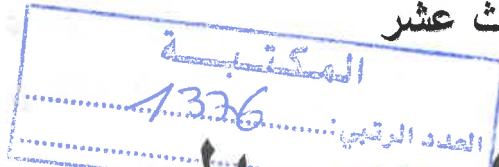


كلية الحقوق والعلوم السياسية بتونس



مجموعة لقاءات الحقوقيين

العدد الثالث عشر



القضاء الاستعجالي

أعمال ملتقى من 28 إلى 30 أفريل 2005

تقديم الأستاذ

الهادي بن مراد

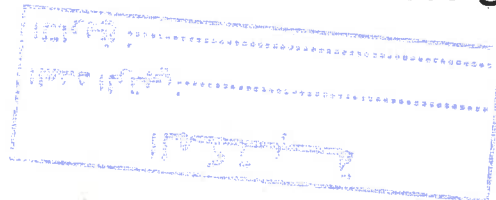
عميد كلية الحقوق والعلوم السياسية بتونس



بمشاركة الأساتذة :

- نذير بن عمو - منير العياري - حمّادي الرايس - أحمد بن طالب - عماد فرحات - مراد إسكندر - الصغير الزكراوي - الأزهر القروي الشابي - علي الخالدي - حسين السالمي - أحمد التّمّام - حسين بن سليمة - بشير المنوبي الفرشيشي

تونس 2008



كلية الحقوق والعلوم السياسية بتونس



مجموعة لقاءات الحقوقيين

العدد الثالث عشر

المكتبة

1326

العدد الرقبي

التاريخ

القضاء الاستعجالي

أعمال ملتقى من 28 إلى 30 أفريل 2005

تقديم الأستاذ

الهادي بن مراد

عميد كلية الحقوق والعلوم السياسية بتونس



بمشاركة الأساتذة :

- نذير بن عمو - منير العياري - حمادي الرايس - أحمد بن طالب - عماد فرحات - مراد إسكندر - الصغير الزكراوي - الأزهر القروي الشابي - علي الخالدي - حسين السالمي - أحمد التمتام - حسين بن سليمة - بشير المنوبي الفرشيشي

تونس 2008



الفهرس

نذير بن عمو، تقرير افتتاحي	5
منير العياري، مفهوم التأكد في القضاء الاستعجالي	19
حمادي الرايس، مفهوم عدم المساس بالأصل	85
أحمد بن طالب، القضاء العادي بإجراءات استعجالية	123
عماد فرحات، دعوى الخروج إن لم يدفع	171
مراد إسكندر، الاختصاص الاستعجالي في مادة التنفيذ	231
الصغير الزكراوي، القضاء الاستعجالي في المادة الجبائية	247
الأزهر القروي الشابي، سلطة القاضي الاستعجالي على انفساخ عقود الأكرية	273
علي الخالدي، عمليات الإيجار المالي أمام القضاء الاستعجالي	297
حسين السالمي، الاختصاص الاستعجالي في التحكيم	323
أحمد التمتام، استئناف الأحكام الاستعجالية	359
حسين بن سليمة، الاعتراض على الأحكام الاستعجالية	401
بشير الفرشيشي، تقرير ختامي	441

تقديم

أثار ملتقى "القضاء الاستعجالي" عند تنظيمه ضجة بين المختصين في مادة القانون، من أساتذة جامعيين وقضاة ومحامين وعدول تنفيذ وطلبة. وقد تتوَّعت القراءات حول الملامح العامة للقضاء الاستعجالي ووظائفه كعمل قضائي وقتي هدفه حماية الحقوق إلى حين الفصل النهائي في النزاعات.

وكانت للمداخلات القيمة أثرها العميق في كشف الغطاء عن بعض الإشكاليات العويصة إلى حدّ التساؤل حول الحدود الفاصلة بين القضاء الاستعجالي والنظر في أصل النزاع، مع نقاشات علمية مرموقة حول مفهوم التأكد ولحظاته الزمنية الغامضة أحيانا والعويصة أحيانا أخرى.

وازداد الأمر تعقيدا وجاذبية عند النظر في مجال القضاء الاستعجالي واتّساعه إلى ميادين غير معهودة قدّم فيها فقه القضاء حولا استحسنها الفقه. أمّا دراسة ومناقشة المسائل الإجرائية والتنفيذية فإنها أقامت الدليل على أنها من أولويات القضاء الاستعجالي الناجع التي بدونها تهدر الحقوق ويغيب، ولو مؤقتا، "الشعور بالعدل".

لذلك ارتأى عديد المختصين مزيد التمحيص والبحث في جلّ المسائل المطروحة في هذا الملتقى، معتبرين نشره منطلقا لسلسلة أخرى من البحوث حول القضاء الاستعجالي.

وفي انتظار ما ستقع برمجته في هذا الموضوع، لا يفوتني أن أنوّه بالجهود المبذولة من قبل كل المشاركين في هذا الملتقى وبأن أتوجّه لهم بالشكر عن هذه المساهمة العلمية الجماعية القيمة والمرموقة.



التقرير التمهيدي

نذير بن عمرو

الأستاذ بكلية الحقوق والعلوم السياسية بتونس

والمحامي لدى التعقيب

1- "يَسْتَعْجِلُونَكَ بِالْعَذَابِ وَإِنَّ جَهَنَّمَ لَمُحِيطَةٌ بِالْكَافِرِينَ" (العنكبوت 54) "من استعجل الشيء قبل أوانه عوقب بحرمانه"، "في التأني السلامة وفي العجلة الندامة". القضاء المبرم والقضاء والقدر من لا يعرف لغة رجل القانون قد يجد في العبارتين المعنويين بهما ملتقانا ما يدعوه إلى طلب اللطف بنا وأن يخفف الله عنا ما أنزل خاصة وأن للقضاء هنا صفة مشتركة مع الطب فكلاهما يمكن أن يكون استعجاليا وإن كانا كذلك أنبأ بخطورة قد لا تحمد عواقبها. لكن هل أن القضاء الاستعجالي يحمل فعلا يحمل هذه المعاني ؟ لنبدأ من البداية.

فالعجلة هي السرعة وهي خلاف البطء والاستعجال والإعجال والتعجل يعني الاستحاثات وطلب العجلة أما القضاء فيؤخذ على معناه العام ما ينظر فيه أو ما يتعهد به فيشمل مبدئيا ما كان ولائيا وما كان خصاميا.

والقضاء الاستعجالي هو الإجراء الادعائي الاستثنائي والمختصر الذي يهدف إلى البت بأقصى ما يمكن من السرعة في النزاعات المتأكدة وفي الصعوبات التي يثيرها تنفيذ الأحكام القضائية والسندات التنفيذية وذلك بصفة مؤقتة و دون مساس بأصل الحق، وفي تعريف أعم هو الإجراء الاستثنائي المختصر الذي يمكن القاضي من اتخاذ قرار وقتي في المسائل المتنازع عليها التي لا تتحمل التأخير في إصدار القرار دون حصول ضرر.

2- لم أجد في ما توفر من المؤلفات الفقهية ما يمكن أن يعادل مفهوم القضاء الاستعجالي اليوم، ولربما كانت الصبغة الشفوية للقضاء في بعض المجتمعات مشجعا على فورية النطق بالأحكام ... ولربما لاحظنا بدهشة اليوم ما كان قد كتبه الفقهاء في إعدار الأطراف أو تأجيلهم لإحضار حججهم لنرى أن

أقصى ما كان يؤجل به الطرف أربعة أشهر وهو أجل قد تستغرقه أحيانا قضية استعجالية اليوم. على أن تطور الثقافة الكتابية والنزعة إلى التوثيق وما أثرت به على سلوك الأفراد هو المفسر للتراكم المؤدي إلى التراجع في سرعة الفصل والمبرر للتأخير وظهور الحاجة إلى نوع آخر من القضاء قائم على تحقيق حماية الحقوق والمصالح على وجه السرعة.

3- وهذه هي الغاية المبررة للتشريعات في مختلف الأنظمة القانونية في بلاد العالم على تكريس هذا النوع من القضاء القائم على ضرورة الحماية المؤقتة للحقوق دون المساس بالأصل، ولا غرابة في ذلك ما دام السبب واحدا وهو بالأساس اكتظاظ المحاكم. فمختلف الأنظمة القانونية تتناول بنفس الروح وإن اختلفت التعبيرات نفس الإشكالات وتبحث عن أفضل السبل لتحقيق المطلوب وهي كتشريعات قد لا تكون ذات جدوى تذكر إلا إذا لوحظ دور فقه القضاء فيها أو لنقل دور الممارسة القضائية.

وقد لا يكون لعدم تدخل المشرع لتنظيم هذا الصنف من القضاء أثر معطل. فمع أنه قد لا يوجد تنظيم للقضاء الاستعجالي فإن العمل القضائي هو الذي يقره ويسير عليه وهكذا كان الأمر بالنسبة إلى المحكمة الإدارية عند سن قانون غرة جوان 1972 الذي تميز بنقيصة مثيرة للتعجب بشأن هذا الصنف من القضاء إلى أن جاء تنقيح 3 جوان 1996 الذي عالج هذه المسألة ونظم الأذون والمعاینات الاستعجالية في الباب السابع من العنوان الرابع (الفصول 81 إلى 87).

4- تحت هذا الغطاء "القضاء الاستعجالي" مظاهر مختلفة وهي تدعو إلى طرح التساؤل حول ما إذا جاز وصفها تعميما بذلك الوصف. إذ على سبيل المثال يعالج المشرع القضاء المستعجل ضمن الباب الخامس من مجلة المرافعات المدنية والتجارية المعنون في الوسائل الوقتية وهو عنوان مشترك بينه وبين الأذون على

المطالب. وتشارك هذه مع القضاء المستعجل في أنها تكون أحيانا مستجيبة لوضع متأكد وتختلف معها في صبغتها القائمة على عدم المواجهة.

5- ما الحاجة إلى قضاء استعجالي إذا لم يكن ذلك مرتبطا بكون القضاء العادي في حاجة إلى وقت أكبر وإلى تركيز أكثر معهود إلى مجلس تتقارع فيه الآراء. يتبين من هذا أن القضاء الاستعجالي ليس من المسائل البسيطة ويكفي في ذلك أن نذكر أن نجاح القاضي في مهامه رهين نجاحه في دوره كقاضٍ للأمور المستعجلة فهو إذن معيار تقاس به كفاءة القاضي وقد يشرق اسمه بفضل البصمة التي تركها لما كان متوليا شؤون تلك المهمة فيخلق تحليق النور كما وصفه البعض.

ولعل دقة مهمة القاضي الاستعجالي تبرز من خلال ما تواتر عن الرسول محمد عليه السلام من قول ، قد يكون أحكم ألحن بحجته فأقضي له فمن قضيت له بحق ليس له فكأنما قضيت له بقطعة من نار.

إن القضاء الاستعجالي قطعة من نار لا تمسك بها إلا عند الضرورة لدفع خطر وإن أمسكت بها فلا تدعها تحرق يدك ولا تجعلها تحرق غيرك عندما تلقي بها. ولعل ما يزيد في صعوبة المهمة أن القضاء الاستعجالي قضاء منفرد بجميع ما يتطلبه من كفاءة وحكمة وتجربة وبكل ما يحمله من معاني الريبة وسريان المعتقد أن قضاء الفرد قد يعتريه التحكم.

6- لكن المشرع لا ينظر إلى المسألة بهذه العين فهو تحت ضغط الحاجة يعدد الحالات ويضيف إليها وليس أدل على ذلك من تعدد الحالات التي يجعل فيها المشرع للقضاء الاستعجالي دورا من خلال مجلة الشركات التجارية أو من خلال التنقيح الأخير لمجلة المرافعات المدنية والتجارية وما تشهده حاليا مسألة التسبقات

الاستعجالية من جدل. فالنزعة في التشريع وفي التطبيق إلى تعدد وتنويع تدخل القضاء الاستعجالي نزعة تستثير الانتباه.

7- وهكذا يتخذ القضاء الاستعجالي يتخذ أهمية عملية واضحة بما يبرر الحاجة إلى تشريح حي لتبين مواطن الضعف فيه بهدف تداركها واستكشاف تحقيق الغاية المقصودة من تنظيمه. لكن البحث في مسائل القضاء الاستعجالي لا يقف عند ملاحظة أهميته في الواقع بل يفرض النفاذ إلى ما يؤدي به ذلك التطور من تأثير على التصور العام لهذا الصنف من القضاء لنتساءل هل نحن في حاجة إلى نظرية عامة للقضاء الاستعجالي تبين مبادئه وقواعده حتى يتبين المقصد منه وحتى لا يتفادى الخلط مع غيره. قد يكون الأمر كذلك فالقضاء الاستعجالي كما سنبينه المحاضرات التالية لا يقتصر على ميدان محدد فهو ليس خاصا بالمادة المدنية والتجارية بل هو يشمل المادة الإدارية والجبائية والتحكيم والقانون الدولي الخاص بما يبرر الخوض في خصوصيات القضاء الاستعجالي في كل منها ولكنه يؤكد في نفس الوقت أن هذا الصنف من القضاء هو المشهور المجهول كلنا يعرفه وقد لا يعلم عنه الواحد من شيئا يذكر.

8- في تقرير تمهيدي عن القضاء الاستعجالي يعترضني نفس هاجس القاضي كيف أمهد لما سيأتي دون أن آتي عليه ؟ كيف أسرع دون مساس بالأصل ؟ بيدي ساعة وفي ذهني ميزان، والساعة والميزان ضابطان أساسيان في تنظيم هذا الكون ألم يقل تعالى "وما أمر الساعة إلا كلمح البصر أو هو أقرب" (النحل 77) وألم يذكر "وأقيموا الوزن بالقسط ولا تخسروا الميزان" (الرحمن 9). فالساعة هنا رمز للزمن ، متى يقضي القاضي الاستعجالي؟ والميزان رمز للعدل وهو رمز للمعيار ، كيف يقضي الاستعجالي؟ هذا ما يجعلنا نطرح هذا التمهيد بالرجوع إلى

القضاء الاستعجالي في علاقته بالزمان في مرحلة أولى (الجزء الأول) لتعرض في طور ثان إلى علاقته بالميزان (الجزء الثاني).

الجزء الأول : الاستعجالي والزمان

9- يعد عنصر الزمن من أهم العناصر المميزة للتدخل الاستعجالي ويتجلى هذا من خلال نوعين من العلائق الأول هو التأكد الداعي إلى التدخل المؤقت (أ) والثاني هو المؤقت الذي وإن كان مبدئيا غير مؤهل إلى أن يصبح نهائيا قد يأتي أحيانا بنتيجة نهائية (ب).

أ- المتأكد والمؤقت

10- عندما ينص الفصل 201 م م م ت أنه يقع النظر استعجاليا وبصفة مؤقتة في جميع الحالات المتأكدة فإنه يربط الصلة بين الصيغة المؤقتة والتأكد.

قد يكون التأكد من أصعب المفاهيم ومن أدقها فهل أن الأمر يتعلق بمعيار زمني ؟ أليس هو الخطر الملم الذي يستدعي التدخل ؟ هل هو كل خطر أم كل خطر إن وقع قد يصعب أو يستحيل تدارك عواقبه ؟ أم هو مزيج بين هذا وذاك؟ والتأكد درجات فهناك التأكد العادي وهناك حالات شديد التأكد التي يتجاوز فيها عن الشكليات والآجال وتستوجب التنفيذ دون سابق إعلام.

إن مسألة التأكد متصلة فعلا اتصالا وثيقا بتأثير الزمن على الحق أو على الأحداث والوقائع التي لها انعكاس على الحق. ويستنتج في نفس المعنى من العمل القضائي أن التأكد هو الخطر الحقيقي المحقق بالحق المراد حفظه والذي يلزم درؤه عنه بسرعة لا تكون عادة في القضاء العادي ولو قصرت مواعيده¹.

¹ حكم استعجالي، ابتدائية تونس، عدد 53712 في 25 أكتوبر 1971 ، القضاء والتشريع 1972، ص 1233.

11- على أن ربط التأكد بالتوقيت يستوجب التمييز بين التوقيت في الإجراءات والتوقيت في المآل أو الوسيلة المتخذة. فالتوقيت في الإجراءات بمعنى الإسراع يقصد به من ناحية الاختصار في الإجراءات و الآجال والأحكام الخاصة بالتنفيذ وهو الحل العام الذي يتميز به تكييف الإجراءات أو الدعوى بأنهما استعجاليان. ولكن التوقيت في الإجراءات معناه أيضا أن النظر في أصل الدعوى سيكون خاضعا للاختصار في الآجال دون أن يكون القاضي مطالبا بالتحقق من ركن التأكد بمعنى أننا سنراعي عنصر السرعة في الإجراءات دون أن يؤثر ذلك على مهمة القاضي الذي يبقى قاضي أصل. وهذه كل الحالات التي يكون فيها التأكد مفترضا قانونا. والأمثلة على ذلك كثيرة من ذلك الفصل 146 م م ت توقيت تنفيذ الأحكام الابتدائية الموصوفة غلطا بكونها نهائية اختصاص رئيس المحكمة الاستئنافية "إلا بعد سماع مرافعة جلسة استعجالية تعقد في أسرع وقت"، والفصل 172 م م ت بعد أن قرر أن الاعتراض لا يوقف تنفيذ الحكم المعترض عليه بين أن الحاكم يمكن أن يعطل تنفيذ الحكم بناء على طلب كتابي "يقع النظر فيه طبق الإجراءات المبينة في باب القضاء المستعجل".

لكن القضاء الأصلي بإجراءات استعجالية وإن كان واضحا في مفهومه قد لا يكون معبرا عنه في التشريع بالوضوح الكافي. فمجلة الشركات التجارية مثلا زاخرة بالأمثلة التي عهد فيها للقضاء الاستعجالي باتخاذ الوسائل الوقتية لكننا نلاحظ أحيانا أن ما يعهد إلى القضاء الاستعجالي يؤدي إلى الخوض في الأصل. فالفصل 46 من تلك المجلة مثلا والمتعلق بالتصفية مكن كل من يهمه الأمر من الاعتراض على التوزيع "باللجوء إلى القاضي الاستعجالي الذي ينظر في صحة عملية التوزيع". وقد وقع التساؤل هل أن المقصود هو أن القاضي ينظر بإجراءات استعجالية أم أن اختصاصه محدود باختصاص القاضي الاستعجالي للنظر فقط في صحة عملية التوزيع إجرائيا ليقرر وقف عملية التوزيع حتى تبت محكمة الأصل

في النزاع الجدي¹؟ وهذا ما يدعو إلى البحث في مدى التزام المشرع بتقنيات التشريع، ولكن هذا حديث آخر.

12- لكن التأكد بمعنى السرعة لا يعني بالضرورة اتباع إجراءات استعجالية أو أن المسألة من اختصاص القضاء الاستعجالي فهناك أحوال في القانون يوجب فيها المشرع النظر على وجه السرعة دون أن تكون ذات ارتباط بالقضاء الاستعجالي أو بالإجراءات الاستعجالية والمثال على ذلك ما يقرره الفصل 243 و 244 من المجلة التجارية الذي يفرض على المحكمة أن تصدر حكمها خلال شهر من نشر القضية.

13- كما أن التأكد والمؤقت ولو ارتبطا لا يؤديان إلى القول بوجود قضاء استعجالي فالفقرة الرابعة من الفصل 32 من مجلة الأحوال الشخصية تفرض على قاضي الأسرة أن يتخذ ولو بدون طلب جميع القرارات الفورية الخاصة بسكنى الزوجين وبالنفقة والحضانة وبزيارة المحضون وتنفيذ تلك القرارات على المسودة دون أن تكون قابلة للاستئناف أو التعقيب ولكنها تكون قابلة للمراجعة من قاضي الأسرة ما لم يصدر حكم في الأصل وتبت المحكمة في الوسائل المتأكدة موضوع القرارات الفورية. وليس هذا مما يمكن خلطه مع القضاء الاستعجالي.

14- أما التوقيت في المآل أو في الوسيلة فيعني أن القضاء الاستعجالي سيؤدي إلى اتخاذ وسيلة وقتية حمائية ومعنى ذلك أن القضاء الاستعجالي يسعى إلى حماية عاجلة مؤقتة دون أن يحسم النزاع بوجه نهائي. لكن ما ينظر استعجاليا لا يكون بالضرورة مؤقتا

¹ عبد الله الهلالي، دور القاضي في الشركات التجارية، أعمال الملتقى الدولي حول مجلة الشركات التجارية 5 و 6 أبريل 2001، منشورات مركز الدراسات القانونية والقضائية، تونس 2002، ص 67 وما بعدها وخاصة ص 75.

ب المؤقت والنهائي

15- إن وصف الأمر بالمؤقت يعني أنه لا يقبل الاستمرار في الزمان. وقد يتعارض هذا مع ما يسمى به القضاء بالقضاء ما نطق به الحكم فكان قابلاً للنفاد وإذا صدر الحكم استقر به الحق فلا يعود قابلاً للانقراض أما القضاء الاستعجالي فقد لا يبدو كذلك ما دام مفعوله مؤقتاً.

16- ولعل أهم الإشكالات التي تعترض الباحث في هذا الصدد إشكال اتصال القضاء بالأحكام الاستعجالية. وقد تضاربت آراء المحاكم وكم مرة دعت محكمة التعقيب للتدخل وكيف كان موقفها ؟ فقد اعتبرت تارة أن الأحكام الاستعجالية بما لها من صبغة وقتية لا تحرز على قوة اتصال القضاء¹ وطورا تقول إن اتصال القضاء بها نسبي² ثم تراءى لها أن لتلك الأحكام اتصال القضاء ما لم تتغير الظروف³ ثم تقول إنه طالما لم يقع الطعن في الحكم فقد اتصل به القضاء وأصبح حجة على الخصوم في موضوعه⁴ فهل في ذلك اضطراب أم أنه يمكن استشفاف موقف متكامل ؟ على أنه مهما كان الموقف فاتصال القضاء لا يعني إطلاقاً أن محكمة الأصل مقيدة بما قضى به الاستعجالي ولو تناولت نفس الموضوع⁵.

17- ولعل من المسائل المرتبطة بالصبغة المؤقتة ما قد يخالجنا من شك حول الاعتراض في المادة الاستعجالية. فالفصل 169 من م م ت يقرر أن القيام

¹ تعقيب مدني عدد 5950 بتاريخ 29 جويلية 1968، النشرة، ص 80.

² تعقيب مدني عدد 9521 بتاريخ 25 ديسمبر 1972 ، ن، ص 69

³ تعقيب مدني عدد 9184 بتاريخ 17 أبريل 1973 ، 2، ص 49.

⁴ تعقيب مدني عدد 247 بتاريخ 15 جويلية 1976 ن، 3، ص 19.

⁵ تعقب مدني عدد 1999 بتاريخ 18 أكتوبر 1979، 2، ص 65.

بالاعتراض على الحكم يكون مقبولا ما دام الحق المؤسس عليه ذلك الحكم لم يضمحل ... وقد يقع التساؤل عن مدى قابلية الأحكام الاستعجالية للاعتراض عليها ما دامت أحكاما تتصف بالتوقيت وبعدهم المساس بأصل الحق. وهناك من الشراح من أكد دون تردد أن الاعتراض لا يمتد إلى النزاعات المستعجلة السابق البت فيها لصبغتها الوقتية¹ (جندوبي وابن سليمة ص 154) لكن جريان عمل المحاكم يبين دون وجه للشك أيضا أن الأحكام الاستعجالية قابلة للاعتراض عليها.

18- على أن الصبغة المؤقتة للوسيلة المتخذة لا تؤخذ على إطلاقها فالملاحظ أن الحكم الاستعجالي قد يسعى إلى الإعداد أو التمهيد إلى وضع نهائي وقد يكون ذلك بحكم القانون والمثال على ذلك قانون الانتزاع (الذي ما زال معمولاً به بالنسبة إلى الانتزاعات الواقعة قبل تنقيح أبريل 2003) فالقضاء الاستعجالي سيمكن الذات المنتزعة من حوز العقار بعد دفع غرامة مؤقتة فالمؤقت أو الوقتي يكون جزءا من النهائي ، نوعا من الضمان أو التسبقة على الغرامة النهائية. كما أن اللجوء إلى القضاء الاستعجالي على معنى الفصل 139 من مجلة الشركات التجارية لتعيين خبير يتولى إعداد تقرير تصرف يهدف إلى الإعداد إلى مساءلة الوكيل.

19- لكن الإعداد لوضع نهائي قد يكون بحكم الاستنتاج وقد يؤدي إلى صعوبات خاصة (كالخروج إن لم يدفع والحكم الاستعجالي الذي يعاين انفساخ العقد) ، كما أن النظر في الصعوبات التنفيذية قد يكون مثالا آخر بالفقرة الأخيرة من الفصل 211 م م ت يقرر أن القرار الذي يصدره القاضي يكون في كل الحالات قابلاً للتنفيذ حالا على المسودة بقطع النظر عن الاستئناف ودون لزوم للإعلام به و هذا وضع قد يكون نهائيا.

¹ أحمد الجندوبي وحسين بن سليمة، أصول المرافعات المدنية والتجارية، تونس 2001، ص 154.

20- غير أن الإعداد لوضع نهائي قد يحتمل التحايل على القانون. فالفصل 242 من المجلة التجارية يفرض على مالك العقار الذي يستغل به أصل تجاري والذي يرغب في فسخ عقد الكراء يفرض عليه إعلام الدائنين المرسمين وإلا كانت الدعوى باطلة ، كما أن الفصل 23 من قانون 25 ماي 1977 المتعلق بالملك التجاري يقرر أن الفسخ لعدم خلاص معينات الكراء لا يكون ممكنا إلا بعد مضي ثلاثة أشهر على صدور تنبيه بالدفع بواسطة عدل منفذ ولم يأت بنتيجة. لكن المالك الذي لا يرغب في التعرض إلى مثل هذه الإعاقات يجد في دعوى الخروج إن لم يدفع منفذا وقد يكون متواطئا مع المكثري فيسعى بذلك إلى إعدام حقوق الدائنين بتبديد الأصل التجاري وحرمان الدائن المرتهن من تحقيق ضمانه بإعدام قاعدة ذلك الضمان. ومثل هذه الوضعيات يبين الحاجة إلى أن يكون القضاء الاستعجالي محكوما بضوابط بموازين.

الجزء الثاني : الاستعجالي والميزان

21- إن عنصر السرعة لا يعني القضاء الاستعجالي من الاحتكام إلى المعايير وذلك أساسا من حيث توفر الاختصاص والسلطة في التقدير (أ) لكن ذلك لا يجب أن يحجب الفروق بين التصور والممارسة (ب).

أ- الاختصاص والسلطة

22- هل يطرح إشكال محدّد في اختصاص القضاء الاستعجالي ؟ يبدو السؤال في غير محله. فمراجعة النصوص تبين أن الاستعجالي اختصاص بالفصل 201 م م مت يقول "يقع النظر" والفصل 202 "يقضي في الأمور المستعجلة رئيس المحكمة الابتدائية أو الحاكم المعين من طرفه أو حاكم الناحية في الصور التي خصّه القانون بالنظر فيها". لا خلاف حينئذ أننا عندما نتحدث عن الاختصاص

إنما نعني به مرجع النظر الحكمي أي تلك القواعد التي تبين من بين المحاكم الهيئة التي قد تنظر في صنف من أصناف النزاع.

ومسائل الاختصاص تطرح لا على مستوى الاختصاص الداخلي بل وكذلك بين محاكم الدولة والمحكمين.

وقد يطرح إشكال الاختصاص عند نظر محكمة الاستئناف إذ بين الحكم الابتدائي والنظر في الاستئناف تتغير الأوضاع وحتى وإن رأى البعض أنه إذا زالت حالة التأكد أثناء نشر القضية لدى محكمة الاستئناف وقبل النظر فيها استئنافيا فإنه يتحتم نقض الحكم المستأنف لزوال موجب صدوره¹. فقد يقع التساؤل ما إن أمكن لمحكمة الاستئناف يمكنها تعاطي النظر في الأصل.

23- لكن الخلاف في مسائل الاختصاص قد يلقي سببه في التساؤل هل أن التأكد وعدم المساس بالأصل شرطان للاختصاص ، أي إذا ما انعدم التأكد أم حصل المساس بالأصل خرج القاضي الاستعجالي عن اختصاصه. فهناك قد من يرى أن مسألة التأكد ليست سوى شرط لقابلية المطلب و لهذا التساؤل أهمية خاصة إذا ما قلنا بأن مسائل الاختصاص الحكم من النظام العام وتأثير ذلك على رقابة محكمة التعقيب. فلو قلنا إنه شرط اختصاص توسعنا في الرقابة وإذا قلنا إنه شرط قابلية تراخيها في الرقابة وأطلقت سلطة القاضي في تقدير الأحوال.

24- إن القول بإطلاق يد القاضي في التقدير يطرح مشكلة حدود سلطته. ما المقصود بالخوض في الأصل أو المساس بالأصل.

إن السلطة في أعمال المعايير هي سلطة القاضي ولكن السلطة قد تكون للأطراف، فهم الذين يجرون القاضي إلى الخوض في الأصل. لذا فهل يكفي

¹ محمد اللجمي، اختصاص القضاء الاستعجالي، القضاء والتشريع، فيفري 1991، ص، 37 وخاصة ص.

الاحتجاج بالمساس بالأصل حتى يتوجب على القاضي أن يرفع يده ، وما هو المساس بالأصل ؟ وما هو معياره ؟ هل يقدر القاضي على تفحص حجج الأطراف هل يلزمه ذلك أم هل يقتصر على ما يبينه ظاهر الحجج. هذا اختزال لتطور فقه القضاء من منع لفحص الحجج إلى الوقوف على ظاهرها. وقد أتساءل عن معنى السلطة هنا ومن يقرر ويسطر حدودها. فلجوء محكمة التعقيب إلى الظاهر ليس إلا هروبا من متحول إلى متحول ، فما هو بالنسبة لي ظاهر قد يكون باطنا بالنسبة إلى غيري ؟ ألا يؤدي به ذلك إلى المساس بالأصل.

25- أليس القضاء الاستعجالي ضربا من عدل الحالات الخاصة أي بعبارة أخرى الإنصاف؟ أليس القضاء الاستعجالي مسألة ذوق كما يقول البعض ؟ إن بحثنا المتعلق بالمفاهيم يهدف إلى التساؤل بجدية عن مدى صحة هذا القول فالبحث في المفاهيم هو بحث يرمي إلى الوقوف على المعايير لأن القول بأن القضاء الاستعجالي مسألة ذوق يعني أن القاضي سيكون قادرا على أن يطوع موقفه بحسب ما يراه في كل نازلة وقد يصبح نوعا من الإنصاف المؤقت ... يقال إن الذوق السليم هو المشترك بيننا بالتساوي وإن الإنصاف غاية القانون ... قد يكون.

26- إن مسألة السلطة هي أيضا مسألة رقابة... ما هي المسائل الواقعية وما هي المسائل القانونية، هل التأكد من مسائل الواقع أم من مسائل القانون هل أن رقابة محكمة التعقيب هي رقابة تكييف أم رقابة تعليل ؟

تلعب المفاهيم ذات المضمون المتحول دورا كبيرا هنا ولكن في مراقبة أعمال حكام الأصل قد تتحول الرقابة إلى حكم ثالث ومحكمة التعقيب إلى درجة ثالثة ... ربما هذا ما يريده المتقاضون ولكن ليس هذا دور محكمة التعقيب، غير أن التصور يكون أحيانا بعيدا عن الممارسة .

ب- التصور والممارسة

27- هل أنه محكوم على القضاء الاستعجالي بأن يبقى خاضعا إلى فقه الحالات ؟ قد تجيب أعمال هذا الملتقى على هذا السؤال مباشرة أو عرضا إذ أهم من الإجابة التفكير و السعي إلى توحيد المصطلحات ، وضبط المفاهيم ، وفهم المعايير ، والتفكير في إشكاليات العام والخاص وإمكانية الحديث عن نظرية العامة للقضاء الاستعجالي. وقد لن يكون من المجدي الدعوة إلى تدخل تشريعي قد يكون كارثة على مفاهيم القضاء الاستعجالي لأن القضاء الاستعجالي يلعب بالضرورة دورا اجتماعيا واقتصاديا بحكم التصاقه بالواقع وبما يحكم به وجدانه، فالقاضي الاستعجالي هو الحامي للحقوق الاقتصادية والأدبية والأسرية وللأخلاق الحميدة فالخروج إن لم يدفع لا ينظمه نص ويكفي المتسوغ أن يدفع حتى لا يخرج وفي استنباط هذا الصنف من الاستعجالي أخذ بيد المتسوغ طرفا ضعيفا، لكن من يدري قد يتطور الموقف فأزمة السكن وراعا. والتشريع لا يقوم بشيء آخر سوى محاولة مواكبة الأحداث فتعدد الحالات يمكن أن يفسر بفكرة الحاجة : حاجة المؤلف إلى حماية حقوقه بطلب توقيف نشر كتاب وحاجة الشريك في أن يطلب من القضاء الاستعجالي تعيين وكيل لدعوة الجلسة العامة لقد توقع المشرع أحيانا هذه الحاجة فأشار إليها في مواقع من المجلة التجارية ومجلة الشركات التجارية وبمختلف النصوص الخاصة فترتب عن ذلك إما تعدد لحالات الوضعية العامة وإما نشأة لاستعجاليات خاصة.

لا يعني تعدد الوضعيات بقدر ما يعني أن نعلم القدر الذي يساهم به هذا التعدد في البناء للنظرية العامة والتوافق بين ما يسعى إليه المشرع وما يجده المتقاضي في مدى نجاعة الأحكام الاستعجالية وما هي جدواها ما هي إشكالاتها في التنفيذ.

مفهوم التأكد في القضاء الاستعجالي

منير عياري

مساعد بكلية الحقوق والعلوم السياسية بتونس

في كل ذلك لا بدّ من تحقيق غايتين : أن لا يكون القضاء الاستعجالي عامل ضغط على المحاكم لتشجيع النزعة الخصامية التي لا تنفك تشدّ وأن يكون القضاء الاستعجالي وسيلة ناجعة لتحقيق الغاية منه والمتعلقة بحفظ الحقوق مؤقتاً. لكن ماذا أعددنا لهذا في كيفية تنظيم المحاكم والضغط على الضغط ؟ هل أن القضاء الاستعجالي يؤدي دوره الحمائي بما يضمنه من سرعة في الفصل دون مساس بالحقوق ، أو بما تضمنه سرعة الفصل من التوصل بالحقوق ؟ أليس في تطور القضاء الاستعجالي مؤشر على عجز القضاء العادي تبينه محاولة المتقاضين الحصول على أوضاع نهائية بأحكام وقتية ؟ ألا نعالج الإغراق بالإغراق إغراق محاكم الأصل المؤدّي إلى ظهور القضاء الاستعجالي الذي أدى إلى إغراق القضاء الاستعجالي بالنزاعات الاستعجالية فهل سنكون مضطرين إلى تصور استعجالي للاستعجالي؟

قد تأتي المداخلات بالإجابات ولن يأتي هذا الملتقى على جميع أوجه القضاء الاستعجالي. لكنّ تلك ليست غايته إنما هي الاستشراف والتباحث والتواصل. وفي هذا لا فائدة من الاستعجال، وقد قال تعالى "سأوريكم آياتي فلا تستعجلون" (الأنبياء 37)، ولربما يريكم هذا لملتقى آياته فلا تستعجلوا.

1- إستعمل المشرّع مصطلح التأكد أو ما يرادفه في نصوص قانونية عديدة: منها ما يتعلّق بقواعد القانون الموضوعية كما بالفصل 749 م.إ.ع. عندما قرّر المشرّع أنّه: «ليس للمكتر أن يمنع المكري من الإصلاحات الأكيدة التي لا تقبل التأخير...»، أو كما بالفصل 1292 م.إ.ع. الذي جاء به أنّه: «إذا تعدّد المكفّون بالإدارة (المقصود هنا إدارة الشركة)، فليس لأحدهم التصرف إلاّ بمشاركة باقيهم، إلاّ إذا كان هناك شرط يخالفه أو أمر أكيد في تأخير ضرر للشركة...»¹. ومنها ما يتعلّق بقواعد القانون الإجرائية كما بالفصول 48 و 81

¹ - * انظر أيضا الفصل 1067 م.إ.ع. : «للمعير إلزام المستعير بردّ العارية ولو قبل انتفاعه بها أو قبل انقضاء المدة المتفق عليها في الصّور الآتية (1) إذا اضطرّ المعير للعارية اضطراباً متأكداً لم يكن في الحساب...».

* الفصل 1061 م.إ.ع. : «على المستعير أن يعتني كل الاعتناء بحفظ المعار وليس له أن يكلف به غيره إلاّ لضرورة متأكدة فإن خالف ضمن ما ينشأ عن الأمر الطارئ والقوة القاهرة».

* قانون إنقاذ المؤسسات المارّة بصعوبات اقتصادية : قانون عدد 34 لسنة 1995، مؤرّخ في 17/4/1995، كما وقع تنقيحه بالقانون عدد 63 لسنة 1999، المؤرّخ في 15 جويلية 1999 وبالقانون عدد 79 لسنة 2003، 29 ديسمبر 2003. أنظر الفصل 6: "يتولّى مراقب حسابات المؤسسة استفسار مسيرها كتابياً...، أو يدعو عند التأكد المساهمين إلى عقد جلسة عامّة..."

* الفصل 23 من الأمر عدد 1968 لسنة 1989، المؤرّخ في 23 ديسمبر 1989، الرائد الرسمي التونسي، عدد 88 الصادر في 29-31 ديسمبر 1989، ص 2283 متعلّق بتنظيم الجامعات ومؤسسات التعليم العالي والبحث العلمي : «يقوم المدير والعميد في نطاق الترتيب الجاري بها العمل وتوجيهات سلطة الإشراف بتسيير مؤسسة التعليم العالي والبحث ويمارس لهذا الغرض المشمولات التالية : (1) (2) ... يسهر على حفظ النظام في المؤسسة وله عند الضرورة أن يستنجد بالقوة العامة ويعلم رئيس الجامعة فوراً بما اتّخذ من إجراءات وفي حالة التعذر أو التأكد القصوى يتخذ رئيس الجامعة ما يراه من تدابير لحفظ النظام....».

* الفصل 1111 م.إ.ع. : «إذا عرض التوكيل على من انتصب له حمل على القبول إذا لم يُعلم بعدم قبوله عند بلوغ التوكيل إليه وعلى فـرض امتناعه فعليه أن يتخذ ما تأكد من الوسائل لحفظ مصالح من كلفه...».

* الفصل 1131 م.إ.ع. : «إذا كان هناك سبب معتبر لمخالفة إرشاداته (الموكل) أو العادة فعليه إعلام موكله على الفور وأن ينتظر جوابه إلاّ إذا ضاق الوقت».

و126 م.م.ت. وفيها وظّف المشرّع مفهوم التأكد كشرط لاختصار الآجال أو لتجاوز مرحلة تبادل التقارير والجلسات التحضيرية أو كذلك كشرط للإذن بالإنفاذ الوقتي، وكل ذلك يخصّ عمل القضاء العادي وتنتهي كلها بصدور حكم يبتّ في أصل الحق¹.

2- أمّا القضاء الإستعجالي فقد ارتبط بهذا المفهوم عند الفقرة الأولى من الفصل 201 م.م.ت. حيث نصّ المشرّع على أنه : «يقع النظر استعجاليا وبصفة مؤقتة في جميع الحالات المتأكدة بدون مساس بالأصل...». والواضح من هذا التوظيف لمفهوم التأكد أن المشرّع جعل منه معيارا لقبول قاضي الأمور المستعجلة النظر في الدعوى². وإذا احتاج المشرّع إلى هذا المفهوم لضبط حالات تدخل القضاء الإستعجالي فليس معنى ذلك أنّ قبوله النظر في الدعوى يمرّ بضرورة بتحقيق فعلي لركن التأكد، ففي حالات عديدة جدًا يقع إسناد مهمة النظر في الدعوى لقاضي الأمور المستعجلة بواسطة نص القانون³ وفي كلّ هذه الصور لا

* الفصل 449 م.ت. : «في الحالات المتأكدة كما لو أغلق التاجر مخازنه ولاذ بالفرار أو أتلّف جزءا مهما من ماله يمكن للدائنين رفع الأمر للمحكمة...».

* الفصل 693 م.ت. : «إنّ العمليات التي يكون فيها للمالك حق الخيار يجب إعلام المودع بها وفي حالة التأكد أو تعرض الحقوق للضياع يجب على البنك توجيه...».

* الفصل 699 م.ت. «...وإذا أُلْمَ خطر سلامة الصناديق...».

1 - أما الفصل 19 فقرة 2 م.م.ت. فلا يغير شيئا في إجراءات وأجال القضاء الإستعجالي وإنما يستثنى إقصاء القاصر بسبب نقص أهليته "إذا كان هناك خطر ملم".

2 - بفضل بعض الفقهاء تقديم التأكد كشرط لقبول النظر في الدعوى، لا كمعيار لإسناد الاختصاص الحكمي للقاضي الإستعجالي، على اعتبار أنه ليس للقاضي الإستعجالي مجال تدخل إقصائي، بل هو ينظر في جميع أنواع الدعاوى، فليس عدم إختصاصه بسبب اختصاص محكمة أخرى. وهذا التدقيق يفرضه الإلتزام بلغة قانونية دقيقة في استعمال مصطلحي شرط قبول الدعوى ومعيار ضبط الاختصاص الحكمي أنظر،

Jacques HERON, « Droit judiciaire privé », 2^{ème} éd., par Thierry Le BRAS, Montchrestien, Paris, 2002, n° 381, p. 290.

لكن لا يبدو أنّ وراء هذا التمييز نتائج عملية تذكر ففي عمل القضاء الإستعجالي يظهر أنّ رفض أو قبول طلب الوسيلة الوقفية مرتبط مباشرة بمدى تحقق ركني التأكد وعدم المساس بالأصل ولا يبدو اعتبار ركن التأكد شرطا لقبول الدعوى أو معيارا لضبط الإختصاص مؤثرا في شيء.

3- كما بالفصول 39-210 م.م.ت. والفصول 36، 40، 43، 44، 46، 108، 127، 134، 154، 157، 195 من مجلة الشركات التجارية والفصول 199، 200، 202، 203، 347،

يحتاج المدعي (طالب الوسيلة الوقفية) إلى إثبات وجود التأكد لأنّها مهمّة تكفل بها المشرّع بافتراض وجوده في كل تلك الحالات.

3- ويظهر هكذا أن مجال تدخل القاضي الإستعجالي يتحدّد إمّا بطريقة التتبع صراحة على أنّ نزاعا معيّنا هو من أنظار القضاء الإستعجالي أو بطريقة الإسناد بواسطة معيار عام وشامل لا يقف عند نوعيّة معيّنة من الدعاوى أو النزاعات، بل يجعل بإمكان قاضي الأمور المستعجلة النظر في جميع الحالات المتأكدة بدون مساس بالأصل، وهذا ما جاء به الفصل 201 فقرة أولى م.م.ت. في هذا النص يلتقي مفهوم التأكد بالقضاء الإستعجالي في إطار علاقة يظهر فيها الأول في خدمة الثاني. فكلّما كانت الحالة متأكدة، وقام الدليل على أنّها كذلك، أصبحت من أنظار القاضي الإستعجالي ؛ بخلاف طريقة الإسناد الأولى التي لا يحتاج فيها المدعي إلى إثبات ركن التأكد، لأنّ المشرّع تكفل بافتراض وجوده في تلك الوضعيات بالذات. والطريقة المعتمدة بالفصل 201 م.م.ت. هي التي تضع مفهوم التأكد في خدمة القضاء الإستعجالي.

4- يضع إذا الفصل 201 مفهوم التأكد في علاقة مع القضاء الإستعجالي الذي يأخذ مكانه كقضاء موازي للقضاء العادي، يعمل إلى جانبه فلا يستثنيه لأنّه لا يقصيه ولا يُعوّضه فكلّ منهما له مبرراته وكلّ منهما له أهدافه التي يحققها بإجراءاته الخاصة: فالقضاء المستعجل لا يستثنى اختصاصا معيّنا من اختصاص القضاء العادي وإلاّ لأمكن القول أن القضاء المستعجل له اختصاص خاص مختلف، فحتى يكون ميدان تدخل القضاء الإستعجالي استثناء من اختصاص القضاء العادي يجب أن يكون من الممكن منطقاً و قانوناً أن نتحدث عن مادة

701، 703، 704 من المجلة التجارية أو الفصل 29 من قانون 17 أبريل 1995 المتعلق بإنقاذ المؤسسات المارة بصعوبات اقتصادية.

- انظر محمد اللّجمي، "اختصاص القضاء الإستعجالي"، م.ق.ش.، 1991، عدد 2، ص. 37 / 59 انظر ص. 45

مختلفة عن موضوع نظر القضاء العادي ثم يجب أن يكون نظر قاضي الأمور المستعجلة كافيا ومقصيا لاختصاص القضاء العادي. والحقيقة أن تعهد قاضي الأمور المستعجلة بالنظر في دعوى ما، لا يمنع قاضي الأصل من النظر فيها في نفس الوقت أو لاحقا. ولا يمكن اعتبار القضاء الإستعجالي قضاء احتياطيا وإلا لكان عمله متوقفا على إخفاق القضاء العادي وكان تدخله معوضا لقضاء الأصل بفصل النزاع وينهيه مكانه¹.

5- وبموجب هذا التحديد يجب إقصاء علاقة ثانية² بين مفهوم التأكد وقضاء الأذن على العرائض وهي علاقة ينشئها الفصل 214 م.م.ت. الذي يستعمل نفس المفهوم لضبط مجال تدخل قضاء الأذن على العرائض وليس موجب الإقصاء اختلاف المفهوم فهو واحد مهما اختلفت استعمالاته وتنوعت الآثار التي يربتها المشرع على وجوده في كل هذه التطبيقات وإنما موجب اختلاف القضاء الإستعجالي عن قضاء الأذن على العرائض. فالأول يقوم على مبدأ المواجهة والثاني قضاء ولائي على الأقل في طوره الابتدائي³.

6- هذا التوظيف الذي أراده المشرع في الفصل 201 فقرة أولى من مجلة المرافعات المدنية والتجارية، يجعل دور المفهوم واضحا لا يطرح إشكالا، فهو

¹ - انظر لاحقا، فقرة 47 وما بعدها.

² - هناك علاقة ثالثة، مفهوم إقصاؤها، وهي علاقة مفهوم التأكد بالقانون الإداري لأن هذه العلاقة تتميز من حيث مادتها ومن حيث الجهاز القضائي (المحكمة الإدارية) الموكول له مهمة النظر فيها. - انظر تطبيقا لمفهوم التأكد في فقه القضاء الإداري: قرار إداري في مادة توقيف التنفيذ، عدد 486، 25 ديسمبر 1991، ق.تش. 1992، عدد 7، 147.

³ انظر في محاولة للتمييز بين القضاء الإستعجالي وقضاء الأذن على العرائض : قرار مدني استئنافي، عدد 22051، 30 مارس 1961، ق.تش. 1961، عدد 6، ص 51. - تع.م. 7256 ، 30 نوفمبر 1954، ق.تش. 1960، عدد 9 و 10، 161، (عدد 18). قارن مثلا بين الفصل 749 و 742 فقرة 2 م.إ.ع.

- انظر أيضا محمد الجمي، "اختصاص القضاء الإستعجالي"، مقال مذكور، ص. 45
- وبخصوص قضاء الأذن على العرائض، انظر حسن التركي، "الإذن على العريضة"، مذكرة لنيل شهادة الدراسات المعمقة في القانون الخاص، كلية الحقوق والعلوم السياسية والاجتماعية بتونس 1995/96.

معياري يؤدي تحققه في الواقع إلى إخضاع النزاع لنظر القضاء الإستعجالي. وهو من هذه الزاوية يختلف عن الدور الذي يقوم به مفهوم «شديد التأكد» الذي يستعمله المشرع في الفصلين 206 و 207 م.م.ت. لترتيب آثار مختلفة تتمثل في اختصار آجال الاستدعاء أو الإذن بالتنفيذ على المسودة. ويكون في كلتا الحالتين التأكد حاصلًا بالمعنى الذي نقصده وتدخل قاضي الأمور المستعجلة محسوما¹.

7- وظيفة المفهوم لا تطرح إذا إشكالا بما أن الآثار المترتبة على وجود التأكد واضحة تتمثل في إعلان القضاء الإستعجالي مؤهلا للنظر في الدعوى؛ إعلان خضوع الحالة المعروضة لنظام قواعد إجرائية معروفة، محددة ودقيقة. الإشكال الحقيقي يتعلق بمحتوى مفهوم التأكد : استعمل المشرع غلافا لغويا دون ضبط محتواه بأية طريقة كانت. وإذا كنا نريد التعامل مع مفهوم قانوني، فيجب أن يكون محتواه معرّقا أو قابلا للتعرف عليه لأن صناعة القانون وتطبيقه يحتاجان قدرا أدنى من الدقة والوضوح؛ وإلا أصبحت المفاهيم القانونية غير قابلة للاستعمال.

فما هي الطريقة المنهجية العلمية التي يمكن بواسطتها ضبط محتوى مفهوم التأكد؟

8- إعتاد الفقه وفقه القضاء على الاستعانة بتقنية «التعريف» لاستيعاب محتوى المفاهيم القانونية، لما لهذه العملية الذهنية من قدرة على تجميع الحالات الواقعية المتنوعة حول قواسم مشتركة يتشكل من جملتها نموذج يمكن بواسطته التعرف على كل الحالات التي تتحقق فيها عناصر التعريف فتتضوي تحته دون عناء ذهني كبير. لكن ليست كل المفاهيم القانونية قابلة لاحتوائها في تعريف محدد. فبعضها يصمد أمام كل مجهود يرمي إلى محاولة ضبط محتواه بواسطة التعريف.

¹ - انظر لاحقا، فقرة عدد 15.

I - صعوبة تعريف التأكد:

10 - إنَّ فَهْمَ حقيقة هذه الصعوبة يقتضي تشخيصها (أ) ثم البحث في أساسها (ب).

أ - تشخيص الصعوبة:

11 - يمكن تقديم حصيلة المحاولات العديدة لتعريف التأكد، ففهي¹ كانت أم قضائية² في هذين الصياغتين :

¹ - نور الدين الغزواني، "محاضرات في الإجراءات المدنية"، كلية الحقوق والعلوم السياسية بتونس، 1987 - 1988، ص 64. صلاح الدين بيومي واسكندر سعد زغلول، "الموسوعة في قضاء الأمور المستعجلة، وفقا لقانون المرافعات الجديد مع التشريع المقارن"، الطبعة الثانية، 1981، ج (I)، ص 21، بدون دار النشر. أحمد عبد الكريم سلامة، "الاستعجال في المرافعات المدنية الدولية، من قانون المرافعات إلى القانون الدولي الخاص (محاولة لنظرية عامة)"، دار النهضة العربية، القاهرة، الطبعة الأولى 1988، ص 123 وما بعدها. أحمد أبو الوفاء، "أصول المحاكمات المدنية"، الدار الجامعية، بيروت، الطبعة الرابعة، 1989، ص 274.

- Ch. CEZAR-BRU et P. HEBRAUD, J. SEIGNOLLE, « Juridiction du président du Tribunal », I, « Des référés », Librairies techniques, Paris, 1975, n° 54, p. 103 et s. - Albin CURET, « La juridiction des référés », A. Pédone, Paris, 1907, n° 95 et s., p. 65 et s. - Jules Le CLECH'H, « Le juge des référés : Traité alphabétique et pratique avec formules », Paris, L.G.D.J., 1933, n° 806 et s., p. 262 et s. - André COSSA, « L'urgence en matière de référé », G.P., 1955, II, Doctrine, p. 45 et s.

² * قرارات تقدّم التأكد على أنه الضرر الحال الذي يتفاقم يوما بعد يوم : خروج لعدم الصفة : - تع.م. 45367، 16 أبريل 1997، ن. 1997، ق. م.، I، 278. - تع.م. 53306، 30 ماي 1996، ن. 1996، ق. م.، I، 178. - تع.م. 6637، 11 أكتوبر 1995، ن. 1995، ق. م.، 172. - تع.م. 25677، 29 مارس 1990، ن. 1990، ق. م.، 44. - تع.م. 6736، 31 ماي 1982، ن. 1982، ق. م.، III، 93. خروج لعدم الخلاص : - تع.م. 1543، 14 جويلية 2000، ن. 2000، ق. م.، I، 182. - تع.م. 999، 10 جوان 1978، ن. 1978، ق. م.، I، 306. - تع.م. 2044، 15 أبريل 1978، ن. 1978، ق. م.، I، 185. - تع.م. 55668، 14 جانفي 1963، ق.تش. 1963، عدد 6، 56. نصب مؤتمن عدلي : - تع.م. 4053، 25 فيفري 1982، ن. 1982، ق. م.، I، 456. - تع.م. 3521، 25 ماي 1981، ن. 1981، ق. م.، II، 63. حماية حق الملكية في المنقول : - تع.م. 19097، 19 نوفمبر 2002، ن. 2002، ق. م.، I، 210. - تع.م. 12162، 11 جانفي 2002، ن. 2002، ق. م.، I، 304. - تع.م. عدد 46113، 16 أبريل 1997، ن. 1997، ق. م.، II، 159. خروج لتأكد الإصلاحات : - تع.م. 4532، 22 أبريل 1982، ن. 1982، ق. م.، II، 131. وقف أشغال : - تع.م. 15442، 16 أكتوبر 1986، ن. 1986، ق. م.، II، 166. - تع.م. 10445، 31 ديسمبر 2001، غير منشور. - تع.م. 7317، 24 مارس 1983، ن. 1983، ق. م.، I، 118. - تع.م. 815، 29 أبريل 1978، ن. 1978، ق. م.، I، 231. إرجاع الحالة إلى ما كانت عليه : - تع.م. 6881، 13 مارس

ويسود اعتقاد راسخ فقها وقضاء¹ أن من بين هذه المفاهيم مفهوم التأكد. لكن هذه الصعوبة في تعريف التأكد - على فرض التسليم بوجودها حقيقة - لا تعني الإقلاع عن البحث في تحديد محتوى المفهوم، بل على العكس من ذلك تدعو إلى إيجاد طريقة موضوعية في الكشف عنه.

9- يظهر هكذا أنّ ضبط معنى التأكد يحتاج إما إلى تعريف مسبق يقتصر القاضي على تطبيقه، وإما إلى طريقة لاحقة للتعرف عليه تتزامن مع مرحلة تدخل القاضي الاستعجالي. فإما تعريف أو تقدير للتأكد. الاختلاف إذن يقوم على التمييز بين طريقة تحاول أن تنفذ إلى داخل المفهوم بضبط القواسم المشتركة المكوّنة له وهي طريقة التعريف، وطريقة تقوم على اختيار التمشي القانوني السليم الذي يجب التقيد به كلما تعلّق الأمر بتقدير عنصر التأكد. لكن يبقى القاسم المشترك بين الطريقتين هو ضمان الموضوعية في تحديد محتوى المفهوم. فالتعريف العام أو التقيد بتمشي قانوني سليم، طريقتان علميتان في ضبط محتوى التأكد، على أن تحديد كيفية التعرف على التأكد هي طريقة احتياطية، تصبح ضرورية عند ثبوت إخفاق طريقة التعريف. ولا يقال إن إخفاق طريقة التعريف تجعل من البحث فيها مجهودا لا فائدة منه، لأن مجرد المحاولة - بالاعتماد على التمشي العلمي في تعريف المفاهيم - إذا لم تتوصل إلى تعريف شامل للمفهوم، فإنها يمكن أن تكشف عن عناصره المكوّنة له من ناحية، وأن تتعرّف على الثابت منها من ناحية أخرى، فتساعد هكذا في عملية تقديره لاحقا. بات إذن من الضروري البحث في صعوبة تعريف التأكد (I) قبل التعرض إلى كيفية تقديره (II).

¹ - أنظر لاحقا فقرة 21.

1/ التأكيد هو الضرر الحال الذي يتفاقم يوماً بعد يوم، والذي يستدعي التدخل السريع لوضع حد له.

2/ التأكيد هو الخطر المهدد للحقوق، والذي يحتاج إلى تدخل قضائي سريع لمنع وقوعه.

وتتفق هذه المجالات رغم تنوعها واختلافها على أن مفهوم التأكيد يحتوي عنصرين موضوعيين ثابتين في جميع الحالات المتأكدة: هما الحق والضرر، وذلك حسب وضع واقعي يكون فيه الضرر مهدداً للحق.

يستوي في ذلك، حسب فقه القضاء، أن يكون الحق المطلوب حمايته حقاً ثابتاً مستجمعاً لكافة عناصره كحق المكري الذي يطلب استعجالاً إخراج المكثري لعدم الخلاص¹ أو مجرد حق محتمل، كطلب إيقاف أشغال يقوم بها المدعى عليه

2001، ن. 2001، ق. م.، I، 312 - تع. م. 17089، 29 جانفي 1987، ن. 1987، ق. م.، 331 - تع. م. 3444، 14 جويلية 1981، ن. 1981، ق. م.، III، 44 - تع. م. 11196، 07 جانفي 1975، ن. 1975، ق. م.، I، 23 - تع. م. 7168، 3 نوفمبر 1954، ق. تش. 1960، عدد 9 و 10، 160 - تع. م. 9830، 5 فيفري 1957، ق. تش. 1960، عدد 9 و 10، 164. * قرارات تقدم التأكيد على أنه الخطر المهدد للحقوق : نصب مؤتمن عدلي : - تع. م. 51214، 16 جانفي 1996، ن. 1996، ق. م.، II، 82 - تع. م. 6851، 25 جانفي 1982، ن. 1982، ق. م.، I، 201 - تع. م. 1115، 19 ماي 1977، ن. 1977، ق. م.، I، 290 - تع. م. 10197، 27 مارس 1975، ن. 1975، ق. م.، I، 170 - اس. مدني 357، 14 جانفي 1987، ق. تش. 1989، عدد 7، 121. طلب إجراء معانة أضرار بدنية : - استعجالي، المح. الابتدائية بتونس 53712، 25 أكتوبر 1971، ق. تش. 1972، عدد 9، 63. وقف تنفيذ قرار توظيف جيري : - حكم استعجالي، المح. الابتدائية بالمنستير، 12478، 1 أكتوبر 2003، غير منشور. الخروج لإجراء إصلاحات متأكدة : - تع. م. 47218، 16 أفريل 1997، ن. 1997، ق. م.، I، 22 - تع. م. 27609، 9 أكتوبر 1990، ن. 1990، ق. م.، 214 - تع. م. 24005، 26 جويلية 1989، ن. 1989، ق. م.، 326 - تع. م. 5221، 14 جانفي 1982، ن. 1982، ق. م.، I، 134 - تع. م. 10608، 19 جانفي 1960، ق. تش. 1960، عدد 6، 57 - تع. م. 6072، 28 أكتوبر 1982، ن. 1982، ق. م.، IV، 132 - تع. م. 11767، 9 جانفي 1975، ن. 1975، ق. م.، I، 30. وقف أشغال : - تع. م. 6386، 16 سبتمبر 1981، ن. 1981، ق. م.، III، 82. إرجاع الحالة إلى ما كانت عليه : - تع. م. 5753، 13 فيفري 2001، ن. 2001، ق. م.، I، 308 - تع. م. 55645، 24 ديسمبر 1962، ق. تش. 1963، عدد 8، 28 - تع. م. 7168، 3 نوفمبر 1954، ق. تش. 1960، عدد 9 و 10، 160.

¹ - يكفي المكري إثبات أنه صاحب تلك الصفة بمقتضى عقد تسويق وأنه مكن المتسوّغ من الشيء موضوع العقد وليس الحق الثابت هنا حق ملكية وإنما حقه الثابت في الحصول على مقابل إنتفاع المكثري بالمحل موضوع التسويق، أما إثبات عملية الخلاص فهو واجب يفهم من الفصول 246 -

على عقار هو موضوع نزاع إستحقاق لم يحسم بعد لفائدة المدعي طالب الوسيلة الوقتية¹.

يستوي في ذلك أن يكون الحق المطلوب حمايته حقاً عينياً كطلب إخراج الحائز لعقار المالك بدون صفة² أو حقاً شخصياً كطلب الحصول على غرامة وقتية كجزء من التعويض عن الضرر الحاصل للمدعي في انتظار حسم النزاع أمام القضاء العادي³.

265 - 266 - 267 م.إ.ع.، أنه محمول على المتسوّغ. والمقصود بالحق الثابت هو الحق الحائز لكامل العناصر المؤدية لوجوده قانوناً منسوباً لصاحبه. أنظر : - تع. م. 1543، 14 جويلية 2000، ن. 2000، ق. م.، I، 182 - تع. م. 42719، 30 أكتوبر 1996، ن. 1996، ق. م.، I، 165 - تع. م. 4897، 24 ماي 1982، ن. 1982، ق. م.، III، 89. ¹ - تع. م. 4207، 13 ماي 1982، ن. 1982، ق. م.، III، 95 - تع. م. 6386، 16 سبتمبر 1981، ن. 1981، ق. م.، III، 82. - أنظر بخصوص الحق المحتمل للوارث المتنازع في صفته تلك، طلب نصب مؤتمن عدلي إلى حين البت في الأصل فيما يتعلق بصفته كواث مستحق للميراث. إس. 27723، 31 مارس 1970، ق. تش. 1970، عدد 9، ص 30. - أنظر أيضاً : تع. م. 7455، 14 جويلية 1959، ق. تش. 1960، عدد 9 و 10 (قرار عدد 51)، 165. وبخصوص الحصول على حق مرور مؤقت إلى حين صدور حكم في الأصل على أساس الفصل 177 م.ح.ع. أنظر - تع. م. 14781، 6 جانفي 1986، ن. 1986، ق. م.، I، 129. - أنظر بخصوص وقائع مختلفة تتعلق بإجراء إصلاحات متأكدة : - تع. م. 6072، 28 أكتوبر 1982، ن. 1982، ق. م.، IV، 132. - تع. م. 16444، 22 جانفي 1987، ن. 1987، ق. م.، I، 162 يتعلق بوقف أشغال في عقار هو موضوع نزاع إستحقاق. - تع. م. 7406، 21 ديسمبر 1954، ق. تش. 1960، عدد 9 و 10، 161 (قرار عدد 20).

² - تع. م. 40698، 4 جوان 1996، ن. 1996، ق. م.، I، 174. - تع. م. 17073، 23 أفريل 1987، ن. 1987، ق. م.، I، 68 - تع. م. 10174، 16 ماي 1984، ن. 1984، ق. م.، I، 98. - تع. م. 3278، 6 جويلية 1982، ن. 1982، ق. م.، IV، 138.

³ - قرارات تعقيبية وأحكام استعجالية صادرة على أساس الفصل 201 فقرة 1 م.م.م.ت. قبل إضافة الفقرة 2 بمقتضى القانون عدد 82 لسنة 2002 المؤرخ في 3 أوت 2002، المتعلقة بتنقيح بعض الفصول من مجلة المرافعات المدنية والتجارية وإتمامها، الرائد الرسمي للجمهورية التونسية، عدد 65 صادر في 9 أوت 2002 (أنظر الفصل 2 من هذا القانون)، ص 2020. في فترة كان فقه القضاء عموماً رافضاً الاستجابة إلى مطالب الغرامات الوقتية بواسطة قرارات استعجالية، باستثناء بعض القرارات النادرة. * قرارات بالرفض : - تع. م. 7869، 11 ماي 1954، ق. تش. 1960، عدد 9 و 10 (قرار عدد 27)، 162 - تع. م. 32178، 20 أفريل 1994، ن. 1994، ق. م.، 349. (طلب تقديم غرامة وقتية بواسطة قرار استعجالي يتقدم به المدين). * حكم استعجالي بالقبول : حكم ابتدائي استعجالي، 89611، مؤرخ في 22 أوت 2001، غير منشور، صادر عن المحكمة الابتدائية بتونس.

ويستوي في ذلك أيضا أن يكون الضرر الذي يلحق الحق باصلا فعلا فيكون القيام أمام القضاء الإستعجالي لطلب وضع حد له ومثاله بقاء المتسوّغ متحوّزا بعقار المدعي رغم انتهاء مدة التسوّغ¹ أو أن يكون الضرر محققا لكنه مستقبلي كنداعي المحلّ للسقوط وقيام المدعي (المالك) استعجاليا لطلب إخراج المتسوّغ حتى يتمكّن من القيام بإصلاحات متأكّدة². وذهب فقه القضاء إلى أبعد من ذلك واعتبر أن ثبوت علامات على إمكانية حصول الضرر يكفي لتحقيق ركن التأكد، فمجرد "... إنحياز المؤمن العدلي ينفي عنه الحياد مما يجعل الخطر مهددا لحقوق الشركاء، ويتّجه بالتالي قبول طلب تعويضه بقرار استعجالي³."

12 - لا شك أن تعريف التأكد أو بالأحرى كل محاولة لتعريفه لا يمكن أن تغفل عنصري الحق والضرر من ضمن المكونات التي يترتب على ثبوتها واقعا تحقيق ركن التأكد. لكن هل يمكن القول إن الاقتصاد على عنصري الحق والضرر كاف ليتكوّن منهما تعريف للتأكد؟

يبدو لأول وهلة من خلال فقه القضاء أنه لا يمكن القول إن دخول الحق والضرر في علاقة من هذا النوع يعني وجود التأكد، لأنّ الاقتصاد على هذين العنصرين يجعل التعريف شاملا لجميع أنواع النزاعات. فهذا المعنى يشمل المقصود بشرط المصلحة المنصوص عليه بالفصل 19 م.م.ت. وهذا ما حمل الفقه والقضاء على الاعتقاد بأنّ عنصري الحق والضرر رغم ثباتهما الموضوعي

¹ - تع.م. 6881، 13 مارس 2001، ن. 2001، ق.م.، I، 312. - تع.م. 17089، 29 جانفي 1987، ن. 1987، ق.م.، I، 331. - تع.م. 11196، 07 جانفي 1975، ن. 1975، ق.م.، I، 23.

² - تع.م. 47218، 16 أفريل 1997، ن. 1997، ق.م.، I، 22. - تع.م. 24754، 2 نوفمبر 1989، ن. 1989، ق.م.، 437. - تع.م. 4532، 22 أفريل 1982، ن. 1982، ق.م.، II، 131. - تع.م. 27609، 9 أكتوبر 1990، ن. 1990، ق.م.، 214. - تع.م. 10608، 19 جانفي 1960، ق.تش. 1960، عدد 6، 57.

³ - تع.م. 6851، 25 جانفي 1982، ن. 1982، ق.م.، I، 201. - أنظر أيضا بخصوص وقف أشغال يمكن أن يؤدي توصلها إلى إلحاق ضرر بحقوق المدعي : - تع.م. 16444، 22 جانفي 1987، ن. 1987، ق.م.، I، 162.

غير قادرين على تمييز مفهوم التأكد بتعريف خاص به. ويبقى بالتالي هذان العنصران في حاجة إلى عنصر ثالث يميّز الحالات المتأكّدة عن حالات النزاع غير المتأكّدة. فإلى جانب هذان العنصران المكوّنان للتأكد يجب البحث عن الخصائص المميّزة له، فما الذي يجب أن تميّز به الحالات المتأكّدة حتى يكون من الممكن قبول النظر فيها استعجاليا؟

13 - عديد القرارات التعقيبية التي احتوت محاولات لتعريف التأكد يظهر فيها أن ما يميّز هذه الحالات المتأكّدة هو تلك الحاجة التي تجعل تدخل القضاء الاستعجالي ضروريا لأنه قضاء سريع. فالتأكد هو صفة الحالات التي لا تحتمل الانتظار لأنّ تأخر تدخل القضاء الاستعجالي لا يمكن معه منع الضرر الحال من أن يتفاقم أو لا يمكن معه منع الضرر المهدد للحقوق من أن يحصل فعلا. وهذا ما يفهم من عديد القرارات التعقيبية¹، ومنها قرار 19 ماي 1977¹ الذي اعتبرت فيه

¹ - تع.م. 7168، 3 نوفمبر 1954، ق.تش. 1960، عدد 9 و 10، (قرار عدد 17)، 161. "... تلاقي أمور متأكّدة لا تتحمل الانتظار والتطويل..." - تع.م. 45367، 16 أفريل 1997، ن. 1997، ق.م.، I، 278. "ضرر يتفاقم يوما بعد يوم" - تع.م. 53306، 30 ماي 1996، ن. 1996، ق.م.، I، 178. "... ضرر يتفاقم يوما بعد يوم يستوجب الإسراع برفعه" - تع.م. 36637، 11 أكتوبر 1995، ن. 1995، ق.م.، 172. "... وهو أمر مستعجل وينتج وضع حدّ لحالة ضرر تفاقم..." - تع.م. 25677، 29 مارس 1990، ن. 1990، ق.م.، 44. التأكد هو "كون الحق مهدّد بالتلاشي أو للإضرار بصاحبه إضرارا فادحا يتفاقم أمره طالما أن الطرف المقابل لصاحب الحق مستمرّ في الاعتداء" - تع.م. 7406، 21 ديسمبر 1954، ق.تش. 1960، عدد 9 و 10، 161 (عدد 20). "إنّ التأكد ... لا يتصور إلا إذا أدلى طالب الوسيلة الإستعجالية بما يحتمل معه وجود حق له يخشى فواته..." - تع.م. 7869، 11 ماي 1954، ق.تش. 1960، عدد 9 و 10، 162 (قرار عدد 27). "لا شك أن الحكم بالمصاريف والغرامة ليس من الأمور المتأكّدة التي تفوت مصلحتها بفوات وقتها..." - تع.م. 9830، فيفري 1957، ق.تش. 1960، عدد 9 و 10، ص 164 و 165 (عدد 44). "إنّ عدم تصرف الشريك في منابه تنتج عنه مضرة مستمرة ما دام محروما من التصرف..." - تع.م. 8574، 31 أكتوبر 1959، ق.تش. 1960، عدد 9 و 10، 165 (عدد 54). "إنّ القيام الجزائي لا يمنع من القيام استعجاليا لطلب الخروج إذ الوسيلة الإستعجالية إنما هي وسيلة وقتية سريعة يبررها التأكد ريثما تتمّ النازلة في الأصل لدى المحكمة الجزائية" - تع.م. 8615، 26 أكتوبر 1959، ق.تش. 1960، عدد 9 و 10، 165 (عدد 55). "... لا جدال أن الغرض الأساسي من القضاء المستعجل هي السرعة لحفظ الحق من التلاشي..." - تع.م. 9234، 23 جوان 1959، ق.تش. 1960، عدد 9 و 10، 166 (عدد 60). "إنّ النظر في إبقاء الحالة على ما هي عليه لتفادي التماهي على الضرر إلى أن يقع النداعي في أصل حق التصرف بين المتداعين لدى محكمة الأصل..." - تع.م. 51214، 16 جانفي 1996،

محكمة التعقيب أنه للحديث عن وجود التأكد يجب "أن يكون للقائم بالدعوى حق وأن تكون هناك ضرورة ملجئة لوضع حد مؤقت لنزاع يخشى على الحق فيه بمضي الوقت لو ترك حتى تفصل فيه محكمة الأصل" - "شيء تبين له في وقائع القضية وظاهر المستندات وجود مصلحة للقائم يخشى عليها من فوات الوقت أو زوال مصالح الشيء المتنازع فيه تحت يد حائزه حتى يقع فصل النزاع في الأصل من المحكمة ذات النظر". واعتبرت في قرار آخر أن "مهمة القضاء الاستعجالي إنما هي اتخاذ وسائل وقتية لغاية حفظ حقوق الخصوم من كل اعتداء عليها يجعلها مهددة بخطر الضياع أو التلاشي أو بصيرها في حالة يتعذر معها التحصيل عليها وكذلك حتى يبقى الخصوم مطمئنين على حقوقهم طيلة المدة التي تتطلبها إجراءات القيام بالأصل إلى أن يفصل النزاع بصفة نهائية من طرف محكمة الأصل"². ويظهر نفس التأكيد على ضرورة إسراع القضاء الاستعجالي في التدخل من خلال حيثيات قرار 13 مارس 2001³ : "في بقاء المعقب ضدهم شاغلين للعقار دون وجه شرعي بعد التنبيه عليهم بإنهاء العلاقة التسويغية طبق القانون ضرر يتفاقم يوما بعد يوم يتعين بحكم الفصل 201 م.م.ت. وضع حد له في أقرب وقت ممكن".

الحاصل هو أن مفهوم التأكد، حسب محكمة التعقيب، يحتاج في تعريفه إلى عنصر يميزه وهو عنصر زمني، يتمثل في عدم تحمل الحالات المتأكدة لمزيد

ن. 1996، ق. م.، II، 82. لا يمكن الالتجاء إلى الحراسة القضائية إلا "عند التأكد الكلي للمحافظة على المتنازع فيه خشية إندثاره أو التفريط فيه وبذلك يتعين البت في الموضوع في أقرب الأجل نظرا لتأكد الخطر المحدق به..."

- تع.م. عدد 3521، 25 ماي 1981، ن. 1981، ق. م.، II، 63. "... وما الهدف من اتخاذ وسيلة وقتية كهذه إلا لمنع تفاقم الضرر الذي يتوقع بموجبه ركن التأكد..."

¹- تع.م. 1115، 19 ماي 1977، ن. 1977، ق. م.، I، 290.

²- تع.م. 10197، 27 مارس 1975، ن. 1975، ق. م.، I، 170.

³- تع.م. 6881، 13 مارس 2001، ن. 2001، ق. م.، I، 312.

التأخير، وبالتالي ضرورة الإسراع إما بوضع حد لضرر يتفاقم أو بمنع حصول ضرر يهدد الحق.

14 - إلا أنه بإقحام هذا العنصر الضروري ضمن العناصر المكوتة للتأكد يصبح عندها من الصعّب السيطرة على محتوى هذا المفهوم بواسطة تقنية "التعريف". لأن هذا العنصر، بخلاف عنصري الحق والضرر، هو عنصر غير ثابت، بل يتغير بتغير الحالات الواقعية التي يمكن أن تُعرض على قاضي الأمور المستعجلة. فهو عنصر زمني لا يمكن السيطرة عليه حسابيا، وهو وحده وبسبب طبيعته هذه مصدر صعوبة حصر مفهوم التأكد في تعريف قانوني عام ومستقر يصلح لاحتواء جميع الحالات المتأكدة. فالقول بأن المسألة متأكدة لأنها لا تحتل التأخير، يبقى معه التساؤل قائما حول تحديد الفاصل الزمني الذي تصبح بغده المسألة لا تحتل التأخير: عندما نقول إن الحالة متأكدة، هل يعني ذلك أنها مسألة سويغات أم أيام قليلة أم أسابيع أم أشهر أم سنة كاملة...

15 - صحيح أنه في بعض الحالات الخاصة يكون من الممكن تحديد المرحلة التي يصبح فيها الضرر حالا، فيصبح الحكم على الحالة بأنها متأكدة مسألة لا يمكن أن يختلف فيها اثنان. فالمقاول الذي يلتزم لصالح معاقده (صاحب العمل) ببناء عمارة مجهزة بآلات التسخين في أجل معين، ثم يتعاقد في شأن آلات التسخين مع مقاول آخر، فيظهر في الأشغال الواقع إجراؤها من طرف هذا الأخير إخلالات فادحة، يمكنه القيام إستعجاليا لطلب إجراء الإصلاحات اللازمة بنفسه إن أصر المقاول المسؤول عنها على عدم إجرائها. فالتأكد وبالتحديد وصف الحالة بأنها لا تحتل الانتظار يمكن السيطرة عليه بالنظر إلى الأجل المتفق عليه لإنجاز العمل¹. وربما يكون هذا ما تتميز به حالات التأكد الشديد المنصوص عليها بالفصلين 206 و 207 م.م.ت. هي حالات متأكدة لا شك في ذلك وهذا يكفيها حتى يقبل القاضي

¹- تع.م. 11767، مؤرخ في 9 جانفي 1975، ن. 1975، ق. م.، I، 30.

الإستعجالي النظر فيها: لكنها تتميز عن غيرها بأن وضعيتها أكثر تأكيداً إلى درجة أن الآجال القصيرة الخاصة بالقضاء الإستعجالي وإجراءاته المبسطة والسريعة تصبح بالنسبة لها آجالاً وإجراءات تؤدي احترامها وانتظارها إلى ضياع الحق المطلوب حمايته أو تفاقم الضرر المقترن به، وكل ذلك يجعل الحكم على حالة معينة بأنها من حالات التأكيد الشديد يحتاج بالضرورة إلى نقطة زمنية ثابتة توجه تقدير القاضي، فلا يمكن اعتبار الوضعية شديدة التأكيد إلا إذا كان التاريخ الذي سيحصل فيه الضرر قريباً جداً ولا يمكن استخلاص هذه النتيجة إلا إذا كان ذلك التاريخ معلوماً بشكل دقيق أو على الأقل هناك علامات قوية تنذر بإمكانية تحقق الضرر قريباً. أما إذا كان الضرر حالاً والمطلوب هو وضع حد له، فإن الفاصل الزمني الذي يمكن وصولاً إليه القول بأنه بعد مدة قصيرة، إذا لم يتدخل القضاء الإستعجالي بإجراءاته المنصوص عليها بالفصلين 206 و 207 م.م.ت.¹، يصبح هذا التدخل لا فائدة منه، هو ضياع الحق وتلاشيته، لا تفاقم الضرر، وإلا لما اختلفت حالة التأكيد الشديد عن حالات التأكيد العادي. لكن ليس هذا الاختلاف بين التأكيد والتأكيد الشديد اختلافاً في المكونات الأساسية للمفهوم (الحق-الضرر - الزمن)، فالمفهوم واحد² حسب أحدهم، وإنما الاختلاف يظهر على مستوى أحد تطبيقاته أين يستعمل المشرع خاصية شدة التأكيد التي تميزه ليرتب على تحققها في الواقع نفس نظام التأكيد العادي (اختصاص القضاء الإستعجالي) لكن بإجراءات

¹ - هي إجراءات مبسطة جاء بها الفصل 206 م.م.ت. : «يمكن للحاكم عند شديد التأكيد الإذن بالاستدعاء لليوم نفسه أو للغد كما يمكن له أن يتلقى المطلب مباشرة ولو بمنزله الخاص وأن يأذن باستدعاء الخصوم حيناً وحتى في أيام العطل وفي هاته الصورة يمكن الاستدعاء بواسطة العدل المنفذ أو أحد أعوان المحكمة أو السلطة الإدارية ويرجأ خلاص المعاليم إن اقتضى الحال». والفصل 207 م.م.ت. فقرة 2 : «وفي صورة شديد التأكيد يمكن للحاكم أن يأذن بالتنفيذ طبقاً لمسودة الحكم قبل تسجيله كما له أن يأذن بالتنفيذ بدون سابقة إعلام».

² - Ph. JESTAZ, « L'urgence et les principes classiques du droit civil », Paris, L.G.D.J. 1968, p. 53.

أكثر تبسيطاً وسرعة¹ وردت بالفصلين 206 و 207 فقرة 2 م.م.ت. لذلك لا يمكن للوضعيات التي افترض فيها المشرع وجود التأكيد²، الانتفاع بأحكام الفصلين المذكورين إلا بعد تحقق شدة التأكيد وإثباته.

16- لكن ليست كل الحالات الواقعية يكون فيها تاريخ حصول الضرر معروفاً. لذلك اقترح الفقهاء³ معياراً للسيطرة على هذا العنصر الزمني يتمثل في القول بأن كل الحالات التي لا يمكنها انتظار طول إجراءات التقاضي العادية هي حالات متأكدة. أمّا تلك التي يمكنها انتظار طول إجراءات القضاء العادي فهي حالات لا يتوفر فيها ركن التأكيد. غير أن تطبيق هذا المعيار يحتاج معرفة دقيقة ومبسطة بالمدة التي يستغرقها النزاع أمام القضاء العادي، ومعرفة دقيقة ومبسطة أيضاً بالتاريخ الذي سيحصل فيه الضرر أو قد يحصل فيه الضرر لاحقاً. أمّا إذا كان الضرر حالاً، فهذا المعيار لا يمكنه ضبط الفاصل الزمني الذي يصبح بعده الضرر يحتاج إلى وضع حد له، حتى توصف الحالة بأنها متأكدة. وفي النهاية، يظهر هذا المعيار شبيهاً بنظام تقادم مسقط لم يحدد فيه المشرع مدة سقوط الدعوى ولا تاريخ ابتداء احتسابها.

يبقى إذن هذا العنصر الزمني خارج إطار السيطرة بواسطة معيار دقيق يجعل منه عنصراً ثابتاً يمكن اعتماده في تعريف مفهوم التأكيد. ويبقى هو وحده مصدر الصعوبة التي تجعل تقنية التعريف غير مجدية، لأن التعريف يقوم على ثبات مكوناته واستقرارها بحيث يكون حاسماً في فرز الحالات التي تنضوي تحته عن تلك التي يجب أن تقع خارجه. ورغم كل ذلك لا يجب الحكم سلباً على هذه

¹ - انظر بخصوص هذه الإجراءات والآجال : - محمد اللجمي، "القضاء الإستعجالي بين سرعة الفصل و توفير الضمانات"، ق.نش.، 1991، عدد 7، أنظر ص. 21.

- André COSSA, art. préc. p. 46. - Ch. CEZAR-BRU, P. HEBRAUD, J. SEIGNOLLE, op.cit., p. 104

² - أنظر سابقاً فقرة عدد 2، هامش عدد 1.

³ - Ch. CESAR-BRU et P. HEBRAUD, J. SEIGNOLLE, op. cit., n°54, p. 103 et 104.

الصعوبة لأن اختيار المشرع لمفهوم التأكد رغم صعوبة تعريفه قد يكون محكوماً بوجود هذه الصعوبة بالذات؛ محكوماً بمبررات تؤسس لوجودها.

ب - أساس وجود الصعوبة :

17- إن وجود هذه الصعوبة في تعريف التأكد يدفع إلى التساؤل التالي: لماذا في نفس الوقت الذي عودنا فيه المشرع فيما يتعلق بضبط مختلف مجالات التدخل القضائي باعتماد معايير مضبوطة ودقيقة - طبيعة الدعوى التي يحرض دائماً على تعريفها¹ أو مقدار الدعوى وليس أدق من هذا المعيار العيادي² - نجدهم بالفصل 201 م.م.ت. يعتمد معياراً يبدو غير ثابت لضبط ميدان التدخل الشامل للقضاء المستعجل؟ وهذا المعيار هو التأكد أو بالأحرى "الحالات المتأكدة"، وكأنه يقرّ ضمناً بأن تنوّع الحالات الواقعية المتأكدة وصعوبة احتوائها في قالب جامد ونموذج عام، يجعل الحديث بخصوصها في صيغة الجمع أقرب إلى الحقيقة. ومهما يكن من أمر فإن إرادة المشرع الحقيقية اتجهت نحو هذا التوظيف لمفهوم التأكد³، فهو من أراد استعمال مفهوم يعترف الفقهاء بأنه يصعب تعريفه، وهو من استعمل مفهوماً لم يتم بضبطه ولا حتى بتعداد حالاته⁴. لا شك إذاً وراء هذا الاختيار مبررات أسست لوجوده. وهذه المبررات يستمدّها الفقه من

¹ - الفصلان 20 و 51 م.م.ت.

² - الفصل 21 وما بعده م.م.ت. - الفصل 39 م.م.ت.

³ - حسب أحد الفقهاء :

« ... L'auteur normatif (par exemple le législateur) qui utilise un tel concept, ne peut pas ne pas avoir conscience du flou... »: J.-Fr. PERRIN, « Comment le juge suisse détermine-t-il les notions juridiques à contenu variable ? (quelques réflexions concernant la dogmatique et la pratique judiciaire de l'article 4 du code civil suisse) », in Les notions à contenu variable en droit, Travaux du centre national de recherche de logique, Etudes publiées par Chaim PERELMAN et Raymond VANDER ELST, Bruxelles, Bruylant, 1984, p. 204.

⁴ - أنظر تع. م.، 1115، 19 ماي 1977، ن. 1977، ق.م.، I، 290.

طبيعة هذا المفهوم الذي يصنّفه الفقهاء ضمن المفاهيم ذات المحتوى المتغير¹ كمفهوم النظام العام² أو الأجل المعقول³ أو الجزء اليسير...⁴

18- غير أنه منذ اللحظة التي يقع فيها وصف مفهوم التأكد بأنه ذو محتوى متغير تترتب آلياً نتائج منطقية هامة لا يمكن تجاهلها أو إقصاؤها أو تجنبها مهما كانت إيجابياتها أو سلبياتها (1) لكنها لا تبدو في تطابق كلي مع ما استقرّ عليه عمل القضاء الاستعجالي (2). ويبدو عدم التطابق هذا مؤسساً على اختلاف في كيفية تقدير ركن التأكد بين طريقة شخصية بحثة يوجهها وجدان القاضي وقناعته وطريقة موضوعية تقوم على ثوابت في المفهوم وتواتر في تطبيقاته⁵.

¹ - Ph. JESTAZ, op. cit., n° 9 et s., p. 7 et s. - Jacques VERHAEGEN, Notions floues et droit pénal, in Les notions à contenu variable en droit, Travaux du centre national de recherche de logique, Etudes publiées par Chaim PERELMAN et Raymond VANDER ELST, Bruxelles, Bruylant, 1984, p. 7-19 - spéc. p. 11. - St. RIALS, « Les standards, notions critiques du droit », in les notions à contenu variable en droit, Travaux du centre national de recherche de logique, Etudes publiées par Chaim Perelman et Raymond Vander Elst, Bruxelles, Bruylant, 1984, p. 39-59, p. 43. - Henry SOLUS et Roger PERROT, op. cit., n° 19. - J. GHESTIN, « L'ordre public, notion à contenu variable, en droit privé français », in les notions à contenu variable en droit, Travaux du centre national de recherches de logique, Etudes publiées par Chaim Perelman et Raymond Vander Elst, Bruxelles, Bruylant, 1984, n° 77.

- أنظر في فقه القضاء، تع.م. 5964، 18 فيفري 1982، ن. 1982، I، 408.

² - أنظر الفصل 67 م.إ.ع.

³ - أنظر الفصل 122 م.إ.ع. - 137 م.إ.ع. - 269 م.إ.ع.

⁴ - الفصل 37 م.ح.ع.

⁵ - لاحظ أحد الفقهاء نفس الأمر في فقه القضاء الفرنسي :

J. P. ROUSSE, « Nature et finalité de la mesure de référé », Gaz. Pal., 1977, Doct., I, p. 250.

(1) نتائج وصف التأكد بأنه ذو محتوى متغير

19- * من إجابيات هذا الصنف من المفاهيم هي قدرتها على الوصول إلى كل الحالات الواقعية مهما تعددت واختلقت¹. واستعمال المشرع لمفهوم التأكد أمله تلك الرغبة في احتواء جميع الحالات المتأكدة مهما تنوعت؛ هدف ما كان ليلبغه لو كان التأكد من المفاهيم التي يمكن حصرها في تعريف جامد². وهكذا يصبح اختيار المشرع لهذه المفاهيم على مستوى الصياغة القانونية حاملا بالضرورة تفويضا ضمنيا لفائدة القاضي يستطيع بواسطته تقريب القانون المطلوب تطبيقه من الواقع المعروض أمامه؛ تفويض يمكنه من أن يمارس سلطات تقديرية هامة³. فامتتاع المشرع من تحديد عام ومسبق لمكونات التأكد يعوضه تدخل القاضي لتحديد مكونات هذا التأكد وعناصره في كل حالة واقعية تعرض عليه⁴. فالقاضي في نهاية الأمر هو الضابط للحالة التي يترتب على وجودها الأثر القانوني أي الحل القانوني المتمثل في إعلان المسألة من أنظار القضاء الاستعجالي لأنها مسألة متأكدة. فعدم

¹ - المفاهيم ذات المحتوى المتغير هي مفاهيم لا يمكن حصر محتواها بواسطة تعريف دقيق وجامد. - Jacques VERHAEGEN, art. préc., p. 7-19, sp. p. 8.
² - Jacques VERHAEGEN, op.cit., p. 9. - N. MAC CORMICK, « On reasonableness », in Les notions à contenu variable en Droit, op. cit., p. 131-156, sp. 134.

³ - Henry SOLUS et Roger PERROT, « Droit judiciaire privé », T. III, « Procédure de 1^{ère} instance », Paris, Sirey, Delta, 1991, n° 1274, p. 1073.

⁴ - J. GHESTIN, art. préc., p. 77. - J. CARBONNIER, « Les notions à contenu variable dans le droit français de la famille », in travaux du centre national de recherches de logique, op. cit., p. 99-112, sp. p. 99. - Nadhir BEN AMMOU, « Le pouvoir de contrôle de la Cour de cassation », Thèse de Doctorat d'Etat, Faculté de droit et des sciences politiques de Tunis, n° 376, p. 176. - ST. RIALS, art. préc., p. 45 et s

- جاء في قرار محكمة التعقيب، عدد 7520، المؤرخ في 7 ديسمبر 1954، ق.تش.، عدد 9 و 10، ص. 161 (قرار عدد 22) : "... إن التأكد... يستخلصه الحاكم من الظروف والأحوال المتعلقة بالطرفين و لم يأت النص القانوني بضبط هذه الظروف وتعريف هذا التأكد بل أوكل تقديره لاجتهاد الحاكم."

ثبات ملامح مفهوم التأكد يعني في الحقيقة، عمليا، غياب الشروط القانونية الدقيقة والواضحة ويكون عندها على القاضي الحكم على خصائص الواقعة المعروضة أمامه بأنها تستجمع مكونات الوضع المرتب للحل، فهو من يقرر أن الخصائص الواقعية التي ينظر فيها يتكون من جملتها حالة متأكدة¹.

20- * وهذا ما يجعل الفقه² وفقه القضاء³ يؤكدان على أن مفهوم التأكد مسألة "موضوعية" أو مسألة "واقعية"

¹ - جاك موري،

- J. MOURY, « Une embarrassante notion : l'économie du contrat », D. 2000, Doct., p. 382-386, cf. p. 386.

² - محمد اللامي، اختصاص القضاء الاستعجالي، مقال مذكور، ص. 46.

- Jules Le CLECH'H, op. cit., p. 263. - André COSSA, art. préc., p. 51. -

Ch. CESAR-BRU, P. HEBRAUD, J. SEIGNOLLE, op.cit., p. 104 et 105.

³ - لا يكاد يخلو قرار تعقيبي من التذكير بأن لا رقابة لهذه المحكمة على عمل محاكم الأصل في تقديرها لركن التأكد : ف..." عنصر التأكد في القضاء الاستعجالي يرجع تقديره إلى الظروف والأحوال الحافة بالقضية وهو بذلك أمر موكل لاجتهاد حاكم الأصل وليس لدائرة التعقيب مراقبة هذا الاجتهاد المبني على أمور واقعية" - تع.م.، 8475، 02 مارس 1952، ق.تش. 1960، 9 و 10، 162. (عدد 32). - تع.م.، 4329، 3 فيفري 1966، ن. 1966، 7. - تع.م.، 9326، 22 ديسمبر 1959، ن. 1959، 44. - تع.م. 9996، 4 جوان 1958، ق.تش. 1960، 6، 54. - تع.م.، 11767، 9 جانفي 1975، ن. 1975، ق.م.، I، 30. - تع.م. 571، 7 جانفي 1959، ق.تش. 1959، عدد 6، 41. - تع.م. 9716، 6 ديسمبر 1973، ن. 1973، ق.م.، II، 110. - تع.م. 1401، 3 ماي 1979، ن. 1979، ق.م.، I، 211. - تع.م. 11619، 25 مارس 1976، ن. 1976، ق.م.، I، 107. - تع.م. 5964، 18 فيفري 1982، ن. 1982، ق.م.، I، 408. - تع.م. 17073، 23 أفريل 1987، ن. 1987، ق.م.، I، 68. - تع.م. 1115، 19 ماي 1977، ن. 1977، ق.م.، I، 290. - تع.م. 816، 6 جوان 1978، ن. 1978، ق.م.، I، 289. - تع.م. 9183، 7 مارس 1974، ن. 1974، ق.م.، I، 40. - تع.م. 27609، 9 أكتوبر 1990، ن. 1990، ق.م.، I، 214. - تع.م. 12162، 11 جانفي 2002، ن. 2002، ق.م.، I، 304. - تع.م. 19097، 19 نوفمبر 2002، ن. 2002، ق.م.، I، 210. - تع.م. 14781، 6 جانفي 1986، ن. 1986، ق.م.، I، 129. - تع.م. 7520، 7 ديسمبر 1954، ق.تش. 1960، عدد 9 و 10، 161. - تع.م. 9830، 5 فيفري 1957، ق.تش. 1960، عدد 9 و 10، ص 163 و 164. - تع.م. 9178، 20 جانفي 1959، ق.تش. 1960، عدد 9 و 10، ص 166. - تع.م. 614، 25 نوفمبر 1976، ن. 1976، ق.م.، III، 150. - تع.م. 7081، 13 فيفري 1951، ق.تش. 1960، عدد 9 و 10، ص 160. - تع.م. 8529، 23 نوفمبر 1959، ق.تش. 1960، عدد 9 و 10، ص 165. - تع.م. 24005، 26 جويلية 1989، ن. 1989، ق.م.، 326. - تع.م. 41892، 28 فيفري 1995، ن. 1995، ق.م.، 170. - تع.م. 17089، 29 جانفي 1987، ن. 1987، ق.م.، I، 331. - تع.م. 14079

أي أنها ليست مسألة قانونية. فغياب الشروط القانونية تعوضه ضوابط موجودة في ذهن القاضي. معنى ذلك أنه سيتحكم في الحالات المتأكدة وحالات تدخل القضاء الاستعجالي بمقتضى تفويض من المشرع. لكن هذه السلطة المعترف بها للقاضي الاستعجالي تحكمها فكرة جوهرية هي المبرر لوجودها والضابط لممارستها. فعدم تقييد اختصاص القضاء الاستعجالي بمعيار جامد كان الهدف منه تمكين هذا القضاء من القيام بوظيفته على أحسن وجه ولا يتحقق ذلك إلا بالوصول إلى جميع الحالات المتأكدة اعتماداً على مفهوم قانوني متطور ومتغير، لا يحتمل الحصر والتضييق لأن في ذلك تجاهل لمبررات وجوده وللفادة القانونية من اختياره.

21- وبهذا المعنى لا يمكن وصف عمل القاضي المتعلق بمفهوم التأكد بأنه عمل تأويلي لأن التأويل عملية لها قواعدها الفنية الخاصة التي تحكمها، ومبادئها القانونية العامة التي توجهها، يضطر إليها القاضي عند غموض النص أو سكوته كنتيجة لم يخترها المشرع¹.

22- فهل هو عمل تكييف لوقائع معينة بهدف إدماجها في صنف معين ونظام قانوني معين أو إخضاعها إلى حكم قاعدة قانونية معينة؟ في الحقيقة، إن هذا العمل يفترض وجود حدود مضبوطة تفصل صنفاً عن صنف آخر ونظاماً عن غيره وقاعدة عن أخرى. كما تحتاج هذه العملية إلى شروط قانونية واضحة يفرضها المشرع ويؤدي تحققها إلى تطبيق حكم القاعدة القانونية². وكل هذا يبدو

11 سبتمبر 1985، ن. 1985، ق. م.، II، 239. - تع. م. 6108، 9 جوان 1981، ن. 1981، ق. م.، I، 145.
1 - نظم المشرع التونسي قواعد تأويل النص (الغامض والساكت) بالفصول 532 - 563 م.إ.ع.
أنظر في نفس الاتجاه :

- Stéphanes RIALS, art. préc., p. 46 et s. - J. CARBONNIER, art. préc., p. 100. - Hans KELSEN, Théorie pure du droit, Trad. Charles Eisenmann, Dalloz, Paris, 1962, p. 455.

2 - بخصوص عملية التكييف القانوني عموماً، أنظر، نذير بن عمو، أطروحة المذكورة سابقاً، ص. 126 وما بعده.

غير متوفر في مفهوم التأكد، الذي يظهر كمفهوم رَخْوٍ، متغير، غير محدد المكونات والملامح، غير مضبوط الشروط وهو لذلك لا يمكن أن يشكل ضابطاً ومقياساً دقيقاً في عملية تكييف قانوني. وهذا ما جعل البعض يعتبر أنه بالنسبة لمفهوم التأكد ليست المسألة متعلقة بتكييفه فكل عملية تكييف تهدف إلى تحديد النظام القانوني المنطبق في حين أن النظام القانوني المنطبق عند التحقق من وجود التأكد لا يطرح إشكالا ولا ينازعه نظام آخر. فعندما اختار المشرع مفهوم التأكد لضبط الاختصاص العام والشامل للقضاء الاستعجالي أراد أن يكون للقاضي الاستعجالي دوراً إبداعياً وخلاقاً مكملاً لعمل المشرع¹. فمن الناحية الفنية والعملية يكون قاضي الأمور المستعجلة أمام طلب يهدف إلى اتخاذ وسيلة وقتية بدعوى أن المسألة متأكدة؛ المطلوب منه الحكم على الوضعية الماثلة أمامه بأنها متأكدة أو غير متأكدة؛ الحكم بأن شروط تدخله قد تحققت فيتمادى في عمله بالنظر في الدعوى أو أنها لم تتحقق فيعلن رفض القضاء فيها. لم يقيده المشرع باستعمال مفهوم دقيق ولا بتعريف للتأكد، بل ترك له هامشاً من الحرية يمكنه من الخلق والإبداع.

23- وفي غياب شروط قانونية محددة² وعناصر موضوعية ثابتة يمكن عند تحققها الحكم على حالة معينة بأنها متأكدة، يصبح اختيار هذه الشروط أو العناصر والحكم عليها موكولاً لاجتهاد القاضي بتفويض من المشرع. فعندما يقرر قاضي الأمور المستعجلة استئنافاً كما في القرار عدد 357، المؤرخ في 14 جانفي

1 - Jacques VERHAEGRN, « Notions floues... », op. cit., p. 11. - St. RIALS, op. cit., p. 49. - H. KELSEN, op. cit., p. 455 et 456.

2 - جاء في حكم إس. استعجالي إن : "...مسألة التأكد ركن أساسي لتلبية المطالب الاستعجالية مع اعتبار عدم المساس بالأصل بيد أن التأكد الموكول أمر تقديره للمحكمة لا يجري على نسق واحد في جميع القضايا....."، حكم إس. استعجالي، 44395، 10 أوت 1978، ق.ش.، عدد 8، ص. 116.

1987¹ أن «... سوء التصرف من طرف الرئيس المدير العام أو مجلس الإدارة في مكاسب شركة النزل...» يتحقق به عنصر التأكد «إن كانت الشركة رابحة»، يكون قد اختار، حسب اجتهاده الحر، الخصائص الواقعية المميزة لهذه القضية بالذات أن تتكون منها حالة متأكدة تستوجب الحكم بنصب مؤتمن عدلي. ولكن لا تعني هذه السلطة التقديرية التي يتمتع بها قاضي الأمور المستعجلة تفويضا قانونيا لخلق قاعدة قانونية عامة، وإنما فقط قدرة على خلق حل قانوني خاص لكل حالة على حدة².

24 - * غير أنه في غياب تلك العناصر والشروط المحددة لمحتوى مفهوم التأكد بصورة دقيقة وتقبل بل واقتناع قاضي الأمور المستعجلة بفكرة أن تقديره لركن التأكد حر ومطلق، يلوح خطر يصعب تجنبه أو تلافيه، سببه وصف مفهوم التأكد بأنه ذو محتوى متغير وهو خطر تغير الحلول القانونية بتغير شخص القاضي الموكل له مهمة تقدير عنصر التأكد، فيصبح اجتهاد القاضي المطلق وسلطة القاضي التقديرية مرادفان لعبارات مستعملة في عديد القرارات التعقيبية كعبارات "يستوحيه"³ القاضي، "يستروحه"⁴ القاضي، "يستشفه"⁵ القاضي أو

¹ - حكم مدني استئنافي عدد 357 ، مؤرخ في 14 جانفي 1987 ، ق.تش. 1989 ، عدد 7 ، ص 121.

² - St. RIALS, op. cit., p. 49.

والحقيقة أن هذه النتيجة تتأسس على اعتقاد بأن المفاهيم ذات المحتوى المتغير التي يبدو أنه من بينها مفهوم التأكد هي مفاهيم تتركب من جملة عناصر جميعها متغير، لذلك لا يمكن أن يتحدد مضمونها ولو في بعض عناصرها مهما تواصل تطبيقها القضائي سنين طويلة. إلا أنه من ناحية لا يمكن القول أن جميع عناصر التأكد هي عناصر متغيرة وغير ثابتة وسبق إثبات ذلك (أنظر أعلاه فقرة 11)، ومن ناحية أخرى، عمل القضاء الاستعجالي يفند هذه الفكرة ويؤكد أن تطبيق هذا المفهوم لا يخلو من قدر أدنى من الاستقرار والثبات و التواتر (أنظر لاحقا، فقرة 26).

³ - تع.م. 7858 ، 19 أفريل 1955 ، ق.ش. 1960 ، عدد 9 و 10 ، 161 (أنظر عدد 26).

⁴ - قرار استئنافي مدني، 33433 ، 2 فيفري 1972 ، ق.ش. 1972 ، عدد 3 ، 55 - . تع.م.

⁵ - تع.م. 53596 ، 5 مارس 1997 ، ن. 1997 ، ق.م. ، I ، 266.

"يستشعره"¹ القاضي وكأن المشرع وضع ثقته في وجدان القاضي وإحساسه الذي يستهدي به إلى الحل الصحيح، فكلها تعابير مشحونة عاطفيا بشكل يصبح معه من الصعب منع قنوات القاضي الشخصية وانتماءاته الفكرية والمذهبية وحتى المؤثرات البيئية والتراكمات النفسانية المكونة لشخصيته من أن تطفو على السطح فتظهر في تعامله مع مفهوم التأكد وتقدير وجوده من عدمه في كل حالة واقعية².

الخوف إذا هو من صدور أحكام عاطفية أو أحكام تحتوي مزيجا من العقل والعاطفة عوضا عن أحكام مقبولة منطقا من الناحية القانونية. وقد قرّرت محكمة التعقيب نقض قرار استئنافي استعجالي معتبرة أنه : "كان على المحكمة أن تدرس الأحكام السابقة الواقع التمسك بها لتبين عن قاعدة وأساس مدى واقعية الوسيلة وجديتها على عين الوثائق بالذات لا بطريقة أخرى نفسانية ولما كان الأمر على هذا النحو كان القرار حينئذ ضعيف التعليل من هذه الناحية وحدها واتجه نقضه بسبب ذلك"³.

(2) عدم تطابق نتائج العمل القضائي مع المحتوى المتغير لمفهوم

التأكد

25- إذا أخذنا مفهوم التأكد بهذا المعنى أي على أنه مفهوم ذو محتوى متغير، كيف يمكن عندها تفسير ما ظهر في عمل القضاء من تجميع للحالات المتأكدة في أصناف معدة مسبقا على أساس تسميات عملية لأنواع معينة من

¹ - أنظر - تع.م. 13226 ، 4 مارس 2002 ، ن. 2002 ، ق.م. ، I ، 312 : يتعلق هذا القرار بركن عدم المساس بالأصل - القاضي يستشعر جدية الدفع.

² - A. A. Al-SANHOURY, « Le standard juridique », in, Recueil d'études sur les sources du droit en l'honneur de F. Gény, p.144-156, V. p.155.

- نذير بن عمو، محكمة التعقيب محكمة أصل؟، مقال منشور في مجموعة دراسات مهداة إلى الأستاذ محمد العربي هاشم، "الشغف بالقانون"، كلية الحقوق والعلوم السياسية بتونس، شركة أوربيس للطباعة، تونس 2006 ، ص. 839-866 ، فقرة 25.

³ - تع.م. 5359 ، 28 جانفي 1982 ، ق.تش. 1983 ، عدد 2 ، 105 - . أو ن. 1982 ، ق.م. ، I ، 237.

الدعوى على أنها ترجع بالنظر "حسب جريان العمل"، إلى القضاء الإستعجالي؟ كدعوى الخروج لعدم الخلاص، والدعوى الرامية إلى نصب مؤتمن عدلي ودعوى الخروج لعدم الصفة أو الخروج لتأكيد الإصلاحات إلى غير ذلك من الدعاوى التي أصبحت تشكل أصنافا من الدعاوى؟ ألا تؤدي هذه الطريقة إلى تعطيل عمل المفهوم نفسه الذي يبدو أن المشرع أراده متغيرا ومتطورا متأقلا مع حالات واقعية في تنوع دائم؟ ألا يمكن أن يتحول عمل القاضي - مع وجود هذا التجميع - من الاجتهاد والتقدير الحر إلى مجهود يقتصر على مجرد تكييف للحالة الواقعية بهدف إدماجها ضمن أصناف أو مجموعات من الحالات المتأكدة، فيصعب بهذه الطريقة فتح الباب أمام حالات جديدة لم تعرض على القاضي سابقا ويصعب أيضا غلق الباب أمام حالات واقعية جرى العمل على اعتبارها متأكدة ويصبح عمل التجميع بهذه الطريقة عائقا ذهنيا لسلطة القاضي التقديرية، وتضيع الفائدة من اختيار المشرع لهذا المفهوم؟ فرغم وجود هذا التجميع يجب - ما دام مفهوم التأكد ذو محتوى متغير - ألا يرتقي إلى مستوى التصنيف الملزم المرتب لآثار قانونية تختلف باختلاف انتماء الحالة المعروضة أمام القاضي إلى هذه المجموعة من الدعاوى أم لا، فيبقى للقاضي هامشا من سلطة التقدير كما أراد المشرع.

26- وكل ذلك في النهاية من باب الحرص على عدم الخلط بين التجميع والتصنيف، فهذا الأخير عمل علمي يقوم على فرز مكونات كل صنف على أساس قواسم مشتركة تجمعها، أما التجميع بتلك الطريقة السابق ذكرها فهو مجرد تراكمات عملية غير إرادية و غير مقصودة¹، تدفع إليها رغبة طبيعية في اعتماد الحلول الجاهزة أساسها تواتر الوضعيات المتشابهة ولو ظاهريا. أما لو أمكن

¹ - خاصة وأن أهم هذه الدعاوى كانت في السابق إستعجالية بنص القانون : كدعوى الخروج لانتفاء المدة ودعوى الخروج لعدم الخلاص، أنظر الفصل 111 من قانون المرافعات المدنية الصادر في 24 ديسمبر 1910. وتواصل اعتبارها كذلك رغم نسخ القانون بصور م.م.ت. سنة 1959.

التعرف على القواسم المشتركة في كل هذه المجموعات، عندها يرتقي التجميع إلى مستوى التصنيف العلمي. وهذا تحديدا ما نلاحظه في عمل القضاء. فالمتمتع في هذه الدعاوى التي توصف آليا بأنها استعجالية لأن جريان العمل استقر على اعتبارها كذلك، يلاحظ أن رسوخ الاعتقاد بأنها تدخل ضمن مجال تدخل القاضي الإستعجالي يؤسسه في الحقيقة القاسم المشترك بين جميع الوضعيات المنتمية إلى مجموعة معينة من الدعاوى، بل أكثر من ذلك، قاسم مشترك بين كل الدعاوى مهما كان انتماءها لهذه المجموعة أو تلك :

27- فكل دعاوى الخروج لعدم الخلاص تشترك في ثبوت حق المكري في معينات الكراء والضرر الحاصل من استمرار المتسوّغ في الامتناع عن دفعها وتقترب منها وضعيات الكراء في إطار عقود الإيجار المالي¹ - وكل دعاوى الخروج لعدم الصفة تشترك في ثبوت حق المدعي الحاصل من اكتساب الصفة القانونية في الانتفاع بالعقار (سواء كان مالكا أو حتى متسوّغا²) وانقضاء الصفة عند المدعي عليه (ولو كان مالكا³) وهو لذلك معتدّ يسبب ضررا لصاحب الحق يتجه وضع حد له - وتقترب منها الدعاوى الرامية إلى إخراج الرئيس المدير العام بعد إقصائه بصفة قانونية بالإجماع من قبل مجلس الإدارة⁴ - وكل دعاوى المطالبة بنصب مؤتمن عدلي تشترك في ثبوت الاشتراك بما يتحقق معه حق المدعي كشريك واستبداد المدعي عليه بالمشترك وفي ذلك ضرر يحصل من حرمان المدعي (الشريك) من حقه في إدارة المشترك والانتفاع به بأقصى ما يمكن من المنفعة⁵ - وتقترب من هذه الوضعيات الدعاوى الرامية إلى نصب مؤتمن عدلي

¹ - تع. م.، 12162، 11 جانفي 2002، ن. 2002 ق.م.، I، 304 - تع. م.، 12028، 29 جانفي 2002، غير منشور.

² - تع. م.، 48567، 7 ماي 1997، ق.م.، I، 299.

³ - تع. م.، 20619، 26 جانفي 1989، ق.م.، 1991، عدد 7، 90 - تع. م.، 17909، 5 نوفمبر 1987، ن. 1987، ق.م.، I، 168.

⁴ - تع. م.، 46113، 16 أبريل 1997، ن. 1997، ق.م.، I، 159.

⁵ - تع. م.، 5843، 19 أبريل 2001، ن. 2001، ق.م.، 17.

لإدارة شركة مدنية أو تجارية¹ رغم اختلاف معنى الاشتراك فيها، لأن الشركة صاحبة ذمة مالية مفرزة ومستقلة عن الذمة المالية للشركاء. أما الاشتراك بالمعنى الأول فيقصد به الشبوع كما يعرفه الفصل 56 م.ح.ع. لكن تبقى مكونات التأكد نفسها : حق المدعي (أحد الشركاء أو الشركة نفسها) والضرر الحاصل من استبداد المدعى عليه (أحد الشركاء أو مدير الشركة) والمتمثل في حرمان المدعى من حقوقه الناشئة عن صفته كشريك أو سوء الإدارة المؤثر على نشاط الشركة أو حتى وجودها. ورغم "... أن الحكم بتسمية مؤتمن عدلي لأجل الخلاف في كيفية التصرف بين الشركاء يعتبر مغايرا للحكم بتسميته من اجل الخلاف في أصل الاشتراك و(أن) كل من الحكمين يقوم على أسباب مختلفة"²، إلا أن مكونات التأكد المبررة للحكم بهذه الوسيلة هي نفسها : حق محتمل في الاشتراك وضرر محتمل بالنسبة للمدعي لو ثبت حقه في الاشتراك لاحقا. ويمكن الحكم بنصب مؤتمن عدلي في غياب الاشتراك أصلا، كأن يكون مثلا المال موضوع الائتمان العدلي متنازعا فيه. وهكذا الأمر بالنسبة لمطالب الخروج لتأكد الإصلاحات، فقبول النظر فيها استعجاليا يقوم على تحقق حق المكري في حفظ المكري الذي يستمدّه من الفصل 749 م.إ.ع. والضرر المستقبل الذي يشكل خطرا يهدد ذلك الحق.

28- ويمكن معاينة كل مجموعة من الدعاوى تشكلت بفعل جريان العمل لنلاحظ أن النتيجة واحدة: تتشكل هذه المجموعات ويستقر العمل القضائي على وصفها أليا بأنها دعاوى إستعجالية لأنّ الثابت فيها أنها وضعيات يثبت فيها الحق

¹ - و هي تستوجب أيضا ثبوت حق المدعي وإثباته للضرر الذي يهدده: أنظر - تع.م.، 1284، 10 ماي 2000، ن. 2000، I، 261 - تع.م.، 51214، 16 جانفي 1996، ن. 1996، ق.م.، II، 82 - حكم استئنافي استعجالي، 33433، 2 فيفري 1972، ق.تش. 1972، عدد 3، 55 - تع.م.، 2286، 17 جانفي 1980، ق.تش. 1981، عدد 8، 79 - أنظر بخصوص نصب مؤتمن عدلي على حصص، رقاع أو أسهم في شركة : - حكم استئنافي استعجالي، 352، 27 مارس 1986، ق.تش. 1989، عدد 3، 89 - تع.م.، 51214، 16 جانفي 1996، ن. 1996، ق.م.، II، 159.
² - تع.م. 7917، بدون تاريخ، ق.تش. 1959، عدد 2، ص. 19.

ولو كان محتملا والضرر ولو كان مستقبلا، فعملية التجميع ولو كانت غير إرادية إلا أنه لابد من محرك خفي يدفع إليها ويبدو أن دخول الحق والضرر في علاقة بتلك الطريقة السابق وصفها، كاف لتحقيق التأكد وتبرير تدخل القضاء الإستعجالي¹. ولا يظهر العنصر الزمني مؤثرا في كل هذه الوضعيات وإلا لما استقر عمل المحاكم على هذا النحو بسبب عدم استقرار وثبات هذا العنصر رغم تأكيد نفس المحاكم عليه². لكن الظاهر أن التطبيق والتعامل الحقيقي غير متوافق مع محاولات تعريف المفهوم في ذاته من طرف هذه المحاكم.

29- كيف يمكن إذا تفسير عدم تطابق إرادة المشرع، الذي يبدو أنه أراد من خلال استعماله لمفهوم «متغير» تمكين كل حالة خاصة من تقدير وتقييم قضائي مستقل عن وضعيات أخرى ولو كانت قريبة منها، مع عمل القضاء الإستعجالي الذي استطاع تجميع الحالات المتأكدة في مجموعات يظهر فيها قاسم مشترك وهو دليل على ثبات البعض من مكونات المفهوم على الأقل ؟ هل فعلا أراد المشرع مفهوما ذا محتوى بهذا القدر من التغير؟ بين موقف فقهي يقدم التأكد على أنه مفهوم ذو محتوى متغير خارج إطار السيطرة بواسطة التعريف وعمل قضائي يظهر من خلاله أن التأكد يحتوي قدرا أدنى من الثبات، الحاصل هو أن : بعض العناصر على الأقل في مفهوم التأكد هي عناصر ثابتة لا تتغير وهذا سبب ظهور عمل قضائي قابل لفكرة التجميع وحتى التصنيف. وهذه خطوة أولى نحو السيطرة على المفهوم دفعت إليها محاولة اعتماد تعريف للتأكد فرغم إخفاقها إلا أنها ساهمت في التعرف على مكونات المفهوم الثابتة. ويبقى كل ما خرج عن نطاق التحديد والضبط والتعريف وبسبب غياب ملامح واضحة، خاضعا بالضرورة لعملية تعرف

¹ - والملاحظ أيضا أن جميع هذه الدعاوى تأخذ تسميتها من الوسيلة الوقتية نفسها التي يقضي بها القرار الإستعجالي، والاقتناع القضائي بأنها دعوى استعجالية ينمو مع الاطمئنان إلى أن طبيعتها وقتية وأنها لذلك لا تؤدي إلى المساس بالأصل.
² - أنظر أعلاه، فقرة 13.

وتقدير¹ تحكمها طريقة موضوعية واحدة تحترم تمشي قانوني منهجي تكون ضمانا لعدم تغيير الحلول بتغيير الشخص المتعامل مع مفهوم التأكد .

II - كيفية تقدير التأكد :

30- يساهم مباشرة في التعرف على محتوى التأكد، كل حسب طبيعة عمله، قاضي الأمور المستعجلة (كقاضي أصل) عبر عملية تقدير موضوعية (أ) ومحكمة التعقيب (كمحكمة قانون) من خلال الرقابة القانونية التي تمارسها على عملية التقدير (ب).

أ - التقدير الموضوعي للتأكد :

31- حتى لا تتغير الحلول القانونية بتغيير شخص القاضي الموكل له مهمة التعرف على الحالات المتأكدة وجب التقيد بطريقة موضوعية واحدة في البحث عن تلك الحالات². فالالتزام بنفس التمشي القانوني كلما تعلق الأمر بالتعرف على الحالات المتأكدة، هو الضامن لعدم تغيير الحلول من قاض إلى آخر، وتحقيق هذه الطريقة يمرّ ضرورة عبر النظر إلى المفهوم في موضعه ومحيطه القانوني (1) وكذلك عبر النظر إليه في ذاته (2).

¹ - حسب أحد الفقهاء :

« On dit fréquemment de l'urgence, raison d'être du référé, qu'elle ne se définit pas mais qu'elle se constate » J.-P. ROUSSE, « Nature et finalité de la mesure de référé », Gaz. Pal., 1977, Doct., I, 249, spéc. p. 250.

² - التقدير الموضوعي للمفاهيم ذات المحتوى المتغير مطلب فقهي أنظر مثلاً :

- N. MAC CORMICK, op. cit., p. 141 et s.

- J. P. ROUSSE, art. préc., p. 250.

(1) المفهوم في موضعه:

32- لو نظرنا إلى مفهوم التأكد في موضعه القانوني الذي أوجده به المشرع، أي نظام القضاء الاستعجالي، لوجب الإقرار بأن منطق هذا النظام وفلسفته يساهمان في التعرف على الحالات المتأكدة:

33- * لا يختلف اثنان في أن القضاء الاستعجالي موجود لحماية الحق، وهو الحق نفسه الذي يحميه القضاء العادي. لكن القضاء الاستعجالي يحمي ذلك الحق عندما يكون في وضعية غير عادية (أي لا يقبلها القانون)، في تلك المرحلة التي لا يمكن أن يطالها القضاء العادي بسبب بطء إجراءاته. فبين صيرورة الحالة متأكدة وصدور حكم في الأصل بخصوصها، ينقضي حيز من الزمن، يتحول فيه الضرر الضئيل إلى ضرر جسيم، والضرر المستقبلي إلى ضرر حال كما أن الضرر المحتمل قد يتحقق فعلاً. جعل القضاء الاستعجالي إذا لمنع الضرر الضئيل من أن يتفاقم ومنع الضرر المستقبلي من أن يقع وتقويت الفرصة على الضرر المحتمل في أن يتحقق يوماً ما، وذلك باتخاذ الوسائل الوقتية القادرة على أن تحكم تلك الفترة من الزمن إلى حين صدور حكم في أصل الحق إن اقتضى الأمر ذلك¹.

¹ - هذا هو هدف القضاء الاستعجالي فكلما حاد عنه، كلما اختل عمل هذه المؤسسة. فلا يجب مثلاً أن يتحول إلى وسيلة للضغط كما هو الحال اليوم عندما نتحدث عن الخروج إن لم يدفع عوضاً عن الخروج لعدم الخلاص، فننوه في نظريات فقهية لا فائدة منها بحثاً عن حل لوضعية واقعية غريبة، نتحقق عندما يقوم المكري بتسويق نفس المحل لمتسوغ آخر بعد تنفيذ القرار الاستعجالي القاضي بالخروج، ثم يقوم المتسوغ الأول بدفع معينات الكراء المتأخرة ويطلب استعجالاً إرجاعه إلى المكري وقد شكلت هذه الدعاوى وضعيات محرجة للقضاء الذي يشهد حالة تذبذب خطيرة لم تنته بعد لأنها حالة عدم استقرار (رغم تدخل الدوائر المجتمعة: - أنظر تع.م. 775، 18 فيفري 1983، ن. 1983، ق.م.، 112). ففي وضعية كهذه تتحول الوسيلة الوقتية إلى وسيلة ضغط. فمن صدر ضده قرار استعجالي في الخروج لعدم الخلاص لا يمكن إسعافه حتى لو كان ذلك في طور الاستئنافي برفض طلب الخروج الذي قام به المكري، لمجرد أنه قام بدفع أو تأمين معينات الكراء المتأخرة، إلا إذا رضي المكري بذلك. ومن باب أولى عندما يصبح القرار الاستعجالي القاضي بالخروج باتاً وخاصة بعد أن يكون المكري قد قام بتنفيذه. لأن الخروج لعدم الخلاص وسيلة وقتية مبررة بسبب تحقق صورة من صور الفسخ المنصوص عليها صراحة في الفصل 796 م.إ.ع. في انتظار صدور حكم في أصل الدعوى بفسخ الكراء. فقبول دعوى إرجاع الحالة إلى ما كانت عليه بإعادة المتسوغ إلى المكري، بعد أن يكون المدعي قد دفع

34- ولا يبدو بالتالي أن المشرع من خلال تركيزه للقضاء الاستعجالي يعتد بفكرة أن «الضرر في النهاية يعوّض» لأن وجود هذه الفكرة مع القضاء الاستعجالي يصبح معه من الممكن اعتبار الضرر ضئيلاً والحالة غير متأكدة وترك الضرر يتفاقم لأنه يمكن تعويضه لاحقاً. ويصبح من الممكن أيضاً التراخي في اعتبار الضرر المستقبلي أو الضرر المحتمل من قبيل الوضعيات المتأكدة بما أنه في نهاية الأمر كل ضرر يمكن تعويضه. ففكرة "الضرر يعوّض" تُفرغ القضاء الاستعجالي من محتواه، ثم إنه إذا حصل الضرر فعلاً وأدى إلى فوات الحق وتلاشيه، يكون ذلك بسبب عدم قيام القضاء الاستعجالي بالدور المنوط بعهدته. ولا يعني هذا أن الحق في تعويض ما فات المدعي من حق أصلي لا يدخل ضمن اختصاص القضاء الاستعجالي. فالحق في التعويض هو حق كغيره من الحقوق وهو شبيه بكل الحقوق التي يكون موضوعها مبلغاً من المال، لا شيء يبرر إقصاء التقاضي بشأنها إستعجالياً، للمطالبة بتسبيقات مالية لاحتواء الضرر الحاصل من تأخر حصول المدعي على حقه كاملاً عن طريق القيام أمام القضاء العادي. وليس أدل من غرامات التأخير والفوائد القانونية على أن في استمرار عدم حصول الدائن (المدعي) على حقه، ضرر حالّ يتحمّله حقيقةً. ومعنى ذلك أن فكرة أن الحق في

ما عليه أو قام بتأمينه، على أساس أن عقد التسويغ لم يفسخ بعد، فيه تحويل للقضاء الاستعجالي عن وجهته الحقيقية: أنظر في فقه القضاء القرارات التالية : - تع.م. 12269، 15 جانفي 2002، ن. 2002، ق.م.، 308.1 - تع.م. 51242، 30 أفريل 1997، ن. 1997، ق.م.، 295.1 - تع.م. 6994، 3 ماي 1983، ق.تش. 1985، عدد 1، 57. - تع.م. 954، 24 مارس 1977، ن. 1977، ق.م.، 189.1 - تع.م. 11599، 22 جانفي 1976، ن. 1977، ق.م.، 41.1 - تع.م. 11829، 9 جانفي 1975، ن. 1975، ق.م.، 33.1 - تع.م. 9364، 4 أفريل 1974، ن. 1974، ق.م.، 64.1 - تع.م. 11556، 25 سبتمبر 1974، ن. 1974، ق.م.، 108.1 - تع.م. 10910، 16 أفريل 1974، ن. 1974، ق.م.، 168.1 - تع.م. 9184، 17 أفريل 1973، ن. 1973، ق.م.، 49.1 - تع.م. 9521، 25 ديسمبر 1972، ن. 1972، 69.1 - تع.م. 9471، 11 ديسمبر 1972، ن. 1972، 61.1

ذاته لا يمكنه الانتظار، أما التعويض فيمكنه الانتظار¹، تقوم على تمييز ليس له ما يبرره قانوناً.

35- كل ذلك دليل على أن فكرة «الضرر في النهاية يعوّض» لا يمكن أن تتعايش مع أساس القضاء الاستعجالي أو الهدف منه الذي يقوم على فكرة منع الضرر من التفاقم أو من أن يحصل فعلاً لأن الأصل في الحقوق هو الانتفاع بها في ذاتها لا الانتفاع بالتعويض الحاصل منها لاحقاً ولو كانت هذه الحقوق موضوعها مبالغ مالية (تعويض ضرر أو حصة تنفيذ جبري مصدره حق شخصي). خاصة وأن الإضرار ببعض الحقوق لا يمكن تعويضه حقيقةً فنقوت وتتلشى بفوات فرصة الانتفاع بها في الوقت اللازم وخاصة منها الحقوق غير المالية كالحضانة أو حق زيارة المحضون أو استصحابه، والحقوق المرتبطة بالحياة الخاصة عموماً².

36- فلا يمكن بهذا المنطق في القضاء الاستعجالي عدم اعتبار الضرر الحال الذي يتفاقم يوماً بعد يوم وضعية متأكدة بدعوى أن الضرر ما يزال ضئيلاً. ولا يمكن أيضاً المجازفة بتأخير تدخل القضاء الاستعجالي لمنع وقوع ضرر

¹ - تع.م. 7869، 11 مارس 1954، ق.تش. 1960، عدد 9 و 10، 162.

² - بخصوص التداعي حول حق الحضانة وحق الزيارة وحق الاستصحاب أمام القضاء الاستعجالي، أنظر:

- تع.م. 9965، 1 جانفي 1974، ن. 1974، ق.م.، 207.1 - تع.م. 20431، 2 فيفري 1989، ق.تش. 1991، عدد 7، 94.

- اس. استعجالي 15867، 31 جويلية 1958، ق.تش. 1959، عدد 3، 57. - اس. استعجالي 58150، 10 نوفمبر 1965، ق.تش. 1965، عدد 10، 63 (حق الزيارة). - اس. استعجالي، 44395، 10 أوت 1978، ق.تش. 1978، عدد 8، 116. - اس. 229، 22 جانفي 1976، ق.تش. 1979، عدد 4، 138.

- أما فيما يتعلق بحماية الحياة الخاصة فلا نجد فقه قضاء تونسسي منشور بينما يشهد فقه القضاء الفرنسي تطبيقات عديدة في هذه المادة أمام القضاء الاستعجالي.

- P. ESTOUP, « Verdict de culpabilité », Gaz.Pal., 1988, Ch., 203. - P. KAYSER, « Les pouvoirs du juge des référés civil à l'égard de la liberté de communication et d'expression », R. Dalloz Sirey, 1989, II, Ch., 11. - André COSSA, art.pré. p. 48.

مستقبلي أو محتمل بدعوى أن الحالة تتحمل الانتظار وفاقد لركن التأكد، والحال أننا غير قادرين على تحديد تاريخ وقوع الضرر فعلا ولا تاريخ الحسم القضائي في أصل الحق. لذلك لا يمكن القول بأن هناك وضعيات يقترن فيها الحق بالضرر، حسب العلاقة السابق توضيحها ورغم ذلك هي غير متأكدة لأنه بإمكانها مزيد الانتظار. ففي ذلك مزيد تحمل المدعي للضرر الحال أو مزيد تحمله لخطر تحقق الضرر المحتمل أو المستقبل.

37- والظاهر أن هذه الفكرة كامنة وراء عمل القضاء الاستعجالي إذ لا يبدو العنصر الزمني مؤثرا على الحكم بوجود أو عدم وجود حالات التأكد¹. والحقيقة أنه لا يجب المبالغة في أهمية هذا العنصر الزمني ولو أنه يظهر في عمل القضاء كعنصر من عناصر مفهوم التأكد الضرورية، فالاستعجال إجرائي صرف أما التأكد فموضوعي بحث؛ الاستعجال نتيجة لاحقة لتحقيق وضعية سابقة هي التأكد: هذا المفهوم إذن هو مبرر للاستعجال القضائي. وبهذا المنطق تتحول السرعة إلى مرحلة العمل القضائي كعنصر جوهري فيه، ويبقى التأكد ذلك الحق الثابت (وإن كان محتملا) الذي يلحقه ضرر حال أو يهدده ضرر مستقبل ومنه تتشكل في كل هذه الوضعيات حالة لا تحتمل الانتظار وهذه خاصية مفترضة منطقا وقانونا بمجرد تحقق عناصر التأكد الثابتة؛ هي نتيجة طبيعية ومنطقية لكل فرضية يثبت فيها الحق والضرر خاصة إذا كان هذا الأخير حالا. ومعنى ذلك أن الوضعيات المتأكدة لا تحتاج لإثبات أنها لا تحتمل الانتظار. فالاستعجال عن طريق اختصار الآجال وتبسيط الإجراءات حكم يستفيد منه صاحب الحق الثابت (بطبيعة الحال بعد احترام "طابع التنازعي أمام القضاء الإستعجالي) إذ لا فائدة عندها من مزيد الانتظار والتطويل، خاصة وأن قاضي الأمور المستعجلة سيكتفي باتخاذ وسيلة وقتية دون الحسم في أصل النزاع.

¹ - أنظر لاحقا فقرة عدد 69.

38- وهذه الفكرة يكرسها المشرع أيضا في القواعد المنظمة للقضاء العادي، إذ نجده في الفصل 81 م.م.ت.¹ يمكن المحكمة من الإذن "بالمرافعة حينا ودون لزوم لإجراءات أخرى إذا كانت القضية مؤسسة على اعتراف أو كتب رسمي أو على خط يد معرّفا بالإمضاء به أو قرينة قانونية..."، ثم يلحق بكل هذه الصور، تلك التي يحصل فيها "تأكد يوجب النظر على وجه السرعة". فالمنطق السليم يقتضي سحب نفس الحكم على كل الوضعيات التي تبرز على نفس الطبيعة. لذلك يمكن القول أنه إذا كانت كل الصور المذكورة في بداية النص تشترك في كونها تكشف عن حق ثابت قانونا، لا بد أن يكون التأكد المقصود خارج تلك الصور كاشفا هو أيضا عن حق ثابت بأدلة وإثباتات مختلفة عن الأولى، حتى يكون إخضاعها لنفس النظام مبررا ومقبولا. ويظهر هكذا أن الآجال والإجراءات العادية أمام القضاء العادي المؤسسة على التروّي إلى حين استجماع القضية لعناصرها ومؤيداتها قبل القضاء في الدعوى، يُستعاض عنها بآجال مختصرة وإجراءات مبسطة كلما ظهر الحق ثابتا وجليا. فعندها تنتفي الحاجة إلى مزيد الانتظار والإطالة، لأن التروّي والتأني في مثل هذه الصور التي يكون فيها الحق ثابتا، تطويل لا فائدة منه يتجه تلافيه لأن وجوده يضر بصاحب الحق وهي لذلك لا تحتمل الانتظار، وهذا بالتحديد معنى التأكد في القضاء الإستعجالي².

¹ - أنظر أيضا الفصل 48 والفصل 126 م.م.ت.

² - ويتدغم هذا الفهم لركن التأكد بالرجوع إلى المعنى اللغوي للكلمة، إذ جاء في لسان العرب أن التأكد من أكد ووكد العهد والسرّج أي شدّه ووثقه - تأكد وتوكد أي توثق واشتدّ والأكيد هو المحكم الوثيق ويقال أكد ووكد الشيء أي قرّره والأكيد أي الثابت والفصل 532 م.إ.ع. يسند المعنى اللغوي ما دام المفهوم لم يستعمل في معنى فني معيّن. ولا يقال أن النص الفرنسي يستعمل عبارة "urgence"، لأن هذه العبارة الفرنسية يقابلها في اللغة العربية "الاستعجال" وهذه الكلمة بالفعل مشحونة بالسرعة (- القاموس، فرنسي - عربي، قاموس عام لغوي - علمي، دار الكتاب العلمية بيروت - لبنان، ط. 2، 2004، أنظر عبارة "urgence") وفي المقابل أنظر القاموس، عربي - فرنسي، قاموس عام، لغوي - علمي، دار الكتاب العلمي، بيروت - لبنان، ط. 2، 2004، الذي يترجم عبارة "تأكد" بـ "vérification"، وتأكد الأمر بـ "se constater, contrôle, réconfort, certitude, conviction, confirmer, s'affirmer, s'établir, se prouver, s'assurer, se définir".

39- * وبالنظر دائما إلى المفهوم في موضعه القانوني يجب الانتباه إلى عدم الخلط بينه وبين مفاهيم أخرى، وتجنب الخلط بين مفهوم التأكد ومفهوم عدم المساس بالأصل هو أول ضامن لنجاح عملية التعرف على الحالات المتأكدة. فركن التأكد سابق لركن عدم المساس بالأصل، لأن الأول شرط إعلان قاضي الأمور مؤهلا للنظر في الدعوى والثاني شرط بقاءه. كذلك؛ الأول معيار لقبول النظر في الدعوى من طرف القاضي الإستعجالي والثاني شرط لعدم تجاوز حدود نظره ورقعة تدخله¹. ومعنى ذلك أن الحديث عن تحقق ركن عدم المساس بالأصل أو عدم تحققه يفترض بالضرورة أن ركن التأكد قد حُسم إيجابا، فمن يدعي وجود شركة ويطلب نصب مؤتمن عدلي لكنه يعجز عن تقديم وسيلة الإثبات القادرة على إقامة الدليل القاطع على وجودها، لا يمكن رفض مطلبه بدعوى مساسه بالأصل، لأن عجز المدعي عن إثبات حقه ينتفي به ركن التأكد لعدم ثبوت الحق الذي يدعيه منسوباً إليه²، والمكري الذي يقوم استعجاليا لطلب إخراج المتسوّغ لعدم دفعه

¹ - حتى أن عديد القرارات التعقيبية - عن قصد أو عن غير قصد - تعبر صراحة على هذه الفكرة بالقول أن المساس بالأصل يخرج القضية عن أنظار القاضي الإستعجالي، فكيف تخرج إن لم تكن بعد داللة في اختصاصه بتحقيق ركن التأكد. أنظر - تع.م. 6881، 13 مارس 2001، ن. 2001، ق.م.، I، 312 - تع.م. 5966، 10 أبريل 2001، ن. 2001، ق.م.، I، 322 - تع.م. 17694، 1 أكتوبر 2002، ن. 2002، ق.م.، I، 316 - تع.م. 41892، 28 فيفري 1995، ن. 1995، ق.م.، 170 - تع.م. 43062، 28 أكتوبر 1996، ن. 1996، ق.م.، I، 171 - تع.م. 52898، 22 أكتوبر 1997، ن. 1997، ق.م.، I، 275 - تع.م. 49412، 30 أبريل 1997، ن. 1997، ق.م.، I، 320 - تع.م. 6386، 16 سبتمبر 1981، ن. 1981، ق.م.، III، 82 - تع.م. 3278، 6 جويلية 1982، ن. 1982، ق.م.، IV، 138 - تع.م. 7465، 10 جوان 1982، ن. 1982، ق.م.، III، 95: (قاضي الأمور المستعجلة مقيّد بعدم المساس بالأصل) - تع.م. 11544، 12 جويلية 1984، ن. 1984، ق.م.، I، 169 - تع.م. 10499، 9 فيفري 1984، ن. 1984، ق.م.، I، 93 - تع.م. 1926، 18 أكتوبر 1979، ن. 1979، ق.م.، II، 63 - تع.م. 15437، 12 ماي 1986، ن. 1986، ق.م.، II، 309 - تع.م. 11080، 26 أبريل 1976، ن. 1976، ق.م.، I، 87 - تع.م. 815، 29 أبريل 1978، ن. 1978، ق.م.، I، 231.

² - تع.م. 8472، 6 فيفري 1973، ن. 1973، ق.م.، I، 89 - أنظر أيضا تع.م. 5803، 11 جوان 1981، ن. 1981، ق.م.، II، 167 - تع.م. 9462، 7 جويلية 1983، ق.تش. 1985، عدد 2، 87 - تع.م. 6789، 21 ماي 1970، ن. 1970، ق.م.، 98.

معيّنات الكراء والذي يتمسك بحقه في توجيه اليمين الحاسمة لإثبات علاقة كراء شفهية لا يمكن معارضته بأن قبول آداءها فيه مساس بالأصل، والحال أن مسألة تحقق ركن التأكد من عدمه لم تُحسم بعد¹.

40- إن التمشي القانوني السليم يقتضي تقدير عنصر التأكد بالوقوف من جهة المدعي وبما أنه يدعي حقا يطلب حمايته فهو مطالب بإثباته بوسائل الإثبات المقبولة قانونا، بما فيها اليمين الحاسمة إذ لا شيء يمنع توجيهها أمام القضاء الإستعجالي خاصة مع وضوح أحكام الفصل 497 م.إ.ع. التي لا تحتل التمييز بين القضاء العادي والقضاء الإستعجالي. وليس في أحكام هذا الفصل ما يستثني القضاء الإستعجالي. وليست اليمين الحاسمة سوى إحدى وسائل الإثبات المقبولة قانونا، فقد يستظهر المدعي بوسائل إثبات أخرى عديدة ومتنوعة لإثبات مصدر الحق سواء كان واقعة قانونية أو تصرف قانوني و هي كلّها وعاء للحق وليست الحق ذاته، لذلك لا يمكن تبرير إقصاءها أو عدم قبولها بالقول أن اعتمادها يؤدي إلى المساس بالأصل² وإنما رفضها أو قبولها تحكمهما النصوص القانونية التي تنظم شروط ومجال اعتمادها¹.

¹ - زد على ذلك أن الخلط بين مفهوم التأكد ومفهوم عدم المساس بالأصل بهذه الطريقة يحتوي أيضا خلطا بين الحق في ذاته المطلوب حمايته من جهة، ووسيلة إثباته من جهة أخرى. فهذه الأخيرة وعاء للحق الذي هو محتواه. والدليل على اختلافهما حقيقة، هو أن اليمين الحاسمة - أو أية وسيلة إثبات أخرى - تنصب على فعل وجوده سابق لتاريخ توجيهها وممارستها. وهو ما يؤكد وجود الحق قبل وسيلة إثباته ومنفصلا عنها. فتوجيه اليمين الحاسمة لا يعني إنشاء الحق وإنما هي محاولة لتدارك عملية إثباته لاحقا إذا أغفل صاحبه عن إعداد وسيلة منذ البداية لإقامة الدليل على وجوده، فإذا وفق من وجه اليمين الحاسمة في ممارستها واستطاع إقامة الدليل على وجود الحق الذي يدعيه إنتفع به من تاريخ وجود الحق لا من تاريخ نجاح عملية توجيه اليمين. ثم إن توجيه اليمين الحاسمة عملية تبقى في النهاية رهينة إرادة المدعي عليه (أومن وجهت عليه اليمين الحاسمة) فليس توجيهها مرادفا لوجود الحق أو مناقشة وجوده حقيقة وإنما فقط المسألة تتعلق بإثبات وجوده منذ تاريخ هو بالضرورة سابق لوسيلة الإثبات.

² - يبدو أن سبب إقصاء اليمين الحاسمة من عمل القضاء الإستعجالي له جذور تاريخية ولا يستند إلى مبررات قانونية أو منطقية قائمة اليوم، إذ كان الفصل 111 من قانون المرافعات المدنية الصادر سنة 1910 ينص على أنه: "يمكن للرئيس حسبما هو مقرر بالفصول السابقة (المنظمة للقضاء الإستعجالي) وذلك بعد استدعاء المطلوب، الحكم بإخراج المكترين إما لأجل انتهاء مدة الكراء المبينة برسم التسويغ أو لأجل عدم دفع مال الكراء"، ثم جاء التطبيق القضائي لهذا النص

41- صحيح أن اليمين الحاسمة تحسم النزاع، لكن أمام القاضي الإستعجالي حسم النزاع يعني الاستجابة لطلب الحصول على الوسيلة الوقتية أو عدم الاستجابة له ولا تحسم النزاع بمعنى النزاع في أصل الحق. فجوهر الحق يتأثر حقيقة من حكم صادر بفسخ عقد التسويغ مثلاً، وهذا لا يمكن أن يصدر إلا عن قاضي الأصل، أما قاضي الأمور المستعجلة فيقتصر على إصدار حكم وقتي يؤسسه على ما يتجمل لديه من وسائل إثبات قد يكون من بينها يمين حاسمة. فالأمر لا يتعلق إذن بقبول توجيه اليمين الحاسمة أمام القضاء الإستعجالي أو عدم قبوله. وليس للمسألة علاقة بركن عدم المساس بالأصل ما دما لم نقم بعد بتقدير مدى تحقق عنصر التأكد. وإنما يتعلق الأمر بإقامة الدليل على أن الحق المطلوب حمايته راجع للمدعي طالب الوسيلة الوقتية. وهذه أول خطوة نحو تحقق وجود ركن التأكد، لأن الحق المشكوك في نسبته للمدعي لو نظرنا إليه فقط من هذه الزاوية، بالاعتماد

منذ الثلاثينات للتأكيد على وجوب إثبات علاقة التسويغ بكتب ويفهم من بعض القرارات أكثر من ذلك وهو أن السعي نحو إثبات محتوى اتفاق شفاهي على الكراء فيه مساس بالأصل (أنظر تع.م. 1845 و 1846، 12 ماي 1931، ق.تش. 1960، عدد 9 و 10، 159 و كذلك تع.م. 2682، 16 أفريل 1935، ق.تش. 1960، عدد 9 و 10، 159) ثم تواصل عمل المحاكم متشبهاً بهذه الفكرة، والحال أن النص المذكور لا يستوجب الكتب - إذا اعتبرنا أنه يستوجب - إلا في علاقة التسويغ التي يدعي فيها المكري انتهاء المدة. زد على ذلك أن هذا النص قد نسخ منذ صدور م.م.ت. سنة 1959، وإن تواصل رفض قبول اليمين الحاسمة أمام القضاء الإستعجالي في غياب الكتب المثبت للتسويغ أو لمدته مبرره الوحيد اليوم هو جريان العمل.

1- القواعد العامة للإثبات في المادة المدنية تنظمها الفصول من 420 إلى 512 م.إ.ع. إضافة إلى نصوص خاصة متفرقة كالفقرة الرضائية مثلاً (الفصل 116 م.ح.ع.) ويجب ملاحظة أن بعض الشكليات التي يفرضها القانون كشرط صحة تصبح وسيلة الإثبات الوحيدة للعمل القانوني موضوعها (البيع العقاري : الفصل 581 م.إ.ع. و 377 وما بعده من م.ح.ع.) ويصبح عندها وجود الحق واقعا وقانونا رهين احترام الشكليات التي يفرضها المشرع ومتزامنا مع إعدادها. كما أن بعض الشكليات الإشهارية تكون في نفس الوقت وسيلة الإثبات الوحيدة لوجود الحق موضوعها عندما يتعلق الأمر بمواجهة الغير به، كالترسيم بالسجل العقاري مثلاً - : تع.م. ، 7317 ، 24 مارس 1983 ، ق.م. ، 118. و يساعد على إثبات وجود الحق بعض القواعد الأصولية في التأويل الواردة صلب الفصول 532 - 563 م.إ.ع. (ومنها أن الأصل في الأمور الصحة والمطابقة للقانون : 559 م.إ.ع.) لتجاوز الدفوع المعطلة للنظر إستعجالياً والمتعلقة بصحة العقود والتبانيه إلا إذا أقيم الدليل على جدية الدفع. (تع.م. ، 8936 ، 8 أكتوبر 1959، ق.تش. 1960، عدد 9 و 10، 163، قرار عدد 36).

على ما يقدمه هو من حجج يتضح في النهاية أنها غير كافية، ينتفي به ركن التأكد. والحق المشكوك في نسبته للمدعي ليس هو الحق المحتمل الوجود لاحقاً. فهذا الأخير يمكن أن تتكون منه حالة متأكدة إذا أثبت صاحبه نسبة الأمل في وجوده إليه. أما الحق المشكوك في نسبته للمدعي فينتفي به ركن التأكد لعدم قدرة طالب الوسيلة الوقتية على إثبات علاقته بالحق الذي يطلب حمايته.

42- * ويتأثر ركن التأكد بسوء تقدير ركن عدم المساس بالأصل¹ الحاصل أيضاً من الخلط بين الحق ووسيلة إثباته. فالمدعي (طالب الوسيلة الوقتية) الذي يقوم لطلب خروج المدعى عليه لعدم الصفة بعد إثبات ملكيته بصورة قاطعة لا يمكن رفض مطلبه بدعوى أن في الأمر مساس بالأصل لمجرد أن خصمه يدعي وجود علاقة تسويغ شفاهية²، أو علاقة تسويغ مشكوك في وجودها قانوناً لأنه غير قادر على إثباتها بصورة قاطعة³، أو بمجرد إدعائه أنه مستفيد من وعد بيع موضوعه ذلك العقار الذي يشغله ولو استظهر بكتب وجوده⁴، والحال أن المدعي أثبت وجود حالة متأكدة بثبوت حق الملكية والضرر المترتب من بقاء المدعى عليه في عقاره بدون أي وجه قانوني. فهذا الأخير يتمسك بوضعية قانونية لا تبرر سيطرته الفعلية على العقار موضوع النزاع، لأن الوعد بالبيع ليس عملاً قانونياً ناقلاً للملكية يؤسس لحق الموعود له في تحوّل العقار موضوعه. ولا يمكن رفض طلب المدعى عليه توجيه اليمين حاسمة لإثبات قيامه بعملية خلاص معينات الكراء لدفع مطلب خصمه المتمثل في الخروج لعدم الخلاص، بدعوى أن قبول

¹ - أنظر مثلاً - تع.م. 17909، 5 نوفمبر 1987، ن. 1987، ق.م.، I، 168.

² - تع.م. 16879، 5 جانفي 1987، ن. 1987، ق.م.، I، 170. - تع.م. 16593، 14 أكتوبر 1986، ق.تش. 1987، عدد 10، 66. - تع.م. 7722، 3 فيفري 1953، ق.تش. 1960، عدد 9 و 10، 161.

³ - تع.م. 9712، 20 فيفري 1973، ن. 1973، ق.م.، II، 107. - تع.م. 1401، 3 ماي 1979، ن. 1979، ق.م.، I، 24. - تع.م. 12299، 27 جوان 1985، ق.م.، II، 147.

⁴ - تع.م. 11596، 8 أكتوبر 1974، ن. 1974، III، 112. - تع.م. 29168، 7 مارس 1991، ن. 1991، ق.م.، 34.

توجيهها يؤدي إلى المساس بالأصل¹. فجديّة الدفع أو عدم جديّته لا يحصل في هذه الحالة إلاّ بعد إعمال وسيلة الإثبات المقبولة قانونا والتي يروم المدعى عليه اعتمادها وهو ما أكدته محكمة التعقيب صراحة في قرار 19 ماي 1959². إذ لا شيء يبرّر رفضها كما سبق بيانه، فكما تقبل المحاكم إقرار الخصم³، يجب أن تقبل توجيه اليمين الحاسمة، فكلاهما وسيلة إثبات واتحادهما في هذه الطبيعة يمنع إخضاعهما لنظامين مختلفين. ومن يدعي وجود علاقة كراء شفهية لصّد دعوى الخروج لعدم الصفة لكنّه لا يستند في إثبات ما يدعيه إلاّ على قرائن فعلية (كقيامه بوضع العدّاد الكهربائي وقيام البلدية بعقلة أموال المدعي بين يديه بوصفه متسوّغا وتوليه فعلا دفع عدّة مبالغ للبلدية) لا يمكن إسعافه بالقول «... أنّ النقاش في ثبوت العلاقة (الكرائية) والتفحص في المؤيّدات يعدّ حتما نقاشا موضوعيا يمسّ بالأصل»⁴، ثم نقض القرار المطعون فيه القاضي لصالح الدّعوى والذي كان مصيبا عندما اعتبر أنّ «المؤيّدات المذكورة (يقصد القرائن الفعلية التي سبق التعرّض لها) لا تكفي وحدها لإثبات التسويغ أو حتى على الأقلّ للتدليل على جدية المطلب»، لأنّ عقد التسويغ تصرف قانوني لا يمكن إثباته مبدئيا إلاّ بكتب عملا بأحكام الفصل 473 م.إ.ع. أو بوسيلة إثبات كاملة أخرى كالإقرار أو اليمين الحاسمة وقد كان موقف محكمة التعقيب واضحا في قرارها الصادر في 1 أفريل 1976⁵ عندما اعتبرت أن «...القرار المنتقد لما اعتبر مجرد معارضة المعقب

¹ - تع. م.، 6831، 21 جانفي 1982، ن. 1982، ق. م.، I، 182.

² - تع. م.، 441، 19 ماي 1959، ق. تش. 1960، عدد 5، 10.

³ - تع. م.، 12420، 28 أكتوبر 1985، ن. 1986، ق. م.، II، 155. - تع. م.، 5359، 28 جانفي 1982، ن. 1982، ق. م.، I، 37.

- تع. م.، 47224، 16 أفريل 1997، ن. 1997، ق. م.، II، 23.

⁴ - تع. م.، 8170، 4 نوفمبر 1982، ق. م.، IV، 134.

⁵ - تع. م.، 451، 1 أفريل 1976، ن. 1976، ق. م.، I، 155. - أنظر في نفس الإتجاه، تع. م.، 563، 17 جوان 1976، ن. 1976، II، 126. و تع. م.، 9598، 16 أفريل 1984، ق. تش. 1985، عدد 7، 99. - تع. م.، 6350، 28 أكتوبر 1982، ن. 1982، ق. م.، IV، 142.

ضدّه ماسّا بالأصل بدون أن يثبت بدليل سائغ جديّة تلك المعارضة من عدمها وأهمّل مع ذلك الرّد عن أدلّة الطاعنين تماما وبيان هل أنها تفيد نزاعهما المبني عليه جديّة الطلب أم لا يكون قد جاء قاصر التسبب وخارقا للفقرة الرابعة من الفصل 123 م.م.ت. وذلك موجب لنقضه...

43- ففي كلّ هذه الصّور يظهر سوء تقدير ركن عدم المساس بالأصل مؤثرا في معنى ركن التأكد لأنّه يختلط به ويقصي مفعوله بسبب التسرّع في التذرّع بأنّ المسألة تطرح نزاعا جدّيا، للوصول إلى رفض الوسيلة الوقتية بدعوى المساس بالأصل¹ وقد نبّهت محكمة التعقيب إلى ذلك في عديد القرارات، أهمها قرار 4 مارس 2002 الذي جاء به أن: "...فحص حجج الخصوم ومناقشة كل ما يثار لدى القاضي الإستعجالي من دفوعات للتحقق من جديّتها وهل أن الخوض فيها من شأنه أن يؤدي إلى المساس بالأصل لا يتنافى مع اختصاص القضاء الإستعجالي وإلاّ صار هذا النوع من القضاء بدون جدوى طالما أنه سيكون بإمكان الجميع لردّ الدعوى الإستعجالية الموجهة ضدّهم التمسكّ بالمساس بالأصل فإن هذا التمشّي يفضي ولا شك إلى إفراغ هذه المؤسسة من محتواها وتجردّها من كل فاعلية على مستوى التعهّد والاختصاص إذ أن هذا التحجير مقصود به ذات القضاء بالحسم أصليا في المنازعة أما النظر في الوثائق وفحصها وفهمها وتحليلها والوقوف على مدلولها فإنّه أمر ضروري ويتحمّله القاضي على الإطلاق سوى كان متوليا الموضوع أو الوسيلة الوقتية"². فبالنظر إلى الطبيعة التنازعية للقضاء الإستعجالي يكون من الطبيعي بل ومن الضروري سماع إدعاءات الطرفين في الدّعوى وتقدير حجج كلّ منهما وكل ذلك في سبيل التحقق من وجود وثبوت الحقّ والضرر اللذان يدعيهما القائم بالدّعوى إذ لا يكفي الوقوف عند ما يدعيه ويثبته

¹ - أنظر مثلا: - تع. م.، 49412، 30 أفريل 1997، ن. 1997، ق. م.، I، 320.

² - تع. م.، 13226، 4 مارس 2002، ن. 2002، ق. م.، I، 312. - أنظر أيضا - تع. م.، 6881، 13 مارس 2001، ن. 2001، ق. م.، I، 312.

المدعي، فقد يقيم المدعى عليه الدليل على حق ينسبه لنفسه **ينقض** بوجوده حق القائم بالدعوى أو يتقدم عليه وكل هذا لا يخرج عن نطاق تقدير ركن التأكد ولا علاقة له بركن عدم المساس بالأصل، لأن انقضاء عنصر الحق أو الضرر كما يدعيهما طالب الوسيلة الوقفية، بما يثبت المدعى عليه، ينتفي به ركن التأكد فينتفي المبرر للقضاء بالوسيلة الوقفية وليس في هذا التمشي مساس بأصل الحق أو تجاوز إلى اختصاص القضاء الأصلي والعادي.

44- وكذلك الأمر بالنسبة لمن يدعي قيامه بخلاص معيّنات الكراء لصّد دعوى الخروج لعدم الدفع ويستظهر «بصكوك تولّى المدعي سحبها من البنك»¹. وقد أصابت محكمة التعقيب عندما نقضت القرار المطعون فيه لأنه «... تجاهل الصكوك التي أدلت بها الطاعنة للتدليل على أنها خالصة في معيّن الكراء... وقضى بإلزامها بالخروج إن لم تدفع...» لأن إثبات حصول عملية الخلاص من طرف المدعي عليه ينتفي به ركن التأكد لغياب أحد مكوناته وهو الضرر. وينتفي ركن التأكد في دعوى الخروج لعدم الصفة إذا استطاع المدعي عليه إثبات وجود عقد تسويغ شفاهي بواسطة محضر لاحق إحتوى اعترافا صريحا من طالبي الوسيلة الوقفية بوجود العلاقة الكرائية² لأن قيام حق المدعي عليه يمنع وجوده عند المدعي فيفقد ركن التأكد أحد عناصره المكوّنة له ولا يمكن عندها الحديث عن وضعية متأكّدة ويكون هذا هو أساس رفض المطلب. ومعارضة المدعي عليه في دعوى الخروج لعدم الخلاص بأن معيّنات الكراء التي لم تدفع كان المدعي قد وافق على إحالتها على الشركة المكلفة بتركيب المصعد في عقد التسويغ نفسه، ينتفي به الضرر فينتفي التأكد³، لأن المنازعات الجدية التي تنفي هكذا بصورة قاطعة حق المدعي تمنع قيام ركن التأكد دون أن يكون لكل ذلك علاقة بركن عدم المساس

¹ - تع.م. 46816، 16 أبريل 1997، ق.م.، I، 99.

² - تع.م. 11975، 4 أبريل 1985، ن. 1985، ق.م.، I، 87.

³ - تع.م. 5470، 18 ديسمبر 1980، ن. 1980، I، 233.

بالأصل. كما ينتفي عنصر الضرر فينتفي التأكد إذا أثبت المتسوّغ (المدعي عليه) "...تجديد دين الكراء بدين آخر بكمبيال.... ولم يعد للمكري الحق في المطالبة بمعيّن الكراء في المدة المطلوبة ولم يبق له إلا المطالبة بخلاص دين الكمبيال..."¹ عند حلول أجلها. وبفس الطريقة ينتفي ركن التأكد بغياب عنصر الضرر المكوّن له، إذا دفع المدعي عليه (المتسوّغ) بتوفّر شروط المقاصة في الدين الحاصل من معيّنات الكراء واستطاع إثبات تحقق شروطها، لأن المقاصة منهية لوجود الدين الذي يدعيه المكري². بينما يبقى التأكد قائما وموجودا إذا تولّى المتسوّغ دفع معيّنات الكراء لغير من له سلطة قبضها قانونا إذ لا يعتبر ذلك خلاصا كما هو مفهوم من الفصل 250 م.إ.ع.³ كما يبقى التأكد قائما وموجودا رغم ادعاء المتسوّغ أنه اتفق مع المكري على تجديد دين الكراء دون أن يثبت ذلك ولا يمكن أن يفهم من دفع مجرد كهذا أن في الأمر مساس بالأصل⁴. إن الحرص على رسم حدود واضحة بين مفهوم التأكد ومفهوم عدم المساس بالأصل ضمان لنجاح عملية التعرف على الأول دون أن يكون الثاني ذريعة للتسرّع في رفض المطلب بدعوى مساسه بجوهر النزاع ومطية للإمتناع عن البحث في مدى وجود التأكد أو تجاهله⁵.

45- * وإذا كان مفهوم التأكد يتكوّن من عنصرين ثابتين هما الحق والضرر فإنه لا يكفي إثبات الأول لوجوده وتحققه واقعا. بل يجب إضافة إلى ذلك إثبات وجود الضرر⁶ سواء كان حالا أو مهددا بالوقوع. ويمكن أن يكون مصدر الضرر فعل الغير كما لو تسببت عملية مسح عقاري في اكتناف عقار المدعي

¹ - تع.م. 9596، 21 أبريل 1959، ق.ش. 1960، عدد 9 و 10، 163، (قرار عدد 40).

² - تع.م. 48760، 30 أبريل 1997، ن. 1997، ق.م.، I، 312.

³ - تع.م. 48652، 7 ماي 1997، ن. 1997، ق.م.، II، 82.

⁴ - تع.م. 12028، 29 جانفي 2002، غير منشور.

⁵ - تع.م. 14405، 24 فيفري 1986، ن. 1986، ق.م.، I، 126.

⁶ - تع.م. 34999، 8 فيفري 1995، ن. 1995، ق.م.، 364. - تع.م. 27210، 3 نوفمبر 1992، ن. 1992، 55. - تع.م. 27779، 4 سبتمبر 1990، ن. 1990، 41.

الذي يقوم استعجاليا لطلب الحكم بتمكينه من حق مرور وقتي في عقار المدعى عليه إلى حين صدور حكم في الأصل بذلك على أساس الفصل 177 م.ح.ع.¹ لكن عادة ما يكون الضرر الذي يلحق الحق فعلا أو يهدده، مصدره فعل المدعى عليه، فيظهر الضرر في شكل إعتداء على الحق المطلوب حمايته. بحيث يصبح إثبات الضرر مقترنا بإثبات مصدره عند المدعى عليه، فعندما تتكلم محاكم الأصل وحتى محكمة التعقيب² عن النزاع الجدّي بين الشركاء، خاصة عندما يتعلّق الأمر بنصب مؤتمن عدلي، فهي تقصد ذلك السبب المنتج لحالة يصبح معها الانتفاع بالمشترك غير ممكن بالنسبة للمدعي فيتكوّن منه الضرر كعنصر من عناصر التأكّد. المهمّ هو عدم الخلط بين هذا النزاع الجدّي (الذي يقصد به الضرر) من جهة والمنازعة الجدّية من جهة أخرى. لأنّ النزاع الجدّي يحصل مما يدعيه المدعى وبثبته من فعل منسوب للمدعى عليه ولا يستطيع هذا الأخير ردّه، فيساهم ثبوت هذا الادعاء في قيام ركن التأكّد بإثبات أحد عناصره وهو الضرر. أمّا المنازعة الجدّية فهي إدعاء يصدر عن المدعى عليه - بطبيعة الحال يكون قادرا على إثباته-، موضوعه الصفة أو الوجه القانوني الذي يمارس بواسطته حقا يتنافى وجوده مع الحق الذي يطالب المدعي بحمايته أو يتقدّم عليه. وكل هذا يتحقّق بالوقوف من جهة المدعى عليه، وحتى من هذه الزاوية لا يمكن القول أننا تجاوزنا الحديث عن ركن التأكّد باعتباره موجودا وأصبح الأمر مرتبطا بتقدير ركن عدم المساس بالأصل، لأنّ المنازعة الجدّية بهذا المعنى ينقي بها ركن التأكّد الذي يريد المدعي

¹ - تع.م. 14781 ، 6 جانفي 1986 ، ن. 1986، ق.م.، I ، 129.

² - أنظر مثلا - : تع.م. 18745 ، 4 فيفري 1988 ، ن. 1988، ق.م. ، 272 - تع.م. 3521 ، 25 ماي 1981 ، ن. 1981، ق.م.، II ، 63 - تع.م. 816 ، 6 جوان 1978 ، ن. 1978، ق.م.، I ، 289 - تع.م. 1136 ، 17 فيفري 1977 ، ن. 1977، ق.م.، I ، 131 - تع.م. 1115 ، 19 ماي 1977 ، ن. 1977، ق.م.، I ، 290 - تع.م. 18048 ، 5 نوفمبر 1987 ، ن. 1987، ق.م.، I ، 279.

الاستفادة منه للحصول على قرار مستجيب للوسيلة الوقتية التي يطلبها فيصدر القرار بالرقض لغياب التأكّد بسبب تخلف عنصر الحق أو عنصر الضرر.

46- * وإذا كان مفهوم التأكّد يستغرق ميدانه كل هذه الوضعيات، متى

يتحوّل إذا الحديث إلى موضوع ركن عدم المساس بالأصل ؟

يقدم الفصل 201 م.م.ت. ركن عدم المساس بالأصل كشرط سلبي يجعل قاضي الأمور المستعجلة ممنوعا من تجاوز حدود معيّنة. ويظهر هكذا أنّ المساس بالأصل نتيجة لا تحصل إلّا من عمل إيجابي يقوم به القاضي، يفهم منه أنه لم يتقيّد بما حدّده المشرّع بخصوص ميدان عمله. وبما أنّ عمل قاضي الأمور المستعجلة يتجسّد في حكم قضائي، فإنّ المساس بالأصل لا يفهم إلّا من خلاله. وبطبيعة الحال من خلال حكم يحتوى قرارا يستجيب للدّعى لأنّ القرار الصادر برفض المطلب الاستعجالي لا يمكن منطقا أن يكون ماسّا بالأصل، والتمييز الثنائي بين قضاء عادي من جهة وقضاء استعجالي من جهة أخرى يجعل كل ما هو داخل في ميدان القضاء العادي خارجا بالضرورة عن ميدان القضاء الاستعجالي، لا من حيث طبيعة الدّعاوى وأنواعها لأنّ قاضي الأمور المستعجلة ذو اختصاص شامل¹، ولا من حيث طبيعة عمل كلّ منهما لأن كل منهما يقوم بتطبيق القانون على الوقائع بعد تكييفها على أساس ما يتجمّع لديهما من أدلّة وإثباتات يدفع بها الخصوم فيخلص منها القاضي إلى تحقق شروط تطبيق النص القانوني أو عدم تحققها، لذلك لا يمكن القول مثلا أن "الأعمال الاستقرائية... يضيق لها مجال نظر القضاء المستعجل مما يكون معه المطلب ماسّا بالأصل...."²؛ وإنما اختلافهما من حيث

¹ - أنظر الفصل 201 م.م.ت. : «يقع النظر استعجاليا وبصفة مؤقتة في جميع الحالات المتأكّدة...». بعض القرارات تؤكد على ذلك أنظر مثلا - تع.م. 8754 ، 8 نوفمبر 1955، ق.ت.ش. 1960، عدد 9 و 10، 162، (قرار عدد 34). لكن يجب إستثناء صورة الفصل 331 م.ح.ع. الذي إقتضت احكامه أن : لكل شخص استدعي لدى محاكم الحق العام أن يطلب منها قبل الخوض في الأصل التخلّي عن القضية بشرط ان يكون قد قدّم بصفة قانونية م طلبا في التسجيل و ان يسعى باستمرار في القيام بما يستلزمه النظر في ذلك المطلب".

² - تع.م. 48032 ، 7 ماي 1997، ق.م.، I ، 292.

طبيعة الحكم الذي يصدره كل منهما: فالقضاء العادي يصدر أحكاما في أصل الحق أي أحكاما تستغرق النزاع كاملا بقصد إنهائه إذا أحرز الحكم على قوة ما اتصل به القضاء. أما الأحكام الإستعجالية فهي بطبيعتها «وقتية»¹ كما هو واضح وصريح في الفصل 201 م.م.ت.؛ جعلت لتحكم فترة زمنية هي الفترة السابقة لصدور حكم في الأصل من القضاء العادي. لذلك لا يمكن للقرار الإستعجالي أن يستغرق كامل النزاع والحكم بأصل الحق بحيث لا يبقى للقضاء العادي ما يبرر تدخله لاحقا لأنه لم يبق في النزاع ما يمكن النظر فيه.

47- كل هذا يجعل الوسيلة الوقتية التي يقضي بها قاضي الأمور المستعجلة هي مقياس تقدير ركن عدم المساس بالأصل. فلا يمكن الحديث عن وسيلة وقتية إلا إذا تركت أصل الحق معقفا على تدخل القضاء العادي. أما إذا لم يبق ما يمكن التقاضي بشأنه أمام القضاء العادي بسبب ما سترتب عن القضاء بوسيلة معينة، عندها يصبح الحكم ماسا بالأصل، وعرضة للنقض، إذ لا يمكن في هذه الصورة الحديث أصلا عن وسيلة وقتية والحال أنها تحمل في جوهرها مقومات الحكم المنهي للنزاع في أصل الحق. لذلك لا يمكن لقاضي الأمور المستعجلة الاستجابة لطلب رفع مضرّة بقرار استعجالي ولو كانت الحالة متأكدة، فالقرار الذي اعتبر أن «... النزاع حول وجود المضرّة وبالتالي طلب رفعها من مشمولات القضاء الإستعجالي ورتب (القرار) على ذلك قضاءه برفعها.... يكون قد جاء ماسا بالأصل وخارفا لأحكام الفصل 201 مرافعات ولذا تعين قبول المطعن ونقض القرار المطعون فيه»². ولا يمكن طلب رفع قيد الحبس على المال المحبوس، ما دامت الشروط القانونية المؤسسة لوجوده قائمة، ولا طلب إجراء حق حبس

¹ - لذلك لها إتصال قضاء نسبي - تع.م. 55329، 14 ماي 1997، ن. 1997، ق.م.، I، 306.
² - تع.م. 15442، 16 أكتوبر 1986، ن. 1986، ق.م.، II، 166. - أنظر أيضا - تع.م. 9726، 14 مارس 1974، ن. 1974، ق.م.، I، 122. - تع.م. 18947، 7 جانفي 1988، ن. 1988، ق.م.، 105.

بواسطة دعوى استعجالية¹ أو طلب فتح ممر بعد إزالة المضرّة برفع الفضلات²، ولا طلب إسناد الحضانة لأحد الزوجين بواسطة قرار استعجالي³، لأن الاستجابة لمثل هذه المطالب فيه مساس بالأصل.

48- لكن لا شيء يمنع تعويض المال موضوع حق الحبس بآخر - كما ينص على ذلك الفصل 322 م.إ.ع. - بواسطة قرار استعجالي، إذ ليس في ذلك مساس بأصل الحق الذي هو حق الحبس نفسه ولا حسم في جوهر النزاع المتمثل في إنشاء أو إنهاء ذلك الحق فهذا كله باق لقاضي الأصل ينظر فيه هو لإنهائه بحكم يستغرقه إن اقتضى الأمر ذلك لاحقا⁴. لا يجب إذن أن يسبق القضاء الإستعجالي القضاء العادي كما أوضحته محكمة التعقيب وكان موقفها صائبا عندما اعتبرت أن «... مهمة قاضي الأمور المستعجلة وإن كانت في جوهرها وحدودها توجب عليه عدم التعرض لصميم الحق أو أصل النزاع كما أن عليه أن يتحرّز عن القطع في ترجيح جانب على جانب حتى لا يسبق في قضائه حكم محكمة الموضوع، إلا أن هذا كله لا يمنعه من اتخاذ كافة الوسائل الضرورية كحماية لحقوق الطرفين ووضع الحلول التي تستقرّ معها العلاقة القانونية وله في سبيل أداء مأموريته هذه أن يتناول موضوع الحق ويتطرق إلى النزاع لبحث وجه الجدية فيه على أن يكون بحثه هذا بحثا عرضيا يتحسس به ما يُحتمل أن يكون هو وجه

¹ - أنظر بخصوص حق الحبس أمام القضاء الإستعجالي، - تع.م. 6706، 24 ماي 1982، ن. 1982، ق.م.، III، 87. - تع.م. 4006، 21 أكتوبر 1981، ق.م.، III، 288.
 - تع.م. 1923، 13 جوان 1963، ن. 1963، 39. قرار استئنافي عدد 48353، نازلة عدد 17332، مؤرخ في 23 جوان 1958، ق.تش. 1959، عدد 2، ص 39 : «الأنون الإستعجالية وسيلة وقتية لحفظ الحق لا تمس بجوهر النزاع ولا تشعر بوجه الفصل فيه». وفي قرار آخر «... إلى أن يرتفع النزاع بين أطراف القضية بالتراضي أو بالتقاضي». - إس. إستعجالي، 33433، 2 فيفري 1972، ق.تش. 1972، عدد 3، 55.
² - تع.م. 9726، 14 مارس 1974، ق.م.، I، 122.
³ - تع.م. 9965، 14 مارس 1974، ن. 1974، ق.م.، I، 207.
⁴ - لكن محكمة التعقيب ترفض ذلك بدعوى أن في الأمر مساس بالأصل - أنظر تع.م. 6706، ن. 1982، ق.م.، III، 87.

الصّواب في المعروض عليه على أن يبقى أصل النزاع سليماً في حدود شأنه الأولي يتنازل فيه الخصمان أمام القضاء الموضوعي»¹.

49- واحتراز قاضي الأمور المستعجلة من القضاء بتسبيقات استعجالية² سببه أيضاً ذلك الخلط بين مفهوم التأكّد ومفهوم عدم المساس بالأصل، إذ يحتوي القضاء بالتسابقة الإستعجالية فكرة الاعتراف بنسبة أصل الحق إلى المدّعي. فالحكم لفائدته بجزء من كامل الدين فيه إقرار بأنّ استحقاقه للدين لاحقاً عن طريق القضاء العادي ثابت دون أدنى شك. فالتسابقة الإستعجالية تختلف عن غيرها من الوسائل الوقتية في أنها تقضي بجزء من الحق إلى المدّعي وهذا يُنمّي الاعتقاد بأنّها تؤدّي إلى المساس بالأصل. والحقيقة أن التسابقة الإستعجالية تشترك مع بقية الوسائل الوقتية في أنها نتيجة لثبوت الحق منسوباً للمدّعي بشكل لا يدع مجالاً للشك فيه. لأنّ كل الوسائل الوقتية ينتفع بها المدّعي الذي استطاع إثبات وجود التأكّد أي استطاع إثبات وجود حق (أو حق محتمل) منسوباً إليه ولم يستطع المدّعي عليه منازعته جدياً. وكلّ ما يأتي بعد ذلك يكفي أن لا يستغرق النزاع برمته فيبقى لقاضي الأصل مجالاً يتعلّق بإنهاء النزاع. وبخصوص التسبيقات الإستعجالية يبقى لقاضي الأصل ضبط المبلغ النهائي للدين بعد احتساب الفوائد وغرامات التأخير إن وجدت والحكم بها لصالح المدعي جملة بطريقة تُنهي النزاع.

50- ويبدو تنقيح الفصل 201 م.م.ت. بإضافة الفقرة الثانية مكرّساً لهذه الفكرة عندما أوجب أن يكون الدين غير متنازع فيه بصفة جدّية أي أنّه أوجب ثبوت الحق المدّعي به منسوباً للمدعي دون أن يكون المدّعي عليه قادراً على مناقشته وهذا جوهر ركن التأكّد. أمّا ركن عدم المساس بالأصل فهو حاصل بداهة

¹ - تع. م. ، 2712 ، 24 أكتوبر 2000 ، ن. 2000 ، ق. م. ، II ، 257 - أنظر أيضاً: تع. م. ، 6072 ، 28 أكتوبر 1982 ، ن. 1982 ، ق. م. ، IV ، 132 - تع. م. ، 42719 ، 30 أكتوبر 1996 ، ن. 1996 ، ق. م. ، I ، 165 .
² - أنظر أعلاه، فقرة 11، ص. 10، هامش 1.

من خلال التمييز الواضح في نفس الفقرة 2 من الفصل 201 م.م.ت. بين ضرورة وجود دعوى مرفوعة في الأصل بهدف إنهاء النزاع من جهة وطلب الحصول على تسابقة بقرار استعجالي من جهة أخرى، فهذه وسيلة وقتية لا يمكنها المساس بالأصل ما دامت غير قادرة على أن تستغرق كامل النزاع. ويظهر هكذا أن مقومات القضاء الإستعجالي على معنى الفصل 201 فقرة 1 م.م.ت. - وهما التأكّد وعدم المساس بالأصل - هي نفسها المقومات المؤسسة لنظام الفقرة 2 منه. ومعنى ذلك أنه رغم قابلية الفصل 201 فقرة 1 م.م.ت. لأن يكون أساساً قانونياً للتسبيقات الإستعجالية إلّا أنّ قاضي العجلة لم يجد الجرأة الكافية للقضاء بها أو بالأحرى لم يتخلّص بعد من الخلط بين مفهومي التأكّد وعدم المساس بالأصل¹.

51- على أنّ الفقرة 2 من الفصل 201 م.م.ت. التي يبدو أنها جاءت لفتح الباب (في الحقيقة لم يكن مغلقاً) أمام التسبيقات الإستعجالية على الأقل في عمل القاضي الإستعجالي، هي في الواقع قانوناً تُضيّق مجال القضاء بها، بما أنّه لم يعد كافياً ثبوت نسبة الحق للمدعي مع الضرر الحاصل من حرمانه منه طيلة الفترة التي يستغرقها النزاع في أصل الحق (وهذا هو عنصر التأكّد) بل يجب إضافة إلى ذلك إثبات أن هذه التسبيقات ستُنْفَق في مصاريف علاجية أو معاشية أو لحفظ حقوق ومصالح متأكّدة وهي كلّها ظروف مستمدّة من وضعيات لاحقة لنشأة الحق وثبوته، يقع تقديرها بالرجوع إلى حالة المدّعي بقطع النظر عن الوضعية الموضوعية للحق المطلوب حمايته. ومعنى ذلك أنه مع الفقرة 2 من الفصل 201 م.م.ت. أصبح ركن التأكّد - ذلك الحق (الدين) غير المتنازع فيه بصفة جدّية - غير كاف للحكم بتسابقة استعجالية فمن لم يكن في حاجة لمواجهة مصاريف علاج

¹ - ولا يمكن التدرّع بصعوبة الرجوع في التسابقة الإستعجالية لاحقاً لأنه يمكن للقاضي الإذن بتقديم ضمان عند تنفيذ القرار القاضي بالتسابقة الإستعجالية، تطبيقاً لأحكام الفصل 207 فقرة 2 م.م.ت.، ولا التدرّع بصعوبة تقدير قيمة التسابقة والحال أنّ تقدير قيمة التعويض عن الضرر المعنوي هي عملية أعسر منها ورغم ذلك لم تمنع القاضي من تقديرها والحكم بها.

ضرورية أو مصاريف ذات صبغة معاشية أو من لم يكن له حقوق ومصالح متأكدة، لا يمكنه الحصول على تسبقة استعجالية. وكان مجرد تأخر الحصول على الحق بسبب بطئ إجراءات القضاء العادي ليس ضررا يتحمّله المدعي يتّجه وضع حدّ له ! إلا إذا اعتبرنا أن الحكم بهذه التسبيقات لا يزال ممكنا في غياب أي دعوى في أصل الحق أمام القضاء العادي، لا على أساس الفقرة 2 من الفصل 201، وإنما على أساس فقرته الأولى.

52- ويظهر هكذا أنّ القضاء الاستعجالي بوصفه قضاء موازيا يعمل إلى جانب القضاء العادي من جهة، وطبيعة الأحكام التي يصدرها وهي لا يمكن أن تكون إلا أحكاما وقتية من جهة أخرى، هما الضمان لعدم إفراغ القضاء العادي من محتواه والمبرر لركن عدم المساس بالأصل، لأنّ الحكم الاستعجالي يستمدّ طبيعته الوقتية من إمكانية وجود حالة نهائية تقابله، تتحقّق من بقاء إمكانية صدور حكم من القضاء العادي في أصل الحقّ قائمة¹. أمّا إذا صدر الحكم الاستعجالي مستغرقا

¹ - حسب أحد الفقهاء :

« Quand on qualifie ces ordonnances de « provisoires », on songe plus à ce qu'elles peuvent être réformées au principal qu'à leur durée proprement dite, cette durée, en effet, peut être assez étendue et même indéfinie, si pour un motif quelconque, la question ne vient pas devant le tribunal au principal... », **Maurice COSTES**, « De la protection des droits des tiers spécialement devant le juge des référés », R.T.D.civ., 1924, p. 273.

- ثم إن القرار الاستعجالي هو مجرد وسيلة وقتية لأنه جاء ليحكم وضعية غير عادية هي عبارة عن مرحلة انتقالية لا يمكن أن تدوم. فالخروج لعدم الخلاص وسيلة جعلت لتحكم مرحلة وسطى بين قيام العلاقة الكرائية مع امتناع المتسوّغ من دفع معينات الكراء والحكم القاضي بالفسخ، لأن الفسخ هو جوهر النزاع والحكم به ينهي النزاع تماما وهو الذي يؤثر مباشرة على أصل الحق (-) تع.م. 2527، 1 ماي 1934، ق.تش. 1960، عدد 9 و 10، 159. - تع.م. 8276، 18 أكتوبر 1955، ق.تش. 1960، عدد 9 و 10، 162. - والقرار الصادر بنصب مؤتمن عدلي يقف بين المدعي والمدعى عليه في خصوص إدارة المشترك إذا كان أصل الاشتراك بينهما ثابتا ويعلق انتفاعهما بموضوع النزاع إذا كان أصل الاشتراك أو أصل الحق المتعلق بالمال موضوعه متنازعا فيه، وقرار الخروج لتأكيد الإصلاحات بحكم المنطقة الفاصلة بين بقاء المكوى قابلا للانتفاع به بصورة عادية تنفيذا لعقد التسويغ وبين انهيار المبنى وانتهاء التسويغ بسببه، والقضاء استعجاليا بوقف الأشغال يتراوح بين حالة عادية يثبت فيها الحق للقائم بالأشغال دون منازع وبين صدور حكم في الأصل يؤكد ثبوته أو عدم ثبوته بعد منازعته من طرف شخص آخر، والحكم

كامل النزاع بهدف إنهائه، إنتفت الفائدة من القضاء الأصلي، وهذا هو الحدّ الذي جاء ركن عدم المساس بالأصل لضبطه ومنع تجاوزه. وقد أحسنت محكمة التعقيب التعبير عن ذلك في قرارها الصادر في 22 سبتمبر 1994¹ بالقول أن: "...الحكم استعجاليا بتسليم كامل الحق لمن يدعيه فإنه يعتبر تجاوز المنطق الاستعجالي ماسا بالأصل..."

53- ولكن لا يمكن أن يحصل مساس بالأصل من تجاوز حالة قانونية ثابتة لصالح المدعي بتقرير وصف قانوني مخالف يحقّقه قرار استعجالي لفائدة المدعي عليه بالاعتماد على تقييم خاصّ للحالة المعروضة ويؤدّي إلى رفض المطلب، لأنّ هذا العمل لا يمكن أن يغيّر وضع أصل الحق الثابت قبله فأصل الحقّ يستمدّ ثباته من القانون ويؤكدّه القضاء الأصلي، ثمّ إنّ مثل هذا العمل فيه تجاوز لحالة متأكدة ثابتة بمعنى أنّ هذا القرار الاستعجالي أساء تقدير ركن التأكد عندما تجاهله بتحريف وقائع وماديات القضية ممّا يبرّر نقضه لاعتباره ركن التأكد غير موجود

بالخرج لعدم الصفة يسعى إلى إنهاء حالة غير عادية يكون فيها صاحب الحق الثابت قانونا ممنوعا من الانتفاع به فعليا، لذلك ظهرت صعوبة التمييز بين دعوى الخروج لعدم الصفة المقامة أمام القاضي الاستعجالي ودعوى كف الشغب المقامة أمام قاضي الناحية طبقا للفصل 307 م.ج.ع. لأن هذه الدعوى الأخير تفترض وجود حق ثابت ما دام الأمر يتعلق بعقار مسجل تكون مبدئيا كل الحقوق العينية المتعلقة به منسوبة لصاحبها حسبما هو مبين بالرسم العقاري فينحصر النزاع بالضرورة بمناسبة دعوى كف الشغب في تحقيق وضعية فعلية مطابقة لوضعية العقار القانونية أي مطابقة للوضعية القانونية للحق المتصل به. فدعوى كف الشغب بطبيعتها لا يمكن أن تكون مناسبة للمنازعة في أصل الحق وهي بذلك تستجمع نفس عناصر دعوى الخروج لعدم الصفة والمنطق السليم يؤدي إلى اعتبار الحكم الصادر في دعوى كف الشغب حكما وقتيا لولا أن واقع القانون، بجعله هذه الدعوى أصلية، يمنع من ذلك. والدليل على شدة التشابه بينهما هو أن المشرع نفسه جعل من دعوى الخروج لعدم الصفة من عقار مسجل، دعوى استعجالية بنص القانون (انظر قانون عدد 14 لسنة 1980 المؤرخ في 3 أبريل 1980، رائد رسمي عدد 21، بتاريخ 4 أبريل 1980، ص. 1012). ثم تراجع في ذلك لاحقا (بمناسبة تنقيح 1986) وهو دليل تذبذب، مبرر في الحقيقة، نلاحظه حتى في عمل القضاء الاستعجالي. ومهما يكن من أمر فإن قبول النظر فيها استعجاليا لا يزيد سرعة في الفصل لأن الإجراءات المبسطة والأجال المختصرة في القضاء الاستعجالي لا تختلف كثيرا عن تلك الخاصة بقاضي الناحية. أنظر موقف الفقيه جستاز في القانون الفرنسي بخصوص نفس المسألة :

Ph. JESTAZ, op. cit., p. 73 et 74

¹ - تع.م. 44488، 22 سبتمبر 1994، ن. 1994، ق.م.، 94.

والحال أن التقدير الموضوعي للحالة المعروضة يؤكد وجوده : فالمدعي الذي يقوم استعجاليا لطلب الخروج لعدم الصفة مستندا إلى أحكام باتة صادرة لصالحه بإلزام المطلوب بالخروج لعدم الصفة وإلى حكم جزائي صادر ضد المدعي عليه قاض بإدائته من أجل الرجوع إلى الشغب بعد التنفيذ، لا يمكن رفض مطلبه من طرف قاضي الأمور المستعجلة بعد إعادة «...النظر في أصل النزاع السابق طرحه بين الخصوم واعتبار أن المحلات قد شيدت عن حسن نية وصفتها ثابتة حسب العقود المحتج بها منهما وأن مساحة التجاوز في عقار خصمهما كانت يسيرة»¹. فنقض هذا الحكم من طرف محكمة التعقيب لا يمكن أن يتأسس على عدم إحترام ركن عدم المساس بالأصل وإنما على أساس تجاهل حالة التأكد الثابتة في القضية وإلاّ يكون النقص لمساس التداعي بالأصل إقرارا ضمنيا بأن مثل هذا القرار الاستعجالي قادر على التأثير على أصل حق سابق لوجوده². وكل ذلك من باب الحرص على إبقاء المفهوم خالصا من الشوائب، فتتحقق له ذاتيته.

(2) المفهوم في ذاته

54- أما لو نظرنا الآن إلى مفهوم التأكد في ذاته ودائما في إطار التقيد بطريقة علمية في التعرف على محتوى مفهوم التأكد، فإنه يجب الالتزام بالنظر إلى المفهوم نظرة موضوعية تجعله يستجمع العناصر المكوّنة له من تصوّر المشرّع للوضعية القانونية ذاتها المطلوب تقدير صفة التأكد فيها لا من وضعية الأشخاص المتدخلين فيها.

55- وهكذا يكون تأخر المدعي في طلب حماية حقه غير مؤثر في وجود التأكد وبقائه قائما لأنه عنصر خارج عن مكونات المفهوم مأخوذ من فعل أحد

¹- تع. م. 76097، 26 نوفمبر 1999، ن. 1999، ق.م.، I، 57.

²- تع. م. 40698، 4 جوان 1996، ن. 1996، ق.م.، I، 174.

الأطراف المتدخلين (وهو المدعي) لا من الوضعية القانونية ذاتها¹. إذ لا يجب أن ننسى أن من أخصّ خصوصيات الحق هو حرية ممارسته في الوقت الذي يريده صاحب الحق ما دام هذا الحق قائما وموجودا وما دام لم يمنع القانون أو يقيد ممارسته. وكما لا ينفي تأخر المدعي في طلب حماية حقه من وجود ركن التأكد، فإنه لا فائدة من القول بأن تأخره يزيد في الأمر تأكدا² لأن التأكد موجد قبله والآثار القانونية المترتبة عنه لا تتغير بتدرج التأكد من العادي إلى الكلّي. ففي جميع الحالات يتحقق ركن التأكد وتدخل القضاء الاستعجالي أصبح ممكنا.

56- والالتزام بالتقدير الموضوعي في ضبط محتوى التأكد يجعل إرادة الأطراف غير قادرة على التحكم في وجوده أو إقصاءه كشرط لضبط ميدان تدخل القضاء الاستعجالي. لذلك لا يمكن للأطراف الاتفاق على جعل دعواهم، عند التنازع، من أنظار القضاء الاستعجالي³. فالاستعجال تبرّره اعتبارات قانونية موضوعية عامة لا إعتبارات مصلحة فردية خاصة. لذلك لا يمكن أن يتحدّد هذا النوع من الاختصاص بواسطة شرط تعاقدى لأن تفويض المشرّع الضمني لمهمة ضبط مجال تدخل القاضي الاستعجالي إتجه نحو هذا القاضي بالذات ولم يتحقق لفائدة الأطراف المتنازعة.

¹ - فقه القضاء التونسي غير مستقر بخصوص هذه المسألة : - تع. م. 36637، 11 أكتوبر 1995، ن. 1995، ق. م.، 172. - تع. م. 17287، 4 جوان 1987، ن. 1987، ق. م.، I، 166. - تع. م. 3645، 7 أكتوبر 1981، ن. 1981، ق. م.، III، 130. - تع. م. 1401، 3 ماي 1979، ن. 1979، ق. م.، I، 211. - تع. م. 29168، 7 مارس 1991، ن. 1991، ق. م.، I، 34. - حكم استئنافي، 229، 22 جانفي 1976، ق.تش. 1979، عدد 4، 138. - تع. م. 35721، 22 مارس 1995، ن. 1995، ق. م.، 167. - تع. م. 4532، 22 أبريل 1982، ن. 1982، ق. م.، II، 131. - تع. م. 45496، 16 أبريل 1997، ن. 1997، ق. م.، I، 285. - تع. م. 9830، 5 فيفري 1957، ق.تش. 1960، عدد 9 و 10، ص. 163 و 164.

- André COSSA, art. préc., p. 47.

- محمد اللّجمي، "إختصاص القضاء الاستعجالي"، مقال مذكور، ص. 47 و 48 و 49.

² - تع. م. 3645، 7 أكتوبر 1981، ن. 1981، ق. م.، III، 130.

³ - تع. م. 15376، 16 أكتوبر 1986، ق.تش. 1987، عدد 9، 78.

- انظر محمد اللّجمي، "إختصاص القضاء الاستعجالي"، مقال مذكور، ص. 47 و 48 و 49.

57- من جهة أخرى ليس لأنّ من بين طالبي الوسيلة الوقتية قصر أو محجور عليهم يصبح الأمر متأكداً. فالقصر والمحجور عليهم عموماً لهم نظام خاص يهدف لحمايتهم في ذاتهم وفي أموالهم. أمّا القضاء الإستعجالي فأساسه حماية الحق في ذاته بقطع النظر عن صفة المستفيدين منه أو وضعيتهم. ولا يمكن أن تدخل مثل هذه الاعتبارات في تكوين محتوى التأكد، فهذا قد يوجد مع تلك الاعتبارات والوضعيات أو بدونها¹.

58- وبهذا المعنى أيضاً فإنه لا يمكن استخلاص معنى التأكد من وجود المتسوّغ مع عائلته بالمحل المتداعي للسقوط بسبب ما يمثله تواصل بقائهم بالمحل من خطر على حياتهم، فيستجيب القاضي لطلب المكري إخراجهم لإجراء إصلاحات متأكدة، لأنّ وجود التأكد مرتبط بوجود علاقة بين حق المدعي (المالك) والضرر، لا حق المدعي عليه في الحياة والخطر الحاصل من إمكانية إتهيار المحل².

59- ولا يمكن أن يتأثر ركن التأكد وجوداً وانتفاءً بعنصر واقعي لا يترتب على تحقّقه تغيير في مكونات المفهوم، فكأنّ العقار المطلوب حماية حق ملكية صاحبه عقاراً فلاحياً لا ينتفي به ركن التأكد لصبغته هذه³. لأنّ التأكد حالة يمكن

¹ - تع.م. 11396، 16 ماي 1985، ن. 1985، ق.م.، II، 141. - تع.م. 5274، 14 جانفي 1982، ن. 1982، ق.م.، I، 138. - تع.م. 9326، 22 ديسمبر 1959، ن. 1959، 44.
² - تع.م. 47218، 16 أفريل 1997، ن. 1997، ق.م.، I، 22. - تع.م. 27609، 9 أكتوبر 1990، ن. 1990، ق.م.، 214. - تع.م. 24005، 26 جويلية 1989، ن. 1989، ق.م.، 326. - تع.م. 5221، 14 جانفي 1982، ن. 1982، ق.م.، I، 134. - تع.م. 10608، 19 جانفي 1960، ق.تش. 1960، عدد 6، 57. - تع.م. 6072، 28 أكتوبر 1982، ن. 1982، ق.م.، IV، 132.
³ - أنظر وقائع القرار التعقيبي المدني عدد 5841، 10 فيفري 1982، ن. 1982، ق.م.، I، 340.

أن تتحقق بقطع النظر عن الطبيعة العقارية أو المنقولة لموضوع الحق المطلوب حمايته أو عن صبغته الفلاحية أو التجارية أو الصناعية أو السكنية¹.

60- ولنفس السبب لا يمكن أن يتشكل التأكد من وضعية فعلية لا يؤطرها القانون ولا يحميها² ولا يجب أن يتدخل عنصر سوء نية المدعي في عملية تقدير ركن التأكد³، إلا إذا كان سوء نية المدعي مبرراً قانونياً لحرمانه من الحق، فينتفي بذلك أحد عناصر التأكد وينتفي بسببه التأكد نفسه⁴. كما لا يمكن أن يؤثر مقدار ما قد تحدثه الوسيلة الوقتية من ضرر للمدعى عليه⁵ في تقدير ركن التأكد، لأنّ قيام الحق في جانب المدعي ينفيه في جانب المدعى عليه إلا إذا كان القانون يمكنه من حماية معينة⁶.

61- ولا يمكن أن يتنحى ركن التأكد جانباً أمام اعتبارات إنسانية أو معاشية أو اجتماعية يتمسك بها المدعى عليه دون أن تؤثر هذه الاعتبارات قانوناً على حق المدعي المطلوب حمايته استعجالياً⁷. ولتوضيح ذلك نورد وقائع القضية التي

¹ - أنظر إس. إستعجالي، مح. الإس. بتونس، 55645، 24 ديسمبر 1962، ق.تش. 1963، عدد 8، 28.
² - تع.م. 614، 25 نوفمبر 1976، ن. 1976، ق.م.، III، 150. - حكم استعجالي عدد 1903، مؤرخ في 7 ماي 1981، صادر عن المحكمة الابتدائية بالمهدية، ق.تش. 1982، عدد 2، ص 135.
³ - تع.م. 7041، 22 نوفمبر 1949، ق.تش. 1960، عدد 9 و 10، ص. 160 (قرار عدد 13). - تع.م. 614، 25 نوفمبر 1976، ن. 1976، ق.م.، III، 150.
⁴ - تع.م. 46800، 16 أفريل 1997، ن. 1997، ق.م.، I، 309.
⁵ - تع.م. 16444، 22 جانفي 1987، ن. 1987، ق.م.، I، 162. - حكم استئنافي عدد 56262، صادر عن محكمة الاستئناف بتونس في 4 نوفمبر 1963، ق.تش. 1964، عدد 3، 63.
⁶ - أنظر مثلاً الفصل 207 فقرة 1 م.م.ت. وهو ما جاء بتطبيقه قرار استئنافي عدد 52262، 4 نوفمبر 1963، ق.تش. 1964، عدد 3، ص. 63.
⁷ - تع.م. 7465، 10 جوان 1982، ن. 1982، ق.م.، III، 95. - تع.م. 7928، 15 فيفري 1983، ن. 1983، ق.م.، 166. - تع.م. 3698، 4 فيفري 1982، ق.تش. 1983، عدد 5، 95. - تع.م. 45496، 16 أفريل 1997، ن. 1997، ق.م.، I، 285: (المدعي صاحب العقار يقوم بدعوى في الخروج لعدم الصفة ضد المدعى عليه وهو ابنه الذي يقيم معه على وجه الفضل منذ 24 سنة)

أفرزت القرار التعقيبي الصادر بتاريخ 25 نوفمبر 1976 وإجراءاتها¹ : بعد الطلاق يسافر الزوج إلى فرنسا وتستقرّ المفارقة في منزل الزوجية السابق الكائن بالمهديّة والذي هو على ملك زوجها المفارق. وفي يوم تقرّر السفر إلى تونس العاصمة لقضاء بعض الأمور ولدى عودتها تجد مفارقها قد عاد من سفره وخلع باب المنزل واستقرّ به ومنعها من الرجوع إليه. فتقوم بدعوى استعجالية تطلب الحكم بإرجاع الحالة إلى ما كانت عليه. فهل أنّ ركن التأكّد متوفّر ؟ المدّعية فاقدة لحقّ الملكية، لا هي متسوّغة للمنزل ولا هي صاحبة حق سكنى فيه. معنى ذلك أنّ أهمّ عنصر في مفهوم التأكّد غير موجود، وهو عنصر الحقّ، وبذلك ينتفي ركن التأكّد.

62- هل يجب أن نأخذ بعين الاعتبار سوء نية المدعى عليه وتهوّر وقيامه بالاقتصاص لنفسه في تقدير عنصر التأكّد ؟ بالطبع لا، لأنّه ليس من مكونات المفهوم، فهو غريب عن الوضعية القانونية الصرفة للحق. مراعاته تترجم حالة من التحامل على المدعى عليه تتحوّل بمقتضاها الوسيلة الوقتية إلى وسيلة عقابية كنتيجة لحكم عاطفي لا حكم قانوني. زد على ذلك أنّ فعل المدعى عليه يُعاقبه القانون بدعوى انتهاك حوز بالقوة - بطبيعة الحال - إذا تحقّقت أركانها كما بالفصل 255 م.ج.

63- ورغم وضوح الدعوى من الناحية الواقعية والقانونية وهو ما فهمه قاضي الأمور المستعجلة في الدرجة الأولى، فإنّ قاضي الاستئناف، بعد نقض الحكم الابتدائي، قضى بإرجاع المفارقة إلى المنزل. هل نقول عندها إنّ مجارة محكمة التعقيب في هذا القرار لموقف قاضي الاستئناف سببه عدم مراقبة محكمة التعقيب لتقدير ركن التأكّد من طرف قاضي الأمور المستعجلة؟

¹ - تع.م. 614، 25 نوفمبر 1976، ن. 1976، ق.م.، III، 150.

ب - الرقابة القانونية على عملية تقدير التأكّد :

64- يعتبر جلّ الفقهاء أنّ لا رقابة من طرف محكمة التعقيب على عمل محاكم الأصل عند تقديرها لركن التأكّد¹. أمّا فقه القضاء التونسي فهذه من أكثر المسائل ثبوتا ورسوخا في فكرتها، فجّل القرارات التعقيبية لا يفوتها التذكير بذلك في صياغات مقاربة جدًا مفادها أنّ التأكّد مسألة موضوعية موكولة لاجتهاد قضاة الأصل بدون رقابة عليها من محكمة التعقيب². ويرجع ذلك كما سبق بيانه إلى رسوخ الاعتقاد في غياب ضوابط وحدود قانونية للتأكّد يمكن بواسطتها التنبّئ من وجوده وإلى تنوّع الحالات الواقعية والخصائص المميزة لها. فيتحوّل الفرض القانوني الذي اعتدناه في القواعد القانونية المحدّدة إلى خصائص واقعية يتعرّف من خلالها القاضي على الحالات المتأكّدة. وهذا ما يجعل الفقه وفقه القضاء يعتبران أنّ محكمة التعقيب لا تراقب تقدير محاكم الأصل لركن التأكّد. فليس في عملها تطبيق لشروط قانونية واضحة وإنّما تقدير لخصائص واقعية بحسب الحالات المعروضة على قاضي الأمور المستعجلة. وتقدير الوقائع مسألة موضوعية لا تراقبها محكمة القانون فهي لا تتدخل إلّا إذا أساءت محاكم الأصل تطبيق القانون وليس في مفهوم التأكّد ضوابط قانونية بل واقعية. والنتيجة المنطقية والقانونية التي يجب أن تقع ألبا بعد وصف التأكّد بأنّه عنصر موضوعي واقعي هي الامتناع عن الإجابة عن المطعن، ففي غياب مقياس الخطأ والصواب لا يمكن الحديث عن وظيفة مراقبة تقوم بها محكمة التعقيب على عملية تقدير عنصر التأكّد من طرف قضاة الأصل.

65- إلّا أنّه بالرجوع إلى ما هو منشور من قرارات تعقيبية في المادة الإستعجالية نجد أنّ محكمة التعقيب قرّرت نقض قرارات استعجالية استئنافية إما

¹ - Jean CARBONNIER, art. préc., p. 109.

² - أنظر القرارات المذكورة، فقرة 21، هامش 2.

لأنها اعتبرت ركن التأكد متوفراً والحال أنه بالنسبة لمحكمة التعقيب غير موجود¹، أو لأنها اعتبرته غير متوفر ورأت محكمة التعقيب أنه موجود²؛ بل أكثر من ذلك، في بعض هذه القرارات تقر محكمة التعقيب صراحة بأنها تراقب عمل محاكم الأصل عند تقديرها لركن التأكد³.

66- وإذا كان وجود هذه القرارات يصعب معه فهم إصرار نفس المحكمة على القول بأن مفهوم التأكد لا يخضع لرقابتها⁴، إلا أن القرارات الصادرة بالنقض تحمل في ذاتها مبررات حكمها. فإذا كان ركن التأكد - كما سبق تبيانته - يحتوي ضمن العناصر المكوّنة له عنصرين موضوعيين ثابتين هما الحق والضرر، يصبح من الطبيعي بل ومن الضروري نقض كل قرار استئنافي استعجالي أسس قضاءه على وجود التأكد في غياب عنصر الحق⁵ أو الضرر⁶، وكذلك نقض كل قرار أسس قضاءه على غياب التأكد والحال أن عنصر الحق والضرر قد تحققا

¹ - تع.م. 34999، 8 فيفري 1995، ن. 1995، ق.م.، 364 - تع.م. 8854، 12 جانفي 1984، ق.تش. 1985، عدد 6، 82 - تع.م. 27779، 4 سبتمبر 1990، ن. 1990، ق.م.، 41 - تع.م. 45607، 2 أفريل 1997، ن. 1997، ق.م.، II، 99 - تع.م. 12269، 15 جانفي 2002، ن. 2002، ق.م.، I، 308 - تع.م. 1044، 4 جانفي 1979، ن. 1979، ق.م.، I، 16 - تع.م. 24005، 26 جويلية 1989، ن. 1989، ق.م.، 326.
² - تع.م. 5841، 10 فيفري 1982، ن. 1982، ق.م.، I، 340 - تع.م. 6386، 16 سبتمبر 1981، ن. 1981، ق.م.، III، 82 - تع.م. 1543، 14 جويلية 2000، ن. 2000، ق.م.، I، 182 - تع.م. 5843، 19 أفريل 2001، ن. 2001، ق.م.، I، 17 - تع.م. 25677، 29 مارس 1990، ن. 1990، ق.م.، 44 - تع.م. 16444، 22 جانفي 1987، ن. 1987، ق.م.، I، 162 - تع.م. 27609، 9 أكتوبر 1990، ن. 1990، ق.م.، 214 - تع.م. 4207، 13 ماي 1982، ن. 1982، ق.م.، III، 85 - تع.م. 2289، 17 جانفي 1980، ق.تش. 1981، عدد 8، ص 79.
³ - تع.م. 36637، 11 أكتوبر 1995، ن. 1995، ق.م.، 172 - تع.م. 9830، 5 فيفري 1957، ق.تش. 1960، عدد 9 و 10، ص 163 و 164. (قرار عدد 44) - تع.م. 4532، 22 أفريل 1982، ن. 1982، ق.م.، II، 131.
⁴ - أنظر ص 18، هامش عدد 2.
⁵ - تع.م. 12269، 15 جانفي 2002، ن. 2002، ق.م.، I، 308.
⁶ - تع.م. 34999، 8 فيفري 1982، ن. 1995، ق.م.، 364 - تع.م. 8854، 12 جانفي 1984، ق.تش. 1985، عدد 6، 82 - تع.م. 6386، 16 سبتمبر 1981، ن. 1981، ق.م.، III، 82.

واقعا¹. بالإضافة إلى المنفذ الذي يوفره الفصل 123 م.م.ت. والذي استطاعت على أساسه محكمة التعقيب نقض قرارات بسبب "ضعف التعليل" أو "قصور التسبب"² الذي يعتري حكمها غير أن المتمعن في هذه القرارات التعقيبية يلاحظ أن وراء ضعف التعليل يخفي في الحقيقة عمل يرمي إلى التثبت من وجود عنصري الحق والضرر وليس الفصل 123 م.م.ت. إلا ذريعة قانونية للنقض. كما أن النقض بسبب تحريف الوقائع يخفي في الواقع مراقبة لعملية تقدير القاضي الإستعجالي لركن التأكد من خلال مدى تحقق عناصره الثابتة³.

67- وأمام كل هذه القرارات الصادرة بالنقض، يصبح من المشروع طرح السؤال التالي: لماذا لا تكون بقية القرارات التي قرّرت فيها محكمة التعقيب الرفض أصلا بخصوص تلك المطاعن الرامية إلى مناقشة تقدير محاكم الأصل مسألة وجود ركن التأكد أو عدم وجوده، قرارات صادرة في الحقيقة بالموافقة على كيفية تعرف قضاة الأصل على الحالات المتأكدة ؟

¹ - تع.م. 15376، 16 أكتوبر 1986، ق.تش. 1987، عدد 6، 78 - تع.م. 6881، 13 مارس 2001، ن. 2001، ق.م.، I، 312 - تع.م. 8693، 7 جويلية 1983، ق.تش. 1985، عدد 4، 93.
² - تع.م. 2289، 17 جانفي 1980، ق.تش. 1981، عدد 8، 79 - تع.م. 4532، 22 أفريل 1982، ن. 1982، ق.م.، II، 131 - تع.م. 4207، 13 ماي 1982، ق.م.، III، 85 - تع.م. 1044، 4 جانفي 1979، ن. 1979، ق.م.، I، 16 - تع.م. 18821، 5 نوفمبر 2002، ن. 2002، ق.م.، I، 320 - تع.م. 5470، 18 ديسمبر 1980، ن. 1980، ق.م.، II، 223 - تع.م. 10197، 27 مارس 1975، ن. 1975، ق.م.، I، 170 - تع.م. 1115، 19 ماي 1977، ن. 1977، ق.م.، I، 290 - تع.م. 18821، 5 نوفمبر 2002، ن. 2002، ق.م.، I، 320 - تع.م. 35721، 22 مارس 1995، ن. 1995، ق.م.، 167.
³ - تع.م. 8693، 7 جويلية 1983، ق.تش. 1985، عدد 4، 93 - تع.م. 6851، 25 جانفي 1982، ن. 1982، ق.م.، 201.

68- والملاحظ في هذه القرارات¹ أنها لا تقف عند فكرة أن ركن التأكد مسألة موضوعية لا تخضع لرقابة محكمة التعقيب أو حتى عند التعبير عن ذلك صراحة، وهي النتيجة المنطقية لعدم المراقبة، بل تواصل لتقوم بعملية منهجية يظهر من خلالها أنها تحرص دائما على التذكير بحديثيات القرار المطعون فيه

¹ - تع.م. 46800 ، 16 أفريل 1997 ، ن. 1997 ، ق.م.، I ، 309 - تع.م. 45367 ، 16 أفريل 1997 ، ن. 1997 ، ق.م.، I ، 278 - تع.م. 17287 ، 4 جوان 1987 ، ن. 1987 ، ق.م.، I ، 166 - تع.م. 3645 ، 7 أكتوبر 1981 ، ن. 1981 ، ق.م.، III ، 130 - تع.م. 6736 ، 31 ماي 1982 ، ن. 1982 ، ق.م.، III ، 93 - تع.م. 458 ، 19 نوفمبر 1958 ، ق.تش. 1959 ، عدد 2 ، 22 - تع.م. 11196 ، 7 جانفي 1975 ، ن. 1975 ، ق.م.، I ، 23 - تع.م. 17089 ، 29 جانفي 1987 ، ن. 1987 ، ق.م.، I ، 331 - تع.م. 41892 ، 28 فيفري 1995 ، ن. 1995 ، ق.م.، 170 - تع.م. 937 ، 4 جانفي 1979 ، ن. 1979 ، ق.م.، I ، 14 - تع.م. 11185 ، 24 جوان 1974 ، ن. 1974 ، ق.م.، III ، 45 - تع.م. 6108 ، 9 جوان 1981 ، ن. 1981 ، ق.م.، II ، 145 - تع.م. 27210 ، 3 نوفمبر 1992 ، ن. 1992 ، ق.م.، 55 - تع.م. 3521 ، 25 ماي 1981 ، ن. 1981 ، ق.م.، II ، 63 - تع.م. 14079 ، 11 سبتمبر 1985 ، ن. 1985 ، ق.م.، II ، 239 - تع.م. 9830 ، 5 فيفري 1957 ، ق.تش. 1960 ، عدد 9 و 10 ، 164 (قرار عدد 44) - تع.م. 12162 ، 11 جانفي 2002 ، ن. 2002 ، ق.م.، I ، 304 - تع.م. 45496 ، 16 أفريل 1997 ، ن. 1997 ، ق.م.، I ، 285 - تع.م. 4897 ، 24 ماي 1982 ، ن. 1982 ، ق.م.، III ، 89 - تع.م. 14781 ، 6 جانفي 1986 ، ن. 1986 ، ق.م.، I ، 129 - تع.م. 47930 ، 30 أفريل 1997 ، ن. 1997 ، ق.م.، II ، 386 - تع.م. 2712 ، 24 أكتوبر 2000 ، ن. 2000 ، ق.م.، II ، 257 - تع.م. 3444 ، 14 جويلية 1981 ، ن. 1981 ، ق.م.، III ، 44 - تع.م. 15442 ، 16 أكتوبر 1986 ، ن. 1986 ، ق.م.، II ، 166 - تع.م. 9996 ، 4 جوان 1958 ، ق.تش. 1960 ، عدد 6 ، 54 - تع.م. 5187 ، 6 جانفي 1982 ، ن. 1982 ، ق.م.، I ، 43 - تع.م. 4731 ، 29 أفريل 1982 ، ن. 1982 ، ق.م.، II ، 133 - تع.م. 46113 ، 16 أفريل 1997 ، ن. 1997 ، ق.م.، II ، 159 - تع.م. 60879 ، 14 جانفي 1998 ، ن. 1998 ، ق.م.، I ، 78 - تع.م. 11582 ، 1 أفريل 1976 ، ن. 1976 ، ق.م.، I ، 157 - تع.م. 5274 ، 14 جانفي 1982 ، ن. 1982 ، ق.م.، I ، 138 - تع.م. 6072 ، 28 أكتوبر 1982 ، ن. 1982 ، ق.م.، IV ، 132 - تع.م. 9716 ، 6 ديسمبر 1973 ، ن. 1973 ، ق.م.، II ، ص 110 - تع.م. 153 ، 12 أفريل 1977 ، ق.تش. 1978 ، عدد 2 ، 55 - تع.م. 614 ، 25 نوفمبر 1976 ، ن. 1976 ، ق.م.، III ، 150 - تع.م. 29168 ، 7 مارس 1991 ، ن. 1991 ، ق.م.، 34 - تع.م. 24754 ، 2 نوفمبر 1989 ، ن. 1989 ، ق.م.، 437 - تع.م. 53306 ، 30 ماي 1996 ، ن. 1996 ، ق.م.، I ، 178 - تع.م. 816 ، 6 جوان 1978 ، ن. 1978 ، ق.م.، I ، 289 - تع.م. 35056 ، 29 سبتمبر 1992 ، ن. 1992 ، ق.م.، 71304 - تع.م. 17073 ، 23 أفريل 1987 ، ن. 1987 ، ق.م.، 68 .

وعادة ما يكون ذلك بصورة حرفية في شكل مقتطفات¹. ثم تبرز انطلاقا من تلك الحثثيات أن قاضي الأصل قام بدوره في استنتاج وجود التأكد أو انتفاءه. والثابت في كل هذه القرارات أن المقياس في مراقبة عمل القاضي الاستعجالي هو وجود الحق والضرر أو انتفاءهما. وينتهي بها الأمر إلى القول أن محكمة الأصل أحسنت تطبيق الفصل 201 م.م.ت. أو أحسنت تقدير عنصر التأكد. أليس معنى ذلك كله أنها لو كانت مكان محكمة الأصل لوصلت إلى نفس النتيجة وهي متأكدة من ذلك لأنها ذهنا وعمليا قامت بنفس العملية. فينحصر محتوى مفهوم التأكد بالنسبة لمحكمة التعقيب في عنصره الموضوعيين: الحق والضرر. لذلك لا نعثر في القرارات المنشورة² على قرار بالنقض لأن المسألة - رغم تحقق عنصرى الحق والضرر - تحتل الانتظار أو قرار بالنقض لأن المسألة، بعد تحقق عنصرى الحق والضرر، لا تحتل الانتظار، والحال أن محكمة التعقيب نفسها تشير إلى هذا العنصر الزمني كلما تحدثت عن المفهوم في ذاته³ لكنها تغفله عند التطبيق.

69 - أضف إلى ذلك كل الضوابط الموضوعية التي تمنع بعض العناصر من أن تؤثر في وجود ركن التأكد أو انتفاءه كتأخر المدعي في طلب حماية حقه، ووجود قصر من بين طالبي الوسيلة الوقتية، والخطر المهدد لحياة الشاغل للمحل المطلوب إصلاحه في أسرع الأجال، وسوء نية المدعي، وما قد تحدثه الوسيلة الوقتية من ضرر للمدعي عليه ومقدار الضرر الذي يتحمّله المدعي وتأثير

¹ - تع.م. 11396 ، 16 ماي 1985 ، ن. 1985 ، ق.م.، II ، 141 - تع.م. 11767 ، 9 جانفي 1975 ، ن. 1975 ، ق.م.، I ، 30 - تع.م. 999 ، 10 جوان 1978 ، ن. 1978 ، ق.م.، I ، 306 - تع.م. 18745 ، 4 فيفري 1988 ، ن. 1988 ، ق.م.، 272 - تع.م. 197 ، 23 ديسمبر 1976 ، ن. 1976 ، ق.م.، III ، 196 - تع.م. 11619 ، 25 مارس 1976 ، ن. 1976 ، ق.م.، I ، 107 - تع.م. 6789 ، 21 ماي 1970 ، ن. 1970 ، ق.م.، 98 - تع.م. 1401 ، 3 ماي 1979 ، ن. 1979 ، ق.م.، I ، 211 - تع.م. 9183 ، 7 مارس 1974 ، ن. 1974 ، ق.م.، I ، 40 - تع.م. 51214 ، 16 جانفي 1996 ، ن. 1996 ، ق.م.، II ، 82 .
² - ولا حتى في بعض القرارات غير المنشورة المستعملة في هذا المقال.
³ - أنظر القرارات المذكورة أعلاه ، فقرة 13 ، ص. 12 ، هامش عدد 1 .

الاعتبارات الإنسانية التي تظهر في وضعيات فعلية لا يحميها القانون...¹ وتدخل محكمة التعقيب لاعتبار كل هذه العناصر مؤثرة أو غير مؤثرة تبرره وظيفتها الأساسية المتمثلة في توحيد فقه القضاء.² لكن إذا كان تدخل محكمة التعقيب في هذا المجال يحتوي فكرة الرقابة التي تتجسد في النقض أو الرفض - أي موافقة محكمة الأصل أو عدم موافقتها - إلا أن هذا التدخل لا يحقق اليوم الهدف المتمثل في توحيد فقه القضاء المتعلق بهذه المسألة بسبب عدم استقرار الرأي بخصوص العناصر المؤثرة، خاصة وأن محكمة التعقيب تعتبر "أن الاستناد على قرار تعقيبي لا يكون فقها مستحسن الإتيان باطراد إن لم يكن صادرا عن الدوائر المجتمعة".³ لكن مهما كانت عملية تقدير وجود التأكد مُضنية بسبب تنوع الحالات وأحيانا غياب ضوابط موضوعية ثابتة فإنه لا يمكن بحال "الاستئناس" برأي فقهي تبلور إنطلاقا من قانون أجنبي، لاعتماده مقياسا يجعل محكمة التعقيب التونسية تقرر أن ركن التأكد في القضية المعروضة أمامها موجود.⁴

70- وللتأكيد على كل ما سبق يكفي أن نتعرض إلى قرارات تعقيبين: صدر الأول بالنقض والثاني بالرفض.

تتلخص وقائع القرار الصادر في 11 أكتوبر 1995⁵ في أن المدعو بلقاسم عمل بالمعهد القومي للبحوث الفلاحية وكان في نفس الوقت يشغل منزلا على وجه الفضل تابع للمعهد ثم أحيل على التقاعد في غرة سبتمبر 1986 ولم تقم إدارة

¹ - أنظر أعلاه فقرة 56 وما بعدها.

² - نذير بن عمرو، الأطروحة، ص. 177 وما بعدها، عدد 380 وما بعده.

³ - G. MARTY, « La distinction du fait et du droit : Essai sur le pouvoir de contrôle de la Cour de cassation sur les juges du fait », n° 115, p.206 et n° 119, p. 213.

⁴ - تع.م.، 21741، 18 مارس 1991، ن. 1991، ق.م.، 44.

⁵ - تع.م. 35056، 29 سبتمبر 1992، ق.م.، 71 - تع.م. 53712، 25 أكتوبر 1971، ق.نش.، عدد 9، 63.

⁶ - تع.م. 36637، 11 أكتوبر 1995، ن. 1995، ق.م.، 172.

المعهد بالتنبيه عليه للخروج من المحلّ إلا في 27 جوان 1988. وبعدها قام المكلف العام بنزاعات الدولة استعجاليا يطلب الحكم بالخروج لعدم الصفة. صدر الحكم ابتدائيا بالرفض وتأيد لدى الاستئناف بناء على أن ركن التأكد غير متوفر بسبب طول المدة الفاصلة بين تاريخ إحالة المدعي عليه على التقاعد وتاريخ التنبيه عليه بالخروج والقيام بالدعوى. وهي مدة تتجاوز السنتين. ومعنى ذلك أنه بالنسبة لقاضي الأصل تأخر المدعي في القيام لطلب حماية حقه ينتفي معه ركن التأكد. فهو إذن بالنسبة لقضاة الأصل عنصر مؤثر في وجود أو إنتفاء مفهوم التأكد. فتركز الطعن بالتعقيب على هذه النقطة الوحيدة معييا على القرار المطعون فيه اعتماده على تأخر الطالب عن القيام لتقدير الصبغة المتأكدة للحالة المعروضة. فكان جواب محكمة التعقيب على النحو التالي :

«وحيث ولو أن حالة التأكد تستخلص من طرف قضاة الأصل، غير أن مفهومها خاضع لرقابة محكمة التعقيب»، هذا الجواب يحوي إقرارا صريحا بأن محكمة التعقيب تراقب حالة التأكد. ثم تواصل ذات المحكمة قائلة «ضرورة أن هاته الحالة لا تؤخذ من تواريخ القيام ونشر القضايا، بل من أصل النزاع وطبيعته». وفي هذا الكلام إقصاء لتأخر المدعي في القيام كعنصر مؤثر في مفهوم التأكد. ثم تأخذ محكمة التعقيب في التثبت من عناصر المفهوم الثابتة وهي الحق والضرر من خلال الحجج المضمنة بالملف، فتلاحظ «أن المعقب ضده في قضية الحال (أي بلقاسم) مقرّ بكونه أحيل على التقاعد ضرورة أن التأكد يظهر عند حاجة المالك الملحة ولو بعد مدة مديدة، وإن السكوت عليه تلك المدة لا يكون قرينة على عدم التأكد». وهذا عنصر الحق. ثم تمرّ المحكمة إلى التثبت من عنصر الضرر: «وحيث أن استغلال محل النزاع الذي هو مردّه الخطّة الوظيفية التي كان يتمتع بها قبل إحالته على التقاعد وليس التسويغ لخلوّ الملفّ مما يثبت هذا الادعاء أصبح (إذا هذا الاستغلال) بدون موجب. وبالضرورة أصبح النزاع محفوفًا بالتأكد. وحيث

يكون القرار المخدوش فيه لما قضى بالصورة المذكورة أساء فهم الفصل 201 م.م.ت. مما يتعين معه قبول المطعن ونقض القرار المطعون فيه».

71- وفي قرار آخر صادر بالرفض¹ يظهر فيه بوضوح مراقبة محكمة التعقيب من خلال موافقتها على كيفية تعرّف القاضي الاستعجالي على ركن التأكد وتتلخّص وقائع هذا القرار في الآتي : حصلت شركة المخابر المجمعّة من الشركة التونسية للإيجار المالي على سيارتين على وجه الإيجار لمدة 36 شهرا وذلك حسب عقد الإيجار المالي الذي تضمّن أيضا الاتفاق على أنّ تعبير المتسوّغة عن رغبتها في اقتناء السيارتين موضوع عقد الإيجار يجب أن يقع قبل 3 أشهر من انتهاء المدة. وانتهت مدة الإيجار دون أن تعبّر المتسوّغة عن رغبتها في ذلك. تأخّرت شركة الإيجار المالي سنتين تقريبا ثم قامت بطلب استعجاليا الحكم باسترجاع السيارتين فحكم لصالح الدعوى ابتدائيا واستئنافيا على أساس أن حق ملكيّة الشركة ثابت على السيارتين، وتواصل بقائهما بين يدي المدعى عليها يشكل ضررا يتفاقم مع كل يوم تأخير وذلك دون التفات إلى تأخر المدعية في المطالبة بحماية حقها.

أمّا الطعن بالتعقيب فقد تأسّس على غياب ركن التأكد معيبا على قرار محكمة الاستئناف عدم اعتباره تأخر المدعي في القيام عاملا ينقضي معه ركن التأكد.

عندما أجابت محكمة التعقيب على هذا المطعن بدأت بالقول إنّه : "وحيث خلافا لما تدعيه الطاعنة فإنّ عنصر التأكد الذي هو من ركائز القضاء المستعجل قد توفّر في قضيتي الحال مثلما اهدت إليه المحكمة المخدوش في حكمها على صواب". معنى ذلك أنها تكشف عن موقفها ورأيها بخصوص الحالة المعروضة. ثم تواصل فتقول إنّه : "وحيث أن التأكد حسبما استقرّ عليه فقه القضاء مسألة

¹ - تع.م. 12162 ، 11 جانفي 2002 ، ن. 2002 ، ق.م. ، I ، 304.

موضوعية تخضع في تقديرها لمحكمة الأساس دون رقابة عليها من طرف محكمة التعقيب شريط التعليق". وتتولّى تبيان أن التمشّي المعتمد في القرار المطعون فيه سليم، منطقي ومؤسس على ما هو ثابت من وقائع في الملف. أليس في هذا التمشّي دليل على أنّ موافقة محكمة التعقيب هي نتيجة لعمل المراقبة الذي تمارسه ؟

72- في النهاية، وبما أن القبول والرفض هما النتيجتان الطبيعيتان لكل عمل مراقبة فإنّه لا شيء يمنع من القول منطقا : إنّ محكمة التعقيب في حقيقة الأمر تراقب كميّة تعامل قضاة الأصل مع مفهوم التأكد، ويمكنها بذلك أن تساهم في تشكّل محتوى المفهوم بالحرص من جهة على ضرورة تحقق عنصريه الثابتين (الحق والضرر) وهما مقياس الخطأ والصواب في مراقبة مفهوم التأكد، وتبقى من جهة أخرى الحاجة ملحة إلى أن يستقرّ موقفها بخصوص العناصر المؤثرة وغير المؤثرة في وجود حالة التأكد، خاصة وأن مفهوم التأكد كان على امتداد سنين طويلة موضوع تطبيقات قضائية عديدة، تشكّل من خلالها تواتر واستقرار في اعتبار وضعيات معيّنة أنها وضعيات متأكدة وأظهر البحث فيها أنها تحتوي قواسم مشتركة تبرّر سحب نفس الوصف عليها¹.

73- وبقدر ما تتحدّد مكونات المفهوم، بهذه الطريقة العملية المتروية والمتأنيّة لأنها تتحقق مع امتدادا في الزمن، بقدر ما يصبح عمل القاضي عملا تكيفيا يرمي إلى إبراز أنّ شروط وجود التأكد الحاصلة في فقه القضاء، هي متوفّرة في الحالة المعروضة أمامه فيتمّ وصفها كذلك لأنّه تتوفّر فيها شروط المفهوم، فيقترب عمله من عمل القاضي المتعامل مع مفهوم يحتوي قدرا أدنى من الثبات. هل ما يزال بعد هذا المفهوم في جميع جوانبه وفي جميع الحالات مسألة موضوعية واقعية بحتة ؟ ألا يمكن بهذا المعنى إثارته لأول مرة أمام محكمة

¹ - G. MARTY, op. cit. , n°119 , p.214.

التعقيب¹، ألا يمكن لهذه المحكمة إثارته من تلقاء نفسها خاصة وأنّ كل القواعد المنظّمة للاختصاص الحكمي وتلك الضابطة لشروط قبول الدعوى هي قواعد أمره لها مساس بالنظام العام؟² إنّ ما وصل إليه مفهوم التأكّد من تطوّر اليوم في فقه القضاء يدفع إلى القبول بإثارته لأول مرة أمام محكمة التعقيب وحتى بأن تثيره هذه المحكمة من تلقاء نفسها.

الخاتمة

74- لابدّ من الإقرار في النهاية أنّه وإن لم يكن محتوى التأكّد مضبوطاً بصورة دقيقة وحسابية، فإنّه لا يخلو من عناصر ثابتة هي الحق والضرر وهذا أمر حاصل في فقه القضاء. لكن يبقى ذلك غير كاف للسيطرة على المفهوم بواسطة تقنية التعريف التي ساهمت - بطريقتها المتمثلة في البحث عن القواسم المشتركة - في تحديد العناصر الموضوعية المستقرّة في المفهوم. وهذه خطوة أولى نحو تطبيق موضوعي للتأكّد.

75- فالخطر يتجسّد في عدم السيطرة على كل مكونات المفهوم ممّا يجعله مفهوماً غير ثبات وعدم ثبات المفهوم يتضمّن في الحقيقة عدم استقرار المؤسسة القانونية التي يعمل داخلها. وليس عدم الاستقرار بهذا المعنى وفي هذه المؤسسة بالذات هو ما جاء القانون الوضعي من أجله وإنّما الاستقرار هو مقصده.

¹ - تع.م.، 571، 7 جانفي 1959، ق.تش. 1959، عدد 6، 41 - تع.م.، 17073، 23 أفريل 1987، ن. 1987، ق.م.، 68.

² - تع.م.، 5841، 10 فيفري 1982، ن. 1982، ق.م.، I، 340. - J. GHESTIN, art. préc., p. 92 et s.

* مجموعة لقاءات الحقوقيين XIII : القضاء الاستعجالي

76- ودون التفريط فيما أفرزته محاولة تعريف التأكّد من نتائج موضوعيّة كان لابدّ من البحث عن طريقة علمية للالتزام بها في تقدير التأكّد حتى لا تتغيّر الحلول بتغيّر شخص القاضي الموكول له هذه المهمة. وأفرز البحث فيها مجموعة من الضوابط الموضوعية يؤدي احترامها إلى ضمان استقرار المفهوم على المستوى التطبيقي وفي ذلك استقرار لمؤسسة القضاء الاستعجالي وكان في جميع هذه المراحل هدف القضاء الاستعجالي هو الموجّه الأساسي في الترجيح بين حلول وآراء مختلفة وفي اختيار أكثرها تطابقاً مع أساس هذا النوع من القضاء.

77- صحيح أن تنوّع الحالات المتأكّدة وشموليّة اختصاص القضاء الإستعجالي تضع قاضي الأمور المستعجلة أمام عدد لا متناهي من الوضعيات، لكن ذلك يمكن تجاوزه إذا أصبح اختيار القاضي الموكول له القيام بهذه المهمة من ذوي التكوين القانوني المتكامل وهذا لا يتحقّق عادة إلاّ عند ذوي الخبرة الطويلة والاختصاصات المتنوّعة. لهذا السبب أوكل المشرّع مهمّة النظر في الدعاوى الإستعجالية إلا رئيس المحكمة الابتدائية، فلا يجب إن يحرف التطبيق والتنظيم الإداري الداخلي للمحاكم الابتدائية هذه الإرادة بتفويض النظر في هذه الدعاوى إلى قضاة شبان لم يحرزوا بعد الخبرة الكافية. وهذا يبدو من أولى أسباب عدم استقرار مؤسسة القضاء الاستعجالي.

مفهوم عدم المساس بالأصل

حمّادي الرّئيس

مساعد بكلية الحقوق والعلوم السياسية بتونس

"مدار العلم على القاهد والمثل"

الجاحظ، البيان والتبيين، ج I، ص 271.

1- أكّد الفقيه الفرنسي ديموغ Demogue في كتابه الشهير حول المفاهيم الأساسية في القانون الخاص أن الحق مهّد دائما بعدد المخاطر المادية والاقتصادية والاجتماعية التي ما تنفك تحيط به¹. وقد كان القضاء الاستعجالي ولا يزال هو القضاء الذي يقع اللّجوء إليه لحفظ الحق المهّد وصيانته من كلّ خطر محقق، لذلك سُمّي القضاء الاستعجالي "قضاء التأكّد"² و"قضاء الأمور الحينية"³

¹ R. DEMOGUE, Notions Fondamentales du droit privé, éd., Rousseau, Paris, 1911, p. 78 : « ... un droit est toujours menacé par des risques qui tôt ou tard peuvent avoir raisons de lui : risques physiques de perte, de destruction, risques économiques de diminution de valeur, d'insolvabilité, risques sociaux... ».

² وذلك بالرّغم من أن هذه التسمية أصبحت محلّ تساؤل بعد التّفكيح المتعلّق بالتسبقات الاستعجالية من ذلك مثلا ما كتبه الفقيه PERROT :

« Peut-on encore définir le juge des référés comme juge d'urgence ? » :

R. PERROT, Mesure d'instruction à futur : ses limites, R.T.D.civ., 1984, p.655, in fine.

وفي نفس هذا المعنى :

Y. STRICKLER, Le juge des référés, juge du provisoire, thèse, Strasbourg, 1993, p.5.

³ B. MELIN-SOUCRAMANIEN, Le juge des référés et le contrat, Presse universitaire d'Aix Marseille, 2000, p. 29.

وكذلك "قضاء الأمور المؤقتة"¹ وهي كلّها تسميات تتبع من جوهر وظيفة القضاء الاستعجالي وهي اتخاذ وسائل وقتية تهدف إلى حفظ الحقوق دون الحسم في أصل هذه الحقوق.

2- فمن الطبيعي إذن أن يكون تنظيم القضاء الاستعجالي في مجلة المرافعات المدنية والتجارية الصادرة سنة 1959² تحت عنوان "الوسائل المؤقتة" وهو عنوان الجزء الخامس من المجلة المتكوّن من بابين : خصّص أولها للقضاء الاستعجالي وخصّص الباب الثاني لتنظيم الأذن على المطالب. ويتكوّن الباب الأول من إثني عشر فصلا تمثل مجمل القواعد المتعلقة بالقضاء الاستعجالي وأول هذه القواعد قاعدة الفقرة الأولى من الفصل 201 التي جاء فيها أنه "يقع النظر إستعجاليا وبصفة مؤقتة في جميع الحالات المتأكّدة بدون مساس بالأصل"³. وتعتبر هذه القاعدة بمثابة القاعدة الأساسية التي تحدّد شروط أو أركان القضاء الإستعجالي والتي تنحصر في شرطين إثنين هما : التأكّد أولاً وعدم المساس بالأصل ثانياً.

¹ Y. STRICKLER, Le juge des référés, juge du provisoire, op. cit., p. 6 et s. ; J. BOYER, Le juge des référés peut Réflexions sur le pouvoir du juge des référés, Mélanges Boyer 1995, p. 135 ; P. JEANTIN, Les mesures d'instruction in Futurum, D. 1980, p. 205.

² صدرت مجلة المرافعات المدنية والتجارية بمقتضى القانون عدد 130 لسنة 1959 المؤرخ في 5 أكتوبر 1959، الرائد الرسمي للجمهورية التونسية عدد 56 بتاريخ 3 و6، و10 و13 نوفمبر 1959، ص 1626.

³ لقد كانت هذه الفقرة تمثل كامل قاعدة الفصل 201 قبل تنقيح المجلة بمقتضى القانون عدد 82 لسنة 2002 الذي أضاف فقرة ثانية للفصل 201 جاء فيها ما يلي : "على أنه يجوز القضاء للطالب بضمان أو بدونه بتسوية إما لمجابهة مصاريف علاج ضرورية أو مصاريف ذات صبغة معاشية وإما لحفظ حقوق ومصالح متأكّدة، بشرط أن يكون الطلب مؤسّساً على دين غير متنازع فيه بصفة جدية وأن يكون الطالب قد رفع دعوى في الأصل في شأن نفس ذلك الدين. ويرفع الطلب إلى رئيس المحكمة المتعّدة بالقضية الأصلية لدى محكمة الدرجة الأولى ويقع البت في المطلب والطعن في الحكم الصادر في شأنه وفق القواعد المتعلقة بالقضاء الاستعجالي".

ولهذين الشرطين أهمية كبرى في تحديد قابلية النظر في الدعوى الاستعجالية¹ "فكلما كان هناك تأكّد ولم يقع المساس بأصل الحقوق المتنازع عليها توفّر إختصاص القاضي الاستعجالي وإذا فقد أحد الشرطين أصبح غير مختص..."².

3- إلّا أن تطبيق أحكام الفقرة الأولى من الفصل 201 من مجلة المرافعات المدنية والتجارية لم يكن أمراً يسيراً وذلك نظراً لما يعترى مفهوم التأكّد وكذلك مفهوم عدم المساس بالأصل من صعوبات في التأويل وبالتالي في تحديد محتوى كلّ منهما. وقد عبّر الفقهاء عن ذلك بعبارات توحى أحياناً باليأس من أي محاولة لتعريف مفهوم التأكّد وكذلك لتعريف مفهوم عدم المساس بالأصل، من ذلك مثلاً ما كتبه جاستاز P. Jestaz حول مفهوم التأكّد قائلاً إن "محاولة تعريف التأكّد تعريفاً دقيقاً هي محاولة سبوء حتماً بالفشل"³، كذلك الشأن بالنسبة

¹ للقضاء الاستعجالي إختصاص وظيفي وإختصاص نوعي. ويتمثل الإختصاص الوظيفي في أن القضاء الإستعجالي هو نوع من القضاء المدني وتبعاً لذلك فإنه "كلما كانت المحكمة المدنية محقة بالنظر في مادة معينة يكون قاضي الأمور المستعجلة الذي ينتمي إلى تلك المحكمة مختصاً بالنظر في النزاعات المستعجلة المتفرّعة عن تلك المادة وعلى النقيض من ذلك تكون النزاعات المستعجلة خارجة عن أنظاره إذا كانت تتعلق بمادة لا يمكن للمحكمة التي ينتمي إليها البت فيها من حيث الأصل لخروجها عن نظرها وظيفياً" : محمد اللّجمي، إختصاص القاضي الاستعجالي، مجلة القضاء والتشريع، 1991، عدد 2، ص 43.

² عبد الله الهلالي، في القضاء المستعجل، مجلة القضاء والتشريع، 1984، عدد 2، ص 22.

³ يراجع :

P. JESTAZ, l'urgence et les principes du droit civil, L.G.D.J. Paris, 1968, p. 7 : « ... définir l'urgence d'une manière rigoureuse est une entreprise vouée à l'échec ».

في نفس هذا الاتجاه يراجع :

M. FRANCES, Essai sur les notions d'urgence et de provisoire dans la procédure du référé, Dalloz, Paris, 1935, p. 42 : « ... L'urgence échappe à toute définition systématique et logique parce que l'idée qu'elle renferme n'est pas une idée stable, uniforme et absolue ».

P.L. FRIER, L'urgence, L.G.D.J. 1987, p. 11.

M. VASSEUR, L'urgence et le droit civil, R.T.D. civ., 1954, p. 405.

A. COSSA, L'urgence en matière de référé, G.P. 1955, p. 45.

لمفهوم عدم المساس بالأصل، فقد أكد الفقيهان فلاسون وتيسيبي *Glasson et Tyssier* منذ بداية القرن العشرين غياب تحديد دقيق لهذا المفهوم الأساسي في القضاء الاستعجالي منوهين ببراء النقاش حول هذا المفهوم¹. وقد استمر هذا النقاش حتى بعد التغيير الذي أدخله المشرع الفرنسي على مفهوم عدم المساس بالأصل مستبدلاً إيّاه بمفهوم المنازعة الجدية والتي رأى فيها الفقه مجرد تهذيب لفظي لا غير أمّا في خصوص المعنى فإنّها تتميّز بنفس الغموض الذي يميّز به مفهوم عدم المساس بالأصل².

4- وما هذه المداخلة حول مفهوم عدم المساس بالأصل إلّا مساهمة في هذا النقاش الذي يستمد أهميته من أهمية مفهوم عدم المساس بالأصل، ذلك أنّه من خلال هذا المفهوم يتحدّد مجال القضاء الاستعجالي ومن خلاله أيضاً تتحدّد كيفية ممارسة القاضي الاستعجالي لصلاحياته. فالقاضي الاستعجالي محمول مبدئياً على الابتعاد عن الأصل أي الابتعاد عن أصل الحقوق وعن كلّ ما يتعلّق بها وجوداً أو عدماً والقطع في أصل هذه الحقوق يبقى من اختصاص قاضي الأصل. ولكن إلى أي مدى يبتعد القاضي الاستعجالي عن الأصل؟ هل هو ابتعاد كلّّي أم ابتعاد وإبقاء النّظر لعلّ النّظر يفيد؟ هل يكفي مجرد القول بأنّ في الأمر مساساً بالأصل حتى

¹ يراجع :

A. TISSIER et E. GLASSON, *Traité théorique et pratique d'organisation judiciaire, de compétence et de procédure civile*, T.II, éd. Roueil, Sirey, 3^{ème} éd., p. 32, n° 327.

² يراجع :

P. SOLUS et R. PERRUT, *Droit judiciaire privé*, T. II, Sirey, Paris, 1973, p. 1075, n° 1277 : « ... Il est extrêmement difficile, pour ne pas dire impossible, de définir avec exactitude la notion de contestation sérieuse ».

في نفس هذا الاتجاه يراجع أيضاً :

P. ESTOUP, *La pratique des procédures rapides*, 2^{ème} édition, Litec, Paris 1998, p. 61, n° 73.

يتخلّى القاضي الاستعجالي؟ أم يجب عليه التفحص والتدقيق؟ وإذا ما تفحص ودقق أليس في ذلك مساس بالأصل؟ إنّ تشبيه الأصل بالنار تشبيه وجيه ووجه الشبه قد يكون الإحترق وقد يكون الدّفء والإضاءة أفلّس للنار أكثر من معنى؟!

5- هذه الأسئلة وغيرها تعبّر عن حيرة كلّ من تعامل مع مفهوم عدم المساس بالأصل سواء في القانون المقارن أم في القانون التونسي ولكنها حيرة لا تعقبها إجابة بل محاولات للإجابة والمحاولة تعني الوعي بالصعوبة وتعني كذلك الإنطلاق من مقارنة معيّنة. وما يمكن ملاحظته عموماً هو أنّ أغلب المقاربات المعتمدة هي مقاربات تنطلق من مفهوم أصل الحقّ قصد التوصل إلى تحديد مفهوم عدم المساس بالأصل وأصل الحقّ "هو كلّ ما يتعلّق به وجوداً أو عدماً فيدخل في ذلك ما يمسّ صحته أو يؤثر في كيانه أو يغيّر فيه أو في الآثار القانونية التي نظمها القانون أو التي قصد إليها المتعاقدون"¹. وتؤدي هذه المقاربة إلى تحديد مجال القضاء الاستعجالي تحديداً سلبياً أي تحديد الدائرة التي يجب على القاضي الاستعجالي عدم الدخول فيها. وهناك من المقاربات ما ينطلق من وظيفة القضاء الاستعجالي وهي اتّخاذ إجراء وقتي للتوصل إلى القول بأنّ مفهوم عدم المساس بالأصل يعني عدم الفصل في الأصل باعتبار أنّ القاضي الاستعجالي لا يتخذ إلّا إجراءات وقتية².

6 - صحيح أنّ مفهوم عدم المساس بالأصل يؤدي إلى القول في معنى أول أنّ القاضي الاستعجالي لا يقضي في أصل الحقوق وذلك بالنظر إلى وظيفة القضاء

¹ طارق زيادة، القضاء المستعجل بين النظرية والتطبيق، المؤسسة الحديثة للكتاب، لبنان، صفحة 141.

في نفس هذا الاتجاه : عبد الله الهلالي، في القضاء المستعجل، مرجع سابق الذكر : "لا يبتّ القاضي في نقطة مختلف عليها تتعلّق بأصل الحقّ فلا يحكم بإثبات الملكية، أو البنوة، أو الحضانة، ولا يبطل عقداً ولا يؤوله، ولا يحكم بعبارة قانونية".

² يراجع في هذا المعنى : محمد اللّجمي، اختصاص القضاء الاستعجالي، مرجع سابق الذكر.

الاستعجالي من ناحية وإلى وظيفة قضاء الأصل من ناحية أخرى ويؤدي بالتالي مفهوم عدم المساس بالأصل بهذا المعنى دورا في تحديد مجال القضاء الاستعجالي. ولكن بالإضافة إلى ذلك فإن هناك أمرين يجب أخذهما بعين الاعتبار عند تحديد مفهوم عدم المساس بالأصل. الأمر الأول هو أن اللجوء إلى القضاء الاستعجالي يكون لغاية حفظ الحق بمقتضى قرار أو حكم استعجالي والحق المراد حفظه قد يكون له أصل ثابت وقد يكون عكس ذلك وفي كلتا الحالتين وقصد التثبت من الحق المراد حفظه فإن القاضي الاستعجالي لن يكون بمعزل عن الأصل¹. أما الأمر الثاني فإن إجراءات القضاء الاستعجالي هي إجراءات ذات طابع خصامي يحكمها مبدأ المواجهة مما يعني أن الخصوم لدى القاضي الاستعجالي قد يثيرون مسائل تتعلق بالأصل ولا يعقل مبدئيا أن يتخلّى القاضي الاستعجالي بمجرد إثارة مثل هذه المسائل فيكون قريبا مرة أخرى من الأصل. ومن هنا يصحّ التساؤل عن حقيقة الدور الذي يقوم به مفهوم عدم المساس بالأصل وعن حقيقة محتواه فهل هو فعلا أداة منع تمنع القاضي الاستعجالي الاقتراب من الأصل وتفحصه والتعمق فيه أم هو مجرد أداة فصل استعمالها المشرّع ليفصل بين وظيفة القضاء الاستعجالي وقضاء الأصل ؟

7- ويمكن القول عموما أن مفهوم عدم المساس بالأصل لا يعني أنه لا توجد أي علاقة بين القاضي الاستعجالي والأصل ولكنها علاقة متميزة تستمد

¹ J. VINCET, Les pouvoirs du juge en matière de provision, Etudes offertes à Pierre Kayser, T. II, 1979, p. 417 :
« ... Il effleure le fond sans pour autant dire le droit ».

في نفس الإتجاه :

J.P. ROUSSE, Nature et finalité de la mesure de référé, G.P. 1977, p. 250 ;
H. MONTUESKY, obs. sous Paris, 2 fév. 1967 et T.G.I. de la Seine, J.C.P. 1967, 15181 ; D. D'AMBRA, L'objet de la fonction juridictionnelle : dire le droit et trancher les litiges, L.G.D.J., Paris 1994, p. 201 et s.

تميزها من تميز وظيفة القضاء الاستعجالي ذاتها. فالقاضي الاستعجالي أثناء قيامه بوظيفته محكوم بعنصر الزمن وبالصبغة المؤقتة للإجراء المزمع اتخاذه ولا يمكنه بالتالي أن يتعامل مع الأصل بنفس الطريقة التي يعتمدها قاضي الأصل وهو ما نجد له صدى في فقه القضاء التونسي بالرغم من أن فقه القضاء المتعلق بمفهوم عدم المساس بالأصل يتميز عموما بغياب خطوط توجيهية واحدة. وللاستدلال على أن مفهوم عدم المساس بالأصل لا يعني انعدام العلاقة بين القاضي الاستعجالي والأصل يتعين التطرق إلى هذا المفهوم من خلال زاويتين اثنتين. الزاوية الأولى هي الطبيعة المؤقتة للوسيلة المزمع اتخاذه (I) أما الزاوية الثانية فهي الطابع الخصامي للإجراءات الاستعجالية (II).

I- مفهوم عدم المساس بالأصل والطبيعة المؤقتة للوسيلة المزمع اتخاذه

8- القاضي الاستعجالي هو قاضي الأمور المؤقتة الذي يكتفي مبدئيا بالاستناد إلى الظاهر (ظاهر الأوراق) فالطبيعة المؤقتة للوسيلة المزمع اتخاذها قصد حفظ الحق تقتضي السرعة وقد يحقق الاستناد إلى الظاهر في مرحلة أولى هذا الهدف خاصة إذا كان الحق المراد حفظه حقا "بديهيا" وليس "موضع شك"¹. ولكن الاستناد إلى الظاهر (أ) قد لا يكون كافيا فيمرّ القاضي الاستعجالي في مرحلة ثانية إلى تقدير الظاهر (ب).

¹ P. DRAI, Le juge des référés dans la société en 1980, in journées d'étude et d'informations du T.G.I. de Paris, Paris 1980, p. 36.

أ- الاستناد إلى الظاهر.

9- وصف أحد الفقهاء القضاء الاستعجالي بكونه "مسرح الظاهر"¹. وفي هذا الوصف إبراز لأهمية المرحلة الأولى التي يمر بها القاضي الاستعجالي وهي الاستناد إلى ظاهر الأوراق التي تقدّم بها طالب الوسيلة المؤقتة. وتفيد فكرة الإستناد إلى الظاهر من قبل القاضي الاستعجالي أنّ القاضي لا يقوم بأيّ بحث خارج إطار ظاهر الأوراق بل يكتفي بتقدير بسيط وسريع للوقائع المعروضة عليه قصد اتخاذ قرار يستند إلى ظاهر الأوراق/ إلا أنّ الأمر ليس دائماً بهذا اليسر لذلك اقترنت فكرة الاستناد إلى الظاهر بفكرة الأمر البديهي² وهو الأمر الذي يبدو جلياً وواضحاً من خلال ظاهر الأوراق ممّا يعني أنّ الاستناد إلى الظاهر يجب أن يؤدّي إلى استجلاء الأمر البديهي بكلّ يسر وسرعة.

10- ومن القرارات التعقيبيّة الهامّة التي أشارت فيها محكمة التعقيب إلى فكرة الاستناد إلى الظاهر من قبل القاضي الاستعجالي يمكن ذكر القرار عدد 1533 الصادر بتاريخ 27 نوفمبر 1979³. وتفيد وقائع النزاع في هذا القرار أنّ شركة عقاريّة قامت ببيع شقة لفائدة (ص) وقد تمّ التّنصيب بعقد البيع على أنّ الشقة المبيعة هي الشقة رقم 8 من المثال التّقسمي لأحد الأحياء إلا أنّ المشتري تحوّر بالشقة رقم 3 فطلبت الشركة البائعة من القاضي الاستعجالي الحكم بالخروج

¹ R. MARTIN, Le référé, Théâtre d'apparence, D. 1979, p. 158.

² حول الأمر البديهي يراجع :

B. OPETIT, L'évidence, R.T.D. Civ., 1986, p. 486 ; G. CORNU, La vérité et le droit, in l'art du droit en quête de sagesse, P.U.F., 1989, p. 213 : « L'évidence, c'est la vérité elle-même qui se fait voir, qui sort de son puits pour se faire admirer, goûter, palper, de telle sorte que le juge, l'expert et tout homme sensé pourra la constater ex propriis sensibus ».

³ قرار عدد 1533 بتاريخ 27 نوفمبر 1979، ن.م.ت. 1979، القسم المدني، ج II، صفحة

من الشقة رقم 3 لعدم الصفة وقرّر القاضي الاستعجالي رفض المطلب إلا أنّ محكمة الدرجة الثانية قضت بالخروج لعدم الصفة وذلك بالاستناد إلى عقد البيع الذي حدّد أنّ الشقة المبيعة هي الشقة رقم 8 وإلى محضر معاينة يفيد أنّ المشتري قد تحوّر بالشقة رقم 3. فتعقّب المشتري هذا الحكم وذلك على أساس أنّ محكمة الدرجة الثانية قد خاضت في الأصل حينما قامت بالبحث عن كون الشقة رقم 8 هي موضوع التعاقد. وكان جواب محكمة التعقيب أنّ "محكمة القرار المنتقد حينما اعتمدت في قضائها على عقد البيع والمعاينة المجراة من طرف عدل التنفيذ لم يكن في ذلك مساس بالأصل إذ اعتمدت على ما قدّم لها من مؤيد لا وجود فيه لمشكل قانوني يتطلّب المناقشة للبتّ فيه ولا هو من قبيل ما يستدعي إجراء تحقيقات أساسيّة فكانت مهمتها بذلك مقصورة على النظر فيما وقع الإدلاء به لديها".

11- ويثير القرار المذكور الملحوظات الأساسيّة التالية :

* الملاحظة الأولى تتعلّق بالوقائع ، فالوقائع على بساطتها تبدو من الأهميّة بمكان ذلك أنّها تعطينا صورة واضحة عن علاقة الظاهر (ظاهر الأوراق) بالواقع. فالظاهر يفيد قطعاً تحوّر المشتري بمحلّ آخر غير المحلّ الذي وقع التّنصيب عليه في العقد وهو ما يمكن استنتاجه بكلّ يسر وسرعة من قبل القاضي الاستعجالي. ومن هنا يمكن القول أنّ الظاهر الذي يستند إليه القاضي الاستعجالي هو الظاهر الذي تتأكّد من خلاله الحقيقة وبعبارة أخرى هو الحقيقة الظاهرة التي لا تتطلّب أيّ بحث عنها وتعتبر وقائع النزاع المذكورة من أحسن الأمثلة على ذلك.

* الملاحظة الثانية تتعلّق بكيفيّة اعتماد القاضي الاستعجالي للظاهر فبمجرّد مقارنة بين ما جاء في عقد البيع وما جاء في محضر المعاينة أمكن الاستنتاج أنّ الطّالب كان وجبها وتعيّن لذلك تلبّيته وهو ما يعني أنّ القاضي الاستعجالي في تمشيّه المنطقي قد انطلق من القاعدة القانونيّة (الكبرى) نحو الوقائع المعروضة

عليه (الصغرى) منتهيا إلى استخراج الحل وهو مبدئيا نفس التمشي الذي يتبعه قاضي الأصل أو الموضوع¹ ولكن مع فارق هام وهو أن القاضي الاستعجالي وبالرغم من أن الحق (حق الملكية في وقائع النزاع) هو حق غير مشكوك فيه فإنه يمتنع عن التصريح بذلك ويكتفي باتخاذ إجراء مؤقت لحماية (الحكم بالخروج).

* الملاحظة الثالثة تتعلق بموقف محكمة التعقيب. فصحيح أن محكمة التعقيب قد أيدت القاضي الاستعجالي فيما ذهب إليه وقررت رفض مطلب التعقيب أصلا ولكن ما المقصود بقولها أن المؤيد الذي إستند إليه القاضي الاستعجالي "لا وجود فيه لمشكل قانوني يتطلب المناقشة"؟ و"المشكل القانوني" حسب محكمة التعقيب هنا يتعلق "بالمؤيدات" مما يعني مبدئيا أن المقصود "بالمشكل القانوني" هو المسائل الواقعية التي يمكن مناقشتها من قبل الأطراف خاصة أن محكمة التعقيب قد أشارت فيما بعد إلى "التحقيقات الأساسية" التي قد يتطلبها التثبت من هذه "المؤيدات". ومناقشة المسائل الواقعية أمام القاضي الاستعجالي تعني وجود منازعة قد تجعل من غير الممكن الاستناد إلى الظاهر والاكتفاء به لذلك ارتبطت فكرة الاستناد إلى الظاهر بفكرة الأمر البديهي الذي يتعارض مع كل منازعة والمنازعة

¹ حول الاستدلال القانوني عموما يراجع :

H. MOTULSKY, Principes d'une réalisation méthodique du droit privé, Dalloz, 1948, rééd 1991 ; E. Spitz, L'acte de juger, R.D.P., 1995, p. 289.

في خصوص قاضي الموضوع يراجع :

J. CARBONNIER, Introduction au droit, 25^{ème} éd., P.U.F., Paris 1997, p.29.

في خصوص القاضي الاستعجالي يراجع :

D. D'AMBARA, L'objet de la fonction juridictionnelle ; dire le droit et trancher le litige, L.G.D.J., Paris, 1994, p. 202.

في خصوص المقارنة بين تمشي القاضي الاستعجالي وقاضي الموضوع يراجع :

M.C. RONDA-RIVIER, L'évidence et la notion de contestation sérieuse devant le juge des référés, G.P., 1991, p. 356.

في أمر بديهي هي بالضرورة منازعة غير جدية. إلا أن محكمة التعقيب في هذا القرار ولئن أكدت على أهمية الاستناد إلى الظاهر واستنتاج الأمر البديهي إلا أنها لم تبين مدى تأثير النقاش الذي يمكن أن يحصل أمام القاضي الاستعجالي على اعتماد الظاهر واستجلاء الأمر البديهي.

12- فكرة الإستناد إلى الظاهر من قبل القاضي الاستعجالي نجدها أيضا في القرار التعقيبي عدد 6108 الصادر بتاريخ 9 جوان 1981¹. ويتبين من خلال هذا القرار أن القاضي الاستعجالي في مستوى الدرجة الأولى والثانية قد استند إلى ظاهر الأوراق المقدمة من طالب الوسيلة المؤقتة. فظاهر الأوراق يفيد الاشتراك في الملك والاستبداد بالمشترك مما يعني مبدئيا أن طلب تعيين مؤتمن لإدارة المشترك هو طلب وجيه، لكن وقع الرد على هذا الطلب بأن الشركاء وعلى عكس ما يدعيه الطالب يتصرفون بمقتضى عقد هبة قاموا بتقديمه للقاضي الاستعجالي والذي استنتج بمجرد الإطلاع عليه بطلان الهبة لخلوها من رخصة الوالي المنصوص عليها آنذاك بالأمر المؤرخ في 1 جوان 1957 وقرّر استنادا إلى ذلك تلبية الطلب وتعيين مؤتمن لإدارة المشترك. فكان السؤال المطروح أمام محكمة التعقيب يتمثل في معرفة هل استنتاج البطلان فيه مساس بالأصل أم لا؟ وقد أجابت محكمة التعقيب عن هذا السؤال بالنفي ذلك أن إدراك البطلان في هذه الحالة حسب محكمة التعقيب "يعتبر من الأمور البديهية التي لا تتطلب نقاشا في الأصل"، وعلى ذلك الأساس تم إقرار التمشي الذي توخاه القاضي الاستعجالي وكذلك النتيجة التي توصل إليها. وتبرز أهمية هذا القرار في النقاط التالية :

¹ قرار تعقيبي عدد 6108 بتاريخ 9 جوان 1981، ن.م.ت. 1981، القسم المدني، ج II، صفحة 145.

أولاً : ما من شك في أنّ البطلان يخرج عن أنظار القضاء الاستعجالي¹ ولكنّ الطلب هنا لا يتعلّق بالإبطال وإنما بتعيين مؤتمن لإدارة المشترك واستنتاج البطلان كان نتيجة فحص لجديّة المنازعة في طلب تعيين المؤتمن، وهي نتيجة أمكن للقاضي الاستعجالي التوصل إليها بمجرد الاطلاع على عقد الهبة لذلك أشارت محكمة التعقيب إلى "الأمر البديهي" وإلى "مجرد النظر إلى العقد" وكذلك إلى "فقدان الوجود".

ثانياً : القاضي الاستعجالي استند إلى الظاهر واستنتج من خلاله البطلان ولكنّه لم يصرّح به بل استعمله فقط في تعليل قراره بقبول المطلب وهو ما أشارت إليه محكمة التعقيب بقولها : "وحيث تبين من مراجعة القرار المنتقد بعد أن استعرض وقائع القضية... راداً بخصوص كتب الهبة أنّه باطل بطلان مطلق لعدم اقترانه بالرخصة الإدارية...". وهذا التمشي لا يؤدي إلى المساس بالأصل، ذلك أنّ القاضي الاستعجالي قد استند إلى الظاهر ليستخرج النتائج التي ولئن تعلّقت بالأصل فهي تبدو بديهيّة وليست موضع شك². والقاضي الاستعجالي بمقتضى تعليله ذلك يكون قد تصوّر ما يكون عليه الحكم في الأصل لو كان ذلك العقد فيما بعد أمام قاضي الأصل ولا يعدّ ما قام به القاضي الاستعجالي مساساً بالأصل³.

¹ يراجع :

- J. NORMAND, Chronique : Jurisprudence française en matière de droit judiciaire privé, R.T.D. Civ. 1982, p. 195 : « annuler un acte, c'est procéder à une affirmation de droits, c'est trancher le fond ».

² P. RAYNAUD, obs. sous T.G.I. de Toulouse, R.T.D. Civ., 1972, p. 651.

³ « Préjuger le fond du droit ne veut pas dire le trancher définitivement » : J.J. BOURDILLA, Le référé dans le contentieux du droit des affaires, thèse, Montpellier, 1996, p. 836.

في نفس الاتجاه يراجع :

- G. COUCHEZ, note sous cass. 1^{ère} ch. Civ., 26 avril 1978, J.C.P., 1979, n° 19251.

ذلك أنّ استنتاج الأمر البديهي واعتماده في تعليل القرار ولئن كان فيه إشارة إلى الأصل، فهو يؤسّس الوسيلة المؤقتة المزمع اتّخاذها¹.

ثالثاً : الاستناد إلى الظاهر من قبل القاضي الاستعجالي يعني استخراج النتائج البديهيّة التي من شأنها أن تمثّل الأسس التي سينبني عليها قرار القاضي الاستعجالي ولهذه النتائج البديهيّة بالضرورة علاقة بالأصل ولكن يجب التمييز بين اعتماد هذه النتائج قصد التعليل وبين التصريح بهذه النتائج في منطوق القرار أو الحكم².

13- وفي خصوص الاستناد إلى الظاهر من قبل القاضي الاستعجالي في مرحلة أولى يمكن القول عموماً إنّ فقه القضاء قد أكّد ضرورة هذه المرحلة التي يمكن التوقّف عندها إذا أمكن من خلال هذا الظاهر استنتاج أمر بديهي يقع اعتماده في اتّخاذ القرار المتعلّق بالوسيلة المؤقتة³. ولكن تبقى مرحلة الاستناد إلى الظاهر

¹ يراجع :

- J. NORMAND, Chronique : Jurisprudence française en matière de droit judiciaire privé, R.T.D. Civ., 1975, p. 143 et s., p. 146 : « ... Le constat de l'évidence du droit revendiqué auquel est contraint le juge pour justifier sa décision n'est pas tellement éloignée de l'affirmation pure et simple de ce droit, il est nécessaire de ne point franchir le pas ».

² الحكم أو القرار في معنى ضيق يعني ما يحتويه منطوق ذلك الحكم أو القرار ، يراجع :

- G. CORNU, L'art du droit en quête de sagesse, P.U.F., Paris, 1998, p.241 : « Dans un sens étroit, la décision s'entend de ce que contient le dispositif ».

³ في هذا الاتجاه :

- قرار تعقيبي مدني عدد 5359 بتاريخ 28 جانفي 1982، مجلة القضاء والتشريع، 1983، عدد 2، صفحة 105 : في هذا القرار محكمة التعقيب تستعمل عبارة "عين الوثائق بالذات"، للتأكيد على ضرورة الاستناد إلى الظاهر.

- قرار تعقيبي مدني عدد 9598 بتاريخ 16 أفريل 1984، مجلة القضاء والتشريع، 1985، عدد 7، صفحة 99.

- قرار تعقيبي مدني عدد 14405 بتاريخ 24 فيفري 1986، ن.م.ت. 1986، القسم المدني، ج I ، صفحة 126 : في هذا القرار تشير محكمة التعقيب إلى "البحث العرضي" وإلى "ما ينطبع في الذهن للوهلة الأولى".

مرحلة أولى قد يتجاوزها القاضي الاستعجالي إلى مرحلة ثانية وهي مرحلة تقدير الظاهر.

ب - تقدير الظاهر :

14- الاستناد إلى الظاهر قد لا يؤدي إلى اليقين "منذ الوهلة الأولى"¹ فهل يمكن للقاضي الاستعجالي "تفحص" الظاهر و"التأمل" فيه و"تمحيصه" قصد تقدير مدى صحته وجديته ؟ أي هل يمكن عموماً للقاضي الاستعجالي تقدير الظاهر خاصة أن تقدير الظاهر يعني تجاوزه والبحث في ما وراءه ؟ وباستثناء بعض القرارات التعقيبية التي رفضت فيها محكمة التعقيب تقدير الظاهر من قبل القاضي الاستعجالي² فإنه يمكن القول أن الاتجاه العام لفقه القضاء يقرّ بسلطة القاضي الاستعجالي في تقدير الظاهر.

15- وقصد تأسيس سلطة القاضي الاستعجالي في تقدير الظاهر اعتمد فقه القضاء على طبيعة الوظيفة التي يقوم بها القضاء الاستعجالي وهي اتخاذ وسيلة مؤقتة تهدف إلى حفظ حق مهتد مستنتجا أن الوسيلة المؤقتة باعتبارها وسيلة لحفظ الحق لا يمكن أن تكون بمعزل تام عن أصل الحق الذي يستند إليه القاضي الاستعجالي عند اتخاذ الوسيلة المؤقتة. فالقاضي الاستعجالي يستند إذن إلى الأصل

- قرار تعقيبي مدني عدد 2712 بتاريخ 24 أكتوبر 2000، ن.م.ت. 2000، القسم المدني، ج II ، صفحة 257،

¹ هذه العبارة تستعملها محكمة التعقيب لتأكيد ضرورة الاستناد إلى الظاهر من قبل القاضي الاستعجالي.

² من ذلك مثلاً : - قرار تعقيبي مدني عدد 11185 بتاريخ 26 جوان 1974، مجلة القضاء والتشريع، 1974، عدد 10، ص 31.

- قرار تعقيبي مدني عدد 476 بتاريخ 18 مارس 1978، ن.م.ت. 1978، القسم المدني، ج I، ص 123.

ويمكنه بالتالي بل ويتعين عليه تفحص ما قدم إليه من مستندات والبحث في ما وراءها إذا لم تكن كافية بذاتها لاتخاذ الوسيلة المؤقتة.

تلك هي الفكرة الأساسية التي نجدها في القرارات التعقيبية التي أقرت سلطة القاضي الاستعجالي في تقدير الظاهر ومن أهم هذه القرارات القرار التعقيبي عدد 5803 الصادر بتاريخ 11 جوان 1981¹ الذي جاء فيه ما يلي :

"وحيث تضمن هذا الفصل (الفصل 201 من مجلة المرافعات المدنية والتجارية) أنه يقع النظر استعجالاً وبصفة مؤقتة في جميع الحالات بدون مساس بالأصل على معنى أن التحجير مقصود به ذات القضاء لا النظر في الأوراق والوثائق الذي هو في حدّ نفسه تفحصها وفهمها وتحليلها والوقوف على مدلولها كافة وكلها فإنه من أوجب واجبات القاضي على الإطلاق سواء كان متولياً الموضوع أو الوسيلة الوقتية أو الإذن البسيط على حدّ السواء ويكون الميل حينئذ إلى اعتبار القضاء الاستعجالي قضاءً مختصراً في غير الوقت وبعض الإجراءات أو قضاءً من درجة ثانية محض خطأ".

كذلك الشأن بالنسبة لقرار التعقيبي عدد 9598 الصادر بتاريخ 16 أبريل 1984² الذي جاء في حيزيته الرئيسية ما يلي : "وحيث تجدر الإشارة بادئ ذي بدء إلى أنه من المبادئ المسلم بها أن القضاء الاستعجالي يقوم على فكرة الحماية العاجلة التي من شأنها أن لا تهدر حقاً ولا تكسبه لذلك فالقاضي الاستعجالي وهو بصدد اتخاذ ما تتطلبه الحماية المقصودة لابد له من أن يوازن بين مركز كل من المدعي والمدعى عليه ويفاضل بينهما ثم يحدّد أيهما الأولى والأحق والأجدر

¹ قرار تعقيبي مدني عدد 5803 بتاريخ 11 جوان 1981، ن.م.ت. 1981، القسم المدني، ج II، صفحة 167.

² قرار تعقيبي مدني عدد 9598 بتاريخ 16 أبريل 1984، مجلة القضاء والتشريع، 1985، عدد 7، صفحة 99.

بالحماية القضائية وبالطبع فليس في إمكانه الوصول إلى ذلك دون أن ينفذ إلى واقع النزاع وحقيقة أمره".

ولابدّ من الإشارة هنا إلى القرار التعقيبي الهامّ الذي صدر بتاريخ 4 مارس 2002 تحت عدد 13226¹ وتكمن أهمية هذا القرار في تأسيسه الصريح لسلطة القاضي الاستعجالي في تقدير الظاهر على طبيعة الوظيفة التي يقوم بها القضاء الاستعجالي وربطه بين هذه الوظيفة وضرورة فحص المستندات والحجج ومناقشتها ربطاً وثيقاً يجعل من غياب هذه السلطة لدى القاضي الاستعجالي عائقاً يحول دون قيام القضاء الاستعجالي بوظيفته الأساسية والمتمثلة في اتخاذ وسائل وقتية تحفظ الحقوق وهو ما يمكن استنتاجه من خلال الحيثية الأولى لهذا القرار التي جاء فيها ما يلي :

"وحيث أنّ فحص حجج الخصوم ومناقشة كلّ ما يثار لدى القاضي الاستعجالي من دفعات للتحقق من جدّيتها وهل أنّ الخوض فيها من شأنه أن يؤدي إلى المساس بالأصل لا يتنافى مع اختصاص القضاء الاستعجالي وإلاّ صار هذا النوع من القضاء بدون جدوى طالما أنّه سيكون بإمكان الجميع لردّ الدّعوى الاستعجالية الموجهة ضدهم التمسك بالمساس بالأصل فإنّ هذا التمشي يفضي ولا شكّ إلى إفراغ هذه المؤسسة من محتواها وتجريدها من كلّ فاعلية على مستوى التعهّد والاختصاص إذ أنّ هذا التحجير مقصود به ذات القضاء بالحسم أصلياً في المنازعة أمّا النظر في الوثائق وفحصها وفهمها وتحليلها والوقوف على مدلولها فإنّه أمر واجب وضروري يتحمّله القاضي على الإطلاق سواء كان متولياً الموضوع أو الوسيلة الوقتية".

¹ قرار تعقيبي مدني عدد 13226 بتاريخ 4 مارس 2002، ن.م.ت. 2002، القسم المدني، ج 1، صفحة 312.

ويعتبر اليوم موقف فقه القضاء المتعلّق بإقرار سلطة القاضي الاستعجالي في فحص الحجج ومناقشتها وعموماً في تقدير ظاهر ما قدم إليه موقفاً يحظى بالإجماع في الفقه التونسي والمقارن¹.

16- ولكن يبقى التساؤل مطروحاً حول كيفية ممارسة القاضي الاستعجالي لهذه السلطة فهل يمارسها بنفس الطريقة التي يمارسها بها قاضي الأصل ؟ قبل مناقشة هذه المسألة لابدّ من التذكير بأنّ القاضي الاستعجالي محكوم بعنصر الزّمن فالسرعة في اتخاذ الوسيلة المؤقتة مطلوبة ولكن السرعة لا تعني التسرع².

وما يميّز القاضي الاستعجالي هو القدرة على التحكّم في الزّمن لتحقيق السرعة المطلوبة لحفظ الحق المهدّد وذلك دون تسرع من شأنه أن يؤدي إلى اتخاذ قرارات غير سليمة. ومن هنا يمكن الاستنتاج أنّ القاضي الاستعجالي يختلف عن قاضي الأصل في كيفية ممارسته لسلطة فحص الحجج ومناقشتها، ويعود هذا الاختلاف أساساً إلى السرعة الواجب توفرها في القضاء الاستعجالي. ويمكن من خلال هذا الاختلاف الأساسي بين القاضي الاستعجالي وقاضي الأصل استنتاج ما يلي :

¹ يراجع :

- محمد اللّجمي، اختصاص القضاء الاستعجالي، مجلة القضاء والتّشريع، 1991، عدد 2، صفحة 52.

- عبد الله الهلالي، في القضاء المستعجل، مجلة القضاء والتّشريع، 1984، عدد 2، صفحة 30.

- محمد علي راتب ومحمد نصر الدين كامل ومحمد فاروق راتب، قضاء الأمور المستعجلة، عالم الكتاب، القاهرة، صفحة 36.

- J. VINCENT, Les pouvoirs du juge en matière de provision, Etudes offertes à Pierre Kayser, T.II, 1979, p. 417 ; J.P. ROUSSE, Nature et Finalité de la mesure de référé, G.P., 1977, p. 250 ;

- J.F. BURGELIN, J.M. COULON et M.A. FRISON-ROCHE, Le juge des référés au regard des grands principes procéduraux, D. 1995, p. 67.

² J. BERTIN, Quand le juge des référés confond vitesse et précipitation, G.P., 1992, I, p. 242.

- تفحص القاضي الاستعجالي للظاهر ومناقشته يجب أن يكون تفحصا سريعا وهو ما أشارت إليه محكمة التعقيب في القرار الصادر بتاريخ 24 أكتوبر 2000 تحت عدد 2712¹ عندما استعملت فعل "يتحسس" في قولها أن القاضي الاستعجالي بإمكانه اتخاذ "كافة الوسائل الضرورية لحماية حقوق الطرفين ووضع الحلول التي تستقرّ معها العلاقة القانونية وله في سبيل أداء مأموريته هذه أن يتناول موضوع الحقّ ويتطرق إلى النزاع لبحث وجه الجدّة فيه على أن يكون بحثه هذا بحثا عرضيا يتحسس به ممّا يحتمل أن يكون هو وجه الصواب".

- سلطة تقدير الظاهر من جهة والسرعة من جهة أخرى يمكنان القاضي الاستعجالي من اعتماد وسائل استقرائية يراها ضرورية من ذلك الإذن بالحضور شخصيا والاختبار والتوجه على عين المكان "طالما كان القصد من وراء ذلك ليس الفصل في المنازعة الموضوعية وإنما اتخاذ التدبير المناسب في الدّعى المعروضة أمامه وبالسرعة المفترضة في تدخّله"².

17- وما يجب تأكيده هو أنّ سلطة القاضي الاستعجالي في تقدير الظاهر التي يستمدّها من طبيعة وظيفته هي سلطة محدودة. وفي حقيقة الأمر فإنّ حدود هذه السلطة هي انعكاس للحدود الموجودة بين وظيفة القاضي الاستعجالي وقاضي الأصل. وقد كانت مساهمة فقه القضاء في رسم هذه الحدود مساهمة متميزة وذلك لكون فقه القضاء قد انطلق لرسم هذه الحدود من الطبيعة المؤقتة للوسيلة المزمع اتخاذها من قبل القاضي الاستعجالي مؤكداً أنه لا يمكن بأيّ حال أن تكون الوسيلة المؤقتة غطاءً للقضاء في الأصل³.

¹ قرار تعقيبي مدني عدد 2712 بتاريخ 24 أكتوبر 2000، ن.م.ت. 2000، القسم المدني، ج 11، صفحة 257.

² طارق زيادة، القضاء المستعجل بين النظرية والتطبيق، المؤسسة الحديثة للكتاب، 1993، صفحة 147.

³ وهو ما أكد الفقه ضرورة تجنّبه :

واستنادا إلى هذا الأساس توصل فقه القضاء إلى وضع حلول لكثير من المسائل الدقيقة والمتعلّقة بحدود سلطة القاضي الاستعجالي في تقدير الظاهر.

من أهمّ هذه الحلول الحل المتعلّق بمسألة تأويل القاضي الاستعجالي للعقد. فما من شكّ في أنّ تأويل العقود هو اختصاص مطلق لقاضي الموضوع¹ ويخرج تماما عن أنظار القاضي الاستعجالي².

ذلك أنّ الهدف من التأويل عموما هو إستجلاء الحقيقة ويتجاوز تحقيق هذا الهدف مجرد اتخاذ وسيلة وقتية لأنّ في تحقيقه حسما في الأصل³، وهو ما يعني

- P. LORVELLEC, Remarques sur le provisoire en droit privé, Mélanges A. Weill, Dalloz, Paris, 1983, p. 385 : « *Le provisoire n'est plus alors qu'un masque puisqu'au lieu de préserver le futur, il l'anticipe* ».

¹ قرار تعقيبي مدني عدد 3146 بتاريخ 21 ماي 1981، ن.م.ت. 1981، القسم المدني، ج II، صفحة 57 :

"... يرجع تفسير العقد وتأويله وبيان مقاصد الطرفين إلى محكمة الموضوع".
في نفس الاتجاه :

- قرار تعقيبي مدني عدد 45123 بتاريخ 25 مارس 1997، ن.م.ت. 1997، القسم المدني، ج II، صفحة 53 .

- قرار تعقيبي مدني عدد 70792 بتاريخ 31 ديسمبر 1999، ن.م.ت. 1999، القسم المدني، ج II، صفحة 38.

- قرار تعقيبي مدني عدد 11302 بتاريخ 10 جانفي 2002، ن.م.ت. 2002، القسم المدني، ج II، صفحة 96.

² قرار تعقيبي مدني عدد 714 بتاريخ 13 ماي 1978، ن.م.ت. 1978، القسم المدني، ج II، صفحة 262 : "تأويل العقود وتفسيرها من المسائل الموضوعية من اختصاص محكمة الأصل دون القضاء الاستعجالي".

في نفس الاتجاه :

- قرار تعقيبي مدني عدد 2730 بتاريخ 13 سبتمبر 1978، ن.م.ت. 1978، القسم المدني، ج II، صفحة 69.

- قرار تعقيبي مدني عدد 93 بتاريخ 20 فيفري 1984، ن.م.ت. 1985، القسم المدني، ج I، صفحة 161.

³ وهو ما استقرّ عليه فقه القضاء والفقه في القانون المقارن. يراجع :

- B. MELIN – SOUCRAMANIEN, Le juge des référés et le contrat, Presse universitaire d'Aix – Marseille, 2000, p. 263, n° 420.

أن القاضي الاستعجالي لا يستند مبدئيًا إلا على العقود الواضحة أي العقود التي لا تكون في حاجة إلى التأويل . ومن هنا يمكن القول بأن القاضي الاستعجالي يحمي القوة الملزمة للعقد الواضح مما لا يعني غياب أي علاقة بين القاضي الاستعجالي والعقد¹.

من الحلول الهامة يمكن أيضا ذكر الحل المتعلق بمسألة التمسك بتجديد العقد لدى القاضي الاستعجالي وهي المسألة التي تثار بمناسبة تمسك أحد الأطراف برفضه لتجديد عقد محدد المدة أو بالتعبير عن إرادته في إنهاء عقد غير محدد المدة. وفي كلتا الحالتين فإن القاضي الاستعجالي إذا ما قرّر النظر في هذه المسألة فإنه سيتجاوز الظاهر وهو أمر مقبول مبدئيًا لكن هذا التجاوز سيؤدي إلى الإقرار الصريح بوجود التجديد أو عدمه وهو ما يعتبر حسما في الأصل. وقد كان القرار التعقيبي عدد 264 الصادر بتاريخ 21 أبريل 1977 في هذا الاتجاه². وتقيد وقائع النزاع التي أدت إلى صدور هذا القرار أنه كان على ملك السيد (م.هـ) فيلا قام بتسويغها للسيد (ع) لمدة عام من 30 سبتمبر 1973 إلى 30 سبتمبر 1974 وبعد انتهاء المدة بعدة أشهر 4 جانفي 1975 تقدم المالك للقضاء الاستعجالي بطلب قصد إخراج المتسوّغ من الفيلا موضوع عقد التسويغ وذلك لانتهاء المدة وقد لقي هذا الطلب القبول لدى قاضي الدرجة الأولى فاستأنفه المتسوّغ وقرّر قاضي الدرجة الثانية رفض المطلب بالاستناد إلى أنه "لا خلاف بين الطرفين في أن مطلب

¹ نفس المرجع، صفحة 345 :

« Que le juge des référés impose simplement le respect de l'évidence contractuelle ou qu'il garantisse le retour à la conformité de certains comportements qui contreviennent manifestement à une prétention fondée, il semble incontestable que l'effectivité des droits contractuelles bénéficie grâce à lui d'une protection efficace ».

² قرار تعقيبي مدني عدد 264 بتاريخ 21 أبريل 1977، ن.م.ت. 1977، القسم المدني، ج I، صفحة 237.

الخروج لانتهاء المدة وقع القيام به بعد انتهاء أمد التسويغ وبقاء المكثري يتصرف في المكثري مدة ثلاثة أشهر ونيف وقد تمسك المستأنف بالتجديد الضمني بعقد الكراء استنادًا إلى وقوع القيام بعد ثلاثة أشهر من انتهاء المدة مما يجعل هذه المعارضة جدية ويفضي البت في مسألة وقوع التجديد إلى التوغل في الأصل". وقد تبنت محكمة التعقيب هذه الحيثية بقولها ".... وهو تعليل قانوني مستند مما له أجل ثابت في الأوراق... طالما أن تمسك المستأنف بتجديد الكراء ضمنا يمثل نزاعا جديا يمنع القاضي الاستعجالي من النظر في طلب الخروج لمساس النزاع بالأصل....".

وما يجب ملاحظته من خلال هذا القرار هو أن القاضي الاستعجالي عندما قرّر رفض المطلب يكون في حقيقة الأمر قد علّق بصفة مؤقتة ممارسة المتعاقد طالب الخروج لحقه في رفض التجديد ريثما يقع الحسم في مسألة التجديد من عدمه من قبل قاضي الأصل وفي هذا التعليق محافظة على استمرارية الرابطة العقدية وحمايتها بصفة مؤقتة في حين أن قبول المطلب من قبل قاضي الدرجة الأولى يعني الحسم في مسألة التجديد بصفة "نهائية"، وهو ما لا يتماشى مع الطبيعة المؤقتة للوسائل التي يتخذها القاضي الاستعجالي.

18- وما يمكن استنتاجه عموما من خلال هذه الحلول هو أن حدود سلطة القاضي الاستعجالي في تقدير الظاهر هي حدود المجال الذي يتدخل فيه القاضي الاستعجالي والمعياري الذي يمكن اعتماده لعدم الخروج من هذا المجال هو البت في الموضوع بقصد الحسم فيه فإذا أدى تمشي القاضي الاستعجالي إلى الحسم في الموضوع يكون قد تجاوز المجال المحدد له ليتدخل في مجال قاضي الموضوع لذلك يتعين على القاضي الاستعجالي أولا الاستناد إلى الظاهر قصد استجلاء الأمر البديهي الذي تنتفي معه كل منازعة جدية ولا يعتبر إقرار الأمر البديهي من قبيل الحسم في الأصل. فالقاضي الاستعجالي هو "قاضي الأمور البديهية غير المشكوك

فيها¹. إلا أنه في غياب الأمر البديهي فإن القاضي الاستعجالي يمرّ في مرحلة ثانية إلى تقدير الظاهر مستمداً سلطته في ذلك من طبيعة وظيفته المتمثلة في اتخاذ وسائل مؤقتة للحفاظ على الحقوق المهددة. وتتميّز ممارسته لهذه السلطة عن كيفية ممارستها من قبل قاضي الموضوع نظراً لاختلاف الغاية التي يريد كلّ منهما الوصول إليها فتكون بالتالي سلطة تقدير الظاهر لدى القاضي الاستعجالي محدودة بالمجال الذي يتدخل فيه وهو مجال الوسائل المؤقتة.

19- هذه هي النتائج التي أمكن التوصل إليها من خلال التطرّق إلى مفهوم عدم المساس بالأصل من زاوية الطبيعة المؤقتة للوسيلة المزمع اتخاذها وهي نتائج تؤكد أنّ مفهوم عدم المساس بالأصل من حيث المحتوى يعني في معناه السلبي (المنع) عدم خروج القاضي الاستعجالي من حدود مجاله كقاضي الأمور المؤقتة والقطع في الموضوع قطعاً حاسماً كما يعني إمكانية الاستناد إلى الأصل بل استباق قاضي الأصل في ما هو بديهي وغير مشكوك فيه. أمّا من حيث الدور الذي يقوم به مفهوم عدم المساس بالأصل فهو تحديد المجال الوظيفي للقاضي الاستعجالي وتأكيد الطبيعة المؤقتة للوسائل التي يتخذها وهو ما سيبرز أيضاً من خلال التطرّق إلى مفهوم عدم المساس بالأصل على ضوء الطابع الخصامي للإجراءات لدى القاضي الاستعجالي.

¹ يراجع :

P. DRAI, Le juge des référés dans la société en 1980, in journées d'études et d'information du T.G.I. de Paris, oct. 1980, p. 36 : « Le juge des référés se présente comme le juge de l'évident et de l'incontestable ».

II - مفهوم عدم المساس بالأصل والطابع الخصامي لإجراءات القضاء الاستعجالي

20- يعتبر مبدأ المواجهة¹ من المبادئ الأساسية التي يقوم عليها قانون الإجراءات عموماً². وللمواجهة تعريفات كثيرة³ من أهمّها التعريف الذي اقترحه الكاتب الفرنسي L. Ascensi وهو أنّ المواجهة "هي حقّ أساسي لكلّ طرف في النزاع يتمثل في معرفة العناصر المتعلقة بالنزاع ومناقشتها"⁴. والإجراءات المتعلقة بالقضاء الاستعجالي لا تخرج عن هذا الإطار فهي إجراءات ذات طابع خصامي يحكمها مبدأ المواجهة⁵. لذلك فإنّ مناقشة المطلوب أو المدعى عليه لطلب المدعى

¹ حول مبدأ المواجهة يراجع :

M.A. FRISON-ROCHE, Généralités sur le principe du contradictoire, thèse, Paris II, 1998.

L. MUNIATO, Le principe du contradictoire en droit processuel, thèse, Toulouse I, 2003.

L. ASCENSI, Du principe de la contradiction, L.G.D.J., Paris, 2006.

² يراجع :

L. CADIET et E. JEULANDE, Droit judiciaire privé, Litec, 4^{ème} éd., Paris, 2004, p. 373 ; J. HERON et Th. LEBARS, Droit judiciaire privé, Montchrestien, coll. « DOMAT », 2^{ème} éd., Paris, 2002 ; G. BOLARD, Les principes directeurs du procès civil : Le droit positif depuis H. Motulsky, J.C.P. éd. G. I, 3693.

³ في خصوص هذه التعريفات وتقييمها يراجع :

L. ASCENSI, Du principe de la construction, L.G.D.J., Paris, 2006, p. 19 et s.

⁴ نفس المرجع، ص 144 :

« Le contradictoire est le droit fondamental des parties à une procédure de résolution d'un litige de se faire communiquer utilement les éléments présentés à l'auteur de la décision et de les discuter ».

⁵ وهو ما يمكن أن نستنتجه من خلال الفصول 203 و 204 و 205 و 206 من مجلة المرافعات المدنية والتجارية.

أو الطالب ومنازعته في طلبه هو فرض يجب أخذه بعين الاعتبار، ذلك أن المناقشة أو المنازعة تتعارض مبدئياً مع السرعة المطلوبة في اتخاذ الوسائل المؤقتة كما أنها تجعل من الحدود الفاصلة بين القاضي الاستعجالي والأصل صعوبة التحديد لذلك وقع التساؤل عن طبيعة المنازعة التي من شأنها أن تجعل القاضي الاستعجالي في حدود مجاله وكان الجواب هو المنازعة غير الجدّية مما يعني أن المنازعة الجدّية تفرض على القاضي الاستعجالي التخلّي لفائدة قاضي الموضوع¹. ولكن يتعيّن على القاضي الاستعجالي قبل ذلك البحث في جدّية المنازعة (أ). والقصد من هذا البحث هو التثبت من غياب المنازعة الجدّية ليكون القاضي الاستعجالي في حدود مجاله (ب).

أ - ضرورة البحث في جدّية المنازعة

21- من حقّ المطلوب أو المدّعي عليه لدى القاضي الاستعجالي أن ينازع في طلب خصمه ويدلي بما يراه مفيداً لذلك فيكون القاضي الاستعجالي مجبراً على فحص ما قدّم إليه ومن حقّ الطالب أو المدّعي أن يناقش دفوعات خصمه ويكون القاضي الاستعجالي مجبراً مرةً أخرى على فحص أجوبة ونقاش الطالب أو

¹ يعود هذا التساؤل في الزمن إلى أواخر القرن التاسع عشر وقد أجابت عنه محكمة التعقيب الفرنسية في قرار صادر بتاريخ 4 جانفي 1898 :

« Le juge des référés peut ordonner l'expulsion immédiate du locataire (...) s'il est de montrer que sa contestation n'est pas sérieuse ». Cass., req., 4 janvier 1898, D.P., 1899, I., p. 164.

ثمّ قام فقه القضاء الفرنسي بتطوير هذا المفهوم وقام المشرّع بتكريسه في مجلة الإجراءات المدنية سنة 1971. واستبعد البعض أن يكون هذا المفهوم قد حل محل مفهوم عدم المساس بالأصل

يراجع :

J. NORMAND, Chronique : Jurisprudence en matière de droit judiciaire privé, R.T.D. Civ., 1973, p. 160, n° 4.

في حين يرى آخرون أن هذا المفهوم أقصى مفهوم عدم المساس بالأصل وحل مكانه. يراجع :

J.P. ROUSSE, Feu le préjudice au principal, G.P., 1972, II, p. 539.

المدّعي أفلا نشعرنا هذا بأننا أمام قاضي الأصل ؟ مجرد شعور لأنّ القاضي الاستعجالي هنا بصدد البحث في مدى جدّية المنازعة وقد أكدت محكمة التعقيب في كثير من القرارات ضرورة البحث في جدّية المنازعة من قبل القاضي الاستعجالي ومن أهمّ هذه القرارات :

* القرار عدد 3703 الصادر بتاريخ 20 جويلية 1965¹، وقد جاء في هذا القرار أن "الحاكم الاستعجالي ... له أن يرفض مثل هذه الدفوعات إذا تبين له أنها غير جدّية" وفي ذلك إشارة واضحة إلى ضرورة التحري في جدّية المنازعة. إلّا أن أهمّية هذا القرار تتجاوز مجرد التأكيد على ضرورة البحث في جدّية المنازعة، ذلك أن محكمة التعقيب قد قامت في هذا القرار بالتمييز بين "الجدّية الظاهرة" و"الجدّية التي تتطلب التقدير".

* القرار عدد 11172 الصادر بتاريخ 25 جوان 1974²، وفي هذا القرار قرّرت محكمة التعقيب نقض قرار القاضي الاستعجالي لأنّه "أهمل الردّ على الدفوعات بطريقة تبرز الأسانيد الدّاعية إلى عدم الأخذ بها ومنها بالأخصّ جواب المعقّب عليها" وهو ما يعني أن محكمة التعقيب تؤكّد ضرورة التحري في الدفوعات المثارة لدى القاضي الاستعجالي وعدم الاكتفاء برفضها أو قبولها بل يجب إبراز أسانيد الرّفص أو القبول أي أن القاضي الاستعجالي يتعيّن عليه التعليل شأنه شأن قاضي الأصل لذلك جاءت الحيثية الأخيرة لهذا القرار كما يلي : "وحيث أن الضعف في التعليل يشكل خرقاً لأحكام الفصل 123 من مجلة المرافعات المدنية والتجارية ويحول دون ممارسة محكمة التعقيب لحقّها في مراقبة الأحكام".

¹ قرار تعقيبي مدني عدد 3703 بتاريخ 20 جويلية 1965، القضاء والتشريع، 1966، عدد 1، صفحة 31.

² قرار تعقيبي مدني عدد 11172 بتاريخ 25 جوان 1974، ن.م.ت. القسم المدني، ج III، صفحة 52.

* القرار عدد 11582 الصادر بتاريخ 1 أفريل 1976¹. وتكمن أهمية هذا القرار في كونه تعرّض لمسألة البحث في جدية المنازعة بصفة عامة وأساسية ذلك أنّ محكمة التعقيب قد أكدت أنّه "إذا لم يكن من حقّ قاضي الأمور المستعجلة النّظر في أصل الحقوق ثبوتاً أو نفياً فإنّه من الواجب عليه التعرّض لأدلة الدّعوى المقام بها لديه وإلى الدّفوع المثارة حولها والردّ عنها واستخلاص ما تهدف إليه من جدية في النزاع المقام بين الطرفين".

* القرار عدد 14403 الصادر بتاريخ 24 فيفري 1986². ويتميّز هذا القرار بجرأته في القول صراحة أنّه على القاضي الاستعجالي "البحث في الأصل" لكي يتحقّق من جدية المنازعة : "وحيث أنّه وإن كان عدم المساس بالأصل هو شرط إختصاص القضاء المستعجل فإنّه ليس محضوراً بصفة مطلقة ولكنّه على القاضي الاستعجالي البحث في أصل الحقّ لأنّ هذا من شأنه أن يشلّ يده ويمنع عليه البتّ في ما يطلب منه إذ لا يتصوّر أن يتمكّن من اتّخاذ الإجراء الوقتي المطلوب على وجه دون آخر إذا كان ممنوعاً من كلّ بحث في أصل الحقّ وفي المستندات المتعلّقة به ومن ثمّ فإنّ من واجبه متى أسفر الخلاف في قيام منازعة في أصل الحقّ المطلوب حمايته أن يتناول في نطاق حاجة الدّعوى المستعجلة تقدير مبلغ الجدّ في المنازعة".

* القرار عدد 2712 الصادر بتاريخ 24 أكتوبر 2000³. وفي هذا القرار إضافة متميّزة ذلك أنّ محكمة التعقيب وبعد تذكيرها بوجوب البحث في جدية

¹ قرار تعقيبي مدني عدد 11582 بتاريخ 1 أفريل 1976، ن.م.ت. 1976، القسم المدني، ج II، صفحة 155.

² قرار تعقيبي مدني عدد 14405 بتاريخ 24 فيفري 1986، ن.م.ت. 1986، القسم المدني، ج I، صفحة 127.

³ قرار تعقيبي مدني عدد 2712 بتاريخ 24 أكتوبر 2000، ن.م.ت.، 2000، القسم المدني، ج II، صفحة 257.

المنازعة وذلك من خلال التطرّق إلى الموضوع تشير إلى أنّ القاضي الاستعجالي يستنتج من خلال بحثه هذا "ما يمكن أن يكون عليه وجه الصّواب" أي التكهّن بما يكون عليه الحكم في الأصل¹.

* القرار عدد 13226 بتاريخ 4 مارس 2002². ويتميّز هذا القرار أولاً باستناده إلى فقه قضاء محكمة التعقيب السّابق له وخاصة القرار عدد 11582 الصادر بتاريخ 1 أفريل 1976 الذي يذكره صراحة وحسناً فعلت محكمة التعقيب ليس لكون القرار المستند إليه هو قرار هامّ كما سبقت الإشارة إلى ذلك فحسب وإنما للتأكيد على أنّ فقه قضاء محكمة القانون يتّجه في مسار واحد وهو ما من شأنه أن يجنب فقه القضاء التّضارب والتّباين. وهو يتميّز ثانياً بما يشعرنا به من أنّ محكمة التعقيب أرادت أن تبيّن بكلّ وضوح وبصفة تكاد تكون حاسمة أهمية الدور الذي يقوم به القاضي الاستعجالي في بحثه عن جدية المنازعة من خلال "فحصه" و"فهمه" و"تحليله" لما قدّم إليه شأنه في ذلك شأن قاضي الأصل لأنّه كما تقول محكمة التعقيب "أمر واجب وضروري يتحمّله القاضي على الإطلاق سواء كان متولياً الموضوع أو الوسيلة الوقتية".

22- ويمكن من خلال القرارات السّابق ذكرها استنتاج استقرار فقه القضاء في خصوص البحث في جدية المنازعة من قبل القاضي الاستعجالي لكن يبقى التساؤل مطروحاً حول الوسائل التي يعتمدها القاضي الاستعجالي في هذه

¹ يراجع :

B. MELIN – SOUCRAMANIEN, Le juge des référés et le contrat, Presse universitaire d'Aix – Marseille, 2000, p. 352 : « *Le juge des référés n'est plus totalement neutre à l'égard du fond du droit et il est alors possible d'affirmer qu'il le préjuge dans le sens où il laisse entrevoir qu'elle serait la décision probable du tribunal sur le fond de l'affaire* ».

² قرار تعقيبي مدني عدد 13226 بتاريخ 4 مارس 2002، ن.م.ت. 2002، القسم المدني، ج I، صفحة 312.

المهمة الدقيقة. وما من شك في أن فقه القضاء قد أتاح للقاضي الاستعجالي اعتماد "الوسائل الضرورية" قصد البحث في جدية المنازعة دون تحديد لهذه الوسائل. ولا يعقل مبدئيًا أن نجيز للقاضي الاستعجالي اعتماد وسائل تمكنه من البحث في مدى جدية المنازعة ثم إذا ما اعتمد هذه الوسائل نقول بأن في ذلك مساسًا بالأصل¹. وما يمكن ملاحظته بداية في هذا الإطار هو أن فقه القضاء عموماً يتحاشى التطرق صراحة إلى الوسائل التي يمكن للقاضي الاستعجالي اعتمادها وذلك بالرغم من تأكيد على أن القاضي الاستعجالي وقاضي الأصل سيان أمام واجب التحري والفهم والتحليل. ففقه القضاء يتجنب مثلاً التطرق إلى الإثبات وتحديدًا إلى وسائل الإثبات ويستعمل عبارات "الأدلة" و"الحجج" و"المستندات" ويمكن أن يكون مرد ذلك هو أن الإثبات يعني "إقامة الدليل لدى القاضي على وجود الحق"² والحسم في وجود الحق أو في عدم وجوده هو إختصاص مطلق لقاضي الموضوع. إلا أن ذلك لا يعني في الحقيقة أن العلاقة بين القاضي الاستعجالي والإثبات هي علاقة منعدمة. فالقاضي الاستعجالي يتخذ وسائل مؤقتة لحفظ الحق المهدد والذي يؤكد صاحبه وجوده بعدد الوسائل من أهمها الكتب. كذلك الشأن بالنسبة للإقرار ومثاله إقرار المطلوب أو المدعي بوجود حق الطالب وتجدر الإشارة في هذا الإطار أن محكمة التعقيب قد أقرت اعتماد القاضي الاستعجالي إقرار المطلوب بوجود الاشتراك والاستجابة لطلب تعيين مؤتمن عدلي على ذلك الأساس³. هذا في خصوص الإقرار غير الحكمي أما في خصوص الإقرار الحكمي فلا بد من التذكير

¹ يراجع :

G. BONNET et J.-M. MOUSSERON, Donner et retenir ne vaut, J.C.P., éd. E., Cah. Dr. Ent., n° 1, p. 23.

² محمد كمال شرف الدين، قانون مدني، النظرية العامة - الأشخاص - إثبات الحقوق، المطبعة الرسمية للجمهورية التونسية، 2002، صفحة 251.

³ قرار تعقيبي مدني عدد 79 بتاريخ 30 نوفمبر 1976، ن.م.ت. 1976، القسم المدني، ج III، صفحة 157.

بأن أحكام الفصل 428 من مجلة الالتزامات والعقود قد نصت صراحة على أنه "يطلق حكم الإقرار الحكمي على ما يصدر لدى حاكم لا نظر له في الدعوى أو في أثناء مرافعة أخرى" وهو ما يعني أن الإقرار الواقع لدى القاضي الاستعجالي هو إقرار حكمي. فما الذي يمنع القاضي الاستعجالي إذن من اعتماد الشهادة؟ هل في أحكام الفصل 92 من مجلة المرافعات المدنية والتجارية ما يمنع ذلك؟ أليس في سماع الشهادة ما يعين القاضي الاستعجالي على استجلاء الجدية من عدمه؟ قد لا يتسع المجال لمناقشة كل هذه الأسئلة إلا أنه يمكن التأكيد أن علاقة القاضي الاستعجالي بالإثبات هي علاقة موجودة وتستمد وجودها من الطابع الخصامي للإجراءات لدى القاضي الاستعجالي ومن ضرورة البحث في جدية المنازعات المتولدة عن هذا الطابع الخصامي لكي يقع التحقق من غياب المنازعات الجدية الأمر الذي يجعل القاضي الاستعجالي في حدود مجاله. وهي علاقة متميزة ينعكس عليها تميز وظيفة القضاء الاستعجالي ذلك أن الغاية التي يصبو إليها القاضي الاستعجالي من خلال بحثه وتحقيقه هو التأسيس لوجاهة الطلب المتعلق بالوسيلة المؤقتة أو عدم جاهته. لذلك أكدت محكمة التعقيب ضرورة التعليل من قبل القاضي الاستعجالي الذي يتعرض أثناء تعليله إلى مناقشات الخصوم والرد عليها وإلى الأسباب التي تؤسس لقبول الطلب أو رفضه وفي كل ذلك تطرق إلى الموضوع ولا يمكن أن يكون القاضي الاستعجالي مجبراً على تعليل قراره من جهة وأن يُمنع عنه التطرق إلى الموضوع من جهة أخرى. ولكن هل هناك ما يميز التعليل الذي يقوم به القاضي الاستعجالي؟ نعم، ما يميز تعليل القرار أو الحكم الاستعجالي هو أن التعليل هنا يدور حول طبيعة المنازعة إن كانت منازعة جدية أم غير جدية والتطرق للموضوع يُوظف لهذه الغاية.

23- ويمكن القول عموماً أن القاضي الاستعجالي له سلطة تقدير الوسائل التي يراها ضرورية للقيام بمهمته في البحث عن جدية المنازعة من عدمه بشرط

التعليل وهو ما أشارت إليه محكمة التعقيب في القرار عدد 11080 الصادر بتاريخ 26 فيفري 1976¹ بقولها : "حيث أن تقدير جدية الدفوع التي يتمسك بها الخصوم راجع لاجتهاد المحكمة وليس لمحكمة التعقيب حق إجراء مراقبتها في ذلك طالما كان رأيها معللاً من الوجهتين الواقعية والقانونية بما له أصل ثابت بالأوراق". ومن خلال هذه السلطة يتمتع القاضي الاستعجالي بمجال من "الحرية" في اعتماد الوسائل التي يقدر ضرورتها ونجاعتها في تحديد مدى جدية المنازعة وعلى هذا الأساس رأى البعض أن "القاضي الاستعجالي كأى قاضي يمكنه إجراء الأبحاث التي تثير له السبل، فإذا كانت الدعوى تتعلق بالخروج لعدم دفع الكراء وأجاب المكتري بأنه اضطرّ لدفع مصاريف متأكدة واجبة على المالك، فإن معاينة المحلّ قد تفيد القاضي الاستعجالي حول جدية الجواب الذي يتمسك به المكتري"². وما من شك في أن القاضي الاستعجالي لن يكون من خلال هذه "الأبحاث" بمعزل عن الموضوع أو الأصل ولكنها "أبحاث" لا تهدف إلى الحسم في الأصل بل للتأكد من طبيعة المنازعة التي يجب أن تكون منازعة غير جدية لكي يبقى القاضي الاستعجالي في حدود مجاله أما إذا كانت هذه المنازعة جدية فإنه يتعين على القاضي الاستعجالي التخلي لفائدة قاضي الأصل³.

¹ قرار تعقيبي مدني عدد 11080 بتاريخ 26 فيفري 1976، ن.م.ت.، 1976، القسم المدني، ج I، صفحة 87.

² عبد الله الهلالي، في القضاء المستعجل، مجلة القضاء والتشريع، 1984، عدد 2، صفحة 30.

³ يراجع : J. NORMAND, Chronique : Jurisprudence en matière de droit judiciaire privé, R.T.D.Civ., 1973, p. 160.

ب- ضرورة غياب منازعة جدية :

24- ماذا يعني غياب المنازعة الجدية؟ ولماذا يكون هذا الغياب ضرورياً؟ غياب المنازعة الجدية يعني مبدئياً أن الحق المطلوب حفظه هو حق موجود والتنازع في خصوص وجوده لن يفضي إلى القول بعكس ذلك أي أن غياب المنازعة الجدية هو ثبوت اليقين الذي يقابل الشك والحق المشكوك في وجوده لا يمكن أن يكون موضوعاً لطلب الحفظ بمقتضى وسيلة مؤقتة بل يتطلب تأصيلاً لوجوده. وهذا التأصيل لا يمكن أن يكون إلا بحكم قطعي. لذلك كان غياب المنازعة الجدية ضرورياً لتدخل القاضي الاستعجالي لأن القاضي الاستعجالي يتخذ وسائل مؤقتة لحفظ الحقوق ولا يقطع في أصل هذه الحقوق¹. وهذا ما يمكن إستنتاجه من خلال فقه القضاء الذي يمكن من خلاله أيضاً تقديم أمثلة لتوضيح وتدعيم هذا الاستنتاج.

25- ومن أهم ما يمكن ذكره في هذا الإطار هو ما جاء بالقرار التعقيبي عدد 8472 الصادر بتاريخ 6 فيفري 1973². وتفيد وقائع النزاع قيام شخصين بتأسيس شركة يتمثل موضوعها في بيع الوقود بمحلّ على ملك الشريك الأول الذي كانت مساهمته في هذه الشركة مساهمة نقدية في حين كانت مساهمة الشريك الثاني مساهمة بالعمل. ويبدو أن خلافاً وقع بين الشريكين لما ادعى الشريك الأول أن شريكه استبدّ بالتصرف في الشركة ولم يقم بإجراء الحساب معه كما أنه لم يقم بتمكينه من نصيبه في أرباح الشركة. واستناداً إلى ذلك لجأ الشريك الأول إلى

¹ يراجع :

P. ESTONI, La pratique des procédures rapides, 2^{ème} éd., Litec, Paris, 1998, p. 61 ; R. PERROT, L'évolution du référé, Mélanges P. Hébraut, Université des sciences sociales de Toulouse, Toulouse, 1981, p. 645.

² قرار تعقيبي مدني عدد 8472 بتاريخ 6 فيفري 1973، ن.م.ت.، 1973، القسم المدني، ج I، صفحة 89.

القضاء الاستعجالي قصد تعيين مؤتمن عدلي يتولّى السّهر على شؤون الشركة ريثما يقع الحكم في الأصل وكان ردّ المطلوب أنّ الشركة قد وقع حلّها وتأسّست بينه وبين الطّالب وغيرهما شركة أخرى كانت موضوع اندماج ولم تكن هذه المنازعة أمام قاضي الدرجة الأولى منازعة جدّية فقرّر الاستجابة للطّلب وتعيين مؤتمن عدلي. وقد تراءى لقاضي الدرجة الثانية عكس ذلك باعتبار أنّ السّؤال المطروح يتعلّق بمعرفة هل الشركة الأولى قد تواصلت استغلالها بعد تكوين الشركة الثانية أم هل وقع حلّها وتكوّنت على أنقاضها الشركة الجديدة وبالتالي فإنّ المنازعة في خصوص وجود الشركة من عدمه هي منازعة جدّية "لا دخل للقضاء المستعجل فيها" كما تقول محكمة الدرجة الثانية وهو نفس الاتجاه الذي ذهبت فيه محكمة التّعقيب بقولها "أنّ القرار أثبت وجود نزاع جدّي بين الطرفين يمسّ بأصل وجود الشركة واستمرارها إلى الآن واعتمد في قضائه برفض الوسيلة الوقتية على ذلك مثبتاً أنّه لما كان النزاع بين الطرفين يهدف إلى القول بوجود الشركة واستمرارها أو إلى انقطاعها، فهذا النزاع لا يعني القضاء الاستعجالي لما في ذلك من المساس بالأصل".

26- المنازعة الجدّية "لا تعني القضاء الاستعجالي" كما تقول محكمة التّعقيب، فلكي يتدخل القاضي الاستعجالي لابدّ من غياب المنازعة الجدّية لأنّ الحسم في منازعة جدّية هو حسم في الأصل وهذا ما تعنيه محكمة التّعقيب من خلال ربطها بين وجود المنازعة الجدّية والمساس بالأصل. فتحديد الطّابع الجدّي أو غير الجدّي للمنازعة يُمكن إذن من تحديد طبيعة الحكم أو القرار الذي يجب اتّخاذه وبالتالي القاضي المختصّ باتّخاذ هذا الحكم أو القرار، لذلك فإنّ وصف المنازعة المتعلّقة بوجود الشركة من عدمه بكونها منازعة جدّية يجعل الحسم في هذه المنازعة أمراً يتطلّب حكماً قطعياً يكون من اختصاص قاضي الموضوع ولو

تمّ وصف المنازعة بعكس ذلك لكانت الاستجابة لطلب اتّخاذ وسيلة مؤقتة ممكنة من قبل القاضي الاستعجالي.

ويُتّجه في هذا الإطار أيضاً ذكر القرار التّعبيبي عدد 3699 الصادر بتاريخ 14 أكتوبر 1981¹¹. وتفيد وقائع النزاع أنّ زوجين قاما بتسوية محلّ لفائدة شخص آخر وقد تحصّل الزوجان بعد ذلك على رخصة في إقامة طابق علوي فوق المحلّ موضوع عقد التّسوية، لذلك قاما بالتّنبية على المتسوّغة قصد مغادرة المحلّ في أجل أقصاه ستّة أشهر من تاريخ التّنبية وذلك طبقاً لأحكام الفصل السادس من قانون 18 فيفري 1976 المتعلّق بضبط العلاقات بين المالكين والمتسوّغين لمحلّات معدّة للسكن أو الحرفة أو الإدارة العموميّة. وتبعاً لرفض المتسوّغة مغادرة المحلّ بعد انقضاء الأجل قرّر المالك اللّجوء إلى القضاء الاستعجالي قصد إلزامها بالخروج وردّت المتسوّغة على ذلك بالقول أنّ التّنبية بالخروج هو تنبيه باطل وهو موضوع دعوى في الإبطال هذا بالإضافة إلى أنّ المتسوّغة قد تقدّمت إلى قاضي الموضوع بطلب تعيين خبير لتوضيح نوع الأشغال المزمع القيام بها ومدة إنجازها وهل أنّها تستلزم إخلاء المحلّ أو من الممكن القيام بها دون إخراج المتسوّغة. وبعد فحص هذه المنازعة تبين لقاضي الدرجة الأولى أنّها منازعة غير جدّية وألزم المطلوبة بالخروج من المحلّ موضوع عقد التّسوية وهو ما أقرّه أيضاً قاضي الدرجة الثانية. وبالرّغم من أنّ الوسيلة المؤقتة الذي اتّخذها القاضي الاستعجالي كانت مستندة إلى غياب المنازعة الجدّية إلّا أنّه لم يقدّر بإبراز الأسباب التي أدّت إلى إضفاء الصّبغة غير الجدّية على المنازعة وهو ما أشارت إليه محكمة التّعقيب بقولها أنّ القرار "كان معيباً وقاصر التّسبيب إذ لم يتأكّد لديه (أي القاضي الاستعجالي) قطعياً أنّ الأشغال التي سيقع إنجازها تقتضي

¹¹ قرار تعقيبي مدني عدد 3699 بتاريخ 14 أكتوبر 1981، ن.م.ت.، 1981، القسم المدني، ج III، صفحة 201.

حرمان المتسوّغ من الانتفاع بما هو ضروري لسكناه (...) وقد تبين من القرار المطعون فيه أنه خالٍ من التّصيص على أنّ الأشغال المزمع القيام بها يترتب عنها حرمان الطاعنة ممّا هو ضروري لسكنائها ومجرّد التعرّض إلى ذكر الأمثلة الهندسيّة دون بيان توفّر الشرط المذكور غير كافٍ للتعليل¹. لا يكفي إذن مجرد القول بأنّ المنازعة كانت غير جدية بل يجب التعليل¹. فالتعليل وجوبي في كلّ الحالات سواء كانت المنازعة جدية أم غير جدية ومن خلال هذا التعليل يُبين القاضي الاستعجالي الأسباب التي تجعله في حدود مجاله أو الأسباب التي تفرض عليه التخلّي لفائدة قاضي الأصل.

ويُتّضح ممّا سبق أنّ القاضي الاستعجالي يمكن أن يكون أمام "منازعة" وهذا أمر طبيعي ولكن "المنازعة" تفتح للقاضي الاستعجالي باب البحث في صبغتها وهو بحث يؤدي إلى إحدى نتيجتين، وجود منازعة جدية أو غياب منازعة جدية.

27- ولئن كان غياب المنازعة الجدية ضرورياً في تحديد مجال تدخل القاضي الاستعجالي عموماً فإنّ المشرّع قد أشار إليه صراحة في خصوص التسابقات الاستعجالية² التي وقع تنظيمها بالفقرة الثانية من الفصل 201 من مجلة المرافعات المدنية والتجارية والتي جاء فيها أنه "يجوز القضاء للطالب بضمان أو

¹ في هذا القرار استعملت محكمة التّعقيب عبارات "القرار المعيب" و"القصور في التسبيب" قصد التأكيد على "ضعف التعليل" أو "فقدانه". حول هذه العبارات ومراقبة التعليل بصفة عامة يراجع : N. BEN AMMOU, Le pouvoir de contrôle de la cours de cassation, Thèse d'Etat en droit, Faculté de droit et des sciences politiques de Tunis, 1996, p. 211 et s., sp. N° 460 et 461.

² في خصوص التسابقات الاستعجالية يراجع : G. COUCHEZ, Le référé provision : mesure un démesure, Mélanges P. Raynaud, Dalloz, Paris 1985, p. 162 ; C. DE CHATEAUVIEUX, Le référé provision : querelles et réalités, in la pratique du référé dans la juridiction civile de la région parisienne, P.U.F., Paris 1979, p. 15 ; A. DEBAMRIN, Les juges des référés promus juges du Fond, Ann. Loyers, 1986, p. 128.

بدونه بتسبقة إنّما لمجابهة مصاريف ذات صبغة معاشية وإمّا لحفظ حقوق وسماع متأكّدة بشرط أن يكون الطّلب مؤسساً على دين غير متنازع فيه بصفة جدية...¹. ومن مختلف صور التسابقات الاستعجالية التي جاءت بها هذه الفقرة يمكن القول عموماً أنّه يتعيّن على القاضي الاستعجالي التّثبت من غياب منازعة جدية في خصوص الدّين المطالب به لدى قاضي الأصل لكي يمكنه الحكم بدفع تسبقة من مجمل هذا الدّين.

28- إنّ غياب المنازعة الجدية يقابله وجود المنازعة الجدية وبين الغياب والوجود تقام الفواصل بين مجالي القضاء الاستعجالي وقضاء الأصل فهل يمكن القول انطلاقاً من ذلك أنّ المنازعة الجدية هي المعيار الذي يمكننا من تحديد مجال القضاء الاستعجالي ؟ وهل يمكن بالتّالي الإستغناء عن مفهوم عدم المساس بالأصل وتعويضه بمفهوم المنازعة الجدية ؟ وإذا كان ذلك ممكناً فما هي الفوائد التي يمكن تحقيقها ؟

للإجابة عن هذه الأسئلة لابدّ من التذكير بداية أنّ ظهور مفهوم المنازعة الجدية في فقه القضاء كان نتيجة الاجتهاد في تحديد محتوى مفهوم عدم المساس بالأصل، وذلك بالقول أنّ القاضي الاستعجالي إذا ما كان تجاه منازعة ثبتت جديتها فإنّه يمتنع عن الحسم فيها لأنّ ذلك يكون حسماً في الأصل ممّا يعني أنّ تدخل

¹ من بين تطبيقات هذه القاعدة يمكن ذكر الحكم عدد 21296 الصادر عن المحكمة الابتدائية بتونس بتاريخ 19 أفريل 2004 (غير منشور). بعد وقوع حادث مرور تقدّم المتضرّر بطلب تسبقة استعجالية وقد علّلت المحكمة استجابتها للطلب كما يلي : "... حيث لا جدال أنّ ما تعرّض له الطالب من بتر لرجله يكون قد عاق جسمه عن الحركة المادية فشله عن القيام بشؤونه على الوجه المعتاد.

وحيث أنّ تمكين الطالب من رجل اصطناعيّة من شأنه تمكين هذا الطالب إلى حدّ أدنى من تدارك فقدانه لإحدى وظائفه الجسمانية...". وحيث أنّ من شروط القيام في هذا الوجه (التسبقة الاستعجالية) أن يكون الدّين غير متنازع فيه...".

القاضي الاستعجالي لا يمكن أن يكون إلا في غياب المنازعة الجدّية لذلك اعتبر الفقه أن مفهوم المنازعة الجدّية من شأنه أن يؤدي إلى تبسيط مهمة القاضي الاستعجالي الذي يرفض التدخل كلما تبين له جدّية المنازعة¹.

ويستنتج من خلال هذا التحليل أمران على غاية من الأهمية، الأمر الأول يتعلّق بضرورة غياب المنازعة الجدّية وهو ما يجب على القاضي الاستعجالي التنبّه منه بعد البحث في طبيعة المنازعة ممّا يؤكد وجود العلاقة بين القاضي الاستعجالي والأصل. الأمر الثاني يتعلّق بما وراء غياب أو وجود المنازعة الجدّية وهو الحسم في الأصل فغياب المنازعة الجدّية يعني أنّ الحقّ المراد حفظه هو حقّ موجود يستنتج القاضي الاستعجالي وجوده من خلال غياب المنازعة الجدّية في حين أنّ المنازعة الجدّية تعني أنّ الحقّ بين الوجود والعدم ولا بدّ من القطع في مسألة وجوده من قبل قاضي الأصل. فالمعيار الفاصل إذن بين المجال الذي يتدخل فيه القاضي الاستعجالي ومجال قاضي الأصل ليس المنازعة الجدّية في حدّ ذاتها وإنما ما تخفيه المنازعة الجدّية من حسم أو قطع في الأصل والذي يمكنه وصفه فعلا بالمعيار لأنّ المعيار هو أداة للفصل تميّز بالوضوح ويسرّ الأعمال وثبوت النتائج. أليست هذه هي النتائج التي يوصلنا إليها تحديد محتوى ودور مفهوم عدم المساس بالأصل؟ لذلك اعتبر الفقه أنّ مفهوم المنازعة الجدّية لا يمثّل تغييراً لمفهوم عدم المساس بالأصل بل كلّ ما في الأمر أنّ مفهوم المنازعة يضيف شيئاً من الدقّة في تحديد مفهوم عدم المساس بالأصل².

¹ يراجع :

P. ESTOUP, La pratique des procédures rapides, 2^{ème} éd., Litec, Paris, 1998, p. 61.

² يراجع :

J. NORMAND, Chronique : jurisprudence en matière de droit judiciaire privé, R.T.D. Civ., 1973, p. 160.

ومن هنا يمكن القول أنّ الغموض الذي يعتري مفهوم عدم المساس بالأصل لا يمكن حلّه من خلال تعويضه بمفهوم لا يقلّ عنه غموضاً وهو مفهوم المنازعة الجدّية بل بتحديد صريح ودقيق لمحتوى مفهوم عدم المساس بالأصل من خلال ما توصّل إليه فقه القضاء من حلول تؤكد أنّ عدم المساس بالأصل يعني الامتناع عن القطع في الأصل وتبقى المنازعة الجدّية من أهمّ العناصر التي تساعد القاضي الاستعجالي في تحديد طبيعة قراره إن كان قراراً قاطعاً في الأصل أم لا وهو ما يعني أنّ الاختلاف بين القاضي الاستعجالي وقاضي الأصل هو اختلاف في طبيعة الحكم وتبقى علاقة القاضي الاستعجالي بالأصل علاقة موجودة ومتميّزة.

29- تلك هي مجمل الاستنتاجات التي أدّى إليها التطرّق إلى مفهوم عدم المساس بالأصل من زاوية الطابع الخصامي للإجراءات لدى القاضي الاستعجالي والتي تؤكد مرة أخرى أنّ محتوى مفهوم عدم المساس بالأصل هو في حقيقة الأمر منع الحسم في الأصل وأنّ دور هذا المفهوم هو تحديد المجال الوظيفي للقاضي الاستعجالي الذي لا يمكنه أن يقوم بمهمته وهو بمعزل عن الأصل. فعلاقة القاضي الاستعجالي بالأصل هي علاقة موجودة وأهمّية البحث قد لا تكون في تأصيل هذا الوجود بقدر ما تكون في تحديد مميّزات هذه العلاقة والتي يتّضح من خلال مفهوم عدم المساس بالأصل أنّها ليست من "العلاقات الخطيرة" التي تحدّث عنها الرّوائي الفرنسي دي لاكلو De Laclos في رائعته الشهيرة "العلاقات الخطيرة"¹...

¹ Les liaisons dangereuses est un célèbre roman écrit par Pierre CHODERLOS DE LACLOS en 1782. Cette œuvre littéraire majeure du XVIII^e siècle est considérée comme un chef d'œuvre de la littérature classique française.

القضاء العادي بإجراءات استعجالية

أحمد بن طالب

أستاذ محاضر في القانون الخاص

1- إذا كان الحق قديماً لا شيء يبطله ويوجب مراجعة النفس كلما بدا لها وجهه كما جاء في رسالة عمر الخالدة¹، فإنّ التّزليل العزيز ينبئنا أنّ الإنسان خُلِقَ مِنْ عَجَلٍ²، وأَنَّهُ كَانَ عَجُولاً³. ومن ثمّ معادلة دقيقة وصعبة في قول الحقّ والنّطق به بعد تمحيص وتروّ، والتّعجيل في الاستجابة لمطلب صاحبه في حمايته، فكان الإسراع في القضاء هاجساً مؤرقاً وملزماً لكلّ نظام قضائي مهما اختلفت مشاريعه ومناهجه⁴. وإذا كان هذا الإسراع مطلوباً في وضعيّات لا تتغيّر من أصل الحقّ وحفّ بها عنصر التأكّد، كان من السّهل اتّباع طريق إجرائيّة ميسّرة وسريعة للحصول على حمايته وهي سبيل القضاء الاستعجالي⁵. غير أنّ الأصل في

¹ انظر نصّ الرّسالة وشرحها مفصّلاً في : ابن قيم الجوزيّة، إعلام الموقّعين عن ربّ العالمين، مراجعة وتعليق طه عبد الرّؤوف سعد، دار الجيل، بيروت، الجزء الأوّل، ص 85 وما بعدها، انظر خاصّة ص 110 وما يليها.

² سورة الأنبياء، الآية 37.

³ سورة الإسراء، الآية 11.

⁴ انظر خصوصاً :

- S. GUINCHARD, M. BANDRAC, X. LAGARDE et M. DOUCHY, Droit processuel, droit commun du procès, Précis Dalloz, 1^{ère} éd., 2001, n° 421 et s, p. 530. – Droit et pratique de la procédure civile, sous la direction de Serge GUINCHARD, Collection Dalloz Action, 1998, n° 2186 et s. p. 511 et s.

⁵ انظر بوجه عام : أحمد الجندوبي وحسين بن سليمة، أصول المرافعات المدنيّة والتجاريّة، طبع شركة أوريبس، تونس 2001، ص 136 وما بعدها. – عبد الله الهلالي، في القضاء المستعجل، مجلّة القضاء والتّشريع (ق.ت) فيفري 1984. – نبيل إسماعيل عمر، أصول المرافعات المدنيّة، منشأة المعارف بالإسكندريّة، الطبعة الأولى 1986، فقرة 387 وما بعدها، ص 425.

المنازعات أن تكون أصلية وهي التي خصص لها القضاء العادي المبني أصلا على التروّي والتحرّي والتثبت والتّحقيق والتّديق بغية قول الحق - وما أدراك ما الحقّ! -.

2- لكنّ التروّي قد يكون مبعثا للبطء فكان لابدّ من سدّ ثغراته بأساليب مختلفة منها خاصة ضرب آجال استتهازية للمحكمة لحثّها على البتّ في وقت محدّد¹ أو في أسرع وقت كما في الفصل 61 من مجلة التّحكيم² أو تمكين المحكمة من اختصار آجال النّظر بصرف القضية لجلسة المرافعة إذا كانت مهتأة للفصل أو الإذن بالمرافعة الحينية إذا وُجد تأكّد أو غاب كلّ نزاع جدّي في أصل الحقّ لكونه ثابتا باعتراف أو بحجة رسمية أو انبنى على قرينة قانونية طبقا للفصلين 80 و 81 م.م.م.ت.³

- Mohamed Néjib REKIK, L'urgence en référé, mémoire de D.E.S., Faculté de droit et des sciences politiques de Tunis, 1976. - Jean VINCENT et Serge GUINCHARD, Procédure civile, Précis Dalloz, 25^{ème} éd., Paris 1999, n° 236 et s., p. 270 et s. - J.-F. BURGELIN, J.-M. COULON et M.-A. FRISON-ROCHE, Le juge des référés au regard des principes procéduraux, Dalloz 1995, chronique, p.67.

¹ ومثاله الفصل 126 ف2 م.م.م.ت. في نظر رئيس المحكمة الاستئنافية في وقف تنفيذ الحكم المحلي بالتنفيذ الوقتي : "... ويتعيّن أن يقضي في الموضوع في غضون الشهر....".

² هذا نصّ المادة الثانية من الفصل 61 من مجلة التّحكيم الموجّه إلى محكمة الاستئناف بتونس عند نظرها في الدّفع بعدم اختصاص هيئة التّحكيم : "ويجب البتّ في الموضوع في أسرع وقت وعلى كلّ حال في ظرف لا يتجاوز ثلاثة أشهر من تاريخ تقديم المطلب".

³ نصّ الفصلان 80 و 81 م.م.م.ت. على ما يلي :
الفصل 80 : "تحيل المحكمة لجلسة المرافعة القضايا التي ترى أنّها مهتأة للحكم في الأصل ويمكن أن تكون الجلسة في اليوم ذاته".

الفصل 81 : "يمكن للمحكمة أن تأذن بالمرافعة حيناً ودون لزوم لإجراءات أخرى إذا كانت القضية مؤسسة على اعتراف أو كتب رسمي أو على خطّ يد معرّف بالإمضاء به أو قرينة قانونية أو كان هناك تأكّد يوجب النّظر على وجه السرعة".

وفي هذا الإطار يندرج اللّجوء إلى الإجراءات الاستعجالية في القضاء العادي كوسيلة لتحقيق سرعة الفصل. ويعيّر المشرّع عن ذلك بصيغ متشابهة : "وتنظر المحكمة وفق الإجراءات المستعجلة /طبق إجراءات القضاء الاستعجالي/ طبقا للإجراءات المقرّرة في القضاء المستعجل..."¹

3- إنّ هذه الطريقة تمثّل توليفة قضائية جديدة استحدثت في منتصف القرن الماضي في مادة الأكرية التجارية² بموجب الفصل 30 من أمر 27 ديسمبر 1954³ المعوّض حاليا بالفصل 28 من قانون 25 ماي 1977⁴. ولكنّها لم تغزُ

¹ يجب الإشارة إلى ورود هذه الصّيغة في مجلة المرافعات المدنية والتجارية في الفصلين 172 و 201، الأوّل عند تنقيحه في 3 أبريل 1980 بالقانون عدد 14 لسنة 1980، والثاني إثر إتمامه بالقانون عدد 82 لسنة 2002 المؤرّخ في 3 أوت 2002، ولكن في الحالتين في سياق مختلف عن القضاء العادي بإجراءات استعجالية. وسيأتي شرحه لاحقا في المتن. انظر لاحقا فقرة 34.

² نفرض الحقيقة التاريخية الإشارة إلى أنّ الأكرية السكنية سبقت الأكرية التجارية في الخضوع لنوع القضاء المدروس وذلك سنة 1953 (أمر 17 ديسمبر 1953) بمناسبة تنقيح الفصل 36 من أمر 28 أكتوبر 1948 المتعلّق بضبط العلائق بين المسوّغين والمتسوّغين لمحلّات السكنى والمحلّات المعدة لتعاطي الحرفة والذي أسند الاختصاص في بعض نزاعات الكراء للرئيس المحكمة المدنية بالجهة الكائن بها العقار فيما يتعلّق بالنزاعات الرّاجعة بالنظر للمحاكم الفرنسية. ويتعهّد الحاكم بالقضية ويحكم فيها حسب الكيفية المنصوص عليها في النوازل الاستعجالية...". لكنّ هذا النصّ زال بمفعول إلغاء المحاكم الفرنسية سنة 1957 (اتفاقية 9 مارس 1957 وأمر 24 جوان 1957)، ولم تق له إلّا قيمة تاريخية، خصوصا أنّ المحاكم التونسية لم تخرج أبدا عن الأحكام العامة للمرافعات في نظر نفس النزاعات لا في ظلّ أمر 1948 ولا في ظلّ القانون الحالي عدد 35 لسنة 1976 المؤرّخ في 18 فيفري 1976 القاضي فصله 33 في فقرته الأولى بأن تجري الأبحاث في كلّ النزاعات المتعلّقة بتطبيق هذا القانون ويحكم فيها حسب مقتضيات القانون العامّ.

³ أمر منشور بالرائد الرّسمي التّونسي عدد 104 بتاريخ 28 ديسمبر 1954، ص 165.

⁴ هو القانون عدد 37 لسنة 1977 المؤرّخ في 25 ماي 1977 المتعلّق بتنظيم العلائق بين المسوّغين والمتسوّغين فيما يخصّ تجديد كراء العقارات أو المحلّات ذات الاستعمال التجاري أو الصناعي أو المستعملة في الحرف، الرائد الرّسمي للجمهورية التونسية (رائد رسمي) عدد 38 بتاريخ 31 ماي و 3 جوان 1977، ص 1549. أنظره أيضا مقارنا بأمر 27 ديسمبر 1954 السّابق في : رشيد الصّبّاغ، الملكية التجارية، الأحكام الجديدة في القانون عدد 37 لسنة 1977 المؤرّخ في 25 ماي 1977، طبع شركة فنون الرّسم والنشر والصحافة، الطبعة الثانية، تونس 1986، ص 165.

عين الملاحظ إلا مع مطلع الألفية الثالثة حين أخذت تطبيقاتها تتزايد خصوصا في الميدان التجاري الذي تعتبر السرعة من أكبر مميزاته، وذلك أولا بفضل مجلة الشركات التجارية التي كرستها في خمسة مواضع إثنين في باب شركة الشخص الواحد واثنين في الشركة ذات المسؤولية المحدودة¹ وواحدة في باب شركة المقارضة بالأسهم (الفصل 393)، وثانيا بفضل قانون إنقاذ المؤسسات التي تمر بصعوبات اقتصادية بعد تنقيحه سنة 2003 (الفصل 15 منه)².

وكادت التوليفة القضائية المذكورة تعتبر اختصاصا تجاريا لولا أن مشرع الأحوال الشخصية ارتأى تبنيها سنتي 2006 و2008 بخصوص زيارة المحضون وسكنى الحاضنة³.

4- وقد كان الأمر قائما على تفريق واضح بين نوعي القضاء المدني والتجاري ونعني القضاء العادي والقضاء الاستعجالي. ولكل إجراءاته. فالقضاء العادي يتم بإجراءات عادية ويقصد به أساسا قضاء المحكمة الابتدائية في الدرجة الأولى ومعها محاكم النواحي ودوائر الشغل مع مراعاة خصوصياتها، وقضاء محكمة الاستئناف في الدرجة الثانية. والقضاء الاستعجالي يسير بإجراءات

¹ أضيفت صورتا هذه الشركة في الفصلين 127 و128 إثر تنقيحهما بالقانون عدد 65 لسنة 2005 المؤرخ في 27 جويلية 2005، راند رسمي عدد 61 بتاريخ 02 أوت 2005، ص 2084.

² هو القانون عدد 34 لسنة 1995 المؤرخ في 17 أفريل 1995، راند رسمي عدد 33 بتاريخ 25 أفريل 1995 ص 792، وقد نَقَحَ مرة أولى في 15 جويلية 1999 (القانون عدد 63 لسنة 1999) وثانية بالقانون عدد 79 لسنة 2003 المؤرخ في 29 ديسمبر 2003 (راند رسمي عدد 104 بتاريخ 30 ديسمبر 2003، ص 3929)، وقد نتج عنها تضمين الفصل 15 صيغة القضاء العادي بإجراءات استعجالية.

³ انظر القانون عدد 10 لسنة 2006 المؤرخ في 6 مارس 2006 المتعلق بإتمام أحكام مجلة الأحوال الشخصية (الفصلين 66 و66 مكرّر)، راند رسمي عدد 20 صادر في 10 مارس 2006، ص 1013 والقانون عدد 20 لسنة 2008 المؤرخ في 4 مارس 2008 المتعلق بتنقيح بعض أحكام مجلة الأحوال الشخصية (الفصل 56)، راند رسمي عدد 21 صادر في 11 مارس 2008، ص 1004.

استعجالية تتبّع في حالات التأكد وبشرط عدم المساس بالأصل كقاعدة عامة مع وجود صور خاصة¹.

وكان هذان القضاءان يمثلان خطين متوازيين قضاء وإجراءات إلى درجة أنه لم يكن هناك أي معنى للتفريق بين هذين المكونين في نوعي القضاء المدني. غير أن الحديث عن سحب إجراءات القضاء الاستعجالي على القضاء العادي فرض تفرقة جديدة في صلب القضاء الاستعجالي بين ما هو قضاء وما هو إجراءات. ومن ثم تعدّد تصنيف القضاء الاستعجالي نفسه وأصبح الفقه يتحدث عن قضايا مستعجلة لا عن قضاء واحد. وأطلقت تسمية القضاء العادي بإجراءات استعجالية على القضاء الأصلي الذي يرمي إلى استصدار حكم في الأصل له قوة اتصال القضاء لكن باتّباع إجراءات القضاء الاستعجالي. وهذا ما يفسّر تسمية الفقه الفرنسي لهذا الإجراء بأسماء ثلاثة يعبر كلّ واحد منها عن وجه من أوجه المزج الذي يحققه هذا النوع من القضاء بين القضاء العادي والقضاء الاستعجالي، فيطلقون عليه تسمية الاستعجال الإجرائي Le référé procédural في إشارة إلى الاقتصار على الإجراءات الاستعجالية دون أصل القضاء، ويسمّونه الاستعجال الشكلي Le référé en la forme في إشارة إلى أنه ليس له من القضاء الاستعجالي إلا الشكل أمّا في روحه فهو قضاء أصلي، كما يسّمونه الاستعجال الأصلي Le référé au fond لتوضيح أن الحكم فيه أصلي يمسّ بأصل الحقّ وليس حكما استعجاليا.

¹ انظر في عرض جانب هام من هذه الصّور : محمد اللّجمي، اختصاص القضاء الاستعجالي، مجلة القضاء والتشريع، فيفري 1991، ص 37. - محمد الشريف، القضاء الاستعجالي، في القضاء الابتدائي، نشر كلية الحقوق والعلوم السياسية بتونس، مجموعة لقاءات الحقوقيين، العدد السابع، تونس 1999، ص 299.

5- ويثير هذا المزج بين نوعي القضاء على هذا النحو ملاحظتين أساسيتين :
الأولى أنه ينم عن إقرار تشريعي خفي بصعوبة تلافي بطء الإجراءات العادية إلى حد الخروج إلى هذه الاستعارة المفضية إلى مزج نوعين متوازيين من القضاء المدني.

والثانية، وهي أهم وأخطر، أن المزج المشار إليه يدل على أن التوازي بين القضاء العادي والقضاء الاستعجالي ليس مطلقا. وأنه إذا أمكن سابقا وجود ثغرات محدودة نفذ منها تداخل بينهما سواء في اتجاه تقليل بطء القضاء العادي بالإسراع بإجراءاته في حالات التأكد¹ وكذا في تنفيذ أحكامه (النفاذ الوقتي)² أم في اتجاه مساس الحكم الاستعجالي أحيانا بأصل الحق إذا كانت الوسيلة الوقتية المحكوم بها ذات طابع نهائي أو مغير لأصل الحق كبعض قضايا الخروج إن لم يدفع³ أو التسبقات الاستعجالية الحديثة⁴، فإن القضاء العادي بإجراءات استعجالية ليس مجرد ثغرة للوصول بين نوعي القضاء وإنما هو جسر كبير ممتد بينهما هدفه الإسراع بتحقيق القضاء العادي.

6- وهو من هذه الناحية أيضا أشد خطورة وتعقيدا من بقية الوسائل والتقنيات المستنبطة لتحقيق السرعة لأنه على خلاف كل الوسائل الأخرى لا يقف عند استنهاض المحكمة أو استحثائها في الإسراع بالفصل، وإنما يتوجه بالخطاب إلى الجميع أي المحكمة والمتقاضين لإلزامهم جميعا بتطبيق نظام قانوني إجرائي متكامل هو نظام الإجراءات الاستعجالية وسحبته على القضاء العادي. ومن هنا

¹ راجع الفصلين 80 و 81 م.م.ت.

² انظر الفصلين 125 و 126 م.م.ت. وفي التنفيذ الوقتي عموما : بشير الفرشيشي، التنفيذ المؤقت أو الوقتي، في القضاء الابتدائي، مرجع سابق، ص 155 - لطفي بن جدو، التنفيذ الوقتي للأحكام العدلية، رسالة تخرج من المعهد الأعلى للقضاء، 1991-1992.

³ انظر عماد فرحات، دعوى الخروج إن لم يدفع، مداخلة في هذا الكتاب.

⁴ انظر حاتم الرواتب، التسبقات الاستعجالية، مداخلة في هذا الكتاب.

تطرح علاقة نفسها بكل إلحاح بخصوص مدى التأثير المتبادل بين عنصري هذه التركيبة بحيث تصل إلى حد التساؤل عن خلق صنف قانوني جديد : فهل يمثل القضاء العادي بإجراءات استعجالية صنفا قانونيا مستقلا أم مجرد تقنية إجرائية داخل الصنفين القائمين أي صنف القضاء العادي والقضاء الاستعجالي ؟

7- إن الجواب عن هذه الإشكالية يكمن في سبر عنصري الموضوع من خلال البدء بالبحث في تحديد حالات القضاء العادي بإجراءات استعجالية وضبط كل صوره المكونة لمجاليه (الجزء الأول) ثم النظر، على ضوء المجال المحدد، في الإجراءات الاستعجالية المنطبقة عليه : ماذا يقصد بها وماذا تشمل ولا تشمل وإلى أي حد تقف هذه الإجراءات : أي ما خلاصته نظام هذا القضاء (الجزء الثاني).

الجزء الأول : مجال القضاء العادي بإجراءات استعجالية

8- يبين الاطلاع على مجمل النصوص المشار إليها في المقدمة أن القضاء العادي بإجراءات استعجالية يكاد ينحصر في الميدان التجاري، لكنه لا يختص به بدليل تكريسه أخيرا في مجلة الأحوال الشخصية. وتعتبر الصور المذكورة المكون الحقيقي لهذا الشكل من القضاء يتجه البدء بعرضها -I- ثم مناقشتها -II-.

I - عرض الصور :

9- ليس المقصود من هذا العرض مجرد تعداد لصور القضاء العادي بإجراءات استعجالية وإنما التأمّل فيها وتدبر ما تعكسه من مقومات ومعايير تمنح القضاء المدروس ذاتيته المميزة، وذلك من خلال إبراز كيف أنه قضاء عادي أي قضاء أصل لا قضاء استعجالي، وكيف أنه ينتهي بحكم في الأصل لا بحكم وقتي

في وسيلة وقتية، وكيف أنه ليس استعجالياً إلا من الناحية الإجرائية، ولماذا خرج فيه المشرع عن الإجراءات العادية إلى الإجراءات الاستعجالية.

وهذا ما يتجه بيانه في كل الصور تبعاً لتوزيعها حسب مادتها، وهي تتعلق بالميدان التجاري أولاً (أ) وبميدان الأحوال الشخصية ثانياً (ب).

أ- الميدان التجاري :

10- في الميدان التجاري صور تتعلق بالملك التجاري والشركات التجارية وإنفاذ المؤسسات المارة بصعوبات اقتصادية.

1 - صور الملك التجاري (الفصل 28 من قانون 1977) :

11- ينص الفصل 28 من قانون الأكرية التجارية عدد 35 لسنة 1977 المؤرخ في 25 ماي 1977 في فقرته الأولى على ما يلي : "إذا قبل المسوّج التجديد وكان النزاع يتعلق بالثمن أو بالمدة أو بالشروط الثانوية أو بجملة هذه العناصر فإن الطرفين المتعاقدين يحضران مهما كان مبلغ الكراء أمام رئيس المحكمة الابتدائية بالجهة الكائن بها العقار أو أمام الحاكم الذي ينوبه وهو الذي يتعهد بالقضية ويبت فيها حسب الإجراءات المقررة في القضايا الاستعجالية".

وتعرف الدعوى التي ينظمها هذا النص بدعوى تعيين الشروط الجديدة، أي شروط التسويغ الواقع تجديده أو إبرامه من جديد، ولذلك يسحب المشرع نفس الإجراءات عند تعيين الشروط المذكورة في حالة ممارسة المتسوّج لأولوية الكراء بعد استرجاع المحل من مالكه لهدمه وإعادة بنائه (الفصل 10 من قانون 1977) وكذلك في حالة تجديد الكراء بعد رفضه والحكم على المالك بغرامة الحرمان طبق الفصل 30 فقرة 2 من قانون 1977.

ومن الواضح في هذه الدعوى بكل حالاتها أنها دعوى أصلية يتصل موضوعها بأصل الحق المستمد من أصل العلاقة التسويغية لتعلقه بمعين الكراء أو بالمدة وهما ركنان للكرء، أو بالشروط الثانوية وهي محور اتفاق الطرفين ومضمون بنوده التي يؤول الإخلال بها إلى النيل من أصل الكراء بفسخ أو رفض تجديد أو غيره... وهذه كلها مسائل أصلية تتطلب الحسم في الأصل وبوجه يتصل به القضاء فتخرج بطبيعتها عن نظر القاضي الاستعجالي عملاً بالفصل 201 م.م.م.ت. ولا يكون القاضي المتعهد بها إلا قاضياً في الأصل لا في اتخاذ وسيلة وقتية.

12- والملاحظ أن قانون 1977 لم يقصر نظام الفصل 28 على دعوى تعيين الشروط الجديدة، بل سحبه على كل دعوى مماثلة تهم غرامة الحرمان أو معين الكراء. ومن ثم فإن قاضي الملك التجاري ينظر وفق إجراءات القضاء الاستعجالي في دعوى غرامة الحرمان الوقفية (الغرامة على الحساب) طبق الفصل 19، بما فيها غرامة الحرمان عند الاسترجاع للبناء على معنى الفصل 9 وعند استرجاع عقار دولي أو بسبب المصلحة العامة حسب الفصل 16.

كما ينظر في دعاوى معين الكراء الرامية إلى الزيادة فيه لتسويته بمبلغ الكراء الثاني طبق الفصل 20، أو إلى تعديله عند تغير الحالة الاقتصادية أو وجود شرط السلم المتغير أو إحالة الملك التجاري طبق الفصول 24 و25 و26، أو أخيراً إلى تعيينه بصفة وقتية أثناء نشر القضية عملاً بالفصل 29 في فقرته الأولى من قانون 1977¹.

وتثير هذه الحالة الأخيرة تساؤلاً عن مدى اعتبارها قضية أصلية وإن لم تكن في حقيقتها دعوى استعجالية صرفة رامية إلى الحكم بوسيلة وقتية؟ وفي

¹ انظر بمزيد التفصيل في عرض هذه الدعاوى : رشيد الصبّاح، الملكية التجارية، مرجع سابق، ص 89 وما يليها. - جريدة فيقة، دائرة الملك التجاري، في القضاء الابتدائي، مرجع سابق، ص 331، خاصة ص 336 وما يليها.

الجواب نلاحظ أن الوسيلة الوقتية يبررها عادة وجود تأكد لم يشترطه المشرع في الفصل 28، كما أن ثمن الكراء المعين بصفة وقتية هو ثمن تقريبي لما سيحكم به نهائياً وبالتالي فهو ثمرة تعيين أصلي مسبق وليس مجرد الحكم بتسوية على الحساب على غرار التسويات الاستيعالية موضوع الفصل 201 فقرة 2 م.م.ت. وعلى كل، وحتى على فرض طبيعة الثمن الوقتية فإن إسناده النظر فيه لقاضي الأصل مبرر بوحدة الاختصاص وتوحيد الإجراءات تجنباً لتشتيت القضية (بين محكمة أصل وقاض استيعالي) والتسبب في نزاعات اختصاص يفوت بها المقصود من النص خصوصاً أن قاضي الملك التجاري سينظر وفق الإجراءات الاستيعالية.

13- وبعد اتباع هذه الإجراءات مبرراً بخطورة نزاع الكراء التجاري وتأثيره البالغ في الملكية التجارية لأن الحق في تجديد الكراء التجاري هو من أبرز عناصر الأصل التجاري المعنوية¹ وقد يؤدي عدم التجديد إلى اضمحلاله مع ما يترتب عن ذلك من عواقب وخيمة على النشاط التجاري وعلى حقوق الدائنين. وهذه كلها معطيات توجب النظر على وجه السرعة برغم الطبيعة الأصلية للمسائل المنظورة.

ومثل هذا يقال في الشركات التجارية.

2- صور الشركات التجارية :

14- تتوزع هذه الصور بين الشركة ذات المسؤولية المحدودة وشركة الشخص الواحد وشركة المقارضة بالأسهم.

¹ انظر بمزيد التفصيل :

- Nadhir BEN AMMOU, Droit commercial (I), Les actes de commerce, les commerçants, le fonds de commerce, Cours correspondant au programme de la troisième année de la maîtrise en droit, Faculté de droit et des sciences politiques de Tunis, 2004-2005, p. 97 et s.

1.2- الشركة ذات المسؤولية المحدودة (الفصلين 127 و128 م.ش.ت):
15- الشركة المقصودة هنا هي الشركة ذات الشركاء المتعدين موضوع العنوان الثاني من مجلة الشركات التجارية (الفصول من 93 إلى 147) وفيها صورتان أضافهما تنقيح 27 جويلية 2005¹ للفصلين 127 و128 على إثر النقد الموجّه إلى نظر القضاء الاستيعالي في الفصلين المذكورين المتعلقين بمسائل أصلية يفترض أن تكونا من أنظار قضاء الأصل لكن بإجراءات استيعالية². وهذا نظر صحيح أصاب المشرع في الاستجابة له لأن أول الفصلين يتعلق بإبطال جلسة عامة عادية أو خارقة للعادة تمت دعوتها خلافاً للصيغ القانونية الواجب مراعاتها طبق الفصلين 126 و127 م.ش.ت. ومن البين أن البطلان ليس وسيلة وقتية حتى يتخذها قاض استيعالي بل هو جزاء يترتب عن مخالفة القانون ويوجب الرجوع إلى حالة سابقة على التصرف الواقع بإطلاله. كما أنه من المتحتم النظر على وجه السرعة في مثل هذه القضايا لا يتأثر بها سير الشركة وتسييرها وحتى يتمكن الشركاء من ممارسة حقوقهم في الوقت المناسب والاهتمام بمستقبل الشركة لا الوقوف عند نزاعات ماضية. ولذلك غير المشرع الفقرة الثالثة من الفصل 127 م.ش.ت. كما يلي "ولكل شريك الالتجاء إلى القضاء لطلب الحكم ببطلان جلسة عامة تمت دعوتها للانعقاد خلافاً للصيغ القانونية إلا إذا كان جميع الشركاء أو من يمثلهم حاضرين بها. وتتعهّد المحكمة بدعوى البطلان وتنتظر فيها وفق إجراءات القضاء الاستيعالي".

وإذا دعيت الجلسة العامة العادية للانعقاد والتأمت، ولكن المداولات لم يتم فيها على مقتضى الأحكام المسطرة بالفصل 128 م.ش.ت. فإن هذه المداولات

¹ تنقيح مشار إليه سابقاً، هامش 13.

² انظر خصوصاً :

- Samir KOLSI, Essai sur l'intervention du juge dans la vie des sociétés, R.T.D. 2003, p. 137 et s. spéc. p. 157.

تكون عرضة لنفس مصير الجلسة العامة نفسها كما تقدّم شرحه وفي ظلّ نفس الظروف والمبررات، وهو ما أصبح يوجب صريح الفقرة 6 من الفصل 128 م.ش.ت. : "وتتعهّد المحكمة بدعوى بطلان المداولات المتخذة خلافاً للأحكام المشار إليها أعلاه وتتنظر فيها طبق إجراءات القضاء الاستعجالي". وبهذا التصويب يؤكد المشرّع النهج الذي اختطّه من البداية في شركة الشخص الواحد.

2.2 - شركة الشخص الواحد (الفصلين 156 و 157 م.ش.ت.)

16- في هذه الشركة صورتان تتعلّقان بانحلالها وإحالتها.

17- فبالنسبة إلى انحلال الشركة ينصّ الفصل 157 فقرة أولى م.ش.ت. على ما يلي : "تحلّ الشركة ب وفاة الشريك الوحيد أو بفقدانه الأهلية أو بتفليسها. ويمكن لكلّ معني بالأمر أن يلجأ إلى المحكمة لطلب حلّ الشركة وتعيين مصفّ لها. وتتنظر المحكمة في المطلب وفق الإجراءات المستعجلة".

ويفهم من هذا النصّ أنّه يتعلّق بمسألة أصلية تتمثّل في حلّ الشركة قبل تعيين مصفّ. ولو اقتصر الأمر على المصفّي لأسند الاختصاص للقاضي الاستعجالي والأمثلة على ذلك كثيرة في مجلة الشركات التجارية. لكنّ التصفية يسبقها حلّ، وهذا ليس آلياً ولا محسوماً، بدليل أنّه في حالة الوفاة، لو وجد وارث واحد تستمرّ معه الشركة ولا تحلّ¹، ولو وجد عدّة ورثة فيمكنهم الاتفاق على إحالة الشركة إلى أحدهم أو يواصلوا قيامها في شكل شركة ذات مسؤولية محدودة²، وهذه كلّها مسائل أصلية ينعزل عنها نظر القاضي الاستعجالي.

غير أنّ استعارة الإجراءات الاستعجالية تبرّرها طبيعة الوضعية المقصودة بالفصل 156 م.ش.ت. والمتعلّقة بمصير المال المكوّن لذمة الشركة والذي هو

¹ الفصل 156 ف 2 م.ش.ت.

² الفصل 156 ف 3 م.ش.ت.

أصلاً مقتطع من ذمة الشريك، مع التسليم باستقلال كلتا الذمتين¹، فلا يجب أن يبقى أمره معقّلاً طويلاً خشية الخلط بينهما واقعياً ومن ثمّ الإضرار بالذاتيين، ولا بدّ من حسمه أصلياً وفي أسرع الأوقات².

18- ومثل هذا يلحظ عند إحالة شركة الشخص الواحد التي تتمّ بموجب اتفاق الورثة كما في الفصل 156 ف 3 ، أو بمبادرة من الشريك الوحيد الذي يمكنه أن يحيل بعض حصصه إلى شريك أو شركاء آخرين، أو يحيل كل حصصه إلى شركاء متعدّدين آخرين، فتتقضي بذلك أحادية الشركة وتصبح وجوباً شركة ذات مسؤولية محدودة متعدّدة الشركاء³. وفي هذه الحالة لا بدّ من تسوية الوضعية القانونية للشركة الجديدة من حيث الإنشاء (العقد التأسيسي والإشهار) في "أجل شهرين من تاريخ التوزيع الجديد لرأس المال وإلاّ كانت الشركة باطلة". وعندئذ ينصّ الفصل 157 ف 3 م.ش.ت. أنّه "يجوز لكلّ معني بالأمر أن يلجأ إلى المحكمة للنظر في البطلان. وفي هذه الحالة تنظر المحكمة في المطلب وقفا للإجراءات المستعجلة". وهكذا فالبطلان هو مسألة أصلية والإسراع تبرّره نفس الاعتبارات السابقة من ضرورة تحديد مآل الشركة التي اضمحلت وخشية تشتت رأس مالها في إطار عملية صورية تداور مبدأ وحدة الذمة.

3.2 - شركة المقارضة بالأسهم : (الفصل 393 م.ش.ت.)

19- يؤخذ من الفصل 393 م.ش.ت. أنّ شركة المقارضة بالأسهم يسيّرها وكيل أو وكلاء يختارون وجوباً من بين الشركاء المقارضين بالعمل أو

¹ انظر بمزيد التفصيل : نذير بن عمّو، شركة الشخص الواحد ذات المسؤولية المحدودة، مداخلة في دورة تكوينية حول مجلة الشركات التجارية يومي 11 و 12 أفريل 2003، نشر مركز الدراسات القانونية والقضائية بوزارة العدل وحقوق الإنسان، تونس 2004، ص 313 وما بعدها ، انظر خاصة فقرة 28، ص 350.

² انظر في صعوبات التصفية عند حلّ الشركة عموماً : نذير بن عمّو، شركة الشخص الواحد، مقال سابق، مرجع سابق، فقرة 34، ص 356 وما بعدها.

³ الفصل 157 ف 1 م.ش.ت.

يختارهم هؤلاء. ويعين العقد التأسيسي الوكيل الذي سيتولى أعمال التأسيس على غرار الشركات خفية الاسم (الفصل 393 ف2)، أما بعد قيام الشركة فالوكيل يعين من قبل الجلسة العامة العادية أو حسب العقد التأسيسي (الفصل 393 ف4). ويقع عزل هذا الوكيل حسب الفقرة الرابعة من نفس الفصل وفق شروط العقد التأسيسي احتراماً لتوازي الصيغ والشكليات "كما يمكن عزله لسبب شرعي بطلب من كل شريك من قبل قاضي الأصل وفقاً للإجراءات المستعجلة".

وأكثر ما يشد في هذه الفقرة تعبيرها الصريح عن قضاء الأصل بما يحمل إشارة واضحة إلى قصر الاستعارة على الجانب الإجرائي من القضاء الاستعجالي دون القضاء الاستعجالي نفسه. أي أن الحكم في عزل الوكيل هو حكم بات في الأصل ويتصل به القضاء وليس حكماً استعجالياً. وتؤيد هذا النظر دلائل متظافرة أولها أن العزل فسخ وإنهاء للوكالة¹ أي زوال لعقد، وثانيها أن موجب العزل هو "سبب شرعي" يحتاج تقديراً واجتهاداً وحتى مواجهة بين الخصوم في إثباته أي خوضاً في الأصل، وثالثها إلغاء كل شرط مخالف طبقاً للفقرة الأخيرة من الفصل 393 م.ش.ت. ورابعها أن العزل قد ينجز عنه في الغالب تغيير العقد التأسيسي². وهذه كلها مسائل أصلية لا يمكن المرور عليها دون خوض فيها، والحكم فيها لا يمكن أن يكون وقتياً بأية حال، فلا يكون النظر فيها "إلا لقاضي الأصل" - كما جاء بعبارة النص - . وإنما تحتم الاستعجال حماية للشركاء المقارضين بالمال ولغيرهم من معاقدي الشركة من طول إجراءات العزل فيستبد الوكيل بالتصرف في مضرته خصوصاً في ظل السلطات الواسعة التي يتمتع بها لإلزام الشركة طبق الفصل 398 م.ش.ت. فيتجه الإسراع بوضع حد لها، فضلاً عن أن

¹ انظر الفصل 1157 ف3 م.أ.ع.

² مع وجوب الإشارة هنا إلى أن تغيير العقد التأسيسي لشركة المقارضة بالأسهم يخضع في المبدأ لإجماع الشركاء المقارضين بالعمل طبق الفقرة الأولى من الفصل 400 م.ش.ت.

المقارضين بالمال محجوبون عن تسيير الشركة والتدخل في إدارتها¹ فلا يسعهم إلا المطالبة بعزل الوكيل لاستبداله بآخر، وهذا مطلب لا يخفى إلحاحه في العجلة التي قد لا تضاهيها إلا صورة فسخ اتفاق التسوية في قانون الإنقاذ.

3 - صورة الفصل 15 من قانون إنقاذ المؤسسات :

20- ينص الفصل 15 من قانون إنقاذ المؤسسات المارة بصعوبات اقتصادية حسب صياغته المنقحة في 2003² على ما يلي : "إذا أخل المدين بتعهداته المترتبة عن التسوية الرضائية تجاه أحد دائنيه مدة ستة أشهر بداية من تاريخ حلول أجل الوفاء بها، يمكن لكل من له مصلحة، أن يطلب من المحكمة فسخ الاتفاق، وإسقاط الآجال الممنوحة للمدين وإرجاع الأطراف إلى الحالة التي كانوا عليها فيما لم يقع دفعه من الديون.

ولا يمكن التمديد في الأجل المقرر بالفقرة المتقدمة.

ويقع رفع طلب الفسخ والنظر فيه من قبل المحكمة المختصة وفق إجراءات القضاء الاستعجالي.

ولا يقبل الحكم الصادر في دعوى الفسخ الطعن إلا بالاستئناف".

ويتضح من مجرد قراءة هذا النص أن الأمر يتعلق فيه بتطبيق جزاء مدني موجه لأصل العلاقة القانونية ومتمثل في فسخ قضائي لاتفاق التسوية وإسقاط الآجال وإرجاع الحالة إلى ما كانت عليه، وهذه بطبيعتها مسألة أصلية لأنها تنفذ إلى أصل الحق وتغيره. لذلك كان لابد من عرضها على القضاء العادي، قضاء الأصل.

وربما كان من الممكن التفكير في استبقاء الدعوى أصلية بإجراءات عادية

¹ الفصل 394 ف1. لكن بإمكانهم مراقبة تسييرها في إطار مجلس الرقابة، ولا يعد ذلك تدخلاً في التسيير (الفصل 394 ف2 م.ش.ت).

² راجع في تاريخ القانون وتقيحاته الهامش 14 السابق.

مع تحلية الحكم بالنفاذ الوقتي طبقا للفصل 125 م.م.م.ت. لانباء الاتفاق على حجة رسمية، أو على الأقل على كتب بخط اليد معرف به¹. لكن ذلك لا يكفي لأن الإجراءات قبله ستكون عادية. والمطلوب الإسراع، خاصة أن حلولاً أخرى تنتظر اتخاذها لحماية الدائنين إزاء مدين تبين أنه لا يستحق إنقاذ مؤسسته وخصوصاً إذا توقّف عن دفع ديونه فينظر إما في إخضاعه لتسوية قضائية أو حتى تفليسه². وبهذه الصورة تختم الصور التجارية. فلا يبقى بعدها إلا صور مجلة الأحوال الشخصية المرتبطة بالحضانة.

ب- ميدان الأحوال الشخصية :

21- بموجب تنقيح سنتي 2006 و 2008³ أدرجت بمجلة الأحوال الشخصية صورتان لقضاء عادي بإجراءات استعجالية في مادة الحضانة إحداها تتعلق بزيارة المحضون والأخرى بسكنى الحاضنة.

1- زيارة المحضون (الفصلين 66 و 66 مكرر م.أ.ش.) :

22- تعتبر زيارة المحضون من أهم آثار الطلاق وهي ملازمة للحضانة في غالب الأحوال بحيث إذا أسندت الحضانة لأحد المطلقين أسند حق زيارة المحضون للآخر. ونظراً لصبغتها المتأكدة فقد جعلها المشرع من بين الوسائل الوقتية التي ينظر فيها قاضي الأسرة طبق الفصل 32 ف 4 م.أ.ش. وأحاط نظرها بمفرط السرعة إذ لا يتوقّف قاضي الأسرة في اتخاذها على طلب المعنيين⁴.

¹ ينتج هذا الوصف خصوصاً من خضوع اتفاق التسوية لمصادقة رئيس المحكمة. راجع الفصل 13 من قانون الإنقاذ.

² انظر الفصول 16 و 17 و 54 من قانون الإنقاذ حسب تنقيح 2003.

³ راجع الهامش 15 السابق.

⁴ الفصل 32 ف 4 م.أ.ش.

وقراراته نافذة فوراً على المسودة¹، وهي غير قابلة للطعن إلا بالمراجعة من القاضي نفسه². وبعد أن تصرف القضيّة إلى الطور الحكمي، فإن المحكمة الابتدائية تبث في الوسائل الوقتية بما فيها زيارة المحضون³، ويكون حكمها في ذلك نافذاً وقتياً وجوباً طبق الفصل 32 ف أخيرة م.أ.ش.

ولعل هذه السرعة اللافتة هي التي حدثت بالتطبيق إلى سلوك سبيل القضاء الاستعجالي لممارسة حق الزيارة في صورة إغفاله في حكم الطلاق، أو تركه أولاً ثم المطالبة به لاحقاً⁴، أو المطالبة به من غير الأبوين، وهي حالة الجدّين في صورة وفاة أحد والدي المحضون. ففي ظل الفراغ التشريعي إزاء هذه الحالات، كان التطبيق ميّالاً إلى استصدار أحكام استعجالية من رئيس المحكمة الابتدائية في ممارسة حق الزيارة في الحالات المذكورة تأسيساً على الفصل 201 م.م.م.ت. وما بعده باعتبار ما يحيط بالمسألة من تأكيد يوجب النظر والحكم على وجه السرعة وهو ما لا يتيسر إلا بالقيام استعجالياً. إلا أن هذا النظر كان معيباً ومنقذاً لأن القضاء الاستعجالي ليس قضاء السرعة وكفى، بل هو كذلك بشروطه المميزة وأهمّها خصوصاً، بالإضافة إلى التأكيد، عدم المساس بالأصل على معنى غياب النفاذ إلى أصل الحق وتخصّص شروطه ومناقشة وجوده، ومنع البت فيه إقراراً أو نفياً، واقتصار الحكم على اتخاذ وسيلة وقتية لا يتأثر بها الحق الموضوعي ذاته. ومن الواضح أن القاضي الاستعجالي لا يمكنه أن ينظر في حق زيارة المحضون دون أن يخرق هذه المعاني جميعاً لأنه مدعو في كلّ الأحوال إلى تقدير مصلحة المحضون وهذه بطبيعتها مسألة أصلية يعسر ألاّ تتعلّق بها منازعة جدية، وهو فوق ذلك باستجابته للطلب أو رفضه، سببت في حق موضوعي، أي حق الزيارة ،

¹ الفصل 32 ف 6 م.أ.ش.

² الفصل 32 ف 6 م.أ.ش.

³ الفصل 32 ف 7 م.أ.ش.

⁴ من الممكن ذلك على أساس الفصل 32 ف 4 م.أ.ش.

وجوداً أو عدماً، وإن كان بالإيجاب فسينشئ حقاً ذاتياً بحكم سيتصل به القضاء ضرورة. فأنتى له ذلك وأنتى للقاضي الاستعجالي أن ينشئ حقاً¹!

لذلك كان لابد من تدخل تشريعي لتصويب هذا التطبيق القضائي وحسم الموضوع بتوضيح أن هاجس الإسراع لا يجب أن يخرق مبادئ القضاء الاستعجالي، وأنه بالإمكان تلبينه باستعارة الإجراءات الاستعجالية دون القضاء الذي يبقى أصلياً عادياً². وهو ما حققه فعلاً تنقيح 10 مارس 2006 لمجلة الأحوال الشخصية بموجب القانون عدد 10 لسنة 2006³ الذي أضاف فقرة ثانية للفصل 66 وفصلاً جديداً 66 مكرر أسند فيهما الاختصاص لقاضي الأسرة لينظر أصلياً ويبت "طبقاً للإجراءات المقررة في القضاء المستعجل" في ممارسة حق الزيارة بطلب من أحد الأبوين أو من الجدّين عند وفاة أحد والدي المحضون. وهذا عين الصواب في الموضوع⁴. يمثله النظر في سكنى الحاضنة.

¹ انظر في هذا المعنى : محمد الشريف، القضاء الاستعجالي، مقال سابق، مرجع سابق، ص 304.

² تجدر الإشارة من باب المقارنة أن قاضي الأسرة في فرنسا - ويسمى القاضي المنتدب لشؤون الأسرة - يصدر قراراته المتعلقة بالحضانة والنفقة بعد وقوع الطلاق، ومنذ إحداث خطته في 11 جويلية 1975 (الفصل 247 في المجلة المدنية) طبق الإجراءات الاستعجالية مع كونها قرارات أصلية. وهذا ما أصبح عليه الأمر عندنا في زيارة المحضون.

انظر لمزيد التحليل :

E. du PUSQUEC, La nature des ordonnances rendues par le juge délégué aux affaires matrimoniales, Gazette du Palais, 1978, I, Doctrine p. 237.

³ راجع الهامش 15 السابق.

⁴ إن في قراءة نصّ الفصلين المذكورين كفاية عن زيادة التعليق على ما تقدّم في المتن، إذ جاء في الفصل 66 م.أ.ش. : "الولد متى كان عند أحد الأبوين لا يمنع الآخر من زيارته ومن تعهده وإذا طلب نقله إليه للزيارة فكلية الزيارة عليه (فقرة أولى). ويبت قاضي الأسرة في طلب ممارسة حق الزيارة طبقاً للإجراءات المقررة في القضاء المستعجل (فقرة ثانية)". وينصّ الفصل 66 مكرر م.أ.ش. على ما يلي : "إذا توفي أحد والدي المحضون فلجديّه ممارسة حق الزيارة ويراعي قاضي الأسرة في ذلك مصلحة المحضون (فقرة أولى). ويبت في طلب الزيارة طبقاً للإجراءات المقررة بالفصل المتقدم (فقرة ثانية)".

2- سكنى الحاضنة (الفصل 56 م.أ.ش.) :

23- من أبرز مسائل الحضانة ضرورة إسكان الحاضنة مع المحضون إن لم يكن لها مسكن. وهذا ما يقضي به الفصل 56 م.أ.ش. في صياغته الأصلية "مصاريف شؤون المحضون تقام من ماله إن كان له مال وإلا فمن مال أبيه. وإذا لم يكن للحاضنة مسكن فعلى الأب إسكانها مع المحضون". وقد أفرز تطبيق هذا النصّ مشاكل ونزاعات عديدة يتعلّق جانب منها بصيغة إسكان الحاضنة وبالمناورات المتنوّعة لحرمانها من السكنى بتعلّات مختلفة أو سعي الحاضنة في الحصول على سكنى حال أن لها مسكن...¹. وهذا ما حدا بالمشرع إلى التدخل أخيراً في 4 مارس 2008 بموجب القانون عدد 20 لسنة 2008² لتنقيح الفصل 56 م.أ.ش. المذكور وإتمامه بست فقرات جديدة تميّز بين صيغ الإسكان وهي السكنى في المسكن الذي على ملك الأب أو في المسكن الذي في تسوّغه أو إسداء منحة سكن للحاضنة توفّر بها مسكناً لها ولمحضونها (الفقرات 2 و3 و4). وفي الصيغة الأولى تتمتع الحاضنة بحق البقاء ولا يزول هذا الحق إلا بزوال الموجب (الفقرة 2) ولا يعارض به المفوت له أو المرتهن لمحلّ السكنى إلا إذا نصّ عليه بسند التّفويت (الفقرة 5)³.

24- والملاحظ في كلّ هذه الصيغ أنها ليست حاسمة ولا جامدة، بل هي قابلة للمراجعة والتّغيير. وفي هذا تنصّ الفقرة السادسة الجديدة من الفصل 56 م.أ.ش. على ما يلي "ويمكن مراجعة الحكم المتعلّق بسكنى الحاضنة إن طرأ تغيير

¹ راجع بمزيد التعمّق : ساسي بن حليمة، سكنى الحاضنة، المجلة القانونية التونسية، 1989، ص 28.

² راجع الهامش 15 السابق.

³ يعدّ إخفاء حق البقاء عن المفوت له والمرتهن جريمة يعاقب عليها الفصل 56 مكرر المضاف بنفس القانون كما يعاقب على أساس نفس الفصل فسخ التّسويغ أو الامتناع عن دفع معيّنات الكراء أو منحة السكنى. وهذه كلّها أفعال من شأنها حرمان الحاضنة من سكنها، وعقابها بالسجن من ثلاثة أشهر إلى عام وبخطية من مائة إلى ألف دينار.

في الظروف والأحوال وتتنظر المحكمة في مطالب المراجعة وفقاً لإجراءات القضاء الاستعجالي وعليها عند البت في ذلك تقدير أسباب المراجعة مع مراعاة مصلحة المحضون¹. ويبدو المقصود بالمراجعة في هذه الفقرة أشمل من مجرد التعديل على غرار مراجعة النفقة أو الجارية العمرية، ويمتد حتى إلى الرجوع أصلاً في إسكان الحاضنة أو تغيير صيغة الإسكان إذا اقتضت الظروف الجديدة ذلك أو طرأ ما يغير اعتبار مصلحة المحضون. ودليل هذا الفهم الشامل توجي به عبارة النص ويؤكد رأي المجلس الدستوري بخصوص مشروع القانون المذكور لما أشار إلى إمكانية استرجاع الأب لمسكنه بطلب مراجعة الحكم إذا تغيرت الظروف والأحوال وزال موجب إسكان الحاضنة¹.

وهذا يدل على أن للمراجعة مفهوماً واسعاً يستوعب كل صور إعادة النظر في هذا الحق إسناداً وتعديلاً². وبالتالي إذا تبين من الظروف والأحوال أن موجب زال بعد إسناده، أو أن موجب وجد بعد أن كان منقياً، أو أن شكل إسناده لم يعد ملائماً لوضعية المحضون مما يستوجب الانتقال من تسويق إلى حق بقاء أو منحة سكن مثلاً، ففي كل هذه الأحوال تكون السبيل الإجرائية هي طلب مراجعة الحكم الأصلي³. وحينئذ تنظر القضية بإجراءات استعجالية، إذ هي من ناحية قضية

¹ انظر الرأي عدد 48-2007 للمجلس الدستوري بخصوص مشروع قانون يتعلق بتنقيح بعض أحكام مجلة الأحوال الشخصية، رائد رسمي عدد 29 صادر في 11 مارس 2008، ص 1005، وقد جاء فيه بالخصوص ما يلي "وحيث أن الأحكام المعروضة ولئن تتضمن، من خلال إقرار حق البقاء، تقييداً لممارسة حق الملكية لاعتبارات مستمدة من الفصل 7 من الدستور، فقد أقرت مع ذلك صراحة أن حق البقاء الممنوح للحاضنة والمحضون مرتبط بتلك الاعتبارات إذ يزول بزوال موجب وأن للأب المالك إمكانية استرجاع المسكن بطلب مراجعة الحكم المتعلق بالسكنى إذا طرأ تغيير في الظروف والأحوال...".

² يذكر هذا الفهم بمراجعة الحكم العقاري على معنى الفصل 332 من مجلة الحقوق العينية. ³ من البين أن هذه المراجعة مخصصة بأطراف الحكم أي المفارقين والمحضون وأنها لا تشمل غيرهم. لكن ماذا ارتبط طلب مراجعة بدعوى أصلية مرفوعة من الغير : فهل تتبع الإجراءات الاستعجالية في الدعويين أم الإجراءات العادية ؟ وصورة السؤال مثلاً أن يبيع الزوج المفارق عقار السكنى دون التنصيص على حق البقاء في سند التوثيق (مع استعداده لتحمل التبعات

أصلية لتعلقها بأصل الحق في السكنى وجوداً أو تعديلاً، مع ما يستوجبه ذلك من "تقدير أسباب المراجعة مع مراعاة مصلحة المحضون"¹، وهي من ناحية ثانية محفوفة بالتأكد الموجب لسرعة النظر باعتبار مصلحة المحضون التي لا تحتمل الإبطاء في تلبيتها خشية النيل منها والحال أنها "فوق كل اعتبار"² وكذلك بالنظر إلى حماية حق الملكية خصوصاً إذا كانت المراجعة بطلب من الأب لتحرير عقاره من حق البقاء.

25- ويتجه التوضيح في شأن هذا التأكد أنه لا يوجب تدخل القاضي الاستعجالي وإنما استعارة الإجراءات الاستعجالية لقضية أصلية في المراجعة، كما أن هذه المراجعة مقصورة على حكم المجلس في السكنى وتمارس أمام المحكمة الابتدائية التي أصدرت الحكم الأصلي، ولا تتداخل مع مراجعة القرارات الفورية

الجزائية لفعلة)، فلا يعارض المشتري بهذا الحق ويكون محقاً في طلب إخراج الحاضنة (مع استثناء إمكانية القيام استعجالياً لعدم الصفة). فإذا قام بدعواه أصلياً وطلبت الحاضنة إدخال مفارقها بوصفه ضامناً لسكنائها على معنى الفصل 15 م.م.ت. وإلزامه بتوفير مسكن لها في صورة فشله فإن هذا الطلب يعتبر منها مراجعة للحكم المتعلق بالسكنى عند الاقتضاء، وهو ينظر وفق الإجراءات الاستعجالية. لكن الدعوى الأصلية تنظر وفق الإجراءات العادية، فكيف التوفيق؟ ربما بدا المثال نظرياً وقد لا يطرح لاختلاف الاختصاص ووجوب فصل الدعويين. لكن إذا اتحد الاختصاص (محكمة الخروج هي نفس محكمة الحكم الأصلي المطلوب مراجعته) وتحقق الارتباط فالسؤال يطرح من جديد. ويبدو أن الحل فيه يكون لقاعدة الفرع يتبع الأصل فتتظر الدعوى الأصلية ودعوى الضمان المقضية إلى المراجعة بإجراءات عادية لأنه لا يمكن تعميم الإجراءات الاستعجالية خارج ما نص عليه، ثم هي مقررّة لطلب فرعي لا يقبل منطقاً أن يغير الأصل بل العكس هو الصحيح، فضلاً عن أن طلب المراجعة في شكل دفع بالضمان في حد ذاته طريقة إجرائية لاختصار الوقت والنفقات تضاهي القيام بالمراجعة طبق إجراءات استعجالية. وتكون الوضعية حينئذ اختيارية للحاضنة : فإما أن تقوم بالضمان وتتبع إجراءات عادية أو تنتظر نتيجة الحكم في دعوى الخروج، ثم تقوم في مراجعة حكم السكنى بإجراءات استعجالية طبق الفصل 56 ف 6 م.أ.ش.

¹ العبارة في الفصل 56 ف 6 م.أ.ش.

² العبارة لمحكمة التعقيب أوردتها في قرارها عدد 41593 المؤرخ في 8 نوفمبر 1994، ن. 94، ص 330.

لقاضي الأسرة بخصوص السكنى والتي تبقى خاضعة للإجراءات المقررة لها¹.
 26- يبين التأمل في كل الصور السابقة وجود قواسم مشتركة بينها يمكن اعتبارها معايير للقضاء العادي بإجراءات استعجالية، إذ يلاحظ أنه في كل الأحوال تعلّق الأمر :

□ بمسائل أصلية خاضعة لقضاء الأصل لا للقاضي الاستعجالي.

- وباستصدار أحكام في الأصل لا مجرد وسائل وقتية.
- وبأحكام لها قوة اتصال القضاء بما أنها تفصل نزاعات.
- ولكنها صادرة باتباع إجراءات استعجالية².

والسؤال هنا : هل تكفي هذه المعايير لتمييز القضاء العادي بإجراءات استعجالية وتبلور ذاتيته كنظام إجرائي مستقل أم ثمة صور أخرى قد تداخله وتميغ تميزه ؟ في هذا السؤال دعوة مؤكدة لمزيد النقاش.

II - نقاش الصور :

27- انطلاقا من المعايير المستخرجة من الصور المدروسة، يتجه تعميق مجال القضاء العادي بإجراءات استعجالية تعديلا وتعميما، وذلك بطرح سؤالين في اتجاهين متقابلين : اتجاه الإقصاء باستبعاد صور شبيهة نتيجة تطبيق المعايير المذكورة -أ- واتجاه التعميم بالتساؤل عن إمكانية وجود قضاء عادي بإجراءات استعجالية خارج الصور المذكورة -ب-.

أ - الإقصاء :

28- هل توجد صور شبيهة بالصور المدروسة يمكن استبعادها بتطبيق المعايير المستنتجة؟ الجواب إيجابي ويشمل نوعين من الحالات : حالات القضاء العادي السريع في غير الإجراءات الاستعجالية وحالات القضاء الوقتي بإجراءات استعجالية.

1- القضاء العادي السريع :

29- باستثناء صورتي الفصلين 44 و 45 م.م.ت. اللتين نتركهما جانبا لعلاقتهما بالموضوع كما سيأتي¹ يتجه إقصاء الصور الثلاث الآتية :

1.1 - الأمر بالدفع (الفصول من 59 إلى 67 م.م.ت.)

30- الأمر بالدفع هو سند تنفيذي سريع في الديون المالية التعاقدية أو المضمّنة بورقة تجارية (شيك، كمبيالة، سند للأمر، كفالة في كمبيالة أو سند للأمر)² أو بسند القرض¹.

¹ انظر الأستاذ لاحقا ف 45.

² انظر الفصل 59 م.م.ت.

¹ انظر الفصلين 56 ف 7 و 32 ف 6 م.أ.ش.

² انظر في نفس الاتجاه :

J. VINCENT et S. GUINCHARD, Procédure civile, op. cit., n° 256, p. 285.
 - Pierre RAYNAUD, Observations sous Cass.civ. 3^{ème}, 4 janvier 1973, R.T.D.Civ. 1973, p. 814. - Ernest FRANCK, note sous Cass.civ. 3^{ème}, 4 janvier 1973, Dalloz 1973, p. 398.

ويقع الحصول عليه بإجراءات شديدة البساطة والسرعة إذ يتمثل في تقديم مطلب في نظيرين للقاضي المختص (الفصل 63 م.م.ت.) مرفقا بإنذار بالدفع في الديون التي تفوق مائة وخمسين دينارا (الفصل 60 م.م.ت.)، ويجب القاضي عن المطلب في أجل ثلاثة أيام وإن تبين له ثبوت الدين يأمر بالدفع ويكسى الأمر بالصيغة التنفيذية من كاتب المحكمة (الفصل 64 م.م.ت.) ويقع تنفيذه وفق القواعد العادية لتنفيذ الأحكام حسب الفصل 285 وما بعده م.م.ت. (الفصل 65 م.م.ت.)، وهو قابل للاستئناف حسب الإجراءات العادية (الفصل 66 م.م.ت.)².

والملاحظ حسب هذا البسط أن الأمر بالدفع ليس قضاء استعجاليا ولا لائيا بل هو أمر قضائي³ أي قضاء في الأصل يتم في صيغة شبيهة بصيغة الأذن على المطالب⁴ لذلك فهو قضاء أصل سريع⁵ لكن السرعة فيه تتحقق بطريقة مختلفة عن الإجراءات الاستعجالية.

2.1- المرافعة الحينية : (الفصل 81 م.م.ت.)

31- يؤخذ من نص الفصل 81 م.م.ت. كيفما نفتح في غرة سبتمبر

¹ انظر الفصل 8 من القانون عدد 52 لسنة 2000 المؤرخ في 11 ماي 2000 المتعلق بسند القرض، رائد رسمي عدد 38 صادر في 12 ماي 2000، ص 1012.

² انظر لمزيد التفصيل : محمد الحبيب الشريف، إجراءات الأمر بالدفع بين سرعة الفصل وتوفير الضمانات، مذكرة دراسات معمقة، كلية الحقوق والعلوم الاقتصادية والسياسية بسوسة 1991.

Slaheddine MELLOULI, Voies d'exécution, procédures juridiques de recouvrement des créances, éd. C.L.E. 1991, p. 56 et s.

³ أحمد الجندوبي وحسين بن سليمة، أصول المرافعات المدنية والتجارية، مرجع سابق، ص 156.

⁴ صالح الطريفي، حول الأوامر بالدفع، ق.ت. مارس 1986، ص 7، انظر خاصة ص 10.

⁵ صالح الطريفي، حول الأوامر بالدفع، مقال سابق، ص 9. - محمد اللجمي، اختصاص القضاء الاستعجالي، ق.ت. فيفري 1991، ص 37، خاصة ص 40. - محمد الحبيب الشريف، حول استخلاص الديون التجارية ق.ت. جولية 1992، ص 71، خاصة ص 80.

1986 أنه بإمكان محكمة الأصل الابتدائية¹ "أن تأذن بالمرافعة حيناً ودون لزوم لإجراءات أخرى إذا كانت القضية مؤسسة على اعتراف أو كتب رسمي أو على خطأ يد معرف بالإمضاء به أو قرينة قانونية أو كان هناك تأكيد يوجب النظر على وجه السرعة". وهذا يعني أنه في الإمكان اختصار إجراءات النظر في القضية بالتجاوز عن جلسات التحضير والمرور حيناً إلى طور المرافعة. وهذا الاختصار شبيه في وقعه وأثره بالإجراءات الاستعجالية والتقارب بينهما وارد خصوصاً في حالات التأكيد التي توجب "النظر على وجه السرعة"، إلا أن الشبه بينهما ليس كلياً لأن الاختصار الناتج عن المرافعة الحينية ليس وجوبياً بل هو اختياري للمحكمة² خلافاً للقضاء العادي بإجراءات استعجالية. وهو اختصار يتم في مرحلة تحقيق الدعوى وتحضير الحكم، أي في مرحلة متأخرة عن رفع الدعوى الذي يكون وفق إجراءات القضاء العادي، وبالتالي يبقى صرف القضية إلى المرافعة الحينية وجهاً للإسراع بالقضاء العادي ولكنه ليس قضاء عادياً بإجراءات استعجالية.

3.1- النفاذ الوقتي (الفصلين 125 - 126 م.م.ت.) :

32- الحكم المحلى بالنفاذ الوقتي هو الحكم القابل للتنفيذ بقطع النظر عن

استئنافه أو خضوعه لوسيلة طعن معطلة للتنفيذ³. والتنفيذ الوقتي يمكن أن يكون قانونياً في كل الصور التي لا يعطل فيها استئناف التنفيذ كحالة الحكم الاستعجالي طبق الفصل 209 م.م.ت.⁴، كما يمكن أن يكون قضائياً تأذن به المحكمة

¹ أو حتى الاستئنافية على أساس الفصل 140 م.م.ت.

² انظر أحمد الجندوبي وحسن بن سليمة، أصول المرافعات المدنية والتجارية، مرجع سابق، ص 273.

³ انظر بشير الفرشيشي، التنفيذ المؤقت أو الوقتي، في القضاء الابتدائي، مرجع سابق، ص 155.

⁴ انظر صوراً أخرى في : بشير الفرشيشي، التنفيذ المؤقت أو الوقتي، مقال سابق، ص 158 و 159.

الابتدائية وجوبا في حالات الفصل 125 م.م.م.ت. المبينة على الثبوت القطعي للحق بحيث يستبعد نقضه استثنائيا وهي تقريبا نفس حالات المرافعة الحينية المشار إليها¹ واختياريا في حالات الفصل 126 م.م.م.ت. المحفوفة بالتأكد أو بالصبغة المعاشية للحق المطلوب².

والتقارب هنا واضح بين الإنزاع بالتنفيذ الوقتي والحكم الاستعجالي فيما يتعلق بغياب المفعول التعليقي للاستئناف. ولا يزيد على ذلك لأن الحكم المأذون بنفاذه الوقتي ليس حكما استعجاليا بل هو حكم عادي في الأصل، ويتصل به القضاء ولو على التراخي بموجب جواز تنفيذه مؤقتا قبل أن يستنفذ طرق الطعن المعطلة للتنفيذ.

33- وما يلاحظ على هذا الحكم إذن أن الإسراع يداخله في مرحلة التنفيذ لا في مرحلة التقاضي التي تتم في الأصل حسب إجراءات القضاء العادي. ولكن لا شيء يمنع أن يكون الحكم نفسه صادرا وفق الإجراءات الاستعجالية ويحلّى بالنفاذ الوقتي باعتباره حكما في الأصل كبقية الأحكام الابتدائية الباتة في الأصل إذا توفرت بها حالات الفصلين 125 و126 م.م.م.ت. ومثال ذلك الحكم الصادر بفسخ التسوية الرضائية طبق الفصل 15 من قانون إنقاذ المؤسسات أو الحكم للأتم بزيارة ابنها طبق الفصل 66 م.أ.ش.³ وهذا يؤكد الاختلاف بين الحكم المأذون بتنفيذه الوقتي والقضاء العادي بإجراءات استعجالية، الذي يختلف بدوره عن القضاء الوقتي بإجراءات استعجالية.

¹ ينص الفصل 125 م.م.م.ت. على ما يلي : "على المحاكم الابتدائية أن تأذن بتنفيذ أحكامها مؤقتا بضامن أو بدونه وبدون التفات للإجراءات وذلك إذا كان هناك كتب رسمي أو خط يد غير مطعون في الإمضاء عليه أو اعتراف أو وعد معترف به أو قضاء سابق صيره مما اتصل به القضاء".

² من هذه الصور نذكر مثلا الحكم في إصلاحات متأكدة أو توقيف ضرر، والنزاع في خدمة أو خماسة (مزارعة) أو إجارة على العمل أو نقل أشخاص أو أجرة حضانة أو رضاع أو تسبقة عن تعويض ضرر "أو إذا كانت للحكم صبغة معاشية" وفي كل الصور المحفوفة بالتأكد الكلي".
³ استنتاجا من الفصل 126 خامسا.

2- القضاء الوقتي بإجراءات استعجالية :

34- إذا أقصينا القرارات الفورية لقاضي الأسرة¹ أو لقاضي الشغل²

لصبغتها الوقتية بطبيعتها، فإن هناك حالتين لقضاء وقتي ينصّ فيهما المشرع على استعارة الإجراءات الاستعجالية هما حالة توقيف تنفيذ الحكم المعارض عليه على معنى الفصل 172 م.م.م.ت. وحالة التسبقات الاستعجالية على معنى الفصل 201 ف 2 م.م.م.ت. ففي الحالتين ينصّ المشرع صراحة على اتباع إجراءات القضاء الاستعجالي والحال أن الأمر يتعلق أساسا بقاض استعجالي ينظر ليتخذ وسيلة وقتية فهو أصلا سيبتع إجراءات استعجالية. ولذا يبدو متزيّدا التخصيص على اتباع الإجراءات الاستعجالية.

وربما أمكن تفسير هذا التزيّد في حالة الفصل 172 م.م.م.ت. بعدم الدقة في التحرير بحيث توحى صياغة آخر فقرته الأولى بـ "النظر طبق الإجراءات المبينة في باب القضاء المستعجل" باستعارة إجراءات هذا القضاء دون الإحالة إليه كاملا، والحال أن هذا غير صحيح لأن ما أراد المشرع قوله هو أن الاستجابة لطلب توقيف التنفيذ لا تكون في إطار إذن على عريضة وإنما في شكل قضية استعجالية مثلما هو الشأن في مطالب توقيف تنفيذ أخرى³ خصوصا أن القاضي المعارض على حكمه قد لا يكون مختصا استعجاليا في غير هذا الطلب فتكون الإشارة معتبرة في خصوصه.

¹ الفصل 32 م.أ.ش.

² طبق الفصل 207 م. الشغل، وانظر أيضا الفصل 208 م.ش. في الأذن على العرائض التي يصدرها في حالات التأكد.

³ انظر مثلا الفصلين 126 ف2 و146 ف3 م.م.م.ت. وانظر محمد اللّجمي، اختصاص القضاء الاستعجالي، مقال سابق، ص 53. - محمد الشريف، القضاء الاستعجالي، مقال سابق، ص 307.

أما في حالة الفصل 201 ف2 م.م.م.ت. فقد تكون غفلة أخذت المشرع عن الانتباه إلى أنه أدرج الفقرة المذكورة أصلا في باب القضاء المستعجل وفي أول نصوصه المعرفة له، ولم يسنها في نص مستقل منعزل عن التقنين كانت الإشارة ملائمة له ومفهومة فيه. أو قد يكون في الإشارة إلى وقوع "البت" في مطلب التسبقة الاستعجالية والطعن في الحكم الصادر في شأنه وفق القواعد المتعلقة بالقضاء الاستعجالي" إحياء بملامسة القضاء بالتسبقة المطلوبة لأصل النزاع والحق الموضوعي إذ لا يخفى أن الحكم بتسبقة على حساب الغرامة النهائية هو نوع من الحكم في الأصل قبل الأوان. أو كأنه حكم جزئي فيما سيصدر به الحكم النهائي. ولكن مع ذلك، وعلى فرض صحة هذا التخمين، فإنه لا يعني بأية حال أن القضاء بالتسبقات الاستعجالية هو قضاء عادي بإجراءات استعجالية، بل هو قضاء استعجالي قلبا وقالبا لأنه يتم "وفق القواعد المتعلقة بالقضاء الاستعجالي" لا وفق الإجراءات الاستعجالية فحسب.

35- وينتج عن هذه الملاحظة تنبيه خطير إلى أن مساس القضاء الاستعجالي بالأصل في بعض الأحيان لا يحوله إلى قضاء عادي بإجراءات استعجالية، فالفرق شاسع وواضح بينهما. ولا يمكن الخلط بينهما. ويجب أن يبقى القضاء الاستعجالي على حاله ولو بدا أحيانا أنه يمس بالأصل كما في حالة التسبقات الاستعجالية المشار إليها أو في حالة القيام على المكثري لمحل سكني خاضع لقانون 18 فيفري 1976 بإخلاء العقار الذي يروم ماله استرجاعه لهدمه وإعادة بنائه مع ما يستتبعه ذلك من وجوب الحكم للمكثري بتعويض يعادل معين كراء أربع سنوات طبق الفصل 5 ف3 و4 من قانون 1976¹. ففي هذين المثالين وغيرهما مما يماثلهما² يلاحظ شيء من المساس بأصل الحق الموضوعي، لكن الصبغة الوقتية مؤكدة في

¹ كان للرئيس أحمد عظم فضل إثارة هذه الحالة خلال مناقشة هذه المداخلة أثناء الملتقى.

² انظر في أمثلة أخرى قابلة للنقاش : نور الدين الغزواني، محاضرات مرقونة في الإجراءات المدنية، كلية الحقوق والعلوم السياسية بتونس، 1997-1998، ص 63 وما بعدها.

الوسيلة المتخذة (تسبقة عاجلة - إخلاء عقار) وهي المبررة لطبيعة القضاء الذي لا يكون إلا استعجاليا وليس أصليا، وبالتالي فلا يمكن اعتباره قضاء عاديا بإجراءات استعجالية¹. وبهذا يتضح أن هذا الصنف من القضاء خاص بقضاء الأصل ولا يمكن بحال إلحاقه بالقضاء الوقتي.

وهنا يطرح سؤال عن لزوم وجود نص صريح باتباع الإجراءات الاستعجالية في قضاء الأصل أم يجوز ذلك في غير نص؟ هذا هو نقاش التعميم.

ب - التعميم :

36- هل يجوز تعميم هذا النوع من القضاء في حالات غير نصية لكن مشابهة للحالات المعروضة وتتوفر فيها المعايير السابقة والمبررات الداعية إلى ذلك؟

من هذه الحالات الموجبة للسؤال أمثلة قريبة جدا من الصور المدروسة نستقيها من ثلاثة نصوص هي الفصل 122 م.ش.ت. والفصل 46 من قانون إنقاذ المؤسسات والفصل 20 من قانون الاشتراك في الأملاك بين الزوجين².

فحسب الفصل 122 م.ش.ت. المتعلق بعزل وكيل الشركة ذات المسؤولية المحدودة "يمكن للشريك أو الشركاء الذين يملكون ربع حصص رأس مال الشركة على الأقل القيام بدعوى أمام المحكمة المختصة لأجل الحصول على عزل الوكيل من أجل سبب مشروع". وتقرب هذه الحالة كثيرا إلى درجة التوحد بصورة الفصل

¹ انظر في نقاش مماثل لكن مع تبني الرأي المخالف المفضي إلى الخلط المشار إليه في المتن : J.-P. ROUSSE, Les pouvoirs du juge des référés dans la loi du 31 décembre 1976 relative à l'organisation de l'indivision, Gazette du Palais, 1977, II, Doctrine, p. 557.

² قانون عدد 94 لسنة 1998 مؤرخ في 9 نوفمبر 1998، رائد رسمي عدد 95 صادر في 13 نوفمبر 1998، ص 2284 (وقد تم نشر إصلاح غلط بعدد القانون في الرائد الرسمي عدد 95 الصادر في 27 نوفمبر 1998 "94 عوض 91").

393 م.ش.ت. في شركة المقارضة بالأسهم، فلم لا يمكن اعتبارها مثلها صورة لقضاء عادي بإجراءات استعجالية وضرورة أنه لا توجد فروق كبيرة بين الصورتين إزاء هذا النوع من القضاء¹.

وحسب الفصل 46 من قانون إنقاذ المؤسسات يمكن القيام بطلب إبطال برنامج الإنقاذ ضدّ المدين الذي لا يفي بالتزاماته المالية رغم انتفاعه بتسوية قضائية في شكل مواصلة مؤسسته لنشاطها، وهذه حالة مماثلة لصورة الفصل 15 من نفس القانون في التسوية الرضائية² وبالإمكان التّفكير في توحيدهما إجرائيًا.

أما حالة الفصل 20 من قانون الاشتراك في الأملاك بين الزوجين فتتضمّن قياما في إنهاء حالة الاشتراك "إذا ما تصرف أحد الزوجين في الأملاك المشتركة أو أدارها بشكل من شأنه أن يعرض مصالح قرينة أو مصالح العائلة إلى التّلف" وهذه دعوى أصلية ترفع لمحكمة الأصل التي من المتّجه أن تنظر على وجه العجلة نظرا لحالة التّأكد التي يتّسم بها موجب إنهاء الاشتراك حسب الفصل 20 المذكور. لكن هل لها أن تكسي العجلة ثوب الإجراءات الاستعجالية تحديدا في غياب النصّ الصّريح عليها؟ أم ليس بإمكانها إلّا أن تستعمل بقيّة الوسائل المتاحة للقضاء العادي السّريع؟

37- يبدو أن ليس بإمكانها إلّا ذلك فعلا ولا يجوز لها كما لا يمكن في الحالات السابقة استعمال الإجراءات الاستعجالية في غير ما نصّ عليه نظرا من جهة لتعذّر القياس في مادّة الإجراءات ذات الأحكام الشّكلية والمتعلّقة بالنّظام العامّ، ومن جهة ثانية لعموم وسائل الإسراع غير المخصوصة بدعاوى معيّنة كالمرافعة

¹ راجع سابقا، ف 19. وانظر في نفس الاتجاه بالنسبة إلى الفصلين 46 و 264 م.ش.ت. المتعلقين تباعا بصحة توزيع الأموال من مصفّي الشركة، وإعفاء مراقبي الحسابات المعيّنين في هيئات إدارة الشركة خفية الاسم: سمير القلصي، تدخل القاضي في حياة الشركات، مقال سابق بالفرنسية، مرجع سابق، ص 159.
² راجع سابقا، ف 20.

الحيثية والنّفاذ الوقتي... ومن جهة ثالثة - وهي الأهمّ - لأنّ القضاء العادي بإجراءات استعجالية ليس مجرد قاعدة جزئية أو وسيلة محدّدة يمكن استعمالها بالتّطبيق أو بالقياس، وإنّما هو نظام إجرائي متكامل لا يجوز لغير المشرّع إنشاؤه أو تحديد نطاقه، بدليل أنّه لولا تدخله في زيارة المحضون لما أمكن العمل بهذا النّظام ولاستمرّ التّطبيق على ما كان عليه من ميل منتقد إلى القضاء الاستعجالي لتعذّر الأساس الموجب لاستعارة الإجراءات الاستعجالية وحدها في قضاء عادي.

والخلاصة إذن أنّه لا يجوز تعميم القضاء العادي بإجراءات استعجالية في غير الصّور المنصوص عليها صراحة، أي أنّ هذا القضاء لا يوجد إلّا بالنصّ.

وهذا معيار آخر يضاف إلى قائمة المعايير السابقة في تحديد هذا المفهوم¹. لكن عندئذ يفرض السّؤال عن محتواه، أي عن هذه الإجراءات الاستعجالية التي يتكوّن منها وتحدّد ماهيته كنظام إجرائي متكامل؟

الجزء الثاني : نظام القضاء العادي بإجراءات استعجالية

38- ما المقصود بالإجراءات الاستعجالية في القضاء العادي؟ لا يخرج الجواب في الحقيقة عن إجراءات الخصومة القضائية باعتبارها "مجموعة الأعمال الإجرائية المتتابعة التي تتخذ قصد الحصول على حكم"² أو كذلك "مجموعة الإجراءات التي تتخذ في الدّعى من وقت المطالبة القضائية إلى حين الحكم فيها أو إنهاؤها بغير حكم"³. وبالتالي فإنّ الإجراءات تحيل إلى جملة الشّكليات والأعمال

¹ راجع سابقا فقرة 26.

² انظر: أحمد الجندي وحسين بن سليمة، أصول المرافعات المدنية والتجارية، مرجع سابق، ص 228.

³ انظر: أحمد السيد صاوي، الوسيط في شرح قانون المرافعات المدنية والتجارية، دار النهضة العربية، القاهرة 1989، ف 300، ص 419.

والآجال التي تتعلق برفع الدعوى أمام القضاء وتعهده بها واستدعاء الخصوم وحضورهم أمام المحكمة وتسيير الجلسات إلى غاية المرافعة والنطق بالحكم. والملاحظ في هذا التدقيق أنه يقف بالإجراءات عند الحكم، لكن هل يمتد بها إلى ما بعده؟ أي هل نقف بالإجراءات عند النطق بالحكم أم تتواصل لتشمل ما بعده، مع اعتبار استثناء الحكم نفسه طبعاً لكونه حكماً أصلياً وليس استعجالياً فلا تقصده الاستعارة بداهة؟ الثابت أن الإجراءات الاستعجالية المقصودة تشمل مرحلة ما قبل الحكم أي الخصومة القضائية (I) لكن تواصل الاستعارة إلى ما بعد الحكم أي إلى آثاره ليس أمراً مؤكداً (II).

I - إجراءات الخصومة :

39- تشمل هذه الإجراءات ما قرّره الفصول من 203 إلى 206 و212 م.م.ت. بالنسبة إلى التقاضي الاستعجالي¹ وهي قائمة على الإحالة إلى الإجراءات المتبعة أمام قاضي الناحية في جزء هام منها². وتتميز هذه الإجراءات مقارنة بالقضاء العادي بخاصيتين أساسيتين يفرضهما مطلب السرعة هما اختصار الآجال أ- وتبسيط الشكليات ب- بالإضافة إلى خاصية مشتركة لكنها تلائم سرعة الفصل أيضا وهي وجوبية إجراء الصلح ج-.

¹ يلاحظ إقصاء الفصلين 201 و202 م.م.ت. لتعلقهما بتعريف القضاء الاستعجالي وشروطه والاختصاص فيه، وهذا ليس من الإجراءات فلا تقع عليه الإحالة لأن القضاء العادي هو قضاء في الأصل وله محكمته المختصة التي تختلف عن القاضي الاستعجالي. أما الفصول 207 و208 و209 فتتعلق بآثار الحكم وهو موضوع الفقرة الموالية، والفصلان 210 و211 فيتعلقان بالصعوبات التنفيذية وهي موضوع قضاء استعجالي خاص.
² انظر الفصلين 203 ف1 و212 م.م.ت.

أ- اختصار الآجال :

40- إن أول علامة مميزة للإجراءات الاستعجالية تتمثل في اختصار الآجال، بدءاً بأجل الحضور للمحكمة أي الأجل المعين في استدعاء الخصم للحضور لدى القاضي المختص، والمقدر في القضاء العادي بواحد وعشرين يوماً إذا كان للمطلوب مقر في تونس أو ستين يوماً إذا كان مقره بالخارج وكذلك بالنسبة إلى الدولة والمؤسسات العمومية حسب الفصل 70 ف4 م.م.ت. فإن هذا الأجل يحطّ إلى ثلاثة أيام في القضاء الاستعجالي عملاً بالفصل 203 ف3 م.م.ت.¹ ويمكن أن يحطّ إلى ما دون ذلك عند شديد التأكد، فيكون "اليوم نفسه أو للغد" حسبما تقرّره المحكمة طبق الفصل 206 م.م.ت.².

لكن هل يمكن أن يكون الحطّ أكثر من ذلك فتتظر القضية "حيناً" أو من "ساعة إلى أخرى" على حدّ عبارة الفصلين 206 و48 ف3 م.م.ت.؟ قد يبدو مثل هذا الإسراع المفرط غير متلائم مع قضاء الأصل الذي لا ينظر في وسيلة وقيّة تبرّر تلك العجلة القصوى التي تصل حدّ النظر أيام العطل وفي منزل القاضي الخاص خصوصاً أنه بالإمكان أن يتبعها إذن بالتنفيذ على المسودة ودون سابقة الإعلام حسب الفصل 207 ف1 م.م.ت. وهذا كلّ معزول عن القضاء العادي. ومع ذلك فلا مانع قانوناً من اللجوء إلى هذا الإجراء واختصار الوقت إلى هذا الحدّ نظراً من ناحية لاستغراقه بعموم الاستعارة الواقعة للإجراءات الاستعجالية مطلقاً دون تخصيص، ومن ناحية ثانية لإمكانية استعماله من قاضي الناحية طبق الفصل 48 م.م.ت. والحال أنه قاضي أصل إزاء هذا النصّ وليس قاضياً استعجالياً، بما

¹ يوافق هذا الأجل أجل الحضور لدى قاضي الناحية عملاً بالفصل 48 ف1 م.م.ت.
² تستثنى من هذا دعاوى الملك التجاري التي يجب ألا يقلّ أجل الحضور فيها عن ثمانية أيام تطبيقاً للفصل 28 ف2 من قانون الأكرية التجارية عدد 37 لسنة 1977 المؤرخ في 25 ماي 1977.

يعني نفي غرابة النظر من ساعة إلى أخرى في القضاء العادي¹. ويكفي للاقتناع بذلك التفكير في إمكانية استعماله من قاضي الأسرة عند البت في حق الزيارة. فالتأكد الذي يحف بهذا الحق وتعلق مصلحة المحضون به يوجبان النظر على وجه السرعة القصوى أحيانا ولو لإصدار حكم في الأصل لا حكم وقتي.

41- وكأجل الحضور، يلاحظ أيضا اختصار أجل تقديم عريضة الدعوى للمحكمة، إذ على خلاف الإجراءات العادية حيث يجب تقديم العريضة مصحوبة بمؤيداتها إلى كتابة المحكمة الابتدائية قبل تاريخ الجلسة بسبعة أيام على الأقل طبق الفصل 72 م.م.ت.، فإنه في الإجراءات الاستعجالية لا يوجد أجل محدد لتقديمها وإنما يجب أن يتم ذلك قبل الموعد المحدد للحضور، عملا بالفصل 204 م.م.ت. ويعدّ تقديم العريضة من شكليات نشر القضية الاستعجالية.

ب- تبسيط الشكليات :

42- إن تبسيط الشكليات أمر تفرضه سرعة النظر استعجاليا. ومن يتأمل الإجراءات الاستعجالية يجد تبسيطها قائما على فكرتين متكاملتين في تحقيق السرعة المطلوبة وهما مراعاة اختصار الآجال من جهة وضرورة الإسراع بالبت في القضية من جهة ثانية.

1- مراعاة اختصار الآجال :

43- توجب مراعاة اختصار آجال الحضور جملة من الأحكام المصاحبة في تبسيط الشكليات، وهو ما بدأ به الفصل 8 ف أخيرة م.م.ت. عندما أعفى

¹ لكن تجب دائما مراعاة استثناء دعاوى الملك التجاري نظرا لخصوص الفصل 28 ف2 من قانون 1977 الذي يقدم على النصوص العامة، فلا يقل أجل الحضور في كل الأحوال عن ثمانية أيام.

القضايا الاستعجالية من "لزوم الإدلاء ببطاقة الإعلام" أي أن توجيه الاستدعاء للخصم للحضور لدى المحكمة المختصة بواسطة رسالة مضمونة الوصول في صورة عدم وجوده أو امتناعه عن تسلّم نظير الاستدعاء من العدل المنفذ على معنى الفصل 8 المذكور (الفقرات 3 و4 و5 منه) يوجب في القضايا العادية الاستظهار للمحكمة بعلامة البلوغ مع عريضة الدعوى للتأكد من وقوع التبليغ، إلا أنه خشية عدم رجوعها في الوقت المناسب باعتبار حطّ أجل الحضور استعجالياً إلى ثلاثة أيام أو أقل، فإن لزوم الإدلاء بها يرفع لعدم تلاؤمه مع اختصار الأجل على النحو المذكور¹.

وإذا تمّ القيام عند شديد التأكد فإنّ التبسيط يبلغ منتهاه إذ يسمح للطالب برفع المطلب مباشرة إلى المحكمة دون المرور بالكتابة عملا بالفصل 206 م.م.ت.² ويرجأ خلاص المعاليم إلى ما بعد ذلك طبقا لآخر الفصل 206 م.م.ت.³ ويمكن حتى الاستغناء عن التبليغ والاستدعاء بواسطة عدل منفذ واستبداله بالطريقة الإدارية بواسطة أحد أعوان المحكمة أو السلطة الإدارية عملا بنفس الفصل 206 م.م.ت.⁴.

2- ضرورة الإسراع بالبت في القضية :

44- إن ضرورة الإسراع بالبت في القضية تبرّر جملة من الأحكام المتلائمة مع طبيعة النظر الاستعجالي أولها إلغاء طور المرافعة الواجب في

¹ انظر محمد النجمي، القضاء الاستعجالي بين سرعة الفصل وتوفير الضمانات، مقال سابق، ص 23.

² في الاستعجالي العادي يرفع المطلب لكتابة المحكمة طبق الفصل 204 م.م.ت.

³ في الاستعجالي العادي يتم خلاص المعاليم القانونية قبل النظر في الدعوى بناء على تقديرها من كاتب المحكمة الذي يتلقى ما يفيد الخلاص وعريضة الدعوى ثم يرسم العريضة بالدفتر المعد لها ويجدول الجلسة المعيّنة لها. انظر الفصل 204 م.م.ت.

⁴ هذه الطريقة متبعة أيضا لدى قاضي الناحية عملا بالفصل 44 ف1 م.م.ت.

القضايا العادية حسب الفصل 80 م.م.ت.¹، وتمكين القاضي من البت ولو في الجلسة الأولى². وكذلك إمكانية النظر من ساعة إلى أخرى في حالات شديد التأكد عملاً بالفصل 205 م.م.ت. أو في الحال عند الحضور الطوعي على معنى الفصل 45 ف1 م.م.ت. بما يفترضه من تجاوز حتى عن شكلية نشر الدعوى بتقديم عريضة كتابية واستدعاء الخصم³، بالإضافة إلى عدم وجوبية إنابة المحامي تيسيراً على المتقاضين واقتصاداً لكلفة التقاضي. ولو أن هذا الحكم قد يقبل النقاش بالنظر إلى طبيعة الدعوى التي هي في صميمها دعوى أصلية لا استعجالية وتتطلب نقاشاً في الأصل ومواجهة بين الخصوم قد يعسر على المتقاضين توليها بأنفسهم في غياب من يعينهم، إلا أن هذا النظر لا يفضي مع ذلك إلى وجوبية إنابة المحامي لأن القضاء الاستعجالي لا يفرضه بل يعتبر اختياريًا حسب الفصلين 203 ف1 و205 ف1، وكذلك قضاء الناحية المحال إليه من الفصل 203 م.م.ت. حيث إنابة المحامي اختيارية أيضاً طبق الفصلين 43 ف1 و49 م.م.ت.

45- وفي نفس سياق التبسيط هذا، يمكن التساؤل عن إمكانية شموله لإجرائين عاديين محل نقاش وخلاف في القضاء الاستعجالي ونعني عرض الملف على النيابة العمومية في الحالات المذكورة بالفصل 251 م.م.ت. واعتماد الاختبار.

¹ ينص الفصل 80 م.م.ت. على ما يلي "تحيل المحكمة لجلسة المرافعة القضايا التي ترى أنها مهيأة للحكم في الأصل ويمكن أن تكون الجلسة في اليوم ذاته". ويؤخذ من هذا النص وجوب تفريق الجلسة التحضيرية عن جلسة المرافعة ولو اتحدتا في اليوم.

² محمد اللّجمي، القضاء الاستعجالي ...، مقال سابق، ص 24. - محمد الشريف، القضاء الاستعجالي، مقال سابق، ص 302. وهذا ما يؤكد الفصل 45 م.م.ت. بإحالة الفصل 212 م.م.ت. الذي يمكن قاضي الناحية من الحكم في الحال عند حضور الطرفين "طوعاً أو بعد استدعائهما كما يجب".

³ ينص الفصل 45 ف1 م.م.ت. على ما يلي: "عندما يحضر الطرفان لدى قاضي الناحية طوعاً منهما أو بعد استدعائهما كما يجب يدعوها للصّح، فإن استجابا له قضى بإمضاءه وإلا أمكنه القضاء بينهما في الحال بمحضر الكاتب بعد سماع مقالهما وتلقي مؤيدتهما".

46- فبخصوص الإجراء الأول يفرض الفصل 251 ف4 م.م.ت. عرض ملف القضية على النيابة العمومية للاطلاع وإبداء ملحوظاتها في أجل ثلاثة أيام قبل الجلسة على الأقل وذلك في قضايا معينة نذكر منها خاصة تلك المتعلقة بالاحتجاج بعدم الاختصاص الحكمي وبعديمي الأهلية والمفقودين¹.

وقد نوقش هذا الإجراء بعدم تلاؤمه مع القضاء الاستعجالي الذي يوجب النظر على وجه السرعة والحال أن أجل جواب النيابة العمومية الذي لا يقل عن ثلاثة أيام، قد يستغرق أجل الحضور لدى القاضي الاستعجالي بما قد يعوقه عن البت منذ الجلسة الأولى فيفقد اختصار آجال الحضور كل جدوى، وهو بكل تأكيد متعارض تماماً مع النظر في حالات شديد التأكد على معنى الفصل 206 م.م.ت. فضلاً عن أن القضاء الاستعجالي يقتصر على اتخاذ وسيلة وقتية دون النفاذ إلى جوهر الحق². ولئن كان هذا النقد مستساغاً في القضاء الاستعجالي خاصة عند شديد التأكد برغم عموم عبارة الفصل 251 م.م.ت. واستعصائها على التفريق حسب نوع القضاء إن كان عادياً أو استعجالياً³، فإنه لا يقبل في القضاء العادي بإجراءات استعجالية لأن هذا القضاء ينظر في الأصل ويقضي في جوهر الحق ويؤثر في تغيير المراكز القانونية واستقرارها. وبالتالي لا يجوز استثناءه من

¹ هذه كل حالات العرض الوجوبي حسب الفقرة الرابعة من الفصل 251 م.م.ت. : "ويجب على رئيس المحكمة أن ينهي قبل الجلسة بثلاثة أيام على الأقل إلى ممثل النيابة العمومية قصد الاطلاع القضايا المتعلقة :

أولاً : بالدولة والهيئات العمومية

ثانياً : بالاحتجاج بعدم الاختصاص بالنظر الحكمي

ثالثاً : بعديمي الأهلية أو المفقودين

رابعاً : بالتجريح في الحكام أو مواخذتهم

خامساً : بمخالفة القانون الجزائي أو دعاوى الزور".

² انظر في هذا الاتجاه : محمد اللّجمي، القضاء الاستعجالي ...، مقال سابق، ص 25-26.

³ قد يبدو هذا النظر وجبياً لدى البعض إلى درجة التسليم به واعتبار أن المشرع "اضطرّ إلى إعفاء القاضي الاستعجالي من هذا الإجراء (محمد الشريف، القضاء الاستعجالي، مقال سابق، ص 302)، والحقيقة أن لا أثر لهذا الاضطرار في نصوص القانون !

الفصل 251 م.م.ت. لمساس حالاته بالنظام العام فلا يجب أن يصل هاجس الإسراع بالبت إلى حدّ النبل من إجراء وجوبي كهذا يمكن وصفه بالأساسي مما يفرض احترامه والنقيد به، ويمنع استبعاده بعلة تبسيط الشكليات.

47- وأما بالنسبة إلى إمكانية اعتماد الاختبار فالأصل أنه "إذا اقتضى الحال" تتولّى المحكمة في الإجراءات العادية الاستعانة بأهل الخبرة حسب الفصل 101 م.م.ت. وما بعده. واعتباراً لأنّ هذه الوسيلة التحقيقية تتطلب وقتاً لإنجازها قد يصل إلى ثلاثة أشهر قابلة للتجديد مرّة واحدة عملاً بالفصل 103 ثالثاً م.م.ت. فإنّها لا تتلاءم مع ضرورة الإسراع في القضايا الاستعجالية خصوصاً إذا كانت الدولة طرفاً فيها حيث يجب تكليف ثلاثة خبراء إلّا إذا اتفق على خبير واحد طبق الفصل 102 م.م.ت.، ولذلك نودي في هذه القضايا بوجوب التضييق والتقليل من اللجوء إلى هذه الوسيلة إلّا في حدود ما تقتضيه الضرورة وإلزام الخبير بإنجاز مأموريته في أسرع وقت ممكن والاستعاضة عنها قدر الإمكان بأيّ وسيلة تحقيق أخرى أسرع وأنجع¹. وهذا ممّا يمكن مراعاته أيضاً في القضايا العادية المنظورة استعجالياً لكن دون التخلّي نهائياً عن هذا الإجراء ضرورة أنّ ذلك لم يطلب حتّى في القضايا الاستعجالية الوقتية، وأنّ من القضايا العادية بإجراءات استعجالية ما قد تتوقّف في أحيان كثيرة على الاستشارة برأي الخبراء كدعاوى الملك التجاري، فيكون من المتّجه والحالة هذه اعتماد الاختبار كلّما أوجبت إليه الضرورة.

وإذا كان الاختبار إجراء اختياريّاً تمليه الضرورة فإنّ الصلح إجراء وجوبي عند النظر استعجالياً.

¹ محمد اللّجمي، القضاء الاستعجالي ... ، مقال سابق، ص 26 وما بعدها.

ج- وجوبية إجراء الصلح :

48- يوجب الفصل 212 ف1 م.م.ت. اتّباع القواعد المبينة بالفصل 45 م.م.ت. ومن بين ما في هذه القواعد إلزام المحكمة (قاضي الناحية) بدعوة الطرفين المتنازعين للصلح "فإن استجابا له قضى بإمضائه وإلّا أمكنه القضاء بينهما في الحال...". ويواصل هذا النصّ ما بدأه الفصل 44 م.م.ت. قبله بدعوة القاضي "عندما يتلقّى عريضة الدّعوى (أن) يأذن الكاتب باستدعاء الأطراف للصلح، وعند التعذّر للحكم". وهو يندرج في توجّه قضاء الناحية العامّ الذي سطره الفصل 38 مكرّر م.م.ت. "بيذل قاضي الناحية ما في وسعه للصلح بين الأطراف"¹، ويؤكد الاختيار التشريعي الحديث بداية من تسعينات القرن الماضي وخصوصاً منذ تنقيح مجلة المرافعات المدنية سنة 1994 نحو تعميم هذا الإجراء لدى مختلف المحاكم² كالدوائر التجارية لدى المحكمة الابتدائية ودوائر الشغل وقاضي الأسرة وقاضي الضمان الاجتماعي وغيرها.... ولهذا الاختيار مزايا عديدة³ ليس أقلّها إظهار الوظيفة القضائية الحقّة كأداة للعدل والسلم الاجتماعي والإسراع بفضّ النزاعات لأنّه بالصلح يحسم النزاع من بدايته ويجنب المتنازعين والمجموعة وقتاً ونفقات كان يتطلبها طول الخصام في الإجراءات العادية. وهذا ممّا يتوافق تماماً مع الإجراءات الاستعجالية ويعتبر من أوكدها خصوصاً أنّه إجراء وجوبي يصنّف ضمن الإجراءات الأساسيةية التي يترتب عن إهمالها البطلان على معنى الفصل 14 م.م.ت.⁴

¹ أضيف هذا النصّ كنتقيح سابقه في الذكر سنة 1994 بموجب القانون عدد 59 المؤرخ في 23 ماي 1994، رائد رسمي عدد 42 صادر في 31 ماي 1994، ص 975.

² انظر الحسين السالمي، قضاء الناحية، من قضاوية الصلح إلى محكمة الحق العام، في القضاء الابتدائي، مرجع سابق، ص 39، انظر خاصّة ص 43 وما بعدها.

³ انظر عموماً : الحسين السالمي، قضاء الناحية...، مقال سابق، موضع سابق.

⁴ في هذا الاتجاه، الحسين السالمي، قضاء الناحية...، مقال سابق، ص 46.

49- ويعكس إرساء هذا الاختيار وتعميمه على القضاء العادي بإجراءات استعجالية رغبة المشرع في توفير فرصة إضافية لسرعة فصل القضية واستكمال كل مقومات القضاء العادي السريع من سرعة في النشر وسرعة في النظر وسرعة في الفصل حتى يصدر الحكم في أسرع وقت ممكن.

والسؤال هنا أنه إذا كانت الإجراءات الاستعجالية على هذا النحو من السرعة، فمن المفروض أن يمتد منطقها إلى ما بعد صدور الحكم، وألا تعتبره غاية تقف عندها، فهل هذا وارد حقاً؟ وهل بالإمكان أن تتواصل استعارة الإجراءات الاستعجالية في آثار الحكم؟

II - آثار الحكم :

50- من توابع الحكم وآثاره الهامة مسألتان تستوقفان النظر بصورة خاصة هما: الطعن في الحكم وتحديد الاستئناف باعتبار مبدأ التناضي على درجتين¹ أ- وتنفيذ الحكم ب-.

¹ من فضل القول طبعاً أن الطعن في الحكم لا ينحصر في الاستئناف ويشمل كل وسائل الطعن العادية وغير العادية الممكنة إلا إذا نص القانون على خلاف ذلك. ومثاله الفصل 15 من قانون إنقاذ المؤسسات المارة بصعوبات إقتصادية الذي يحصر الطعن في الحكم الصادر في دعوى فسخ اتفاق التسوية في الاستئناف دون غيره. ولا يفهم من هذا الإقصاء أنه يشمل حتى التعقيب بل المقصود جعل الطعن بين أطراف الدعوى ومنعه على غيرهم لأن هذا الطعن يأتي بعد الاستئناف ويمارس ضد حكم نهائي فلا يكون بالتالي مقصوداً في الفصل 15 المذكور، وإنما المقصود إقصاء وسائل الطعن الممكنة ضد الحكم الابتدائي وخصوصاً الاعتراض لأن النص يريد جعل الطعن بين أطراف الدعوى ومنعه على غيرهم بدليل الفصل 53 من قانون إنقاذ المؤسسات الذي يجيز الطعن بالاستئناف والاعتراض في الأحكام الصادرة في التسوية القضائية. فيفهم أنه في التسوية الرضائية لا يجوز إلا الاستئناف دون الاعتراض الذي يقصى لأن الدائنين الذين قد يمارسونه لم يشملهم الاتفاق ويقوا أجانب عنه وقد كان بإمكانهم الانضمام إليه فحرمهم المشرع لأجل ذلك من وسيلة الطعن المناسبة. وفي هذا المعنى لا يبدو الأمر محسوماً في خصوص التماس إعادة النظر الذي يملكه الأطراف لكن ظاهر عبارة الفصل 15 من قانون إنقاذ المؤسسات يقصيه.

أ- استئناف الحكم :

51- هل يستأنف الحكم الصادر طبق الإجراءات الاستعجالية كما تستأنف الأحكام الاستعجالية أم كما تستأنف الأحكام الأصلية؟ في الجواب تفريق بين إجراءات الاستئناف وآثاره.

1- إجراءات الاستئناف :

52- بالنسبة إلى الإجراءات، يلاحظ بدءاً أنه لا يوجد فرق كبير بين استئناف فرعي الأحكام إلا في اختصار بعض الآجال بالنسبة إلى الأحكام الاستعجالية¹. فهل تتقيد المحكمة عند نظرها بهذه الخصائص كما في استئناف الأحكام الاستعجالية، أم تتبع الإجراءات العادية لديها باعتبار الحكم المستأنف صادراً في الأصل؟

يبدو أنه من الأوفق والأصح مراعاة خصوصيات الاستئناف الاستعجالي تماشياً مع مقصد السرعة الذي يبحث عنه المشرع من وراء سحبه للإجراءات الاستعجالية في القضايا العادية والذي قد يفوت باستبعادها، ويؤول إلى قصر استعارة الإجراءات الاستعجالية على الطور الابتدائي والحال أن قضاء الموضوع درجتان، وذلك بالرغم من انحصار الفائدة في اختصار الآجال على معنى الفصلين 134 و136 م.م.م.ت. فيجب استدعاء الخصوم من قبل المستأنف قبل تاريخ الجلسة بثلاثة أيام عوض عشرين يوماً في الأحكام العادية (الفصل 134 ف1)

انظر في اتجاه استبعاد الاعتراض، أحمد التمام، استئناف الأحكام الاستعجالية، مداخلة في هذا الكتاب.

¹ أحمد التمام، استئناف الأحكام الاستعجالية، مداخلة في هذا الكتاب. - محمد اللّجمي، القضاء الاستعجالي...، مقال سابق، ص 22. - رشيد الصباغ، الملكية التجارية...، مرجع سابق، ص 131.

م.م.ت.)، ويجب استدعاء محامي المستأنف قبل الجلسة بثمانية أيام على الأقل عوض ثلاثين يوما في الحالات العادية (الفصل 136 م.م.ت.).

وقد أشار بعض الشراح إلى ضرورة اختصار أجل تقديم عريضة الاستئناف والمؤيدات من محامي المستأنف منطقياً وحتمياً إلى ثلاثة أيام قبل الجلسة عوض سبعة أيام في الإجراءات العادية تبعاً لاختصار أجل الحضور من عشرين يوماً إلى ثلاثة أيام، وبالتالي فهم الإحالة الواقعة من الفصل 134 ف1 م.م.ت. إلى الفصل 72 م.م.ت. على أنها لا تشمل الأجل في استئناف الأحكام الاستئنافية¹.

53- وفيما عدا ذلك يخضع الاستئناف لأحكام موحدة مهما كانت طبيعة الحكم، منها أن أجل الاستئناف عشرون يوماً حسب الفصل 141 م.م.ت.، وإنابة المحامي وجوبية طبقاً للفصلين 130 ف1 و135 م.م.ت.²، وأجل جواب محامي الخصم أقصاه يوم الجلسة (الفصل 136 م.م.ت.) وبالجمله كلّ ما تسطره الفصول من 130 إلى 155 م.م.ت. لاستئناف الأحكام مطلقاً، بما فيها تمكين الدولة والمؤسسات العمومية المستأنف ضدها من التأخير ستين يوماً لتقديم جوابها عملاً بالفصل 137 ف2 م.م.ت. وقد انتقد هذا الحكم في الميدان الاستئنافي

¹ عبد الله الهلالي، القضاء الاستئنافي أمام محكمة الاستئناف، ق.ت. جوان 1989، ص 7، وفي ملتقى الاستئناف، ماي 1989، مجموعة لقاءات الحقوقيين، كلية الحقوق والعلوم السياسية بتونس، 1993، ص 67، انظر خاصة ص 73.

² انظر : قرار تعقيبي مدني عدد 8786 مؤرخ في 23 أوت 1972، ن 72، ص 50. وقد بدا لبعضهم استبعاد هذا الإجراء في القضايا الاستئنافية بعلّة أن الفصل 140 م.م.ت. يحيل إلى تطبيق الإجراءات لدى المحكمة الابتدائية على محاكم الاستئناف، وإنابة المحامي غير وجوبية في القضايا الاستئنافية فلا تكون واجبة في الاستئناف أيضاً. (في هذا الاتجاه، محمد الصالح العياري، التعديل الأخير لمجلة المرافعات المدنية والتجارية، متعلقه ومرماه، ق.ت. جانفي 1987، ص 70). وهذا نظر منتقد في أصله لأن الفصلين 130 و135 م.م.ت. يوجبان المحامي، والفصل 140 م.م.ت. يقف بالإحالة عند الأعمال الإجرائية ويقرر ما لا يتعارض مع أحكام الاستئناف الصريحة، ولم يوجد نصٌ بوجوب استثناء المحامي. انظر في هذا الاتجاه : عبد الله الهلالي، القضاء الاستئنافي أمام محكمة الاستئناف، مقال سابق، ص 73.

لتعارضه الصّارخ مع سرعة إجراءاته¹، والحال أن هذا القضاء الاستئنافي لا يخرج بطبيعته عن الحكم باتخاذ وسيلة وقتية تستعصي على مثل هذا التأخير خصوصاً أن التطبيق القضائي يبدو مقتنعاً بالنقد المذكور فلا يكثر لتطبيق الفصل 137 ف2 م.م.ت. "دون مبرر واضح"² رغم عموم عبارته التي لا تفرق حسب نوع القضاء. لكن هذا النقد لا يبدو مؤثراً ولا محرّجاً في القضاء العادي بإجراءات استئنافية لأنه وبصرف النظر عن تعارضه مع النص، لا يتعلّق بقضاء وقتي بل بقضاء أصليّ ينظر في أصل الحقّ ويستدعي نقاشاً موضوعياً قدر المشرع أن يمتّع الدولة فيه بامتياز إجرائي على غيرها من المتقاضين، فلا وجه حسب الوضع الحالي للنصوص لسحبها من الدولة بدعوى أن الإجراءات استئنافية. لكن من الأفضل لو يتحقّق ذلك فعلاً ويختصر الأجل تشريعياً حتى لا تحوّل الأحكام الخاصة عن غاياتها ولا تفرغ السرعة المنشودة من محتواها.

54- وعلى كلّ، يخلص ممّا سبق أن استئناف الأحكام العادية بإجراءات استئنافية يسير على نفس الإجراءات المسطرة لاستئناف الأحكام الاستئنافية الموافقة في حقيقتها لإجراءات الاستئناف العادية فيما عدا الفصلين 134 و135 م.م.ت. وأنّ هذا التوافق في الإجراءات لا يثبت كاملاً في آثار الطعن بالاستئناف حيث تبرز خصوصية القضاء الاستئنافي.

¹ عبد الله الهلالي، القضاء الاستئنافي أمام محكمة الاستئناف، مقال سابق، مرجع وموضع سابقين.

² عبد الله الهلالي، القضاء الاستئنافي أمام محكمة الاستئناف، مقال سابق، مرجع وموضع سابقين.

2 - آثار الاستئناف :

55- للاستئناف أثران أساسيان انتقالي وتعليقي. فالانتقالي يعني "أن تنقل الدعوى واقعا وقانونا أمام محكمة الدرجة الثانية"¹ بحيث يعاد النظر من جديد في النزاع لكن في حدود ما تسلط عليه الطعن عملا بالفصل 144 م.م.ت.² وهذا أثر عام لصيق بالاستئناف مهما كانت طبيعة النزاع ونوع الحكم الابتدائي المستأنف أصليا أم استعجاليا. ويجري بالتالي على النزاعات الأصلية المنظورة استعجاليا.

56- والأمر خلافه بالنسبة إلى الأثر التعليقي المقرر في الفصل 146 م.م.ت. "استئناف الأحكام الابتدائية يعطل تنفيذها إلا فيما استثناء القانون" والذي يقتصر على الأحكام الأصلية دون الاستعجالية المستثناة صراحة بالفصل 209 م.م.ت. "استئناف الأحكام الاستعجالية لا يوقف تنفيذها" وفيه تبرز خصوصية القضاء الاستعجالي. فهل يشمل هذا الاستثناء أحكام القضاء العادي بإجراءات استعجالية أم هي خاضعة للمبدأ؟

لو اجتمع النظر في مقصد السرعة دون غيره من المعطيات أو الاعتبارات لسحب الاستثناء على تلك الأحكام. وهذا ما قد يجد دليله في أحد أهم نصوص القضاء العادي بإجراءات استعجالية ونعني الفصل 28 من قانون الأكرية التجارية عدد 35 لسنة 1977 المؤرخ في 25 ماي 1977 الذي صرح باستثناء أحكامه من الفصل 209 م.م.ت. وجعل استئنافها "طبقا للقانون العام يعطل التنفيذ" ! فكان الأثر التعليقي في هذا النص ليس ناتجا عن تطبيق المبدأ مباشرة بل هو نتيجة رجوع إلى المبدأ باستثناء على الاستثناء، بما يوحي بأن المشرع يقر ضمنا بخضوع استئناف مثل هذه الأحكام لمنطق القضاء الاستعجالي وإقصائها

¹ أحمد الجندوبي وحسين بن سليمة، أصول المرافعات المدنية، مرجع سابق، ص 374.
² ينص الفصل 144 م.م.ت. على ما يلي : "الاستئناف ينقل الدعوى بحالتها التي كانت عليها قبل صدور الحكم المستأنف وذلك في خصوص ما تسلط عليه الاستئناف".

مبدئيا من الأثر التعليقي إلا إذا وجد نص خاص يكسبها هذا الأثر وهو ما اعتقد المشرع فعله في الفصل 28 المذكور.

لكن الحقيقة غير ذلك والفصل 28 من قانون الأكرية التجارية ليس دليلا صالحا لتنفيذها¹، بدليل تظافر جملة من الحجج القائمة بها أولها أن الحكم الصادر في القضاء العادي بإجراءات استعجالية هو حكم في أصل الحق الموضوعي إثباتا أو نفيا وليس حكما في وسيلة وقتية²، وأنه لذلك يتصل به القضاء في مفهومه الكامل لا في مفهومه النسبي الخاص بالأحكام الاستعجالية³ وأنه بالنتيجة لذلك أيضا لا يخضع لأثر الترجيع المخصص في الفصل 150 م.م.ت. لاستئناف الأحكام الاستعجالية والأحكام المشمولة بالنفاذ المعجل باعتبار طبيعتها الوقتية الغائبة في الأحكام العادية⁴.

¹ بل هو في واقع الأمر تزيّد من المشرع مفهوم بلا ضرورة الإفصاح عنه ولا وجه بالتالي لتحمله أية دلالة تأويلية أكثر مما يفيد ظاهر عبارته، لا غير. انظر في هذا الرأي : رشيد الصباغ، الملكية التجارية، مرجع سابق، ص 134-135.

² في هذا الاتجاه : بيار رينو، ملاحظات في المجلة الثلاثية للقانون المدني، مقال سابق، موضع سابق. وقد تعلق القرار المناقش بحق ارتفاع قضائي يسمى "ارتفاع الساحة المشتركة" أنشأ في فرنسا الأمر عدد 1178 لسنة 1958 المؤرخ في 9 ديسمبر 1958. وهو ارتفاع بعدم البناء أو إعادة البناء ينشئه القاضي (رئيس المحكمة الابتدائية الكلية) وتتحمله العقارات البيضاء أو المبنية الملاصقة الأراضي ومقاسم حضرية صالحة للبناء، وذلك لفائدة هذه الأراضي والمقاسم إذا أراد أصحابها أن يقيموا عليها بناءات. انظر لمزيد التفصيل :

G. LIET-VEAUX, Réflexions sur la servitude judiciaire dite de cour commune, Dalloz 1964, chronique, p. 13.

³ أحمد التّمّام، استئناف الأحكام الاستعجالية، مداخلة في هذا الكتاب.

⁴ ينص الفصل 150 م.م.ت. بعد تنقيحه بالقانون عدد 87 لسنة 1986 المؤرخ في 1 سبتمبر 1986 على ما يلي : "إذا وقع نقض أو تعديل حكم مشمول بالنفاذ المعجل أو كان الحكم المنقوض أو المعدل صادرا باستجابة طلب استعجالي وجب أن ينص حكم النقض أو التعديل على ترجيع ما دفعه أو سلمه المستأنف بموجب تنفيذ الحكم المنقوض أو المعدل أو إعادة الحالة لسالف وضعها كل ذلك في حدود ما وقع نقضه أو تعديله.

وعلى المحكمة تدارك ما وقع من سهو عن الترجيع أو إعادة من تلقاء نفسها".

57- ومعنى هذا أن هذه الأحكام لا تخرج عن أثر تعطيل التنفيذ بحكم طبيعتها الخاصة التي تميزها عن الأحكام الاستعجالية الصرفة فلا يشملها الفصل 209 م.م.ت. ولا يمكن تنفيذها وقتياً. وتفرض طبيعتها هذه استنتاج خلاصة عن استعارة الإجراءات الاستعجالية في القضاء العادي مفادها أنها محصورة في الإجراءات دون الحكم، وهذه الازدواجية هي التي تفسر توليفة القضاء العادي بإجراءات استعجالية، وتبين أن القضاء ركنان إجراءات وحكم. ففي الإجراءات يظهر الاستعجال وتصح الاستعارة ولو في الاستئناف، وفي الحكم يكمن القضاء العادي وعنده تقف الاستعارة لأنه لا يمكن أن يكون حكماً استعجالياً. ولا يزيد النظر في تنفيذ الحكم هذه الخلاصة إلا تأكيداً.

ب- تنفيذ الحكم :

58- يفرق القانون في التنفيذ بين الأحكام العادية والأحكام الاستعجالية. واعتباراً للطبيعة الأصلية للحكم في القضاء العادي بإجراءات استعجالية فإنه يخضع لما تخضع له الأحكام العادية لا الاستعجالية. وبالتالي فلا يمكن تنفيذه إلا إذا أحرز على قوة اتصال القضاء أي إذا استنفذ وسائل الطعن المعطلة للتنفيذ وهي أساساً الاستئناف، أو لم يكن قابلاً لها أصلاً على معنى الفصل 286 م.م.ت. ومعنى هذا أنه لا ينتفع بالتنفيذ الوقتي القانوني المقرر للأحكام الاستعجالية نتيجة استثنائها من المفعول التعليقي للاستئناف طبق الفصل 209 م.م.ت. ولا يمكن تنفيذه إلا بعد الإعلام به وتمكين المحكوم له من أجل عشرين يوماً للإذعان الاختياري حسب الفصل 287 م.م.ت. فلا يجوز لذلك تنفيذه بعد أربع وعشرين ساعة كما في الأحكام الاستعجالية (الفصل 287 ف3 م.م.ت.). كما لا يمكن تنفيذه إلا بمقتضى نسخة تنفيذية خاضعة للتسجيل طبقاً لأحكام مجلة معالم التسجيل

والطابع الجبائي والنصوص المكتملة لها¹ فلا يشملها الإعفاء الذي تستفيد به الأحكام الاستعجالية عملاً بالفصل 9 من نفس المجلة.

خاتمة

59- في نهاية هذه الدراسة لا يسع الباحث إلا الوقوف على حقيقة أولى نتلوها نتائج نظرية واستشرافية، وهي أن القضاء العادي بإجراءات استعجالية هو تقنية للإسراع في فصل النزاع في الأصل، يضاف إلى تقنيات أخرى مشابهة كالمرافعة الحينية والأمر بالدفع والنفاذ الوقتي....

وهذا يعني- جواباً عن إشكالية المقدمة - أن الأمر لا يتعلق بصنف قانوني مستقل، بل بصنف داخلي ضمن قضاء الأصل : فيوجد قضاء الأصل العادي وقضاء الأصل السريع ومنه بإجراءات استعجالية. وهي إجراءات مستعارة من القضاء الاستعجالي دون ما يتصل منه بالحكم الذي يبقى أصلياً في القضاء العادي وفيه يكمن التفريق بين صنف القضاء العادي والاستعجالي. وهذا دليل على نسبية هذا التصنيف كالأصناف القانونية عموماً، وفيه دعوة متجددة لفكر القانوني للتجدد والتطور خصوصاً في ظل ما يلاحظ من تنامي هذه التوليفة القضائية المميّزة التي تبدو مرشحة لمزيد الاستعمال والتوسع بدليل تكاثر تطبيقاتها الحديثة والمتواترة في السنوات الأخيرة داخل المجال التجاري، وبدليل دخولها مجال الأحوال الشخصية بعد أن كانت تعتبر حكراً تجارياً. فكانّ المشروع وجد فيها ضالته

¹ انظر خاصة القانون عدد 19 لسنة 1997 المؤرخ في 22 مارس 1997 المتعلق بتسجيل الأحكام والقرارات بالمعلوم الأدنى بالنسبة إلى الأطراف الذي صدر لفائدتهم الحكم (رائد رسمي عدد 24 صادر في 25 مارس 1997، ص 491). وانظر في مجلة معالم التسجيل والطابع الجبائي خصوصاً الفصول : 5 و 9 و 20 و 22 و 70 و 86 (التسجيل) و 117 و 120 و 121 و 123 (الطابع الجبائي) ويشار هنا إلى إعفاء الدولة والمؤسسات العمومية من معلوماتي التسجيل والطابع الجبائي إذا كانت الأحكام صادرة ضدها (الفصلين 70 و 120).

دعوى الخروج إن لم يدفع

عماد فرحات

مساعد بكلية الحقوق والعلوم السياسية بتونس

1- قد توحى دعوى الخروج إن لم يدفع بأحداث شريط سينمائي درامي تستوحى أحداثه من الواقع وربما كان العنوان اللائق به «فرز في المحاكم» ويرجى من ذوي القلوب الرقيقة وممن لا يتحملون الانفعالات والصدمات عدم مشاهدة هذا الشريط إذ لا تخلو أحداثه من الإثارة والعقد والتشويق...

يكتشف المتفرّج منذ أولى المشاهد أنّ الأكرية من أكثر الموضوعات الاستعجالية إلحاحاً وجدالاً¹ وأنّ دعوى الخروج إن لم يدفع من الدعاوى التي تحظى "بشعبية" لدى المتقاضين بعد أن تفاقمت المطالبة عن طريق العدالة بإخراج المكثري من المحل لعدم خلاص الأجرة المتأخرة إلى درجة تخصيص دائرة أو دوائر عهد إليها النظر استعجالياً في دعاوى الخروج إن لم يدفع² بل أظهر التطبيق القضائي توسع مجال هذه الدعوى سواء عمودياً ليشمل إلى جانب مال الكراء مصاريف الحراسة الليلية والمعاليم البلدية ونفقات استهلاك الماء³ وحتى معاليم الأداء على القيمة المضافة⁴ أو أفقياً ليكتسح مادة الإيجار المالي فغالبا ما تطلب

لضمان قضاء أصل في ظروف أسرع، ويحقّق به المعادلة القضائية المنشودة في سرعة الفصل مع توفير الضمانات.

60- ولعلّ من محاسن هذا الاختيار أن يقلّص صور تدخّل القضاء الاستعجالي في مسائل أصلية ويحصّره في نطاقه الحقيقي المتعلّق بالوسائل الوقتية باعتباره قضاءً وقتياً. على أنّ أخطر ما يلاحظ بشأنه أنّه يبدو أداة لتعميم قضاء النّاحية على القضاء الابتدائي نتيجة خضوع الإجراءات الاستعجالية نفسها لذلك القضاء، ممّا قد يؤيّد فكرة أنّ قضاء النّاحية إجرائياً أو فكرياً أصبح فعلاً ينافس المحكمة الابتدائية في اعتبارها قضاء حقّ عام. كما أنّ فيه انحيازاً إلى القضاء الفردي المميّز لقضاء النّاحية والقضاء الاستعجالي على السّواء، وذلك على الأقلّ من خلال قاضي الملك التجاري وقاضي الأسرة. فهل هي عودة إلى القاضي الفردي، ثالث الثلاثة، أم هي إعادة نظر في موازنة تركيبة المحاكم المدنية بين المجلسية والفرديّة؟ في هذه أو تلك يبدو القضاء العادي بإجراءات استعجالية أعمق من مجرد توفيق إجرائي بين صنفين للقضاء، وأنّه بحقّ اختيار أساسي في نظام المرافعات المدنية لمّا يفصح عن جميع مكنوناته ولم نستوف بعد كلّ دروسه.

¹ تراجع عبد الله الهلالي في القضاء المستعجل م ق ت عدد 2 فيفري 1984 ص 19 خاصة ص 27.

² ومثال على ذلك تخصيص الدائرة الرابعة لدى المحكمة الابتدائية بتونس بدعاوى الخروج إن لم يدفع.

³ تراجع القرار التعقيبي المدني عدد 2336 المؤرخ في 1 مارس 1966 م ق ت عدد 4 افريل 1966 ص 35 وقرار محكمة الاستئناف بتونس عدد 31500 المؤرخ في 8 مارس 1972 ن م ت 1972 مارس عدد 3 ص 65.

⁴ أثارت القيمة المضافة كأسس للمطالبة بالخروج من المكوى عند عدم أدائها نزاعات وإشكالات تطبيقية تتصل بتقديرها وضبطها وفقاً لأحكام الفصلين 7 و9 من القانون عدد 61 لسنة 1988 المؤرخ في 2 جوان 1988 المتعلق بأداء القيمة المضافة وذلك في خصوص تحرير وتعيين نسبة القيمة المضافة المتنازع عليه لغموضهما وقد اصدر المدير العام للدراسات والإصلاح الجبائي

الشركة المؤجرة للمعدات أو للعقار الحكم لها استعجاليا بانفساخ عقد الإيجار وإرجاع المكرى¹.

وتتعاقب أحداث الشريط لترفع النقاب عن مناورات قد يعتمد لها المؤجر حتى لا يتمكن المستأجر من الحضور لدى القضاء فيصدر حكم الخروج في غفلة منه² من بينها إستغلال فرصة وجود المكترى رهن الإيقاف في تاريخ توجيه التنبيه الداعي لإخلاء المكرى³ أو عن حيل يعتمد إليها المكترى الذي قد يماطل في أداء الكراء حتى تاريخ انعقاد الجلسة أو أحيانا حتى تاريخ الشروع في تنفيذ الحكم

مذكرة عامة في غرة مارس 1990 لشرح غموض الفصلين المذكورين واعتبر انه بالنسبة لعقود التسويغ المبرمة قبل جويلية 1988 فان المتسوغ لا يكون مطالبا إلا بدفع 2.71 أما الباقي فهو محمول على المالك إلا إذا اتفق الطرفان على تحمل المتسوغ بكامل الأداء... في حين اعتبرت محكمة التعقيب أن النزاع في القيمة المضافة يجعلها غير محررة ويتطلب الرجوع إلى المصالح المعنية وهذا لخروج القضية عن القضاء الاستعجالي لما لها من مساس بالأصل القرار التعقيبي المدني عدد 34999 المؤرخ في 9 فيفري 1995 ن م ت 1995 قسم مدني ج 2 ص 364.

¹ انظر الفصل الأول من القانون عدد 89 لسنة 1994 المؤرخ في 26 جويلية 1994 والمتعلق بالإيجار المالي الذي ينص على ما يلي «الإيجار المالي هو عملية إيجار تجهيزات ومعدات أو عقارات مقتناة أو منجزة لغرض الإيجار من قبل المؤجر الذي يبقى مالكا لها لمدة للاستعمال في الأنشطة المهنية أو التجارية أو الصناعية أو الفلاحية أو الصيد أو الخدمات» يراجع عبد الستار الخويلدي الإيجار المالي في فقه القضاء المقارن م ق ت عدد 9 سنة 41 نوفمبر 1999 ص 73 وخاصة ص 86 وعامر بورورو الإيجار المالي في فقه القضاء التونسي م ق ت عدد 6 السنة 47 جوان 2005 ص 13 خاصة ص 18 و 19. وأنظر كذلك القرار التعقيبي المدني عدد 5644 المؤرخ في 20 أفريل 2005 ن م ت 2005 ص 41 الذي جاء فيه خاصة أن عقد الإيجار المالي ليس عقد كراء عادي ولا تنطبق عليه أحكام الفصلين 284 و 336 من م ا ع وغيرها لأنه في جوهره نوعا من القروض وفق الفصل 6 من قانون 1994 المذكور بحكم طبيعته المزدوجة لذلك فان فسخه أو إنفساخه لا يحول دون إمكانية المطالبة بتسديد المبالغ المالية المضمنة بالسندات لأمر...

² يراجع عبد المجيد برق الليل سياسة الإسكان بين الواقع والقانون م ق ت 1974 عدد 8 ص 14. ³ اعتبرت محكمة التعقيب مثلا أن دعوى الخروج لعدم الخلاص لا تتوقف على ضرورة سبق إصدار إنذار من المالك للمكترى وان دفع الأخير بالقوة القاهرة أو الأمر الطارئ القائم على تواجده رهن الإيقاف في تاريخ الإنذار لا يشكل وجها جديا للنزاع من شأنه أن يحول دون القضاء لصالح الدعوى حماية لحقوق المالك وتفرعا على ذلك فان للقاضي الاستعجالي حق التثبت في مدى جدية الدفع المتعلق بالقوة القاهرة أو الأمر الطارئ من عدمه-قرار تعقيبي مدني عدد 6369 مؤرخ في 15 ماي 2001 غير منشور-

القاضي بإخراجه من المكرى ليقوم في نهاية الأمر بدفع الأجرة المتأخرة بواسطة صكوك يتضح أنها بدون رصيد¹ فينشا تتبع جزائي مواز لدعوى الإخلاء... أو يعتمد إلى تمكين المسوغ من كمبيالات ترجع بدون خلاص فتتشابك العلاقة التعاقدية الأصلية بالعلاقة المصرفية² وقد يكتشف المسوغ كذلك أن المكترى أحال تسويغه للغير³... وهكذا تصبح دعوى الخروج إن لم يدفع مسرعا تتصادم فيه الوضعيات الواقعية بالقانون إلى حد عابت معه محكمة التعقيب على القاضي الاستعجالي

¹ أنظر القرار التعقيبي المدني عدد 55668 مؤرخ في 14 جانفي 1963 م ق ت 1963 جوان عدد 6 ص 56 والقرار التعقيبي المدني عدد 4561 المؤرخ في 11 جانفي 1982 ن م ت 1982 ج 1 ص 76 والذي اعتبر أن وفاء المستأجر بمال الكراء بواسطة شيك قبل إنقضاء أجل الإنذار لا يحول دون إنفساخ عقد الإيجار إذا تبين أن الشيك بدون خلاص- كذلك القرار الصادر عن محكمة الاستئناف بتونس في القضية عدد 89324 بتاريخ 16 ماي 2002 -غير منشور- وتضمنت وقائعه أن المتسوغ على اثر إعلامها بحكم الخروج سلمت للعدل المنفذ شيكين رجعا بدون خلاص فقامت بتوفير الرصيد الكافي حسب شهادتين بنكيتين وطلبت من عدل التنفيذ إعادة عرض الصكين على الخلاص إلا أن الأخير واصل أعمال التتبع ووضع الأختام فطلبت المتسوغ إستعجاليا إرجاعها للمكرى واعتبرت محكمة الاستئناف انه لا يمكن الأخذ بدفع المالكين بعدم إعلامهم بتكوين الرصيد موضوع الصكين على ذمتهم من طرف المتسوغ إذ أن الفصل 410 ثالثا م ت لا يحمل الأخيرة واجب الإعلام وإنما هو يضعه على كاهل البنك المسحوب عليه ويحول للحامل تغريمه بالفائض القانوني في صورة إخلاله بواجب الإعلام وقضت محكمة التعقيب في نفس الدعوى بتأييد موقف محكمة الاستئناف إذ جاء في قرارها عدد 20756 المؤرخ في 10 ديسمبر 2002 -غير منشور- "بان تسليم شيكين وتوفير رصيدهما ينزع عن الحكم الاستعجالي القاضي بالخروج حجبه ويجعل التنفيذ عاريا عن كل سند فتوفر الرصيد يكفي بذاته لإبراء ذمة صاحب الشيك ما دام سبق عرضه للخلاص".

² يراجع القرار التعقيبي المدني عدد 4897 المؤرخ في 24 ماي 1982 ن م ت 1982 ق م ج 3 ص 89 القاضي بان العلاقات المصرفية الجديدة المتولدة عن الكمبيالة تضاف للعلاقات الأصلية الموجودة سابقا بين الطرفين ولا تكون بديلا عنها إلا إذا وقع الاتفاق على خلاف ذلك إذ أن التجديد لا يكون بغلبة الظن.

³ في هذه الصورة إذا لم تكن الإحالة مخالفة للقانون أو العقد كان المتسوغ الثاني ذا صفة قانونية للقيام بقضية إعتراضية على حكم الخروج إن لم يدفع أو إثارة إشكال تنفيذي لتعطيل تنفيذ حكم الإخلاء يراجع قرار تعقيبي عدد 9025 مؤرخ في 2 جانفي 1973 ن م ت 1973 ج 2 ص 26.

إبتكاره طريقة نفسانية عند استقراء مظروفات الدعوى والحكم على المكثري بإخلاء المكري!!¹

وتتصاعد وتيرة "المغامرات الإجرائية"² حين يهرع المتسوّغ المماطل الذي نفذ في شأنه حكم الخروج بقوة القانون ليعرض الكراء المتأخر ويؤمنه ثم يطلب من القاضي الاستعجالي الرجوع للمكري باعتبار أن العلاقة التسويغية لا تزال قائمة³ وأن الأحكام الاستعجالية أحكام مؤقتة تتغير بتغير الظروف التي أدت إلى صدورها⁴... وقد يحكم بالعودة ولكن ما أقساها من عودة إذا اكتشف العائد أن المحل الذي اكتسب فيه أصلا تجاريا تغير شكله وطبيعة استعماله فاندثر و أضحي أثرا بعد عين⁵ وما أمره من رجوع إذا بهت بوجود متسوّغ ثان في المكري فلا مناص له عندئذ من اللجوء لمحاكم الأصل قصد تحديد من من المتسوّغين المتزاحمين أحق بالفوز بالمكري هذا إذا لم يقرر القضاء الاستعجالي نقض حكم الرجوع نفسه فيكون المتسوّغ قد أطرّد مرتين!!⁶

¹ يراجع القرار التعقيبي المدني عدد 5359 المؤرخ في 28 جانفي 1982 ن م ت 1982 قسم مدني ج 1 ص 237 والذي جاء به «حيث لم تبين محكمة الحكم المنتقد العلاقة بين العرض الجزئي لمال الكراء ونفي اتصال القضاء وكونه نسبيا وعدم دراسة الأحكام السابقة المتمسك بها لتبين مدى واقعية الوسيلة وجديتها على عين الوثائق وإنما اعتمدت فقط الاعتماد على الطريقة النفسانية»

² ROGER PERROT « note sous deux arrêts civils n°9521 du 25 déc.1972 et n°9471 du 11 déc.1972 », Bull, 1972 p 61 et 69 in Revue Tunisienne de droit 1975 p 206 à 219.

³ انظر لاحقا ص 22 وما بعده.

⁴ يراجع روجي بيرو نفس المرجع المذكور.

⁵ يراجع القرار التعقيبي المدني عدد 867 مؤرخ في 22 افريل 1978 ن م ت 1978 ق م ج 1 ص 185.

⁶ انظر القرار عدد 5950 المؤرخ في 20 جويلية 1968 م ق ت عدد 7 و 6 جوان جويلية 1969 ص 25. وهو قرار كرّس الطبيعة النهائية لحكم الخروج إن لم يدفع إذ نقضت محكمة التعقيب قرارا إستئنافيا قضى بتقرير حكم استعجالي قضى بإرجاع المتسوّغ المطرد بموجب تنفيذ حكم الإخلاء للمحل ثانية وبالتالي فإن المتسوّغ أطرّد مرتين!!

2- وينتهي العرض ليخرج المشاهد وقد أعياه السؤال وأضناه البحث عن أساس دعوى الخروج إن لم يدفع ولن يفيد الرجوع للنصوص لأنه بعد إلغاء الفصل 111 من قانون المرافعات المدنية الصادر في 24 ديسمبر 1910¹ القاضي « باختصاص رئيس المحكمة في الحكم بإخراج المكثرين إما لانتهاؤ المدة المبينة بالعقد أو لأجل عدم دفع مال الكراء وذلك بعد استدعاء المطلوب كما يجب » ضمنا بموجب صدور الأمر المؤرخ في 5 أكتوبر 1959 المتعلق بإدراج مجلة المرافعات المدنية والتجارية² أصبح أساس دعوى الخروج إن لم يدفع ما جرى به عمل المحاكم وأجمعت عليه كلمة فقه قضاء من أن استمرار المكثري على الإنتفاع بالمكري دون أداء ما تخلد بذمته من مال الكراء يمثل إخلالا بالالتزام أصلي³ ومظهرا من مظاهر الضرر الذي يتأكد معه تدخل القضاء الاستعجالي لتفادي استفحالهما طال أمد السكوت عنه ودواعيه⁴.

v. REKIK Md NEJIB « L'urgence en référé » mém. D.E.S. dr. privé fac. dr. Tunis 1975-1976 p119 et s.

¹ كان النص المذكور يرتبط بأحكام الفصل 768 م ا ع المتضمن انه على المكثري أداء الكراء في الأجل المعين في العقد ويراجع فقه القضاء المطبق للفصل 111 المذكور القرار المدني عدد 1845 مؤرخ في 21 ماي 1931 م ق ت 1960 عدد 9 و 10 نوفمبر ديسمبر 1960 ص 159 والذي اوجب تقديم حجة تسويغ كتابية إذ لا يمكن للحاكم الحسم في مسألة النزاع في مدة الكراء الشفاهي... والقرار التعقيبي المدني عدد 2076 مؤرخ في 25 افريل 1932 نفس المرجع سالف الذكر والذي قضى بان نص الفصل 111 م م لا يخول خروج الغير الذين لا دخل لهم في التسويغ... والذين يزعمون أن لهم حقا في البقاء بالمكان...

² انظر رائد رسمي للجمهورية التونسية عدد 56 الصادر في 3 - 6 - 10 و 13 نوفمبر 1959.

³ وهو موقف يجد صده في الفصل 767 م ا ع المتضمن انه على المكثري أداء الكراء وحفظ ما اكتراه واستعماله بدون إفراط ولا تعد حسبما أعدته له طبيعته أو العقد. يراجع القرار التعقيبي المدني عدد 1019 المؤرخ في 23 جوان 1942 م ق ت 1960 ص 197 والقرار التعقيبي عدد 4296 المؤرخ في 6 جويلية 1943 م ق ت عدد 10 لسنة 1960 ص 188.

⁴ يراجع عبد المجيد برق الليل مرجع مذكور ص 15 ومحمد اللجمي اختصاص القضاء الاستعجالي م ق ت عدد 2 فيفري 1991 ص 37 خاصة ص 49 وكذلك القرار التعقيبي المدني عدد 999 المؤرخ في 10 جوان 1978 ن م ت 1978 قسم مدني ج 1 ص 3306 والقرار التعقيبي

3- بيد أن هذا الأساس كان وما يزال مرمى الردود الانتقادية¹ التي رأت فيه تقديراً قد يصادف الحقيقة والواقع وقد يكون بخلاف ذلك والثابت هو التسليم بخطورة دعوى الخروج إن لم يدفع وجواز اعتمادها وسيلة لإخراج المكثري المماطل ولو أثناء العقد² وهي دعوى شاهدة على التناقض القائم بين تواصل جريان العمل القضائي في الأخذ بها وانصراف الإرادة التشريعية لإلغائها.

ويتأكد هذا التناقض إذا تبين أن خيار الإلغاء كان له ما يبرره في اختيارات وتوجهات السياسة التشريعية السكنية عموماً في بداية الخمسينات حين واستحدث المشرع تحت ضغط واقع أزمة السكن نظاماً قانونياً يتصل مباشرة بالنظام العام الاجتماعي والاقتصادي³ ويقوم في مجمله على تغليب المنفعة على الرقبة وذلك بإقرار حقوق للمكثريين في الإجارة⁴ أو في البقاء⁵ بالأعيان المأجورة أو ما نزع

المدني عدد 4398 المؤرخ في 1 مارس 1966 م ق ت 1966 4 ص 38 القاضي بان عقد الكراء من العقود الاستثنائية التي يستحق فيها معين الكراء بقدر ما يقع استيفاءه من المنفعة.
¹ نفس المرجع المذكور ص 15 وانظر فوزي بالكنتاني تعليق على القرار التعقيبي عدد 775 مؤرخ في 18 فيفري 1983 - دوائر مجتمعة - مجلة العلوم القانونية والاقتصادية والتصرف بسوسة - سداسية أولى العدد 1 جوان 1997 ص 103 وخاصة ص 117 وما بعدها.
² يراجع عبد الله الهلالي "في القضاء المستعجل" مرجع مذكور ص 19 خاصة ص 27.
³ يراجع فوزي بالكنتاني، الحماية القانونية للإنتفاع بالسكن من خلال التزامات المسوّغ - أطروحة دكتوراه في القانون الخاص، كلية الحقوق والعلوم السياسية بتونس، 1997-96، ص 18.
⁴ وهو ما رأى فيه الفقه مساساً بما أكد عليه الفصل 17 م ح ع من تفرد المالك بحق الاستعمال من أجل توفير الحماية للملكية التجارية والحق في السكن... أنظر فوزي بالكنتاني، مرجع سابق، ص 17 وما بعدها.

⁵ انظر الفصلين 3 و 61 من الأمر العلي 28 المؤرخ في أكتوبر 1948 رائد رسمي عدد 91 في 28 أكتوبر 1948 المنقح خاصة بقانون 31 مارس 1958 وكان أمر 1948 المذكور يعتبر سيئ النية المكثري أو الشاغل المتمتع بحق البقاء في محلات السكنى أو الحرفة إذا لم ينفذ الالتزامات المحمولة عليه ومنها دفع الكراء الحال إلا لأمر قهري أو لعذر مقبول يراجع القرار التعقيبي المدني عدد 4905 في 30 ماي 1967 م ق ت 1968 عدد 2 فيفري ص 42 وقد ألغي العنوان الأول من أمر 1948 المذكور بموجب القانون عدد 35 لسنة 1976 المؤرخ في 18 فيفري 1976 المتعلق بضبط العلاقات بين المالكين والمكثريين محلات السكنى أو الحرفة أو الإدارة العمومية رائد رسمي عدد 13 في 20 فيفري 1976 ص 456 والمتضمن أن المالك الذي يرفض بدون سبب

إليه المشرّع من أساليب أخرى لتأمين أداء المستأجر لمعلوم الكراء كالتجميد الوقتي للكراء¹ وضبط سقفه الأقصى² أو التخفيض الوجوبي في مقداره المتفق عليه ورده إلى نسب تحمي المكثري من العجز عن الوفاء خصوصاً إذا كان من ذوي الدخل المحدود³ علاوة على وضع نصوص إما لتعطيل مفعول الشرط الفسخي عند

معلوم الكراء المعروض عليه كما يجب من طرف المكثري لا يقبل منه القيام بطلب فسخ عقد الكراء لعدم الخلاص في ذلك المال.

v. aussi REKIK NOOMEN « L'ordre public et le contrat civil » th. doc. d'Etat dr. privé. Fac. dr. Tunis 2003-2004 p307 à 322.

ويراجع القرار التعقيبي عدد 5147 مؤرخ في 14 مارس 1967 م ق ت 1968 عدد 1 جانفي ص 34 ويراجع كذلك القانون عدد 47 لسنة 1972 المؤرخ في 26 جوان 1972 المتعلق بحق البقاء في بعض المحلات المعدة للسكنى وبضبط أقصى مقادير الكراء بها انظر الرائد الرسمي الصادر في 23-27 جوان 1972 ص 926 والذي صنف بموجبه المشرع محلات السكنى وحدد معلوم الكراء بالنسبة للمتر المربع الواحد الصالح للسكنى سنوياً وباستثناء الضرائب والتكاليف. ويبدو أن هذا القانون لم يقع إلغاؤه إلى حد التاريخ !!

¹ يراجع القانون عدد 47 لسنة 1983 المؤرخ في 22 افريل 1983 المتعلق بالتجميد الوقتي لمبالغ كراء المحلات المعدة للسكنى رائد رسمي عدد 32 مؤرخ في 26 افريل 1983 ص 1198 والذي قضى بتجميد مبالغ الكراء في المستوى الذي بلغته في 31 جانفي 1982 ونص على العقوبات الواردة بالفصل 24 من القانون عدد 35 لسنة 1976 المؤرخ في 18 فيفري 1976 والمتعلق بضبط العلاقات بين المالكين والمكثريين لمحات معدة للسكنى أو الحرفة أو الإدارة العمومية وقد وقع التمديد في مفعول قانون 22 افريل 1983 المذكور بموجب القانون عدد 1 لسنة 1984 المؤرخ في 10 جانفي 1984 المتعلق بتمديد التجميد الوقتي لأكرية المحلات المعدة للسكنى رائد رسمي عدد 4 في 13 جانفي 1984 ص 66.

² يراجع القانون عدد 122 لسنة 1993 المؤرخ في 27 ديسمبر 1993 المنقح للقانون عدد 35 لسنة 1976 المؤرخ في 18 فيفري 1976 المذكور بالهامش السابق رائد رسمي 28 ديسمبر 1993 ص 2207 والقانون عدد 47 لسنة 1983 المؤرخ في 22 افريل 1983 والقانون عدد 1 لسنة 1984 المؤرخ في 10 جانفي 1984 الممدد لأحكام القانون الأول والمشار إليهما في الهامش السابق.

³ يراجع القانون عدد 4 لسنة 1970 المتعلق بالتخفيض في كراء بعض المحلات المعدة للسكنى الرائد الرسمي الصادر في 30 جانفي-3 فيفري 1970 ص 121 الذي خفض بموجب فصله الأول في معين كراء المحلات المذكورة بنسبة عشرين بالمائة إذا كان المكثري غرفة من مكثري يكتري بالغرفة وبنسبة عشرة في المائة إذا كان المحل مبنياً قبل أول جانفي 1957 ولم يتجاوز معين الكراء الشهري ثلاثين ديناراً... علاوة على ما سعت إليه الدولة من تخصيص أراضيها قصد تمكين الباعثين من تقسيمها وتثبيتها لبناء عمارات معدة للسكنى الجماعية ذات معالم الكراء

إدراجه في عقود التسويغ الخاضعة للقوانين الخاصة من خلال تعديل أو تلطيف شروط الفصل 274 م 1 ع القاضي بانطباق الشرط الفسخي المضمن بالعقد بمجرد عدم وفاء أحد الفريقين بما التزم به¹ أو لتقرير جزاء رفض دعوى الفسخ التي يقوم بها المؤجر الذي رفض مال الكراء المعروض عليه دون سبب صحيح² ويؤول كل ذلك إلى تقييد حرية المالك واستمرارية عقود التسويغ تحقيقاً لمطمح التوازن³ بين ضغط الطالب والعرض⁴

4- وتأسيساً على ذلك كان القطع مع دعوى الخروج إن لم يدفع من خلال إلغاء أحكام الفصل 111 من مجلة المرافعات المدنية يمثل إجراء مدعماً لحماية

المعتدلة يراجع القانون عدد 93 لسنة 1972 المؤرخ في 27 أبريل 1972 المتعلق ببيع الأراضي المكتسبة من طرف الدولة وذلك لبناء العقارات وتهيئة المدن أو توسيعها رائد رسمي مؤرخ في 21 و 28 أبريل 1972. أنظر كذلك الفصل 4 من القانون عدد 23 لسنة 61 المؤرخ في 31 ماي 1962 المتعلق بعمليات البناء والتفويت بالمراكنة لفائدة الأشخاص الذين هدمت منازلهم والقانون عدد 69 لسنة 1981 المؤرخ في أول أوت 1981 والمتعلق بإحداث وكالة التهذيب والتجديد العمراني التي عهد إليها القيام بالأشغال اللازمة لتحسين ظروف السكن في بعض الأحياء الرائد الرسمي عدد 51 بتاريخ 7 أوت 1981 ص 1888.

¹ انظر لاحقاً فقرة 18 وما بعدها.

² تضمن الفصل 21 من قانون 1976 أن الحرمان من حق البقاء يقتضي توفر المماثلة وسوء النية في جانب المكري المتقاعس عن الأداء إلا إذا وجدت أسباب قهرية وهو ما نص عليه الفصل 3 من أمر 28 أكتوبر 1948 الذي يعتبر المتسوغين وغيرهم من الشاغلين لمحات السكنى والحرقة عن سوء نية إذا لم ينفذوا الالتزامات المحمولة قانوناً عليهم ومن أهمها دفع معين الكراء في ميعاده ويراجع القرار التعقيبي عدد 4992 المؤرخ في 4 ماي 1967 م ق ت 1968 عدد 2 فيفري 1968 ص 33 والقرار التعقيبي عدد 2336 مؤرخ في 1 مارس 1966 م ق ت 1966 عدد 4 أبريل 1966 ص 35 والقرار التعقيبي عدد 4905 في 30 ماي 1967 م ق ت عدد 2 فيفري 1968 ص 42.

³ يراجع محمد صالح العياري، مذكرات وبحوث قانونية الطبعة الأولى 1987 تونس ص 13 خاصة.

⁴ يراجع على سبيل المقارنة التطور الذي عرفه نظام الاكزية السكنية في فرنسا تحقيقاً للتوازن بين طرفي عقد الكراء بين التوجهات الليبرالية و التوجهات الاشتراكية

JEROME HUET « Les principaux contrats spéciaux » Traité de droit civil s. dir. Jacques Ghestin, éd. LGDJ. DELTA, 1996 p719 et s. n°21502 et s.

المكثري بالنظر إلى خطورة آثار هذه الدعوى التي تؤدي إلى تعطيل حق من الحقوق التي يوجب على المؤجر ضمانها للمستأجر وهو حق الانتفاع بالمكرى في انتظار مآل دعوى الفسخ الأصلية التي هي كفيلة في حد ذاتها بحماية المؤجر في صورة امتناع المكثري من أداء الكراء أو المماثلة في أدائه إذ يكون للأول حقا في التحلل من العقد بمقتضى الفصلين 796 و 767 من مجلة الالتزامات والعقود.¹

5- كما يكشف واقع التطبيق القضائي الوجه الآخر لدعوى الخروج إن لم يدفع التي تكاثف اللجوء إليها حتى أضحت عبئاً ثقيلاً يزرع القضاء الاستعجالي تحت ثقله فكثيراً ما تلك الدعوى منطلقاً لتعقيدات إجرائية ونزاعات قد يؤول النظر فيها إلى مد وجزر بين المحاكم على إمتداد عشرات السنين² إلا أن خطورة جريان العمل القضائي بقبول هذه الدعوى يكمن في إمكانية انحرافها عن الدعوى الاستعجالية القائمة على منح الحماية القانونية المؤقتة دون إكساب الحقوق أو إهدارها ضرورة أن الحكم الصادر فيها قد يؤدي إلى التأثير في أصل الحق وإستباق ما قد يقرره قاضي الأصل³ بحيث يجد طرفي عقد التسويغ نفسهما في

¹ يقتضي الفصل 767 من مجلة الالتزامات والعقود من جهته انه " على المكثري أداء الكراء وحفظ ما اكتراه..." في حين ينص الفصل 796 من نفس المجلة انه " للمكري فسخ الكراء مع غرم خسائره إن وقعت إذا كان شيء مما في الصور الآتية : أولها (...) ثانيها (...) ثالثها- إذا لم يؤد الكراء الحال عليه.

² وهو ما يؤكد عدد القرارات المبدئية الصادرة عن الدوائر المجتمعة لمحكمة التعقيب أنظر لاحقاً ص 51 وما بعدها.

³ وربما أمكن تشبيه دعوى الخروج إن لم يدفع بصنف من القرارات الاستعجالية تصدرها المحاكم البلجيكية مثلاً بناء على ما يعرف بالحقوق البديهية للأطراف « les droits évidents » وتتعلق بالالتزامات التعاقدية القاضية بالقيام بعمل وتعرف "بالقرارات التي تستبق صدور حكم في الأصل" وتهدف إلى التنفيذ العيني الوقتي للالتزام مع الإبقاء على العقد إلى درجة يعتبر معها قاضي العجلة موقعا متقدما لقضاء الأصل ...

Les décisions dites « anticipées de droit » car elles anticipent la décision du juge de fond rendant alors cette dernière inutile ou superflue » v. VIVIANE VANNES « Le référé social dans la dynamique du droit : nécessité ou légitimité de l'extension des compétences du juge des référés ? in Mélanges

مركز قانوني لا يجدي فيه بعدئذ الالتجاء إلى القضاء العادي أو لا يفيد هذا الالتجاء فما وجاهة تواصل إجراء العمل بدعوى الخروج إن لم يدفع -في ظل غياب النص المنظم لها- إذا ثبت أنها دعوى قد لا تكون مستجيبة فعلا لطبيعة ومنطق القضاء المستعجل بل ومن شأنها التأثير في أصل الحق ؟

قد يكون لهذا التساؤل ما يبرره إذا تبين إنعدام الإجماع على إلحاق دعوى الخروج إن لم يدفع بالقضاء الاستعجالي - I - إضافة إلى ظهور توجه في العمل القضائي قد يصير دعوى الخروج إن لم يدفع دعوى مقررة لمآل العلاقة التسويغية - II -

I - دعوى الخروج إن لم يدفع والقضاء الاستعجالي

6- هل بقي أي مبرر بعد إلغاء أحكام الفصل 111 من قانون المرافعات لاعتبار دعوى الخروج إن لم يدفع من الدعاوى الاستعجالية ؟ فهل يفترض تواصل جريان العمل القضائي بهذه الدعوى استجابتها لما تقتضيه أحكام الفصل 201 من مجلة المرافعات المدنية والتجارية من وجوب توافر ركني التأكد - أ - وعدم المساس بالأصل - ب -

أ- دعوى الخروج إن لم يدفع وركن التأكد

7- إعتبرت بعض الآراء أن نسخ الفصل 111 من قانون المرافعات المدنية لم يبق أي مبرر شرعي لافتراض توفر التأكد في دعوى الخروج إن لم يدفع حتى

offerts à MICHEL HANOTIAU éd. Bruylant Bruxelles 2000p361 et s. spéc n.º2 et s p365 et n.º54 p413.

يمكن عرضها على قاضي العجلة¹ لاسيما وإن الضرر المتأتي من عدم أداء الأجرة لا يبلغ عموما من التأكد ما يبرر اللجوء للقضاء الاستعجالي وذلك لتوفر الضمانات القانونية والإجرائية الكافية لضمان وفاء المكثري بالكراء-1- في حين ربطت آراء أخرى توفر ركن التأكد بوجود الشرط الفسخي الصريح -2-

1- التأكد ووجود الضمانات القانونية والإجرائية لاستخلاص مال الكراء

8- تستند الآراء القائلة بانتفاء القيام الآلي لركن التأكد في دعوى الخروج إن لم يدفع إلى توفر ضمانات كافية للوفاء بدين الكراء طالما أن المسوغ يتمتع بحق حبس الأمتعة وغيرها من الأشياء المنقولة الموجودة في المكثري لاستيفاء ما حل من الكراء وما سيحل في أثناء السنة سواء كانت الأشياء للمستأجر الأصلي أو المستأجر الثاني أو لغيرهما وذلك ضمانا لدينه وفقا لما يقتضيه الفصلان 788 و 789 من مجلة الالتزامات والعقود والمدعمة بأحكام الفصل 200 من مجلة الحقوق العينية الناصة على تمكين المكثري من إمتياز خاص يقع على أثاث البيوت المسوغة ويضمن الوفاء بمعينات كراء العاميين الأخيرين والسنة الجارية.²

وقد جعل المشرع هذا الامتياز يتبع الأثاث حتى ولو حصل الحق فيه للغير في صورة نقله مخادعة مما تفقد معه دعوى الخروج إن لم يدفع كل تأكد من شأنه أن يفضي لتعهد القاضي الاستعجالي بالنظر فيها ولا يسترجع القضاء الاستعجالي إختصاصه إلا في صورة ما إذا كانت الأشياء أو المنقولات الموجودة بالعين

¹ انظر القرار التعقيبي المدني عدد 2044 المؤرخ في 15 افريل 1978 ن م ت 1978 ج 1 ص 185 والقرار التعقيبي المدني عدد 4897 المؤرخ 24 ماي 1982 ن م ت ق م ج 3 ص 81 والقرار التعقيبي المدني عدد 999 المؤرخ في 10 جوان 1978 ن م ت 1978 ق م ج 1 ص 306 وكذلك القرار التعقيبي المدني عدد 6724 المؤرخ في 15 فيفري 1982 ن م ت 1982 قسم مدني ج 1 ص 370.

² يراجع عبد الجليل برق الليل مرجع مذكور ص 15 و فوزي بالكثاني تعليق على القرار التعقيبي عدد 775 مؤرخ في 18 فيفري 1983 مرجع مذكور ص 117 و 118.

المؤجرة لا تكفي لوفاء الأجرة المتأخرة فيحق عندئذ الحكم استعجاليا بطرد المستأجر حتى عند غياب الشرط الفسخي محافظة على حقوق المؤجر فيما يستجد من الأجرة¹.

وعلاوة على ذلك قد يكون المسوغ إشتراط عند إبرام العقد تعجيل معينات الكراء وفق ما تقرره الفقرة الثانية من الفصل 768 من م 1 ع وذلك على وجه التامين النقدي أو الضمان مما تكون معه الأجرة المتأخرة مدفوعة بطريق المقاصة الحاصلة بينها وبين ما يكون قد تسلمه المسوغ من مبالغ أمنت تحت يده تزيد أحيانا على قيمة الأجرة المتأخرة في ذمة المستأجر².

9- وخلصت تلك الآراء للقول إن الحال لا يخلو من أحد أمرين إما وجود الاتفاق في العقد على تخصيص مبلغ التامين كضمان لما عساه أن يحصل من المستأجر من التلف في العين المؤجرة وللتعويضات الأخرى التي يحق للمؤجر المطالبة بها بتنفيذا للتعاقد وعلى حق المستأجر في طلب خصمه من القسط الأخير من الإيجار فقط وإما عدم وجود اتفاق على ذلك كان يكون القصد من التامين هو ضمان تنفيذ شروط العقد بصفة عامة ففي الصورة الأولى لا تجوز المقاصة ولا يمنع القضاء الاستعجالي من حكم الخروج أمّا في الصورة الثانية فيجوز للقضاء

¹ ويمكن إثبات عدم كفاية المنقولات الموجودة في العين لضمان الأجرة أما من واقع محضر العجز الذي يوقعه المحضر - عدل التنفيذ - وفاء للأجرة المتأخرة أو من واقع محضر عدم الوجود ويمكن للمتسوغ منع الحكم بالإخلاء بعرض الأجرة المتأخرة في الجلسة أو إحضار منقولات تضمن الوفاء يراجع محمد علي راتب ومحمد نصر الدين ومحمد فاروق راتب قضاء الأمور المستعجلة عالم الكتب الإسكندرية 1976 ص 514 وما بعدها. ويراجع فقه القضاء الفرنسي القاضي بعدم اختصاص القاضي الاستعجالي بالنظر في دعوى الإخلاء لعدم أداء الكراء في صورة وجود الامتياز شريطة أن يكون العقد كتابيا وغير منفسخ اتفاقيا.

v. aussi CH.CEZAR BRU .P.HEBRAUD J.SEIGNOLLE « Juridiction du Président du tribunal » T1, « Des référés », Lib. Techniques, Paris 1975, n°191, P333

² يراجع عبد المجيد برق الليل مرجع سالف الذكر ص 15.

الاستعجالي إعتبار الأجرة المتأخرة مدفوعة بطريق المقاصة الحاصلة بينها وبين مبلغ التامين ويحكم بعدم الاختصاص في دعوى الخروج على أن يقوم المستأجر بدفع تأمين نقدي آخر في مدة يعينها في الحكم بطريقة تجعل كلا الطرفين في مركزه القانوني الأصلي الذي نشأ من التعاقد¹.

ويعزّز هذا الموقف رأيه بوجود أسباب إجرائية تضمن الوفاء بدين الكراء وتبرر إنتفاء ركن التأكد في دعوى الخروج إن لم يدفع طالما أن معين الكراء السنوي غالبا ما يكون داخلا ضمن ما ينظر فيه حاكم الناحية خاصة بعد تنقيح الفصل 39 من م م ت بموجب القانون عدد 59 لسنة 1994 المؤرخ في 23 ماي 1994² وهي محكمة حرص المشرع على إكساء قضائها وإجراءات التقاضي أمامها بالسرعة واليسر ويبقى من حق المسوغ طلب التنفيذ الوقتي للحكم الابتدائي كلما توفرت شروط الفصل 125 أو 126 م م ت في جميع الصور المحفوفة بالتأكد مما لا يترك مجالا لاجتهاد القاضي الاستعجالي في تحديد مدى وجود الضرر الذي لا بد من توقيفه أو وجود التأكد الكلي في صورة عدم وفاء المكثري بالكراء كما أن مبادئ الإنصاف والعدالة تقتضي إعتبار أن الضرر اللاحق بالمؤجر جراء عدم أداء الأجرة لا يبلغ جسامة الضرر الحاصل بالمستأجر من جراء تنفيذ حكم الخروج إذ يحرم نهائيا من الانتفاع بالمكرى رغم تنفيذه اللاحق لالتزامه المالي والأصل إرتكاب أخف الضررين مما يتطلب الإسراع بغلق باب القضاء الاستعجالي أو تضيقه على المسوغ طالب الخروج³.

¹ يراجع محمد علي راتب وغيره مرجع مذكور ص 494 و 495 عدد 265

² المنقح والمتمم لبعض فصول مجلة المرافعات المدنية والتجارية الرائد الرسمي عدد 42 لسنة 1994 بتاريخ 31 ماي 1994 ص 895.

³ يراجع فوزي بالكناني ، تعليق على قرار ، مرجع مذكور ص 117 و 118 .

2- التأكد والشرط الفسخي الصريح

10- ربط شق من الآراء قيام ركن التأكد في دعوى الخروج إن لم يدفع بوجود الشرط الفاسخ الصريح¹ في عقد التسويغ أي وجود اتفاق بين الأطراف على فسخ فوري وسريع من شأنه أن ينشأ التأكد بمجرد تحقق الشرط - الذي علقت عليه الأطراف وقررت وأكدت بصفة ضمنية أن التأكد سينشأ عن خرقه -² ففي هذه الصورة يعتبر المكتري قد وافق ضمناً على تغيير صفة وضع يده على المكري من يد مستأجر إلى يد غاصب بعد حصول الفسخ بقوة القانون والتعاقد³.

وخلص هذا الرأي للقول أنه لا يقوم مقام الشرط الفاسخ الصريح مجرد اتفاق العاقدین على إختصاص القاضي الاستعجالي بنظر دعوى الإخلاء عند التأخير في أداء الإيجار مع وجود الشرط الفاسخ الذي يكفي وحده لترتيب الاختصاص وأن

¹ يكون الفسخ على نوعين إما نتيجة لشرط فاسخ ضمني مفترض في العقود الملزمة للجانبين مثل عقد الإيجار وفق الفصلين 273 و 796 م ا ع أو نتيجة لشرط فاسخ صريح يتفق عليه الطرفان في العقد وفق ما قرره الفصل 274 م ا ع. يراجع رشيد الصباغ الملكية التجارية الأحكام الجديدة في القانون عدد 37 لسنة 1977 المؤرخ في 25 ماي 1977 الطبعة الثانية تونس 1986 ص 62 وما بعدها وأنظر لاحقاً نبذة عدد...ص...

² يراجع محمد علي راتب ومغيره ، مرجع مذكور ص 494 و 495 وما بعدها وفوزي بالكناني مرجع مذكور ص 118 و 119.

³ v. JESTAZ. Ph « L'urgence et les principes classiques du droit civil » Lib .L.G.D.J. 1968. n°200 p169

يراجع صلاح الدين البيومي واسكندر سعد زغلول الموسوعة في قضاء الأمور المستعجلة وفقاً لقانون المرافعات الجديد مع التشريع المقارن الطبعة الثانية، الإسكندرية، 1971 ص 425 عدد 631 والقرار التعقيبي المدني عدد 6724 المؤرخ في 15 فيفري 1982 ن م ت 1982 قسم مدني ج 1 ص 370 والقرار الصادر عن محكمة الاستئناف بتونس في القضية عدد 31500 مؤرخ في 8 مارس 1972 م ق ت 1972 مارس عدد 3 ص 65. والقرار التعقيبي المدني عدد 1007 المؤرخ في 30 نوفمبر 1978 ن م ت 1978 ق م ج 2 ص 165 والقرار التعقيبي المدني عدد 3754 المؤرخ في 7 أكتوبر 1982 ن م ت 1982 ق م ج 2 ص 372.

إصدار حكم الإخلاء دون تضمين الشرط الفسخي معناه الحكم بفسخ العقد وهي مسألة موضوعية صرفة لا يجوز للقضاء المستعجل الحكم فيها¹

11- ولئن وجد هذا الموقف سنداً له في فقه القضاء الفرنسي خاصة والذي إعتبر أن الشرط الفسخي يقتضي وجود التأكد² وفي الآراء التي ترى أن حكم الخروج يكون في هذه الصورة مجسداً في الواقع لوضع قانوني لا يمكن تغييره إطلاقاً³ فإن آراء أخرى تذهب لاعتباره موقفاً وليد خلط بين شروط قبول الدعوى والاختصاص فالشرط الفسخي ووجود النزاع عنصران لقبول الدعوى استعجالياً ويعود تقدير توفرهما لقاضي العجلة في حين أن الاختصاص يهم توزيع الدعاوى بين المحاكم وبالتالي فإن شرطي التأكد وعدم المساس بالأصل لا تأثير لهما على تحديد القاضي المتعهد وإنما يؤثران فقط في إمكانية عرض دعوى معينة على قاض ما⁴ والقول بغير ذلك يؤول إلى حرمان المطلوب من المنازعة في الاختصاص ويخرق مبدأ المواجهة بين الخصوم⁵ ويبيح لهم الاتفاق على مخالفة شرط من شروط اختصاص القاضي النوعي الذي يهم النظام العام ويعتبر التأكد شرطاً من شروطه⁶.

¹ يراجع محمد علي راتب ومغيره، مرجع مذكور، ص 501 وما بعدها.

² انظر سيزار برو وهبروه وسينيول، اختصاص رئيس المحكمة مرجع مذكور عدد 192 ص. 334

v. Req. 26 oct. 1932, Semaine juridique 1937, 313 Civ. 8 décembre 1948, JCP.1949.IV.1117.obs. Mad Ray, 26.fév.1953 JCP 1993. 91.

³ يراجع روجي بيرو، مرجع سابق مذكور ص 216 نبذة عدد 4.

⁴ v. JACQUES HERON « Droit judiciaire privé » éd. Montchrestien 2ème éd. 2002 n°381 et s p290 et s.

⁵ v. GIVERDON Claude « Référés, procédure civile » Juris-class-fasc.233, 6,1988 n°17 p4 aussi Cass.Civ., 9 décembre 1986, JCP 1987. 62.

⁶ يراجع محمد اللجمي، اختصاص القضاء الاستعجالي م ق ت فيفري 1991 ص 37 وخاصة ص 48.

v. C. Cass. arrêt du 12 juillet 1956. JCP II éme P 2513.

12- ويعتبر الحكم الابتدائي الصادر عن المحكمة الابتدائية بينزرت في 20 جوان 1956¹ من الأحكام القليلة التي تعرضت لركن التأكد ضمن دعوى الإخلاء وإستبعاد فيه قاض العجلة الربط بين الشرط الفاسخ الصريح وقيام ركن التأكد في دعوى الخروج إن لم يدفع وتمثلت وقائعه في قيام المالك بدعوى الخروج إن لم يدفع ضد مكثري محل تجاري لمخالفة الشرط الفسخي الصريح بموجب عدم أداء الأجرة في الآمد المتفق عليها وتمسك المتسوغ من جهته بانعدام ركن التأكد في الدعوى لوجود تجهيزات هامة بالمكرى تقي وتضمن خلاص الدين وجارته المحكمة في هذا الدفع معتبرة أن شروط قبول الدعوى تهم النظام العام وأن قبول الأطراف للشرط الفسخي لا يكفي وحده لقيام ركن التأكد ومن ثمة لاستخلاص إنعدام صفة الشاغل للمكرى² مما يزيل عن الدعوى صفة الاستعجال فيها ويتعين على القاضي المستعجل الحكم بعدم إختصاصه بنظرها³.

13- وقد أعادت محكمة التعقيب نفي آلية توافر ركن التأكد في قرارها عدد 1723 المؤرخ في 24 أوت 2001 المتضمن أن الاستعجال ينشأ من طبيعة الحق المطلوب صيانتة ومن الظروف المحيطة به لا من فعل الخصوم أو إلتفاتهم فلا يتوافر الاستعجال لمجرد رغبة رافع الدعوى في الحصول على حكم سريع في طلباته مما يمنع القاضي الاستعجالي من النظر في الدعوى⁴.

¹ أنظر قضية الإخوة ماشوه ضد ديغارا المجلة القانونية التونسية 1957 ص 154-156. ويراجع خلافا لذلك عامر بورورو الإيجار المالي في فقه القضاء التونسي مرجع مذكور ص 19 الذي أورد قرارا تعقيبيا غير منشور جاء تحت عدد 15868 بتاريخ 4 جوان 2002 نقض قرارا استئنافيا قضى برفض دعوى الخروج إن لم يدفع لانعدام ركن التأكد رغم وجود شرط فسخي معتبرا أن المحكمة يقتصر دورها على معابنة الانفساخ وترتيب الآثار القانونية عنه...

² أنظر لاحقا نبذة عدد 39.

³ يراجع في نفس الاتجاه القرار التعقيبى المدني عدد 24113 المؤرخ في 19 جويلية 1989 ن م ت 1989 قسم مدني ج II ص 330.

⁴ v. COSSA André « L'urgence en matière de référé » Gaz. Pal 1955, II, doc. p 45.

14- ويكتسي التأكد في دعوى الخروج إن لم يدفع صبغة واقعية وموضوعية أساسا¹ وربما جاز القول أن عقد الكراء الذي يحتوي شرط فاسخ صريح يجعل الأطراف في وضعية تقضي إلى التأكد حالما يماطل المكثري في أداء الأجرة وبالتالي فإن القاضي الاستعجالي يجد نفسه أمام قرينة على توفر التأكد² وهي قرينة تعاضد بقرائن أخرى فعلية قوية متظافرة ومنضبطة كضخامة المبالغ المطالب بها وفوات آجال الأداء³ وحصول ضرر حتمي ومباشر للمؤجر وأن لا تكون المبالغ المطلوب أدائها محل نزاع و جدال بين طرفي التداعي⁴.

15- ومهما يكن من أمر فإن ركن التأكد هو "وقود" القضاء الاستعجالي إذ يشكل استمراره مناط قبول دعوى الخروج إن لم يدفع أما إنتفاءه في أي مرحلة من مراحل الدعوى فهو يعني رفضها وبالتالي لا يكفي أن يكون التأكد قائما في تاريخ نشر دعوى الخروج إن لم يدفع⁵ بل لا بد أن يتواصل قيام تلك الحالة إلى حين

وهو موقف سار عليه فقه القضاء التونسي انظر القرار التعقيبى المدني عدد 11723 المؤرخ في 24 أوت 2001 غير منشور والقرار التعقيبى عدد 15376 مؤرخ في 16 أكتوبر 1986 م ق ت عدد 9 لسنة 1987 ص 78.

¹ انظر في خصوص مراقبة محكمة التعقيب لتوافر ركن التأكد القرار التعقيبى المدني عدد 24113 مؤرخ في 19 جويلية 1989 ن م ت 1989 قسم مدني ص 330.

² يراجع فوزي بالكناي، تعليق على قرار مرجع مذكور ص 118 و 119 وعبد المجيد برق الليل مرجع مذكور ص 15 والقرار التعقيبى المدني عدد 24113 المؤرخ في 19 جويلية 1989 ن م ت 1989 ص 330.

³ يراجع جازتاز فيليب، مرجع مذكور نبذة عدد 201 ص 171. يراجع كذلك فوزي بالكناي، مرجع مذكور ص 119. وهو نفس موقف محكمة التعقيب انظر القرار عدد 10824 مؤرخ في 20 فيفري 1975 ن م ت 1975 قسم مدني ج 1 ص 107 وكذلك القرار المدني عدد 1007 مؤرخ في 30 نوفمبر 1978 ن م ت 1978 قسم مدني ج 2 ص 165.

⁴ يراجع القرار التعقيبى عدد 34999 المؤرخ في 9 فيفري 1995 ن م ت ق م ص 364 القاضي بانعدام التأكد لان دفع القيمة المضافة لا ينجر عنه حتما ضرر مباشر من شأنه أن يكون سببا في الخروج في صورة عدم الدفع طالما وان هذه القيمة ما زالت محل جدال ونزاع بين الطرفين.

⁵ وهو رأي مرجوح تبنته بعض الآراء يراجع محمد عشموي وعبد الوهاب عشموي، قواعد المرافعات الجزء الأول القاهرة 1987 ص 256 وخلافا لذلك ساند شق آخر من الآراء فكرة وجوب دوام التأكد منذ زمن رفع الدعوى وحتى تاريخ صدور الحكم فيها. يراجع عز الدين

البت فيها فإذا ارتفع الخطر زال التأكد كما لا يمكن لشاغل المحل الاحتجاج على المسوغ بسكوت الأخير مدة طويلة مما ينتفي معه عنصر التأكد من ذلك السكوت إذ في ذلك استهانة بحقوق المالك المهدورة وبالمضرة التي لا يزيد لها مرور الزمن إلا تفاقمًا¹.

16- ولكن التأكد وحده لا يكفي فقد إستقر فقه القضاء تطبيقاً لنص الفصل 201 م م ت على اشتراط وجوب تراكم شرط التأكد مع شرط عدم مساس دعوى الخروج إن لم يدفع بالأصل.

/ ب - دعوى الخروج إن لم يدفع والمساس بالأصل

17- حبرت أحكام الفصل 201 م م ت مساس قضاء العجلة بالأصل أي منعه من إتخاذ الوسيلة الوقتية المتمثلة في إخلاء المحل كلما وجدت منازعة جدية² قد تقرر مآل أصل الحق أو متى بدا أن إتخاذ وسيلة الخروج من شأنه التأثير في جوهر الحقوق أو بصفة أدق إفراغ النزاع الأصلي من كل فائدة أو محتوى.

الذناصوري وحامد عكاز، القضاء المستعجل وقضاء التنفيذ في ضوء الفقه والقضاء دار المعارف الطبعة الثانية ص 119 وهو موقف اتبعه فقه القضاء الذي اعتبر إن عرض مال الكراء ينتفي معه ركن التأكد الواجب توفره في دعوى الخروج الاستعجالية ويجعل المطلب مرفوضاً القرار التعقيبي عدد 11599 مؤرخ في 22 جانفي 1976 ن م ت 1976 ج 1 ص 41.

¹ يراجع محمد اللجمي، اختصاص القضاء الاستعجالي م ق ت عدد 2 فيفري 1991 ص 37 خاصة ص 49.

² استعمل فقه القضاء عبارات مختلفة للدلالة على المنازعة الجدية فعبّر عنها بالصعوبة الجدية أي المشكلة التي تستدعي المناقشة أو إجراء تحقيقات ليس لقاضي الأمور المستعجلة إجراؤها- انظر القرار التعقيبي المدني عدد 5640 المؤرخ في 3 فيفري 1968 م ق ت 1968 عدد 10 ديسمبر 1968 الذي استشهد كذلك بالقرار التعقيبي عدد 7722 المؤرخ في 3 فيفري 1953 كما إعتبر فقه القضاء أن الصعوبة الجدية هي المشكلة التي تستدعي المناقشة أو إجراء تحقيقات ليس لقاضي الأمور المستعجلة إجراؤها أو الدفع الجدي وهو ليس المنازعة التي تبرر ماطلة المتسوغ في أداء الكراء وتقتضي نظر قاضي الموضوع بشرط خلو الدفع من المواربة والتعنّت وإن لا يكون القصد منه الماطلة وإنما له صفة الاحتمال يراجع القرار التعقيبي المدني عدد 7545 المؤرخ في 26 فيفري 1952 ن م ت م ق ت 1960 عدد 9 ص 161.

ومبدئياً لا تعتبر دعوى الخروج إن لم يدفع وسيلة ماسة بأصل الحق لأنها لا تتعلق واقعاً وقانوناً بإنهاء العلاقة التسويغية² إلا أن التطبيق القضائي يكشف عن منازعات مختلفة أثارها المتسوغ أمام القضاء الاستعجالي باعتبار أن لها مساس بأصل الحق³ ويمكن عموماً تصنيفها بحسب تعلقها إما بتغير مركز الطرفين القانوني. 1- وإما بأصل العلاقة التسويغية 2- وإما بوجود منازعة في دين الكراء وتوابعه 3- أو في صحة إجراءات الدعوى ووسائل إثباتها 4-.

1- تغير مركز الطرفين القانوني

18- رفض القضاء الاستعجالي النظر في دعوى الخروج إن لم يدفع كلما أثار المكتري منازعات جدية تتعلق بتغير مركزه القانوني ويكون لها مساس بالأصل ومن بين تلك الصور الطعن في ملكية المؤجر والمطالبة بالحلول محل الأخير بمقتضى الأولوية في الشراء عملاً بالفصل الرابع من القانون عدد 61 لسنة 1978 المؤرخ في 2 جوان 1978⁴ أو تمسك المستأجر بوجود رسم إنزال متقدم

v. aussi MARIE-CLAIRE RONDEAU-RIVIER « L'évidence de la notion de contestation sérieuse devant le juge des référés », Gaz. Pal., 13 juillet 1991 doc. p 355 et s. aussi J.P ROUSSE « La contestation sérieuse, obstacle à la compétence du juge des référés. La contestation sérieuse condition de la compétence du juge des référés », Gaz. Pal., 6 octobre 1974 doc. p 837 et s

¹ وهو رأي يسانده الفقه يراجع عز الدين الذناصوري وحامد عكاز القضاء المستعجل، مرجع مذكور، ص 119.

² يراجع محمد اللجمي اختصاص القضاء الاستعجالي مرجع مذكور ص 55 وما بعدها. والحكم المدني عدد 55668 مؤرخ في 14 جانفي 1963 م ق ت 1963 جوان عدد 6 ص 56.

³ استقر فقه القضاء على إطلاق صفة المنازعات حتى على الدفوعات المثارة على سبيل الاحتمال شريطة أن لا يلزمها قصد الماطلة انظر قرار مدني تعقيبي عدد 2075 مؤرخ في 25 افريل 1932 م ق ت 1960 عدد 9 نوفمبر -ديسمبر ص 159 والقرار التعقيبي المدني عدد 7862 المؤرخ في 7 ديسمبر 1970 م ق ت 1971 عدد 7 جويلية ص 51.

⁴ يراجع القرار التعقيبي المدني عدد 45897 المؤرخ في 16 افريل 1997 ن م ت 1997 قسم مدني ج 1 ص 316.

عن التسويغ يخرج بالنزاع عن أنظار قاضي العجلة¹ أو بصدور وعد البيع من المالك إقترن بالقبول المتبادل² أو بشراء الأصل التجاري المستغل بالمكرى موضوع الداعي³ أو في صور المنازعة في صفته كمدين بأداء معينات الكراء⁴ أو وجود وكيل ظاهر للشركة المسوغة وشريك في ملكية المكرى لم يمس عقد التسويغ⁵ أو تمسك شاغل المحل باكتسابه صفة المكثري لأنه يقوم بدفع معينات الكراء لبلدية المكان القائمة بعقلة توقيفية بين يديه على الأموال الراجعة للمالكة⁶

19- وفي المقابل نفى قاضي العجلة الصبغة الجديدة عن جملة من الدفعات التي حاول المكثري بموجبها استرجاعه إلى منازعات أصلية كالتمسك بتغيير صفة المؤجر بموجب الوفاة وتنصيب مصف على أملاكه مع بقاء المكثري يواصل أداء الكراء لأرملة الهالك التي لا تستحقها منه⁷ أو بمواصلة أداء الكراء لأمين الفلسة

¹ يراجع القرار التعقيبي المدني عدد 8955 المؤرخ في 22 مارس 1955 م ق ت 1955 ص 163.

² انظر القرار التعقيبي المدني عدد 11080 مؤرخ في 26 فيفري 1976 ن م ت 1976 قسم مدني ج 1 ص 87.

³ انظر القرار التعقيبي المدني عدد 3214 مؤرخ في 3 جويلية 1980 ن م ت 1980 ق مدني ج 2 ص 26.

⁴ انظر القرار التعقيبي المدني عدد 7732 المؤرخ في 30 مارس 2006 م ق ت عدد 5 ماي 2006 ص 48 مع تعليق أحمد الورفلي ص 159 وما بعدها وقد نازعت المطلوبة بالأداء في انعدام صفتها بوصفها غيرا بالنسبة للعقد أساس الدعوى في حين أن محكمة الاستئناف الواقع نقض قرارها اعتبرت أن الكتب المدلى به في الدعوى يلزم المطلوبة باعتبار أن الشركة التي أمضته تملك أغلبية رأس مال الشركة المدينة وهو ما شكل خرقا لأحكام الفصل 240 م ا ع المتعلق بالأثر النسبي للعقود والفصل 4 من مجلة الشركات التجارية الذي فرق بين الشخصية القانونية للذات المعنوية والشخصية القانونية للشريك فيها.

⁵ انظر القرار التعقيبي المدني عدد 6914 مؤرخ في 11 ماي 2001 - غير منشور - اعتبر أن عدم إشهار الوكيل بالرائد الرسمي وكذلك بالسجل التجاري يمنع المتسوغ من المنازعة في صفة الوكيل كما يمنعه من الاحتجاج بالاستقالة التي بقيت سرية وغير معلومة من الكافة.

⁶ يراجع القرار التعقيبي المدني عدد 8170 في 4 نوفمبر 1982 ق م ج 3 ص 134.

⁷ يراجع القرار التعقيبي المدني عدد 48652 المؤرخ في 7 ماي 1997 ن م ت 1997 قسم مدني ج 2 ص 82.

الذي لم يكن طرفا في النزاع¹ أو بأن طبيعة عقدة التسويغ مزدوجة بين الكراء وتصفية بقايا الشركة القائمة بينه وبين المالكين في نفس المحل وباعتباره مصفيا للشركة بعد أن اتفق الشركاء على استنضاض مال الشركة عملا بأحكام الفصل 1331 م ا ع وأن العقدة لا تتجزأ وله حق في الحبس يخرج بالموضوع عن نطاق القضاء الاستعجالي² أو محاولة الاحتماء بأحكام القانون عدد 34 المؤرخ في 17 افريل 1995 والمنقح بالقانون عدد 63 المؤرخ في 15 جويلية 1999 القاضي باستصدار قرار عن المحكمة في ختم إجراءات التسوية والإذن بإيقاف إجراء التتبع والتفويض ضد المدين الذي يمر بصعوبة اقتصادية³.

2- المنازعة في أصل العلاقة التسويغية

20- كشف التطبيق القضائي عن صور مختلفة لمنازعات تتعلق بالعلاقة التسويغية وجودا وعدما ويكون لها مساس بالأصل منها مثلا ما يتعلق بخروج المكثري تلقائيا من المكرى وقيام المكثري باسترجاعه وإمكانية إثبات انتقال حيازة

¹ أنظر القرار التعقيبي المدني عدد 4897 المؤرخ في 24 ماي 1981 ن م ت 1982 ج 2 ص 89.

² يراجع القرار المدني الصادر عن محكمة الاستئناف بتونس عدد 55668 في 14 جانفي 1963 م ق ت 1963 جوان عدد 6 ص 56 وقد كانت وقائع هذا القرار لا تخلو من الطرافة إذ أجاب المتسوغ عن دعوى الخروج إن لم يدفع بتسليم صك بدون رصيد للمؤجر ثم تمسك استئنافيا بدفعات متنوعة منها شحنه الصهريج الموجود بالمحل بمادة النفط وأنه لا يمكنه الخروج إلا بعد تفريغه وتمسك بعرضه مال الكراء بعد صدور حكم الخروج ولكن المالك رفض قبوله وإن الكراء تجاري لا بد فيه من تنبيه على معنى أمر 27 سبتمبر 1954 بعد انتهاء البطن كتسويغ الأراضي الفلاحية ذات البطون إضافة إلى تمسكه بتطبيق قواعد الاستنضاض وفقا للفصل 1331 م ا ع.

³ وقد عللت محكمة التعقيب رفضها بان حكم الخروج إن لم يدفع ولئن كان يمثل جزاء قانونيا عن الإخلال بواجب خلاص ثمن الكراء إلا أنه لا يهدف إلى الضغط لاستخلاص معين الكراء وإنما إلى ترتيب الأثر عن عدم الوفاء بالتزام وذلك بتسليم موضوعه إلى صاحبه كما اعتبرت قانون 1995 نصا خاصا لا ينسحب إلا على تتبع وتنفيذ الديون ولا على الحقوق الأصلية يراجع القرار التعقيبي المدني عدد 1798 المؤرخ في 11 أكتوبر 2004 ن م ت 2004 ج 1 ص 113.

المكرى لمالكه بالشهادة¹ أو تمسك المتسوغ بان الإيجار كان فضوليا مخالفة للفصل 730 م 1 ع وصاحبه شغب المسوغ والتشويش عليه من الغير² أو تمسكه بأن قرينة اتصال القضاء توفرت بموجب أحكام سابقة تنفي العلاقة التسويغية مما لا يسوغ إثباتها لمجرد وقوع عرض جزئي لمال الكراء للقائم بالدعوى³ أو وجود كراء ثان شفوي يتطلب إثباته إجراء أبحاث هي من نظر قاضي الأصل⁴ وخاصة ما قد يثار من النزاعات المرتبطة إما بتعلق حق الغير بالمكرى⁵ وإما بالصبغة التجارية أو الحرفية للمكرى⁶.

3- المنازعة في دين الكراء وتوابعه

21- يقوم هذا الصنف من المنازعات على إنتفاء الدين لأسباب مختلفة كوجود مقاصة بين دينين⁷ أو تجدد دين الكراء بموجب قبول المالكه لكمبيالتين

¹ يراجع القرار التعقيبي المدني عدد 46816 المؤرخ في 16 افريل 1997 ن م ت 1997 قسم مدني ج 1 ص 99.

² يراجع القرار التعقيبي عدد 999 مؤرخ في 10 جوان 1978 ن م ت 1978 قسم مدني ج 1 ص 306.

³ يراجع القرار التعقيبي المدني عدد 5359 المؤرخ في 28 جانفي 1982 ن م ت 1982 قسم مدني ج 1 ص 237.

⁴ انظر القرار التعقيبي المدني عدد 8170 المؤرخ في 4 أكتوبر 1982 ن م ت 1982 قسم مدني ج 2 ص 143 تضمنت وقائعه قيام المتسوغ بموجب كراء ثان بالاعتراض على حكم قاض بالخروج إن لم يدفع ضد المتسوغ الأول منازعا في صفة الأخير ومستندا إلى صفته في إشغال المكرى بموجب عقلة توقيفية أجرتها البلدية بين يديه على معينات الكراء ضد المالك وقيامه بتنصيب عداد كهربائي وإجرائه لإصلاحات جذرية في المحل وعلم المتسوغ الأول بذلك فاعتبرت محكمة التعقيب أن النقاش في ثبوت العلاقة التسويغية وتفحص المؤيدات يعد نقاشا في الأصل .

⁵ يراجع القرار التعقيبي المدني عدد 9354 المؤرخ في 4 افريل 1974 ن م ت ق م ج 1 ص 60

⁶ انظر القرار التعقيبي المدني عدد 52898 المؤرخ في 22 أكتوبر 1997 ن م ت 1997 قسم مدني ج 1 ص 275.

⁷ انظر القرار التعقيبي المدني عدد 48760 المؤرخ في 30 افريل 1997 ن م ت 1997 قسم مدني ج 1 ص 312 وجاء به «حيث إن النزاع يكتسي صبغة أصلية بين الطرفين وصار يتعلق بشروط المقاصة من عدمها طبق الفصل 369 م 1 ع مما يجعل الدعوى من أنظار قاضي

رجعا بدون خلاص لتضاف العلاقات المصرفية للعلاقات التعاقدية الأصلية¹ أو اعتبار أن معين الصكوك المسلمة للمكرى لا يهم الكراء وإنما يمثل مقابل "دفع العتبة"² أو أن القيمة موضوع الطلب لم تكن محررة ومعينة بالضبط وهي لا تزال

الموضوع» وانظر الاتجاه المخالف في القرار التعقيبي المدني عدد 3601 المؤرخ في 30 مارس 1982 ن م ت 1982 ج 2 ص 175 المتضمن أن إنقضاء أجل الإنذار بدون الوفاء بالأجرة يترتب عنه انفساخ الإيجار دون التفات لدعوى المقاصة في الأجرة بدین لم يثبت قطعا تخلده بذمة المؤجر .

¹ يراجع القرار التعقيبي المدني عدد 4897 المؤرخ في 24 ماي 1981 ن م ت 1982 قسم مدني ج 2 ص 89 يتعلق بتجديد الدين بموجب قبول المالكه لكمبيالتين في مال الكراء رجعا بدون خلاص وصدر أمر بالدفع فيهما فاعتبرت محكمة التعقيب «إن تسليم الكمبيالة لا يترتب عنه خلاص ولا تجديد في دين الساحب ضد المسحوب عليه عملا بأحكام الفصول 357 و 361 و 367 من م 1 ع والعلاقات المصرفية تضاف للعلاقات الأصلية ولا تكون بديلا عنها إلا إذا وقع الاتفاق على خلاف ذلك إذ أن التجديد لا يكون بغلبة الظن بل صريحا على معنى الفصل 385 م 1 ع» لكن انظر الموقف المخالف في القرار التعقيبي المدني عدد 9596 المؤرخ في 21 افريل 1959 م ق ت ص 163 والقاضي بان «تجديد دين الكراء بدین آخر بكمبيالة يخرج القضية عن النظر الاستعجالي ولم يعد للمكرى الحق في المطالبة بمعين الكراء في المدة المطلوبة ولم يبق له إلا المطالبة بخلاص الكمبيالة التي انقضت بها الدين» أما فقه القضاء الفرنسي فقد ذهب لاعتبار إن تسليم الصك للمسوغ لا يبرا ذمة المدين إلا بوقوع خلاص الصك فعليا وإلا جاز إلزام المكثري بإخلاء المحل

Paris 22 octobre 1954, JCP 1954 IV, éd.A.2421 obs. Madray.

² يراجع القرار التعقيبي المدني عدد 417 مؤرخ في 13 ماي 2004 ن م ت 2004 ج 1 م م ت ص 99 والقرار التعقيبي المدني عدد 9471 مؤرخ في 11 ديسمبر 1972 ن م ت 1972 ص 61 الذي اعتبر انه من حق المتسوغ الذي أدلى عند تنفيذ حكم الخروج ضده بوصلين لإثبات خلاصه في الكراء المتأخر موضوع دعوى الخروج إن لم يدفع مع شيك في بقية المبلغ وأثار إشكالا تنفيذيا طالب بمقتضاه الرجوع للمكرى ورغم تمسك محكمة الاستئناف بمبدأ اتصال القضاء النسبي بحكم الخروج فان محكمة التعقيب نقضت هذا القرار استنادا لانعدام ما يفيد أن قاضي العجلة اطلع على وسيلة الإثبات حتى يقال ليس للحاكم أن يعيد النظر فيما سبق له البت فيه و القرار التعقيبي المدني عدد 10910 المؤرخ في 16 افريل 1974 ن م ت قسم مدني ج 2 ص 166 وتعلق بصورة عدم تبين محاكم الموضوع هل أن مال الكراء دفع قبل أو بعد تنفيذ القرار الاستعجالي القاضي بالخروج والقرار التعقيبي المدني عدد 11556 المؤرخ في 25 سبتمبر 1974 ن م ت 1974 قسم مدني ج 1 ص 27 وتضمنت وقائعه أن المتسوغ عرض مال الكراء في الجلسة وقام بتأمينه في الطور الإستئنافي اثر رفض المؤجر تسلم المال مما يقضى بالحكم بإرجاع المتسوغ للمكرى.

محل جدال ونزاع¹ من ذلك صورة قيام المالك بالتفويت في الأثاث والمعدات الموجودة بالمكرى والمشمولة بعقد التسويغ بصورة لم يعد معها معين الكراء معروفا² أو تمسك المستأجر بوجود دعوى لدى محكمة الأصل في مراجعة معين الكراء على ضوء النقص في المساحة المستغلة فعليا³ أو صورة حبس الأجرة بعد أن قام المكثري بإصلاحات في المكري رفض المالك إجرائها⁴ أو حبسها في نطاق عملية "الليزباك" بعلّة أن المتسوغ إستأجر المعدات بعقد جديد⁵ أو عند وجود قضية في تعديل كراء الأصل التجاري وتأمين قسط من المعينات⁶ أو في حالة سقوط حق المطالبة بدين الكراء بمرور الزمن على معنى الفصل 408 م 1 ع⁷ أو كذلك تضمن عقد التسويغ بنداً يجيز للمكثري إحالة معينات الكراء للشركة المتولية تركيز مصعد كهربائي بالمكرى⁸ ...

¹ يراجع القرار التعقيبي المدني عدد 34999 المؤرخ في 9 فيفري 1995 ن م ت 1995 قسم مدني ص 364.

² انظر القرار التعقيبي المدني عدد 867 المؤرخ في 22 افريل 1978 ن م ت 1978 ج 1 ص 234.

³ اعتبرت محكمة التعقيب في هذه الصورة أن تعهد قاضي الأصل بدعوى المراجعة لا تؤدي حتماً إلى تنحي قاضي العجلة الذي يبقى على ولايته دون أن يكون مأتاه مناقضا لضوابط الفصل 201 م م ت أنظر القرار التعقيبي المدني عدد 2251 المؤرخ في 16 أكتوبر 2006 ن م ت 2006 ص 233.

⁴ راجع فوزي بالكناشي الأطروحة ص 431 وما بعدها.

⁵ يراجع القرار التعقيبي المدني عدد 25803 المؤرخ في 26 سبتمبر 2003 ن م ت ج 1 ص 113.

⁶ واعتبرت محكمة التعقيب إن تلك الدعوى لا تعفي المتسوغ من الاستمرار في دفع الكراء يراجع القرار التعقيبي المدني عدد 2995 مؤرخ في 31 أكتوبر 2005 ن م ت 2005 ج 1 م م ت ص 89.

⁷ انظر القرار التعقيبي المدني عدد 44488 المؤرخ في 22 جويلية 1994 ن م ت 1994 قسم مدني ص 100 والذي جاء به "إن الدفع بانطباق الفصل 408 م 1 ع دفع جدي له تأثير على وجه الفصل"

⁸ انظر القرار التعقيبي المدني عدد 5470 المؤرخ في 18 ديسمبر 1980 ن م ت 1980 قسم مدني ج 2 ص 223.

4- المنازعة في الإجراءات أو في وسائل الإثبات

22- كثيراً ما يتمسك المكثري أمام القاضي الاستعجالي بوجود نزاعات أصلية منشورة أمام قضاة الأصل تتعلق بإبطال التناهي أو المحاضر الأخرى الصادرة عن المؤجر خاصة في المادة التجارية¹ وذلك لمخالفتها القانون أو إجراءات التبليغ² مما يعزل ولاية القاضي الاستعجالي عن النظر في دعوى الخروج لعدم الخلاص.

وقد يشمل الدفع المثار أمام قاضي العجلة نزاعاً في الإثبات يقتضي اضطلاع القاضي الاستعجالي بدور إستقرائي قد يضيق به مجال اختصاصه³ وخاصة صورة تمسك المكثري بتوجيه اليمين الحاسمة في مقدار مال الكراء أو في حقيقة توصل المسوغ به.

¹ ومثال ذلك التنبيه الموجه للمكثري على معنى الفصل 23 من قانون 25 ماي 1977 عند وجود الشرط الفسخي الصريح وأداء مال الكراء بعد فوات الأجل يراجع القرار التعقيبي المدني عدد 24113 المؤرخ في 19 جويلية 1989 ن م ت 1989 قسم مدني ج 2 ص 330 والقرار التعقيبي المدني عدد 3703 المؤرخ في 20 جويلية 1965 م ق ت عدد 1 جانفي 1966 ص 31 الذي جاء فيه أن القرار الاستعجالي الذي قضى بإخراج المتسوغ من المكري رغم النزاع الذي أثاره لديه في صحة التنبيه والذي يتعلق بمسألة قانونية يكون فصلها من أنظار حاكم الموضوع وخارج اختصاصات قاضي الأمور المستعجلة والقرار التعقيبي المدني عدد 2411 مؤرخ في 20 أكتوبر 2005 ن م ت 2005 ج 1 م م ت ص 71.

² خاصة صور التبليغ المتضمن خرقاً لأحكام الفصل 8 م م ت يجعل من قاضي الاستعجال معزولاً عن النظر يراجع القرار التعقيبي المدني عدد 7381 المؤرخ في 12 ماي 1983 م ق ت عدد 3 مارس 1985 ص 98 أو كذلك في صورة ما إذا كان التنبيه بأداء مال الكراء مع استعداد المالك للتجديد على أساس معين كراء سنوي ورفع قيام المتسوغ بدعوى لدى ناحية تونس في طلب إبطال التنبيه المذكور وإمام القاضي الاستعجالي تمسك المالك بسقوط دعوى الإبطال لدخولها ضمن الصور الثلاث للفصل 27 من قانون 25 ماي 1977 المتعلق بالأكري التجارية فاعتبرت محكمة التعقيب أن القرار المطعون فيه لما اعتبر أن إبطال التنبيه كان بعد أجل الثلاثة أشهر جاء خارقاً لأحكام الفصل 27 من قانون 25 ماي 1977 يراجع القرار التعقيبي المدني عدد 19635 المؤرخ في 11 فيفري 1988 م ق ت 1990 عدد 2 فيفري 1990 ص 74 والقرار التعقيبي عدد 53141 المؤرخ في 7 ماي 1977 ن م ت قسم مدني 1997 ج 1

³ القرار التعقيبي المدني عدد 7732 المؤرخ في 30 مارس 2006 مرجع مذكور نبذة عدد 54.

وعموماً ترفض محكمة التعقيب قبول توجيه اليمين أمام قاضي العجلة لأن المعارضة باليمين من شأنها التأثير على أصل الحق الذي يقوم على أساسه طلب الخروج وهو عدم الخلاص¹ أو لأن ما اقتضاه الفصل 497 م 1 ع من توجيه اليمين الحاسمة في كل الدعاوى لا يؤخذ على إطلاقه طالما أن مجال القضاء الاستعجالي لا يتسع لذلك إذ يكفي الحاكم الاستعجالي بقيام ظروف الصبغة الاستعجالية للموضوع من تأكد وجدية حتى يحسم النزاع ويترك مجال اليمين ووجهته من عدما لحاكم الأصل²

23- وإختلفت الآراء الفقهية عموماً في جواز لجوء القاضي الاستعجالي للأبحاث الكاشفة للحقيقة كالمعاينات والاختبارات وتلقي البينة³ إذ اعتبر البعض أن المهم هو إطمئنان وجدان قاضي العجلة ولو لزم الأمر بعض التأخير وبالتالي يمكنه إجراء كافة الأبحاث التي تنير له السبيل⁴ في حين ذهب شق ثان لإقرار حل معتدل مقتضاه أن قاضي الاستعجال لا يبت في أصل النزاع وإنما يقرر حماية حق ظاهر يستدعي المحافظة فلا وجه عندئذ لقبول البينة لإثبات واقعة من الوقائع المتنازع عليها أو تحليف أحد الطرفين اليمين الحاسمة أو الاستيفائية لمساس ذلك

¹ يراجع القرار التعقيبي المدني عدد 441 المؤرخ في 19 ماي 1959 م ق ت 1960 عدد 5 ماي 1960 ص 340 وقد كان للنياحة العمومية رأياً آخر في قرار الحال إذ رأت أن توجيه اليمين لا يتصور إلا عند طلب المدعي إلزام المدعى عليه بأداء ما بذمته من مال الكراء وفي صورة الحال ليس الأمر كذلك وما المماثلة في دفع الكراء إلا سبب من أسباب قطع حق البقاء في المكري تجسم في المماثلة نفسها لا في مقدار الكراء ومقدار ما تخلد بذمة المكثري الذي اعترف في نازلة الحال بعدم الخلاص في جزء منه ولو مع المناقشة في المقدار.

² يراجع القرار التعقيبي المدني عدد 6831 المؤرخ في 21 جانفي 1982 ن م ت 1982 قسم مدني ج 1 ص 182.

³ يراجع عبد الله الهلالي- في القضاء المستعجل - م ق ت 1984 عدد 2 فيفري 1984 ص 19.

⁴ فإذا كانت الدعوى تتعلق بالخروج لعدم الخلاص وأجاب المكثري أنه اضطر لدفع مصاريف متأكدة واجبة على المالك فإن معاينة المحل قد تفيد القضاء الاستعجالي حول جدية الجواب الذي يتمسك به المكثري وهذا الاتجاه هو المعمول به غالباً في العمل القضائي يراجع عبد الله الهلالي نفس المرجع، ص 27 وما بعدها.

بالموضوع وإنما له الحق في فحص مستندات الطرفين وأوجه دفاعهما لا للحكم فيها وإنما ليستتير بها في حكمه دون المساس بالموضوع¹ ويمكنه تكليف خبير لتطبيق حجة أدلى بها أحد الخصوم².

24- ولكن ورغم كل هاته المحاذير فإن الوسيلة الوقتية القضائية بإخراج المكثري لعدم الخلاص قد تتحول شيئاً فشيئاً إلى ضرب من ضروب الأحكام الاستعجالية النهائية التي يكون له بعيد الأثر على العلاقة التسوية.

II- دعوى الخروج إن لم يدفع ومآل العلاقة التسوية

25- يمكن رصد تأثير حكم الخروج استعجالياً إن لم يدفع على دعوى فسخ العلاقة التسوية في وضعيتين مختلفتين تخص الأولى حكم الخروج القائم على تحقق شرط فسخي صريح -أ- في حين تتعلق الثانية بحكم الخروج المقرر كوسيلة وقتية لغصب المدين على أداء الأجرة المتأخرة وفقاً لأحكام الفصل 273 م 1 ع -ب-

أ- حكم الخروج القائم على تحقق الشرط الفسخي الصريح

26- يكتسي الشرط الفسخي الصريح وظيفة جبرية شبيهة بالشرط الجزائي أو التغريمي وهو نوع من أنواع ممارسة العدالة الخاصة والفاعلة حيال المدين تبيح للدائن التحلل من العقد غير المنفذ ويؤدي إلى سلب المحكمة سلطتها التقديرية ويمنعها من منح المستأجر أجلاً للوفاء ويجعل مهمتها مقتصرة فقط على معاينة

¹ يراجع القرار التعقيبي المدني عدد 53141 المؤرخ في 7 ماي 1997 ن م ت قسم مدني 1997 ج 1 ص 287

² يراجع البشير زهرة- الحراسة القضائية- م ق ت 1959 عدد 5 ماي 1959 ص 18 خاصة ص 21.

تحقق الشرط من عدمه حتى تقضي بالفسخ ويكون حكمها كاشفا لهذا الجزاء لا منشئا له¹.

وقد درج فقه القضاء² والفقه³ على تطبيق أحكام الفصل 274 م ا ع كلما اشترط المتعاقدان أن عدم الوفاء يوجب الانفساخ وذلك بسبب وقوع الفسخ بقوة القانون والتعاقد⁴ إلا إذا ما اتضح للقاضي الاستعجالي من ظاهر معاينته للعقد أن

¹ يراجع رشيد الصباغ الملكية التجارية مرجع مذكور ص 62 و 63. و جاك هيرون القانون القضائي الخاص مرجع مذكور هامش عدد 44 ص 294. و جزتا فيليب التأكيد والمبادئ التقليدية للقانون المدني مرجع مذكور نبذة عدد 200 ص 169. انظر القرار التعقيبي المدني عدد 7948 مؤرخ في 3 ماي 1955 م ق ت 1960 عدد 9 و 10 ص 187 والقرار التعقيبي المدني عدد 791 المؤرخ في 24 جوان 1978 ن م ت 1978 ج 1 ص 330. v.C.Cass. civ.21 octb 1980, Gaz.Pal.1981 I, somm 63.aussi Trib. Gr. inst. Créteil 20 septem.1978 Gaz.Pal.1979, I, somm.166.

² إلا في صورة ما إذا خير المكري عدم التمسك بالشرط الفسخي واكتفى بطلب إخراج المكثري من المحل إن لم يدفع كوسيلة للغصب على الأداء انظر القرار التعقيبي المدني عدد 9642 المؤرخ في 20 نوفمبر 1973 ن م ت 1973 ج 2 ص 178 رقم 189 والقرار التعقيبي المدني عدد 10824 المؤرخ في 20 فيفري 1975 ن م ت 1975 قسم مدني ج 1 ص 107 المتضمن انه إذا اشترط العاقدان أن عدم وفاء احدهما بما التزم به يوجب الفسخ فان العقد يفسخ لمجرد وقوع ذلك مخالفة للفصل 768 م ا ع ومستهدفا لأحكام الفصل 796 م ا ع والقرار التعقيبي المدني عدد 1321 المؤرخ في 26 افريل 1977 ن م ت ج 1 ص 245 والقرار التعقيبي المدني عدد 1418 المؤرخ في 30 جوان 1977 م ق ت 1978 عدد 4 ص 71 والقرار التعقيبي عدد 1881 مؤرخ في 15 نوفمبر 1979 ن م ت 1979 ق م ج 2 ص 93 والقرار التعقيبي عدد 858 مؤرخ في 22 مارس 1979 ن م ت 1980 ص 147 والقرار التعقيبي عدد 2448 مؤرخ في 4 ماي 1981 ن م ت 1982 ج 1 مدني ص 228.

³ يراجع محمد الزين ص 295 نبذة 400 وفوزي بالكنتاني مرجع مذكور ص 127 وما بعده.

⁴ ويقصد به في هذه الصورة الانفساخ الذي جاء ذكره بالفصل 274 م ا ع تحديدا خلافا لصور فسخ الكراء التي حددها المشرع بالفصلين 748 و 796 م ا ع والتي ترجع بالنظر لمحاكم الأصل لكن آثارهما واحدة وهي إنهاء العقد وإخراج المتسوغ من المكري انظر القرار التعقيبي المدني عدد 7948 المؤرخ في 3 ماي 1955 م ق ت 1960 عدد 9 وعدد 10 ص 178 والقرار التعقيبي عدد 14636 المؤرخ في 21 نوفمبر 1974 ن م ت 1974 ج 3 ص 134 رقم 58 والقرار التعقيبي المدني عدد 858 المؤرخ في 22 مارس 1979 ن م ت 1979 ج 1 ص 147 والقرار التعقيبي المدني عدد 6385 المؤرخ في 16 سبتمبر 1981 ن م ت 1981 ج 3 ص 80 والقرار التعقيبي المدني عدد 8056 المؤرخ في 27 أكتوبر 1953 م ق ت 1962 ج 1 ص 70 القاضي بأنه لا

الشرط الفسخي لا يؤدي إلى قصد المتعاقدين في الفسخ لمجرد عدم الوفاء في الأجل وذلك إما لغموضه أو لوجود لبس في عباراته¹ وسحبت محكمة التعقيب مفعول هذا الشرط على الخلف الخاص للمتسوغ كمشتري الأصل التجاري المستغل بالمكري إثر الشروع في تنفيذ حكم الخروج ضد المتسوغ الأصلي² ولكن الأحكام الاستعجالية القاضية بالانفساخ أو ما يعرف "بالقضاء استعجالي الاتفاقي" تبقى قرارات وقتية غير مقيدة لقاضي الأصل³.

27- وقد ذهب فقه القضاء في اتجاه إقرار أن الإخلاء والانفساخ لا يمس الموضوع وأن الفسخ لا يكون إلا بحكم ولا يمكن أن ينتج من قرار إستعجالي قاض بالخروج له صبغة وقتية قد لا يقطع طريق عودة المستأجر للمكري إستعجاليا⁴ فالفسخ والإعلان عن حصوله بسبب تأخر المتسوغ عن الأداء أمر

فرق بين الكراء المشفوع بالشرط الفسخي الصريح ومن هو خلو منه طالما انه لا فائدة في اشتراط ما نص عليه القانون صراحة وإنما يعتبر الشرط فيما سكت عنه القانون.

¹ يراجع فوزي بالكنتاني، مرجع مذكور ص 130.

² يراجع القرار التعقيبي المدني عدد 3214 مؤرخ في 3 جويلية 1980 ن م ت 1980 قسم مدني ج 1 ص 26 والقرار التعقيبي المدني عدد 10824 المؤرخ في 20 فيفري 1975 ن م ت 1975 قسم مدني ج 1 ص 107 المتضمن انه إذا اشترط العاقدان أن عدم وفاء احدهما بما التزم به يوجب الفسخ فان العقد يفسخ لمجرد وقوع ذلك مخالفة للفصل 768 م ا ع ومستهدفا لأحكام الفصل 796 م ا ع.

³ يراجع جاك هيرون القانون القضائي الخاص مرجع مذكور نبذة 397 ص 301. انظر القرار التعقيبي الفرنسي المؤرخ في 12 مارس 1954 دالوز 1954 ص 363 ومحكمة باريس 20 جانفي 1954 دالوز 1954 ص 210 وهو موقف ساندته الآراء الفقهية معتبرة أن هذا الضرب من الأحكام الاستعجالية إن أصبح نهائيا ينتج وضعية مادية هي الحياة العرضية التي تنشأ بدورها حقوقا وبالتالي يكون للحكم بالخروج لعدم الصفة تأثير غير مباشر على أصل الحق يراجع جازتاز مرجع مذكور ص 65 نبذة عدد 69.

⁴ انظر عبد الرزاق السنهوري، الوسيط في شرح القانون المدني المجلد الأول عدد 6 الإيجار والعارية - دار إحياء التراث العربي ص 486 وما بعدها.

جوهري قد يثير نزاعات جدية تخرج عن نظر القاضي الاستعجالي وتعود لولاية قضاء الأصل وفقا للفقرة الأخيرة من الفصل 273 م 1 ع¹.

28- إلا أن العرض المتأخر لمال الكراء سواء بعد تحقق الشرط الفسخي الصريح أو بعد صدور حكم الخروج لعدم أداء الكراء أثار اختلافات في الآراء فبالنسبة للصورة الأولى اعتبر العرض المتأخر للأجرة بعد وقوع الفسخ غير مصحح للمركز القانوني للمكثري ولا يمنع إنفساخ العقد بقوة القانون² ولا يحول

¹ يراجع قرار الدوائر المجتمعة لمحكمة التعقيب عدد 775 مؤرخ في 18 فيفري 1983 منشور بقرارات الدوائر المجتمعة 1961-1992 ص 512 ويراجع القرار التعقيبي المدني عدد 2044 في 15 افريل 1978 ن م ت 1978 ق م ج 1 ص 185 المتضمن أن القرار الذي قضى استعجالا بالخروج دون التصريح بفسخ العقد يكون قد أحسن تطبيق الفصل 201 م م ت والقرار التعقيبي المؤرخ في 24 أوت 2001 - غير منشور - وجاء فيه إن تنفيذ حكم الخروج كان جزاء الخلاص المتأخر إلا أنه لا يعني انحلال عقد التسويغ وإن الفسخ لا يقوم بالتبعية وإنما بموجب التصريح حتى ولو ثبت إخلال احد المتعاقدين صراحة بالتزاماته طبق الفصل 273 م 1 ع ويراجع عبد الله الهلالي مرجع مذكور ص 27. وانظر الرأي المخالف محمد علي راتب وغيره مرجع مذكور ص 502. وفي خصوص الشرط الفسخي الضمني يراجع عبد الرزاق السنهوري، مرجع مذكور ص 487، هامش عدد 1 والقرار التعقيبي المدني عدد 9592 المؤرخ في 14 افريل 1959 م ق ت عدد 1 جانفي 1960 ص 49 مع الملاحظ أن المتسوغ لم يطعن في القرار الاستئنافي القاضي بتقرير حكم الخروج على أساس خرق الفصل 273 م 1 ع الذي يخول الغصب عند المماطلة ويقتضي الإهمال وإنما أقام طعنه على مناقشة عدم تطبيق مقتضيات الفصل 3 من أمر 1951 المتعلق بوجوب توجيه الإنذار ومنح اجل شهر للمتسوغ لسداد الأجرة باعتبار أن الكراء كان تجاريا فردت محكمة التعقيب بأنه لا وجود للشرط الفسخي الصريح بل لشرط ضمني يخول تأسيس دعوى الخروج إن لم يدفع على أحكام الفصل 111 من قانون المرافعات المدنية والأمر المؤرخ في 27 جوان 1946 الذي كان فصله 3 يضبط اختصاص القضاء الاستعجالي وتم إلغاؤه بموجب صدور قانون المرافعات المدنية الصادر في سنة 1959.

² أنظر القرار التعقيبي المدني عدد 1321 المؤرخ في 26 افريل 1977 ن م ت 1977 ج 1 ص 245 والقرار عدد 1007 المؤرخ في 30 نوفمبر 1978 ن م ت 1978 ج 2 ص 165 وخاصة القرار التعقيبي المدني عدد 7948 المؤرخ في 3 ماي 1955 م ق ت 1960 عدد 10 ص 187 والقرار التعقيبي المدني عدد 791 المؤرخ في 24 جوان 1978 ن م ت 1978 ج 1 ص 330 والقرار التعقيبي المدني عدد 10824 المؤرخ في 20 فيفري 1975 ن م ت 1975 قسم مدني ج 1 ص 107 والقاضي بأن العقد يفسخ بمجرد وقوع مخالفة الشرط ومخالفة الفصل 768 م 1 ع ومستهدفا للفصل 796 م 1 والقرار التعقيبي عدد 2448 المؤرخ في 4 ماي 1981 ن م ت 1982 ص 228 والقرار التعقيبي المدني عدد 9763 المؤرخ في 8 أكتوبر 1989 ن م ت 1984 ق م ج

دون القضاء بالطرد إستنادا إلى أن العقد شريعة الطرفين والمستأجر مأخوذا بحكم الشرط الصريح الفاسخ في العقد فضلا على أن المؤجر إكتسب حقا في وقوع الفسخ لا يسوغ مناهضته بعرض الأجرة المتأخرة أو قبول المؤجر القبض دون تحفظ¹ إلا إذا تنازل المؤجر عن تنفيذ حكم الإخلاء وقبل الأجرة اللاحقة لأنه في هذه الصورة فقد تغير المركز القانوني للخصوم².

وقالت آراء أخرى أن عرض مال الكراء في هذه الحالة وإن كان لا يمنع حصول الفسخ برغبة العاقدین في عقد الإيجار إلا أنه يخول للقضاء المستعجل الحكم بعدم قبول دعوى الإخلاء لانقضاء وجه الاستعجال فيها³ وهو اتجاه سايره فقه القضاء التونسي بشيء من التملل ضرورة أنه تبني بادئ ببده منحي الحكم برفض الدعوى لغياب ركن التأكد⁴ ولكنه يعيد أحيانا التمسك بأن المحكمة يقتصر دورها على معايينة الانفساخ وترتيب الآثار القانونية عنه⁵.

1 ص 345 وهو موقف مخالف لما ذهب إليه فقه القضاء الفرنسي مثلا يراجع نبذة عدد 26 وهامش عدد 43 سابقا.

¹ يراجع صلاح الدين بيومي وغيره الموسوعة مرجع مذكور ص 420 نبذة عدد 624.

² نفس المرجع المذكور ص 423 نبذة عدد 628.

³ محمد علي راتب وغيره، مرجع مذكور ص 502 ويراجع القرار التعقيبي عدد 11599 مؤرخ في 22 جانفي 1976 ن م ت 1976 ج 1 ص 41 المتضمن أن عرض مال الكراء ينتفي معه ركن التأكد الواجب توفره في دعوى الخروج الاستعجالية ويجعل المطلب مرفوضا... كما اعتبرت بعض الآراء أن ولاية القاضي الاستعجالي لا تتعد عند سبق قيام المؤجر برفع دعوى أصلية في الخروج من المكروى لتحقيق الشرط الفاسخ ففي هذه الصورة لا يسوغ لقاضي العجلة إذا قدم نفس الطلب أمامه أن يحكم بالخروج المؤسس على نفس الشرط المذكور يراجع عبد الله الهلالي مرجع مذكور ص 27.

⁴ أنظر الحكم الابتدائي الصادر عن المحكمة الابتدائية ببزرت في 20 جوان 1956 مرجع مذكور سابقا، ص 16 نبذة عدد 12.

⁵ يراجع عامر بورورو، الإيجار المالي في فقه القضاء التونسي مرجع مذكور ص 19 الذي أورد قرارا تعقيبيا غير منشور جاء تحت عدد 15868 بتاريخ 4 جوان 2002 قضى بنقض قرار استئنافي رفض دعوى الخروج إن لم يدفع لانعدام ركن التأكد مع وجود شرط فسخي.

أما بالنسبة للصورة الثانية أي عرض الأجرة بعد صدور حكم الطرد فقد أجازت بعض الآراء حق المستأجر في استئصال التنفيذ أمام قاضي العجلة لطلب وقف التنفيذ تأسيساً على وقوع سداد الأجرة المتنازع عليها وهي صورة محل اختلاف إذ رأى البعض تعين رفض الإشكال وإجراء التنفيذ لأن القضاء بوقف التنفيذ ينطوي على مساس بالحكم الصادر بالطرد وبحجتيه التي بناها على اعتبار العقد مفسوخاً بمجرد التأخير في الأداء وذهب رأي آخر ويبدو الأرجح في الاعتبار إلى أن القضاء المستعجل يملك الحكم بوقف التنفيذ تأسيساً على العرض القانوني لكامل الأجرة لأن الأحكام التي تصدر من القضاء المستعجل بطرد المستأجر من العين المؤجرة للتأخير في الأجرة مؤقتة كباقي الأحكام الأخرى التي تصدر منه ولا تقيد محكمة الموضوع ولل قضاء المستعجل نفسه العدول عنها إذا ظهرت في الدعوى وقائع جديدة أو حصل تغيير في مركز الخصوم القانوني بشرط عدم تعلق حق الغير بالعين المؤجرة¹.

29- ومهما يكن من أمر فانه نظراً لما ينطوي عليه الشرط الفاسخ الصريح من خطورة ومن نتائج قاسية على المستأجر إذ تكفي الغفلة البسيطة منه عن سداد قسط من الأجرة في ميعاده لإحباط جهوده خاصة إذا انشأ أصلاً تجارياً يكون عنصره الأساسي هو حق الإجارة مما يشكل معه طرده من المحل بمجرد حكم استعجالي نقصاً في قيمة الأصل وربما أدى إلى اضمحلاله² تدخل المشرع قصد تعطيل أو تلطيف مفعول هذا الشرط وذلك خلافاً لما تقتضيه أحكام الفصل 274 م 1 ع .

¹ يراجع صلاح الدين بيومي وغيره الموسوعة مرجع مذكور ص 421 وما بعدها نبذة عدد 626 وما بعدها.

² يراجع رشيد الصباغ الملكية التجارية مرجع مذكور ص 63 ويراجع الشاذلي والي حماية المتسوغ من خلال قانون الاكزية التجارية دراسة تحليلية لأحكام القانون المؤرخ في 25 ماي 1977 الاكزية لقاء جهوي بصفافس 15 جانفي 1993 المعهد الأعلى للقضاء ص 46.

30- جاءت أحكام الفصلين 23 من القانون عدد 37 لسنة 1977 المؤرخ في 25 ماي 1977¹ المتعلق بالأكزية التجارية أو الصناعية أو المستعملة في الحرف² و 21 من القانون عدد 35 لسنة 76 المؤرخ في 18 فيفري 1976 المتعلق

¹ انظر رائد رسمي عدد 38 المؤرخ في 31 ماي و 3 جوان 1977 ص 1549 ويعتبر الفصل 23 من قانون 1977 وريث الفصل 25 من أمر 27 ديسمبر 1954 المتعلق بمادة الاكزية التجارية والذي نص على تقرير الحماية لفائدة المستأجر وذلك بتلطيف مفعول الشرط الفسخي الصريح المدرج بالأكزية التجارية والذي يقتضي الفسخ عند عدم الخلاص في معين الكراء في الأجل المتفق عليها من خلال أمرين هما أولاً إحداث علامة إنذار تشعر الأخير بالخطر وذلك بإلزام المؤجر بالتنبيه عليه بأداء الأجرة في ظرف شهر من تاريخ التنبيه بالدفع وإلا حصل الفسخ وثانياً إذا تعذر على المستأجر الوفاء بالأجرة خلال أجل الشهر المذكور يمكنه قبل انقضائه أن يطلب من المحكمة أجلاً على وجه الفضل للوفاء ولل محكمة أن توقف مفاعيل شروط الفسخ وتمنح المستأجر إمهالاً طبق الفصل 137 م 1 ع أي لمدة أقصاها سنة واحدة مع التقسيط أو بدونه وبلا إمكانية تجديد الإمهال فإذا دفع المكثري خلال الإمهال ما عليه من الأجرة زال مفعول الشرط نهائياً وقد لغي الأمر المذكور بموجب القانون عدد 37 لسنة 1977 المؤرخ في 25 ماي 1977. ويبدو أن المشرع استوحى آلية التلطيف في الشرط الفسخي من القانون الفرنسي المؤرخ في الأول من سبتمبر 1948 في مادة كراء المحلات المعدة للسكنى ومرسوم 25 أوت 1937 الذي نفتح الفصل 13 من قانون 30 جوان 1926 بالنسبة للاكزية التجارية يراجع سيزار برو وهبروه وسينيول اختصاص رئيس المحكمة مرجع مذكور ص 337 إلى 342 .

ويراجع في خصوص تطبيق أحكام الفصل 25 من أمر 27 ديسمبر 1954 القرار الصادر عن محكمة الاستئناف بتونس عدد 31500 في 8 مارس 1972 م ق ت 1972 مارس عدد 3 ص 65 والذي رفض العرض الذي قام به المكثري المستأنف لخلاص مال الكراء بعد حصول الشرط الفسخي و القرار التعقيبي المدني عدد 10995 المؤرخ في 10 أكتوبر 1974 ن م ت 1974 قسم مدني ج 2 ص 181 المتضمن انه لا لزوم في الاكزية الأصول التجارية إلى صدور إنذار تطبيقاً للفصل 25 من أمر 24 ديسمبر 1954 والقرار التعقيبي المدني عدد 8924 المؤرخ في 7 فيفري 1974 ن م ت 1974 قسم مدني ج 1 ص 27.

² يراجع رشيد الصباغ الملكية التجارية مرجع مذكور ص 64 و 65 وللمقارنة يراجع مثلاً المادة 191 من القانون التجاري الجزائري المتضمنة أن كل اشتراط مدرج في الإيجار ينص على الفسخ بقوة القانون في حالة عدم دفع بدل الإيجار في الاستحقاقات المتفق عليها لا ينتج أثره إلا بعد مرور شهر واحد من الإخطار بالدفع الذي يبقى بدون نتيجة... ويجوز للقضاء إذا رفع إليهم وفق قواعد القانون العام أن يوقفوا في الوقت الذي يمنحون فيه مهلاً لتحقيق وأثار الفسخ... والفصل 26 من الظهير المغربي الصادر في 5 ماي 1955 والمتضمن أن كل بند في العقدة ينص على فسخها إذا لم يؤد ثمن الكراء عند حلول التواريخ المتفق عليها لا يكون ساري المفعول إلا بعد خمسة عشر يوماً تمضي على تاريخ إنذار يوجه للمكثري ويبقى بدون جواب... غير انه في وسع

بضبط العلاقات بين المالكين والمكترين لمحلات معدة للسكنى أو الحرفة أو الإدارة العمومية¹ لتحقيق التوازن بين حقوق المستأجر والمؤجر معا² وذلك بتلطيف أو تعديل مفعول الشرط الفسخي وتقرير الفسخ الحتمي³ عند عدم أداء الكراء في الآجال المتفق عليها وهي ثلاثة أشهر في قانون 1977 وشهر واحد في قانون 1976 يحتسب كلاهما من صدور تنبيه بالدفع بواسطة عدل منفذ وبقائه دون نتيجة⁴.

الحاكم أن يوقف عمل بنود العقدة القاضية بفسخها لعدم أداء واجب الكراء وقت حلول التاريخ المتفق عليه وإن يعطي للمكتر أجلا تحدد مدته القصوى في سنة واحدة...
¹ المنقح بالقانون عدد 122 لسنة 1993 المؤرخ في 27 ديسمبر 1993 الرائد الرسمي للجمهورية التونسية عدد 99 مؤرخ في 28 ديسمبر 1993 ص 2207 ويعتبر الفصل 21 من قانون 1976 وريث الفصل الثالث من أمر 27 أكتوبر 1951 المتعلق بتنظيم العلائق بين المتسوغين والمتسوغين فيما يخص تجديد كراء العقارات أو المحلات ذات الاستعمال التجاري أو الصناعي أو المستعملة في الحرف رائد رسمي عدد 104 مؤرخ في 28 ديسمبر 1954 ص 2466 الذي ألغاه القانون عدد 35 لسنة 1976 المؤرخ في 18 فيفري 1976 والذي نص بفصله 21 أن الشرط الفسخي الصريح لا يكون نافذا إلا بعد مضي شهر من التنبيه على الكاري في المحلات المعدة للسكنى أو الحرفة أو الإدارة العمومية بواسطة عدل منفذ ولم يقع الخلاص بإرجاع القرار التعقيبي عدد 1881 مؤرخ في 15 نوفمبر 1979 ن م ت 1979 ق م ج 2 ص 93.

² ويراجع رشيد الصباغ مرجع مذكور ص 65
³ في خصوص مفهوم الفسخ الحتمي يراجع محمد محمود المصري ومحمد احمد عابدين "الفسخ والانفساخ والتفاسخ" دار المطبوعات الجامعية الاسكندرية 1988 ص 70 وما بعدها وشروط الفسخ الحتمي التي استخلصها فقه القضاء من خلال أحكام الفصل 23 من قانون الاكزية التجارية والمبوبة ضمن مؤلف محمد الحمير المجلة التجارية وقانون الاكزية التجارية شركة فنون الرسم والنشر والصحافة جوان 1986. والمتمثلة في توجيه تنبيهه بالخلاص بواسطة عدل منفذ وعدم الخلاص في الآجال القانونية المنصوص عليها بالفصل 23 المذكور واعتبار أن عرض مال الكراء بعد اجل واحد وتسعين يوما بعد تاريخ الإنذار لا يحول دون انفساخ العقد واعتبار أن ماطلة المسوغ لقبول معين الكراء في الآجال وتأمينه بعد الآجال لا يفسخ فيه العقد وإن قبول المؤجر من المستأجر معين الكراء عن المدة الواقع في شأنها الإنذار والمدة المالية لها بعد انقضاء الإنذار وحصول الفسخ قانونا لا يعد تراجعا من المؤجر في دعوى الفسخ الحتمي المرفوعة منه طبق الفصل 23 المذكور... ويراجع القرارات التعقيبية الواردة بالصفحتين 229 و 230 من المرجع المذكور.

⁴ واعتبر فقه القضاء أن مفعول الشرط الفسخي وتطبيق الفصل 23 من قانون 1977 يتعطلان إذا قام المتسوغ بعرض مال الكراء في بحر 3 أشهر دون لزوم إقراره بتأمين مال الكراء في غضون

31- واعتبرت بعض الآراء أن مجال تطبيق الفصل 23 المذكور يشمل الشرط الفسخي الصريح والشرط الفسخي الضمني ويعمم مفعول الفسخ الحتمي بعد الإنذار فيهما على السواء¹ وأن أحكام ذاك النص تقيد النتائج الخطيرة المترتبة عن تطبيق أحكام الفصل 274 م 1 ع بسابقة الإنذار² وهو رأي جرى به عمل فقه

الأجل مما تنتفي معه سوء النية والمماطلة عن المتسوغ المدين انظر القرار التعقيبي المدني عدد 8275 المؤرخ في 7 ماي 1983 م ق ت 1985 عدد 1 جانفي ص 86 والقرار التعقيبي المدني عدد 16567 المؤرخ في 22 جانفي 1987 والقرار التعقيبي المدني عدد 6724 المؤرخ في 15 فيفري 1982 ن م ت 1982 قسم مدني ج 1 ص 370.

ويراجع رشيد الصباغ مرجع مذكور ص 66 وقد قدم جملة من المبادئ التي استخلصها من فقه القضاء المطبق لأحكام الفصل 23 من القانون عدد 37 لسنة 1977 وموداها أن قبول المؤجر من المستأجر معين الكراء عن المدة الواقع في شأنها الإنذار والمدة المالية لها بعد انقضاء اجل الإنذار وحصول الفسخ قانونا لا يعد تراجعا من المؤجر في دعوى الفسخ المرفوعة منه طبق الفصل 23 المذكور قرار تعقيبي عدد 2435 مؤرخ في 17 جوان 1978 ن م ت 1978 ج 1 ص 320 وإن علاقة الإيجار تعتبر مفسوخة حتما بمجرد مضي اجل الإنذار ويمكن للمؤجر بناء على ذلك طلب الحكم استعجاليا بإخراج المكتر من العين المكتراة لعدم الصفة دون لزوم المطالبة مقدما بفسخ الإيجار لدى محكمة الأصل قرار تعقيبي عدد 3792 مؤرخ في 7 أكتوبر 1981 ن م ت 1981 ج 3 ص 104 وإن وفاء المستأجر بمال الكراء بواسطة شيك قبل انقضاء اجل الإنذار لا يحول دون انفساخ عقد الإيجار طبق الفصل 23 من قانون 1977 إذا تبين أن الشيك بدون رصيد قرار تعقيبي عدد 4561 مؤرخ في 11 جانفي 1982 ن م ت 1982 ج 1 ص 76 وأنه إذا تبين بحساب المدة الفاصلة بين تاريخ الإنذار وتاريخ عرض المال إنها تساوي واحدا وتسعين يوما فإن العرض يكون حاصلا بعد اكتمال اجل الإنذار المحدد في الفصل 23 من قانون 1977 بتسعين يوما عملا بقاعدة أن للشهر ثلاثون يوما ولما كان اجل الإنذار لا يقبل التمديد فإن عقد الإيجار يكون قد انفسخ بقوة القانون دون التفات للعرض اللاحق لهذا الانفساخ قرار تعقيبي عدد 6724 مؤرخ في 15 فيفري 1982 ن م ت 1982 ج 1 ص 370. وأخيرا أن انقضاء اجل الإنذار دون وفاء بالأجرة يترتب عنه انفساخ الإيجار طبق الفصل 23 دون التفات لدعوى المقاصة في الأجرة بدين لم يثبت قطعا تخلده بذمة المؤجر قرار تعقيبي عدد 3601 مؤرخ في 30 مارس 1982 ن م ت 1982 ج 2 ص 175.

¹ وذلك خلافا لما نص عليه الفصل 25 قديم من أمر 27 ديسمبر 1954 وبالنسبة للشرط الفسخي الضمني يراجع رشيد الصباغ مرجع مذكور ص 65 و 66 ويراجع القرار الاستثنائي الصادر عن محكمة تونس عدد 55668 في 14 جانفي 1963 م ق ت 1963 جوان عدد 6 ص 56

² انظر رشيد الصباغ مرجع مذكور ص 68 وما بعدها والقرار التعقيبي المدني عدد 539 المؤرخ في 7 مارس 1978 ن م ت 1978 ج 1 ص 77 والقرار عدد 2397 المؤرخ في 22 جوان 1978 ن م ت 1978 ج 1 ص 324 والقرار عدد 1745 المؤرخ في 14 ديسمبر 1978 ن م ت 1978 ج 2

القضاء الذي يعتبر أن أحكام الفصل 23 من قانون 1977 تهم النظام العام وعلى المحكمة أن تنظرها من تلقاء نفسها¹ لكن السؤال بقي قائما في معرفة هل تمنع أحكام الفصل 23 المذكور على المؤجر ترك التمسك بالشرط الفسخي الصريح وطلب الحكم بالفسخ في نطاق دعوى أصلية وفق الفصلين 767 و 796 م ا ع ؟

تباينت مواقف فقه القضاء وظهر اتجاه متشدد يرى أن الصبغة الاستثنائية والخاصة لأحكام الفصل 23 من قانون 1977 قد ألغت بالنسبة للاكارية التجارية أحكام القانون العام المتعلقة بفسخ الإيجار لعدم الوفاء بالأجرة الواردة بالفصل 796 م ا ع وبالتالي أصبحت تلك الاكارية خاضعة لمقتضيات القانون الاستثنائي الأمر المؤرخ في 1977 ولا يمكن المطالبة بفسخها إلا على أساس أحكام الفصل 23

ص 188 والقرار عدد 6385 في 16 سبتمبر 1981 ن م ت 1981 ج 3 ص 80 وانظر القرار التعقيبي عدد 7924 المؤرخ في 11 سبتمبر 1982 غير منشور والذي أورده محمد حمير مرجع مذكور ص 230 وانظر كذلك قرار الدوائر المجتمعة لمحكمة التعقيب عدد 1290 المؤرخ في 13 افريل 1987... انظر القرار التعقيبي المدني عدد 6724 بتاريخ 15 فيفري 1982 ن م ت 1982 قسم مدني ج 1 ص 370 كما اعتبرت محكمة الاستئناف بتونس في قرارها عدد 55668 المؤرخ في 14 جانفي 1963 انظر القرار التعقيبي المدني عدد 9642 المؤرخ سنة 1973 ن م ت 1973 ج 2 ص 178 رقم 189 والذي جاء به « طالما كان طلب الخروج مؤسسا على ذلك الوجه دون التمسك بالشرط الفسخي الصريح بصرف النظر عن صبغة المحل فان أحكام الفصل 25 من أمر 27 ديسمبر 1954 لا مجال لتطبيقها على قضية الحال » انظر القرار التعقيبي المدني عدد 21961 مؤرخ في 1 افريل ن م ت 2003 ص 291. التجاء المالك لطلب الفسخ ضمن دعوى أصلية وفقا لأحكام القانون العام وخاصة الفصل 767 م ا ع وهو ما من شأنه أن يؤول إلى الحكم بالفسخ إلا إذا تولى المتسوغ خلاص معاليم الكراء ولو أثناء نشر القضية وهو لا يقف حائلا دون الالتجاء لاتخاذ الوسائل الحافظة للحقوق في حين أن الفصل 23 من قانون الاكارية التجارية سن شرطا فسخيا فيفسخ العقد بتحقيق ذلك الشرط وهو عدم خلاص معاليم الكراء في ظرف ثلاثة أشهر من تاريخ التنبيه.

¹ يراجع القرار التعقيبي المدني عدد 1451 مؤرخ في 6 جويلية 2004 ن م ت 2004 ص 241 وفي هذه الصورة لا خيار للمؤجر في استبعاد إنفاذ الفصل 23 المذكور وطلب إخراج المستأجر استعجاليا من المكوى التجاري على أساس الضرر القائم على عدم أداء مال الكراء.

المذكور الذي هو من علائق النظام العام فتكون دعاوى الفسخ طبق الفصل 796 م ا ع مردودة قانونا إذا لم يسبقها توجيه إنذار¹.

32- وبدا هذا الاتجاه مردود قانونا لوجوه عدة منها أن قانون 1977 لم ينسخ الفصل 796 م ا ع لا صراحة ولا ضمنا فلا وجود لتعارض بين الفصلين 23 من قانون 1977 وأحكام مجلة الالتزامات والعقود ولو كان المكوى يستغل به أصلا تجاريا فالفسخ الذي نص عليه الفصلان 767 و 796 م ا ع فسخ قضائي لا يحصل تلقائيا أو حتميا وإنما موكول لاجتهاد المحكمة وهو يقبل الإمهال أو التقسيط ولا يحكم بالفسخ إذا تولى المتسوغ أداء الكراء ولو أثناء نشر القضية ولا شيء بالتالي يمنع المؤجر الذي لم يستوف أجرته في أن يكون له خيار في تنكب طريق القانون العام أو سلوك طريق القانون الخاص عملا بالفصل 23 من قانون 1977 وهو الموقف الذي تبنته محكمة التعقيب في بعض قراراتها²

¹ نفس المرجع المذكور ص 67 والقرارات التعقيبية التي أوردها المؤلف بالهامش عدد 62 وهي ذات القرارات التي جاء المؤرخ في ذكرها بمؤلف محمد الحمير مرجع مذكور ص 230 وهي القرار التعقيبي المدني عدد 4363 المؤرخ في 7 فيفري 1980 ن م ت 1980 ج 1 ص 46 والقرار التعقيبي عدد 2819 المؤرخ في 23 افريل 1981 ن م ت 1981 ج 1 ص 206 والقرار عدد 7344 المؤرخ في 20 ماي 1982 ن م ت 1982 ج 3 ص 127 والقرار التعقيبي المدني عدد 9787 المؤرخ في 5 سبتمبر 1983 غير منشور والذي جاء به الحكم بالفسخ على معنى القانون العام فيه خرق للفصل 23 من قانون 1977. والقرار الإستئنافي عن محكمة تونس عدد 55668 في 14 جانفي 1963 م ق ت 1963 جوان عدد 6 ص 56 ولا يمكن للأطراف الاتفاق على استبعاد انطباق أحكام الفصل 23 من قانون 1977 انظر القرار التعقيبي المدني عدد 8810 مؤرخ في 2 فيفري 2006 ن م ت 2006 ص 191.

² يراجع القرار التعقيبي عدد 21961 المؤرخ في 11 افريل 2003 ن م ت 2003 ص 291. ويراجع رشيد الصباغ نفس المرجع مذكور ص 70 ويراجع القرار التعقيبي المدني عدد 4992 المؤرخ في 4 ماي 1967 م ق ت فيفري 1968 عدد 2 ص 33 والقرار التعقيبي المدني عدد 1881 المؤرخ في 15 نوفمبر 1979 ن م ت 1979 قسم مدني ج 2 ص 93 وقد صدرت مجموعة من القرارات التعقيبية التي تبيح القيام على أساس القواعد العامة للنظر الاستعجالي وإخراج المتسوغ الذي امتنع من أداء الكراء في الآمد المحددة له يراجع القرار التعقيبي المدني عدد 10995 مؤرخ في 10 أكتوبر 1974 ن م ت 1974 قسم مدني ج 2 ص 181 المتضمن انه لا لزوم في اكارية الأصول التجارية إلى صدور إنذار تطبيقا للفصل 25 من أمر 24 ديسمبر 1954

33- وعلاوة على ذلك قد يثير تطبيق أحكام الفصل 23 من قانون 1977 تضارباً بين تحقق الانقضاء لمجرد إنقضاء الآجال التي نص عليها لخلاص مال الكراء وبين ما قرره المشرع من حماية للدائن المرتهن وتمكينه من فرصة الحفاظ على وحدة الأصل التجاري الضامن لدينه درأ له من الاضمحلال وذلك إما بطلب بيع الأصل التجاري أو بعرض معينات الكراء موضوع النزاع على المؤجر؟

أوجبت الفقرة الثانية من الفصل 242 من المجلة التجارية المنقح بالقانون عدد 61 لسنة 2000 المؤرخ في 20 جوان 2000¹ أنه "إذا كان الأصل التجاري متقلاً بقيود مرسمة وجب على مالك المحل إعلام الدائنين المرسمين بمقراتهم المختارة بتقييدهم بواسطة عدل منفذ وإلا كانت الدعوى باطلة ولا يجوز أن يصدر الحكم قبل شهر من تاريخ هذا الإعلام".

وطرح على محكمة التعقيب سؤالاً أولاً مقتضاه معرفة هل أن الالتزام بأجال الفصل 23 من قانون 1977 يتعارض وبالتالي يمنع تطبيق أحكام الفصل 242 تجاري؟

أجابت محكمة التعقيب بأن إجراءات الفصل 242 المذكور تعتبر من صميم النظام العام الذي أعطى لنظام التسجيل التجاري صبغة الإجراء الأساسي لما في

والقرار التعقيبي المدني عدد 11599 المؤرخ في 22 جانفي 1976 ن م ت قسم مدني ج 1 ص 41 والقرار التعقيبي المدني عدد 2044 المؤرخ في 15 افريل 1978 ن م ت 1978 قسم مدني ج 1 ص 185 والقرار التعقيبي المدني عدد 5147 المؤرخ في 14 مارس 1967 ن م ت 1968 جانفي عدد 1 ص 34 وأنظر في اتجاه معاكس القرار المدني عدد 31500 الصادر عن محكمة الاستئناف بتونس في 8 مارس 1972 م ق ت 1972 مارس عدد 3 ص 65 والقرار التعقيبي المدني عدد 6369 مؤرخ في 15 ماي 2001 -غير منشور- فرغم معارضة المستأجر في تطبيق أحكام الفصل 23 من قانون 1977 ضمن دعوى الخروج لانتهاء الصفة وتمسكه بأن فسخ الكراء هو أمر موضوعي يرجع بالنظر للقضاء العادي الذي بوسعه أن يقدر القوة القاهرة أو الأمر الطارئ الذي منعه من تسلم الإنذار أجابت محكمة التعقيب بأن عقد التسويغ مفسوخا بموجب الفصل 23 المذكور وإن الدفع غير جدي ولا يترتب عنه المساس بالأصل¹ المتعلق بتتقيح وإتمام بعض الفصول من المجلة التجارية رائد رسمي للجمهورية التونسية عدد 50 في 23 جوان 2000 ص 1523.

ذلك من حماية لحقوق الدائنين لذلك فإن نص الفصل المذكور لم يميز أو يستثني من مجال تطبيقه حالات الفسخ التي تسري عليها مقتضيات قانون 1977 ومن ثمة تعين قانوناً وعلى مقتضيات الفصل 533 م 1 ع تطبيق أحكامه عليها ضرورة أن الالتزام بأجال قانون 1977 لا يتعارض وبالتالي لا يمنع من إعمال أحكام الفصل 242 م ت طالما أن الأمر يتعلق بمجرد إخطار الدائنين بنشر دعوى الفسخ وبطلب إرجاء النظر فيها عند الاقتضاء إلى حين انقضاء أجل الشهر¹.

أمّا السؤال الثاني فهو يتعلق بالمقصود بإعلام الدائنين المرسمين بواسطة عدل منفذ وفق ما أوردته عبارات الفقرة الثانية من الفصل 242 تجاري فهل أن الإعلام في هذه الصورة إجراء مستقل بذاته أم أن الاستدعاء للجلسة الفسخية يعتبر قائماً مقامه؟ وهل يحق للدائن المرتهن بعد انقضاء الثلاثة أشهر وهي أجل التنبيه الموجه للمستأجر على معنى الفصل 23 من قانون 1977 عرض معينات الكراء وتأمينها أي بعد تحقق الانقضاء الحتمي بقوة القانون لكن قبل صدور حكم القاضي بالانقضاء وتحديداً أثناء نشر دعوى الفسخ؟

أجابت محكمة التعقيب في قرارها المؤرخ في 10 جانفي 2005 بالنفي معتبرة أنه لا يمكن أن تكون للدائن المرتهن أكثر من الحقوق الراجعة للمستأجر وبالتالي فإن أجل الثلاثة أشهر المحدد للخلاص بالفصل 23 من قانون 1977 يسري على المدين بالأداء وعلى الدائن المرتهن كما أن أحكام الفصل 242 تجاري لم تتضمن وجوب إعلام الدائنين قبل القيام بدعوى الفسخ وأن الإعلام يوجب عند القيام ويمكن أن يكون مقترناً به أو لاحقاً له ويقتضي فقط توفر شرطين هما إتمامه بواسطة محضر رسمي وأن يسبق صدور الحكم بشهر².

¹ يراجع القرار التعقيبي المدني عدد 25156 المؤرخ في 26 ماي 2003 ن م ت 2003 ص 219.

² أنظر القرار التعقيبي المدني عدد 8807 المؤرخ في 10 جانفي 2005 ن م ت 2005 ص 187.

ويمثل هذا الموقف تراجعاً عما جاء في القرار التعقيبي المؤرخ في 3 جويلية 2003 من "أن إعلام الدائن بعزم المالك على طلب فسخ عقد الكراء يكون بواسطة عدل منفذ وذلك قبل القيام بالدعوى وأنه على المحكمة أن تنتظر أجل الشهر من تاريخ الإعلام"¹.

وحتى على فرض مجازاة ما ذهبت إليه محكمة التعقيب في قرار 2005 من "أن استدعاء الدائنين لجلسة دعوى الفسخ يقوم مقام الإعلام الذي عناه الفصل 242 تجاري" فإن هذا الموقف يكون مجانباً للصواب طالما ساندت محكمة القانون قضاة الأصل في إعراضهم عن ترتيب أية نتيجة على عرض معينات الكراء وتأمينها من قبل الدائن المرتهن أثناء نشر الدعوى رغم أن العرض تم في هذه الصورة قبل مضي أجل الشهر من صدور الحكم القاضي بالخروج لانفساخ العقد بموجب عدم أداء الأجرة².

34- وربما كان هذا الموقف وليد هاجس التشدد وعدم التساهل في تطبيق أحكام الفصل 23 من قانون 1977 لارتباطها بالنظام العام³ لكن ذلك لا يبرر دمج مجال تطبيق الفصل 23 من قانون 1977 المقرر لفائدة المستأجر المدين قصد خلاص مال الكراء المتأخر قبل حصول جزاء الفسخ الحتمي مع مجال تطبيق الفقرة الثانية من الفصل 242 تجاري جديد المقرر لفائدة دائني الأصل التجاري والذي أوجب على مالك المحل إعلامهم بواسطة عدل منفذ وإلا كانت الدعوى باطلة ومنع على هذا الأساس إصدار حكم الانفساخ قبل انقضاء أجل الشهر بداية من تاريخ الإعلام المذكور فلا يسوغ منطقاً وقانوناً سحب الجزاء المقرر للمكثري

¹ يراجع القرار تعقيبي مدني 23891 المؤرخ 3 جويلية 2003 ن م ت 2003 ص 219.
² فقد تم العرض والتأمين في 4 أوت 2004 في حين صدر الحكم الاستعجالي الابتدائي القاضي بانفساخ العقد في 11 أكتوبر 2004! نفس القرار التعقيبي سالف الذكر.
³ وهو اتجاه سار عليه فقهاء القضاء يراجع القرارات التعقيبية التي أوردها رشيد الصباغ الملكية التجارية مرجع مذكور ص 66 و 67.

المخالف على الدائن المرتهن الذي عرض مال الكراء قبل انقضاء أجل الشهر ومعارضته بانقضاء أجل الثلاثة أشهر المحدد بالفصل 23 المذكور إذ لو انصرفت رغبة المشرع إلى ذلك لكفاه تقرير سريان أحكام الفصل 23 على المتسوغ المدين والدائنين المرسمين وإلزام المالك بتوجيه الإنذار لهما على السواء الأمر المفقود في أحكام الفصل 23 من قانون 1977 وفي مقتضيات الفصل 242 من م ت قبل وبعد تنقيحه¹.

ب- حكم الخروج وسيلة وقتية لغصب المكثري على الأداء

35- منطقياً لا يعدو حكم الخروج إن لم يدفع أن يكون سوى وسيلة وقتية تهيئ لطلب فسخ عقد الإيجار أمام قضاء الأصل من أجل المماطلة -1- إلا أنه قد يتولد عن تنفيذ حكم الإخلاء تنازع بين المكثرين -2-.

1- حكم الخروج إن لم يدفع يهيئ لطلب فسخ الكراء من أجل المماطلة

36- تذهب بعض الآراء لعدم انعقاد اختصاص القاضي المستعجل بالحكم بالطرد لمجرد التأخر في دفع الأجرة عند غياب الشرط الفاسخ الصريح إذ أن حكمه في هذه الصورة يكون حكماً بالفسخ مما يدخل في اختصاص قاضي الموضوع إلا أنه يستثنى من ذلك حالة عدم كفاية الأشياء أو المنقولات الموجودة بالعين لأداء الأجرة المتأخرة فعندئذ يحق الحكم استعجالياً بطرد المستأجر من

¹ كما بدا موقف محكمة التعقيب في قرار 2005 غريباً لأنه قيد ضمناً تأويل عبارات الفقرة الأخيرة من الفصل 242 تجاري رغم وضوحها حين اعتبر أنها تخول فقط قيام الدائن في أجل الشهر المذكور بطلب الأصل التجاري قبل تلاشيها في حين أن عبارات النص المذكور لم ترد في صيغة الحصر وبالتالي لم تقص إمكانية قيام الدائن بأداء الكراء المتأخر خلال نفس الأجل المذكور وهو حل لا يكفل فقط الحفاظ على الأصل التجاري من التلاشي بل يحمي كذلك حقوق المدين المستأجر.

المكرى محافظة على حقوق المؤجر فيما يستجد من الأجرة المتراكمة وهو ضرر يخشى تفاقمه¹.

37- ولكن العمل القضائي استقر على اعتبار أن إلزام المتسوغ استعجاليا بالخروج إن لم يدفع في غياب الشرط الفسخي الصريح يعد وسيلة وقتية قوامها ردع المدين المماطل لجبره على الوفاء بأوكد التزاماته² وهي أداء معالم الكراء وخفت محكمة التعقيب حدة هذا التكييف معتبرة أن حكم الخروج إن لم يدفع يعد جزاء قانونيا عن الإخلال بواجب خلاص ثمن الكراء إلا أنه لا يهدف إلى الضغط لاستخلاص معين الكراء وإنما إلى ترتيب الأثر عن عدم الوفاء بالتزام وذلك بتسليم موضوعه إلى صاحبه³.

وبذلك تدخل دعوى الخروج إن لم يدفع ضمن الخيار الممنوح للمؤجر في إجراء التنفيذ العيني لأن المماطلة لا تؤدي إلا إلى غصب المدين على التنفيذ إلا إذا انقلبت استحالة فعندئذ يمكن طلب الفسخ على معنى الفصل 796 م 1 ع⁴.

¹ تراجع صلاح الدين بيومي وغيره الموسوعة... مرجع مذكور ص 423 وما بعدها نبذة عدد 629

² تراجع قرار صادر عن محكمة الاستئناف بتونس في القضية عدد 89324 بتاريخ 16 ماي 2002 غير منشور.

³ تراجع القرار التعقيبي المدني عدد 1798 المؤرخ في 11 أكتوبر 2004 ن م ت 2004 ج 1 ص 113.

⁴ تراجع احمد بن طالب، مجلة الالتزامات والعقود أمام الدوائر المجتمعة لمحكمة التعقيب مداخلة ضمن كتاب مائوية مجلة الالتزامات والعقود 1906-2006 مركز النشر الجامعي ص 241 وخاصة 276 وما بعده. وأنظر كذلك أحكام الفصل 809 فقرة 2 من المجلة الفرنسية الجديدة للمرافعات المدنية المنقح بأمر 17 ديسمبر 1985 والمتضمن "يمكن لقاضي العجلة بشرط عدم وجود المنازعة الجدية الإن بتتفيذ الالتزام حتى لو تعلق الأمر بالالتزام بعمل شيء" دون أن يمس ذلك بما قرره الأحكام المدنية العامة من أنه إذا التزم أحد بعمل شيء طوّل بالخسارة عند عدم العمل الفصل 1142 مدني فرنسي يقابله الفصل 275 م 1 ع. واعتبرت الآراء الفقهية في فرنسا أنه يمكن للفقرة 2 من الفصل 804 المذكور أن تمثل أساسا قانونيا للحل التقليدي المتبع من قاضي العجلة في مادة الاكزية تعزيزا لفاعلية الشرط الفسخي المدرج بالعقد. تراجع جاك هيرون، "قانون القضائي الخاص مرجع مذكور نبذة عدد 394 وما بعدها ص 300 وما بعدها.

38- وقد تعرض هذا الموقف لانتقادات بعض الآراء التي رأت فيه ارتقاء بدعوى الخروج إن لم يدفع إلى وسيلة لغصب المدين واعتبارها استثناء من مبدأ أن التنفيذ لا يكون إلا اختياريا وبالتالي لمبدأ القوة الملزمة للعقد وفقا لأحكام الفصل 242 م 1 ع¹ وهذا منحى خطير في ظل غياب نص تشريعي يقر بتلك الطبيعة لهذه الدعوى إذ لا يسوغ منح الدائن حقا يمارس بموجبه سلطة القوي في تركيع المدين ويحول حق الدائنية إلى سلطة تعنيف².

39- ومهما يكن من أمر فإن قاضي العجلة لا يملك أن يقرر وقوع الفسخ لمساس ذلك بأصل الحق ويتعين على الدائن القيام بدعوى الفسخ الأصلية وفقا لأحكام الفصل 796 م 1 ع كضمان يستحث به مدينه على التنفيذ وإلا فهو يتحلل

¹ تراجع محمد الزين، مرجع مذكور نبذة عدد 389 ص 289 إلا أن اعتبار أساس دعوى الخروج إن لم يدفع هو الدفع بعدم التنفيذ يثير تساؤلات حول الصلة القائمة بين الدفع المذكور والقضاء المستعجل لأن وخاضت بعض الآراء من جهتها في تحديد طبيعة دعوى الخروج إن لم يدفع ومدى اعتبارها أداة للدفع بعدم التنفيذ وقد تساءلت بعض الآراء عن الصلة الممكن تواجدها بين القضاء العاجل والدفع بعدم التنفيذ لأن الأخير متروك لتقدير الطرف الذي يتمسك به خلافا للفسخ الذي يكون موكولا للقاضي ثم إن الدفع بعدم التنفيذ يؤول لاختيار المسوغ موقفا سلبيا بحتا وذلك بعدم اللجوء إلى المطالبة بالوفاء وفق الفصل 273 م 1 ع وعدم طلب الفسخ في ذات الوقت في حين أن دعوى الخروج إن لم يدفع تقوم كذلك على المطالبة بالوفاء وتفترض دورا ايجابيا للمسوغ خلافا للدفع بعدم التنفيذ القائم أساسا على الدور الدفاعي السلبى ويثار في شكل دعوى معارضة.. ولكن البعض برر أساس الدفع بعدم التنفيذ في إطار عقد الكراء بأنه ليس وسيلة دفاعية بحتة بل وسيلة تفضي أولا إلى تحرير المسوغ من قيود الالتزام بالضمان للقيام بمبادرة تتمثل في الدعوى الاستعجالية في الخروج واسترداد العين أي الحوز المادي وإرجاع الحالة إلى ما كانت عليه قبل التسليم ثم وفي مرحلة ثانية يسترجع الدفع بعدم التنفيذ ميزته الدفاعية البحتة المتمثلة في الدور السلبى للمسوغ في رفض تنفيذ الالتزام بتسليم المنفعة ما لم يقع تنفيذ الالتزام بدفع معينات الكراء تراجع فوزي بالكناني، نفس المرجع ص 123 وما بعده ونذير بن عمو، تعليق على قرار الدوائر المجتمعة لمحكمة التعقيب عدد 35350 بتاريخ 29 فيفري 1996 "قراءة في تحول قضائي فلسفة جديدة للفسخ على معنى الفصل 273 م 1 ع المجلة القانونية التونسية 1996 ص 273 وخاصة نبذة عدد 26 ص 290.

² تراجع فوزي بالكناني، نفس المرجع ص 123.

من التزاماته حتى لا يبقى مطلوبا في عقد لن يحصل منه على شيء¹ ويجوز للعائد المقصر من جهته تفادي حصول الفسخ بأداء الكراء الحال² كما يمكن لمحكمة الأصل أن تقضي بالفسخ أو أن تمنح المستأجر أجلا للوفاء أو ترفض الفسخ بحسب ما تراه من مسلك المستأجر وظروف القضية والغالب في التطبيق أن يتفادي الأخير الحكم بالفسخ بالوفاء بالأجرة المستحقة أثناء نشر القضية³ وقبل صدور حكم نهائي في الأصل يقضي بذلك وهو ما يستجيب إلى قاعدة الفصل 273 م 1 ع التي لا تخول الفسخ إلا بعد غصب المدين على الوفاء إن كان ممكنا⁴.

2- التنازع الناشئ عن تنفيذ الحكم القاضي بالخروج إن لم يدفع

40- يكتسي حكم الخروج إن لم يدفع صبغة وقتية وله كذلك طبيعة القرارات الشرطية une décision conditionnelle فهو لا يستنفذ أثره إلا إذا عجز

¹ انظر احمد بن طالب، التفويت في ملك الغير أطروحة مذكورة سابقا ص 463 عدد 588 هامش 1764.

² إلا إذا ثبت تكرار الامتناع أو التأخر في الوفاء بالأجرة المستحقة دون تقديم مبررات تقدرها المحكمة حكم عليه بالإخلاء ولكن يرجع الأمر لمحكمة الأصل التي تنتظر في الخروج لان دفع الكراء أمام القضاء الاستعجالي يزيل الاستعجال انظر محمد اللجمي، اختصاص القضاء الاستعجالي م ق ت عدد 2 السنة 33 فيفري 1991 ص 48 وكذلك محمد علي راتب وغيره مرجع مذكور ص 498 و 499 كذلك المادة 235 من القانون رقم 52 لسنة 1969 المصري الخاص بإيجار الأماكن على أنه لا يحكم بالإخلاء إذا قام المستأجر بأداء الأجرة وفوائدها بواقع 7 بالمائة من تاريخ السداد مع المصاريف قبل قفل باب المرافعة في الدعوى حدث تغيير في مراكز طرفي التنازع أو في وقائع الدعوى المادية انظر مصطفى محمد هرقفة، أحكام والراء في القضاء المستعجل دار المطبوعات الجامعية القاهرة 1989 ص 20.

³ اراجع رشيد الصباغ، الملكية التجارية مرجع مذكور ص 62.

⁴ انظر عبد الله الهلال، في القضاء المستعجل م ق ت فيفري 1984 عدد 2 ص 25 مرجع مذكور ص 27 و جاز تاز، مرجع مذكور ص 65 و 64 نبذة عدد 69 واحمد بن طالب، مرجع مذكور ص 465 عدد 591 و نذير بن عمو مرجع مذكور ص 273 و ص 282 وفوزي بالكنتاني، مرجع مذكور ص 121 و 122 ومحمد الزين، العقد 1 مطبعة الوفاء تونس 1993 ص 294 نبذة 399 ومحمد علي راتب، وغيره مرجع مذكور ص 498.

المكتري عن إثبات الخلاص¹ ولكن إلحاقه بالوسائل الوقتية يطرح صعوبات إجرائية وعملية ضرورة أن الوسيلة الوقتية تتخذ على أساس وضعية واقعية معينة من شأنها أن تتطور وتتغير وبالتالي فإن حكم الخروج إن لم يدفع مرشح لان يأخذ منطقيا بعين الاعتبار هذا التغير².

41- ورغم صيغتها الوقتية فإن وسيلة الخروج لا تخرج عن كونها كذلك حكم قضائي ذو طبيعة تنازعية لا يكتسب أية حجيتة تجاه قضاء الأصل ولكن له حجية إزاء القاضي الاستعجالي الذي أصدره والذي لا يمكن أن يتراجع فيه أو يغيره إلا إذا تغيرت عناصر الدعوى. وعلى هذا الأساس قد يطرح قيام المكتري - الذي أخلى المحل بقوة القانون- بطلب الرجوع استعجاليا للمحل سواء لتمسكه بوقوع الخلاص في الكراء المتأخر أو إتمام عرض الأجرة المتأخرة عرضا حقيقيا والاجتهاد في تأمينها إشكالا جديا خاصة وأن أحكام الفصلين 150 و 191 م م ت رتبت أثرا من آثار نقض الأحكام وهو الترجيع أو إرجاع الحالة إلى ما كانت عليه قبل صدور الحكم أو القرار المنقوض وفي حدود ما تسلط عليه النقض³ ويؤول

¹ اراجع روجي بيرو، مرجع مذكور ص 218 نبذة 6.

² نفس المرجع المذكور.

³ ينص الفصل 150 م م ت انه «إذا وقع نقض أو تعديل حكم مشمول بالنفاذ المعجل أو كان الحكم المنقوض أو المعدل صادرا باستجابة لطلب استعجالي وجب أن ينص حكم النقض أو التعديل على ترجيع ما دفعه أو سلمه المستأنف بموجب تنفيذ الحكم المنقوض أو المعدل أو إعادة الحالة لسالف وضعها كل ذلك في حدود ما وقع نقضه أو تعديله» وتضمن الفصل 191 م م ت من جهته أن «القرار الذي تصدره محكمة التعقيب بالنقض يرجع الطرفين للحالة التي كانا عليها قبل الحكم المنقوض في خصوص ما تسلط عليه النقض..»

انظر تعليق محمود الغنابي على القرار الاستئنافي عدد 30464 الصادر عن محكمة الاستئناف بتونس بتاريخ 2 مارس 1971 م ق ت عدد 7 جويلية 1971 ص 69 وخاصة 73 (وقد طرح الفصل 150 م م ت قبل تنقيحه بموجب القانون عدد 87 لسنة 1986 المؤرخ في غرة سبتمبر 1986 إشكالا تمثل في معرفة ما إذا كان الترجيع يشمل كافة الأحكام التي يمكن تنفيذها بقطع النظر عن الاستئناف سواء كانت قابلة للتنفيذ الوقتي بموجب القانون - الأحكام الاستعجالية- أو بموجب الطلب - الأحكام المأذون فيها بالنفاذ العاجل- ضرورة أن الفصل المذكور كان في صيغته القديمة يقتصر على التعرض للأحكام الثانية دون الأولى وقد أدى ذلك إلى جنوح بعض

ذلك لا فقط لانعدام كل أثر للقرار الاستعجالي المنقوض القاضي بالخروج وإنما كذلك لبطلان إجراءات التنفيذ المجراة تنفيذاً لذلك القرار¹.

42- ويتجه مبدئياً التفريق بين صورة عقد كراء المشفوع بشرط فسخي صريح ومن هو خلو منه فصدور حكم الخروج النهائي في الصورة الأولى يجسد وضعاً قانونياً لا يمكن تغييره وكل تطور لاحق لانفساخ العقد يستحيل بواسطته محو واقع عدم الخلاص وبالتالي لا يجوز الاستجابة لطلب رجوع المكثري استعجالياً للمكرى² أما الصورة الثانية فإن حق المؤجر في تنفيذ حكم الخروج يقابله منطقياً حق المكثري في طلب الرجوع للمكرى كلما تغير مركز الخصوم القانوني الذي ينفي معه اتصال القضاء ويسوغ بموجبه الرجوع في الأحكام

المحاكم إلى الحكم بالترجييع عند صدور طلب صريح في شأنه أو تنقض حكم الخروج وتكمل نصه بما يقضي بالإرجاع متدركة النقص بجلسة الشورى وقد اتجهت محكمة التعقيب في قرارها المدني عدد 954 المؤرخ في 24 مارس 1977 ن م ت قسم مدني ج 1 ص 189 - تحت طائلة النص القديم - إلى رفض الترجيع إلا في صورة ما إذا كان الحكم الابتدائي صادراً في الأصل واكسي بالنفاذ العاجل وإلا تكون محكمة الحكم المطعون فيه قد تجاوزت حدود القضاء الاستعجالي الذي ليس من قبيل الأحكام المشار إليها في الفصل 150 م م ت..)

¹ يراجع محمد نجيب الرقيق "التأكد في المادة الاستعجالية" مرجع مذكور ص 116 وما بعدها ويراجع كذلك :

MELLOULI SLAHEDDINE « Les effets de l'arrêt de cassation en matière civile » mém. D.E.S. dr. privé fac. dr. Tunis 1975-1976 p12 et s.

وقد اختلفت الآراء القانونية في خصوص أساس حق الترجيع أو إرجاع الحالة إلى ما كانت عليه فاعتبر البعض أنه خطأ من استعجل تنفيذ قرار لا يزال معرضاً لإحدى وسائل الطعن

v A. MAYARJACK « Les conséquences de l'exécution d'un arrêt ultérieurement cassé » J.C.P. 1968.I.2202.n°2 notamm. n°10

وهو أساس استبعده رأي آخر اعتبر أن تنفيذ حكم قضائي يكون محل طعن بالتعقيب لا يمثل خطأ (أو أسس أخرى كالإثراء بدون سبب أو دفع غير المستحق تم كذلك استبعادها) لأن ذلك وإن قام بالتنفيذ يمارس في واقع الأمر حق مشروع خوله له القانون ولكن الأساس الحقيقي يكمن في مفهوم الخطر وفق نظرية جوسبيرون الناشئ عن التنفيذ وبالتالي تحمل نتائج سوء تقدير طالما أن التنفيذ تم تحت مسؤولية القائم بالتتابع يراجع صلاح الدين الملولي مرجع مذكور ص 17 و 18 خاصة ومحمد نجيب الرقيق مرجع مذكور ص 117 وما بعدها.

² انظر روجي بيرو مرجع مذكور نبذة عدد 6 ص 218

الاستعجالية عند تغير أسبابها ما دامت أحكاماً وقتية¹ لذلك رفضت محكمة التعقيب طلب الرجوع إذا كان طلباً مجرداً لا يعززه خلاص كامل معين الكراء المتخذ وقدم في نطاق دعوى استعجاليه جديدة دون القيام باستئناف قرار الإخلاء أو عرض طلب الرجوع على أنظار قضاء الأصل².

43- وقد يبدو مفهوم الواقعة الجديدة التي من شأنها أن تغير موقف قاضي العجلة الذي قضى بإخراج المكثري من المحل مفهوماً معقداً وغامضاً فهل يعني التغيير وجود هذه الواقعة أم إمكانية إثباتها؟ فالتمسك بوقوع الخلاص ليس في حد ذاته أمراً جديداً لأنه سابق عن صدور حكم الخروج الذي عاين بصفة نهائية واقع عدم الخلاص والحقيقة أن الجديد هو إمكانية تقديم وسيلة إثبات جديدة على وقوع

¹ يراجع القرار التعقيبي المدني عدد 10268 مؤرخ في 26 جويلية 1984 ن م ت 1984 ص 171 كصورة اعتبار أن أداء الكراء المتخذ بموجب توفير رصيد الصكين الراجعين بدون خلاص يجعل التنفيذ عارياً عن كل سند ويبيح رجوع المكثري يراجع كذلك القرار التعقيبي المدني عدد 11924 المؤرخ في 30 جانفي 1975 ن م ت 1976 ص 76 والقرار التعقيبي المدني عدد 5950 المؤرخ في 29 جويلية 1968 ن م ت 1969 ص 80 وفي اتجاه معاكس القرار التعقيبي المدني عدد 9471 المؤرخ في 11 ديسمبر 1972 ن م ت 1972 ص 61 الذي استثنى من مبدأ النفوذ النسبي للأحكام الاستعجالية صورة ظهور وسيلة إثبات وجدت قبل إثارة دعوى الخروج إن لم يدفع ولم يتأمل فيها القاضي الاستعجالي.

² يراجع القرار التعقيبي المدني عدد 5950 المؤرخ في 20 جويلية 1968 م ق ت 1969 عدد 6 و 7 جوان جويلية ص 25 والقرار تعقيبي مدني عدد 9521 مؤرخ في 25 ديسمبر 1972 ن م ت 1972 ص 69 والقرار التعقيبي المدني عدد 9184 المؤرخ في 17 أفريل 1973 ن م ت 1973 قسم مدني ج 2 ص 49 والقرار التعقيبي المدني عدد 11829 المؤرخ في 9 جانفي 1975 ن م ت 1975 عدد 12 قسم مدني ج 1 ص 33 ويراجع كذلك علي راتب وغيره مرجع مذكور ص 500 الذي ذكر صورة حصول تغيير في مركز الخصوم القانوني ما لم يصدر حكم بالفسخ من قبل قاضي الأصل وبشرط أن لا يتعلق حق للغير بالعين المؤجرة لأن إرجاعها للمستأجر السابق وطرده المستأجر الجديد يعتبر ماساً بالموضوع وهو ما يخرج عن ولاية القاضي الاستعجالي أو صورة قيام المؤجر باستصدار حكم بالخروج للتأخر عن الأداء ووجود الشرط الفاسخ ثم يتقاعس عن تنفيذ الحكم ويترك المستأجر بالعين ويقوم الأخير بدفع الأجرة عن شهور لاحقة ثم يتوقف مجدداً عن سداد الأجرة فلا يجوز للمؤجر تنفيذ حكم الخروج لأن ظروف الحال تشير إلى زوال قوة السند التنفيذي عن ذلك الحكم بالتنازل عنه من جانب المحكوم له وقبول الأجرة عن شهور لاحقة لصدوره مما يتغير معه المركز القانوني للخصوم..

الخلاص السابق لمال الكراء المتنازع فيه وهذا ما يمكن اعتباره ظرفاً جديداً من شأنه أن يغير موقف القاضي الاستعجالي دون أن يهدد مبدأ حجية الأمر المقضي فيه¹ وفي غير صورة وجود الشرط الفسخي الصريح فإن إمكانية قيام المكثري بأداء الكراء المتأخر ممكنة قبل صدور حكم نهائي قاض بالخروج إن لم يدفع وتنفيذه وربما إلى تاريخ انتهاء التداعي الموضوعي ضمن دعوى الفسخ الأصلية طالما أن حكم الخروج لعدم الوفاء بمال الكراء وسيلة حمائية وقتية لا تنقرض به العلاقة التسويغية التي تبقى على نفاذها².

¹ نفس المرجع المذكور .

² يراجع محمد الزين مرجع مذكور نبذة عدد 326 ص 242 وتجدر الإشارة أن تحديد زمن استحالة الوفاء ضمن دعوى الفسخ الأصلية أثار بدوره إشكالا خاصة عند فشل الوسيلة الوقتية المتمثلة في الحكم الاستعجالي القاضي بالخروج إن لم يدفع في جبر المتسوغ على أداء الأجرة وتباينت المواقف الفقه قضائية فظهر اتجاه أول يعتبر أن مطل المدين لا يجيز الفسخ ولا يخلو سوى حق المطالبة بتعويض الخسارة وهو اتجاه شذبه الآراء الفقهية لمخالفته مقررات الفقرة الثالثة من الفصل 273 م 1 ع المتضمنة انه يجري في المماثلة القواعد المقررة بالفصول المتعلقة بالعقود الخاصة وفقا للفصل 768 م 1 ع وعدم مراعاته لأحكام الفقرة الثالثة من الفصل 796 م 1 ع التي تنص على حق المسوغ في طلب الفسخ في صورة عدم الوفاء بالكراء دون قيد ولا شرط..... وربما كان هاجس هذا الاتجاه الإبقاء على عقد التسويغ لكن أبقى السؤال قائما في معرفة متى يعد الوفاء مستحيلا حتى يتقرر الفسخ عند مضي الأجل المعين بالعقد أم في تاريخ مساملة المدين بوجه صريح خلاص ما عليه على معنى الفصل 269 م 1 ع أم في زمن آخر ؟ بدا أن الإجابة تكون خاضعة لتقدير محاكم الموضوع ودرج اتجاه فقه قضائي على اعتبار أن الفسخ يصبح ممكنا إذا لم يقع أداء الكراء قبل موعد انتهاء النزاع أمام محكمة الموضوع... وهو موقف يستجيب لقاعدة الفصل 273 م 1 ع الذي لا يخلو الفسخ إلا بعد غصب المدين على الوفاء إن كان ممكنا.... إلا أن هذا الاتجاه لم يكتب له الاستقرار وظهر اتجاه مخالف يستند إلى أحكام الفقرة الثالثة من الفصل 273 م 1 ع والفصل 796 م 1 ع يقر بان للمسوغ حق في طلب الفسخ إذا لم يؤدي المكثري الكراء الحال عليه وان زمن الحلول يتحدد بحلول الأجل المتفق عليه بالعقد عملا بأحكام الفصل 269 م 1 ع بما لا يحق معه لمحكمة الموضوع أن ترفض طلب الفسخ بسبب الخلاص قبل انتهاء النزاع... يراجع القرار التعقيبي المدني عدد 10.18299 المؤرخ في 30 جانفي 1995 المضمن تحت عدد 72 من مبادئ مختارة من قرارات محكمة التعقيب لسنة 1994 -1995 كلية الحقوق والعلوم السياسية بالتعاون مع محكمة التعقيب المطبعة الرسمية للجمهورية

44- ولكن الوضع قد يتعد بموجب عاملين هما قابلية حكم الإخلاء للتنفيذ الوقتي قانونا بقطع النظر عن الاستئناف أي حتى ولو لم يحرز الحكم على قوة الشيء المقضي فيه من جهة وتعتمد المؤجر عن سوء نية أو عن جهل بالقانون وقبل التحلل من عقد التسويغ الأول إعادة اكراء المحل للغير حسن النية مباشرة اثر تنفيذ حكم الخروج¹ من جهة أخرى وهو ما يطرح إشكالات عديدة فهل يحق للمتسوغ طلب الرجوع استعجاليا للمكثري بعد إخراج منه بقوة القانون واثرا قيامه بعد ذلك بعرض وتأمين مال الكراء ؟ وما هي المدة المحددة للأخير حتى يقوم بطلب إرجاعه للمكثري بعد الخلاص ؟ وهل من حق المالك تسويغ محله من جديد أم لا ؟ وإذا فعل وتعلقت حقوق الغير بالمكثري كيف يمكن إرجاع المكثري الواقع طرده وبالتالي حل تراحم المكثرين لتحديد من منهما جدير بالحماية القضائية؟

45- وضعت هاته التساؤلات محكمة التعقيب أمام خيار الترجيح بين قبول عودة المتسوغ للمكثري إذا أدى مال الكراء بعد صدور حكم الخروج إن لم يدفع وبين رفض هذه العودة خاصة إذا تعلق حق الغير حسن النية بذات المكثري لذلك كان فقه قضائيا متذبذبا بل أحيانا غير خال من "البيرنطية"².

فقد اعتبرت محكمة التعقيب أن إلزام المكثري بالخروج إن لم يدفع لا مساس له بالعلاقة التسويغية التي تبقى قائمة بين الطرفين وبالتالي يحق للمكثري المطرود الرجوع رغما عن تنفيذ حكم الخروج وإعادة تسويغ المحل للغير وعللت شرعية العودة على أساس أن تنفيذ حكم الخروج لم يكن طوعا وبمحض إرادة المكثري

التونسية تونس 1998 والذي جاء به عرض الوفاء الواقع بعد مضي الأجل المعقول الذي عناه الفصل 269 م 1 ع لا ينتج آثاره القانونية ولا يحول دون طلب فسخ الالتزام بسبب المماثلة

¹ يراجع عبد المجيد برق الليل مرجع مذكور ص 15.
² وهي العبارة التي استعملها الفقيه جاك هيرون في وصفه تضارب مواقف فقه قضاء محكمة التعقيب الفرنسية بين منع وجواز إمكانية قيام قاضي العجلة بإلزام طرف ما بأداء تعويضات على أساس التعسف في استعمال حق التقاضي هامش عدد 46 ص 294.

المطرد وإنما بموجب التنفيذ الجبري¹ لذلك فهو لا يعتمد سنداً لفسخ العلاقة التسويغية وأن القضاء بإرجاع المتسوغ إلى المحل لا يعد مساساً بأصل العقد ولا يتعلق بإنهائه².

¹ انظر القرار الصادر عن محكمة الاستئناف بتونس عدد 89324 بتاريخ 16 ماي 2002 - غير منشور - والذي جاء به إن رفع المتسوغ لادبائها وإخلاء المحل لا يتضمن دليلاً على انقضاء العلاقة بين الطرفين لأن مغادرتها لم تكن طوعاً منها وبمحض إرادتها وإنما أجبرت على الإذعان - وتأيد بالقرار التعقيبي المدني عدد 20756 بتاريخ 10 ديسمبر 2002 - غير منشور - القاضي بأن خلاص الكراء المتخذ يجعل التنفيذ عارياً عن كل سند وحتى لو أتم عدل التنفيذ إجراءات إخلاء المحل وسحب المتسوغ ادبائه يكون للأخير حقاً في الرجوع للمكرى عند أداء الكراء المتخذ طالما أن مغادرته المحل لم تكن بصورة طوعية. وانظر الموقف المخالف القرار التعقيبي المدني عدد 11723 المؤرخ في 24 أوت 2001 - غير منشور - وتضمنت وقائعه صدور حكم قاضي بخروج المتسوغ من مطعم كازادورو لعدم الخلاص ونفذ الحكم جزئياً في فرع الخروج في حين تواصلت أعمال التنفيذ في خصوص أداء الدين وطلب المكثري المطرد استعجالياً إرجاع الحالة إلى ما كانت عليه قبل التنفيذ وإلزام المالكة من تمكينه من الرجوع ونازعت الأخيرة من جهتها في الصبغة الاستعجالية لطلب الرجوع متمسكة بانفساخ عقد التسويغ فعلياً لوجود الشرط الفاسخ الصريح ورأت محكمة الاستئناف أن تحكم بإرجاع المكثري للمحل معتبرة أن عدم دفع معينات الكراء لا ينجز عنه انفساخ علاقة التسويغ التي لم تنقض لا اتفاقياً ولا قضائياً وتعقيبت المالكة هذا الحكم ناعية عليه خرق أحكام الفصل 201 م م ت والمساس بالأصل لتعلق حق الغير بالمكرى وإن الحكم بإرجاع المكثري يعني حرمان المالك من التصرف في عقاره والوقوف في صف المتسوغ السيئ النية ضد المالك الحسن النية وإن خلاص الكراء بعد إخراج المكثري من المحل ليس له تأثير قانوني لأن العلاقة انفسخت وأخيراً أن الأصل التجاري الذي يدعي المكثري ملكيته بالمحل قد اضمحل بموجب رفع التجهيزات من ممتلكاتها لعم الوفاء وزوال العنصر المعنوي المتمثل في الحرفة لبقاء المحل مغلقاً لمدة تقارب السنة وتعذر تمكين المتسوغ الأصلي بالمكرى لوجود الغير به وعابت محكمة التعقيب على قضاء الموضوع قبوله لدعوى بدت في ظاهرها متضمنة لطلب إجراء وقفي ولكنها تنطوي في باطنها على المساس بالأصل بصورة لا يمكن معها مجازاة الحكم المطعون فيه لما اعتبر أن التنفيذ كان جزءاً الخلاص المتأخر إلا أنه لا يعني انحلال عقد الكراء وإن الفسخ لا يقوم بالتبعية وإنما بموجب التصريح حتى ولو ثبت إخلال أحد المتعاقدين صراحة بالتزاماته طبق الفصل 273 م ع.

² يراجع القرار التعقيبي المدني عدد 11556 المؤرخ في 25 سبتمبر 1974 ن م ت 1977 ج 3 ص 103 قرار رقم 46 الحكم صادر عن المحكمة الابتدائية بتونس تحت عدد 55668 المؤرخ في 14 جويلية 1963 م ق ت 1963 عدد 6 ص 56.

ولكن سرعان ما تتراجع محكمة التعقيب عن موقفها لتعيب على القاضي الاستعجالي الذي قضى بإرجاع المتسوغ للمكرى تناقضه الواضح - هكذا - حين نفى عن نفسه البت في فسخ علاقة التسويغ صلب الحكم القاضي بالخروج ولكنه استباح في المقابل وهو المنتصب كقاضي استعجال حق البت ضمناً في صحة العقد واستمرار ترتيب آثاره بين عاقيه رغم سبق صدور حكم استعجالي في الخروج وهو ما يشكل مساساً لا محالة بجوهر النزاع وأصل الحق¹ ! وبالتالي عادت محكمة القانون لتقرر أن حكم الخروج إن لم يدفع هو فعلاً إجراء مؤقت وليس هناك إجراء مؤقت بالنظر لآخر مؤقت مما يتجه معه رفض عودة المتسوغ الذي عرض مال الكراء وأمنه اثر إخراجهم من المكثري لعدم الخلاص² وعلى هذا الأساس أقرت حق للمكثري الثاني في الاعتراض وإثارة الإشكال التنفيذي لوقف تنفيذ الحكم الاستعجالي القاضي بإرجاع المستأجر الأول للمحل إذا أدى الكراء المتأخر بشرط أن تكون إحالة المكثري للغير غير مخالفة للقانون أو العقد³.

46- وضمن خيار الترجيع وخيار غلق باب الرجوع في وجه المكثري الأول تضاربت مواقف محكمة التعقيب كذلك عند النظر وجوداً وعدماً في عقد التسويغ الثاني الذي أبرمه المالك مع الغير دون التحلل من رباط العقد الأول المبرم مع المكثري المطرد بموجب تنفيذ حكم الإخلاء فاتجه رأيها إلى أن التسويغ الثاني لا يلزم المكثري العائد الذي أصر على الدفاع عن حقه في الرجوع للمكرى بعد أداء الكراء المتأخر وهو يعتبر خلفاً خاصاً للمؤجر وأن المتسوغ الثاني الذي تعاقد في فترة الرتبة التي لا تزال فيها حقوق المتسوغ الأول المتميزة بالسبق الزمني مع وضع اليد قائمة فيه من حيث الأصل مؤاخذ لتعاquده فيما لا يصح التعامل فيه -

¹ أنظر القرار التعقيبي المدني عدد 11723 مؤرخ في 24 أوت 2001 - غير منشور -

² أنظر القرار التعقيبي المدني عدد 11723 مذكور سابقاً.

³ يراجع القرار التعقيبي المدني عدد 9025 مؤرخ في 2 جانفي 1973 ن م ت 1973 ج 2 ص 26.

الفصل 62 من م 1 ع - وبالتالي فعقد التسويغ الثاني حصل على شيء غير ممكن من حيث طبيعته أو من حيث القانون - الفصل 64 م 1 ع - و المتسوغ في هذه الصورة مسئول لأنه من واجبه أن يعلم أن المعقود عليه خارج دائرة التعامل لتعلق حق الغير به¹ مما لا يكون معه لتنفيذ حكم الإخلاء أي تأثير على استمرار العلاقة التسويغية الأصلية التي لم تفسخ لا قضائيا ولا رضائيا² ولا يسوغ معارضة المكتري العائد بوجود الغير حسن النية لان حكم الرجوع لا يتناول العقدة الثانية ولا يرتب على وجودها أي حكم³.

47- لكن محكمة التعقيب تراجعت عن هذا الموقف لتتصدى لمحاكم الموضوع الذين اعتبروا أن عقد التسويغ الثاني باطل على أساس الفصل 62 م 1 ع معتبرة أن هذا النص ورد لبيان ما يجب توفره في المتعاقد عليه ومناط تطبيقه خاص بذات المتعاقد عليه الذي هو المكري وحيث متى كان المكري هو من الأشياء التي يجوز التعامل فيها فان عقد تسوغه يعتبر مستوفيا لركن المتعاقد عليه وحينئذ فالحكم بإبطاله تطبيقا للفصل 62 م 1 ع يعد حكما قائما على أساس غير صحيح قانونا⁴.

48- ولم يصمد هذا الموقف بدوره طويلا حتى كررت محكمة القانون تبني نظرية بطلان عقد التسويغ الثاني في القرار دواثرها المجتمعة عدد 775 في 18

¹ يراجع القرار التعقيبي المدني عدد 7346 المؤرخ في 14 نوفمبر 2005 ن م ت 2005 ج 1 م م ت ص 97.

² يراجع نفس القرار التعقيبي المذكور.

³ انظر القرار التعقيبي المدني عدد 11556 المؤرخ في 25 أكتوبر 1974 ن م ت 1974 ص 103.

⁴ انظر القرار التعقيبي المدني عدد 8551 المؤرخ في 27 جويلية 1972 م ق ت فيفري مارس 1973 ص 42 وهو القرار الذي انتهى بصدر قرار 18 فيفري 1983 يراجع احمد بن طالب مرجع مذكور عدد 113 ص 122.

فيفري 1983¹ لأنه لا حجية له ولا نفاذ للتسويغ الثاني في حق المتسوغ الأصلي وذلك لغياب الموضوع بمدلوله القانوني طالما استمر نفاذ العقد الأصلي مما تكون معه المكربة قد تصرفت في حق لا تملكه عند إبرام الإيجار الثاني وتعاقدت بموضوع غير متوفر لديها مما يمثل كراء ملك الغير على معنى الفصل 62 م 1 ع².

49- وقد أثار هذا الموقف ردود فعل مختلفة اعتبر بعضها أن إبطال عقد التسويغ الثاني على أساس الفصل 62 م 1 ع مردود قانونا لقيامه على الخلط بين اللامشروعية واستحالة المحل القانونية وبالتالي فانه لا يميز بين الفصلين 62 و 64 م 1 ع والحال أن الفصل 62 م 1 ع ورد لبيان ما يجب توفره في المتعاقد عليه ومناط تطبيقه خاص بذات المتعاقد عليه الذي هو المكري الذي هو من الأشياء التي يجوز التعامل فيها³ في حين رأت آراء أخرى أن جزاء عدم تنفيذ المسوغ لالتزاماته لا يمكن أن يكون البطلان لغيب المحل وإنما الفسخ عملا بأحكام الفصل 629 م 1 ع الذي يحيل إليه الفصل 740 والفصل 751 من م 1 ع لأنه في حالة

¹ منشور بمجموعة قرارات الدوائر المجتمعة 1961-1992 ص 512 وهو قرار ختم نزاعا دام ما لا يقل عن خمس عشرة سنة كاملة منذ تاريخ صدور الحكم الاستعجالي الأصلي القاضي بالخروج إن لم يدفع سنة 1968؟! عاشتها القضية في مد وجزر بين المحاكم الاستعجالية ومحاكم الأصل وقد أعادت محكمة التعقيب التأكيد على نفس ذلك الموقف في قرارها عدد 6994 المؤرخ في 3 ماي 1983.

² قرار تعقيبي مدني صادر عن الدوائر المجتمعة لمحكمة التعقيب ع 775 مؤرخ في 18 فيفري 1983 ن م ت 1985 ج 1 ص 268.

³ وهو الموقف الذي اعتمده القرار التعقيبي المدني عدد 8551 مؤرخ في 27 جويلية 1972 م ق ت فيفري مارس 1973 ص 42 وهو القرار الذي انتهى بصدر القرار التعقيبي المدني الصادر عن الدوائر المجتمعة لمحكمة التعقيب عدد 775 في 18 فيفري 1983 يراجع احمد بن طالب النقويث في ملك الغير أطروحة دكتوراه في القانون الخاص كلية الحقوق والعلوم السياسية بتونس 2003-2004 نبذة 115 و 116 ص 122 وما بعدها.

تنازع المكثرين تكون القواعد المتعلقة بتنفيذ الالتزام بتسليم المنفعة للمكتري هي الفصيل الذي يحق معه للمتسوغ طلب الفسخ أو الحط من الكراء¹.

50- ومع ذلك تواصل تملل موقف محكمة التعقيب التي أخذت بأحكام الفصل 62 م 1 ع كأساس لإبطال عقد التسويغ الثاني تأسيسا على أن تنفيذ حكم الخروج الذي لا رجوع فيه يضمحل بموجبه التسويغ²!! وهو موقف مرجوح خلط بين استحالة التنفيذ الواقعة في مرحلة تكوين العقد والتي يكون جزاؤها البطلان واستحالة موضوع الالتزام في مرحلة التنفيذ وينقضي بها العقد على معنى الفصل 345 م 1 ع علاوة على أن انقضاء موضوع الالتزام يقتضي أن لا تكون هذه الاستحالة وليدة فعل أو تقصير أحد الطرفين³ وفي صورة الحال فإن المؤجر أخطأ بتسارعه في تنفيذ حكم الإخلاء وإنشائه لوضع مفروض دون ترقب مال دعوى الفسخ.

51- ثم انتهت محكمة التعقيب إلى رفض إخراج المكتري الثاني استعجاليا وتبنت مبدأ "الرجوع إن لم ينفذ" لان تنفيذ الحكم القاضي بالخروج ينشأ وضعاً قانونياً جديداً يخول للمالك الذي وضع يده على ملكه بصفة قانونية حق التمسك بفسخ العلاقة طبق الفصل 796 م 1 ع⁴ وإن تقدير تصرفات المالك إزاء هذا الوضع

¹ يراجع فوزي بالكناني تعليق على قرار تعقيبي عدد 775 في 18 فيفري 1983 مرجع مذكور ص 136.

² انظر القرار التعقيبي المدني عدد 255 المؤرخ في 9 جوان 1977 م ق ت 1978 عدد 4 ص وجاء فيه عدم قابلية حكم الخروج للرجوع فيه لا موضوعاً ولا استعجالياً لأنه أحرز على حجية مطلقة في خصوص ما قضى به من الخروج 67 والقرار التعقيبي المدني عدد 12269 المؤرخ في 15 جانفي 2002 ن م ت 2002 قسم مدني ج 1 م م ت ص 308.

³ v. BABAY YOUSSEF Souad « La caducité des actes juridiques, une notion à « exhumier » », R.T.D. 2006 p2 not. p51 et 74 et s.

⁴ يراجع القرار التعقيبي المدني عدد 5950 مؤرخ في 20 جويلية 1968 م ق ت 1969 عدد 6 و 7 جوان جويلية 1969 ص 25 والقرار التعقيبي المدني عدد 9184 المؤرخ في 17 افريل 1973 ن م ت 1973 ج 2 ص 49 رقم 124.

من شأنه أن يمس بأصل الحق المدعي به المحرم على القضاء الاستعجالي الغوص فيه¹ أما المكتري الواقع إخراجاً بموجب التنفيذ فإنه يصبح بدوره في وضع يخول له في صورة افتراض أن علاقته التسويغية ما زالت قائمة أن يطالب المالك بالوفاء إن كان ممكناً قانوناً وأما إذا صار الوفاء غير ممكن لتعلق حقوق الغير بالمكرى عن حسن نية فإنه ليس له سوى طلب الفسخ والغرم تطبيقاً لقاعدة الفصل 273 م 1 ع² إذ لا يجوز الإضرار بالكاري الثاني وإخراجه منه عملاً بقاعدة الفصل 555 م 1 ع القاضي بأن التعدي على الشخص لا يكون وجهاً له في الإضرار بغيره³.

¹ يراجع القرار التعقيبي المدني عدد 9521 المؤرخ في 25 ديسمبر 1972 ن م ت 1972 ص 69. والقرار التعقيبي المدني عدد 10910 المؤرخ في 16 افريل 1974 ن م ت 1974 ج 2 رقم 81 ص 168 والقرار التعقيبي المدني عدد 1007 مؤرخ في 30 نوفمبر 1978 ن م ت 1978 ق م ج 2 ص 165.

² إذا استحال إرجاع الحالة إلى ما كانت عليه سواء بموجب حكم استثنائي أو اعتراض أو قرار تعقيبي نقض حكم الخروج من المكرى وذلك لان المكرى أضحي في تسوغ الغير جاز للمكتري الأول طلب التعويض عن الضرر الذي لحقه طالما أن حكم الخروج لم ينه العلاقة التسويغية وقد اعتبرت بعض الآراء أن أساس حق التعويض قد يكون الفصل 103 م 1 ع لان المالك تعسف في استعمال حقه في تنفيذ حكم الخروج إن لم يدفع قبل انتظار مال دعوى الفسخ الأصلية وهو ما يقوم دليلاً على سوء نيته يراجع صلاح الدين الملولي مرجع مذكور ص 19 وما بعدها.

³ وقد قدم الرئيس السابق لمحكمة الاستئناف بتونس السيد محمد صالح العياري رأياً في هذا الخصوص مؤداه انه لا يعاب على المالك إعادة تسويغ المحل دون انتظار مال دعوى الفسخ ولا يساند الرجوع الآلي للمتسوغ المطرد أي يرفض تطبيق الفصل 150 م م ت حرفياً ويقر بحق تنفيذ عقد الغير الذي تعلق حقه بالمكرى عن حسن نية ويجعل من إرجاع المتسوغ الأول للمكرى مشروطاً بقيمة الضرر الذي بقي يتحمله منذ إخراجه من المحل كعدم العثور على مكرى مماثل واعتبر هذا الرأي قائماً على الفصل 546 م 1 ع ولكن البغض تساءل هل يمكن الالتجاء لقواعد القانون العمومية المنصوص عليها بالمجلة المدنية سواء لتفضيل المتسوغ الأصلي على المتسوغ الثاني بعله أن ضرر الأول أكثر جساماً من ضرر الثاني عملاً بالفصلين 556 و 546 م 1 ع أو تفضيل الغير الذي تعلق حقوقه بالمكرى بحسن نية على المتسوغ العائد بمقولة أن الإضرار بالأخير لا يبرر الإضرار بالغير حسن النية وفق الفصل 555 م 1 ع؟ يبدو أن الجواب اقرب للنفي لأنه لا رجوع لتلك المبادئ إلا في غياب نص وفقاً لأحكام الفصل 535 م 1 ع في حين أن الفصلان 150 و 190 م م ت يؤكدان الإرجاع الذي يصطدم بحقوق الغير كعائق للرجوع. يراجع محمد نجيب الرقيق مرجع مذكور ص 123 والقرار التعقيبي المدني عدد 8551 المؤرخ في 27 جويلية 1972 ن م ت 1972 ص 47 وهو موقف تبنته بعض المحاكم الفرنسية التي أجازت حكم التعويض إذا ترتب على تنفيذ حكم محكمة الدرجة الأولى القاضي بأخلاء المكرى ضرر

52- ورغم وجاهة هذا الموقف فإن موقف محكمة التعقيب بدا مرشحا لمزيد التملل والتباين كما ظهرت نزعة الانحراف بدعوى الخروج إن لم يدفع عن طبيعتها كدعوى استعجالية لجعلها دعوى مؤثرة على العلاقة التسويغية التي لا تزال قائمة إذ ذهبت محكمة القانون لتبني موقف غريب مقتضاه أنه ولئن لم يصرح بحكم الخروج بفسخ العلاقة التسويغية إلا أنه يكرس عرض خيار على المتسوعة من المالك عن طريق القضاء لفسخ التسويغ في صورة الامتناع عن الدفع وإن إحجام المكثري عن الأداء بدون مبرر مع علمه مسبقا بالنتيجة التي سيؤول إليها يكون قد خير الخروج عن الخلاص "وقبل الفسخ رضائي الضمني" ولا يجديه عندئذ عرض وتأمين الكراء بعد تنفيذ الحكم¹!

فهل يشكل هذا الموقف تراجعا عن قرار الدوائر المجتمعة في 18 فيفري 1983² للقاضي بأن الفسخ لا يكون إلا بحكم ولا ينتج من قرار استعجالي قاض بالخروج؟ وهل ينشأ هذا الموقف مفهوما ماديا ومستحدثا للفسخ يكون وليد تصرفات ونوايا أطراف دعوى الخروج إن لم يدفع؟ وهل أضحي بالتالي من اليسير نقض العقود أحاديا وضمينيا من أحد المتعاقدين رغم أنها عقود أنشأتها إرادتان وفقا لأحكام الفصل 242 م 1 ع؟

بالمستأجر المستأنف انظر محكمة باريس 21 جانفي 1852 دالوز 1874 جزء 2 ص 166 وقرار محكمة التعقيب الفرنسية 24 جويلية 1884 دالوز 1885 ج 1 ص 371 في حين انتقدته آراء أخرى لمخالفة الحكم الصادر بالتعويض طبيعة الأحكام المستعجلة مهما كانت الهيئة التي أصدرته.

¹ قرار تعقيبي مدني عدد 6752 مؤرخ في 19 افريل 2006 غير منشور والقرار التعقيبي عدد 11723 المؤرخ في 24 أوت 2001 - غير منشور - وتمسك بان طلب إرجاع المتسوغ الذي بتأمين مبلغ الكراء بعد تنفيذ حكم الخروج ضده واثّر تعلق حقوق الغير بالمكرى طلب يفنّد لركن التأكد وهو قرار أعاد نفس المبدأ المضمن بالقرار التعقيبي عدد 8096 المؤرخ في 9 جويلية 1959 م ق ت 1960 عدد 9 و 10 نوفمبر ص 165 الذي اعتبر دعوى الرجوع للمكرى من الدعاوى الأصلية التي ينطبق عليها الفصل 739 م 1 ع.

² قرار تعقيبي مدني عدد 775 ن م ت 1985 ج 1 ص 268.

خاتمة

53- بعد مرور قرن تقريبا على ظهورها في التشريع التونسي ونصف قرن على إلغاء سندها التشريعي فإن دعوى الخروج إن لم يدفع بدت متصابية متجددة لا ينال الزمن منها رغم أنها لا تستمد دوامها سوى من إستمرار الأخذ بها في جريان العمل القضائي... وأمكن لها اليوم أن تبسط هيمنتها لتشمل إضافة لمال الكراء مصاريف الحراسة الليلية والمعاليم البلدية ونفقات استهلاك الماء ومعاليم الأداء على القيمة المضافة والإيجار المالي... واكتسبت شيئا فشيئا طبيعة "الدعوى الرادعة" ووسيلة الضغط على المكثري حتى يؤدي مال الكراء المتأخر رغم غياب النص الذي يجعل منها استثناء لمبدأي التنفيذ الاختياري والقوة الملزمة للعقد...

54- وقد تكون نتائج تطور دعوى الخروج إن لم يدفع أخطر من ذلك إذا تأكد انحراف واقع التطبيق القضائي بها عن مسارها الصحيح وانفلات زمام أمورها حتى أضحت تزامم دعوى الفسخ الأصلية لتنشأ منطق الواقع المفروض وتقرر مصير العلاقة التسويغية وهو ما ينبأ بتقويض أسس التوازن الذي طالما سعى المشرع لتحقيقه في المادة السكنية بين مصالح وحقوق طرفي عقد التسويغ.

55- وربما حان الوقت اليوم لوضع ضوابط لهذه الدعوى وفقا لمنطق وجودها وهو كونها وسيلة مؤقتة الهدف منها درأ ضرر المؤجر الذي يخشى تفاقمه بتراكم الأجرة المتأخرة مع عدم وجود أي ضمان للوفاء بها مما يبيح تدخل قاضي العجلة والحال أنّ هذه الضمانات القانونية قد تكون متوفرة بما يكفل الوفاء بالأجرة المتأخرة ويزيل صبغة الاستعجال عن دعوى الإخلاء فلا يلجأ إليها آليا دون قيود أو محاذير... خاصة وأن تنفيذ وسيلة الإخلاء كثيرا ما تؤدي إلى نتائج وخيمة يستحيل تداركها كتلاشي عناصر الأصول التجارية وفقدان موارد الرزق بمجرد

تنفيذ حكم الخروج وبالتالي حرمان المتسوغ من الحماية القانونية المقررة في قوانين الأكرية التجارية وإسقاط إحدى الضمانات التي يقوم عليها نظام الائتمان إضافة إلى تيسير سبل تحلل المالكين من رباط عقود تسويق لا تزال نافذة طالما لم يقع إنهاؤها لا رضائيا ولا قضائيا... وما ينشأ عن كل ذلك من مد وجزر بين المحاكم وطول الإجراءات وإهدار الوقت والمجهود. ويعيق بالضرورة نجاعة تدخل القاضي الاستعجالي وفاعليته.

56- وهي نتائج يتضاعف طابعها المأسوي بحكم تداعي المقدرة الشرائية وتنامي طلب الكراء وارتفاع مقادير الكراء السكني والتجاري إلى درجة لا مناص معها من إعادة النظر في جريان العمل القضائي بدعوى الخروج إن لم يدفع حتى تضبط شروط وآثار هذه الدعوى وربما ساغ مجازاة ما نادى به بعض الآراء¹ من ضرورة تدخل تشريعي قصد إدراج فقرة ثانية جديدة للفصل 209 م م م ت² تتضمن أنه "وبصفة استثنائية يمكن للقاضي الاستعجالي أن يأذن بإيقاف تنفيذ قراره المطعون فيه بالاستئناف إذا رأى أن التنفيذ قد يستحيل معه الرجوع بالحالة إلى ما كانت عليه قبل إجراءاته" ويكون المكمل الضروري لهذا الحل هو الحط من آجال استئناف الحكم المطعون فيه وإلزام محكمة الاستئناف بأن تثبت في الدعوى في أجل قصير يحدده القانون لا يفوق شهرا أو شهران وتعتبر هذه الحلول الإجرائية إذا ما صاحبها توسيع في الآجال الممنوحة للمكتري على وجه الفضل قادرة على إسبعاد التعقيدات القانونية وطول إجراءات التقاضي التي قد يولدها تنفيذ حكم الإخلاء.

¹ يراجع محمد نجيب الرقيق مرجع مذكور ص 124.

² لأن الفصل 209 م م م ت على وضعه الحالي يستحيل معه تلافي تنفيذ حكم الخروج خاصة إذا تقرر التنفيذ طبقا لمسودة الحكم فلا بد من إيجاد حل في مستوى القاضي مصدر القرار الاستعجالي القاضي بالإخلاء لعدم أداء الكراء انظر محمد نجيب الرقيق نفس المرجع ص 124.

57- وقد يكون من الوجيه إضافة فصل جديد "الفصل 201 مكرر من م م م ت" يتضمن ما يلي "يمكن القيام استعجاليا بدعوى الخروج إن لم يدفع كلما لم يدفع المكتري معين كرائين حاليين على الأقل في الأمد المتفق عليها.

وفي غير صورة وجود الشرط الفسخي الصريح فإن دعوى الخروج إن لم يدفع تكون وسيلة للغصب على الأداء لا تأثير لها على العلاقة التسويغية. وإستئناف حكم الخروج إن لم يدفع يعطل تنفيذه كلما رأى القاضي الاستعجالي أن التنفيذ قد يستحيل معه الرجوع بالحالة إلى ما كانت عليه قبل إجراءاته.

ويرفع الاستئناف في أجل ثمانية أيام من تاريخ صدور حكم الإخلاء وتثبت المحكمة في أجل أقصاه خمسة وأربعون يوما من تاريخ تقديم مطلب الاستئناف". وربما كان ضروريا اليوم تفعيل قانون تجميد معينات الكراء بالنسبة للاكرية التجارية والمعدة للسكنى وفق معايير ترتبط بقيمة البناءات ومرافقها ومساحتها والمناطق التي يتكاثف فيها الطلب وتراعى فيها الطاقة الشرائية للفرد بوصفه صاحب حق في السكن يعارض به الكافة.

الاختصاص الإستعجالي في مادة التنفيذ

مراد إسكندر
عميد العدول المنفذين

✓ قد تنشأ بمناسبة أعمال التنفيذ بعض المنازعات يثيرها أحد الأطراف أو الغير حول الشروط الواجب توافرها أو حول أحد الإجراءات المتبّعة فتنشأ عنها خصومة يطلب فيها الحكم بإيقاف التنفيذ إلى حين الفصل في الأصل. ويطلق على هذه المنازعات مصطلح "إشكالات التنفيذ" أو "صعوبات التنفيذ"¹ وقد تمّ تنظيمها في باب القضاء المستعجل² حيث توزّع الاختصاص فيها بين رئيس المحكمة الابتدائية وقاضي الناحية ورئيس دائرة الشغل. وهي مؤسسة قانونية متكاملة تعكس حرص المشرّع على التوفيق بين مصلحتين متضاربتين، مصلحة الدائن في تنفيذ ناجز وفعال ومصلحة المدين في تنفيذ متبصر بعيد عن أيّ وجه من أوجه الظلم أو التعسف، وكذلك حفظا لمصالح الغير. كما يبرز من خلالها الدور الهام الذي يلعبه القاضي الاستعجالي في مادة التنفيذ الجبري³.

¹ - المشرع التونسي يعتمد مصطلح "الصعوبة التنفيذية" (الفصلين 210 و 211 من م م م ت) "Difficulté d'exécution" إلا أنّ الفقه وفقه القضاء درجا على استعمال مصطلح "الإشكال التنفيذي".

² - الفصول 201 إلى 212 من م م م ت.

³ - تجدر الإشارة إلى أن الاختصاص الإستعجالي في مادة التنفيذ الجبري ينعقد كذلك في حالات طلب الحكم بالتنشيط على الاعتراض التحفظي طبق الفصل 329 من م م م ت أو حالات رفع يد المدين عن العقارات المعقولة تنفيذا طبق الفصل 414 من م م م ت. وكذلك لإنهاء مفعول العقلة التوقيفية على معنى أحكام الفصل 344 من م م م ت.

ولئن كان الإطار العام لهذه المؤسسة هو القضاء المستعجل¹ إلا أنها تتميز في حقيقة الأمر بمجموعة من الخصوصيات سواء من حيث شروط انعقاد الاختصاص أين يتجه تحديد مفهوم ركني التأكد وعدم المساس بالأصل (المبحث الأول) أو من حيث الإجراءات المعتمدة والتي يبرز من خلالها دور عدل التنفيذ بشكل خاص (المبحث الثاني) الأمر الذي يصحّ معه القول بوجود قواعد خاصة تحكم الاختصاص الاستعجالي في مادة التنفيذ.

المبحث الأول: الخصوصيات من حيث شروط انعقاد الاختصاص

يشترط لانعقاد القضاء الاستعجالي توفر شرطين أساسيين : الأول التأكد والثاني عدم المساس بالأصل. وقد درج الفقه وفقه القضاء على اعتبار هذين الشرطين متلازمين فإذا ما فقد أحدهما خرج النزاع عن نطاق القضاء المستعجل، واعتبر الأمر من هذه الناحية متعلقا باختصاص نوعي وهو اختصاص يهّم النظام العام يثيره القاضي من تلقاء نفسه².

وصعوبات التنفيذ لا تخرج عن هذا النطاق غير أنّ طبيعتها تضيف على هذين الشرطين بعضا من الخصوصيات حيث أنّ القانون افترض توفر ركن التأكد (الفقرة الأولى) وأنّ البحث في جدية الصعوبة من شأنه أن يؤدي إلى التضييق في مجال تطبيق شرط عدم المساس بالأصل (الفقرة الثانية).

¹ - يعرف الشراح القضاء الإستعجالي بأنه "إجراء ادعائي استثنائي ومختصر يهدف إلى البت بأقصى ما يمكن من السرعة في النزاعات المتأكدة وفي الصعوبات التي يثيرها تنفيذ الأحكام القضائية والسندات التنفيذية وذلك بصفة مؤقتة ودون المساس بأصل الحق".

محمد اللجمي، "اختصاص القضاء الإستعجالي"، القضاء والتشريع، 1991، عدد 2 ص 39.

² - محمد الصالح بن حسين، "القضاء الاستعجالي"، تقرير تمهيدي بمناسبة الدورة الدراسية بالمعهد الأعلى للقضاء حول القضاء الاستعجالي بين سرعة الفصل وتوفير الضمانات، تونس، 8 جانفي 2004.

الفقرة الأولى : افتراض ركن التأكد

لا يعتبر التأكد شرطا لانعقاد اختصاص القاضي الاستعجالي فقط وإنما هو أيضا أحد عناصر التقدير المعتمدة للبت في الدعوى الاستعجالية بحيث أن القاضي يتحقق في مرحلة أولى من توافر عنصر التأكد لينعقد به اختصاصه ثم يعمل في مرحلة ثانية على تقدير ذلك للنطق بالحكم.

والتأكد يعني وجود خطر حقيقي يهدّد الحقّ ويترتب على التباطؤ في حمايته حصول ضرر من المرجح ألاّ يمكن تداركه وهولا يخضع إلى معايير مضبوطة وإنما تتحدّد ماهيته بالرجوع إلى طبيعة الحق المطلوب حمايته، فهو مسألة موضوعية يحمل على المدعي إثباتها وهي خاضعة لاجتهاد القاضي الاستعجالي الذي يجب عليه أن يوضّح في أسباب القرار الصادر عنه مدى تحقّق هذا الشرط من زاوية فهمه للوقائع وتقديره للظروف والملابسات حسب المؤيدات المقدّمة له.

وبالنسبة لصعوبات التنفيذ فإنّ القانون قد افترض توافر هذا العنصر فأعفى القائم بالدعوى من عبء الإثبات ووفّر على القاضي عناء التحقق من ذلك، كما استقرّ فقه القضاء على عدم التقيد به¹. إذ أنّ سوء استعمال إجراءات التنفيذ - نظرا لصيغتها الجبرية - يشكّل خطرا حقيقيا على المنفّذ ضده خاصة إذا كان غيرا، ويكون حينئذ الضرر محقّق الوقوع ويعسر في الغالب تداركه لاحقا. فالهدف إذن من رفع الصعوبة هو دفع الخطر المحدق بالقائم بها والمتمثل في استمرار التنفيذ ضده دون وجه حقّ الأمر الذي يجعل مصالحه معرضة لضرر محقّق. فالعقلة التنفيذية المضروبة على المنقول مثلا تلحق بالمعقول عنه ضررا ثابتا يتملّ في تقييد سلطته في التصرف في ممتلكاته بل وحتى في مجرد استعمالها أمّا إذا ما

¹ - عبد الله هلال، موجز طرق التقاضي والاستخلاص الجبري في أدايات الدولة بتونس، صفاقس، التعاضدية العمالية للطباعة والنشر، 1982، ص 299.

استمر التنفيذ ليصل إلى مرحلة البيع فإن الشيء المعقول سيخرج من ذمته بصفة نهائية ولم يعد في إمكانه استرجاعه ولو حكم له لاحقا ببطلان العقلة.

ولكن افتراض تحقق هذا الشرط هو في الحقيقة مرتبط بوقوع التنفيذ من عدمه ذلك أن وقوع التنفيذ يجعل التأكد من عدم الأمر الذي تتعدى معه المصلحة في القيام، ولذلك يشترط أن يقع رفع الصعوبة قبل أن يتم التنفيذ.

ويثير هذا التحديد الزمني التساؤل حول طبيعة إجراءات التنفيذ الجبري، هل أنها تشكل مجموعا غير قابل للتجزئة أم أنها تحتل ذلك؟

الحقيقة أن التنفيذ الجبري هو مجموعة من الإجراءات ينتج كل منها الآخر دون أن يتداخل فيه، أي أن كل إجراء وإن كان مرتبطا بالإجراء السابق له إلا أنه مستقل بذاته¹. وعلى هذا الأساس فإن تحقيق إجراء معين يجعل القيام في طلب إيقافه عرضة لعدم القبول أما طلب إيقاف الإجراءات الناتج عنه فهو من صميم صعوبات التنفيذ. كالصورة التي يتم فيها إجراء عقلة تنفيذية، ففي هذه الحالة لا يمكن تصور قبول طلب إيقاف إجراء العقلة وقد تمت وإنما طلب إيقاف أعمال البيع هو الذي يكون حريا بالقبول إذ الخطر الذي يرمي مثير الصعوبة إلى دفعه هو بيع مكاسبه أما الطعن الموجه ضد محضر العقلة بناء على خلل ما فهو طعن موضوعي يدخل في مجال نظر قضاة الأصل.

الفقرة الثانية : جدية المنازعة والتضييق في مجال تطبيق شرط عدم المساس بالأصل

تعتبر جدية المنازعة شرطا أساسيا لقبول الصعوبة التنفيذية والحكم بإيقاف التنفيذ¹.

ولم يعرف القانون المقصود بالجدية واعتبر الفقه وفقه القضاء أنها تقوم على فكرة حماية الحقوق المشروعة كما هو الحال في صورة تعارض منطوق السند التنفيذي مع حق الغير أو في صورة خرق القواعد المنظمة لإجراءات التنفيذ أو بروز نية الإضرار من طرف مثير الصعوبة².

ويخضع تقدير هذا الشرط للسلطة المطلقة للقاضي من خلال تمحيص السبب الذي يركز عليه القائم بدعوى صعوبة التنفيذ وبناء على ما تجمع لديه من القرائن وعناصر التقدير. وإن إهمال البحث في جدية المنازعة يجعل القرار الاستعجالي الصادر فيها عرضة للنقض³. وقد ذهبت محكمة التعقيب في هذا الاتجاه حيث ورد في أحد قراراتها ما يلي: "إن المطلوب من محكمة الموضوع المنتسبة للنظر استعجالا في مادة إشكالات التنفيذ أن تقيم في مثل قضية الحال مدى جدية الإشكال المعروض عليها وأن تبت في المطالب على ضوء ذلك وأن إهمال جدية الإشكال يعرض حكم محكمة الموضوع للنقض وعنصر الجدية مسألة معنوية تخضع للسلطة التقديرية المطلقة للقاضي حسبما يمليه عليه وجدانه وما تجمع لديه من القرائن وعناصر التقدير"³.

¹ - الفصل 403 من م م م ت.

² - رضا الوسلاتي، الإشكال التنفيذي، رسالة لنيل شهادة الدراسات المعمقة في القانون الخاص، كلية الحقوق والعلوم السياسية بتونس، السنة الجامعية 1994/1995.

³ - تعقيب مدني عدد 16329 تاريخ 1986/09/10، نشرية محكمة التعقيب، القسم المدني، الجزء 2 ص 163، سنة 1986.

¹ - أحمد أبو الوفاء، إجراءات التنفيذ في المواد المدنية والتجارية، الدار الجامعية 1986، ص

ويقتضي البحث في جدية المنازعة أن يتولى قاضي الصعوبات التنفيذية تفحص المسائل ذات الصلة بالأصل ذلك أنه لا يمكن له الوقوف على مدى جدية المطلب دون ملامسة الأصل.

وتبرز في هذا الإطار خصوصية هذه المادة حيث أن قاضي الصعوبة غير مقيد مبدئياً بشرط عدم المساس بالأصل على النحو الوارد في مادة القضاء الاستعجالي العام ويعود ذلك إلى طبيعة دعاوى الصعوبات الناشئة عن تنفيذ الأحكام حيث يطلب فيها من القاضي إصدار قرار ذي صبغة وقتية والحال أن له مفعول حاسم تجاه القوة التنفيذية التي حازها السند المطلوب تنفيذه. كما هو الشأن مثلاً بالنسبة لحكم استحقاق صادر في خصوص محل معين يتبين عند الشروع في أعمال تنفيذه تعلق النزاع الحقيقي بمحل ثان مغاير تماماً أو كصورة الحكم الذي يصدر ضد شخص معين يتبين عند الشروع في التنفيذ عليه وأنه غير الأول من حيث هويته وما إلى ذلك فيكون التنفيذ مستحيلاً ومتعذراً ...¹ فالقرار الصادر في صعوبة تنفيذية ليس مجرد قرار استعجالي وإنما هو في غالب الأحيان قرار حاسم يتسلط على القوة التنفيذية للسند فمن الطبيعي والحالة ما ذكر أن يتفحص القاضي المسائل المتصلة بالأصل حتى يتمكن من ترجيح أحقية رافع الصعوبة بالحماية المطلوبة من عدمها.

ويمكن القول في هذا الإطار إن شرط عدم المساس بالأصل لا ينظر له بنفس المنظار في القضاء الاستعجالي العام وفي قضاء صعوبات التنفيذ أو بعبارة أخرى إن مفهومه يتغير بحسب طبيعة الدعوى إن كانت من دعاوى الاستعجال العام أم أنها تنتمي إلى ميدان صعوبات التنفيذ.

¹ - قرار استئنافي استعجالي صادر عن محكمة الاستئناف ببزرت برئاسة السيد أحمد عظم في القضية عدد 3014 بتاريخ 20 جانفي 2003.

لكن يجدر التأكيد في ذات الوقت على أن قاضي الصعوبات التنفيذية وإن تفحص المسائل ذات المساس بالأصل إلا أنه لا يجوز له أن يبت فيها وإنما يقف عند حد « الترجيح » بشأنها وهو ترجيح يعتمد على مجرد الظاهر دون التعمق في البحث¹. فالنظر في إجراءات العقلة التنفيذية هو مسألة أولية لا يجوز للقاضي التغافل عنها حتى يتمكن من الوقوف على مدى جدية المطلب لكن يحجر عليه أن يصدر أحكاماً تقريرية تهم أصل النزاع كالحكم ببطالان إجراءات العقلة أو رفعها أو غير ذلك²، إذ الغاية من ملامسة الأصل هي معرفة ما إذا كان رافع الصعوبة جديراً بالحماية الوقتية أم لا وبالتالي هل يقضى بالتماضي في التنفيذ أم بإيقافه.

ويخلص مما سبق أن صعوبات التنفيذ ولئن كانت تدخل في مجال القضاء الاستعجالي إلا أن الخصوصيات المميزة لها تؤكد أنها مؤسسة قانونية مستقلة بذاتها. ولا تقتصر هذه الخصوصيات على شروط انعقاد الاختصاص فقط وإنما تشمل كذلك إجراءات القيام.

المبحث الثاني: الخصوصيات من حيث إجراءات الدعوى

اقتضى الفصل 211 من م م م ت أنه « يجب على كل من يثير صعوبة عند التنفيذ أن يقدم للعدل المنفذ مشافهة أو كتابة ما له من قول في شأنها فيحرر العدل المنفذ محضراً في ذلك ويستمر في التنفيذ إلا إذا استشكل الأمر فإنه يوقف أعمال التنفيذ ويحرر محضراً يبين فيه وجه الصعوبة ويتضمن دعوة من يهمهم

¹ - أحمد خليل، طلبات وقف التنفيذ أمام محكمة التنفيذ ومحاكم الطعن في المواد المدنية والتجارية، الإسكندرية، دار الجامعة الجديدة للنشر الإسكندرية، 1996، ص 158.

² - وهو ما ذهب إليه حاكم ناحية أريانة بمناسبة النظر في صعوبة تنفيذية عدد 246 بتاريخ 2004/11/22 الذي قضى " ابتدائياً استعجالياً ببطالان إجراءات العقلة التنفيذية المجرة بموجب المحضر عدد 5161 بتاريخ 2004/11/02 بواسطة عدل التنفيذ محمود الزروقي والإذن برفعها عن السيارة المحجوزة بالمستودع البلدي مع الإذن بالتنفيذ على المسودة " .

الأمر للحضور في أقرب جلسة لدى القضاء المختص ويسلم إلى كل واحد منهم نسخة من ذلك المحضر.

ولا يمكن توقيف أعمال التنفيذ إلا إذا سبق مثير الصعوبة لعدل التنفيذ مصاريف نشر القضية. ويتولى هذا الأخير عندئذ عرض الأمر على القاضي المذكور بتقديم نسخة من ذلك المحضر إليه.

وإذا رفض عدل التنفيذ عرض الصعوبة على القضاء فلمثيرها أن يرفع الأمر إلى القاضي المختص بعد تأمين مبلغ خمسين دينارا بقباضة المالية بعنوان معين خطية تسلط عليه في صورة رفض مطلبه. وعليه استدعاء عدل التنفيذ وكل من يهتمهم الأمر للحضر في أقرب جلسة لدى القاضي المختص وفي هذه الحالة يجب على عدل التنفيذ تقديم ملحوظات في شأن الصعوبة المثارة. وينظر القاضي في الصعوبة بعد سماع العدل المنفذ والطرفين أو من ينوبهما قانونا.

وإذا لم يحضر مثير الصعوبة فانه يقضى في المشكل كما لو كان حاضرا. ويكون القرار الذي يصدره القاضي في كل الحالات قابلا للتنفيذ حالا على المسودة بقطع النظر عن الاستئناف ودون لزوم للإعلام به، ويجب على كاتب المحكمة أن يسلم لمن شاء من الطرفين نسخة من نص ذلك القرار دون مصاريف خلال أربع وعشرين ساعة من تاريخ التصريح به.»

يتضح من خلال أحكام هذا الفصل أن إجراءات إثارة الصعوبة التنفيذية تتميز بعدد الخصوصيات سواء من حيث رفع الدعوى (الفقرة الأولى) أو من حيث سيرها (الفقرة الثانية).

ولعلّه من المفيد قبل بيان هذه الخصوصيات أن نبدي بعض الملاحظات التي تتعلق بالاختصاص: فعلى خلاف بعض القوانين المقارنة التي أقرت مؤسسة

قاضي التنفيذ فإن المشرّع التونسي خيّر - على صواب -¹ أن يبقى هذا الاختصاص موزعا بين مجموعة من القضاة امتدادا لاختصاصهم العادي عملا بالقاعدة القائلة بأن قاضي الأصل هو قاضي الصعوبة فأُسند - كما سبقت الإشارة إليه - لرئيس المحكمة الابتدائية النظر في الصعوبات المتعلقة بتنفيذ الأحكام الصادرة عن المحكمة الابتدائية ومحكمة الاستئناف، وخصّ حاكم الناحية بالنظر في الصعوبات المتعلقة بتنفيذ أحكامه ولو وقع نقضها إستئنافيا وكذلك الصعوبات الناشئة عن تنفيذ قرارات دوائر الشغل في صورة عدم وجود هذه الدوائر بمكان التنفيذ، أمّا في صورة وجودها فإن رئيسها هو الذي يتولى ذلك.

ولئن غفل المشرع عن التنصيص على الجهة المختصة بالنظر في الصعوبات الناشئة عن تنفيذ القرارات الإستئنافية الصادرة في المادة الشغلية وكذا الشأن بالنسبة للقرارات التحكيمية وبطاقات الجبر والإلزام والأحكام الأجنبية التي قضت المحاكم التونسية بإكسائها الصيغة التنفيذية فإنّ النظر فيها يكون من اختصاص رئيس المحكمة الابتدائية أو الحاكم المعين من طرفه تطبيقا لأحكام الفصل 202 من م م ت باعتبارها من الأمور المستعجلة.

الفقرة الأولى: الخصوصية من حيث رفع الدعوى

ترتبط الخصوصية من حيث رفع دعوى الصعوبة التنفيذية بالدور الرئيسي الذي يلعبه عدل التنفيذ في هذا المجال إذ اعتبر القانون أن العدل المنفذ هو الجهة الأصلية (الوحيدة مبدئيا) في تلقي صعوبات التنفيذ وتقدير جدوى عرضها على القاضي.

¹ - أثبت التطبيق في مصر أن مؤسسة قاضي التنفيذ صارت تمثل عبئا ثقيلا على النظام العدلي بل وأصبحت سببا رئيسيا في تأخير إيصال الحقوق إلى أربابها. كما أنّ التجربة في فرنسا لم تحقق النتائج المرجوة منها.

وغني عن البيان ما لهذا التوجه من فوائد عملية كبيرة باعتبار أن طبيعة عمل عدل التنفيذ يفترض فيه أن يكون على اتصال مباشر بالأطراف وأن يعاين ميدانيا الأوضاع الحوزية للأموال الأمر الذي يؤهله أن يقدّر عنصر الجدّة تقديرا أوليا ويعالج المسائل المطروحة في حدود اختصاصه (تحقيق الشرعية) ودون حاجة مبدئيا إلى تعطيل التنفيذ والرجوع إلى القضاء فيخفف بذلك العبء على القاضي والمتقاضى¹.

ويتأكد دور عدل التنفيذ في هذا المجال من خلال ما ورد بالفقرة الأولى من الفصل 211 من م م م ت حيث أن المشرع، ومن جهة أولى، ترك للأطراف حرية كبيرة في اختيار الشكل المناسب لإثارة الصعوبة أمامه (مشافهة أو كتابة) مكلفا إياه بتحرير محضر فيما تمت إثارته (وهو ما يترجم الثقة الكبيرة التي منحها إياه مكرّسا بذلك صفته كمأمور عمومي مساعد للقضاء مستقل تمام الاستقلال عن الأطراف حريص كل الحرص على تحقيق شرعية أعمال التنفيذ). ومن جهة ثانية، فقد أكد على الاستمرار في أعمال التنفيذ إلا في حالة استشكل الأمر "ويستمر في التنفيذ إلا إذا استشكل الأمر"، وتعني العبارة الأخيرة أن العدل المنفذ يواصل أعماله إلا في الحالة التي يقف فيها على جدية الصعوبة (كأن لا يجد في القانون جوابا لها) فإنه يوقف أعمال التنفيذ ويرفع الأمر إلى القاضي. المبدأ إذن هو استمرار التنفيذ أما إيقافه فهو استثناء لا يجوز اعتماده إلا في حالة الوقوف على جدية الصعوبة.

وقد ذهب البعض إلى اعتبار "أن عدل التنفيذ لا يقدّر جدية الإشكال، وإنما يقدّر فقط تعذر مواصلة أعمال التنفيذ من عدمها"².

¹ - يفترض أن يكون الالتجاء إلى القضاء أمرا استثنائيا في ظل نظام القانون المدون كتابة.
² - رضا الوسلاتي، مرجع سابق، ص 97.

ونعتقد أن هذا الرأي ليس له ما يسنده في القانون ذلك أن عبارة النصّ الموجهة مباشرة إلى عدل التنفيذ " إلا إذا استشكل الأمر " تتضمن دعوة / التزما بالبحث المبدئي والوقوف على عنصر الجدية في الطلب المثار أمامه والذي بدوره لا يمكن تقدير التماذي في التنفيذ أو إيقافه. وهو المعنى الذي قصده المشرع من خلال وضع العبارات المذكورة، ويتأكد ذلك من خلال ما ورد صلب تقديم مجلة المرافعات المدنية والتجارية: "أما العدل المنفذ المساعد الثاني للقضاء فقد تضاعف دوره فلم يبق مجبورا على توقيف التنفيذ لمجرد مشكلة بسيطة تثار أمامه ولو كانت وهمية بل يلزمه أن يستمر على التنفيذ تحت مسؤوليته الخاصة إلا إذا ظهر له أن المشكل جدّي"¹.

ويدخل هذا في إطار منظومة تشريعية متكاملة سعى من خلالها المشرع بعد الاستقلال إلى إصلاح أوضاع القضاء وتكريس تصور جديد لوظيفة القاضي يخلصه من الأعباء الخارجة عن وظيفته الحقيقية المتمثلة في تطبيق القانون وحمل هذه الأعباء على عاتق مساعدي القضاء من محامين وعدول منفذين².

ويتّضح ممّا سبق أن تقدير جدية الصعوبة من قبل عدل التنفيذ يرتّب أثرين إجرائيين هامين يتمثل أولهما في إيقاف أعمال التنفيذ بينما يتعلّق الثاني بدعوة الأطراف للحضور في أقرب جلسة أمام القاضي المختصّ ويتمّ ذلك بواسطة محضر قانوني تراعى فيه أحكام الفصل 203 من م م م ت ويبيّن فيه وجه الصعوبة على وجه التحديد. علما أن كلّ ذلك يتوقّف على قيام مثير الصعوبة بتسبقة مصاريف نشر القضية بما في ذلك أتعاب عدل التنفيذ.

كما تجدر الإشارة إلى أن المشرع تجاوز بمناسبة تنقيح 03 أوت 2002³ الجدل الذي كان قائما بين من يرى أن رفع صعوبة التنفيذ إلى القاضي المختصّ

¹ - تقديم مجلة المرافعات المدنية والتجارية. كتاب صادر عن وزارة العدل 1966.

² - المرجع السابق.

³ - القانون عدد 82 لسنة 2002 المؤرخ في 03 أوت 2002.

هو اختصاص إقصائي للعدل المنفذ وبين من اعتبر أنه لا يجوز وضع الحواجز بين القاضي والمتقاضي، وأقر صراحة إمكانية رفع الصعوبة مباشرة إلى القضاء لكنه ربط ذلك بوجوب عرضها أولاً على العدل المنفذ ورفض هذا الأخير رفعها إلى القضاء وبعد تأمين مبلغ خمسين ديناراً بعنوان معين خطية تسلط على مثيرها في صورة رفض مطلبه.

وتطرح هذه الإمكانية مشكلين اثنين يتعلق أولهما بمدى تقيد القضاء الاستعجالي بشرط عرض الصعوبة على العدل المنفذ في حين يهتم ثانيهما مسألة مواصلة أعمال التنفيذ أو إيقافها.

- مدى تقيد القضاء بشرط عرض الصعوبة على العدل المنفذ :

يلاحظ في التطبيق أنّ عمل المحاكم يتجه إلى عدم احترام هذا الشرط حيث يقع الاكتفاء بتصريح مجرد لمثير الصعوبة أو وكيله بأنه تمّ عرض المسألة على العدل المنفذ وأن هذا الأخير قد رفض قبولها.

وإذا كان هذا التوجه مخالفاً لروح وعبارات النصّ فإنه يفتح الباب على مصراعيه للتحايل على القانون وتعطيل التنفيذ واستخلاص الديون والحال أنّ الهدف من تقنين مؤسسة صعوبات التنفيذ هو أساساً تدليل الصعوبات القانونية التي تكون حائلاً دون تحقيق تنفيذ ناجز وفعال.

- مسألة مواصلة أعمال التنفيذ أو إيقافها :

يلاحظ أنّ الفصل 211 من م م ت لم يتعرّض إلى وجوب إيقاف أعمال التنفيذ في صورة عدم قبول العدل المنفذ عرض الصعوبة على القضاء (أي في صورة عدم استكمال الأمر بالنسبة إليه) وقيام مثيرها بذلك. وهو أمر منطقي يعكس تناغم التشريع ويؤكد الدور الهام الذي يلعبه عدل التنفيذ في هذا المجال والطبيعة الجد استثنائية لإيقاف التنفيذ.

الفقرة الثانية : الخصوصية من حيث سير الدعوى

تبرز هذه الخصوصية على مستويين اثنين يتعلق أولهما بعدم وجوب حضور المدعي بالجلسة وثانيهما في وجوب استدعاء العدل المنفذ.

- في عدم وجوب حضور المدعي :

تقتضي إجراءات الدعاي الاستعجالي العادي وجوب حضور المدعي أو نائبه الرسمي وإلا فإنه يقع طرح القضية¹ في حين أن القضاء في دعوى الصعوبة التنفيذية يتمّ ولو لم يحضر مثيرها². والهدف من وضع مثل هذه القاعدة هو قطع الطريق أمام المماطلين والمتحايين على القانون الذين ليس لهم من هدف سوى المماطلة وتعطيل التنفيذ.

وإذا تبرز هذه الخصوصية حرص المشرع على التوفيق بين مصلحة طالب التنفيذ ومصلحة مثير الصعوبة التنفيذية فإنّها تعكس كذلك الحرص على تحقيق السرعة القصوى في هذا المجال³.

- في وجوب استدعاء العدل المنفذ :

أوجبت الفقرة 3 من الفصل 211 من م م ت على مثير الصعوبة استدعاء عدل التنفيذ وكل من يهّم الأمر للحضور لدى القاضي المختص. وتثير هذه المسألة التساؤل حول المركز القانوني للعدل المنفذ في دعوى الصعوبة التنفيذية أي هل يمكن اعتباره طرفاً في الدعوى أم لا ؟

¹ - الفصل 205 من م م ت .

² - الفصل 211 فقرة 5 من م م ت.

³ - « Cette procédure a pour trait caractéristique d'être une procédure extrêmement rapide (comparable - en cela au référé) » - Roger Perrot et Philippe Théry, « Procédures civiles d'exécution » Editions Dalloz - 2000 n° 270 p 284.

ذهب بعض الفقهاء إلى عدم جواز اعتبار عدل التنفيذ طرفاً في الدعوى ولا ممثلاً للمحكوم لفائدته و أضفوا عليه صفة الشاهد الذي يقدم للقاضي — بشكل موضوعي — الإطار الذي برزت فيه الصعوبة وينتظر التعليمات الصادرة عنه¹. وإذ نوافق هذا الرأي من جهة كون عدل التنفيذ ليس طرفاً في الدعوى (بمعنى خصماً) وليس ممثلاً لأحد الأطراف فإننا نختلف معه تماماً في اعتبار عدل التنفيذ شاهداً ينتظر التعليمات ذلك أن هذا الأخير (سواء في القانون التونسي أو القانون الفرنسي) هو مأمور عمومي مساعد قضاء² (بالمفهوم الوظيفي للعبارة: يساعد القاضي على قول الحق وإنجازه) وبهذه الصفة — وبها فقط — يكون حضوره في دعاوى صعوبات التنفيذ مستوجبا.

والملاحظ أن المشرع قد ميّز من خلال سياق الفقرة الرابعة من الفصل 211 من م م م ت العدل المنفذ عن الأطراف ممّا يؤكد أنه لا يعتبره طرفاً في الدعوى وإلاّ لكان استعمل عبارة الأطراف فقط أو عبارة جميع الأطراف أو غيرها ممّا يوحي بوضعه في نفس المركز القانوني للخصوم. كما يتأكد ذلك من ورود سماع العدل المنفذ قبل سماع الأطراف حتى يتمكن القاضي من أخذ فكرة أولية وصورة واقعية عن المنازعة ضرورة أن عدل التنفيذ هو الممارس للميدان والمباشر لجميع الأطراف.

ولا تقتصر خصوصيات القضاء الاستعجالي في هذه المادة على هذا المجال وإنما تشمل كذلك تنفيذ القرارات الصادرة فيها حيث أنها تكون في كل

¹ - Roger Perrot et Philippe Théry, « Procédures civiles d'exécution », Editions Dalloz 2000, n° 270 p. 288.

² - الفصل 1 من القانون عدد 29 لسنة 1995 المؤرخ في 13 مارس 1995 (القانون التونسي) والفصل 1 كذلك من المرسوم عدد 2592/45 المؤرخ في 2 نوفمبر 1945 (القانون الفرنسي).

الحالات قابلة للتنفيذ حالاً على المسودة بقطع النظر عن الاستئناف ودون لزوم للإعلام بها¹ وهو لعمري أقصى درجات الحماية القانونية للحقوق.

¹ - الفقرة الأخيرة من الفصل 211 من م م م ت.

الاختصاص الاستعجالي

في المادة الجبائية

الصغير الزكراوي

أستاذ مساعد بكلية الحقوق والعلوم السياسية بتونس

يتّضح بتفحص التشريع الجبائي أنّ قرار التوظيف الإجباري ينفذ بصرف النظر عن إجراءات الطعن المتبعة بشأنه. فقرار التوظيف ينفذ مباشرة وبصفة آلية تماماً مثله مثل القرار الإداري، والطعن فيه لا يعطل تنفيذه. ويتوقف تنفيذ القرار بدفع 20 % من أصل الأداء المستوجب أو تقديم ضمان بنكي بنفس المبلغ قابل للإستخلاص بمضيّ سنة من تاريخ تبليغ قرار التوظيف⁽¹⁾. وبذلك يكون المشرع

⁽¹⁾ راجع بهذا الشأن الفصل 52 من مجلة الحقوق والإجراءات الجبائية الذي ينصّ : "ينفذ قرار التوظيف الإجباري للأداء بصرف النظر عن إجراءات الإعتراض المتبعة بشأنه. ويتوقف تنفيذ القرار بدفع 20 % من أصل الأداء المستوجب أو تقديم ضمان بنكي بنفس المبلغ وذلك في أجل ستين يوماً من تاريخ التبليغ. ويكون مبلغ الأداء موضوع الضمان البنكي قابلاً للإستخلاص لدى المؤسسة البنكية بمضيّ سنة من تاريخ تبليغ قرار التوظيف. ولا يمكن في هذه الحالة للمؤسسة البنكية الضامنة أن تحيل مصالح الاستخلاص على تتبع مكاسب المطالب بالأداء. ويستثنى من توقيف التنفيذ أصل الأداء والخطايا الإدارية المستوجبة في مادة خصم الأداء من المورد. ويتمّ البت في الدّعى المتعلقة بالإعتراض على قرارات التوظيف الإجباري للأداء التي تمّ توقيف تنفيذها في أجل أقصاه ستة أشهر من تاريخ نشر الدّعى أمام المحكمة الابتدائية". وقد أثار هذا الفصل جدلاً ساخناً حيث اعتبر بعض النواب أنّ هذا الإجراء مشط وتعجيزي للمؤسسة. كما أنّه غير عادل خاصة بالنسبة إلى المطالبين بالضرر الذين لا تتوفر لديهم سيولة كافية للإيفاء بهذا الشرط.

وبهدف التلطيف من الطابع المجحف لهذا الإجراء أوضح وزير المالية أنّ هذا الإجراء الوارد بالفصل 52 عنصر أساسي في المجلة ويؤمن استخلاص الأداء وهو معمول به على الصعيد العالمي ويتمشى مع القانون العام والقانون الإداري الذي يقرّ تنفيذ القرارات الإدارية مهما كان موضوعها. كما بيّن أنّ هذا الإجراء لا يحرم المطالب بالأداء من حقه في التقاضي وهو أفضل من التشريع الحالي الذي يشترط تضمين 20 % من مبلغ الأداء المطلوب للتقاضي بالنسبة إلى المؤسسات التي يفوق رقم معاملاتها 500 أ.د.

- راجع بهذا الشأن الرّائد الرسمي للجمهورية التونسية، مداولات مجلس النواب، عدد 39، جلسة يوم الأربعاء 26 جويلية 2000، ص 1880.

قد إستحدث إجراء جديداً يخول للإدارة الجبائية منح توقيف التنفيذ⁽¹⁾. فنحن بصدد توقيف تنفيذ إداري يمنحه قابض المالية بصورة آلية لكل مطالب بالأداء يؤمن 20 % من المبالغ موضوع قرار التوظيف⁽²⁾، غير أنه لم ينصّ على إمكانية طلب توقيف التنفيذ أمام المحاكم العدلية. فما الفائدة من إقرار مبدأ النقاضي على درجتين في مادة التوظيف الإجباري والحال أنّ القرار الذي تتخذه الإدارة في هذا المجال يكون نافذاً بقطع النظر عن مدى شططه ومخالفته للقانون⁽³⁾. لكنّ هذا الفراغ التشريعي لا يمنع المحاكم العدلية من إقرار اختصاصها والنظر استثنائياً في مطالب توقيف التنفيذ التي يمكن أن تقدّم لها خاصّة وأنّ المشرّع لم يحجّر منحه بمقتضى نصّ صريح⁽⁴⁾. فقد أقرّ مجلس الدولة الفرنسي أن تنصيص المشرع على

⁽¹⁾ وهذا الإجراء معمول به في فرنسا منذ صدور قانون 13 جويلية 1903 ويعرف بتوقيف الدفع Le sursis de paiement وبمقتضاه يمكن للمطالب بالضريبة طلب توقيف دفع المبلغ موضوع التوظيف. ويشترط تأمين عشر هذا المبلغ لدى المحاسب العمومي أو توفير ضمانات (ضمان بنكي، رهن....).

حول هذه الجوانب يراجع :

- Jacques Buisson, Le sursis au paiement de l'impôt, L.G.D.J. 1996.

- Code de procédure fiscale, Dalloz, 2001, dixième édition, annotations par Jean Lamarque. Chapitre II - Le sursis de paiement, art. L. 277 et s.

⁽²⁾ يتمّ إعلام المطالب بالضريبة والتنبيه عليه في صلب القرار بأنّه «طبقاً لأحكام الفصل 52 من مجلة الحقوق والإجراءات الجبائية يكون هذا القرار نافذاً بصرف النظر عن إجراءات المتبعة في شأنه. وتبعاً لذلك سيتمّ تنقيل المبالغ المستوجبة بمقتضى هذا القرار لدى قابض المالية (... ويمكنكم توقيف هذا القرار بدفع 20 % من أصل الأداء المستوجب أو تقديم ضمان بنكي بنفس المبلغ وذلك في أجل 60 يوماً من تاريخ التبليغ)».

⁽³⁾ محمد رضا جنّيح، التقرير التمهيدي، ملتقى مجلة الحقوق والإجراءات الجبائية، مركز الدراسات القانونية والقضائية وكلية الحقوق والعلوم الاقتصادية والسياسية بسوسة، سوسة 24 و25 نوفمبر 2000، ص 5.

⁽⁴⁾ تعتبر المحاكم العدلية محاكم إدارية دنيا في المادة الجبائية، ومن هذا المنطلق يمكن لها أن تستلهم المبادئ المستنبطة لفقه قضاء المحكمة الإدارية فيما يتعلّق بتوقيف التنفيذ في مادة دعوى تجاوز السلطة. فقد أقرّت المحكمة الإدارية اختصاصها في منح توقيف التنفيذ في المادة الجبائية قبل تنقيح 3 جوان 1996، وذلك اعتماداً على الفصل 194 من مجلة المرافعات المدنية والتجارية الذي اقتضى «لا يوقف رفع الطعن بالتعقيب تنفيذ الحكم المطعون فيه إلا إذا كان صادراً بإعدام ورقة مرمية بالزور أو محو آثارها أو كان صادراً بالطلاق أو بفساد عقد زواج أو كان صادراً

أن الطعن لا يوقف التنفيذ لا يحول دون النظر في الطلب الرامي إلى توقيف تنفيذ

على الدولة بأداء مال أو برفع عقلة أجرتها الدولة لاستخلاص أموالها. وبصورة استثنائية يمكن للرئيس الأول لمحكمة التعقيب إذا طلب منه الطاعن ذلك أن يأذن بتوقيف تنفيذ الحكم المطعون فيه مدة شهر إذا رأى أنّ التنفيذ قد يستحيل معه الرجوع بالحالة إلى ما كانت عليه قبل إجرائه وعلى طالب توقيف التنفيذ تأمين المحكوم به ضماناً للتنفيذ إذا كان مبلغاً مالياً وتحمل عليه مصاريف التأمين بقطع النظر عن غرم الضرر الذي يمكن أن يحكم به عليه في صورة رفض مطلب التعقيب».

وتّمّ تنقيح هذه الإمكانية بموجب تنقيح 3 جوان 1996 في الفصل 71 «جديد». يراجع على سبيل المثال القرارين التاليين الصادرين عن المحكمة الإدارية : القرار الصادر في القضية عدد 506 المؤرخ في 27 جانفي 1992 وكذلك القرار الصادر في القضية عدد 711 بتاريخ 21 جوان 1994 والذي جاء فيه خاصّة ما يلي : «حيث دفعت الجهة المدعى عليها بعدم جواز الخوض في المطلب الراهن الرامي إلى طلب الإذن بتوقيف قرار اللجنة الخاصة لتوظيف الأداء بصفاقس في 2 مارس 1993 تحت عدد 91/46 موضوع الطعن بالتعقيب المرفوع لدى هذه المحكمة بتاريخ 19 نوفمبر 1993 والمضمن بكتابتها تحت عدد 1395 بالإستناد إلى منطوق الفصل 35 من قانون 1 جوان 1972 المتعلق بالمحكمة الإدارية الذي نصّ في فقرته الأولى على أنّ «الطعن بالتعقيب لا يوقف تنفيذ الحكم المطعون فيه».

وحيث جرى عمل هذه المحكمة على اعتبار أنّ القاعدة العامة الواردة بالفصل 35 المتمسك بها والقاضية بأنّ الطعن بالتعقيب لا يوقف تنفيذ الحكم المطعون فيه إلا في صور ثلاثة لا علاقة لها بموضوع المطلب الراهن مع أية واحدة منها، لا يمكنها أن تحجب الإمكانية المتاحة للرئيس الأول للمحكمة الإدارية بأن يأذن استثنائياً بتوقيف تنفيذ الحكم المطعون بالتعقيب أمام هذه المحكمة إذا ما طلب منه الطاعن ذلك. وكلّما تبين له أنّ الإبقاء على مواصلة التنفيذ من شأنه أن يحول دون الرجوع بالحالة إلى ما كانت عليه، الأمر الذي يتّجه معه ردّ الدفع المثار من الجهة المدعى عليها والمؤسس على أحكام الفصل 35 المذكور. وحيث أنّ نتائج القرار المنقذ المترتبة في مجملها عن دفع المبلغ المضمن بمنطوقه بعنوان أصل أداء مع الخطايا المستوجبة ليس من شأنها أن تحول دون الرجوع بالحالة إلى ما كانت عليه إذا ما انتهى الحكم في الأصل بنقض ذلك القرار ويتعيّن لذلك رفض المطلب».

وهكذا تكون المحكمة الإدارية قد اهتمت بفقه قضاء مجلس الدولة الفرنسي في مادة توقيف التنفيذ في المادة الجبائية. وفي فرنسا يفسر بعض الفقهاء تأخر فقه القضاء في إقرار توقيف التنفيذ في المادة الجبائية بوجود إجراء توقيف الدفع Le sursis de paiement. ولكن، ولسدّ هذا الفراغ بادر مجلس الدولة الفرنسي بمنح توقيف تنفيذ قرار جبائي في الطور الاستئنافي سنة 1976.

C.E. 17 déc. 1976, Rec. Lebon p. 555, 1976, R.J.F. 2/77, 82 chron. Hagelsteen.

وفي الطور الابتدائي سنة 1984 يراجع في هذه المسألة :

C.E. 15 juin 1984, Ministre du budget c/ Masse Rec. Lebon 209, conclusion Fouquet, R.J.F. 8-9=84, 545, Chron. Gaeremynck, 463 - D.F. 84. 10, 1688.

Patrick Dibout, Le développement du sursis à exécution en matière fiscale, AJDA, 1984, p. 580.

-Olivier Fouquet, Le sursis à exécution en matière fiscale, G.P. 1987, 2è sem., Doctrine p.836.

Malleville, E.F., Le sursis en matière fiscale, Rev. du Trésor, décembre 1989, p. 725.

الحكم المطعون فيه⁽¹⁾. وتطرح المسألة بإلحاح في صورة إلغاء قرار التوظيف وإقدام الإدارة الجبائية على إستخلاص مبلغ الأداء موضوع الضمان البنكي. فعندئذ، يفقد القرار سنده التنفيذي ويحق للمطالب بالأداء طلب تجميد مفعول

⁽¹⁾ ليس هناك ما يمنع القاضي العدلي من تطبيق هذا المبدأ أسوة بفقهاء القضاء المقارن الذي حرص على تعزيز ضمانات المطالب بالأداء ومحاولة إعادة التوازن المفقود بين الإدارة الجبائية والمطالب بالضريبة. كما أن القاضي الجبائي من مهامه المساهمة في تعديل الحياة الاقتصادية والاجتماعية. ففي فرنسا مثلاً، أمام غموض النصوص، أقرّ مجلس الدولة توقيف التنفيذ في المادة الجبائية كإجراء إضافي واحتياطي يكمل توقيف الدفع. وفي معرض استعراضه للأسباب التي أدت

إلى إقرار توقيف التنفيذ في المادة الجبائية أكد الفقيه Jacques Buisson

«... Cette attitude du juge, très favorable au contribuable, n'est pas fortuite. Elle traduit la haute idée que le juge a de sa fonction et de sa mission, en effet, pour reprendre les propos de Monsieur le commissaire du gouvernement Fabre, le juge de l'impôt est l'un des régulateurs de la vie économique du pays, tout comme de sa vie sociale. Et c'est précisément pour réguler cette vie économique et sociale déséquilibrée d'une part par les excès d'un législateur zélé et d'une administration qui l'est souvent autant, d'autre part par les lacunes ou les insuffisances des textes existants, que le juge de l'impôt a admis le sursis à exécution comme une procédure d'appoint venant compléter le droit du sursis de paiement. En somme, en introduisant le sursis à exécutions dans le contentieux fiscal, le juge administratif a voulu rétablir l'équilibre qui s'était rompu entre les pouvoirs de l'administration et les droits du contribuable», in le sursis au paiement de l'impôt, op. cit., p. 175.

واعتماداً على «القضاء الإستعجالي-الأم» كيفما هو منظم طبقاً لأحكام الفصل 201 من مجلة المرافعات المدنية والتجارية (م.م.م.ت.) الذي إقتضى: «يقع النظر إستعجالياً وبصفة مؤقتة في جميع الحالات المتأكدة بدون مساس بالأصل». وهذا التمشي تعزّره أحكام الفصل 56 من مجلة الحقوق والإجراءات الجبائية (م.ح.إ.ج.) الذي ينصّ «تطبق أحكام مجلة المرافعات المدنية والتجارية على الدعاوى المنصوص عليها بالفصل 54 من هذه المجلة ما لم تتعارض مع الأحكام الخاصة بهذه المجلة».

وإقرار المحاكم العدلية لاختصاصها للنظر إستعجالياً في مطالب توقيف التنفيذ في المادة الجبائية لا يتعارض مع أحكام مجلة الحقوق والإجراءات الجبائية بل إنه يتناغم ويتساقط معها.

وبالإضافة إلى ذلك، وباعتبارها محاكم إدارية دنيا في المادة الجبائية، يحق للمحاكم العدلية النظر في توقيف المقررات الإدارية على أساس الفصول 39 و40 و41 من قانون غرة جوان 1972 المنقح إذا ما أقرت المحكمة الإدارية اختصاصها للنظر في دعاوى تجاوز السلطة في المادة الجبائية.

- حول توقيف تنفيذ الأحكام في المادة الإدارية يراجع: إبراهيم البرتاجي، توقيف تنفيذ الأحكام المطعون فيها أمام المحكمة الإدارية من خلال القانون الأساسي المؤرخ في 3 جوان 1996 ضمن أعمال ملتقى «إصلاح القضاء الإداري» المنعقد من 27 إلى 29 نوفمبر 1996 مركز النشر، 1997، ص 236 وما يليها.

- حول دعوى تجاوز السلطة في المادة الجبائية في القانون المقارن وبالتحديد الفرنسي راجع:

- Christophe de la Mardière, Recours pour excès de pouvoir et contentieux administratif de l'impôt, L.G.D.J., 2002.

الضمان البنكي إلى حين البتّ نهائياً في الاعتراض على قرار التوظيف⁽¹⁾. وينتظر أن تشهد المحاكم فوضى. فمنها ما ستقبل النظر وتمنح توقيف التنفيذ، ومنها من سيرفض مثل هذه المطالب.

وفي انتظار أن يقع سدّ هذا الفراغ التشريعي أو تبلور فقه قضاء بناء، لم يبق للمتقاضى سوى طلب توقيف التنفيذ بمناسبة الطعن بالتعقيب، وهي الصورة الوحيدة التي منح فيها المشرّع للمحكمة الإدارية فرصة التدخل بصفة إستعجالية في المادة الجبائية. وتتعلّق هذه الصورة الوحيدة بنزاعات الإستخلاص الجبري للمعاليمة ونزاعات الأحكام الصادرة عن محاكم الاستئناف في المادة الجبائية وبالأحكام الصادرة عن محاكم النواحي نهائياً في مادة المعاليمة العقارية⁽²⁾. فقد خول الفصل 71 (جديد) من القانون عدد 40 لسنة 1972 المتعلّق بالمحكمة الإدارية⁽³⁾ للرئيس

⁽¹⁾ وهو ما ذهبت إليه المحكمة الابتدائية بتونس في قرارها الصادر في القضية عدد 44210 بتاريخ 2006/05/12 القاضي قضينا ابتدائياً إستعجالياً بتجميد مفعول الضمان البنكي المتعلق بقرار التوظيف الإجباري عدد 2005/62 المؤرخ في 2003/03/29 وذلك إلى حين البتّ نهائياً في الاعتراض على ذلك القرار مع الإذن بالتنفيذ على المسودة...". غير أنّ دائرة أخرى بنفس المحكمة ترفض النظر في مثل هذه المطالب.

يراجع كذلك الحكم الصادر عن المحكمة الابتدائية بالمنستير في القضية عدد 12478 بتاريخ 2003/10/01. في هذه القضية أمن العارض نسبة 20 % من المبلغ المستوجب. وبعد فوات أجل السنة أرادت الإدارة الجبائية إستخلاص هذا المبلغ المؤمن، ولكن في الأثناء استصدر المطالب بالضريبة حكماً قضى بالرجوع في قرار التوظيف. لكن تمّ نقض هذا الحكم على مستوى الاستئناف.

وإزاء هذا الوضع، كان على المشرّع أن ينظم بإحكام مؤسسة توقيف التنفيذ. ويبدو أنّه لم ينظّم إلى الواقع العملي وتعقيدهاته.

⁽²⁾ يقع الاعتراض على بطاقات الإلزام طبقاً لأحكام الفصل 26 وما يليه من مجلة المحاسبة والعمومية وتعقيب الأحكام الصادرة عن محاكم الاستئناف في المادة الجبائية أمام المحكمة الإدارية.

وهناك فرق بين نزاع الإستخلاص ونزاع الأساس. فإذا كان نزاع الأساس يعني المنازعة في مبدأ التوظيف وشرعيته وفي عمليات تحديد أساس الضريبة واحتسابها، فإن نزاع الإستخلاص يتعلّق بالدعاوى التي ينازع فيها المطالب بالضريبة عملاً من أعمال التتبع والإجراءات المرتبطة به. ويشمل المنازعة في حق الإدارة في التنفيذ لغياب سند تنفيذي أو أن السند المرأه تنفيذه قد أجري على خلاف الصيغ القانونية أو أن يكون السند التنفيذي المعتمد لا يزال غير قابل للتنفيذ أو أن يكون الدين قد اضمحل بموجب التقادم...

⁽³⁾ المنقّح بالقانون الأساسي عدد 39 لسنة 1996 المؤرخ في 3 جوان 1996. راجع حول هذا القانون: إصلاح القضاء الإداري (القوانين عدد 38-39 و49 بتاريخ 3 جوان 1996) أعمال الملتقى المنعقد من 27 إلى 29 نوفمبر 1996 بكلية العلوم القانونية والسياسية والاجتماعية بتونس، مركز النشر الجامعي، 1997.

الأول بصورة استثنائية أن يأذن بتوقيف الحكم أو القرار المطعون فيه لأجل تحدده إذا كان التنفيذ من شأنه أن يؤدي إلى استحالة الرجوع بالوضعية إلى ما كانت عليه قبل إجراءاته أو أن يؤدي إلى نتائج يصعب تداركها. ويمثل هذا الإستثناء خرقاً لمبدأ قاضي الأصل هو قاضي الفرع.

ويتبين من خلال هذا الفصل، أن المشرع قد جعل من الرئيس الأول القاضي الوحيد في هذه المادة التي هي على صلة وثيقة بالمصالح المالية للدولة. كما قرن الإذن بتوقيف التنفيذ بشرط مجحف وعسير التوفر وهو احتمال أن يفضي التنفيذ إلى نتائج يصعب تداركها أو يؤدي إلى استحالة الرجوع بالوضعية إلى ما كانت عليه قبل إجراءاته. فالرئيس الأول للمحكمة هو الذي ينظر في إجراءات وشكليات القيام، وهو الذي يأذن بتوقيف التنفيذ أو يرفضه، ويحدد الأجل، وهو الذي يتفحص الشروط ويقدر وجاهتها أو هشاشتها.

وبتفحص فقه القضاء في هذه المادة يتضح بجلاء أن الرئيس الأول قد ساهم في بلورة منظومة إجرائية متكاملة لسد الفراغ التشريعي، ولكنه توخى الحذر المفرط في الإذن ولم يجازف به بل أكثر من ذلك، فإنه قد أضاف إلى الشرط المجحف شروطاً جديدة أكثر إجحافاً جعلت من الحصول على الإذن بالتوقيف أمراً صعب المنال. ويبرز ذلك من خلال تقلص عدد المطالب المرفوعة لدى الرئيس الأول للمحكمة الإدارية⁽¹⁾. ومن مساوئ هذا الموقف المتصلب عزوف المتقاضين عن هذا القضاء التحفظي.

⁽¹⁾ تعد مطالب توقيف التنفيذ المقدمة إلى الرئيس الأول على أصابع اليد الواحدة. هذا ما توصلنا إليه من خلال جرد للقرارات التي أصدرها الرئيس الأول شمل سنوات 2002 و 2003 و 2004. ومنذ ذلك الحين لم تتغير الأرقام. ويُعزى ذلك إلى تجميد إجراء توقيف التنفيذ.

- تراجع في هذا الجانب :

Habib Ayadi, « la discontinuité du contentieux de la cassation fiscale », in, Droit et Culture, mélanges en l'honneur du doyen Yadh Ben Achour, CPU, 2008, p. 629.

ولالإلمام بمختلف هذه الجوانب سنحاول أن نبين أن الاختصاص الاستعجالي في المادة الجبائية هو اختصاص رئاسي (I) يمارسه الرئيس الأول بحذر مفرط (II).

I - اختصاص رئاسي

إن أبرز سمة يتميز بها قضاء العجلة في المادة الجبائية هو كونه قضاء رئاسي، لا بل إنه قضاء رئاسوي⁽¹⁾. فقد إستبعد المشرع القضاء الجماعي واختار أن يسند اختصاص البت في مطالب توقيف التنفيذ في المادة الجبائية إلى قاضي وحيد، فردي يتمثل في الرئيس الأول للمحكمة الإدارية دون سواه (أ)، دون أن يحدد بصفة دقيقة إجراءات هذه الدعوى أمامه (ب)، مستبعداً سبل الطعن تجاه القرارات التي يصدرها (ج).

أ - الرئيس الأول : قاض فردي

إستأثر الرئيس الأول للمحكمة الإدارية باختصاص البت في مطالب توقيف التنفيذ في المادة الجبائية. ويبدو أن المشرع قد أراد أن يضفي على هذا الإجراء طابعاً إستثنائياً بأن خصّ به الرئيس الأول، وذلك خلافاً لبعض الدول مثل فرنسا التي إختارت حلاً مغايراً تم بمقتضاه إقرار اختصاص هيئة حكمية جماعية في مادة توقيف تنفيذ الأحكام والقرارات الجبائية.

وهذا الحلّ من شأنه أن يمنح قدراً أوفر من الضمانات إلى المتقاضين ويضفي بالتالي أكثر نجاعة ومصادقية على القضاء في هذه المادة الذي ما انفك يعاني من إنخراط بين أطرافه. فهناك المطالب بالضريبة المغلوب على أمره من جهة⁽²⁾، وهناك الإدارة الجبائية المدججة بأساليب السلطة العامة وما تتطوي عليه من إمنازات.

⁽¹⁾ إنه لذلك لكونه حاد عن إرادة المشرع وأفرغ مؤسسة توقيف التنفيذ من جدواها.

⁽²⁾ راجع بهذا الشأن : الصغير الزكراوي، ضمانات المطالب بالأداء، القضاء والتشريع عدد 3، 2002، ص 95 وما بعدها.

جماعية بالنظر إلى خصوصية المادة الجبائية التي تجعل الرئيس الأول في مواجهة مع مصالح مالية عليا وتعرضه إلى ضغوطات لا يسمح نظام تعيينه وهشاشة

réalité judiciaire, les réticences d'une Chambre d'accusation à censurer les juges d'instruction de son ressort, pour ne pas entraver son efficacité dans la lutte contre la délinquance ? Les avantages du juge unique ne sont pas négligeables et, si l'on élimine "la loi du rendement", déjà évoquée, il reste l'idée qu'au moins en matière non répressive, un juge unique est un juge responsable et comme la question de la responsabilité du juge est au cœur de nos débats actuels sur la qualité de notre justice, sur l'avenir de notre justice (avec des remises en cause sans doute douloureuses), si le prix à payer d'une justice incontestée parce qu'incontestable en raison de la qualité des jugements rendus, est le juge unique, alors il ne faut pas hésiter à l'instaurer en principe. Mais alors, il faut revoir le mode de recrutement, car le juge unique ne pourra pas bénéficier d'un complément de formation "sur le tas", au contact de ses collègues plus âgés.

Solutions françaises : La tradition est en faveur de la collégialité, mais la tendance contemporaine est au juge unique.

a) En matière civile, le mouvement a commencé avec la spécialisation de juges uniques, pour certains types de litiges, ainsi du juge aux affaires familiales, du juge de la mise en état, du juge de l'exécution, sans parler du tribunal d'instance et du juge de référés. Parfois c'est un contentieux entier qui est confié à un juge unique, mais celui-ci n'a pas d'existence institutionnelle propre, ainsi des litiges relatifs aux accidents de la circulation qui sont confiés depuis la loi n° 85-677 du 5 juillet 1985 à un juge (unique) du TGI (art. L. 311-10-1, COJ). Enfin, la loi n° 70-613 du 10 juillet 1970 a introduit le juge unique d'une manière très pédagogique pour l'ensemble des contentieux portés devant le TGI, à l'exception des affaires disciplinaires et des questions d'état des personnes, à condition toutefois que le président du TGI le décide pour une affaire et que les parties ne s'y opposent pas (art. L. 311 10, COJ); système pédagogique, car il s'agissait en fait de préparer les esprits à des évolutions futures.

b) Celles-ci sont venues en matière pénale. Depuis 1856 le juge d'instruction est juge unique, ce qui ne manque pas de surprendre lorsqu'on entend des voix s'élever contre la génération du juge unique en matière civile. Le tribunal de police juge les contraventions à juge unique et, depuis les lois du 29 décembre 1972 et n° 95-125 du 8 février 1995 le tribunal correctionnel connaît à juge unique, non seulement d'infractions mineures (délits de chasse, de pêche), mais encore d'infractions plus "lourdes", telles que le vol sans violence, les violences volontaires etc., toutes infractions énumérées à l'article 398-1 CPP.

c) En matière administrative, alors que les intérêts en jeu sont moindres pour la liberté des justiciables, le juge unique n'est véritablement apparu, pour des contentieux déterminés, qu'avec la loi précitée du 8 février 1995 sous la double forme d'une liste de litiges confiés à un juge unique, valant juridiction (art. L.4-1, CTA et CAA) et d'une compétence propre du président sur certains incidents de procédure (art. L. 9 et L.10). La raison de cette tardiveté doit sans doute être recherchée dans la nécessaire indépendance des juges administratifs à l'égard de l'administration, indépendance qui est peut-être plus forte en cas de collégialité¹

حول هذه المسألة الهامة يراجع كذلك :

Christian Bolze et Philippe Pédrot (avec la coordination de) des juges uniques, dispensation ou réorganisation du contentieux ? Editions Dalloz, 1996, R. Perrot.

ودونما حاجة إلى الخوض في جدل أصبح معروفا⁽¹⁾ كان من الأفضل، لإضفاء نجاعة على مادة توقيف التنفيذ، إقرار اختصاص هيئة حكمية

¹) Jean Vincent, Serge Guinchard, Gabriel Montagnier, André Varinaud, Institutions judiciaires, Précis, Dalloz, 5ème édition, 1999. Ces auteurs font remarquer que : "Le point de savoir si une affaire doit être jugée par un seul juge ou par plusieurs siégeant en collégialité fait toujours l'objet de controverses et cela d'autant plus que les contingences basement matérielles ne sont pas absentes du débat en ces temps de pénurie budgétaire. Un ministre du budget peut toujours rêver d'une justice amputée de sa collégialité, afin de multiplier par trois, comme par enchantement, les effectifs des magistrats ! Il n'en demeure pas moins que le débat ne peut se réduire à ces aspects financiers. Ce qui compte, comme chaque fois que l'on s'intéresse aux choses de la justice..., c'est l'intérêt du justiciable et lui seul. A vrai dire, le problème est double : celui des avantages supposés de la collégialité en opportunité et, en droit, et préalablement, celui de la constitution du juge unique.

a) En droit, la réponse a été donnée par le Conseil constitutionnel : la collégialité des juridictions n'est pas un principe d'organisation juridictionnelle ayant valeur constitutionnelle; l'argument avait été invoqué en 1975 devant le Conseil mais celui-ci avait annulé la disposition en cause sur le fondement d'un autre chef d'inconstitutionnalité, sans examiner la question de la collégialité. Vingt ans plus tard, le Conseil constitutionnel a confirmé cette position, le 2 février 1995, en acceptant le principe du juge unique, dès lors que son institution dépend du législateur et non pas des juges et que soit respecté le principe d'égalité des citoyens devant la justice, principe qui est la mesure du recours au juge unique?

b) Reste le problème de l'opportunité. Beaucoup d'arguments ont été avancés par ceux qui se sont penchés sur la question. En faveur de la collégialité on a fait valoir essentiellement des arguments de qualité de la justice rendue : la décision discutée en collégialité serait plus réfléchie, plus mûrie, nourrie des réflexions des uns et des autres; elle serait aussi un gage de l'indépendance du tribunal, chacun ne craignant pas d'être mis en cause personnellement, à l'occasion d'une décision qui déplairait ; enfin, elle serait une garantie de justice plus impartiale, les juges travaillant sous le contrôle des autres ! Ces arguments sont de valeur inégale : si la concertation nourrit la réflexion de chacun, on ne peut sérieusement s'en remettre à la concertation pour espérer que de bonnes décisions seront retenues ; il y a d'abord un problème de compétence personnelle et de formation de nos juges. Quant à l'indépendance et l'impartialité ce sont aussi des questions de caractère, de tempérament; il est vrai cependant, que dans certaines circonstances un juge unique peut craindre des "représailles" de la part des justiciables, essentiellement en matière pénale; c'est alors davantage une question de respect et de protection de nos juges qu'une question d'indépendance. Il est vrai aussi que la collégialité peut éviter les risques de dérapage pour non respect de la règle de la neutralité du juge, neutralité sociale et politique, un juge unique pouvant se laisser aller à faire prévaloir ses préjugés personnels plus facilement qu'une collégialité; là encore, la solution n'est-elle pas dans le recrutement de magistrats mieux formés et plus âgés, plus patinés par l'expérience de la vie, plus modérés dans leurs réactions car enrichis d'une expérience humaine plus forte ?

A vrai dire, il n'y a guère d'arguments valables en faveur de la collégialité, si ce n'est à distinguer selon la nature de la juridiction et son degré : on peut, par exemple retenir le juge unique en matière civile et l'écartier en matière pénale; on peut aussi, en matière civile, le retenir en première instance et exiger un examen collégial en appel. On reste assez stupéfait de constater que ceux qui critiquent la généralisation du juge unique en matière civile occultent complètement le fait que la France connaît un juge unique en matière pénale, le juge d'instruction, que celui-ci dispose de la liberté des gens, seul, certes sous le contrôle de la chambre d'accusation, mais est-ce encore un contrôle quand on connaît, en pratique, dans la

مساره الوظيفي بالصمود أمامها. وهذه الإكراهات تنال من استقلاليته وتمنعه من القضاء بكل تجرد وحياد *en toute impartialité* ⁽¹⁾.

يرى البعض أنه من الأنسب أن يقع تفحص دعاوى توقيف التنفيذ من طرف القضاء الجماعي ⁽²⁾. فذلك من شأنه أن يجنب الوقوع في المخاطر المحدقة بالتقدير الشخصي للوقائع والانفراد بسلطة اتخاذ القرار. فليس بخاف على أحد أن الممارسة الفردية للسلطة مغرية وأن كل من يمارس السلطة ينزع إلى إساءة استعمالها.

ويرى البعض الآخر أنه تجاه الإدارة يكون الحكم في حاجة إلى أن يصدر عن تركيبة جماعية حتى يحرز على القوة الأدبية اللازمة ⁽³⁾.

ولهذه الاعتبارات كلها، نادى بعض الفقهاء بضرورة تكريس حق القاضي في المجمعية *La collégialité* إذا ما طلب منه اتخاذ قرارات خطيرة. عندها يمكن له الاستعانة برأي قضاة آخرين ⁽⁴⁾. ويبدو أن توقيف قرارات التوظيف الإجباري لها انعكاسات على موارد الدولة وتشكل بالتالي قرارات تحتاج إلى جرأة وشجاعة قد لا يتوفران في فرد حتى وإن كان هذا الفرد هو رئيس أعلى هيئة قضائية إدارية سعى إلى سدّ ثغرات التشريع على مستوى إجراءات توقيف التنفيذ ⁽⁵⁾.

⁽¹⁾ حول مسألة نزاهة القاضي وحياده يراجع :

Régis de Gouttes, L'impartialité du juge : connaître, traiter et juger, quelle compatibilité ? RSC, Janvier-Mars 2003, p. 63 et s.

Xavier Prêlot, La cour des comptes et le principe de l'impartialité du juge, R.D.P., n° 2-2000, p. 223 et s.

⁽²⁾ إبراهيم البرتاجي، توقيف تنفيذ الأحكام المطعون فيها أمام المحكمة الإدارية من خلال القانون الأساسي عدد 39 المؤرخ في 3 جوان 1996، إصلاح القضاء الإداري، مرجع سابق، ص 240 وما يليها.

⁽³⁾ إبراهيم البرتاجي، المرجع ذاته، ص 239.

⁽⁴⁾ Jacques Mestre, Rapport de synthèse, Les juges uniques, op. cit., p. 139.

⁽⁵⁾ قيل والعهدة على من روى أن مدير عاما سابقا للإدارة العامة للنزاعات والمراقبة الجبائية كان يعيب على المحكمة الإدارية إصدار قرارات ضد وزارة المالية وتحرم الدولة بالتالي من موارد

ب - إجراءات مقتضبة

خلافا لتوقيف تنفيذ القرار الإداري ⁽¹⁾، لم يحدّد المشرّع ملامح هذا الصنف من الدعاوى بصفة دقيقة، وبذلك يكون قد ترك المجال واسعا لإجتهاد الرئيس الأول. وقد ساهم فقه قضاء الرئيس الأول في توضيح ورسم معالم إجراءات توقيف التنفيذ سواء من حيث شروط قبول الدعوى (1) أو فيما يتعلق بالتحقيق والحكم (2).

1 - شروط قبول المطلب

يتسم التشريع في هذا الباب بالفراغ، حيث لم يتعرّض المشرّع إلى مسألة شروط قبول الدعوى وترك المجال واسعا أمام الرئيس الأول للإجتهاد. فكان أن اضطلع فقه القضاء بتوضيح ملامح هذا الصنف من الدعاوى وسدّ الفراغ التشريعي في هذه الحالة. وبالإعتماد على فقه قضاء الرئيس الأول يتضح أن إجراءات مطلب توقيف التنفيذ تماثل في مبادئها العامة إلى حدّ كبير رفع الدعوى الأصلية أي إجراءات الطعن بالتعقيب ⁽²⁾ وإجراءات توقيف تنفيذ القرارات الإدارية.

وقد استقرّ فقه قضاء الرئيس الأول في هذه المادة على اعتبار توقيف التنفيذ فرعا تحفظيا من أصل اختصاص تعقيبي ويخضع بالتالي إلى الإجراءات الأساسية المتصلة بالقيام في الأصل وما اقتضاه المشرّع من وجوب تحرير مطلب التعقيب من قبل محام لدى التعقيب. وهذا الإجراء ينسحب على مطلب توقيف التنفيذ كما

مالية هامة. ويبدو أن هذه القرارات تتعلّق بلجان المراضاة الجهوية الذائعة الصيت والتي أصدرت فيها المحكمة الإدارية قرارات متضاربة انتهت فيها إلى الإذعان إلى رغبات وزارة المالية متجاهلة القواعد والمبادئ القانونية.

⁽¹⁾ خصص القانون عدد 39 لسنة 1996 القسم الرابع من الباب الثاني من العنوان الرابع إلى توقيف التنفيذ. ويشتمل هذا القسم على الفصول 39 و40 و41.

⁽²⁾ طبقا لأحكام الفصل 67 (جديد) كما تم تنقيحه بالقانون الأساسي عدد 39 لسنة 1996 المؤرخ في 3 جوان 1996.

جاء ذلك في القرار الصادر في القضية عدد 877 ت.ت. بتاريخ 12 ديسمبر 1995 العماري ضد الإدارة العامة للمراقبة الجبائية الذي إقتضى : «حيث رفع العارض مطلبه المائل إلى المحكمة دون الاستعانة بناية محام لدى التعقيب طالبا من رئيسها الأول الإذن بتوقيف تنفيذ قرار اللجنة الخاصة لتوظيف الأداء بجندوبة الموماً إليه بطالع هذا.

وحيث أنّ طلب ممارسة هذه الصلاحية من الرئيس الأول للمحكمة هو فرع تحفظي من أصل إختصاص تعقيبي تنفرد المحكمة بتولي النظر فيه تطبيقاً للفصل 11 من القانون المتعلق بها الصادر في 1 جوان 1972 وه بذلك خاضع للإجراءات الأساسية المتصلة بالقيام في هذا الأصل.

وحيث إقتضى الفصل 26 من القانون المذكور أن الطعن بالتعقيب يتم رفعه بموجب عريضة يحررها محام لدى محكمة التعقيب.

وحيث يغدو قيام العارض، والحالة ما ذكر، مخالفاً لمقتضيات هذا الفصل وهو بذلك مختلاً من الناحية الشكلية وتعين رفضه ضرورة أنّ إجراءات النقاضي تهم النظام العام ويثيرها القاضي المتعهد بالنظر ويتمسك بها ولو بصورة تلقائية». ومن خلال هذا القرار الذي يندرج ضمن فقه قضاء مستقرّ حدّد الرئيس الأول أهمّ ملامح إجراءات مطلب توقيف التنفيذ وتتمثل في :

➤ - تقديم مطلب⁽¹⁾ يحرره محام لدى التعقيب⁽²⁾،

⁽¹⁾ جاء في القرار الصادر في القضية عدد 1018 / 43 بتاريخ 6 فيفري 2002 ما يلي «حيث أنّه طالما لا وجود لمطلب توقيف تنفيذ محل نظر لدى الرئيس الأول للمحكمة الإدارية فإنه لا يمكنه منح تأجيل التنفيذ».

⁽²⁾ جاء في القرار الصادر في القضية عدد 43283 بتاريخ 22 جوان 1998 ما يلي :... وحيث أنّ الطعن في القرارات الصادرة عن اللجان الخاصة بالتوظيف الإجباري سواء كان هذا الطعن مندرجا صلب مطلب التعقيب أو صلب الإذن بوسيلة وقتية تحفظية لها صبغة إستعجالية لتوقيف التنفيذ فهو لا يرفع لكتابة المحكمة الإدارية إلا بواسطة محام مرشح لدى التعقيب وإلا كان مآله الرفض شكلاً ضرورة أنّ الاستعانة بالمحامي من الإجراءات الأساسية التي ينجرّ عن الإخلال بها

- - أن يُرفَقَ المطلبُ بنسخة من القرار المطلوب توقيف تنفيذه⁽¹⁾،
- - أن يؤسس على أسانيد قانونية⁽²⁾،
- - أن يرمي المطلب إلى توقيف التنفيذ وليس إلى تأجيل التنفيذ⁽³⁾،
- - يجب أن يرفع المطلب إلى الإدارة العامة للمراقبة الجبائية وليس إلى وزير المالية⁽⁴⁾،

البطلان المطلق لإجراءات الطعن. وحيث يتّضح من تفحص أوراق القضية أنّ الطاعن تولى رفع مطلبه لكتابة المحكمة بصفة شخصية دون أن يستعين في ذلك بمحام لدى التعقيب الأمر الذي يتّجه معه التصريح برفض مطلبه الراهن شكلاً».

⁽¹⁾ أنظر القرار في القضية عدد 43/1026 بتاريخ 11 فيفري 2002 الذي جاء فيه ما يلي: «حيث لم يقع الإدلاء بنسخة من القرار المطلوب إيقاف تنفيذه مما يتعذر معه النظر في المطلب على الحالة التي هو عليها الأمر الذي يجعله محل رفض».

⁽²⁾ أنظر على سبيل المثال القرار الصادر في القضية عدد 43/1085 بتاريخ 4 جوان 2002 والذي جاء فيه ما يلي : «حيث لم يؤسس العارض طلبه على أي سند قانوني عدا النصوص الإجرائية التي تتعلق فقط بالإجراءات لدى المحكمة وهي غير كافية للوقوف على مدى جدية المطلب مما اتجه معه رفضه».

⁽³⁾ يتبين من خلال القرار الصادر في القضية عدد 43318 ت.ت. بتاريخ 10 أكتوبر 1998 الشركة القومية لتوزيع البترول ضد اللجنة الخاصة بالتوظيف الإجباري أن الفصل 71 (جديد) لا يتضمن سوى صورة توقيف التنفيذ أما تأجيل التنفيذ فهي حالة مقصورة على مادة توفيق تنفيذ القرارات الإدارية في نطاق قضاء الإلغاء ولا تدخل ضمن قضاء التعقيب. وهو ما يعني أنّ بعض المحامين يخلطون بين الإجراءات والحال أنهما مختلفان.

⁽⁴⁾ جاء في القرار الصادر في القضية عدد 41/1186 بتاريخ 23 أكتوبر 2002 ما يلي : «حيث أنّ مطلب إيقاف التنفيذ قدم ضدّ وزير المالية الإدارة العامة للمراقبة الجبائية في شخص ممثلاً القانوني.

وحيث أنّ من وقع القيام ضده غير واضح هل هو وزير المالية أمام الإدارة العامة للمراقبة الجبائية وذلك لتوجيه العريضة له للإجابة على ما تضمنته مع الإشارة إلى أنّ الإدارة العامة للمراقبة الجبائية هي المختصة بالنزاعات التي تقع حول قرارات لجنة التوظيف الإجباري مما اتجه معه رفض المطلب لعدم تحرير من هو المطلوب لاختلاف النتائج التي قد تترتب عن القيام بحسب شخص المطلوب خاصة إذا كان القيام ضدّ وزير المالية فإنّ ذلك لا يستقيم في موضوع الحال باعتبار هناك نصوص قانونية حدّدت له صفة النقاضي في قضايا الجبائية مما اتجه معه رفض المطلب».

➤ - أن يتضمن المطلب طلب توقيف تنفيذ قرار أو حكم قضى فيه في الأصل فقد تأكد من خلال فقه قضاء مستقر أنه لا يجوز توقيف تنفيذ الأحكام الصادرة بالرفض شكلا لكونها لا تغير شيئا في وضعية الأطراف⁽¹⁾.

➤ - يجب بيان عنوان المدعى عليه حتى يتسنى عرض الملف عليه لسماع جوابه في شأنه.

كما استقر فقه القضاء على أنه لا يمكن طلب توقيف تنفيذ حكم إلا في صورة الطعن بالتعقيب في ذلك الحكم ضرورة أن قضاء توقيف التنفيذ ليس طعنا مستقلا وإنما مرتبط بأصل النزاع⁽²⁾.

وبالتأمل في مختلف مناحي فقه القضاء في هذه المادة يتبين أن الرئيس الأول ولئن ساهم في سد فراغ تشريعي، فإنه أوغل في تغليب الإعتبارات الشكلية الأمر الذي باتت معه الشكليات عائقا تحول دون ولوج القاضي إلى أصل النزاع وهو ما يمكن وصفه بحاجز الشكليات Le barrage de la forme

2 - التحقيق والحكم

تولى الرئيس الأول سد ثغرات التشريع الذي لم يتعرّض إلى مسألة التحقيق وأجل البت. ويبدو بالتأمل في فقه القضاء في هذه المادة أن التحقيق يتم بصورة مستعجلة وحسب آجال مختصرة طبقا لما إستقر عليه عمل المحكمة في توقيف تنفيذ القرارات الإدارية⁽³⁾. ومن علامات الاختصار والإستعجال، أن البت يكاد

⁽¹⁾ القرار الصادر في القضية عدد 43474 ت.ت بتاريخ 10 جويلية 1999، وكالة التهذيب والتجديد العمراني.

⁽²⁾ القرار الصادر في القضية عدد 817 ت.ت. بتاريخ 8 ماي 1995 الكراي ضد الصندوق القومي للضمان الاجتماعي والقرار الصادر في القضية عدد 875 ت.ت. بتاريخ 7 ديسمبر 1995 العماري ضد الإدارة العامة للمراقبة الجبائية.

⁽³⁾ راجع بهذا الشأن :

يكون فوراً في بعض المطالب التي يكون مآلها الرفض⁽¹⁾، بما أن آجال التحقيق والبت تستغرق غالبا بين أربعة وخمسة أيام. وهي لا تتجاوز شهرا في كل الحالات إلا فيما ندر من المطالب⁽²⁾. وتماشيا مع الصبغة الإستعجالية لهذا القضاء الخاص، يتم البت في المطالب المقدمة بدون مرافعة شفوية على غرار ما هو معمول به في توقيف تنفيذ القرارات الإدارية. ولئن كان هذا التمشي من شأنه خدمة مصلحة المتقاضين بالإسراع بالبت في مطلبه، فإن المرافعة الشفوية قد تمكنه من إقناع القاضي بوجاهة طلباته. وقد كان بالإمكان الإستعاضة عن المرافعة الشفوية بوجوب الإستماع إلى الطرفين قبل البت⁽³⁾. كما يتضح من خلال معالجة الرئيس الأول للمطالب أن مثل هذا القضاء يتجاهل مبدأ هاما في الإجراءات الجبائية القائم بالأساس على المواجهة بين طرفي النزاع Le principe du contradictoire.

كما أن حضور المتقاضين قد يعطي صدقية لمطلبه، فليس من يكابد الصعاب كمن يتحدث عنها أو يرويها بحياد وبنوع من البرود وربما اللامبالاة. وفي كل الحالات، فإنها فرصة لأن يقف القاضي على وجاهة المطلب من عدمه.

- M. Ridha Jenayah, Le sursis à exécution des décisions administratives en Tunisie, R.T.D. 1977, II, p. 74 et s.

-Mustapha Bahia, Le sursis à exécution des actes administratifs en Tunisie, Servir n° 39, 1987 - I, p. 33.

-Le sursis à exécution des décisions administratives à travers la jurisprudence du Tribunal administratif, in l'œuvre jurisprudentielle du tribunal administratif tunisien, Sadok Belaïd (sous la direction de), C.E.R.P., 1990, p. 493.

ولنفس المؤلف باللغة العربية :

- توقيف تنفيذ المقررات الإدارية، إصلاح القضاء الإداري، مرجع سابق، ص 211.

⁽¹⁾ على سبيل المثال قدم المطلب يوم 29 جويلية 2002 وتم البت فيه يوم 3 أوت 2002 (القرار الصادر في القضية عدد 43/1112 بتاريخ 3 أوت 2002).

⁽²⁾ وقفنا على هذه الحقيقة من خلال جرد سنوات عديدة شملت مادة توقيف تنفيذ القرارات والأحكام ذات الصبغة الجبائية.

⁽³⁾ مصطفى باهية، مرجع سابق، ص 217.

وهكذا يتبين بالتأمل في المطالب التي صدرت في المادة الجبائية أنّ الرئيس الأول قد حاول سدّ الثغرات التشريعية ونجح في بلورة نظام إجرائي متكامل إستلهمه إلى حدّ بعيد من الإجراءات الأساسية المتصلة بالقيام في الأصل ومن الإجراءات السائدة في مادة توقيف القرارات الإدارية. ويتميّز هذا النظام الإجرائي بالتشدد والإيغال في الشكليات ويمنع المتقاضى من الوصول إلى قاضيه. وما يلفت الإنتباه كذلك هو أن قرارات الرئيس الأول تتمتع بحصانة بما أنها غير قابلة للطعن.

ج - إستبعاد سبل الطعن في قرارات توقيف التنفيذ

تصدر قرارات توقيف التنفيذ عن أعلى هيئة قضائية رئاسية. ومن هذا المنطلق فإنّه يصعب أن تقبل في شأنها سبل الطعن رغم سكوت الفصل 71 (جديد) عن هذه المسألة. وما يعزّز هذا الموقف هو التحجير الذي تضمّنه الفصل 41 (جديد) الذي بيّن أنّ القرارات الصادرة في مادة توقيف التنفيذ أو تأجيله «تحفظية، ولا تقبل أي وجه من أوجه الطعن ولو بالتعقيب»⁽¹⁾.

وهذا الإختيار التشريعي الذي يفضي إلى إستبعاد سبل الطعن في قرارات توقيف التنفيذ يعدّ نيلاً من مبدأ حقّ المتقاضى في الطعن Le droit du justiciable au recours والذي بدونه لا يمكن الحديث عن محاكمة جبائية عادلة⁽²⁾. لكن ما يخفف حدة هذا الاختيار هو أن توقيف التنفيذ لا يتميّز بقوة إتصال القضاء. فهو يبقى إجراء وقتياً وفرعياً وتحفظياً، وهو ما ينزع عنه قوّة إتصال القضاء⁽³⁾.

⁽¹⁾ وقياساً على ذلك، فإنّه لا يجوز الطعن في قرارات من درجة أعلى على اعتبار أنّ توقيف التنفيذ في المادة الجبائية يتعلق بدعوى تعقيبية.

⁽²⁾ Martine Fabre, Le droit à un procès équitable, J.C.P. 1998, G. I, n° 157.

⁽³⁾ عياض ابن عاشور، القضاء الإداري وفقه المرافعات الإدارية في تونس، الطبعة الثانية، مركز النشر الجامعي، سراس للنشر، 1998، ص 263.

وعملاً بهذه القاعدة، فإنّه يجوز للمتقاضى تقديم مطالب جديدة في توقيف التنفيذ بالاعتماد على أسانيد قانونية جديدة⁽¹⁾. وإلى جانب كونه قضاءً رئاسياً، يتميّز توقيف التنفيذ في المادة الجبائية بالحذر المفرط الذي سلكه الرئيس الأول.

II - إختصاص يمارسه الرئيس الأول بحذر مفرط

تأكيداً للصيغة الاستثنائية لتوقيف التنفيذ في المادة الجبائية، منح المشرّع للرئيس دون سواه الإختصاص والإجتهد⁽²⁾. فالرئيس الأول يتمتع بسلطة تقديرية واسعة، ذلك أنّ توقيف التنفيذ في هذه المادة تقديري وليس بالتوقيف الوجوبي⁽³⁾.

ويشترط للإذن بتوقيف التنفيذ توفر شرطين متعاقبين هما إستحالة الرجوع بالحالة إلى ما كانت عليه قبل التنفيذ أو أن يفضي إلى نتائج يصعب تداركها (أ). وقد زاد الرئيس الأول من استثنائية توقيف التنفيذ عندما أضاف شروطاً أخرى يزخر بها فقه القضاء ولم ترد في نص القانون (ب).

أ - شروط تشريعية صارمة

قيّد المشرّع توقيف التنفيذ بشرطين متناوبين يتميّزان بالصرامة، هما إستحالة الرجوع بالوضعية إلى ما كانت عليه قبل التنفيذ أو أن يفضي التنفيذ إلى

⁽¹⁾ بعد تردد إختارات المحكمة الإدارية هذا الحل خاصّة في قرارها الصادر في 26 مارس 1996، الرابطة التونسية للدفاع عن حقوق الإنسان ضد وزير الداخلية والذي جاء فيه خاصة ما يلي : «وحيث أنّ مادة توقيف التنفيذ لا تخضع لقاعدة إتصال القضاء باعتبارها تندرج ضمن الوسائل التحفظية التي لا تمسّ بأصل النزاع وتفرّعا على ذلك فإنّه يجوز تقديم مطلب جديد في توقيف التنفيذ يتعلق بنفس القرار الإداري بالاعتماد على أسانيد أخرى غير التي سبق الإعتماد عليها». وما ينطبق على المقررات الإدارية ينسحب على توقيف التنفيذ في المادة الجبائية.

⁽²⁾ إبراهيم البرتاجي، مرجع سابق، ص 246.

⁽³⁾ التوقيف الوجوبي هو الذي يجعل السلط التي تمنحه في وضع مقيد كالإذن بتوقيف التنفيذ شرط التأمين مثلاً.

نتائج يصعب تداركها. ويرجع تقدير توفر هذين الشرطين لاجتهاد القاضي الذي يستمد من وقائع وملابسات المطالب المقدمة إليه ما قد يدعو إلى الإذن بالتوقيف أو الرفض (*appréciation in concreto, cas par cas*) وهذا الفحص يتم طبق مقاربة ملموسة، فكلّ مطلب توقيف تنفيذ هو حالة منفردة بذاتها.

وبالتمتع في القرارات الصادرة في هذه المادة، يتبين أنّ الرئيس الأول لا يتفحص المطاعن ولا يعرضها بصفة مستفيضة، مكتفياً بردها صبرة واحدة بتعلّة عدم توفر الشروط دون تعليل مستساغ. وما يُعابُ على الطريقة التي إعتدتها الرئيس الأول في تعاطيه مع مطلب توقيف التنفيذ هو تناسيه أن قضاء العجلة لا يحول دون الفحص القانوني السريع لا محالة والجدي في نفس الآن. فإضمحلال كيان مؤسسة واندثار نشاطها وما يترتب عن ذلك من فقدان مواطن شغل لا يشكل إستحالة الرجوع بالوضعية إلى ما كانت عليه قبل التنفيذ «لأنّ الأداء هو دين في ذمّة الطالب وأنّه عليه والحالة هذه أن يقرأ له ألف حساب في موازنته السنوية ضمن المصاريف الحتمية على الوجه القانوني المطلوب حتى لا يفاجأ بتوظيفه عليه جبراً»⁽¹⁾.

والنيل من تنافسية المؤسسة وإدخال الاضطراب على وضعيتها المالية والتأثير السلبي على قيمة أسهمها ببورصة القيم المنقولة اعتبره الرئيس الأول من فئة الأضرار الإحتمالية ورفض الاستجابة لطلب توقيف التنفيذ⁽²⁾.

وإخضاع مؤسسة إلى القانون المتعلّق بالمؤسسات التي تمرّ بصعوبات اقتصادية⁽³⁾، وبيع متقاضي لمسكنه الرئيسي لا يشكلان أضراراً يصعب تداركها. كما أنّ دفع الأداءات المستوجبة والتي قد تؤدي إلى إفلاس الشركة لا يترتب عنه

⁽¹⁾ راجع بهذا الشأن القرار الصادر في القضية عدد 4366 ت.ت. بتاريخ 1997/04/30.

⁽²⁾ القرار الصادر في القضية عدد 43250 ت.ت. بتاريخ 27 ماي 1998.

⁽³⁾ القرار الصادر في القضية عدد 43/1033 ت.ت. بتاريخ 4 مارس 2002.

نتائج يصعب تداركها. وتماشياً مع هذا الاجتهاد، بإمكان المتقاضين إسترجاع المبالغ من الدولة إذا ما إستصدروا قرارات تقضي بالنقض (شراء مسكن وبعث مشروع جديد،...).

وبالتالي الرجوع بالوضعية إلى ما كانت عليه قبل التنفيذ ؟ !

وكما عبر عن ذلك أحد مندوبي الحكومة الفرنسية في ملحوظاته⁽¹⁾، إن باب الضرر الذي يصعب تداركه يفتح عندما يكون الخراب في الموعد

La porte du préjudice difficilement réparable s'entrouvrirait lorsque la ruine était au rendez-vous.

إنّ هذا التشنّد مردّه أنّ الرئيس الأول لا يريد أن يفتح ثغرة في المادة الجبائية في ظروف الدولة في حاجة ماسة إلى موارد لتعويض النقص الحاصل جراء تفكيك المعاليم القمرقية⁽²⁾.

ومن خلال استقصاءاتنا لم نعثر سوى على قرار وحيد يقضي بمنح توقيف التنفيذ لوجود منازعة في مدى سلامة قرار التوظيف موضوع الطعن زيادة عما سيترتب للعارض من نتائج للعارضة نحو حرفائها الموزعين بكامل تراب الجمهورية والحال وأنّ الأمر لم يحسم بصفة باتّة من طرف القضاء⁽³⁾.

والإستجابة لطلب توقيف التنفيذ في هذه الحالة بالذات تبدو غريبة وفي غير محلها لأنّ طالب توقيف التنفيذ هو مؤسسة عمومية وهي على وجه التحديد الشركة التونسية لإستغلال وتوزيع المياه. ووضعها المالي يسمح لها بدفع قرابة أربعة ملايين دينار دون أن يحصل لها أي ضرر.

⁽¹⁾ Conclusion L. Touvet dans l'arrêt du C.E. du 19/01/2001 Confédération nationale des radios libres, AJDA 2001. 150, chron. M. Guyomar et P. Collin).

⁽²⁾ الصغير الزكراوي، السياسة الجبائية في تونس، الملامح والمطامح، المجلة التونسية للقانون، 2005، ص 153.

⁽³⁾ القرار الصادر في القضية عدد 43853 ت.ت. بتاريخ 7 ماي 2001، الشركة التونسية لإستغلال وتوزيع المياه ضدّ الإدارة العامة للمراقبة الجبائية.

ويُتضح، أنّ الرئيس الأول دأب على رفض المطالب المقدمة إليه، ولكن عندما اجتهد فإنه منحه لمن لا يستحقّه.

أما في القانون المقارن وبالتحديد الفرنسي، فقد تطوّرت مؤسسة توقيف التنفيذ في المادة الجبائية بصورة ملموسة ولا يتردّد القضاء في الإذن بالتوقيف كلما أدّى الأمر إلى ذلك. ففي فرنسا مثلاً تمّ تلطيف الشرط⁽¹⁾ من نتائج يصعب تداركها La condition de l'existence de conséquences difficilement réparables إلى نتائج خطيرة ومباشرة Conséquences graves et immédiates. وبالإضافة إلى ذلك، أكد القضاء الفرنسي أنه يمكن الجمع بين توقيف الدفع Le sursis au paiement وقضاء العجلة في المادة الجبائية⁽²⁾ Le référé fiscal suspensif.

وقد منح مجلس الدولة الفرنسي توقيف التنفيذ في حالات عديدة منها خاصة :

- risque de perte de l'outil de travail résultant de l'obligation de vendre soit le fonds de commerce source principale de ses revenus, soit les parts qu'il détenait dans son entreprise, soit son unique actif professionnel.
- Il en allait de même en cas : de saisie d'un véhicule constituant le seul élément de l'actif d'un marchand ambulant le contraignant à interrompre son activité commerciale .
- Lorsque le paiement de l'impôt pouvait entraîner le cessation de paiement et la liquidation de la société ou bien lorsque le contribuable se voyait contraint de vendre sa résidence principale ou se trouve privé de la quasi totalité de ses revenus (pour une saisie des 4/5 des revenus : C.E. Sect., 13 juin 1984.

¹⁾ Gilles Bachelier, La combinaison du sursis au paiement et du référé suspension dans le .837. contentieux fiscal, RFDA, juillet-août 2001, p .

²⁾ Voir la loi n° 2000-597 du 30 juin 2000, relative aux procédures d'urgence devant le juge administratif.

ويمكن أن يكون هذا التوقيف كلياً أو جزئياً⁽¹⁾.

وخلافاً لذلك فإنّ مجلس الدولة لم يمنح توقيف التنفيذ في الحالات التالية :

- Lorsque le patrimoine du contribuable était plusieurs fois supérieur à sa dette fiscale même si celle-ci était importante.
- Lorsque la somme du litige est faible (C.E. 6 juin 1984 Venutolo, n° 48173, RFJ, Août sept. 1984).
- Association de gestion artisanale, n° 97347, (R.J.F. Nov. 1989, n° 1278⁽²⁾)

وتتضاف إلى هذه الشروط التشريعية المجكفة شروطاً فقه قضائية متعددة.

ب - شروط فقه قضائية متعددة

توخّى الرئيس الأول الحذر في منح توقيف التنفيذ. وهذه المعالجة القائمة على الحذر يستشفها الدارس لهذه المسألة من خلال فقه القضاء كما يتجلى ذلك من خلال القرار الصادر في القضية عدد 4366 ت ت بتاريخ 30 أبريل 1997 والذي جاء فيه ما يلي : "حيث أنّ المطلب يندرج ضمن الحالة التي نصّ عليها الفصل 71 جديد من قانون المحكمة الإدارية.

وحيث اقتضى الفصل 70 قبله الفقرة 2 أنّ الطعن بالتعقيب لا يوقف تنفيذ الحكم المطعون فيه غير أنّه وبصورة استثنائية قد نصّ الفصل 71 المشار إليه أعلاه على أنّه للرئيس الأول أن يأذن بوقف التنفيذ.

وحيث أنّ صيغة هذين النصين توحى بتوخّي الحذر في منح الإذن

¹⁾ Le sursis à exécution du rôle ou de l'avis de mise en recouvrement accordé au contribuable peut n'être que partiel. (C.E. 10 juill. 1985. req. 64. 357 : RJF 1985, p. 728 25 juill. 1986, req. n° 70 251 : DF 1986, C. 2398 ; RJF 1986, p. 582).

Le C.E. peut ordonner qu'il soit sursis à l'exécution des articles du rôle, à l'exception des mesures conservatoires prises par l'administration au jour du prononcé de l'arrêt de sursis.

Le sursis à exécution des articles des rôles ordonné par le juge peut être limité aux suppléments d'impôts correspondant au redressement pour lequel est invoqué un moyen sérieux. (C.E. 26 oct. 1992. req. N° 90 914 : DF 1993, C. 638. Concl. Fouquet; RJF 1992, n° 1730).

²⁾ Voir C. David, O. Fouquet, Bernard Plagnet, P.F. Racine, Les grands arrêts de la jurisprudence fiscale, Dalloz, 3ème édition, 2000, p. 929.

المطلوب وعدم المجازفة به حتى لا يصبح هو القاعدة في مضمار التعقيب الذي يبقى الأصل فيه عدم إيقاف التنفيذ.

وحيث أنه تأكيدا لذلك الإتجاه قيد المشرع توقيف التنفيذ في مجال التعقيب بشرطين هما إستحالة الرجوع بالوضعية إلى ما كانت عليه قبل التنفيذ أو أن التنفيذ لا يفضي إلى نتائج يصعب تداركها.

وحيث أنه فيما يتعلق باستحالة الرجوع بالوضعية إلى ما كانت عليه قبل التنفيذ قد تمسك الطالب بأن التنفيذ سوف يؤدي إلى اضمحلال كيانه واندثار نشاطه وبالتالي القضاء على مواطن الشغل التي يوفرها.

وحيث أن الأداء هو دين في ذمة الطالب وأنه عليه والحالة هذه أن يقرأ له حسابا في موازنته السنوية ضمن المصاريف الحتمية على الوجه القانوني المطلوب حتى لا يفاجأ بتوظيفه عليه جبرا مثلما هو الشأن في صورة الحال.

وحيث أنه علاوة على ذلك تبدو أسانيد الطعن غير جدية على الأقل في جزء كبير منها.

وحيث أضحى المطلب في ضوء ما سلف بيانه لا يستجيب للأوضاع القانونية التي يقتضيها الفصل 71 جديد - المومل إليه أعلاه الأمر الذي يتجبه معه رفضه.

لذا ودون المساس بالأصل قررنا رفض المطلب".

وبغاية جعل الحصول على مطلب في توقيف التنفيذ مهمة مستحيلة، أضاف الرئيس الأول شروطا أخرى : الأسانيد الجدية وموضوع إيقاف التنفيذ هو أداء مال وقدرة الدولة على الإيفاء بالدين في صورة الحكم ضدها. وذلك فضلا إلى الشرط التقليدي وهو الصبغة المالية لقرار التوظيف.

وبالرجوع إلى فقه القضاء المتوفر في هذه المادة يتضح أن الرئيس الأول يقرن عدم توفر الشرط الوارد بالفصل 71 بعدم جدية أسانيد وأسباب الطعن بالتعقيب⁽¹⁾.

كما أنه، وهذا اتجاه جديد ومثير للتساؤل في نفس الوقت، فإن الرئيس الأول يعتبر أن موضوع توقيف التنفيذ "هو مقدار من المال أداؤه من طرف المتقاضى لا يجعله في وضعية يستحيل معها إرجاع الحالة إلى ما كانت عليه خاصة ومصدر البطاقة هو من المؤسسات المليئة وإسترجاع المال منها لا يستحيل تحقيقه"⁽²⁾.

كما نجد نفس الإتجاه في قضايا أخرى منها القرار الصادر في القضية عدد 43/1287 بتاريخ 5 جوان 2003 والذي جاء فيه ما يلي : "حيث بقطع النظر عن مدى جدية الأسباب المستند إليها في طلب توقيف التنفيذ وطالما الأمر يتعلق بأداء مبلغ من المال فإنه لا وجود لاستحالة إرجاع الحالة لما كانت عليه بعد التنفيذ خاصة والمستخلصة للمال هي الدولة وهي مليئة وإجراءات الإسترجاع واضحة فلا مبرر للاستجابة للمطلب"⁽³⁾.

يتضح من خلال هذه القرارات أن فقه القضاء في مادة توقيف التنفيذ في المادة الجبائية يستلهم حله من مبدأ كان ساري المفعول في النزاع الإداري مفاده أن الضرر المالي يمكن جبره : *Un préjudice en argent n'est jamais irréparable* (C.E. 18 juin 1954 préfet du Var, Rec. Lebon, p. 365) والذي وقع تنسيبه nuancé بعدئذ.

⁽¹⁾ يراجع على سبيل الذكر : القرار الصادر في القضية عدد 43/1033 ت ت بتاريخ 4 مارس 2002.

⁽²⁾ القرار الصادر في القضية 43/1472 ت.ت. بتاريخ 31 ماي 2004 وفي نفس الاتجاه القرار الصادر في القضية عدد 43/1295 ت.ت. بتاريخ 25 جوان 2003.

⁽³⁾ ونجد تقريبا نفس الصبغة في القرارات الصادرة في القضيتين عدد 43/1543 وعدد 43/1561 بتاريخ 18 و 19 أوت 2004.

ولما كان النزاع الجبائي هو نزاع مالي بطبيعته، فإنّ إيقاف التنفيذ فيه يصبح أمراً عصبياً. أمّا القول بأنّ خزانة الدولة مليئة⁽¹⁾ la solvabilité de l'Etat فهو قول غير مقنع. إذ كان على الرئيس الأول النظر في النتائج المترتبة عن التنفيذ وتقدير الأمور حالة بحالة، تماماً مثلما يتعاطى مجلس الدولة الفرنسي مع هذه المسألة. فالقاضي مدعو إلى تعديل الأوضاع الاقتصادية والاجتماعية وسد الثغرات التشريعية وإسعاد المطالب بالضريبة إذا ما تبين له أن التوازن بين أطراف النزاع قد إختل وتعيّن بالتالي إرجاع الأمور إلى نصابها تجنباً للإحتقان والحدق الاجتماعيين.

وإذا كانت الغاية من الرّفص الآلي لمطالب توقيف التنفيذ هي حماية المصلحة العامة المتمثلة في المصلحة المالية، فإنّ الرئيس الأول يكون قد تناسى أنّ منح توقيف التنفيذ لا يتناقض مع هذه المصلحة بل يتناغم ويتساوق معها⁽²⁾. صفوة القول ومجمله، تأكّد، بما لا يدع مجالاً للشكّ أنّ قضاء العجلة في المادة الجبائية هو قضاء العسر وقضاء الضائقة المالية التي ما بعدها من ضيق، فهو اللحظة التي يلوذ فيها المتقاضي بالقاضي لمجابهة "عوادي الزمن وقسوة الظروف". كما تأكّد أنّ أفراد الرئيس الأول للمحكمة الإدارية بالبت في مطالب توقيف التنفيذ في هذه المادة يشكل حلاً غير صائب، وبات واضحاً بالتالي أنّ منح هذا الإختصاص إلى هيئة حكومية جماعية هو الحل الأفضل. فقد أفرغ الرئيس الأول هذه المؤسسة من جدواها وحال دون تطور قضاء إستعجالي مستنير في المادة الجبائية. كما حرم المتقاضين من حقهم في التقاضي الذي أصبح أحد متطلبات حقوق الإنسان. وأفضى الاستمرار في هذا النهج إلى تجميد توقيف التنفيذ الذي يُعد أحد أهم ضمانات المطالب بالأداء والنيل من مبدأ حسن سير القضاء.

⁽¹⁾ وهي ترجمة مستهجنة. وكان من المستحسن ترجمتها بـ : الدولة موسرة أو الدولة قادرة على الوفاء.

⁽²⁾ Jean-Paul Marcus, Sursis à exécution et intérêt général, AJDA, 1996, p. 251.

وبالإضافة إلى ذلك، ساهم فقه قضائه في هذه المادة بتأكيد الفكرة السائدة عن النزاع الجبائي المتمسّ بانخراط التوازن بين الإدارة الجبائية من جهة والمطالب بالأداء من جهة أخرى.

سلطة القاضي الاستعجالي على انفساخ عقود الأكرية

الأزهر القروي الشابي
المحامي لدى محكمة التعقيب

من المتفق عليه قانونا وفقها أنّ المادة الاستعجالية ترتكز أساسا على
ركنين أساسيين هما :

□ الأول : التأكد.

□ والثاني : عدم المساس بالأصل.

وأنّه كلما إختلّ ركن من هذين الركنين إلا وخرج النزاع عن نظر قاضي
الأمر المستعجلة وبات من المتأكد رفضه وعندها لا يسع المدعي إلا الالتجاء إلى
محكمة الأصل لفض النزاع.

ومن هنا كان طلب فسخ عقود الأكرية خارج عموما عن أنظار القاضي
المذكور لما قد يثيره من منازعات قد تخرج بالقضية عن مرجع نظره لعدم توفر
الركن الثاني المتمثل في عدم المساس بالأصل أما التصريح بانفساخ عقود الأكرية
فإنه يدخل في بعض الحالات صلب إختصاص القضاء المستعجل.

ولعلّه من المفيد التفريق بين فسخ عقود الأكرية وانفساخها فالفسخ غالبا ما
يكون متولّدا عن إخلال أحد طرفي العقد بالواجبات المحمولة عليه وبما أنّه كذلك
فإنّ البتّ فيه يكون دائما من علائق محكمة الأصل بينما إنفساخ العقد قد يتولّد عن
اتفاق الطرفين اللذين إشتراطوا ذلك صلب العقد أو عن القانون.

وغنيّ عن بيان أنّ عقود الأكرية هي من العقود الوقتية الشخصية التي لا
تمسّ بالحقوق العينية وهي عقود منفعة قد يطرأ عليها ما يوجب فسخها أو
انفساخها ولتحقيق هذا الغرض حدّد المشرّع صلب الفصل 796 الصّور التي تخول

للمكرى أي المالك حق فسخ الكراء مع غرم خسائره إذا حصل له شيء مما ورد
بصور ثلاثة هي :

(1) إذا إستعمل المكري العين المكررة في غير ما أعدت له بحسب طبيعتها أو العقد.

(2) إذا أهمل المكري العين المكررة حتى حصل لها ضرر معتبر.

(3) إذا لم يؤدّ الكراء الحال عليه.

ففي هذه الصور الثلاثة خول المشرع لمالك الجدران القيام بطلب فسخ العقد وهذا الفسخ خارج عن نظر قاضي العجلة وهو من اختصاص قاضي الأصل نظرا لما تحدثه النزاعات المتعلقة به من خلافات تخرج بطبيعتها عن نظر القاضي الإستعجالي وقد إستقرّ فقه القضاء على إعتبار أنّ حصول صورة من الصور الثلاثة الوارد بها الفصل 796 توجب فسخ عقد الكراء.

وحرص المشرع من خلال هذا الفصل على حق المالك في طلب الفسخ ولم يتعرّض لحقوق المتسوّغ صلب الفصل المشار إليه التي تخوّله بدوره حق طلب فسخ عقد الكراء ضرورة أنّ الفصل المذكور تعرّض لحقوق المالك فحسب إلاّ أنّه بالرجوع إلى الجزء الثالث من القسم الأول من الباب الأول المتعلّق بالكراء وبالتحديد إلى الفصل 748 نجد أنّ المشرع قد أعطى للمكري حق طلب فسخ عقد الكراء في عدّة صور منها :

(1) إذا وقع عليه تشويش في حوزة للمكرى سواء كان ذلك من المالك أو من الغير.

(2) إذا قام المالك بإصلاحات في المكرى تمنع المكري من الانتفاع بجميع المأجور أو جلّه دامت أكثر من ثلاثة أيام.

(3) إذا ظهرت بالمكرى عيوب تمنع المكري من اسغلاله استغلالا يضمن الغرض الذي وقع عليه الإيجار.

فالفسخ الوارد بهذه الصور سواء ما تعلّق منها بحق المكري موضوع الفصل 796 من م.أ.ع. أو حق المكري في طلب الفسخ تعود بالنظر في قاضي الأصل لأنّه وحده المؤهل لمراقبة مبررات الطلب هذه المراقبة التي تلزمه بتفحص طلبات الأطراف وأدلتهم والبتّ فيها وهو ما لا يمكن لقاضي العجلة القيام به صلب المطالب الاستعجالية.

والمتملّ في النتائج التي يحدثها فسخ العقد أو انفساخه يجدها واحدة فكلّهما أي فسخ العقد أو انفساخه يتولّد عنه وضع حدّ لعقد الكراء وإخراج المكري من مكتراه وإرجاعه لمالكه.

ولئن كانت المحاكم في قضايا الفسخ تفرض سلطتها على طرفي العقد المطلوب فسخه من خلال فحصها لوثائقهم ودفوعاتهم، فتقبلها أو ترفضها فإنّها في الصورة الثانية أي في حالات الإنفساخ يتحدّد نظرها في التثبت من حصول موجب انفساخ العقد وتصرّح به صلب حكمها فسلطتها في هذه الحالة ليست مطلقة مثلما هو الشأن في قضايا فسخ العقود.

وانفساخ العقود مثلما قدّمت له في الطالع قسمان إما أن يتولّد عن إرادة الطرفين المتعاقدين وهو ما سنتناوله في الجزء الأول وإما أن يحصل بموجب مفعول القانون وهو مناط الجزء الثاني من هذه المداخلة.

الجزء الأول : انفساخ عقد الكراء بموجب إرادة الطرفين

ما من شكّ أنّ إرادة الطرفين عند التعاقد هي المظهر المسيطر على العقد ولذلك فإنّه يحقّ لكلّ طرف أن يشترط صلب العقد ما يراه متلائما مع مصلحته بشرط أن لا تكون هذه الاتفاقات منافية للمبادئ القانونية أو الأخلاقية ولذلك فإنّ العقود تعتبر القانون الخاصّ المنظم للعلاق بين المتعاقدين وهذا المبدأ أكدّ عليه

المشرع صلب الفصل 242 من مجلة الالتزامات والعقود عندما قال "ما انعقد على الوجه الصحيح يقوم مقام القانون فيما بين المتعاقدين ولا ينقض إلا برضاها أو في الصور المقررة في القانون".

وعلى هذا الأساس يمكن للمالك والمكثري منه أن يشترطا في عقد الكراء ما يراه كل واحد منهما ضامنا لمصالحه. ومن ذلك التنصيص على الشرط الفسخي (فرع أول) الذي يثير تحقيقه تحديد سلطة القاضي الاستعجالي في القضاء بالانفساخ (الفرع الثاني).

الفرع الأول : التنصيص على الشرط الفسخي

يبين التطبيق أن أغلب عقود الإيجار أن لم تكن كلها تنص على شروط يجب احترامها من الطرفين كما تبين من هذه العقود أن طرفيها يشترطان دائما صلبها أن مخالفة شرط من الشروط يتولد عنها انفساخ العقد فإذا ما حصل إخلال بأي شرط أمكن للمتنتفع من ذلك الإخلال أن يقوم بطلب انفساخ العقد ويكون للمحكمة في مثل هذه الحالة سلطة تقديرية تنحصر في التثبت من حصول الشرط الفاسخ من عدمه وإذا ما تحققت من حصوله تقضي بانفساخ العقد والعكس يؤدي إلى رفض الطلب وهذا المبدأ له أصل ثابت في مجلة الالتزامات والعقود فتنه الفصل 274 منها الذي ورد به ما يأتي "إذا اشترط المتعاقدان أن عدم وفاء إحداهما بما التزم به يوجب فسخ العقد فإن العقد ينفسخ بمجرد وقوع ذلك".

ونرى في هذا النص أن المشرع عبّر بعبارة "فإن العقد ينفسخ بمجرد وقوع ذلك" ولم يستعمل عبارة فإن العقد يفسخ وقصده من ذلك التفريق بين فسخ العقد وانفساخه وإظهار أيضا أن سلطة المحكمة محدّدة بمعاينة حصول الشرط الفاسخ وترتيب النتائج القانونية عليه.

وجاء فقه قضاء محكمة التعقيب في هذا الخصوص متواترا مجمعا على ذلك من خلال عدّة قرارات من ذلك ما ورد بالقرار التعقيبي المدني عدد 858 المؤرخ في 22 مارس 1979 (ن.م.ت. لعام 1980 ص 147) الذي أقرّ المبدأ الآتي : "إذا اشترط العاقدان أن عدم وفاء أحدهما بما التزم به يوجب فسخ العقد فإن العقد ينفسخ بوقوع ذلك" (الفصل 274 من مجلة الالتزامات والعقود). وما ورد بالقرار التعقيبي عدد 9763 المؤرخ في 8 أكتوبر 1984 (ن.م.ت. لعام 1985) الذي أقرّ أن "عدم وفاء المكثري بما التزم به بموجب الشرط الفسخي... يترتب عنه انفساخ عقد التسويغ وفقا للفصل 12 منه والفصل 274 مدني". وأما ورد أيضا بالقرار التعقيبي المدني عدد 7329 المؤرخ في 8 جوان 1989 من "حسب صريح الفصل 274 مدني فإن اشتراط الفسخ في صورة إخلال أحد المتعاقدين بما التزم به ينجر عنه انفساخ العقد بمجرد وقوع ذلك".

فكلما حصل خرق لشرط من شروط العقد واتفق الطرفان على ترتيب انفساخ العقد عليه إلا وكان الانفساخ آليا.

ولعل السؤال الذي يفرض نفسه هو من يقضي بهذا الانفساخ فهل هو قاضي الأصل أم القاضي الاستعجالي.

الفرع الثاني : سلطة القاضي الاستعجالي في تقرير الانفساخ

إن ما جرى به العمل القضائي هو أن الانفساخ عن اتفاق الطرفين في صورة حصول الإخلال بشرط من شروط العقد بقي دائما من أنظار قاضي الأصل ومرجع النظر الحكمي فيه يتحدّد بمعين الكراء السنوي إذا كان الكراء لا نزاع فيه حسبما اقتضى ذلك الفصل 23 من مجلة المرافعات المدنية والتجارية.

ويبدو أنّ تخصيص قاضي الأصل بالنظر في هذا الموضوع قد تولّد عن الاحتياط الذي يتحصن به المحامون عند نشر مثل هذه الدعاوى لأنهم يخشون حصول نزاع حول الشرط الفسخي أمام قاضي الأمور المستعجلة ممّا يؤدي على رفض المطلب ولذلك تجنباً لكلّ هذه المشاكل يلتجؤون إلى قاضي الموضوع من أول وهلة وإني أرى شخصياً أنّه إذا ما رتب المتعاقدان إنفساخ العقد على مخالفة الشرط وحصلت هذه المخالفة بالفعل فإنّه لا مانع قانوناً يمنع القاضي الاستعجالي من القضاء بانفساخ العقد لتحقيق شرط الفسخ كلما ثبت لديه التأكّد وعدم المساس بالأصل ولا شك أنّ خرق أحد الطرفين لشرط من شروط العقد تتولّد عنه مضرة للطرف الآخر ومن الأكيد رفع هذه المضرة من قبل القاضي الاستعجالي وقراره هذا يتوفّر فيه ركنا القضاء المستعجل لأنه لا يمكن بأيّ حال الإبقاء على المضرة قائمة في جانب المعاهد المتضرّر حتى يبيّت قاضي الموضوع في الأمر الذي قد يتمادى نظره في الخصومة لعدّة أشهر وهو ما تتفاقم به المضرة.

ومن المتّجه في هذا المضمار الإشارة إلى أنّ القاضي الاستعجالي الذي لا يمنع عليه القانون تفحص دفع الأطراف ووثائقهم أن يقضي استعجالاً بانفساخ العقد كلما ثبت لديه أنّ أحد الطرفين قد أخلّ بشروطه الواجب عليه احترامها بعد أن يتأكّد من وجود فصل في العقد يربّط انفساخه على حصول مخالفة الشرط فكّماً كانت الوقائع غير محلّ خلاف لدى الأطراف وكانت تكتسي صبغة الاستعجال إلّا وأمكن للقاضي الاستعجالي البتّ فيها وكثيراً ما نرى في عقود الأكرية فصولاً اتفق عليها الطرفان تحيل النّظر في انفساخ العقد عند مخالفة الشرط إلى قاضي العجلة. فهل أنّ هذا الاتفاق الصّادر عن الطرفين يعدّ مساً بقواعد الاختصاص الحكمي الذي لا يمكن أن يتّفق المتعاقدان على تغييره.

والجواب هو أنّ هذا الاتفاق لا يشكل مساً بقواعد الاختصاص الحكمي لأنّ المتعاقدين عند اتفاقهما على ذلك وخصوصاً من وجهة نظر مالك العقار للموضوع

هو أنّ مخالفة شروط العقد تلحق به ضرراً متجدّداً وهذا الضّرر يتّجه رفعه عليه في أقرب وقت ومن الثابت أنّ رفع المضرة يدخل بدون نزاع في اختصاص القاضي الاستعجالي وذلك لتوفّر الركنين المبرّرين لنظره وهما التأكّد الذي يحصل في طبيعة النازلة وعدم المساس بالأصل طالما اتّفق الطرفان مسبقاً على أنّ مخالفة الشرط توجب انفساخ العقد استعجالاً والغرض من ذلك هو درء المضرة حتى لا تتواصل.

ولإنهاء البحث في هذا القسم أبين أنّ هناك خلافاً بين شراح القانون حول اختصاص القاضي الاستعجالي بدعاوى انفساخ العقد عند حصول الشرط الفاسخ إذ هناك من يرى أنّ هذا القاضي لا يمكن له أن يقضي بانفساخ عقود الكراء ودليلهم على ذلك أنّ هذا النوع من الخصومات دائماً ما يثير خلافات حول حصول الشرط الفسخي وهو ما يجبر القاضي الاستعجالي على الانكباب على دراسة وثائق الأطراف وترجيح بعضها على البعض الآخر وهذا يمسّ بالأصل مما يخرج النزاع عن أنظاره وهذا الرأى مستقرّ تقريباً عند شراح مجلة المرافعات المدنية الفرنسية الجديدة الذين يذهب البعض منهم إلى الحدّ من نفوذ القاضي الاستعجالي. ومن الفقهاء من يرى أنّ انفساخ عقود الكراء بموجب حصول الشرط الفسخي يدخل تحت ولاية القاضي الاستعجالي ودليلهم على ذلك أنّ حصول الشرط الفاسخ ينهي بموجب اتّفاق الطرفين علاقة الإيجار ولذلك فإنّه لا مبرّر لاستمرار هذه العلاقة لأنّ استمرارها تتولّد عنه مضرة للطرف المتمسّك بالشرط الفاسخ وأنّه لا مبرّر لاستمرار هذه المضرة وأنّ من اختصاص القاضي الاستعجالي الحكم برفعها وهذا الرأى يعتمد مثلاً الأستاذ معوض عبد التواب رئيس نيابة النّقض بالقاهرة في كتابه "الوسيط في قضاء الأمور المستعجلة".

أمّا في بلادنا فإنّ المتصّحّ لنصوص مجلة الالتزامات والعقود يظهر له أنّ المشرّع يستعمل دائماً عبارة "فسخ العقد" وهذا ما ورد في نصوص باب الكراء

إلا أنه تعرّض للشرط الفاسخ للعقود بصورة عامّة ونتائج صلب الفصل 130 من المجلّة المذكورة حيث قال "الشرط الفاسخ لا يتوقّف لأجله إجراء الالتزام وإنما يوجب على صاحب الدّين ردّ ما قبضه عند حصول الشرط...".

وانطلاقاً من هذا الفصل أصدرت محكمة التّعقيب بعض القرارات منها :
القرار التّعقيبي المدني عدد 2448 مؤرّخ في 4 ماي 1981 (ن.م.ت. 1982 ص 228 ج 1) الذي أقرّ المبدأ الآتي : "طالما نص عقد التسويغ على أن يتمّ خلاص معين الكراء كلّ ثلاثة أشهر مسبقاً بمحلّ المكرو برسالة مضمونة الوصول وبواسطة المحامي ولا شيء يثبت حصول الاتفاق على تغيير مكان أداء معين الكراء عوضاً عما جاء بعقد التسويغ فإنّه من حقّ المعقّب عليه مطالبة الطاعن بأداء معين أداء الكراء بمحله وإحجابه عن ذلك بدون سبب وجيه فيه إخلال بالشرط المتفق عليه موجب لفسخ العقد شريعة الطّرفين فطالما جاء بعقد التسويغ أنّه في صورة مخالفة شرط من شروطه وخاصة عدم دفع قسط واحد من الكراء في أجله فإنّ هذا التسويغ يفسخ تلقائياً إن أراد المسوغ وقد أراده فعلاً المعقّب عليه (أي المالك) وتمسك به لما طلب الفسخ فإن المحكمة لما اعتبرت عقد التسويغ منفسخاً لتحقيق الشرط الفسخي قد أحسنت تطبيق القانون".

أو ما جاء بالقرار التّعقيبي المدني عدد 15977 المؤرّخ في 27 نوفمبر 1972 من أنّه "إذا كان طلب الفسخ مبنياً على مخالفة شروط العقد وتحقيق الشرط الفسخي فإنّ القضاء بالفسخ بناء على سبب قانوني آخر يعتبر مجافياً لواقع الدّعوى ومستوجباً للنقض".

وهكذا نرى أنّ محكمة التّعقيب عبّرت في القرار الأول بكلمة "فسخ وبكلمة منفسخاً" وبعبارة "يفسخ تلقائياً" إلا أنّها استعملت عبارة "فإنّ المحكمة لما اعتبرت عقد التسويغ منفسخاً..." واستعمل القرار التّعقيبي لكلمة "المحكمة" يوحي بأنّها محكمة الموضوع وليس القاضي الاستعجالي وهذا الفهم يمكن استشفافه مما ورد

بالفصلين 202 و 206 الواردتين في الباب الأوّل من الجزء الخامس من م.م.م.ت. تحت عنوان "في القضاء المستعجل" فالمشرّع في الفصل 202 استعمل عبارة "رئيس المحكمة الابتدائية أو الحاكم المعين من طرفه" وفي الفصل 206 من نفس المجلّة استعمل كلمة "الحاكم" ولم يستعمل كلمة المحكمة التي عندما تطلق يفهم منها محكمة الأصل وخلاصة القول أنّ انفساخ عقد الكراء لحصول الشرط الفسخي المتفق عليه تعاقدياً هو كما سبق أن بيّنت لا يدخل تحت ولاية قاضي العجلة وهذا ما يجري عليه فقه القضاء الآن.

فما هو الشّأن بالنسبة لانفساخ العقد الحاصل بموجب القانون وهو مناط الجزء الثاني من مداخلتي هذه.

الجزء الثاني : انفساخ العقد بموجب القانون

أصدر المشرّع قانونين خاصين في مادة الأكرية :

الأوّل : يتعلق بالمحلات المعدة للسكنى أو الحرفة أو الإدارة العمومية وما تعلّق بها من حقّ البقاء وهو القانون عدد 35 لسنة 1976 المؤرّخ في 18 فيفري 1976 ونقّح بالقانون عدد 122 لسنة 1993 المؤرّخ في 27 ديسمبر 1993 جاء فصله الأوّل ناصّاً على "أنّ أحكام هذا القانون تنطبق على المحلات المعدة للسكنى أو الحرفة أو الإدارة العمومية التي لا تكتسي أيّة صبغة تجارية أو صناعيّة والتي تمّ بناؤها قبل أول جانفي 1954". وهو موضوع الفرع الأول من هذا الجزء.

أما القانون الثاني : فقد تعلّق بتنظيم العلاقات بين المسوّغين والمتسوّغين في ما يخصّ تجديد كراء العقارات أو المحلات ذات الاستعمال التجاري أو الصناعي أو المستعملة في الحرف.

وقد حدّد هذا القانون مدى انطباقه من خلال ما ورد بفصله الأول الذي نصّ على ما يلي "تتطبق أحكام هذا القانون على عقود تسويق العقارات والمحلات التي يستغلّ بها ملك تجاري طيلة عامين متتاليين على الأقلّ سواء كان على ملك تاجر أو صاحب صناعة أو صاحب حرفة". وهو محور الفرع الثاني من هذا الجزء.

الفرع الأول : الانفساخ في قانون 18 فيفري 1976

إنّ مداخلتي هذه سوف لا تتناول من قانون 18 فيفري 1976 المتعلّق بضبط العلاقات بين المالكين والمكترين لمحلات معدّة للسكنى أو الحرفة أو الإدارة العمومية إلّا ما يمسّ بانفساخ عقد الإيجار وسلطة القاضي الاستعجالي علّة الموضوع.

إنّ عقد الكراء المتعلّق بالعقارات تتولّد عنه علاقة منفعة رضائيّة مؤقتة يتفق على عناصرها كلّ من مالك العقار والمتسوّغ وتنتهي هذه العلاقة عادة بانتهاء المدة المحدّدة لها.

إلّا أنّ المشرّع نظرا لبعض الظروف التي تحدث منها أزمة في السكن يضطرّ لحلّ هذه الأزمة إلى إصدار قوانين استثنائيّة تنال من حقّ المالك في استرجاع عقاره عند انتهاء مدة الإيجار من ذلك مثلا ما قام به إثر الحرب العالميّة الثانية عندما أصدر الأمر المؤرّخ في 28 أكتوبر 1948 الذي أقرّ حقّ البقاء بالنسبة لمتسوّغي محلات السكنى أو الحرفة وذلك للحدّ من أزمة السكن وإبقاء هؤلاء المتسوّغين بالمحلات المسوّغة منهم بشروط ليس الآن محلّ ذكرها.

وقد استمرّ هذا الأمر نافذا مع بعض التّقيحات التي أدخلت عليه سنة 1972 إلى أن صدر القانون الذي يهمنّا وهو قانون 18 فيفري 1976 وما يهمنّا

منه هو الفصل 21 الذي نصّ على أنّه "بدون اعتبار كلّ تنصيب مخالف فإنّ الشرط المدرج بعقد الكراء القاضي بالفسخ الوجوبي عند عدم دفع معلوم الكراء في الآماد المتفق عليها لا يكون نافذ المفعول إلّا بعد مضيّ شهر من التّنبية على الكاري عن طريق عدل منفذ ولم يقع الخلاص إثره.

ويجب أن ينصّ التّنبية على هذا الأجل وإلا عد باطلا".

فهذا الفصل أرجع للمالك بعض الحقّ في إخراج المتسوّغ المتمتّع بحقّ البقاء من المكري عند عدم الوفاء بمعيّنات الكراء في مواعيدها المضبوطة بالعقد وقد رتب المشرّع على عدم أداء معيّنات الكراء الفسخ الوجوبي للعقد.

ورغم وجوبيّة هذا الفسخ فإنّه لا يتمّ إلّا بشروط ضمنت صلب الفصل المذكور وهذه الشّروط هي :

أوّلا : وجود علاقة كراء مكتوبة.

ثانيا : أن ينصّ هذا العقد على شرط يقضي بالفسخ عند عدم دفع الكراء في ميعاده.

ثالثا : أن يوجّه المالك للكاري إنذارا بدفع معين الكراء المتخلّد في ظرف شهر من التّنبية ولم يقع الخلاص إثره.

رابعا : أن يوجّه هذا التّنبية بواسطة عدل منفذ والقصد من ذلك توفير الضّمّانات للمتسوّغ.

خامسا : أن ينصّ المالك بالإنذار على أنّ عدم دفع الكراء في بحر أجل الشهر يتولّد عنه الفسخ الوجوبي.

وقد رتب المشرّع على عدم التّنصيب على الشرط الخامس بطلان التّنبية وهذا البطلان هو بطلان مطلق تطبقا للفصل 14 من م.م.م.ت.

فهذه الشروط لابد من توفرها لحصول انفساخ العقد بموجب القانون فعدم وجود عقد كتابي متضمن لشروط فسخي لا ينطبق معه الفصل 21 من القانون المؤرخ في 1976/2/18 ولو صدر تنبيه من المالك.

وهذا ما أكدت عليه محكمة التعقيب في قرارها عدد 4349 المؤرخ في 7/1980/2 حيث قالت "عدم خلاص معين الكراء أثناء الأجل الوارد به الفصل 21 من القانون المؤرخ في 1976/2/18 لا يكون موجبا للفسخ إلا إذا كانت عقدة التسويغ كتابية".

كما أن خلو العقد الكتابي من شرط الفسخ الوجوبي عند عدم الخلاص في الأجل لا يطبق معه الفصل 21 المذكور وهذا ما أكدت عليه محكمة التعقيب في قرارها عدد 3907 الصادر في 20 أكتوبر 1981 حيث أقرت المبدأ الآتي "خلو عقد الكراء السكني من الشرط الفسخي بموجب عدم الخلاص في الأجل لا ينطبق معه الفصل 21 من قانون الأكرية المؤرخ في 1976/2/18" وكذلك الشأن في توجيه التنبيه الإنذاري فإن عدم توجيهه لا ينطبق معه الفصل 21 المشار إليه وهذا ما صدر به القرار التعقيبي عدد 10811 بتاريخ 1987/5/30.

والسؤال الذي يفرض نفسه هو إذا ما تحقق هذا الفسخ بعدم دفع المكثري لمعينات الكراء المتخلدة بزمته في أجل الشهر فلمن يتوجه المالك أو محاميه لاستصدار حكم بانفساخ العقد؟

إن المشرع في هذا القانون لم يتعرض للاختصاص الحكمي ولذلك بقي الأمر غامضا إلا أن هذا الغموض قد زال بجريان العمل وما تولد عنه من فقه قضاء ذلك أن هذه القضايا إذا ما توفر فيها ما اقتضاه الفصل 21 المشار إليه فإنها ترفع إلى قاضي الأمور المستعجلة وهذا الاختصاص أصبح مستقرا والقاضي الاستعجالي يصدر حكما يقضي بانفساخ عقد الكراء وإخراج المتسوّغ من المكثري لتحقيق الشرط الفسخي ونظر القاضي الاستعجالي في مثل هذه القضايا لا يتعارض

مع المبادئ التي تحكم قضاء العجلة وهي التأكد وعدم المساس بالأصل إذ أن هذين الركنين متوفران في الدعاوى المرفوعة بموجب الفصل 21 المشار إليه لأن توفر الشرط الفسخي الوجوبي بعد التنبيه ومضي الأجل يجعل الفسخ متحتما بقوة القانون وبقاء المكثري بالمكثري بعد ذلك لا مبرر له ويلحق بالمكثري ضررا يتجه رفعه عنه وهو ما يتوفر معه ركن التأكد كما أن ركن عدم المساس بالأصل هو بدوره ثابت إذا ما ماطل المكثري في أداء الكراء بعد شهر من التنبيه الموجه إليه من المالك. فالفسخ هنا متحتم بمفعول القانون المنسجم في الفصل 21 من قانون الأكرية المتعرض إليه من قبل وقد أقرت محكمة التعقيب القاضي الاستعجالي على إختصاصه في صورة توفر الفصل 21 من قانون 18 فيفري 1976 من خلال قرارها عدد 5176 الصادر في 11 جانفي 1982.

وهكذا فإن الانفساخ بمفعول القانون في محلات السكنى وما شابهها عند عدم الخلاص لا يرتفع إلا بدفع معين الكراء في بحر الشهر فالدفع خارج الشهر يبقى معه الفسخ قائما ولا يجوز للمالك أن يمتنع بدون موجب عن قبض الكراء في الأجل ويكفي المكثري عند هذا الامتناع أن يقوم بالعرض والتأمين ليخرج من ولاية الفصل 21 المسلط عليه.

وما يمكن التأكيد عليه هو أنه كلما توفرت الشروط المنصوص عليها بالفصل 21 فإن انفساخ العقد يصبح متحتما بمفعول القانون ويقضي به قاضي الأمور المستعجلة والأحكام الصادرة في هذا الشأن كثيرة ويضيق المجال عن استعراضها.

الفرع الثاني : الإنفساخ في قانون 25 ماي 1977

إن عقود الأكرية التجارية إذا ما انعقدت لمدة عامين فأكثر يتولد عنها ما يعرف بحق التجديد وحق التجديد هو من العناصر الأساسية لتكوين الأصول التجارية حسبما نصّ على ذلك الفصل الثالث من قانون 25 ماي 1977 الصادر في الموضوع والذي نصّت فقرته الأولى على ما يأتي "لا يمكن أن يطلب الحق في تجديد التسويغ إلاّ المتسوّغون أو الذين أحالوا الكراء أو أصحاب الحق الذين يثبتون أنهم يتصرفون في ملك تجاري شخصيًا أو بواسطة نوابهم وذلك منذ عامين متتابعين".

وتجدر الإشارة إلى أنّ المشرّع في هذا القانون لم يفرق في اكتساب حق التجديد بين أن تكون العلاقة كتابيّة أو شفويّة على خلاف القانون القديم المؤرّخ في 27 ديسمبر 1954 والذي فرق في هذا الخصوص وجعل اكتساب حق التجديد المتولّد على علاقة كراء شفوية لا يتوجّد إلاّ بعد أربعة أعوام من التصرف في المكري.

فإذا ما توجّد هذا الحق للمكثري لم يعد في إمكان المالك تنهية العقد إلاّ بتحمّله لنتائج ماديّة تتمثّل في دفع غرامة حرمان للمكثري نصّ على عناصرها الفصل السابع من هذا القانون. إلاّ أنّ المشرّع قد أعفى المالك من دفع غرامة الحرمان عند الامتناع عن التجديد في صور وبشروط نصّت عليها الفصول 8 و 8 و 13 و 14 و 17 من نفس القانون تضيق عن استعراضها هذه المداخلة. ويبدو أنّ المشرّع قد سوّى نوعا ما بين الحقوق التي أسندها هذا القانون للمتسوّغ وبين حقوق المالك ولذلك مكّن الفصل 23 من قانون 1977 المكري من أن يسترجع عقاره دون دفع غرامة الحرمان وذلك على طريق انفساخ العقد.

وجاء بالفصل 23 المذكور أنّه "يفسخ عقد الكراء عند عدم الخلاص لمعيّن الكراء في الآجال المتّفق عليها وذلك بعد مضيّ ثلاثة أشهر على صدور تنبيهه بالدفع بواسطة عدل منفذ ولم يأت بنتيجة.

ويجب أن ينصّ التنبيه على الأجل المشار إليه وإلا يكون ملغى.

ولا يمكن التمديد في الأجل المذكور ويكون الفسخ حتميا".

فهذا الفصل حسب صريح نصّه وضع عدّة شروط لحصول الانفساخ :

(1) أن يتقاعس المكثري عن خلاص معيّن الكراء في إبانته.

(2) أن ينذر المالك بدفع معيّن الكراء في بحر ثلاثة أشهر من تاريخ التنبيه بالدفع.

(3) أن يوجّه هذا التنبيه بواسطة عدل منفذ.

(4) أن ينصّ التنبيه وجوبا على أجل الثلاثة أشهر.

وهكذا نرى أنّ المشرّع قد حرص على تنبيه المكثري للأجل الذي يقع فيه الخلاص حتّى يفلت من فسخ عقد الكراء ولمزيد التأكيد على أهميّة هذا الأجل رتب المشرّع على عدم ذكره بطلان التنبيه وهذا البطلان هو مطلق لا يمكن لا للقاضي ولا للمتقاضين التصرف فيه.

وشدّد المشرّع على ذلك عندما قال "ولا يمكن التمديد في الأجل المذكور" ولعلّه المشرّع بهذا التأكيد أراد التفريق بين الآجال الواردة بمجلة الالتزامات والعقود والتي يتصرّف فيها القاضي إلى حدّ ما وبين الآجال الإجرائيّة التي هي آجال إلزاميّة غير قابلة للتصرف فيها.

فإذا ما توفّرت هذه الشّروط في التنبيه بالدفع وانقضى أجل الثلاثة أشهر ولم تحصل النتيجة فإنّ الانفساخ يصبح حاصلا بمفعول القانون.

وهذا التنبيه يوجه لمكتري محلّ التجارة ولو لم ينص العقد على شرط فسخي ويكفي فيه التخلف عن دفع معين الكراء على خلاف التنبيه المنصوص عليه بالفصل 21 من قانون 18 فيفري 1976 فإنه لا يوجه ولا يأتي بنتيجة إلا إذا تضمن عقد الكراء السكني شرطا فسخيا عند عدم دفع الكراء مثلما تعرضت إلى ذلك من قبل.

فإذا ما توفرت هذه الشروط في التنبيه بالدفع وانقضى أجل الثلاثة أشهر ولم تحصل النتيجة فإنّ الانفساخ يصبح حاصلا بمفعول القانون.

وقد صدرت في هذا الموضوع عدّة أحكام وقرارات تعقيبية تؤكد وجوبية هذا الانفساخ عند عدم الكراء في الأجل المحدّد بالإنداز من ذلك القرار التعقيبي عدد 59054 في غرة فيفري 1999 (ن.م.ت. لعام 1999، ص 160) المتضمن أنّه "يقع الفسخ عند عدم خلاص معين الكراء في أجل الثلاثة أشهر على صدور التنبيه" إلى غير ذلك من القرارات العديدة التي يمكن الاطلاع عليها سواء في نشرية محكمة التعقيب أو في مؤلف الأستاذ رشيد الصباغ "الملكية التجارية" وبمؤلف الأستاذ محمود ابن الشيخ "قوانين العلاقات بين المسوّغين والمتسوّغين".

وتستوقف رجل القانون العبارة الواردة صلب الفصل 23 وهي عبارة (ولم يأت بنتيجة) فما هو مقصد المشرّع من وضعه لهذه العبارة وهل يقصد بها المقصد الخاصّ وهو تخلف المكتري عن أداء معين الكراء في الأجل أو مصدرا عاما أي مطلق النتيجة التي قد تتمثل في جواب المكتري في الأجل عن التنبيه ولكنه يبدي منازعة جديدة في معين الكراء أو في صفة المنبه أو أن يدفع البعض من معينات الكراء فهل يكون التنبيه في مثل هذه الحالات قد أتى بنتيجة أم لا؟

بيّنت محكمة التعقيب في قرارها عدد 7344 الصّادر في 20 مارس 1992 أنّه "إذا كان مبلغ الكراء محل نزاع وثبت فيه قول المكتري لدى المحكمة بما قدّمه من بيّنة فإنّ الحكم على ذلك المكتري بالفسخ والخروج اعتمادا على

الدعوى والتنبيه يكون معه الحكم مخالفا لواقع القضية ومسبباتها وغير معلّ كما يجب مما يقتضي نقضه".

وأرى أنّه كلما أثار المكتري نزاعا جديا حول التنبيه وأبلغه للمالك في أجل الثلاثة أشهر وثبتت جدية تلك المنازعة فإنّه من المتّجه استبعاد فسخ العقد.

وخلاصة القول في ما ورد به الفصل 23 أنّه كلما تخلف المكتري عن أداء الكراء بعد التنبيه عليه تنبيهها صحيحا ولم يدفع معين الكراء في أجل الثلاثة أشهر فإنّ الانفساخ يصبح متحتما وهذا ما أقرته محكمة التعقيب في اتجاهها القضائي في خصوص هذا الموضوع.

فإذا حصل هذا الفسخ من خلال سكوت المتسوّغ عن أداء معين الكراء في الأجل المحدّد قانونا فمن يقضي بالفسخ الحتمي المذكور. أنّه من المتفق عليه فقها وقانونا أنّ هذا الفسخ عند توفّر شروطه يكون حتميا ولا يدخله إجتهد ولذلك فإنّ جريان العمل الذي أيده فقه محكمة التعقيب في خصوص رفع الدعوى يكون أمام القاضي الاستعجالي الذي يعاين حصول الفسخ ويصرّح به وأني شخصا أحبذ عبارة انفساخ العقد على عبارة فسخ العقد لأنّه مثلما بينت في طالع هذه المداخلة الفرق الموجود بين الفسخ والانفساخ.

ونظر قاضي الأمور المستعجلة يستمدّه من درء المضرّة وانتفاء الصفة عن المتسوّغ بعد تحقق انفساخ العقد ومن توفّر ركني التأكيد وعدم المساس بالأصل إلا أنّه إذا ما وقع الطعن في صحة التنبيه فإنّ القاضي الاستعجالي يصبح معزولا عن النظر لأنّه ليس من خصائصه التصريح بصحة التنبيه أو ببطالانه والذي يرجع أساسا لقاضي الموضوع ولو أنّ هناك آراء فقهية لا تمنع على القاضي الاستعجالي تفحص وثائق الأطراف واستخلاص النتائج منها.

وإذا ما قضى بانفساخ العقد وإخراج المكتري من مكتراه فإنّ هذا الأخير يفقد أصله التجاري الذي كونه بالمكرى.

وهذه الإجراءات هي التي كانت سائدة ومتبعة إلى حدود شهر جوان 2000 غير أن المشرع قد تنبّه إلى الأخطار التي تلحق الدائن الذي له رهن على الأصل التجاري والذي إذا ما قضى بالانفساخ ضد المكتري فإنه سيرى ضمانه قد تنخر باضمحلال الأصل التجاري بعد تنفيذ حكم الفسخ والخروج ولذلك لم يعد مجرد التنبيه وعدم الخلاص في الأجل يكفيان لحصول انفساخ العقد بل أوجب المشعر القيام بإجراءات أخرى ورد بها الفصل 242 جديد من المجلة التجارية بعد تنقيحه بالقانون عدد 61 لسنة 2000 المؤرخ في 20/6/2000 "إذا قام المالك بدعوى فسخ عقد كراء المحل الذي يستغل فيه أصل تجاري وجب عليه تقديم شهادة في عدم وجود تقاييد أو قائمة في التقاييد الموجودة وفقا للصيغ المقررة بالفصل 216 من هذه المجلة وإذا كان الأصل التجاري متقلا بقيود مرسمة وجب على مالك المحل إعلام الدائنين المرسمين بمقراتهم المختارة بتقييدهم بواسطة عدل منفذ وإلا كانت الدعوى باطلة.

ولا يجوز أن يصدر الحكم قبل شهر من تاريخ هذا الإعلام.

ولا يصبح الفسخ بالتراضي نهائيا إلا بعد شهر من تاريخ إعلام الدائنين المرسمين بمقراتهم المختار ويتم ذلك بواسطة عدل منفذ.

وفي هذه المدة يجوز لكل دائن مقيد أن يطلب بيع الأصل التجاري طبق أحكام الفصل 245 من هذه المجلة".

وهكذا نرى أنه بموجب هذا الفصل الجديد فإنه لم يعد يكفي لحصول انفساخ عقد الكراء التجاري المستغل به أصل تجاري متقل برهن مجرد توجيه التنبيه موضوع الفصل 23 من قانون 1977/5/25 وتخلف المكتري عن أداء الكراء في بحر الشهر بل أضاف المشرع بموجب هذا الفصل 242 جديد من المجلة التجارية إجراءات أخرى أهمها:

- تقديم شهادة من كتابة المحكمة في عدم وجود تقاييد على الأصل التجاري المكون بالمكري أو قائمة في تلك التقاييد إن وجدت وقد جرى عمل الدوائر الاستعجالية على رفض الدعاوى الغير مصحوبة بالقائمة المذكورة.

- قيام المالك بإعلام الدائن المرسم في مقره المختار المنصوص عليه بالتسجيل بواسطة عدل منفذ يعلمه فيه بعزمه على القيام بطلب فسخ العقد عملا بالفصل 23 المذكور وقد رتب المشرع على عدم قيام المالك بهذا الإعلام بطلان دعواه.

وعند استيفاء كل هذه الإجراءات فإن القاضي لا يصدر حكمه إلا بعد شهر من تاريخ ذلك الإعلام وهذا الإعلام مشروط لا في القيام بطلب انفساخ العقد قضائيا بل هو مطلوب حتى في الفسخ الاتفاقي والذي لا يتم من المتعاقدين إلا بعد شهر من تاريخ الإعلام وقد مكن المشرع الدائن المرسم خلال هذا الأجل أن يطلب بيع الأصل التجاري طبق أحكام الفصل 245 من م.ت.

والذي يلفت النظر بصورة خاصة في هذا الفصل هو الإعلام الذي أوجب المشرع على المالك توجيهه للدائن المرتهن للأصل التجاري وهل هو إعلام مستقل عن عريضة الدعوى والاستدعاء للجلسة الاستعجالية أم أن مقصد المشرع من الإعلام هو استدعاء الدائن المرتهن لجلسة القضاء.

وقد أثار هذا الموضوع خلافات لدى الدوائر القضائية وحتى لدى دوائر محكمة التعقيب فمنهم من يرى أن المقصود بالإعلام هو الاستدعاء للجلسة ومنهم من يرى أن الإعلام هو إجراء مستقل عن الاستدعاء وسابق له.

وإنني شخصيا من مؤيدي الرأي الثاني لأنه من الثابت أن المشرع عندما أوجب هذا الإعلام على المالك إنما قصد بذلك حماية الدائن المرتهن حتى يتدارك ما عجز عنه المكتري صاحب الأصل التجاري المرهون وذلك بأن يتولى مكانه دفع معينات الكراء المتخلدة أو القيام ببيع الأصل التجاري حتى يتمكن من

استخلاص ديونه كل ذلك في بحر الشّهر الوارد بهذا الفصل وقبل أن يصدر حكم يقضي بانفساخ العقد والخروج يضيع به الأصل التجاري المرهون.

لأنّه إذا ما اعتبرنا أنّ المقصود بالإعلام هو استدعاء الدائن المرتهن بالجلسة فإنّ هذا الاستدعاء لا يوفر أيّ ضمان للدائن المرتهن لأنّه من الثابت أنّ القيام بقضايا انفساخ عقود الكراء التجاري لا يكون إلا بعد فوات الثلاثة أشهر المنصوص عليها بالفصل 23 المتعرّض له من قبل وإذا ما أراد الدائن المرتهن دفع معين الكراء بالجلسة فإنّه سيجابه من المالك بانقضاء الثلاثة أشهر التي يمكن أن يحصل الدفع خلالها لانقضاء انفساخ العقد الذي يضمن به الأصل التجاري وقد رأت محكمة التعقيب في قرارها عدد 8807/2004 المؤرخ في 2005/1/10 أنّ ما ينطبق على مكتري المحل التجاري في خصوص دفعه معين الكراء في بحر الثلاثة أشهر من التنبيه ينطبق على الدائن المرتهن للأصل التجاري من ذلك ما جاء بالحيثية الأولى من قرارها حيث قالت "وحيث أنّ الفسخ الذي رتبته الفصل 23 من القانون عدد 37 لسنة 1977 هو بصريح عبارة النصّ المذكور فسخ حتمي ولا يمكن التمديد في أجل الثلاثة أشهر المحدد للخلاص وبهذا المفهوم لا يمكن للمتسوّغ متى وقع القيام عليه بدعوى الفسخ لعدم الخلاص بعد انقضاء أجل الثلاثة أشهر الممنوح أن يدفع بعرض معينات الكراء أو تأمينها ومن باب أولى فإنّ ذلك غير جائز لدائنيه".

وعلى حسب ما ذهب إليه محكمة التعقيب في هذا القرار فإنّ الدائن المرتهن يصبح بدوره تحت مفعول الفصل 23 من قانون 25 ماي 1977 في وقت قد يكون فيه جاهلا تماما لما حصل من المكتري صاحب الأصل التجاري من ملاحظة ولا يمكن بحال طبق القواعد العامة وقواعد العدل والإنصاف أن يعاقب هذا الدائن المرتهن بعمل قام به غيره ولا علم له به.

ولذلك احتاط المشرّع لمثل هذه الحالات ووضع الفصل 242 من م.ت. المتعرض لنصه من قبل لحماية الدائن المرتهن للأصل التجاري وأوجب على المالك الذي استعمل الفصل 23 أن يوجه إعلاما للدائن المرتهن للأصل التجاري ورتب على عدم توجيه هذا الإعلام بطلان الدّعى.

ومن الثابت أنّ المشرّع قد قصد بهذا الإعلام تنبيه الدائن ليتدارك أمره وذلك إما بدفع معين الكراء في بحر الشهر الذي حدّد لصدور الحكم أو طلب بيع الأصل التجاري والأسئلة التي تفرض نفسها في هذا الوضع هو هل أنّ الإعلام للدائن المرتهن يوجه قبل القيام أم أنّه يوجه عند القيام بالدّعى وهل أنّ هذا الإعلام مستقلّ عن الاستدعاء للجلسة والمتضمّن للعريضة أم أنّ هذا الاستدعاء هو نفس الإعلام الذي ورد به الفصل 242 المشار إليه.

إنّ فقه قضاء محكمة التعقيب غير مستقرّ في هذا الموضوع إذ صدر في هذا الشأن قراران متناقضان :

الأوّل : هو القرار عدد 23861 الصادر في 2003/7/3 والذي يوجب على المالك توجيه الإعلام قبل القيام بالدّعى وبمجرد نيته في طلب فسخ الكراء وقد أكّدت محكمة التعقيب على هذا في أسانيد قرارها المنشور بنشرية محكمة التعقيب (الجزء الثاني مدني عام 2003 صفحة 222) حيث قالت "وأوجب عليه في الحالة الأخيرة - تعني الحالة التي فيها رهن على الأصل التجاري - إعلام الدائنين المرسمين بالسجل التجاري بواسطة عدل منفذ على نيته في طلب فسخ الكراء".

فمن هذا المستند يظهر جليا أنّ محكمة التعقيب ترى أنّ الإعلان يجب أن يوجّه قبل القيام بالقضية وهذا ظاهر من تعبيرها بقولها "ونص القانون على بطلان الدّعى التي يقع الإخلال بهذا الواجب قبل القيام بها".

وقد وضّحت هذا في مستند ثان حيث قالت "أنّه ثبت من الشهادة المستخرجة من السجل التجاري بالمحكمة الابتدائية بالمنستير في 2003/1/22

وجود رهن مرسوم على الأصل التجاري التابع للطاعة... بتاريخ 10/10/1996 لفائدة الاتحاد الدولي للبنوك في دين قدره ثمانية وعشرون ألف دينار ولم يتم المعقب ضده بإعلام ذلك الدائن بعزمه على طلب فسخ عقد الكراء بواسطة عدل منفذ قبل قيامه بالدعوى... وهو ما يجعل الدعوى برمتها باطلة بطلانا مطلقا لمخالفتها لإجراء أساسي وهو بطلان نص عليه الفصل 242 من م.ت. صراحة وهو ما يجعل تعهد محكمة البداية ومحكمة الاستئناف من بعدها بدعوى باطلة وتعهدا سابقا لأوانه".

وقد قضت محكمة التعقيب بناء على هذا التعليل بالنقض بدون إحالة. والمتأمل في هذا القرار يرى أن محكمة التعقيب تلزم المالك الذي يروم القيام بطلب انفساخ عقد كراء محل تجاري يستغل به أصل تجاري مثقل برهن أن يعلم الدائن المرتهن بنيته وعزمه على القيام بدعوى الفسخ وأن يوجه له الإعلام بواسطة عدل منفذ قبل القيام بالدعوى وبهذا تؤكد محكمة التعقيب أن الإعلام الوارد به الفصل 242 من المجلة التجارية ليس هو الاستدعاء للجلسة التي سيقضي فيها بانفساخ العقد.

وإني شخصيا من مؤيدي هذا الرأي لأنه لا يمكن بأي حال أن يعوض الاستدعاء للجلسة الإعلام الوارد به الفصل 242 المذكور إذ هناك فرق كبير بين الإعلام والاستدعاء والمتتبع لنصوص مجلة المرافعات المدنية والتجارية يدرك هذا الفرق.

إلا أن إحدى دوائر محكمة التعقيب لم تر ما رأته الدائرة التي استعرضت قرارها من قبل وأصدرت قرارا مناقضا للقرار الأول يحمل رقم 8807 في 10/1/2004 جاء بإحدى حيثياته ما يلي "وحيث لم يتضمن الفصل 242 من م.ت. وجوب إعلام الدائنين قبل القيام بدعوى الفسخ وإنما نص بكل وضوح على أنه إذا قام المالك... وجب عليه أن يوجه إعلاما للدائنين المرسمين بواسطة عدل منفذ....".

وأضافت "وحيث أن عبارة هذا النص تقتضي أن الإعلام يجب عند القيام ويمكن أن يكون مقترنا به لاحقا له خاصة وأن النص لم يقتض بالنسبة للإعلام إلا شكليتين وهما أن يتم بواسطة عدل منفذ وأن يسبق صدور الحكم بشهر". وبناء على رأيها هذا رفضت مطلب تعقيب المعقبة التي تمسكت ببطلان الدعوى لعدم وجود إعلام مطلقا.

ولزيادة التوضيح فإن هذا القرار التعقيبي قد أقر الحكم الاستئنافي عدد 9777 الصادر عن محكمة الاستئناف بتونس والذي يرى أن الاستدعاء يكفي لإعلام الدائن المرتهن فقد جاء بالحيثية الأخيرة من الصفحة 13 من هذا الحكم ما نصه "وحيث طالما تم استدعاء البنك المستأنف لقضية الفسخ المرفوعة من المالك وذلك بواسطة عدل منفذ وإعلامه بدعوى الفسخ والحكم لم يصدر إلا بعد شهر من ذلك الإعلام فإن الدعوى تعتبر مستوفية لإجراءاتها الشكلية خلافا لما تمسك به المستأنفان....".

ومن هذا التعليل يتجلى أن محكمة الاستئناف وبعدها محكمة التعقيب التي أقرت حكمها تريان أن الاستدعاء للجلسة يقوم مقام الإعلام وهذا ما يخالف صراحة الفصل 242 من المجلة التجارية ويتنافى مع الضمان الذي قصده المشرع من وضعه للفصل المذكور حماية للدائن المرتهن للأصل التجاري لأنه لو جارينا محكمة الاستئناف التي أقرت الحكم الاستعجالي الابتدائي عدد 25018/2004 الذي قضى بانفساخ عقد الكراء والخروج واعتبرنا أن الاستدعاء يغني عن الإعلام فإننا نفرع الفصل 242 من مضمونه وما قصده المشرع من وضعه لأنه من الثابت أن المالك لا يقوم بالقضية الاستعجالية إلا بعد فوات الثلاثة أشهر من تاريخ التنبيه الوارد به الفصل 23 من قانون 25 ماي 1977 فإذا استدعى الدائن المرتهن للجلسة الاستعجالية بعد ذلك الأجل فإنه لا تحصل له أي فائدة من حضوره طالما أنه لا يقبل منه دفع معين الكراء بالجلسة بعد فوات الثلاثة أشهر ضرورة أن العقد

عمليات الإيجار المالي أمام القضاء الاستعجالي

علي الخالدي

مساعد بكلية الحقوق والعلوم السياسية بتونس

يعتبر عقد الإيجار المالي من العقود المستحدثة، فقد نظمته القانون عدد 89 لسنة 1994 المؤرخ في 26 جويلية 1994¹.

المتأمل في جوهر هذا القانون لا يجد مبدئياً لعقد الإيجار المالي خصوصية تميزه عن بقية العقود التي ترد على منافع غير الأدمي كيفما نصّ عليها الفصل 727 من مجلة الالتزامات والعقود، باعتبار أن أساسه منفعة شيء منقول أو غير منقول بعوض لمدة محدودة فهو يقوم على العناصر الثلاثة الواجب توفرها في عقد الكراء وهي منفعة الشيء المؤجر والمدة والعوض المحمول على المكثري². غير أنه إذا كانت المبادئ العامة للكراء تجيز أن يرد الكراء على كل شيء قابل للتعامل فيه مع التزام المكثري بردّ ذات الشيء المؤجر إلى مالكه عند إنتهاء المدة المشروطة بين المتعاقدين فإنه من شروط الإيجار المالي أن يكون الشيء المؤجر معداً للاستغلال في الأنشطة المهنية أو التجارية أو الصناعية أو الفلاحية أو الصيد البحري أو في الخدمات.

فميزة عقد الإيجار المالي أنه لا يرد إلا على ما هو قابل للتعامل فيه في هذه الأنشطة التي أوردها المشرع حصراً في الفصل الأول من القانون المذكور.

من ناحية أخرى فإن المنقولات والعقارات التي يرد عليها عقد الكراء هي من الأشياء الغير قابلة للاستهلاك بطبيعتها، وبما أن هذا العقد هو من العقود

في ذلك التاريخ يكون قد انفسخ بمفعول القانون ولم يعد في الإمكان تدارك الوضع وبذلك يصبح الفصل 242 من م.ت. غير ذي مفعول ولا فائدة من وضعه للدائن المرتهن.

ويبدو أن الفهم الصحيح للفصل 242 هو ما شرحت به محكمة التعقيب في القرار عدد 23891 والذي يوجب على المالك إذا ما كان يوجد بالمكرى أصل تجاري مثقل برهن أو يوجه للدائن المرتهن بمجرد عزمه على استعمال الفصل 23 أن يعلم ذلك الدائن بعزمه ونيتته مثلما ذهبت لذلك محكمة التعقيب.

ولعلّ هذا الاختلاف بين دوائر محكمة التعقيب في تفسير الفصل 242 من المجلة التجارية يؤدي بالدوائر المجتمعة إلى إصدار قرار يوحد الرأي حول هذا الفصل.

والله الموفق لما فيه الصواب.

1 الرائد الرسمي للجمهورية التونسية عدد 60 لسنة 1994 ص 1343

2 عبد الرزاق السنهوري ، الوسيط في شرح القانون مدني - الإيجار والعارية - ص 752

المؤقتة فإنه لابد أن ينتهي بانقضاء مدته. ومن نتيجة ذلك أن يلتزم المستأجر برد ذات الشيء المؤجر إلى مالكه عند إنقضاء أمد الإيجار.

ميزة عقد الإيجار المالي أيضا هو أنه يتضمن وجوبا شرطا لنقل ملكية الشيء المؤجر إلى المستأجر عند نهاية العقد وهو ما يعرف بخيار الشراء الذي يجيز للمستأجر نقل ملكية العين المستأجرة لفائدته من المالك المؤجر الذي يكون ملزما بذلك.

إن مرد هذا الإلتزام المحمول على شركة الإيجار المالي بنقل الملكية إلى المستأجر إذا طلب ذلك يعود إلى وظيفة هذا العقد المستحدث الذي اتفق أغلب الفقهاء على تعريف العمليات التي يتضمنها بكونها وسيلة تمويل تقوم المؤسسة المالية بمقتضاها بتأجير عقارات أو تجهيزات لحرفائها مع تطبيق أحكام عقد الإيجار على العلاقة التعاقدية التي تجمع بينهما¹.

فعمليات الإيجار المالي تختص بالقيام بها المؤسسات البنكية والمالية وهو ما يجعلها تتميز بطابعها التمويلي الذي أقره المشرع صراحة بالفصل 6 من القانون المشار إليه.

فبهذه الكيفية يصبح الإيجار المالي وسيلة تمكن الشخص من الانتفاع بمعدات أو عقارات يقع تمويل اقتنائها من طرف مؤسسة الإيجار المالي التي تسترجع في شكل معينات كراء المبالغ التي دفعتها لغاية ذلك التمويل مع محافظتها على ملكية تلك المعدات والعقارات إلى أن يتم إسترداد تلك المبالغ وتوابعها.

يعتبر إبقاء الملكية لمؤسسة الإيجار المالي من أهم الضمانات التي يوفرها لها عقد الإيجار المالي وذلك مقارنة بما توفره وسائل التمويل التي تمنحها غيرها من المؤسسات المالية .

1 EL Mokhtar BEY .La réserve de propriété et le crédit bail – Editions actualités de l'entreprise .Paris 1980

فالمقابل الذي يتصرف بمقتضاه المستأجر في العين المؤجرة له صفة مزدوجة فهو يمثل من جهة أقساطا من الثمن الذي تنقل بموجبه الملكية عن نهاية العقد ومن جهة أخرى فهو يمثل عوض المنفعة التي سلمتها له شركة الإيجار المالي.

تطرح هذه الازدواجية إشكالات متعددة بخصوص تنفيذ الإلتزامات الناشئة عن عقد الإيجار المالي.

كما كانت هذه الازدواجية سببا أيضا في تعدد المنازعات بخصوص ترجيح صفة من الصفتين على الأخرى.

عالجت المحاكم هذه النزاعات في مجالات متعددة سواء بطريقة التقاضي العادي أو بطريقة الإستعجال المستمدة من النص العام للفصل 201 من مجلة المرافعات المدنية والتجارية وكذلك من الاختصاص الصريح للقاضي الاستعجالي الوارد بنصوص أخرى تضمنتها المجلة المذكورة¹.

فالقضاء الاستعجالي له ولاية عامة في جميع الأمور ولكنه مقيد بشروطي التأكد وعدم المساس بالأصل .

وبالنظر إلى هذه الولاية العامة المشروطة للقضاء الاستعجالي فإن النزاعات التي تنشأ عن عقد الإيجار المالي يقتضى النظر فيها إستعجاليا كما هو الشأن في القاعدة العامة في إختصاصه بالنظر في كافة الأمور التي يخشى عليها من فوات الوقت يستوي في ذلك أن تكون محكومة بقوانين خاصة أو خاضعة للأحكام العامة في القانون .

1 فصل 211 من مجلة المرافعات المدنية والتجارية المتعلقة بالإشكال التنفيذي والفصل 403 من نفس المجلة المتعلقة بدعاوى إستحقاق المعقول

ولعل من أهم المسائل التي تدخل في اختصاص القاضي الاستعجالي في هذا المجال المطالب التي تهدف إلى الحماية العاجلة التي يمكن أن يقتضيها عدم الوفاء بالالتزامات (I) وكذلك منازعات التنفيذ (II)

I - إختصاص القضاء الاستعجالي بالنظر في مطالب الاسترجاع

يشترط لاختصاص القضاء المستعجل بأن يتوفر في النزاع شرطا التأكد وعدم المساس بالأصل وهي قاعدة عامة تعتمد في كل الحالات التي يخشى معها طول الوقت الذي تستلزمه إجراءات التقاضي المتبعة لدى محاكم الموضوع. فالقضاء الإستعجالي مطلق في إختصاصه عند توفر شرطيه الأساسيين وهما التأكد وعدم المساس بالأصل.

ومن ثمة فإن منازعات الإيجار المالي لاتخرج عن هذه القاعدة إلا إذا كان البت فيها منظوبا على مساس بأصل الحق، كالمنازعات المتعلقة بإثبات ملكية العين المأجورة أو بطلان العقد أو فسخه إلى غير ذلك من المنازعات التي تمس بأصل الحق أو تؤثر في الموضوع.

غير أن خصوصية الإيجار المالي أنه منظم بأحكام خاصة مبناها أنه شكل من أشكال التمويل. لذلك تظهر بعض النزاعات بخصوص إستخلاص أقساط التمويل التي تأخذ شكل معينات إيجار فتبرز إشكالية الإلتجاء إلى القضاء الإستعجالي لإتخاذ الوسائل الوقتية لحماية حق الدائن المقرض (أ) كما يحصل النزاع أيضا بخصوص الشروط التي تؤدي إلى إنتهاء العقد ونقل الملكية إلى المستأجر المالي (ب).

أ . الاسترجاع لعدم أداء معينات الإيجار

يقوم القضاء الاستعجالي على فكرة الحماية العاجلة التي من شأنها أن لا تصدر حقا ولا تكسبه.

لذلك كانت الدعاوى التي تهدف إلى التصريح بالمدونية أو الحكم بأداء الديون خارجة عن أنظار القضاء الاستعجالي.

فدعاوى تعميم الذمة علاوة على أنها تقتضي البت في منازعة موضوعية، فهي لا تهدف إلى طلب اتخاذ وسيلة من الوسائل الوقتية لحفظ الحق بل إلى تثبيت الحقوق.

ولما كانت عقود الإيجار المالي تتضمن التزاما من المستأجر بإرجاع ثمن المعدات أو العقارات الواقع تمويلها من طرف مؤسسة الإيجار المالي، فإن الجدل يثور حول قبول أو عدم قبول المطالب الإستعجالية المتعلقة بالتأخير في دفع تلك المبالغ .

من البديهي أنه لو تمّ النظر إلى عقد الإيجار المالي من جانبه التمويلي لخرجت المنازعة في المدونية عن اختصاص القضاء الاستعجالي لانطوائها على مساس بالأصل وانتفاء ركن التأكد الذي يقوم على الحماية العاجلة للحق.

لكنّ عقد الإيجار المالي ليس محكوما بهذا الجانب فقط فهو يخضع أيضا لأحكام القانون العام باعتباره ينشئ زيادة على ذلك علاقة كرائية.

لقد أوكل المشرع لطرفي العقد تنظيم العلاقات بينهما خاصة فيما يتعلق بمعينات الإيجار وبشروط فسخه بطلب من المستأجر كما أكد على عدم اعتماد العقد الذي لا يتضمن بنودا تتعلق بمعينات الإيجار وبشروط فسخه من طرف المستأجر للمطالبة بحقوقه.

لكنّ المشرع أعطى للمستأجر الحق في أن يستقلّ بإلغاء العقد وهو حقّ لم يخوله صراحة لمؤسسة الإيجار المالي¹ والحال أنّ العقد الرابط بينهما ملزم للجانبين لتضمّنه التزامات في جانب كلّ واحد منهما.

فالمبدأ في العقود الملزمة للجانبين أنّه يجوز لكلّ منهما أن يطلب فسخ العقد إذا لم يقم الطرف المقابل بتنفيذ التزاماته. فالفسخ هو جزاء لعدم قيام المدين بتنفيذ التزامه التعاقدية .

بهذا المفهوم يخرج الحقّ الذي ينفرد به المستأجر في عقد الإيجار المالي عن النظرية العامة للفسخ فهو لا يعتبر جزاء لعدم تنفيذ الطرف المقابل لالتزاماته وإنّما هو حق إلغاء بإرادة منفردة يزول به العقد قبل إتمام تنفيذه.

إلا أنّ أعمال هذا الحقّ يجب أن يكون وفقا للشروط المنصوص عليها بالعقد ولا حاجة لإثبات عدم وفاء مؤسسة الإيجار المالي بالتزامها.

فأسباب الإلغاء متعددة وهي مرتبطة بطبيعة عقد الإيجار المالي².

إلى جانب ما ينفرد به المستأجر من حقّ في فسخ عقد الإيجار المالي فإنّ العلاقة بين الطرفين تخضع أيضا للنظرية العامة للفسخ المبنية على الارتباط القائم بين الالتزامات المتقابلة باعتباره عقدا ملزما للجانبين.

ولمّا كانت استحالة التنفيذ هي شرط الفسخ ومعيّاره في القانون التونسي³، فإنّه يخرج عن نطاق القضاء الاستعجالي لما يتطلبه الحكم به من ضرورة.

فالفسخ لا يكون إلا بحكم منشيء لوضعية جديدة تعدّ إثبات الاستحالة العقد بصفة رجعية فينحلّ ويعتبر كأن لم يكن⁴.

1 فصل 3 من القانون المتعلق بالإيجار المالي

2 نذكر على سبيل المثال عدم إنجاز المشروع الذي تم من أجله إبراء عملية الإيجار المالي .

3 محمد الزين، النظرية العامة للالتزامات ، العقد ص 291 وما بعدها.

4 محمد الزين، النظرية العامة للالتزامات ، المرجع السابق .

إلا أنّه إضافة إلى الفسخ يمكن للدائن أن يمتنع عن تنفيذ التزاماته إذا لم يقم معاقدة بتنفيذ ما التزم به وهو ما جاء صراحة بالفصل 274 من مجلة الالتزامات والعقود الذي ينصّ على أنّه إذا اشترط المتعاقدان أن عدم وفاء أحدهما بما التزم به يوجب فسخ العقد فإنّ العقد يفسخ بمجرد وقوع ذلك.

تلتجئ عادة مؤسسات الإيجار المالي إلى أعمال هذا الحقّ باعتباره وسيلة ضغط قانونية على المستأجر الذي أخلّ بالتزاماته المالية المتمثلة في دفع أقساط الإيجار المتفق عليها.

فعدم وفاء المستأجر بالتزاماته المالية يخول للمؤجر منعه من مواصلة الانتفاع بالعين المؤجرة.

من المقرر أنّ الاستعجال يتوقّف من الضرر الذي يلحق بحقوق المؤجر نتيجة استغلال المكرى من طرف المستأجر دون الوفاء بالتزاماته.

فطلب الاسترجاع هو إجراء وقائيّ يهدف إلى حماية حقوق المؤجر ودرء الضرر اللاحق بها وهو لا يعد بذلك طلبا موضوعيا.

تتضمّن عقود الإيجار المالي شروطا تنظّم خلاص معيّنات الإيجار وهو ما يتماشى و الأحكام الأمرة للفصل 3 من القانون عدد 89 لسنة 1994 المؤرخ في 26 جويلية 1994 التي توجب التنصيص بعقد الإيجار المالي على بنود تتعلق بمعيّنات الإيجار.

فالشروط المتعلقة بمعيّنات الإيجار لا تنحصر فقط في تحديد قيمتها وآجال خلاصها وإنّما تنصرف أيضا إلى الآثار المترتبة عن عدم وفاء المستأجر بالتزامه بها.

لذلك لا يحصل الفسخ إلا إذا اشترط صراحة بالعقد وهو ما يميّز أيضا عقد الإيجار المالي عن بقية العقود الأخرى التي يمكن أن يتحقق فيها الشرط الفسخي بصورة ضمنية ولو لم يقع الاتفاق عليه صراحة.

عند تحقق الشرط الفاسخ الصريح فإن القضاء الاستعجالي يكون مختصا بالنظر في طلب إسترجاع المكري.

والسبب في اختصاص القضاء المستعجل في هذه الحالة هو أن المستأجر بقبوله الشرط الفاسخ يكون قد أقرّ رضائياً بانتفاء صفة المستأجر في جانبه عند تحقق ذلك الشرط بما يجعل وضع يده على المكري بغير سند وهو ما يبرر تمكين المؤجر من استرجاع ملكه بالتقاضي الإستعجالي.

غير أن اختصاص القضاء الاستعجالي منوط في هذه الحالة بمعاينة تحقق الشرط الفسخي والتّصريح بالإرجاع دون إجراء أي تحويل أو تغيير في الالتزامات الناشئة عن العقد المتضمن للشرط الفسخي .

فالعقد يبقى قائماً ويرتب جميع آثاره الأخرى وانحلاله الكلي أمر موضوعي يخرج عن اختصاص القضاء الاستعجالي.

أما في صورة عدم تحقق الشرط الفسخي الصريح أو عدم التتبعصص عليه بالعقد فإن إعمال حق الدفع بعدم التنفيذ يتحقق بمجرد إثبات عدم الخلاص، إلا أن الاسترجاع يبقى في هذه الحالة معلقاً على شرط استمرار حالة عدم وفاء المستأجر بالتزاماته وهو ما اصطلح عليه بمطالب الاسترجاع " إن لم يدفع" التي يكفي للاستجابة لها استعجالاً إثبات عدم خلاص أي قسط من أقساط الإيجار، فتقوم معاينة عدم الخلاص من طرف المحكمة بمقتضى قرار يقوم مقام الإنذار الذي يؤدي إلى الاسترجاع الفعلي.

إذ أنه في صورة مواصلة التلدد في عدم الخلاص بعد صدور ذلك القرار يغضب المستأجر على إرجاع المكري دون أن يكون لذلك أيضاً تأثير على أصل الحقوق المترتبة عن العقد والتي تبقى من خصائص قاضي الموضوع.

إذا كانت هذه المبادئ مستمدة في أغلبها من القانون العام للأكرية في جانبه المتعلق بالتزام المستأجر بأداء الكراء كيفما نصّ على ذلك الفصل 767 من مجلة

الالتزامات والعقود فإن الأمر على خلاف ذلك بالنسبة للنزاعات المتعلقة بانتهاء مدة العقد.

ب . الاسترجاع لإنهاء مدة الإيجار

يعتبر عقد الإيجار المالي عقداً مؤقتاً، إذ لا بدّ من أن ينتهي إذا انقضت مدّته. لذلك اقتضت أحكام الفقرة الثانية من الفصل الأول من القانون عدد 89 لسنة 1994 المؤرخ في 26 جويلية 1994 أن الإيجار المالي الإيجار المالي يتم بمقتضى عقد كتابي لمدة محددة.

فكيف ينتهي الإيجار المالي عند انقضاء مدّته وما هي آثار انقضائه؟ جاء القانون المتعلق بالإيجار المالي مقتضياً بخصوص هذه المسائل فهو يعطي الخيار للمستأجر في شراء المعدات عند نهاية أمد الإيجار ولكنه سكت عن كيفية إعمال هذا الحق.

فهل هذا يعني أن انتقال الملكية يكون آلياً وبمجرد نهاية الكراء أم أنه يجب على المستأجر طلب نقل الملكية لفائدته ؟

إذ اعتبرنا أن نقل الملكية يكون بصورة آلية فإن البيع سوف يتم بصورة ضمنية ويعتبر عدم إرجاع المكري من طرف المستأجر عند نهاية العقد قبولاً منه للوعد بالبيع الذي تضمنه عقد الإيجار المالي، لكن ذلك يتوقف على شرط دفع الثمن باعتباره من أركان عقد البيع.

فالثمن في عقود الإيجار المالي يتكون من الأقساط التي يدفعها المستأجر زمن قيام العقد وكذلك القيمة الباقية المتفق عليها والتي يحددها الأطراف مسبقاً ويقع دفعها عند نهاية العقد.

معنى ذلك أنه لا يحق للمستأجر إعمال هذا الحق في صورة ثبوت عدم قيامه بخلاص جميع أقساط الإيجار و القيمة الباقية المحددة مسبقاً.

وبما أن العقد محدود المدة فإنه يحق في هذه الحالة لمؤسسة الإيجار المالي أن تطالب باسترجاع المكرى عند نهاية العقد وذلك بغير حاجة إلى تنبيه باعتبار أن الفصل 791

من مجلة الالتزامات والعقود ينص على أن الكراء ينتهي بمجرد إنتهاء مدته المشروطة بين المتعاقدين وبدون حاجة إلى تنبيه من أحدهما على الآخر ما لم يوجد بينهما شرط يقضي بالتنبيه ...

فإذا انتهى عقد الإيجار المالي على النحو المذكور فإن المستأجر يكون ملزماً بإرجاع العين المؤجرة، إذ بانقضاء العقد تصبح يده على العين بلا سبب قانوني بما يخول للمؤجر رفع دعواه أمام القضاء الاستعجالي على أساس أن استبقاء المكرى بيد المستأجر بعد نهاية العقد ودون أن يكون أوفى بجميع التزاماته يعتبر من باب الغصب المضر بحقوق الغير والذي يمكن درؤه بالالتجاء إلى القضاء الاستعجالي. فالقاضي الاستعجالي لا يقضي في هذه الحالة بالإرجاع إلا إذا عاين انقضاء مدة العقد وانتفاء الشرط الناقل للملكية المتمثل في خلاص المبالغ المتفق عليها بعنوان أقساط إيجار وقيمة باقية.

إذا أثبتت منازعة بخصوص أحد من هذين الأمرين فإنه يمكن للقاضي الاستعجالي فحص جديتها حسب ظاهر المستندات ولا يعد ذلك ولوجاً منه في الموضوع لأن قضاءه لا يؤثر في أصل الحق المقصود حمايته.

فمعينة توفر شرطي الاسترجاع المذكورين من عدمه هو بمثابة تطبيق حكم قانوني على وقائع نزاع دون أن يكون لذلك الحكم أي تأثير على أصل الحقوق المترتبة على العقد الرابط بين الطرفين¹.

1 محمد علي راتب ، قضاء أمور مستعجلة الجزء الأول ص 10 وما بعدها

فالحكم الوقتي بإرجاع المكرى بناء على إنتهاء مدة العقد و عدم تحقق شروط نقل الملكية لفائدة المستأجر مبناه الضرر المؤكد الذي يلحق بالمؤجر نتيجة مواصلة التصرف من طرف المستأجر في المكرى بدون حق، فيتوفر بذلك ركن التأكد الذي هو من شروط القضاء الاستعجالي.

فبخصوص التأكد اعتبرت محكمة التعقيب¹ أن مناطه سرعة وضع حد للضرر الذي يتفاقم يوماً بعد يوم والمتمثل في بقاء المكرى بيد المستأجر بعد إنتهاء أجله وذلك ضد إرادة المالك والاتفاق المبرم بين الطرفين.

إذا ما إعتبرنا أن مناط التأكد هو الخطر الحقيقي المحقق بالحق المراد الحافظة عليه والذي يلزم درؤه عنه بسرعة لا تكون عادة في التقاضي العادي ولو قصرت مواعيده فإن المنازعات المتعلقة بعقود الإيجار المالي يمكن أن يتوفر فيها هذا الركن الذي ينشأ من طبيعة الحق المطلوب حمايته وهو حق الملكية وذلك بشرط عدم تأثير ذلك على أصل الحقوق الناشئة عن هذه العقود.

فعدم التأثير على أصل الحقوق يعني بالنسبة لعلاقة الإيجار المالي أن لا ينصب الحكم الوقتي على كيان العقد الرابط بين الطرفين أو على الآثار القانونية التي رتبها القانون المتعلق بالإيجار المالي أو التي قصدها طرفا العقد .

إنّ دعوى استرجاع المكرى لانتهاء المدة لا تهدف إلى تثبيت حق ملكية مؤسسة الإيجار المالي أو إلى نفي حق المستأجر في نقل الملكية لفائدته بل إلى طلب إجراء وقتي بحت ترفع به يد المستأجر عن المكرى بناء على عدم تحقق الشروط التي تخول له مواصلة استغلاله.

فالقاضي الاستعجالي يستخلص جدية الطلب من حيث الظاهر توسلاً إلى القضاء في الإجراء الوقتي المطلوب دون أن يثبت أو ينفي على أحد الطرفين حقا

1 قرار تعقيبي مدني عدد 15868 بتاريخ 4 جوان 2002 غير منشور .

من الحقوق التي أقرها المشرع والتي يبقى النظر فيها من وضائف قاضي الأصل¹.

إن النظر في جدية المطلب من عدمه يفترض النظر في شروط الاسترجاع وهي من المسائل التي لا تحول دون النظر استعجاليا في ذلك المطلب إلا عند ظهور منازعة جدية في أصل الحق.

لكن المنازعة من المطلوب لا تؤدي حتما إلى إخراج الطلب عن نطاق القضاء الاستعجالي إلا إذا كان لها مساس بأصل الحق.

معنى ذلك أنه ليس على القاضي الاستعجالي أن يصرح بعدم اختصاصه بمجرد أن تثار أمامه منازعة تتعلق بتوافر شروط الاسترجاع لانتهاء المدة بدعوى أن النظر فيها يمس بأصل الحق.

فمن المنازعات التي تثار أمام القاضي الاستعجالي بخصوص مطالب الاسترجاع لانتهاء المدة ما هو متعلق بخلاص معينات الإيجار، إذ يدفع المستأجر عادة بانتقال الملكية لفائدته بموجب خلاص معينات الإيجار والقيمة الباقية بما يؤدي إلى انتفاء شرط من شروط الاسترجاع.

فللاحتجاج بهذا الحق وصد طلب الاسترجاع يجب على المستأجر أن يثبت أنه أوفى بذلك الالتزام ليتأكد القاضي الاستعجالي من جدية المنازعة.

اعتبرت بعض المحاكم² أن عدم إدلاء المستأجر بما يفيد تنفيذه لالتزاماته التعاقدية يفقده حق ممارسة خيار الشراء ويجعل مدة الإيجار منقضية وبالتالي فإن بقاء المعدات بحوزته بعد تلك المدة يشكل ضررا للمؤجر يتعين تقاذه بإلزام المستأجر بإرجاع الأعيان المؤجرة.

1 محمد علي راتب، المرجع السابق ص 348

2 قرار استئنافي استعجالي صادر عن محكمة الاستئناف بتونس بتاريخ 18 فيفري 2003 تحت عدد 98683

هذا الموقف اعتمدته أيضا محكمة الاستئناف بتونس¹ لما أقرت للمؤجر حق استرجاع المكرو لانتهاء المدة بناء على عدم وفاء المستأجر بالتزاماته التعاقدية وذلك تأسيسا على أحكام الفصل 242 من مجلة الالتزامات والعقود الذي ينص على أن ما انعقد على الوجه الصحيح يقوم مقام القانون بين الطرفين ولا ينقض إلا برضاها أو في الصورة المقررة بالقانون. وطالما ثبت إخلال المستأجر بالتزاماته بموجب العقد واستمراره بالانتفاع بالمكرو رغم إنتهاء مدته فإنه يتعين إلزامه بإرجاعه اعتبارا وأن مواصلة الانتفاع به بدون وجه قانوني يشكل مضرة حالة ومتأكدة لمالك المعدات.

وعلى العكس من ذلك فقد أخذت بعض الدوائر الاستعجالية² موقفا مخالفا معتبرة أنه حتى في صورة انعدام أية منازعة من طرف المستأجر فإن مطلب الاسترجاع لا يستجاب له لمساسه بأصل النزاع.

إن هذا الموقف يتعارض مع مفهوم المساس بالأصل كشرط من شروط القضاء الاستعجالي لأن تطبيق بنود العقد من طرف القاضي الاستعجالي والنظر في جدية المنازعة وفحص ظاهر مستنداتها لا تأثير له في الموضوع أو في أصل الحق و إلا لأصبحت المنازعة المثارة أو المفترضة عقبة في سبيل بلوغ الحماية التي يقرها القضاء الاستعجالي.

فالمنازعة التي يأخذ بها القاضي الاستعجالي هي المنازعة الجدية التي تكون على أساس من القانون والتي من شأنها أن تؤثر في حق رفع خيار الشراء الذي أقره المشرع للمستأجر.

1 قرار استئنافي عدد 54021 صادر عن محكمة الاستئناف بتونس بتاريخ 1 أكتوبر 1998 غير منشور

2 ابتدائي استعجالي صادر عن المحكمة الابتدائية بتونس بتاريخ 26 سبتمبر 2007 تحت عدد 59124 و ابتدائي استعجالي صادر عن المحكمة الابتدائية بتونس بتاريخ 14 نوفمبر 2007 تحت عدد 62320 غير منشور وعدد 62320 بتاريخ 15 فيفري 2008 (غير منشور)

على هذا الأساس اعتبرت محكمة التعقيب في قرارها الصادر بتاريخ 19 فيفري 2002 تحت 13833¹ أن عمليات الإيجار المالي هي شكل من أشكال القروض وأن العبرة من عقد الإيجار المالي هو تمكين المستأجر من شراء المعدات بشرط أن يلتزم بدفع أقساط الكراء المتفق عليها وهو ما قام به بدفع مبالغ مالية هامة وأن حقيقة النزاع بين الطرفين تتمحور حول ما إذا كان المستأجر دفع المبالغ المتفق عليها أو أنه دفع مبلغا دون المتفق عليه أو تجاوزه وهو نزاع فيه مساس بالأصل بما يجعل مطلب الاسترجاع لا يستقيم قانونا.

فموقف محكمة التعقيب في هذا القرار لم يكن مبنيا على أساس مبدئي يقوم على اعتبار أن جميع المنازعات تؤدي إلى إخراج طلب الاسترجاع لانتهاء المدة عن نطاق القضاء الاستعجالي وإنما انبنى على وجود نزاع جدي بخصوص تحقق أحد شروط المطلب .

فالبت في الخلاف بين الطرفين بخصوص مقدار المبالغ التي دفعها المستأجر بعنوان معينات إيجار يتطلب النظر في مديونية المستأجر من عدمها وهو من خصائص قاضي الأصل وبالتالي فإنه لا مجال للقول بأن جميع مطالب الاسترجاع لانتهاء المدة لا يتوفر فيها شروط الاستعجال بسبب مساسها بالأصل.

من المسائل التي أثارت أيضا أمام القضاء الاستعجالي ما يتعلق بشرط الإعلام برفع خيار الشراء الذي لم ترد فيه أية إشارة صريحة بالقانون المنظم للإيجار المالي.

يحمل هذا الشرط الإتفاقي المستأجر واجب توجيه إعلام لمؤسسة الإيجار المالي يعبر فيه عن إرادته في رفع خيار الشراء، على أن يكون ذلك قبل نهاية العقد بمدة يضبطها الطرفان شريطة أن يكون أوفى بجميع التزاماته.

1 غير منشور.

فالإخلال بواجب الإعلام يترتب عنه سقوط الحق في رفع خيار الشراء. لم يتخذ فقه القضاء موقفا موحدا من هذا الإجراء فاعتبرت بعض الأحكام والقرارات¹⁶ أن طلب الاسترجاع لانتهاء المدة المؤسس فقط على عدم رفع خيار الشرط يتعارض مع أحكام الفصل 243 من مجلة الالتزامات والعقود الذي يوجب الوفاء بالالتزامات مع تمام الأمانة ولا يلزم ما صرح به فقط بل يلزم كل ما تترتب عن الإلتزام من حيث القانون أو العرف أو الإنصاف حسب طبيعته، فاستنتجت من ذلك أن شرط الإعلام برفع خيار الشراء يتعارض مع أحكام الفصل الأول من القانون المتعلق بالإيجار المالي الذي يوجب على مؤسسة الإيجار المالي التفتيت للمستأجر في المعدات المؤجرة ماليا عند نهاية العقد بشرط خلاص أقساط الإيجار والقيمة الباقية المتفق عليها ولا يمكن بالتالي أن يكون شرط الإعلام حاجزا دون ممارسة هذا الحق¹.

لم يتأسس هذا الاتجاه على انعدام توفر شروط القضاء الاستعجالي وإنما انبنى على تأويل لإرادة طرفي العقد وهو موقف مبدئي اتخذته هذه الأحكام والقرارات من شرط الإعلام برفع خيار الشراء وذلك خلافا لما جاء بالقرار عدد 29534 الصادر بتاريخ 26 ديسمبر 2003² الذي اعتبر أن ممارسة حق خيار الشراء سواء بصفة مباشرة أو بصفة ضمنية تستوجب تأويل الوثائق المقدمة من الطرفين إذ يرجع الأطراف إلى القضاء الأصلي الذي له وحده صلاحية القول في آخر المطاف هل أن الوثائق المدلى بها من المستأجر تفيد أم لا أن هذا الأخير قد أعرب عن رغبته في الشراء وبالتالي مارس حقه في خيار الشراء من عدمه .

إن الموقف الذي اتخذته محكمة التعقيب في هذا القرار يفضي إلى إمكانية النظر في مطالب الاسترجاع لانتهاء المدة من طرف القاضي الاستعجالي

1 قرار تعقيبي مدني عدد 13833 صادر بتاريخ 19 فيفري 2002 غير منشور.

2 غير منشور.

باعتبارها مبنية على أسباب قانونية، إذ أن عقد الإيجار المالي يكون دائما محدد المدة بحكم القانون وعلى أسباب تعاقدية لأن هذه المدة يحددها الطرفان. معنى ذلك أن النظر في توفر شروط الاسترجاع من عدمه هو من صميم إختصاص القاضي ولا يخرج عن أنظار القضاء الاستعجالي اتخاذ الإجراءات الوقتية المبنية على هذه الأسباب.

لكن نظر القضاء الاستعجالي في المنازعات الناشئة عن عقود الإيجار المالي يمكن أن يتأسس أيضا على أسباب قانونية تخرج عن الولاية العامة للفصل 211 من مجلة المرافعات المدنية والتجارية لتعلقها بمسائل خاصة أقر القانون إمكانية النظر فيها وفق إجراءات الاستعجال.

II - منازعات التنفيذ المترتبة عن عمليات الإيجار المالي

يختص القاضي الاستعجالي بالنظر في المنازعات المتعلقة بالتنفيذ ومنها خاصة الإشكالات التنفيذية والمطالب الهادفة إلى النظر في جدية استحقاق المعقول. ولعل من أهم المنازعات التي تنشأ عن عقد الإيجار المالي ما هو مرتبط بإجراءات التنفيذ التي يباشرها دائنو المستأجر على المعدات التي يتصرف فيها في إطار عملية إيجار مالي (أ)

وكذلك تأثيرات انتفاع المستأجر الذي يمر بصعوبة اقتصادية بإجراءات الإنقاذ على المطالب الهادفة إلى إسترجاع المكرب بسبب عدم وفائه بالتزاماته (ب).

أ. دعاوى استحقاق المعقول

يقرّ المشرع لمؤسسة الإيجار المالي بملكية التجهيزات أو المعدات أو العقارات المقتناة المنجزة لغرض الإيجار المالي، فهي تبقى حسب عبارات الفصل الأول من القانون عدد 89 لسنة 1994 المؤرخ في 26 جويلية 1994 مالكة لها.

وهو ما يخول لمؤسسة الإيجار المالي الاحتجاج بحقها في الملكية على الغير. لذلك وإقرارا منه بأن عقد الإيجار المالي لا ينشئ أثناء قيامه حق ملكية جديد أو جب المشرع إشهار عمليات الإيجار المالي بما يعطي لتلك المؤسسة ضمانا حتى لا يطغى الجانب التمويلي فيها على جانب الملكية.

يمكن إدراج حماية حق ملكية مؤسسة الإيجار المالي للمعدات والعقارات موضوع عقود الإيجار المالي في إطار الحصانة التي تقرها النصوص العامة لدرء الاعتداء على هذا الحق.

ولما كان درء الاعتداء على الحقوق من المسائل التي تدخل في اختصاص القاضي الاستعجالي، فإن الاستعجال يكون مفترضا في الدعاوى الرامية إلى اتخاذ الإجراءات التحفظية الوقتية في المنازعات التي تثار أمامه بخصوص الملكية.

يكون اختصاص القضاء الاستعجالي استنادا إلى ولايته العامة التي أقر شروطها الفصل 201 من مجلة المرافعات المدنية والتجارية و التي تقوم على التأكيد وعدم المساس بالأصل كما يمكن أن يكون الاختصاص أيضا بموجب نصوص خاصة مثلما هو الشأن بالنسبة للصعوبات التنفيذية الواردة أحكامها وإجراءاتها بالفصول 210 و 211 و 212 من المجلة المذكورة وكذلك أيضا دعاوى استحقاق المعقول التي نص عليها الفصل 403 من المجلة المذكورة.

ففي هذه الحالة تخرج الإجراءات الوقتية المطلوب من القاضي الاستعجالي التصريح بها لحماية حق الملكية عن الولاية العامة التي أقرها الفصل 201 من مجلة المرافعات المدنية والتجارية وهو ما جعل بعض الفقهاء يعتبرون أن ركن

التأكد في هذا النوع من الدعاوى مفترض بقوة القانون ولا يلزم توفر شرط عدم المساس بالأصل في السائل التي يختص بالنظر فيها بموجب نص خاص.

فبالنسبة للصعوبات التنفيذية والدعاوى المتعلقة باستحقاق المعقول فإن نظر القاضي الاستعجالي فيها مقتصر على اتخاذ إجراء وقتي، لكن ذلك يتطلب النظر في جدية المطلب المقدم له إذ جاء بالفصل 403 من مجلة المرافعات المدنية والتجارية أنه إذا رأى أن دعوى الاستحقاق جدية فإنه يأذن بتوقيف أعمال التنفيذ ويضرب لمدعي الاستحقاق أجلاً قدره خمسة عشرة يوماً لرفع الأمر لمحكمة الأصل.

غير أن بعض قرارات محكمة التعقيب اعتبرت أنه لا فرق بين الاختصاص المخول للقضاء المستعجل بموجب النص العام الوارد بالفصل 201 من مجلة المرافعات المدنية والتجارية والاختصاص المخول له بنص صريح.

فقد جاء بالقرار التعقيبي عدد 41416 المؤرخ في 17 جانفي 1994 أنه يتعين على القاضي الاستعجالي لينظر في الإشكال التنفيذي أن يتحقق من توفر شرطي التأكد وعدم المساس بالأصل لبيان ما إذا كان يقضي في الإشكال كنزاع وقتي أو أنه سيقضي فيه بنزاع موضوعي¹.

يختلف هذا الموقف الذي انتهجته محكمة التعقيب عن موقفها في قرارها الصادر بتاريخ 10 سبتمبر 1986 تحت عدد 16326² الذي اعتبرت فيه أن المطلوب من المحكمة للنظر استعجالاً في مادة إشكالات التنفيذ أن تقيم جدية الإشكال المعروض عليها وأن تبت في المطلب على ضوء ذلك.

طرحنا هذه المسائل بخصوص عقود الإيجار المالي، إذ يحصل أحيانا أن يلجأ دائن المستأجر المالي إلى ضرب عقلة على المعدات التي يتصرف فيها هذا

1 تعقيبي مدني 16326 بتاريخ 16 سبتمبر 1986. ن م ت 1986 ص 163
2 غير منشور.

الأخير بمقتضى عقد إيجار مالي. ولصد آثار هذه العقلة ترفع مؤسسة الإيجار المالي إشكالا أمام القاضي الاستعجالي على معنى الفصل 403 من مجلة مرافعات المدنية والتجارية مدعية استحقاقها للمعقول وتطلب بناءً على ذلك إيقاف إجراءات العقلة المسلطة على مكاسبها وتمكينها من رفع الأمر لمحكمة الأصل.

إن البت في جدية استحقاق المعقول من عدمه يتطلب النظر إلى أصل الحق، إذ أنه لا يمكن للقاضي الاستعجالي أن يتبين جدية المطلب من عدمه إلا بالنظر في الملكية المحتج بها على ضوء ظاهر المؤيدات المقدمة له. غير أن ما يميز قضاءه هو أنه لا يبت في أصل ذلك الحق وإنما يقتصر نظره عندما تتبين له جدية الطلب الإذن بتوقيف التنفيذ وضرب أجل لمدعي الاستحقاق لرفع الأمر لمحكمة الأصل.

معنى ذلك أنه يمكن أن يستنتج أيضا عدم جدية المطلب من عدم ثبوت حق الملكية المدعى بشأنه فيقضي برفضه على أساس أن أصل الحق الذي يطلب مدعي الاستحقاق حمايته غير ثابت إما لثبوت عدم انطباق مؤيدات دعوى الاستحقاق على المعدات المجراة عليها العقلة أو لانتفاء حقها على تلك المعدات بسبب نقل ملكيتها لفائدة المستأجر.

ب. الإيجار المالي والمؤسسات التي تمر بصعوبات إقتصادية

جاء القانون عدد 34 لسنة 1995 المؤرخ في 17 أفريل 1995¹ المتعلق بإنقاذ المؤسسات التي تمر بصعوبات إقتصادية بنظرة جديدة تأخذ بعين الاعتبار دور المؤسسة في تنمية الثروة الاقتصادية للبلاد وخاصة عندما تصبح في وضعية لا تمكنها من مجابهة ديونها بما يخشى منه في صورة استمرار تلك الحالة تعكير حالتها وإمكانية إضمحلالها.

1 الرائد الرسمي للجمهورية التونسية عدد 33 لسنة 1995 ص 792.

لذلك وضع هذا القانون مساعدة المؤسسة التي تمرّ بصعوبات اقتصادية على مواصلة نشاطها ضمن أول الأهداف التي يرمي إليها، إذ أن تحقيق هذا الهدف يمكن أيضا من بلوغ هدفين آخرين مرتبطين ببقاء المؤسسة وهما المحافظة على مواطن الشغل ومساعدتها على الوفاء بديونها.

لاشك أن هذا القانون بتحديد أهداف التي يرمي إليها يكون قد قطع مع نظام الإجراءات الجماعية التي كانت تحكمها قواعد المجلة التجارية وذلك بتوسيع مجالات تطبيقه التي لم تعد مقتصرة فقط على التجار وإنما أصبحت تشمل أيضا الأنشطة الصناعية والحرفية كما أصبحت تنفع أيضا بهذا النظام الشركات التجارية التي تتعاطى نشاطا فلاحيا أو نشاطا في ميدان الصيد البحري وذلك منذ التنقيح الوارد على هذا القانون بمقتضى القانون عدد 63 لسنة 1999 المؤرخ في 15 جويلية 1999¹.

كما ألغى قانون إنقاذ المؤسسات الإجراء الذي كانت تنص عليه الفصول من 413 إلى 441 من المجلة التجارية والمتمثل في الصلح الاحتياطي وطور أيضا في إجراءات الفلسفة التي ولئن بقيت تشمل التجار فقط إلا أنه غير في مفهومها و شروط إعمالها .

إن ظهور قانون إنقاذ المؤسسات كان نتيجة حتمية للتنقيحات التشريعية المدخلة على معظم زوايا قانون الأعمال².

وبالرغم من ظهوره بعد أقل من سنة من صدور القانون المتعلق بالإيجار المالي فإنه لم يتعرض تماما إلى علاقة المؤسسة المدينة الخاضعة لأحد أنظمة

1 الرائد الرسمي للجمهورية التونسية عدد 57 لسنة 1999 ص 1343 .

2 البشير الفرشيشي، بعض الخواطر حول مآل التأمينات في قانون إنقاذ المؤسسات، منشور في دراسات في قانون التأمينات ، المطبعة العصرية ص 11.

الإنقاذ بمؤسسة الإيجار المالي التي مولت المعدات أو العقارات التي تتصرف فيها بمقتضى عقد إيجار مالي .

إلا أنه عند إدخاله لعدة تنقيحات على القانون عدد 34 لسنة 1995 بموجب القانون عدد 63 لسنة 1995 المؤرخ في 15 جويلية 1999 أورد المشرع أحكاما تشير إلى عمليات الإيجار المالي من ذلك أن الفصل 12 الواقع تنقيحه بمقتضى هذا القانون أصبح ينص على إمكانية تعليق إجراءات التقاضي والتنفيذ الرامية إلى استخلاص دين سابق لتاريخ فتح إجراءات التسوية الرضائية كإيقاف سريان الفوائد بما في ذلك الإيجار المالي.

وهذا المنهج اعتمده المشرع أيضا بالنسبة للفصل 19 الذي أصبح بمقتضى التنقيح الوارد بنفس القانون يشير إلى إمكانية تعليق إجراءات التقاضي والتنفيذ في مادة التسوية القضائية بما في ذلك الإيجار المالي.

هذه الإشارة إلى عمليات الإيجار المالي في قانون إنقاذ المؤسسات لم تعمر طويلا، إذ أنه عند تنقيح وإتمام القانون المذكور بموجب القانون عدد 79 لسنة 2003 المؤرخ في 29 ديسمبر 2003¹ أصبح الفصل 12 المتعلق بتعطيل إجراءات التقاضي والتنفيذ عند فسخ إجراءات التسوية الرضائية يشمل استرجاع العقارات والمنقولات التي يتبين أنها ضرورية لنشاط المؤسسة المدينة ولم تقع الإشارة في هذا النص إلى عمليات الإيجار المالي.

كذلك خول الفصل 21 كيفما وقع تنقيحه بالقانون 79 لسنة المؤرخ في 29 ديسمبر 2003 لرئيس المحكمة عندما يأذن بفتح إجراءات التسوية القضائية أن يأذن أيضا بتعليق إجراءات التقاضي والتنفيذ الرامية إلى استرجاع عقارات أو منقولات بسبب عدم أداء دين.

1 الرائد الرسمي للجمهورية التونسية عدد 104 لسنة 2003 ص 3929 .

لم يتعرض النص المذكور إلى عمليات الإيجار المالي التي سكت عنها أيضا الفصل 32 من نفس القانون عند إقراره إمكانية تعليق إجراءات التقاضي والتنفيذ الرامية إلى استرجاع منقولات أو عقارات أثناء فترة المراقبة لذات السبب. ولعل مرد عدم تعرض المشرع في هذه الفصول إلى عمليات الإيجار المالي يعود إلى أن عباراتها وردت على إطلاقها فهي تشمل تعليق إجراءات التقاضي والتنفيذ الرامية إلى استرجاع منقولات أو عقارات بسبب عدم أداء دين دون تحديد مصدر ذلك الدين.

إلا أن إعمال هذا الإجراء أفرز بعض الإشكاليات.

فبالنسبة لمطالب الاسترجاع مؤسسة على أحكام القانون العام للأكرية اعتبرت محكمة التعقيب أنها لا تخضع للتعليق. فقد جاء بالقرار التعقيبي الصادر بتاريخ 11 أكتوبر 2004 تحت عدد 1798¹ أن استصدار قرار إيقاف إجراءات التتبع والتنفيذ ضد المدين الذي يمر بصعوبة إقتصادية لا ينسحب مفعوله الأعلى على تتبع وتنفيذ الديون على الحقوق الأصلية وخاصة منها ترتيب الجزاء القانوني على الإخلال بواجب خلاص معلوم الكراء.

اعتبرت محكمة التعقيب في هذا القرار أن قيام المالك استعجاليا في إلزام المتسوغ بالخروج من المكوى إن لم يدفع معينات الكراء المتخلدة بدمته لا يهدف إلى الضغط لاستخلاص معين الكراء وإنما إلى ترتيب الأثر عن عدم الوفاء بالالتزام وذلك بإرجاع موضوعه إلى المالك.

المبدأ الذي أقرته محكمة التعقيب في هذا القرار يفضي إلى إخراج عقود الكراء التي تخضع للقانون العام عن إطار تعليق إجراءات التقاضي والتنفيذ

1 غير منشور.

وبالتالي فإنه لا يحق للمتسوغ الاحتفاء بأحكام قانون إنقاذ المؤسسة في علاقته بمالك العقار.

فهل يمكن اعتماد هذا المبدأ في علاقة مؤسسة الإيجار المالي بمدينيتها الخاضعين لأحكام قانون إنقاذ المؤسسات ؟

مبدئيا يمكن القول بأن الحل يكمن في التمييز بين نوعين من مطالب الاسترجاع فمنها ما يتعلق بالاسترجاع بسبب عدم أداء معينات الكراء وذلك في إطار مطلب إستعجالي في التصريح بانفساخ العقد أو بإلزام المستأجر بإرجاع المكوى إن لم يدفع ومنهما ما يتعلق بالاسترجاع لانتهااء المدة .

اعتمد فقه القضاء على هذا التقسيم وأعتبر أنه في إطار مطالب الاسترجاع بسبب عدم الخلاص فإن علاقة مؤسسة الإيجار المالي بالمستأجر يطغى عليها جانب التمويل بما يجعل طلب الاسترجاع في هذه الحالة مبنيا على عدم الخلاص ويكون للمستأجر مركز المدين بمبالغ معينات الإيجار المتخلدة بدمته وبالتالي فإنه يحق له طلب الحماية التي أقرها المشرع والتي ينسحب مفعولها على تتبع وتنفيذ الديون ولا يمكن بالتالي تمييز مؤسسة الإيجار المالي عن غيرها من الدائنين الآخرين الذين تتعطل إجراءاتهم بخصوص تتبع أو تنفيذ ديونهم مثل البنوك وسائر المزدوين .

لكن الأمر على خلاف ذلك بالنسبة للمطالب الرامية إلى استرجاع العقارات أو المنقولات التي يتصرف فيها المستأجر الخاضع لإجراءات التسوية ، بسبب إنتهاء مدة الإيجار.

فقد جاء ببعض الأحكام والقرارات أن مطالب الاسترجاع لانتهااء المدة لا تشملها إجراءات التعليق باعتبارها لا ترمي إلى تتبع استخلاص دين، إذ أن الأحكام الواردة بالفصلين 21 و 32 من قانون إنقاذ المؤسسة يتعلق فقط بتعطيل التتبعات الفردية أو أعمال التنفيذ الرامية إلى إستخلاص ديون سابقة لفتح إجراءات التسوية

(فصل 21) أو خلال فترة المراقبة (فصل 32) أو إلى استرجاع منقولات أو عقارات سبب عدم أداء دين .

أسست المحاكم التي اعتمدت هذا الاتجاه قضاءها على اعتبار أن قانون إنقاذ المؤسسات هو قانون خاص واستثنائي لا يمكن تأويله بما يخرجها عن نطاق استخلاص الديون¹ وطالما كانت مطالب الاسترجاع لانتهاء المدة لا تهدف إلى هذه الغاية فإنه يحق لمؤسسة الإيجار المالي التي تؤسس طلبها على عقد إيجار مالي انتهت مدته أن تسترجع المكري لهذا السبب.

فقد جاء بالقرار التعقيبي الصادر بتاريخ 9 ديسمبر 2002 تحت عدد 20630² بأنه طالما كانت الدعوى مؤسسة على عقد إيجار مالي انتهت مدته فإنه يبقى من حق المؤجرة استرجاع المكري وأن محكمة الأصل لما قضت بخلاف ذلك معبرة أن الدعوى داخلة تحت طائلة الفصل 19 (قديم) من قانون إنقاذ المؤسسات تكون أعطت تأويلاً واسعاً لمقتضيات ذلك الفصل لا تقتضيه عباراته، سيما وأن القانون المذكور هو قانون خاص واستثنائي له علاقة بالنظام العام ولا تتحمل عباراته هذا التأويل.

لذا اعتبرت محكمة التعقيب في هذا القرار أن اعتماد الفصل 19 (قديم) من قانون إنقاذ المؤسسات للتصريح بتعليق إجراءات التقاضي والتنفيذ الرامية إلى استرجاع مكري لانتهاء المدة فيه خرق للفصل المذكور وهو يتعارض مع أحكام الفصل 532 من مجلة الالتزامات والعقود الذي جاء به أن نص القانون لا يتحمل إلا المعنى الذي تقتضيه عباراته بحسب وضع اللغة وعرف الاستعمال ومراد واضع القانون وبالتالي فإن مطالب الاسترجاع لانتهاء المدة لا يمكن أن

1 غير منشور.

2 غير منشور.

يشملها أي تعطيل لعدم تعلّقها باستخلاص دين وفق ما نص عليه صراحة الفصل المذكور .

لكن يبدو أن محكمة التعقيب اعتمدت أيضاً بصورة ضمنية نص الفصل 532 من مجلة الالتزامات والعقود في تأويل الفصل 19 (قديم) من قانون إنقاذ المؤسسات، فمراد واضع القانون الذي اعتبرته محكمة التعقيب في القرار السابق حائلاً دون تعليق إجراءات التقاضي والتنفيذ بالنسبة لمطالب استرجاع المكري لانتهاء المدة أدى بمحكمة التعقيب إلى القول بأن المشرع أخضع إنقاذ المؤسسات التي تمر بصعوبات اقتصادية إلى إجراءات خاصة وأمرة قصد مساعدتها على مواصلة نشاطها والمحافظة على مواطن الشغل فيها والوفاء بديونها ولا يكون ذلك إلا باتخاذ إجراءات وقائية قصد ضمان مواصلة المؤسسة لنشاطها واعتبرت أن الفصل 19 من القانون المذكور يندرج ضمن هذه الضمانات غير أن التعليق الذي أقره لا يهم استخلاص الديون فقط بل يتعداه إلى كل الدعاوى التي تهدف إلى استرجاع بعض المعدات أو غيرها التي كانت في تصرف المؤسسة التي تستغلها في نشاطها.

ولتأييد موقفها اعتبرت محكمة التعقيب في هذا القرار أن استرجاع أدوات الإنتاج والاستغلال من طرف مؤسسة الإيجار المالي بسبب إنهاء مدة العقد والحال أن المستأجرة تتمتع بإجراءات التسوية القضائية من شأنه أن يفرغ قانون إنقاذ المؤسسات من محتواه ويؤدي إلى نقيض الهدف الذي رسمه المشرع من خلال سنه لذلك القانون.

إن هذا الموقف الذي اعتمدته محكمة التعقيب كان يصح لولا ما تضمنته عبارات الفصل 19 من قانون إنقاذ المؤسسات من إشارة صريحة للاسترجاع بسبب عدم خلاص ديون خاصة وأن الغاية من تعليق إجراءات التقاضي والتنفيذ هو تمكين المؤسسة من مواصلة نشاطها دون ضغط وتخصيص مواردها لمواصلة

الاختصاص الاستعجالي في التحكيم

حسين السالمي

أستاذ محاضر بكلية الحقوق والعلوم

السياسية بتونس

نشاطها ولكن من جهة أخرى تتميز إجراءات التسوية ببعض سمات الإجراءات الجماعية ومن أهمها إحداث مساواة بين الدائن أثناء سير الإجراءات الجماعية وهو ما يبرر تعطيل التتبعات الفردية الرامية إلى استخلاص ديون وذلك لدرء كل ما من شأنه أن يميز دائنا على آخر.

أما إذا تعلق الأمر بترتيب أثر يخرج عن إطار الوفاء بالديون فإن تعليق إجراءات التقاضي والتنفيذ يصبح في غير طريقه لأنه حكم استثنائي لا يمكن التوسع في تأويله عملاً بأحكام الفصل 540 من مجلة الالتزامات والعقود.

1- إنطلق بعض الفقه من تعريف وظيفي للإختصاص بإعتباره "يقوم على توزيع الصلاحيات بين هيئات مؤهلة لنفس الوظائف" (1) أو مجموعة القواعد التي تمكن من تحديد النزاعات التي يمكن لكل محكمة نظرها (2)، ليستبعد الإختصاص من مجال التحكيم لأنه يفترض تنظيمًا قضائيًا تتعدّد فيه الهيئات القضائية وتقوم فيه قواعد الإختصاص بتوزيع الصلاحيات بينها (3)، إلى درجة أن مفهوم الإختصاص يتبخر إذا وجدت محكمة وحيدة (4).

1) Jacques Normand : obs , sous , cass , 2è civ.11/1/1978, RTDciv1978. 921 : « La compétence est la répartition des tâches entre organes voués aux mêmes fonctions ».

Bruno Oppetit : L'arbitrabilité des litiges de droit d'auteur et droits voisins ; Travaux, coll, Arb et propriété intellectuelle, 26/1/1994, librairie technique, col.drt.des aff,n°12,1994.p 121 et Suiv .spec.P123.

2) Mathieu De Boisseon : Le droit français de l'arbitrage interne et international . préface de P.Bellet .G L N Joly,1990 ,spec n°730.

3) Bruno Oppetit : L'arbitrabilité des litiges de droit d'auteur et droits voisins ; précité .spec.P123.

Ph.Thiéry : Pouvoir juridictionnel et compétence, (Etudes de droit international privé).Thèse Paris II, sous dir de R. Perrot.1981.p 12 et 14.

« Les règles de compétence ...ont pour objet d'assurer le fonctionnement d'une organisation judiciaire comportant une pluralité de juges,en répartissant entre eux les litiges ».

(4) فيليب تيري: أطروحة، المرجع السابق، رقم 12.

ويرى الأستاذ فيليب تيري أن هناك عدم تلاؤم مطلق بين التحكيم ومفهوم الاختصاص، فالمحكم ليس له اختصاص (1)، وتبعاً لذلك لا يتصور حتى قيام عوارض اختصاص أمام المحكم إذ المنازعة لا تتعلق إلا بتأهيله فحسب (2).

2- لكن القسم الغالب من الفقه، رغم إيمانه التعريف الوظيفي للاختصاص، يخالفه الرأي ويقرّ بقيام نظرية الاختصاص وعوارض الاختصاص على السواء لدى المحكم ولدى القاضي وهو ما يكرّسه الواقع القانوني التشريعي والاجتهادي القضائي (3).

أ- التحكيم الاختصاص التأهيل :

يتوارد ويتلازم في مجال التحكيم مفهوما الاختصاص (compétence) والتأهيل (investiture).

3- فالتأهيل في مدلوله القانوني الإصطلاحي العام لا يخرج عن مدلوله اللغوي (4) لذلك يجمع الفقه الفرنسي الحديث على اعتماد تعريف مستمد من

(1) فيليب تيري: أطروحة، المرجع السابق، رقم 19، حيث كتب "إن المحكمة التحكيمية ليس لها أي اختصاص"

« Une juridiction arbitrale n'a aucune compétence »

(2) فيليب تيري: المرجع السابق، رقم 20:

« Aucun incident de compétence n'est susceptible de surgir devant la juridiction arbitrale. la contestation porte toujours sur son investiture ». Bruno OPPETIT : Justice étatique et justice arbitrale, in, « Théorie de l'arbitrage » PUF ; coll doctrine juridique 1998, p32.

(4) التأهيل لغة، اشتقاق من فعل أهل يؤهل تأهيلاً. وقد جاء في معجم لسان العرب المحيط للعلامة ابن منظور (لسان العرب المحيط: تقديم الشيخ العلامة عبد الله العلي، دار الجيل ودار لسان العرب، بيروت، 1408هـ - 1988م، المجلد الأول: أهل، ص 125). يقال أهله ذلك، وأهله لذلك الأمر تأهيلاً وأهله، رآه له أهلاً. وتأهل الرجل، تزوج. وفي الدعاء: أهلك الله للخير. أما

المعجم القانوني لجمعية روني كابتون، للقول بكونه " تولية شخص ما مهمة أو وظيفة أو إعطائه تكليفاً بالانتخاب أو بالتسمية أو بالعقد" (1).

معجم لاروس الفرنسي (معجم لاروس: 1998 ص 1413)، فيرج نشأة مصطلح تأهيل إلى الخلاف الحاصل بين البابوية والسلطة الإمبراطورية حول إسناد المراكز والصفات الكنسية مابين سنوات 1075 و 1122 م، وهو الخلاف الذي آل إلى الفصل بين السلطة الدينية والسلطة الدنيوية. وجاء في قاموس المصطلحات الحقوقية والتجارية للأستاذ ممدوح حقي (قاموس فرنسي عربي: طبع مطبعة لبنان ونشر مكتبة لبنان 1973، ص 157): أهل بمعنى، نصب، قلد منصباً، ولّى، وأهل قاضياً، نصبه، وتأهيل بمعنى، تقليد، تنصيب، تولية، توظيف. ويعطي قاموس الإصطلاح القانوني الذي أصدرته جمعية هنري كابتون الفرنسية تحت إدارة العميد جيرار كورني (Association Henri Capitant : Vocabulaire juridique. sous la direction de Gerard Cornu. PUF. 8ème. 2000) للتأهيل تعريفاً ثلاثياً بالقول إنه بمعنى: — عملية إسناد أحد ما وظيفة أو صفة بالانتخاب أو بالتسمية مثل إسناد شخص مهمة أو تكليفاً بموجب عقد، كتأهيل الوكيل. — التصويت الذي تعطي بموجبه الجمعية الوطنية الفرنسية تحت نظام دستور الجمهورية الرابعة لسنة 1946 فصل 45 ثقتها للمترشح لرئاسة المجلس حتى تتم تسميته. — القرار الذي تحدد بموجبه هيئة سياسية مرشحها لانتخابات ما.

(1) - نستنتج على المستوى الإصطلاح القانوني قيام ثلاث تعاريف للتأهيل :

— التعريف العام للتأهيل الحيادي : وهو يقوم على إسناد صفة أو مهمة بالتسمية أو بالانتخاب أو بالعقد.

— تعريف خاص بتأهيل القاضي: وهو يتميز بطابعه العمومي السيادي وإن كان يجمع بين صيغتي التأهيل العام (التسمية أو التولية، والانتخاب) وهو بالتالي إسناد الدولة صفة القاضي لعضو عمومي أو خاص بالتسمية أو بالانتخاب.

— تعريف تأهيل المحكم: ويتميز بنشأته الإنفاذية المباشرة، لكنه يبقى منشؤه غير المباشر عاماً وهو القانون وموضوعه هو ذاته موضوع تأهيل القاضي وهو النهوض بالوظيفة القضائية التي هي وظيفة عامة، ويمكن تعريفه بأنه "إسناد المحكمين صفة القاضي لشخص أو هيئة من أشخاص إسناداً إلى الحق الطبيعي في حل وفاق".

4- وبتطبيق هذا التعريف على التحكيم يصبح التأهيل التحكيمي، عملية إسناد شخص ما سلطة إصدار قرار يتصل به القضاء في نزاع (1) لكن تعريفا يأخذ بعين الاعتبار الطبيعة العامة لموضوع تأهيل المحكم ومرجعياته القانونية غير المباشرة يجعله "إسناد المحتكمين صفة القاضي لشخص أو هيئة من أشخاص إستنادا الى الحق الطبيعي في حل وفاق" (2).

5- ويميز الفقه التقليدي وكذلك الحديث التأهيل التحكيمي عن الإختصاص التحكيمي (3)، إذ يحصر الأول في نظر مسألة صحة مصدر تأهيل المحكم المباشر وهو إتفاقية التحكيم في نظر الفقه التقليدي وعقد المحكم (4) عند الفقه

1) Thomas CLAY: L'arbitre, Thèse, Paris II, 2000, Nouvelle publication des thèses, Dalloz 2001, p115 n°121:

« Globalement définie l'investiture qui s'applique également à d'autres domaine que l'arbitrage, signifie, l'action de conférer à quelqu'un une fonction ou un titre, par élection ou nomination; et par exention, celle de conférer une mission ou une charge par convention. En droit de l'arbitrage, l'investiture est entendue comme le pouvoir donné à un individu de rendre une décision qui aura l'autorité de chose jugée »

Henri MOTULSKY: Etudes et hotes sur l'arbitrage, Dalloz 1974, p199 et 216.

(2) الحسين السالمي: التحكيم وقضاء الدولة، أطروحة دكتوراه دولة في القانون الخاص، كلية الحقوق والعلوم السياسية جامعة تونس المنار، 2003\2004 رقم 411 ص 249.

(3) الحين السالمي، المرجع السابق رقم 413\415 ص 249\250.

(4) - فعقد المحكم (le contrat d'arbitre) لا ينعقد بين نفس أطراف إتفاقية التحكيم، أي أطراف النزاع فيما بينهم وإنما بين أطراف آخرين هم الأطراف المحتكمون من جهة، والمحكم من أخرى. وهو العقد الذي موضوعه تأهيل المحكم أي الذي يلتزم بمقتضاه المحكم بالقيام بالمهمة التحكيمية الموكلة إليه، والذي كرس وجوده الفقه وفقه القضاء والتشريع في أغلب الدول ومنها أساسا: فرنسا وإيطاليا، وسويسرا والنمسا، وإنجلترا، والولايات المتحدة. وهو يقيم على المحكم إلتزامات إتفاقية، يكون الإخلال بها أخطاء قضائية وتنتج عنها مسؤولية تقصيرية. (يرجع: الحسين السالمي، الأطروحة مرجع مذكور رقم 416 ص 251 وما يليهما).

الحديث بإعتبارهما يمثلان مصدر تأهيل المحكم، أما الإختصاص فينصرف الى موضوع الوظيفة التحكيمية أي المهمة التحكيمية أو مأمورية المحكم. وهكذا إستوعب إختصاص المحكم بإختصاصه مسألة التأهيل، وأصبح المحكم مختصا بنظر إختصاصه وتأهيله معا، على خلاف القاضي الذي يحجر عليه نظر مسألة تأهيله الذاتي العمومي .

6- وقد أدى هذا التصور الخاص بالتأهيل التحكيمي الى جدل فقهي حاد حول المصدر الحقيقي لتأهيل المحكم (1)، وحول مدى وحدة أو إزدواجية مفهوم

(1) يرى الأستاذ توماس كلاي أن القائل بأن المؤسسات القانونية ذات المصدر الواحد يجب أن يكون لها نفس المال، يتناسى أن القانون الفرنسي (وقياسا عليه كل القوانين الحديثة) يميز بين الصيغة والمضمون، حتى أن العديد من التصرفات القانونية تتضمن العديد من العقود، بدء بالذي يتضمن الشرط التحكيمي بما يجعل منها تصرفات قانونية أو عقودا مركبة. ويضيف، أن الجدل الذي أدى إلى دمج مفهومي التأهيل والإختصاص، كان في حقيقته جدلا حول التمييز بين إتفاقية التحكيم التي تضبط إختصاص المحكم وعقد المحكم الذي يعطي تأهيل المحكم. لكن هذا التصور العقدي لتأهيل المحكم وضع أصحابه وعلى رأسهم الأستاذ كلاي أمام إشكالية التوفيق بين مقتضيات "المكون العقدي (la composante contractuelle) أي النظام القانوني للعقد ومقتضيات "المكون القضائي" (la composante juridictionnelle). فكيف للمحكم الطرف في عقد التحكيم أن يفصل في صحة تأهيله بموجب هذا العقد، أي جعله طرفا وحكما معا؟. وهو ما سوف يكون في نظر الأستاذ كلاي نفسه خارقا لأبسط القواعد البدائية لقانون العقد. لكن الأستاذ كلاي يجيب على هذه الإشكالية قائلا "ليس للمحكم من الوجهة العقدية البت في عقد هو طرف فيه، غير أن المهمة القضائية تتجاوز بطبيعتها المحيط العقدي الذي نشأت عنه. إنها تغير القواعد المنطبقة عليه. إن المكون القضائي للمهمة التحكيمية لا يمكن أن يرد الى مجرد عقد. والسلطة التي تسند للمحكم لا يمكن أن ترد الى العقد الذي أهله وحده. فعلى العكس من ذلك يمثل عقد المحكم نقطة الإلتقاء القصوى بين المكونين، إنه عقد القران بين العقدي والقضائي الذي هو السمة المميزة لقانون التحكيم كله" (أطروحته ص 148 رقم 179). وينطلق الفقه الفرنسي من هذه الحقيقة ليقول بنفوق المكون القضائي على المكون العقدي كلما تعلق الأمر بتقدير سلطة الحكم لدى المحكم وبالاخص مسألة إختصاصه بنظر تأهيله الذي يميزه عن القاضي العمومي. فمصدر

الإختصاص التّحكيمي. وقد إنتهى هذا الجدل بالفقه الى إقتراح إستبدال مبدأ "إختصاص المحكم بإختصاصه"، بمبدأ "إختصاص المحكم بتأهيله"(1).

نظام المحكم مزدوج بين المهمة والعقد وهذه الثنائية (مهمة عقد) تعكس بصدق الطبيعة الحقيقية للتّحكيم ذاته "كمؤسسة" تجمع بطبيعتها المكونين. وهو ما حتّم غلبة المكون القضائي المستند من المهمة التّحكيمية ذاتها، والذي بدوره يفقد عقد المحكم كينونته بل وجوده، ما جعل الفقيه حاييم بيرلمان يقول "إنه صيغة قانونية متفردة تحمل في ذاتها سبب نهايتها، إذ يتوقّف وجودها على توارد محلها القضائي مع كنهها العقدي". وهكذا يقول الأستاذ كلاي "توالي المهمة القضائية للمحكم تأهيله العقدي، بما يجعل منه كما عرفه الفقه الغربي الحديث مؤسسة قانونية بأنم معنى الكلمة"، بعنصريها المكونين لكل مؤسسة وهما : دوام الوجود القانوني أو الإستقرار في الزمن، والخضوع لنظام من القواعد تضبطها وتحركها، من صنف المؤسسات القانونية غير المشخصة. وهذا ما يفسّر حقيقة التّحكيم كأداة للنهوض بالوظيفة القضائية، مستقرة في وجودها تاريخيا ونظمها القانون عبر كافة حقبة ما جعل منها مؤسسة مستقلة موازية لمؤسسة القضاء، ومستندة كما في التصور الإسلامي القديم للتّحكيم الى ولاية عامة وإن لم تكن عمومية، إذ تجعل منه قضاء ذي ولاية شرعية. وهذا التصور يزكيه بل يقتضيه النظام المشترك الأفقي للقضاء كمؤسسة عامة وللقاضي كمفهوم حيادي، و يفسّر خضوع عضو مؤسسة التّحكيم أي المحكم كما في القانون الإسلامي الى نفس نظام القاضي الحيادي، كما يكرسه النظام الأفقي المشترك للقاضي طبق ما سلف بسطه. وتبرر هذا التصور المؤسسي للتّحكيم كذلك غاية نفعية براغماتية. فمؤسسة التأهيل تلعب من خلال نظامها القانوني وعلى رأسه قاعدة إختصاص المحكم بتأهيله مضافة الى إختصاصه بإختصاصه دورا وقائيا يتمثل في ضمان إلزام "نظام القاضي الحيادي" في تكوين المحكمة التّحكيمية. أي ضمان إحترام القواعد المشتركة بين القاضي والمحكم القاضي، والتي قوامها الغيرية، والحياد، والإستقلالية، والنزاهة، بإعتبارها ضمانات جوهرية للعدالة أي للعدل المجسم.

(1) - ويبدو أن الجدل القائم حول مصدر تأهيل المحكم بين الإرادة الفردية للمحتكمين مجسّمة في إتفاقية التّحكيم شرطا أو مشارطة، كما في الفقه التقليدي، وبين الإرادة المشتركة للمحتكمين من جهة وإرادة الغير المحكم من أخرى، من خلال عقد المحكم، كما عند الأستاذ كلاي، وبين نظام التّحكيم بإرادته الثلاث، كما عند الأستاذ التحيوي، يخفي في حقيقته تصورا ذاتيا لكل فريق لما

ب - الإستعجالي والتّحكيم

7- إن حقيقة التّحكيم كمؤسسة بعنصريها الزماني(الدوام) والتنظيمي (النظام القانوني الذي يضبطها ويحركها) هي التي تمثل الأساس القانوني لسلطة القضاء لدى المحكم التي تشمل الى جانب صلاحية كل قاض لنظر إختصاصه وقبلها صلاحية المحكم المتفردة عن القاضي بنظر المنازعة في تأهيله.

فولاية الحكم التي تسند للغير المحكم، هي عماد "مؤسسة التّحكيم" فهي المنشئة لقضاء التّحكيم على قول الأستاذ فيليب فوشار وهي الضابطة لنظامي التّحكيم والمحكم على السواء، بمعنى أنها هي الأساس الحقيقي لكل سلط المحكم وصلاحياته، وهي بذلك مرجع تحديد علاقته بالدولة وبقانونها وبقضائها في مختلف مجالات القضاء.

8- أما نظام التّحكيم فهو ثلاثي الأبعاد إذ تتداخل فيه إرادات ثلاث هي إرادة المحتكمين وإرادة المحكم وإرادة القانون، وتتلاقح داخله نظم قانونية ثلاث هي النظام العقدي والنظام الإجرائي والنظام الموضوعي، توحدتها قيم ومبادئ وغايات القانون الأفقي الإنساني الإجرائي والموضوعي.

يريد أن يكون عليه مركز المحكم ونظامه. فالمتأمل في مراجع تأهيل المحكم الثلاث يجد أن قاسمها المشترك يتمثل في تكريسها جميعا لنفس المحل وهو إسناد سلطة الحكم للمحكم، بمعنى أنه لئن لم تتحد هذه الإرادات في مصدرها، فإنها تتحد في إتجاه كل من إرادة المحتكم والمحكم والقانون الى إعطاء الغير المحكم سلطة الحكم. لكن يبدو أن هذا الخلاف لا يتجاوز الخلاف الظاهري إذ لا يتعلق بالمسألة الإشكالية ذاتها بل بتصوّرها من هذا الفريق أو ذاك، و بتقديره لمدى أو لدرجة سلطة كل من المحكم والقاضي إزاءها سواء تعلّق الأمر بالتأهيل، أو بالإختصاص كمفهومين عامين مجردين منطبقين في كلا القضائين، مع إلتقاء في المضمون لكن بإختلاف في الصيغة حتّم تميزا بينهما في النظام.

وهذا البعد المؤسسي الثلاثي الإرادة المنشئة للتحكيم والبنية لنظامه تحت لواء مبادئ القانون الإجرائي الأفقي كان وراء إكتساب التحكيم فاعلية ذاتية على مستوى عنصري الولاية على السواء سلطة الحكم وسلطة الجبر المعبرة عن سلطان القضاء(1). وكان موضوع الإختصاص بنظر المسائل الوقتية والتحفطية ثم التنفيذية وإتخاذ الوسائل المستعجلة الملائمة وتأمين فاعليتها محك فاعلية التحكيم الذاتية وبالتالي إستقلاليته التحكيم نظاما وتنظيما.

ج - الإختصاص الإستعجالي في التحكيم

9- لقد أظهرت المسلمات البديلة في علاقة التحكيم بالدولة وبقانونها وبقضائها وهي طبيعته القضائية وعموميته تأهيلا ووظيفة وإستقلالية النظام القانوني والتنظيم القضائي التحكيمي(2) أن الرقابة الوصائية التحكيمية للدولة على القضاء التحكيمي لم تكن أصلا في التحكيم، بل كانت خروجاً عن الأصل القائم تاريخيا والثابت في القانون الوضعي داخليا ودوليا، وهو إستقلالية التحكيم كأداة للتنازع السلمي، بإعتباره الطريقة الفضلى لتجسيم العدالة المجسمة المنشودة.

10- وهذا الطموح لإحياء عدالة غير صدامية عبّر عنه أصحاب النظرية الذاتية للتحكيم وأكدته تطوّر نظام التحكيم، حيث أصبح المنطلق مسلّم إستقلالية التحكيم كأصل ثابت، لتخليص التحكيم من تحكّم الدولة ومن وصاية قضائها وإعتماده كأداة ملائمة للتجارة الدولية وللعدالة عموما، فكان له الرّحان والأولية

(1) في هذا المعنى : الحسين السالمي: الأطروحة مرجع مذكور ج 2 و بالخصوص رقم 861 وما يليه.

(2) المرجع السابق، رقم 389 وما يليه و 511 وما يليه .

في معادلة قضاء / تحكيم، سواء. وهذه الأفضلية لم يزلها نظام الإختصاص بالمسائل الوقتية والإستعجالية إلا تأكيدا وترسيخا.

فلئن جازت المجادلة في هذه الأفضلية بالخصوص في مجال الإستعجال التحكيمي بما أسفر عن إختلاف في المذاهب وإنقسام الآراء حولها بين قائل بالإقصاء في الإتجاهين وقائل بالتشارك بين قضاء الدولة المساعد وقضاء التحكيم صاحب الولاية الأصل فإن الواقع القانوني الوضعي إستقرّ على وضع من الإختصاص التوزيعي بين النظامين لا يقوم على المفاضلة البراغمية بقدر ما يقوم على منهج قانوني فني في توصيف الإختصاص التحكيمي عموما والإستعجالي منه خصوصا وتصنيفه، وبالتالي في تنزيله ضمن النظام القانوني الإجرائي الملائم، والوقوف على خصوصيته على مستويين الطبيعة القانونية، ثم النظام القانوني.

11- فقد إختلف الفقه في تقدير مسألة توزيع الإختصاص في شأن الوسائل الوقتية والتحفطية، بإختلاف منطلقات كل شقّ منه، وحتى بإختلاف خياراته الفلسفية في التحكيم وفي القضاء عموما(1).

لكن واقع القانون الوضعي الذي أثبت تقاسم القضائين للإختصاص بهذه المسائل بدرجات متفاوتة بين نظم التحكيم الوطنية ووعى الإقليمية والدولية، فرض مبدأ التشارك بينهما، لكنه تشارك

(1) يراجع حول بسط مستفيض وتقييم لمجمل هذه المذاهب ومبرراتها ولواقع القانون الوضعي المقارن: حفيظة السيد الحداد: مدى إختصاص القضاء الوطني بإتخاذ الإجراءات الوقتية والتحفطية في المنازعات الخاصة الدولية المتفق بشأنها على التحكيم، دار الفكر الجامعي ص 18 وما يليها. و سيد أحمد محمود أحمد: سلطة المحكم في إصدار الأحكام الوقتية والأوامر، دار النهضة العربية، طبعة أولى، 2003، بالخصوص ص 27 وما يليها. وعلي الشحات الحديدي: التدبير الوقتية والتحفطية في التحكيم الإختياري، دار النهضة العربية، القاهرة 1997 .

E.Loquin : Conflit entre compétence arbitrale et compétence judiciaire, J.Cl.proc. civ. fasc.1034.p6.n°18.

تزاممي (I) إذ وردت عليه قيود تقصي أحد القضاين لفائدة الآخر في بعض الحالات المخصوصة، وهو ما أبقى حدود وضوابط تدخل القضاء في هذه المرحلة خلافة وإستوجبت تنظيم ذلك الإشتراك (II).

المبحث الأول : التزام في الإختصاص الإستعجالي التحكيمي

12- يثبت من خلال إستقراء الواقع القانوني الفقهي النظري والتنظيمي التشريعي والقضائي العملي، أن مسألة الولاية على المسائل الوقتية والإجراءات والوسائل التحفظية والوقائية المتأكدة كان ولا يزال مسألة خلافة. فقد إنقسمت الآراء والمناهج في شأنها الى ثلاثة مذاهب مختلفة، أثبت تفحصها أن الإختلاف بينها لا يخفي خلافا بقدر ما يعود الى تدخل بين معايير التقييم، والى تجاوز مسلمات التحكيم أدّى الى التزام في الإختصاص مردّه إختلاف في المنهج بين الإقصاء والتوزيع، إنتهى الى إشتراك منظم.

الفقرة الأولى : المنهج الإقصائي

13- ينطلق أصحاب هذا المنهج من خيار فلسفي في تصوّر العلاقة بين الدولة والتحكيم والذي إنعكس على العلاقة بين القضاء التحكيمي والقضاء الرسمي فأبنتهى الى تقابلية متطرفة تقوم على إقصاء كل من الولايتين للأخرى، فكان الإختصاص بالمسائل الوقتية والإستعجالية عند الفريق الأول إقصائياً لفائدة قضاء الدولة، إذ يقصره على قضاء الدولة دون القضاء التحكيمي. وإقصائياً لفائدة قضاء التحكيم عند الفريق الثاني إذ هو على خلاف الأول يقصره على القضاء التحكيمي دون قضاء الدولة.

أ- المذهب الأول: إنعقد الإختصاص لقضاء الدولة :

14- ذهب الجانب الغالب من الفقه (1) للقول بأن الأثر السالب للإتفاق على التحكيم لا يشمل إلا الإختصاص بنظر أصل النزاع، ولا يشمل غير ذلك من الإجراءات العارضة أو التبعية، ومنها الوسائل الوقتية والتحفظية والتنفيذية.

ويعلّل أصحاب هذا الرأي مذهبهم بأسانيد قوامها :
 - الأساس الإتفاقي العقدي للتحكيم الذي له أثر نسبي، ولا ينال من المسائل التي لها إتصال بالنظام العام مثل الإجراءات الوقتية والتحفظية.
 - إن هذا الأساس يجعل المحكم فاقدا لسلطان القضاء كما يفقد قراره قوة النفاذ الجبري، التي يتلبس بها القاضي العمومي، حتى وإن أعطي صلاحية إتخاذ تلك الوسائل.
 - إن الحاجة لإتخاذ مثل هذه الوسائل يمكن أن تظهر قبل تكوين هيئة التحكيم وقبل إنعقاد ولايتها على النزاع، كما أن الطابع غير الدائم للإلتزام هيئة التحكيم لعدم الجدوى من اللجوء إليها أو على الأقل يضعفها حتى بعد تكوين محكمة التحكيم وأثناء إجراءات التحكيم.

(1) أحمد أبو الوفاء: التحكيم الإختياري والإجباري، منشأة المعارف الإسكندرية ط 1983/4 ص 130، محمد نور شحاته : النشأة الإتفاقية للسلطات القضائية للمحكّمين، دراسة مقارنة، دار النهضة العربية، القاهرة، 1993، ص 180 وما يليها. عز الدين التصوري وحامد عكاز: القضاء المستعجل وقضاء التنفيذ في ضوء الفقه والقضاء، دار المعارف، 1986، ص 19. وفي الفقه الغربي: De Boisseon.M : Le droit français de l'arbitrage, ed 1990.P249 n°295 ; F.RamosMeddez : Arbitrage international et mesures conservatoires, Rev arb 1985,p 51ets. Philippe Quakrat : L'arbitrage commercial et les mesures provisoires : Etudes générales, D.P.C.I, 1988,239, et, note sous cass civ 20/3/1989, Clunet 1990,p1004et s. Ph.Fouchard :Note sous cass civ 20/3/1989, Rev arb 1989, p660. P.Courteault : note sous cass. civ. 3/7/1997. Rev arb 1980 p78 et s.

15- وهكذا يظهر من خلال هذا المذهب أن الطابع الخاص للتحكيم يعدّ على حدّ تعبير الأستاذ إيريك لوكان "بمثابة عيب خلقي يلحق به منذ البداية" (1)، ويحدّ من السلطات التي يتمتع بها المحكم، وبالتالي يقلّل من فاعليّة التحكيم، وهو ما يؤدّي بالضرورة إلى اعتماد المحكم نفسه على عدالة الدولة في هذه المسائل.

ب- المذهب الثاني: إنعقاد الاختصاص للقضاء التحكيمي:

16- يستند هذا الإتجاه إلى حرية الإرادة التحكيمية للأطراف، فيجري المفعول السالب لإتفاقية التحكيم على المسائل الوقتية والتحفّضية، ويجعله اختصاصا إقصائيا إذا نص الأطراف صراحة في إتفاقية التحكيم على إستبعاد قضاء الدولة (2). بل إنه يرى إستبعاد اختصاص هذا الأخير حتى إذا كان هناك إقصاء ضمني بموجب الإحالة على نظام تحكيم مؤسسي يكفل النهوض بهذه المهمة.

وأما إفتقار المحكم لسلطة الجبر، فإنه يمكن تجاوزه بأن تأخذ المحكمة التحكيمية بعين الاعتبار موقف الطرف المتصدّي للإجراء الوقتي أو التحفّضي الذي أذنت به عند إصدارها الحكم النهائي في الأصل. كما أنها يمكن أن تتخذ صلب هذا الحكم وسائل بديلة تحقق لقضائها النفاذ الجبري مثل الغرامة التهديدية.

- ويساير القانون الأمريكي هذا المذهب، إذ أن فقه القضاء الأمريكي أميل إلى اعتبار إتخاذ الوسائل الوقتية والتحفّضية خارجا عن إختصاصه بموجب القبول

1) E.Loquin : « Les pouvoirs des arbitres internationaux à la lumière de l'évolution récente du droit international », Clunet 1983,p293et s ,spec p 306.

(2) في هذا الإتجاه:

Bernard.A : L'arbitrage volontaire,1937,p 66.

وقد أخذت بهذا الإتجاه محكمة التعقيب الفرنسية في بعض قراراتها مثل:

Cass civ 14mars1984.rev arb 1985-69 ; Cass civ 6mars 1990, rev arb 1990-633.

بالتحكيم. وكذلك شأن القانون البريطاني للتحكيم لسنة 1996 الذي جعل تدخّل القضاء غير مستحبّ ومحسورا في الحدود التي ضبطها القانون بكل دقة وإلى حدّ التشعّب (1).

17- وهذا الإتجاه يتمشى مع مقترح اللجنة المعنية بشؤون التحكيم التجاري الدولي لغرفة التجارة الدولية بباريس لسنة 1931 والقاضي بإدراج بند بلائحة التحكيم الخاصة بها يخول لرئيس محكمة التحكيم، قبل قيام المحكم بدوره، ولهذا الأخير من بعده إتخاذ الإجراءات التحفّضية العاجلة. وهو المقترح الذي وقع تبنيه في مؤتمر الغرفة بواشنطن وأدرج باللائحة الحادية عشرة ودخل حيز النفاذ سنة 1932.

لكن هذه المادة أثارت العديد من المشاكل للغرفة نفسها ما أدى إلى التراجع عن هذا الموقف بعد أربع سنوات فقط أي سنة 1936، رغم الدعم الذي وجدته لدى بعض زعماء الفقه الحديث أمثال الأستاذ روني دافيد، فأصبحت المادة الثامنة فقرة خامسة من لائحة التحكيم للغرفة والنافذة حاليا تقول :

"للأطراف قبل تسليم ملف الدّعى إلى المحكم وإستثناء من ذلك بعد تسليمهم إياه الحق في طلب إتخاذ إجراءات وقتية أو تحفّضية من السلطة القضائية وذلك دون أن يشكّل هذا الأمر مخالفة أو إنتهاكا لإتفاق التحكيم الذي يجمع بين الأطراف، ودون المساس بالسلطة المحجوزة للمحكم في هذا الشأن".

وأوجبت نفس المادة إشعار كتابة محكمة التحكيم بدون تأخير بالطلب المقدم للجهة القضائية وبما يتخذ في شأنه من إجراءات وبأن تقوم السكرتيرية بإشعار المحكم أو هيئة التحكيم بذلك.

(1) يراجع : الحسين السالمي: التحكيم وقضاء الدولة، الباب الثاني من الجزء الأول رقم 260 وما يليه.

18- ويرجع هذا الموقف الجديد إلى ثبوت حقيقة مفادها أن اتفاق التحكيم لن يؤدي إلى اعتبار القضاء الوطني غير مختص بالفصل في موضوع النزاع محل الاتفاق، لكنه لا ينال من الإختصاص الثابت لقضاء الدولة بإتخاذ الإجراءات التي، حتى مع افتراض تشكيل هيئة التحكيم، فإن هذه الأخيرة تظل عاجزة عن إتخاذها. فيكون من غير المعقول الإعتراف للمحكم بولاية عامة في إتخاذ تلك الإجراءات والإدعاء بإقصاء قضاء الدولة في شأنها والحال أنه عاجز عن إتخاذها أو عن إنفاذها. فمن الثابت أن بعض الإجراءات لا يمكن لغير قضاء الدولة إتخاذها، إما لأنها تتجاوز منط التحكيم من حيث الأطراف كالتى تهم الغير مثلا، أو لأنها تعبر عن سلطة الجبر التي تختص بها الدولة (1).

ولعل هذه الحقيقة هي التي كانت وراء ظهور المذهب الثالث التوفيقى الذي يرى أن الإختصاص بإتخاذ الوسائل الوقئية والتحفطية لا يمكن أن يكون إقصائيا في أي من الإتجاهين السابقين، وإنما هو يبقى مفتوحا عليهما معا.

الفقرة الثانية : المنهج التوزيعي: مبدأ الإختصاص المشترك

19- ينطلق أصحاب هذا المذهب من معاينة الواقع القانوني الوضعي الذي يوزع الإختصاص بإتخاذ الوسائل الوقئية والتحفطية بين القضاة التحكيمى والعمومي، للقول بأن العلاقة بينهما هي علاقة إشتراك لا إقصاء (2). ويعبرون

(1) حفيظة السيد الحداد : مدى إختصاص القضاء الوطني بإتخاذ الإجراءات الوقئية والتحفطية، مرجع مذكور ص 18 وما يليها وص 27. وهذا ما كرّسه القانون الإنكليزي للتحكيم لسنة 1996 بصريح النص في إطار ضبط موجبات وحدود تدخل قضاء الدولة في التحكيم.

(2) حفيظة السيد الحداد: المرجع السابق، ص 28-29.

G.Couchez : Référé et arbitrage, essai de bilan provisoire. Rev.arb.1986. P.155 ; B.Audit : Note sous cass civ 1èr 18/11/1986.Rev. crit .1987.p760 ; Ph.Quakrat : Arb com int et mesures provisoires. prec P.293et s.

على ذلك بمبدأ الإختصاص التّراحيمي أو المشترك (أ)، لكن ذلك المبدأ ترد عليه قيود تقصي أحد القضاة في بعض الحالات المخصوصة (ب).

أ - إقرار المبدأ :

20- يظهر من المصادر المختلفة لقانون التحكيم سواء كانت نصوصا تشريعية أو معاهدات دولية أو لوائح تحكيم ، أوقفه قضاء تحكيمى، أن هناك تراخا في الإختصاص في شأن إتخاذ الوسائل الوقئية والتحفطية بين قضاء الدولة وقضاء التحكيم.

فإذا كانت بعض التشريعات الوطنية قد إختصت قضاء الدولة بإتخاذ الإجراءات الوقئية والتحفطية، مثل قانون الإجراءات المدنية اليوناني (الفصل 685)، أو قانون الإجراءات المدنية الألماني (الفصل 1036)، أو الإيطالي (الفصل 818 مرافعات)، فإن التشريعات الحديثة متأثرة بالقانون النموذجي للتحكيم لسنة 1985 الذي وضعته لجنة الأمم المتحدة للقانون التجاري الدولي والذي أقر إختصاص المحكم بإتخاذ الإجراءات الوقئية والتحفطية، إتخذت موقفا مغايرا يقر الإختصاص المشترك للجهتين. وهذا شأن القانون الدولي الخاص السويسري بالفصل 183 منه، والقانون الهولندي بالفصل 1022 مرافعات، والقانون التونسي بالفصلين 28 و 54 من مجلة التحكيم، والقانون المصري بالفصل 24-2 مرافعات لسنة 1994. وكذلك الشأن في القانون الإنكليزي لسنة 1996، وهو عين ما تضمنته بعض نظم التحكيم، مثل نظام الجمعية الأمريكية للتحكيم (American

ب : مضمون المبدأ

23- ويجمع الفقه الحديث (1) على أن مبدأ الإشتراك في الاختصاص بإتخاذ الوسائل الوقائية والتحفّضية بين القضائين يتضمّن عناصر ثلاث تعدّ قوام المبدأ ومؤداه المنطقي ومضمونه الحقيقي، ألا وهي:

— إقرار إختصاص قضاء الدولة بإتخاذ الوسائل الوقائية والتحفّضية رغم وجود إتفاقية تحكيم عل أساس ما له من ولاية عمومية وسلطان سيادي يمكنه من تجاوز قصور نظام التحكيم بسبب غياب قوة الجبر التّنفيذي.

— إن إقرار إختصاص قضاء الدولة بتلك الوسائل لايعني التنازل عن المفعول السّالب لإتفاقية التحكيم في شأن إختصاص هيئة التحكيم بنظر أصل النزاع الذي يدخل تحت الولاية القضائية التحكيمية.

— إن إقرار إختصاص قضاء الدولة المزاحم على ذلك الأساس لايعني إقصاء إختصاص القضاء التحكيمي بإتخاذ الوسائل الوقائية والتحفّضية بصفة أصلية سواء بموجب تخصيص بها من قبل الأطراف على أساس المنشئ الإتفاقي المباشر لولاية المحكم أو إستنادا الى الطبيعة القضائية للوظيفة التحكيمية أي طبيعة التحكيم نفسه.

لكن هذه الثلاثية لئن عبّرت عن مبدأ الإشتراك في الإختصاص بنظر المسائل الوقائية والتحفّضية والإستعجالية، إلا أنها لاتحسم إشكالية تنازعه بين القضائين، ولا خطر توارده في نفس الحالة أحيانا، وهو ما يستوجب رسم حدود لهذا التزاحم وتنظيمه.

(1) يراجع في الغرض: حفيظة السيد الحدّاد: المرجع السابق.

E.Gaillard : Arbitrage commercial international. Instance arbitrale organisation et développement de la procédure arbitrale. Intervention du juge étatique. juris- class. Drt. inter . Fasc 586.8. 2. spec. n°90 et s.

Arbitration Association AAA (1). أو نظام غرفة التجارة الدولية بباريس (الفصل 8 فقرة 5).

21- أما فقه القضاء التحكيمي فهو بمختلف أنواعه يعترف للمحكمين بسلطة إتخاذ القرارات الوقائية والتحفّضية، وبحق إدراجها ضمن قرار وقتي تحضيري أو تمهيدي (2)، محاولا بذلك تجاوز عائق غياب سلطة الجبر التّنفيذي لدى المحكم.

22- وهكذا تلتقي أغلب التشريعات، والنظم على الأخذ بهذا النظام التشاركي، بل إن بعض القوانين الوطنية ذهبت الى أبعد من ذلك حين خولت للمحكمين أنفسهم سلطة مخاطبة الجهات القضائية الوطنية والإستجداد بها من أجل ضمان فاعلية ما يصدر عنهم من قرارات، وقتية أو تحفّضية، أو غيرها. وهو شأن القانون السويسري، والقانون المصري، والقانون التونسي كما سوف نفضّل لاحقا .

(1) الفصل 21:

« INTERIM MEASURES OR PROTECTION »

Article 21 :

1-At the request of any party, the tribunal may take what-ever interim measures it seems necessary, including injunctive relief and measures for the protection of property.

2-Such interim measures may take the form of an interim award, and the tribunal make require security for the costs of such measures.

3-A request for interim measures adresssed by a party to a judicial authority shall not be deemed incompatible with the agreement to arbitrate or a waiver of the right to arbitrate.

4-The tribunal may in its discretion apportion costs associated with applications for interim relief in any interim award or in the final award ».

2) Sent.CCI n°4126 ,Clunet.1984 p934.Obs.S.Jarvin ;Sent n°2015, sous. Society of Maritime

Arbitrators ,du 24/8/1985. Yearbook 1986.p.209 ; Décision du 9L12/1983,prise dans affaire Amco Asia.c .Indonesie.Yearbook 1986.p.159.

المبحث الثاني : تنظيم التزام في الإختصاص الإستعجالي التحكيمي

24- لقد قام جدل فقهي حول الوسائل والإجراءات التي يجوز للمحكم إتخاذها وحول اساس إختصاصه بها، ومدى فاعلية قراراته وهو الفاقد للسلطان، في مواجهة قضاء الدولة صاحب الولاية العامة والتأهيل العمومي والحامل لعبائة السيادة الوطنية الضامنة للنفذ الجبري. وإزاء مسائل تتصل عادة بالنظام العام وتدخل في جانب أساسي منها ضمن الإختصاص الإقصائي للقضاء الوطني حسب قواعد القانون الدولي الخاص. فلا يكفي إذا الإقرار بالإشتراك في الإختصاص بالمسائل الوقتية والتحفظة لحل إشكالية تنازعه، ورفع الجدل حوله بين قضاء الدولة والقضاء التحكيمي. فهذا المبدأ ليس مطلقا، وإنما ترد عليه إستثناءات تتمثل في قيود على إختصاص كل من القضاة في بعض المسائل، يكون مرجعها إما الإرادة، وإما طبيعة الإختصاص.

25- لذلك يجمع الفقه على إعتداد مقياس ثان لسلطة الإرادة في توزيع الإختصاص التحكيمي عموما والإستعجالي خصوصا وهو معيار التحكيمية، أي مدى إتصال المسائل موضوع بنود الإختصاص الإستعجالي بالنظام العام، ومدى قابليتها للتصرف، بحسب طبيعتها أو بحسب مدى إتصالها بسيادة الدولة، وهوما يؤثر على طبيعة الإختصاص نفسه سواء من حيث طبيعة مادته أي من حيث التحكيمية (فقرة أولى) أو من حيث تصنيف الإختصاص التحكيمي نفسه كإختصاص ممكن (فقرة ثانية).

الفقرة الأولى : طبيعة مادة الإختصاص : التحكيمية الإستعجالية.

26- ليس للقضاء الإستعجالي في مدلوله التقليدي حدود من حيث مناطه أو مداه الموضوعي، إذ لا يقيدته إلا شروطا التأكيد أو الإستعجال وعدم المساس بالأصل القانونيان العامان والمرنان.

فهو يغطي كل فروع القانون وكل المسائل القانونية من الإثبات، الى أعمال الإدارة والتصرف في الحقوق والأموال، الى أعمال التنفيذ، هذا إذا إستبعدنا الإستعجال الإجرائي أو الشكلي (référé procedural) الذي يتمثل في إستعارة الإجراءات الإستعجالية في بعض فروع قضاء الأصل، كقضاء الملك التجاري أو الرقابة على الشركات في تونس، أو في منازعات التنفيذ الوقتية.

فهل يجوز للإرادة التحكيمية أن تحدّد نظام الإختصاص بكل هذه المسائل؟ وبالتالي هل لها مطلق حرية إسناد الإختصاص بها للقضاء التحكيمي؟

27- يرى بعض الفقه، وعلى صواب في رأينا، أن مبدأ الإختصاص المشترك السالف بسطه هو مبدأ تقريره، أي يكفي بتقرير الوضع الغالب في القوانين الوضعية، دون أن يعطي تفسيراً لأساس ذلك الإشتراك، أو لحدوده، وأن فيه مبالغة في دور الإرادة التحكيمية.

وتقول الأستاذة حفيظة السيد الحداد بهذا الصدد " يبدو لنا أن الأساس الحقيقي لإختصاص محاكم الدولة بطائفة من الإجراءات الوقتية والتحفظة على نحو قاصر عليها، مع الإعتراف لقضاء التحكيم بإمكانية إتخاذ طائفة أخرى من

هذه الإجراءات، مبعثه فكرة الفاعلية والنفاذ التي يتعين أن تتحقق للتحكيم وما يصدر عنه من قضاء⁽¹⁾.

28- لكن محدودية الإرادة التحكيمية كأداة لتوزيع الاختصاص في شأن الإجراءات الوقتية والتحفطية يرجع في رأينا الى عاملين متكاملين يتصلان بأركان التحكيم نفسه وهما : إما محدودية الولاية التي تنشأ عن تلك الإرادة، أو خروج بعض المسائل عن الولاية التحكيمية وإن بقيت ضمن الولاية القضائية لقضاء الدولة.

أ - قصور الولاية التحكيمية :

29- إن الأساس الحقيقي والثابت لتوزيع الاختصاص بين قضاء الدولة وقضاء التحكيم عامة وفي المسائل المستعجلة خاصة ذو طابع تقديري⁽²⁾، بمعنى أنه يتمثل في مدى أهلية وفاعلية كل منهما في اتخاذ الإجراء المعني وإنفاذه من ذاته وبوسائله الخاصة.

ويترتب عن قيام هذا الأساس في توزيع الاختصاص النتائج التالية:

30- إنعقاد الاختصاص بصورة مبدئية لقضاء الدولة بنظر كل المسائل الوقتية والتحفطية ما دامت محكمة التحكيم لم تشكل بعد. ففي هذه الحالة هناك فراغ هيكلي ويفرض مبدأ إستمرارية القضاء وحالة الإستعجال والتأكد سدّ هذا

(1) حفيظة السيد الحداد: مدى إختصاص القضاء الوطني باتخاذ الإجراءات الوقتية والتحفطية، مرجع مذكور، ص 46.

(2) حفيظة السيد الحداد: المرجع السابق.

الفراغ من قبل قضاء الدولة، حتى مع وجود إتفاقية تحكيم صحيحة نافذة، وفي شأن نزاع قابل للتحكيم⁽¹⁾.

31- إنعقاد الاختصاص لقضاء الدولة، في ظل إتفاقية تحكيم نافذة وحتى بعد تكوين هيئة التحكيم ومباشرتها لدورها، بالنسبة للوسائل والإجراءات التي تكون الإرادة التحكيمية قاصرة عن سلبها من قضاء الدولة، أي التي لا يمكن التحكيم فيها لخروجها عن مناط التحكيمية بطبيعتها كإجراءات التنفيذ، أو الإجراءات المسهلة له مثل الحجز التحفطية أو تأمين الأموال أو تجميدها تحت يد الغير، والإجراءات التي تنال غير المحتكمين، ولو تعلقت بالإستقرار أو الإثبات كالأوامر التي تطالب الغير بتقديم وثائق يمسكها أو تيسير معاينات أو توجّهات على العين. أو تخرج عنه بحكم طبيعة العمل القضائي ذاته كما في القضاء الولائي، حيث يكون مرجع الاختصاص طبيعة تأهيل عضو ذلك القضاء العمومية، بما يعطيه ولاية عمومية، تخول له تجاوز قصور الإرادة الفردية بالأذن أو الأوامر الولائية، الصادرة حماية لناقص أو فاقد الأهلية مثلاً.

32- عموماً إنعقاد الاختصاص لقضاء الدولة كلما كان الإجراء أو الوسيلة الوقتية يتطلب ممارسة الجبر القانوني والنفاذ المباشر الذي يفتقر إليه المحكم أصلاً أو يكون موقوفاً على إرادة غير المحتكمين التي هي منشأ ولاية المحكم المباشر. وقد أعطى المشرع التونسي على غرار قوانين أخرى ونظام القانون النموذجي للتحكيم الحق والصقة لهيئة التحكيم نفسها في طلب المساعدة من

(1) في هذا المعنى: محمد العربي هاشم: عولمة الإقتصاد وإتفاقية التحكيم، م ت ق 2000 مرجع مذكور، بالخصوص ص 232، والذي يرى أن منهج التوزيع الزمني للإختصاص بالوسائل الوقتية على معنى الفصل 19م ت هو الأنسب للنهوض بالتحكيم.

محكمة مختصة إما لإتخاذ إجراءات أو وسائل وقائية أو تحفظية، أو للحصول على أدلة (1).

ب - الخروج عن مناهج التحكيمية : الإجراءات التنفيذية.

33- لأن كان التنفيذ الجبري من وظائف الدولة التي تباشره من خلال جهاز مأموري التنفيذ وتحت رقابة قضائها في إطار نزاعات التنفيذ الإستيعالية والموضوعية، فإن صفة القاضي وهو يقوم بوظيفة قاضي التنفيذ لها خصوصية مميزة تتجاوز ولاية الحكم في النزاعات أي ولاية الشرعية التي ترمي إلى تحقيق اليقين الموضوعي، إلى ولاية التنفيذ كعمل مرفقي عمومي يكون فيه القاضي العمومي أقرب إلى مأمور التنفيذ منه إلى القاضي بالمفهوم الفني القانوني للمصطلحين، وتكون ولايته في مجال التنفيذ ولاية مشروعية للتنفيذ ذاته، بمعنى أنها ترمي إلى تحقيق اليقين التنفيذي (2).

34- فولاية التنفيذ ليست عنصرا من عناصر الولاية التحكيمية، حتى وإن صرحت إرادة الأطراف بإدراج التنفيذ ضمن المهمة التحكيمية، لأن التنفيذ بطبيعته وفي عمومته خارج عن مناهج التحكيمية على معنى الفصل 7 فقرة أولى من مجلة التحكيم (3)، لإتصاله بسيادة الدولة، وبالنظام العام الدولي للدولة، بل إن إنعقاد الإختصاص به لقانون وقضاء الدولة أي إجتماع الإختصاص القانوني والقضائي

(1) تراجع الفصول 28 و 62,72 من مجلة التحكيم.

(2) يراجع حول التمييز بين اليقين الموضوعي واليقين التنفيذي وعلاقتهما بخصائص السند التنفيذي، والعلاقة بين القوة الإلزامية والقوة التنفيذية للسند التحكيمي: الحسين السالمي، التحكيم وقضاء الدولة، الباب الأول من الجزء الثاني رقم 879 وما يليه والمراجع التي يحيل عليها.

(3) التي تقول : "لا يجوز التحكيم: في المسائل المتعلقة بالنظام العام".

الدولي في شأنه للدولة محل التنفيذ هو الآن من القواعد المادية العابرة للقانون الدولي الإجرائي.

وقد عبرت مجلة القانون الدولي على هذه الطبيعة من خلال الفصل 8 فقرة رابعة الذي يقول:

" تختص المحاكم التونسية دون سواها:

4- إذا كان موضوع الدّعى طلب إجراء تحفظي أو تنفيذي بالبلاد التونسية ويستهدف مالا موجودا بها".

35- كما يجوز إلحاق هذا الصنف من القواعد بالقواعد ذات النفاذ المباشر أو الضروري على معنى الفصل 38 من مجلة القانون الدولي الخاص التونسية (1)، والتي تطبق مباشرة مهما كان القانون المعين بقاعدة الإسناد، بإعتبار الغرض الذي وضعت من أجله وهو تأمين النفاذ الجبري للسندات، أي فاعليتها التنفيذية وهي

(1) الفصل : 38 م ق د خ:

" تطبق مباشرة ومهما كان القانون المعين من قواعد التنازع أحكام القانون التونسي التي يكون تطبيقها ضروريا بالنظر إلى الغرض المقصود من وضعها. ويطبق القاضي أحكام القانون الأجنبي غير المعين بقواعد التنازع إذا كان لهذا القانون روابط وثيقة بالوضعية القانونية وكان تطبيق الأحكام المذكورة ضروريا بالنظر إلى الغرض المقصود منها.

ولا يمنع من تطبيق القانون الأجنبي أو أخذه بعين الإعتبار إكساؤه صبغة القانون العام". وتجدر الملاحظة بأن تقنية القواعد ذات النفاذ الضروري والتي تدرج أصلا في النظام التنازعي السافيني وتمثل خروجاً عن قاعدة الإسناد، يمكن أن تبدو غير ملائمة في التنازع القضائي أو في مجال تطبيق القواعد الإجرائية التي تدرج ضمن القواعد المادية، إلا أن خصوصية التنازع في مجال العلاقات الاقتصادية الدولية بين نظام التحكيم ونظام القضاء، ومرجعية حله الغالبة وهي نظام الإسناد عبر قاعدة قانون العقد أو قانون التحكيم أو قانون مكان التنفيذ والتي هي قواعد إسناد تنازعية، تجعل الإستيجاد بتقنية القواعد ذات التطبيق المباشر مقبولا في نظرنا.

غاية مرفقية، تؤمن إما بصفة قبلية عبر الإجراءات والحجوز التحفظية، وإما بصفة بعدية ولاحقة عبر الإجراءات والحجوز التنفيذية، ثم التثبيت والتوزيع.

36- ويكاد الفقه يجمع على أن كل المسائل التي تكون محفوفة بالإستعجال والتأكد تتصل بالنظام العام، بإعتبار عنصر الإستعجال هو القاسم المشترك بين كل أنواع القضاء الإستعجالي. فكل الوسائل أو الإجراءات الوقتية والتحفظية التي يكون إتخاذها ضروريا لمواجهة حالة الإستعجال تكون متصلة بالنظام العام في مفهوم القانون الدولي الخاص المقارن، على نحو يؤدي الى جلب الإختصاص للمحاكم الوطنية بوصفه من الضوابط الإستثنائية، حتى وإن لم تتوفر ضوابط أخرى لإنعقاد هذا الإختصاص، ورغما عن كل ضابط آخر يسند الإختصاص لجهة أخرى غير قضاء الدولة كضابط الإرادة التحكيمية الذي يمكن أن يسنده للمحكم(1).

37- وينعكس هذا القصور للإرادة العقدية التحكيمية حتى في نظام الإستعجال التحكيمي عند النظم التي تحاول إقصاء إختصاص قضاء الدولة تعزيزا لحرية التحكيم وإستقلاليتها، سواء كانت وطنية أم دولية. ولعل نظام القانون الموحد للتحكيم ونظام غرفة التجارة الدولية، أصدق مثال على ذلك، حيث فرضا تعايش وتعاون القضائيين في هذا التوزيع إستجابة لمقتضيات الفاعلية والجدوى. كما يمكن أن يعدّ نظام التحكيم في القانون التونسي معبرا على هذه الحقيقة أيضا.

(1) حفيظة السيد الحداد: المرجع السبق ص47. ولنفس المؤلفة : القانون الدولي الخاص، الإسكندرية، 1990، ص143 وما بعدها. وأحمد عبد الكريم سلامة : الإستعجال في المرافعات المدنية الدولية من قانون المرافعات الى القانون الدولي الخاص (محاولة لنظرية عامة) دار النهضة العربية، 1988 ص26 وما بعدها.

فينص الفصل 19 من مجلة التحكيم، في خصوص التحكيم الداخلي على أنه:

"...يمكن للقاضي الإستعجالي إتخاذ أية وسيلة في حدود إختصاصه، ما دامت هيئة التحكيم لم تباشر أعمالها. وإذا باشرت هيئة التحكيم أعمالها يصبح إتخاذ أية وسيلة وقتية من إختصاصها".

أما الفصل 54 م ت فينص في شأن التحكيم الدولي، على أنه :
"لا يعتبر مناقضا لاتفاقية التحكيم أن يطلب أحد الأطراف قبل بدء إجراءات التحكيم أو أثناءها من القاضي الإستعجالي أن يتخذ إجراء وقائيا ومؤقتا. وللقاضي الإستعجالي أن يتخذ وسيلة وقتية بناء على هذا الطلب".

38- وبالمقارنة بين أحكام الفصلين، نلاحظ أن الفصل 54 لا يقيم تفرقة بين المرحلة السابقة لشرع هيئة التحكيم في القيام بأعمالها والمرحلة اللاحقة لذلك، فهو يجيز اللجوء إلى قاضي الدولة الإستعجالي في كل وقت لطلب إتخاذ قرارات وقتية أو تحفظية، ولم يسلب الإختصاص من هذا الأخير حتى بعد تشكيل هيئة التحكيم ومباشرتها لأعمالها. بمعنى أنه يطلق مناط مبدأ الإشتراك في الإختصاص ليشمل كل مراحل التحكيم الدولي .

وهذا الإطلاق مع الخيار المفتوح في صيغة الفصل 54 من مجلة التحكيم يتصلان بحرية التحكيم كمبدأ توجيهي وأساس عام لكامل نظام التحكيم. لذلك يكون خيار الجهة القضائية تحكيمية أو رسمية بدوره مبدأ يهّم النظام العام في قانون التحكيم التونسي، ولا يمكن الإتفاق على إلغائه بحذف إمكانية اللجوء إلى محاكم الدولة للحصول على إجراءات وقتية وتحفظية، وإن جاز الإتفاق على عدم اللجوء إلى هيئة التحكيم في هذا الإطار.

39- أمّا الفصل 19 فيظهر وكأنّه يقصي إختصاص قاضي الدولة في مرحلة ما بعد مباشرة هيئة التحكيم أعمالها.

فهل أن هذا التوزيع المبدئي الزماني مضافا الى الدور المحدود الذي تلعبه الإرادة في توزيع الإختصاص بالمسائل الإستعجالية رغم كونها المنشأ المباشر للولاية التحكيمية يعبر عن طبيعة خاصة للإختصاص التحكيمي الإستعجالي تمنح الإقصاء وتأبى التبعية وتجعل منه مجرد مكنة قانونية؟.

الفقرة الثانية : الطبيعة الخاصة للإختصاص الإستعجالي التحكيمي

40- لقد وقف الفقه في توصيف ثم تصنيف الإختصاص التحكيمي عموما والإستعجالي منه بالتحديد عند التفرقة التقليدية بين الإختصاص الحكمي والإختصاص الترابي لإسقاط نظام أحدهما عليه. فكان عند البعض إختصاصا حكما إقصائيا(1) إستنادا الى مبدأ التخلي لفائدة قضاء التحكيم كلما وجدت إتفاقية

(1) و يتحدث بعض الفقه التونسي بهذا الصدد عن إختصاص تحكيمي حكمي إقصائي في التحكيم الداخلي وحتى الدولي في تونس. لكن لا يمكن مشاطرة هذا الرأي لأن من قيود الإرادة التحكيمية في توزيع الإختصاص كما أسلفنا البيان، كل إجراء تستوجب حالة الإستعجال. كما أن الإقصاء لا يكون في مجال الإختصاص إلا في إتجاه واحد، لأنه مبني على رجحان كفة الصلاحية. وهذا الرجحان لا يكون إلا في جانب واحد، وقد ثبت لفائدة قضاء الدولة على مستوى قوة الجبر والنفاذ المؤتمنة للسرعة والفاعلية معا، أي الضامنة لرفع عارض خطر التأخير، وبالتالي المستجيبة لمتطلبات الإستعجال في كل الأحوال. ويحاول هذا الرأي إيجاد سند له في ما جاء بالحكم الإستعجالي الصادر عن المحكمة الابتدائية بتونس، تحت عدد 70650 بتاريخ 8 جويلية 1988 (غير منشور) في شأن طلب الحكم بتعيين مكتب دراسات له الكفاءة المهنية لإجراء معاينة للأضرار اللاحقة بمركب دواجن وتحديد قيمة إصلاحها من أنه: "يتبين بالإطلاع على العقد المبرم بين الطرفين في 14 مارس 1976 أنه تضمن في فصله الثاني والعشرين إسناد

تحكيم غير واضحة البطلان، في حين رأى فيه البعض الآخر ما يقارب الإختصاص الترابي معتصمين بمنشئه الإرادي وعدم وجوبية إثارته من قضاء الدولة من تلقاء نفسه وجواز التنازل الضمني عنه، فضلا عن قصور الولاية التحكيمية ذاتها بالخصوص في المسائل الوقتية والإستعجالية، وهو ما يستوجب

الإختصاص بتسمية الخبراء إلى المحكم دون سواه، وإن تقديم مطلب التسمية إلى غير من ذكر يشكل مخالفة لقواعد الإختصاص الحكمي تثيرها المحكمة من تلقاء نفسها، وإن تمسك المدعية بالإستثناء الوارد بالفقرة الثانية من الفصل الثامن من قانون غرفة التجارة الدولية الذي يخول تقديم المطلب إلى السلطة القضائية الوطنية هو تمسك في غير طريقه، ضرورة أن هذا الإستثناء شرع لغاية إتخاذ إجراءات وقتية أو تحفظية لا بدّ منها لرفع الضرر المدعى به ولمنع تفاقمه. وهو ما لا يتوفر في الطلب موضوع قضية الحال، إذ أن الضرر المشتكى منه لم يحدث مؤخرا وإنما يرجع تاريخه إلى سنوات خلت حسب ما تضمنته محضر التوجه والمعاينة المدلى به من طرف المدعية نفسها، والذي تذكر فيه صراحة أن الخسارة جسيمة ما إنفكت تتفاقم وتتضخم على مرّ الشهور والسنوات وتعاقب الفصول من شتاء ومطر قارس وصيف حارّ قانص وخريف متقلب المزاج وربيع متعكر الرياح لا يهدأ على حال. ... إنه لا وجود لوضعية متأكدة تدعو إلى إتخاذ الوسيلة المطلوبة من طرف غير المحكم تطبيقا للإستثناء المتمسك به من طرف المدعية. ومن جهة أخرى وعلى فرض مجاراتها في ذلك، فإن حالة إنعدام التأكد تحول دون إمكانية تعهد القاضي الإستعجالي. لذا، حكمنا برفض المطلب".

969- وهذا الرأي القائل بالطبيعة الحكمية والإقصائية للإختصاص التحكيمي يبدو غير وجيه في التحكيم الداخلي والدولي على السواء كلما تعلق الأمر بحالة إستعجال عموما، وبإجراءات تنفيذية ولو كانت تحفظية كما أسلفنا القول.

فالمشرع لا يحمل على التناقض بين القوانين حتى وإن اختلفت، والحال أنه لم يصف إختصاص المحكم الإستعجالي بالإقصائي، بل أقر مبدأ الإشتراك الذي يقصي الإقصاء، خصوصا في التحكيم الدولي. كما إنه لا تعارض في رأينا بين أحكام مجلة القانون الدولي الخاص ومجلة التحكيم بهذا الصدد، مادام المشرع أبقى الإختصاص للقاضي الرسمي قائما في ظل وجود إتفاقية التحكيم ورغم مباشرة هيئة التحكيم لأعمالها، بل دعاه للإستجداد بقاضي الدولة إذا رأى ضرورة لذلك. ثم إنه لا يلزم أحد بالمستحيل.

ضبط تلك الطبيعة من خلال ما يفتحها من مكنة قانونية لتعهد المحكم (أ) وحقيقة الدور الذي تلعبه الإرادة في إسناد الاختصاص بالمسائل الوقتية والإستعجالية للمحكم (ب).

أ- تحديد طبيعة الاختصاص التحكيمي الإستعجالي

41- تستمد الطبيعة القانونية من الخصائص المميزة للشيء موضوع التوصيف وقد إستقرّ تصنيف القضاء التحكيمي على ثبوت كونه نظاماً مؤسسياً مستقلاً وقائماً بذاته للعدالة يستند الى نظام قانوني وتنظيم قضائي هيكلي خاص به. وهما نظامان لا دوليان عبر دوليان بل فوق دوليان في التحكيمين الداخلي والدولي. ومن هذا المنطلق يجب أخذ ميزتين أساسيتين بعين الاعتبار في تصنيف الاختصاص التحكيمي وهما :

أولاً : أنه إختصاص يتعلّق بتوزيع الصلاحيات بين نظامين للقضاء وبالتالي يكون موضوعه تنازع بين نظم للإختصاص وليس تنازع هيئات قضائية داخل النظام الواحد.

ثانياً : أنه تنازع للإختصاص بين نظام من خارج الدولة وهو نظام القضاء التحكيمي اللادولي وبين نظام هو مكوّن من مكونات الدولة ألا وهو القضاء العمومي.

ثالثاً : أن هذا التنازع يقوم على الإرادة والإختيار بوجهيه الإيجابي وهو إسناد الإختصاص لجهة قضائية وسلبه من أخرى، وبالتالي على الخيرة والتنازل في التوزيع.

وهذه الخاصيات الثلاث تذكر بنظام التنازع القضائي الدولي الذي يقسم الإختصاص بين إختصاص مبدئي ممكن تراحمي هو الأصل وإختصاص إستثنائي إقصائي أمر غير تراحمي. فاللجوء الى التحكيم مثله مثل بند إسناد الإختصاص

الى قضاء دولة غير دولة القاضي يعني الخروج عن قضاء الدولة والتنازل عنه من جهة وهو المفعول السالب لإتفاقية التحكيم، وفي ذات الوقت إختيار بديل عنه هو القضاء التحكيمي.

فأين يكون الإختصاص التحكيمي الإستعجالي من هذا النظام القائم على الإختيار والخيار؟.

لقد رأينا من خلال التّراحم المادي في الصّلاحيات بين نظام قضاء الدولة ونظام القضاء التحكيمي والذي إستقرّ على التشارك التّراحمي أن التوزيع تحكمه محدودية كل من النظامين إزاء الآخر ودرجة إستقلالية التحكيم إزاء الدولة وإزاء قانونها وقضائها.

42- لكنّ المحكمّ فاقده لسلطة الجبر التّفذي حتى وإن جاز له إصدار قرار أو إتخاذ أمر يصلح عملاً تحضيريّاً لسند تنفيذي، وهو فاقده للولاية على غير المحتكمين، وخارج موضوع التحكيم، أو خارج نطاق التحكيمية، ما يجعله عاجزاً قانوناً وواقعاً عن الوفاء بمتطلبات الإستعجال، وبالتالي على درء خطر التأخير في حماية الحقوق أو التّحفظ على الأموال الضامنة لتلك الحقوق. وهو القصور الذي مثّل ويبقى يمثّل الأساس الحقيقيّ للولاية العامة التّراحمية لقضاء الدولة في مجال الإجراءات الوقتية والتّحفظية الوقائية، والإقصائية في مجال أعمال الجبر التّفذي.

43- ويبقى عامل الفاعلية والنّفاذ الجبري هو المحكّ والمقياس الحقيقي للتّدخل القضائي في التحكيم حتّى عند المشرّع نفسه. فلو إنّه تمّ التّصدي لقرار تحكيمي تمهيدي أو تحضيري، فهل سيعصم الطّابع الحكمي أو حتّى الإقصائي المدّعى به للإختصاص التحكيمي أصحاب هذا الرأي ويسلب القاضي الإستعجالي سلطة التّدخل؟.

لقد جاء الجواب في القانون التونسي من المشرّع نفسه بالفصل 28 فقرة أخيرة في التحكيم الداخلي بأن أجاز لهيئة التحكيم نفسها الإستتجاد بالقضاء لإصدار

أي قرار يمكنها من تحقيق الأغراض المبيّنة بذات الفصل والمتصلة بالإثبات والإستقراء وتقدير النزاع عموماً، أي حتى في ما هو أصلاً من إختصاصها القضائيّ التحكيميّ كهيئة قضاء ذات ولاية. ومن باب أولى وأحرى إذا تعلّق الأمر بالإجراءات التنفيذيّة والتّحفظيّة؟.

44- ويذكر هذا الجواب الفصل 62 فقرة ثانية في شأن التّحكيم الدوليّ الذي يحوّل للمحكّم الدوليّ الإستجداد في خصوص الوسائل الوقتيّة والتّحفظيّة نفسها بالرئيس الأول لمحكمة الإستئناف بتونسي "قاضى المساعدة القضائيّة" للتّحكيم في المجال الدولي (1).

45- لكن من القوانين الحديثة من تجاوز الإستجداد بقضاء الدولة الى إعطاء التّحكيم حصانة ذاتيّة كاملة تغنيه عن طلب العون في مجال الإستجدال التحكيمي عموماً إذا فوّض الأطراف في إتفاق التّحكيم المحكّم بإتخاذ أي إجراء مستعجل أو تحفّضي، كما تكسب قراره قوة النّفاذ الجبري المباشر ومن ذاته. وهو

(1) كما تعزّز الجواب التشريعيّ بجواب قضائيّ في قرار فريد من نوعه على علمنا أصدر المغفور له المرحوم عبد الوهاب بن عامر بصفته رئيساً أولاً لمحكمة الإستئناف بتونس بتاريخ 14 جويلية 1995، تحت عدد 35359، على مقتضى أحكام الفصل 62 م ت في إطار صلاحية الإنّ بالإجراءات اللّازمة للمساعدة على تنفيذ القرارات الوقتيّة والتّحفظيّة التي يتخذها المحكّم الدوليّ. فقد طلب من الرئيس الأول المساعدة على تنفيذ قرار أصدره المحكّم بحجز سفينة وتجميدها في ورشة بحريّة. وصدر ذلك القرار تحت تسمية "إنّ بالمساعدة على تنفيذ قرار تحكيمي تحفّطي" وجاء فيه: "بعد الإطلاع على المطلب المقدّم ... وبعد الإطلاع على قرار التّحكيم ... وعلى أحكام الفقرة الثّانية من الفصل 62 من مجلّة التّحكيم. وحيث إنّ القرار الصادر عن المحكّم الأستاذ... يحتاج تنفيذه إلى تدخّل أطراف أخرى ضرورة أنّ المدعى عليها غير موجودة في الوقت الحاضر بالبلاد التونسيّة، كما لا يوجد من يمثّلها بها، نصدر القرار الآتي: نأذن كلّ الجهات التي تطلب منها المساعدة على تنفيذ القرار التحكيمي المشار إليه بأن تقوم بذلك دونما حاجة إلى أي إجراء آخر تطبيقاً لأحكام الفصل 62 من مجلّة التّحكيم".

موقف متطورّ وذهب بالتّحكيم الى أقصى مدى في النّديّة والتّناظر مع قضاء الدولة.

46- وهذا شأن القانون الفلسطينيّ للتّحكيم رقم 3 لسنة 2000 الصادر بتاريخ 5 أفريل 2000، فقد جاء بالمادّة 33 منه:

"يجوز لهيئة التّحكيم أثناء نظر النزاع أن تصدر أمراً بإتخاذ أيّة إجراءات تحفّطيّة أو مستعجلة تراها مناسبة بحق أحد أطراف التّحكيم إذا نصّ إتفاق التّحكيم على ذلك. ويكون لهذا الأمر قوّة الأمر الصادر عن المحكمة المختصّة، ويجري تنفيذه بذات الطريق الذي تنفّذ به الأحكام والقرارات".

ويستفاد من هذا النصّ أنّه قبل تعهّد هيئة التّحكيم بالنّزاع، يبقى الإختصاص الإستعجالي معقوداً لقضاء الدولة وحده. كما أنّ إستعمال صيغة الجواز في طالعها يدلّ على تبني المشرّع الفلسطينيّ مبدأ الإشتراك بين القضائين، على غرار النّظم الأخرى المتأثّرة بالقانون النّمونجي للجنة الأمم المتّحدة للقانون التجاري الدولي لسنة 1985.

فقانون التّحكيم الفلسطينيّ يتميّز بالإعتراف بالنّفاذ الجبري المباشر للقرار الإستعجاليّ التحكيمي، وهو ما يحسب له دون غيره من القوانين.

47- لكن التدخّل القضائيّ في التّحكيم أيّاً كانت طبيعته أو غايته يخضع الى شرط عام ومشارك وهو شرط توطين الإجراء أو العمل التحكيمي الموجب للتدخّل على إقليم الدولة. كان يكون الطرف أو المال المعني بالتدخّل موجوداً على ترابها، أو أن يتم تنفيذ القرار التحكيمي الوقتي عليه.

ب - حدود دور الإرادة في إسناد الإختصاص التحكيمي الإستعجالي.

48- يستند إلفقه القائل بمبدأ الإختصاص المشترك، في إقرار صلاحية المحكّم للتّصديّ للمسائل الوقتيّة والتّحفظيّة الى حرّية الإرادة العقديّة، في الخروج عن قضاء الدولة واللّجوء الى التّحكيم، وفي تحديد نطاق التّحكيم وضبط إجراءاته.

ويكون لهذه الإرادة تبعاً لذلك إزاء مسألة الإجراءات الوقتية والتحفّظية أهلية إخراجها عن ولاية قضاء الدولة وسلب الإختصاص بنظرها منه، أو إخراجها عن ولاية المحكم وقصر نظرهما على قضاء الدولة.

49- أما من جهة صيغة هذا التوزيع التعاقدية الإرادية، فإن هذا الفقه لا يشترط التخصيص الصريح، وإنما يكفي بالإشارة إلى نظام تحكيم يقرّ إختصاص المحكمة التحكيمية أو أية جهة تحكيم بإتخاذ الوسائل والإجراءات الوقتية والتحفّظية، مثل نظام غرفة التجارة الدولية بباريس والذي أقام منذ سنة 1990 نظاماً خاصاً بالإستعجال التحكيمي (le réfère pré-arbitral) (1). وهذا الموقف تبنته محكمة التعقيب الفرنسية في قرارها الصادر في 18/11/1986 الذي قضى بأنه لا يمكن إقصاء محاكم الدولة عن إتخاذ الوسائل الوقتية والتحفّظية إلا بناء على إتفاق صريح من الأطراف أو بناء على إتفاق ضمني يستشف من تبني لائحة تحكيم تتضمن ذلك الإستبعاد، كان يقبلوا التحكيم وفقاً لقواعد نظام المركز الدولي لفضّ النزاعات الناجمة عن الإستثمار (2).

50- لكن الفقه القائل بالإشتراك وبحرية الأطراف في التنازل عن قضاء الدولة المستعجل، يترك لهذا الأخير سلطة تقدير إن كان بحث الأطراف عن

- (1) هو نظام وضعته غرفة التجارة الدولية، يخول لشخص من الغير تعيين بإتفاق الأطراف أو من قبل المحكمة الدولية للتحكيم لدى الغرفة نفسها، قصد إتخاذ كافة الإجراءات المستعجلة، ويصدر قراراً إستعجالياً في أجل شهر من رفع الطلب إليه، ويكون قراره وقتياً، لا يلزم هيئة التحكيم نفسها كما لا يلزم القضاء الوطني. لكن ليس لمن أصدره حق نظر أصل النزاع كمحكم. ولكلا القضائين تقدير وجاهة القرار الوقتي ومسؤولية من رفض تنفيذه أو الإذعان له عند النظر في الأصل.
- (2) منشور بحولية كلوني Clunet 1987 ص 125 مع تعليق إ. غايار، وبالمجلة النقدية 1987 ص 760 مع تعليق، ب. أوديت، وبمجلة التحكيم 1987 ص 315 مع تعليق، ج. فليشو.

السرعة عبر إلحاق الإختصاص بالمسائل المستعجلة بالتحكيم، كاف وحده لإزالة حالة الإستعجال وبالتالي لحجب الإختصاص عن قضاء الدولة (1).

فإرادة الأطراف حتى مع التسليم بإطلاق سلطانها في توزيع الإختصاص تبقى محدودة بالمعيار الموضوعي الذي يمثل القاسم المشترك في المسائل المستعجلة وهو عارض خطر التأخير أي حالة الإستعجال نفسها، وبمدى قدرة القضاء التحكيمي على تحقيق غاية القضاء الإستعجالي وهي إزالة ذلك الخطر. أي بمدى الفاعلية الذاتية الإستعجالية للتحكيم، وهي الفاعلية التي ثبتت محدوديتها حتى مع قيام نظام الإستعجال التحكيمي المؤسسي، الذي لم يغن عن قضاء الدولة ما أدى كما أسلفنا إلى تحويل المحكم نفسه حق الإستجداد بقضاء الدولة الإستعجالي سواء لإنفاذ قراراته أو لإتخاذ القرار أو لإجراء الإستعجالي مكانه.

وفي كل الأحوال تبقى الإرادة محدودة بحدودها كإرادة تحكيمية، من حيث قدرتها على إنشاء قضاء تحكيمي إستعجالي، وبمدى تحكيمية المسائل أو الإجراءات أو الوسائل التي تسند الإختصاص بإتخاذها للمحكم.

51- ويتحصص مما سلف حول الإختصاص الإستعجالي في التحكيم أنه لا يخرج عن نظام الإختصاص التحكيمي عموماً الذي يحكمه معياران متصلان بطبيعة ذلك الاختصاص نفسه كاختصاص ممكن.

كما تبين أنّ تلك الإمكانية تقوم على عنصرين هما:

(1) في هذا المعنى: إيمويل غايار الذي كتب بهذا الصدد:

« Il appartient aux juridictions étatiques saisies de demandes de mesures conservatoires d'apprécier si en recourant à une procédure d'arbitrage accélérée, les parties ont entendu renoncer au droit de s'adresser au juge pour requérir les mesures qu'imposerait l'urgence, et si la proximité de l'obtention d'une sentence suffit à faire disparaître l'urgence ». E. Gaillard : Arbitrage commercial international. Instance arbitrale organisation et développement de la procédure arbitrale. Intervention du juge étatique. juris- class. Drt. inter. Fasc 586.8.2. spec. n° 104.

أولاً : كونه إختصاصاً نوعياً جهوياً لا دولياً أي يخرج عن قضاء الدولة لفائدة جهة قضاء خارجة عن ولاية الدولة.

ثانياً : أنه إختصاص يستند أصلاً الى الإرادة والإختيار ويحدّ بحدود الإرادة التحكيمية التي تحرّكه .

52- وهذا ما جعل مجال التدخّل القضائي السابق لصدور الحكم التحكيمي حتى في المسائل الوقفية والتحفّظية الإستعجالية، تدخّلاً عارضاً وغير مباشر، وأن غايته ليست رقابية بل هي سائدة للتحكيم ومساعدة إما للأطراف في مرحلة تكوين هيئة التحكيم، عملاً بالطابع الإتفاقي لتكوين هيئة التحكيم، أو مساعدة لمحكمة التحكيم عند مباشرتها لوظيفتها بطلب من الأطراف أو بسعي منها. وأنّ هذا التدخّل فرضته الضرورة حماية للتحكيم وتيسيراً لعمل المحكم، تأميناً لفاعليته التنفيذية. ولايقوم على منطق الوصاية او الرقابة أو الأوليّة.

53- أما على مستوى توزيع الإختصاص فإن الولاية التحكيمية الإتفاقيّة، أصبحت تقتصر قيودها على شرط التحكيمية من حيث المناط الذاتي والموضوعي على السواء، من جهة، و معيار النظام العام وفي مفهوم القانون الدولي الخاص في التحكيم الدولي من جهة أخرى. وهو المعيار الذي إنحسر دوره السالب إزاء التحكيم في حالة قيام الإستعجال التحكيمي، أي التي يقترن فيها عنصر التأكد، بغياب الولاية التحكيمية أو بقصورها عن تأمين رفع عارض خطر التأخير في حماية الحقوق والمصالح المهددة الذي هو محل كل إجراء تحكيمي وغايته معاً.

54- كما أن تطوّر التحكيم في النظم الحديثة يسير في إتجاه تأمين الفاعلية الذاتية للتحكيم وتأكيد نديته مع قضاء الدولة حتى على مستوى الجبر التنفيذي. فالعمل التحكيمي حتّى الإستعجالي أو الوقتي لم يبق مجرد سند إلزام مكتمل الحجية الإثباتية والقوة الإلزامية، وإنما أصبح يكتسب قوة تنفيذية مناظرة لقوة السند القضائي، بل هي تجعل منه سنداً ذي نفاذ مباشر حتى إزاء المسائل

والإجراءات المستعجلة في بعض النظم التي مدّت فاعلية الحكم التحكيمي الذاتية الى مرحلة ما بعد صدور الحكم التحكيمي منتهية الى إعطائه نفاذاً مباشراً.

56- فيكون الإختصاص الإستعجالي التحكيمي إختصاصاً جهوياً ممكناً تزامنياً وغير إقصائيّ شأن إختصاص القضاء الوطني الدولي لكن لا ينعقد إختصاص قضاء الدولة المزاحم له إلا في حالتين هما: حالة غياب الولاية التحكيمية الإستعجالية أصلاً وحالة قصورها عن تأمين رفع عارض خطر التأخير الذي هو قوام كل قضاء إستعجالي.

استئناف الأحكام الاستعجالية

أحمد التمتام

قاضي بالمحكمة الابتدائية بين عروس

المقدمة

لما كان القضاء عمل إنساني مناطه الاجتهاد في تأويل القانون وتطبيقه على الوقائع المعروضة على أنظاره فهو بذلك قائم على الاجتهاد الذي يحتمل الصحة كإحتماله الخطأ.

والتسليم بهذه الحقيقة جعل النظم القضائية الحديثة تتفق على إقرار الطعن في الأحكام كوسيلة إختيارية لمن تسلط عليه الحكم للوصول إلى تعديله أو إلغائه أو محو أثره¹. وكان الاستئناف - من حيث هو الحق المخول لطرفي التداعي في الطور الابتدائي في طلب إعادة النظر في النزاع بجميع جوانبه أي من حيث المواقع والقانون من طرف محكمة أعلى درجة قصد الحصول على إلغائه أو تعديله - الطريقة المثلى التي تخول أكثر من غيرها من طرق الطعن هذه الغاية.

والإقرار بنسبية العمل القضائي العادي الذي يباشره القاضي دون ضغط من حيث طول نشر النزاع وبما أتاحه له القانون من وسائل بحث واستقرار، يجعل التسليم بهذه الحقيقة يكون من باب أولى عندما يصبغ الاستعجال هذا العمل بحيث يكون ملزماً بفصل النزاع في أقرب الآجال حماية للمصالح المتأكدة دون أن يكون المجال قائماً لإجراء وسائل بحث واستقرار للوقوف على صحة الوقائع المعروضة

¹ - الحسين السالمي، تطوّر النفاضي على درجتين ملنقى الاستئناف كلية الحقوق العلوم السياسية بتونس 1993، ص. 15.

من عدمها، وهو ما يجعل هذا الصنف من الأعمال القضائية يكون أكثر عرضة للطعن وذلك لخطورة آثاره لإنبائه على العجلة.

غير أن التسليم بقابلية الأحكام الإستعجالية للطعن بالإستئناف، ولئن كان محل إجماع من حيث المبدأ بالنسبة لمعظم النظم القضائية الحديثة، ونظرا لما يمثله النظام القانوني لهذا الصنف من طرق الطعن، فإن الاختلاف يبقى قائما بين هذه النظم من حيث إمتداد المبدأ وتنظيمه القانوني.

وقد اختار المشرع التونسي موقفا غير مستقر في خصوص إقرار مبدأ التقاضي على درجتين في المادة الإستعجالية، فقد سعى منذ إقراره لقانون المرافعات المدنية بالقانون عدد 130 لسنة 1959 إلى جعل الإستئناف وسيلة الطعن المبدئية في الأحكام الإستعجالية، وذلك صلب الفصل 209 م.م.ت، بحيث جعل المبدأ أن كل حكم صادر في المادة الإستعجالية، عن محكمة ابتدائية الدرجة، يكون قابلا للطعن بالإستئناف، والإستئناف من حيث هو طريقة طعن عادية لا يلغى الحق في ممارسة باقي الطعون الإستثنائية التي خولها القانون.

غير أن بعض النصوص المستقلة حددت من هذه القاعدة من ذلك أن الفصل 18 من مجلة التحكيم جعل الأحكام الإستعجالية الصادرة بتعيين محكم غير قابلة للإستئناف رغم صدورهما عن محكمة ابتدائية الدرجة وهو ما جعل من الإستئناف يكون في هذه الحالة وسيلة طعن ممنوعة.

كما أن الفصل 15 جديد من قانون إنقاذ المؤسسات التي تمرّ بصعوبات اقتصادية والذي فرض إتباع إجراءات القضاء الإستعجالي في دعاوى فسخ اتفاقات

التسوية الرضائية¹ جعل من الأحكام الصادرة في هذه المادة غير خاضعة للطعن إلا بالإستئناف، بما جعل الإستئناف يكون في هذه الحالة وسيلة الطعن الوحيدة.

وهو ما أثار التساؤل حول المقصود في هذا الحصر : فقد ذهب رأي أول إلى الأخذ بحرفية النص وإقصاء كل طريقة طعن الأخرى، بما في ذلك التعقيب وهو ما قد يؤدي إلى ظهور صنف جديد من الأحكام النهائية الباتة وهو صنف غير معروف في القانون التونسي ومختلف النظم القانونية التقليدية، وهو ما أدى بالرأي الثاني إلى اعتماد مقارنة مع الفصل 53 جديد من ذات القانون الذي خول إمكانية استئناف الأحكام الواردة في مادة التسوية القضائية، وكذلك الإعتراض عليها، وذلك للقول بأن حصر الطعن في الإستئناف يقصد منه إقصاء وسيلة الإعتراض الوارد بها الفصل 53 المذكور وبقاء الحال على ما كان فيما زاد على ذلك.

وسواء أكان الإستئناف وسيلة طعن مبدئية أو وسيلة طعن وحيدة وطالما لم تكن ممنوعة، فإن التساؤل يقوم حول كيفية التوفيق بين مقتضيات العجلة التي ينصّ عليها القضاء الإستعجالي، وما يؤدي إليه التقاضي على درجتين من طول أمد النزاع... ؟

فالملاحظ أن جلّ التشريع التي أقرت القضاء الإستعجالي كوسيلة مختصرة لحماية الحقوق المتأكدة وأقرت له وعلى الأقل في درجته الأولى أحكام متوافقة مع صبغة العجلة التي تحكمه فكان متميزا من حيث الإجراءات بالإختصار والتبسيط، وكذلك موسوم بسرعة النفاذ، وتزداد هذه السرعة بإزدياد صبغة الإستعجال في الحق المطلوب حمايته، غير أن الإستئناف بأسسه التقليدية من حيث هو وسيلة طعن ناقلة للنزاع بمختلف جوانبه وموقفة للحكم المطعون فيه تتعارض مبدئيا مع سمات القضاء الإستعجالي.

¹ - وفق ما وقع تنقيحه بالقانون عدد 79 لسنة 2003 المؤرخ في 29 ديسمبر 2003، وقد مثل هذا الفصل مصدر اختلاف في خصوص مدى اختصاص القاضي الإستعجالي أو محكمة الأصل وفق إجراءات استعجالية.

وهو ما يخلص إلى تساؤل أدق فرضه التسليم بالإستئناف كوسيلة طعن واردة على الأحكام الإستعجالية وهو :

« إلى أي مدى حافظت الأحكام الإستعجالية على مميزاتها عند النظر فيها من طرف محكمة الدرجة الثانية ؟

إن المتأمل في مجلة المرافعات المدنية والتجارية باعتبارها الشريعة العامة للإجراءات الطعن باستئناف خاصة ولكافة إجراءات التقاضي عامة، يقف على أن المشرع التونسي وعلى الأقل في مادة إستئناف الأحكام المدنية والتجارية قد تخلّى عما كان يتّسم به القضاء الإستعجالي من حيث الشّروط أصلية كانت أو إجرائية من بساطة وتميّز (I) ولعلّه يعول في ذلك على الحدود الواردة على الآثار الاعتيادية للإستئناف عند تعلّق الطّعن بالأحكام الإستعجالية التي عمل النظام القانوني لإستئنافها (II).

I - فقدان القضاء الإستعجالي لتمييزه من حيث شروط الإستئناف

حتم السعي لملائمة القضاء الإستعجالي للغاية المنشودة منه من حيث هو وسيلة شرعت لإتخاذ الوسائل الوقئية لحماية الحقوق المتأكدة، إخضاعه لشروط أقلّ شدة من الدّعاوي الاعتيادية، طالما لا يترتب عنها المساس بأصل الحقوق، فكانت بذلك الدّعاوي الإستعجالية معفاة من الشّروط التقليدية للدّعاوي أمام القضاء، سواء من حيث الأصل أو من حيث الإجراءات، كما أنّ المحكمة في حلّ مما قيّد به المشرع محاكم الأصل عند النظر في الدّعاوي المعروضة عليها، غير أنه وبمجرد انتهاء الطّور الأوّل وبصدور الحكم الابتدائي ينقضي هذا التساهل

التشريعي وتستعيد القواعد الإعتيادية مجال إنطباقها سواء من حيث الشّروط الأصلية (أ) أو من حيث الشّروط الإجرائية (ب) للطّعن بالإستئناف في الأحكام الصادرة في المادة الإستعجالية.

أ- الشّروط الأصلية :

إنّ تعريف الإستئناف بكونه وسيلة طعن عادية واختيارية تخوّل لمن تسلط عليه الحكم الوصول إلى تعديله أو إلغائه أو محو آثاره يجعل من نافلة القول أنّ الإستئناف يقتضي وجود حكم مطعون فيه (1) وطاعن (2).

1- الشّروط المتعلقة بالحكم المطعون فيه :

يقتضي قبول إستئناف الأحكام الإستعجالية مبدئياً أن يكون الحكم المطعون فيه صادراً في المادّة الإستعجالية، وأن يكون ابتدائي الدرجة.

للشّروط الأولى : أن يكون الحكم صادراً في المادّة الإستعجالية، إن القضاء الإستعجالي هو الوسيلة والوقئية التي يتّخذها القضاء لحماية المصالح المتأكدة المتعلقة بنزاع أصلي منشور أو سينتشر أو وقع البتّ فيه، وتولدت عنه منازعات لا تمسّ الأصل، ومن هذا المنطلق كانت مصادر الأحكام الإستعجالية متعدّدة فرئيس المحكمة الابتدائية هو مبدئياً صاحب الإختصاص المبدئي والشّامل للنظر في النزاعات المستعجلة بناء على أحكام الفصل 40 و 201 م.م.ت فما لم يسند بنصّ خاص لغيره يعود له وحده إصدار الأحكام في خصوصه، كما أنّه يختصّ دون غيره ببعض النزاعات بقطع النظر عن قيمة النزاع في تعيين

المحكمين¹ كذلك الإشكالات التنفيذية المتعلقة بالأحكام الصادرة عن المحكمة الابتدائية².

كما يمكن أن يكون مصدر الحكم الإستعجالي حاكم الناحية في الحالات التي خصّه بها المشرّع بالفصل 39 م.م.ت على وجه الحصر، وهي مطلب العقل التحفظية والمعانيات المتأكدة والصعوبات التنفيذية المتعلقة بالأحكام الصادرة عنه وكذلك مطلب إيقاف تنفيذها، ومطالب التمكين من نسخة تنفيذية ثانية، كما خوّله الفصل 201 فقرة ثانية من مجلة المرافعات المدنية والتجارية بعد تنقيحه بالقانون عدد 82 لسنة 2002 المؤرخ في 3 أوت 2002، بصفته رئيس المحكمة المتعّدة بالنزاع حق إصدار أذن بتسبقات إستعجالية.

كذلك تصدر عن حاكم الناحية أحكام إستعجالية في مادة الرجوع في الأذن على العرائض الصادرة عنه طبقا لأحكام الفصل 219 من مجلة المرافعات المدنية والتجارية.

غير أن هذا التسليم التشريعي بالإختصاص الإستعجالي لرئيس المحكمة الابتدائية وحاكم الناحية، قابله غموض عند تشريع إختصاص رئيس مجلس العرف في هذه المادة، ذلك أن الفصل 220 من مجلة الشغل لم يسند لقاضي العرف صراحة صلاحية النظر في الإشكالات التنفيذية المتعلقة بالأحكام الصادرة عنه في صورة وقوع إستئنافها على خلاف حاكم الناحية كذلك الفصل 201 جديد من م.م.ت في فقرته الثانية المتعلق بالتسبقات الإستعجالية، وهو ما أدّى إلى ظهور إتجاهين :

❶ الأول يقيس على إختصاصات حاكم الناحية للإعتراف لقاضي العرف بذات اختصاصاته في المادة الإستعجالية وذلك اعتبارا لأن المناطق التي

¹ - الفصل 18 من مجلة التحكيم.

² - الفصل 20 وما بعده في مجلة المرافعات المدنية والتجارية.

لا توجد فيها دوائر عرف ينظر حاكم الناحية في النزاعات الشغلية التي تجد بها وبالتالي كان لزاما التنظير به في الإختصاصات،
 ¶ أما الثاني فيعتبر أنّه وطالما سكت النصّ، فإنّ الرجوع يكون إلى صاحب الإختصاص العام في المادة الإجرائية، وإن الإستثناء لا يجوز التوسع فيه.

غير أن إقتران النزاعات الإستعجالية بنزاعات منشورة أو محتملة يثير التساؤل حول مدى إمكانية صدور أحكام إستعجالية عن ذات الهيئة المنتصبة للنظر في النزاع الأصلي أي أنّ لا يكون الحكم الإستعجالي صادرا عن هيئة فردية موازية وإنما عن ذات الهيئة التي أصدرت الحكم.

وقد ثار التساؤل في النظام الفرنسي حول إمكانية الإستئناف الحيني للمقررات الإستعجالية التي تتخذها المحكمة المنتصبة للنظر في الأصل، وميّز بين المقررات الإستعجالية التي تتخذها ذات الهيئة وقبل الحكم في الأصل، فإنها لا تكون قابلة للإستئناف إلا مع الحكم في الأصل ما لم يقر نصّ خاص ذلك¹.

أما إذا كان القاضي الإستعجالي هو من اتخذ المقرر، رغم أن محكمة الأصل منتصبة للبتّ في النزاع الأصلي، فإنه لا حاجة إلى إنتظار صدور حكم في الأصل قد لا يصدر².

أما في القانون التونسي، فإنّ الحلّ قد لا يخرج عن مجال إنطباق الفصل 41 ثالثا من مجلة المرافعات المدنية والتجارية الذي اقتضى أنه لا يمكن استئناف الأحكام التي تصدر أثناء النشر تحضيرية وتمهيدية إلا مع الحكم الصادر في الأصل.

¹ - تعقيب : 22120 :

Cass. Civ. 24 mars 1993, JCP, 1993, ed. G.KK 22120

² - Cass. Ch. Mixte 7 mai 1982, Gaz. Pal 1982 : 2 P. 571.

غير أن التساؤل يبقى قائما في حالة تطبيق المحكمة لأحكام الفصل 243 من المجلة التجارية في فقرته الرابعة بأن تعيين المحكمة من يتولى بصفة مؤقتة إدارة الأصل التجاري، المطلوب الإذن ببيعه صبرة واحدة من طرف الدائن أو المدين. فالقرار الصادر عن الدائرة في هذا الخصوص يكتسب جميع مقومات القرار الإستعجالي، باعتباره وسيلة مؤقتة ولا تمس بالأصل.

كما انه يخرج عن صنف الأحكام التمهيدية والتحضيرية، لأنه يمتد إلى ما بعد بت المحكمة في القضية ويبقى إلى حين إنتهاء أعمال التنفيذ، بما يثير الإشكال حول إمكانية إستئناف هذه القرارات بصفة مستقلة عن الحكم في الأصل ودون إنتظار مآل القضية خاصة إذا اعتبرنا أنه بصفة واقعية لا يتم البت في النزاع في أجل الشهر المحدد بالفصل 243 المذكور.

وقد أتاحت الفرصة بمناسبة نزاع منشور أمام المحكمة الابتدائية بين عروس، طلب خلاله المدين ببيع الأصل التجاري صبرة واحدة، إلا أن المحكمة ولمنعه من تعطيل التنفيذ ومن تبديد عناصر الأصل التجاري، أذنت بتعيين من يتولى مؤقتا إدارة الأصل التجاري محلّ التداعي، مما أثار إعتراض المدعي (المدين) على هذا القرار وطلب تسجيل إعتراضه عليه، إلا أنه اختار في النهاية طرح القضية دون محاولة تسجيل إستئنافه الفوري للقرار المذكور.

والملاحظ أنّ مجلة المرافعات المدنية والتجارية أسندت لرؤساء المحاكم الإستئنافية هيكلية كانت أو وظيفة¹ صلاحية إتخاذ بعض القرارات الإستعجالية إلا أنّها غير قابلة للإستئناف وهو ما يفضي إلى التأكيد على الشرط الثاني الواجب توفّره في الحكم الإستعجالي، وهو أن يكون ابتدائيا.

¹ - المقصود محكمة الإستئناف كمحكمة منتسبة عضويا للبت في الإستئناف، والمحكمة الابتدائية بصفتها مكلفة وظيفيا بالنظر إستئنافا في أحكام محاكم النواحي ودوائر الشغل وقضاء الضمان الإجتماعي التابعين لها.

الشرط الثاني : أن يكون الحكم ابتدائيا :

إنّ الإستئناف بصفته وسيلة طعن عادية يتسلط منطقا على الأحكام الابتدائية الدرجة، أي التي تصدر عن محكمة ناحية أو قاضي عرف أو رئيس محكمة ابتدائية عند نظرة في ما هو من مشمولاته باعتباره حاكم ابتدائي، أي أنه يستثنى من ما ذكر الحالات التي يصدر فيها رئيس المحكمة الابتدائية أحكاما إستعجالية بصفته رئيس المحكمة المنتسبة للنظر في إستئناف أحكام النواحي ودوائر الشغل وقضاء الضمان الإجتماعي.

وقد استثنى المشرع هذه الأحكام صراحة من إمكانية الطعن بالإستئناف من ذلك أحكام الفصول 126-127-172 و 209 من م.م.ت.

كما استثنى الفصل 18 من مجلة التحكيم الأحكام الصادرة عن رئيس المحكمة الابتدائية إستعجاليا بتعيين محكم من إمكانية الطعن بالإستئناف وإشترط ابتدائية الحكم الإستعجالي الخاضعة لإمكانية الإستئناف يقضي مبدئيا الأحكام الصادرة عن رئيس محكمة الإستئناف في المادة الإستعجالية من ميدان إنطباق الإستئناف وهو ما تضمنته صراحة الفصل 208 م.م.ت.، والتي تصدر مباشرة نهائية الدرجة.

وعلى خلاف المشرع التونسي، فقد أقرّ المشرع المصري مبدأ خضوع جميع الأحكام الصادرة في المادة الإستعجالية للإستئناف أيّا كانت المحكمة التي أصدرتها، بتصريح أحكام الفصل 220 من قانون المرافعات.

كما نلاحظ أنّ المشرع الإداري إشتراط بدوره ابتدائية القرار الإستعجالي لخضوعه لإستئناف، فقد نصّ الفصل 85 من القانون عدد 38 لسنة 1996 المتعلق بتوزيع الاختصاص بين المحاكم العدلية والمحكمة الإدارية على أن إستئناف الأذن الإستعجالية الصادرة عن رؤساء الدوائر الابتدائية قابلة للإستئناف على خلاف الأذن الصادرة عن رؤساء الدوائر الإستئنافية وفي جميع الحالات فإن

الحكم لا يكون الطعن فيه إلا ممن كان مشمولاً به ومن هنا كانت الشروط المتعلقة بممارسة الطعن.

2- الشروط المتعلقة بالخصوم :

إنَّ الإستئناف وكغيره من الأعمال الإجرائية بصفة عامة والطعون بصفة خاصة، حق غير مطلق إنما قيده المشرع بشروط متعلقة بممارسة هذا العمل والتي يعتبر الفصل 19 م.م.ت. شريعته العامة، والذي اشترط في ممارسة الإجراء شروط أولها الصفة وثانيها المصلحة، وثالثها الصفة، ولئن كان الشرطان الأول والثالث لا يمثلان مصدر الإشكالات عملية متميزة عن القواعد العامة (♦) فإن شرط المصلحة في الطعن يثير البعض من ذلك (♦).

♦ الصفة والأهلية في ممارسة الطعن :

إقتضى الفصل 19 م.م.ت. أن حق القيام لدى المحاكم يكون لكل شخص له صفة وأهلية تخولانه حق القيام بطلب ماله من حق، وقد أورد الفصل 152 م.م.ت. تقييدا على ذلك الفصل بأن حصر الصفة في رفع الإستئناف في من شمله الحكم المستأنف أو خلفه سواء كان مستأنفا أو مستأنفا ضده.

غير أنَّ الفصل المذكور خول إمكانية التداخل الاختياري في الإستئناف لمن يرغب الإنضمام لأحد الخصوم دون أن يكون له الحق في إحداث مركز قانوني مستقل وأن يكون له الحق في الاعتراض على الحكم أي أن تتوفر فيه شروط الفصل 168 و169 من م.م.ت.¹ أو الإجباري، في صورة استئناف بعض المشمولين بالحكم الابتدائي دون غريهم، وكان الحكم غير قابل للتجزئة² ولا وجود

¹ - أحكام الفصل 153 م.م.ت.

² - الفصل 154 م.م.ت.

لما يمنع تطبيق هذه الأحكام على الإستئناف في المادة الإستعجالية طالما كانت شروطها واردة.

أما عن شرط الأهلية فالملاحظ أن المشرع التونسي كان على غاية من التساهل في هذا الشرط بالنسبة للقيام بالدعاوي الإستعجالية حيث إكتفى باشتراط التميز دون إكمال الأهلية صلب الفصل 19 م.م.ت، ومن البديهي القول بتواصل هذا التسامح في الطور الثاني طالما أنه لا يمكن إبقاء الحكم الابتدائي معلقا إلى حين بلوغ القاصر المميز المحكوم لفائدته أو ضده سنّ الرشد الكامل لممارسة حق الطعن أو وإشتراط نيابته من طرف وليه في ممارسة الطعن طالما أن أحكام الفصل 19 م.م.ت. كانت عامة بإنطباعها على المادة الإستعجالية بمختلف أطوارها.

♦ المصلحة في الطعن :

إنَّ القول بأن الطعن بالإستئناف هو عمل إجرائي، فإن إخضاعه لشرط المصلحة في ممارسه لا مناص منه بصريح أحكام الفصل 19 م.م.ت، ولعل شرط المصلحة في الطعن بالإستئناف في الأحكام الإستعجالية سيشهد تقييدتين إثنين:

الأول من حيث هو الطعن وهو ما يقتضي عدم قبول الطاعن للحكم صراحة أو ضمنا كأن يقرّ كتابيا بالتزامه بمحتوى الحكم أو يطلب من قاضي الأجل أجلا على وجه الفضل أو أن يتفق مع المستأنف ضده على طريقة للتنفيذ، ففي هذه الحالة، إتفق فقه القضاء المصري مثلا، على أنه لا يقبل الطعن في الدعاوي المستعجلة ممن قبل الحكم أو ممن قضى له بكل طلباته¹، كذلك اعتبر فقه القضاء المصري أنه لا يمكن الإستئناف ممن أقرّ أمام محكمة البداية بطلبات خصمه وهي

¹ - المادة 211 قانون المرافعات المصري وكذلك انظر قضاء الأمور المستعجلة محمد نصر الدين، كامل ومحمد فاروق راتب.

جميعها شروط منطقية تتماشى والصبغة الإستثنائية للقضاء الإستعجالي وتحتصر ميدان إنطباق الإستئناف من حيث هو سبب إجرائي لتطويل النزاع الموسوم بالتأكد.

أما الصنف الثاني من القيود فمردّه الصبغة الخاصة للأحكام الإستعجالية، وأولها وجوب تواصل شرطي التأكد وعدم المساس بالأصل عند ممارسته الطعن، فلا يكفي توفرها عند صدور الحكم الابتدائي وهو ما يثير عديد التساؤلات، أولها : **هل أن تنفيذ الحكم الإستعجالي الابتدائي من شأنه إلغاء المصلحة في الطعن إذا وقع قبل البت في الإستئناف.**

ذلك أنه قد يحصل أحيانا أن يقع تنفيذ الحكم الإستعجالي قبل رفع الإستئناف أو أثناء نظر محكمة الإستئناف في الموضوع، وقد إعتبرت محكمة التعقيب الفرنسية أن المصلحة لا تنقضي بتنفيذ القرار الإستعجالي حتى ولو أن هذا التنفيذ ألغى صفة الإستعجال¹.

وقد أورد المشرع التونسي هذه الحالة ضمنا صلب أحكام الفصل 150 م.م.ت الذي خول إرجاع الحال إلى ما كانت عليه قبل التنفيذ في صورة نقض حكم إستعجالي وقع تنفيذه وهو ما يؤدي ضمنا إلى القول بالقبول التشريعي لإستئناف الأحكام الإستعجالية حتى بعد تنفيذها.

وثاني هذه التساؤلات هو هل أن تعهد محكمة الأصل بالنزاع، وإصدار قرار في الأصل قبل البت في الإستئناف من شأنه المساس بشرط المصلحة في الطعن ؟

لقد إعتبرت محكمة النقض المصرية أنه إذا قضى عن طريق محكمة الموضوع، في أصل التداعي بعد صدور قرار إستعجالي في مسألة وقتية وقبل

¹ - Goss Civ II, 7 Fev., 1979, 7CP, éd. 67, v. 125.

إستئناف القرار الإستعجالي سقط الحق في إستئنافه¹، ويبدو أن هذا الحل منطقي بإعتبار الصبغة الوقتية للأحكام الإستعجالية والتي تزول بصور الحكم في الأصل ولو كان ابتدائي الدرجة.

غير أن هذه الخصوصية الجزئية للشروط الأصلية للقضاء الإستعجالي تقتلص إلى أبعد حدّ عند الحديث عن الشروط الإجرائية.

ب- الشروط الإجرائية :

إن أهمّ تجلّ لتميز القضاء الإستعجالي في طوره الابتدائي يكمن فيما خصّه به المشرع من إجراءات مبسطة من حيث القيام بالدعوى وطرق فصلها إقتضتها الصبغة المتأكدة لإصدار الحكم وما يكتنف الحقوق مناطه من خطر يتجه التصدي لأسبابه، فكان أن إنتهج المشرع أسلوب التبسيط وإقصاء كلّ إجراء من شأنه إطالة أمد النزاع، بدءا بإجراءات الإستدعاء إلى آجال الحضور إلى طريقة الحكم بين الخصوم، غير أن هذه النزعة التبسيطية قد تقلصت إلى درجة قاربت التلاشي فيما يتعلق بإجراءات إثارة الإستئناف وممارسته² بإستثناء أحكام الفصل 134 م.م.ت.

1- المبدأ : فقدان النزاع الإستعجالي لخصويته الإجرائية عند الإستئناف :

رغم إستبقاء النزاع الإستعجالي لأساسي قيامه وهما التأكد وعدم المساس بالأصل أمام محكمة الدرجة الثانية فإنّ الخصوية الإجرائية التي كانت ملائمة لذلك فقدت في طوره الثاني ذلك أن المدعي في النزاع الإستعجالي في طوره الأول

¹ - قضاء الأمور المستعملة محمد نصر الدين كامل ومحمد فاروق راتب، ص. 130.

² - الفصل 203 م.م.ت.

معفى من إنابة محام ومن نشر القضية قبل سبعة أيام من موعد الجلسة¹ وفي صورة بدئ النزاع فهو معفى من تقديم علامة البلوغ إذا لم يحضر خصمه².

غير أنه لا تتضمن الأحكام المتعلقة بالإستئناف أحكاما مشابهة لما ذكر في خصوص إجراءات رفع الإستئناف وإجراءات الإستدعاء.

فقد أوجب الفصل 130 م.م.ت. تحرير عريضة الإستئناف بواسطة محام تشمل على البيانات اللازمة بعريضة إفتتاح الدّعى وهو ما جعل الرأي الغالب في العمل القضائي يوجب إنابة المحامي حتى في المادة الإستعجالية في الطّور الثاني، ومرد ذلك النصّ الصّريح للفصل 130 م.م.ت. وقد تكرّس هذا الإتجاه على الجانب الغالب لفقّه القضاء³.

والذي يجد ما يدعمه في أحكام الفصل 140 م.م.ت. الذي إقتضى أن الإجراءات المنطبقة أمام المحكمة الابتدائية تتسحب على نوازل الإستئناف بقدر ما لا يتخالف مع أحكام هذا الباب.

غير أن جزءا من قضاء المحاكم الابتدائية بصفتها محاكم إستئناف لأحكام النواحي والشغل وإعمالا لقاعدة توازي الصّيغ اعتبرت أنه لا وجود لما يوجب إلزام المستأنف بممارسته طعنة بواسطة محام وقد وجد هذا الإتجاه مبررا في تأويل خاص لأحكام الفصل 140 المذكور، قولا بأن المقصود بالإجراءات إلى المحاكم الابتدائية هذه الأحكام الخاصة بالنزاعات في الأصل بالنسبة لإستئناف الأحكام

¹ - الفصل 204 م.م.ت.

² - الفصل 8 م.م.ت.

³ - ن.م.ت. مدني عدد 996 مؤرخ في 10 فيفري 1977 "أن أحكام الفصل 31 من مجلة المرافعات المدنية والتجارية القاضية بوجوب تقديم محامي الإستئناف بدفوعاته كتابة هي عامة وغير مفيدة باستثناء خاص وبذلك إجراءات الإستئناف في المادة الإستعجالية. وكذلك ق. مدني عدد 8786 مؤرخ في 23 أوت 1972 ن. 1772 ق.م.

الصادرة في الأصل والأحكام المتعلقة بالقضاء الإستعجالي الابتدائي بالنسبة لإستئناف الأحكام الإستعجالية.

وهو ذات التأويل الذي إعتّمده جانب من الدارسين¹ للقول بعدم إنطباق الأجل الوارد بالفصل 72 م.م.ت. الخاص بتقييد الدّعى لدى المحكمة الابتدائية قبل سبعة أيام من تاريخ الجلسة، وما يؤيد ذلك هو إختصار آجال الحضور إلى ثلاثة أيام بما لا يمكن معه منطقاً أن يكون أجل تقييد الدّعى أطول من ذلك، غير أن ذلك لم يمتد إلى حدّ إعفاء المستأنف من الإدلاء بعلامة البلوغ الخاصة بالاستدعاء إذا تمّ طبقاً لأحكام الفصلين 8 و9 م.م.ت. أو إعفائه من تقديم نسخة من الحكم المستأنف رغم ما قد يؤدي إليه ذلك من تعطيل يقتضيه التجهيز الإداري للنسخة، وقد نجد قرارات منفردة تعفي العارض من تقديم نسخة من الحكم تأسيساً على أن للإستئناف مفعولاً إنتقالياً ولا حاجة للمحكمة لنسخة الحكم لكون نظرها يتسلط على النزاع بأكمله ولا على الحكم فقط ولعلّ هذا الموقف على شذوذه يبقى ملائماً لمتطلبات النزاع الإستعجالي.

وعلى خلاف ذلك، فقد كان كلّ من المشرّع المصري والمشرّع الفرنسي صريحين في فرض الصبغة الإستعجالية والإستثنائية لإجراء الإستئناف الإستعجالي.

فالمشرّع المصري أعفى صلب الفصل 118 من قانون المرافعات من إتباع أحكام المواد 406 مكرّر وما بعدها بالنسبة إلى الدّعاوي التي ترفع إلى محكمة الإستئناف في كلّ الدّعاوي التي ينصّ على وجوب الفصل فيها على وجه السّرعة².

¹ - الرئيس محمد صالح العياري، مجلة القضاء والتشريع عدد جانفي 1987 وماي 1987 وكذلك الرئيس عبد الله الهلالي "القضاء الإستعجالي أمام محاكم الإستئناف" ملتقى استئناف كلية الحقوق بنونس من 18 إلى 20 مارس 1989 تونس طبعة 1993.

² - معرض عبد التواب ص. 194.

كما ميز الفقه الفرنسي بين ثلاث درجات من السرعة في الإجراءات الخاصة باستئناف الأحكام الإستئنافية أحدثها الأمر عدد 98-12361 المؤرخ في 28 ديسمبر 1998¹.

● الأولى بالنسبة للأحكام الإستئنافية عامة، ما عدى حالة الفصل 808 و 809 فقرة أولى وإذا لم تكن مصالح الأطراف في خطر فإن الإستئناف يتم طبق الإجراءات العامة.

● الثانية في ذات الحالة الأولى عندما تكون مصلحة الأطراف في خطر الفصل 490 أولا في فقرته الثانية من مجلة المرافعات المدنية والتجارية الجديدة أن يكون الإستئناف في يوم محدد يحدده رئيس المحكمة.

□ الثالثة حالات الفصل 808 و 809 فقرة أولى خول الفصل 490 أولا في فقرته الثانية إجراءات مختصرة المنصوص عليها بالنص (910 وما بعده) دون حاجة لأن تكون مصالح الأطراف في خطر.

والملاحظ أن المشرع التونسي بدوره في صنف النزاعات الإدارية أورد أحكاما إجرائية إستثنائية للنظر في الإستئناف المتعلق بالقرارات الإستئنافية الصادرة في المادة الإدارية بموجب القانون عدد 38 لسنة 1996، سواء من حيث التحقيق فيها² أو البت فيها³ والذي أوجب أن يقع التحقيق من الأحكام الإستئنافية المستأنف والحكم فيها بصفة مستعجلة وفق آجال مختصرة.

¹ - Procédure Civile, Jean Vincnet et serge Guichoud, Dalloz, 1999, 25^{ème} édition.

² - الفصل 86 من القانون عدد 38 سنة 1996.

³ - الفصل عدد 87 من القانون عدد 38 لسنة 1996.

هذا في ما يخص الإجراءات القضائية، أما فيما يتعلق بالإجراءات الإدارية فلم يخص المشرع التونسي الملفات المستأنفة إستئنافية بأحكام خاصة، في جلب الملف وتعيين الجلسة وإكتفى الفصل 132 م.م.ت. بتكليف كتابة المحكمة بتقييد العريضة بدفتر خاصّ يسلم توصيل لمقدمها، وإعلام كتابة المحكمة الابتدائية بوقوع الإستئناف ويطلب منها توجيه ملف القضية دون تقييده في ذلك بأجل تناسب مع ما يقتضيه صبغة النزاع من سرعة وأضاف الفصل 133 أنه عندما يرد الملف يتولى الرئيس تعيين المستشار المقرر للملف ولإذن ينشرها بالجلسة التي يعينها ويستدعي إليها الكاتب محام المستأنف طبق أحكام الفصل 44 م.م.ت.

وعلى خلاف ذلك إقتضى التشريع المصري مثلاً أن تقييد القضية يتم في اليوم ذاته بالسجل الخاص ثم يعلم المستأنف شفويا بموعد الجلسة ويطلب الكاتب ضمّ ملف الدّعى المستأنفة في اليوم التالي لليوم الذي يرفع فيه الإستئناف وعلى كتابة المحكمة التي أصدرته أن يرسله خلال ثلاثة أيام من تاريخ طلبه في حين أن ذلك الأجل في الإستئناف العادي هو عشرة أيام¹ وتحكم المحكمة الإستئنافية المستعجلة على من تأخر في طلب ضمّ الملف أو إرساله في المعاد بغرامة لا تقلّ عن جنيه ولا تتجاوز عشرة جنيهات²، غير أن ما يلاحظ في العمل الإداري لكتابة المحاكم الابتدائية الدرجة أن إستجلاب الملفات المستأنفة وتوجيهها يكون بحرص أكبر على السرعة كلما كان النزاع إستئنافية. لما لذلك من أهمية في تعيين موعد الجلسة وبالتالي البت في الإستئناف، غير أن الأحكام المنظمة للإستئناف وردت بإستثناء في خصوص آجال الحضور.

¹ - المادة 234 قانون المرافعات.

² - قضاء الأمور المستعجلة محمد علي راتب مرجع سابق ص. 128.

2- إختصار آجال الحضور استثناء للقاعدة

لقد إختار المشرع التونسي الحفاظ على ذات أجل الحضور لدى الطّور الابتدائي بالنسبة لإستئناف القضايا الإستعجالية بصريح أحكام الفصل 134 م.م.ت.، كما حفظ الفصل 135 من ذات المجلة أجل إستدعاء محامي المستأنف من ثلاثين يوما إلى 8 أيام قبل إنعقاد موعد الجلسة وينصّ على هذا التخفيض بالإستدعاء الموجّه لمحاميّه، ولعلّ هذا التخفيض قد يرجع للأحكام الإستعجالية ما فقدته من خاصيّة سرعة الفصل على نحو ما سلف ذكره والملاحظ إندثار الإستعجال المتأكّد أو ما يعرف بدعاوي من ساعة إلى أخرى المنصوص عليها بأحكام الفصل 206، وذلك على خلاف المشرع الفرنسي الذي خولّ في خلال الفصل 808 و809 فقرة أولى لرئيس محكمة الإستئناف تعيين جلسة الإستئناف بموعد محدّد قد يكون من ساعة إلى أخرى.

ولكنّ التساؤل يظل قائما حول هل أنّ إختصار الآجال يمكن من الحفاظ على صبغة السرعة في البتّ في الدّعاوي الإستعجالية، خاصّة بعد العوائق الإجرائيّة المشار إليها آنفا والتي تكاد تجعل إختصار أجل الحضور فاقدا لكلّ معنى خاصّة إذا حضر نائب المستأنف ضده وطلب التأخير، ففي هذه الحالة استقرّ فقه القضاء على ترك أجل متّسع للجواب، وقد ذهبت محكمة التعقيب إلى حدّ نقض الأحكام التي لم تستجب لطلب التأخير مهما كانت طبيعتها لخرقها لحقوق الدّفاع¹.

ويزداد الأمر تأزّما، إذا كانت الدّولة أو إحدى المؤسسات العمومية طرفا وطلبت التأخير فقد أوجب الفصل 137 م.م.ت. التأخير لمدة تفوق الشهرين. والملاحظ أنّ إنعدام صبغة السرعة في إجراءات إستئناف الأحكام الإستعجالية إنعكست على عمل القضاء حيث أصبح النزاع الإستعجالي الإستئنافي

¹ - ق.ت.م. عدد 548 مؤرخ في 18/03/1976 ن.م.ت.ي.م. 1976 ج... ص. 109.

يتمدّ لمدة قد تصل السنة¹ ولعلّ التعويل في ذلك يكون على إستبعاد الآثار التقليدية للإستئناف وخاصّة إيقاف التنفيذ إن وجد. غير أنّ ما ذكر من شأنه إحداث إشكالات عمليّة حتى في حالة إيقاف التنفيذ. المحدّدة تشريعيّا بأجل أقصى على نحو ما سيأتي بيانه في باب آثار الإستئناف.

II- تميز إستئناف القرارات الإستعجالية على مستوى الآثار

إنّ فتح الباب أمام إمكانية إستئناف الأحكام الإستعجالية وإقرار مبدأ التقاضي على درجتين في خصوصهما وجعله المبدأ وعدم إفراط شروطه الإجرائيّة بأحكام خاصّة ذات بال تجعل من التنظيم الخاصّ لآثاره بشكل يتلائم مع المميّزات الخاصّة بالقضاء الإستعجالي من حيث هو وسيلة وقتيّة تقتضيها حماية الحقوق المتأكّدة مجالا لتجاوز القيود الواردة على مبدأ سرعة الفصل.

ولعلّ صفة عدم المساس بالأصل هي العنصر المحدّد الذي يتأسّس عليه تمييز آثار إستئناف الأحكام الإستعجالية، فإسناد محكمة الدرجة الثانية صلاحية مراقبة الحكم الابتدائي ومراجعته تقتضي الإبقاء مبدئيّا على الأثرين الناقل والتعليقي لرفع الإستئناف غير أنّ الصبغة الخاصّة للأحكام الإستعجالية تقتضي تكيف هذه الآثار بما يتلائم ومقومات الأحكام الإستعجالية (أ) كما أنّ ذات الأحكام جعلت الآثار التقليديّة للبتّ في الإستئناف محلّ خلاف (ب).

¹ - القضية الإستئنافية الإستعجالية عدد 27069 مطلب الإستئناف قديم ص. 2000/04/27 والحكم صدر في 2001/02/12.

أ- أثار رفع الإستئناف :

لا جدال أنّ تخويل محكمة الدرجة الثانية صلاحية تسليط رقابتها الموضوعية والقانونية على الحكم الإستعجالي الابتدائي حسبما يقتضيه سلطة التعديل أو النقض المخول لها بإعتبارها محكمة أعلى درجة، يقتضي إقرار المفعول الإنتقالي للإستئناف بما يعنيه من انتقال الدعوى واقعا وقانونا أمام محكمة الدرجة الثانية (1) غير أن التسليم التشريعي بإعمال قاعدة المفعول الإنتقالي لإستئناف الأحكام الإستعجالية، مع ما يعتريه من حدود إقتضاها الصبغة الإستثنائية للأحكام الإستعجالية سيؤدي بيان تجليتها، قابله إقصاء مبدئي، للأثر الواقف أو المفعول التوقيفي للإستئناف العامل كأثر تقليدي لإستئناف الأحكام العادية وذلك ضمنا لحفاظ الحكم الإستعجالي على موجباته مع سرعة وتأكد (2).

1- إقرار عام للمفعول الإنتقالي

إنّ الإستئناف من حيث هو وسيلة طعن عادية سواء تسلط على حكم إستعجالي أو غيره فإنه يكون هادفا إلى إعادة طرح النزاع أمام محكمة أعلى درجة بغاية تمكينها من بسط رقابتها على كيفية بت محكمة الدرجة الأولى في وقائع الدعوى وأسانيدھا القانونية وهو ما يقتضي مبدئيا نقل الخصومة بجميع جوانبها أمام محكمة الدرجة الثانية للبت فيها وهو ما يعرف بالأثر الناقل للإستئناف والذي كرّسه الفصل 144 م.م.ت الذي أقرّ أن "الإستئناف ينقل الدعوى بحالتها التي كانت عليها قبل صدور الحكم المستأنف" غير أنّ القول بأن محكمة الدرجة الثانية تسلط رقابتها على كيفية تطبيق محكمة الدرجة الأولى للقانون على الوقائع التي كانت موضوع الدعوى الأولى يجعل تحديد مدى المفعول الإنتقالي يمرّ ببعض التقيدات.

- أولها : أنّ موضوع الإستئناف ليس حكم الدرجة الأولى إنما الوقائع التي نظرها قاضي البداية¹
- ثانياها : أنّ محكمة الدرجة الثانية لا تفصل إلا في ما نظره قاضي الدرجة الأولى من طلبات ومعنى ذلك أن محكمة الدرجة الثانية لا يمكنها البت في وقائع أو طلبات لم تنظر فيها محكمة الدرجة الأولى².
- ثالثها : أنّ نظر محكمة الإستئناف مقتصر على ما نقله إليها الإستئناف من طلبات تسلط عليها الطعن إعمالا لقاعدة سيطرة الأطراف على النزاع المدني وتقيد المحكمة الابتدائية كانت أو إستئنافية بما قدم إليها من طلبات وهو ما عناه الفصل 144 م.م.ت عندما حصر المفعول الناقل "في حدود ما تسلط عليه الإستئناف".
- رابعها : أنّ يشمل الإستئناف إلا الأطراف الذين رفعوا الإستئناف أو تسلط عليهم الإستئناف دون غيرهم ممن لم يكونوا أطراف في النزاع الابتدائي أو الذين كانوا فيها ولم يشملهم الإستئناف ما لم يكن الإستئناف غير قابل للتجزئة³.

وتطبق الأحكام المذكورة على إستئناف الأحكام الإستعجالية يؤدي إلى القول بأنّ إستئناف الأحكام الإستعجالية ينقل لمحكمة الدرجة الثانية النزاع الإستعجالي بجميع مقوماته بما يجعلها بدورها مقيدة بقاعدة التأكد وعدم المساس بالأصل عند نظرها في النزاع وأن يخول لها سوى ما هو مخول لمحكمة الدرجة

1 - أصول المرافعات المدنية والتجارية (أحمد الجندوبي وحسين بن سليم، طبعة شركة أوريس الطبعة الأولى تونس 2001، في 381.

2 - ق.ت. عدد 1864 مؤرخ في 1963/03/28 نشرية م.ت. سنة 1963 ص. 20.

3 - أوجب الفصل 154 م.م.ت على محكمة الدرجة الثانية إذا كان الحكم غير قابل لتجزئة إدخال بقية المحكوم عليهم في القضية.

الأولى من وسائل استقراء¹ ومؤدي ذلك أنّ محكمة الدرجة الثانية تكون بدورها مقيدة، بالنظر في حدود ما هو مخول لمحكمة الدرجة الأولى من وسائل وقتية وفي حدود ما هو ظاهر من حقوق دون مساس بالأصل وملزمه برفع يدها عن النزاع إذا تراءى لها مساس بالأصل يقتضي بحث وإستقراء بما يغرقه في الأصل.

ووجه الإستعجال يجب أن يظلّ متوفرا عند نشر الدّعى أمام محكمة الدرجة الثانية فإذا زال وجه الإستعجال بعد رفع الإستئناف تعيّن على محكمة الدرجة الثانية القضاء برفض الطّلب، ولو كان الإستعجال قائما عند إصدار الحكم الابتدائي فتأمين معينات الكراء مثلا على ذمة المسوّغ يزول بموجبه وجه التأكّد الموجب لإختصاص القضاء الإستعجالي ولم تعد بعد صدور الحكم الابتدائي² فعلى محكمة الدرجة الثانية التّخلي عن النزاع وتقضي بنقض الحكم الابتدائي.

كما أنّ أحكام محكمة الدرجة الثانية لا تخرج عن كونها أحكام وقتية لا تمس بأصل الحقوق ولا تكون مصدرا لتغيير المراكز القانونية بل غاية مناطها إتخاذ وسائل وقتية لحماية الحقوق المهددة.

غير أنّ هذه الصّبغة الإستثنائية للمفعول الناقل للإستئناف تطرح عديد التساؤلات.

• أولها : مدى جواز قضاء محكمة الدرجة الثانية بالمصاريف وغرم الضّرر الناجمين عن القيام بالدّعويين الابتدائية والإستئنافية تطبيقا لأحكام الفصل 151 م.م.ت.

¹ - Procédure Civile 25^{ème} éd. 194, (Jean Viven – Serge Guinchoud n° 793-3).
² - معوض عبد التواب الأسطاني قضاء الأمور المتعجلة منشأ المعارف بالإسكندرية الطبعة الثانية ص. 191.

وقد دأب عمل فقه القضاء التونسي على رفض الحكم بالمصاريف بصفة عامّة صلب حكم استعجالي بمقولة أنّ ذلك يخرج عن مجال القضاء الإستعجالي بما هو قضاء مؤقت في أمر متأكّد، وغاية ما أقرته بعض الأحكام المتفرقة هو الحكم بتحمّل من تسلّط عليه الحكم بالمصاريف دون أن يتجاوز ذلك إلى طلب غرم الضرر الناجم عن التّعسف في استعمال حقّ القيام أو حقّ الإستئناف أي الإكتفاء بتطبيق أحكام الفصل 151 م.م.ت دون ما زاد على ذلك.

وعلى خلاف ذلك اعتبر القضاء الفرنسي أنّ من حسن سير القضاء أن يقضي محكمة الإستئناف المنتصبة للنظر في المادّة الإستعجالية بتعويض الضّرر الناجم عن الدّعى، وذلك لتجنب الأطراف وكذلك القاضي أعباء دعوى جديدة في هذا المجال¹.

ومن الأحكام التي تطرح كذلك إشكالا بالنسبة للدّعوي المنظورة إستعجاليا وما ورد به الفصل 149 الذي أوجب على محكمة الدرجة الثانية إذا كان الحكم المستأنف صادرا في شأن دفع شكلي، ورأت محكمة الإستئناف عدم صحّة ذلك الحكم فلها أن تقتصر على نقضه وإرجاع القضية إلى محكمة الدرجة الأولى للنظر في الموضوع، كما لها إن كان الموضوع قابلا للفصل أن تبت فيه.

ومؤدّي ذلك أنّ التّصدي لموضوع الدّعى هو مبدئيّا ممنوع على محكمة الدرجة الثانية إذا كان حكم البداية قضى في مسألة شكلية، كالإحالة أو عدم الإختصاص مثلا. وعليها أن ترجع القضية إلى محكمة الدرجة الأولى لتتولّى النظر في النزاع من حيث الموضوع² ومرد هذا المنع السعي إلى الحفاظ على مبدأ التقاضي على درجتين الذي يجب أن يشمل جميع جوانب الدّعى³:

¹ - P. Dalloz, Fas. 2321; N° 8, P. 18.

² - ق.ت. مدني عدد 4951 مؤرّخ في 18 أفريل 1976، 1967 ق.م.

³ - أحمد الجنوبي وحسين بن سليم، مرجع سابق، ص. 376.

والملاحظ أنه رغم الصياغة المرنة للفصل 149 م.م.ت الذي جعل من التصدي إمكانية مثله مثل النقض مع الإحالة والشرط الوحيد هو، مدى جاهزية الموضوع للبت، أي إذا أمكن الفصل في المنازعة من حيث الأصل دون حاجة إلى أبحاث وأعمال إستقرائية لم تتم في الطور الأول درءا لحرمان المتقاضين من حقهم في مناقشتها على درجتين، باعتبار الإستئناف الدرجة الأخيرة للبت في الجوانب الواقعية للدعوى، فإن الإجماع حاصل في الفقه وفقه القضاء على تحجير تصدي محكمة الدرجة الثانية للموضوع وجعل ذلك من أسباب نقض الحكم.

ويطرح التساؤل حول تطبيق أحكام الفصل 149 م.م.ت بالنسبة لإستئناف الأحكام المستعجلة، ومرد التساؤل ما يؤدي إليه النقض والإحالة من طول النزاع يتعارض وما يتقضيه النزاع الإستعجالي من سرعة وتأكد.

والملاحظ أن موقف القضاء على الأقل من خلال ما هو منشور من قرارات إستعجالية يُسم بتعميم التحجير سواء بالنسبة لأحكام العادية أو الإستعجالية وذلك على خلاف نص الفصل 149 م.م.ت الوارد على نحو من المرونة لا يتماشى والتحجير الصارم للتصدي¹.

ولعل هذه الصرامة القضائية مدعوة للمراجعة في خصوص استئناف الأحكام الإستعجالية، وذلك لعدة أسباب : أولها، تناقض إعمالها مع ما يتقضيه البت في النزاع الإستعجالي من سرعة في البت إقتضاها تأكد المصالح المطلوبة حمايتها، فالنقض وإحالة الدعوى من جديد للنظر فيها من طرف محكمة البداية ودعوتها إلى تجاوز الدفع الشكلي من شأنه إطالة أمد النزاع بما يضر بالمصالح المطلوب حمايتها، فإحالة الملف وتعيين الجلسة وإستدعاء الأطراف يستنفذ وقتا غير هين بين محكمتي الدرجتين وثانيهما أن القضايا الإستعجالية عادة ما تكون

¹ - حسين بن سليم وأحمد الجندوبي، مرجع سابق، ص. 376.

جاهزة للفصل لكونها لا تقتضي أعمال بحث وإستقراء وهو ما اعتمدته فقه القضاء المصري مثلا لإقرار حق محكمة الدرجة الثانية في خصوص التصدي للموضوع إذا كانت الدعوى الإستعجالية محل طعن بركنيها، فمحكمة الدرجة الثانية عند البت في مسألة الإختصاص مدعوة إلى البت في مسألتها التأكد وعدم المساس بالأصل وهما مناط موضوع الدعوى الإستعجالية وذلك رغم المنع الصريح للتصدي في القانون المصري¹، على خلاف القانون التونسي الذي كانت عباراته مرنة لجعل الإحالة مجرد إمكانية للمحكمة إذا كانت القضية جاهزة للفصل وهو ثالث الاعتبارات للقول بوجوبية تصدي محكمة الإستئناف للموضوع، إذا كان النقض لسبب شكلي غير أنه وفي كل الأحوال فإن صبغة الإستعجال تفقد قدرا من حدتها أمام محكمة الإستئناف الإندغام المفعول الموقوف للإستئناف، الذي يعدّ من القواعد الأساسية لإستئناف الأحكام العادية.

2- الإقصاء المبدئي للمفعول الوافق للإستئناف :

إن نهوض الأحكام الإستعجالية على خاصيتي التأكد وعدم المساس بأصل الحقوق يخرجها منطقا وقانونا عن مجال إعمال القواعد التقليدية المنظمة لآثار الاستئناف، وأهمها الإستبعاد المبدئي للمفعول الموقوف الوارد بها الفصل 207 م.م.ت والذي اقتضى أن إستئناف الأحكام الإستعجالية لا يوقف تنفيذها وذلك تماشيا مع مبدأ التنفيذ الحيني للأحكام الإستعجالية الوارد به الفصل 207 م.م.ت الذي اقتضى أن الأحكام الإستعجالية يقع تنفيذها بعد أربعة وعشرين ساعة من تاريخ وقوع الإعلام بها، وذلك ما لم يأذن بخلاف ذلك الحاكم الذي له الحق في منح آجال على وجه الفضل، وذهب المشرع التونسي في ضمان التنفيذ الفوري

¹ - منذ بداية العمل لقانون سنة 1945 أصبح المنع صريحا لمحاكم الدرجة الثانية من التصدي للموضوع إلا إذا كان النقض لسبب ... (قضاء الأمور المستعجلة محمد علي راتب ومحمد نصر الدين كامل ومحمد فاروق... ص. 127 و128).

للأحكام الإستعجالية إلى حدّ إقرار التنفيذ دون ضمان، ما لم يأذن بذلك الحاكم، وأقرّ إمكانية التنفيذ طبقاً لمسودة الحكم قبل تسجيله وقبل الإعلام بإذن الحاكم، والملاحظ أن توقيف التنفيذ لم يكن مخولاً إلا لقاضي الأجل على وجه الفضل مما جعل فقه القضاء يعتبر أنه لا حقّ للرئيس الأول المحكمة الإستئناف في توقيف تنفيذ الأحكام الإستعجالية موضوع الإستئناف¹ إلى أن تدخل المشرع بتتقيح أفريل 1980² وخول للرئيس المحكمة المرفوع أمامها الإستئناف أن يأذن بوقف الحكم المطعون فيه لمدة شهر وذلك بموجب أحكام الفصل 209 م.م.ت، كذلك ذات المبدأ أقرّه الفصل 86 من القانون عدد 38 لسنة 1996 المتعلق بالنزاعات الإدارية، ولعلّ الصبغة الإستثنائية لإيقاف التنفيذ في المادة الإستعجالية المخول لرئيس المحكمة الإستئنافية فرضت تقييده بشروط أصلية وأخرى إجرائية، أوردها الفصل 209 البعض منها صراحة، وإقتضى البعض الآخر التحليل المنطقي للنصوص المنظمة للمادة.

إنّ قراءة أحكام الفصل 209 تؤدّي إلى القول بضرورة قيام شرط أولي، وهو أن يكون الحكم المطلوب إيقاف تنفيذه موضوع إستئناف منشوراً أي أن يكون قد وقع تقديم مطلب الإستئناف وأن لا يكون قد تمّ البتّ في ذلك الطلب سلبياً أو إيجابياً.

ويطرح التساؤل في هذه الحال حول مدى إمكانية تسليط رئيس المحكمة الإستئنافية بمناسبة نظره في طلب إيقاف التنفيذ لرقابة ولو ظاهرية على صحة الإستئناف شكلاً، من حيث الإجراءات والآجال، ذلك أنه من المستبعد منطقاً أن يقع إيقاف تنفيذ حكم إستعجالي وقع أستئنافه والحال أنّ الإجراءات الإستئناف واضحة

¹ - ف.ت. مدني، عدد 10743 مؤرخ في 10 أكتوبر 1974، ن.م.ت.، قسم مدني، 1975، ص. 150.

² - القانون عدد 13 لسنة 1980 المؤرخ في 03 أفريل 1980.

البطلان، كوقوعها بعد الآجال مثلاً قياساً على الأحكام الفصل 285 م.م.ت، وذلك تفادياً لأن يكون الإستئناف الصوري أو الغير القانوني مصدر لإيقاف التنفيذ. وإشترط وجود إستئناف أصلي منضوّر يعود إلى الصبغة التبعية الوقتية لإيقاف التنفيذ فهي وسيلة تبعية للإستئناف الأصلي ومرتبطة بقيامه والبتّ فيه¹.

وثاني هذه الشروط الأصلية المستمدة ضمناً من أحكام الفصل 209 أن لا يكون الحكم المطلوب إيقاف تنفيذه قد وقع تنفيذه فعلاً، وذلك حتى لا يكون الطلب غير ذي موضوع، وهذا الشرط يستوجب توضيحين أولهما أنّ المقصود بعدم التنفيذ الكليّ للحكم ذلك أن التنفيذ الجزئيّ يجعل المطلب قائماً بالنسبة لباقي فروع الحكم الذي لم يقع تنفيذه، أما التحديد الثاني، فالتنفيذ المانع للنظر في مطلب إيقاف التنفيذ هو التنفيذ السابق لتقديم المطلب، أمّا التنفيذ اللاحق له فلا يمنع صدور الحكم بإيقاف التنفيذ الذي يمكن أن يكون سنداً لإلغاء أعمال التنفيذ، وذلك لمنع أصحاب المصالح من غل يد المحاكم عن نظر الطلب بالمبادرة بإتمام التنفيذ قبل الفصل في المطلب أي مباشرة عند إستدعائه لجلسة النظر في طلب إيقاف التنفيذ².

وعلى خلاف المشرع التونسي أقرّ المشرع المصري صراحة أن يكون من شأنها التنفيذ إحداث ضرر جسيم كذلك المشرع الفرنسي³.

وهو ما يثير التساؤل حول إمكانية القياس على أحكام الفصل 194 م.م.ت. المتعلق بإيقاف تنفيذ القرارات الإستئنافية من طرف الرئيس الأول لمحكمة التعقيب الذي اشترط أن يكون من شأن التنفيذ أن يجعل إرجاع الحال إلى ما كانت عليه قبل التنفيذ و غير ممكنة وتقديم ضمان ما يلي.

¹ - أصول المرافعات المدنية والتجارية، أحمد الجندوبي وحسن بن سالم، ص. 431.

² - القضاء المتعجل وقضاء التنفيذ، عزّ الدين الدناصوري وحامد هكاز.... نادي القضاء، ص. 659.

³ - أمر عدد 81-500 مؤرخ في 12 ماي 1981 أقرّ إمكانية توظيف الأحكام الإستعجالية بشرط أن يكون هناك إمكانية لحصول نتائج وخيمة سبب التنفيذ وبالشروط الواردة بالفصول 522 إلى 517 من مجلة المرافعات المدنية.

يبدو أن الصبغة الاستثنائية لوقف تنفيذ الأحكام الإستعجالية ترجح القول بالإشتراط الضمني لشرط الضرر الجسيم الناجم عن التنفيذ، وذلك في إطار ما للمحكمة من سلطة تقديرية لوقف التنفيذ رغم التسليم بعدم إمكانية القياس في المادة الإجرائية ولعلّ مرد سكوت المشرع صلب الفصل 209 عن الشروط الواردة بالفصل 194 م.م.ت هو عدم احتمال وجود أحكام بالأداء في القضايا المفصولة إستعجالياً ومن هنا كان عدم إشتراط الضمان والتسليم بعدم مساس الأحكام الإستعجالية بأصل الوضعيات القانونية وكان بذلك السكوت على شرط تعذر إرجاع الحال إلى ما كانت عليه قبل التنفيذ، وهو ما سيقع الإطالة في دراسته في باب أثر البت في الإستئناف.

والملاحظ أنّه رغم الصيغة العامة لأحكام الفصل 209 م.م.ت من حيث الأحكام الممكن القضاء بإيقاف تنفيذها فإن الاختلاف بقي قائماً حول مدى شمول بعض الأصناف من الأحكام الإستعجالية، ذلك أنّ جانب من الدارسين اعتبر أنّ أحكام الفصل 209 م.م.ت لا تنطبق إلا إذا كان القرار الإستعجالي مؤسس على تطبيق أحكام الفصل 201 م.م.ت دون غيرها في حالات القضاء الإستعجالي التي تضمنتها نصوص خاصة أو صلب مجلة المرافعات المدنية والتجارية وثار النقاش حول مدى شمول الأحكام الصادرة في مادة الأشكال التنفيذي تطبيقاً لأحكام الفصل 210، ويرى الاتجاه الغالب أنّ هذه الأحكام لا تدخل في ميدان إنطباق أحكام الفصل 209 م.م.ت، وذلك بإعتماد معيار نصي وهو ورود الأحكام المنظمة لها بعد الفصل 209، وهو ما يرجح خروجه عن مجال إنطباقه وثانيها منطقي وهو أنّ الحكم القاضي بإيقاف التنفيذ بناء على وجود إشكال تنفيذي، هو حكم سلبي ويقوم على درء خطر وتنفيذه مبدئياً ليس من شأنه أن يمثل خطراً لا يمكن تداركه، ولا يقوم البت فيه على إعمال أحكام الفصل 201 م.م.ت وهو ما يرجح هذا الرأي.

أمّا عن الشروط الإجرائية فقد أوجب الفصل 209 م.م.ت وجوب إحترام شرط المواجهة، وذلك بسماع الأطراف وجرى العمل أن يقدم المطلب طبق الإجراءات المقررة للدعاوي شديدة التأكيد أو ما يعرف بالإستعجالي من ساعة إلى أخرى عملاً بأحكام الفصل 206 م.م.ت بتقديم طلب لرئيس المحكمة التي تنظر في الإستئناف والذي يعين موعداً لإستدعاء الأطراف، ويقع إصدار القرار والإذن بتنفيذه على المسوّدة، طبقاً لأحكام الفصل 207 في فقرته الأخيرة¹، والملاحظ أنّ ما أوجبه الفصل 209 م.م.ت مع عدم جواز الإذن بإيقاف التنفيذ إلا بعد سماح الحضور، ليس ضرورة سماع الأطراف، شخصياً، أو من ينوبهم وإلا فإنه لا يمكن الإستجابة للطلب، وإنما المقصود هو تطبيق أحكام الفصل 205 م.م.ت بحيث يجب أن يحضر الطالب أو نائبه لسماعه وإلا طرح المطلب، ولا وجوب لحضور المطلوب في صورة بلوغ الإستدعاء إليه طبق القانون وبالطريقة التي أذن بها الرئيس مع الملاحظ أنّ الإدلاء بعلامة البلوغ غير مطلوب طبقاً لأحكام الفصل 8 م.م.ت.

أمّا الشرط الثاني فهو عدم إمكانية إيقاف التنفيذ لمدة تتجاوز الشهر بصريح أحكام الفصل 209 م.م.ت وهو شرط يهدف إلى الملائمة بين الحفاظ على حقوق الأطراف المهتدة بالتنفيذ والصبغة الاستثنائية لإمكانية إيقاف تنفيذ القرارات الإستعجالية ومن شأنه إبقاء الإمكانية استثناء من حيث القضاء به ومن حيث المدة الممكنة لإيقاف التنفيذ.

غير أنّه من الناحية العملية كان هذا التقييد الزمني مصدراً لخلاف في عمل القضاء مرده عدم كفاية مدة الشهر المحدد بالفصل 209 م.م.ت للبت في

¹ - المقصود بالتنفيذ على المسوّدة حسبما جرى عليه عمل القضاء التونسي أن يقع وضع أسماء الأطراف على محضر الجلسة المتضمن للحكم وينص عليه الكاتب بالصبغة التنفيذية ويسلم منه نسخة للطالب لإجراء تنفيذه طبق القانون.

الإستئناف من طرف محكمة الأصل، وذلك لإنعدام خصائص الإستعجال على النحو السالف بيانه.

وقد تفرّق عمل القضاء على مذاهب أربعة :

- أولها : يعتبر أنّ الصبغة الإستثنائية لهذا الحقّ تجعل أجل شهر من أحكام القواعد الأمرة التي لا يجوز مخالفتها، وبالتالي فإن صدور قرار إيقاف التنفيذ ينقل الإلتزام إلى محكمة الأصل بالبتّ في الإستئناف في أجل الشهر المذكور¹.
- أمّا الإتجاه الثاني : فيعتبر أن أجل الشهر المنصوص عليه بالفصل 209 م.م.ت غير ملزم لرئيس المحكمة التي تنتظر في الإستئناف، وإنّما له سلطة تقدير المدة اللازمة وطالما أن إيقاف التنفيذ هو طلب عرضي مواز للإستئناف، فإنه جاز الإذن بإيقاف التنفيذ إلى حين البتّ في الإستئناف²، غير أنّ هذا التأويل من شأنه التعارض مع الصبغة الإستثنائية التي تحكم الفصل 209 م.م.ت وإفراغه من محتواه، وهو ما حدى بإتجاه ثالث يرى أنه يقضي بإيقاف التنفيذ لمدة شهر مبدئياً، وفي صورة عدم البتّ في الإستئناف في ذلك المجال يتواصل الإيقاف إلى حين البتّ فيه³.
- وبين هذا الإتجاه وذلك ورد رأي رابع : يرى أنّه ولئن كان إيقاف التنفيذ لا يكون إلّا للمدة التي حدّدها الفصل 209 وهو شهر واحد، فإنه لا مانع قانوناً من إصدار قرار بالتمديد في المدة المذكورة لمدة مماثلة وبنفس

¹ - قرار تعقيبي عدد 34432 مؤرخ في 01 فيفري 1995، 1995 قسم مدني ص. 164.

² - هذا الإتجاه اعتمده في بعض قرارات إيقاف التنفيذ الصادرة عن السيد الحبيب بن الشيخ وكيل رئيس المحكمة الابتدائية بين عروس عند النظر فيها نيابة عن رئيس المحكمة.

³ - قرار عدد 164 صادر عن الرئيس الأول لمحكمة الإستئناف ببنزرت بتاريخ 24 ماي 2004.

الإجراءات المنصوص عليها بالفصل 209 المذكور أي بعد سماع الأطراف طبق القانون¹ ولعلّ هذا الإتجاه الأخير هو الأقرب إلى التوفيق بين الصبغة الإستثنائية لأحكام الفصل 209 م.م.ت وحماية حقوق الأطراف التي من شأنها عدم فصل الإستئناف في أجل الشهر الإضرار بها.

والملاحظ أنّ تنقيح سنة 1980 لمجلة المرافعات المدنية والتجارية ومع إقراره لإمكانية إيقاف التنفيذ الوارد بها الفصل 209 م.م.ت أبقى على إمكانية إسناد أجل على وجه الفضل عن طريق القضاء المختصّ طبقاً لما يخوّله الفصل 207 م.م.ت وهو ما رأى فيه بعض الدارسين قيّداً على نجاعة الأحكام الإستعجالية غير أنها إمكانية لا يمكن منطقاً تصور إنطباقها إلا في صورة عدم وجود إستئناف منشور أو بعد البتّ في الإستئناف.

ب- تميز آثار البتّ في الإستئناف

إن كلّ ما سبق ذكره من مقومات الإستئناف في المادة الإستعجالية والحدود الواردة على آثاره التقليدية ثلاثاً مع الصبغة الخاصة لهذا الصنف من الأحكام وخاصة الحفاظ على عدم مساس الأحكام الإستعجالية إبتدائية كانت أو إستئنافية بأصل الحقوق واستبعاد المفعول الواقف، جعلت آثار البتّ في استئناف الأحكام الإستعجالية تكون ضرورة على غاية من التميّز عن الآثار المألوفة للبتّ في الإستئناف العادي، فإعمال قاعدة عدم إيقاف إستئناف الأحكام الإستعجالية لتنفيذها، يوجب على محكمة الإستئناف في صورة رأت نقض الحكم الإبتدائي، القضاء

¹ - هذا الإتجاه اعتمدته الرئيسة الأولى بمحكمة الإستئناف ببنزرت السيدة رفيعة بن عز الدين وعبرت عنه صراحة بمناسبة ملتقى حول القضاء الإستعجالي بالمعهد الأعلى للقضاء.

بإرجاع الحال إلى ما كانت عليه قبل التنفيذ (1) وسواء كان القرار بالنقض أو بالإقرار فإنّ إتصال القضاء بموضوعه يبقى مستبعدا من حيث المبدأ (2).

1- إرجاع الحال إلى ما كانت عليه في صورة الحكم بالنقض :

إذا لم تتحقق إحدى حالات تعطيل التنفيذ الوارد بها الفصول 207 في فقرته الثانية و209 م.م.ت، فإنّ الحكم الاستعجالي الابتدائي وما لم يشأ المحكوم لفائدته خلاف ذلك يكون قد نفذ بين تاريخ الإعلام به وتاريخ البت في الاستئناف، وفي هذه الحالة فإن الأمر لا يخرج عن حالتين، إمّا أن تقرر محكمة الاستئناف المصادقة على ما صدر به الحكم الابتدائي وما لحقه من أعمال تنفيذ، وإمّا أن تقرر نقض الحكم الابتدائي كلياً أو جزئياً وفي هذه الحالة يكون الأطراف أمام وضعيتين متناقضتين وضعيّة حكم قضى بإحداث أثر قانوني معيّن تمّ تنفيذه، وبين وضعيّة حكم إستئنافي قضى بنقض الأساس القانوني الذي تمّ على أساسه التنفيذ.

ولتجاوز هذه المفارقة، أقرّ الفصل 150 م.م.ت وجوب إذن محكمة الاستئناف إذا رأت نقض الحكم الابتدائي وتعديله بترجيح ما قبض بموجب تنفيذ الحكم الاستعجالي الابتدائي أو إرجاع الحال إلى سالف وضعها وذلك في حدود ما تسلط عليه النقض، وذهب إلى حدّ تخويل المحكمة تدارك ما وقع من سهو عن الترجيح أو الإعادة من تلقاء نفسها أي بدون طلب.

ولئن كان المشرّع بإقراره هذا الإجراء قد حسم نزاعاً دائراً حول مدى إختصاص قضاء الأصل أو القضاء الاستعجالي لإرجاع الحال، وأعفى المتقاضين من تقاضي مواز لتلافي آثار الحكم الابتدائي، فإنه أثار عديد التساؤلات من حيث صور. وكذلك من حيث آثاره.

1- صور الحكم بالإرجاع

إنّ قراءة الفصل 150 م.م.ت تؤدي إلى القول بأنّ المبدأ في الترجيع تقتضي أن يكون ضمن نص الحكم الإستئنافي الأصلي (♦) غير أنّه تجاوز إلى حد تحويل المحكمة في حالة السهو عن الإذن بالإرجاع أن تتدارك ذلك السهو (♦).

♦ فالصورة المبدئية للحكم بالترجيح تقتضي أن يقع الحكم بعد القضاء في الأصل وفي المصاريف في ذات محضر الجلسة المتضمن الحكم وفي نهاية نصّ الحكم بالإذن بالترجيح ما وقع تسليمه تنفيذاً للحكم الاستعجالي أو بإرجاع الحال إلى ما كانت عليه قبل التنفيذ، وفي هذه الحالة يقع التصريح بذلك مع الحكم ويقع التسبب له في لائحة الحكم، ويمتد الإعلام به مع الحكم وتنفيذه كذلك. وبهذا الإجراء يكون المشرّع التونسي قد حسم نزاعاً حول مدى الحاجة إلى إستصدار حكم بالترجيح من عدمها طالما أن نقض الحكم الابتدائي الواقع تنفيذه يعني ضمناً إرجاع الحال بالضرورة ودون حاجة إلى إستصدار حكم، وفي صورة القول بضرورة إستصدار حكم مستقلّ في ذلك فهل أنّ القضاء الاستعجالي يكون مختصاً أعمالا لقاعدة توازي الصيغ أم أنّ محكمة الأصل هي المختصة طالما أنّ الأمر قد يؤدي إلى المساس بحقوق الغير المكتسبة بموجب التنفيذ أو بعده.

وتأكيداً منه على ضرورة صدور الإذن القضائي بالترجيح أقرّ الفصل 150 م.م.ت لمحكمة الاستئناف حق تدارك ما شاب حكمها من سهو عن الإذن بالترجيح، وذلك سواء بطلب الأطراف أو من تلقاء نفسها، وفي هذه الحالة جاز التمييز بين حالتين الأولى لا يكون قد تمّ التصريح بالحكم بعد، فإنّ التدارك يبقى قائماً بإضافة الإذن إلى نصّ الحكم الأصلي وإضافة التسبب إلى لائحتها، أعمال لقاعدة الفصل 121 م.م.ت..

أما إذا وقع التصريح بالحكم فإن تدارك السهو يكون في قرار مستقل مغل يلحق بالحكم الأصلي، غير أن التساؤل في هذه الحالة الأخيرة حول الطبيعة القانونية لهذا القرار فهو ليس من قبيل قرارات الإصلاح على معنى أحكام الفصل 256 م.م.ت.¹

لأنه ليس من قبيل الخطأ المادي أو في الحساب، كما أنه ليس من قبيل شرح الأحكام، طبق أحكام الفصل 124، لأن شرح الأحكام يكون دون زيادة ونقصان من منطوقها، والغاية من تحديد الطبيعة القانونية أو تحديد النظام القانوني للقرار اللاحق بتدارك السهو هو هل يقبل الطعن بالتعقيب بصفة مستقلة. خاصة وإن من شأنه المساس بحقوق الغير، ويشهد التساؤل خاصة إذا صدر التدارك بعد إتمام إجراءات التعقيب أو فوات أجله.

ولعل الرأي هو اعتبار القرار التفسيري جزء من الحكم يرتبط وثيقا به ولا يقع مبدئيا الطعن فيه إلا معه، ويلقى نفس مصير الحكم سواء بالنقض أو بالإقرار. غير أنه يمكن القول بالسماح بإمكانية الطعن في القرار اللاحق بصفة مستقلة إذا بني على مخالفة واضحة للقانون أو تجاوزت المحكمة صلاحياتها، تطبيقا لأحكام الفصل 175 في فقرته الأولى.

2- آثار القضاء بالترجيح :

إذا قضت محكمة الاستئناف بإلغاء آثار التنفيذ وإرجاع الحال إلى ما كنت عليه قبل التنفيذ سواء صلب حكمها الأصلي أو بمقتضى قرار لاحق فإن الأمر لا يخلو من آثار على غاية من الأهمية.

¹ - ق. ت. م. عدد 3565 مؤرخ في 25 مارس 1965، 1965 ق. م.

أولها، رفع ولاء قضاء البداية بصنفه الموضوعي والإستعجالي عن النظر في الترجيع، ذلك أن الإجماع يكاد يكون قائما على أحكام الفصل 150 م.م.ت، لما أسندت الاختصاص بالإذن بالترجيح لمحكمة الاستئناف تكون قد رفعت يد غيرها من المحاكم عن النظر في الموضوع. فقد اعتبرت محكمة التعقيب¹ أنه ليس من حق المكتري الأول القيام بقضية إستعجالية لإخراج المكتري الثاني بموجب نقض القرار الإستعجالي الواقع على أساسه إخراج.

غير أن هذا الموقف ليس سالما من النقاش لكون إجراءات الفصل 150 م.م.ت وردت تسهila على الأطراف وعلى القضاء وأحكامها لم تدخل تعديلا على القواعد الإعتيادية للإختصاص، ولا تثريب على قضاء الأصل والقضاء الإستعجالي إذا قضى بالترجيح² كما أن الأمر كذلك إذا رفض القضاء بالترجيح.

وثاني هذه الآثار، هو مآل حقوق الغير التي إكتسبها بموجب تنفيذ الحكم الإستعجالي أو بعده، والمثال التقليدي لذلك هو حالة حكم البداية بالخروج من المكري لعدم الخلاص وتنفيذ ذلك الحكم بالخروج وتسويغه للغير، وقد تعددت الآراء في هذه الحالة وتعددت الأحكام ويزداد الأمر تعقيدا إذا تعلّق بكراء تجاري ووقع إعادة الكراء للغير لنفس الغرض وإكتسب حقا تجاريا بالمكري.

وقد اعتبر رأيا أولا أنه يمكن الرجوع إلى المحلّ من طرف المسوّغ الأول باعتبار أن الكراء الثاني باطل لعدم صدور حكم بإبطال الكراء الأول أو فسخه وأن المكتري الثاني هو خلف للمالك لا ينقل إليه إلا ماله من حقوق³.

¹ - ق. عدد 9184 مؤرخ في 17/04/1973، 1973، ج. 2 ص. 49.

² - ق. ت. عدد 9354 مؤرخ في 04/04/1974 ن. م. ت. لعام 1974، ج. 1 ص. 60.

³ - عز الدين الديناصور، القضاء المستعجل وقضاء التنفيذ من ضوء الفقه والقضاء المطبوعة القانونية نادي القضاء القاهرة، ص. 665.

أما الرأي الثاني فيعتبر أنّ إكتساب الغير حقا على لمكرى، يمنع المكثري الأول الذي حكم بإخراجه من المطالبة بتمكينه من مكتراه ولا يجوز إخراجه منه تطبيقا لأحكام الفصل 555 م.ع. وليس له إلا طلب الغرم¹.

ولعلّ الحلّ يكون أولاً باستبعاد الأكرية التجارية من ميدان إنطباق دعاوي الخروج لعدم الخلاص لأفرادها تشريعياً بأحكام خاصة² وذلك لحصر الضرر الناجم عن إبطال أحد الكرائين في أدناه ثمّ بالتمييز بين المكثري الثاني حسن النية والمكثري سيئ النية وإعتبار أن المبدأ هو عدم جواز إخراج المكثري الثاني وإعتبار هذا الكراء من بين أسباب تعذر إرجاع الحال إلى ما كانت عليه تطبيقاً لقواعد الفصل 555 وما بعده م.إ.ع والإستثناء إذا تحقق شرط سوء النية في المكثري الثاني، مع إبقاء حقّ المكثري الأول في الفرضية الأولى في المطالبة بغرم الضرر طبقاً لأحكام الفصل 273 و107 م.إ.ع.

وقد ثار النقاش في الفقه، حتّى في صورة عدم تعذر إرجاع الحال إلى ما كانت عليه، وتحقيق الإرجاع، عن إمكانية المطالبة بالضرر الناجم عن التنفيذ الوقتي، وقد ذهب رأي أول إلى القول بالتميّز بين طالب التنفيذ سيئ النية والذي يكون ملزماً بالغرم وطالب التنفيذ حسن النية والذي لا يجوز مطالبته بالغرم، واعتبر القسم الغالب أن التنفيذ دائماً يكون تحت مسؤولية الطالب، وهو غير ملزم بإجرائه وعند إجرائه فهو يباشر مجرد رخصة إن شاء أعمالها على مسؤولية وإن شاء تركها حتّى يقع البتّ نهائياً في الموضوع³. والقول بالبتّ النهائي في النازلة

¹ - عز الدين الديناصورى، القضاء المستعجل وقضاء التنفيذ من ضوء الفقه والقضاء الطبعة القانونية نادي القضاء القاهرة، ص. 665.

² - الفصل 23 من قانون الأكرية التجارية.

³ - محمد علي راتب : قضاء الأمور المستعجلة، ص. 148.

يطرح مسألة أثر مستبعد من آثار الإستئناف في المادّة الإستعجالية وهو إتصال القضاء في الموضوع.

2- إستبعاد إتصال القضاء في الموضوع المنظور إستعجالياً :

إنّ الإستئناف بإعتباره آخر درجة من درجات قضاء الواقع، من شأنه أن يحسم النزاع في الأصل من الناحية الموضوعية وهو ما يجعل إتصال القضاء في الواقع موضوع النزاع يكون أثراً مبدئياً من آثار البتّ في الإستئناف وإتصال القضاء، أو حيازة الحكم الصّادر على الأمر المقضى، وذلك درأ لتأبيد النزاعات في نفس الموضوع¹ غير أن إضفاء هذه الخاصية على الأحكام الصّادرة في الأصل يجد أساسه في أنّ الحكم بتّ في الوقائع وإنطباق القانون من حيث الشّكل والموضوع، وفصل أصل الحقّ سلبيّاً أو إيجاباً، وهو ما لا يتوفّر في الأحكام المنظورة إستعجالياً، بإعتبارها تقوم على البتّ في المصالح المتأكّدة على أساس ما هو ظاهر من حقوق دون أن يكون أن له تأثير على أصلها وجوداً أو عدماً، وهو ما يرجح القول بإستبعاد مبدأ إتصال القضاء في المادّة الإستعجالية بمفهومه التقليدي، غير أن بتّ المحكمة في الوقائع بصفة مستعجلة والقول بعدم حوز حكمها لحجية الأمر المقضي ليس من شأنه فتح الباب أمام نشر ذات الدّعاوي وبين ذات الأطراف كلّما عن ذلك، ويجوز على ذلك القول بوجود إتصال نسبي للقضاء في الأحكام الصّادرة إستعجالياً أو تأسيس مفهوم خاص لإتصال القضاء في هذه المادّة.

♦ الإستبعاد المبدئي لإتصال القضاء بمفهومه التقليدي :

تستمد الأحكام القضائية الصّادرة في الأصل حجة فيما قضت به تأسيساً على قرينه قاطعة مؤداها أن الحكم الصّادر الذي إستوفى طرق الطعن فيه قد

¹ - أحمد الجنوبي وحسين سليمة مرجع سالف، ص. 339.

صدر صحيحا من ناحية الشكل، وعلى حق من ناحية الموضوع بما صيره حجة في ما قضى به¹ ومؤدى هذه القرينة أثرين :

أولهما : تخويل من صدر الحكم لصالحه حق التمسك بمنع إعادة المحكمة التي أصدرت الحكم أو محكمة مختصة أخرى النّظر في الدّعى ثانية إذا توفّرت شروطها وهي تعلق الدّعى بذات الموضوع وإنعقادها بين ذات الخصوم وبنفيس المراكز القانونية أمّا الأثر الثاني : فهو حجية الحكم فيما قضى به على أي محكمة منتسبة للنّظر في دعوى أخرى تعلّقت من قريب أو من بعيد بالموضوع أو بأحد أجزاء الحكم المفصول فيه.

غير أنه وتأسيسا على ما ذكر أعلاه، وتسليما بأن الحكم الصادر في المادة الإستعجالية من طرف محكمة الإستئناف وإعتمادا على الأثر النّازل للدّعى على النحو السابق شرحه لا يبتّ في أصل الحقوق سلبا أو إيجابا، ولا يقوم على إجراء أبحاث وما إليها من وسائل الإستقراء وثبوت الحقوق من عدمها، والأحكام الصّادرة إستعجاليا هي وسائل وقتية ويقتصر أثرها على إتخاذ الوسائل الحافظة للحقوق بناء على ما يعرض من الحجج السالمة في الظاهر من الطعن لأن ذلك لا يمس من أصل الحقّ فإنه لا مجال مبدئيا للقول بحوز هذه الأحكام. الأمر المقضي على النحو السالف بيانها، وهو ما يؤدى إلى القول أنّ البتّ بصفة نهائية في دعوى إستعجالية، لا يمنع المحكمة المختصة من النّظر في ذات الموضوع إذا ظهر ما يوجب ذلك ويمكن للقاضي الإستعجالي إعادة النّظر في النازلة دون توقف على ما صدر من أحكام من شأنها، ولا يكون محكوما في نظره سوى بتوفر شروط الفصل 201 م.م.ت.

¹ - أحمد أبو الوفاء، المرافعات المدنية والتجارية"، ص. 780.

كما أن الأحكام الصّادرة في المادة الإستعجالية ولو من طرف محكمة الإستئناف، لا تكون حجة على المحاكم التي تنظر في دعوى لها صلة بالموضوع المنظور إستعجاليا، فقضاء رئيس المحكمة ابتدائيا بإيقاف التنفيذ لوجود نزاع إستحقاق حول المعقول لا يقوم حجة على محكمة الموضوع حول جدية هذا النزاع¹ كما أن رفض محكمة الإستئناف للطّلب بعد نقض الحكم الابتدائي لعدم توفير شروط الفصل 201 في الموضوع لا يمنع الحاكم الإستعجالي الابتدائي من إعادة النّظر في الموضوع، و له صلاحية التأكّد من مدى توفّر هذه الشروط من جديد.

وعلى خلاف المشرع التونسي الذي لم يكن صريحا في إستبعاد إتصال القضاء في آثار الإستئناف الإستعجالي، فإنّ المشرّع الفرنسي صرّح بذلك صلب أحكام الفصل 488 من مجلّة المرافعات المدنية والتجارية الجديدة.

وقد أدّى السّكوت التّشريعي في القانون التونسي إلى فسخ المجال لإختلاف في عمل القضاء حول الموضوع، وهو ما عبّرت عنه محكمة التّعقيب صراحة صلب القرار عدد 17021 المؤرّخ في 18/04/1989، لما صرّحت أنه و"لئن كان إتصال القضاء بالأحكام الإستعجالية موضوع جدل، وخلاف فإن ما يصدر عن المجالس القضائية التونسية يعد حجة رسمية ولو قبل إكسابه صبغة التنفيذ"².

وقد أثر إتجاه أول، الإتجاه الذي إعتمده القانون الفرنسي واعتبر أنّ "الأحكام الإستعجالية لها صبغة وقتية لحفظ الحقوق بدون أن تمسّ الأصل وبناء على ذلك، فإنّ الأذن الإستعجالية لا تحوز على قوّة القضاء فيما كان قرّره، إلا إذا حصل تعميم في الأسباب وفي مركز الخصوم، من الوجهة القانونية"³.

¹ - ق.ت. عدد 1999 مؤرخ في 18/10/1979 ن.م.ت لعام 1979، ج.2، ص. 65، محكمة الأصل غير مقيدة بالقضاء الإستعجالي ولو تنازل نفس الموضوع".

² - القضاء والتّشريع عدد 7 لعام 1991، ص. 90.

³ - ق.ت. مدني عدد 5950 مؤرخ في 29/07/1968 ن.م.ت. لعام 1968، ص. 80.

ولكن أعتبر اتجاه ثان أن قضاء الحاكم المستعجل يتّصف باتصال القضاء تلقاء الحاكم الذي أصدره ما لم تتغيّر الظروف وأن الحكم الإستعجالي بتنفيذه يجوزاً على إتصال القضاء¹.

وذهب هذا الإتجاه إلى حدّ الإعتراف للقضاء الإستعجالي بحجية على محكمة الأصل، واعتبرت أنّ صدور قرار استعجالي استثنائي بالخروج لعدم الخلاص ونفذ هذا القرار وبقي سبب عدم الخلاص قائماً، فليس لمحكمة الأصل أن تقضي بخلاف ما قضى به القرار الإستعجالي إذا أكدت أسباب القيام²، غير أنه من خلال ما ذكر يبقى القول بأن الإقصاء المبدئي لإتصال القضاء بالأحكام الإستعجالية بما فيها الإستثنائية منها لا يحول دون إقرار مفهوم خاص لإتصال القضاء في المادة الإستعجالية.

♦ إقرار مفهوم خاص لاتصال القضاء بالأحكام الإستثنائية الإستعجالية :

أن الحكم الإستعجالي سواء كان ابتدائي الدرجة أو نهائياً ولئن لم يتجاوز كونه وسيلة وقتية لحماية الحقوق المتأكّدة دون المساس بأصلها، فإنها تبقى أحكام صادرة عن هيئة مشكلة تشكيلاً صحيحاً. في خصومة رفعت إليها وفق قواعد المرافعات، بمعنى أنّ المحكمة قد بنت في الموضوع المرفوع أمامها، بمستنداته الواقعية والقانونية بما يجعل أنه من باب أعمال قواعد المنطق القانوني الإعتراف له بحدّ أدنى من الحجية في خصوص ما قضى به وبين أطراف الخصومة على الأقل في الشقّ الأول من آثار الحجية وهو عدم إمكانية إعادة النظر في ذات الموضوع وبنفس الأسانيد وبين ذات الأطراف، ومن طرف المحكمة التي أصدرته

¹ - ق.ت. عدد 9184 مؤرخ في 17/04/1973 ن.م.ن لعام 1973، ج.2، ص. 49، كذلك ق.ت. عدد 247، مؤرخ في 15/07/1976 ق.م.ت، لعام 1976، ج.3، ص. 19.

² - قرار تعقيبي عدد 255 مؤرخ في 09/06/1977 م.ق.ت، عدد 4 لسنة 1978، ص. 64.

أو محكمة متّحدة الدرجة معها ما لم يحدث ما يبرّر ذلك من حيث الوقائع أو الأسانيد القانونية، وهو ما صرّح به الفصل 488 من مجلّة المرافعات المدنية الجديدة الفرنسية، كما إعتبر أنه ليس بالإمكان تحويل الحكم الإستعجالي أو طرحه من جديد على الإستعجال، إلا في حالة حدوث مستجدّات لها تأثير¹.

وهو ما يمكن اعتباره مفهوماً خاصاً لإتصال القضاء في المادة الإستعجالية، يعتمد، الإستبعاد المبدئي للمفهوم التقليدي لإتصال القضاء، وذلك بمفهومه السابق بيانه القائم على أثرين أولهما، عدم إمكانية نظر المحكمة التي أصدرت الحكم أو محكمة موازية لها في نفس الموضوع بين نفس الأطراف وثانيهما عدم إمكانية تجاوز ما قضى به من طرف المحاكم الأخرى التي تنظر في موضوع له علاقة به. وإقرار تعديل أو تخفيف في الآثار المذكورة، بحيث تكون إمكانية إعادة نظر المحكمة التي أصدرت القرار الإستعجالي بصفة مستعجلة في ذات الموضوع إذا حصلت مستجدّات لها تأثير على الموقف السابق كأن تصبح المسألة المتخذة غير ذات جدوى، أو حصل ما من شأنه تعديل الحكم وفي غير تلك الصّور فلا مجال لتعديل الحكم أو إعادة النظر في الموضوع بصفة مستعجلة، كما أن الحكم الإستعجالي لا يكون حجة على محكمة الموضوع أو المحكمة الإستعجالية إلا فيما عاينه الحاكم من وقائع وما بتّ فيه بحيث يكون الحكم حجة رسمية فيما ضمنه القاضي الذي أصدره على أنه وقع بمحضره على معنى أحكام الفصل 443 م.أ.ج وهو ما ذهبت فيه محكمة التعقيب صلب قرارها عدد 17021 الصّادر بتاريخ 10/04/1989 السابق الإشارة إليه.

غير أنّ التساؤل يقوم إذ بنت محكمة الإستئناف في الموضوع برضاء الأطراف في ذلك إذا أثار الأطراف دفوعات أصلية وتبادلاً في خصوصها ما لهم

¹ - 488 n.c.p.c.f. « l'ordonnance de référé n'a pas ou principale, l'autorité de la chose jugée, elle ne peut être modifiée ont a apportée un référé qu'en, constance nouvelles.

من ملاحظات وبنت فيها محكمة أو إذا بنت فيها محكمة الإستئناف في الأصل دون أن يتولى الأطراف الطعن في الحكم في الآجال، وهي فرضية تعرض لها الفقه الفرنسي واعتبرها جائز إذا تراضا الأطراف على ذلك بترافعهم الأصل¹ فهل يمكن القول في هذه الحالة أن القضاء قد اتصل في الموضوع إذا اعتمدنا هذه الحالة على النحو الذي كرسه فقه القضاء الفرنسي بالسماح لمحكمة الإستئناف بالبت في الموضوع.

الاعتراض على الأحكام الاستعجالية

حسين بن سليمة

رئيس فريق عمل بمركز الدراسات

القانونية والقضائية

المقدمة :

إن الأثر النسبي للأحكام يعني أن الحكم المدني لا يهم إلا أطرافه ولا ينجر منه للغير ضرر ولا نفع (1) إلا أن تزايد المعاملات و تشابكها خلق مراكز قانونية تتحد فيها كثيرا من المسائل وصدور حكم على أحد قد يلحق ضررا بالآخر دون أن يتمكن من الدفاع عن نفسه، وتبعاً لذلك خولت قوانين الإجراءات المدنية للغير من التداخل أثناء نشر القضية وهو ما أقره المشرع التونسي بالفصلين 224 و 225 من م.م.ت أو بالاعتراض على ذلك الحكم المضر بحقوقه عملاً بأحكام الفصول 168 إلى 174 من م.م.ت. والاعتراض ولئن اختلفت التشاريع في طريقة ممارسته فإنها تتفق حول ما يتسم به من أهمية وكان محل جدل فقهي منذ القرن التاسع عشر بشأن الجدوى منه في ظل وجود الأثر النسبي للأحكام، وكان السؤال المطروح هو مدى الحاجة للاعتراض في حين أنه بإمكان الغير التمسك بمبدأ نسبية حجية الأمر المقضي الذي يقتضي بأن الحكم لا يكون إلا حجة على أطرافه ولا يحصل للغير منه ضرر ولا نفع، ولقد تعددت إجابات الفقهاء واختلفت فمن قائل أن الاعتراض وسيلة غير قابلة للتطبيق وذلك لانعدام شرط المصلحة في الغير الذي لا يمكن أن يمس أي ضرر من الأحكام التي لا يكون طرفاً فيها ولا يمثل الحكم له سوى ورقة بيضاء (2) والرأي الثاني يرى أن الحكم لا ينتج تجاه

¹ - Normand RTD civ, 1980, p. 399.

(1) إبراهيم نجيب سعد - القانون القضائي الخاص - ص 291 - منشأة المعارف - مصر 1974

(2) CHEVEAU - cité par H. Roland - Autorité de la chose jugée et tierce opposition p. 39.

الغير أي اثر بناء على مبدأ الحجية النسبية إلا أنه يمكن للغير إما الدفع بمبدأ النسبية ليتخذ موقعا دفاعيا أو الاعتراض على الحكم بوصفه طريق دفع هجومي ذو صبغة اختيارية، على أن الطابع الاختياري لطريقة الاعتراض لا يحجب بعض الصور التي يكون فيها الغير مجبرا على سلوكها (3) كصورة تنفيذ الحكم بين الأطراف وبقاء الغير خارجا عن التنفيذ ولا يمكنه الانتظار حتى يدفع بمبدأ نسبية حجية الامر المقضي به لأن التنفيذ لا يتسلط عليه، وكذلك في صورة تواطؤ ممثلي الاطراف واستعمالهم الغش والتدليس وليس للموكلين من وسيلة سوى الاعتراض لإثبات التواطؤ وخروجهم من دائرة الأطراف إلى دائرة الغير.

وأمام هذا التردد برز تيار فقهي حديث يتزعمه الفقيه GUILLIEN¹ والذي يعتبر أن للحكم حجية مطلقة يعارض بها كافة باعتبارها حقيقة موضوعية، لكن ذلك لا يعني أن الحكم لا يمكن تغييره، بل أن ذلك ممكن بإثبات وقائع كان يجهلها القاضي عند إصدار الحكم الأول المضرّ بحقوق المعارض، كما تبنى الفقيه Boyer هذا الرأي وتعمق فيه للقول أن لكل حكم وظيفة ثبوتية ووظيفة إنشائية ولا تكون له معارضة مطلقة إلا بالنسبة للوظيفة الإنشائية وللغير في هذه الحالة الحق في الاعتراض على الحكم المضرّ بحقوقه إلا أن هذا الرأي يبقى غير دقيق لعدم تحديد معيار التفرقة بين أثر الحكم الإنشائي وأثره الثبوتي، ومن جهة أخرى يعتبر الفقيه ROLAND² أن الحكم يحتوي على عنصرين مختلفين يتمثل الاول في القوة الثبوتية أي في قرينة قانونية بمقتضاها يتصف تصريح المحكمة بقوة اتصال

(3) GARROT = Les cas dans lesquels la tierce opposition est une voie de procédure nécessaire - Rev. Crit - leg- juris 1866 p 50

¹ GUILLIEN : l'acte juridictionnel et l'autorité de la chose jugée- thèse Bordeaux - 1931 - p 437.

² René Roland : L'autorité de la chose jugée et la tierce opposition - thèse de doctorat - Lyon 1958 - 258

القضاء وهي قرينة قاطعة بين الأطراف وبسيطة بالنسبة للغير، أما العنصر الثاني فيتمثل في قوته الإلزامية بين أطرافه.

أما بخصوص مفهوم القضاء الاستعجالي فإنه إجراء ادعائي استثنائي ومختصر يهدف إلى البت في النزاعات المتأكدة ودون مساس بأصل الحق، عملا بأحكام الفصل 201 من م.م.ت. وهذه الاحكام الاستعجالية تكتسي صبغة قضائية باعتبارها خاضعة من حيث الاجراءات لنظام المواجهة بين الخصوم مثلها مثل بقية الاحكام الموضوعية وذلك لحماية الحقوق المهددة مما يميزها عن الاعمال الولائية التي تصدر في غياب الخصوم كالأذن على عرائض وعن الأوامر بالدفع وذلك لصبغتها الوقتية وعدم مساسها بجوهر الحق وبقابليتها للتنفيذ المعجل بقوة القانون، في حين أن الأوامر بالدفع قضاء سريع في الاصل³، والاحكام الاستعجالية وإن كانت شبيهة بالاحكام الاصلية المشمولة بالنفاذ العاجل عملا بأحكام الفصلين 125 و126 من م.م.ت. من حيث التنفيذ الفوري إلا أن الأولى لعدم مساسها بالاصل وصبغتها الوقتية تكون غير مقيدة لقاضي الموضوع وغير ملزمة له، في حين أن الأحكام القطعية تقرر الحق أو تنسئه ولا تقبل التنفيذ المعجل إلا بإذن خاص بناء على طلب صريح من ذوي الشأن وينص عليه بمنطوق الحكم كلما توفرت الشروط المضبوطة بالفصلين السالفي الذكر.

ومن خلال ما سبق بسطه فإن الإشكال المطروح يتمحور أساسا في مدى قابلية الأحكام الاستعجالية للاعتراض، وإن كانت قابلة لذلك فما هو النظام القانوني الذي تنصهر في إطاره.

³ محمد اللجمي : اختصاص الفقه الاستعجالي - القضاء والتشريع لسنة 1991 عدد 2 ص 37

الفصل الأول : قابلية الأحكام الاستعجالية للاعتراض

إن تحديد طبيعة الأحكام الاستعجالية غير مجمع عليه وذلك بسبب تردد بعض الفقهاء الذين لا يقولون بحجية هذه الاحكام، وبالتالي بقبول الاعتراض عليها، مع أن القائلين بضرورة تمكين الغير من الاعتراض على الاحكام الاستعجالية المضرة بحقوقهم ليس لهم سند قانوني مما يستوجب التعرض إلى مواقف الفقهاء حول المسألة المتراوحة بين الرفض والقبول ثم بين الرفض والقبول المشروط.

المبحث الأول : عرض مختلف المواقف الفقهية والقضائية

لقد اختلف الفقهاء حول قابلية الأحكام الاستعجالية للاعتراض، فمن قابل لهذا الطعن (الفقرة الاولى) إلى رافض له (الفقرة الثانية)، مع العلم أن كلا الموقفين وجد مؤيدا بمحاكم الاصل أو القانون.

□ الفقرة الأولى = معارضة قابلية الأحكام الاستعجالية للاعتراض

لقد لُكِّدَ لفقهاء¹ أن الأحكام الاستعجالية غير قابلة للطعن بالاعتراض من قبل الغير وذلك لعدم صلاحية هذا الطعن فعلا وعدم قبوله قانونا وذلك باعتبار أن الأحكام الاستعجالية لم تفصل للنزاع في الأصل ويمكن تعديلها أو مراجعتها، ومن ثم لم تكتسب حجية في الاصل ولا يمكن أن تمس من حقوق الغير. وأجلب للفقهاء المذكورون عن هذا القول أنه بإمكان الغير لقيام لملم المحكمة المختصة

¹ Rodière : La compétence – T2 – p 392
- TOTIVINT : Tierce opposition – p 131

وطلب حسم النزاع في الأصل أو حتى لقيام لملم القاضي الاستعجالي لاستصدار حكم لحفظ الحقوق، كما أن لقضاء الاستعجالي هدفه حفظ الحقوق ولا يمكن أن نتصور طعنا مثل الاعتراض ينقض هذا الهدف ويحول دون حفظ الحقوق.

وهذا الرأي كرسه فقه القضاء وقضت محكمة الاستئناف ببزرت بعدم جواز الطعن بالاعتراض على الأحكام الاستعجالية² وعللت المحكمة موقفها بالقول أن " الاعتراض لا يمتد إلى النزاعات المستعجلة وهي وقتية الصبغة التي لا علاقة لها بالاصل مما يستلزم رد الطعن الحالي لعدم وجاهته واستبعادا لما قد يتمسك به البعض في إشارة لسكوت المشرع عن التنصيص صراحة على عدم إمكانية هذا الطعن جوبا وأن المسألة بديهية وفق القواعد والمقتضيات الأساسية بما لا يحتاج إلى تنصيص خاص فمجرد التفكير في مثل هذا الوجه من الطعن يعني تجاوزا لأحد ركني التداعي الاستعجالي نفسه وهو التأكد والاستعجال بدليل أن المشرع ذاته أوجب تنفيذ الاحكام الاستعجالية بصرف النظر عن الطعن فيها استئنافيا...."، مع العلم أن الاعتراض تسلط على حكم استعجالي قضى بالخروج لانتهااء المدة وذلك " بقبول الاستئناف شكلا وأصلا ونقض الحكم الابتدائي والقضاء من جديد بإلزام المستأنف ضده الثاني بالخروج من مكرى التداعي لانتهااء المدة وإعفاء المستأنفة من الخطية وإرجاع معلومها المؤمن إليها ."

□ الفقرة الثانية : مناصرو قابلية الاحكام الاستعجالية للاعتراض

إزاء الرأي الرافض لقابلية الأحكام الاستعجالية للاعتراض من قبل الغير ظهر رأي ثان معارض للرأي الأول وقدم أسبابا منطقية وقانونية.

² محكمة الاستئناف ببزرت 2002/8/30 ع-2558 - (غير منشور)

أ = الأحكام الاستعجالية لها حجية بالنسبة لما قضت فيه .

يفرق أنصار هذا الرأي بين حالتين الأولى مؤادها أن الأحكام الاستعجالية لا تكتسب حجية في الأصل ولا تلزم محاكم الأصل بخصوص النزاع الأصلي والحالة الثانية أن الوسائل الوقتية لحفظ الحقوق التي تمثل موضوع الحكم تكتسب حجية باعتبارها صادرة على أساس حضور الطرفين واحتراما لمبدأ المواجهة ويمكن أن تضاهي الأحكام العادية، ومن جهة أخرى أن القاضي الاستعجالي قد استنفذ ولايته بخصوص تلك الطلبات ولا يمكنه إعادة النظر فيها باستثناء حالة حصول معطيات ومستجدات جديدة تستدعي تعديل الحكم أو الرجوع فيه، وهو ما يقره عمل المحاكم ومن ذلك ما أكدته محكمة التعقيب في إحدى قراراتها¹ الذي ورد بأحد حيثياته أن "الأحكام الاستعجالية بالرغم من صبغتها الوقتية فإنها تقيد القاضي الاستعجالي وتلزم طرفي الخصومة الذين ليس لهما أن يرفعا دعوى ثانية في نفس الموضوع إلا إذا حصل تعديل أو تغيير في الوقائع المادية"، ومن ثم أن الحكم الاستعجالي يكتسب حجية الأمر المقضي ويرتب الآثار الذي يربتها الحكم القطعي ومنها التنفيذ الجبري ولا يوقف ذلك إلا حكم في الأصل².

ب : امكانية الاعتراض على الأحكام الاستعجالية المضرة بحقوق الغير

إذا سلمنا أن الأحكام الاستعجالية تكتسب حجية الأمر المقضي فيما قضت فيه وبالتالي نكون ملزمين بالتسليم بإمكانية الاعتراض كلما ترتب ضرر للغير من جراء تنفيذ تلك الأحكام، غير أن بعض الفقهاء¹ يؤكد أن وجود أو عدم وجود

¹ القرار التعقيبي المدني ع-24754-د الصادر في 1989/11/2 نشرية محكمة التعقيب 1989

- ص 437

² LACOSTE : De la chose jugée en matière civile - Paris - Sirey N°= 172

¹ Japiot = R.TDC 1929 p 1151

حجية الأمر المقضي الناتج عن الحكم الاستعجالي ليس له تأثير على هذه الاشكالية باعتبار أن حجية الأمر المقضي تتموقع خارج القانون باعتبار أن الأحكام لا تلزم إلا المتنازعين ولا ينجرّ منها للغير ضرر ولا نفع ولا يفرق القانون بين الأحكام العادية أو الأحكام الوقتية، ومعلوم أن الاعتراض لا يمارس إلا من قبل الغير الذي تضررت حقوقه، إلا أنه قانونا لا يمكن أن تضرر الحقوق بالحكم الاستعجالي الذي لم يحسم النزاع في الأصل، لكن واقعا أن الامثلة كثيرة على تضرر الغير من تنفيذ أحكام استعجالية، وفي نظر أصحاب هذا الرأي أن الضرر الفعلي كاف لتبرير ممارسة الاعتراض ويدحض موقف القائلين بعدم صلوحية ممارسة الاعتراض باعتبار أن المتضرر يمكنه القيام في الأصل أو القيام استعجاليا، ومعلوم أن من له القيام بدعويين مبنيتين على سبب واحد فاختر إحداهما لا يحمل على أنه تنازل عن الأخرى، ومن جهة أخرى إن كان للغير بالاضافة إلى الاعتراض وسيلة أخرى فإنه مخير لممارسة الوسيلة التي توصله إلى هدفه في أقرب وقت وأقل مصاريف، ومثال ذلك إن كان الحكم الاستعجالي صادرا عن محكمة الاستئناف فالأفضل الاعتراض عليه أمام هذه المحكمة عوضا عن الرجوع إلى القاضي الاستعجالي أمام المحكمة الابتدائية، علاوة على أن اللجوء إلى عدة دوائر قد يترتب عنه تناقض الأحكام بينما اللجوء إلى نفس القاضي الذي أُلّم بالموضوع يجعل الحكم أقرب إلى الحقيقة.

ج = الاعتراض مقبول قانونا :

إن الفقه المعاصر لا يرى أي سبب شرعي لاعتبار الاعتراض غير مقبول قانونا بالنسبة للأحكام الاستعجالية باعتبار أن الفصل المنظم للاعتراض قد ورد مطلقا وليس مقيدا بشأن الأحكام الموضوعية وحدها بل هو مقرر في صدد الأحكام

المستعجلة أيضا، وهذا المبدأ استقرّ عليه الفقه والقضاء في مصر² معتبرا أن المطلق يجري على إطلاقه ولا مجال لتخصيصه، وطالما أن الأحكام التي تصدر عن القاضي الاستعجالي تفصل في مسألة معينة متنازع عليها بين خصمين وصادرة عن سلطة قضائية مختصة فإنها تعتبر في حقيقتها أحكاما بالمعنى العام وتكتسب حجية الشيء المقضي به لأنها تقيد القضاء المستعجل وتلزم طرفي الخصومة وهو ما دأب عليه عمل المحاكم وخاصة محكمة التعقيب التي ورد بإحدى قراراتها أن " اتصال القضاء في المادة الاستعجالية إنما هو أمر نسبي يقوم مع دوام سببه ويزول بانتفائه " ¹، ومؤدى ذلك أن الخصوم ملزمون بما قضى به ولا يجوز لهم رفع دعوى ثانية بذات الأمر إلى القضاء المستعجل بقصد الوصول إلى حكم مانع أو معدل للحكم الأول، على أن هذه الحجية مرهونة بثبات الوقائع والمراكز القانونية للخصوم، وإذا حصل تغيير أو تعديل في الوقائع المادية أو المركز القانوني للطرفين جاز للخصوم عندئذ رفع دعوى ثانية بهدف تعديل أو مراجعة الحكم الأول، كما أنه لا حجية للحكم المستعجل أمام محكمة الموضوع التي لها أن تعدّل الحكم جزئيا أو كليا أو تتراجع فيه، وبالتالي إذا أضرّ هذا الحكم الاستعجالي بالغير فمن حقه الاعتراض عليه.

وهذا الرأي أكدته محكمة التعقيب في إحدى قراراتها الذي ورد بأحد حيثياته أن " اعتراض البائع على حكم استعجالي صادر عن المشتري منه برفض دعوى الخروج المقدمة منه ضد من كان شاغلا لمشتراه جائز لكن من واجب محكمة الاعتراض إن تبين مصلحة المعارض والمضرة الحاصلة له من الحكم

² عبد المنعم الشرقاوي : الاعتراض الخارج عن الخصومة - منشأة المعارف - مصر - ص 125

¹ القرار التعقيبي عـ9471 دد الصادر في 1972/12/11 - نشرية محكمة التعقيب 1972

المعارض عليه وعدم زوال الحق موضوع الاعتراض " ² وموضوع الدعوى أن شخصا اشترى قطعة من الأرض من ديوان مجردة ولم يتمكن من حوز مشتراه لوجود شخصين يتصرفان في موضوع البيع فقام عليهما وطلب إلزامهما بالخروج لعدم الصفة وتمّ ذلك إلا أن محكمة الاستئناف نقضت الحكم وقضت برفض المطلب وإرجاع المستأنفين إلى محل النزاع فاعتراض ديوان مجردة بواسطة المكلف العام لنزاعات الدولة عن الحكم المذكور وتم الرجوع فيه وإقرار الحكم الابتدائي فتعقبه المعارض ضدهما وتمسكا بعدم جواز الاعتراض وكان الحكم المذكور سلفا الذي يبين جواز الطعن بالاعتراض على الأحكام الاستعجالية.

المبحث الثاني : نحو تأصيل جواز الاعتراض على الأحكام الاستعجالية

إن الرأي القابل للاعتراض على الأحكام الاستعجالية تمّ انتقاده من البعض ¹ الذين يريدون خلاف ذلك ويؤكدون أن البحث عن طبيعة الأحكام الاستعجالية يؤدي إلى التفريق بينها وبين الأحكام العادية وعدم قابليتها للطعن بالاعتراض غير أن ذلك لا يعني عدم حماية الغير المتضرر من صدور حكم استعجالي، لكن لا بدّ من من تحديد الطبيعة للحكم الاستعجالي وتفسير الطعن المقبول من المحاكم ضدّ هذه الأحكام والميدان الدقيق لتطبيق هذا الطعن القانوني.

² قرار تعقيبي مدني عـ9870 دد الصادر في 11 أبريل 1974 - نشرية محكمة التعقيب لسنة 1974 ص 181

¹ Roland (H) : la chose jugée et la tierce opposition - thèse à l'université de LYON 1958- p 248

الفقرة الأولى = نقد الموقفين الفقهي والفقهاء قضائي :

أ - طبيعة الأحكام الاستعجالية

إن مسألة طبيعة الأحكام الاستعجالية لم تشغل الفقهاء الباحثين لتأصيل الاعتراض رغم أنه الطريق الواجب سلوكه للوصول لحل قانوني سليم، ومن ثم يجب التفرقة بين الأحكام العادية والأحكام الاستعجالية التي لا تكتسب حجية في الأصل ولا حتى بخصوص التدابير الاحترازية.

1 - الأحكام الاستعجالية وحجية الأمر المقضي :

أن الحكم الاستعجالي لا يفصل في الأصل وهو ما يتعارض مع حجية الأمر المقضي والأمر كذلك بالنسبة للوسائل الوقتية رغم معارضة العديد من الفقهاء لهذا الرأي وذلك لأن الحكم الاستعجالي ليس له حجية أمام قاضي الأصل وحتى أمام نفس القاضي الاستعجالي إذا تغيرت الظروف والوقائع التي صدر فيها الحكم. وإن القائلين بحجية الحكم الاستعجالي يخلطون بين حجية الأمر المقضي وأثر هذه الحجية باعتبار أن القاضي يتفحص المؤيدات ويقضي بصحتها وهو ما يسمى بالقوة الثبوتية ثم يلزم المدعي عليه وهو ما يسمى بالقوة الإلزامية، ومعلوم أن غياب حجية الأمر المقضي تثبتتها أحكام الفصل 201 من م.م.ت. الذي اقتضى أنه " يقع النظر استعجاليا وبصفة مؤقتة في جميع الحالات المتأكدة وبدون مساس بالأصل...."، ومن أمثلة ذلك الحراسة القضائية ولا يمكن في هذه الحالة الحديث عن حجية الأمر المقضي لأن القاضي لم يعاين صحة العقود المدلى بها وبالتالي ليس للحكم قوة ثبوتية.

2 - القوة الإلزامية للأحكام العادية والأحكام الاستعجالية :

إن الحكم الاستعجالي له قوة إلزامية والأطراف ملزمون بتنفيذه لكن هذه القوة الإلزامية ليست نفس القوة التي للأحكام العادية باعتبار أن الحكم الاستعجالي لا يمر بالمرحل الطبيعية التي يمر بها الحكم والحكم الاستعجالي قرار إداري مادي وغير ناتج عن عمل فكري بل عن معاينة لحالة واقعية وليس لها أي قيمة قانونية بل نابعة من اجتهاد القاضي للحيلولة دون تفاقم الضرر.

ب - الآثار للطبيعة من نوع خاص (suis générés) للأحكام الاستعجالية :

إن عدم التفريق بين طبيعة الأحكام الاستعجالية والعالية ترتب عنه قبلية الاعتراض على كل الأحكام ولحل أن للحكم الاستعجالي طبيعة من نوع خاص لا تتضمن قوة ثبوتية ولا يمكن أن تكون موضوع اعتراض وبالمثل يتضح لحل، وسوف نذكر وقّع حكم صادر عن محكمة الاستئناف بباريس¹ ذلك أن شركة تجارية قرضت زيدا لمتصرف في أصل تجاري لشركة صناعية قرضا قدره عشرة آلاف فرنكا، وضمن القرض رهن لمقرض الأصل لتجاري وخول للمقرضة لخصم ليومي لمبلغ 50 فرنكا إلا أن المقرض أخذ بالترملته وقلمت المسوغة بفسخ العقد لمخالفة لشرط فاعتزضت المقرضة على الحكم إلا أن محكمة باريس رفضت ذلك لاعتدال الضرر، ومزية هذا الحكم هو توضيح أن الضرر ليس ناتج عن حجية الأمر المقضي للحكم لأن ما يلحق ضررا بالشركة المقرضة هو تنفيذ أمر بالخروج من المكرى الذي يتولد عنه فقدان الرهن وضمن القرض، بينما الأمر بالخروج هو قرار غير ناتج عن قرينة قضائية ولا وجود لحجية الأمر المقضي، ومن ثم ن الاعتراض كن حصول ضرر فعلي الذي ينفي تطبيق مؤسسة الاعتراض.

¹ C.A. de Paris - 24 juin 1929 - DP 1931-2-15 - note chéron

الفقرة الثانية = فكرة الاعتراض الفقه القضائي :

إن إقصاء الاعتراض بالنسبة للأحكام الاستعجالية لا يخلّ الإشكال لمطروح ولمتمثل في قبول المحاكم لهذا الاعتراض ويتعين لتمعن في الضرر لللاحق بالمعترض والمسلّك لقانوني لولجب لتتجاهله.

وفي هذا الصدد نقول أن الحكم الاستعجالي هو مقرر يتمثل في أمر المحكمة وليس له من اثر قانوني إلا بين طرفيه إلا أن هذا الإطار غير صحيح دائما باعتبار أن بعض الأحكام الاستعجالية يمكن أن تلحق ضررا بالغير الخارج عن إطار الخصومة، ومثال ذلك إذا وضع عقار تحت الحراسة القضائية يمكن أن يتضرر من ذلك الما قول المتعاقد مع أحد المالكين وكذلك الحجز التحفظي لباخرة يمكن أن يتضرر منه الغير الذي له حقوق على تلك الباخرة، ومن ثم أن سبب الضرر هو ذلك القرار وأن الاعتراض ليس له أساس قانوني وأن القرار ليس أساسه التصريح بحق إنما وقائع فعلية وضرورة حفظ الحقوق وحمايتها وقتيا إلى حين صدور حكم في الاصل.

ومن هذا المنطلق قبلت المحاكم الاعتراض في الأحكام الاستعجالية والحال ولئن كان الهدف نبيلًا فإن للغير طريقا آخر لحفظ حقه وهذا الطريق هو الاعتراض الفقه قضائي الذي يختلف عن الاعتراض المقرر قانونا. فالأول يخول لمن لحقه ضرر فعلي والثاني لمن لحقه ضرر قانوني، والاختلاف من حيث النتائج بين أيضا فالاعتراض القانوني يؤدي إلى هدم قرينة والاعتراض الفقه قضائي يؤدي إلى التراجع عن احتراز وجوبي ويكون أمام نفس القاضي الذي أصدر الحكم المعترض عليه.

الفقرة الثالثة = ميدان الاعتراض :

إن النصوص التي منحت الاختصاص للقاضي الاستعجالي بشوبها الغموض باعتبار أنها خوّلت له في بعض الاحيان الخوض في الأصل، وللتدليل

على ذلك فإن بعض الأحكام الاستعجالية تقضي بفسخ عقود الكراء ونضرب لذلك مثل الحكم الصادر عن إحدى المحاكم الفرنسية¹ والذي ورد به " أن الاعتراض غير جائز في الأحكام الاستعجالية بسبب الطبيعة الوقتية لتلك القرارات إلا أن الامر على خلاف ذلك إذا اتخذت الاجراءات على أساس شرط اتفاقي بعقد الكراء وصرح القاضي الاستعجالي بفسخ الكراء لمخالفة الشرط من المكثري ويكون بذلك قد. انهي النزاع وقضى في الاصل .." ، كما أن محكمة الاستئناف بمونبيلي قبلت الاعتراض ضد حكم استعجالي قضى في مادة الأكرية لأن الحكم الابتدائي نظر في أصل النزاع واكتسب حجية الامر المقضي بين طرفيه، وهذا التمشي لا يوهن الرأي القائل بعدم جواز الاعتراض عن الأحكام الصادرة في المادة الاستعجالية إنما يؤكد ولا بدّ إذن عند النظر في الاعتراض التأكد من طبيعة الحكم الاستعجالي فإن قضى في الأصل فإن الاعتراض القانوني ممكن وإن لم يقض في الاصل فإن الاعتراض الفقه قضائي هو الممكن فقط، ومن ثمّ إن جريان العمل المتمثل في قبول الاعتراض خاطئ واضطرت المحاكم لحفظ الحقوق إنتهاج ذلك التمشي لعدم وجود حلّ قانوني آخر إنما لم تفرّق بين الحالتين وما نهدف إليه هو التقريب بين الحالتين لأن الآثار القانونية المترتبة عن ذلك مختلفة.

الفصل الثاني : النظام القانوني للاعتراض :

إن الاعتراض تمّ تعريفه بالفصلين 168 و 169 من م.م.ت. بكونه الطريق الهادف إلى الرجوع في الحكم أو مراجعته لصالح الغير الذي طعن فيه، هو إذن طعن غير عادي مخول في حالات مذكورة على وجه الحصر ويخول للقاضي تعديل الحكم في مواجهة الغير ودون المساس بالآثار المترتبة عن الحكم

¹ محكمة كلارمون فيران 24 ماي 1951 - دالوز 1951 - 666.

بين الاطراف، وهذا الطعن يمكن أن يطرح إشكالا باعتبار أن الحكم ليست له حجية إلا بين طرفيه ولا يتعلق إلا بموضوعه الذي نوقش من قبل الاطراف ويكون الاعتراض غير مجد وذهب البعض حتى للمطالبة بإلغاء الاعتراض¹ ولقد فعل المشرع المصري ذلك² ورغم ذلك فإن الاعتراض هو الطريق الوحيد الذي يخول حماية حقوق الغير الذي لم يشارك في الخصومة الصادر على أساسها الحكم والذي يمكن أن يترتب عن تنفيذه بعض الآثار نظرا لتشابه العلاقات والمصالح، ومن ثم ان الدفع بالنسبية لا يحمي الغير وملاذه الوحيد هو الاعتراض وكذلك الامر بالنسبة لمن كان ضحية غش من قبل ممثله، وبذلك إن للاعتراض وظيفة مغايرة لحجية للامر المقضي ويمكن للغير المتضرر من تنفيذ حكم من الاعتراض والمطالبة برفع الضرر الذي لحقه، وككل الطعون لا يكون الاعتراض مقبولا إلا إذا توفرت فيه عدة شروط شكلية وموضوعية وهو ما سنتناوله في المبحث الاول، أما الثاني فسيخصص لدراسة الآثار المترتبة عن الاعتراض.

المبحث الأول : شروط الاعتراض على الاحكام الاستعجالية :

إن قبول الاعتراض يتوقف على توفر جملة من الشروط تتعلق بمدى قابلية الحكم المعترض عليه للاعتراض (فقرة أولى) وبالشروط المتعلقة بالاشخاص الممارسين للطعن (فقرة ثانية) وبأجال الطعن (فقرة ثالثة) واجراءاته (فقرة رابعة).

¹ Glasson – Tissier et Morel : la procédure civile T3 N°= 983

² ألغى المشرع المصري الاعتراض في قانون المرافعات بموجب القانون رقم 13 لعام 1968 - أحمد الصاوي - أثر الاحكام بالنسبة للغير - ص 136.

الفقرة الاولى = الشروط المتعلقة بالحكم :

إن الاعتراض على الأحكام الاستعجالية أثار جدلا قانونيا عميقا مثلما سبق بيانه والرأي الراجح أن الأحكام الاستعجالية لا تقبل مبدئيا الاعتراض (أ) إلا أنه ولكل مبدأ استثناء وتوجد حالات يمكن فيها الطعن بالاعتراض (ب)

أ - مبدأ عدم جواز الاعتراض على الاحكام الاستعجالية :

إن الفقهاء مجمعون على أن الأحكام مهما كانت طبيعتها قابلة للاعتراض من الغير الذي تضررت حقوقه وذلك لكون النص المنظم للاعتراض قد ورد مطلقا وليس مقيدا بشأن الاحكام الموضوعية وحدها بل هو مقرر في صدد الاحكام الاستعجالية أيضا³

وهذا الموقف المجمع عليه تم انتقاده بشدة من الدكتور Roland في رسالته والذي أكد أن " مما لا شك فيه أن البحث عن طبيعة الاحكام الاستعجالية يمكن من تمييزها عن باقي الاعمال القضائية، وهو ما يؤدي حتما لعدم قبول الاعتراض في شأنها... " وبين أن الحكم الاستعجالي لا يلزم قاضي الموضوع ولا يكتسب حجية بين طرفيه إلا إذا لم تتغير الظروف التي صدر فيها علاوة على أن خطأ الفقهاء مردّه عدم التمييز بين القوة الثبوتية والقوة الالزامية وهما العنصران المكونان للحكم ولا يتوفران في الحكم الاستعجالي الذي يعتبر إجراء احتياطيا وتدابيريا لكي لا يتفاقم الضرر، وهذا الموقف انتهجته محكمة الاستئناف ببزرت في حكمها السالف الذكر وأكدت أن " الاعتراض متاح في عمومها لا

³ مفلح عواد القضاة : أصول المحاكمات المدنية والتنظيم القضائي ص 82.

- عبد المنعم الشراوي : الاعتراض خارج الخصومة - ص 434 -

يمتدّ إلى النزاعات المستعجلة السابق حسمها والبتّ فيها وهي الوقتية الصبغة التي لا علاقة لها بالأصل ممّا يستدعي ردّ الطعن لعدم وجاهته...".
غير أن هذا الرأي أيضا تم انتقاده من قبل بعض الفقهاء الذين أكدوا أن له استثناءات.

ب - استثناءات المبدأ :

إن القول بعدم قبول الاعتراض لا يحلّ الإشكال الذي تطرحه الاحكام الاستعجالية المعتبرة كقرارات أمرة من المحكمة ولا حجية لها إلا بين أطرافها، غير أن الواقع خلاف ذلك نظرا لتشابك المصالح وإمكانية حصول ضرر للغير، ومن ذلك الحكم القاضي بحراسة قضائية يمكن أن يلحق ضررا بالمقاولين، ومن ثم أن الضرر ليس سببه قانوني بل فعلي¹ وبذلك أن الاعتراض غير ممكن في هذه الحالة مثلما أوجبه القانون إنما لا بدّ من تمكين الغير من الاعتراض على أساس اجتهد قضائي ونسبي ذلك الاعتراض القضائي حتى نميزه عن الاعتراض القانوني باعتبار أن الاعتراض القانوني نظمه القانون واشترط تضرر الحقوق والثاني ابتكره فقه القضاء ضدّ ضرر فعلي علاوة على أن النتائج تختلف بالنسبة للاول يهدم قرينة قضائية والثاني يمكن من الرجوع في إجراء إلزامي وما يجمعهما هو الرجوع أمام نفس القاضي²

وفي الحقيقة أن سبب هذا الخلط هو أن المشرع وسّع في اختصاصات القاضي الاستعجالي إلى أن تجاوزت الحدود المعروفة ونقصد بذلك الاحكام الخاصة بالكراء المدني والتجاري والانتزاع لفائدة المصلحة العامة وبذلك أن القاضي الاستعجالي في هذه القضايا يفصل النزاع بعد نقاش محترما مبدأ المواجهة

¹ Roland : L'autorité de la chose jugée et la tierce opposition p 285

² Ibidem p 259.

ويرتب الحكم الآثار المترتبة عن الحكم الموضوعي¹، وفي هذه الحالة من الطبيعي قبول الاعتراض باعتبار أن الحكم يمس الأصل، وهذا التمشي انتهجته محكمة كلورمون فارون في حكمها الذي ورد به " أن الاعتراض غير مقبول من الاحكام الاستعجالية لطبيعتها الوقتية غير أن الامر خلاف ذلك إذا تعلق الامر بفسخ عقد كراء على أساس شرط فسخي بالعقد " ²

ومن ثم أن القول بعدم قبول الاعتراض ضدّ الاحكام الاستعجالية يؤكد التأويل السالف الذكر باستثناء حالة النظر في الاصل، وفي القانون التونسي إن الخروج لعدم الصفة أو الخروج لانفساخ العقد على أساس الفصل 23 من قانون الأكرية التجارية هي أمثلة لفصل النزاع في الاصل ولئن كان الحكم استعجاليا، وفي هذه الحالة يمكن الاعتراض على الحكم الذي لحق الغير بموجبه ضرر

II الفقرة الثانية = الشروط المتعلقة بالأشخاص :

اقتضت المادة 168 من م.م.ت. أن " كل انسان لم يسبق له استدعاء للتدخل في نازلة له القيام بالاعتراض على الحكم الصادر فيها والمضرّ بحقوقه "، ومؤدى ذلك أن المعارض يجب أن يكون غيرا وتضررت حقوقه وهو ما سنتولى عرضه في فقرتين متتاليتين.

¹ J. Seignoble = De l'évolution de la juridiction des référés- J e p 1955 - D 1228

² Tribunal civil de clermont - ferrand - 24 mai 1951 - D- 1951 - 666

أ - صفة الغير :

لم يرق المشرع التونسي بتعريف الغير في المادة الاجرائية³ إلا أن فقه القانون اعتبر أن كل من كان طرفا في الدعوى سواء كان طرفا أصليا أو متاخلا أو ممثلا لا يمكنه الاعتراض.

أولا - الطرف الأصلي :

إن الطرف الأصلي في الدعوى هو كل شخص تم استدعاؤه بصفة قانونية وأبدى ما لديه من طلبات ودفع بما له من دفع، ومن ثم أن من تخلف عن جلسات المرافعة لا يمكنه التمسك بذلك للاعتراض وهو ما استقر عليه فقه القضاء ومن ذلك القرار التعقيبي الوارد بأحد حيثياته أن " حق الاعتراض على الاحكام المدنية غير جائز لمن كان طرفا في الخصومة ولو تخلف عن جلسات المرافعة، فالعبرة إذن هي ببلوغ الاستدعاء للمدعى عليه بصورة قانونية...."

ثانيا - الطرف المتدخل :

إن المتدخل في الدعوى يصبح طرفا ولا يمكنه الاعتراض على الحكم الصادر فيها¹، وتجدر الإشارة أن كل شخص لم يتدخل أو لم يتم إدخاله في الدعوى لا يكتسب صفة الطرف ويبقى غيرا يمكنه الاعتراض على الحكم المضر بحقوقه ولا يعارض بكونه كان على علم بالنزاع ولم يتدخل وهو ما أكدته محكمة التعقيب عندما قضت بنقض الحكم الاستئنافي الاعتراضي القاضي برفض مطلب الاعتراض أصلا على أساس عدم تدخل المعارض في القضية مع أن النزاع جرى

³ هنري شامة - الغير - محاضرة أقيمت في 6 ماي 1963 - نشر كتابه الدولة للعدل - سنة 1963.

¹ القرار المدني ع582-د الصادر في 28 افريل 1977 - نشريه 1977 - ص 251.

على مسمع ومرأى منه وحضر الاختبار، وبذلك وطالما لم يكن المعارض طرفا في الدعوى فيمكنه الاعتراض.

ثالثا - أن لا يكون ممثلا في الدعوى :

إن صور التمثيل تنحصر في الوكلاء والخلفاء والدائون وشركاء الخصوم.

1 - الوكلاء :

الوكيل هو من يفوض للتمثيل أمام القضاء بموجب الفصل 1104 من المجلة المدنية والذي نصّ على أن " الوكالة هي عقد يكلف به شخص شخصا آخر بإجراء عمل جائز في حق منوبه...." ، أما الوكالة القانونية، فهي التي بموجبها يقوم الوكيل بتمثيل عديم الاهلية الذي لا يمكنه القيام بالاعتراض على الحكم الصادر ضدّ وكيله، وهؤلاء الوكلاء عادة ما يكونوا الآباء المديرون لأموال ابنائهم القصر وأولياء الأيتام وينوب الشخص الذي تمّ تعيينه من قاضي التقادير لتمثيل القاصر أو الغائب في كل النزاعات المتعلقة به، وإذا حضر الغائب أو بلغ القاصر سنّ الرشد لا يمكنه الاعتراض على الحكم الصادر في حقه بحضور وكيله.

2 - الخلفاء :

الخلف هو كل شخص اكتسب حقا من شخص آخر، وينقسم إلى خلف خاص مثل المشتري والموهوب له والموصي له وإلى خلف عام وهم الورثة، وقد نصّت المادة 481 من المجلة المدنية أن " الورثة ومن أنجز له حق من الخصوم يعتبرون كالخصوم أنفسهم...."، واعتبر المشرع أيضا الورثة كالخصوم أنفسهم بموجب الفصل 152 من م.م.م.ت. وخول لهم استئناف الحكم الصادر ضد مورثهم، ونتيجة لذلك لا يمكنهم الاعتراض وكذلك الامر بالنسبة للخلف الخاص أو من أنجز لهم

حق من الخصوم، على انه من المتجه التفريق بين الأحكام الصادرة قبل تاريخ اكتساب الحق من طرف الخلف والاحكام الصادرة بعد ذلك التاريخ لأن الخلف يعتبر طرفا في الأحكام الأولى ولا يعدّ كذلك في الاحكام الثانية ويمكنه الاعتراض¹.

3 - الدائنون :

لم ينصّ المشرع التونسي على أن الدائن ممثل في الدعوى بواسطة مدينه إلا أن الفقه المقارن أكد ذلك واعتبر أن الدائن العادي ممثل في الدعوى بواسطة مدينه ولا يمكنه الاعتراض على الأحكام الصادرة ضد مدينه حتى وإن كانت له مصلحة في ذلك ويمكنه الطعن في تلكم الأحكام بطرق الطعن العادية أو غير العادية²، ونتيجة لذلك يتحمل الدائن جميع الآثار السيئة اللاحقة بالذمة المالية لمدينه نتيجة الأحكام القضائية وتسري هذه القاعدة على جميع الدائنين مهما كان نوع الضمان الذي يتمتعون به.

4 - شركاء الخصوم :

في صورة ملكية الطبقات ووفق ما تقتضيه أحكام الفصل 99 من مجلة الحقوق العينية إذا أثرت الدعوى ضد الأمين وكانت متعلقة بالمصالح المشتركة للشركاء فلا يمكن لهؤلاء الاعتراض على الحكم الصادر فيها.

¹ لدريس البلوي عبد اللّوي : القانون القضائي الخاص - طرق الطعن في الاحكام - سلسلة الكتب القانونية 1984 ص 95.

² CADIET = Droit judiciaire privé - paris 1998 - p 700

5 - استثناءات التمثيل :

إنّ الفقرة الاخيرة من الفصل 481 من المجلة المدنية اقتضت أن التواطؤ والتدليس يقطع رابطة التمثيل بين الخصوم وورثتهم ومن أنجز له حق منهم³، ومن ثم أن الشخص الممثل في الدعوى هو بمثابة الغير إذا تعرّض للغش أو الاحتيال أو ادعى أسبابا خاصة به أثناء سير النزاع ممّا يخول له الاعتراض على الحكم.

❖ الغش والاحتيال :

من المعلوم أن الغش يفسد كل شيء، ومن ثم إذا أثبت الطرف الممثل الغش أصبح غيرا ويخضع تقدير وجود الغش لسلطة القاضي الذي يستنتجه من وقائع القضية، ويكون الحكم في هذه الحالة معدوما ولا تكون له حجية باعتباره صادرا على من لم يكن ممثلا في الدعوى أو لم يتمّ إعلامه بالنزاع الجاري¹ ويمكن له الاعتراض على الحكم الذي أضّرّ بحقوقه.

❖ الأسباب الخاصة بالممثل :

إذا دفع أحد الممثلين في الدعوى بأسباب خاصة به تنقطع رابطة التمثيل ويصبح تبعا لذلك غيرا ومن حقه الاعتراض على الحكم المضّرّ بحقوقه²، ومن ذلك الدائن الذي يتمتع في نفس الوقت برهن عقاري وبرهن حيازي، وفي هذه الحالة يمكن الاعتراض على الحكم المتعلق بالدعوى العقارية بالاستناد إلى صفة الدائن الحيازي الذي يعتبر غيرا لأن الدائن المرتهن ممثل في الدعوى بواسطة مدينه في حدود الحقوق والالتزامات الراجعة له من هذا الاخير.

³ حمادي الرائد : اتصال القضاء في المادة المدنية- مذكرة للاحراز على شهادة الدراسات المعمقة في القانون الخاص - كلية الحقوق والعلوم السياسية - تونس - ص 77

¹ نبيل اسماعيل عمر : اصول المرافعات المدنية والتجارية - دار المعارف - ص 1200

² Roger Perrot : Droit judiciaire privé- p 747 -

ب - وجود إثبات الضرر :

يجب على المعارض إثبات أن حقوقه تضررت وفق أحكام الفصل 168 من م.م.ت. وهو ما يتوافق مع شرط المصلحة المنصوص عليه بالفصل 19 من م.م.ت. الذي نصّ على أن " حق القيام لدى المحاكم مخول لكل شخص له صفة وأهلية تخولانه حق القيام بطلب ما له من حق وأن تكون للقائم مصلحة في القيام..." ، وفي صورة الحال أن الاعتراض وسيلة لرفع الضرر الذي يلحق الغير من حكم لا يمتد أثره إليه وتعين تبعا لذلك التطرق لطبيعة الضرر ومصدره.

❖ طبيعة الضرر :

لقد اقتصر المشرع على التنصيص على شرط وجود الضرر دون تعريف أو تحديد لطبيعته وترك الأمر لاجتهاد قاضي الموضوع³ الذي اعتبر أن مفهوم الضرر في مادة الاعتراض يختلف عن غيره ويمكن أن يكون احتماليا لكن لا بد أن يكون شخصا سواء كان ماديا أو معنويا ومثال ذلك قبول محكمة التعقيب الفرنسية الاعتراض الذي أقامه الجدّ من الأب ضد الحكم الذي أسند نسب حفيده لزوج الام الثاني¹.

❖ مصدر الضرر:

إن الحكم المعارض عليه يجب أن يكون مصدر الضرر المراد إزالته، ومن ثم أن تقدير وجود الضرر يتم وقت صدور الحكم، وفي هذا الصدد اعتبر فقهاء القضاء "إن شرط إضرار الحكم المعارض عليه بحقوق المعارض يتوفر عند القيام بالاعتراض بمجرد الادعاء، على أن إثبات أو نفي هذا الادعاء بخصوص الضرر

³ القرار التعقيبي ع-66810-د المؤرخ في 22 سبتمبر 1999 - غير منشور.

¹ قرار تعقيبي فرنسي صادر في 27 أكتوبر 1981 - النشرة المدنية I-309.

فعلا من عدمه يقع حين النظر في أصل النزاع لما يقتضيه ذلك النظر من مناقشة واستقراء وتحريّ بشأن الدفوع والادلة المعروضة على المحكمة².

وهذا الضرر يجب اثباته طبقا للقواعد العامة للإثبات أي بجميع الوسائل ضرورة أن الأمر يتعلق بواقعة قانونية، ومن ثم إذا عجز المعارض عن إثبات الضرر يقع رفض اعتراضه أصلا لانتفاء المصلحة ولا يجب أن يكون ذلك سببا لرفض الاعتراض شكلا وهو ما أقرته محكمة التعقيب³.

❖ الفقرة الثالثة = الشروط المتعلقة بالآجال :

إن الطعن في الأحكام لا يقبل إلا ممّن كان طرفا في الدعوى الصادر فيها الحكم المطعون فيه شريطة أن تكون للطاعن مصلحة في الطعن وأن يتقيد بالآجال المحددة قانونا والتي حدّدت في جميع الطعون وبقيت مفتوحة في الاعتراض باعتبار أن الفصل 169 من م.م.ت. اقتضى أن " القيام بالاعتراض على الحكم يكون مقبولا مادام الحق المؤسسة عليه ذلك الحكم لم يضمحل....." ومن ثم أن الاجل مرتبط بالحق المؤسس عليه الحكم، ويمكن للغير أن يعترض على الحكم المضرّ به في أي وقت شاء ما لم يضمحلّ الحق الذي ارتكز عليه المعارض عليه وهو ما يطرح مسألة تحديد الطبيعة القانونية للآجل وبيان نظامه القانوني.

² القرار المدني ع-36820-د المؤرخ في 24 جوان 1993، م.ق.ت. عدد 6، 1993، ص 90.

³ القرار المدني ع-7668-د المؤرخ في 14 مارس 1983 - نشرة 1984 - ص 69.

أ - الطبيعة القانونية للأجل :

يعتبر البعض أنه يمكن تحديد أجل القيام بالاعتراض على أساس الفصل 257 من م.م.ت. والذي ينصّ على أنه " يبطل العمل بالحكم بمضي عشرين سنة من تاريخ يوم صدوره. "، وبالتالي أن الحكم الذي يسبب ضرراً للغير يبطل العمل به بعد عشرين سنة من تاريخ صدوره والاعتراض المقام به بعد هذا الاجل يكون غير مقبول¹، غير أن الإستناد على الفصل المذكور يتعلق بسقوط تنفيذ الاحكام، في حين ينص الفصل 169 من م.م.ت. على الحق المؤسس عليه الحكم وليس الحكم ذاته، وبذلك أن الاجل الذي يجب اعتماده هو أجل تقادم الحق وليس أجل سقوط الحكم وهو ما أقرّه التشريع العراقي² الذي اعتبر أن الاعتراض يبقى جائزاً ما لم يسقط الحق سواء نفذ الحكم على المحكوم عليه أو لم ينفذ، وبالتالي إن أجل القيام بالاعتراض هو أجل تقادم ويخضع لأجل التقادم المنصوص عليها بالفصل 384 من المجلة المدنية.

ب - النظام القانوني لأجل الاعتراض :

لقد سبق القول أن أجل القيام بالاعتراض ليس أجلاً مسقطاً بل هو أجل تقادم إلا أن الإشكال الذي لم يتمّ الخوض فيه هو كيفية تحديد الأجل (1) والعوارض التي ترد عليه (2).

¹ نور الدين الغزواني : الغير والنزاع المدني = القضاء والتشريع عدد 2 فيفري 1997 - ص 43 (بالفرنسية)

² محمد صادق بحر العلوم : دليل القضاء الشرعي - الجزء الاول - مطبعة النجف 1956 - ص 580.

1 - كيفية تحديد الأجل :

لقد تعددت آجال تقادم الحقوق في التشريع التونسي باعتبار أن الفصل 402 من المجلة المدنية اقتضى أن " كل دعوى ناشئة عن تعميم الذمة لا تسمع بعد مضي خمس عشرة سنة عدا ما استثنى بعد وما قرّره القانون في صور مخصوصة "، وبذلك أن المبدأ هو تقادم الحق بمضي خمس عشر سنة، وعلى هذا الأساس إذا صدر حكم في 1 جانفي 2005 بناء على عقد مبرم في 1 جانفي 2000 فإن الأجل الذي يمكن للغير أن يمارس أثناءه الاعتراض هو خمس عشرة سنة بداية من تاريخ إبرام العقد وليس من تاريخ صدور الحكم المعترض عليه، لكن الإشكال يطرح إذا كان الحكم المعترض عليه مؤسساً على عقد باطل بطلاناً مطلقاً، ومعلوم أن الأجل مرتبط بمصير دعوى البطلان المطلق، فإن كانت هذه الأخيرة لا تتقادم فإن أجل القيام بالاعتراض أبدي وإذا كان التقادم يسري على دعوى البطلان المطلق فإن الأجل مدته خمس عشر سنة، وأن الفقهاء مجمعون على أن البطلان المطلق يهم النظام العام والدعوى المتعلقة به لا تسقط بمرور الزمن³، وقد اعتبر فقه القضاء بأن " العقد الباطل لا تسري عليه أحكام الفصل 402 من المجلة المدنية التي لا تتعلق إلا بالعقود التي انعقدت صحيحة"⁴.

وبالإضافة إلى الأجل الطويل حدّد المشرع آجالاً أقصر وهي المذكورة بالفصل 408 من المجلة المدنية وقدرها خمس سنوات وهي المتعلقة بالرواتب والأجور المستحقة للموظفين سواء كانوا تابعين للدولة أم للأفراد والمذكورة بالفصل 14 من مجلة التأمين وقدرها سنتان من تاريخ الحادث التي تولّد عنه الضرر.

³ محمد الزين : العقد ص 214

⁴ القرار المدني ع11113 - عدد الصادر في 25 ديسمبر 1984 - نشرة محكمة التعقيب 1984

2 - عوارض الأجل :

إن آجال التقادم قابلة للتعليل والانتقطاع.

❖ تعليل الأجل :

لقد تمّ تعريف التعليل بكونه العملية الظرفية التي تحول مؤقتاً دون ممارسة الحق أو تنفيذ اتفاق، ولا يوجد التعليل إلا مع بداية سريانه إذ قد ترد بعض الأسباب التي تؤدي إلى تعليل أجل التقادم الذي يكون قد بدأ مثل انعدام الاهلية عملاً بأحكام الفصل 392 من المجلة المدنية و 391 التي اقتضت أن الدعوى لا تسقط بين الزوجين وفيما بين الوالدين وأولادهما وكذلك بالنسبة للغائب عملاً بأحكام الفصل 392 من نفس المجلة. كما يعلق سريان أجل التقادم القوة القاهرة الخاضعة لتقدير قاضي الموضوع، ويترتب على تعليل أجل التقادم عدم اعتبار الأجل الذي علق السريان خلاله من أصل أجل التقادم، وعند زوال السبب يستأنف سريان التقادم من جديد مع الأصل السابق للتعليل.

❖ انقطاع الأجل :

لقد تمّ تعريف الانقطاع بكونه وقف لسريان التقادم لأسباب يحددها القانون. ولقد حددت أسباب الانقطاع بالفصلين 396 و 397 من المجلة المدنية، وقد تكون هذه الأسباب صادرة عن الدائن كمطالبة المدين بمطالبة قضائية أو بماله تاريخ ثابت أو اتخاذه لعمل من الأعمال لحجز أموال المدين كما يكون سبب انقطاع أجل التقادم صادراً عن المدين في شكل اعتراف صريح أو ضمنى بحق الدائن، وتبعاً لذلك يمكن لصاحب الحق المطالبة به أمام القضاء قبل تقادمه، وتقطع المطالبة القضائية الأجل حتى وإن رفعت أمام محكمة غير مختصة أو كانت الإجراءات باطلة، كما ينقطع أجل التقادم بفعل الدائن إذا وجه إلى مدينه إنذاراً ثابت التاريخ يفصح فيه عن نيته في عدم إهمال حقه وكذلك الأمر بالنسبة لاتخاذ

الأعمال القانونية لحجز أموال المدين، كما أن الاعتراف بحق الدائن قاطع للتقادم، وعلى كل ومهما كان السبب الذي أدى إلى قطع أجل التقادم فإنه يترتب عنه زوال مفعول الأجل الذي انقضى قبل الانقطاع ويبدأ سريان أجل تقادم جديد عند زوال سبب الانقطاع ولا يسري انقطاع أجل التقادم على غرار التعليل إلا في حق الدائن باعتبار أن إجراءات التقاضي لا تهم إلا أطراف الدعوى لأن الآثار الناتجة عن رفع الدعوى لا تهم المدعى والمدعى عليه ولا تتعدى للغير باستثناء انتفاع أحد الدائنين المشتركين بالخيار بالأعمال التي تقطع أجل التقادم الذي انتفع به بقية الدائنين عملاً بأحكام الفصل 169 من المجلة المدنية، في حين أن انقطاع أجل التقادم في حق أحد المدينين المتضامنين لا يسري على الباقيين منهم عملاً بأحكام المادة 186 من نفس المجلة، ومن ثم على الغير المعترض التقيد بأجل تقادم الحق المؤسس عليه الحكم الذي هو نفسه أجل تقادم الدعاوى.

❑ الفقرة الرابعة = إجراءات القيام بالاعتراض :

إن رفع الدعوى ليس أمراً هيناً ويسيراً طالما أن النظام القضائي يشتمل على عدة محاكم ولكل واحدة اختصاص معين وتنتظر الدعوى وفق شكلية خاصة، وبالتالي يتسم الاعتراض على الحكم بشكليات خاصة (ب) أمام المحكمة التي أصدرت الحكم المعترض عليه (أ) وذلك عملاً بأحكام الفصل 170 من م.م.ت.

أ - المحكمة المختصة بنظر الاعتراض :

إن الاعتراض وعلى خلاف الاستئناف أو التعقيب يرفع لدى المحكمة التي أصدرت الحكم المعترض عليه لغاية نقض الحكم وإعادة صياغته من جديد¹ وهو ما اقتضته أحكام الفصل 170 م.م.ت. إلا أن هذا الموقف قد يطرح إشكالات كطرح مسائل خارجة عن اختصاص المحكمة المصدرة للحكم، وفي هذا الصدد

¹ نور الدين الغزواني : محاضرات في الإجراءات المدنية - 183 ص 156

اعتبر فقه القضاء الفرنسي أنه على المحكمة أن تنتظر ما هو راجع لها بالاختصاص وتحيل الجزء الثاني إلى المحكمة المختصة². أما إذا وقع استئناف الحكم المعارض عليه من قبل أطرافه الأصليين فإن المحكمة الابتدائية تفقد اختصاصها للنظر في الاعتراض على الحكم الصادر عنها، وفي هذه الحالة يمكن للغير التداخل أمام محكمة الاستئناف³ والانتظار إلى أن يصدر الحكم ويعترض عليه، غير أنه إذا وقع استئناف بعض أجزاء الحكم الابتدائي تبقى المحكمة الابتدائية مختصة بالنظر في الاعتراض على المسائل التي لم يشملها الاستئناف لاكتسابها قوة الأمر المقضي إلا إذا كان موضوع الدعوى غير قابل للقسمة.

ب - شكليات القيام بالاعتراض :

أجمع الفقهاء على أن الاعتراض خصومة جديدة ويقام به طبقا للأحكام العامة لرفع الدعاوى ومطلب الاعتراض خاضع لنفس شروط عريضة الدعوى ويترتب عن الإخلال بإجراءاته نفس الجزاء المقرر للإخلال بعريضة الدعوى.

1 - صيغة مطلب الاعتراض :

إن مطلب الاعتراض تختلف صيغته باختلاف المحكمة المصدرة للحكم المعارض عليه، غير أنه توجد أحكام عامة حددتها الفصول 68 إلى 129 من م.م.ت. وأحكام خاصة.

❖ الأحكام العامة :

اقتضى الفصل 68 م.م.ت. أن إنابة المحامي وجوبية في جميع الدعاوى باستثناء دعاوى الأحوال الشخصية ودعاوى الشغل والدعاوى الاستعجالية ولدى

² T. com. Seine. 30 Avril 1954 – Gaz Palais 1954 – 1 p - 367

³ الفصل 153 من م.م.ت. الذي خول التداخل لمن له حق الاعتراض

قاضي الناحية وعريضة الدعوى يجب أن تتضمن اسم كل واحد من الخصوم ولقبه وحرفته ومقره وصفته وملخص وقائع الدعوى والأدلة التي تعتمد عليها وطلبات المدعي وضرورة تضمينه العريضة الأسانيد القانونية وإنذار المطلوب بوجوب تقديم جوابه كتابة بواسطة محام مصحوبا بما لديه من مؤيدات في أجل أقصاه تاريخ الجلسة المعنية بالاستدعاء وذلك احتراماً لمبدأ المواجهة بين الخصوم ويجب على الطالب أن يقوم بخلاص المعاليم القانونية ويعفى من الخطية المسعفون بالإعانة العدلية والدولة، ثم يقوم الطالب بتبليغ نظير من عريضة الدعوى للمطلوب مصحوبة بنسخ من المؤيدات بواسطة عدل منفذ، مع العلم أن الاستدعاء لدى الناحية ودوائر الشغل تتولاها كتابة المحكمة بواسطة أحد أعوان المحكمة أو السلطة الإدارية إلا أنه يمكن للقاضي إذا رأى مصلحة في ذلك الإذن باستدعاء المطلوب بواسطة عدل منفذ أو بمكتوب مضمون الوصول مع الإعلام بالبلوغ أو بالطريقة الإدارية.

❖ الأحكام الخاصة :

يجب على المعارض وبالإضافة إلى الأحكام العامة الاستجابة لبعض الشروط الخاصة ومن ذلك ضرورة ذكر اسم ولقب وحرفة وصفة كل واحد من أطراف الحكم المعارض عليه وليس اسم المحكوم لفائدته فقط باعتبار أنه يترتب على الاعتراض إعادة نشر القضية من جديد عملاً بأحكام الفصل 173 من م.م.ت. وبالإضافة إلى ذلك يجب تأمين مبلغ الخطية بقباضة التسجيل والتي تسلط على المعارض في صورة رفض اعتراضه، كما أن المعارض ملزم بالادلاء بنسخة من الحكم المعارض عليه والأدلة التي تثبت أن هذا الحكم قد مسّ بحقوقه وثبتت صفته كغيره.

1 - جزاء الإخلال بالإجراءات :

لقد رتب المشرع على الإخلال بإجراءات الاعتراض البطلان، أما عدم احترام أجل تقديم المطلب فجزاؤه السقوط مما يتعين التعرض لهذين المسألتين.

❖ البطلان :

لقد عرّف الفقهاء¹ البطلان بكونه الجزاء الذي يلحق بعمل قانوني مشوب بعيب في الشكل أو مخالفة قاعدة أساسية، ولقد أخذ المشرع التونسي بموجب الفصل 14 م.م.ت. بقاعدة " لا بطلان بدون نص " بموجب الفقرة الأولى وهو بطلان مطلق لمساسه بالنظام العام وتعلقه بالإجراءات الأساسية وتثيره المحكمة من تلقاء نفسها، وتقرّ الفقرة الثانية قاعدة " لا بطلان بدون ضرر " وهو بطلان نسبي ومقيد بتمسك المتضرر به قبل الخوض في الأصل². ولقد أثار تعريف الإجراءات الماس بالنظام العام أو بالإجراءات الأساسية صعوبة كبيرة لدى فقه القضاء إلا أن عمل محكمة التعقيب استقرّ على اعتبار العديد من المسائل تهم النظام العام كمخالفة إجراءات التبليغ الواردة بالفصل الخامس وما بعده من م.م.ت. وعدم مراعاة آجال الحضور وعدم تقديم نسخة من الحكم الابتدائي وعدم مراعاة أجل الطعن³، أما الإجراءات الأساسية التي ينجرّ عن عدم احترامها البطلان فهي إمضاء العدل المنفذ على كل من الاصل والنظير⁴ وتبليغ نظير الاعلام حسب الفقرة الثانية من

¹ أحمد أبو الوفاء : أصول المرافعات المدنية والتجارية - مسألة المعارف الاسكندرية - مصر - ص 465.

² القرار المدني عدد 918 في 24 ديسمبر 1962 - نشرية محكمة التعقيب 1962 - ص 69

³ القرار المدني عدد 5775 في 28 جانفي 1969 - نشرية محكمة التعقيب 1969 ص 13

⁴ الدوائر المجتمعة عدد 27728 في 13 أبريل 1995 - قرارات الدوائر المجتمعة 1995 - ص 34

الفصل الثامن من م.م.ت. ⁵ وإنابة محامي لدى الاستئناف ⁶، وفي المقابل قضت أن تأمين الخطية من المعارض في الدعوى الاعتراضية ليس من الإجراءات الأساسية التي يترتب على الإخلال بها البطلان بل هو اجراء ترتيبى يمكن تداركه ما دامت القضية في الطور الإجرائى ⁷

❖ السقوط :

لقد تمّ تعريف السقوط بكونه الجزاء الذي يطال صاحب حق لعدم إنجازهِ التزاماً محمولاً عليه في الأجل القانونى بمنعه من إتمام ذلك الالتزام، وفي صورة الحال يتعلق الأمر بأجل الاعتراض لدى المحكمة المختصة، ومعلوم أن الإخلال بالأجل جزاؤه السقوط مثلما اقتضاه الفصل 13 من م.م.ت. التي نصّ على " أن المسقطات وجوبية وتثيرها المحكمة من تلقاء نفسها " ومن ثمّ إذا تمّ القيام بالاعتراض خارج الأجل المتعلق بالحق المؤسس عليه الحكم فإنّ المحكمة ملزمة بالقضاء بسقوط الاعتراض وذلك عملاً بأحكام الفصل 169 م.م.ت.

المبحث الثاني - آثار الاعتراض :

يترتب على تقديم الاعتراض للمحكمة المختصة آثاراً مختلفة عن الآثار المترتبة عن بقية الطعون (الفقرة الأولى) وهذا الاختلاف يتدعم بصدور الحكم في الدعوى الاعتراضية (الفقرة الثانية).

⁵ القرار عدد 10384 في 13 جانفي 1987.

⁶ القرار عدد 1776 في 23 أبريل 1972 - نشرية محكمة التعقيب 1972 ص 50

⁷ القرار المدني عدد 1736 - 26 أبريل 1979 - نشرية محكمة التعقيب 1979 ص 206.

الفقرة الأولى = آثار تقديم الاعتراض :

إن تقديم الدعوى لا يؤثر على تنفيذ الحكم المعارض عليه الذي يبقى قابلاً للتنفيذ ما لم يقرر رئيس المحكمة أو القاضي المتعهد خلاف ذلك بناء على طلب ولا تحول مواصلة التنفيذ أو إيقافه دون إعادة النزاع من جديد.

أ - الأثر على تنفيذ الحكم :

عملاً بأحكام الفصل 172 من م.م.ت. فإنه لا يترتب عن تقديم الاعتراض إيقاف تنفيذ الحكم المعارض عليه (1)، إلا أن هذا المبدأ له استثناء يتمثل في امكانية وقف التنفيذ من قبل رئيس المحكمة أو القاضي المتعهد بالقضية بموجب طلب (2).

1 - مبدأ عدم وقف التنفيذ :

لقد نصّ الفصل 172 م.م.ت. أن " الاعتراض لا يوقف تنفيذ الحكم المعارض عليه...."، ولعلّ هذا الموقف اتخذه المشرع بقصد سدّ الطريق أمام المحكوم عليهم لاستجلاب شخص أجنبي عن النزاع للاعتراض على الحكم الصادر ضدهم وتعطيل تنفيذه تشفياً من المحكوم لفائدته وربحاً للوقت وهو ما يسميه الفقهاء بالاعتراض المستجدي¹، إلا أن هذا المبدأ لا يؤخذ على إطلاقه ويمكن إيقاف تنفيذ الحكم المعارض عليه إذا توفرت عدة شروط.

¹ Perrot – Cours de droit judiciaire privé – p 751

2 - الاستثناء :

لقد اقتضى الفصل 172 م.م.ت. أنه بالإمكان طلب وقف تنفيذ الحكم المعارض عليه إلى رئيس المحكمة أو الحاكم الراجع له النظر في الاعتراض، ويقع تقديم المطلب والنظر فيه طبقاً لإجراءات القضاء الاستعجالي الواردة بالفصل 201 م.م.ت. وذلك بتقديم عريضة مستقلة عن مطلب الاعتراض وتشتمل على اسم ولقب وحرفة ومقرّ المعارض وموضوع الطلب والمحكمة أو الحاكم الواقع الاستدعاء للحضور لديه وزمن الحضور ساعة ويوماً وشهراً وسنة ويكون الاستدعاء بواسطة عدل تنفيذ ويجب أن لا يقلّ ميعاد الحضور عن ثلاثة أيام غير أنه يجوز للقاضي اختصار الاجل عند قيام حالة التأكد الشديد ويعفى المعارض من واجب الادلاء بعلامة الاعلام بالبلوغ مع عريضة الدعوى في صورة تبليغ العريضة وفق أحكام الفصل الثامن من م.م.ت.. ويتمّ النظر في القضية الاستعجالية والحكم فيها وفق أحكام الفصل 45 م.م.ت. التي توجب إجراء محاولة صلحية بين المعارض والمطلوب فإن تعذرّ الصلح يصدر القاضي قراره بالرفض أو بالإيجاب. ويتمتع القاضي بسلطة تقديرية واسعة لتقدير الضرر الذي قد يحصل من تنفيذ الحكم وعلى المعارض إثبات ذلك واستحالة الرجوع بالحالة إلى ما كانت عليه إذا ما تمّ التنفيذ²

مع العلم أن القرار القاضي بتعطيل التنفيذ لا يقبل أي وجه من أوجه الطعن ولو بالتعقيب، وبالتالي أن القرار القاضي برفض مطلب إيقاف التنفيذ ومواصلة إجراءات التنفيذ قابل للطعن، فإن كان ابتدائياً يتمّ الطعن أمام محكمة الاستئناف وإن كان نهائياً يطعن فيه أمام محكمة التعقيب وذلك عملاً بأحكام الفصل 208 من م.م.ت.

² Martin De l'utilité de la tierce opposition – GP 1992 – P2

ب - إعادة نظر النزاع من جديد :

إن القرار المتمثل في قبول الطعن شكلا يترتب عنه إعادة فتح النزاع بين المعارض وأطراف الحكم الأصلي وذلك عملاً بأحكام الفصل 173 م.م.ت. التي نصّت على أنه " يترتب على الاعتراض إعادة نشر القضية من جديد " وهو ما طبقه فقه القضاء¹ واستقرّ عليه العمل غير أن الإشكال الذي طرح يتمثل في طبيعة الاعتراض أهو خصومة جديدة أو مواصلة للدعوى الأصلية، وترى محكمة التعقيب أن الاعتراض خصومة جديدة ولا يمكن أن يكون امتداداً للدعوى الأصلية الصادر فيها الحكم المعارض عليه² باعتبار أن القاضي المختص يعيد النظر في النزاع من جديد وفق الإجراءات المتبعة أمام المحكمة المعارض لديها طبقاً للفصل 171 م.م.ت. الذي نصّ صراحة على أنه "تنطبق على الاعتراض الأحكام الخاصة بالمحكمة الواقع الاعتراض لديها"، وفي صورة الحال وباعتبار أن الاعتراض على حكم استعجالي فإنه يتمّ اتباع الإجراءات الاستعجالية ويتمّ إعادة النظر في الدعوى من جديد واقعا وقانونا ويكون القاضي المتعهد غير ملزم باتباع تكييف الوقائع أو الأسانيد القانونية التي اعتمدها الحكم المعارض عليه ولا يمكن للمعارض التوسع في موضوع الدعوى وتقديم طلبات جديدة³ باعتبار أن مجال نظر القاضي المتعهد ينحصر في ما تسلط عليه الاعتراض ولا يجوز للقاضي البتّ في مسائل لم يتناولها الحكم المعارض عليه، لكن هل يجوز للمعارض ضده القيام بدعوى معارضة ؟ هذا الإشكال لم يتمّ بسطه على المحاكم التونسية بعكس فقه

¹ القرار المدني ع-10469-دد - 26 فيفري 1985 - نشرية محكمة التعقيب 1986 - ص 73

² القرار المدني ع-393-دد في 6 جانفي 1977 - نشرية محكمة التعقيب عدد 2 فيفري 1978 - ص 51

³ C.A de Paris - 31 mars 1962 - RTD civil 1963 - p 166.

القضاء الفرنسي الذي أقرّ بهذه الإمكانية⁴، وتعيّن تبعا لذلك الرجوع للأحكام العامة المنظمة للدعوى المعارضة وذلك بالفصول 28، 29 و 227 م.م.ت. ويتبين أنه لا يمكن القيام بهذه الدعوى لدى محاكم أول درجة وذلك تطبيقاً لمبدأ التقاضي على درجتين. كما أن معظم فقهاء القانون⁵ المقارن أقرّوا بإمكانية القيام باعتراض عرضي أثناء النظر في دعوى أصلية، وفي هذه الصورة يتخذ شكل الدعوى المعارضة وإذا كانت المحكمة المتعّدة بنظر الاعتراض العرضي مختصة فإنها تنتظر الطلب وإن كانت غير مختصة أو أقلّ درجة من المحكمة التي أصدرت الحكم المعارض عليه فعليها القضاء بالتخلي لعدم الاختصاص، وفي هذه الحالة يمكن للقائم بالاعتراض العرضي طلب وقف الدعوى بخصوص الاعتراض الأصلي إلى حين البتّ في الاعتراض العرضي.

كما أنه بالإمكان التداخل أثناء نظر الدعوى الاعتراضية باعتبار أن الاعتراض دعوى جديدة، وبالرجوع إلى الفصول 224 و 225 م.م.ت. يتبين أنه بالإمكان القيام بذلك وأقرّ فقه القضاء الفرنسي هذه الإمكانية⁶.

II الفقرة الثانية = آثار الحكم الصادر في الاعتراض :

تتظر المحكمة في بادئ الأمر شكليات الاعتراض وتقرّر قبوله إذا ما استوفى شروطه ثم تمرّ إلى المرحلة الثانية وهو النظر في النزاع من جديد وتصدر حكمها بقبول الاعتراض إذا كان مؤسساً وقدم المعارض مؤيداته (أ) أو برفض الاعتراض إذا لم يقدم المعارض أن ضرراً قد لحقه من جرّاء هذا الحكم (ب).

⁴ C.A. Paris - 31 mars 1962 - précité

⁵ Perrot Roger : Cours de droit judiciaire privé - p746

⁶ C.A. Basse. Terre 17/12/1986 - Juris- date n° 40501

أ - آثار الحكم الإيجابي :

اقتضى الفصل 173 من م.م.ت. في فقرته الثانية أنه "ولا تأثير للحكم بقبول مطلب الاعتراض على غير حقوق المعارض ولا ينتفع بذلك من صدر عليه الحكم المعارض عليه إلا إذا كان موضوع النزاع غير قابل للقسمة"، ومؤدى ذلك أن الحكم القاضي بقبول الاعتراض له أثر نسبي ويقتصر على المعارض وعلى القبول الشكلي باعتبار أن حقوق المعارض لا يتم البت فيها إلا بعد النظر في أصل الدعوى وإصدار المحكمة لحكمها وتتولى إما نقض الحكم أو مراجعته لصالح الغير باستثناء الحالة التي يكون فيها موضوع الدعوى غير قابل للقسمة.

1 - الأثر النسبي للحكم القاضي بقبول الاعتراض :

من المعلوم أن الحكم لا يهّم إلا أطرافه أي المدعي والمدعى عليه أو الطاعن والمطعون ضده إلا أنه في حالة الاعتراض لا يهّم إلا المعارض باعتبار أن الأثر يتمثل في إزالة الضرر الذي لحق المعارض دون غيره، ولقد استقرّ عمل المحاكم على هذا الرأي¹، ويتسم أثر الحكم بقبول الاعتراض بمحدودية نطاقه باعتبار أنه لا يشمل إلا الأجزاء التي تسلط عليها الطعن مما جعل الفقهاء يعتبرون أنه لا يمكن التوسع في موضوع الدعوى وذلك بإبداء طلبات جديدة²، وإن الأثر الأساسي للحكم القاضي بقبول الاعتراض هو عدم معارضة الغير بالحكم المعارض عليه والصادر في دعوى لم يكن طرفاً فيها، ومن ثم يجدر التساؤل عن الغاية من الاعتراض إذا كان للحكم المعارض عليه أثر نسبي ولا يطل المعارض في الحقيقة، وفي بعض الأحيان يبدو الاعتراض ضروريا خاصة في صورة مباشرة

¹ القرار المدني ع-10469-د الصادر في 26 فيفري 1985 - نشرية محكمة التعقيب - 1986 - ص 73.

² MARTIN : Tierce opposition - fax 742 - p 4

التنفيد أو في الصور الذي يتعرض فيها الغير للغش والاحتياال المرتكب من طرف ممثله في الدعوى، مع العلم أن الحكم القاضي بقبول الاعتراض لا يتمتع بحجية الأمر المقضي به تجاه الغير الذي يمكنه بدوره الاعتراض¹ مهما كانت طبيعة الحكم، غير أن هذا المبدأ له استثناء.

2 - عدم قابلية موضوع النزاع للقسمة :

اقتضى الفصل 173 م.م.ت. أنه لا تأثير للحكم بقبول مطلب الاعتراض على غير حقوق المعارض ولا ينتفع بذلك من صدر عليه الحكم المعارض عليه إلا إذا كان موضوع النزاع غير قابل للقسمة.

إلا أن المشرع لم يعرف النزاع غير القابل للقسمة ولم يحدّد حالاته، وباعتبار أن الدعوى هي مفهوم قانوني مجرد ومن الصعب أن تكون في حد ذاتها معيارا لتحديد قابليتها للقسمة من عدمه، فالمقصود هو الالتزام أو الحق غير القابل للقسمة، وتعين الرجوع إلى الأحكام العامة، وفي هذا الصدد اقتضت الفصول من 191 إلى 195 من المجلة المدنية أن الالتزام يكون غير قابل للقسمة بالاستناد إلى موضوعه وطبيعة المحل الذي يرد عليه أو بالنظر إلى الشروط التي وضعت في شأنه أو إلى النص القانوني الذي أقرّ عدم القسمة². وليكون الالتزام غير قابل للقسمة يجب أن يكون أطرافه متعدّدون وسيان كان التعدّد في جانب الدائنين أو المدينين أو فيهما باعتبار أنه في حالة عدم التعدّد تطبق قاعدة عدم جواز قسمة الوفاء بالالتزام حتى وإن كان قابلا للقسمة³. وفي صورة الحال أن الحكم الصادر

¹ فتحي والي : قانون القضاء المدني - دار المعارف - مصر - ص 1001

² أنور سلطان : أحكام الالتزام - دراسة مقارنة في القانون المصري واللبناني - دار النهضة العربية - بيروت 1983 - ص 297

³ زهرة الاطرش : الالتزامات غير قابلة للقسمة - ماجستير 1998 ص 6 - كلية الحقوق والعلوم السياسية - تونس

في الدعوى الاعتراضية والقاضي بقبول الاعتراض يفقد أثره النسبي ويسري على كافة عندما يكون النزاع الصادر فيه الحكم غير قابل للقسمة ولا يمكن معرفة ذلك إلا عند التنفيذ وهي حالة الاستحالة المادية والمنطقية لتنفيذ الحكمين معا لاتحاد الموضوع بينهما اتحادا كلياً، ولقد سبق لفقه القضاء الفرنسي أن تطرق لهذه الحالة، ومن ذلك القرار الصادر عن محكمة الاستئناف بأجان في 31 جانفي 1950 والذي ورد به " أن الحكم المنقوض بالاعتراض تجاه احد الأطراف يجب أن يكون أيضا تجاه بقية الأطراف إذا كان موضوع النزاع غير قابل للقسمة، ومعنى ذلك أن الحكم المعترض عليه متعارض مع النتيجة التي انتهى إليها الحكم الصادر في الاعتراض ⁴، كما أن المثال أكثر شيوعا لعدم قابلية موضوع النزاع للقسمة هو ذلك الذي تم إيراده من القضاء الفرنسي والمتمثلة وقائعه في أن محكمة الاستئناف أصدرت حكما باستحقاق شخص لعقار معين فاعتراض عليه شخص آخر وتم الرجوع في الحكم الأول في حق المعترض غير أنه لا يمكن تنفيذ الحكمين في نفس الوقت واعتبرت المحكمة أن أثر حكمها يسري على جميع الأطراف وأقرت محكمة التعقيب هذا القرار¹ وأكد الفقهاء هذا المنحى بالقول أن " الاعتراض في مادة غير قابلة للقسمة له أثر ليس مطلق بل أثر أوسع من الاثر النسبي والشخصي ويمتد إلى كل الأطراف...." ²

⁴ محكمة الاستئناف بأجان 31 جانفي 1950 - مجلة القصر 1950 - مجلة القصر 1950 - 5
142 -

¹ MARTIN : Tierce opposition - fas 742 n° 30 p 5
² Cassation - 16 nov 1970 - Bulletin civil III n° 595.

ب - آثار الحكم القاضي برفض الاعتراض :

اقتضى الفصل 174 م.م.ت. أنه " إذا رفض مطلب الاعتراض يحكم على المعترض بالخطية المؤمنة بدون أن يكون ذلك مانعا من الحكم عليه بغرم الضرر للخصم إن اقتضى الحال ذلك " ، ومن ثم إذا رأت المحكمة وجها للحكم على المعترض بغرم الضرر يجب توفر شروط المسؤولية المدنية وهي الخطأ والضرر والعلاقة السببية بين الخطأ والضرر ³ إلا أن السؤال المطروح على أن المحكمة تحكم بالتعويض من تلقاء نفسها أم لا بد أن يطلب منها ذلك إنه من المعلوم أنه لا يقضي للأطراف إلا بطلب وإلا عدّ قضاء بأكثر مما طلبه الخصوم ⁴ .

وإن إقرار المشرع لحجز الخطية وحق التعويض للمعترض ضده عندما يقضي برفض الاعتراض فإن مردّه إلى حرص المشرع على تقادي الاعتراضات الكيدية التي تتقل كاهل المحاكم، كما أن المشرع يشجع على عدم الاعتراض على الأحكام وذلك عندما خول للمحكمة بالإذن بإرجاع المال المؤمن بعنوان الخطية إذا رجع المعترض في اعتراضه، لكن هذا الإعفاء اختياري للمحكمة لأن الرجوع في الاعتراض يراه بعض الفقهاء دليلا على عدم جديته ⁵، ورأت محكمة التعقيب بأن الرجوع في الاعتراض لا يعني التسليم بالحكم المعترض عليه ويمكن التمسك بالأثر النسبي للأحكام أما إذا لم يتم الرجوع وقضت المحكمة برفض الاعتراض فإن الحكم المعترض عليه ينتج جميع آثاره تجاه المعترض ويكتسب حجية الأمر المقضي به في حقه مما لا يمكنه الاعتراض عليه مرة أخرى إلا أنه بإمكانه الطعن فيه بوسائل الطعن العادية كالاستئناف إذا كان الحكم ابتدائي الدرجة والتعقيب أو التماس إعادة النظر إذا كان الحكم نهائيا، ويجب لتحديد درجة الحكم الاعتداد بالحكم الاعتراضي وليس بالحكم المعترض عليه، ويجب لممارسة الطعن توفر

³ محمد الزين : النظرية العامة للالتزامات - العقد - تونس 1993 - 276

⁴ أحمد أبو الوفاء : المرافعات المدنية والتجارية - منشأة المعارف - الاسكندرية ص 786 -

⁵ Vincent et GUINCHARD - Procédure civile- Dalloz - Paris 1978- p 871

المصلحة ممّا يعني أنه لا يمكن إلا للمعتراض الطعن في الحكم الاعتراضي القاضي برفض الاعتراض أما أطراف الحكم الأصلي فليست لهم الصفة للطعن فيه¹.

وخلاصة القول ومجمله وبعد استعراض الآراء الفقهية الراسخة فلقد بات من الثابت أن الأحكام الاستعجالية لا تقبل الطعن بالاعتراض لكونها أحكاماً وقتية وليست لها قوة ثبوتية باعتبار أن القاضي الاستعجالي لم ينظر في أصل النزاع ولم يستند على مؤيدات لإصدار حكمه، غير أن هذا المبدأ عرف بعض الاستثناءات ومن ذلك أن بعض الأحكام ولئن كانت استعجالية فلقد بتت في أصل النزاع ومن ذلك الأحكام القضائية بالخروج لعدم الصفة أو لانفساخ العقد على أساس الفصل 23 من قانون الأكرية التجارية، ومن ثم وطالما تم إقرار إمكانية الاعتراض ضد هذه النوعية من الأحكام فإن الإجراءات المتبعة ومثلما سلف بيانه هي الإجراءات المقررة في الاعتراض العادي ضد الأحكام القطعية وتترتب نفس الآثار سواء عند عدم قبول الاعتراض شكلاً أو قبوله والرجوع في الحكم الأصلي بالنسبة للمعتراض دون سواء إذا كان موضوع الدعوى قابلاً للقسمة، أما إذا كان غير قابل لذلك فالحكم يترتب آثاره في معارضة جميع الأطراف الأصليين.

التقرير الختامي

البشير المنوبي الفرشيشي
الأستاذ بكلية الحقوق والعلوم السياسية
بتونس والمحامي لدى التعقيب

1 - التقرير التمهيدي لملتقى "القضاء الاستعجالي" لم يكن افتتاحياً أو تقديمياً فقط كما يوحي به نعت المنعوت وإنما تميز بتحديد العمادين الأساسيين لهذا القضاء وهما: الزمان والميزان¹. وإن كان المقصود بالزمان هو الساعة أو المرواحة بين البطء والسرعة فالميزان يعني القسط والعدالة. وفي هذا المضمار يقول صاحب تحفة التحف واصفا قضاء القاضي:

"منفذ بالشرع للأحكام

له نيابة عن الامام

واستحسن في حقه الجدالة

وشرطه التكليف والعدالة"².

وأما العلامة بن خلدون فقد تعرض بقلمه السيل وأسلوبه الفتان الى الميزان بدقة المبدع الفنان معتبراً انه لاسبيل لعمارة الا بالعدل والعدل الميزان المنصوب بين الخليفة".

2 - ما من شك ان المداخلات المتنوعة والعديدة البالغة رقماً هائلاً³ تناولت باطناب أهمية الزمن في القضاء الاستعجالي. كما ان جميعها توقف ملياً أمام مسألة وجوب المعادلة الصعبة بين الاسراع في فض النزاعات المتأكدة وبين تحقيق الضمانات اللازمة.

¹ (نذير بن عمو، راجع مطلع هذا الكتاب.

² O.Houdas.F.Martel :

تحفة ابن عاصم، موسوع التشريع الاسلامي (بالفرنسية والعربية)، الجزائر، 1882 ص7

³ (11 محاضرة اضافة الى التقريرين الافتتاحي والختامي.

¹ Cassation civile – 23/1/1973 – Bull. civi. III n° 65.

وإذا كان- القضاء الاستعجالي معرقاً تعريفاً عاماً بأنه الاجراء الاستثنائي والمختزل الهادف الى اتخاذ قرار قضائي مؤقت في المسائل المتنازع عليها غير القابلة للتأخير، فهو دواليك في مساس الحاجة الى احترام عديد القيود المؤسسة على فكرة عدم اهمال الضمانات التي اذا ما انتزعت من أي قضاء صار قضاء فضفاضاً هشاً وغير مؤهل لا يصال الحقوق الى اصحابها.

وعليه فان هاجس الاسراع لا يجب ان يغيب ضرورة المحافظة على حماية الحقوق من خلال اصدار القرارات المستعجلة دون حصول الاضرار. ومثل هذه المعادلة فرضت على المشرع منذ الاستقلال وضع منظومة قانونية مزدوجة تنهض على ساقين: قضاء عادي اصلي هو المرجع والمبدأ وقضاء استعجالي وقتي هو التابع وهو الاستثناء.

3 — لاجدال ان ميزة هذا الملتقى برزت خاصة في تمكين رجل القانون من اجراء تقييم دقيق وعميق للمكونات الاساسية للقضاء الاستعجالي وخصائصه¹ والتفكير في الجواب عن السؤال التالي: هل صمد هذا القضاء أمام التطورات السريعة والمستجدات العجيبة التي تهدد ركنيه التقليديين المتمثلين في كونه قضاء استثنائياً منحصراً في حالات معدودة ولا يمت لاصل النزاع باي صلة؟

4 — إن التحاليل القيمة والاثارات الرشيفة والتأليفات الممتعة التي تحلت بها محاضرات الملتقى تستدعي ابداء ملحظين هامين. الاول، ان القضاء الاستعجالي ليس قضاءً مستقراً في الزمن فهو مؤسسة زاحفة بنسق هائل و مثير للجدل الى حد التساؤل حول وجوب بقاء صبغته الاستثنائية من عدمه؟ (الجزء الاول). وأما الملحظ الثاني فهو مكمل في الحقيقة للاول باعتبار ان الزحف الملاحظ من خلال

¹ راجع خاصة المحاضرات الواردة بهذا الكتاب:

— مفهوم التأكد ، منير العياري

— مفهوم عدم المساس بالاصل، حمادي الرايس.

جل المحاضرات يفضي حتما الى تغيير المزج التقليدي بين القضاء العادي والقضاء الاستعجالي الى درجة تشييب ان لم نقل تشويه صورة التوازي بين هذين القضائين (الجزء الثاني).

الجزء الاول: زحف القضاء الاستعجالي.

5 — لقد أثبتت المداخلات والنقاشات بمناسبة هذا الملتقى انه تم نزع ثوب الاستثناء عن القضاء الاستعجالي واكسائه قوة اكتساح عديد المجالات التي جعلت منه قضاءً متساوياً مع القضاء العادي الاصلي اذا لم يكن متفوقاً عنه في بعض الحالات. وما من شك ان تجليات هذا الزحف المتواصل (الفقرة الاولى) لها عدة أسباب أبرزتها معظم المحاضرات (الفقرة الثانية).

الفقرة الاولى: تجليات زحف القضاء الاستعجالي.

6 — ان النشأة الاستثنائية للقضاء الاستعجالي لم تعمّر طويلاً. فبعد ان اقتصر ميدانه على بعض المسائل الخاصة بالمنظمة بمجلة المرافعات المدنية والتجارية (أ) راح هذا القضاء يغزو المواد القانونية الواحدة تلو الاخرى حتى أصبح الحديث جائزاً عن "قضاءات استعجالية" بدل من قضاء استعجالي واحد(ب).

أ — المجال الاستثنائي للقضاء الاستعجالي.

7 — عالج المشرع القضاء الاستعجالي ضمن الجزء الخامس¹ من مجلة المرافعات المدنية والتجارية تحت عنوان "في الوسائل الوقتية"². وما يلفت الانتباه

¹ (هذا الجزء متكوّن من بابين : الباب الاول "في القضاء الاستعجالي" (الفصول من 201 الى 212) والباب الثاني "في الاذن على المطالب" (الفصول من 213 الى 223).

² (الفصول من 201 الى 223 من مجلة المرافعات المدنية والتجارية — راجع حول دراسة هذه المواد:

هو تنظيم بعض احكام هذا القضاء رفقة نظام الأذن على المطالب التي تشبهه في صبغتها المتأكدة مع اختلافه معها في قيام عنصر المواجهة¹.

8 — وتعد الاحكام الواردة بالمجلة المذكورة حول القضاء الاستعجالي المرجع الاساسي والمصدر الرئيس الواجب الرجوع اليه كلما سكت المشرع عن حل ممكن لمسألة قانونية مستعجلة .

ومن هذا المنطلق يجوز التصريح بأن الصبغة الاستثنائية لقضاء المستعجلات تدرج ضمن منظومة قضائية ثنائية متناسقة وواضحة لا شائبة تشوبها. والى حد بروز بعض التنقيحات التشريعية الحديثة يمكن القول ان التفريق بين القضاء المدني والتجاري العادي والقضاء المستعجل كان جليا. فكل صنف قضائي أحكامه وأدواته و إجراءاته الخاصة به. واذا كان القضاء العادي قضاء الاصل والفصل والترووي فان قضاء العجلة هو قضاء السرعة والتأكد وعدم البت في أصل الحق.

— محمد اللجمي ، اختصاص القضاء الاستعجالي ، مجلة قضاء وتشريع عدد 2 سنة 1991 ص37.

— احمد الجندوبي وحسن بن سليمة ، اصول المرافعات المدنية والتجارية طبع شركة اوزبيس تونس 2001.

— عبد الله الهلالي، في القضاء الاستعجالي. مجلة قضاء وتشريع فيفري 1984.

— M.N. Fekih, L'urgence en réfère, mémoire de DES, FDSPT, 1976.

¹ غير أنه يجب الإشارة الى ان الفصل 219 من م م ت يحقق نسبيا نوعا من المواجهة اذ تضمن مايلي: >> يمكن للحاكم في كل الصور الرجوع في الاذن الصادرة عنه وذلك بعد الاستماع الى الخصوم. ويجب على طلب الرجوع في الاذن تقديم عريضة يبلغها لخصمه بواسطة العدل المنفذ في أجل لا يتجاوز ثمانية ايام من تاريخ علمه بالاذن ويدعوه فيها للحضور لدى الحاكم الذي اصدر الاذن في ميعاد اقصاه ثمانية ايام>>.

9 — وما يعزز هذه التفرقة على جلائها وبساطتها اشتراط ركنين أساسيين لمنع قضاء العجلة من الاستحواذ على صلاحيات قاضي الفصل النهائي وهما ركنا التأكد وعدم المساس بالاصل.

وقد استقرت محاكم الموضوع ومحكمة القانون على مراقبة توفر هذين الشرطين حماية لاستقلالية قضاء العجلة وصونا لخصائص القاضي الناظر في اصل الحقوق بغية إيصالها الى اصحابها بصورة باتة مؤهلة للحصول على قوة اتصال القضاء¹. وعليه يجوز القول ان هذين الشرطين شرعا للمساهمة الفعالة في الحفاظ على نوع من التوازن وضرب من التوازي بين القضاء الاستعجالي والقضاء العادي . وقد تمت الإشارة الى هذا التوازي بين القضائين العادي

¹ (الرجاء مراجعة القرارات التعقيبية التالية :

— جاء بالقرار التعقيبي عدد 9521 المؤرخ في 1972/12/25 الوارد بمجلة المرافعات المدنية والتجارية المعلق عليها من طرف الاستاذ بلقاسم القروي الشابي، الطبعة الثانية، سنة 1985، ص165 مايلي : >> وان كانت الاحكام الاستعجالية تهدف لاتخاذ الوسائل الوقتية لحفظ الحقوق بدون ان تمسك بالاصل الا انها مع ذلك لها اتصال القضاء النسبي فيما كان قرره الحاكم الاستعجالي سابقا>>.

— جاء كذلك بالقرار التعقيبي عدد 5359 المؤرخ في 1982/1/28 الوارد بنفس المجلة سائلة الذكر ، ص 164 مايلي: >> الاحكام الاستعجالية ولو كانت صبغتها وقتية لكن فيها ما يتصل به القضاء اذا ما سبق التداعي بين الطرفين في الخروج من المكرى لعدم الخلاص وتمسك المكثري بدفع بعض المال واتصال القضاء >>.

— انظر المحاضرتين المقدمتين ضمن هذا الكتاب من طرف السيدين: حسين بن سليمة ، الاعتراض على الاحكام الاستعجالية ، احمد تمتاز، استئناف الاحكام الاستعجالية، وقد أشار صلب هذه المحاضرة الاخيرة الى مايلي: >> غير انه من خلال ما ذكر يبقى القول بان الاقصاء المبدئي لاتصال القضاء بالاحكام الاستعجالية بما فيها الاستثنائية منها لا يحول دون اقرار مفهوم خاص لاتصال القضاء في المادة الاستعجالية>>.

والمستعجل في احدى المحاضرات التي جاء بها ما يلي: >> وكان هذان القضاءان يمثلان خطين متوازيين قضاء واجراءات الى درجة انه لم يكن هناك أي معنى للتفريق بين هذين المكونين في نوعي القضاء المدني¹.

10 — بيد أن هذا التوازي المتناغم تعرض الى التشبث والتشعيب نتيجة تزايد مجالات تدخل القضاء الاستعجالي الى ان صار من الصعب التحكم كما يجب في أسس وظائفه واعمده أهدافه خصوصا وان تعدد القضايا المستعجلة عوّضت القضاء الواحد ونزعت عنه صبغته التقليدية الاستثنائية.

ب — القضاءات المستعجلة.

11 — أبرزت عديد المحاضرات ان التوجه الحديث في القضاء الاستعجالي يكمن في تنامي مواطن هذا القضاء وتنوعه واستحواذه أحيانا حتى على بعض قضايا القضاء العادي الاصلي. واعتمادا على نتائج هذه المداخلات وحوصله النقاشات وصفوة التعليقات يتبين ان تجليات قضاء العجلة غزيرة ومتشعبة لان نظامه لم يعد مقتصر على ما هو مدون بمجلة المرافعات المدنية والتجارية وانما تحول الى انظمة متنوعة بتنوع المصادر المتعلقة بها.

ولغاية تحقيق الوظيفة التأليفية لهذا الختم يتجه تحديد القضاء الاستعجالي بحسب المواد التي اكتسحها والاصناف الاجرائية التي عرفها لمحاولة تصنيف القضايا الاستعجالية في الوقت الراهن.

12 — بالنسبة للمجالات القانونية المكتسحة من المفيد الاشارة اليها عن التعاقب رجوعا الى عديد المحاضرات التي تناولت هذا الجانب بكل دقة وتمعن:

— مادة الاحوال الشخصية التي تعرف منذ تدوينها مسألة الوسائل الوقفية في اطار الطلاق. لكن حصلت قفزة نوعية تمثلت في سحب الاجراءات الاستعجالية

¹ احمد بن طالب ، القضاء العادي باجراءات استعجالية ، ضمن هذا الكتاب.

على هذه المادة بتنقيح مجلة الاحوال الشخصية بمقتضى القانون عدد 10 لسنة 2006 المؤرخ في 6 مارس 2006 والقانون عدد 20 لسنة 2008 المؤرخ في 4 مارس 2008.

— المادة التجارية حيث برزت بكل جلاء ضرورة اللجوء الى الاجراءات الاستعجالية لفض النزاعات المتعلقة بالملك التجاري¹ أو بالشركة ذات المسؤولية المحدودة او شركة الشخص الواحد ذات المسؤولية المحدودة او شركة المقارضة بالاسهم².

— مادة قانون انقاذ المؤسسات المارة بصعوبات اقتصادية اذ جاء بفصله الخامس عشر انه يمكن لكل من له مصلحة طلب فسخ اتفاق التسوية والنظر فيه من المحكمة المختصة وفق اجراءات القضاء الاستعجالي³.

— مادة القانون الاداري التي تأقلمت مع ايجابيات القضاء الاستعجالي الذي ساهم في ازالة بعض سلبات القضاء الاداري البطيء في اصدار الاحكام وفي تنفيذها.

— مادة الجباية لما عرفه القانون الجبائي من اختصاص استعجالي تم اسناده لرئيس المحكمة الادارية للنظر في قرارات التوظيف الاجباري⁴.

¹ الفصل 28 من القانون عدد 37 لسنة 1977 المؤرخ في 25/5/1977 الذي تضمن ماييلي: >> اذا قبل المسوغ التجديد وكان النزاع يتعلق بالثمن او بالمدة او بالشروط الثانوية او بجملة هذه العناصر فان الطرفين المتعاقدين يحضران مهما كان مبلغ الكراء امام رئيس المحكمة الابتدائية بالجهة الكائن بها العقار او امام الحاكم الذي ينوبه وهو الذي يتعهد بالقضية ويبيت فيها حسب الاجراءات المقررة في القضايا الاستعجالية<<.

² راجع خاصة الفصول 127 و128 و156 و157 و393 م ش ت .

³ على خالدي، عمليات الايجار المالي امام القضاء الاستعجالي، هذا الكتاب.

⁴ الصغير الزكراوي، الاختصاص الاستعجالي في المادة الجبائية، هذا الكتاب.

— مادة التحكيم حيث أصبح الرأي القائل بإمكانية نظر المحكمة في المسائل المستعجلة أمراً مقبولاً¹.

13 — إن كل هذه المجالات المستحدثة تدل على رغبة المشرع في توسيع دائرة القضاء الاستعجالي وتعميم الاجراءات الاستعجالية على بعض فروع القضاء العادي مما أدى الى اخراج هذا القضاء الاستثنائي من فضائه التقليدي الضيق ليكتسح مساحات جديدة ومتنوعة. إن مثل هذا الزحف له أسبابه التي تستحق الدرس.

الفقرة الثانية: أسباب زحف القضاء الاستعجالي.

14 — من خلال الدراسات المعروضة في هذا الملتقى يجوز تقسيم هذه الاسباب الى نوعين: أسباب عامة (أ) وأسباب خاصة (ب).

أ — الاسباب العامة لزحف القضاء الاستعجالي.

15 — ما من شك ان الاكتظاظ الذي عرفته محاكمنا في العشرة سنوات الاخيرة ادى الى بروز بطء كبير في اصدار الاحكام وتنفيذها. وهذه المعضلة تفسر الى حد ما ظهور ضغط الحاجة الى تدعيم ميدان قضاء العجلة.

اضافة الى هذا المعطى ، هناك من يرى ان ضعف القضاء العادي المدني والتجاري وقصوره على اىصال الحقوق الى اصحابها في الوقت المعقول وبالطريقة الايسر يبرر احداث مجموعة جديدة من القضاة المستعجلة الهادفة الى تفادي بعض سلبات القضاء الاصلي.

16 — لكن من يدافع عن القضاء العادي ويرى خلاف ما ذكر اعلاه يعتبر ان القرن الواحد والعشرين هو عصر السرعة الفائقة وهو زمن الكمبيوتر

¹ (حسين السالمي ، الاختصاص الاستعجالي في التحكيم، هذا الكتاب.

والصواريخ العابرة للقارات والحاملة للرؤوس النووية . وبالتالي فقد ولى عصر التكاسل والبطء وأصبح من الضروري مواكبة كل هذه التطورات الرهيبة ولن يتحقق هذا المبتغى الا بجعل كامل القضاء قضاء استعجاليا موحدا.

17 — كما لا يجب الغفل عن معطى تشريعي هام جدا تمثل في تضخم النصوص القانونية وزخمها الامر الذي ادى الى بروز بعض القضاة المستعجلة المستحدثة بمقتضى بعض القوانين الجديدة التي لولاها لما رأت النور هذه الاجراءات السريعة الحديثة.

18 — ان كل هذه الاسباب العامة تدعمها اسباب خاصة قد تفسر بأكثر اقناع ظاهرة الزحف التي تعتري تطور القضاء الاستعجالي.

ب — الاسباب الخاصة لزحف القضاء الاستعجالي .

19 — ان هذه الاسباب تتعلق أساسا بايجابيات الاجراءات الاستعجالية التي بينت تطبيقاتها انها بسيطة ومفيدة وناجعة.

20 — بسيطة، لقصر آجال هذه الاجراءات وسهولة نشر القضايا الاستعجالية وامكانية الحصول على حكم نهائي في أسرع وقت ممكن.

21 — مفيدة وناجعة لان الاحكام الاستعجالية قابلة مبدئيا للتنفيذ بقطع النظر عن الاستئناف والتعقيب عدا بعض الاستثناءات القليلة والمنظمة تنظيميا دقيقا. ومن ميزات هذه الاحكام انها تسلم الى أصحابها اثر صدورها مع جاهزية تنفيذها على المسودة وبالسرعة الفائقة. من ناحية أخرى ، يبدو ان الصبغة الاستثنائية للقضاء الاستعجالي هي التي سمحت للمشرع اغتنام هذه الخاصية والاستفادة منها لفتح باب الزيادة في حالات النظر المستعجل .

22 — إن جميع هذه الميزات جلبت اهتمام المتعاملين مع القضاء واقدام المشرع على قبول فكرة تعميم انطباق القضاء الاستعجالي على بعض المجالات

الخارجة اصلا عن اختصاصه . وهو ما يفسر تحقق الزحف السريع وغير المرتقب لقضاء المستعجلات .

23 — لكن ككل الابواب التي تفتح لسبب ما فان غلقها يصبح عسيرا وأحيانا مستحيلا. وقد يؤدي هذا الفتح الى شكل من أشكال الشطط خصوصا اذا ما كان الشغل بالمؤسسة الزاحفة غير محدود. وهذا ما يبدو قد حصل للقضاء الاستعجالي الذي بخضوعه لضغط الحاجة او للأسباب الظرفية فقد الكثير من مقوماته الأصلية وركائزه الأساسية بدرجة صيرته مشوشا ومهمشا نتيجة تشعيب مجالاته واحكامه.

الجزء الثاني : تشعيب القضاء الاستعجالي.

24 — ما يجب استنتاجه من جل المداخلات والنقاشات التي انعشت المقترحات المكتوبة ان القضاء الاستعجالي ببلادنا مر بمرحلتين هامتين.

25 — الاولى كان فيها قائما على فكرة التوازي والدعامة للقضاء العادي. فصبغته الاستثنائية المستمدة من مجاله المحدود وشروطه المضبوطة كانت تعطيه الاستقلالية الثابتة والفرقة الواضحة مقارنة مع القضاء العادي. فلا هذا ولا ذاك كان يؤثر سلبا على الاخر. وليس من باب المغالاة القول ان القضائين كانا متكاملين ومتلازمين الى حد تكوين منظومة قضائية متناسقة ومتناغمة .

26 — في مرحلة ثانية ، تخلص القضاء الاستعجالي من هذا القضاء المحدود وبدأ عملية الزحف و الاستحواذ على مجالات خارجة عن اختصاصه التقليدي. غير أن من سلبيات هذا الزحف أنه أدى الى تعدد مسالك القضاء الاستعجالي وتنوع اجراءاته وتشتيت أحكامه وتشعيبها وقد اتخذ هذا التشعيب اشكالا متنوعة (الفقرة الاولى) تستدعي البحث عن حلول ممكنة لتفاديه أو الحد منه بغية اعادة نوع من التوازن الى المنظومة القضائية الاجرائية (الفقرة الثانية).

الفقرة الاولى : إشكال تشعيب القضاء الاستعجالي.

27 — يمكن الإشارة الى صنفين من اشكال هذا التشعيب. الصنف الاول من التشعيب ترتب عن توسيع ميدان القضاء الاستعجالي (أ). وأما الصنف الثاني فقد نتج عن استبعاد ركن عدم المساس بالاصل (ب).

أ — التشعيب الناجم عن توسيع ميدان القضاء الاستعجالي.

احد المحاضرين وصف هذا التوسع بمثابة الغاية التي يتفصح فيها القضاء الاستعجالي بعد ان كان محصورا في غرفة شبه موصدة¹.

وقد انجر عن هذا التوسع بروز عدة قضايا استعجالية اضافة الى شكل استعجال الاستعجال وهو ما يعرف بمصطلح القضايا من ساعة الى اخرى.

وفي هذا الاطار اصبح القضاء الاستعجالي مشوها من حيث الصورة التي يمكن ان يقدم بها جراء كثرة مجالاته وتعدد أنواعه . وبفقدان صبغته الاستثنائية صار القضاء الاستعجالي قضاء شبيها بالقضاء العادي من حيث الميدان والاهمية ومتراحا معه أحيانا ومانحا اياه اجراءاته الاستعجالية.

28 — وفي هذا الاطار اصبح من الصعب تحديد الطبيعة القانونية للقضاء الاستعجالي والى حد ما مفهومه وتعريفه بدليل انفجار وحدته وصيرورته متعدد الاصناف القابلة للعرض على النحو التالي:

— القضاء الاستعجالي العادي

— القضاء الاستعجالي من ساعة الى اخرى

— القضاء الاستعجالي الخاص بالقوانين الخاصة .

— قضاء التسبيقات الاستعجالية

— القضاء العادي باجراءات استعجالية .

¹ علي خالدي، عمليات الايجار المالي امام القضاء الاستعجالي — حسين بن سليمة ، الاعتراض على الاحكام الاستعجالية.

— القضاء الاستعجالي الناظر في الاصل.

29 — ان هذه الصورة المشوّهة لقضاء استعجالي اريد له ان يكون استثنائيا وبشروط محددة فانقلب الى قضاء شاسع ومستحوذ وغير محدود المعالم وما زاد الوضع حيرة وتساؤلات حول مستقبل قضاء العجلة أن ازداد تشعبا بمنح القاضي الاستعجالي سلطة قاضي الاصل.

ب — القضاء الاستعجالي قضاء الاصل .

31 — هذا النمط من القضاء عرف بدوره تطورا في اتجاهين مختلفين.

في الاتجاه الاول يجب الاشارة الى ان بعض المتدخلين في الملتقى تعرضوا الى بعض الحالات التي يبدو فيها قيام علاقة متينة بين القضاء الاستعجالي والقضاء العادي لاستبعاد منع النظر في اصل النزاع وهو ما يحقق التلاحق المتين بين هذين القضائين وتوحيدهما.

لكن في الحقيقة هذه الحالات تعبر فقط عن تطبيقات للاجراءات الاستعجالية من طرف القضاء العادي. فقاضي الاصل يبت في الاصل لكن باستخدام أدوات الاجراءات الاستعجالية . وعليه لا يصح القول ان في هذه الصور الامر يتعلق بقضاء استعجالي ناظر في الاصل.

اما الاتجاه الثاني فانه يجسم فعلا صيرورة القضاء الاستعجالي قضاء ناظرا في اصل الموضوع المتنازع فيه. وفي هذا المضمار يتجه الاشارة الى مثالين على الاقل.

الاول يتعلق بالتسبيقات الاستعجالية حيث يبدو الحكم الصادر بها على حساب الغرامات النهائية نوعا من الحكم في اصل الحق بصورة مسبقة او حكم جزئي من حكم نهائي قد يصدر مستقبلا. ومثل هذا الحكم يبقى معتبرا حكما استعجاليا بآتم معنى الكلمة لانه يصدر وفق القواعد والاجراءات الخاصة بالقضاء الاستعجالي.

واما المثال الثاني فانه يخص دعوى الخروج ان لم يدفع¹ او دعوى اخلاء عقار سكني ضد المكثري اذا ما رام ماله استرجاعه لهدمه واعادة بنائه بنائه².

32 — من هذه النماذج التي تم تحليلها تحليللا مفيدا في بعض المحاضرات³ يمكن استنتاج ان القضاء الاستعجالي لم يعد مقصورا لا على شخص قاضي العجلة ولا على اتخاذ الوسائل الوقتية او الاحكام المؤقتة، وانما أصبح مؤسسة ذات طبيعة متشعبة فاقدة لهويتها عائمة في غابة من الاجراءات المعقدة أفضت الى تشويه صورته التقليدية. وبالتالي ، فقد حان الوقت لتحديد موقف واضح من هذه التطورات العجيبة وذلك باقتراح الحلول الممكنة للتصدي لهذا التشويه.

الفقرة الثانية: التصدي لتشويه القضاء الاستعجالي.

33 — اذا كان من اللازم التصدي للتطور المشوّه للقضاء الاستعجالي ، فانه من المفيد عرض الحلين التاليين: حل الرجوع الى الوضع السابق (أ) او الحل التوحيدي للقضاء (ب).

أ — حل الرجوع الى الوضع السابق .

لاشك ان مثل هذا الحل يبدو صعب المنال باعتبار انه ينهض على فكرة العودة الى الوراء بدل من تشجيع عجلة التطور.

لكن مثل هذا الحل يصير مؤهلا للقبول لما نعلم ان الوضع التقليدي السائد في العشرية الاولى لدخول مجلة المرافعات المدنية والتجارية حيز التنفيذ كان مؤسسا على منظومة قضائية متناسقة ومتناغمة يقوم في فلكها كل قضاء بدوره على الوجه المرضي. والمدافع عن نوع من التوازن بين القضاء العادي والقضاء

¹ عماد فرحات ، دعوى الخروج ان لم يدفع.

² الفصل 5 من قانون 1986/2/18.

³ نزهة القروي الشابي — عماد فرحات، التعليق سابق الذكر .

الاستعجالي لا يتردد في اقتراح الحل الرجعي المتمثل في إلغاء كل للإتفاحات أو التجديدات التي عرفها هذا القضاء الأخير عسى ان يسترجع صورته الناصعة والبعيدة كل البعد عن عمليات التشويه أو التشعيب.

غير ان هذا الحل الاول يبدو منفصلا عن الواقع القضائي لان التطورات التي عرفها القضاء الاستعجالي متعددة ومتنوعة الى درجة ان المطالبة بحذفها بجرة قلم امر لا يقبله الا المفكر المنزوي في برجه العاجي. ولذا فان ضرورة التطور والتطوير تقتضي نظرة امامية تكمن في امكانية المطالبة بتعميم اجراءات الاستعجال وتوحيد القضاء ليكون قضاء سريعا وحافضا للحقوق.

ب - الحل التوحيدي للقضاء.

34 - لما لا نفكر في توحيد الاجراءات القضائية وجعلها بكاملها استعجالية دون اية تفرقة بين العادي والمستعجل. ألم يكن القضاء في التشريع الاسلامي قضاء موحد لا فرق فيه بين العادي والاستعجالي؟

35 - ان عديد الحجج تكافح في اتجاه تعميم القضاء الاستعجالي وتوديع التفرقة التقليدية بينه وبين القضاء العادي .

36 - الحجة الاولى تكمن في البحث عن مزيد النجاعة على الصعيد القضائي وهو الامر الذي لا يمكن ان يتحقق الا بتجميع الجهود والقوى وتوظيف الامكانات المالية والمادية والفنية لتطوير القضاء بجعله مستعجلا وحافضا للضمانات وهي معادلة ليست من قبيل المستحيل.

37 - الحجة الثانية تتعلق بالتأكيد على مقتضيات التروي والتريث في اصدار الاحكام وهما ميزتان للقضاء العادي لانتصادم مع الاجراءات الاستعجالية بدليل ان المشرع سحب هذه الاجراءات على بعض القضايا الخاضعة لنظر قصاة الاصل.

38 - الحجة الثالثة مستمدة من الوضع الحالي للقضاء المستعجل اذ بتوحيد القضاء تنتهي التشعبات والتشوهات التي تتحلّى بها "القضاءات الاستعجالية" .فقضاء عدلي موحد يطبق اجراءات موحدة حافظة قدر الامكان للضمانات الضرورية ليس ذلك بالامر العسير اذا ما تكافقت الارادة الصادقة مع القرار الصارم .

39 - واما الحجة الرابعة فهي تخص السؤال التالي: أي قضاء نريد؟ و أي قضاء يمكن ان يكون في خدمة المتقاضين خاصة والمجتمع عامة؟

قضاء البطء والترقب والاضرار بالوقت ومضعيته ام قضاء العجلة مع توفير الضمانات اللازمة؟ يبدو ان الجواب المستنتج من جل محاضرات هذا الملتقى ونقاشاته ينحصر في الخيار الثاني.

طبعاً، قد يقول قائل ان هذه العبارات او التعبيرات ليست الا مصطلحات طنانة ورنانة... ولا تطبيق لها ولا يمكن تحقيقها.

لا نشاطر هذا الرأي او القول اذ ان كل شيء ممكن شريطة شحذ العزائم وصدق النية واتخاذ القرار المناسب في الوقت المناسب وفي الموضع المناسب.

طبع بشركة «أوريس للطباعة» - تونس - في شهر نوفمبر 2009
الهاتف : 72 405 650 - الفاكس : 72 405 655 - البريد الإلكتروني orbis@gnet.tn

ISSN : 1737-8419 - ISBN : 978-9973-901-24-8