الفصل الثانى
التوازن بين الخصوم فى نطاق قواعد التنفيذ الجبرى

تمهيد وتقسيم:

لاشك أن المشرع قد عمل جاهدا على تحقيق المساواة بين الخصوم فى مرحلة التنفيذ . فوضع نظام النفاذ المعجل مراعاة لمصلحة المحكوم له، إلا أنه وفى المقابل لم يغفل مصلحة المحكوم عليه، فوضع له ضمانات تمكنه من إعادة الحال على ماكانت عليه إذا ما ألغى السند الذى تم التنفيذ بمقتضاه.

ومن ناحية أخرى وضع المشرع كل أموال المدين - محل للتنفيذ - ضامنة للوفاء بديونه والتزاماته ، فيما يعرف بمبدأ الضمان العام، وهو فى الأساس يعمل فى مصلحة المنفذ، إلا أنه وبنفس القدر لم يغفل مصلحة المنفذ ضده، فنظم له من الوسائل مايمكنه من تلافى الآثار السلبية التى قد تنجم عن مبدأ الضمان العام. على ان للسلطة التقديرية للقاضى أثر كبير لايمكن نكرانه فى المواءمة والموازنة بين مراكز الخصوم.وعلى هذا ينقسم هذا الفصل إلى ثلاثة مباحث، نخصص الأول منهما للحديث عن نظام النفاذ المعجل للأحكام، بينما يخصص الثانى للحديث عن محل التنفيذ وفى الثالث نتحدث عن السلطة التقديرية للقاضى.

المبحث الأول

نظام النفاذ المعجل للأحكام

تمهيد وتقسيم:

كان المشرع قد نظم قواعد تتعلق بالنفاذ المعجل للأحكام، وهى موضوعة لمطلحة المحكوم له، إلا أنه نظم فى المقابل ضمانات للمحكوم عليه . ونعرض فى مطلب أول لنظام النفاذ المعجل. بينما نكرس المطلب الثانى للحديث عن الضمانات التى قدمها المشرع للمحكوم عليه فى مقابل الميزة التى منحها للمحكوم له.

المطلب الأول

نظام النفاذ المعجل للأحكام موضوع فى الأساس لمصلحة المحكوم له

التنفيذ العادى ـ طبقا للقاعدة العامة – لا يثبت إلا للأحكام النهائية، لكن أجيز استثناء من هذه القاعدة تنفيذ بعض الأحكام فى حالات معينة، نظرًا لوجود اعتبارات معينة جديرة بتقرير هذا الاستثناء، وهذا الاستثناء يعنى قابلية الحكم للتنفيذ رغم عدم حيازته لقوة الأمر المقضى وهو ما يعنى بلغة أخرى تنفيذ مبكر أو معجل[1] للأحكام، أو

---

(1) ورد نظام التنفيذ المعجل فى الفصل الثالث من الباب الأول من الكتاب الثانى من قانون المرافعات فى المواد 287 وما قبلها تحت عنوان "النفاذ المعجل" وواقع الأمر أن اصطلاح النفاذ يختلف عن اصطلاح التنفيذ فنفاذ الحكم هو أثر مباشر من آثار النطق لا يتأثر بالطعن فيه أو بوقف تنفيذه، وهو يسرى دون تطلب اتخاذ أى إجراء، كاستعمال القوة الجبرية، أو إعلان الحكم أو حصول المحكوم له على صورة تنفيذية، أما تنفيذ الحكم فلا يمكن =

بمعنى آخر فإن التنفيذ المعجل يعنى صلاحية الحكم الابتدائى للتنفيذ المعجل إذا كان مشمولا به . وسمى بذلك لأنه تنفيذ للحكم قبل الأوان أى قبل صيرورته نهائيا.

ونظرا لأن هناك مصلحتين متعارضتين، هما مصلحة المحكوم له فى تنفيذ سريع للحكم الصادر لصالحه دون انتظار صيرورته نهائيا أو حائزًا لقوة الأمر المقضى، ومصلحة المحكوم عليه فى ألا ينفذ ضده من الأحكام إلا ما كان نهائيا، فقد حرص القانون على تحديد حالات التنفيذ المعجل، فوردت على سبيل الحصر بحيث لا يجوز القياس عليها ولا التوسع فى تفسيرها[1]. خاصة حالات التنفيذ المعجل القانونى.

فالنفاذ المعجل موضوع أساسا لإضفاء حماية قضائية معجلة لمن ينشدها وتنطبق عليه شروطها. وإذا كان النفاذ المعجل يصب فى الأساس فى مصلحة المحكوم له. ولايطبق إلا فى ظل وجود شروط تبرر تطبيقه.وتكمن فى الأساس فى وجود حالة من حالات النفاذ المعجل القانونى. أو فى وجود حالة من حالات النفاذ المعجل القضائى. والتى

=الالتجاء إليه إذا توافرت شروط معينة من استخدام القوة الجبرية واتخاذ مقدمات التنفيذ وكافة الشروط الأخرى التى يتطلبها التنفيذ الجبرى. أحمد أبو الوفا ، إجراءات التنفيذ ، ط8، ص44 هامش1،منشأة المعارف. 1982.ولذا يفضل اصطلاح تنفيذ الأحكام بدلا من نفاذ الأحكام، أحمد أبو الوفا، إجراءات التنفيذ، ص43 هامش 1،وقارب: أحمد ماهر ، ص113 هامش 1، فتحى والى، التنفيذ الجبرى فى المواد المدنية والتجارية، ص64 بند 31.مطبعة جامعة القاهرة والكتاب الجامعى 1995.

(1) أمينة النمر، التنفيذ الجبرى ، ص117 بند 121. 1988

ترتكز أساسا حول وجود استعجال يبرر إشمال الحكم الصادر بالنفاذ المعجل.أو قوة سند الحق الذى يطالب به من يطلب إشمال الحكم بالنفاذ المعجل.

إلا أنه يكون من قبيل الغبن والظلم والتمييز، إذا تركت هذه القواعد هكذا بدون وضع قواعد أخرى مقابلة تكون بمثابة ضمانة للمحكوم عليه بحكم ابتدائى مشمول بالنفاذ المعجل.خاصة وأن النفاذ المعجل برمته،كما يوحى بذلك اسمه هو نفاذ للحكم قبل الأوان.إذ القاعدة العامة فى تنفيذ الأحكام تقرر أنه لاينفذ من الأحكام إلا أحكام الإلزام النهائية.

المطلب الثانى

ضمانات للمحكوم عليه بحكم ابتدائى مشمول بالنفاذ المعجل

التوازن فى قواعد النفاذ المعجل للأحكام يقتضى النظر للجانب الآخر،وهو المحكوم عليه بحكم ابتدائى مشمول بالنفاذ المعجل،حيث يمكن الاحتجاج من قبل المحكوم عليه بحكم ابتدائى مشمول بالنفاذ المعجل، حول الموقف القانونى بالنسبة له إذا ماطعن فى الحكم الابتدائى المشمول بالنفاذ المعجل بالاستناف وألغته محكمة الاستئناف.

وفى حقيقة الأمر،فإن إلغاء محكمة الاستئناف للحكم الابتدائى المشمول بالنفاذ المعجل هو فى حقيقة الأمر إلغاء للسند التنفيذى الذى قام المحكوم له بالتنفيذ بمقتضاه. فما الحكم الذى يجب اتباعه لإعادة التوازن لمركز المحكوم عليه عند إلغاء هذا

الحكم؟ أو بعبارة أخرى ماهى الضمانات التى يمكن للمحكوم عليه أن يتشبث بها إذا ألغت محكمة الاستئناف السند التنفيذى الذى تم التنفيذ عليه بمقتضاه؟

حقيقى أن قواعد النفاذ المعجل قد وضعت بحسبان أن هذه القواعد يصعب معها القول بإلغاء الحكم المشمل بالنفاذ المعجل حال استئنافه من قبل المحكوم عليه.إلا أن احتمالات إلغائه ماثلة وقائمة حتى فى ذهن المشرع نفسه. فراح يضع القواعد وينص على الضمانات للمحكوم عليه لإعادة التوازن فى المركز القانونى له، إذا ما طعن فى الحكم وألغته محكمة الاستئناف.وهى ضمانات عادلة لتحقيق التوازن والمساواة بين الخصوم. خاصة وأن التنفيذ يتم بحكم ابتدائى ولو أنه مشمول بالنفاذ المعجل.

وهذه الضمانات تتمثل فى:

1ـ وجوب تقديم كفالة من المحكوم له قبل تنفيذ الحكم، امتثالا لنص القانون ، حيث يوجب تقديم كفالة فى بعض الحالات[1]، أوانصياعا لأمر المحكمة[1] ، إذا أمرته بتقديم كفالة.

([1]) تكون الكفالة واجبة بقوة القانون فى المواد التجارية (م289مرافعات). والحكمة من ذلك أن الأحكام التجارية تنفذ تنفيذًا معجلا بقوة القانون مراعاة لاحتياجات السرعة فى المواد التجارية، وفرض الكفالة بقوة القانون كذلك فى هذه الأحكام يستجيب لاحتياجات الضمان فى هذه المعاملات.محمد عبد الخالق،مبادئ التنفيذ،ط4، ص200 بند 176، دار النهضة العربية1978.ومعنى وجوب الكفالة بقوة القانون، أى بغير حاجة إلى طلبها أو النص ==

غير أن هذه الضمانة ليست كافية فى كل الحالات، حيث إن وجوب الكفالة امتثالا لأمر القانون أو حكم المحكمة، لاتتوافر فى كل الحالات.إذ الأصل فى الكفالة أنها جوازية للمحكمة فى معظم الحالات.كما أنها محظورة قانونا فى بعض الحالات[1].

2. وقف التنفيذ من محكمة الاستئناف: لم يغض المشرع الطرف عن عدم كفاية الكفالة كضمانة للمحكوم عليه فى كل الحالات. فنص على إمكانية الطعن فى الحكم الابتدائى المشمول بالنفاذ المعجل

==عليها فى الحكم. كما أن المحكمة لا تملك الإعفاء من الكفالة فى هذه الحالة ، وإلا كان حكمها معيبا يستوجب الطعن فيه.أحمد ماهر زغلول،أصول التنفيذ،ط4،جـ1 ص145 بند 81.

([1]) الأصل فى الكفالة أنها جوازية وأن الاستثناء هو وجوبها، فالقاعدة المقررة أن التنفيذ يجرى بغير كفالة، ولا يلتزم المحكوم له- فى غير الحالات الاستثنائية – بتقديمها إلا إذا حكمت المحكمة بذلك.

([1]) ثمة حالات معينة نص عليها القانون وحظر فيها تقديم كفالة، فلا يجوز للقاضى فى هذه الحالات أن يقرن الحكم الصادر بالكفالة. ومثال هذه الحالات: ما تنص عليه المادة 7 من قانون العمل من أن النفاذ المعجل فى الدعاوى التى يرفعها العمال والمتدرجون ونقابات العمال وفقا لأحكام قانون العمل يكون بلا كفالة، والحكمة من الإعفاء من الكفالة هنا هو عدم قدرة العامل على تقديم الكفالة، بحيث لو أجبر على تقديمها فإنه لن يستطيع الإفادة من التنفيذ المعجل للحكم لعدم استطاعته تقديم الكفالة. محمد عبد الخالق، ص202، بند 178.

وكذلك ما تقرره المواد 887 من مجموعة المرافعات، 2/1 من القانون 62 لسنة 1976 فى خصوص الأحكام الموضوعية الصادرة بالنفقات المستحقة فى مسائل الأحوال الشخصية، فالتنفيذ المعجل فيها واجب بقوة القانون وبلا كفالة.أحمد ماهر زغلول، المرجع السابق،ص145 هامش 3.

بالاستئناف وطلب وقف تنفيذه وقفا مؤقتا ، حتى الفصل فى الموضوع، وهذه الضمانة تكمل النقص الذى يعتور الضمانة الأولى.فيمكنه طلب وقف تنفيذ الحكم الابتدائى والمشمول بالنفاذ المعجل. تبعا للطعن المرفوع منه بالاستئناف حال توافر شروطه[1].

وتشكل الوسيلتين معا ضمانة هامة للمحكوم عليه بحكم ابتدائى مشمول بالنفاذ المعجل.انطلاقا من تحقيق التوازن والمساواة فى المراكز الإجرائية للخصوم.

([1]) راجع فى هذه الشروط بالتفصيل للمؤلف:الوجيز فى التنفيذ الجبرى ص97.

المبحث الثانى

محل التنفيذ

تقسيم:

ينقسم هذا المبحث إلى مطلبين، الأول منهما نتحدث فيه عن مبدأ الضمان العام ،والذى راعى فيه القانون مصلحة الدائن، بينما نخصص الثانى للحديث عن وسائل الحد من الآثار المترتبة على مبدأ الضمان العام، والتى راعى فيها القانون مصلحة المدين.وبهذه المناسبة فإن للقاضى سلطة تقديرية ممنوحة له قانونا تمكنه من المواءمة بين مراكزالخصوم، ومن ثم نعرض فى مطلب ثالث لسلطة القاضى التقديرية وأثرها فى تحقيق المساواة بين الخصوم.

المطلب الأول

مبدأ الضمان العام "مراعاة مصلحة الدائن"

هذا المبدأ يعمل فى الأساس فى مصلحة الدائن. فقد نصت المادة 1/234 مدنى على أن: "أموال المدين جميعها ضامنة للوفاء بديونه". فالمبدأ المستقر هو مبدأ أو حق الضمان العام. وهو يعنى أن مسئولية المدين عن دين معين تعطى الدائن الحق فى التنفيذ على أموال مدينه جميعها عدا ما يكون غير جائز الحجز عليه[1]، وذلك بسبب أن حق التنفيذ لا يرد على مال معين بذاته، بل يشمل جميع أموال المدين، ومن

---

(1) نقض مدنى 17/5/ 1972 طعن رقم 214 س34 ق. مج المكتب الفنى س23 ص941.

ناحية أخرى فهى لا تخص دائنا بعينه، بل تشمل كل دائن بحيث يكون نفس المال ضمانا لكل التزام على المدين[1].

ويترتب على هذا المبدأ:

أ - عدم اشتراط التناسب بين حق الدائن وقيمة المال المحجوز عليه. فيمكن للدائن بمبلغ بسيط أن يحجز على ما يشاء من أموال مدينه تطبيقا لمبدأ الضمان العام، بالإضافة إلى أن حجزه لا يمنع غيره من الدائنين من توقيع الحجز على نفس المال ومشاركته فى اقتسام ثمنه، فمن مصلحة الدائن ألا يكتفى بتوقيع الحجز على ما يتناسب مع قيمة دينه فقط احتياطًا لمزاحمة دائنين آخرين[1].

ب - كما أنه – طبقا لهذا المبدأ - لا يشترط البدء بالتنفيذ على مال معين: فللدائن الحرية فى اختيار الأموال محل التنفيذ دونما التزام

---

(1) فتحى والى ،التنفيذ فى المواد المدنية والتجارية،ص202 وما بعدها بند 104،مطبعة جامعة القاهرة والكتاب الجامعى1995. وتتعين التسوية بين كل الدائنين بمقتضى حق الضمان العام فلا مجال للتفرقة بين دائن عادى ودائن صاحب حق عينى تبعى، وذلك لا يصادر – بطبيعة الحال – على ما هو مقرر للدائنين أصحاب الحقوق العينية التبعية من مزية تتمثل فى حق الأولوية droit de preférénce الذى يتيح لهم التقدم على الدائنين العاديين ، غير أن ذلك لا ينزع حق الضمان العام، فيمكن للدائن العادى إخضاع الأموال المثقلة بحق عينى تبعى "كالأموال المرهونة والممنوح عليها حق امتياز" للحجز واتخاذ إجراءات التنفيذ عليها. وكذلك لا يحول حق الحبس بين سائر الدائنين وبين التنفيذ على الأموال المحبوسة وينحصر أثره فى منع المشترى بالمزاد من تسلمها حتى يستوفى صاحب حق الحبس دينه من ثمنها. أحمد ماهر، المرجع السابق، ص491 وما بعدها بند 278.

(1) فتحى والى،المرجع السابق، ص203 بند 105.

بترتيب معين، فيمكنه الحجز على عقارات المدين أو منقولاته أو حقوقه وديونه لدى الغير، أو أن يجمع بين كل هذه الطرق جميعا دونما أدنى اعتراض يمكن أن يقدم من المدين. ما لم ينص القانون على ترتيب معين، ومن ذلك ما تنص عليه المادة الأولى من لائحة الإجراءات الشرعية من أن يبدأ التنفيذ على النقود السائلة ثم على المنقولات ثم على العقارات[1].

وهذا المبدأ يعمل فى مصلحة المحكوم له، حيث يحقق له اقتضاء حقه بأى وسيلة قانونية مناسبة، وعلى أى مال من أموال المدين، حسب اختياره هو.

ويرى البعض - بحق - مراعاة للعدالة والتوازن بين الخصوم ، أنه ليس ثمة ما يمنع من تنظيم إجراءات التنفيذ فضلا عن ضمان استيفاء الدائن لحقه التيسير على المدين وعدم إرهاقه، ولن يضار الدائن من البدء بالتنفيذ على مال دون آخر، ويمكن أن تترك مهمة اختيار الأموال التى يبدأ بالتنفيذ عليها إلى المدين أو معاون التنفيذ[2].

وهذا المبدأ وإن كان فى صالح الدائن، إلا أنه فى بعض الحالات قد يبدو فى بعض الحالات فيه من الظلم والعسف بالنسبة للمدين.لذا راح المشرع فى محاولة منه لإعادة التوازن فى المراكز الإجرائية للخصوم وتحقيقا للمساواة بينهم، ينظم ويضع قواعد أخرى تعمل فى

---

(1) فتحى والى ،المرجع السابق،ص205 بند 105.

(2) فتحى والى، التنفيذ فى المواد المدنية والتجارية، ص204 .

مصلحة الدائن.وذلك عن طريق تقنين قواعد يحد من خلالها حال استعمال واحدة منها من عسف الدائن.إذا كان ثمة عسف من جانبه فى التنفيذ على أموال المدين.وهو مانعرض له فى المطلب الثانى.

المطلب الثانى

وسائل الحد من الآثار المترتبة على مبدأ الضمان العام "مراعاة مصلحة المدين".

نظرًا لوطأة مبدأ الضمان العام على المدين ومنعا للعسف الذى قد يمارسه الدائن فى ممارسة هذا المبدأ ، ومراعاة للتوفيق وإيجاد نوع من التوازن بين مصلحة الدائن الحاجز ومصلحة المدين فى عدم الإضرار به ، فقد نظم القانون عدة وسائل ليحد بها من الآثار التى تترتب على ممارسة مبدأ الضمان العام.فأعطى للمدين خمس وسائل تساعده - تحقيقا للتوازن بينه وبين الدائن - على الحد من مبدأ الضمان العام كما يلى:

أولا: الإيداع والتخصيص "استبدال محل الحجز"

مكن القانون المحجوز عليه ليتفادى الآثار المترتبة على ممارسة مبدأ الضمان العام المقرر للدائن من وسيلة أولى بمقتضاها يستطيع أن يرفع الحجز الذى أوقعه الدائن على أمواله ، وذلك عن طريق إيداع مبلغ نقدى مساو للدين المحجوز من أجله خزانة المحكمة وتخصيصه للوفاء بحق الحاجز.

وهذه الوسيلة فى حقيقتها تعد تغييرًا أو تعديلاً لمحل الحجز وانتقاله لهذه النقود المودعة خزانة المحكمة ورفعها عن الأموال الأخرى

التى تم الحجز عليها. وقد نظم القانون استعمال هذه الوسيلة بطريقين نصت عليهما المادتين "302، 303مرافعات". وهما:

1ـ الإيداع والتخصيص بدون حكم "الاستبدال الإرادى لمحل التنفيذ" طبقا للمادة 302 مرافعات.

2 ـ الإيداع والتخصيص بحكم مستعجل "الاستبدال القضائى لمحل التنفيذ": طبقا للمادة 303 مرافعات.

وبمجرد الإيداع مع التخصيص وفقا للمادة 302 أو المادة 303، فإن الحجز يزول عن الأموال المحجوزة ويسترد المحجوز عليه كافة السلطات التى سلبها عنه الحجز، وينتقل الحجز إلى المبالغ المودعة خزانة المحكمة والمخصصة لمصلحة الحاجز أو الحاجزين.

فيمكن للمدين إذا رأى تعسفا من الدائن فى استعمال حقه فى التنفيذ على أموال المدين، أن يقوم بإيداع المبلغ المدين به خزانة المحكمة من تلقاء نفسه ، أو بناء على حكم المحكمة، ليتفادى هذا الأثر ويرفع الحجز عن أمواله ويسترده ، ليتصرف فيها تصرف الملاك فى أموالهم.

ثانيا: قصر الحجز La contonnement de le saisie

الوسيلة الثانية التى استحدثها القانون هى قصر الحجز، ولقد نصت على هذه الوسيلة المادة304مرافعات، وبمقتضى هذه المادة فإنه يمكن للمدين إذا قدر عدم التناسب بين قيمة الحق المحجوز من أجله وقيمة الأموال المحجوز عليها أن يطلب من قاضى التنفيذ الحكم بصفة مستعجلة يقصر الحجز على بعض الأموال وذلك بدعوى مستعجلة ترفع

بالأوضاع المعتادة للدعوى المستعجلة[1] .ويختصم فيها الدائنون الحاجزون، ولا يكون الحكم الصادر قابلا للطعن بأى طريق.

فقصر الحجز يعد وسيلة سهلة إذا لم يكن بيد المدين نقودا تكفى لإجراء الإيداع مع التخصيص، إذ يستطيع أن يطلب من قاضى التنفيذ الحكم بقصر الحجز على بعض الأموال ورفعها عن الباقى، وذلك لمواجهة عسف الدائن إذا أوقع حجزًا على أموال تفوق فى قيمتها الحق المحجوز من أجله[1]. وهذه الوسيلة تسرى على جميع أنواع الحجوز التحفظية والتنفيذية وأيا كان المال الذى يرد عليه الحجز منقول أو عقار أو ما للمدين لدى الغير[2].

ويترتب على صدور الحكم بقصر الحجز تحديد الحجز وحصره فى جزء الأموال المحجوزة التى عينها الحكم الصادر بقصر

---

(1) أى بصحيفة تودع قلم الكتاب ثم تعلن للخصم بميعاد حضور 24 ساعة أو من ساعة إلى ساعة فى حالة الاستعجال الشديد. والاستعجال مفترض بحكم طبيعة الدعوى، وليس فى حاجة إلى إثبات من الخصم أو تقدير من القاضى: وجدى راغب ص196 هامش 1 . وعكس هذا: محمد على راتب ونصر الدين. قضاء الأمور المستعجلة جـ2 ص383 بند 554 ،حيث يرون إلزام القاضى بالتأكد من وجود عنصر الاستعجال. ومع أنه حكم مستعجل إلا أن القانون قد منع الطعن فيه بأى طريق خلافا للقاعدة العامة فى الأحكام المستعجلة.

(1) فتحى والى ،المرجع السابق،ص465 بند 234.

(2) عزمى عبد الفتاح ،قواعد التنفيذ الجبرى فى قانون المرافعات،ص973 ، ط1983ـ1984، ويمكن تطبيق هذه الوسيلة على الحجوز الإدارية كذلك، حيث لم يرد فى القانون رقم 308 لسنة 1955 الخاص الحجوز الإدارية ما يتنافى مع تطبيق هذه الوسيلة. الإشارة السابقة.

الحجز[1]، ورفعه عما عداها. ويسترد المدين كافة سلطاته على الأموال التى رفع عنها الحجز، ويصبح للحاجزين قبل حكم قصر الحجز أولوية فى استيفاء حقوقهم كاملة وما بقى فإنه يؤول للدائنين الحاجزين بعد قصر الحجز أو للمدين بحسب الأموال[1].

ثالثا: الكف عن بيع المنقولات المحجوزة:

قد لا يستطيع المحجوز عليه تدارك أمره عن طريق اتخاذ إجراءات الإيداع مع التخصيص، نظرًا لانعدام المبالغ المطلوبة منه أو المساوية لقيمة الدين، وقد لا يتبع إجراءات الوسيلة الثانية "قصر الحجز"، ومع ذلك مكنه القانون من تدارك الأمر فى لحظاته الأخيرة خاصة إذا تعلق الحجز بمنقولات، وذلك عن طريق الكف عن بيع المنقولات المحجوزة حتى ولو لم يطلب هو ذلك، حيث نصت المادة 390[2] مرافعات على أن: "يكف معاون التنفيذ عن المضى فى البيع إذا نتج مبلغ كاف لوفاء الديون المحجوزة من أجلها هى والمصاريف، وما يوقع بعد ذلك من الحجوز تحت يد معاون التنفيذ أو غيره ممن يكون تحت يده الثمن لا يتناول إلا ما زاد على وفاء ما ذكر".

---

(1) ولا يعنى حصر الحجز فى جزء من الأموال المحجوزة أننا أمام حجز جديد فيمكن الطعن فى الحجز لأى سبب يتعلق بإجراءاته ولو بعد حصره. فتحى والى،المرجع السابق، ص467 بند 234.

(1) يظل المال بالرغم من قصر الحجز مملوكا للمحجوز عليه وداخلا فى الضمان العام، ومن ثم يتأتى الحجز عليه ولو بعد الحكم بقصر الحجز.

(2) معدلة بالقانون 76 لسنة 2007.

رابعا: وقف إجراءات التنفيذ على العقار "وقف بيع العقار المحجوز"

إذا تعلق الأمر بالتنفيذ على عقار، فإن المادة 1/424 قد قدمت حكما مشابها لما قدمته المادة 390 الخاصة بحجز المنقول فنصت على أنه: "لكل من المدين أو الحائز أو الكفيل العينى أن يطلب بطريق الاعتراض على قائمة شروط البيع وقف إجراءات التنفيذ على عقار أو أكثر من العقارات المعينة فى التنبيه إذا أثبت أن قيمة العقار الذى تظل الإجراءات مستمرة بالنسبة إليه تكفى للوفاء بحقوق الدائنين الحاجزين وجميع الدائنين الذين صاروا طرفا فيها وفقا لأحكام المادة 417 وهم أصحاب الحقوق المقيدة على العقار قبل تسجيل تنبيه نزع الملكية" ويعين الحكم الصادر فى هذا الاعتراض العقارات التى تقف الإجراءات مؤقتا بالنسبة لها، ولكل دائن بعد الحكم بإيقاع البيع أن يمضى فى التنفيذ على تلك العقارات إذا لم يكف ثمن ما بيع للوفاء بحقه".

ويستبان من هذا النص أنه يشترط لوقف بيع العقار أو العقارات المحجوزة أن يتقدم صاحب المصلحة المدين أو الحائز أو الكفيل العينى يطلب وقف إجراءات التنفيذ فلا تقضى به المحكمة من تلقاء نفسها[1]، ويقدم الطلب بطريق الاعتراض على قائمة شروط البيع

---

(1) وفى هذا تختلف هذه الوسيلة عن الكف عن بيع المنقولات المحجوزة، والتى يلتزم معاون التنفيذ فيها بالكف من تلقاء نفسه دون حاجة لطلب ودون أن تكون له سلطة تقديرية فى هذا الشأن "م390". والحكمة من إتاحة هذه الوسيلة حتى لا يباع العقار المحجوز بغير مقتضى. فتحى والى،المرجع السابق، ص530 بند 282.

بنفس إجراءاته وفى الميعاد المحدد له[1]، كما يمكن تقديمه بعد انقضاء ميعاد الاعتراض فى أية حالة تكون عليها الإجراءات إلى ما قبل اعتماد العطاء، إذا جدت ظروف تبرره[2].

وتملك المحكمة سلطة تقديرية فى هذا الشأن فلها أن ترفض الطلب أو تقبله.ويمكن للمحكمة استعمال هذه السلطة التقديرية فى تحقيق مبدأ المساواة بين الخصوم.

خامسا:تأجيل بيع العقار المحجوز

ولم تقف المادة 1/424 عند حد إعطاء صاحب المصلحة مكنة طلب وقف بيع العقار المحجوز وإنما منحت المدين بمقتضى فقرتها الثانية مكنة إيقاف إجراءات البيع على العقار محل التنفيذ.

وطبقا لهذه المادة، فإن هذه المكنة تنعقد للمدين وحده - دون الحائز أو الكفيل- فله أن يطلب بطريق الاعتراض على قائمة شروط البيع تأجيل بيع العقار المحجوز ويجوز أن يبدى هذا الطلب فى أية حالة تكون عليها الإجراءات إلى ما قبل اعتماد العطاء إذا طرأت ظروف تبرر ذلك. "م3/424". وهذه الوسيلة وإن كانت مكنة بيد المدين، إلا أنها - وبعكس الوسائل السابقة - تؤدى إلى تأجيل البيع، ومن ثم تأخير اقتضاء الدائن أو الدائنين لحقوقهم.

---

(1) فتحى والى ،المرجع السابق، ص531 بند 282.

(2) م424 /3 مرافعات.

وتملك المحكمة سلطة تقديرية فى هذا الشأن، فلها أن ترفض الطلب ولها أن تستجيب إليه. ويمكن للمحكمة استعمال هذه السلطة التقديرية فى تحقيق مبدأ المساواة بين الخصوم.فتأجيل بيع العقار المحجوز فيه مافيه من ظلم للدائن، خاصة وأن بيده سندا تنفيذيا يثبت حقه تجاه المدين.

المبحث الثالث

السلطة التقديرية للقاضى وأثرها فى تحقيق المساواة بين الخصوم

تمهيد وتقسيم:

يمارس القاضى نشاطه القضائى ابتداء من تحقيق الادعاء المرفوع أمامه ، وانتهاء بإصداره لحكم فاصل فى النزاع، لكى يفرض مضمون القاعدة القانونية جبراً عند عدم احترامها ، أو يزيل ما قد يكون قد اكتنفها من عوارض ، ويملك القاضى خلال ممارسته لنشاطه القضائى سلطة واسعة بموجب القانون تمكنه من تقدير وقائع وادعاءات الخصوم تمهيداً لإصدار حكم فاصل فى الموضوع ، وهذا هو ما يعرف بالسلطة التقديرية للقاضى.[1] فالقانون الوضعى يخول

([1]) راجع فى السلطة التقديرية للقاضى – نبيل عمر – سلطة القاضى التقديرية فى المواد المدنية والتجارية ،ط 1،منشأة المعارف،الاسكندرية،1984 ، محمد شتا أبو سعد ، سلطة القاضى المدنى فى الإثبات – مجلة هيئة قضايا الدولة العدد 4 لسنة 31 أكتوبر ، وديسمبر 1987 ، ص 5-77 ، العدد الثالث من نفس المجلة لسنة 32 يوليو سبتمبر1988 ص 12-103 ، وحرية القاضى فى الاقتناع اليقينى ، وأثره فى تسبيب الأحكام الجنائية ، محمد عيد الغريب ، 1996 – 1997 ، وجدى راغب – النظرية العامة – المرجع السابق ص 332-335 ، ولقد كانت السلطة التقديرية للقاضى مثارا لخلاف فى الفقه ، نتج أساساً من الخلاف حول دور القاضى المدنى فى الإثبات ، فبعض التشريعات التى تأثرت بالقانون الرومانى والمذاهب الفردية ترى أن الخصومة تعد ملكاً للخصوم يسيرونها كيف شاءوا ، وليس للقاضى إلا أن يقف موقفاً سلبياً إزاء هذه الأعمال ، وهو ما يعبر عنه بمبدأ تسيير الخصومة ==

القاضى، والذى هو أداة الدولة فى تأدية الوظيفة القضائية قدراً معيناً من الحرية يستطيع من خلاله تكوين رأيه فى قضية ما. وتتميز هذه السلطة التقديرية بأن إرادة العضو لا تكون حرة فى تحديد غاياتها، وإنما تكمن حريتها فى اختيار السلوك الذى يتلاءم والغايات التى يحددها القانون ، وهذا هو ما يفرقها عن السلطة التحكمية.

ولا تعنى السلطة التقديرية عدم خضوع النشاط كلية للتنظيم التشريعى، وإنما يمكن للمشرع تقييد إرادة العضو القضائى ، أياً كان وجه هذا التقييد ومداه[1] . بل إن هذه السلطة تنعدم إذا كان

==بمعرفة الخصوم ، بينما يرى الاتجاه الحديث ترك هذا المبدأ ويؤكد على إيجابية دور القاضى فى تسيير الخصومة المدنية، فالوظيفة القضائية لا تقتصر على حسم النزاع ، وإنما تمتد لتشمل تطبيق القانون ومقتضى ذلك عدم ترك تسيير الخصومة للخصوم فقط . راجع :
Jacques Normand : le Juge et le litige. Thése Paris 1956. P 22 et s N 25 et 26. Vincent 'J" et guinchard "S", procédure civile. P 410 N 540, dalloz ,24e éd 1996.

(1) قارب: وجدى راغب المرجع السابق ذات الموضع ، والحق أن الفقه يختلف فى مدى وجود هذه السلطة التقديرية ، والاعتراف بها للقاضى ، فبينما يذهب اتجاه إلى أن القاضى فى جميع نشاطه مقيد دائماً بإرادة المشرع ، يذهب اتجاه آخر إلى النقيض من ذلك ويقرر أن القاضى يباشر نشاطاً حراً خلاقاً دائماً، ويتوسط بين هذا وذاك فريق ثالث يرى أن القانون الوضعى يعترف للقاضى بحرية تقدير فى نطاق معين ، وهو الرأى الراجح. راجع فى هذه الخلافات – وجدى راغب المرجع السابق ص 332-341 .

النشاط منظماً من القانون فى كل عناصره ، ويضحى نشاط القاضى فى هذه الحالة مجرد إعلان عن إرادة المشرع[1] .

وتكاد تكون طبيعة السلطة التقديرية واحدة فى جميع فروع القانون.[2] ففى نطاق القانون المدنى فإن سلطة القاضى التقديرية تشمل جميع الحالات التى يعالجها هذا القانون، وتغطى كافة الموضوعات التى يتناولها.[3]

ويمكن القول بصفة عامة، أنه فى كل النصوص التى تتيح للقاضى مكنة إعمال أثر معين، أو عدم إعماله أو تتيح له مكنة الاختيار بين آثار عدة واردة فى القاعدة القانونية، فإن ذلك يعنى بالضرورة إعطاء القاضى سلطة تقديرية فى هذا الخصوص. ويمثل مبدأ المساواة بين الخصوم حجر الزاوية فى استعمال هذه السلطة. فينبغى على القاضى استعمالها بما يتناسب وهذا المبدأ. ونتناول ذلك فى مطلبين يتناول الأول منهما: السلطة التقديرية فى القانون الوضعى، بينما يكرس الثانى للسلطة التقديرية فى الشريعة الإسلامية.

---

(1) قارب نبيل عمر السلطة التقديرية ص 184 بند 167 ، وإن كان صاحب هذا الكتاب يعمم مجال السلطة التقديرية ، فهى توجد دائماً ما وجدت السلطة القضائية بحيث يكون الاثنان قرينين متلازمين ص 509 بند 444 و ص 503 بند 441 .

(2) أحمد كمال الدين، نظرية الإثبات فى القانون الإدارى 1977 ص 239 .

(3) راجع على سبيل المثال المواد 95 ،129، 149، 150 من القانون المدنى .

المطلب الأول
السلطة التقديرية فى القانون الوضعى

1ـ مفهوم السلطة التقديرية:

السلطة التقديرية للقاضى عبارة عن نشاط ذهنى وعقلى يقوم به القاضى فى فهم الواقع المطروح عليه فى نطاق قاعدة معينة يقدر أنها هى التى تحكم النزاع المطروح [1]. ويعرفها البعض بأنها:"مجموعة النصوص التى يتضمنها القانون الموضوعى والإجرائى تخول القاضى صراحة حرية التقدير أو الاختيار فى شكل العمل القضائى أو مضمونه[1].

وهذه السلطة تساعد القاضى فى أن يستخدمها استخداما صحيحا يتفق والغرض الذى من أجله منح المشرع هذه السلطة للقاضى وصولا إلى العدالة المنشودة[2].

وعندما يباشر القاضى السلطة التقديرية لإرساء مبدأ المساواة بين الخصوم، فهو لايباشر سلطة تحكمية يخلق بها قاعدة قانونية، وإنما يباشرها فى ضوء الضوابط والقواعد التى وضعها المشرع لممارسة هذه السلطة. فالمساواة لايقصد بها تلك المساواة المجردة التى تنعدم معها

([1]) نبيل عمر،سلطة القاضى التقديرية، ص16.

([1]) محمد محمود ابراهيم،سلطة القاضى فى تكييف الدعوى،ص135،منشأة المعارف،الاسكندرية.

(2) نبيل عمر، سلطة القاضى التقديرية، المرجع السابق،ص130.

السلطة التقديرية للقاضى، بالنظر إلى اختلاف المراكز القانونية للأشخاص الخاضعين لأحكام القانون[1].

فتقديرالمساواة بين الخصوم لايتم بطريقة تحكمية روتينية جامدة،بل يقوم فى الأساس على مرونة من جانب القاضى استعمالا لسلطته التقديرية فى هذا المجال. والقاضى إذ يعمل سلطته التقديرية،فإنه يراعى فى ذلك تماثل المراكز القانونية للخصوم أو اختلافها.

فالقاضي لا يكون مخلا بمبدأ المساواة أمام القضاء حين يستعمل سلطته التقديرية ويقضي بأحكام مختلفة تبعا لاختلاف كل قضية[1]. يستوى أن يكون هذا الاختلاف فى قاعدة موضوعية أو إجرائية. فمبدأ المساواة لا يعني أن يعامل الخصوم على ما بينهم من تفاوت في مراكزهم القانونية معاملة قانونية متكافئة، فالتميز القائم على أسس موضوعية، مستلهماً أهدافاً مشروعة يكون مبرراً[2].

---

(1) قارب:الحصانة الإجرائية،المرجع السابق،ص35ومابعدها.

(1) عبد الغني بسيوني عبد الله ، مبدأ المساواة أمام القضاء وكفالة حق التقاضي ، ص 16، منشأة المعارف1983.

(2) حكم المحكمة الدستورية العليا بجلسة9يناير2005م، ق208، القضية رقم118 لسنة 20 ق. د.ع"، أحكام المحكمة الدستورية العليا، جـ11، مج1، مرجع سابق، ص1237. وقارب:حكم المحكمة الدستورية العليا في الطلب رقم (2) جلسة 15 مايو سنة 1993، أحكام المحكمة الدستورية العليا، جـ5، مج2، من أول يوليو1992حتى آخر يونيو1993، ص393.

وقد انتهت المحكمة الدستورية إلى أن مبدأ المساواة ليس مبدأ تلقينياً جامداً، منافياً للضرورة العملية، ولا هو قاعدة صماء تنبذ صور التمييز جميعها، ولا كافلاً لذلك الدقة الحسابية التي تقتضيها موازين العدل المطلق بين الأشياء"[1]. ولا يعني المساواة بين جميع الأفراد رغم اختلاف ظروفهم ومراكزهم القانونية[1]، فالقاضى يستطيع بسلطته التقديرية أن يحقق هذا المبدأ حال توافر تساوى المراكز القانونية للخصوم، فإذا ما انتفت في بعضهم دون البعض الآخر، كان له أن يطبقه فقط على من توافرت فيهم الشروط دون سواهم[2].

وقد قضت المحكمة الدستورية العليا فى حكم لها بأن:" مبدأ المساواة فى الحقوق بين المواطنين أمام القانون لايعنى أن تعامل فئاتهم على مابينها من تباين فى مراكزها القانونية معاملة قانونية متكافئة.

كذلك لايقوم هذا المبدأ على معارضة صور التمييز جميعا،ذلك أن من بينها مايستند إلى أسس موضوعية .... بما مؤداه أن التمييز المنهى عنه هو ذلك الذى يكون تحكميا،ذلك أن كل تنظيم تشريعى لايعتبر

---

(1) حكم المحكمة الدستورية العليا بجلسة12 يونيه 2005م، في القضية رقم 259 لسنة25 ق. د.ع"، ق312، أحكام المحكمة الدستورية العليا، المرجع السابق، ص1885.

(1) حكم المحكمة الإدارية العليا في الطعن رقم 948 لسنة 27 ق. د.ع، جلسة 27 مايو1984، المبدأ (185)، المكتب الفني، مجموعة المبادئ القانونية، س29، ع2، من أول مارس1984 إلى آخر سبتمبر1984، ص1160.

(2) قارب: حكم المحكمة الدستورية العليا في الدعوى رقم 16، س8 ق. د.ع، جلسة 21/5/1989.

مقصودا لذاته ،بل لتحقيق أغراض بعينها تعكس مشروعيتها إطارا للمصلحة العامة التى يسعى المشرع إلى تحقيقها من وراء هذا التنظيم.فإذا كان النص التشريعى بما انطوى عليه من تمييز، مصادما لهذه الأغراض بما يستحيل منطقيا ربطه أو اعتباره مدخلا إليها ،فإن التمييز يكون تحكميا ،وغير مستند بالتالى إلى أسس موضوعية[1] .

والحق أن استعمال السلطة التقديرية للقاضى تطبيقا للمساواة بين الخصوم كما يمكن أن تتم فى إطار القانون الموضوعى، فإنها يمكن أن تتم فى إطار القانون الإجرائى على حد سواء[2].

([1]) حكم المحكمة الدستورية العليا فى القضية رقم195لسنة20قضائية دستورية،جلسة1/1/2000. وقارب:حكمها فى القضية رقم 153 لسنة 26 ق. د.ع، جلسة 31 يوليو سنة 2005، القاعدة رقم (326)، أحكام المحكمة الدستورية العليا، ج11، مج2، أحكام المحكمة الدستورية العليا ، ص1994. وفي القضية في 19 أبريل2007. كما قضت فى حكم آخر بأن:"المساواة .....ليست مساواة حسابية،إذ يملك المشرع بسلطته التقديرية ولمقتضيات الصالح العام وضع شروط موضوعية ،تتحددبها المراكز القانونية التى يتساوى بها الأفراد أمام القانون،بحيث إذا توافرت الشروط فى طائفة من الأفراد وجب إعمال المساواة بينهم، لتماثل مراكزهم القانونية.فإذاانتفى مناط التسوية بينهم بأن توافرت الشروط فى بعضهم دون البعض الآخر،كان لمن توافرت فيهم الشروط دون سواهم أن يمارسوا الحقوق التى كفلها القانون لهم.حكم المحكمة الدستورية العليا فى القضية رقم31لسنة17قضائية دستورية،جلسة2/1/1999.

([2]) قارن: حكم محكمة استئناف القاهرة جلسة 2004/2/28، الدائرة 91 تجارى، فى الدعوى رقم 64 لسنة 120 ق . تحكيم. حيث تضمن حكمها ــ فى نطاق خصومة التحكيم ــ أن مبدأ المساواة بين الخصوم فى خصومة التحكيم يقتصر على ==

وعلى سبيل المثال:

1. ففى خصوص مد المواعيد الإجرائية، وتمشيا مع المرونة القانونية فى حساب المواعيد، فإن القانون يخفف فى بعض الأحيان من جمود المواعيد لكى تتلائم مع ظروف الحال، فيعترف للقاضى استثناء بتعديل المواعيد الإجرائية سواء بالنقصان أو الزيادة[1].

==الحقوق الاجرائية للطرفين ،فلا شأن له بما تقضى به هيئة التحكيم ،أو بما تقوم به استعمالاً لسلطتها التقديرية فى تقدير الأدلة المقدمة من الخصوم.

([1]) تنص المادة/ 17من قانون المرافعات على أنه:" ميعاد المسافة لمن يكون موطنه في الخارج ستون يوماً . ويجوز بأمر من قاضي الأمور الوقتية إنقاص هذا الميعاد تبعا لسهولة المواصلات وظروف الاستعجال ويعلن هذا الأمر مع الورقة. ولا يعمل بهذا الميعاد في حق من يعلن لشخصه في الجمهورية أثناء وجوده بما إنما لقاضي الأمور الوقتية أو للمحكمة عند نظر الدعوى أن تأمر بمد المواعيد العادية أو باعتبارها ممتدة علي إلا يجاوز في الحالين الميعاد الذي كان يستحقه لو أعلن في موطنه في الخارج. كما تنص المادة "66" كذلك على أن: "ميعاد الحضور خمسة عشر يوماً أمام المحكمة الابتدائية ومحكمة الاستئناف وثمانية أيام أمام محاكم المواد الجزئية ، ويجوز فى حالة الضرورة نقص هذين الميعادين إلى ثلاثة أيام، وإلى أربع وعشرين ساعة على التوالى ، وميعاد الحضور فى الدعاوى المستعجلة أربع وعشرون ساعة ، ويجوز كذلك فى حالة الضرورة نقص هذا الميعاد ، وجعله من ساعة إلى ساعة بشرط أن يحصل الإعلان للخصم نفسه إلا إذا كانت الدعوى من الدعاوى البحرية ، ويكون نقص المواعيد فى الأحوال المتقدمة بإذن من قاضى الأمور الوقتية ، وتعلن صورته للخصم فى صحيفة الدعوى" [(1)] . راجع فى أمثلة أخرى : المواد : 17 ،46، 99، 101، 104 ،107، 118، 124، 125 ، 235، 270، 286 ،873 ،924، 928، 949، 1022، من قانون المرافعات، والمواد 28، 52، 70 ،100 ،105، 106، 107، 108، 109، 114، 131، 132، 134، 135،من قانون الإثبات ،والمواد 302،308 من قانون الإجراءات الجنائية .

2ـ فى خصوص الطلبات فى الدعوى:

فى فقرتها الأخيرة وضعت المادة 124 ،والمادة125 فى فقرتها الرابعة قاعدة عامة يجوز بمقتضاها أن يقدم المدعى والمدعى عليه الطلبات العارضة المرتبطة بالطلب الأصلى والتى تأذن المحكمة بتقديمها. وهذه القاعدة تجعل من الطلبات الأخرى التى وردت فى هاتين المادتين مجرد أمثلة. ويخضع ذلك كله لتقدير المحكمة توازن بها بين مصالح الخصوم تحقيا لمبدأ المساواة بينهم

3ـ فى دعوى الإيداع والتخصيص:

لقاضى التنفيذ سلطة تقديرية كاملة فى تحديد المبلغ الذى يجب إيداعه، أيا كان نوع الحجز وأيا كان السند سبب الحجز، مراعيا فى ذلك كل ما يثار من المنازعات فى ثبوت دين الحجز أو مقداره أو فى صحة إجراءات الحجز.

4ـ فى دعوى قصر الحجز La contonnement de le saisie:

إذا كان قاضى التنفيذ يختص بنظر هذه الدعوى بوصفه قاضيا للأمور المستعجلة، إلا أن له سلطة تقديرية فى قبول الطلب من عدمه، فله أن يقرر رفض الطلب إذا لم يجد تفاوتا كبيرًا بين الدين والمال المحجوز من أجله، وله سلطة قبول الطلب.

5ـ إذا تعلق الأمر بالتنفيذ على عقار:

فإن المحكمة تملك سلطة تقديرية فى هذا الشأن فلها أن ترفض طلب وقف إجراءات التنفيذ على العقارأوتقبله. فإذا ما قررت المحكمة ـ طبقا لسلطتها التقديرية ـ قبول الطلب، فإن عليها أن تحدد العقار أو

العقارات التى توقف الإجراءات بالنسبة إليها ، ويمكن أن ينصب الوقف على جزء من العقار بعكس الحال عما عليه الكف عن بيع المنقولات المحجوزة إذ لا يتأتى بيع جزء المنقول والكف عن بيع بعضه الآخر.

6ـ تأجيل بيع العقار المحجوز:

ثمة وسيلة ممنوحة للمدين المحجوز عليه وهى تأجيل بيع العقار المحجوزتبدو فى ظاهرها ظلما للدائن، إذ إن تأجيل بيع العقار المحجوز لمدة سنة يعنى تأجيل اقتضاء الدائن حقه لمدة سنة ،وفى هذا من الظلم للدائن مافيه. ويمكن للقاضى فى خصوص هذه الوسيلة الخامسة أن يرفض ـ طبقا لسلطته التقديرية ـ تأجيل بيع العقار المحجوز لمدة سنة ، إذا كان ذلك يضر بمصلحة الدائن.

وبناء عليه لا يمكن أن يمتنع القاضى عن الفصل فى القضية تحت ستار عدم وجود نص، أو غموضه، أو عدم كفايته، بل يصبح محتماً عليه أن يجتهد للبحث عن حلول داخل المبادئ العامة ،وإلا فإنه يعد بذلك منكراً للعدالة Deni de justice ،ويمكن للمبادئ العامة أن تقدم حلا فى هذه الحالة، لأن كل الحق لا يوجد فى القانون وحده، فالقاضى يمكنه أن يبحث عن حل داخل المبادئ العامة[1] .

([1]) راجع فى هذا المعنى:

chiristine préc P 290 N

371

والحقيقة:

أن المشكلة لا تثور بالنسبة للنظم التى تنص صراحة على مبدأ المساواة، كالتشريع الإسلامى وغالبية النظم فى العالم، وأما النظم التى تتضمن داخل نصوصها هذا المبدأ ، فإنه أمام صمت القانون، وعدم التحديد والغموض فى النص القانونى، فإن القاضى يجتهد فى اكتشاف القاعدة العامة التى لا تظهر صراحة formellement، ويعد هذا قاعدة قانونية قضائية ، نتجت بالأساس من عدم الكفاية[1].

وسواء نص المشرع صراحة أو ضمناً على مبدأ المساواة،وسواء أكان هذا النص عاماً على كل الحالات أم خاصاً بحالة محددة،فإن هذا المبدأ يعد مبدأً عاماً ، وهذا يعنى أن المشرع لو نص عليه فى حالة محددة فإنه يمكن تعميمه على كل الحالات .وحتى فى حالة عدم النص عليه ، فإن القاضى، وهو بصدد إعمال القاعدة القانونية على الواقعة محل النزاع، يمكنه أن يستلهم هذا المبدأ من روح التشريع ذاته، أو استناداً إلى العدالة والإنصاف،وهو بهذه المثابة لا يحتاج إلى نص خاص.

ومن هنا تبدو الأهمية القصوى فى استعمال القاضى لسلطته التقديرية فى هذه الحالة ،وفى كل حالة يبدو فيها ظلم بطرف من الأطراف. فعلى القاضى أن يطوع سلطته التقديرية لتسير فى نفس الاتجاه الذى يسير فيه مبدأ المساواة بين الخصوم.بل يجب أن يسيطر

(1) Christine, Préc P 294 N 378.

هذا المبدأ على تفكير القاضى وهو بصدد إعمال سلطته التقديرية. وعلى القاضى فى هذه الحالات أن يبذل قصارى جهده لتحقيق التوازن بين المصلحتين المتعارضتين للخصوم تحقيقا للمساواة بينهما.

المطلب الثانى

السلطة التقديرية فى الشريعة الإسلامية

وفى الشريعة الإسلامية فإن للقاضى سلطة تقديرية واسعة، فله تحصيل المقاصد المطلوبة من القضاء ،ومنها إنصاف المظلوم والوصول إلى الحق، وذلك بكل طريق ممكن مادام لا يخالف نصاً شرعياً .

وتعد السلطة التقديرية للقاضى نوع من النشاط الذهنى يقوم به،ويعتمد بدرجة كبيرة على ذكاء القاضى وفطنته، وهذا هو مايعرف بالفراسة التى مدحها الله وأهلها فى مواضع عديدة من كتابه الكريم.ومن ذلك قوله تعالى: ﴿ إِنَّ فِي ذَٰلِكَ لَآيَاتٍ لِّلْمُتَوَسِّمِينَ ﴿٧٥﴾ ﴾[1]. وعن أبى أمامة عن النبي صلى الله عليه وسلم، قال: « اتقوا فراسة المؤمن ، فإنه ينظر بنور

([1]) سورة الحجر : آية 75 .

الله "[1]، ثم قرأ "إِنَّ فِي ذَلِكَ لَآيَاتٍ لِلْمُتَوَسِّمِينَ "[2]. والمتوسمون هم المعتبرون،أو المتفرسون، كما قاله قتادة وغيره. أو الناظرون المتأملون المتفكرون فى الأمور ومآلاتها. كما روى عن ابن عباس والضحاك، وغيرهما. وكل هذه المعانى ترتد فى الأساس وتتفرع عن معنى واحد.

وإطلاق التوسم على التأمل والنظر والاعتبار مشهور في كلام العرب[3].

والحق أن هذه السلطة التقديرية للقاضى تنطلق فى الشريعة الإسلامية من أن القاضى إذا لم يكن فقيها في الأمارات، ودلائل الحال، ومعرفة الشواهد والقرائن، أضاع حقوقا كثيرة على أصحابها. وما ذاك إلا لأنه لم يستعمل السلطة التقديرية الاستعمال

([1]) سليمان بن أحمد بن أيوب بن مطير اللخمي الشامي، أبو القاسم الطبراني، المعجم الكبير، ط2، جـ 8 ص102،رقم7497،تحقيق: حمدي بن عبد المجيد السلفي،مكتبة ابن تيمية،القاهرة. سنن الترمذي، أبي عيسى محمد بن عيسى الترمذي، جـ5 ص149، تحقيق : بشار عواد معروف، دار الغرب الإسلامي، بيروت، 1998 م.

([2]) سورة الحجر : آية 75 .

([3]) راجع فى هذا: جامع البيان في تأويل القرآن، محمد بن جرير بن يزيد بن كثير بن غالب الآملي، أبو جعفر الطبري ط1،جـ17ص121،تحقيق: أحمد محمد شاكر،مؤسسة الرسالة، 1420 هـ2000 م. أبو عبد الله محمد بن أحمد بن أبي بكر بن فرح الأنصاري الخزرجي شمس الدين القرطبي ، الجامع لأحكام القرآن ،ط2،جـ10ص42،تحقيق: أحمد البردوني وإبراهيم أطفيش،دار الكتب المصرية – القاهرة، 1384هـ 1964 م. محمد بن علي بن محمد بن عبد الله الشوكاني اليمني ، فتح القدير،ط1،جـ3ص166،دار ابن كثير، دار الكلم الطيب – دمشق، بيروت1414 هـ.

السليم[1]. ولايمكن القول بأن السلطة التقديرية مخالفة لما نطق به الشرع، بل هي موافقة لما جاء به، بل هي جزء من السياسة الشرعية، وإنما هي عدل الله ورسوله، ظهر بهذه الأمارات والعلامات.

بل إن الله تعالى قد بين بما شرعه من الطرق أن مقصوده إقامة العدل بين عباده ، وقيام الناس بالقسط : فأي طريق يتوصل بها إلى العدل والقسط فهي من الدين، ليست مخالفة له. والفقه الإسلامى واضح وصريح فى أن الحاكم (القاضى) إذا ارتاب بالشهود فرقهم وسألهم كيف تحملوا الشهادة، وأين تحملوها ، وإذا ارتاب بالدعوى، سأل المدعي عن سبب الحق، وأين كان، ونظر في الحال هل تقتضي صحة ذلك، وكذا إذا ارتاب بمن القول قوله، والمدعي عليه، وجب عليه

([1]) قال فى الطرق الحكمية:"هاهنا نوعان من الفقه، لا بد للحاكم "القاضى"منهما: فقه في أحكام الحوادث الكلية، وفقه في نفس الواقع وأحوال الناس، يميز به بين الصادق والكاذب، والمحق والمبطل. ثم يطابق بين هذا وهذا فيعطي الواقع حكمه من الواجب، ولا يجعل الواجب مخالفا للواقع. ومن له ذوق في الشريعة، واطلاع على كمالاتها وتضمنها لغاية مصالح العباد في المعاش والمعاد، ومجيئها بغاية العدل، الذي يسع الخلائق، وأنه لا عدل فوق عدلها، ولا مصلحة فوق ما تضمنته من المصالح: تبين له أن السياسة العادلة جزء من أجزائها، وفرع من فروعها، وأن من له معرفة بمقاصدها ووضعها وحسن فهمه فيها: لم يحتج معها إلى سياسة غيرها البتة". محمد بن أبي بكر بن أيوب بن سعد شمس الدين ابن قيم الجوزية، الطرق الحكمية،ص4، 13، مكتبة دار البيان ،أبو عبد الله محمد بن أبي بكر بن أيوب ابن قيم الجوزية، بدائع الفوائد، جـ 3 ص1089،تحقيق :علي بن محمد العمران، دار عالم الفوائد.

أن يستكشف الحال، ويسأل عن القرائن التي تدل على صورة الحال[1].

وقد تجلت هذه السلطة على مر التاريخ الإسلامى، مارسها الرسول صلى الله عليه وسلم[2]. والخلفاء الراشدون[3]. ومن جاء بعد

([1]) عبد الرحمن بن محمد بن قاسم العاصمي القحطاني الحنبلي النجدي ، الإحكام شرح أصول الأحكام،ط2،جـ4ص560، 1406 هـ، الطرق الحكمية،محمد بن أبي بكر بن أيوب بن سعد شمس الدين ابن قيم الجوزية،ص24.مكتبة دار البيان.

([2]) فقد حبس رسول الله – صلى الله عليه وسلم – في تهمة، وعاقب في تهمة، لما ظهرت أمارات الريبة على المتهم"، فمن أطلق كل متهم وحلفه وخلى سبيله – مع علمه باشتهاره بالفساد في الأرض، وكثرة سرقاته، وقال: لا آخذه إلا بشاهدي عدل – فقوله مخالف للسياسة الشرعية. "وقد منع النبي – صلى الله عليه وسلم – الغال من الغنيمة سهمه، وحرق متاعه هو وخلفاؤه من بعده" "ومنع القاتل من السلب لما أساء شافعه على أمير السرية" ، فعاقب المشفوع له عقوبة للشفيع. "وعزم على تحريق بيوت تاركي الجمعة والجماعة" . "وأضعف الغرم على سارق ما لا قطع فيه، وشرع فيه جلدات، نكالا وتأديبا" "وأضعف الغرم على كاتم الضالة عن صاحبها" الطرق الحكمية،ص14.

([3]) قال ابن سعد فى الطبقات الكبرى:"جاءت امرأة إلى عمر بن الخطاب فقالت: أشكو إليك خير أهل الدنيا إلا رجلا سبقه بعمل أو عمل بمثل عمله يقوم الليل حتى يصبح ويصوم النهار حتى يمسي. ثم تجلاها "كساها وغطاها" الحياء فقالت: أقلني يا أمير المؤمنين. فقال: جزاك الله خيرا قد أحسنت الثناء قد أقلتك. فلما ولت قال كعب بن سور: يا أمير المؤمنين لقد أبلغت إليك في الشكوى. فقال: ما اشتكت؟ قال: زوجها. قال: علي المرأة. فقال لكعب: اقض بينهما. قال: أقضي وأنت شاهد! قال: إنك قد فطنت إلى ما لم أفطن. قال: إن الله يقول: "فانكحوا ما طاب لكم من النساء مثنى وثلاث ورباع". سورة النساء،من الآية رقم3.صم ثلاثة أيام وأفطر عندها يوما وقم عندها ثلاث ليال وبت عندها ليلة. فقال عمر: لهذا أعجب إلي من الأول! فرحل به أو بعثه قاضيا لأهل البصرة.الطبقات الكبرى،أبو عبد الله محمد بن سعد بن ==

ذلك من القضاة[1].

==منيع ، المعروف بابن سعد،ط1،7ص63ومابعدها، تحقيق: محمد عبد القادر عطا،دار الكتب العلمية ، بيروت، 1410 هـ 1990م.

([1]) قال الشعبي: شهدت شريحا وقد أتته امرأة تخاصم رجلا فأرسلت عينيها بالبكاء، فقلت: يا أبا أمية ما أظنها إلا مظلومة .فقال: يا شعبي إن إخوة يوسف جاءوا أباهم عشاء يبكون([1]).تاريخ دمشق،أبو القاسم علي بن الحسن بن هبة الله المعروف بابن عساكر،جـ23ص46،تحقيق:ابن غرامة العمروي،دار الفكر للطباعة والنشر والتوزيع1415 هـ 1995 م. السلوك في طبقات العلماء والملوك،أحمد بن يوسف بن يعقوب، أبو عبد الله، بهاء الدين الجُنْدي اليمني، ط2،جـ1ص86، تحقيق: محمد بن علي بن الحسين الأكوع الحوالي،مكتبة الإرشاد ،صنعاء 1995م. الطرق الحكمية،ص24. وتقدم إلى إياس بن معاوية أربع نسوة ، فقال إياس : أما إحداهن فحامل ، والأخرى مرضع ، والأخرى ثيب ، والأخرى بكر . فنظروا فوجدوا الأمر كما قال ، قالوا : كيف عرفت ؟ فقال : أما الحامل : فكانت تكلمني وترفع ثوبها عن بطنها ، فعرفت أنها حامل، وأما المرضع : فكانت تضرب ثديها فعرفت أنها مرضع، وأما الثيب : فكانت تكلمني وعينها في عيني ، فعرفت أنها ثيب، وأما البكر : فكانت تكلمني وعينها في الأرض ، فعرفت أنها بكر([1]).الطرق الحكمية،ص25.