ANNEXED to this judgment

Plea in law produced by SCP Rocheteau et Uzan-Sarano, avocat aux Conseils, for Central Bank of Libya

The judgment of the Paris Court of Appeal of May 28, 2019 is criticized for declaring Central Bank of Libya inadmissible in its third-party opposition against the judgment of the Paris Court of Appeal of October 28, 2014 confirming the order issued on May 13, 2013 by the President of the Paris Tribunal de Grande Instance declaring

28, 2014; that by affirming that the third party opposition is not admissible against the appeal judgment ruling on the decision granting the exequatur to an award rendered abroad, to deduce, in this case, that the Central Bank of Libya was not admissible to file a third-party objection to the judgment of October 28, 2014 granting the exequatur of the arbitral award rendered in Cairo on March 22, 2013, the Court of Appeal violated Article 6, § 1, of the Convention for the Protection of Human Rights and Fundamental Freedoms, together with Articles 585 and 1525 of the Code of Civil Procedure. »

The Court's response

Having regard to articles 1525, paragraph 1, and 585 of the Code of Civil Procedure:

6. According to the first of these texts, the decision on an application for enforcement of an arbitral award made abroad is subject to appeal.

7. According to the second, any judgment is subject to third-party opposition if the law does not provide otherwise.

8. In order to declare the Central Bank of Libya inadmissible, the judgment states that article 1506 of the Code of Civil Procedure does not allow for third-party proceedings against awards rendered in France in international matters or abroad. It adds that the only recourse against the exequatur order is the appeal provided for in article 1525 of the same code, in the cases listed in article 1520 which concern the award itself and not the exequatur order.

9. In so ruling, whereas the third party opposition against the decision of the court of appeal having granted the exequatur constituted a recourse of common law against, not the arbitral award, but only the decision of exequatur of the award rendered abroad, the court of appeal violated the aforementioned texts.

NOW **THEREFORE**, the Court:

FIND that the appeal has lapsed insofar as it is directed against the

1. Central Bank of Libya appealed in cassation against the decisions of October 5, 2017 (n RG 16/21946) and March 6, 2018 (n RG 17/19316) of

the Court of Appeal of Paris.

2. However, the memorandum submitted to the clerk's office of the Court of Cassation does not contain any arguments against these decisions.

3. The partial lapse of the appeal should therefore be noted.

Facts and procedure

4. According to the judgment under appeal (Paris, May 28, 2019), the Central Bank of Libya filed a third-party objection to a judgment of October 28, 2014, granting exequatur to an award rendered in Cairo against the Libyan State, on the grounds that it had suffered prejudice as a result of an attachment of its bank account under the exequatur judgment to which it was not a party.

Examination of the plea

Statement of the case

5. The Central Bank of Libya complains that the judgment declares it inadmissible in its third party opposition to the judgment of exequatur of the award, whereas "any judgment is susceptible of third party opposition if the law does not provide otherwise ; that the effective right to a judge implies that a third party to the arbitration proceedings, likely to suffer the effects of an arbitration award rendered abroad, is entitled to file a third party opposition against the decision granting the enforcement of this award; that in the present case, it appears from the proceedings that on March 11, 2016, a seizure was carried out on the bank account of the Central Bank of Libya opened with the Crédit Agricole Corporate & Investment Bank pursuant to the arbitration award. Investment Bank pursuant to the final arbitral award rendered in Cairo on March 22, 2013, which was declared enforceable by an order of the President of the Paris Court of First Instance on May 13, 2013, confirmed by a decision of the Paris Court of Appeal on October

4 / to the Libyan Ministry of Economy,

5 / to the libyan ministry of finance,

6 / to the general council for promotion, investment and privatization, all four having their headquarters in Sidi street, third floor, Tripoli (Libya),

7 / to the company Mohamed Abdel Mohsen Al-Kharafi et fils, whose head office is 3 Abbas Al-Akkad Madinat Nasr Street, Cairo, Egypt, defendants to the cassation.

In support of her appeal, the plaintiff relies on the single ground of cassation appended to this judgment.

The file was sent to the Attorney General.

On the report of M. Hascher, Counsellor On the report of Mr. Hascher, counsel, the observations of SCP Rocheteau et Uzan-Sarano, counsel for Central Bank of Libya, SCP Spinosi, counsel for Al-Kharafi et fils (Kuwait) and Al-Kharafi et fils (Egypt), SCP Krivine et Viaud, counsel for the Libyan government the Libyan Ministry of Economy, the Libyan Ministry of Finance and the General Council for Promotion, Investment and Privatization, and the opinion of Mrs. Caron-Déglise, Advocate General, after the debates at the public hearing of March 30, 2021, where Mrs. Batut, president, Mr. Hascher, reporting counselor, Mrs. Aurora, secretary general, and Mrs. R. D., secretary general, were present. Mrs. Batut, President, Mr. Hascher, Counselor-Rapporteur, Mrs. Auroy, Senior Counselor, Mrs. Antoine, Mrs. Bozzi, Mrs. Poinseaux, Mr. Fulchiron, Mrs. Dard, Counselors, Mrs. Mouty-Tardieu, Mrs. Gargoulaud, Mr. Azar, Mr. Buat-Ménard, Mrs. Feydeau-Thieffry, Referendary Counselors, Mrs. Caron-Déglise, Advocate General, and Mrs. Berthomier, Clerk of the Chamber,

Article R. 431-5 of the Code of Judicial Organization, of the aforementioned President and Councillors, after having deliberated in accordance with the law, has delivered the present judgment.

Partial lapse of appeal

In view of Article 978 of the Code of Civil Procedure:

CIV. 1 CF **COURT OF CASSATION**

Public hearing on **May 26, 2021**

Partial forfeiture and
Cassation

Ms. BATUT, President

Ruling n 382 FS-P

Appeal n A 19-23.996

F R A N Ç A I S R E P U B L I C

ON BEHALF OF THE FRENCH PEOPLE

**DECISION OF THE COURT OF CASSATION, FIRST CIVIL
CHAMBER, OF 26 MAY 2021**

Central Bank of Libya, whose registered office is PO Box 1103, Al Shat Road, Tripoli, Libya, acting in the person of the governor and represented by the litigation department of the foreign country disputes committee, directorate of state affairs or litigation department, filed appeal No. A 19-23.996 against an order issued on October 5, 2017

and two judgments handed down on March 6, 2018 and May 28, 2019 by the Paris Court of Appeal (Division 1, Chamber 1), in the dispute between:

1 / to the Libyan Investment Authority, whose headquarters is Burj Tripoli,

twenty-second floor, PO Box 93099, Tripoli (Libya),

2 / to the company Mohamed Abdel Mohsen Al-Kharafi et fils, whose head office is Al Kharafi Towers, 13th Floor, Qibla - Kuwait City (Kuwait),

3 / to the Libyan government,

إدارة القضاة

disagreed and were of the view (at paragraph 243) that denying access to a court in circumstances where diplomatic service is impossible or unduly difficult would not be proportionate to the legitimate aim of complying with international law to promote comity and good relations between States.

Ramifications and consequences

The developing practice that had allowed English court proceedings, and especially enforcement proceedings, to be brought without serving a foreign state is now gone. This had got to the point where the English courts were even ordering disclosure of foreign sovereign assets without insisting on service of the proceedings.

As mentioned already, today's decision in England will have ripple effects in other jurisdictions that either have similar statutory language or have adopted the State Immunity Act wholesale.

Subject only to the already-mentioned exception of an agreement to be served by a different method, sovereign states can now be assured that they will only ever be served with English Court proceedings through their respective foreign ministries. Those negotiating contracts on behalf of states should be alive to what is likely to be an increased prevalence in the market seeking such agreements.

required by the relevant court rules. If, as in this case, the operation of the relevant rules does not require service of the document instituting proceedings, then service will fall outside the regime contained in section 12(1) of the SIA.

In relation to Issue 2, the majority's answer to this question was that there is no discretion under the English court rules permitting a judge to dispense with a mandatory statutory requirement in any circumstances whether exceptional or otherwise. The minority view was that, if the court exercises a discretion to dispense with service in exceptional circumstances, then the relevant document is no longer a document that is "required to be served" for the purposes of section 12(1) of the SIA. According to the minority (at paragraphs 238-239) this interpretation gives effect to the underlying purpose of the legislation because it facilitates the restrictive doctrine of State immunity.

In relation to Issue 3, the majority rejected the argument that the lack of a discretion to allow service by alternative means in exceptional circumstances was a breach of the right to a fair trial under the European Convention of Human Rights, and the British constitutional right of access to the court. The majority held (at paragraphs 84-85) that the procedure prescribed by section 12(1) of the SIA is a proportionate means of pursuing the legitimate objective of providing a workable means of service which conforms with the requirements of international law and comity, in circumstances of considerable international sensitivity. The procedure cannot therefore be considered to infringe article 6 of the ECHR. Lady Arden's judgment added that the Human Rights Act does not permit the court to adopt an interpretation of a statute which is inconsistent with a fundamental feature of the legislation - here the mandatory and exclusive nature of the diplomatic method of service under the SIA. The minority

The Supreme Court addressed itself to three issues: 1) firstly, in proceedings to enforce an arbitral award against a foreign state, does section 12(1) of the State Immunity Act require service through the FCDO to the foreign state's Ministry of Foreign Affairs; 2) secondly, even if section 12(1) applies, in exceptional circumstances, can the court dispense with service of the enforcement order under rules 6.16 and/or 6.28 of the CPR?; and 3) thirdly, based on the Human Rights Act and the European Convention on Human Rights, must section 12(1) be construed as allowing the court to make alternative directions as to service in exceptional circumstances where the claimant's right of access to the court would otherwise be infringed.

In relation to Issue 1, the majority held (see paragraphs 43, 58 and 76(5)) that a broad reading of section 12(1) of the SIA is appropriate, on account of the considerations of international law and comity. The held that the words "other document required to be served for instituting proceedings against a State" in section 12(1) are wide enough to apply to all documents by which notice of proceedings in this jurisdiction is given to a defendant State. In the particular context of enforcement of arbitration awards against a State, the majority held (at paragraphs 44 and 76(3)) that the relevant document to be served will be either the arbitration claim form (if the court required one to be served), or it will be the order granting permission to enforce the award. The Supreme Court's ruling was that section 12(1) establishes a procedure for service on a defendant State through the FCDO which is mandatory and exclusive. This is subject only to the possibility of service by a different method otherwise agreed by the defendant State.

The minority considered that Parliament intended the applicability of section 12(1) of the SIA to depend on what was

extensive evidence for the international recognition of the Government of National Accord such that there really was no doubt who the State of Libya was, the claimants changed their case and relied instead on the periodic outbreaks of civic violence as the necessary “exceptional circumstances”, while also arguing the second route mentioned above.

Libya was successful on this application before the Commercial Court. Mr Justice Males ruled that section 12(1) was mandatory and could not be avoided. He did, however, grant permission for General Dynamics to appeal that decision to the Court of Appeal. Before the Court of Appeal General Dynamics were partially successful. While the Court of Appeal overturned the decisions under the first category above (i.e. those that permitted dispensing with service), it upheld the argument that the documents which were required to be served under the procedural rules did not “institute proceedings” in the terms of the State Immunity Act and so did not need to be served through the diplomatic channels but could be served by other means. The Court of Appeal refused to give Libya permission to appeal, but the Supreme Court allowed the appeal to continue and the hearing before the Supreme Court took place remotely in December 2020.

The Judgment

The leading judgment of the majority of the Supreme Court was delivered by Lord Lloyd-Jones. The dissenting judgment of the minority was delivered by Lord Stephens. Lady Arden agreed with Lord Lloyd-Jones but gave her own short judgment with additional points addressing certain arguments in the judgment of Lord Stephens. These are largely limited to the manner in which English statutes are to be interpreted over time and will not be addressed here.

recently Eritrea, and Egypt.

The means of avoiding the mandatory requirement in the State Immunity Act was one of two ways. Firstly, some of the cases held that where a court exercised its ordinary power to dispense with service altogether, this meant there was nothing to serve at all so the State Immunity Act provision did not apply. On this premise the claimant only had to demonstrate “exceptional circumstances” to get an order dispensing with service.

The second route involved cases enforcing either a foreign judgment or arbitral award where enforcement was granted ex parte. In those cases where the procedural rules require only service of a subsequent order it was said that such orders did not “institute proceedings” so once again the process envisaged by the State Immunity Act did not need to be complied with.

The Supreme Court’s decision has done away with both of these mechanisms. Now the mandatory statutory route is the only mechanism by which English court proceedings can be served on a foreign sovereign state. There are no exceptions.

General Dynamics v Libya

In this case the claimant was seeking to enforce an arbitral award. It applied for recognition of the award on an ex parte basis and sought to justify an order dispensing with service on the premise that it was uncertain who properly represented the state of Libya. This was said to amount to “exceptional circumstances”. Based on the cases just mentioned, this order was granted thereby avoiding the need for the UK’s FCDO to serve the Libyan Foreign Ministry.

Libya applied to set aside this order. After marshalling the

the position. In doing so the Supreme Court has overturned an increasing body of enforcement cases against states since 2016 which had either permitted service to be completed by alternative means other than through diplomatic channels, or had dispensed with service altogether.

The UK's State Immunity Act 1978

Section 12(1) of the State Immunity Act 1978 reads: “Any writ or other document required to be served for instituting proceedings against a State shall be served by being transmitted through the Foreign, Commonwealth and Development Office to the Ministry of Foreign Affairs of the State and service shall be deemed to have been effected when the writ or document is received at the Ministry”.

For the first few decades of its life, commentators on the Act described this requirement as “mandatory”. The statute itself referred to it as a “procedural privilege”. It was also accepted law that in the face of this legislative language it was not possible to order alternative means of service.

The only recognized exception to the rule was that under section 12(6) which gave force to any agreement by the state (either in a contract or a treaty or otherwise in writing) to a different form of service.

The cases which sought to limit the application of the State Immunity Act

This position started to change in 2016 with a raft of cases involving the enforcement of either foreign judgments or arbitral awards. The cases involved Venezuela, Iran, Syria, and more

Summary of the UK Supreme Court decision in General Dynamics (UK) Ltd. v State of Libya

In a judgment handed down by the UK Supreme Court on 25 June 2021, the State of Libya won an important victory safeguarding the scope and application of the procedural privileges afforded to foreign states before the English courts under the UK's State Immunity Act 1978. The decision is *General Dynamics (United Kingdom) Limited v State of Libya* [2021] UKSC 22, which is available at <https://www.supremecourt.uk/cases/uksc-2019-0166.html>.

The decision will ensure that service of any English court proceedings brought against a foreign state will have to take place through diplomatic channels (i.e., through the UK's Foreign, Commonwealth and Development office (the "FCDO")) to the relevant foreign ministry and that there are no circumstances which can override this mandatory rule. In this case the claimant argued that Libya's periodic civil violence was an "exceptional circumstance" that should permit an order dispensing with service. The Supreme Court has disagreed.

The decision is of particular importance in the context of the enforcement of arbitral awards and court judgments against foreign states in England but will apply to underlying court proceedings as well. In addition the decision is likely to be followed in jurisdictions which have either adopted the State Immunity Act, or have near identical provisions as to service, such as Singapore and the UK's many offshore jurisdictions.

The UK Supreme Court's ruling, overturning the UK Court of Appeal's decision by a majority of 3-2, reverts the law regarding service on a foreign state to what had long been assumed to be

إدارة القضاة

**State of Libya
Supreme Judicial Council
Litigation Department**

**Journal of Litigation
Department**

**Editor in chief:
Judge. Khalifa S. El-jahmi**

Vol.20 NO.40

December - 2021

إدارة القضاة

إدارة القضاة



State of Libya
Supreme Judicial Council
Litigation Department

Journal of Litigation
Department

Vol.20 N0.40

December - 2021