الجمهورية التونسية

وزارة العدل وحقوق الانسان

المعهد الاعلى للقضاء

* القضاء الإستعجالي واشكالات التنفيذ *

دورة دراسية

الخميس 8 جانفي 2004

بمقر المعهد

***

9.00 – كلمة الإفتتاح — **- السيدة جميلة الخذيـــري**
مديرة التكوين المستمر

9.10 – التقرير التمهيدي — **- السيد محمد الصالح بن حسين**
المدعـــي العـــام
مساعد وكيل الدولة العام

9.40- القضاء الإستعجالي بين سرعة الفصل وتوفير الضمانات — **- السيـــد حاتم الدشراوي**
رئيس المحكمـــة الإبتدائيـــة ببـــن عـــروس

10.00- استـــــراحـــة

10.15- القضاء الإستعجالي وإيقاف التنفيذ — **- السيد يوسف الزغدودي**
رئيـــس دائـــرة بمحكمـــة الإستئناف بتونس

10.45- دور عدل التنفيذ في إثارة الإشكال التنفيذي — **- السيـــد مـــراد إسكنـــدر**
عميد عدول التنفيذ

11.15- نقـــاش

13.00- نهاية الاشغـــال

الجمهورية التونسية
وزارة العدل وحقوق الإنسان
المعهد الأعلى للقضاء

دورة دراسية حول
"القضاء الإستعجالي وإشكالات التنفيذ"
كلمة الإفتتتاح
بسم الله الرحمان الرحيم
السيد المديـــــــــر العـــــام
السادة المحاضرين الأكارم
زميلاتي وزملائي والملحقين القضائيين

ارحب بكم بالمعهد الأعلى للقضاء. لحضوركم اعمال هذه الدورة الدراسية في نطاق برنامج التكوين المستمر.

نتولى اليوم بالدرس موضوع:

"القضاء الإستعجالي وإشكالات التنفيذ"

إنه من الثابت فقها وقضاء وأن فصل الخصومة أمام القضاء العادي يمر بعدة مراحل وأطوار حتى تستكمل الدعوى إجراءاتها ويقدم الأطراف دفوعاتهم. ويتمكن القاضي من تبين وبيان وجه الحق والفصل فيها. وهو أمر قد يطول نسبيا الشيء الذي ينجر منه أحيانا ضرر بمصالح الخصوم، لا يمكن تلافيها.

لذلك كان لابد من وجود وسيلة وطريقة لحماية هذه الحقوق فكان القضاء الإستعجالي الذي هو فرع من فروع القضاء المدني والذي حتمته ضرورة حماية الحقوق التي يخشى عليها من التلاشي في صورة الإلتجاء الى القضاء العادي وهو ما سيعرضه لنا القاضي السيد محمد صالح بن حسين صلب التقرير التمهيدي الذي أعده في الغرض. والذي سيبين لنا من خلاله إجراءات القضاء الإستعجالي ومناطه المتمثل أساسا في توفر ركني التأكد وعدم المساس بالأصل.

إلا أن القضاء الإستعجالي ولئن كان أساسه سرعة الفصل بناء على ضرورة توفر ركن التأكد الذي يحف بالموضوع فإنه لا بد من أن تتوفر من خلاله ضمانات للمتقاضين وأصحاب الحق بإعتبار الأحكام الإستعجالية لها صيغة وقتية ولا تمس بأصل الحق. وهو ما سيتعرض إليه السيد حاتم الدشراوي رئيس المحكمة الإبتدائية ببن عروس في مداخلته القضاء الإستعجالي بين سرعة الفصل وتوفير الضمانات.

ثم إثر ذلك يقوم القاضي السيد يوسف الزغدودي بتقديم مداخلته حول القضاء الإستعجالي وإيقاف التنفيذ، مبينا لنا من خلالها الصور والحالات المخولة للقاضي الإستعجالي لإيقاف التنفيذ وبيان اسسها القانونية.

لتنتهي في المرحلة الأخيرة إلى التعرض إلى الإشكالات التنفيذية ودور عدل التنفيذ في إثارتها.

يقدمها لنا عميد عدول التنفيذ الأستاذ مراد إسكندر ليعرف لنا المقصود بالأشكال التنفيذي وأنواعه وكيفية إثارته ورفعه.

وفي الختام أجدد لكم شكري على الحضور، ومواكبة هذه الدورة وأتمنى أن تحصل الفائدة للجميع من المداخلات التي ستقدم تباعا وأن تكون مادة لطرح تساؤلاتكم حول هذا الموضوع.

والسلام

مديرة التكوين المستمر

جميلة الخذيري

القضـــــــاء الاستعجـــــــــالي

تقـرير تمهـيدي

ما انفك نسق الحياة في هذا العصر يتسارع بخطى لم نعهدها من قبل وبكيفية أصبح معها جل ما تلقيناه من مبادئ وقيم محل جدل وتساؤل، وأصبح الهاجس سواء لدى الأشخاص أو المؤسسات يتمثل في سرعة الإنجاز، فالكل في تسابق مع الزمن ، والبطء مرفوض وهو مرادف للخسارة ، وهكذا لم يعد لمقولة **في التأني السلامة وفي العجلة الندامة** وما شابهها من الحكم والأمثال التي تلح على التأني وتدعو إلى تجنب التسرع جدوى أو حتى مكان.

فالسرعة تعتبر حاليا أول شرط يجب توفره في نطاق المنافسة الحادة والمستشرية في كل مكان والتي يعتبر عنصر الزمن من أهم العناصر الفاعلة فيها ،

إذ من البديهي أن من تعود على تقبل معلومة أو تبادل السلع والبضائع عن طريق وسائل الاتصال الحديثة في وقت قياسي ملازم في غالب الأحيان للحظة حدوثها ، لا يقبل نمطا آخر من التعامل يشد إلى الخلف ويسير في اتجاه مغاير تماما لاتجاهه ، فلا يعبأ بعنصر الوقت وإنما هو يوحي بالركود ويبعث على الحيرة .

وبما أن القضاء يظل على الدوام وليد الحاجة ، فإن طبعه من طبع عصره ، وأهدافه من صميم أهداف المجتمع الذي يرعاه ، ومن مختلف حاجاته إليه ، ومن البديهي أن لا يسمح بوجود نشاز بينه وبين مطالب متقاضيه ، وإن حصل ذلك وسبق النشاط التصور انعدمت الجدوى من نص غير مواكب للتطور ومن قضاء لا يلبي الحاجات الملحة لمنظوريه ، وأضحى تغيير النص مطلبا ملحا.

فاعتبار القضاء مرفقا حيويا فاعلا يفترض فيه أن يكون في خدمة المواطن ، يعالج مشاكله بالمنظار الذي يعيشه هذا الأخير ووفق التصور الذي ترجوه منه المجموعة، وعلى نسق ما يجري هنا وهنالك ، فالتوجه الصائب يقتضي أن يأخذ القضاء بعين الاعتبار تشابك المصالح وتشعبها وان يحرص على أن تتوفر لديه الحلول المناسبة للمسائل المطروحة عليه في بعديها الزماني والمكاني. وأن يقوم بالدور الموكول إليه في نطاق التنمية والسلم الاجتماعية على أحسن وجه.

وإذا ما كان هذا هو حال القضاء العادي ، فمن الطبيعي أن يكون القضاء الاستعجالي أحوج منه بالعناية وأولى بالاهتمام لما يتجسم فيه من رغبة في التوفيق بين مطالب تبدو متناقضة لإطراف النزاع ، ومن معادلة هي في الواقع صعبة التحقيق بين مطلب الحق في الدفاع وتوفير الأدلة وبين واجب حماية الحقوق المهددة ، لذلك كان القضاء الاستعجالي ولا يزال قضاء ذوق تستحسن فيه التجربة ، وتحبذ فيه الثقافة القانونية الواسعة ، والاطلاع المحترم على الواقع الاجتماعي والاقتصادي والثقافي والإلمام بجزئياته.

فالنصوص القانونية تعالج المسائل بصفة موضوعية ولا تتضمن حلولا بالنسبة للأمور المتأكدة إذ يبقى أمر استنباطها من مشمولات القاضي الاستعجالي ، ولهذا الغرض بالخصوص أسند النظر في القضايا الاستعجالية إلى السادة رؤساء المحاكم لما لهم من تجربة قضائية محترمة ، ولما اكتسبوه على مر الأيام والسنين من بعد نظر وإدراك صائب لحاجيات المجتمع ، ونحن نؤكد في هذه المناسبة على السادة الرؤساء كي يتولوا معالجة القضايا الاستعجالية بأنفسهم تجسيما للنص وتدعيما لحسن سير مرفق القضاء الاستعجالي.

وان كان القضاء الاستعجالي يتعلق بمسائل متأكدة تحتاج إلى المعالجة السريعة للنزاع وتطلب التنفيذ الفوري للأحكام الصادرة في الموضوع إلى درجة التنفيذ على المسودة فإن الجانب الآخر منه والذي لا يقل أهمية عنه يتعلق بمسالة الصعوبات التي يمكن أن تنشا بمناسبة تنفيذ الأحكام والتي بالنظر لطابعها المتأكد تعالج بدورها في قالب استعجالي . فللسبب المذكور كانت هذه الدورة مزيجا بين القضاء الاستعجالي وبين إشكاليات التنفيذ

القضاء الاستعجالي قضاء سريع الفصل

لا بد من التذكير في هذا الإطار بما هو متفق عليه من كون القضاء الاستعجالي يرتكز على شرطين أساسيين هما التأكد وعدم المساس بأصل الحقوق المتنازع في شأنها ، وأنه درج فقه القضاء على اعتبار هذين الشرطين متلازمين ومتى فقد أحدهما أصبح القاضي الاستعجالي غير مختص ، واعتبر الأمر يتعلق من هذه الناحية باختصاص نوعي وهو اختصاص يهم النظام العام ومن واجب القاضي الاستعجالي التمسك به من تلقاء نفسه .

والملاحظ أن الفصل 201 من م م م ت في صيغته العربية لم يتحدث عن عنصر التأكد وإنما تم الاستئناس في ذلك بالنص الفرنسي كما تولى فقه القضاء التونسي حسم المسألة في شأنه على النحو المذكور سابقا، وحتى التنقيحات التي وردت على مجلة المرافعات المدنية والتجارية بما في ذلك التنقيح الأخير المؤرخ في 3 غوت 2002 لم يشمله والحال أن الأمر يتعلق بنص إجرائي

هذا من ناحية ، ثم ألا يخشى أن يصبح شرط **عدم المساس بالأصل** مطية المتحيلين على النص القانوني والذين يحاولون من خلاله خلق تعلات وحجج علهم يدفعوا بالنزاع في متاهات يظن من خلالها القاضي الاستعجالي أنه دخل مجالا محرما عليه يتعلق بالمساس بأصل النزاع والحال أن الأمر غير ذلك وإنما شبه له ، وأنه لا يعتبر **البحث في الموضوع وفحص الحجج والتحري في جدية الدفوعات** من قبيل المساس بالأصل .

ثم إنه ودون الخوض في ما يمتاز به القضاء الاستعجالي من تبسيط في الإجراءات ومن اختصار في الآجال فالذي يجب الإشارة إليه في هذا الصدد أن الدافع إلى كل تلك الاستثناءات إنما هو حماية الحقوق المهددة وأنه مثلما عالج المشرع الآجال والإجراءات بالنسبة للقضاء الاستعجالي بمنظور خاص فإنه من واجب القاضي الاستعجالي أن يسير النزاع بأسلوب خاص أيضا مغاير لأسلوب القضاء العادي فلا يعقل مثلا أن نختصر أجل الحضور إلى ثلاثة أيام وأدنى من ذلك ثم ننهي فصل النزاع الاستعجالي بعد أسابيع واشهر أي بنفس الآماد المتعارفة بالنسبة للنزاعات الأصلية ، الأمر الذي من شأنه متى حصل أن يجعلنا نتساءل عن الجدوى من اللجوء إلى هذا النوع من التداعي .

أما فيما يتعلق بالصعوبات التنفيذية فما يلاحظ في شانها هو أن

ظاهرة الإشكالات التنفيذية خطر يهدد سلامة تنفيذ الأحكام المدنية

وأسباب ذلك متعددة وهي قبل تنقيح مجلة المرافعات المدنية والتجارية بالتاريخ المشار إليه أعلاه كالآتي :
ـ سهولة افتعال الوثائق والفواتير التي تدعم طلب الاشكال ، إما بإعدادها من قبل لما عسى أن يحدث من الأمور الطارئة ، أو بالحصول عليها بمجرد الانطلاق في النزاع بتواطئي مع الغير
ـ التواطئ الذي كثيرا ما يتم بين أفراد العائلة بنية تهريب الأملاك التابعة للمعقول عليه والتقصي نتيجة ذلك من تنفيذ الأحكام الصادرة بالأداء ضده
ـ عدم تقيد القاضي الاستعجالي بمنطوق النص في مثل هذه القضايا وتسامحه في قبول تلك القضايا من كل حدب وصوب والحال أن الفصل 209 من مجلة المرافعات المدنية والتجارية أوكل مسألة إثارة الإشكال التنفيذي إلى العدل المنفذ المتعهد بالتنفيذ ، إلا أن التقيد بهذا الشرط لا يمثل سوى نزر قليل بالنظر لعدد القضايا المطروحة من هذا القبيل أمام القضاء الاستعجالي ،
ـ تغافل القاضي الاستعجالي عن حق العدل المنفذ الذي أثار الإشكال التنفيذي في الحضور أمامه وإبداء وجهة نظره في ما أثاره من أمر ، ومنعه في بعض الأحيان من ذلك رغم حضوره بالجلسة
ـ انعدام المتابعة والتنسيق بين الحكم القاضي بجدية الإشكال وإيقاف التنفيذ وبين نشر قضية في الأصل تتعلق باستحقاق الأثاث المتنازع في شأنه
وفي الأثناء وعلى إثر تكوين لجنة لدراسة مشاكل القضاء الاستعجالي بصفة عامة وما قدمته من توصيات في الغرض تضمن الفصل 211 بعد تنقيحه جملة من المستجدات تبعث على التفاؤل وتستجيب في مجملها لبعض ما كانت أوصت به اللجنة من :
ـ الاستمرار على تكليف العدل المنفذ بصفة مبدئية بإثارة الإشكال التنفيذي
ـ السماح لمدعي الإشكال في صورة امتناع العدل المنفذ عن ذلك أن يثيره أمام القضاء بعد أن يؤمن مبلغ 50 دينارا بالقباضة المالية بعنوان معين خطية تسلط عليه في صورة رفض مطلبه
ـ إلزام العدل المنفذ في مثل هذه الصورة بتقديم ملحوظاته في شأن الصعوبة المثارة
ومن شأن هذا الإجراء الأخير أن يضفي على النزاع صبغة المواجهة بين العدل المنفذ ومدعي الإشكال ويجعل الأمر اكثر جدية
ومع ذلك تبقى لدينا جملة من التساؤلات تتعلق بالجوانب العملية وبما افرزه هذا التنقيح ، نأمل أن نجد بشأنها الجواب لدى المباشرين لهذا الفرع

من التقاضي سواء لدى السيد رئيس المحكمة الابتدائية ببنعروس أو لدى السيد عميد عدول التنفيذ .

المدعي العام مساعد وكيل الدولة العام
مدير المصالح العدلية

محمد الصالح بنحسين

القضاء الاستعجالي بين سرعة الفصل وتوفير الضمانات

يتمثل دور القضاء في الأصل في البت في النزاعات التي ترفع إليه وذلك بإصدار أحكام وقرارات فيها بعد تمكين الخصوم من عرض موضوع النزاع وتقديم ما لديهم من وثائق ومؤيدات تأييدا لما يدعونه. ويتولى القاضي تمحيص ما يدلي به المتنازعون وينزل فيه حكم القانون ويبين وجه الحق فيما أثاره كل طرف. فإذا ما صدر الحكم فإن الدعوى تعتبر قد انتهت ووضع بذلك حد للنزاع القائم بين الطرفين ولعل أن ما يستوجبه البحث والتحري للنفاذ الى الحقيقة قد يكون أحيانا سببا في التأخير في صدور الحكم خاصة إذا ما استدعى الأمر اللجوء الى اجراء معاينات او اختبارات مما قد تلحق من جرائه أضرار جسيمة للمتقاضي ربما يستحيل تداركها ورفعها. ولتفادي هذا الوضع تعين تمكين المتقاضي من اللجوء الى طرق تقاضي استثنائية لا لزوم فيها للتقيد بالإجراءات العادية وذلك لحماية مصالحه الظاهرة دون تعرض لأصل الحق الذي يظل النزاع فيه قائما لدى القضاء الموضوعي وقد سميت هذه الإجراءات الاستثنائية بالقضاء المستعجل.

ولقد دأب رجال القانون على تعريف القضاء الاستعجالي بأنه " **اجراء ادعائي استثنائي ومختصر يهدف الى البت بأقصى ما يمكن من السرعة في الأمور المتأكدة وفي الصعوبات التي يثيرها تنفيذ الأحكام القضائية والسندات التنفيذية وذلك بصفة مؤقتة ودون المساس بأصل الحق** "[1].

ولقد عرف القضاء الاسلامي نوعا من القضاء الاستعجالي من ذلك الحكم بجراية مؤقتة لا تأثير لها على ما سيحكم به بعنوان نفقة للزوجة. وجاء بتحفة المحاكم لابن عاصم الأندلسي قوله " **ولاجتهاد الحاكم الآجال موكولة حيث لها استعمال وبثلاثة من الأيام أجل في بعض الأحكام كمثل احضار الشفيع للثمن والمدعي النسيان إن طال الزمن فأجل الثلاثة أيام** "[2]

---

[1] المبروك راشد : القضاء المستعجل في القانون التونسي. ملتقى القضاء الاستعجالي بقابس 1992/11/28.
[2] الطيب اللومي. ملتقى القضاء الاستعجالي بقابس. 1992/11/28.

ولكن أول نظام للقضاء الاستعجالي ظهر بفرنسا على اثر صدور مرسوم ملكي بتاريخ 22 جانفي 1685 نظم المرافعات لدى دائرة قضاء باريس[1]. فوقع تخصيص هذا القضاء بالنظر في قضايا الأمور المستعجلة المتعلقة أساسا بدفع الأجور ودفع ثمن الأغذية عندما لا يزيد عن ألف فرنك واصلاح الأبنية والخروج من المحلات. ثم تم التوسع في هذا النظام بعد تعميمه وادراجه ضمن قانون المرافعات المدنية الفرنسية وأصبح يشمل التدابير الوقائية لضمان المحافظة على المصالح والحقوق المعرضة للخطر.

ولقد عرفت بلادنا أول نص يتعلق بالقضاء الاستعجالي سنة 1910 وبعده صدر أمر بتاريخ 24 ديسمبر 1946 ثم سنت مجلة المرافعات المدنية والتجارية بمقتضى القانون عدد 130 لسنة 1959 المؤرخ في 5 أكتوبر 1959 والذي خصص المشرع الباب الأول من الجزء الخامس منها لتنظيم القضاء المستعجل (من الفصل 201 الى الفصل 212). كما تضمنت مجلة المرافعات نصوصا أخرى تتعلق بالقضاء الاستعجالي وهي الفصل 39 الذي حدد اختصاص قاضي الناحية والفصل 126 المتعلق بالنفاذ العاجل والفصل 172 المتعلق بتوقيف تنفيذ الحكم المعترض عليه والفصل 254 المتعلق بالحصول على نسخة تنفيذية ثانية والفصل 256 والفصل 403 المتعلق بدعوى استحقاق المعقول والفصل 462.

كما تضمنت بعض المجلات الأخرى كمجلة الشغل ومجلة الشركات التجارية عديد الحالات التي يختص فيها القاضي الاستعجالي بالنظر.

ولقد عرف القضاء الاستعجالي أهمية كبرى في الوقت الراهن لكثرة اللجوء إليه حتى وصفه بعض الفقهاء بأنه القضاء العادي في الأمور الوقتية[2].

ولكن ولئن شرعت اجراءات التقاضي الاستعجالي لتحقيق السرعة والنجاعة في فصل النزاعات المتأكدة وتنفيذ الأحكام الصادرة بشأنها فإن هاجس السرعة لم يكن ليغفل نظر المشرع عن وجوب توفير الضمانات اللازمة لتحقيق قواعد العدل والانصاف ولو أن الأمر يتعلق بمجرد تدابير فورية لا تكتسي إلا صبغة وقتية عملا بالفصل 201 م م م ت.

---

[1] طارق زيادة : القضاء المستعجل بين النظرية والتطبيق. دراسة قانونية. المؤسسة الحديثة للكتاب. لبنان. طبعة 1993 صفحة 8.
[2] محمد العشماوي وعبد الوهاب العشماوي : قواعد المرافعات في التشريع المصري والمقارن. مكتبة الآداب ومطبعتها جزء 1. 1985 صفحة 241.

وسنخصص الجزء الأول من هذه المداخلة لدراسة خاصية القضاء الاستعجالي وهي السرعة والنجاعة فيما سيكون موضوع الجزء الثاني منها مخصصا لدراسة الضمانات التي وفرها المشرع لحماية المتقاضين.

الجزء الأول : السرعة خاصية القضاء الاستعجالي

اقتضت أحكام الفصل 201 م م م ت " أنه يقع النظر استعجاليا وبصفة مؤقتة في جميع حالات التأكد بدون مساس بالأصل " وقد عرف الفقهاء الاستعجال بأنه الضرورة الي لا تحتمل التأجيل او أنه الخطر الداهم والآخذ بالتفاقم والذي لا يكفي في درئه اجراءات التقاضي العادية حتى مع تقصير المهل ويوجد في كل حالة يؤدي فيها تأجيل التدبير المؤقت إذا كان لا يمس بأصل الحق الى تعريض مصالح أحد الخصوم للضرر او الى فوات المصلحة وضياع الحق " وحتى يضمن أكثر ما يمكن من الفورية للبت في المطلب المستعجل فإن المشرع سن اجراءات خاصة تتسم بالسرعة ويمكن ابرازها على مستوى اجراءات التقاضي من جهة وعلى مستوى اجراءات تنفيذ الحكم الاستعجالي من جهة أخرى.

الفقرة الأولى : السرعة على مستوى اجراءات التقاضي

اقتضت أحكام الفصل 19 م م م ت أن " **حق القيام لدى المحاكم يكون لكـــل شخص له صفة وأهلية تخولانه حق القيام بطـلب ما له من حق وأن تكون للقائم مصلحة في القيام. غير أنه في المادة الاستعجالية يمكن قبول القيام من طرف القاصر المميز إذا كان هناك خطر ملم.**"

فمن الواضح إذا أن المشرع أوجب أن يكون للمتقاضي مصلحة وصفة وأهلية للقيام ولكن هل أن هذه الشروط يجب أن تتوفر للقيام لدى القضاء الاستعجالي؟

وسنخصص الجزء الأول من هذه المداخلة لدراسة خاصية القضاء الاستعجالي وهي السرعة والنجاعة فيما سيكون موضوع الجزء الثاني منها مخصصا لدراسة الضمانات التي وفرها المشرع لحماية المتقاضين.

الجزء الأول : السرعة خاصية القضاء الاستعجالي

اقتضت أحكام الفصل 201 م م م ت " أنه يقع النظر استعجاليا وبصفة مؤقتة في جميع حالات التأكد بدون مساس بالأصل " وقد عرف الفقهاء الاستعجال بأنه الضرورة الي لا تحتمل التأجيل او أنه الخطر الداهم والآخذ بالتفاقم والذي لا يكفي في درئه اجراءات التقاضي العادية حتى مع تقصير المهل ويوجد في كل حالة يؤدي فيها تأجيل التدبير المؤقت إذا كان لا يمس بأصل الحق الى تعريض مصالح أحد الخصوم للضرر او الى فوات المصلحة وضياع الحق " وحتى يضمن أكثر ما يمكن من الفورية للبت في المطلب المستعجل فإن المشرع سن اجراءات خاصة تتسم بالسرعة ويمكن ابرازها على مستوى اجراءات التقاضي من جهة وعلى مستوى اجراءات تنفيذ الحكم الاستعجالي من جهة أخرى.

الفقرة الأولى : السرعة على مستوى اجراءات التقاضي

اقتضت أحكام الفصل 19 م م م ت أن " **حق القيام لدى المحاكم يكون لكـــل شخص له صفة وأهلية تخولانه حق القيام بطـلب ما له من حق وأن تكون للقائم مصلحة في القيام. غير أنه في المادة الاستعجالية يمكن قبول القيام من طرف القاصر المميز إذا كان هناك خطر ملم.**"

فمن الواضح إذا أن المشرع أوجب أن يكون للمتقاضي مصلحة وصفة وأهلية للقيام ولكن هل أن هذه الشروط يجب أن تتوفر للقيام لدى القضاء الاستعجالي؟

إن القاعدة القانونية تقتضي بأنه لا قيام بدون مصلحة. فالمصلحة حينئذ هي مناط الدعوى. ويتعين أن تكون قائمة حين رفع الدعوى. إلا أن بعض شراح القانون يرى وأن القيام استعجاليا يقبل ولو كانت المصلحة احتمالية باعتبار أن الغرض من الدعوى هو رد الضرر او اثبات حالة مادية معينة[1] وللتحقق من توفر الصفة لدى المتقاضي فإن قاضي العجلة يكتفي بالاستناد الى ظاهر الأوراق المضروفة بالملف دون الولوج في جوهر النزاع.

ولعل أن ما يميز اجراءات التقاضي لدى القاضي الاستعجالي هو أن شرط أهلية المتقاضي ليس شرطا أساسيا. فقد نصت أحكام الفصل 19 م م م ت صراحة على امكانية القيام من طرف القاصر المميز. ولقد برر بعض رجال القانون هذا الاستثناء بسبب وجود خطر ملم يتعين درئه وكذلك باعتبار أن الأحكام الاستعجالية هي مجرد أحكام وقتية لا تأثير لها على أصل النزاع[2].

وتبرز سرعة القضاء الاستعجالي على مستوى آجال الحضور بالجلسة لدى محكمة البداية. فبينما تقتضي أحكام الفصل 70 م م م ت أن ميعاد الحضور لدى القضاء الموضوعي لا يمكن أن يقل عن واحد وعشرين يوما إذا كان للخصم مقر بالتراب التونسي وعن ستين يوما إذا كان مقره بالخارج وكذلك بالنسبة للدولة والمؤسسات العمومية فإننا نلحظ وأن مقتضيات الفصل 203 م م م ت تنص على أنه ينبغي أن لا يقل ميعاد الحضور عن ثلاثة أيام.

وإذا ما كان الأمر متعلقا بحالة قصوى من الاستعجال فإن أحكام الفصل 206 م م م ت أجازت القاضي الاستعجالي الاذن بالاستدعاء لليوم نفسه او للغد كما أنه خول له أن يتلقى المطلب مباشرة ولو بمنزله الخاص وأن يأذن باستدعاء الخصوم حينا وحتى في أيام العطل. وفي هذه الصورة يمكن الاستدعاء بواسطة العدل المنفذ او أحد أعوان المحكمة أو السلطة الادارية. ويرجأ خلاص المعاليم إن اقتضى الحال.

وتقدير حالة التأكد الشديد يعود الى مطلق اجتهاد القاضي الاستعجالي الذي له أن يستنتج وجوده مما يتوفر له من وثائق ومؤيدات.

---

[1] طارق زياد. مرجع سابق.
[2] خالد المبروك. ملتقى القضاء الاستعجالي بقابس 1992/11/28.

وأما إذا كان النزاع منشورا لدى محكمة الدرجة الثانية فإن أحكام الفصل 134 م م م ت اقتضت أن أجل الحضور بالجلسة لدى محكمة الموضوع ينبغي أن لا يقل عن عشرين يوما. ولكن إذا كان الحكم صادرا في المادة الاستعجالية فإن الأجل ينخفض الى ثلاثة أيام.

وتجدر الملاحظة الى أن إنابة المحامي غير وجوبية في المادة الاستعجالية وبالنسبة لاستدعاء محامي المستأنف للجلسة فإن أحكام الفصل 135 م م م ت نصت على أنه يقع تبليغ الاستدعاء إليه قبل انعقاد الجلسة بثلاثين يوما ولكن إذا كان الحكم المستأنف صادرا في المادة الاستعجالية فإن الأجل المذكور ينخفض الى ما لا يقل عن ثمانية أيام.

وتبرز سرعة اجراءات التقاضي أيضا من خلال عدم اشتراط المشرع الادلاء بعلامة البلوغ بالنسبة لعريضة الدعوى الاستعجالية المبلغة على معنى الفصلين 8 و9 م م م ت وعدم ضبطه لأجل محدد لتقديم تلك العريضة لكتابة المحكمة مصحوبة بالمؤيدات وكشف في نظيرين يتضمن بيانها يوقعه الكاتب وذلك لتقييدها بالدفتر المخصص لها ثم ترسيمها بجدول الجلسة المعينة لها خلافا لما أوجبته أحكام الفصل 72 م م م ت بالنسبة للقضايا الأصلية. وإثر اتمام نشر القضية الاستعجالية فإن البت فيها لا يستلزم المرور بطور المرافعة. واعتبارا لخصوصية النزاع فإنه بامكان القاضي الاستعجالي حجز القضية للتأمل والتصريح بالحكم ولو إثر انعقاد الجلسة الأولى إن اقتضى الأمر ذلك.

ويرى شراح القانون أن ما أوجبه الفصل 251 م م م ت من عرض ملفات القضايا على النيابة العمومية لا ينطبق على القضايا المنظورة استعجاليا ضرورة أن الأمر يتعلق باتخاذ اجراء وقائي على غاية من السرعة ودون الخوض في أصل الحقوق والقول بخلاف ذلك يتجافى وأحكام الفصل 206 م م م ت وقد ينزع كل جدوى وفاعلية عن اللجوء الى قاضي العجلة[1].

وخاصية السرعة التي يتميز بها القضاء الاستعجالي لا تتعلق باجراءات التقاضي فقط وإنما تتعداها لتشمل تنفيذ الحكم.

---

[1] محمد اللجمي القضاء الاستعجالي بين سرعة الفصل وتوفير الضمانات. مجلة القضاء والتشريع 1991.

الفقرة الثانية : السرعة على مستوى تنفيذ الحكم

لئن كانت اجراءات التقاضي لدى القضاء الاستعجالي تتسم بالسرعة الفائقة في تعهيد الجهة القضائية المختصة وذلك باعتماد اجراءات مرنة ومختصرة بغية الحصول على حماية وقتية فإن الغاية من كل ذلك لن يقع ادراكها إذا ما لم يقع تنفيذ الحكم الاستعجالي بالسرعة المطلوبة وفي الابان. وقد قيل أنه لا ينفع تكلم بحق لا نفاذ له.

وحرصا من المشرع على الاسراع في تنفيذ الحكم الاستعجالي فإن أحكام الفصل 207 م م م ت نصت على أنه " **يقع تنفيذ الأذون الاستعجالية بعد أربع وعشرين ساعة من تاريخ وقوع الاعلام بها ما لم يأذن بخلاف ذلك الحاكم الـــذي له الحق في منح آجال على وجه الفضل** " في حين أن العدل المنفذ يتولى الاعلام بالحكم الصادر في الأصل ويضرب للمحكوم عليه أجلا قدره عشرون يوما بداية من الاعلام للاذعان للحكم ثم يباشر عمليات التنفيذ عند انتهاء هذا الأجل تطبيقا لاحكام الفصل 287 م م م ت. ويتجلى حرص المشرع على السرعة في التنفيذ من خلال ما أوردته أحكام الفقرة الأخيرة من الفصل 207 م م م ت التي نصت على أنه في صورة التأكد الشديد يمكن لقاضي العجلة أن يأذن بالتنفيذ طبقا لمسودة الحكم قبل تسجيله كما له أن يأذن بالتنفيذ بدون سابقية اعلام.

وحتى تكون للنصوص القانونية المشار اليها أكثر نجاعة وجدوى فإن القاضي الاستعجالي مدعو بدوره الى الحرص على الاسراع من أجل تمكين الأطراف المتنازعة من نسخ من الأحكام التي يتولى اصدارها خاصة وأن المشرع لم يضبط أجلا محددا لتلخيص الحكم خلافا لما أوجبته أحكام الفصل 122 م م م ت بالنسبة للأحكام الصادرة في الأصل والتي يجب تلخيصها في ظرف عشرة أيام. ودور القاضي في هذه المرحلة يكتسي أهمية كبرى لأن تلخيص الحكم ورقنه ثم مراجعته وتسليم نسخة منه للخصوم وإن كان يبدو من الأعمال المادية البسيطة إلا أنه في واقع عمل المحاكم اليومي يعد من الأعمال التي لا بد من ايلائها المزيد من العناية والحرص اللازمين حتى لا يفقد التقاضي الاستعجالي نجاعته ويتعطل تنفيذ الحكم.

ويبرز حرص المشرع على عنصر السرعة في التنفيذ من خلال تنظيمه لاجراءات استئناف الأحكام الاستعجالية. وخلافا لما تقتضيه أحكام الفصل 146 م م م ت من أن استئناف الأحكام الابتدائية يعطل تنفيذها فإن مقتضيات الفصل 209 م م م ت نصت على أن استئناف الأحكام الاستعجالية لا يوقف تنفيذها إلا بإذن استثنائي.

ويستنتج من هذا النص أن حرص المشرع على السرعة أدى به الى حد اعتبار الحكم الاستعجالي مكسوا بالنفاذ العاجل بقوة القانون.

ولعل أن حرص المشرع على تفادي تعطيل التنفيذ قد تجلى بنتقيحه لأحكام الفصل 211 م م م ت وذلك بمقتضى القانون عدد 82 لسنة 2002 الصادر بتاريخ 2002/8/3 وقد كانت الصياغة القديمة للفصل 211 م م م ت محل جدل فقهي وفقه قضائي باعتبار أن بعض رجال القضاء كان يرى أن رفع الاشكال التنفيذي لا ينبغي أن يكون إلا من طرف عدل التنفيذ في حين أن البعض الآخر يرى امكانية رفع الاشكال دون الالتجاء للعدل المنفذ[1]. وبموجب هذا التنقيح فإنه لم يعد ممكنا رفع الاشكال التنفيذي مباشرة للقضاء إلا في صورة رفض العدل المنفذ رفعه وبعد تأمين مبلغ خمسين دينار بقباضة المالية بعنوان معين خطية تسلط عليه في صورة رفض مطلبه. ويكون القرار الذي يصدره القاضي في كل الحالات قابلا للتنفيذ حالا على المسودة بقطع النظر عن الاستئناف ودون لزوم للاعلام به.

ولعله من المتجه أن نشير في هذا الصدد أن تدخل القضاء في اجراءات التنفيذ يعتبر ضروريا من أجل رعاية مصالح القائم بالتتبع ومصالح المحكوم ضده. وربما كان من الأفضل بعث مؤسسة قاضي التنفيذ وايجاد قاض متخصص للقيام بمهمة الاشراف على اجراءات التنفيذ والبت في منازعاته وصعوباته. فإذا كان من المسلم به أن قاضي الموضوع هو الذي يتولى القيام بمهمة تكوين السند فإن مهمة قاضي التنفيذ تكون في الاشراف على تنفيذه.

لكن وعلى قدر ما حرص المشرع على الاسراع في تنفيذ الأحكام الاستعجالية بقدر ما سعى في المقابل في توفير الضمانات لتأمين حقوق الدفاع وحماية المصالح ورعايتها حتى لا يلحق ضرر بالخصوم.

[1] حكم صادر عن محكمة الاستئناف بتونس تحت عدد 47850 بتاريخ 1996/5/14.

الجزء الثاني : الضمانات التي تحيط بالسرعة

تعتبر سرعة الفصل في القضايا الاستعجالية هدفا أساسيا ولكن هاجس السرعة لا ينبغي أن يؤدي الى اغفال واهمال الجانب الأهم من مهمة القضاء الأصلية وهو توفير الضمانات اللازمة للمتقاضين. فالسرعة لا تعني اتخاذ التدابير بصورة عشوائية دون أن تكفل حق الخصوم في الدفاع وإنما هي تعني عدم التأخير في اتخاذ الاجراء في الوقت المناسب لحماية الحقوق والمصالح. وتتجلى الضمانات التي وفرها المشرع لتفادي ما قد ينجر عن التسرع من ضرر جسيم قد يصعب تداركه او رفعه وذلك على مستوى المحاكمة من ناحية ومن أخرى على مستوى طبيعة الحكم الاستعجالي.

الفقرة الأولى : الضمانات على مستوى المحاكمة

لعل أن أبرز ضمانة أوجدها المشرع في التقاضي الاستعجالي هي اقراره لنظام المواجهة في المحاكمة. ونظام المواجهة بين الخصوم من شأنه أن يؤمن لأطراف النزاع حق الدفاع. ولقد اقتضت أحكام الفصل 203 م م م ت أنه يقدم المطلب الاستعجالي بعريضة يحررها الطالب او من يمثله قانونا ويعلم بها خصمه بواسطة العدل المنفذ يدعوه فيها للحضور لدى الحاكم ذي النظر. وتكون هذه العريضة مشتملة على بيان اسم ولقب وحرفة ومقر الطالب والمطلوب وموضوع الطلب وطلبات المدعي والمحكمة الواقع الاستدعاء للحضور لديها وزمن الحضور ساعة ويوما وشهرا وسنة مع مراعاة أحكام الفصل 71 م م م ت وينبغي أن لا يقل ميعاد الحضور عن ثلاثة أيام.

فمن البين أن المشرع أوجب استدعاء المدعى عليه للحضور بالجلسة ومكنه من مهلة قدرها ثلاثة أيام لاعداد وسائل دفاعه وخلال تلك المدة فإنه بامكان المطلوب الاطلاع على أوراق النازلة وعلى جميع الوثائق التي أدلى بها خصمه تطبيقا لاحكام الفصل 4 م م م ت.

وعلى القاضي الاستعجالي التأكد من سلامة اجراءات تبليغ الاستدعاء فإذا ما تبين له بطلان عريضة الدعوى فينبغي له أن يقضي به من تلقاء نفسه وفق مقتضيات الفصل 71 م م م ت.

واختصار أجل الحضور بالجلسة حسبما أجازته أحكام الفصل 206 م م م ت في حالات التأكد الشديد لا يتنافى ووجوب تمكين المدعى عليه من الاطلاع على مضروفات الملف والجواب عنها. وقد استقر جريان العمل بالمحاكم في الغالب على تعيين موعد انعقاد الجلسة بعد مضي أربع ساعات تقريبا وذلك حتى يتم تبليغ الاستدعاء ولاعطاء الفرصة للمستدعي لاحضار الوثائق والمؤيدات التي يرى لزوم الادلاء بها للقاضي او للاتصال بمحاميه.

واحترام نظام المواجهة يقتضي أن لا يقع نشر القضية إلا في الساعة التي عينها القاضي الاستعجالي للحضور. فلا يجوز حينئذ النظر في المطلب قبل الوقت المحدد وإلا ترتب عن ذلك خرق لحقوق الدفاع.

وبعد طرح النزاع عليه واستماعه لأجوبة الخصوم يصدر القاضي الاستعجالي حكمه بصورة علنية بعد محاكمة علنية. ولكن قد يحصل أن يرى القاضي سواء من تلقاء نفسه او بطلب من النيابة العمومية او من أحد الخصوم أن تكون المرافعة سرية محافظة على النظام العام او مراعاة للآداب او لحرمة الأسرة عملا بأحكام الفصل 117 م م م ت. ولكن وفي هذه الحالة فإنه يجب أن يقع النطق بالحكم بجلسة علنية (الفصل 121 م م م ت).

والقرار الذي يصدره القاضي الاستعجالي هو حكم ولا يعد من الأعمال الولائية واعتبارا لذلك فإنه يتعين أن يتضمن التنصيص صلبه على كامل البيانات الوجوبية التي أوجبت أحكام الفصل 123 م م م ت تضمينها. وكسائر الأحكام فإن الحكم الاستعجالي يجب أن يكون معللا بتعليل يتوافق ومنطوقه. والتعليل يعتبر مسألة أساسية فرضتها أحكام الفصل 121 م م م ت وهي تساعد على اظهار الحقيقة التي يرمي إليها الحكم وتعكس جواب القاضي عن الدفوعات التي أثارها الخصوم وفي الان نفسه فإنها تساعد محكمة الدرجة الثانية على معرفة الأسانيد والأسس التي اعتمدها القاضي الابتدائي في اصدار حكمه. ولا يكون القاضي الاستعجالي مقيدا في حكمه إلا بضرورة توفر عنصري التأكد وعدم المساس بالأصل. وبتوفر الشرطين المذكورين يحكم

القاضي الاستعجالي في الدعوى بالاجراء المطلوب كله او يرفضه كليا او جزئيا. وله أن يتخذ ما يراه كفيلا بتوفير الحماية التي تناسب الظرف معتمدا في ذلك الوقائع الثابتة لديه بأوراق الملف وليس بمراكز الخصوم القانونية. واعتبارا لذلك فإن الحكم الاستعجالي يكون مزيجا من اعتبارات قانونية واعتبارات واقعية وانعكاسا لفطنة القاضي وحكمته وقدرته على اتخاذ التدبير الملائم.

ولم يكتفي المشرع بتوفير الضمانات للخصوم على مستوى المحاكمة فقط وإنما أوجد ضمانات أخرى على مستوى طبيعة الحكم الاستعجالي.

الفقرة الثانية : الضمانات على مستوى طبيعة الحكم الاستعجالي

إن السرعة التي يتصف بها اصدار الحكم الاستعجالي وحرص المشرع على الاسراع في تنفيذه قد يتوجس منها المتقاضي خيفة باعتبار أن القاضي كسائر البشر قد يخطئ و لا يتوفق ولا يهتدي للحل او للإجراء المستوجب. وحتى يقع تفادي مثل هذه الأخطاء وتوفيرا لمزيد من الضمانات فإن المشرع أقر خضوع القضاء الاستعجالي لمبدأ التقاضي على درجتين فأجاز امكانية الطعن بالاستئناف في الحكام الاستعجالية. ولكن ولئن كان الحكم الاستعجالي محلى بالنفاذ العاجل بقوة القانون فإن مقتضيات الفصل 209 م م م ت خولت بصفة استثنائية لرئيس المحكمة التي تنظر في الاستئناف أن يأذن بتوقيف تنفيذ الحكم المطعون فيه لمدة شهر عندما يتبين له أن فيه خرقا واضحا لاحكام الفصل 201 م م م ت. ويقع تقديم مطلب توقيف التنفيذ بواسطة محام. ويتولى رئيس المحكمة الاستئنافية تعيين موعد الجلسة. وتجدر الملاحظة في هذا الصدد أن المشرع لم يحدد كيفية الاستدعاء للجلسة ولا أجل الحضور وبامكاننا اعتبار أنه طالما كان الأمر يتعلق بحالة استعجال متأكد وقياسا على أحكام الفصل 206 م م م ت فإنه بامكان رئيس المحكمة أن يأذن باستدعاء الطرفين بواسطة عدل منفذ او أحد أعوان المحكمة او أحد أعوان السلطة الإدارية. وعند حضور الخصوم يتولى القاضي المذكور سماع أقوالهم وتفحص وتمحيص ما يدلون به من مؤيدات وحجج ثم يصدر قراره على ضوء ما توفر لديه من أوراق. والقرار الصادر بايقاف التنفيذ غير قابل لاي وجه من أوجه الطعن ولو بالتعقيب وفقا للفقرة الثانية من الفصل 209 م م م ت.

وعلى فرض أنه وقع رفض مطلب توقيف التنفيذ فإن الضمانات التي يوفرها التقاضي على درجتين تظل قائمة وذات أهمية باعتبار أن قرار رفض توقيف التنفيذ لا يقيد المحكمة التي ستتولى البت في الموضوع ولا شيء يمنعها من عدم مجاراة رئيس المحكمة فيما ذهب اليه. وقد اقتضت أحكام الفصل 150 م م م ت أنه إذا وقع نقض او تعديل حكم استجاب لطلب استعجالي وجب أن ينص حكم النقض او التعديل على ترجيع ما دفعه المستأنف او سلمه بموجب تنفيذ الحكم المنقوض او المعدل او إعادة الحالة لسالف وضعها كل ذلك في حدود ما وقع نقضه او تعديله.

ولقد حرص المشرع على توفير الضمانات حتى للطرف الأجنبي عن النزاع والذي لم يقع استدعائه في القضية فنصت أحكام الفصل 168 م م م ت أنه يمكن لكل انسان لم يسبق له استدعاء للتداخل الاعتراض على الحكم الصادر في النازلة والمضر بحقوقه. واقتضت أحكام الفصل 169 م م م ت أنه يمكن وقوع الاعتراض على كل حكم كيفما كانت طبيعته وكيفما كانت المحكمة الصادر منها ولو وقع تنفيذه.

ولعل أن أبرز ضمان وفره المشرع للمتقاضي يتمثل في الطبيعة القانونية التي أسندها للحكم الاستعجالية وهي اعتباره حكما وقتيا يهدف الى المحافظة على المصالح والحقوق المهددة بخطر ملم. واعتبارا لهذه الطبيعة الخاصة فإن الحكم الاستعجالي يختلف عن الحكم في الأصل الذي يعتبر حجة فيما بت فيه وحاسما للنزاع ومنهيا للخصومة بحيث أنه لا يسوغ لأحد الأطراف أن يرفع دعوى جديدة تتعلق بنفس النزاع الذي تم فصله ولذلك فإنه يحق لخصمه التمسك باتصال القضاء. والحكم الاستعجالي مؤقت بطبيعته فإذا ما زالت الأسباب التي انبنى عليها انهار معها وأصبح في حكم المعدوم. ولكن هذا لا ينفي بقاء بعض الأحكام الاستعجالية نافذة لمدة طويلة مثل ما يقع في حال تسمية مؤتمن عدلي.

ولا يقيد الحكم الاستعجالي محكمة الأصل عندما تتولى هذه النظر في جوهر النزاع ولو كان ذلك الحكم صادرا عن محكمة الاستئناف. فيمكن حينئذ لمحكمة الموضوع أن تقضي بالزام المدعى عليه بالخروج من المكرى لانفساخ عقد التسويغ حال أنه سبق للقاضي الاستعجالي أن قضى برفض ذلك المطلب. والطبيعة الوقتية للحكم الاستعجالي تقتضي أيضا أنه إذا تغيرت الأسباب او تغيرت مراكز الخصوم فإنه بامكان القاضي الاستعجالي تعديل حكمه بما يتلائم وما استحدث من أوضاع.

إن الحاجة للقضاء الاستعجالي أصبحت في عصرنا متأكدة ولا أدل على ذلك من ازدياد عدد القضايا الاستعجالي في بلادنا. وقد وصل الأمر في بعض المحاكم الى حد تكليف قاض برئاسة دائرة لا تختص بالنظر إلا في جزء يسير مما يختص به القاضي الاستعجالي ويتعلق بذلك بقضايا الخروج من المكرى إن لم يدفع والتي تضاعف عددها الى حد كبير.

ويفسر هذا الاقبال المتزايد على القضاء الاستعجالي بما يوفره التقاضي على هذا المستوى من سرعة ونجاعة في كنف احترام وضمان حقوق ومصالح الأطراف ولعل أن ما يتميز به القضاء الاستعجالي من اجراءات بسيطة لا تعقيد فيها ومن سرعة في حفظ المصالح الظاهرة دون مساس بأصل الحقوق هو الذي حدى بالمشرع الى الاتجاه نحو توسيع نطاق القضاء المستعجل كما أنه دفع بالقضاة الى الاتجاه نحو عدم التضييق في شرطي اختصاص القاضي الاستعجالي وهما التأكد وعدم المساس بالأصل. وفي رأينا فإنه اتجاه سليم ويتعين المضي فيه حتى لا يقع افراغ قضاء العجلة من مفهومه وعرقلته في تحقيق الغاية المنشودة منه.

دور العدل المنفذ في إثارة الإشكال التنفيذي

مراد إسكندر
عميد العدول المنفذين

لم يعرّف المشرّع التونسي علىغرار نظيره الفرنسي " الإشكال التنفيذي " (1) وإكتفى بذكر بعض صوره . (2)
وقد عرّفه الفقهاء بكونه " منازعة تتعلق بالتنفيذ ويترتب على الحكم فيها أن يصبح التنفيذ جائزا أو غير جائز، صحيحا أو باطلا ، أو يترتب وقف السير فيه أو إستمراره ، ويبديها أحد أطراف التنفيذ في مواجهة الآخر ، أو يبديها الغير في مواجهتهما " . (3)
وبعبارة أخرى ، الإشكال التنفيذي هو صعوبة قانونية تثار بمناسبة التنفيذ فتنشأ عنها خصومة يطلب فيها الحكم بإجراء إستعجالي إلى حين الفصل في الأصل .
ويتصل موضوع الإشكال بإجراءات التنفيذ ذاتها أو بالأموال محلّ التنفيذ أو بأطراف السند التنفيذي أو بالحق الثابت فيه .
ويختص القضاء الإستعجالي بالنظر في إشكالات التنفيذ ويتوزّع هذا الإختصاص بين رئيس المحكمة الإبتدائية وقاضي الناحية ورئيس دائرة الشغل .(4)
وتعبّر مؤسسة الإشكال التنفيذي عن هاجس المشرّع لضمان التوازن بين المصالح المتضاربة لأطراف السند التنفيذي من جهة ولحفظ مصالح الغير من جهة أخرى .
وفي الحقيقة يشهد الواقع تعسّفا كبيرا في إستعمال هذه المؤسسة وإنحرافا بمقاصدها النبيلة إذ صارت تشكّل ظاهرة خطيرة تثقل كاهل المحاكم بقضايا هامشيّة وتهدّد السلم الاجتماعي وتضرّ بمجهودات التنمية بالبلاد .

---

(1) لم يعتمد المشرّع مصطلح " الإشكال التنفيذي " وإنّما يعتمد مصطلح " الصعوبة التنفيذية " لكن الفقه وفقه القضاء درجا على إستعمال مصطلح " الإشكال التنفيذي " وقد يكون مردّ ذلك التأثر بالقانون المصري وإعتبارا إلى أن المشرع لم يستبعده تماما حيث يستعمل عبارات مثل " إستشكل الأمر " و " يقضي في المشكل " .(فصل 211 من م م م ت)
(2) وردت هذه الصور بالفصول 290 و 403 و 462 من م م م ت .
(3) أحمد أبو الوفاء. إجراءات التنفيذ في المواد المدنية والتجارية. نشر الدار الجامعة الطبعة الثالثة 1986 ص209 .
(4) الفصول 210 و39 من م م م ت والفصل 220 من م ش .

ومن ثمّة فإنّ الحديث عن دور العدل المنفذ يكون في غاية من الأهمية بإعتبار أنه الجهة الأولى المعنية والمتعاملة مباشرة مع الموضوع والتي يفترض أن تساعد على التصدّي ومقاومة هذه الظاهرة ولما لهذا الموضوع من إنعكاس على إختصاصه الإقصائي وإمتيازاته المهنيّة .

كما أنّ هذا الدور يعكس إختيارات تشريعية معينة ويبرز مدى التجاوب معها .

وقد أثار دور العدل المنفذ في إثارة الإشكال التنفيذي لدى القضاء جدلا كبيرا لدى رجال القانون إذ ذهب البعض إعتمادا على الفصل 211 من م م م ت والذي يعتبر النص الإجرائي العام في هذه المادة إلى إعتبار عدم صحّة رفع الإشكال بدون العدل المنفذ (5) في حين أجاز البعض الآخر ذلك على أساس الفصل 201 من نفس المجلة الذّي منح رئيس المحكمة الابتدائية مرجع نظر عامّ في المادة الإستعجالية بشرط توفّر ركني التأكّد وعدم المساس بالأصل (6) خاصّة وأنّ الفصل 211 المذكور لم يبيّن الطريقة التي يجب إتباعها في صورة رفض العدل المنفذ إثارة الإشكال وإصرار أحد الأطراف على ذلك .

وقد كان تنقيح 3 أوت 2002 بموجب القانون عدد 82 لسنة 2002 مناسبة لإدخال مزيد من التوضيح على هذه المسألة وحسم الجدل القائم حولها .

وإنه بالرجوع إلى أحكام الفصل 211 المذكور- قبل تنقيح 2002- نلاحظ أنه كرّس دورا أساسيا للعدل المنفذ في إثارة الإشكال التنفيذي لدى القضاء (الجزء الأوّل)

وقد تدعّم هذا الدور بمناسبة تنقيح 3 أوت 2002 (الجزء الثاني) .

---

(5) عمر الشتوي . الإشكال التنفيذي . م ق ت ديسمبر 1993 ويسانده في ذلك جانب هام من العدول المنفذين .

(6) أحمد بن طالب . عقلة مال الغير ملتقى عقلة المنقولات المسجلة والعقارات نظمته الجمعية التونسية للتحكيم والإجراءات القضائية والهيئة الوطنية للعدول المنفذين . نزل الهيلتون 17 و18 مارس 1995 .

وقد جرى عمل أغلب المحاكم على قبول الدعاوى التي يرفعها الأطراف مباشرة دون العدل المنفذ .

الجزء الأوّل : تكريس الدور الأساسي للعدل المنفذ في إثارة الإشكال التنفيذي

كرّس الفصل 211 من م م م ت قبل تنقيح 3أوت 2002 دورا أساسيا للعدل المنفذ في إثارة الإشكال التنفيذي لدى القضاء وذلك من خلال ما أوجبه على كلّ من يثير صعوبة عند التنفيذ من تقديمها للعدل المنفذ (الفقرة الأولى) ومن خلال السلطة التي منحها لهذا الأخير لتقدير جدّية الصعوبة (الفقرة الثانية) .

الفقرة الأولى : وجوب عرض الصعوبة التنفيذية على العدل المنفذ

جاء بالفقرة الأولى من الفصل 211 من م م م ت أنه " يجب على كل من يثير صعوبة عند التنفيذ أن يقدّم للعدل المنفذ مشافهة أو كتابة ما له من قول في شأنها فيحرر العدل المنفذ محضرا في ذلك "
ويفهم من سياق هذا النص أن العدل المنفذ هو الجهة الأصلية ــ الوحيدة مبدئيا ــ في تلقي الإشكال التنفيذي وذلك من خلال :
أوّلا : إستعمال صيغة الوجوب .
ثانيا : حصر جهة تلقي الصعوبة في العدل المنفذ .
ويدخل هذا التوجه التشريعي في إطار منظومة متكاملة سعى من خلالها المشرع بعد الإستقلال إلى إصلاح أوضاع القضاء و" تكريس تصوّر جديد لوظيفة القاضي يخلصه من الأعباء الخارجة عن وظيفته الحقيقية المتمثلة في تطبيق القانون وحمل هذه الأعباء على عاتق مساعدي القضاء من محامين وعدول منفذين " (7) . وجعل في هذا المجال من عدل التنفيذ قناة إتّصال بين القاضي والمتقاضي فأوجب على المتقاضي إثارة الصعوبة أمام عدل التنفيذ وألزم هذا الأخير بتحريرمحضر في ذلك .
ولهذا التوجه ما يبرره عمليا فالعدل المنفذ رجل ميدان تقتضي مهامه أن يكون على إتصال مباشر بالأطراف ، كما أنّ الأطراف يمكن أن تتصل به بسهولة وفي أيّ وقت ــ خاصّة وأنّه يمارس في إطار مهنة حرّة ــ وعليه الإستماع إلى الأطراف ومعالجة الإشكالات المطروحة في حدود الإمكان ودون حاجة مبدئيا إلى تعطيل التنفيذ والرجوع إلى القاضي .
وكمثال لذلك يمكن ذكر الحالة التي يدلي فيها المحكوم ضدّه للعدل المنفذ بوصل صادر عن المحكوم لفائدته في قبض جزء من مبلغ الدين المطلوب آدائه ، في مثل هذه الحالة فإنّ العدل المنفذ يتصل بالمحكوم لفائدته ويراجعه في الأمر ثمّ يخصم المبلغ المقبوض من جملة الدين المطلوب ويواصل التنفيذ في الباقي .

---

(7) تقديم مجلة المرافعات المدنية والتجارية . كتاب صادر عن وزارة العدل 1966

ولمزيد توضيح المسألة يمكن إعطاء مثال آخر يتمثل في دفع المحكوم ضدّه ببطلان إحدى الإجراءات ، في مثل هذه الصورة قد يكون تلقي العدل المنفذ للدفع المذكور مناسبة لشرح سوء تقدير المطلوب للمسألة وربّما يكون مناسبة لفتح حوار مع محاميه يساعد في رفع اللبس ويحثه على الإذعان التلقائي وقد يمثل فرصة لمراجعة الطالب وتلافي الخلل بدون فتح منازعة جديدة .
وتبرز هكذا الفائدة العملية الكبيرة في إقرار مبدإ وجوب عرض الصعوبة على عدل التنفيذ حيث يساعد هذا الأخير بالإعتماد على تجربته وحرفيته على حلّها فيخفف العبء على القاضي وعلى المتقاضي . وفي كلّ الحالات عليه أن يبذل كلّما في وسعه ليظلّ الرجوع إلى القضاء إستثناءا (8) . (نظام القانون المدون كتابة يكون فيه الإلتجاء إلى القضاء حالة إستثنائية)
كما يتأكد التوجه العملي للمشرع من خلال عدم تقييد مثير الصعوبة بطريقة معيّنة لعرض الأمر على العدل المنفذ إذ يمكن أن يكون هذا العرض مشافهة أو كتابة ، وفي ذلك مراعاة للمستويات الثقافية المختلفة والحالات الإجتماعية المتفاوتة . ولكن قد يطرح العرض الشفوي إشكالا قانونيا على مستوى الإثبات ، ولفضّ هذا الإشكال فقد ألزم المشرع عدل التنفيذ بتحرير محضر في ذلك . ودرج عمل العدول المنفذين على تسمية هذا النوع من المحاضر بـــ : " محضر في تلقي صعوبة تنفيذية " .

ولم يكتف المشرع بإقرار وجوب عرض الصعوبة التنفيذية على العدل المنفذ وإنّما ترك لهذا الأخير مجالا للإجتهاد في تقدير جدّيتها .

الفقرة الثانية : سلطة العدل المنفذ في تقدير جدّية الصعوبة

إقتضت أحكام الفقرة الأولى من الفصل 211 من م م م ت أنّه بعد تحرير المحضر يستمرّ العدل المنفذ في التنفيذ إلاّ إذا إستشكل الأمر فإنّه يوقف ذلك ويرفع الأمر إلى القاضي المختصّ .
ويستفاد من ذلك أنّ العدل المنفذ لا يوقف أعمال التنفيذ إلاّ إذا قدّر جدّية الصعوبة (9) والحقّ أنّ مسألة تقدير جدّية المطلب هو من صميم عمل القاضي لكن نظرا لكون المسألة ذات إرتباط مباشر بالميدان (ميدان التنفيذ) حيث يتحاور العدل المنفذ مباشرة مع الأطراف ويعاين الأوضاع الحوزية للأموال وإعتبارا إلى أنّ المحاضر المثبت بها مختلف الإجراءات تكون جميعها بملف التنفيذ لديه فإنّ المشرّع منحه سلطة أوليّة في التقدير .

---

(8) بصفة عامّة يكون الإلتجاء الى القضاء إستثناءا في أنظمة القانون المدوّن كتابة.
(9) خليفة الخروبي . مدخل لدراسة طرق التنفيذ مؤسسات بن عبدالله للنشر والتوزيع 1999 صفحة 88 .
– أنظر في نفس المعنى : رشيد الصبّاغ . الإشكال التنفيذي محاضرة ألقيت في ملتقى مركز تونس للمصالحة والتحكيم موضوعه " الجديد في مجلة المرافعات المدنية والتجارية " فضاء الفروم 13 و 14 ديسمبر 2002 .

ويخضع هذا التقدير إلى معطيين أساسيين :
ـ معطى ذاتي (أو بسيكولوجي) يتعلق بنفسية مثير الصعوبة ومدى إحساسه بها على ذلك النحو ومدى شعور العدل المنفذ بذلك .
ـ معطى موضوعي يتمثل في تمييز الصعوبة عن جميع الوسائل القانونية القريبة منها كطرق الطعن أو مطالب الشرح أو كذلك مطالب الإصلاح .
وترتب هذه السلطة أثرا هامّا بالنسبة للأطراف ويتحدد على مقتضاها مواصلة التنفيذ أو توقيفه :
ـ المبدأ أنّه إذا لم يقدّر العدل المنفذ جديّة الإشكال فإنّه يستمر في التنفيذ .
ـ الإستثناء أنّه في صورة جديّة الإشكال فإنّ العدل المنفذ يوقف أعمال التنفيذ ويرفع الأمر للقاضي ، ويكون ذلك بعريضة تحرر بواسطته يبيّن فيها وجه الصعوبة ويبلغ نظيرا منها لكلّ واحد من الأطراف ويدعوهم للحضور في أقرب جلسة .

وتتأكد الصبغة الإستثنائية بما ورد صلب تقديم مجلة المرافعات المدنية والتجارية :
" أمّا 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 أنّ المشكل جدّي" .

الجزء الثاني : تدعيم دور العدل المنفذ في إثارة الإشكال التنفيذي

حسم تنقيح 3 أوت 2002 (10) الجدل القائم حول دور العدل المنفذ في إثارة الإشكال التنفيذي بأن أقرّ حق مثير الصعوبة في القيام مباشرة لدى القضاء لكن على معنى أحكام الفصل 211 وليس أحكام الفصل 201 وبعد تحقق مجموعة من الشروط فتدعّم بذلك دور العدل المنفذ في هذا المجال . ويكون من المناسب التعرّض إلى مظاهر ذلك (الفقرة الأولى) قبل التطرّق إلى الموقف العملي منه (الفقرة الثانية)

---

(10) قانون عدد 82 لسنة 2002 مؤرخ في 3 أوت 2002 يتعلق بتنقيح بعض الفصول من مجلة المرافعات المدنية والتجارية وإتمامها .

الفقرة الأولى : مظاهر تدعيم دور العدل المنفذ في إثارة الإشكال التنفيذي

جاء بالفقرة الثالثة من الفصل 211 من م م م ت ما يلي : " 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 يهمه الأمر للحضور في أقرب جلسة لدى القاضي المختص وفي هذه الحالة يجب على العدل المنفذ تقديم ملحوظات في شأن الصعوبة المثارة . "

وردت هذه الفقرة في صيغة شرطية إفتراضية قيّدت حقّ مثير الصعوبة في الإلتجاء مباشرة إلى القضاء بمجموعة من الشروط :

الشرط الأول : أن يرفض العدل المنفذ عرض الصعوبة على القضاء .

ويتجه في هذا المجال إبداء الملاحظات التالية :

ـ حصول الرفض يفترض وقوع إثارة الصعوبة أمام العدل المنفذ وتقرير هذا الأخير أنها غير جدية .

ـ إثبات الرفض يتم بواسطة المحضر الذي يحرره العدل المنفذ (محضر تلقي صعوبة تنفيذية) ويسلم منه نسخة لمثير الصعوبة أو بواسطة محضر عرض صعوبة تنفيذية يحرره عدل منفذ آخر أو بأيّ وسيلة كتابية أخرى .

ـ يتوقف النظر في الصعوبة من طرف القاضي على إثبات الرفض .

الشرط الثاني : أن يتمّ تأمين مبلغ خمسين دينارا بقباضة المالية بعنوان معين خطية تسلط في صورة رفض المطلب .

ويتمّ تأمين هذا المبلغ بموجب إذن على عريضة يستصدره مثيرالصعوبة ، ويستغرق إستصدار الإذن وتنفيذه وقتا كبيرا قد تتضرر من جرّائه مصالح مثير الصعوبة .

الشرط الثالث : أن يقع إستدعاء عدل التنفيذ وكل من يهمه الأمر .

وهوشرط ضروري للتصدّي للمتحايلين الذّين يعمدون لإثارة إشكالات واهية الغاية منها ربح الوقت والتنكيل بخصومهم .

كما أوجبت أحكام هذه الفقرة على العدل المنفذ أن يقدّم ملحوظات في شأن الصعوبة المثارة يبسط من خلالها على القاضي المتعهد بالإشكال وجهة نظره ومختلف جوانب الموضوع ويساعده على الوقوف على مختلف ملابساته .

يستخلص ممّا سبق عرضه أنّ الإلتجاء مباشرة إلى القضاء هو إستثناء دعّم من خلاله المشرّع دور العدل المنفذ في هذه المادّة لأجل تحقيق النجاعة والفعالية لكنّ هذا الدعم يظلّ محدودا إذا لم يترجم في الواقع من الناحية العملية .

الفقرة الثانية : الموقف العملي

من المؤسف أن نلاحظ أنّ الموقف العملي لم يواكب الموقف الواضح للمشرع وإذ يعمد بعض العدول المنفذين على قبول إشكالات التنفيذ دون تفحّص بإعتبارها تحقق دخلا ماليا سهلا وتجنب تحمّل المسؤولية فإنّ بعضا آخر يوغل في الصرامة حدّ التعسّف في حين أنّ المطلوب من العدل المنفذ أن يحقق دوره في إطار الشرعية والشفافية ودون قهر أو ظلم .

كما أنّ عمل المحاكم لم يتجاوب مع الموقف التشريعي الحاسم إذ لانزال نشهد قبول المحاكم النظر في الإشكالات المرفوعة أمامها دون التثبت من وقوع إثارتها أمام العدول المنفذين ورفض هؤلاء عرضها عليها بل إنّ بعض المحاكم تصدر أحكامها دون أن يشتمل الملف على تقرير العدل المنفذ ودون الاستماع إليه أوّلا (11) .

وقد يعزى هذا الموقف العملي إلى التضارب الظاهر لمختلف الفصول المنظمة لمادّة الصعوبات التنفيذية إذ في مقابل وضوح أحكام الفصل 211 من م م م ت فإنّ أحكام الفصل 403 من نفس المجلة ليست في نفس المستوى من الوضوح بل إنّها تجيز القول إنّ العدل المنفذ ليس له مجالا للإجتهاد في نطاق إشكالات الإستحقاق التي ينظمها هذا الفصل (12) .

ولقائل أن يقول إنّ الفصل 403 يحيل صراحة إلى الفصل 211 بحيث لامجال للتضارب بين الفصلين . لكننا نعتقد أنّ الإحالة المذكورة تقتصر على الإستدعاء وليس على الإجراءات السابقة له .

ويتعزّز هذا الموقف بالإعتماد على أحكام الفصل 26 من القانون المتعلق بتنظيم مهنة العدول المنفذين (13) الذي يبدو من ظاهر ألفاظه أنه لا يدع مجالا لإجتهاد العدل المنفذ بل إنه يلزمه عرض الأمر على القاضي .

---

(11) الفقرة الرابعة من الفصل 211 من م م م ت : " وينظر القاضي في الصعوبة **بعد سماع العدل المنفذ** والطرفين أو من ينوبهما قانونا " .

(12) الفصل 403 من م م م ت : " إذ ادعى الغير ملكية المعقول كلا أو بعضا **فإنّ** العدل المنفذ بعد إجرائه العقلة **يستدعي** الطرفين للحضور لدى حاكم الأمور المستعجلة بمكان العقلة وفقا لأحكام الفصلين 210 و211 " .
أنظر كذلك الفصل 462 الذي يحيل بدوره الى الفصل 403 .

(13) القانون عدد 29 لسنة 1995 المؤرخ في 13 مارس 1995 : " **على** العدل المنفذ في صورة صعوبة تنفيذية أن يعرض الأمر على القاضي المختص ويكون الشأن كذلك فيما يتعلق بالتتبعات العقارية **وعليه** الحضور كلما استدعاه القاضي لذلك الغرض " .