السندات الخاصة ذات القوة التنفيذية

(الأساس- الفعّالية)

دراسة تأصيلية تحليلية مقارنة

دكتور

أحمد سيد أحمد محمود

أستاذ قانون المرافعات المساعد

كلية الحقوق – جامعة عين شمس

1442 هـ- 2021 مـ

ملخص باللغة العربية

تكشف هذه الدراسة عن نوع جديد من السندات التنفيذية، تخرج عن إطارها الطبيعي والمعتاد، باعتمادها على الإرادة الخاصة لذوي الشأن، لا على إرادة القاضي. فلم يعد محل السند التنفيذي في كل الأحوال "عملاً إجرائياً ذا الطابع العام". وتبنى المشرع المصري، باستحياء شديد، فكرة السندات الخاصة ذات القوة التنفيذية، مقارنة بنظيره الفرنسي، لا سيما وأن البيئة التي تتكون فيه هذه السندات بعيدة عن "القضية" ومبادئ التقاضي، فلابد من تفسير أحكامها ونطاقها تفسيرا ضيقا لا يتوسع فيهما ولا يقاس عليهما. وتنوعت السندات الخاصة التنفيذية بحسب تدخل السلطة العامة في منح القوة التنفيذية سواء تمثلت في القاضي ولكن بدور جديد وهو منح القوة التنفيذية، أو الموثق، أو غيرهما كالمحضر والمحامي، أو بدون تدخل السلطة العامة أصلاً، وبالتبعية بحسب البيئة التي تكونت فيها من حيث وجود خصومة قضائية من عدمه.

إن التحول عن القضاء كأساس فني للسندات الخاصة التنفيذية يستهدف تحقيق الائتمان، وفعالية اقتصادية، وتحقيق لوجستيات التقاضي، وفتح سوق جديد لمهن قانونية، وجودة العدالة، والعدالة التشاركية. ومن مظاهر اجتماعيات العدالة أن بعض هذه السندات الخاصة التنفيذية ترتبط بالعلاقات الأسرية التي تستحق السرعة في رأب صدعها.

الأصل في تركيب السند التنفيذي الخاص أنه يتطلب تدخل السلطة العامة، إلا أن بعض السياسات التشريعية في بعض الدول كانت تخرج عنها، إذ لا تتطلب تدخل السلطة العامة في إضفاء القوة التنفيذية، كما في عقد التأجير التمويلي في مصر وبعض الأوراق في تشريعات بعض الدول العربية.

إن السندات الخاصة التنفيذية لا تتضمن عملاً قضائياً وبالتالي لا تحوز حجية الأمر المقضي، لذلك ففعاليتها منقوصة ونسبية، ونتج عن ذلك تدرج بين السندات التنفيذية عامةً أو حتى في إطار السندات الخاصة التنفيذية.

ملخص باللغة الانجليزية

This study reveals a new type of executive titles, which depart from the ordinary and normal framework, relying on the private will of the stakeholders, not on the will of the judge. In any event, the executive title is no longer replaced by a "public procedural act".

The Egyptian legislator adopted, with great timidity, the idea of private titles with executive power, compared to his French counterpart, especially since the environment in which these titles are formed is far from the "process" and the principles of litigation. Thus, private executive titles provisions and scope must be narrowly interpreted that are neither expanded nor measured.

The executive private titles varied according to the intervention of the public authority in granting executive power, whether it was the judge but with a new role, namely the granting of executive power, notaries, or otherwise, such as the process server and the lawyer, or without the intervention of the public authority at all, and accordingly to the environment in which it was formed in terms of the existence of a process or not. The non- judiciarisation as a technical basis for executive private titles is aimed at achieving credit, economic efficiency, the logistics of litigation, opening up a new market for legal professions, the quality of justice and participatory justice. A manifestation of the social justice is that some of these private executive titles are linked to family relationships that deserve to be quickly healed.

The origin of the private executive title requires the intervention of the public authority, but some legislative policies in some countries were out of it, as it does not require the intervention of the public authority in the granting executive power, as in the financial lease in Egypt and some titles in the legislation of some Arab countries.

Executive private titles do not contain jurisdictional action and therefore do not have the *res judicata*, so their effectiveness is incomplete and relative, resulting in a general or even operational private title.

مقدمة

1-موضوع الدراسة وأهميته:

إن تبعات التجارة الدولية والعولمة والتحولات الاقتصادية وانحسار المذهب الاشتراكي (الجماعي) لحساب المذهب الرأسمالي (الفردي)، علاوة على التوترات المستمرة التي تصيب العالم (خصوصاً في زمن الكورونا المستجد)، أدت كلها إلى تفاقم التداعيات الخطيرة الناجمة عن ظاهرة –بل حقيقة– عدم سداد الديون أو عدم تنفيذ الالتزامات عموماً والتعثر في الحصول عليها، سواء كانت تداعيات اقتصادية أو اجتماعية، خاصة لو كانت هذه الديون أو تلك الالتزامات ثابتة في سندات مؤكدة لها بقوة.

إن عدم التنفيذ أو السداد لا يزال أحد الأسباب الرئيسية لتعثر أو لتخلف المؤسسات والشركات اقتصادياً، وهو وضع أكثر صعوبة بالنسبة للشركات الصغيرة والمتوسطة، وخاصة في أوقات الأزمات الاقتصادية. كما أن المستفيد الوحيد من عدم السداد، وعند الالتجاء إلى القضاء، هو المدين أو من في حكمه فقط، على اعتبار أن الدائن والدولة هما معاً من يتحملان تداعياته. فيتحمل الدائن ضياع الوقت والجهد والنفقات القضائية في ساحات المحاكم، وتتحمل الدولة تداعيات تعثر السداد اقتصادياً على اعتبار أن الوقت عصب عالم التجارة، والتداعيات الاجتماعية تعصف بالثقة في دور الدولة في تحقيق الأمن القانوني والقضائي.

وإذا كان المشرع دائماً ما يستهدف التطبيق الإرادي أو الاختياري للقانون باعتباره الأصل. حيث يعتمد القانون في نفاذه وسريانه على النشاط الإرادي للأفراد، ويقتضي ذلك الاعتراف بسلطان إرادة الأفراد في رعاية وتحقيق مصالحهم الخاصة، وهو ما يؤدي إلى التسليم بحريتهم في مباشرة الأعمال والتصرفات القانونية الضرورية لإشباع هذه المصالح، فيثبت للأفراد استناداً الى ذلك حرية تقدير وملاءمة وقانونية هذه الأعمال والتصرفات. وللاعتبارات الاقتصادية والاجتماعية آنفة البيان نشاهد الآن تراجعاً لدور الدولة وفكرة النظام العام لصالح الإرادة الخاصة في التنظيم القانوني، وتبعاً لذلك

تبني المشرع سياسية تشريعية إجرائية توسعية لدور الإرادة الخاصة على حساب إرادة القاضي القانونية في مجالي التقاضي والتنفيذ.

إن وظيفة القاضي الوحيدة المتمثلة في قول كلمة القانون، والبت في نزاع ما بتطبيق قاعدة مجردة عليه، فلم تعد تشبع كل احتياجات المتقاضين في هذا العصر؛ لأن القاضي مدعو الآن إلى قيمة إنسانية إضافية *surcroît d'humanité*، والقيام بدور حمامة السلام ومهدئ *pacificateur* للتوترات الاجتماعية أو الأسرية أو الشخصية، لنكون أمام مفهوم جديد للعدالة ونظرة جديدة للقضاء كهيئة تنظيمية أكثر من كونها سلطة لصنع القرار القضائي، مما يكشف عن نموذج إجرائي جديد لسلطان الإرادة الخاصة وحريتها الخاضعة للرقابة والحل التفاوضي[1].

علاوة على أن الاتجاه في العالم يميل نحو "الحل التفاوضي" أفضل من "الحل المفروض" على الأطراف المتنازعين فيما بينهم، حيث أن التفاوض وإرادة المتنازعين أفضل من الالتجاء إلى ساحات المحاكم، لدرجة أن أي خطوة تهدف إلى جمع المتقاضين معًا تظهر الآن كحل مثالي لتسوية النزاعات[2]، ليكون الالتجاء إلى القضاء في أضيق الحدود، وكآخر محطة للحصول على ما هو حصري لها[3]. فيتعطل الالتجاء إلى قضاء الدولة مؤقتاً أو نهائياً بهدف التسوية الودية للنزاع، لأن التحول عن القضاء لا يكون كاملاً بل مصاحباً أحيانا أخرى للالتجاء إليه ولكن بدور مختلف وجديد[4].

---

(1) J.-M. Coulon, *L'évolution des modes de règlement sous l'égide du juge, in Le conventionnel et le juridictionnel dans le règlement des différends*, sous la direction de P. Ancel et de M.-C. Rivier, Économica, 2001, coll. Études juridiques ; X. Lagarde, *Transaction et ordre public*, D. 2000, chron. p. 217.

(2) Yves Strickler, Fasc. 1700-75 : *MODES ALTERNATIFS DE RÉSOLUTION DES LITIGES*. – Généralités, JurisClasseur Procédure civile, 15 Janvier 2020.

(3) لذلك **نرى** القضاء له سلطة تصالحية عند نظر النزاع، بموجب القانون، ليلعب دوراً اجتماعياً واقتصادياً في إدارة العدالة.

Yves Strickler, Fasc., *op.cit*. 1700-75

(4) S. Amrani-Mekki, notaire - *Le sens de la déjudiciarisation* - La Semaine Juridique Notariale et Immobilière n° 14, 6 Avril 2018, 1150, n°10.

لذلك قيل[5] بتمتع القاضي بثلاثة أدوار، منها دور القاضي المصلح أو قاضي السلام *juge pacificateur* ، الذي يسوي النزاع ودياً، والقاضي الحَكَم *juge arbitre* الذي يحسم النزاع بقراره، وأخيراً القاضي الموجه *juge entraîneur* الذي يشارك في مرحلة ما قبل صدور القرار وما بعد صدوره. فلم يعد دور القاضي دوراً تقليدياً في فض نزاع بتطبيق القانون، ولكن السعي لتسوية النزاع بصفة ودية وتفاوضية؛ كأن يسعى للصلح بين أطراف النزاع، بجانب دوره التوجيهي معهم، كأن يقترح عليهم الالتجاء إلى وسائل بديلة كالوساطة أو التوفيق. فلم تعد العلاقة بين القضاء والوسائل البديلة الودية التفاوضية متوترة بل على العكس تكاملية.

فإذا كان دور القضاء في المجتمعات البدائية لم يكن ساعياً لحل النزاع على أي نحو، وإنما التوفيق والصلح، ثم تغير دوره في المجتمعات الحديثة ليفرض حلاً عادلاً للنزاع وفقا للقانون[6]، فها نحن في هذا العصر نرجع إلى غاية الماضي، ولكن بوسائل الحاضر، استشرافاً للمستقبل.

كما أن وجود اعتبارات اقتصادية واجتماعية قد تدفع المشرع الإجرائي إلى تبني حلول للخلافات بين الأشخاص بطرق بعيدة عن القضاء، ليس فقط لما أصاب الإجراءات القضائية من بطء، وبل وللتخفيف عن كاهله. **فنرى** المشرع الإجرائي الحديث يعزز من دور حرية الأفراد في إنهاء اختلافاتهم ومنازعاتهم اعتمادا على إرادتهم وليس على إرادة القاضي.

أما عن **الاعتبارات الاقتصادية** فتتمثل في أن حل الخلافات بالإرادة الخاصة يعني كسب الوقت مقارنة بنظام القضاء الذي أصابه البطء في الإجراءات، والوقت عصب الاقتصاد، نظرا لتداعيات الوقت على القوة الشرائية للعملة والتدفقات المالية والمال عموماً. بينما تتمثل **الاعتبارات الاجتماعية** في أن ابتداع حلول للخلافات بإرادة الأفراد يحقق الهدوء والسلام الاجتماعيين مقارنة بحلها بواسطة القضاء، فإذا كان أمام القضاء هناك كاسب وخاسر في نفس الوقت، فالأمر مختلف عند حل الخلافات بالإرادة الخاصة حيث يستهدف دائماً أن يكون كل الأطراف ليست خاسرة على الأقل.

---

[5] Ost (François). *Juge-pacificateur, juge-arbitre, juge-entraîneur. Trois modèles de justice*, in Gérard (Philippe), Van de Kerchove (Michel), Ost (François) (dir). *Fonction de juger et pouvoir judiciaire : transformations et déplacements*, Bruxelles, Facultés universitaires Saint-Louis, 1983, p. 1-70.
https://books.openedition.org/pusl/7532?lang=en#ftn61

[6] وجدي راغب، النظرية العامة للعمل القضائي، منشاة المعارف، الاسكندرية، 1974، ص49.

لذلك قيل وبحق، أن الاتفاق أفضل من الادعاء « *Accord vaut mieux que plaid* » [7]، فالوسائل البديلة لفض النزاعات تشكل نوعاً من الحل ليس علاجياً، بقدر ما هو تصالحي، وتوفيقي، ويرى أن الكلمة النهائية للعدالة المدنية لم تعد في تبادل الحجج العقلانية، بل في تبادل السلام مهما كان الثمن[8].

ولم تقف السياسية التشريعية الإجرائية الحديثة الموسعة لدور الإرادة الخاصة عند هذا الحد بل امتدت، ولذات الاعتبارات سالفة الذكر، لمجال التنفيذ الجبري في قواعده وإجراءاته[9]، بل وفي مقتضياته بابتداع سندات تنفيذية غير معتمدة على إرادة القاضي.

---

[7] Cornu Gérard. *Les modes alternatifs de règlement des conflits. Rapport de synthèse. In : Revue internationale de droit comparé*. Vol. 49 N°2, Avril-juin 1997. pp. 314 ; doi : https://doi.org/10.3406/ridc.1997.5433

https://www.persee.fr/doc/ridc_0035-3337_1997_num_49_2_5433.(آخر زيارة 2020/12)

[8] J. Carbonnier, *Regard d'ensemble sur la codification de la procédure civile* in *Le Nouveau Code de procédure civile : 20 ans après* – Actes du colloque des 11 et 12 décembre 1997 : La Documentation française, 1998, p. 16.

[9] فعلي سبيل المثال في فرنسا، ففي حين أنه كان يحظر شرط تملك الدائن لمال المدين الضامن لحقه عمولة، فأضحى الاتفاق على ذلك جائزاً كقاعدة من خلال الإصلاح في التأمينات الذي حدث في 23 مارس 2006. بموجب المرسوم 2006-346 (م 11 منه). إذ تنص المادة 2348 من القانون المدني الفرنسي على أنه: " يمكن الاتفاق حال عدم تنفيذ الالتزام المضمون على تملك الدائن المال محل الضمان، سواء عند نشأة الضمان أو بعده".

Article 2348 : *« Il peut être convenu, lors de la constitution du gage ou postérieurement, qu'à défaut d'exécution de l'obligation garantie le créancier deviendra propriétaire du bien gagé* ».

Cl. Brenner et P. Crocq, *Lamy droit de l'exécution forcée*, 105-100 et les réf.

وأجاز قانون الإجراءات المدنية للتنفيذ الفرنسي للمدين أن يطلب خلال شهر من إعلانه بمحضر الحجز إجراء البيع الودي – لا الجبري *La vente forcée*- للمنقولات المحجوزة بمعرفته شخصيا وليس عن طريق السلطة العامة.

La vente amiable (Articles R221-30 à R221-32)

وبالنسبة للعقارات المحجوزة، يقدم الدائن طلب البيع الودي لقاضي التنفيذ، وإذا آذن له فإنه يحدد الثمن الذي لا يجوز للمدين بيع العقار بأقل منه (وفقا للمواد R322-25 à R322-20).

المقرر قانونًا أن أي سند تنفيذي يتضمن "**عملاً مؤكداً**" لوجود الحق المراد اقتضاؤه جبراً حيث تتوافر فيه شروط موضوعية معينة[10]، ولكن التأكيد لوجود الحق يكون بصرف النظر عن وجوده الحقيقي أو الفعلي أي حتى لو كان محل شك[11]، فالمهم هو وجود الحق ليس في الواقع ولكن وجوده كما يؤكده السند التنفيذي[12].

وإذا كانت السندات التنفيذية النموذجية الأكثر استصداراً هي السندات التنفيذية القضائية (العامة)، التي يكون عملها المؤكد معبراً عن إرادة القاضي (حكم أو أمر)، كمخرج من مخرجات التقاضي بقضية أو بدون قضية[13]. بيد أن المشرع الإجرائي[14] همّ في كثير من دول النظام

Cl. Brenner, *La vente volontaire de l'immeuble saisi est-elle possible sans l'autorisation du juge de l'exécution ?* in Au-delà des codes, Mél. en l'honneur de M.-S. Payet : Dalloz, 2011, p. 89 s. - PERROT (R.) et THERY (P.), *Procédures civiles d'exécution* : Dalloz, 3e éd., 2013, n° 30.

(10) وهذا هو الركن الموضوعي، بجانب الركن الشكلي المتمثل في الصورة التنفيذية التي تتضمن صورة من المحرر أو العمل القانوني الذي يعترف له القانون بالقوة التنفيذية، وتذيل بالصيغة التنفيذية. فهو ركن في السند التنفيذي وفي منحه القوة التنفيذية، ما لم يقرر القانون الاستغناء عنه.

أما عن الشروط التي يجب توافرها في الحق المراد اقتضاؤه هي أن يكون الحق محققاً الوجود، ومعيناً المقدار وحالاً الأداء. (م 280 مرافعات مصري، م L111-2 قانون التنفيذ الفرنسي)، وهي شروط ليس للحق الموضوعي ذاته، ولكن للحق الموضوعي مضمون السند التنفيذي. انظر: فتحي والي، التنفيذ الجبري في المواد المدنية والتجارية وفقاً لقانون المرافعات وقانوني الحجز الإداري والتمويل العقاري، دار النهضة العربية، سنة 2019، ص40-41، بند 21؛ أحمد ماهر زغلول، أصول التنفيذ الجبري القضائي، دار النهضة العربية، بدو سنة نشر، ص 90، 95، بند 37، 40.

(11) ولما كان التنفيذ يرتب نتائجاً خطيرة بالنسبة للمدين حيث تُنزع ملكية أمواله جبراً، فإذا لم يكن من المستحسن التأكد التام من وجود حق الدائن، حتى لا يتأخر اقتضاء الدائن لحقه، فيجب على الأقل أن نجد عملاً يعطي احتمالاً قويًا لوجود الحق الذي يتضمنه، وهذا العمل لا يترك تقدير كفايته للموظف الذي يقوم بالتنفيذ، بل يجب أن يكون بين الأعمال التي قدرها المشرع مقدمًا واعتبرها سندات تنفيذية بنص قانوني صريح. انظر: فتحي والي، مرجع سابق، ص38، بند 20.

(12) فتحي والي، التنفيذ الجبري، ص40، بند 21.

(13) راجع في هذه الفكرة بالتفصيل: سيد أحمد محمود، التقاضي بقضية أو بدون قضية، دار النهضة العربية، طبعة 2009، ص 30-31.

(14) وهو أمر يقرره المشرع ولا يدخل في سلطة الأفراد. فتحي والي، التنفيذ، ص69، هامش (2).

اللاتيني، التي تأخذ بنظام السندات التنفيذية[15]، بالنص في قوانين المرافعات أو قوانين أخرى خاصة، إلى ابتداع سندات تنفيذية جديدة تتضمن عملاً تأكيدياً للحقوق الثابتة فيها مبنية لا على إرادة القضاء الأساسية كسلطة عامة (السندات العامة التنفيذية)، بل على الإرادة الخاصة والتفاوضية

---

(15) ظهر اتجاهان أساسيان في تحديد السندات التنفيذية. ويرى البعض أنها ثلاثة اتجاهات، الاتجاه الانجلوسكسوني المضيق، والثاني المتوسع مثل القانون الإيطالي الذي يرى بأنها – غير الأحكام والمحررات الموثقة – الكمبيالات وسندات الديون، والاتجاه الأخير الوسط وهو القانون المصري والفرنسي اللذين يقصران السندات التنفيذية على الأحكام والمحررات الموثقة. (انظر: عبد الخالق عمر، مبادئ التنفيذ، دار النهضة العربية، الطبعة الثالثة، سنة 1977، ص 121، بند 125). ولكن أضحى الاتجاه الجديد في فرنسا ومصر بعد تبنيهما فكرة السندات الخاصة ذات القوة التنفيذية يميلان إلى الاتجاه المتوسع لا الوسط.

فالاتجاه الانجلوسكسوني يميل إلى حصرها في الأحكام والأوامر. انظر: فتحي والي، مرجع سابق، ص38، بند 19، هامش (2). ففي إنجلترا لا تعد المحررات الموثقة التي يحررها رجال القانون *solicitors* سندات تنفيذية، ولا يعرف النظام الإنجليزية الرسمية والمحرر الرسمي.

John Cartwright, *La preuve en droit continental et en common law, Le point sur la preuve en matière des contrats en droit anglais* -La Semaine Juridique Notariale et Immobilière n° 5, 1er Février 2013, 1013, n°1.

بينما في الفكر اللاتيني يعرف ويوسع من فكرة السند التنفيذي وكذلك القانون المصري وأغلب الدول الأوروبية (فرنسا، إيطاليا، ألمانيا، النمسا، هولندا، البرتغال) توسع فيها وظهر اتجاه حديث الآن وقد تبنى قانون التنفيذ الفرنسي 1991/650 بتعديلاته حتى 2019 هذا الاتجاه الذي يقلل من حالات الالتجاء إلى القضاء للحصول على السندات التنفيذية وقد طبقت اعتبارا من 2012/6/1 حيث تم استحداث سندات تنفيذية جديدة. انظر: عزمي عبد الفتاح، مستحدثات قانون التنفيذ الفرنسي الجديد رقم 783 / لسنة 2012 في السندات التنفيذية ووسائل الإجبار على التنفيذ وطرق الحجز المختلفة واختصاص قاضى التنفيذ نوعياً ومحلياً، مجلة الحقوق جامعة الكويت مجلس النشر العلمي، مج 40 , ع 1، سنة 2016، ص1،2.

للأفراد[16]، ولكن مع تدخل سلطة مزودة بسلطة الإجبار *imperium* التي يعينها المشرع ، والتي تتمثل أساساً في السلطة القضائية أو السلطة العامة عموماً[17]، تقديراً من المشرع بأن حق الدائن، في حالات، لا يكون محلاً للمنازعة من المدين حيث بقبوله وإقراره يصبح سند الحق قوياً التأكيد لاستناده على حل تفاوضي يعزز ويعضد من التنفيذ والقوة التنفيذية. لذا، إن توافق الآراء سيعزز التنفيذ الدائم للاتفاق[18]. لهذا ابتدعت "السندات الخاصة ذات القوة التنفيذية".

2-إشكالية الدراسة:

إن المتتبع للقوانين المصرية والفرنسية الحديثة – الموضوعية منها والإجرائية- يجد تبنياً واضحاً وواسعاً في الآونة الاخيرة لخلق سندات تنفيذية عديدة مبنية على الإرادة الخاصة سواء تجسدت في

---

(16) أحمد هندي، أصول التنفيذ الجبري، دار الجامعة الجديدة، سنة 2021، ص21-22، رقم 9. لذا، قسم البعض الاعمال ذات القوة التنفيذية، بحسب طبيعة هذه الإرادة، إلى اعمال قضائية (إرادة قضائية) وهذه هي القرارات الصادرة من المحاكم وتشمل الأحكام والأوامر، وأعمال لا قضائية وهذه هي المحررات الموثقة.

وهذا ما يؤكد استقلال الحق في التنفيذ عن الحق في الدعوى. انظر: فتحي والي، مرجع سابق، ص31، بند 2/15. فتحي والي، مرجع سابق، ص 42، بند 22. وقد قسم البعض السندات التنفيذية وفقاً لطبيعة الإرادة الجزائية التي تتضمنها، إلى سندات عامة كالأحكام القضائية والأوامر والقرارات العامة الأخرى التي يعترف لها القانون بقوة التنفيذ، وسندات تصرفيه تتضمن الإرادة الخاصة لذوي الشأن كأحكام المحكمين والمحررات الموثقة ومحاضر الصلح، وإن كان يُلاحظ أن القانون المصري لا يعترف بالقوة التنفيذية للإرادة الخاصة إلا إذا اقترنت بتدخل السلطة العامة. انظر: وجدي راغب، التنفيذ القضائي وفقاً لأحدث التعديلات التشريعية في قانون المرافعات المدنية والتجارية، 1995، ص72، هامش (2).

(17) أحمد ماهر زغلول، مرجع سابق، ص94، بند 39. ويترتب على هذا التطور امتداد نطاق السندات التنفيذية يلقي على عاتق الدولة مسؤولية أكبر (م L. 153-1 من قانون التنفيذ الفرنسي.

Didier Coiffar, *Authenticité et force exécutoire - L'arbre et le fruit*, La Semaine Juridique Notariale et Immobilière n° 6, 9 Février 2018, 1096.

(18) إن التنفيذ القضائي قد يباشر بعمل قضائي أو بدون عمل قضائي، كدليل على استقلال التنفيذ القضائي عن العمل القضائي، كما في حالة السندات التنفيذية غير القضائية. فالسند التنفيذي الخاص إذاً ينتمي إلى طائفة السندات التنفيذية غير القضائية التي تتكون خارج ساحات القضاء، كما هو الحال بالنسبة للعقود التوثيقية والمحررات الرسمية الأجنبية، محاضر الصلح والوساطة وأحكام المحكمين بالإضافة إلى الأوراق التجارية ومحاضر البيع بالمزاد العلني وأحكام رسو المزاد على العقارات ومحاضر الكفالة. انظر: وجدي راغب، نظرية العمل، ص103 -104.

اتفاقات أو تصرفات بالإرادة المنفردة، ولذلك تسعى هذه الدراسة للرد على تساؤلات عديدة وهامة. وأول ما يثير الفكر القانوني عند الحديث عن السندات الخاصة التنفيذية هو التساؤل عن الأساس الذي تُبنى عليه مثل تلك السندات التنفيذية الجديدة[19]. فما هي أساسها التشريعي في القانون المصري والفرنسي، لاسيما في ظل قاعدة "شرعية السندات التنفيذية"، فلا سند تنفيذي إلا بنص؟

وعندما يبتدع المشرع سندات تنفيذية مبنية على إرادة ذوي الشأن لا على إرادة القاضي بصفة رئيسية، **فما هي الاعتبارات والفلسفة التي تؤسس عليها تلك السندات، فما هو إذن الأساس الفني للسندات الخاصة ذات القوة التنفيذية؟** الإجابة عن هذا التساؤل ليست فقط بغية تقييم أو تقويم ما هو مبتدع الآن من سندات خاصة تنفيذية، ولكن أيضاً لإيضاح الأساس لما يمكن أن يستجد من تلك السندات الخاصة في المستقبل في ظل التغيرات والتطورات المستمرة في عالمنا اقتصادياً واجتماعياً.

وإذا كانت السندات التنفيذية العامة القضائية كالأحكام والأوامر النافذة هي السندات التنفيذية النموذجية، **فهل السندات الخاصة ذات القوة التنفيذية تحقق ذات الفاعلية المقررة للسندات التنفيذية العامة، أم أن السندات الخاصة لا تعد بديلا كاملاً لها، فهل لها فعالية متميزة مقارنة بفاعلية الأحكام النافذة ؟، وما هي النتائج المترتب على ذلك؟ وهل ابتكار السندات الخاصة التنفيذية ليس على أساس إرادة القضاء يخلق نوعاً من التدرج في سلم السندات التنفيذية بحيث نقول إن السندات الخاصة في مرتبة أقل من السندات العامة (القضائية) التنفيذية؟**

وأخيراً، هل من المنطقي والضروري أن يتم منح اتفاق ما، وهو عموماً عمل قانوني خاص، القوة التنفيذية، وبالتالي يسمح باستخدام السلطة أو القوة العامة، بغض النظر عن أي رقابة قضائية أو ضمانات إجرائية؟

3-منهج الدراسة وخطتها:

تعتمد هذه الدراسة المنصبة على السندات الخاصة ذات القوة التنفيذية على المنهج التأصيلي للتعرض لأساسها التشريعي أو القانوني من جانب، ثم لأساسها الفني من جانب آخر (مبحث أول). ثم نتناول في الشق الثاني من الدراسة، وباتباع المنهج التحليلي، فعّالية تلك السندات الخاصة مقارنة

[19] نطاق الدراسة سينصب على السندات الخاصة التنفيذية، وبالتالي سنستبعد السندات الخاصة التنفيذية الأجنبية حيث يكون مجالها في إطار القانون الدولي الخاص.

بالسندات التنفيذية القضائية، وآثارها على أرض الواقع (مبحث ثان). والدراسة في شقيها تتبع المنهج المقارن بين القانونين المصري والفرنسي، ولكن مع التعرض لبعض القوانين الأخرى التي تخدم بعض الأفكار القانونية المتصلة بموضوع الدراسة.

ولما سبق، نقدم هذه الدراسة وفقاً للخطة الآتية:

المبحث الأول: أساس السندات الخاصة ذات القوة التنفيذية

المبحث الثاني: فعالية السندات الخاصة ذات القوة التنفيذية

المبحث الأول

أساس السندات الخاصة ذات القوة التنفيذية

تمهيد وتقسيم:

إن السندات التنفيذية، عموماً، أياً كانت طبيعة العمل التحضيري لها أو المؤكد فيها، تحكمها قاعدة "شرعية السندات أو مشروعيتها" فلا سند تنفيذي إلا بموجب تشريع[20]. وإذا كان السند التنفيذي العام النموذجي هو ذلك المبني على إرادة القاضي، وطالما أننا نستهدف من هذه الدراسة الكشف عن نوع جديد من السندات التنفيذية تخرج عن إطارها الطبيعي والمعتاد باعتمادها على الإرادة الخاصة لذوي الشأن، فكان لابد من تتبع أساس تلك السندات المبتكرة في التشريعات سواء كانت إجرائية أو حتى موضوعية **(مطلب أول)**.

---

[20] ولا يعني أن السندات التنفيذية تكون مبينة على الإرادة الخاصة أنها تخرج عن مبدأ "شرعية السندات التنفيذية"- على حد تعبيرنا- بمعنى أنه لا سند تنفيذي إلا بنص، إذ يجب أن يكون لكل سند تنفيذي خاص أيضاً أساس تشريعي، **ولكن هل يمكن أن يكون العرف القضائي مصدراً للقوة التنفيذية لها؟**

إن المشرع المصري في خصوص العقد الرسمي بفتح الاعتماد أجاز على خلاف الأصل التنفيذ بدليل غير مستمد من العقد الرسمي ذاته - هو مستخرج بحساب المدين من واقع دفاتر الدائن التجارية. وقد قصد الشارع من هذا الاستثناء - على ما جاء بالمذكرة التفسيرية - إقرار العرف القضائي الذي يجيز التنفيذ بهذا العقد ولو لم يتضمن الإقرار بقبض شيء مع تلطيف حدته بإيجاب إعلان المدين بملخص الحساب - وإذ كان هذا المستخرج هو الدليل الوحيد الذي أجازه الشارع خارج العقد الرسمي استثناء لإثبات الشروط اللازمة في الحق المنفذ به فإنه لا يجوز الاعتماد على دليل خارجي آخر لا يصلح بذاته سنداً للتنفيذ. (حكم محكمة النقض - مدني - الطعن رقم 275 لسنة 31 قضائية بتاريخ 01-02-1966 مكتب فني 17 ج 1 ص 214).

كما إن المشرع حينما يبتدع سندات تنفيذية جديدة بتكوين خاص متميز عن السندات التنفيذية التقليدية فهو حتماً يبغي تحقيق أهداف معينة أو بمعنى أصح تكون هناك فلسفة تشريعية أو أساس فني. وهذا الأساس الفني لا يساعدنا فقط على تقييم فعالية السندات الخاصة التنفيذية المقننة حالياً بنصوص قائمة، بل يساعدنا أيضاً على ابتكار سندات خاصة تنفيذية أخرى في المستقبل **(مطلب ثان)**.

المطلب الأول

الأساس التشريعي للسندات الخاصة ذات القوة التنفيذية

إن الأساس التشريعي للسندات الخاصة التنفيذية، في مصر، يتمثل في المادة 280 مرافعات التي تعتبر السندات التنفيذية – مع استبعاد القضائية منها (كالأحكام و الأوامر)– هي المحررات الموثقة ومحاضر الصلح التي تصدق عليها المحاكم أو مجالس الصلح والأوراق الأخرى التي يعطيها القانون– ولو كان غير قانون المرافعات– هذه الصفة[21].

[21] الواقع أن قانون المرافعات يعترف بالقوة التنفيذية لبعض المحاضر التي يقوم بتحريرها كتاب المحكمة أو المحضرون لإثبات اتفاقات إجرائية أو إقرارات إجرائية معينة، ولذا تعتبر هذه المحاضر سندات تنفيذية غير محاضر الصلح مثل محضر بيع المنقولات المحجوزة (م 389 مرافعات) ، ومحضر التسوية الودية لتوزيع حصيلة التنفيذ (م 476 مرافعات مصري)، ولكن تتميز الأخيرة عن محضر الصلح القضائي المثبت في أنها لا تتم بصدد دعوى أمام القضاء، وإنما بصدد إجراءات التنفيذ التي ترمي إلى التوفيق بين حقوق ذوي الشأن بالنسبة لحصيلة التنفيذ، ولو كانت هذه الحقوق مقررة بأحكام قضائية باتة. انظر: سيد أحمد محمود، أصول التنفيذ الجبري، دار النهضة العربية، سنة 2009، ص414-415.

بينما الأساس في فرنسا هو المادة L. 111-3 من قانون الإجراءات المدنية للتنفيذ الفرنسي[22] التي وضعت قائمة حصرية بالسندات التنفيذية، يتم تعديلها تشريعياً، في كل مرة يتم فيها إنشاء سند تنفيذي غير قضائي جديد[23].

وفي القانون الفرنسي، وجدنا أن السندات الخاصة التنفيذية المبنية على الإرادة الخاصة والتفاوضية هي: الاتفاقات التي يمنحها القضاء القوة التنفيذية (المصدق عليها)، ومحضر الصلح القضائي، والمحرر الموثق، واتفاق الطلاق التبادلي، وسند المحضر في حالتي الامتناع عن دفع

---

[22] تنص المادة L111-3-1 من قانون التنفيذ الفرنسي (معدل بالقانون 2019-1446 بتاريخ 2019/12/24 م 72) على أنه: لا تعد سندات تنفيذية إلا: 1) القرارات الصادر عن القضاء العادي أو الإداري عندما تحوز القوة التنفيذية، بالإضافة إلى الاتفاقات التي تمنحها هذه الجهات من القضاء القوة التنفيذية؛ 2) المحررات والأحكام الأجنبية بالإضافة إلى أحكام التحكيم التي تعلن نافذة بقرار غير قابل للطعن الموقف للتنفيذ، مع عدم الاخلال بالنصوص الواردة في قانون الاتحاد الأوروبي واجبة التطبيق؛ 3) مستخرجات محاضر الصلح موقعة من القاضي والأطراف؛ 4) المحررات الموثقة المذيلة بالصيغة التنفيذية؛ 4 (مكرر) اتفاقات الزوجين الرضائية المتبادلة على الطلاق أو الانفصال الجسماني بمحرر عرفي مصدق من المحامين، مودعة في سجلات الموثق طبقاً للأحكام المنصوص عليها في المادة 1-229 من القانون المدني؛ 5) السند المسلم من المحضر في حالة عدم دفع شيك أو في حالة الاتفاق بين الدائن والمدين بالشروط المنصوص عليها في المادة L. 125-1؛ 6) السندات التي تصدرها الأشخاص الاعتبارية العامة التي يعطيها القانون صفة السند التنفيذي، أو القرارات التي يعطيها القانون آثار الحكم القضائي.

[23] إذ إن العمل المؤكد للحق – مضمون السند التنفيذي – بموجب المادة 502 إجراءات مدنية فرنسي- إما أن يكون قراراً أو تصرفاً (محرراً)، حيث تنص على أنه: "لا تنفيذ للحكم أو المحرر إلا بتقديم الصورة التي تتضمن الصيغة التنفيذية ما لم ينص القانون على غير ذلك".

Article 502 : « *Nul jugement, nul acte ne peut être mis à exécution que sur présentation d'une expédition revêtue de la formule exécutoire, à moins que la loi n'en dispose autrement* ».

وكان المرسوم المؤرخ 12 يونية 1947 قد نص على أن الصيغة التنفيذية *formule exécutoire* توضع على "النسخ الأصلية للقرارات، والأحكام، وأوامر المحاكم، فضلا عن الصور التنفيذية والنسخ الأصلية للعقود وجميع الأعمال التي يحتمل أن تنفذ جبراً".

وفي **اعتقادي** أن النهج المصري، مقارنة بالفرنسي، هو الأفضل، إذ ترك النص مفتوحاً بعبارة " والأوراق الأخرى التي يعطيها القانون هذه الصفة"، والمقصود من القانون هنا ليس فقط قانون المرافعات، وإنما أي قانون آخر وفقاً للمستجدات والتطورات.

شيك واتفاق تسوية الديون ذات المبالغ الصغيرة. وبتتبع التشريعات المصرية فهي: عقد التمويل العقاري المصدق عليه، ومحاضر الصلح القضائي، واتفاقات التسوية والوساطة في مجالي الأسرة والإفلاس، والمحرر الموثق (وعقد الإيجار الموثق)، وعقد التأجير التمويلي المقيد لدى هيئة الرقابة المالية.

وأهم معيار لتقسيم السندات الخاصة التنفيذية[24]، من وجهة نظرنا، بحسب تدخل السلطة العامة في منح القوة التنفيذية سواء تمثلت في القاضي ولكن بدور جديد وهو منح القوة التنفيذية **(فرع أول)** أو الموثق **(فرع ثان)**، أو غيرهما كالمحضر و المحامي **(فرع ثالث)**، أو بدون تدخل السلطة العامة أصلاً **(فرع رابع)**، وبالتبعية بحسب البيئة التي تكونت فيها من حيث وجود خصومة قضائية من عدمه[25].

الفرع الأول

اتفاقات يمنحها القضاء القوة التنفيذية

إن الاتفاقات التي يمنحها القضاء القوة التنفيذية قد تنشأ داخل خصومة قضائية (في وجود قاض) لفض نزاع *litige* قائم هي اتفاق التوفيق والوساطة المصدق عليهما واتفاق الصلح المثبت في محضر الجلسة هذا من جانب، أو خارج الخصومة القضائية تجنباً لأي اختلاف *differend* محتمل أو فضاً له، وهي الاتفاقات المصدق عليها على الوسائل البديلة لتسوية النزاع (اتفاق التوفيق أو

---

(24) لأن هذا التقسيم هو الذي يرتب نتائج ليست فقط نظرية بل وعملية بشأن فعالية هذا النوع الجديد من السندات التنفيذية أي الخاصة، لما تتمتع به من طبيعة خاصة تميزها عن السندات التنفيذية العامة، وهو ما سنعرض له في المبحث الثاني من هذه الدراسة.

(25) ويمكن تقسيم السندات الخاصة التنفيذية، بحسب الغاية، إلى سندات تنفيذية تبغي الوقاية من النزاع (العدالة الوقائية)، وأخرى تبغي إنهاء النزاع (عدالة علاجية). ويترتب على التقسيم تحديد السلطة العامة، ففي الأولى يكون القاضي، وفي الثانية يكون غير القاضي كالمحضر. ويمكن تقسيم السندات الخاصة التنفيذية أيضاً، بحسب القوة الثبوتية، إلى سندات رسمية (كالمحرر الموثق ومحضر الصلح) وأخرى غير رسمية (الاتفاق المصدق عليه من وجهة نظرنا، واتفاق الإجراء التشاركي)، وما يترتب على ذلك من آثار.

الوساطة بموفق قضائي أو وسيط يعنيه الأطراف أو اتفاق الإجراءات التشاركية أو التسوية)[26] من جانب آخر، وذلك على التفصيل التالي:

أولاً: اتفاقات الوسائل البديلة لفض المنازعات المصدق عليها في مصر وفرنسا

إن الاتفاقات التي يمنحها القضاء القوة التنفيذية بالتصديق[27]، وفقاً للقانون الفرنسي (المادة L111-3-1 من قانون إجراءات التنفيذ الفرنسي)[28]، هي:

1- الاتفاقات البديلة لفض المنازعات في خصومة قائمة:

وهي اتفاق التوفيق*conciliation* بواسطة موفق قضائي*conciliateur de justice* معين من قاضي الخصومة القضائية (م 2/131 مرافعات)[29]، واتفاق الوساطة*mediation* بوسيط

---

[26] ولا شك أن تكوين السند الخاص التنفيذي في خصومة قضائية غير تكوينها خارجها، وفي وجود قاض غير تكوينها في غير وجوده، إذا وضعنا في الاعتبار أن الخصومة التواجهية *instance contradictoire* توفر ضمانات التقاضي الأساسية مثل: الدفاع والمواجهة، وفي وجود قاض محايد ومستقل له سلطة رقابة على حرية إرادة الأطراف والشروط الداخلية لصحة التصرف الإرادي الخاص مضمون السند الخاص التنفيذي.

[27] التصديق يعني الاعتراف*reconnaître* أو الموافقة القضائية *l'approbation judiciaire* .

G. Cornu, Vocabulaire juridique, 8e éd. PUF, 2000.

[28] المادة L111-3-1 من قانون إجراءات التنفيذ الفرنسي (معدل بالقانون 2019-1446 بتاريخ 2019/12/24 م 72): لا تعد سندات تنفيذية إلا: 1) القرارات الصادر عن القضاء العادي أو الإداري عندما تحوز القوة التنفيذية، بالإضافة إلى الاتفاقات التي يمنحها هذه الجهات من القضاء القوة التنفيذية.

°1*Les décisions des juridictions de l'ordre judiciaire ou de l'ordre administratif lorsqu'elles ont force exécutoire, ainsi que les accords auxquels ces juridictions ont conféré force exécutoire* ;

قضائي*médiateur de justice* معين أيضاً من قاضي الخصومة القضائية (م 131-12 مرافعات)[30].

---

[29] تنص المادة 131 من قانون الإجراءات المدنية الفرنسي (معدل بالمرسوم 514-2016 تاريخ 2019/4/26 م 19) على أن: "مستخرجات محضر الصلح المحررة من القاضي يمكن تسليمها. وهي تعد سنداً تنفيذياً. وفي كل الأحوال، للأطراف أو الطرف الأكثر حرصاً تقديم اتفاق المنشأ من الموفق القضائي للتصديق عليه من القاضي. ويفصل القاضي في العريضة المقدمة بدون مرافعة، طالما أنه ليس من الضروري سماع الأطراف علناً. التصديق يعد مسألة ولائية".

Article 131: « ***Des extraits du procès-verbal dressé par le juge peuvent être délivrés. Ils valent titre exécutoire. A tout moment, les parties ou la plus diligente d'entre elles peuvent soumettre à l'homologation du juge le constat d'accord établi par le conciliateur de justice. Le juge statue sur la requête qui lui est présentée sans débat, à moins qu'il n'estime nécessaire d'entendre les parties à l'audience. L'homologation relève de la matière gracieuse*** ».

[30] تنص المادة 131-12 (معدل بالمرسوم رقم 514-2016 تاريخ 2016/4/26 م 20) من قانون الإجراءات المدنية الفرنسي على أن: " في أي وقت، للأطراف أو الطرف الأكثر حرصاً من بينهم أن يقدم للتصديق من القاضي الاتفاق الثابت من الوسيط القضائي. ويفصل القاضي في العريضة المقدمة بدون مرافعة، طالما أنه ليس من الضروري سماع الأطراف علناً. التصديق يعد مسألة ولائية.

Article 131-12 : ***« A tout moment, les parties, ou la plus diligente d'entre elles, peuvent soumettre à l'homologation du juge le constat d'accord établi par le médiateur de justice. Le juge statue sur la requête qui lui est présentée sans débat, à moins qu'il n'estime nécessaire d'entendre les parties à l'audience. L'homologation relève de la matière gracieuse. Les dispositions des deux alinéas précédents s'appliquent à l'accord issu d'une médiation conventionnelle intervenue alors qu'une instance judiciaire est en cours*** ».

وبالنسبة لعملية لتوفيق، نظم قانون المرافعات الفرنسي، في المواد 127-131، سلطة القاضي في اقتراح التوفيق على الأطراف داخل الخصومة، إذ يمكن أن يفوض القاضي، تحت إشرافه، مهمة التوفيق للموفق القضائي.

وبناءً عليه، قد يسفر عن التوفيق بالمعنى الواسع[31] ثلاثة أنواع من السندات الخاصة التنفيذية وهي: اتفاق التوفيق – الذي تم بمساعدة الموفق القضائي- المصدق عليه قضائياً(م 131 مرافعات)، أو اتفاق الصلح القضائي الثابت في محضر الجلسة أو ملحق به (م 3-111L تنفيذ)، أو اتفاق صلح موثق (كمحرر موثق) (م 3-111L تنفيذ).

أما عن الوساطة، فيجوز للقاضي في خصومة قائمة، عملاً بالمواد 131-1 وحتى 131-15 من قانون المرافعات، بعد موافقة الأطراف الالتجاء إلى الوساطة بواسطة الغير المعين من القاضي، وقد تسفر الوساطة عن اتفاق وساطة يصلح كسند تنفيذي بعد التصديق عليه من هذا القاضي (م 131-12).

2- الاتفاقات البديلة لتسوية المنازعات في غير خصومة قائمة:

نظم قانون المرافعات الفرنسي، في المواد 1528 – 1567 من الكتاب الخامس، اتفاقات الوسائل البديلة لفض للمنازعات *La résolution amiable des différends* خارج الخصومة القضائية، وبمساعدة الغير من اختيار الأطراف- وليس القاضي هذه المرة- سواء كان الغير وسيطاً أو موفقاً قضائياً أو حتى محامين.

لذلك، إن الاتفاقات التي تبرم في غير خصومة قضائية قائمة، ويمنحها القضاء القوة التنفيذية هي اتفاق التوفيق بواسطة موفق قضائي (وهو من معاوني القضاء يعينه الرئيس الأول لمحكمة الاستئناف) يعنيه الأطراف[32]، واتفاق الوساطة بوسيط يعينه الأطراف أيضاً[33]، واتفاق الإجراءات

---

(31)(31) ويرى البعض أن التوفيق يتميز عن الصلح في أن التوفيق يفترض دائماً شخص ثالث أي الموفق الذى يقوم بمساعدة الأطراف للوصول إلى اتفاق. بينما الصلح يكون بين الأطراف. طلعت خاطر، انقضاء الخصومة بالصلح القضائي، دار الفكر والقانون، سنة 2014، ص95.

(32) والتوفيق قد يكون فيما قبل الدعوى أمام المحكمة القضائية (م 820 إجراءات مدنية فرنسي).

التشاركية *procédure participative*(م 1565 مرافعات)[34]، واتفاق التسوية*transaction* المستقلة[35] (م1567إجراءات مدنية فرنسي)[36]، ويترتب على ابرام هذه الاتفاقات في غير خصومة انتفاء المصلحة في رفع الدعوى بعد ذلك بالحقوق التي تتضمنها وبالتالي عدم قبولها[37].

Article 820 (Modifié par Décret n°2019-1333 du 11 décembre 2019 - art. 4) : « *La demande aux fins de tentative préalable de conciliation est formée par requête faite, remise ou adressée au greffe* ».

(33) بناء على توجه البرلمان الأوروبي صدر في 2008 برقم 52 والمجلس الأوروبي في 21 مايو 2008 حول بعض الاتفاقات التي تتم عن طريق الوساطة في المسائل المدنية والتجارية ويعطيها القضاء القوة التنفيذية.

http://www.ritsumei.ac.jp/acd/cg/law/lex/rlr28/CADIET2.pdf.(آخر زيارة 2020/12)

والوساطة الاتفاقية قد تكون خارج الخصومة (م 1530 وما بعدها من قانون المرافعات) عن طريق وسيط (شخص طبيعي او معنوي) الذي يجب أن تتوافر فيه شروط النزاهة والأهلية المنصوص عليها في المادة 1533 من قانون المرافعات.

(34) تنص المادة 1565 (بالمرسوم رقم 2012/66 تاريخ 2012/1/20 م 2) من قانون المرافعات على أنه: " يجوز أن يُقدم الاتفاق الذي يتوصل إليه الطرفان في إجراء للوساطة أو التوفيق أو المشاركة، لمنحه القوة التنفيذية، لتصديق القاضي المختص أصلاً بنظر النزاع.

Article 1565 : « *L'accord auquel sont parvenues les parties à une médiation, une conciliation ou une procédure participative peut être soumis, aux fins de le rendre exécutoire, à l'homologation du juge compétent pour connaître du contentieux dans la matière considérée* ».

(35) ويُقصد باتفاق التسوية *transaction*هو ذلك الاتفاق المكتوب الذي يتضمن تنازلات متبادلة بين الأطراف، لإنهاء نزاع قائم أو تجنب منازعة محتملة. ونقصد هنا اتفاقات التسوية المصدق عليها من المحكمة لا تلك المودعة في محاضر الموثق، فكلاهما سندات تنفيذية ولكن في الحالة الأولى يظل الاتفاق عرفياً – في **اعتقادي**- عكس الحالة الثانية إذ يكون رسمياً. ويتميز الصلح الذي ينظمه القانون المدني *transaction* عن الصلح القضائي *conciliation* في أن الأول يتحدد مضمونه في تنازل متبادل لأطرافه وعلى وجه التقابل عن جزء من ادعاءاتهم، بينما الثاني يتسع مضمونه ويمتد ليشمل حالات التنازل المتبادل وأيضا الحالات التي يتنازل فيها أحد الخصوم عن ادعائه دون وجه للتقابل (صلح دون تقابل). انظر: أحمد ماهر زغلول، أصول وقواعد المرافعات، دار النهضة العربية، دون سنة نشر، ص958، بند 438؛ الانصاري حسن النيداني، الصلح القضائي، دراسة تأصيلية وتحليلية لدور المحكمة في الصلح والتوفيق بين الخصوم، دار الجامعة الجديدة، سنة 2001، ص70، رقم 44.

وفي كل الأحوال، إذا أراد الأطراف تنفيذ تلك الاتفاقات جبراً لجأوا إلى القضاء في النهاية لمنح القوة التنفيذية على ما توصلوا إليه من اتفاقات مبنية على الإرادة الخاصة. ودور القضاء هنا لا

وفي فرنسا تعرف المادة 2044 مدني الصلح الاتفاقي (التسوية) بأنه اتفاق بمقتضاه بنهي الأطراف نزاعاً قائماً أو يتجنبون منازعة قد تنشأ.

LACHANCE, M. (2007). *LE NOTAIRE, UN FREIN AU DÉVELOPPEMENT DES AFFAIRES ?* Revue du notariat, 109 (2), 239–263. https://doi.org/10.7202/1045580ar

(36) تنص المادة 1567 مرافعات (معدلة بالمرسوم 2013-1280 تاريخ 2013/12/29- م3) على أن: " القواعد المنصوص عليها في المادتين 1565 و1566 تنطبق على اتفاق التسوية دون اللجوء إلى وساطة أو توفيقاً أو إجراءات تشاركية. ويجوز الالتجاء للقاضي للتصديق عليه من قبل الطرف الأكثر حرصاً أو من الأطراف جميعهم".

« Les dispositions des articles 1565 et 1566 sont applicables à la transaction conclue sans qu'il ait été recouru à une médiation, une conciliation ou une procédure participative. Le juge est alors saisi par la partie la plus diligente ou l'ensemble des parties à la transaction ».

(37) Cass., ch. mixte, 14 févr. 2003, n^{os} 00-19.423 et 00-19.424, Bull. ch. mixte, n^{o} 1 ; BICC 1er mai 2003, p. 43, avis Benmakhlouf, rapp. Bailly ; Civ. 1re, 8 avr. 2009, n^{o} 08-10.866, D. 2009. AJ 1284, obs. Delpech ; JCP 2009, n^{o} 43, *Une nouvelle avancée de la médiation*, par Cuperlier ; JCP nov. 2009, chron. arbitrage, Béguin, p. 462).

ويفتقد الاتفاق هذا الأثر الإجرائي بانتهاء مدته، الإنهاء المبتسر كتابة من قبل الأطراف بمساعدة محاميهم، أو عن طريق إبرام تسوية للنزاع، أو إبرام اتفاق يشير إلى استمرار النزاع (عدم حسمه)، كما أنه إذا تمكن أحد الطرفين من إثبات عدم تنفيذ الاتفاق من الطرف الآخر، كأن يظهر سوء نيته، فيمكنه إحالة الأمر إلى القاضي حتى يتمكن من تسوية النزاع، حتى قبل نهاية المدة المتفق عليها (م 2065 مدني فرنسي).

N. FRICERO, *procédure participative assistée par avocat*. Répertoire de procédure civile. Mai 2013, n^{o}24, 26.

لتطبيق القانون على نزاع في خصومة[38]، ولكن فقط لإضفاء القوة التنفيذية على اتفاقاتهم التفاوضية المبنية على إرادتهم، ولذلك فهذه الاتفاقات ليست لها حجية الأمر المقضي[39].

وإذا كان اتفاق التوفيق أو الصلح و الوساطة يعرفهما النظام القانوني المصري في نطاق ضيق كما سنرى لاحقاً، إلا أنه لا يعرف نظام اتفاق الإجراءات التشاركية *procédure participative* ذات الأصل الانجلوسكسوني الذي استقبله النظام الفرنسي[40].

إن اتفاق الإجراءات التشاركية، بموجب المادة 2062 من القانون المدني الفرنسي[41]، هو اتفاق عرفي مكتوب[42]، بمقتضاه يتعهد أطراف النزاع الذين لم يلجؤوا إلى القضاء أو التحكيم[43]، بالعمل

---

(38) ويبدي البعض قلقه في فرنسا، بمناسبة الاعتداد بالاتفاقات المصدق عليها من القضاء، من أن يتحول القضاء شيئاً فشيئاً إلى مجرد غرفة لتسجيل الإرادات الخاصة.

CADIET, Droit judiciaire privé, JCP 1999. I. 130.

(39) H. Croze, *De quelques confusions entre la force exécutoire et l'autorité de chose jugée - Petite contribution au débat sur l'acte authentique et l'acte sous signature juridique*. Libres propos. La Semaine Juridique Edition Générale n° 40, 1er Octobre 2008, act. 581.

(40)وأصل هذه الفكرة مستمد من القانون التشاركي لأمريكا الشمالية *en s'inspirant du droit collaboratif nord-américain*هو وسيلة تعبر عن منهجية مختلفة في فض المنازعات بعمل المجموعة أو الفريق بين المحامين والأطراف بهدف إيجاد أفضل حل في نهاية المناقشات التي أجريت في بيئة آمنة وسرية (سرية بالنسبة للأطراف والتزام السرية بالنسبة للمحامين كالتزام مهني)، ويمكن للأطراف الاتفاق على الخبرة والتي تمكن من تحليل نقاط الخلاف وأسباب النزاع وآثاره وتحديد مختلف الخيارات الممكنة. إن العملية التشاركية تترك للأطراف السيطرة على وقت المفاوضات (يقرر الطرفان المدة) وتحديد موضوع النزاع وأسبابه (يتم تجنب إمكانية البطء في العرض، ويتم التحكم في المخاطر الاقتصادية). إنها تسمح لهم بإيجاد حل مبتكر، متكيف مع وضعهم، ليس ناتجاً بالضرورة عن التطبيق الصارم لحكم القانون، وبالتالي يضمن الحفاظ على العلاقات الهادئة.

L. Cadiet et T. Clay, *Modes alternatifs de règlement des conflits : Dalloz, 3e éd., 2019, p. 89 et s.*; V. A. Garret, S. Henry Guillermard, D. Labadie, *Les principes fondamentaux du processus collaboratif : Procédures 2018, alerte 30 ;* N. FRICERO, *procédure participative assistée par avocat*. , op.cit.,. N°1-3. Yves Strickler, Fasc. : *op. cit*, n°29.

[41]إن الأساس القانوني لاتفاق الإجراءات التشاركية بمساعدة المحامي هو المواد 2062 وما يليها من القانون المدني الفرنسي المستمدة من القانون 2010-1609 المؤرخ 22 ديسمبر 2010، المتعلق بتنفيذ قرارات المحاكم، وشروط ممارسة بعض المهن الخاضعة للتنظيم والخبراء القضائيين، والتي أعادت الباب السابع عشر إلى الكتاب الثالث من ذلك القانون، المعنون بـ "اتفاقية الإجراءات التشاركية"، الواردة في القانون المدني. وبناء عليه أضاف المرسوم الصادر في 20 يناير 2012 كتاباً خامساً إلى قانون الإجراءات المدنية الفرنسي (المواد 1528-1567) يتعلق بالتسوية الودية للمنازعات، ويخصص الباب الثاني منه للإجراءات التشاركية (المادة 1542-7/1564). وتنص المادة 1543 إجراءات مدنية فرنسي (معدلة بالمرسوم رقم 1333-2019 بتاريخ 2019/12/11- م13) على أن: "يتم ذلك وفقا لإجراءات تقليدية للحصول على اتفاق، يتبعه، إذا لزم الأمر، إجراء لغرض الحكم. ويمكن أن يحدث أيضا في سياق الخصومة، لغرض تهيئة أو تحضير الدعوى أمام أي محكمة من محاكم القضاء، أيا كانت الإجراءات المتبعة".

Article 1543: « ***Elle se déroule selon une procédure conventionnelle de recherche d'un accord, suivie, le cas échéant, par une procédure aux fins de jugement. Elle peut aussi se dérouler dans le cadre de l'instance, aux fins de mise en état devant toute juridiction de l'ordre judiciaire, quelle que soit la procédure suivie*** ».

[42]اتفاق الإجراءات التشاركية هو اتفاق مكتوب، وإلا كان باطلاً ليضمن الأمن القانوني والمحافظة عليه في سجل أوراق المحامين. هذه الكتابة تتضمن جملة من البيانات والمحددات المنصوص عليها في المادة 2063 مدني ويجب أن يحدد الاتفاق هوية الأطراف ومحامييهم. ولأن اتفاق الإجراءات التشاركية يبرم في ورقة عرفية، فلابد من أن تكون ثابتة التاريخ للاحتجاج بها في مواجهة الغير.

N. FRICERO, *procédure participative assistée par avocat.*, op.cit., N°15, N°21-22.

[43]وإذا تم التوقيع على اتفاقية الإجراءات التشاركية بعد الالتجاء إلى القضاء أو التحكيم، يمكن للقاضي أن يرفض التصديق عليه. ومدة اتفاق الإجراءات التشاركية تكون محددة بإرادة الأطراف (2062 مدني)، بدون حد أدنى أو أقصى، وأهمية تحديد هذه المدة في أنه لا تقبل خلالها أي دعوى للقضاء أو التحكيم، حتى تمكن هذه الآلية على التفاوض بحسن نية وبدون ضغط، وتقف مدة تقادم الحق محل الاتفاق خلال مدة الاتفاق .

N. FRICERO, *procédure participative assistée par avocat.*, op.cit., N°9-11, N°17-18.

المشترك وبحسن نية من أجل حل ودي للنزاع بمساعدة المحاميين[44]؛ وبشكل أخص، في المسائل الأسرية. وتضيف المادة 2067 من القانون المدني أن اتفاق الإجراءات التشاركية "يمكن أن يبرمه الزوجان بهدف البحث عن حل توافقي في مسائل الطلاق"[45].

إن دور المحامي بصدد هذا النوع من الإجراءات التشاركية، سواء كان محامياً عن كل طرف من أطراف النزاع أو محام واحد عن الأطراف، يتمثل في تقديم المشورة بشأن صياغة الاتفاقية[46]، ويساعد في العملية التشاركية، على افتراض تدربه على تقنيات الاتصال، حتى لو لم يلعب دور الوسيط (الغير). ويجب على أطراف النزاع احتراما لمبدأ حسن النية والمواجهة أن يتبادلا المعلومات والمستندات بين محاميهم بالطرق المتفق عليها ولو كانت إلكترونية (م 1545إجراءات مدنية). وينتهي اتفاق الإجراءات التشاركية بمحرر عرفي *un acte sous seing privé* مصدق على توقيعه من قبل محامي*Acte contresigné par avocat*[47] يمكن أن يكون محلا لإجراءات

---

(44) كما يجب أن يكون الاتفاق محدد في محله بالحقوق التي يجوز التصرف فيها، ومنها بنص القانون مسألة الطلاق م 2064-2065 مدني)، لاسيما لما لهذا الاتفاق من أثر إجرائي سلبي وهو عدم قبول الدعوى أمام القضاء، ولكن في حدود ما تم تضمنه الاتفاق؛ بمعنى أنه يمكن أن يكون الحل جزئياً للنزاع ويجوز الالتجاء إلى القضاء بشأن الجزء الآخر المتنازع عليه.

N. FRICERO, *procédure participative assistée par avocat*., op.cit., N°19.

(45) N. Fricero, H. Poivey-Leclercq et S. Sauphanor, *Procédure participative assistée par avocat : Lamy, 2012, n° 3, p. 19.*

(46) Bénédicte RAJOT, L'acte d'avocat, *une innovation rassurante ou inquiétante ? - Responsabilité civile et assurances* n° 5, Mai 2010, alerte 9.

(47) لا يجوز لأطراف الاتفاق المصدق على توقيعه من المحامي أن يجحدوها ولا ورثتهم، إلا بإجراءات التزوير – التي ترد على المحرر العرفي- المنصوص عليها في المواد 299 وحتى 302 إجراءات مدنية فرنسي المتميزة عن إجراءات الطعن بالتزوير التي ترد على المحرر الرسمي (م 303- 305إجراءات مدنية). فالسند الذي صدق عليه المحامي الذي يحرص على ضمان هوية أطراف السند، وكتابته وتوقيعه فلا يمكن الاعتراض عليهم بالمنازعة بإجراءات تحقيق الخطوط التي قد ترد على المحرر العرفي الخاص.

Bénédicte RAJOT, *L'acte d'avocat, une innovation rassurante ou inquiétante ?* - Responsabilité civile et assurances n° 5, Mai 2010, alerte 9.

لذلك يرى البعض أنه تصنيف ثالث للمحررات الرسمية والعرفية. ومنهم من يرى، ونؤيده، أنه محرر عرفي ولكن مصدق على توقيعه. فالتصديق على التوقيع من محام لا يغير من القوة الثبوتية للمحرر، ولكن يبقى محررا عرفيا، ولكن لا يمكن دحض قوته بمجرد الإنكار كالمحرر العرفي. والتصديق على محرر من قبل القاضي بحسب الأصل يكون لغايات منح القوة التنفيذية للمحرر، ولكن استثناء يجعل المشرع التصديق ليس فقط لمنح تلك القوة ولكن قبل ذلك لصحة العمل الذي تضمنه المحرر، وذلك في حالتي الطلاق وممارسة السلطة الأبوية.

Mireille Bacache et Anne-Marie Leroyer, *Acte d'avocat : Acte sous seing privé contresigné par l'avocat* - Acte authentique, RTD Civ. 2011 p.403

التزوير المنصوص عليها في قانون الإجراءات المدنية الفرنسي[48]. وهذا الاتفاق، وهو عمل من أعمال المحامينactes d'avocat[49]، يجوز تقديمه للقضاء للتصديق عليه لمنحه القوة التنفيذية، تعبيراً عن الثقة في قواعدهم المهنية والأخلاقية والسلوكية ووجود قواعد نقابية[50]. لاسيما أن المحامي في السندات التنفيذية عموماً – خارج نطاق أوراق المحامين– يشترك أو يساعد أو يمثل فيها، كما في الحكم التصالحي، أو الحكم القضائي النافذ، أو حكم التحكيم الذي قد يصدر من محامي ويصلح للنفاذ، أو محضر الصلح، أو اتفاق الوساطة الذي يلعب فيه المحامي دور الوسيط[51].

بينما يرى البعض الآخر أن هذا المحرر يتوسط الرسمي والعرفي.

Mustapha Mekki, Professions - *De l'acte sous signature juridique à l'acte contresigné par l'avocat* - La Semaine Juridique Edition Générale n° 26, 22 Juin 2009, 61, No22. S. S. Amrani-Mekki, *La déjudiciarisation :* Gaz. Pal. 5 juin 2008, p. 2, n° 27.

(48) ولكن إذا لوحظ أن العمل المصدق على توقيعه من محام يعفي أيضا من الاعتراف بالتوقيع، فمن المعقول أن نقبل بأن الحل لا يجد أساسه في الموظف العمومي القائم بصياغة العمل، بل في كون القائم بالصياغة ملزماً بالتحقق من هوية الموقّعين.

(49) إن عمل أو محرر المحامي، المنشأ بالقانون المؤرخ في 28 مارس 2011 تناولته المادة 1374 من القانون المدني بموجب مرسوم 10 فبراير 2016 وله قوة ثبوتية أكبر من المحرر العرفي، ويعكس خبرة المحامين من خلال التصديق على العمل، يشهد المحامي بأنه أبلغ الطرف أو الأطراف بشكل كامل بالعواقب القانونية لذلك العمل.

(50) ولا يتوقع من المحامي أن يكون محايداً، كما يجب أن يكون القاضي، بل أن يكون نزيهاً ومستقلاً في الدفاع عن المصالح الموكلة إليه. عندما يتم منحه دورا محددا في الاعتماد بموجب القانون، فتتفاقم مسؤوليته تجاه الغير. فاستقلال المحامي، وامانته، وكفاءته، وخبرته تبرر الثقة التي تتطلب التنفيذ المخلص لهذه المهام المحددة.

(آخر زيارة 2020/12).http://www.cercle-du-barreau.org/media/02/02/1795439414.pdf

(51) وعملاً بالقرار المؤرخ 12 يوليه 2007 باعتماد النظام الداخلي الوطني لمهنة المحاماة (المادة 21-1 من القانون المعدل المؤرخ 31 ديسمبر 1971) بشأن ضمانات ومسؤولية المحامي عند تحرير التصرفات وتضمن الأمن القانوني، حيث تنص المادة 7 بند (2) و(3) منه على أن: "7.2. يضمن المحامي الذي يقوم بصياغة تصرف قانوني صحة التصرف وفعاليته الكاملة وفقا لتوقعات الأطراف. يرفض المحامي المشاركة في صياغة تصرف أو اتفاق يكون ظاهرياً غير قانوني أو مبيناً على غش. والمحامي ملزم بتنفيذ الإجراءات القانونية أو التنظيمية التي يتطلبها التصرف الذي يحرره وطلب الدفع المسبق للأموال اللازمة ما لم يتم تحريرها على مسؤولية الأطراف. ويضمن المحامي الذي هو المسؤول الوحيد عن المحرر توازن مصالح الأطراف. وعندما يُلجأ إليه من أحد الطرفين فقط، يبلغ الطرف الآخر بإمكانية تقديم المشورة والمساعدة من محام آخر. المنازعات: 7.3. ولا يفترض أن المحامي الذي قام

3- اتفاق التسوية المصدق عليه من مكتب التوفيق والتوجيه العمالي في فرنسا:

يجوز لأطراف عقد العمل، بموجب المادة R. 1471-1 من قانون العمل الفرنسي[52]، الالتجاء إلى مكتب التوفيق العمالي للتصديق على الاتفاق الناتج عن الوسائل الودية لحل الخلافات المنصوص عليها في قانون العمل، وهي تنطبق على التسوية *transaction* المبرمة دون الالتجاء لطرق الوساطة أو التوفيق أو الإجراءات التشاركية. ويلجأ الطرف الأكثر حرصاً، أو أطراف التسوية جميعهم، لهذا المكتب، وتخضع الخلافات الناشئة عن عقد العمل لأحكام الكتاب الخامس من قانون الإجراءات المدنية الفرنسي (في المواد 1528 -1567) سالف الذكر.

بصياغة المحرر وحده هو محامي جميع الأطراف الموقعة. وهو ليس المحرر الوحيد إذا كان الطرف غير الطرف الذي يمثله ويساعده مستشار قانوني، سواء كان محاميا أم لا. إذا كان قد كان محرراً وحيداً كمستشار لجميع الأطراف، فلا يمكنه أن يدعي أو يدافع عن صحة المحرر الذي قام بصياغته أو تنفيذه أو تفسيره، ما لم يكن الطعن قادما من الغير. وإذا تدخل بصفته المحرر الوحيد دون أن يكون مستشاراً لجميع الأطراف، أو شارك في صياغته دون أن يكون المحرر الوحيد، جاز له أن يدعي أو يدافع عن تنفيذ أو تفسير التصرف الذي حرره أو الذي شارك فيه. يمكنه أيضا الدفاع عن صحة التصرف". انظر الموقع الإلكتروني الآتي: (آخر زيارة 2020/12).

https://www.legifrance.gouv.fr/jorf/id/JORFTEXT000000465456.(آخر زيارة 2020/12)

[52] حيث تنص المادةR.1471-1 من قانون العمل الفرنسي (معدلة بالمرسوم 2017/1008 تاريخ 2017/5/10-م5) على أنه: "تنطبق أحكام الكتاب الخامس من قانون الإجراءات المدنية على الخلافات الناشئة فيما يتعلق بعقد العمل. ويصدق مكتب التوفيق والتوجيه على الاتفاق الناتج عن طريق التسوية الودية للخلافات، وفقا للشروط المنصوص عليها في الأحكام السالفة الذكر. وتنطبق هذه الأحكام على التسوية المبرمة دون اللجوء إلى الوساطة أو التوفيق أو المشاركة في الإجراءات. يُلجأ إلى مكتب التوفيق من الطرف الأكثر حرصاً أو جميع أطراف التسوية".

Article R1471-1: « ***Les dispositions du livre V du code de procédure civile sont applicables aux différends qui s'élèvent à l'occasion d'un contrat de travail. Le bureau de conciliation et d'orientation homologue l'accord issu d'un mode de résolution amiable des différends, dans les conditions prévues par les dispositions précitées. Ces dispositions sont applicables à la transaction conclue sans qu'il ait été recouru à une médiation, une conciliation ou une procédure participative. Le bureau de conciliation est alors saisi par la partie la plus diligente ou l'ensemble des parties à la transaction*** **».**

4- اتفاق الوساطة المصدق عليه بشأن طلبات شهر الإفلاس والصلح الواقي منه وإعادة الهيكلة في مصر[53]:

عرّفت الوساطة بموجب قانون تنظيم إعادة الهيكلة والصلح الواقي والإفلاس بأنها وسيلة ودية لتسوية المنازعات التجارية عن طريق وسيط (وهو قاضي الإفلاس أحد قضاة إدارة الإفلاس يختص بفحص الطلبات المعروضة على الإدارة)، يتولى تقريب وجهات النظر بين الأطراف المتنازعة بمناسبة علاقة عقدية أو غير عقدية، ويقترح عليهم الحلول الملائمة لها[54].

وإذا تم التوصل إلى تسوية النزاع، يحرر اتفاق تسوية يوقع عليه كافة الأطراف، ويبين فيه تفاصيل الاتفاق، وما تم من إجراءات الوساطة(م9). ويصدر قاضي الإفلاس قرارا باعتماد التسوية وإنهاء الطلب، ويكون لهذا الاتفاق قوة السند التنفيذي[55]. ولا يجوز الطعن في هذا القرار إلا في الحدود المنصوص عليها في المادة 12 من القانون السابق[56].

---

[53] لم يصدر في مصر حتى الانتهاء من هذه الدراسة قانون للوساطة، كما فعلت دولة البحرين، إذ تنص المادة 12 من قانون الوساطة لتسوية المنازعات البحريني (بمرسوم بقانون رقم 22 لسنة 2019) على أنه: " إذا توصل الوسيط من خلال إجراءات الوساطة إلى تسوية النزاع، كلياً أو جزئياً، يحرَّر اتفاق التسوية كتابةً، وتكون لهذا الاتفاق قوة السَّنَد التنفيذي بعد توثيقه، أو التصديق عليه من المحكمة إذا تمت إجراءات الوساطة أثناء نظر الدعوى أمامها".

[54] انظر: حسين الماحي، تنظيم إعادة الهيكلة والصلح الواقي والإفلاس، دار الجامعة الجديدة، سنة 2019، ص31-44.

[55] تنص المادة 4 من القانون رقم 11 لسنة 2018 بشأن إصدار قانون تنظيم إعادة الهيكلة والصلح الواقي والإفلاس على أنه: " تختص إدارة الإفلاس بالآتي: (أ) مباشرة إجراءات الوساطة في طلبات إعادة الهيكلة والصلح الواقي من الإفلاس وشهر الإفلاس. و" تقدم الطلبات إلى رئيس إدارة الإفلاس بعد قيدها بقلم كتاب المحكمة المختصة، ويقوم بعرض الطلبات على قضاة الإفلاس لاتخاذ إجراءات الوساطة فيها على أن ينتهي من ذلك خلال ثلاثين يوما من تاريخ تقديم الطلب. ولرئيس الإدارة مد هذه المدة لمدة مماثلة، وذلك لمرة واحدة على الأكثر (م 5). و"يتعين على قاضي الإفلاس الحفاظ على سرية كافة المعلومات المتعلقة بإجراءات الوساطة، ما لم يكن إفشاؤها لازما بمقتضى القانون أو لأغراض إنفاذ التسوية"(م 6). و"يشترط لانعقاد جلسات الوساطة حضور أطراف النزاع أو وكيل عنهم بموجب توكيل خاص يبيح له تسوية النزاع. ويجوز لقاضي الإفلاس أن يجرى الوساطة بالطريقة التي يراها مناسبة مع مراعاة طلبات الأطراف وظروف الوساطة، وله في ذلك الاجتماع مع أطراف النزاع أو وكلائهم أو الانفراد بكل طرف على حدة، واتخاذ ما يراه مناسبا لتقريب وجهات النظر بهدف الوصول إلى اتفاق تسوية ملزم للطرفين" (م7). و"إذا لم يتم التوصل إلى التسوية، يرفض قاضي الإفلاس الطلب ويحدد له جلسة أمام المحكمة المختصة ويكلف من قدمه بإعلان ذوي الشأن، وذلك بصحيفة تودع قلم الكتاب"(م10).

ثانياً:- محضر الصلح أو التوفيق في القانونين المصري والفرنسي

من السندات الخاصة التنفيذية المبنية على الإرادة الخاصة اتفاق الصلح أو التوفيق[57] المثبت في محضر الجلسة، ليكون محضر الصلح القضائي سنداً خاصاً تنفيذياً في القانونين المصري والفرنسي (م 64، 103 مرافعات مصري، م 1/131 إجراءات مدنية فرنسي)[58].

---

[56] تنص المادة 12 من قانون تنظيم إعادة الهيكلة والصلح الواقي والإفلاس على أن: "قرارات قاضي الإفلاس نهائية لا يجوز الطعن عليها، ما لم ينص القانون على خلاف ذلك، أو كان القرار مما يجاوز اختصاصه ويكون الطعن في هذه الحالة أمام المحكمة المختصة خلال عشرة أيام من تاريخ صدور القرار".

[57] الصلح القضائي في فرنسا هو اتفاق بين الأطراف إما من خلال القاضي (م 21 إجراءات مدنية) أو من خلال موفق قضائي (م 2-129إجراءات مدنية) أو بمبادرة من الأطراف دون مساعدة الغير (م 128 إجراءات مدنية). بينما في قانون المرافعات المصري، يكون الصلح القضائي أمام مجلس الصلح (م64 مرافعات)، أو أمام محكمة الموضوع التي تنظر الدعوى (م 103 مرافعات).

وتنص المادة 103 مرافعات مصري على أنه: "للخصوم أن يطلبوا إلى المحكمة في أية حال تكون عليها الدعوى إثبات ما اتفقوا عليه في محضر الجلسة ويوقع منهم أو من وكلائهم. فإذا كانوا قد كتبوا ما اتفقوا عليه ألحق الاتفاق المكتوب بمحضر الجلسة وأثبت محتواه فيه. ويكون لمحضر الجلسة في الحالين قوة السند التنفيذي. وتعطى صورته وفقاً للقواعد المقررة لإعطاء صور الأحكام. ومع ذلك فإذا كان طلب الخصوم يتضمن إثبات اتفاقهم على صحة التعاقد على حق من الحقوق العينية العقارية، فلا يحكم بإلحاق ما اتفقوا عليه - كتابة أو شفاهة - بمحضر الجلسة إلا إذا تم شهر الاتفاق المكتوب أو صورة رسمية من محضر الجلسة الذي أثبت فيه الاتفاق.".

وتنص المادة 64 من القانون ذاته على أن: "يكون حضور الخصوم في الدعاوى الجزئية التي ترفع ابتداء في اليوم والساعة المحددين بصحيفة افتتاح الدعوى أمام مجلس صلح يتولى التوفيق بين الخصوم وذلك فيما عدا الدعاوى التي لا يجوز فيها الصلح والدعاوى المستعجلة ومنازعات التنفيذ والطلبات الخاصة بأوامر الأداء. ويشكل مجلس الصلح المشار إليه برئاسة أحد وكلاء النائب العام، ويعقد جلساته في مقر محكمة المواد الجزئية المختصة بنظر النزاع، وعليه أن ينتهي من مهمته في مدى ثلاثين يوما لا يجوز مدها إلا باتفاق الطرفين ولمدة لا تجاوز ثلاثين يوما أخرى،

فإذا تم الصلح في هذا الأجل، أعد بذلك محضر تكون له قوة السندات واجبة التنفيذ، وإذا لم يتم الصلح في الأجل المذكور أحال الدعوى إلى المحكمة لنظرها في جلسة يحددها. ويصدر بتنظيم هذا المجلس وبيان الإجراءات التي تتبع أمامه قرار من رئيس الجمهورية ويحدد وزير العدل بقرار منه المحاكم الجزئية التي تشكل مجالس الصلح بدائرتها. وإذا عرضت الدعاوى المشار إليها في الفقرة الأولى على محكمة شكل مجلس صلح بدائرتها قبل عرضها على هذا المجلس وجب على المحكمة إحالتها إليه.". وهذا النظام لم يطبق في الواقع العملي. انظر: طلعت يوسف الخاطر، مرجع سابق، ص55.

وجدير بالذكر هنا أن القانون الفرنسي بإجازته أن يقوم القاضي المستعجل بذلك لاسيما، وأن دور القاضي المستعجل لن يكون بموجب سلطته القضائية المستعجلة بل الولائية.

Le juge des référés peut concilier les parties au même titre que tout autre juge .*Cass. 1re civ., 27 févr. 1985, n° 84-10.129 : JurisData n° 1985-700586 ; Bull. civ. I, n° 78.*

كذلك انظر: أحمد ماهر زغلول، أصول وقواعد المرافعات، ص960، بند 439، هامش 2.

(58) راجع مضمون المادة 1/131 من قانون المرافعات الفرنسي هامش رقم 29. كما أن اتفاق الصلح القضائي المثبت في محضر الجلسة أو ملحق به هو نوع من أنواع التسوية **transaction** (م 2044 مدني فرنسي) أو الصلح الاتفاقي (م 549 مدني مصري)، ولكن يتميز الصلح القضائي في أنه لا يشترط لقيامه التنازل المتبادل بين الأطراف. وتنص المادة 3/384 إجراءات مدنية فرنسي عموماً على أن اختصاص القضاء بمنح القوة التنفيذية سواء كانت الاتفاق في حضور القاضي أو خارجه.

"appartient au juge de donner force exécutoire à l'acte constatant l'accord des parties, que celui-ci intervienne devant lui ou ait été conclu hors sa présence" (CPC, art. 384, al. 3).

ويمكن اعتبار أن محضر التوفيق أو الصلح هذا هو مزيج بين الحكم والتسوية في ضوء المادة 348سالفة الذكر، وأنه ليس من الضروري أن يصدر القاضي حكماً منهياً للخصومة.

Yves Strickler, Fasc. 1700-75: op. cit, n°50.

وسواء كان الصلح أو التوفيق اختيارياً أو إلزامياً يكون المحضر الثابت فيه إذا وقع عليه القاضي والأطراف سنداً خاصاً تنفيذياً. وبما أن مداخلة القاضي لا تعطي المحضر حجية الأمر المقضي، فلا يجوز مراجعته بطريق الطعن. ويحتفظ التوفيق أو الصلح بطبيعته التعاقدية أحد أسس القوة التنفيذية. وهكذا يمكن أن يفقد الصلح قوته التنفيذية لأسباب موضوعية عن طريق دعوى البطلان. على سبيل المثال: عيب الرضا، أوعدم الامتثال للنظام العام وما إلى ذلك.

Lamy Droit de l'exécution forcée, avril 2007, n° 210-35.

إن تدخل القاضي بشأن الصلح لإضفاء القوة التنفيذية عليه، في مصر[59] وفرنسا[60]، إما أن يكون بصدد خصومة قائمة تواجهية، بإثباته في محضر الجلسة أو بإلحاقه به أو في شكل حكم،

---

(59) وجدي راغب، التنفيذ القضائي، ص 153- 154. وقُضي بأن المقرر - في قضاء هذه المحكمة - أن النص في المادة 103 من قانون المرافعات على أنه "للخصوم أن يطلبوا إلى المحكمة في أية حالة تكون عليها الدعوى إثبات ما اتفقوا عليه بمحضر الجلسة ويوقع منهم أو من وكلائهم، فإذا كانوا قد كتبوا ما اتفقوا عليه ألحق الاتفاق المكتوب بمحضر الجلسة وأثبت محتواه فيه. ويكون لمحضر الجلسة في الحالين قوة السند التنفيذي. وتعطى صورته وفقا للقواعد المقررة لإعطاء صور الأحكام "مفاده أن القاضي وهو يصدق على الصلح لا يكون قائما بوظيفة الفصل في خصومة بل تكون مهمته مقصورة على إثبات ما حصل أمامه من اتفاق وتوثيقه بمقتضى سلطته الولائية وليس بمقتضى سلطته القضائية، ومن ثم فإن هذا الاتفاق لا يعدو أن يكون عقدا وليس له حجة الشيء المحكوم به وأن أعطى شكل الأحكام عند إثباته، ويكون الطعن عليه من طرفيه غير جائز ولا يسوغ - لمحكمة الاستئناف إذا طعن عليه أن تقضي في موضوعه ويتعين عليها الحكم بعدم جواز الطعن. (حكم محكمة النقض المصرية - مدني - الطعن رقم 828 لسنة 59 قضائية بتاريخ 1996-11-10 مكتب فني 47 ج 2 ص 1276).

إذن، فالقاضي وهو يصدق على الصلح لا يكون قائماً بوظيفة الفصل في خصومة، لأن مهمته إنما تكون مقصورة على إثبات ما حصل أمامه من الاتفاق. وإذن فهذا الاتفاق لا يعدو أن يكون عقداً ليست له حجية الشيء المحكوم فيه وإن كان يعطي شكل الأحكام عند إثباته. (حكم محكمة النقض - مدني - الطعن رقم 49 لسنة 9 قضائية بتاريخ 1940-05-09 مكتب فني 3 (مجموعة عمر) ج 1 ص 192).

وقضي أيضاً بأنه: "ومتى تقرر ذلك فإن أثر تسجيل الحكم من حيث الاحتجاج على من ترتبت لهم حقوق عينية على العقار يرتد إلى تاريخ تسجيل صحيفة دعوى صحة التعاقد، ويستوي في ذلك أن يكون هذا الحكم الصادر في الدعوى هو حكم فاصل في موضوع النزاع المردد فيها أم اقتصر على إلحاق عقد الصلح بمحضر الجلسة وجعله في قوة السند التنفيذي إذ يعتبر توثيق المحكمة لعقد الصلح الذي انعقد بين طرفي التداعي في تلك النصوص بمثابة حكم تنتهي به الدعوى، فينتج ذات أثر غيره من الأحكام بصدد التسجيل. (حكم محكمة النقض - مدني - الطعن رقم 956 لسنة 51 قضائية بتاريخ 1988-01-07 مكتب فني 39 ج 1 ص 58).

(60) واتفاق الصلح قد يقدم في خصومة قائمة بالفعل أمام المحكمة، أو قبل ذلك أمام قاضي تحضير الدعوى، فله أن يصدق الصلح (م 785 مرافعات). وإذا توصل الطرفان، أثناء الخصومة، إلى اتفاق خارج مجلس القضاء، جاز لهما أن يختارا إما إثبات قضائي للتوفيق في محضر أو تصديق من ذلك القاضي على اتفاق التوفيق أو الصلح.

وتنص المادة 785 من قانون المرافعات الفرنسي (معدلة بالمرسوم 2019-1333 تاريخ 2019/12/11- م4) على أنه: " لقاضي التحضير أن يثبت الصلح، ولو جزئياً، بين الأطراف. وله أيضاً ان يعين وسيطاً وفقاً للشروط المنصوص عليها في المادة 131-1. ويصدق على الاتفاق المعروض عليه بناء على طلب الأطراف".

وعندئذٍ إرادة القاضي تكمل إرادة الأطراف[61]، أو في فرض آخر مستقل، يقدم اتفاق الصلح أمام قاض ليس هو قاضي النزاع، أي في غير خصومة قائمة بالفعل لا يعد الصلح إجراءً فيها، وهو فرض، في **اعتقادي**، لم يعالجه المشرع المصري في المادة 103 مرافعات سالفة الذكر، على عكس المشرع الفرنسي الذي يمنح القاضي بموجب الفقرة 3 من المادة 384 من قانون المرافعات الفرنسي سلطة "**منح القوة التنفيذية**" للعمل المثبت لاتفاق الأطراف، سواء أُبرم في حضور القاضي أو في غير حضوره[62].

Article 785 : « *Le juge de la mise en état peut constater la conciliation, même partielle, des parties. Le juge de la mise en état peut également désigner un médiateur dans les conditions de l'article 131-1. Il homologue, à la demande des parties, l'accord qu'elles lui soumettent* ».

(61) سيد أحمد محمود، أصول التنفيذ، ص 412.

(62) تنص المادة 384 إجراءات مدنية فرنسي على أنه: "باستثناء الحالات التي ينتج فيها هذا التأثير عن الحكم، تنقضي الخصومة بالتبعية للدعوى بسبب الصلح الاتفاقي أو القبول أو التنازل الدعوى أو، في الدعاوى غير القابلة للتحويل، بوفاة الخصم. انقضاء الخصومة يثبت بحكم يستنفذ الولاية. ويختص القاضي بمنح القوة التنفيذية سواء كانت الاتفاق في حضوره أو خارجه".

Article 384: « En dehors des cas où cet effet résulte du jugement, l'instance s'éteint accessoirement à l'action par l'effet de la transaction, de l'acquiescement, du désistement d'action ou, dans les actions non transmissibles, par le décès d'une partie. L'extinction de l'instance est constatée par une décision de dessaisissement. Il appartient au juge de donner force exécutoire à l'acte constatant l'accord des parties, que celui-ci intervienne devant lui ou ait été conclu hors sa présence ».

غير أن صياغة المادة 384 آنفة البيان غامضة في ظل المادة 131 إجراءات مدنية فرنسي [63] التي تنص على اعتبار محضر الصلح سندا تنفيذياً، **فهل اتفاق الصلح لكي يكون سندا تنفيذيا يحتاج إلى مجرد إثباته في محضر أو إلحاقه به، أم التصديق من القاضي؟**

الإجابة أن هذا اللبس يزول عندما نفرق بين آليتين لتدخل القاضي في منح القوة التنفيذية لاتفاق الصلح. أما عن الأولى فهي (م 131 إجراءات مدنية فرنسي، م 103 مرافعات مصري) تفترض وجود إجراءات خصومة تواجهية، فيتدخل بإثبات الصلح في محضر الجلسة موقعا عليه منه (ورقة رسمية) ليعد الصلح عملاً إجرائياً في الخصومة[64]، وهنا تدخل القضاء يكون "للإثبات"*constatation* بموجب سلطته الولائية. أما عن الآلية الثانية، وهي الاتفاق على الصلح دون أن يكون عملاً في خصومة تواجهية قائمة بالفعل، وهي "التصديق" *homologation* من قاض ليس قاض لنزاع قائم، بل القاضي الولائي الذي يقتصر دوره على اعتماد الصلح ومنحه القوة التنفيذية بموجب سلطته الولائية الأصلية وليس تبعاً لممارسة وظيفة قضائية أخرى كما في الفرض الأول. ولأن العمل التصالحي المراد منحه القوة التنفيذية في الفرض الأخير يكون في غير خصومة تواجهية معتمداً على إرادة الأطراف الخاصة التفاوضية، فيجعل المشرع رقابة القاضي على العمل التصالحي الخاص في ظل إجراءات أحادية الجانب أخف من إثبات القاضي الصلح في الفرض الأول في ظل خصومة تواجهية[65].

---

[63] المادة 131 من قانون الإجراءات المدنية الفرنسي (معدل بالمرسوم 514-2016 تاريخ 2019/4/26 م 19) تنص على أن: "مستخرجات محضر الصلح المحررة من القاضي يمكن تسليمها. وهي تعد سنداً تنفيذياً. وفي كل الأحوال للأطراف أو الطرف الأكثر حرصاً تقديم اتفاق المنشأ من الموفق القضائي للتصديق عليه من القاضي. ويفصل القاضي في العريضة المقدمة بدون مرافعة، طالما أنه ليس من الضروري سماع الأطراف علناً. التصديق يعد مسألة ولائية".

[64] وجدي راغب، مبادئ القضاء المدني، دار النهضة العربية، سنة 2004، 388.

[65] ونميز بين إثبات الصلح أو التصديق عليه أيضاً من حيث الشكل، من حيث الإجراءات، فإجراءات الإثبات هي أن يُفرغ اتفاق الصلح في محضر الجلسة أو يُلحق به، بعد توقيع الأطراف أو وكلائهم مع توقيع كاتب المحضر والقاضي (م 103 مرافعات)، ولا ضرورة لإصدار حكم سوى لتقرير نهاية الخصومة، بينما إجراءات التصديق هي إجراءات استصدار الأمر على عريضة بموجب المواد 194- 200 مرافعات مصري. ومن حيث الجهة، حيث يكون إثبات الصلح من محكمة أو مجالس الصلح، بينما التصديق يكون من المحاكم أو قاض بموجب السلطة القضائية الولائية.

غير أن القانون المصري لم يعالج فرضية التصديق على اتفاق صلح في غير خصومة قائمة، **فهل يجوز للأطراف في ظله الالتجاء إلى المحاكم للتصديق على ما ابرموه من اتفاقات صلح؟**

إن البعض من الفقه الإجرائي[66] تصور أن محضر الصلح المثبت لاتفاق صلح يقدم في خصومة قائمة لينهيها أمام المحكمة [67](الصلح القضائي العلاجي) هو فقط الذي يصلح كسند تنفيذي بموجب المادة 103 بينما ما ذكرته المادة 280 مرافعات من محاضر الصلح ما هو إلا تكرار لا مبرر له.

ولكن في **اعتقادي** أن المشرع المصري عالج فرضية أخرى مستقلة وهي أن يبرم اتفاق الصلح في غير خصومة (الصلح القضائي الوقائي) ثم يسعى أحد طرفيه لإضفاء القوة التنفيذية عليه بالتصديق عليه من المحاكم بإتباع إجراءات استصدار الأمر على عريضة[68]، وهنا يكون الأساس القانوني لذلك هو المادة 280 /1 مرافعات، لا المادة 103 مرافعات. ولا يُحاج **رأينا** بوجوب التفسير الضيق لنص المادة 280 المحدد للسندات التنفيذية حصراً، لأن ليس في رأينا توسعة في تفسير نطاق هذه المادة، حيث إن عبارتها واضحة تضمنت "محاضر الصلح التي تصدق عليها المحاكم" والمطلق يترك على إطلاقه[69].

---

(66) سيد أحمد محمود، أصول التنفيذ الجبري، ص 411. الانصاري حسن النيداني، مرجع سابق، ص111، رقم 73-أ. وقرب ذلك: فتحي والي، التنفيذ الجبري، ص 145، بند 77. وجدي راغب، التنفيذ القضائي، ص 153-154.

(67) أو أمام مجالس الصلح بموجب المادة 64 مرافعات مصري، ولكن يذهب البعض إلى أن الصلح الذي تقوم به تلك المجالس لا يعد من أعمال القضاء لتخلف المعيار العضوي اللازم توافره لاعتبار العمل قضائياً. أحمد ماهر زغلول، أصول التنفيذ، بند 167.

(68) وإذا كانت الأوامر على عرائض لا تصدر إلا في الحالات التي تنص عليها القانون، فأساس استصدار أمر التصديق على اتفاق الصلح هو كما قلنا المادة 1/280 مرافعات.

(69) فيفرغ القاضي اتفاق الصلح في محضر ثم يصدق عليه بأمر منه ليكون السند الخاص التنفيذي مركباً من محضر أفرغ فيه اتفاق الصلح والأمر على عريضة بمنحه القوة التنفيذية. **وقد يُثار التساؤل حول القاضي المختص؟** القاضي المختص هو قاضي الأمور الوقتية بموجب المادة 27 من قانون المرافعات (رئيس المحكمة الابتدائية أو من يقوم مقامه أو من يندب لذلك أو قاضي المحكمة الجزئية بحسب الأحوال)، لأن التصديق يدخل في سلطة القاضي ووظيفته القضائية الولائية، ولذلك تتبع إجراءات استصدار الأمر على عريضة.

ولكن على أية حال، منعاً للاختلاف الاجتهادي، نوصي هنا المشرع المصري بالتدخل بتعديل المادة 103 لتنص على الاعتداد باتفاقات الصلح التي تصدق عليها المحاكم بموجب سلطتها الولائية سندات خاصة تنفيذية بعريضة تقدم من أحد الطرفين بعد سماع الطرف الآخر لإصدار أمر لمنح القوة التنفيذية، ونوصي بإعفاء الأطراف من رسوم التصديق على الصلح إعفاءً كلياً، تشجيعاً على الصلح، فالصلح الخير، وليشيع السلام بين المجتمع[70].

وأخيراً تجدر الإشارة إلى أن اتفاق الصلح القضائي، المثبت في محضر الجلسة أو المصدق عليه، لا يعد وحده سنداً تنفيذياً، بل اتفاق التسوية التي تقوم بها جهات أخرى غير القضاء[71]، سواء في المواد المدنية، كاتفاق التسوية الصادر عن مكتب تسوية المنازعات الأسرية ليس بها عنصر قضائي[72]، وعن اللجنة الوزارية لتسوية منازعات عقود الاستثمار بها عنصر قضائي[73].

---

[70] وإذا كان اتفاق الصلح وارداً على صحة التعاقد على حق من الحقوق العينية العقارية فلا يؤمر بالتصديق عليه إلا إذا أشهرت عريضة التصديق، قياساً على الفقرة الأخيرة من المادة 103 مرافعات التي تنص على أنه: " ومع ذلك فإذا كان طلب الخصوم يتضمن إثبات اتفاقهم على صحة التعاقد على حق من الحقوق العينية العقارية، فلا يحكم بإلحاق ما اتفقوا عليه - كتابة أو شفاهة - بمحضر الجلسة إلا إذا تم شهر الاتفاق المكتوب أو صورة رسمية من محضر الجلسة الذي أثبت فيه الاتفاق".

[71] ولكن يظل قرار التسوية الصادر عن هيئة التحكيم المثبت لاتفاق التسوية بين أطراف التحكيم بموجب المادة 41 من قانون التحكيم المصري غير متمتع بالقوة التنفيذية ذاتياً، وإنما يكون لهذا القرار ما لأحكام المحكمين من قوة بالنسبة للتنفيذ، أي لا يعد سنداً تنفيذياً إلا بعد الأمر القضائي بتنفيذه (م 56 من قانون التحكيم)، على الرغم من أن القرار له القوة الثبوتية (ورقة رسمية) وصادر عن محكم محايد ومستقل وفي خصومة خاضعة لمبادئ التقاضي كالمساواة والدفاع و المواجهة، والسبب هو أن المحكم لا يملك سلطة الإجبار ولم تفوضه الدولة في سلطة منح القوة التنفيذية.

[72] تنص المادة 6 من قانون رقم 10 لسنة 2004 بشأن إصدار قانون إنشاء محاكم الأسرة على أنه: "في غير دعاوى الأحوال الشخصية التي لا يجوز فيها الصلح، والدعاوى المستعجلة، ومنازعات التنفيذ، والأوامر الوقتية، يجب على من يرغب في إقامة دعوى بشأن إحدى مسائل الأحوال الشخصية التي تختص بها محاكم الأسرة، أن يقدم طلباً لتسوية النزاع إلى مكتب تسوية المنازعات الأسرية المختص. وتتولى هيئة المكتب الاجتماع بأطراف النزاع، وبعد سماع أقوالهم، تقوم بتبصيرهم بجوانبه المختلفة، وآثاره، وعواقب التمادي فيه، وتبدي لهم النصح والإرشاد في محاولة لتسويته ودياً حفاظاً على كيان الأسرة. وتنص المادة 8 من القانون ذاته على أنه: "يجب أن تنتهي التسوية خلال خمسة عشر يوما من تاريخ تقديم الطلب، ولا تجوز تجاوز هذه المدة إلا باتفاق الخصوم، فإذا تم الصلح يتولى رئيس مكتب

ثالثاً: –عقد التمويل العقاري المصدق عليه في مصر

ينظم المشرع المصري نظاماً خاصاً للتنفيذ في حال التمويل العقاري، وفقا لقانون التمويل العقاري رقم 148 لسنة 2001 معدل بموجب القانون رقم 55 لسنة 2014. وبموجب اتفاق التمويل يلتزم الممول (بنك مثلا) بأن يقرض المستثمر (المشتري مثلا) للوفاء بالتزاماته نحو المستفيد (البائع أو المقاول مثلا) الناتجة عن اتفاق التمويل العقاري، والمتعلقة في النهاية بعملية قانونية ترتبط بعقار وفي المقابل يلتزم المستثمر برد مبلغ التمويل العقاري وفوائده بالشروط المتفق عليها في الاتفاق إلى الممول، كما يلتزم المستفيد تجاه المستثمر القيام بالأعمال القانونية محل الاتفاق وتجاه الممول

تسوية المنازعات الأسرية إثباته في محضر يوقعه أطراف النزاع، ويلحق بمحضر الجلسة التي تم فيها، وتكون له قوة السندات واجبة التنفيذ، وينتهي به النزاع في حدود ما تم الصلح فيه...".

وتنص المادة 10 من قرار وزير العدل رقم 3325 لسنة 2004 الصادر بتاريخ 2004/6/29 بشأن تنظيم العمل في مكاتب تسوية المنازعات الأسرية على أنه: " إذا تمت تسوية النزاع صلحاً في جميع عناصره أو بعضها، يحرر محضر بما تم الصلح فيه يوقع عليه من أطراف النزاع ويعتمد من رئيس المكتب ويلحق بمحضر الجلسة التي تم فيها، ويرسله بمعرفته إلى محكمة الأسرة المختصة لتذييله بالصيغة التنفيذية".

(73) تنص المادة 89 من قانون رقم 72 لسنة 2017 بشأن إصدار قانون الاستثمار على أن: "تتولى اللجنة بحث الخلافات الناشئة بين أطراف عقود الاستثمار ودراستها، ويكون لها في سبيل ذلك وبرضاء أطراف التعاقد إجراء التسوية اللازمة لمعالجة اختلال توازن تلك العقود، ومد الآجال أو المدد أو المهل المنصوص عليها فيها. كما تتولى متى لزم الأمر، إعادة جدولة المستحقات المالية أو تصحيح الإجراءات السابقة على إبرام العقود، وذلك كله على نحو يحقق قدر الإمكان التوازن العقدي ويضمن الوصول إلى أفضل وضع اقتصادي للحفاظ على المال العام وحقوق المستثمر في ضوء ظروف كل حالة. وتعرض اللجنة تقريراً بما تتوصل إليه بشأن حالة التسوية على مجلس الوزراء يبين جميع عناصرها، وتكون تلك التسوية بعد اعتمادها من مجلس الوزراء واجبة النفاذ وملزمة للجهات الإدارية المختصة ولها قوة السند التنفيذي". وبموجب المادة 88 تنشأ بمجلس الوزراء لجنة وزارية تسمى "اللجنة الوزارية لتسوية منازعات عقود الاستثمار"، تختص بتسوية المنازعات الناشئة عن عقود الاستثمار التي تكون الدولة أو إحدى الجهات أو الهيئات أو الشركات التابعة لها طرفاً فيها. وتشكل هذه اللجنة بقرار من رئيس مجلس الوزراء، ويشارك في عضويتها أحد نواب رئيس مجلس الدولة يختاره المجلس الخاص للشئون الإدارية بمجلس الدولة، وتعتمد قراراتها من مجلس الوزراء، ولا تجوز الإنابة في حضور جلساتها...".

بالإقرار بالاتفاق الذي أبرمه مع المستثمر وكذلك بحوالة حقه في باقي أقساط الثمن إلى الممول، وذلك لكي يضمن حقوق الممول تجاه المستثمر[74].

وسعياً لتوفير إجراءات ميسرة للممول وتشجيعاً لائتمانه و إقراضه المستثمر وفي الوقت ذاته ليقتضي الممول حقوقه في وقت مناسب ومعقول إذا ما تعثر المستثمر أو امتنع عن سداد ديونه، وحتى نصل إلى هذا الوقت المعقول كان لابد من استحداث سند تنفيذي خاص، بعيداً عن استصدار حكم قضائي واجب النفاذ بإجراءات التقاضي الطويلة والمعقدة، وهو اتفاق التمويل بعد وضع الصيغة التنفيذية عليه من قاضي التنفيذ[75].

واعترض البعض[76] على أن اتفاق التمويل طبقا لقانون التمويل العقاري ليس سنداً تنفيذياً، لأنه لم يشترط فيه أن يتم بشكل رسمي، وأن المادة 2/13 من قانون التمويل سمحت للمول أن يطلب من قاضي التنفيذ وضع الصيغة التنفيذية على اتفاق التمويل، فكيف توضع الصيغة على ما ليس حكماً

---

(74) انظر بالتفصيل في هذا المعنى: أسامة الروبي، التنفيذ الجبري على العقار وفقا لأحكام قانون التمويل العقاري، دار النهضة العربية، سنة 2005، ص11-12، بند 2. كذلك في التمييز بين اتفاق التمويل العقاري وعقد التأجير التمويلي انظر: أحمد هندي، مرجع سابق، ص 515، رقم 180.

(75) وتنص المادة 13 من قانون بشأن إصدار قانون التمويل العقاري رقم 148 لسنة 2001 على أنه: " مع عدم الإخلال بأحكام المادتين (35) و(37) من هذا القانون إذا انقضت المدة المحددة بالإنذار دون قيام المستثمر بالوفاء أو بتقديم الضمان، كان ملتزما بالوفاء بكامل المبالغ المتبقية طبقا لاتفاق التمويل العقاري. ويكون للممول في هذه الحالة أن يطلب من قاضي التنفيذ الذي يقع العقار في دائرة اختصاصه وضع الصيغة التنفيذية على اتفاق التمويل والأمر بالحجز على العقار الضامن تمهيدا لبيعه وذلك بعد إعلان المستثمر قانونا لسماع أقواله.".

قرب ذلك: علي بركات، التنفيذ على العقارات طبقاً لقانون التمويل العقاري، دار الفكر العربي، سنة 2006، ص98.

(76) محيي الدين إسماعيل علم الدين، قانون التمويل العقاري سلبياته وإيجابيات، من أبحاث مؤتمر تنشيط السوق العقاري المصري في الفترة من 25-27 يونيو 2002، جامعة الأزهر – مركز صالح عبد الله كامل للاقتصاد الإسلامي والجمعية المصرية لمثمني الأملاك العقارية، العدد ج 2، ربيع الآخر – يونيو 2002، ص14-15. وأستطرد في اعتراضه بأنه متى تبين للقاضي أن الدين متنازع فيه فلن يتم وضع الصيغة التنفيذية، ثم إن البنوك غارقة في بحيرة من المدينين المتعثرين الذين لا يسددون المليارات فلماذا تحمس المشرع للتمويل العقاري وأعطاه مزايا تنبو عنها الإجراءات السليمة ولم يعط هذه المزايا نفسها لديون البنوك الأخرى.

نافذاً أو عقداً موثقاً[77]، وحتى سماع أقوال المستثمر المدين لا يغني شيئاً ولا يبرر وضع الصيغة التنفيذية، ولن يمنع المستثمر من استخدام الأساليب التي تستخدم ضد البنوك مثل دعوى الحساب وادعاء التزوير وما إلى ذلك.

ولكن في **اعتقادي** أن الرأي السابق يبدو أنه متمسك بالتكوين التقليدي للسندات التنفيذية فإما بقرار من القضاء أو بمحرر من الموثق، بل وتضعف حجة هذا الرأي إذا كان بني على اعتقاد من أن اتفاق التمويل العقاري هو وحده من السندات الخاصة الجديدة ذات القوة التنفيذية، كما أن اتفاق التمويل لا يعد بذاته سنداً تنفيذياً بل سنداً تنفيذياً مركباً من الاتفاق وأمر التصديق من القضاء معاً، كما لا غرابة في اعتبار التمويل العقاري المصدق عليه سنداً تنفيذياً مع التوسع في فكرة السندات الخاصة التنفيذية في العالم الآن وفي مصر في ظل الأساس التشريعي لها في المادة 2/280 والتي تجعل الأوراق الأخرى التي يعطيها القانون صفة السند التنفيذي[78].

الفرع الثاني
الأعمال الموثقة

إن من السندات الخاصة التنفيذية في مصر وفرنسا المحررات الموثقة، وعقد الإيجار الموثق في مصر، وذلك على النحو التالي:

<u>أولاً: – المحررات الموثقة في مصر وفرنسا</u>

---

[77] ولكن يُرد على ذلك بأن السندات التنفيذية ليس تلك المحددة حصراً في قانون المرافعات بل بموجب المادة 2/280 مرافعات أي أوراق أخرى يعطيها أي قانون صفة السند التنفيذي. انظر: علي بركات، مرجع سابق، ص99.

[78] وليس في ذلك خروجاً على النصوص لأن المشرع المصري يسمح بتكوين بعض السندات التنفيذية بمحض اتفاق الخصوم، وحتى خارج نطاق المحررات الموثقة. قرب ذلك: علي بركات، مرجع سابق، ص100.

إن المحررات الموثق تعد من السندات الخاصة التنفيذية في القانونين المصري والفرنسي (م 280 مرافعات مصري، م4-3-L.111 قانون التنفيذ الفرنسي)[79]. ويقصد بالمحررات الموثقة بأنها تلك المشتملة على التصرفات والعقود والإقرارات التي يحررها الموثقون الموظفون المختصون بتحريرها وضبطها وتوثيقها. وهذه المحررات الموثقة تتمتع بالقوة التنفيذية الذاتية، أي واجبة النفاذ بذاتها، بغير حاجة الى الالتجاء إلى القصاء[80]، واستصدار حكم بالحق الثابت فيها[81].

والمحررات الموثقة لا تعد فقط وسيلة إثبات على اعتبارها أوراقاً رسمية، بل وتتمتع بالقوة التنفيذية، فالموثق لا يخلق فقط الدليل *instrument* بل ويوثق العمل *negotium* ذاته ليخلق السند التنفيذي مكوناً من العنصرين معاً. فالمحررات الرسمية لا تعد سندات تنفيذية ولو تضمنت إقراراً بالحق[82] أو تعهداً بشيء[83]. ولا يعتبر المحرر ذات التوقيع الموثق أو المثبت تاريخه رسمياً سنداً تنفيذياً. فالقوة التنفيذية مستقلة عن القوة الثبوتية(الرسمية)[84].

---

(79) تنص المادة 2/280 مرافعات مصري على أنه: "والسندات التنفيذية هي الأحكام والأوامر والمحررات الموثقة ومحاضر الصلح التي تصدق عليها المحاكم أو مجالس الصلح والأوراق الأخرى التي يعطيها القانون هذه الصفة".

كما تنص المادة 19 من القانون الفرنسي على أن: " كل المحررات الموثقة لها قوة في الإثبات وتعد سندات تنفيذية في كل أنحاء الجمهورية".

Article 19 (Création Loi 1803-03-16 Bulletin des Lois, 3è S, B. 258, n° 2440) : « Tous actes notariés feront foi en justice, et seront exécutoires dans toute l'étendue de la République ».

(80) الموثق والقاضي بينهما رابطة تاريخية، وقد وصفت المحكمة الأوروبية لحقوق الإنسان الموثقين على أنهم قضاة للتسوية «magistrats de l'amiable» .

CEDH, 21 mars 2017, n° 30655/09 : JCP N 2017, n° 36, 1257, p. 45, obs. J.-P. Marguénaud, C. Dauchez et B. Dauchez ; Defrénois 22 mars 2018, p. 35, obs. M. Latina.

(81) وقد بدأت الفكرة في التوثيق في بداية الأمر أمام القاضي الذي يعاونه الموثق، ثم أصبح يتم بدون حضور القاضي ولكن باسمه ، حتى ان المحاكم الشرعية في مصر تقوم بتوثيق تصرفات الوقف وبعض مسائل الأحوال الشخصية للمسلمين وتسمى بالإشهادات ،كما كان كتاب المحاكم المختلطة يقومون بتوثيق التصرفات التي يبرمها الأجنب أو المصريون. انظر: وجدي راغب، التنفيذ القضائي، ص 150.

(82) لأن السند التنفيذي مقدمة للتنفيذ ولازم له لا تغني عنه أي وسيلة لإثبات الحق مهما كانت حاسمة، مثل الإقرار. وجدي راغب، التنفيذ القضائي، ص50.

ثانياً: – عقد الإيجار الموثق في مصر

وفي مصر، تأكيداً لما سبق، صدر القانون المصري رقم 137 لسنة 2006 بتعديل بعض أحكام القانون رقم 4 لسنة 1996 بشأن سريان أحكام القانون المدني على الأماكن التي لم يسبق تأجيرها والأماكن التي انتهت أو تنتهي عقود إيجارها دون أن يكون لأحد حق البقاء فيها. وعملاً بالمادة الاولى منه تضاف فقرة ثانية على المادة الثانية من القانون رقم 4 لسنة 1996 والخاص بالعلاقة الإيجارية بين المالك والمستأجر نصها كالاتي: "يكون للمحررات المثبتة لهذه العلاقة الإيجارية وشروطها وانتهائها قوة السند التنفيذي بعد توثيقها بحضور أطرافها ". ولا يوجد ما يماثل النص المصري في فرنسا، ولكن كل ما هنالك أن عقد الإيجار المكتوب يعد سنداً شبه تنفيذي[85].

---

(83) وتنص المادة (10) من قانون الاثبات المصري على أن: "المحررات الرسمية هي التي يثبت فيها موظف عام او شخص مكلف بخدمة عامة ما تم على يديه او تلقاه من ذوي الشأن، وذلك طبقا للأوضاع القانونية وفى حدود سلطته واختصاصه".

ورغم ذلك توجد تشريعات عربية تعتبر المحررات الرسمية سندات تنفيذية، كقانون أصول المحاكمات اللبناني السندات الرسمية سندات تنفيذية في المادتين 835 و146.

(84) ودليل ذلك، قُضي في فرنسا بأن التزام الموثق لإدراج التوكيلات في ملحق للمحرر الرسمي أو إيداعه في سجل محاضره لا يرتب بطلان السند كسند تنفيذي.
Cass. 1re civ., 22 mars 2012, n° 11-11.925: JurisData n° 2012-004880; Bull. civ. I, n° 66; JCP N 2012, n° 13, act. 388.

(85) من قانون التنفيذ الفرنسي على أنه: "لا يشترط الحصول على إذن مسبق من L511-2 حيث تنص المادة القاضي عندما يعتمد الدائن على سند تنفيذي أو على قرار قضائي غير تمتع بقوة تنفيذية بعد. وينطبق الشيء نفسه في حالة عدم دفع كمبيالة مقبولة أو سند إذني أو شيك أو إيجار غير مدفوع طالما أنه ناتج عن عقد مكتوب لاستئجار عقار.

ولا شك في أهمية منح القوة التنفيذية لعقد الإيجار الموثق[86]، خاضعاً لقانون الإيجار الأماكن أو القانون المدني[87]، يؤدى إلى التخفيف من عبء المحاكم التي اكتظت ساحاتها بالقضايا الكبيرة والعديدة بين الملاك والمستأجرين في حالة الإخلال ببنود العقد، وبمقتضاه يكون عقد الايجار الموثق سنداً تنفيذياً للمطالبة بالحقوق المالية القابلة للتنفيذ (التنفيذ غير المباشر)، وغير المالية (التنفيذ

---

[86] وإذا كانت الفقرة الثانية من المادة (280) من قانون المرافعات المصري تنص على اعتبار المحررات الموثقة سندات تنفيذية، **فهل كان لازماً تضمين قانون إيجار الأماكن تعديلاً بشأن اعتبار عقد الإيجار الموثق سنداً تنفيذياً؟**

في **اعتقادي** أن الأمر لا يعدو أن يكون مجرد تأكيد من المشرع على اعتبار عقد الإيجار الموثق من السندات التنفيذية، حيث أن قانون التوثيق لم يحدد المحررات التي يجوز توثيقها في قائمة حصرية، بل إن المادة 3 منه تنص على أن: "تتولى المكاتب توثيق جميع المحررات، وذلك فيما عدا عقود الزواج وإشهادات الطلاق والرجعة والتصادق على ذلك الخاصة بالمصريين المسلمين والمصريين غير المسلمين المتحدي الطائفة والملة ...". وفي ظل أيضاً أن قانون رسوم التوثيق والشهر يسمح بتوثيق عقود الإيجار على المنقول والعقار سواء كان يجب شهره أو لا يجب ذلك مع فرض رسوم محددة في جدول مرفق بالقانون - رقم 70 لسنة 1964 بشأن رسوم التوثيق والشهر. ويترتب على ذلك أن عقد الإيجار الموثق ولو كان غير خاضع لقانون إيجار الأماكن، يعد سنداً تنفيذياً بموجب النص العام الوارد في المادة 280 مرافعات، والغاية هي الحصول على سند تنفيذي دون الالتجاء إلى القضاء.

[87] والمقصود بالعلاقة الإيجارية هي تلك التي تنطبق عليها أحكام القانون المدني في شأن تأجير الأماكن المنصوص عليها في المادة الأولى من هذا القانون 1996/4 خالية أو مفروشة، أو في شأن استغلالها أو التصرف فيها، التي تنص على أنه: "لا تسري أحكام القانونين رقمي 49 لسنة 1977 في شأن تأجير وبيع الأماكن وتنظيم العلاقة بين المؤجر والمستأجر و136 لسنة 1981 في شأن بعض الأحكام الخاصة بتأجير وبيع الأماكن وتنظيم العلاقة بين المؤجر والمستأجر والقوانين الخاصة بإيجار الأماكن الصادرة قبلهما، على الأماكن التي لم يسبق تأجيرها، ولا على الأماكن التي انتهت عقود إيجارها قبل العمل بهذا القانون أو تنتهي بعده لأي سبب من الأسباب دون أن يكون لأحد حق البقاء فيها طبقاً للقانون".

المباشر) وفقا للقانون، طالما أنها حالة الأداء ومعينة المقدار[88]، ويصعب على طرفي العقد، بعد مثولهما أمام الموثق[89]، أن يثبتا ما يخالف ما جاء فيه إلا بالطعن بالتزوير.

وإذا كان يرى البعض[90] أن المحرر الموثق ذاته– بصفة عامة– لا تتوافر فيه شروط الاقتضاء الجبري للحق في الإخلاء، فعقد الايجار الموثق وإن أكد وجود الحق في الإخلاء عند حدوث إخلال إلا أنه لم يؤكد وجود هذا الإخلال في الواقع، وبالتالي ينعدم شرط تحقق الوجود. ولكن في **اعتقادي** إن عقد الإيجار الموثق يصلح كسند تنفيذي، قبل استحداثه بالقانون رقم 2006/137 أو بعده، طالما توافرت في الحقوق الثابتة فيه شروط اقتضائها جبراً، وصيغت صياغة واضحة في بنود العقد[91].

صحيح أن المشرع راعى، بالاعتداد بعقد الإيجار الموثق كسند تنفيذي، مصلحة المالك إذ يضمن له حق استرداد العين بعد انتهاء المدة المحددة المتفق عليها في العقد[92]، دون تسويف أو تعطيل ودون إتباع إجراءات التقاضي البطيئة أمام المحكمة[93]، فكل ما عليه هو اتخاذ إجراءات التنفيذ ضد

---

[88] وهذه الشروط يجب توافرها عند طلب التنفيذ ولا يشترط توافرها عند تكوين العقد، وفي الوقت ذاته يجب أن يدل عقد الإيجار الموثق ذاته على توافرها (فتحي والي، التنفيذ الجبري، ص171-172، بند 95-96). لذلك لا يصلح عقد الإيجار الموثق سنداً تنفيذياً عند طلب تنفيذ بند التعويضات المنصوص عليه في العقد، لأنها لا تستحق وتعين مقدارها إلا إذا صدر حكم قضائي نافذا بذلك. كما لا يصلح عقد الإيجار عموماً كسند تنفيذي للمطالبة بتنفيذ حقوق تتضمنه، وقد اشترط المشرع شروطاً أخرى لاستحقاقها مثل الشرط الجزائي الذي يتطلب إعذاراً.

[89] ولكن يجب في **اعتقادي** لكي يرغّب المشرع الأطراف في التوثيق أن يخفض رسوم التوثيق بحيث لا تتجاوز في كل الأحوال الرسوم القضائية لاستصدار السندات التنفيذية القضائية (حكم أو أمر)، بالإضافة إلى اتخاذ المشرع تدابير الربط الشبكي الإلكتروني بين الجهات الإدارية المعنية (كوزارات السكان والعدل والداخلية) والأطراف المعنية لتنفيذ التوثيق الإلكتروني لهذه العقود.

[90] أحمد خليل، مرجع سابق، ص 31 وما بعدها.

[91] ولأن الحق الموضوعي الوارد في السند التنفيذي لابد أن يكون مؤكداً، فيُنصح بكتابة العقود المذيلة بالصيغة التنفيذية بعبارات لا غموض فيها وإلا كان تفسيرها مبرراً قانونياً للالتجاء إلى القضاء.

[92] فتحي والي، التنفيذ الجبري، ص146، بند 78.

[93] كما يرى البعض أن المشرع يسعى من خلال جعل عقد الإيجار الموثق سنداً تنفيذياً تخفيف الضغط من على القاضي الجنائي لما كشف عنه العمل من لجوء الأفراد لاستخدام أدوات القانون الجنائي مثل أداة الشيك وإيصال

المستأجر[94]، ولكن في الحقيقة أن فعالية القوة التنفيذية لعقد الإيجار الموثق، مقارنة باتفاق التمويل العقاري، هي فعالية عامة أشخاصاً وموضوعاً، فهو سند تنفيذي لكافة الحقوق الواردة فيه[95]، سواء لصالح المؤجر في الإخلاء بعد انتهاء المدة أو استيفاء الأجرة[96]، ولصالح المستأجر في تنفيذ الالتزامات التي تقع على عاتق المؤجر (المالك) مثل التمكين من الانتفاع[97] وإجراء الترميمات مثلاً.

الفرع الثالث

السندات الخاصة بتدخل المحضر أو المحامي أو كلاهما في فرنسا

لم يقف المشرع الفرنسي عند حد الثقة في الموثق بتفويضه سلطة منح القوة التنفيذية، بل مدها بتفويض "**المحضر**" بالاعتماد على قوة الورقة محل إثباته وهي "الشيك" تارة وبالاعتماد على صغر الحقوق المالية تارة أخرى. كما أن المشرع الفرنسي منح الثقة في المحامي – كما قلنا – في اتفاق الإجراءات التشاركية ولكن بعد التصديق، ولكن هنا وبصدد اتفاق الطلاق التبادلي اعتمد على وجود المحامي، ولكن مع وجود تسجيل الموثق لهذا الاتفاق، وذلك على التفصيل التالي:

أولاً: – سند المحضر

الأمانة تخوفاً من إجراءات التقاضي العادية الطويلة. انظر: بخيت محمد بخيت علي، القوة التنفيذية لعقد الإيجار الموثق في إخلاء العين المؤجرة، دار الجامعة الجديدة، سنة 2008، ص9.

(94) في حالة رفضه سداد الاجرة واخلاء العين وذلك بإعلان المستأجر عن طريق المحضرين بضرورة اخلاء العين وبعد تمام الاعلان يقوم المالك بعمل توكيل بالتنفيذ للمحضرين الذين يقومون فورا بتحديد موعد التنفيذ واستخدام القوة الجبرية إذا لزم الامر ذلك.

(95) عكس بعض التشريعات العربية التي قيدت نطاق القوة التنفيذية على تنفيذ حق الأجرة فقط، كما في المادة 20 من قانون المالكين والمستأجرين الأردني التي تنص على أن: " يعتبر عقد الاجارة سنداً تنفيذيا قابلاً للتنفيذ للمطالبة بالأجور المستحقة بموجبه لدى دائرة التنفيذ المختصة وفق احكام التشريعات النافذة ". بينما لو طالب المؤجر إخلاء المستأجر فيضطر لاستصدار قرار أو حكم قضائي، ولا يصلح عقد الإيجار سنداً تنفيذياً عندئذٍ، عكس القانون المصري الذي لم يقيد نطاق القوة التنفيذية للمطالبة بتنفيذ حقوق معينة، فالمطلق يفسر على إطلاقه في مصر.

(96) أحمد هندي، مرجع سابق، ص 140، رقم 47.

(97) فتحي والي، التنفيذ الجبري، ص146، بند 78.

يعد من السندات الخاصة ذات القوة التنفيذية سند المحضر في حال الامتناع عن دفع شيك، وحال الاتفاق على تسوية الديون الصغيرة (م5-3-L.111 قانون التنفيذ الفرنسي) [98]. ففي فرنسا أضحى عملان من أعمال المحضرين- في غير دورهم التقليدي في مجالي الإعلان والتنفيذ- من السندات الخاصة التنفيذية، وذلك على التفصيل الآتي:

1- سند المحضر عند الامتناع عن دفع شيك

اتبعت الدول سياسات تشريعية متنوعة بصدد مدى الاعتداد بالشيك أو الأوراق التجارية عموماً كسند تنفيذي، فمنها من لم يعاملها كسند تنفيذي كما هو الحال في مصر، وإنما فقط كسند صرفي وأداة وفاء (م 316 مرافعات[99])، وبالتالي يضطر الحامل أن يلجأ للقضاء باستصدار أمر الأداء لاقتضاء محلها.

ومن الدول، مثل الجزائر[100] و السعودية[101]، ما عاملها على أنها سندات تنفيذية تعطي للحامل الحق في الحجز التنفيذي على أموال الساحب، على اعتبار أن الشيك يتضمن في ذاته، حال توافر

---

[98] تنص المادة 5 -L111-3 من قانون التنفيذ الفرنسي (معدلة بالقانون رقم 2019-1446 تاريخ 2019/12/24- م 72(V) على تعد سندات تنفيذية فقط: ومنها 5- السند المسلم من المحضر في حالة عدم دفع شيك أو في حالة الاتفاق بين الدائن والمدين بالشروط المنصوص عليها في المادة L. 125-1.

Article L111-3 : « *Seuls constituent des titres exécutoires : °5 Le titre délivré par l'huissier de justice en cas de non-paiement d'un chèque ou en cas d'accord entre le créancier et le débiteur dans les conditions prévues à l'article L. 125-1* ».

[99] أعفى المشرع المصري، في قانون المرافعات، الدائن من إثبات حالة خشيته من فقدان حقه لو كان حاملاً للكمبيالة بموجب المادة 316: " للدائن أن يوقع الحجز التحفظي على منقولات مدينه في الأحوال الآتية: (1) إذا كان حاملاً لكمبيالة أو سند تحت الإذن وكان المدين تاجراً له توقيع على الكمبيالة أو السند يلزمه بالوفاء بحسب قانون التجارة". ويرى الفقه انه يمكن القياس على الشيك. انظر: سيد أحمد محمود، أصول التنفيذ الجبري، ص512-513.

[100] تنص المادة 600 بند 10 من قانون الإجراءات المدنية والإدارية والتحكيم الجزائري رقم 9 لسنة 2008 على أنه من السندات التنفيذية: "10- الشيكات والسفاتج، بعد التبليغ الرسمي للاحتجاجات إلى المدين، طبقا لأحكام القانون التجاري،" وإنما تعتبر الشيكات والسفاتج أوراقا تجارية لكنها تتحول إلى سندات تنفيذية إذا تم التبليغ الرسمي للاحتجاجات إلى المدين طبقا لأحكام القانون التجاري الجزائري في المادتين 440 و 536 والاحتجاج بعدم الدفع عبارة عن ورقة رسمية تحرر لإثبات امتناع المسحوب عليه عن الدفع ليحفظ الحامل حقه في الرجوع على الضامنين وبذلك يجب أن يكون تقرير المسحوب عليه ثابتا بشكل قاطع وحاسم لكل منازعة يمكن ان تثار بشأنه ويجب إثبات

شروطه القانونية، قوة تنفيذية ذاتية بقوة القانون، فإذا كانت القوة التنفيذية تعني الإلزام و الإجبار معاً[102] فهما وُلدا معا في الشيك منذ إنشائه.

ومن الدول، مثل فرنسا، ما عاملت الشيك على أنه "**سند شبه تنفيذي**" تارة، بمعنى أنه لا يصلح سنداً لتوقيع الحجز التنفيذي، ولكن يمكن من إجراء تدبير تحفظي كالرهن القضائي والحجز التحفظي دون إذن مسبق من قاضي التنفيذ[103]، وعاملته تارة أخرى لا باعتباره سنداً خاصاً ذات قوة تنفيذية ذاتية، لكن كمقتضى لسند تنفيذي يصدر من المحضر بعد اتباع إجراءات غير قضائية.

ويبدو، من وجهة نظرنا، أن السياسة التشريعية في منح القوة التنفيذية للأوراق التجارية عامةً أو الشيك خاصةً مبنية على مسائل ثلاثة. **الأولى:** هي التخفيف من أو الاستغناء عن الالتجاء إلى القضاء الجنائي *la dépénalisation du délit de chèque sans provision*[104]، إلا في حدود ضيقة، على أساس عدم فعالية الحماية الجنائية وحبس الساحبين كوسائل ضغط للوفاء بالديون، وبالتالي عدم فعاليتها في ظاهرة الامتناع عن سداد الديون التي تقف حجرة عثرة في عجلة الاقتصاد والتجارة. **الثانية:** الثقة في الأوراق التجارية المبنية على دورها كأدوات الضمان أو الوفاء. **الثالثة:** أن الشيك يعمل في فلك آليات قانونية تضمن قلة المنازعات فيه، وصعوبة مخالفته للنظام العام كآلية استقلال الشيك عن علاقة الأساس، وآليات تتأكد من عدم وجود رصيد، وتطهير الدفوع.

وإجراءات استصدار السند من المحضر عند الامتناع عن دفع شيك، على النحو المنصوص عليه في المادة L. 131-73 من قانون النقد والتمويل الفرنسي (سابقاً الفقرة 5 من المادة 65-3 من

الامتناع عن القبول أو الامتناع عن الوفاء في ورقة رسمية ، و جدير الذكر ان تصنيف الشيكات و السفاتج ضمن السندات التنفيذية أمر جديد على القانون الجزائري. انظر: بوصري محمد بلقاسم، السندات غير القضائية، دراسات قانونية، مركز البصرة للبحوث والاستشارات والخدمات التعليمية، ع 19، ديسمبر سنة 2013، ص 17- 19.
http://search.mamdumah.com/Record/645860

(101) تنص المادة 9 / 4 من نظام التنفيذ السعودي رقم 53 لسنة 1433 على أنه: " لا يجوز التنفيذ الجبري إلا بسند تنفيذي لحق محدد المقدار حال الأداء، والسندات التنفيذية هي: 4- الأوراق التجارية".

(102) أحمد حشيش، نظرية القوة التنفيذية لسند التنفيذ، دار الفكر الجامعي، سنة 2002، ص99.

(103) انظر: أحمد سيد أحمد محمود، نحو فكرة تأمينات قضائية في مجال التنفيذ الجبري، دار النهضة العربية، سنة 2016، ص25، ص26 وهامش (1).

(104) PERROT (R.) et Ph. Théry, *op. cit*. n° 154, p. 166-167.

المرسوم بقانون 30 أكتوبر 1935)، هي أن يستصدر الحامل (المستفيد) شهادة من البنك بعدم الدفع[105]، بغرض تمكينه من الحصول على سند قابل للتنفيذ من خلال إجراء أبسط وأقل تكلفة من إجراء الاحتجاج السابق القابل للتنفيذ *l'ex-protêt exécutoire*، وتشهد بأن الشيك رُفض لعدم توافر رصيد وأنه لم يكن له ما يبرره في تنظيمه[106]، ثم يقوم الحامل بإعلام المستفيد بهذه الشهادة، وتُترك فترة 15 يوماً من الإعلان أو الإخطار التي تهدف إلى إعطاء الساحب فترة تروي قبل التنفيذ الجبري. وبعد نهاية تلك الفترة[107]، يسلم المحضر، الذي لم يلق مبرراً لعدم دفع مبلغ الشيك و مصاريفه خلال تلك الفترة (الخمسة عشر يوما)، سنداً تنفيذياً، بدون أي إجراءات أخرى[108]. وتسمح المادة 73-131 .L من القانون النقدي والمالي بأي حجز، حتى ولو كان الحجز على العقار.

---

(105) وهو سند ينشئه الساحب في حالة رفض دفع لعدم كفاية الرصيد. وبموجب المادة R. 31-48 من القانون النقدي والمالي، يجب أن تحمل الشهادة البيانات لتحديد الساحب والحساب المسحوب عليه والمسحوب عليه، وكذلك رقم ومبلغ الشيك. ويجب إصدار الشهادة في موعد أقصاه 15 يومًا من تقديم الطلب (المادة 131-48 من قانون النقد والتمويل). ويجوز لحامل الشيك إعلان الشهادة للساحب عبر المحضر أو ببساطة بإخطاره وأي منهما يعد تكليفاً بالوفاء. وهو ابتكار أدخله القانون الصادر في 30 ديسمبر 1991 (بناء على شروط الإخطار في المواد 665 إلى 670 من قانون الإجراءات المدنية المادة 131-73 فقرة 4 من قانون النقد والتمويل). وشهادة الدفع التي تستحق أن تأمر بالدفع ليست سوى عملاً إجرائياً، وليس سندا تنفيذياً يمكن استخدامه كأساس للحجز.

Michel Cabrillac, Fasc. 330 : *CHÈQUE. – Paiement et défaut de paiement* JurisClasseur Banque - Crédit – Bourse, 29 Septembre 2017.

(106) ويجب على البنك المسحوب عدم إصدار شهادة عدم الدفع إلا بموجب شروط الفقرة 3 من المادة 131-73 من القانون النقدي والمالي. لذلك، لا يجب أن يصدر المسحوب عليه شهادة عدم دفع عندما يتم رفض دفع الشيك بسبب اعتراض *opposition*، وهو أمر أقل أهمية من أن يكون حساب الساحب غير كاف أو بدون رصيد.

Cass. com., 1er avr. 2013, n° 12-29.777 : LEBD 2014, n° 6, p. 3, obs. R. Routier.

(107) Michel Cabrillac, Fasc. 330 : *CHÈQUE. – Paiement et défaut de paiement* JurisClasseur Banque - Crédit – Bourse, 29 Septembre 2017.

1. **(108)**CA Amiens, 13 nov. 2015, n° 14/03504 : JurisData n° 2015-028131 ; LEDB 2016, n° 2, comm. 28, obs. J. Lasserre Capdeville.

وليس على المحضر أن يعلن الشخص المعني.

CA Paris 5 juill. 2001 : D. 2001, jurispr. p. 2821; D. 2001, p. 3308, obs. Julien.

ويجوز لحامل الشيك غير المدفوع أن يمارس بموجب هذا السند التنفيذي (سند المحضر) جميع تدابير التنفيذ التي ينظمها قانون التنفيذ، بما في ذلك الحجز التنفيذي على أرصدة صاحب الحساب[109]، والحجز على العقار.[110]

وبناء على ما استحدثه القانون الفرنسي بشأن سند المحضر حال الامتناع عن دفع شيك، لم يعد من الضروري اللجوء إلى المحكمة للحصول على شيك، ليُعاد للشيك فعاليته كـ"أداة وفاء جبري" بعيداً عن فعاليته الجنائية. ووفقاً لمبدأ وجوب دفع الشيك لأنه قد تم توقيعه، فلا حاجة إلى مراجعة قضائية لتحديد وجود المطالبة. وإذا كان الساحب يعتقد أنه لم يكن في نهاية المطاف مديناً للمستفيد، فعليه أن يتخذ عندئذ طريق المطالبة القضائية برد قيمة الشيك[111].

ولكن في **اعتقادي** السؤال الهام الذي يجب طرحه هنا هو: **هل سند المحضر حال الامتناع عن الشيك له فعالية أقوى من استصدار أمر أداء نافذ؟**

مقارنة بالوضع في قواعد المرافعات من خلال إجراءات استصدار أمر أداء السريعة نوعا ما، فإن هذا السند التنفيذي من المحضر، من خلال إجراءاته، تساهم في التقليل من المنازعة فيه، بعد أن قمنا بإعلان الساحب بتوضيح وجهة نظره في عدم الدفع. هذا السند – القابل للتنفيذ – يسمح لحامله بالحجز، دون الالتجاء إلى القضاء، ودون الحاجة، كما تقول محكمة الاستئناف في باريس، لإعلانه، وهذا التحليل سوف تدعمه المادة 298 من المرسوم الصادر في 31 يوليه 1992 الذي

---

(109) Jean-Marc DELLECI, *Titre exécutoire - Saisie des rémunérations pratiquées en vertu d'un certificat de non-paiement*, Revue de Droit bancaire et financier n° 4, Juillet 2001, 156.

(110) Michel Cabrillac, Fasc. 330 : CHÈQUE. – *Paiement et défaut de paiement* JurisClasseur Banque - Crédit – Bourse, 29 Septembre 2017.

(111) وتوضح هذه المبادئ أن المعارضة لا يمكن أن تكون إلا في حالة فقدان أو سرقة أو استخدام احتيالي للشيك أو التقويم أو التصفية القضائية ou de liquidation judiciaire لحامله (المادة L. 131-35 من قانون النقد والتمويل).

Michel Défossez, Fasc. 345 *: TITRE EXÉCUTOIRE*, JurisClasseur Voies d'exécution, 7 Janvier 2014, n°25.

يوجب إخطار أو إعلان الساحب بشهادة "عدم الدفع" المغني عن التكليف بالوفاء، لغرض اتخاذ إجراء التنفيذ الجبري.

واستشرافاً منا للمستقبل، يمكن أن يتراجع دور الشيك خاصة والأوراق التجارية عامةً كأدوات ائتمان أو وفاء، ليحل محلها وسائل الدفع الإلكتروني. وبناء عليه، نوصي المشرع، عند تبنيه وتنظيمه أدوات الدفع الإلكترونية، أن يضع ضوابطاً تضمن تأكيد الحقوق الثابتة فيها، بحيث تكون مؤهلة لأن تكون سندات خاصة إلكترونية ذات قوة تنفيذية، تحقيقاً للفعالية الاقتصادية السريعة لها، مع الاستغناء ليس فقط عن الالتجاء إلى قاضي التنفيذ، بل حتى عن القاضي الجنائي.

2- سند المحضر بشأن الاتفاق على تسوية الديون الصغيرة:

إن القانون الفرنسي في الواقع لديه إجراءات فعالة لتحصيل الديون بسرعة، خاصة في ظل إجراءات في أمر الأداء *l'injonction de payer* ، إلا أن استصدار هذا الأمر مع مبالغ صغيرة من المطالبات لن يكون طريقاً اقتصادياً اليوم للأطراف المعنية، لأن مبلغ الرسوم سيكون أكبر من مبلغ الدين الذي سيتم استرداده[112].

وإيماناً بأن التوصل إلى اتفاق يتم التفاوض بحرية بشأنه بين الأطراف هو دائماً أكثر كفاءة وإنتاجية وأكثر اقتصاداً في نهاية المطاف من استخدام الإجراءات القضائية[113]، فمنذ بداية يونيو 2016 وفقاً لقانون ماكرون[114]، يمكن للمحضرين تنفيذ إجراءات جديدة مبسطة وميسرة، بناء على

---

(112) Patrick Sannino, *une nouvelle procédure simplifiée pour le recouvrement des petites créances en questions*, La Semaine Juridique Edition Générale n° 13, 28 Mars 2016, 385.

(113) تلك الديون الصغيرة لا تحتاج إلى تصديق homologation ولكن يكفي تحقق وتثبت المحضر.

Laurent SOUSA, *Recouvrement des créances - Procédure simplifiée de recouvrement des petites créances* -Procédures n° 6, Juin 2016, étude 6, n°12.

(114) وحدد المرسوم رقم 2016-285 في 9 مارس 2016 شروط تنفيذ الإجراءات الجديدة مبسطة (قانون التنفيذ. R. 125-1 إلى R. 125-8 السارية اعتبارا من 1 يونيو 2016) الموكلة إلى المحضر القضائي بموجب قانون ماكرون (المادة 4-1244 من القانون المدني تم إنشاؤها؛ القانون رقم 2015/990 في 6 أغسطس 2015، والمادة 208 التي ستصبح في الأول من أكتوبر 2016 في المادة. L. 125-1 من قانون التنفيذ تم إنشاؤها بالمرسوم 2016/131 تاريخ 10 فبراير 2016، المادة 6). والهدف الرسمي لما يسمى بقانون ماكرون هو "تبسيط القواعد التي تعيق النشاط الاقتصادي وتقوية القدرات على خلق وابتكار وإنتاج الشعب الفرنسي" من أجل "إعادة الاتصال بالنمو المستدام".

طلب الدائن تسهيلاً لاقتضاء دين مدني أو تجاري، مصدره تعاقدي أو التزام قانوني، التي لا تزيد قيمته عن 5000 يورو[115]. فالدائنون لهم منذ استحداث تلك الإجراءات الاعتماد على المحضر وتوكيله دعوة المدين للمشاركة في التفاوض على المبلغ وطرق الدفع. وفي حال الموافقة، المحضر له تسليم، بدون شكل محدد، السند التنفيذي. هذه الإجراءات تنتهي في غضون شهر تحسب من تاريخ ارسال المحضر لخطاب موصى بعلم الوصول، أو برسالة منقولة بالطرق الإلكترونية تدعو المدين للمشاركة في هذه الإجراءات[116].

اعتبر المشرع أنه من الضروري تسهيل تسوية الفواتير غير المسددة وتقصير فترات التأخير في السداد، لا سيما تلك التي تعاني منها الشركات.

Jean-Luc Puygauthier, *Procédures civiles d'exécution - Procédure simplifiée de recouvrement des petites créances : encore et toujours la déjudiciarisation* -La Semaine Juridique Notariale et Immobilière n° 15, 15 Avril 2016, 1127, n°11.

(115) تنص المادة R.125-1 من قانون التنفيذ الفرنسي معدل بالمرسوم رقم 2019-1333 تاريخ 11 ديسمبر 2019- م 30) على أن: "الإجراءات المبسطة لتغطية الديون الصغيرة المنصوص عليها في المادة L125-1 يمكن اتخاذها عن طريق محضر محكمة الاستئناف التي بها موطن المدين أو محل إقامته. مبلغ الدين الأساسي والفوائد لا تجاوز خمسة آلاف يورو".

Article R125-1(Modifié par Décret n°2019-1333 du 11 décembre 2019 - art. 30) :

« *La procédure simplifiée de recouvrement des petites créances prévue à l'article L. 125-1 peut-être mise en œuvre par un huissier de justice du ressort de la cour d'appel où le débiteur à son domicile ou sa résidence. Le montant de la créance en principal et intérêts ne doit pas excéder 5 000 euros* ».

(116) وتتلخص الإجراءات المبسطة لاتفاق تسوية الديون الصغيرة في أن يفوض الدائن المحضر القضائي في استرداد دينه، ويحدد معه حدود التفاوض التي يمكنه التدخل فيها. وبمجرد التحقق من صلاحية الدين لاقتضائه، يدعو المحضر القضائي، بخطاب موصى بها بعلم الوصول، ومن خلال خطاب موحد تحدد محتوياته بمرسوم، إلى المدين إلى المشاركة في المفاوضات. وهذا يفتح مرحلة يمكن أن تستمر لمدة أقصاها شهر واحد، والتي يجب أن يكون الإجراء فيها مذكوراً بالكامل. ويذكر الخطاب التي بعث بها المحضر القضائي المدين بالطابع الاختياري للإجراءات ويوضح له وسائل الاستجابة للدعوة الموجهة إليه. وبذلك يكون المدين قادرا على إبلاغ موافقته أو رفضه المشاركة في هذه المفاوضات عن طريق إعادة النموذج المرفق بالرسالة، أو بتسليمها إلى المحضر القضائي أو عن طريق الاتصال بالمنصة الرقمية المخصصة لهذا الإجراء. وإذا لم يستجب المدين للدعوة، ينهي المحضر القضائي الإجراءات ويكون

وتتميز إجراءات تسوية الديون الصغيرة عن الوساطة لتسوية الديون[117]، وعن المحرر الموثق[118]، و عن نظام أوامر الأداء أيضاً (المباغتة لا توجد في الإجراءات الجديدة)[119].

للدائن حرية اتخاذ أي طريق من الطرق المقررة في القواعد العامة لاسترداد دينه، بما في ذلك إصدار أمر الاداء. وإذا وافق المدين على المشاركة في هذه الإجراءات، تبدأ مرحلة التفاوض بشأن مبلغ الدين وشروط تسويته (وضع جدول زمني، وما إلى ذلك). ويجب أن تؤدي هذه المفاوضات إلى اتفاق يجب التوصل إليه في غضون شهر واحد من خطاب الدعوة الذي قدّم للمدين. وبعد هذه الفترة، وفي غياب اتفاق، سيتعين على المحضر القضائي أن يتوصل إلى انهاء الإجراءات. وإذا تم التوصل إلى اتفاق في غضون شهر واحد، يصدر المحضر القضائي، دون إجراء شكلي آخر، سنداً تنفيذياً يبين أحكام وشروط هذا الاتفاق، ويوجز جميع المساعي التي تم الاضطلاع بها. ولذلك، إذا لم يمتثل المدين لأحكام الاتفاق، سيكون من الممكن تماما اتخاذ إجراءات التنفيذ الجبري في مواجهته على أساس ذلك السند. غير أن إجراءات التنفيذ لا يمكن أن يتخذها ذات المحضر القضائي الذي قام بالإجراءات، ولكن محضر آخر غيره، منعاً لتعارض المصالح.

وتحقق تلك الإجراءات المبسطة مصلحة للدائن والمدين معاً، فسيكون الدائن قادراً على محاولة لاسترداد دين منخفض التكلفة وسريع جدا في التنفيذ، لأنه في غضون فترة شهر واحد فقط، مما سيسمح له في نهاية المطاف، في حالة نجاحه، بالحصول على سند تنفيذي. ولذلك، فإن الأمر متروك له لكي يقترح على المدين تسوية نزاعهما ودياً، مع الحفاظ على حقوقه في حالة النجاح، دون الحاجة إلى التصديق من القاضي كما هو ضروري في حالة التوفيق أو الوساطة من أجل الحصول على سند تنفيذي بعد الاتفاق. وبالنسبة للمدين، فمصلحته في المشاركة في هذه الإجراءات المبسطة تكمن في أنها مجانية بالنسبة له؛ ومن ناحية أخرى، يمكنه التفاوض مع الغير (المحضر القضائي)، الذي يسمح بالتغلب على التوترات التي غالباً ما ترتبط بقضايا تسوية الديون.

ولذلك لا يمكن أن ينفذه مهنيون قانونيون آخرون، ولا من باب أولى الشركات التجارية (مثل شركات التحصيل، التي لا يمكنها القيام بالتحصيل الودي للديون إلا نيابة عن الآخرين، دون إمكانية إصدار سندات تنفيذية). ولذلك كان من المنطقي، لا سيما في إطار إصلاح 6 أغسطس 2015 (قانون ماكرون) أن يتم تسعير هذا الإجراء من ناحية (لأنه جزء من الأنشطة الاحتكارية للمحضر القضائي) وفي إطار إقليمي محدود، لنفس الأسباب.

Laurent SOUSA, *Recouvrement des créances - Procédure simplifiée de recouvrement des petites créances* – op. Cit, N°14.

(117) ولا تعتبر الإجراءات المبسطة لتسوية الديون الصغيرة وساطة *médiation* ولا يمكن اعتبار المحضر القضائي فيها من الغير في معنى الوساطة. وحتى إذا تداخل، بسبب مركزه، بتقديم ضمانات الاستقلال عن الأطراف، تظل حقيقة أن المحضر القضائي يتصرف بناء على طلب طرف (الدائن) وفي حدود الوكالة أو التفويض التي تلقاها منه. وعلاوة على ذلك، فإن أمانة (أجر) المحضر القضائي يقدمها الدائن وحده، وهو ما يتعارض مع قواعد الوساطة (باستثناءات، كما هو الحال في وساطة المستهلكين على سبيل المثال). وأخيرا، فإن الغرض من الإجراءات محدود جدا، إذ لا يمكن أن يتصرف سوى باتفاق على مبلغ الدين وشروط سداده (وهو ما يعترف به المدين). ولكن لا يمكن إنكار أن الإجراءات الجديدة تستعير العديد من المفاهيم من الوساطة، وبصورة أعم إلى أساليب التسوية *ودية modes amiables* مثل: الحاجة إلى اتفاق تشاركي في الإجراء بواسطة الغير، والوسيلة اختيارية، وتمديد هذه الإجراءات

إن فلسفة هذه الإجراءات الجديدة المبسطة لتسوية الديون الصغيرة هو جزء من الحركة العامة للتحويل عن القضاء *déjudiciarisation* في فرنسا كما سنبينه لاحقاً والاتجاه الحالي نحو تعزيز الأساليب الودية لتسوية المنازعات، ولا سيما فيما يتعلق بالمطالبات الصغيرة[120]. فالإجراءات المبسطة هي في مفترق طرق بين اتجاهين رئيسيين في القانون المقارن: من ناحية، وضع إجراءات خاصة حرة *ad hoc* لكميات صغيرة (كما هو الحال في القانون الأوروبي فيما يتعلق بإجراءات

لجزء من القواعد المتعلقة بمنع تضارب المصالح. وإذا لم تكن الإجراءات المبسطة هي الوساطة، فهي تختلف أيضا عن التسوية الوديةrecouvrement amiable* ، لأنه يتم في إطار إجرائي محدد ويسعى إلى الحصول على سند تنفيذي صادر عن المحضر القضائي، والموظف العام الوزاري. غير أن هذه الإجراءات المبسطة، كما هو الحال في التسوية الودية، لا يكلف المدين أي تكلفة، ويتحمل الدائن جميع تكاليف الإجراءات.

Patrick Sannino, *Une nouvelle procédure simplifiée pour le recouvrement des petites créances*, La Semaine Juridique Edition Générale n° 13, 28 Mars 2016, 385.

(118) وفي هذه الإجراءات المبسطة، يتدخل المحضر وقت أداء الالتزام وتنفيذه. ولا يكون دوره في توثيق *authentifier*موافقة الطرفين كما يفعل الموثق. ويقتصر دور المحضر على إثبات اتفاق *constater l'accord* الطرفين على مبلغ الدين وشروط تنفيذه. ولكن المحضر لا يستطيع أن يتدخل إلا إذا كان الدين أقل من أو يساوي 5000 يورو في حين أن الموثق غير ملزم بأي نصاب محدد.

Jean-Luc Puygauthier, *Procédures civiles d'exécution - Procédure simplifiée de recouvrement des petites créances, op.cit.*, 1127, n°36.

(119) إذا أراد الدائن اقتضاء حقه وجب عليه أن يشرع في إجراءات قضائية للحصول على سند تنفيذي من القاضي. ويجوز له أن يستصدر أمر الأداء بموجب المادة 1405 من قانون الإجراءات المدنية ويجب على القاضي أن يتثبت من أن الدين مؤكد، أي أنه يستند إلى التزام أو عقد ليس محلاً لنزاع أو عملاً تجارياً وأن المطالبة حالة الأداء. ويجب أن يعلن، عن طريق المحضر وفي غضون ستة أشهر، مدينه الذي يتمتع *ordonnance* لاستصدار الدائن هذا الامر في خلال شهر بحقه في المنازعة. وبعد انتهاء هذه الفترة، يستطيع الدائن أن يحصل من قلم الكتاب على شمول الأمر من قانون الإجراءات المدنية للدائن بتجنب هذا الإجراء (أمر L. 125-1 والآن، ستسمح المادة.بالصيغة التنفيذية الأداء) الذي هو أكثر إرهاقاً من إجراءات تسوية الديون الصغيرة. ولكن خلافا لأمر الأداء، يتطلب هذا الإجراء موافقة المدين.

Jean-Luc Puygauthier, *Procédures civiles d'exécution - Procédure simplifiée de recouvrement des petites créances, op.cit.*, 1127, No37-38.

(120) ولضمان اليقين القانوني، أُسندت صياغة وإعلان بعض الأعمال القضائية إلى رجال قانون متخصصين، ومحضرين قضائيين حيث ينص على ذلك الأمر رقم 2016-728 الصادر في 2 يونيو 2016، وسيقود دمج مهن ، في الأول من يوليه 2022، إلى *commissaire-priseur judiciaire* المحضرين القضائيين والمثمن القضائي ، أمر رقم 2016-728 2 يونيو 2016: الجريدة الرسمية 3 يونيو *commissaire de justice* مأمور قضائي وموظفون عموميون (أكتوبر 2018 : الجريدة الرسمية 10 أكتوبر 2018النص رقم 7 ، 2018-8729 2016. D. ووزاريون، ووكلاء مسؤولين مهنياً) وإن وضع المحضرين القضائيين يضمن كفاءتهم وملاءتهم المالية ونزاهتهم. يكون المحضر القضائي ملزماً، عندما يعمل بوصفه موظفاً عاماً مفوضًا من الدولة في ممارسة مهمته بوصفه معاوناً للقضاء، بالتزام قانوني بالنزاهة والاستقلال (أمر رقم 45-2592، 2 نوفمبر 1945، فيما يتعلق بمركز المحضرين القضائيين).

المطالبات الصغيرة *small claims*، على سبيل المثال)؛ ومن ناحية أخرى، تكييف الأساليب الودية مع حل هذه النزاعات (بما في ذلك إجراءات ما قبل التوفيق الموجودة في عدة بلدان في العالم)[121].

ثانياً: – اتفاق الطلاق التبادلي بمساعدة المحامي والموثق كمسجل (طلاق بدون قضاء)

إن اتفاق الطلاق التبادلي التشاركي يعد سنداً خاصاً تنفيذياً، منذ الأول من يناير سنة 2017 بموجب القانون الفرنسي رقم 2016–1547 الصادر في 18 نوفمبر 2016 والمتعلق بتحديث عدالة القرن العشرين.

وفلسفة هذا النوع من السندات الخاصة التنفيذية بصدد اتفاق الطلاق التبادلي هو أنه نتاج الإجراءات التشاركية، قائم على الحوار بين الزوجين دون نزاع بعده. فإذا وضع المحامون عملية تشاركية أو تعاونية، فإن توافق الآراء الناتج عن ذلك سيعزز التنفيذ الدائم للاتفاق[122].

فهكذا، تنص المادة 3–111 .L من قانون إجراءات التنفيذ الفرنسي، بالبند 4 مكرر منه[123]، على أن القوة التنفيذية تُمنح، في تاريخ معين، للاتفاق بموجب توقيع خاص يوقعه المحامون مع

---

(121) Patrick Sannino, *Procédures civiles d'exécution - Une nouvelle procédure simplifiée pour le recouvrement des petites créances* - La Semaine Juridique Edition Générale n° 13, 28 Mars 2016, 385.

(122) Natalie FRICERO et Franck DYMARSK, Justice du XXIe siècle - *Le nouveau divorce extrajudiciaire par consentement mutuel* - Droit de la famille n° 1, Janvier 2017, dossier 3, N°2.

(123) حيث ينص على اعتبار الاتفاقات بين الزوجين على الطلاق أو الانفصال الجسماني بمحرر عرفي مصدق من المحامين ومودع في سجل محاضر الموثق طبقاً للمادة 229-1 من القانون المدني من السندات التنفيذية.

« 4° bis *Les accords par lesquels les époux consentent mutuellement à leur divorce ou à leur séparation de corps par acte sous signature privée contresigné par avocats, déposés au rang des minutes d'un notaire selon les modalités prévues à l'article 229-1 du code civil* ».

مدني (المقننة بموجب القانون 2016-1547 تاريخ 2016/11/18- م 50) على أنه: "وإذا اتفق 1-229وتنص المادة الزوجان على انهاء الزواج وآثاره، فعليهما، أن يثبتا، بمساعدة محام لكليهما، اتفاقهما في محرر عرفي مصدق عليه من محاميهما، وفقا للشروط المنصوص عليها في المادة 1374. هذا الاتفاق يودع في سجل محاضر الموثق، الذي يراقب الامتثال للمتطلبات الشكلية المنصوص عليها في البنود من 1 ° إلى 6 ° من المادة 229-3. ويضمن أيضا عدم

الإشارة إلى موافقة الزوجين على طلاقهما، الذي يدخل حيز النفاذ بإيداعه في محاضر **الموثقين**. وهذا يعني أن هناك اندماج بين اتفاق الطلاق و إيداع سند الاتفاق في محضر الموثق[124].

والهدف من ذلك هو الإسراع من الطلاق لاسيما وأن الزوجين متفقان على آثاره، بمساعدة المحامين وعمل الموثق، وليس القاضي. فالذي يمنح القوة التنفيذية هو تسجيل الموثق لاتفاق بمساعدة المحامين، وليس تصديق القاضي. لكن لماذا نص المشرع الفرنسي على هذا النوع من السندات التنفيذية، في ظل أنه من الأسهل عملياً أن يتم توثيق اتفاق الطلاق بعد مثول الزوجين أمام الموثق بعد قيامه بتوثيق أنهما على قيد الحياة، وعدم وجود موانع من التوثيق[125]؟

توقيع مشروع الاتفاق قبل انقضاء فترة التفكير المنصوص عليها في المادة 229 (4). هذا الإيداع ينتج آثاره بالنسبة للاتفاق من خلال منحه تاريخ ثابت وقوة تنفيذية".

Article 229-1: « *Lorsque les époux s'entendent sur la rupture du mariage et ses effets, ils constatent, assistés chacun par un avocat, leur accord dans une convention prenant la forme d'un acte sous signature privée contresigné par leurs avocats et établi dans les conditions prévues à l'article 1374. Cette convention est déposée au rang des minutes d'un notaire, qui contrôle le respect des exigences formelles prévues aux 1° à 6° de l'article 229-3. Il s'assure également que le projet de convention n'a pas été signé avant l'expiration du délai de réflexion prévu à l'article 229-4. Ce dépôt donne ses effets à la convention en lui conférant date certaine et force exécutoire* ».

(124) Willy Nonnenmacher, Divorce - *De quelques aspects de la force exécutoire du divorce non judiciaire* - La Semaine Juridique Notariale et Immobilière n° 50, 15 Décembre 2017, 1338, n°5.

لأن الموثق مدفوع أجره من الأطراف عكس القضاء فلا يخضع لمبدأ المجانية ولذلك يوصي البعض أن يجعل الموثق الذي يصدق على اتفاق الطلاق غير الموثق الذي يحرر الاتفاق.

S. Amrani-Mekki, *La déjudiciarisation* : op. cit, n° 33.

(125) كالتنازل المشترك بين الزوجين عن الطلاق أو الطلاق القضائي أو من خلال إظهار طفل قاصر لرغبته في الاستماع إليه من قبل قاضي (المادة 1148-2 من قانون المرافعات):

« *Dès qu'un enfant mineur manifeste son souhait d'être entendu par le juge dans les conditions prévues à l'article 388-1 du code civil, la juridiction peut être saisie selon les modalités prévues aux articles 1088 à 1092. Les époux peuvent également, jusqu'au dépôt de la convention de divorce au rang des minutes d'un notaire, saisir la juridiction d'une demande de séparation de corps ou de divorce judiciaire dans les conditions prévues aux articles 1106 et 1107* ».

إن إيداع سند الاتفاق على الطلاق التشاركي في محضر التوثيق لا يضفي صفة الرسمية على الاتفاق، بل فقط القوة التنفيذية، لأن دور الموثق هنا ثانوي وهو دور التسجيل، فالموثق يلعب دور المسجل وليس المستشار[126].

وفي **اعتقادي** أن الهدف من استحداث اتفاق الطلاق كسند خاص تنفيذي، دون أن يكون موثقاً بالشكل التقليدي، هو اختصار الوقت في إصدار سند تنفيذي بإجراءات غير قضائية وغير توثيقية (غير رسمية) سريعة، دون رقابة متعمقة كتلك التي يمارسها الموثق، لاسيما في ظل وجود محامين مع الزوجين في عملية تشاركية يعزز من خلق سند لن يكون محلاً للمنازعات. وحتى وإن وجدت الأخيرة فيخول قاضي التنفيذ السلطة الواسعة عند نظر إشكالات التنفيذ، تطال موضوع السند. وسعياً من المشرع للتوازي بين السندات التنفيذية القضائية (كالحكم القضائي النافذ) المبني على المواجهة من جهة، والسندات الخاصة التنفيذية كاتفاق الطلاق التشاركي من جهة أخرى، استبدل المشرع المواجهة والرسمية– وهما مقتضيان لمنح القوة التنفيذية في السندات التنفيذية القضائية والموثقة– بالعرفية المصدقة من قبل المحامين على حساب الحد من دور الموثق [127].

الفرع الرابع

السندات الخاصة التنفيذية بدون تدخل من أي سلطة إجبار

إذا كانت السندات الخاصة التنفيذية تتطلب تدخل سلطة مفوضة من الدولة– صاحبة سلطة الإجبار– لمنح القوة التنفيذية أو المشاركة فيه كسلطة القضاء أو الموثق أو المحضر أو المحامي، إلا أننا من خلال تتبعنا لتشريعات مختلفة مصرية وغير مصرية وقفنا عند سندات خاصة ذات قوة تنفيذية ذاتية أي مصدرها القانون، دون تدخل موظفين، كعقد التأجير التمويلي وأوراق أخرى، وذلك على التفصيل التالي:

<u>أولاً: – عقد التأجير التمويلي في مصر</u>

---

(126) Christophe Blanchard, Divorce - *La fonction du notaire dans le divorce déjudiciarisé* - La Semaine Juridique Notariale et Immobilière n° 1, 6 Janvier 2017, 1002, n°10.

(127) Willy Nonnenmacher, Divorce - *De quelques aspects de la force exécutoire du divorce non judiciaire* -La Semaine Juridique Notariale et Immobilière n° 50, 15 Décembre 2017, 1338, n°12.

إن عقد التأجير التمويلي[128] هو وسيلة اتفاقية من وسائل التمويل العيني تتضمن استخدام عقد الايجار بعد تحوير أحكامه كأداة فنية وقانونية لتحقيق هدف اقتصادي هو منح الائتمان وتعزيز الثقة بسوق إيجار المساكن، ويحفز المستثمرين على الدخول للسوق العقاري، ويتميز عن وسائل التمويل التقليدية في اعتبار الملكية ضمان عيني، ولا تنتقل الملكية للمستأجر إلا إذا ابدى رغبته في التملك نهاية العقد وبالشروط المحددة سلفا في عقد الايجار التمويلي[129].

لذلك صدر القانون رقم 176 لسنة 2018 بشأن إصدار قانون تنظيم نشاطي التأجير التمويلي والتخصيم[130]، ونص، بموجب المادة 28 منه، على أن يكون عقد التأجير التمويلي المقيد لدى هيئة الرقابة المالية طبقا لأحكام هذا القانون قوة السند التنفيذي[131].

---

(128) عرفت المادة الأولى من قانون التأجير التمويلي والتخصيم، التأجير التمويلي على أنه: "نشاط تمويلي يمنح بموجبه المؤجر حق حيازة واستخدام أصل مؤجر إلى مستأجر، لمدة محددة مقابل دفعات التأجير، وفقا لأحكام عقد التأجير التمويلي، ويكون للمستأجر الحق في اختيار شراء الأصل المؤجر كله أو بعضه في الموعد وبالثمن المحددين في العقد". وعرفت العقد ذاته أي عقد التأجير التمويلي على أنه: " عقد تمويل ينشأ بين المؤجر والمستأجر، يلتزم بمقتضاه المؤجر بنقل الأصل المؤجر المملوك له أو الذي حصل عليه من المورد إلى حيازة المستأجر، أو الذي يتم بمقتضاه نقل أصل قام المؤجر بشرائه من المستأجر بموجب عقد يتوقف نفاذه على إبرام عقد تأجير تمويلي لغرض استخدامه في القيام بأنشطة اقتصادية إنتاجية أو خدمية، وذلك لمدة محددة وبإيجار معين، وفي جميع الأحوال يكون للمستأجر الحق في اختيار شراء الأصل المؤجر كله أو بعضه في الموعد وبالثمن المحددين في العقد".

هو صورة مبتكرة من صور التمويل أي هو نوع من التمويل العيني يتيح للمشروع فرصة الحصول على الأصول الرأسمالية التي تلزمه عند بداية التأسيس أو لدى إحلال وتجديد المعدات دون ان يستنفد الموارد المالية الموجودة لديه. انظر: حسام الصغير، الإيجار التمويلي، النشرة الدورية لجمعية الضرائب المصرية، مج 5، ع 18، مايو سنة 1995، ص57.

(129) حسام الدين عبد الغني الصغير، مرجع سابق، ص76.

(130) الصادر بتاريخ 14-08-2018 نشر بتاريخ 14-08-2018 يعمل به اعتبارا من 15-08-2018. الجريدة الرسمية 32 "مكرر (ج)"، الذي ألغى القانون القديم قانون - رقم 95 لسنة 1995 الصادر بتاريخ 01-06-1995 نشر بتاريخ 02-06-1995 يعمل به اعتبارا من 01-09-1995 بشأن التأجير التمويلي. الجريدة الرسمية 22 مكرر.

(131) تنص المادة 28 من قانون بشأن إصدار قانون تنظيم نشاطي التأجير التمويلي والتخصيم رقم 176 لسنة 2018 على أنه: " يكون لعقد التأجير التمويلي المقيد لدى الهيئة طبقا لأحكام هذا القانون قوة السند التنفيذي".

وفي الحالات التي ينقضي فيها العقد بسبب فسخه أو لأي سبب آخر دون تجديده ودون شراء المستأجر للأصل، يلتزم المستأجر أو ورثته أو باقي الشركاء أو أمين التفليسة أو المصفى، بحسب الأحوال، بأن يرد إلى المؤجر الأصل المؤجر بالحالة المتفق عليها في العقد، فإذا امتنع عن التسليم جاز للمؤجر أن يقدم عقد التأجير التمويلي– المقيد لدى هيئة الرقابة المالية– إلى قلم كتاب المحكمة الاقتصادية المختصة لوضع الصيغة التنفيذية عليه وفق أحكام المادة (280) من قانون المرافعات المدنية والتجارية[132].

وفي التمييز بين عقد التمويل العقاري و عقد التأجير التمويلي كسندات خاصة تنفيذية، إذا كان اتفاق التمويل العقاري جزءاً من السند الخاص التنفيذي المركب من عقد التمويل العقاري و تصديق قاضي التنفيذ وليس الاتفاق وحده[133]، فعلى العكس يعد عقد التأجير التمويلي سنداً تنفيذياً بذاته أي

وكان في ظل قانون التأجير التمويلي القديم رقم 95 لسنة 1995، في مادته 20، عند انقضاء العقد دون تجديده أو شراء المستأجر للمال يلتزم المستأجر أو السنديك أو المصفى بحسب الأحوال بأن يسلم إلى المؤجر الأموال المؤجرة بالحالة المتفق عليها في العقد، وإذا امتنع المستأجر عن التسليم جاز للمؤجر، حتى ولو لم يقيد العقد لدى الجهة الإدارية، أن يقدم عريضة إلى قاضي الأمور الوقتية بالمحكمة المختصة لاستصدار أمر بالتسليم ويتبع في شأن هذه العريضة الإجراءات والأحكام المنصوص عليها في المادة (194) من قانون المرافعات المدنية والتجارية. (حكم المحاكم الاقتصادية رقم 61 لسنة 2010 قضائية بتاريخ 2010-09-21).

[132] ولكل ذي شأن الاستشكال من هذا التنفيذ خلال ثلاثة أيام من تاريخ إعلان السند التنفيذي وتكليف الحائز برد الأصل المؤجر بصحيفة أو بطريق الاعتراض عليه أمام المحضر عند البدء في التنفيذ، ويختص بنظر هذا الإشكال قاضي التنفيذ بالمحكمة الاقتصادية المختصة الذي يتعين عليه الفصل فيه خلال سبعة أيام على الأكثر، ويترتب على رفع الإشكال وقف التنفيذ إلى حين صدور الحكم فيه (م 28 من قانون التأجير التمويلي والتخصيم).

[133] يرى البعض إن عقد التمويل العقاري، ذاته، سنداً تنفيذياً. فتحي والي، التنفيذ، ص147، بند 79. وقرب رأينا في فكرة "السند الخاص التنفيذي المركب"، قُضي بأن: "مفاد ما نصت عليه المواد من 110 إلى 116 من قانون المحاماة الصادر بالقانون رقم 61 لسنة 1968، أن قرارات التقدير الصادرة من مجلس النقابة يجب أن تتضمن تقدير الأتعاب وتحديد شخص الملتزم بها وإلزامه بأدائها إلى المحامي المستحق لها باعتباره حكماً ابتدائياً، ولا يعني ذلك صيرورة القرار بالإلزام بذاته سنداً تنفيذياً، إذ نصت المادة 115 من ذلك القانون على وسيلة منحه قوة السند التنفيذي وهي وضع الصيغة التنفيذية بواسطة قاضي الأمور الوقتية المختص على القرار حين يضحى نهائياً، وإذ التزم الحكم المطعون فيه هذا النظر وأيد قرار مجلس النقابة، فإن النعي عليه بمخالفة القانون لا يكون على أساس". (نقض الطعن رقم 509 لسنة 48 قضائية بتاريخ 1981-05-19 مكتب فني 32 ج 2 ص 1542).

متمتعاً بالقوة التنفيذية التلقائية الذاتية بنص القانون، ولكن لا يتمتع في **اعتقادي** بهذه القوة التنفيذية إلا إذا كان مقيداً لدى الهيئة العامة للرقابة المالية[134]، حيث يبدو وأن المشرع يعوّل على ذلك القيد في اعتبار العقد عملاً مؤكداً صالحاً لأن يكون محلاً لسند تنفيذي، ولا يعد وضع الصيغة التنفيذية من قلم الكتاب عملاً قضائياً ولا يستدعي أي تقدير منه[135].

والغريب في الأمر هنا أن الدولة –ممثلة في السلطة التشريعية– صاحبة امتياز القوة التنفيذية لم تفوض هيئة الرقابة المالية، ولا قلم الكتاب بالمحكمة الاقتصادية، في الرقابة على العقد لغرض منحه القوة التنفيذية، وكأن القانون رقّى إرادة أطراف العقد، المقيد لدى الهيئة، ليصطنعوا سنداً تنفيذياً من أنفسهم، وبأنفسهم، وضد أنفسهم، دون أي رقابة قضائية أو تدخل سلطة مفوضة في الإجبار[136].

ثانياً: – سندات خاصة أخرى ذات قوة تنفيذية ذاتية في قوانين بعض الدول الأخرى

إن كثير من التشريعات العربية وغير العربية ما اعتدت بالأوراق التجارية وأوراق أخرى كسندات تنفيذية دون تدخل بالرقابة لمنح القوة التنفيذية. ومن ذلك، الأوراق التجارية في قانون المرافعات الإيطالي (م 274) [137]، والشيك في قانون الإجراءات المدنية والإدارية الجزائري[138]، ونظام

---

[134] فقيد عقد التأجير التمويلي ليس شرطاً شكلياً لصحته، فهو شرط لضبط المعاملة الضريبية لعمليات التأجير التمويلي في مصر وكذلك عدم الاحتجاج على المؤجر باي حق يتعارض مع بيانات عقد التأخير التمويلي التي قيد بها (مادة 6 من القانون التأجير التمويلي القديم). راجع: حكم المحاكم الاقتصادية – المشار إليه سابقاً رقم 61 لسنة 2010 قضائية بتاريخ 2010/9/21.

[135] عكس التصديق والإثبات والأمر بالتنفيذ لمنح القوة التنفيذية.

[136] وفي **اعتقادي** توجد شبهة عدم الدستورية، إذ أن في منح الحق في التنفيذ على أموال المدين ونزع ملكيتها للمنفعة الخاصة دون أي رقابة، ولو اكتفت الدولة بالنص التشريعي، اعتداءً على حقوق دستورية كحق الملكية الخاصة وهي مصونة، ولا يجب أن تأتي اهداف المشرع الاقتصادية على حساب الحقوق المحمية بموجب الدستور أعلى النظام القانوني في الدولة.

[137] حيث يجعل قانون المرافعات الإيطالي الأوراق التجارية سندات تنفيذية دون تدخل السلطة العامة.

[138] تنص المادة 600 بند 10 من قانون الإجراءات المدنية والإدارية والتحكيم الجزائري رقم 9 لسنة 2008 على أنه من السندات التنفيذية: "10- الشيكات والسفاتج، بعد التبليغ الرسمي للاحتجاجات إلى المدين، طبقا لأحكام القانون التجاري".

التنفيذ السعودي[139]، و الكمبيالة والسند لإذن في القانون الليبي[140]، والاسناد العادية (السندات العرفية) في قانون أصول المحاكمات اللبناني[141]، وعقد الإيجار المسجل في سلطنة عمان[142].

وتجدر الإشارة هنا إلى ضرورة تمييز فكرة "**السندات الخاصة ذات القوة التنفيذية الذاتية**"، دون تدخل السلطة العامة على النحو المتقدم، و"**السندات الخاصة شبه التنفيذية**" المعروفة في النظام

---

(139) تنص المادة 9 / 4 من نظام التنفيذ السعودي رقم 53 لسنة 1433 على أنه: "لا يجوز التنفيذ الجبري إلا بسند تنفيذي لحق محدد المقدار حال الأداء، والسندات التنفيذية هي: 4- الأوراق التجارية".

(140) تنص المادة 369 من قانون المرافعات الليبي على أنه: "... والسندات التنفيذية هي الأحكام والأوامر والقرارات والعقود الرسمية والكمبيالات والأوراق الأخرى التي يعطيها القانون هذه الصفة". وتنص المادة 888 من القانون التجاري الليبي رقم 23 لسنة 2010 على أن للسفتجة (الكمبيالة) قوة السند الواجب التنفيذ فيما يتعلق بالأصل والملحقات المبينة في المواد (880، 881، 884). وتؤكد ذلك المادة 932 من القانون التجاري.

(141) تنص المادة 275 من قانون رقم 1 لسنة 2016 بشأن قانون أصول المحاكمات السوري على أن: "أ/ التنفيذ الجبري لا يكون إلا لسند تنفيذي. ب/ الاسناد التنفيذية هي الأحكام والقرارات والعقود الرسمية وصكوك الزواج والأوراق الأخرى التي يعطيها القانون قوة التنفيذ. وتنص المادة 835 من قانون أصول المحاكمات اللبناني على أنه: "لا يجوز التنفيذ الجبري إلا بسند تنفيذي. الأسناد التنفيذية هي الأحكام والقرارات والأوامر القضائية وقرارات المحكمين القابلة للتنفيذ والأسناد الرسمية والعادية وسائر الأوراق التي يعتبرها القانون قابلة للتنفيذ مباشرة.

(142) وفي سلطنة عمان، بموجب المادة 8 من المرسوم السلطاني رقم 2020/125 بإصدار قانون تبسيط إجراءات التقاضي في شأن بعض المنازعات. حيث تنص على أن: "يكون عقد الإيجار المثبت للعلاقة الإيجارية قوة السند التنفيذي، شريطة أن يكون مبرماً وفق أحكام المرسوم السلطاني رقم 89/6 في شأن تنظيم العلاقة بين ملاك ومستأجري المساكن والمحال التجارية والصناعية وتسجيل عقود الإيجار الخاصة بها. ويتولى قسم التنفيذ في المحكمة المختصة وضع الصيغة التنفيذية على عقد الإيجار، وفي حالة امتناعه عن ذلك جاز لأحد الأطراف أن يلجأ إلى رئيس الدائرة الابتدائية المشار إليها في المادة 3 من هذا القانون بطلب إصدار أمر على عريضة بتسليمه الصورة التنفيذية وفق حكم المادة (4) من هذا القانون ". وتنص المادة 4 من مرسوم سلطاني - رقم 6 لسنة 1989 بشأن تنظيم العلاقة بين ملاك ومستأجري المساكن والمحال التجارية والصناعية وتسجيل عقود الايجار الخاصة بها على أن: " يترتب على عدم تسجيل عقد الإيجار وسداد الرسوم المقررة خلال شهر من تاريخ إبرامه عدم جواز الاعتداد بهذا عقد الإيجار أمام أية جهة رسمية في السلطنة، بالإضافة إلي دفع غرامة مالية تعادل ثلاثة أضعاف الرسم المقرر محسوبا على أساس الأجرة المستحقة عن مدة التأخير، ويجب اتخاذ إجراءات تسجيل عقد الإيجار ودفع الرسوم المقررة بعد ذلك.".

الفرنسي وهي الكمبيالة المقبولة و الشيك و السند لإذن[143] وعقد إيجار العقار المكتوب[144]. فهذه السندات الأخيرة تتمتع بقوة تنفيذية وقتية أو تحفظية فقط، إذ لا تمنح صاحبها الحق في التنفيذ الجبري، ولكن تعفيه من استصدار إذن قضائي مسبق للتدبير التحفظي كالحجز التحفظي أو الرهن القضائي التحفظي. بينما السندات الخاصة ذات القوة التنفيذية الذاتية تخول حاملها الحق الكامل في التنفيذ، سواء تدابير تنفيذية أو تحفظية من باب أولى.

(143) ويُلاحظ هنا أيضاً أن المشرع الفرنسي لا يجعل الأوراق التجارية سندات تنفيذية كاملة إلا بتدخل المحضر حال الامتناع عن دفع شيك، بينما يعتبر هذه الأوراق أوراقاً تجارية معتمدة في الوفاء أو الضمان التجاري بمثابة سندات شبه تنفيذية. انظر: أحمد سيد أحمد محمود، نحو فكرة تأمينات قضائية في مجال التنفيذ الجبري، دار النهضة العربية، سنة 2016، ص25، ص26 وهامش (1).

(144) من قانون التنفيذ الفرنسي تنص على أنه: "لا يشترط الحصول على إذن مسبق من L511-2حيث إن المادة القاضي عندما يعتمد الدائن على سند تنفيذي أو على قرار قضائي غير متمتع بقوة تنفيذية بعد. وينطبق الشيء نفسه في حالة عدم دفع كمبيالة مقبولة أو سند إذني أو شيك أو إيجار غير مدفوع طالما أنه ناتج عن عقد مكتوب لاستئجار عقار.

Article L511-2: « *Une autorisation préalable du juge n'est pas nécessaire lorsque le créancier se prévaut d'un titre exécutoire ou d'une décision de justice qui n'a pas encore force exécutoire. Il en est de même en cas de défaut de paiement d'une lettre de change acceptée, d'un billet à ordre, d'un chèque ou d'un loyer resté impayé dès lors qu'il résulte d'un contrat écrit de louage d'immeubles* ».

المطلب الثاني

الأساس الفني للسندات الخاصة ذات القوة التنفيذية

(التحول عن القضاء)

إن الأساس الفني للسندات الخاصة ذات القوة التنفيذية يكمن في **اعتقادي** في فكرة التحول عن القضاء، للتخفيف من عبء القضاء ليركز على مهامه الأساسية في فض المنازعات. وما يميز هذا الأساس أنه متصل بالعمل الذي يتضمنه السند التنفيذي والمحرر (السند) معاً[145]. ولكن ما هو مفهوم فكرة التحول عن القضاء **(فرع أول)** وصوره وآلياته **(فرع ثان)** وأهدافه **(فرع ثالث)**.

الفرع الأول

مفهوم فكرة التحول عن القضاء

إن فكرة "التحول عن القضاء *déjudiciarisation"* [146] ينطوي على التخفيف عن القضاء ومن دوره التقليدي للوصول إلى العدالة. وهكذا يُعرَّف، بالمفهوم العكسي لفكرة

---

[145] وفي **اعتقادي** أن الأساس التاريخي الذي يعول عليه البعض في تأسيس القوة التنفيذية لبعض السندات الخاصة التنفيذية للمحررات الموثقة لا يسعفنا في بحث أساس السندات الخاصة ذات القوة التنفيذية، إذ كان المنطلق الأساسي هو بيان تفرد هذه المحررات الموثقة بالقوة التنفيذية مقارنة بالمحررات الأخرى العرفية والرسمية، ولكن في **اعتقادي** أن تحديد الأساس القانوني لمنح تلك المحررات الموثقة بات أمراً هاماً لمهمة أخرى وهي مدى جواز مد السياسة التشريعية لمنح القوة التنفيذية لمحررات أخرى لاسيما في ظل التطورات الاقتصادية والاجتماعية. وتاريخياً، غالى القانون الروماني في رعاية مصلحة المدين فلم يقنع باشتراط إقرار المدين أمام البريتور أو الحكم عليه قبل التنفيذ، بل يتطلب أن يبدأ على طريق دعوى تنفيذية تباشر أمام البريتور. وفي القانون التقليدي لم تكن الدعوى التنفيذية تخول الدائن سوى تكليف مدينه بالحضور أمام البريتور للتمسك بحقه في الدعوى التنفيذية، فإذا أقر المدين كان للدائن أن ينفذ عليه أما إذا نازع فإن النزاع يجب ان يعرض على القاضي لحسمه في خصومة جديدة. فإذا ثبت عدم أحقية المدين يضاعف مبلغ الدين بحكم جديد لم يكن يرتل للدائن سوى دعوى تنفيذية جديدة يجوز المنازعة فيها من المدين مرة أخرى وهكذا إلى ما لا نهاية. فكان الإقرار القضائي من المدين لدائنه يشبه الحكم القضائي *Judicatus* فيعتبر الدائن وكأنه حصل على حكم إلزام ضد مدينه وكان ذلك امام مستشار السلطة القضائية حامل ختم الملك، ثم امام الموثق مع وضع الخاتم من المستشار، ثم تطور الأمر إلى أن منح الموثق سلطة وضع الختم. انظر: وجدي راغب، التنفيذ القضائي، ص46، هامش (3)؛ فتحي والي، التنفيذ، ص141، بند 74.

[146] هذا التحول عن القضاء معاييره هي تطوير منطق توافقي، وإزالة احتقان النظام القضائي، والسرعة، والتوازي بين الأشكال، وكذلك في قانون الأحوال الشخصية والأسرة، إلخ.

القضائيةjudiciarisation في قاموس العدالة: "الارتداد لدور القاضي، أو تطوير إجراءات المنازعات خارج نطاق قضاء الدولة"[147]. فالتحول عن القضاء هو تحول –لا نقول استغناءً تاماً– عن العدالة العامة، التي تتعهد الدولة بمقتضاها رد الاعتداء جبراً، إلى" العدالة الخاصة *Justice privé*"[148]، ولكن في عهد دولة القانون في المجتمعات المتمدينة، لا عهد دولة الطبيعة البائت في المجتمعات البدائية.

إن فكرة التحول عن القضاء لم تظهر فقط من خلال فكرة السندات المبنية على الإرادة الخاصة ذات القوة التنفيذية، بل أنها تنبع – في **اعتقادي**– عن فكرة أعم وأوسع وهي إفساح الطريق لدور الإرادة الخاصة في قانون المرافعات ذات الطابع الإجرائي العام والتخفيف من هذا الطابع بسب تداعيات التحولات الاقتصادية في العالم والابتعاد عن الاشتراكية والاتجاه نحو الرأسمالية. حتى وصل الأمر إلى تعزيز دور الإرادة الخاصة في الإجراءات *contractualisation de procédure*، بل وحتى في مجال قواعد التنفيذ الجبري، كما هو الحال على سبيل المثال بشأن هجر النظام الفرنسي اشتراط البيع الجبري وتنظيم البيع الودي[149]، بجانب فكرة السندات الخاصة التنفيذية.

Cimamonti, Sylvie, et Jean-Baptiste Perrier. *Les enjeux de la déjudiciarisation, rapport intermédiaire*. Diss. Mission droit et justice, 2017.

http://www.gip-recherche-justice.fr/wp-content/uploads/2018/09/15.26-Rapport_gip_dejudiciarisation.pdf .(آخر زيارة 2020/12)

(147) A. Jeammaud, *V° Judiciarisation/déjudiciarisation, in Dictionnaire de la justice*, L. Cadiet (dir.) : PUF, 2004, p.676-677.

(148) فتوجد حالات يحق فيها للشخص أن يأخذ حقه دون حاجة للالتجاء إلى القضاء. محمد عبد الخالق عمر، مبادئ التنفيذ، دار النهضة العربية، الطبعة الثالثة، سنة 1977 ص 180-181، بند 176. كذلك: أسامة شوقي المليجي، التصنيف الفني لوظائف وأعمال القاضي "دراسة مقارنة"، دار النهضة العربية، سنة 2005، ص4.

(149) أجاز قانون الإجراءات المدنية للتنفيذ الفرنسي للمدين أن يطلب خلال شهر من إعلانه بمحضر الحجز إجراء البيع الودي – لا الجبري La vente forcée- للمنقولات المحجوزة بمعرفته شخصيا وليس عن طريق السلطة العامة. وبالنسبة للعقارات المحجوزة، يقدم المدين طلب البيع الودي لقاضي التنفيذ، وإذا آذن له فإنه يحدد الثمن الذي لا يجوز للمدين بيع العقار بأقل منه (وفقا للمواد R322-25 à R322-20)

والمتتبع لسياسة التحول في مصر[150] وفرنسا[151]، يستنتج أن النهج الفرنسي كأن أكثر جرأة من النهج المصري في تمهيد الطريق للإرادة الخاصة في نشأة القوة التنفيذية التي ترتب الأثر الخطير في نزع ملكية أموال المدين جبراً.

وظهرت الإرهاصات الأولى في تطبيق فكرة التحول عن القضاء، في فرنسا ومصر، بصدد تكوين السندات الخاصة التنفيذية، من خلال محضر الصلح القضائي في الخصومة، وخارج الخصومة كالمحررات الموثق من قبل الموثق الموظف العام كبديل للقاضي، ثم الاتفاقات الخاصة المصدق عليها قضائياً، وحتى وصل الأمر إلى بدائل للقضاء في اعتماد الإرادة الخاصة من موظف عام آخر غير الموثق كالمحضر، ثم تطور الأمر في فرنسا حتى وصلنا إلى سند خاص تنفيذي مؤكد من محامي وهو ليس موظفاً عاماً مع التخفيف أيضاً من مهمة الموثق (كمسجل)، وهو اتفاق الطلاق التبادلي، بل وصل التحول عن القضاء إلى ذروته بتبني– بعض التشريعات كما رأينا– سندات خاصة ذات قوة تنفيذية ذاتية دون أي تدخل من سلطة عامة للإجبار مثل عقد التأجير التمويلي.

بيد أن فكرة التحول عن القضاء لم تسلم من أسهم النقد، إذ قيل[152] بأن هذه الفكرة قد تفضي إلى نتائج غريبة وغير منطقية حيث يُمنح العمل الموثق القوة التنفيذية مع استبعاد أنه من العدالة الخاصة مقارنة بالتحكيم، لأن المشرع يمنح العمل الموثق القوة التنفيذية وهو ليس عملاً قضائياً، ولا

PERROT (R.) et THERY (P.), *Procédures civiles d'exécution* : Dalloz, 3e éd., 2013, n° 30.

(150) ذهب البعض في الفقه المصري إلى أن العدالة الخاصة تشمل الحالات التي لا تحتاج إلى اقتضاء الحق للالتجاء إلى قضاء الدولة وتعد المحررات الموثقة حالة من حالاتها، ولكن يبقى الفارق بين التحكيم والتوثيق أن عمل الأخير لا يعد عملاً قضائياً. محمد عبد الخالق عمر، مبادئ التنفيذ، ص 181، بند 176.

(151) بدأت عملية التحول عن القضاء في فرنسا عام 2007 من وزارة المالية فيما يتعلق باقتراح مراجعة للسياسات العامة. وسيشكل ذلك مصدرا لتوفير مزدوج للوقت والمال وسيلة لتحديث نظام العدالة ومواءمة الإجراءات الفرنسية مع الإجراءات المتبعة في البلدان المجاورة، كالطلاق أمام الموثق، والإجراءات التشاركية، والوساطة الجنائية.

Olivera Boskovic (dir.). *La déjudiciarisation*, Oct 2011, Orléans, France. Mare & Martin, pp.477, 2012, Droit privé et science criminelle, 9782849341124. ⟨halshs-01561021⟩

(152) أحمد محمد حشيش، أساس التنفيذ الجبري في قانون المرافعات المدنية، مطبعة جامعة طنطا للكتاب الجامعي، طبعة 1998، ص100.

يمنح عمل المحكم تلك القوة مع أنه عمل قضائي حائز لحجية الأمر المقضي، كما أن محرر الزواج الموثق على يد المأذون، ذات القوة الثبوتية، لا يصلح كسند تنفيذي لاقتضاء مؤخر الصداق الثابت مثلاً.

ولكن يمكن لنا الرد على ذلك بأن التمييز موجود بين القوة الثبوتية والقوة التنفيذية من جانب، وحجية الأمر المقضي والقوة التنفيذية من جانب آخر، وسيلةً وغاية. إن الحكمة من عدم منح القوة التنفيذية لعمل المأذون هو أنه ليس موظفاً عاماً[153]، ولكن مكلف بخدمة عامة، والمشرع حينما يفوض القوة التنفيذية، بما تتضمنه من سلطة الإجبار، لغير قاض، يريد ضمان أن يكون المفوض له على الأقل تضمن قواعده الوظيفية النزاهة والاستقامة في حالتي السكون والحركة كالموظف العام. صحيح أن المكلف بخدمة عامة، بجانب الموظف العام، ارتأى المشرع تفويضه السلطة العامة لمنح القوة الثبوتية (الرسمية) على السندات التي يحررها ليُحتج بها في مواجهة الكافة، ولكن لم تعد القوة الثبوتية للسندات مفترضاً لمنحها القوة التنفيذية ولا جسر العبور الوحيد لها، فاتفاق الطلاق التبادلي سند تنفيذي وهو محرر غير رسمي كما ألفينا.

وإذا كانت الحجية من مظاهر العمل القضائي، فلا تعد أساساً للقوة التنفيذية، غاية الحجية الأساسية هي منع إعادة النزاع لاستقرار الحقوق والمراكز. كما أن القوة التنفيذية لا تفترض عدم القابلية للمنازعة ودليل ذلك حيازة بعض الأحكام القضائية الموضوعية والحكم المستعجل للقوة التنفيذية على الرغم من قابليتها للطعن فيها. وقد منح المشرع العديد من الأعمال غير القضائية القوة التنفيذية.

وفي المقابل، إن فكرة التحول عن القضاء في السندات الخاصة ذات القوة التنفيذية لا يجب – في **اعتقادي**– أن تكون بذاتها محلاً للنقد السلبي، بل السياسة التشريعية العامة في ربط القوة التنفيذية بقوة الأمر المقضي هي التي تكون محلاً للنقد الآن في مصر. ففكرة التحول عن القضاء – في نظرنا– أوقعت المشرع المصري في موقف محرج، إذ أن اعتماده على الإرادة الخاصة في تكوين السند التنفيذي (كاتفاق التمويل العقاري أو عقد التأجير التمويلي) تدفعه – من باب أولى– إلى جعل

---

(153) ويعد صك الزواج سنداً تنفيذياً وفقاً للمادة 275 من قانون أصول المحاكمات السوري التي تنص على أن: "ب/ الاسناد التنفيذية هي الأحكام والقرارات والعقود الرسمية وصكوك الزواج والأوراق الأخرى التي يعطيها القانون قوة التنفيذ".

الحكم القضائي الموضوعي الصادر عن إرادة قاضي محكمة الدرجة الأولى سنداً تنفيذياً كأصل عام وليس العكس. وهذا ما تبناه المشرع الفرنسي حديثاً ومنذ أشهر في يناير 2020 عندما نص على أن حكم أول درجة – بحسب القاعدة –ينفذ نفاذاً معجلاً بقوة القانون ما لم ينص القانون أو يصدر الحكم على خلاف ذلك[154].

الفرع الثاني

آليات التحول عن القضاء

إن السندات التنفيذية القضائية هي السندات التنفيذية النموذجية المبنية في تكوينها على عناصر قوية وهي وجود قاض ذي وظيفة قضائية لفض نزاع بتطبيق القانون عليه، بحيث تكون إرادته هي العمل التحضيري للسند التنفيذي، وفقاً لإجراءات (خصومة) أحاطها المشرع بمبادئ التقاضي الأساسية، ومنها المواجهة والدفاع.

---

[154] تنص المادة 514 إجراءات مدنية فرنسي (معدلة بالمرسوم 1333–2019 تاريخ 2019/12/11–م3) على أن: "تنفذ القرارات الصادرة عن خصومة أول درجة نفاذاً معجلاً ما لم ينص القانون أو يقضي القرار بغير ذلك".

وفقا للمادة الثانية من المادة 55 من المرسوم رقم 1333–2019 سالف الإشارة تنطبق هذه الأحكام على الإجراءات المرفوعة أمام المحاكم من الدرجة الأولى اعتبارا من الأول من يناير 2020.

Article 514: « ***Les décisions de première instance sont de droit exécutoires à titre provisoire à moins que la loi ou la décision rendue n'en dispose autrement*** ».

وفي المقابل فإن مدة الطعن العادي (كالاستئناف) أو تقديم الطعن العادي ذاته يوقف التنفيذ بموجب المادة 539 من قانون المرافعات.

: « *Le délai de recours par une voie ordinaire suspend l'exécution du* Article 539 *jugement. Le recours exercé dans le délai est également suspensif* ».

كما أنه لا يجوز البيع الجبري العقاري إلا إذا حاز الحكم قوة الأمر المقضي، عملاً بالمادة L311-4 من قانون التنفيذ.

Article L311-4 : « *Lorsque la poursuite est engagée en vertu d'une décision de justice exécutoire par provision, la vente forcée ne peut intervenir qu'après une décision définitive passée en force de chose jugée* ».

بيد أن المشرع في سبيل التحول عن القضاء بصدد ابتداعه سندات تنفيذية لا تعتمد على إرادة القاضي الناشئة في ظل مبادئ التقاضي، خفف من دور القضاء وأخذ بروح هذه المبادئ، وكأنه كيميائي، يخفف من بعض العناصر المكونة للسندات التنفيذية القضائية أو يستغني عنها تماماً ويعوضها ويستبدلها بعناصر أخرى، ليقيم نوعاً من "**التوازي بين السندات التنفيذية**" على حد تعبيرنا، ولا نقول المطابقة مع عناصر السندات التنفيذية القضائية النموذجية، معتمداً على وجود إرادة ذوي الشأن الخاصة.

هذا التوازي بين السندات التنفيذية القضائية والسندات الخاصة التنفيذية على النحو السابق يرمي بها المشرع إلى الموازنة بين مصالح عديدة، **مصلحة الدولة** العامة في اقتضاء الدائن حقه بسهولة وسرعة مما يضمن تحقيق سلطان القانون والأمن القانوني الاجتماعي. وهو فضلاً عن هذا يشجع الائتمان وما يتبعه من رواج اقتصادي هذا من ناحية، ومن ناحية أخرى تحقق **مصلحة الدائن** الخاصة في الحصول على سند تنفيذي يتضمن حقه بدون تعقيدات وبتحقيق **لوجستيات التقاضي (اختصار في الوقت والجهد والإجراءات والنفقات)** دون منازعة من المنفذ ضده، ومن ناحية ثالثة لابد أن تُراعى **مصلحة المنفذ ضده** في معارضة التنفيذ أو منازعته، لأن السند الخاص التنفيذي نشأ دون بحث قضائي في ظل مبادئ التقاضي الأساسية. لذلك اتبعت لتنفيذ فكرة التحول عن القضاء بجانب آلية الأخذ بروح مبادئ القضية العادلة، إما **آلية التخفيف من دور القضاء أو الاستغناء عنه**، وذلك على التفصيل التالي:

أولاً: – التخفيف من دور القضاء في السندات الخاصة التنفيذية

إن الآلية الأولى ستعتمد على التخفيف من دور العنصر القضائي في تكوين السند التنفيذي، باستدعاء دور آخر لها -*la déjudiciarisation s'accompagne d'un mouvement de re-judiciarisation*[155] وهو دور منح القوة التنفيذية بالإثبات أو التصديق[156].

---

[155] S. Amrani-Mekki, *Notaire - Le sens de la déjudiciarisation.* La Semaine Juridique Notariale et Immobilière n° 14, 6 Avril 2018, 1150, n°10.

[156] ولكن ذلك يكون على حساب قاضي التنفيذ المختص بالتصدي لفض منازعات التنفيذ المتعلقة بالسند التنفيذي الخاص الذي لا يتمتع بحجية الأمر المقضي، مقارنا باختصاصه بنظر منازعات متعلقة بالسندات التنفيذية القضائية التي تحوز تلك الحجية كما سنرى فيما بعد عند تناول فعالية السندات الخاصة التنفيذية.

إن وظيفة القاضي أو رقابته في إزالة العارض في النظام القانوني ستصل إلى أدنى مستوياتها[157]عند الحديث عن السندات الخاصة التنفيذية مقارنة بالسندات التنفيذية القضائية، فسيكون دور القضاء مختلفا عن الدور التقليدي في فض النزاع بإصدار حكم أو أمر بتطبيق القانون على وقائعه، وإنما هو لإضفاء القوة التنفيذية، برقابة معاصرة لتكوين التصرف الخاص بالإثبات *constatation* القضائي –على غرار التوثيق من الموثق– كإثبات الصلح القضائي في محضر الجلسة ، أو رقابة لاحقة على تكوين العمل الخاص بالتصديق*homologation* [158]على الاتفاقات غير الرسمية في الوسائل البديلة لحل المنازعات كاتفاق التسوية، والوساطة، والتوفيق خارج المحكمة، والاتفاقات التي تُبرم بعد إجراء تشاركي، وفي مصر التصديق على اتفاق التمويل العقاري كالتالي:

1– <u>تعريف الرقابة القضائية بالإثبات والتصديق في منح القوة التنفيذية للسندات الخاصة:</u>

أما عن **الإثبات القضائي لاتفاق الصلح**، وهو تخفيف من دور القاضي حتى وإن كان في ظل وجود خصومة تواجهية قائمة خاضعة لمبادئ التقاضي الأساسية، كإثبات اتفاق الصلح في محضر الجلسة أو إلحاقه به، ولكن إرادة القاضي المثبت لاتفاق الصلح تندمج وتتعاصر مع إرادة الأطراف في تكوين العمل التحضيري الرسمي للسند الخاص التنفيذي.

---

(157) حتى أن بعض الفقه الفرنسي شبه ذلك بأن إرادات الأطراف هي التي لها الدور المحوري، وكل ما هنالك أن القضاء سيلبسها عباءة قضائية «*manteau judiciaire*».

HAUSER, *Des conventions dans le divorce et du contrat judiciaire*, RTD civ. 2008. 662

(158) ومن المهم ملاحظة أنه بينما تستخدم المواد 131-12 و832-8 من قانون الإجراءات المدنية الفرنسي الجديد كلمة "التصديق"*homologation* وتشير المادتان 129 و130 من القانون ذاته إلى فكرة التوصل إلى "إثبات" *constatation* اتفاق الأطراف من قبل القاضي. ويبدو أن هذه الازدواجية في المصطلحات لها ما يبررها من حيث أنه، في الفرضيات الأولى، تم الحصول على اتفاق الوساطة (المادة 131-12) أو التوفيق (المادة 832-8)، دون حضور القاضي، في حين أن عبارة الإثبات تنطبق على التوفيق الذي قام به القاضي نفسه في الخصومة، وبالتالي تحت رقابته؛ ليكون الإثبات لمنح الاتفاق القوة التنفيذية. كما ينص المشرع الفرنسي على تدخل القاضي بعبارات مختلفة كمصطلح يصدق «*homologue*» في المادة 131إجراءات مدنية فرنسي، أو يمنح القوة التنفيذية «*confère la force exécutoire*» في المادة 281، 384 إجراءات مدنية فرنسي، ويثبت التوفيق بين الخصوم «*constate la conciliation des parties*» وفي المادة 129 إجراءات مدنية فرنسي ويثبت الاتفاق «*donne acte de l'accord*» ولكن يصاحب هذا التنوع الاصطلاحي عدم وجود يقين قانوني في مفاهيمها، حيث لا يوجد نص يحدد بوضوح الإجراءات أو سلطات القاضي أو نطاق الاتفاق.

Trib. com. Châlons-sur-Marne, 1er juin 1978, Gaz. Pal. 1978. 2. 555, note P. Decheix; R.T.D. Civ. 1979. 198, obs. PERROT (R.). Christine Hugonhu, *Existe-t-il un droit commun de l'homologation judiciaire?* LPA 11 déc. 2003, n° PA200324701, p. 4 ; N. FRICERO, *Accord des parties, homologation, octroi de la force exécutoire : quel rôle pour le juge ?* RJPF 2010. Analyse 1.

أما **عن التصديق**، فيعرّفه البعض بأنه "موافقة قضائية تخضع لها بعض الأفعال بموجب القانون والتي، على افتراض التحقق من قانونية العمل من ناحية والتحقق من الملائمة أو التناسب في كثير من الأحيان من ناحية اخرى، تمنح للعمل المصدق قوة تنفيذية كتلك القوة الممنوحة لأحكام القضاء"[159]. فالتصديق القضائي على اتفاقات الوسائل البديلة لفض المنازعات (الوساطة والتوفيق والإجراءات التشاركية) وعقدي التمويل في مصر (التمويل العقاري والتأجير التمويلي)، يكون في غير خصومة تواجهيه، وتتدخل إرادة القاضي لكن بعد تكوين العمل أو التصرف الخاص وليس معاصراً له كالإثبات القضائي.

وفي الصورتين، سواء **الإثبات والتصديق**، يعوض المشرع عن دور القاضي المنشئ للعمل التحضيري للسند التنفيذي، وعن وجود خصومة تواجهيه، بوجود الإرادة الخاصة عند تكوين العمل التحضيري للسند التنفيذي معاصرة أو لاحقة برقابة قضائية على مدى امتثال التصرف الخاص للنظام العام دون صحته عكس نظام التوثيق[160].

ويتميز التصديق عن الإثبات والتوثيق، في أن التصديق يفترض عدم وجود إرادة القاضي في تكوين العمل التحضيري للسند التنفيذي عكس الإثبات الذي يعتمد عمله التحضيري على الإرادة الخاصة وإرادة القاضي معاً، لذلك يشترط توقيعهما معاً، فعاصرت إرادة القاضي إرادة الخصوم أثناء تكوين مضمون السند التنفيذي (محضر الصلح)، عكس التصديق تكون إرادة القاضي لاحقة على تكوين العمل مضمون السند (الاتفاق المطلوب التصديق عليه). في حين أن الأول يعبر عن إرادة القاضي في صورة أمر بالتصديق يكمل التصرف الخاص، فالسند الخاص التنفيذي عندئذ يكون مركباً من التصرف الخاص والامر بالتصديق، بينما في الإثبات والتوثيق فإرادة الموثق أو القاضي لا تظهر في صورة أمر ولكن في التوقيع على المحرر الذي يتضمن التصرف الخاص سواء كان

---

(159) التصديق (باللاتيني *homologare*)، الاعتراف، يتم تعريف التصديق على أنه الموافقة القضائية التي يخضع لها القانون بعض التصرفات. في إطار الرقابة القانونية، وفي كثير من الأحيان، الملائمة، من جانب القاضي، فإنه يمنح بمقتضاه العمل المصدق القوة التنفيذية.

CORNU [dir.], Vocabulaire juridique, 11e éd., 2016, PUF, *V°* Homologation.

(160) PERROT (R.), *RTD civ. 2006, p. 823.*

محرراً رسمياً موثقاً أو محضر جلسة مثبتا للصلح أو مرفقاً به[161]. ويترتب على هذا التمييز نتيجة هامة بخصوص الرقابة القضائية على القوة التنفيذية لتلك السندات الخاصة كما سنرى لاحقاً[162].

كما *أن التصديق* يهدف إلى تحقيق مزية إضافية مرجوة وهي إضفاء القوة التنفيذية على هذه الاتفاقات، بمعنى أن الاتفاق بدون قوة تنفيذية يرتب آثاره في تجنب نزاع أو إنهائه، على عكس إثبات القاضي للصلح، فهو أمر وجوبي لجعل اتفاق الصلح عملاً إجرائياً أي جزء من الإجراءات ويرتب أثره الإجرائي في إنهاء نزاع قائم[163].

---

(161) إلا إذا كان اتفاق الصلح مصدقاً عليه باستصدار قرار من القاضي بالتصديق.

(162) والبعض من الفقه الفرنسي ينتقد استخدام مصطلح *homologation*، لأن هذا الاصطلاح يفيد الموافقة *approuve* على مضمون السند وفي الحقيقة انه غير المقصود في منح القوة التنفيذية إذ ان القاضي لا يراقب رقابة موضوعية للسند، وهو مصطلح يستخدم في القوانين الموضوعية لا الإجرائية. بينما التصديق هو تعويض عن عدم وجود القاضي عند تكوين العمل الخاص التفاوضي مضمون السند التنفيذي احتراما لحرية إرادتهم، فيتدخل القاضي بعد تكوين العمل التفاوضي فقط للرقابة على مدى امتثال العمل الخاص للنظام العام، وتدخل القاضي لا ليقول كلمة القانون ولكن ليتأكد من عدالة (امتثاله للنظام العام) الحل- لا صحته (امتثاله للقانون) - الذي توصل إليه الأطراف.

Y. strickler et foulon, *accords et force exécutoire en France* Gaz. Pal 3 sept. 2013, p.8, H. Croze et Fradin ; S. Amrani-Mekki, *"Les" nouveaux" titres exécutoires : les accords amiables homologués*." Droit & Patrimoine 231 (2013) : 57 ; H. Croze et Olivier Fradin, *Procédure civile - L'ordonnance par laquelle le juge donne force exécutoire à la transaction est une ordonnance sur requête* - La Semaine Juridique Edition Générale n° 42, 17 Octobre 2007, II 10172.

(163) يرى البعض أن التصديق مكمل للاتفاق.

L. Aynès (dir.), *L'authenticité*, Doc. fr., 2013, p. 89 ; L. Mayer, *Précisions sur le contrôle « léger » exercé par le juge homologateur d'une transaction*. Gaz. Pal. 16 juin 2015, n° 228.p. 12.

ولكن في **اعتقادي** هو ليس مكملاً ولكن كل ما هنالك أنه يمنح القوة التنفيذية للاتفاق، بمعنى أن التصديق لا يدخل في مكونات الاتفاق ولا في شروط صحته، فيمكن تنفيذه اختيارياً وإرادياً دون التصديق. فيبقى التصديق محترِماً دائماً لحرية إرادة الأطراف بحيث لا يمس مضمون العمل. بيد أن التصديق قد يكون شرطا لفعالية التصرف م 6/1397، وقد يكون شرطاً لصحة التصرف تارة ثانية، وقد يكون شرطاً لنفاذ التصرف كتصديق الطلاق الاتفاقي من قبل قاضي مسائل الأسرة. ولكن التصديق في السندات الخاصة يكون شرطاً لمنح الاتفاق أثراً إجرائياً – لا موضوعياً- وهو القوة

ووفقاً للمعيار العضوي، فإن كان التوثيق يقوم به الموثق أو القاضي، فإن التصديق يقوم به القاضي فقط. كما أنه إذا كان التوثيق يعد عملاً إدارياً بالنسبة للموثق فقد يقوم به القاضي أيضاً، فإن التصديق يقوم به فقط القاضي دون الموثق.

علاوة على انحسار دور القاضي في الاتفاقات المصدقة *homologée*عكس إثبات الصلح القضائي في محضر؛ فدور القاضي عند التصديق، كالموثق عند التوثيق، لا يتدخل في صحة العمل، ولكن فقط في مدى توافقه مع النظام العام والآداب العامة [(164)]، حتى لا تُتخذ المنازعة في الصحة عائقاً أو مؤخراً للتنفيذ[(165)]، لذلك نوصف التصديق بأنه رُمَّانَةُ القَبَّانِ بين سلطان الإرادة

التنفيذية للعمل الإرادي الذي يتضمنه السند الخاص التنفيذي. بينما التوثيق يتطلب من الموثق التحقق من موضوع وشكل التصرف الخاص الذي سيوثقه، وهو ما يفضي إلى القول بأن الموثق يشارك في نشأة العمل أو التصرف الخاص محل السند التنفيذي.

(164) Civ. 2e, 26 mai 2011, n° 06-19.527, D. 2011. 1494, 2150, chron. J.-M. Sommer et L. Leroy-Gissinger, 2012. 244, obs. N. Fricero, et 1509, obs. A. Leborgne ; RTD civ. 2011. 559, obs. P.-Y. Gautier, et 593, obs. R. Perrot.

لا يعد أمر التصديق حكماً حضورياً يحوز حجية الأمر المقضي في مفهوم المادة 480 إجراءات مدنية فرنسي. وبناء عليه يجوز لقاضي التنفيذ أن يقدر صحة الاتفاق محل التصديق عملا بالمادة L. 213-6 من قانون السلطة القضائية الفرنسي. وهذا المفهوم ينطبق على كل الاتفاقات التي تكون محلا للتصديق بغية منحها القوة التنفيذية، كما هو الحال في المادة 1565 إجراءات مدنية فرنسي بشأن اتفاق الأطراف على التوفيق والوساطة والإجراءات التشاركية.

Anne Leborgne, Recueil Dalloz 2018 p.1223, Droit de l'exécution, avril 2017 - avril 2018.

(165) Th. Clay, obs. sous Cass. 2e civ., 26 mai 2011, *JCP* 2011, n° 1397.

فرقابة القضاء عند التصديق لمنح القوة التنفيذية رقابة مخففة أو دنيا، وليست رقابة داخلية موضوعية تشبه تلك المقررة لقاضي التنفيذ عند منح القوة التنفيذية لحكم التحكيم*exequatur*، والهدف منها عدم التأخير في التنفيذ، والسماح لفاعلية حرية الأطراف في فض النزاع أو تجنبه.

على الرغم من ان التوازي الذي يتم أحيانا بين الأمر بتنفيذ أحكام التحكيم والتصديق لتبرير توحيد الرقابة لا يقنع، لأن حكم التحكيم هو عمل قضائي بينما الاتفاق من عمل الأطراف فقط. وإن الأمر الذي يصدره القاضي في طلب ذوي الشأن وضع الصيغة التنفيذية على أحكام المحكمين هو في حقيقته أمر على عريضة يخضع لنظام الأوامر على العرائض من ناحية إصدارها والتظلم منها والطعن في الأحكام الصادرة في التظلم منها، وقد أجاز المشرع لذوي الشأن التقدم باستصدار أمر جديد أو التظلم من الأمر الصادر لنفس القاضي الآمر أو للمحكمة المختصة التابع لها وفقا

(حرية الأطراف) وإرادة السلطان (النظام العام). وإذا كان للتصديق على الاتفاق **أثر وحيد** وهو إضفاء القوة التنفيذية، دون حجية الأمر المقضي، وبالتالي "لا تقف عقبة للمنازعة في صحة ذلك الاتفاق أمام قاضي التنفيذ.[166] ولكن الإثبات له أثر منح القوة التنفيذية وإنهاء الخصومة التي نشأت في رحابها، فيضفي على العمل القوة التنفيذية وانقضاء الخصومة *extinction de l'instance* بقرار يستنفد ولاية المحكمة.

2- طبيعة الرقابة القضائية لمنح القوة التنفيذية للسندات الخاصة:

للإجراءات القانونية الخاصة بكل عمل، وهذه قواعد عامة تنطبق على كافة الأحوال التي يجوز فيها إصدار أمر على عريضة. حكم محكمة النقض - مدني - الطعن رقم 873 لسنة 71 قضائية - الدائرة المدنية والتجارية – بتاريخ 2013/12/9 (غير منشور) على الموقع:

www.eastlaws.com (آخر زيارة 2020/12).

(166) إن قاضي التنفيذ مختص بمنازعات التنفيذ، سواء تعلقت بموضوع أو بشكل تدابير التنفيذ. تنطبق هذه القاعدة على التصديق على اتفاق تسوية اتفاق المعاملات، كما جاء في قرار محكمة النقض الصادر في 28 سبتمبر 2017. وفي هذه الحالة، صدر أمر ضد السيد (س). ككفيل متضامن بدفع مبلغ مستحق لبنك. وفي 23 فبراير 2010، توصل الطرفان إلى اتفاق بشأن تسوية الديون. وفي 31 يوليو 2013، أستصدر البنك أمراً ضد السيد (س) لغرض الحجز والبيع. لجأ المنفذ ضده إلى قاضي التنفيذ مدعياً بطلان وإلغاء اتفاق التسوية الصادرة في 23 فبراير 2010، وبطلان المطالبة بالديون التي على أساسها سيتم الحجز – البيع. قاضي الموضوع مختص بنظر هذا الطلب.

محكمة النقض الفرنسية قررت أن التصديق على اتفاق التسوية هو فقط لمنحه القوة التنفيذية لا يعد مانعاً من المنازعة في صحة الاتفاق الذي تضمنه امام قاضي التنفيذ .

Stéphane PIÉDELIÈVRE, *Titre exécutoire - Pouvoirs du juge de l'exécution et homologation d'une transaction* - Commentaire, Document : Revue de Droit bancaire et financier n° 6, Novembre 2017, comm. 262. Civ. 2e, 28 sept. 2017, n° 16-19. 184, D. 2018. 692, obs. N. Fricero ; Xavier Vuitton, *Quelques réflexions sur l'office du juge de l'homologation dans le livre V du code de procédure civile* — RTD civ. 2019. 771.

بسب التخبط التشريعي في نصوص قانون الإجراءات المدنية الفرنسي[167]، اختلف الفقهاء في تحديد طبيعة تدخل القضاء بالرقابة لمنح القوة التنفيذية، فمنهم من ذهب إلى أنه ليس عملاً من أعمال السلطة القضائية *acte judiciaire*، بل هو عمل إداري بحت[168]، وفريق آخر يعتبره عملاً

---

(167) والتكييف القانوني الصريح للطبيعة الولائية للتصديق على اتفاق الأطراف ويؤكد أكثر من ذلك نية البرلمان إخضاع هذه المسألة لهذا النظام لأنها لم تدرج في كل افتراضات التصديق. (انظر على سبيل المثال: المادة 129 إجراءات مدنية فرنسي). وطالما لم يشمل التصديق كل الحالات والفروض فهذا دليل على المغايرة. غير أن الفقرة 2 من المادة 131-12 من قانون الإجراءات المدنية تنص على أن عملية التصديق التي تتم "مسألة ولائية"، مما يؤدي، في غياب حكم خاص، إلى "إضفاء الطابع القضائي" على اتفاق الأطراف بإخضاعه لنظام القرارات الولائية، بما في ذلك سبل مراجعتها.

CADIET et JEULAND, *Droit judiciaire privé*. Vol. 2. Litec, 2000, no 426, p. 650-351.

(168)فإنه ليس من الضروري ان يكون التكييف الولائي هو المفترض عندما لا يكون القرار تواجهيا. وعلاوة على ذلك، يبدو أن الأمر بالغ الأهمية عندما لا يكون تدخل القاضي من تلقاء نفسه ويتصرف كموظف عام. ومن المؤكد أن قرار القضاة بالموافقة على الاتفاق المبرم بحرية بين الطرفين ليس قراراً خلافياً أو تواجهيا؛ ولكنها ليست بالضرورة ولائية وربما تكون إدارية بحتة. فالعمل الذي يوافق به القاضي على التسوية التي تمت خارج حضوره، بناء على عريضة أو طلب بسيط "من طرف واحد" يطلب منه منحه قوة تنفيذية، ليس تصديقاً، ولا هو مسألة ولائية، لأنه إذا كان هناك نزاعا انقضى بالتسوية، واكتفى القاضي عندها بتسجيل إرادة الطرفين دون أي تدخل أو إرادة من تلقاء نفسه. وبالتالي، فإنه سيكون عملا من اعمال السلطة القضائية وليس عملا قضائياً بالمعنى الفني له يتعلق بتسوية النزاع، ويظل هذا الإجراء تعاقديا بطبيعته.

S. Guinchard, C. Chainais et F. Ferrand, *Procédure civile*. Dalloz, n° 1051, p. 710, n° 1053, p. 711-712 ; CADIET, NORMAND et AMRANI-MEKKI, *Théorie générale du procès*, 2010, PUF, no 76, p. 332.

البروفيسور GUINCHARD انتقد الطابع الولائي

S. Guinchard, L'ambition d'une justice civile rénovée. Commentaire du décret n° 98-1231 du 28 décembre 1998 et de quelques aspects de la loi n° 98-1163 du 18 décembre 1998, D. 1999. Chron. 65, n° 18 ; Gaëlle DEHARO, Contrat judiciaire, Répertoire de procédure civile, Septembre 2017 n° 60.

من أعمال السلطة القضائية بموجب سلطة القاضي الولائية[169]. وما يزيد الأمر تعقيداً في تحديد طبيعة تدخل القضاء بالإثبات أو التصديق، هو تلك المنطقة الرمادية للمسائل الولائية، فمن الفقه الفرنسي من أستبعد العمل الولائي من نطاق العمل القضائي[170]، ومنهم من ادخلها[171]، على

---

(169) ويترتب على ذلك أن أمر القاضي بالتصديق يخضع لنظام الأوامر على عرائض ما لم ينص القانون على غير ذلك. والنظام في المسائل الولائية، أن يتمتع القاضي، بموجب قانون الإجراءات المدنية الفرنسي، بسلطات واسعة في الرقابة. ويمكنه أن يجري، ولو من تلقاء نفسه، "جميع التحقيقات المفيدة". ويجوز له أن يستند في قراره إلى وقائع لم تثر من الخصم. ولديه القدرة على الاستماع بشكل غير رسمي إلى من يستطيع تنويره ومن قد يتأثر بالقرار. لديه أن يعلن قراره دون مرافعة أو يأمر بمرافعة. ويجوز له أن يعين الغير التي سيتم إخطاره بالقرار. ومن الواضح أنه في غياب خصم معين، يتعين عليه أن يلعب دور القوة المضادة. ومع ذلك، فإن هذا الدور أساسي عند التصديق: فهو يتيح له الفرصة لاستبعاد الاتفاقيات التقليدية التي من شأنها أن تضر بالغير. وهو يسمح له، عندما يُلجأ إليه عن طريق العريضة، بالاستماع إلى الطرف الآخر في التصرف أو العمل إذا اشتبه في وجود عيب في الرضا.

Christine Hugonhu, *Existe-t-il un droit commun de l'homologation judiciaire*? op.cit., p. 4.

في ضوء المادة 25 من قانون الإجراءات المدنية، التي تنص على أن "القاضي يحكم في مسألة ولائية عندما يواجه، في حالة عدم وجود نزاع، طلباً يقتضيه القانون، على أساس طبيعة القضية أو مركز مقدم الطلب، أن يخضع لتحكمه."

ويشدد الفقه على ضرورة استيفاء شرطين لكي يظهر القاضي نشاطه في مسائل ولائية: أن يكون الوضع خالياً من طابع النزاع وأن هذا الوضع لا يمكن أن ينتج أثره دون تدخل القاضي المكلف بممارسة الأذونات والتصديق أو إثبات الاتفاق.

CORNU et FOYER, *Procédure civile*, 1996, PUF, no 24, p. 144.

وبموجب المادة 25 من قانون الإجراءات المدنية الفرنسي، يقرر القاضي في المسائل الولائية عند الالتجاء إليه غياب النزاع، وهو ما يقتضيه القانون بسبب طبيعة القضية أو صفة مقدم الطلب الذي يخضع لرقابته. غير أن هذا التكييف محل مناقشة لأنه يستند إلى فرضية إضفاء الطابع القضائي على الاتفاق الذي لا يوجد في هذه الحالة. وأيضا، يبدو أن الفقه يراه " امتداداً" للمسألة الولائية. انظر: أحمد ماهر زغلول، أصول وقواعد المرافعات، ص968، بند 441 وما بعدها.

(170) G. Couchez, *Procédure civile*, Dalloz, 12e éd., nos 211 et s., p.170 et s.

(171) P. Hébraud, *Commentaire de la loi du 15 juillet 1944*, D. 1946, légis., p. 333 ; Y. Balensi, *L'homologation judiciaire des actes juridiques*, RTD civ. 1978. 42 ; L. Cadiet, *Droit judiciaire privé*, Litec no 96 ; J. Vincent et S. Guinchard, *Procédure civile*, Dalloz, 26e éd., no 165 ; Amiel-Cosme, Justice 1997, no 5, p. 135 et s.

أساس الاختلاف حول مفهومي سلطة الإجبار *imperium* والوظيفة القضائية *juridictio* إذ أن وظيفة قاضي التصديق ليس فقط مظهراً من مظاهر الإجبار، فوظيفة التصديق تقع تحت ما يسميه " الوظيفة القضائية الاختيارية أو الإرادية« *juridiction volontaire* »[172]. بينما يرى البعض الآخر إن وظيفة القاضي للتصديق يميل إلى سلطة الإجبار عن الوظيفة القضائية[173]. وعلى جانب آخر منهم ذهب إلى أنه عقد قضائي[174] أي عمل شبه تعاقدي وشبه قضائي[175]. بينما ذهب رأي

---

(172) R. Laher, *Imperium et juridictio en droit judiciaire privé*, Mare et Martin, 2017, préf. G. Decocq, avant-< propos > C. Jarrosson, n° 495, n° 259.

بينما ذهب الفريق الآخر إلى أن العمل الولائي أحد صور الوظيفة القضائية ولكنه ليس عملا قضائياً، فيرى أن الوظيفة القضائية الولائية تتطلب تدخل القضاء ابتداء لمراقبة إنشاء مراكز وممارستها القاضي عندما يباشر القضاء الولائي فهو لا يقف عن حد سلطة الأمر أو الجبر، بل يمارس سلطة الحكم حيث يسبق الأمر تحقق من جانب القاضي من توافر الشروط التي يتطلبها المشرع لإنشاء المركز أو الحق. وجدي راغب، نظرية العمل القضائي، ص98. انظر في هذا الاختلاف بالتفصيل في: أسامة شوقي المليجي، مرجع سابق، ص146، بند 149 وما بعدها. وجدير بالذكر، أن التسمية المعتمدة للأعمال الولائية – في القانون الروماني- هي اعمال القاضي الإرادية *Juridiction volontaire*، وتجد هذه التسمية تبريرها في ان القاضي يباشر نشاطه في هذه الحالات في وجود إرادات متوافقة *in volontés*وليست متنازعة، وما يفسر عدم وجود نزاع أو عدم المواجهة قبل إصدار هذه الأوامر الولائية القضائية. انظر: أحمد ماهر زغلول، أصول، ص1030 بند 467، هامش (2).

(173) L. Cadiet, JCP 1999, I, 130, n° 18 ; H. Croze et O. Fradin, note ss. Civ. 2e, 24 mai 2007, JCP 2007, II, 10172 ; Y. Desdevises, Dr. et pr. 2010. 342 ; B. Mathieu, *L'office du juge de l'homologation d'une transaction*, D. 2018. 2220.

وهو تطبيق للمادة 1162 من القانون المدني الفرنسي الذي جعل الآداب العامة جزءاً من النظام العام. وتعد سلطة القضاء أساس العمل القضائي وليس سلطة الأمر، بينما القوة التنفيذية أساسها سلطة الأمر. ولكن رأينا تزاوجاً بين السلطتين في الأوامر القضائية (أمر الأداء والأوامر على عرائض). كما أنه إذا كان القاضي يملك السلطتين، فإن المحكم لا يملك سلطة الأمر وهو ما يفسر وجوب الأمر القضائي بتنفيذ حكم التحكيم.

Nicolas CAYROL, *Arbitrage - La notion de jurisdictio - Procédures* n° 2, Février 2020, dossier 2, n°5.

وفي الفقه المصري راجع: عبد الباسط جميعي، سلطة القاضي الولائية، بحث منشور في مجلة العلوم القانونية والاقتصادية، العدد الثاني، سنة 1969، ص640-641، بند 135.

(174) CADIET et JEULAND, *op. cit.*, n° 426, p. 650-351

آخر متميز عما سبق من آراء إلى أن التدخل القضائي هو خليط بين رقابة قضائية واتفاق نتيجة تفاوض مما يسبغ بطابع إجرائي جديد مختلف[176]، سماه البعض بالعمل التصالحي[177].

ويؤيد البعض في مصر هذا الرأي، حيث أن دور القاضي هنا ليس ولائياً ولا قضائياً. انظر: طلعت خاطر، مرجع سابق، ص119-120.

تتمثل أهمية تكييف العمل على انه عقد قضائي في حصول أطرافه بآلية اتفاقية على عمل يحوز القوة التنفيذية.

Civ. 9 janv. 1889, S. 1889. 1. 118. – Angers, 17 mars 1970, RTD civ. 1970. 812 s., note Hebraud et Raynaud ; JCP 1970. II. 16425, note J. B. ; D. 1971. Somm. Civ. 1re, 28 nov. 1973, D. 1974. IR 41; RTD civ. 1974. 667, obs. Perrot. – Civ. 2e, 14 avr. 1988, Bull. civ. II, no 79; Gaz. Pal. 1988. 2. Somm. 491, obs. Guinchard et Moussa.

ولكن يعيب هذا الأساس أولاً أنه يقتصر على تحديد الأساس إذا كان العمل المكون للسند التنفيذ الخاص عبارة عن تصرف بإرادتين (عقد) ولا يشمل التصرف بالإرادة المنفردة. كما أنه قاصر على السند التنفيذي الخاص المصدق من القاضي دون الموثق كشخص آخر مفوض من الدولة لمنح القوة التنفيذية مبنية على القوة الثبوتية. كما أن تدخل القاضي في العقد القضائي هو للإثبات لا التصديق.

(175) B. Blohorn-Brenneur, *La médiation judiciaire en matière prud'homale, le protocole d'accord et la décision d'homologation*, D. 2001, chron. p. 251.

(176) X. Lagarde, « *Transaction et ordre public* », *D.*, 2000.217

(177) في الفقه الغربي ذهب البعض إلى اعتبار أن أعمال القضاء التي تستند إلى اتفاق إرادة الأطراف، تمثل وجهاً متميزا للحماية القضائية ،فهي لا تختلط بأعمال القضاء الولائي من جهة لوجود منازعة والعمل التصالحي مقرر وليس منشئا للحقوق، وكما انها لا تمتزج بأعمال القضاء التأكيدي من جهة أخرى، لتراجع دور القاضي في أعمال الصلح.، فأحد مظاهر الوظيفة القضائية في التشريعات الحديثة هو الصلح القضائي، ويعول فيها على عاملين على هيبة القضاء وحسن نية الخصوم، ولا يقف دور القاضي عند حد حث الخصوم على الصلح ،ولكن ملزم بفحص ومراقبة صحة وقانونية اتفاقهم وأن يثبته رسمياً.

وفي اعتقادي أن التصديق عمل ولائي[178]، ذات طابع خاص لما يرد عليه من تصرف إرادي خاص مؤهل لمنح القوة التنفيذية[179]، بمقتضى الوظيفة القضائية، لا الإدارية، وسلطة الأمر أو يتعدى ذلك[180]، كما أنه لا يفترض– عكس الإثبات – بالضرورة وجود خصومة أو نزاع. وإذا انتقد

G. Couchez, Procédure civile, Dalloz, 12e éd., nos 211 et s., p.170 et s.

وفي الفقه العربي، انظر: أحمد ماهر زغلول، مرجع سابق، ص954، بند 436. ويؤيده: الأنصاري حسن النيداني، الصلح القضائي، مرجع سابق، 136، بند 89.

(178) والعمل الولائي عند البعض يرمي دائما إلى انشاء مركز قانوني جديد، فهو دائما ذو أثر منشئ. في حين أن العمل القضائي محله رابطة قانونية سابقة. ويتميز بخصائص قانونية تميزه عن العمل القضائي وهي انعدام المواجهة، ولا يقبل التدخل في إجراءاته من جانب الغير ولا يحوز الحجية ولا يستنفد به القاضي ولايته بالفصل فيه، ويتميز بإمكانية رفع دعوى أصلية بطلب بطلانه أو التمسك بالبطلان عن طريق الدفع وأخيرا نظم المشرع طريقا خاصا للتظلم منه. فتحي والي، المبسوط في قانون القضاء المدني، ج1، دار النهضة العربية، سنة 2017، ج1، ص82 وما بعدها، بند 33. أسامة شوقي المليجي، مرجع سابق، ص140، بند 144.

دور القضاء الولائي إذن هو أداة القانون لحل مشكلة قصور النشاط الأصيل للأفراد عن تحقيق فاعليته التلقائية، أي لحل مشكلة إنشاء واستعمال المراكز الولائية، وهو يحقق هذه المهمة إما بالتدخل في حالة الشخص القائم بالنشاط أو بالتدخل في تكوين النشاط ذاته، ومن ذلك الأخير أن يقتصر على مجرد التوثيق كإثبات الصلح بمحضر الجلسة (م 103 مرافعات مصري) أو يتدخل في النشاط ليراقب شرعيته وأحياناً ملائمته سواء مقدما كالإذن أو مؤخراً كالتصديق. انظر: وجدي راغب، نظرية، ص122-123.

(179) ويذهب رأي إلى أن الأعمال الولائية تنقسم إلى أعمال منها أعمال التوثيق وهي اعمال تتعلق بتلقي إعلانات الإرادة من الأفراد وإضفاء صفة الرسمية عليها أو تلقي وقائع مادية والتحقق منها وإعلانها. ومن امثلتها ضبط الإشهاد وإثبات إقرار ذي الشأن، وإثبات الصلح، وإعلان حدوث الوفاة، وإعلان الغياب وهنا يقوم القضاء بوظيفة الموثق ذاتها. ويتمتع القاضي الولائي في عمله الولائي بدور إيجابي سواء في تقديره ملائمة العمل أو القرار أو في تقديره صحة الإجراء المطلوب منه التصديق عليه ويرجع هذا إلى عدم وجود مواجهة بين خصمين. فالتصديق يدخل في العمل الأول، او يدخل في الأعمال التي يكون فيها تدخل القاضي ليس قبل او معاصرا للعمل الذي يقوم به الفرد، وإنما يدخل فيما بعد قيام الأفراد بعملهم كأعمال التوثيق والتصديق. فتحي والي، المبسوط، ج1، ص86-87، بند 34-35. انظر في هذا التقسيم للأعمال الولائية بالتفصيل: أسامة شوقي المليجي، مرجع سابق، ص167-177، بند 187-188.

(180) ولا ينف النشاط القضائي للنشاط الولائي أن القانون قد يخول اختصاصات القضاء الولائي إلى جهة إدارية أو بالعكس كما فعل بالنسبة للتوثيق الذي أصبح معظمه من اختصاص الإدارة العامة بعد ان كان من اختصاص المحاكم لأن تخويل هذا النشاط للمحاكم أو للإدارة هي مسألة سياسة تشريعية قصد المشرع بها علاج القصور القانوني في

اعتبار العمل الولائي من ضمن الوظيفة القضائية للقاضي، وانتقد اصطلاح العمل الولائي على أنه عمل قضائي إرادي على أساس صعوبة إدراكه لأنه يثير فكرة الاتفاق الإرادي الذي يُطلب من القاضي اعتماده[181]، فإن هذا الانتقاد لم يعد في محله لأنه شغل حيزا من الواقع القانوني والقضائي الآن بعد الاتجاه نحو التخفيف من عبء القضاء، ودليل ذلك فكرة " السندات الخاصة التنفيذية".

ورغم الاختلاف الفقهي حول الطبيعة **إلا أن الاتفاق كان على مسألتين. الأولى هي أن منح القوة التنفيذية لا يعد عملا من الاعمال الإدارية التي يقوم فيه القاضي بنفس وظيفة الموثق[182]، لأن القاضي في إثبات الصلح لا يلعب دور الموثق[183]. والثانية هي الأثر المترتب على هذا**

نشاط الفرد، وبالتالي مصالح الأفراد، تخويلها للمحاكم تؤهلها لهذا وظيفتها القانونية البحتة وضمانات الحياد والكفاءة اللازمة لهذه الوظيفة، اما إذا غلب في اعتبار المشرع من هذا النشاط تحقيق مصلحة عامة اقتصادية أو اجتماعية فإنه يخوله للإدارة العامة، يؤهلها جهاز عام ونشيط ذي نشاط تلقائي وفي هذه الحالة نكون إزاء نشاط إداري ، دورا ونظاما. وجدي راغب، نظرية، ص127-128.

(181) أسامة شوقي المليجي، مرجع سابق، ص154، بند 159.

(182) أحمد ماهر زغلول، مرجع سابق، ص965، بند 440.

العمل الولائي كان في القانون الروماني عمل ذو طبيعة توثيقية حيث كان يقدم طلب نقل الحقوق العينية كالملكية أمام الحاكم القضائي (البريتور) إذا كان الخصم لا يعترض على ادعاء ملكية مال معين فيصدق البريتور على الإقرار القضائي. ويأمر بإلحاق المال المدعى. وتنتهي الإجراءات دون إحالة الطرفين إلى القاضي. وفي القرون الوسطى أصبح التوثيق في فرنسا وإيطاليا من اختصاص الموثقين وتشكلت فكرة القضاء الولائي كما وصلت إلى كتابات القرن الماضي أنه للنشاط الذي يباشره القاضي دون وجود نزاع أو خصوم وإنما في مواجهة شخص، أو أشخاص متفقين فيما بينهم ويشمل ما بقي للمحاكم من اختصاص توثيقي مثل التصديق على التبني وما لها من اختصاص في مسائل الوصاية أو حماية القصر وغيرهم. والحكمة تقول: يعتبر الشخص الذي "اعترف في المحكمة أنه صدر حكم عليه، وبطريقة ما، حكم عليه بعقوبته"

Confessus pro judicato habetur, qui quodammodo sua sententia damnatur

انظر: وجدي راغب، مرجع سابق، ص115-116.

(183) عكس ذلك: فمحضر الجلسة يعد بمثابة توثيق قضائي للصلح، ولا يلزم أن يصدر حكم من المحكمة. وجدي راغب، التنفيذ القضائي، ص153. سيد أحمد محمود، أصول التنفيذ الجبري، ص 414. ويذهب البعض أن محضر الصلح في خصومة قائمة يتمثل أساس قوته التنفيذية في إرادة إثباته بمحضر الجلسة الذي لا يعد حكماً ولا أمراً وإن اتخذ شكل الاحكام، ويترتب على ذلك التكييف القانوني أن محضر الصلح يكون نافذا فورا ولا يخضع لقواعد التنفيذ العادي والمعجل للأحكام؛ وجدي راغب، التنفيذ القضائي، ص153.

العمل أيا كانت طبيعته هو أنه ليس عملا قضائياً *acte juridictionnel* بالمعنى الفني الدقيق له[184]، و بالتالي لا يحوز حجية الامر المقضي، ويصلح أن يكون محلاً لدعوى البطلان، لأن الاتفاق سواء بعد الإثبات أو التصديق يظل محتفظاً بطبيعته الإرادية.

3- سلطة واختصاص القضاء بمنح القوة التنفيذية للعمل الخاص:

أما عن سلطة واختصاص القضاء بمنح القوة التنفيذية في صورتي الإثبات والتصديق، فإن منح القوة التنفيذية له طابع منشئ –وليس مجرد ختم من القاضي[185]– بموجب سلطته الولائية[186]، على اعتبار أنه مفوض من الدولة، ويترتب على ذلك أنه فيما لم يرد به نص خاص، تنطبق القواعد الإجرائية لنظام الأوامر على عرائض، وإن تخذ قرار القاضي شكل الحكم خارجياً.

وفي الإثبات، كإثبات الصلح (سلطة الجبر *imperium* لا سلطة قضاء *jurisdicto*)، ولكن بمناسبة ممارسة وظيفة قضائية أخرى موضوعية أو غيرها. والقاضي هنا يلعب دور المستقبل لإرادة الخصوم دون تعبير صريح عن إرادته[187].

وبخصوص القاضي المختص نوعياً بمنح القوة التنفيذية، فيكون **قاضي الموضوع** هو المختص بمنح القوة التنفيذية، كما هو الحال عند الاختصاص بإثبات اتفاق الصلح بمحضر الجلسة، أو عند التصديق على اتفاقات الوسائل البديلة لفض المنازعات التي تصدر بمناسبة خصومة قائمة أمام

---

(184) إذ أن أعمال الوظيفة القضائية جزء من أعمال أخرى من أعمال السلطة القضائية كالإجراءات وأعمال الإدارة القضائية. وجدي راغب، نظرية، ص132 وما بعدها.

(185) H. Croze et O. Fradin, « *Transaction et force exécutoire* », Dalloz, Thèmes et commentaires 2006.p. 87

(186) انظر: حكم محكمة النقض - مدني - الطعن رقم 828 لسنة 59 قضائية بتاريخ 1996-11-10 مكتب فني 47 ج 2 ص 1276. وحكم محكمة النقض - مدني - الطعن رقم 49 لسنة 9 قضائية بتاريخ 1940-05-09 مكتب فني 3 (مجموعة عمر) ج 1 ص 192.

S. Amrani-Mekki, *"Les" nouveaux" titres exécutoires*, *op.cit.* 56.

(187) S. Guinchard, C. Chainais et F. Ferrand : *Procédure civile. Droit interne et droit de l'Union européenne.* Dalloz, 32éd., 2014, *sp.* n° 1027.

محكمة الموضوع، على اعتبار أن الفرع يتبع الأصل[188]. بينما عند منح القوة التنفيذية بطريق التصديق فيكون الاختصاص النوعي **للقاضي المختص أصلاً بنظر النزاع** كما في التصديق على اتفاقات الوسائل البديلة لفض النزاع في القانون الفرنسي[189]، **أو قاضي التنفيذ** كما في التصديق على اتفاق التمويل العقاري في مصر[190].

4- نطاق الرقابة القضائية في منح القوة التنفيذية للسندات الخاصة:

"هل من المنطقي والعادل والضروري الآن أن العقد، وعموماً العمل القانوني الخاص، الذي يحوز قوة تنفيذية، وبالتالي يسمح باستخدام القوة العامة، بغض النظر عن الجودة المهنية لمعدّه أو

---

(188) وفي **اعتقادي** أن محكمة الموضوع تظل صاحبة الاختصاص في إثبات الاتفاق مضمون السند الخاص التنفيذي بمناسبة دعوى مرفوعة ولو كانت غير مختصة نوعياً بأصل النزاع، لأن الصلح خير فلا يجب أن تعطله قواعد الاختصاص الإجرائية ولو كانت آمرة، بمنح القوة التنفيذية لاتفاقات تحسم المنازعات وتنهيها بسرعة، فمصلحة المجتمع في شيوع السلام أيضاً مصلحة عامة بل تعلو على المصلحة العامة المبتغاة من تطبيق قواعد الاختصاص. ولكن لا يعني ذلك عدم اشتراط أن يكون موضوع الصلح متعلقاً بموضوع النزاع. عكس ذلك انظر: الأنصاري حسن النيداني، مرجع سابق، ص102-103، رقم 66. ويذهب إلى أن العمل يكون باطلاً إذا صدر من قاض غير مختص ويجوز الطعن فيه إذا كان صادراً في شكل حكم أو بدعوى بطلان أصلية إذا كان في شكل محضر صلح. وانظر: طلعت خاطر، مرجع سابق، ص146-147. وفي **اعتقادي** أيضاً أنه يجوز تكوين السند الخاص التنفيذي في خصومة الاستئناف ولا تفويت لدرجة من درجتي التقاضي على الخصوم، إذ في اتفاقهم على الصلح أمام محكمة الاستئناف اتفاق على اعتبار الحكم انتهائياً وهو مكنة للخصوم ولو قبل رفع الدعوى بموجب الفقرة الأخيرة من المادة 219 مرافعات. عكس ذلك انظر: الانصاري حسن النيداني، مرجع سابق، ص106، بند 67.

(189) وهنا لا يمكن مخالفة قواعد الاختصاص النوعي، إذ أن اختصاص القاضي بالتصديق ليس اختصاصاً تبعياً بل أصلياً على عكس الفرض الأول.

(190) ولكن **أي النهجين أفضل ان يختص قاضي التنفيذ أم قاضي الموضوع المختص أصلا بنظر النزاع؟**

قد يُتصور رأي- وهو ما **نميل** إليه- يذهب إلى أفضلية اختصاص قاضي الموضوع، على أساس أن من سلطة القاضي عند التصديق أن يراقب طبيعة الاتفاق ومدى مخالفته للنظام العام، فيكون هو الأقدر على ذلك عندما يكون مختصاً أصلاً بنظر النزاع لاسيما لو كان اختصاصه على سبيل التخصيص القضائي. وقد يُقال بأفضلية اختصاص قاضي التنفيذ، على أساس أن مهمة قاضي التصديق الأساسية هي منح القوة التنفيذية، وبالتالي فسيكون من الملائم أن تُعهد تلك المهمة لقاضي التنفيذ لاسيما وأن المنازعات التي من المحتمل أن تبدى بصدد تنفيذ السند الخاص التنفيذي تدخل أيضاً في اختصاص قاضي التنفيذ وإن تعلقت بصحة مضمون السند الخاص التنفيذي أو بوقائع فيما قبل تنفيذه.

محرره، دون أي رقابة قضائية؟" [191]، **وإن لزمت الرقابة، فما هي مداها: هل هي رقابة شكلية أم موضوعية، داخلية أم خارجية، خفيفة أم عميقة، رقابة قانونية ورقابة ملائمة وتناسب؟**

إن حدود رقابة القاضي لمنح القوة التنفيذية، في مصر وفرنسا، أن يتحقق من عدم مخالفته للنظام العام[192]، عند إثبات اتفاقً[193] أو عند التصديق عليه[194]. والقاضي مطالب أن يتثبت من طبيعة الاتفاق[195]، وقانونيته وتوافر شروط صحته الظاهرية كأن يكون صادراً ممن له أهلية وسلطة

---

(191) H. Croze, *De quelques confusions entre la force exécutoire et l'autorité de chose jugée* - op. cit. 581.

(192) وهذا يتماشى مع القواعد التي تحكم حتى تنفيذ قرارات التحكيم عملاً بالمادة 1488 مرافعات فرنسي

Claude Brenner, Contrats et obligations - *La présence de l'État dans les rapports contractuels entre les citoyens : l'exécution forcée des contrats* - La Semaine Juridique Notariale et Immobilière n° 6, 8 Février 2019, 1092, n°10.

(193) كما هو مقرر قضاء عند إثبات الصلح. [قرب في ذلك الطعن رقم 33 - لسنة 20 ق - تاريخ الجلسة 21 / 02 / 1952 - مكتب فني 3 - ج 1 - ص 507]. وفي فرنسا، يجب ألا يكتفي القاضي بتوقيع الطرفين على محضر التوفيق أو الصلح. بل على العكس من ذلك، فهو مسؤول عن ضمان عدم مخالفة الاتفاق للنظام العام والآداب العامة، (م 6 و1102 فقرة 2 من القانون المدني) وضمان أن تكون إرادة كل طرف في التوصل إلى اتفاق حقيقية ومؤكدة.

(194) Cass. 2e civ., 26 mai 2011, pourvoi n° 06-19.527.

قرار النقض كان بمناسبة اتفاق تسوية *transaction* ولكن يمكن سحبه على أي اتفاق لتسوية ودية.

N. FRICERO, *Procédure civile*. Recueil Dalloz – D. 2012. 244 ; ZATARA, ≪ *L'homologation en droit prive* ≫, *RRJ*, n°2004/1, 2004, p.99 ; (CA Versailles, 18 juin 2003 : D. 2004, p. 1332, note A. Merveille et R. Thominette) ; Mustapha Mekki, *Divorce hors le juge : le notaire doit-il devenir un greffier?* -La Semaine Juridique Notariale et Immobilière n° 19, 13 Mai 2016, act. 610.

(195)فهو يراقب طبيعة الاتفاق للتأكد من أنه ناتج عن اتفاق إجراءات تشاركية (ولذلك يرفق بالعريضة كما قلنا)، والتأكد من الشروط الشكلية للصحة (توقيع الأطراف ومساعدة المحامين)، ويراقب احترام النظام العام.

N. FRICERO, *procédure participative assistée par avocat*., op.cit., N°37.

ابرامه في مسألة يجوز فيها الاتفاق[196]. كما أن غالبية الفقه متفق على وصف الرقابة القضائية من حيث مداها بأنها غير متعمقة بل خفيفة *léger* [197]، فلا يكون القاضي فيها مجرد مسجل للتصرف الخاص ولا قاضي موضوع، عوانٌ بين ذلك. وتلك الرقابة السطحية متعمدة بغرض تبسيط مهمة القاضي، لتشجيع الأطراف على الالتجاء إلى الوسائل البديلة لفض المنازعات أو تجنبها[198]، مع ترك الاختيار للأطراف بالالتجاء إلى التقاضي حال المنازعة في تنفيذ الالتزامات التعاقدية[199].

---

(196) وذهب البعض إلى المقاربة بين مهمة القاضي والموثق حيث لا توجد رقابة سوى على حقيقة التصرف ووجوده. ولم يعد الفعل المُوثق، كما كان في الأصل، مظهراً من مظاهر "الوظيفة القضائية الولائية"، بمعنى أنه لم يعد محاكياً للحكم بالتسوية، بل يفترض تماماً طبيعته في العقد الخاصcontrat privé .

L. Aynès (dir.), *L'authenticité : La documentation française, 2013, n° 17* ; Xavier Lagarde, Notaire - *Le notaire et l'exécution forcée* Rapport de synthèse - La Semaine Juridique Notariale et Immobilière n° 10, 8 Mars 2019, 1129, n°17.

يتعين على القاضي أن يراقب وجود اتفاق الوسيلة البديلة لفض المنازعات، وطبيعة *transaction*ففي مجال التسوية الاتفاق كما في اتفاق التسوية من حيث توافر مفترضات التسوية كشرط التنازلات المتبادلة المنصوص عليها في القانون المدني الفرنسي، بمعنى أن القاضي هنا يراقب رجحان صحة الإرادة والتصرف كما يفعل القاضي المستعجل ليس التأكيد على الوجود ولكن من رجحان الوجود وأن الإرادة ليست ظاهرة البطلان. كما قضت محكمة النقض الفرنسية في وقائع تمخض اتفاق التسوية عن شرط مضاف إلى أجل ولم يحل أجله، ومع رقابة القاضي التي كشفت عدم ابرام عقد، ورفض القاضي منحه القوة التنفيذية، لأن الاتفاق غير موجود.

Cass. Civ. 1ere, 10 septembre 2014, n°13-11.843, Bull. 2014, I, n°146; *AJCCD*, 2014, p.328, N. FRICERO; *Gaz. Pal*., 2014, p.29, L. LAUVERGNAT; *RTD Civ*, 2015, p.695, P. THERY. Cass. 1e civ., 10 sept. 2014, n° 13-11843 ; *Gaz. Pal*. 23 déc. 2014, n° 357, p. 29, obs. L. Lauvergnat ; *JCP* 2014, 1232, n° 6, obs. R. Libchaber ; *AJCA* 2014, p. 328, obs. N. Fricero ; *RTD civ*. 2014, p. 904, obs. P.-Y. Gautier.

(197) L. Mayer, *Précisions sur le contrôle « léger » exercé par le juge homologateur d'une transaction*. Gaz. Pal. 16 juin 2015, p.12.

(198) S. Amrani-Mekki, « *Résolution amiable des différends : présentation du décret n° 2012-66 du 20 janvier 2012* » : Gaz. Pal. 26 mai 2012, p. 5

(199) THERY (P.), ≪ *Homologation des transactions : quel contrôle du juge ?* ≫, *RTD civ*, 2015, p.695.

غير أن درجة الرقابة أو مداها في التصديق قد تختلف في التصديق الاختياري، عن الإجباري[200]كما لو انطوى الاتفاق أو التصرف على حقوق أطراف ضعيفة (حقوق متعلقة بالنظام العام الحمائي) أو الغير، كما في مجال قانون الاسرة (الطلاق و السلطة الأبوية)[201] وقانون العمل (تسوية المنازعات العمالية)[202].

وبغض النظر عن مدى الرقابة القضائية في التصديق وعمقها، رقابة قانونية أم تناسب، ففي الحالتين لا يجب على القاضي أن يفحص بتعمق محتوى الاتفاق وصحته، ولا يستطيع القاضي عند

---

(200) وما يميز التصديق الاختياري عن الإجباري هو أن في الاختياري تكون القوة التنفيذية قضائية بمعنى مزية مرجوة ومطلوبة، بينما في التصديق الاجباري تكون القوة التنفيذية أثرا تلقائياً يعني القوة التنفيذية بقوة القانون.

MOREAU (P.), *L'homologation judiciaire des conventions, th., pref. G. DE LEVAL, Larcier*, 2008, Bruxelles, p.119.

(201) ولكن في نطاق اتفاق الطلاق او ممارسة السلطة الأبوية نتيجة الإجراءات التشاركية بملك القاضي رقابة أكثر عمقاً من التقليدية للحفاظ على مصالح الأطراف والغير (الطفل)، مما لو كان الأمر يقتصر على الزوجين فقط، فتتدرج درجة الرقابة من الخفة إلى الشدة من مجرد الرقابة القانونية إلى رقابة قانونية وملاءمة او تناسب عند الموازنة بين مصالح متعارض لأطراف من بينهم أطراف ضعيفة. قرب ذلك:

Christine Hugonhu, *Existe-t-il un droit commun de l'homologation judiciaire?* op.cit., p. 4.

مثل التصديق الإجباري على اتفاق الوالدين على ممارسة السلطة الأبوية ويحددان المساهمة في إعالة الطفل وتعليمه، يطلب المشرع من القاضي أن يتحقق من أن الاتفاق يحفظ مصالح الطفل وأن الموافقة قد أعطيت بحرية (المادة 373-7-2 من القانون المدني).

Christine Hugon, *Existe-t-il un droit commun de l'homologation judiciaire* ? op.cit., p. 4.

وهكذا ألغت محكمة النقض حكماً اعتمد اتفاق طلاق لم يفحص القاضي بشأنه ما إذا كان يحمي مصالح الأطفال.

Cass. Civ. 2eme, 24 février 2000, n°98-19.177, Bull., 2000, II, n°33, p.21.

(202) ونتيجة لذلك، ولما كان مكتب التوفيق لم يؤد وظيفته، فإن محضر التوفيق يعد باطلاً، ويكون اختصاص المجلس العمالي prud'homale صحيحا عندئذ.

Cass. Soc., 28 mars 2000, no 97042.419, Bull.civ. V, no 135, D2000, p.537; Cass. Soc., 18 Juill. 2001, no99045534, Bull. civ. V, no 279 ; S. Amrani-Mekki, *"Les" nouveaux" titres exécutoires : op.cit.* 57 ; Christine Hugonhu, *Existe-t-il un droit commun de l'homologation judiciaire?* op.cit., p. 4.

الإثبات أو التصديق أن يعدل من شروط الاتفاق الخاص لمنحه القوة التنفيذية[203]، اختصاراً في الوقت، ولا يوجد خيار للقاضي عندئذ سوى الإجابة للإثبات أو التصديق أو رفضهما[204]، لسلطان الإرادة الخاصة.

وفي **اعتقادي** إن التصديق القضائي يكون لغرض التأكد من احتمال وجود الحق، لا أقصد الحق الموضوعي ولكن الحق في التنفيذ، بأن يتم تمييزه أشخاصاً ومحلاً، فهو يتأكد من صحة الاتفاق أو التصرف الخاص لا لذاته ولكن ليُضفى عليه القوة التنفيذية، فالرقابة المخففة في الإثبات أو التصديق لا تمنع القاضي من رفضهما إذا كان الاتفاق باطلاً بطلانا ظاهراً[205] أو مبنياً على غش ظاهر. وفي **اعتقادي** أيضاً أن مدى الرقابة القضائية في التصديق تؤثر في إجراءاته؛ ففي القانون الفرنسي في حالة الطلب المشترك (الانعقاد المشترك)*saisine conjointe*، تكون الرقابة شكلية بحتة؛ وفي حالة الطلب من جانب واحد، وإذا دعا القاضي الطرف الآخر، يمكنه إجراء رقابة أكثر عمقاً، دون أن تكون رقابة على الموضوع[206].

5- إجراءات الرقابة القضائية لمنح القوة التنفيذية للسندات الخاصة:

(203) والقاضي لا يملك سلطة تعديل الاتفاق فإما التصديق أو رفض التصديق لا ثالث لهما (م 1565 مرافعات) وهذه المادة حسمت اختلافًا قضائيًا سابقًا.

Soc. 18 juill. 2001, n° 99-45.534 et 99-45.535, Bull. civ. IV, n° 279; Civ. 2e, 26 Mai 2011, n° 06-19.527, Bull. civ. II, n° 120; D. 2011. Chron. 2150, obs. Sommer et Leroy-Gissinger.

(204) أكدت المادتان 1567، 1565 على أنه لا يجوز للقاضي ان يعدل شروط الاتفاق، بما معناه أن القاضي لا يملك سوى التصديق أو رفض التصدق.

(205) L. Mayer, *Précisions sur le contrôle « léger » exercé par le juge homologateur d'une transaction*. Gaz. Pal. 16 juin 2015, n° 228p6, p. 12.

(206) A. Guillemain, « *Réflexions sur la qualification de l'homologation judiciaire* » : Gaz. Pal. 22 mai 2012, p. 10.

إن طبيعة ومدى هذه الرقابة القضائية لمنح القوة التنفيذية تؤثر على النظام الإجرائي للإثبات و التصديق، وتدق المسألة بسبب تخبط القانون الفرنسي الذي ينص تارةً على اعتبار التصديق من المسائل الولائية صراحة[207]، وتارة أخرى لا ينص ذلك صراحةً[208].

أ) إجراءات الإثبات والتصديق:

لا تُثار الصعوبة حول إجراءات إثبات الصلح القضائي في محضر الجلسة وفقاً للقانون المصري أو الفرنسي، لأنه يفترض نشأته في وجود القاضي وفي ظل خصومة تواجهية قائمة بالفعل، فيتم إثبات اتفاق الصلح (التسوية) في محضر الجلسة أو إلحاقه به ويوقع عليه الأطراف والقاضي، وحتى لو انتهت الخصومة بحكم فهو كذلك من حيث الشكل ولكن مضمونه أمر ولائي.

بينما في التصديق، فالإجراءات تتميز بحسب طبيعة الاتفاق محل السند الخاص التنفيذي وما إذا كان الاتفاق ناشئاً في ظل وجود قاض في خصومة قائمة أو خارجها[209]، فإجراءات التصديق على

---

[207] كما في التصديق على اتفاق الوساطة بوسيط قضائي وعلى التوفيق بواسطة موفق قضائي، والتصديق على النظام المالي***changement de régime matrimonial*** .

Article 1301: « ***L'homologation d'un relève de la matière gracieuse et obéit aux règles applicables à cette procédure devant le tribunal judiciaire*** ».

[208] عند التصديق على اتفاقات التوفيق والوساطة والإجراءات التشاركية خارج خصومة (م 1565 إجراءات مدنية) لم يصرح بالطبيعة الولائية، رغم أنه نص – (م 1566 / 2إجراءات مدنية) -على جواز التظلم أو سحب الأمر ولا يؤدي هذا السحب أو التظلم إلى المساس بموضوع الاتفاق محل التصديق، وعلى جواز استئناف القرار الصادر برفض التصديق بتقرير بقلم كتاب محكمة الاستئناف التي تقضي وفق للإجراءات الولائية (م3/1566 إجراءات مدنية).

[209] عند التصديق على اتفاق التوفيق أو الوساطة القضائيين بواسطة الغير (موفق أو وسيط معينان من القاضي) داخل خصومة قائمة (م 131، 131-12)، والتصديق على اتفاق الإجراءات التشاركية (م 1557 إجراءات مدنية)، والتصديق على اتفاق التسوية المستقلة *transaction autonome* التي لا تنطوي على وساطة أو توفيق أو إجراءات تشاركية (م 1567 إجراءات مدنية)، تقدم عريضة من جميع الأطراف (عريضة مشتركة)، أو من الطرف الأكثر حرصاً (عريضة أحادية) في حالة رفض أو اعتراض من الطرف الآخر. ويمكن تبرير ذلك بأن اتفاق التوفيق والوساطة نشأ في خصومة قضائية، وتبرير ذلك في الإجراءات التشاركية بوجود محامين في هذه الإجراءات كضمان كاف لجعل إجراء التصديق أكثر مرونة، وفي التسوية بأنه لا يوجد كاسب وخاسر.

التوفيق أو الوساطة داخل الخصومة أسهل من ذلك المقرر في التصديق على اتفاق التوفيق والوساطة خارج الخصومة، وهو الأمر المبرر بمساعدة الغير[210].

وفي الاتفاقات المصدق عليها لمنحها القوة التنفيذية، يستصدر قرار التصديق بدون مرافعة ما لم يُرى ضرورة سماع الطرف الآخر عموماً، وهي سلطة تقديرية للقاضي[211]، على الرغم من أنها سلطة لا تقارن أيضا بسلطة قاضي الموضوع[212].

Xavier Vuitton, *Quelques réflexions sur l'office du juge de l'homologation dans le livre V du code de procédure civile* — RTD civ. 2019. 771 ; Morgane REVERCHON-BILLOT, *Transaction*, Répertoire de procédure civile, juillet 2018 n°47.

بينما عند التصديق على اتفاق الوساطة والتوفيق الاتفاقيين بمساعدة الغير (الموفق القضائي أو الوسيط المعينان من الأطراف) المحايد، خارج خصومة قضائية، فإن طلب التصديق بعريضة من كل الأطراف الوساطة أو من أحدهم مع موافقة صريحة من الآخرين (لا يوجد كاسب وخاسر ولكن كل منهم مستفيد نتيجة التفاوض) (م 1534 إجراءات مدنية فرنسي)، (م 1/1541إجراءات مدنية)، فكما أن اتفاق الوساطة والتوفيق كان بإرادة الطرفين فبمنح قوته التنفيذية يكون بإرادة الطرفين.

Alexandra Guillemain, *Réflexions sur la qualification de l'homologation judiciaire*, Gaz. Pal. 22 mai 2012, n° GP20120522007, p. 10

(210) S. Amrani-Mekki, *"Les" nouveaux" titres exécutoires : op.cit.* 58.

(211) A. Guillemain, *Réflexions sur la qualification de l'homologation judiciaire*, Gaz. Pal. 22 mai 2012, no143, p. 12 et s.

(212) Fabien Marchadier, *L'attribution de la force exécutoire à la transaction extrajudiciaire après le décret du 20 janvier 2012*, Gaz. Pal. 8 déc. 2012, n° GP20121208009, p. 15.

ولكن ماذا لو لم ينص المشرع على آلية استصدار قرار قضائي بالتصديق كما في المادة 348 إجراءات مدنية فرنسي؟

يعتقد البعض أن إجراءات التصديق قد تكون ولائية تارة وتواجهيه تارة أخرى. ولكن في **اعتقادي** أن سماع الطرف الآخر ليس باعتباره خصما حقيقيا ولذلك تبقى الإجراءات على طبيعتها الولائية، لأن من سلطة القاضي الولائي، عموماً، بموجب نص المادة 27، 28 من قانون الإجراءات المدنية أن يسمع الطرف الآخر لتقديم توضيحات مثلا.

S. Amrani-Mekki, *"Les" nouveaux" titres exécutoires : les accords amiables homologués." op.cit.*, 58-59.

و بالنسبة للتصديق القضائي على اتفاق التمويل العقاري لمنحه القوة التنفيذية في مصر، يقدم طلب وضع الصيغة التنفيذية من قاضي التنفيذ على عقد التمويل العقاري، وفقاً لأحكام قانون التمويل العقاري، باتباع إجراءات استصدار الأوامر على العرائض[213]، مع وجوب إعلان المستثمر المطلوب إصدار الأمر ضده للحضور أمام قاضي التنفيذ الذي يقع العقار في دائرة اختصاصه وضع الصيغة التنفيذية من قاضي التنفيذ[214] على اتفاق التمويل والأمر بالحجز على العقار الضامن تمهيدا لبيعه وذلك بعد إعلان المستثمر قانونا لسماع أقواله(م2/13 من قانون التمويل العقاري)[215].

ولنا هنا **ملاحظات ثلاث** : **الأولى** هي أن اختصاص قاضي التنفيذ– بموجب القاعدة العامة– يفترض تكوين السند التنفيذي أولاً، وتدخل قاضي التنفيذ في تكوين السند التنفيذي يعد استثناءً. ولذلك لا يخضع الأمر الصادر من قاضي التنفيذ بوضع الصيغة والأمر بالحجز لقواعد أوامر التنفيذ

Article 27 : « *Le juge procède, même d'office, à toutes les investigations utiles. Il a la faculté d'entendre sans formalités les personnes qui peuvent l'éclairer ainsi que celles dont les intérêts risquent d'être affectés par sa décision* ». *Article 28 : « Le juge peut se prononcer sans débat* ».

(213) بينما يرى جانب من الفقهاء أن اللجوء لقاضي التنفيذ بالمحاكم الاقتصادية عن طريق الدعوى بصحيفة تودع وتعلن وفقاً للمادة 63 – وبحضور المدين المستثمر لسماع أقواله- ويرفع هذه الدعوى الدائن الممول. انظر: أحمد هندي، مرجع سابق، ص 517، رقم183.

(214) ووفقا لقانون المرافعات، فإن الموظف الذي يضع الصيغة التنفيذية على العمل ذي القوة التنفيذية هو كاتب المحكمة التي أصدرت الحكم (م 181 مرافعات)، او الأمر أو التي أثبت محضر جلساتها عقد الصلح، أو الموثق الذي قام بتوثيق المحرر الموثق سند التنفيذ. أما وفقا لقانون التمويل العقاري فإن الصيغة التنفيذية على اتفاق التمويل يقوم بوضعها قاضي التنفيذ الذي يقع العقار في دائرته بناء على طلب الممول (م13 من قانون التمويل العقاري). انظر: فتحي والي، التنفيذ الجبري، ص895- 896، بند 520.

(215) فتحي والي، مرجع سابق، ص899، بند 522.

الخاصة بل للقواعد العامة للأوامر على عرائض[216]. **الثانية** هي إن شرط اختصاص قاضي التنفيذ بوضع الصيغة التنفيذية على اتفاق التمويل العقاري لن يتوافر إلا إذا قُدم طلب وضع الصيغة التنفيذية مع طلب استصدار الأمر بالحجز، وبناء على ذلك لن يختص قاضي التنفيذ بوضع الصيغة التنفيذية إذا قدم طلبه منفرداً دون أن يصاحبه طلب استصدار الأمر بالحجز على العقار[217]. **الثالثة** هي إن سماع المطلوب إصدار الأمر ضده هو أمر وجوبي على قاضي التنفيذ، وليس تقديرياً (إذا رأي ذلك مناسباً) كما هو الأمر في القانون الفرنسي، وذلك لإعطاء المسموع فرصة إبداء ما يعينه من أوجه للدفاع قد تمنع من اتخاذ إجراءات التنفيذ في مواجهته، تخص وجود

---

(216) والأصل أن قاضي التنفيذ بالمحاكم العادية هو المختص بنظر منازعات التنفيذ بشأن أي سند تنفيذي ما لم ينص القانون على اختصاص قاضي تنفيذ آخر، كما لو كان تابعاً لمحكمة متخصصة مثلاً. وجدير بالذكر، وبشأن قاضي التنفيذ المختص نوعياً بوضع الصيغة التنفيذية على اتفاق التمويل العقاري بعد إنشاء المحاكم الاقتصادية ، **فنعتقد** بعدم الاختصاص النوعي لقاضي التنفيذ بالمحاكم الاقتصادية بوضع الصيغة التنفيذية على اتفاق التمويل العقاري كما يجري عليه العمل وتقضي به محكمة النقض المصرية (راجع: الطعن رقم ٨٦٨٤ لسنة ٨٤ قضائية الدوائر التجارية - جلسة ١٣/٠١/٢٠١٩) ويميل إليه البعض (أحمد هندي، مرجع سابق، ص516-517، رقم 183)، بينما المختص نوعياً هو قاضي التنفيذ بالمحاكم العادية، لأسباب عديدة:

(1) إن اختصاص قاضي التنفيذ بالمحاكم الاقتصادية، وكذلك اختصاص الدائرة الابتدائية بهذه المحاكم لنظر منازعات التنفيذ، بموجب المادتين 7، و7 مكرر من قانون المحاكم الاقتصادية رقم 2008/120، هو اختصاص خاص بتنفيذ السندات التنفيذية القضائية (الأحكام والاوامر) التي تصدر عن المحاكم الاقتصادية فقط وفقاً لقواعد اختصاصها بنظر الدعاوى والمنازعات الناشئة عن تطبيق قوانين حصرية وهو اختصاص لا يجوز التوسع فيه أو القياس عليه.

(2) لا يُحاج رأينا بقالة أن المادة 2/3 قانون المحاكم الاقتصادية تنص على أن يصدر القاضي المعين، كقاض للأمور المستعجلة، الأوامر على عرائض والأوامر الوقتية، وذلك في المسائل التي تختص بها المحكمة الاقتصادية، وقد ذكر قانون التمويل العقاري في المادة 6 منه من ضمن القوانين الحصرية التي تختص بمنازعاتها هذه المحاكم، ولكن هذا الرأي مردود عليه بأنه كانت تصح وجهته لو أن قانون التمويل العقاري لم يعهد بوضع هذه الصيغة لقاضي نوعي محدد وهو قاضي التنفيذ بالمحاكم العادية كأن يعهد به مثلاً لقاضي الموضوع، ولكن قانون التمويل العقاري وضع قاعدة إجرائية خاصة تقيد قواعد قانون المحاكم الاقتصادية. وكان سيصح الرأي القائل باختصاص قاضي التنفيذ التابع للمحاكم الاقتصادية لو أن قانون التمويل العقاري عهد مهمة وضع الصيغة التنفيذية على اتفاق التمويل لقاضي الموضوع وليس قاضي التنفيذ.

(217) ولكن لا مانع من فصلهما عن بعض ليكون لكل طلب عريضة. انظر: فتحي والي، التنفيذ، ص 899، بند 522.

اتفاق التمويل أو صحته أو في مديونية أو سداد المبالغ واجبة الأداء[218]. فإذا حضر المستثمر ولم يبد دفاع أو أبدى دفاعا غير مقنع لقاضي التنفيذ أو لم يحضر بعد إعلانه إعلانا صحيحاً، فيأمر القاضي بوضع الصيغة التنفيذية والأمر بالحجز على العقار[219]. ولا يعني إعلان المستثمر لسماع أقواله إننا بصدد إجراءات معتادة لرفع الدعوى بل نظل في إطار إجراءات استصدار الأوامر على عرائض[220].

---

[218] كأن يكون المستثمر من ذوي الدخول المنخفضة الذين يحق لهم وفقا لنص المادة 35 من قانون التمويل العقاري الاستفادة من صندوق ضمان ودعم نشاط التمويل العقاري والذي يتحمل جانبا من قيمة القسط بما يكفل النزول بعبء التمويل إلى الحدود التي تتناسب مع دخولهم (م 35 من قانون التمويل العقاري) أو يكون المستثمر قد قام بالتأمين لصالح الممول بقيمة حقوقه ضد مخاطر عدم الوفاء بسبب وفاة الأول وعجزه. انظر: أسامة الروبي، مرجع سابق، ص35، بند 11. علي بركات، مرجع سابق، ص98.

[219] وإذا كان بموجب المادة 13 من قانون التمويل العقاري مع عدم الإخلال بأحكام المادتين (35) و(37) من هذا القانون إذا انقضت المدة المحددة بالإنذار دون قيام المستثمر بالوفاء أو بتقديم الضمان، كان ملتزما بالوفاء بكامل المبالغ المتبقية طبقا لاتفاق التمويل العقاري، ففي **اعتقادي** أنه يجوز للممول أن يطلب وضع الصيغة التنفيذية على اتفاق التمويل حتى ولو لم تنقض المدة المحددة للإنذار دون قيام المستثمر بالوفاء او بتقديم الضمان. (م 13/ 1 من قانون التمويل العقاري)، لأن هذا الإجراء المسبق واجب في نظرنا للأمر بالحجوز وليس لوضع الصيغة التنفيذية كأداة ضمان للتنفيذ، بينما إعلان المستثمر لسماع أقواله شرط مسبق لصحة الأمر بوضع الصيغة التنفيذية على اتفاق التمويل، وفي **اعتقادي** أنه لا يشترط استصدار أمر التصديق (وضع الصيغة) وأمر الحجز معاً في إجراءات واحدة. ويعتبر البعض هذا الإنذار كمقدمة من مقدمات التنفيذ وفقا لقانون التمويل العقاري، ينظم هذا الإنذار على نحو يختلف عن قانون المرافعات الذي لا ينطبق على التمويل العقاري إلا فيما لم ير به نص خاص، ولكن هذا الإنذار لا يتضمن السند التنفيذي كالإعلان السند التنفيذي كمقدمة للتنفيذ وفقا للقواعد العامة في المرافعات، وبالتالي لا يؤدي إلى انقطاع مدة التقادم. فتحي والي، التنفيذ، ص 898- 899، بند 522.

[220] **وفي اعتقادي** أن الإعلان المنصوص عليه في المادة 2/13 ليس المقصود منه الإعلان بالمعنى الفني له لإعلان صحيفة الدعوى عن طريق المحضر، ولكن المقصود منه الإعلان بالمعنى الواسع الذي قد يُتخذ دون المحضر ولو بالبريد ، قياساً على الإعلان الذي يقوم به قلم الكتاب بموجب المادة (174) مرافعات التي تنص على أنه: "يعتبر النطق بالأحكام التي تصدر أثناء سير الدعوى ولا تنتهي بها الخصومة وقرارات فتح باب المرافعة فيها، إعلاناً للخصوم الذين حضروا إحدى الجلسات، أو قدموا مذكرة بدفاعهم، وذلك ما لم ينقطع تسلسل الجلسات لأي سبب من الأسباب بعد حضورهم، أو تقديمهم للمذكرة، فعندئذ يقوم قلم الكتّاب بإعلان الخصوم بالحكم أو القرار المذكور بكتاب مسجل مصحوب بعلم الوصول".

ب) مراجعة قرار منح القوة التنفيذية للسندات الخاصة:

إن الحكم بالتصديق لا يعتبره البعض في الفقه الفرنسي[221] صادراً عن القاضي بموجب سلطته الولائية وفقا للمادة 25 والتالية من قانون الإجراءات المدنية، بل هو حكم يصدر بموجب القانون بعد رقابة قانونية وملاءمة لعمل الأطراف، يفصل ويقول كلمة القانون بعدها. على العكس من ذلك، فيرى البعض أنه شكل من أشكال الحكم بإثبات تصرف *jugement de donnée acte*، والقاضي يثبت فيه اتفاق الأطراف من خلال ممارسة الحد الأدنى من الرقابة على مضمونه، والتي بموجبها يمنح قوة واجبة النفاذ[222]. ولكن في **اعتقادي** أن قرار القاضي بالتصديق– كالإثبات القضائي[223]– هو أمر ولائي ولكن ذات طابع خاص، فيظهر الطابع الخاص في القانون الفرنسي عند مقارنة نظام مراجعة الامر على عريضة مع قرار التصديق.

---

(221) L. CADIET, *Droit judiciaire privé, op. cit.*, n° 325 ; L. CADIET, *Solution judiciaire et règlement amiable des conflits : de la contradiction à la conciliation*, art. préc., Mélanges Cl. CHAMPAUD, p. 133, n° 16 .

(222) S. Guinchard, *L'ambition d'une justice civile rénovée. Commentaire du décret n° 98-1231 du 28 décembre 1998 et de quelques aspects de la loi n° 98-1163 du 18 décembre 1998*, D. 1999. Chron 63 et suiv., spéc. n° 18 ; Ch. JARROSSON, *Les dispositions sur la conciliation et la médiation judiciaires de la loi du 8 février 1995*, Rev. Arb. 1995. 219 et suiv., spéc. p. 229, n° 20.

https://books.openedition.org/puam/713?lang=en#ftn67

(223) وبالتالي لا يجوز الطعن فيه بطرق الطعن المقررة في الاحكام إن اتخذ شكل الحكم المثبت للصلح. بينما يرى البعض أن الصلح القضائي إن اتخذ شكل الحكم يجوز الطعن فيه لعيب في الإجراءات دون التقدير. انظر: الأنصاري النيداني، مرجع سابق، ص153، رقم 94.

وإذا كان المشرع الفرنسي نص صراحة على جواز الطعن على قرار التصديق في حال التصديق على اتفاق وسائل تسوية المنازعات (م 1566)[224]، إلا انه سكت عن الباقين. ففي التصديق على الوساطة القضائية مثلا لم ينص المشرع الفرنسي على طريق المراجعة، ولكن قد يشير إلى ذلك ضمنيا كما لو نص صراحة على اعتبار القرار بالتصديق من المسائل الولائية كما في المادة الفقرة الثانية من المادة 12-131، وعندئذ تنطبق طرق مراجعة القرارات الولائية[225]، **ولكن ماذا لو لم يحدد المشرع طبيعة القرار الصادر بتصديق بعض الاتفاقات؟**

يرى البعض أنه في باقي النصوص التي لم يذكر طبيعتها صراحة تكون من مسائل التواجهية[226]، بينما يرى البعض الآخر أن الأصل هو اعتبار التصديق من المسائل الولائية إلا إذا انطوت على نزاع فتكون تواجهيه[227]. ولكن في **اعتقادي** إذا لم ينص المشرع على اعتبار قرار التصديق القضائي ولائياً، فيعد كذلك، بحسب الأصل، ولذلك تخضع إجراءات استصدار قرار التصديق عندئذٍ لقواعد الأوامر على عرائض[228]، وبالتالي يجوز أن تخضع للتظلم بالإجراءات المعتادة ثم الاستئناف.

---

[224] تنص على أن: " إذا تم قبول العريضة، يجوز لذوي الشأن التظلم أمام القاضي الذي أصدر القرار. قرار رفض التصديق على الاتفاق يجوز استئنافه. يتم تقديم هذا الاستئناف عن طريق التقرير في قلم كتاب محكمة الاستئناف. ويفصل في الطعن بالإجراءات الولائية ".

Article1566 : « ***S'il est fait droit à la requête, tout intéressé peut en référer au juge qui a rendu la décision. La décision qui refuse d'homologuer l'accord peut faire l'objet d'un appel. Cet appel est formé par déclaration au greffe de la cour d'appel. Il est jugé selon la procédure gracieuse*** ».

[225] N. FRICERO, *procédure participative assistée par avocat*., op.cit., N°37.

[226] Gougeon, Audrey. *L'intervention du tiers à la formation du contrat*. Diss. 2016.p301. No 596.

[227] ZATARA, ≪ *L'homologation en droit prive* ≫, *RRJ*, n°2004/1, 2004, p.105.

[228] والفارق بينهما أن في الأمر على عريضة، يجب ابداء الاستئناف أولا حتى يجوز للقاضي أن يعدل أو يعدل، وتقدم العريضة من طرف واحد، بينما في العريضة المسماة، لذوي الشأن طلب التظلم من الأمر، والقاضي يفصل في

أما لو كان التدخل القضائي بالإثبات كإثبات الصلح، فسواء اتخذ الصلح شكل محضر أو ملحق به، فلابد من إصدار قرار قضائي بالإثبات ولإنهاء الخصومة صلحاً بموجب المادة 103 مرافعات[229]، لأن الخصومة لابد وأن تنقضي في كل الأحوال بقرار حتمي ينهيها، ويعد هذا القرار عندئذ بمثابة قراراً ولائياً حتى ولو اتخذ شكل الحكم، وبالتالي لا يجوز الطعن فيه بطرق الطعن المقررة في الأحكام. ولكن **في اعتقادنا** إذا رُفع استئناف عن الحكم المثبت للصلح وفقاً للمادة 103 فيجوز أن تحور محكمة الاستئناف الطعن إلى دعوى بطلان أصلية، لا يتقيد بميعاد ولا بأحكام وقواعد الطعن بالاستئناف، شريطة أن تعلم الأطراف بهذا التحوير تطبيقاً لمبدأ المواجهة، وعندئذٍ لا مجال للحديث عن تفويت درجة من درجتي التقاضي[230].

التظلم بإجراءات تواجهيه، بحكم يصلح للاستئناف. والاستئناف في العريضة الخاصة يكون بالتقرير في قلم كتاب المحكمة، بينما في الاستئناف بالإجراءات الولائية يكون بالتقرير في قلم كتاب القاضي الذي أصدر القرار.

Y. strickler et foulon, *accords et force exécutoire en France* Gaz. Pal 3 sept. 2013, *p. 9.*

وقد صدر قرار من محكمة النقض في 24 مايو 2007 كيفت القرار الصادر بمنح القوة التنفيذية على أنه أمر على عريضة *ordonnance sur requête* لينطبق عليها النظام الإجرائي الخاص به لاسيما طرق مراجعته (كنظام العدول أو السحب المستعجل) *référé- rétractation* التظلم في حال قبول العريضة (وبهيئة المحكمة مجتمعة) او الاستئناف في حال الرفض (م 1566 سالفة الذكر)، كما أن الامر على عريضة يكون مسببا وفقا للمادة 495 إجراءات مدنية.

Cass. 2e civ., 24 mai 2007, no 06-11259 : D. 2008, p. 129, note P. Julien et J.-B. Racine ; Procédures 2007/8, p. 62, obs. R. Perrot.

(229) ولكن يعتبر اتفاق الصلح ذات قوة تنفيذية عملاً بالمادة 103 مرافعات دون الانتظار لحين صدور الحكم بإثبات الصلح، فمحضر الجلسة – الموقع عليه من القاضي وأطراف الصلح وكاتب الجلسة- هو العمل الذي يتمتع بالقوة التنفيذية.

(230) سواء كان البطلان موضوعيا في الصلح كاتفاق أو بطلان إجرائي لمخالفة الإجراءات المنصوص عليها في المادة 103 مرافعات. وفي الاختلاف الفقهي بين جواز الطعن من عدمه في العمل التصالحي راجع: الانصاري النيداني، مرجع سابق، ص249، رقم 148. وقُضي أيضاً بأنه: "حيث إن هذا النعي في غير محله ذلك أن الحكم الذي يقضي بإلحاق عقد الصلح بمحضر الجلسة وإثبات محتواه فيه لا يعدو – وعلى ما جرى به قضاء هذه المحكمة – أن يكون عقدا وليس له حجية الشيء المحكوم به وإن أعطى شكل الأحكام عند إثباته ولا يجوز الطعن فيه من طرفيه لأن القاضي وهو يصدق على الصلح لا يكون قائما بوظيفة الفصل في خصومة وإنما بسلطته الولائية وليس بمقتضى سلطته القضائية مما مؤداه أنه لا يسوغ لمحكمة الاستئناف إذا ما طعن في الحكم الصادر بإلحاق عقد الصلح بمحضر

ثانياً: – الاستغناء عن وجود العنصر القضائي في السندات الخاصة التنفيذية

يكون الاستغناء عن العنصر القضائي في السندات الخاصة التنفيذية بموظف آخر مع ضمان النزاهة والحيدة، إما بالالتجاء إلى الموثق في المحررات الموثقة في مصر وفرنسا، أو المحضر أو إلى المحامي مع الموثق في فرنسا.

1– الموثق والتوثيق:

الجلسة وإثبات محتواه فيه وجعله في قوة السند واجب النفاذ أن تعرض في حكمها لأي دفاع يثيره الطاعن متعلقا بالموضوع أيا كان وجه الرأي فيه، لما كان ذلك، كان البين من الحكم المطعون فيه أنه قد انتهى صائبا إلى القضاء بعدم جواز الاستئناف تأسيسا على أن الحكم المستأنف قد خلص إلى القضاء بإلحاق عقد الصلح المؤرخ 1983/10/1 بمحضر الجلسة وإثبات محتواه فيه وجعله في قوة السند التنفيذي ولم يعرض لما أثاره الطاعن من أوجه دفاع متعلقة بالموضوع أيا كان وجه الرأي فيها ، فإنه يكون قد التزم صحيح القانون ويضحى النعي عليه بسبب الطعن على غير أساس". محكمة النقض - مدني - الطعن رقم 331 لسنة 55 قضائية بتاريخ 1991-04-24 مكتب فني 42 رقم الجزء 1 رقم الصفحة 936.

بينما إذا صدر الحكم بإثبات الصلح باطلاً لأنه ورد على مسألة متعلقة بالنظام العام، فيجوز الطعن فيه عندئذ بالاستئناف لأنه لا يعد عندئذ قراراً ولائياً بل حكماً يجوز استئنافه. حيث قُضي بأن: " وكان المقرر وفقا للمادة 551 من القانون المدني أنه لا يجوز الصلح في المسائل المتعلقة بالحالة الشخصية أو بالنظام العام. وكان القانون رقم 103 لسنة 1976 بشأن التوثيق قد وضع شروطا لزواج المصرية بأجنبي، وكانت القيود التي تطلبها هذا القانون من النظام العام، فلا يجوز الصلح عليها، وكانت النيابة العامة قد طلبت في الاستئناف المقام منها إلغاء الحكم المستأنف ورفض الدعوى على سند من أن القانون 103 لسنة 1976 قد تطلب في المادة الخامسة منه توافر عدة شروط لتوثيق عقد زواج المصرية بأجنبي، وأوجبت المادة السادسة رفض التوثيق إذا لم تتوافر تلك الشروط، وإذ قضت محكمة أول درجة بإلحاق عقد الصلح المتضمن بنود عقد الزواج المنعقد بين المصرية والأجنبي بمحضر الجلسة وإثبات محتواه فيه وجعله في قوة السند التنفيذي دون مراعاة توافر الشروط التي إستوجبها القانون وهي من المسائل المتعلقة بالنظام العام، وإذ قضى الحكم المطعون فيه بعدم جواز الاستئناف يكون قد خالف القانون وأخطأ في تطبيقه متعينا نقضه- على أن يكون مع النقض الإحالة.". محكمة النقض - مدني - الطعن رقم 133 لسنة 58 قضائية بتاريخ 1992-03-31 مكتب فني 43 ج 1 ص 542.

استغنى المشرع في المحررات الموثقة كسندات خاصة تنفيذيه عن العنصر القضائي تماماً بوجود الموثق[231]. ويتمتع الموثق بثقة خاصة من الدولة، مما يجعله أميناً على مهمة ذات مصلحة عامة ذات طبيعة شبه سياديةquasi régalienne . [...] وبالتالي، لا يمكن أن يكون هناك مجال لتوسيع نطاق هذا الامتياز ليشمل الأعمال التي تُبرم بمساعدة القانونيين الآخرين الذين لم تعهد إليهم هذه المهمة [...]. »[232].

وفي جميع البلدان التي تعرف الموثق، فإن دور الموثق هو التحقق من امتثال العقود التي يصادق عليها للنصوص القانونية القائمة. وهو محكّم محترف من الغير يشهد، نيابة عن الدولة، العلاقات القانونية بين المواطنين[233].

---

(231) وبالإضافة إلى ذلك، فإن الحياد والنزاهة التي يميل مركزه إلى ضمانها مطلوبان لتقديم المشورة لجميع الأطراف في العمل، لا يمكن أن يوثق الموثق محرر لنفسه أو لأقاربه (مرسوم رقم 71-941، 26 نوفمبر 1971 المادة 2). وقد قُضي بإنكار القوة التنفيذية للمحرر الموثق لأن الموثق ابن رئيس مجلس إدارة بنك التسليف.

Cass. 2e civ., 30 Oct. 2012, n° 11-25.789: Bull. civ. 2012, II, n° 223. J.-P. Marguénaud et B. Dauchez, *Nul ne peut être notaire et partie : émergence d'un nouvel adage européen* ? : JCP N 2011, n° 27, 1209.

(232) Ch. Jamin, *Surfer sur la vague... Réflexions de lege ferenda sur la création d'un acte sous signature juridique*, in Mél. G. Goubeaux : Dalloz/LGDJ, 2009, p. 285, spéc. p. 293. وأضاف البعض أن الرسمية تعتبر "صفة سيادية تفوّض السلطات العامة ممارستها إلى الموظفين العموميين" وعلى نطاق أوسع كخدمة عامة، ومبدأ الاستمرارية والمساواة، وهي مبادئ لا تتفق نتائجها من حيث التسعير والتنظيم الجغرافي والالتزامات بالتحرير مع تلك التي تحكم مهنة المحامي، والتي تتسم بالحرية والاستقلال عن الدولة.

Y. Gaudemet, *L'acte d'avocat, une analyse publiciste*, in Liber amicorum Christian Larroumet, Economica, 2010, p. 181.

(233) والموثق ليس ناصحاً كالمحامي لطرف ما ولكن لكل أطراف العمل، والموثق ليس قاضياً بالمعنى التقليدي الذي يفض الخصومات. ولكن هو رجل من رجال قضاة الصلح يشترط المشرع فيه، لمهامه الخطيرة هذه، أن يكون محايداً ونزيهاً. وتنص المادة 10 من اللائحة التنفيذية لقانون التوثيق المصري على أنه يجب على الموثق قبل توقيع ذوي الشأن علي المحرر المراد توثيقه أن يتلو عليهم الصيغة الكاملة للمحرر ومرفقاته وأن يبين لهم الأثر القانوني المترتب عليه دون أن يؤثر في إرادتهم ويوقع هو وأصحاب الشأن المحرر والمرفقات. وإذا كان المحرر مكونا من عدة صفحات وجب على الموثق أن يرقم صفحاته وأن يوقعها جميعها مع أصحاب الشأن. ولذلك فإن العمل الموثق لا يحوز حجية الامر المقضي، وبالتالي – كما سنرى لاحقاً- ويجوز للطرف المعترض على السند التنفيذي أن ينازع في

إن العمل الموثق، على عكس العمل العرفي، لا يشترط توقيع ذوي الشأن، وإنما يُكتفى بحضورهم ومثولهم أمام الموثق إما شخصياً أو عن طريق وكيل للتحقق من أهليتهم وصفتهم وموافقتهم[234]. ويجمع الموثق توقيعهم الذي يشهد على هذه الموافقة الواضحة، بعد حوار يشرح فيه لذوي الشأن (يطلق عليهم العملاء في فرنسا[235]) معنى علاقاتهم القانونية. لذلك، يذيل الموثق العمل بتوقيعه، وفي هذه اللحظة بالذات يكتسب العمل الصفة الرسمية. وهذه الرسمية ومظهر الصحة يؤهلان العمل ليصلح إضفاء القوة التنفيذية عليه، ولكن قد يجعلها المشرع مفترضاً لها أو جسرا للعبور عليها كما في المحررات الموثقة عكس المصدقة[236].

صحة اتفاق الطرفين ذاته، مدعيا، على سبيل المثال، أن موافقته مشوبة بالغلط أو أن هذا الشرط باطل ولاغ باعتباره منافيا للنظام العام. ومع ذلك، منذ صدور حكم من محكمة النقض الفرنسية في 18 يونية 2009، "يجوز لقاضي التنفيذ أن يبت في صحة الالتزام المثبت في المحرر الموثق ذات القوة التنفيذية.

Cass. 2e civ., 18 juin 2009, n° 08-10.843 : JurisData n° 2009-048640 ; Procédures 2000, comm. 273, obs. R. Perrot ; D. 2009, p. 2525, note J.-J. Ansault ; Defrénois 2009, p. 2344, obs. R. Libchaber.

المادة 2، 4 من لائحة قانون التوثيق (مرسوم - لسنة 1947 الصادر بتاريخ 1947-11-03 نشر بتاريخ 1947-11-10 يعمل به اعتبارا من 1947-11-10 بشأن اللائحة التنفيذية لقانون التوثيق. الوقائع المصرية 103.) ينصان على أن يؤدي الموثقون والموثقون المساعدون قبل مباشرة أعمالهم يمينا أمام وزير العدل بأن يقوموا بأعمال وظائفهم بالذمة والصدق. ولا يجوز للموثق أن يباشر توثيق محرر يخصه شخصيا أو تربطه وأصحاب الشأن فيه صلة مصاهرة أو قرابة لغاية الدرجة الرابعة.

: JCP N 2017, n° 36, 1257, p. 45, obs. J.-P. CEDH, 21 mars 2017, n° 30655/09 Marguénaud, C. Dauchez et B. Dauchez ; Defrénois 22 mars 2018, p. 35, obs. M. Latina.

(234) قانون التوثيق المصري رقم 68 لسنة 1947، تنص المادة 5 منه على أنه: "يجب على الموثق قبل إجراء التوثيق أن يتثبت من أهلية المتعاقدين ورضائهم وصفاتهم وسلطاتهم". وتنص المادة 6 على أنه: "إذا اتضح للموثق عدم توافر الأهلية أو الرضا أو الصفات أو السلطات لدى المتعاقدين أو عدم توافر الشروط المبينة في الفقرة الثانية من المادة (5) أو إذا كان المحرر المطلوب توثيقه *ظاهر البطلان* وجب على الموثق أن يرفض التوثيق وإخطار ذوي الشأن بالرفض بكتاب موصى عليه يوضح فيه أسباب الرفض".

(235) على أساس أن الموثق في فرنسا ليس موظفاً عاماً في كل الأحوال.

(236) إلا أنه وفقاً لبعض التشريعات الإجرائية تجعل المحرر الرسمي له قوة تنفيذية مثل: المادة 146 والمادة 835 من قانون أصول المحاكمات اللبناني كما تقدم.

والأصل ان التوثيق لا ينطوي على مراقبة صحة العمل بقدر اعتماد حقيقته[237]، فهو يستوثق من ظاهرية إرادة الأطراف وليس وجودها الحقيقي أو صحتها[238]، وهو ما يفسر عدم حيازة العمل الموثق للحجية، ويبرر السماح بمنازعة المنفذ ضده لصحة العمل الموثق أمام قاضي الموضوع أو قاضي التنفيذ، وعدم تأثير العمل الموثق على مدة تقادم الحق الذي تضمنه[239].

2- <u>المحامي مع الموثق بدور جديد:</u>

كما استغنى المشرع عن العنصر القضائي في الاتفاق على الطلاق التشاركي أو التبادلي بحضور المحامي ، والمودع في محضر الموثق. والموثق هنا يلعب دوراً مخففاً أيضاً عن دوره كموثق تقليدي، إذ يعتبر مجرد مسجلاً وليس مستشاراً، و ذلك على اعتبار أن من لعب دور الموثق التقليدي، كبديل للقاضي، للتحقق من مضمون الطلاق والتوقيع عليه، هو المحامي- وهو ليس موظفاً عاماً-[240] المصدق على عملية تشاركية بين الزوجين، مما يعزز التقليل للمنازعات

---

[237] PERROT (R.), *Le titre exécutoire et son actualité jurisprudentielle* : LPA 22 déc. 1999, p. 4, spéc. p. 7.

[238] حكم المحاكم الاقتصادية رقم 2114 لسنة 2010 قضائية بتاريخ 30-11-2010. وحكم المحاكم الاقتصادية رقم 125 لسنة 2012 قضائية بتاريخ 29-12-2012(اشكالات التنفيذ- أحمد المليجي- ص 474-475- الطبعة الخامسة). وحكم المحاكم الاقتصادية رقم 20 لسنة 2011 قضائية بتاريخ 29-05-2011.

[239] ولذلك يمكن للأطراف الادعاء بعيوب الإرادة رغم التوثيق ،كإصابة الإرادة بالإكراه أو الغش عن طريق \دعوى البطلان أمام قاضي الموضوع أو المنازعة في تنفيذه أمام قاضي التنفيذ، وليس عن طريق الطعن بالتزوير.

[240] والمحامي ليس موظفا عاما له قوة تنفيذية، لذلك تظهر أهمية وجود الموثق ولكن كمسجل فقط وليس لمهمة التوثيق. والموثق، على عكس المحامي، لا يتمتع بحرية وظيفية، لأنه يجب تعيينه من قبل وزير العدل *le garde des Sceaux*؛ وهو ملزم بالأعمال المطلوبة منه، وبالتالي لا يمكنه اختيار موكليه؛ ويخضع للرسوم؛ يجب عليه أن يحتفظ بأصول المحررات التي يوثقها لمدة 75 عامًا قبل وضعها في الأرشيف، إلخ. كل الأشياء التي تظهر وجود خدمة عامة توثيقية. وباختصار، فإن الموثق هو المسؤول عن إعطاء أعمال الأفراد صفة الرسمية، في حين أن المحامي سيكون له الحرية في القيام بذلك. ونظرا لخطورة السندات التنفيذية فلابد أن تكون قواعد إنشائها والمهنة التي تتدخل في تكوينها قواعد صارمة.

Ph. Théry, *L'efficacité de l'acte notarié : forces et faiblesses* : JCP N 2012, n° 23, 1249.

المحتملة، فضلاً عن ضمان وجود المحامي مساعد لكل طرف لاحترام المواجهة الدفاع، وهو أفضل بكثير، في نظر البعض، من تدخل موثق واحد[241].

وعلى أية حال، يضمن المشرع في سندات الموثق أو المحضر أو المحامي مع الموثق، بتحققهما وإثباتهما للإجراءات والاتفاقات وتوفيرهما المعلومات لذوي الشأن، الأمن القانوني *sécurité*

---

(241) إن مسؤولية المحامي في هذا الشأن تكاد تقترب من مسؤولية الموثق. لذلك يرى البعض أنه من العدالة أن يفوض المحامي –كالموثق- من الدولة سلطة منح القوة التنفيذية للمحررات التي يصدقون عليها. وإذا كان الموثق يملك السلطة العامة، فإن المحامي لا يملكها. ومع ذلك فهو معاون للقضاء ويمكن للمرء أن يتصور تطور منصبه. "إذا كان المرء يريد حقا توفير المال، فإن تكريس "عمل المحامي «l'acte d'avocat» "يمكن أن يسهم في ذلك، حتى لو لم يتمكن الأخير من الاستغناء عن التصديق القضائي، وبالتالي رقابة القاضي.

S. Amrani-Mekki, *La déjudiciarisation*, op. cit, n° 25.

عادة ما يتم تقديم الموثق، أخيرا، باعتباره الشخص الذي يحافظ على مصالح التصرف وليس مصالح العميل. يمكن أيضا تقديم المحامي بهذه الطريقة، وهو الذي يجب عليه "ضمان توازن جميع المصالح الحالية وأخذ زمام المبادرة لتقديم المشورة لكل أطراف الاتفاق" عندما يكون هو المحرِر الوحيد للتصرف.

Cass. 1re civ., 22 juin 1999: JCP G 1999, I, 22, obs. R. Martin. – Cass. 1re civ., 27 nov. 2008, n° 07-18.142 : JurisData n° 2008-045973 ; D. 2009, p. 706, note Ch. Jamin.

سيجادل البعض بأن مسؤولية المحامين هي مسؤولية تعاقدية ، في حين أن مسؤولية الموثقين غير تعاقدية، إلا عند العمل كوكيل. وإذا كان المحرر العرفي المصدق يريد فرض نفسه، فسيكون من الضروري بالفعل التفكير في شكل جديد من المسؤولية مشترك بين الموثق والمحامين. ويمكن أن يتمثل ذلك في إدخال المسؤولية الوظيفية، التي تنطبق على المهنيين الذين يعطون الأفعال قدرا أكبر من اليقين القانوني، وهي مسؤولية تتجاوز الانقسام بين العقد والمسؤولية التقصيرية.

Mustapha Mekki, Professions - *De l'acte sous signature juridique à l'acte contresigné par l'avocat* –op. cit, n°8.

انظر: سيد أحمد محمود، دور المحامي في المنظومة القضائية، دار النهضة العربية، طبعة 2014-2015.

Gougeon, Audrey. *L'intervention du tiers à la formation du contrat*. Diss. 2016. p.215. No 400.

وقيل بأن المحامي هو رجل القضية، كما أن الموثق هو رجل أو قاضي العقد.

Mustapha Mekki, *Professions - De l'acte sous signature juridique à l'acte contresigné par l'avocat* –op. cit, n°2 ; *S.* Amrani-Mekki, *La déjudiciarisation*, op. cit, n° 23, 26.

juridique، علاوة على أن المشرع، حينما يفوضهما في منح القوة التنفيذية لبعض السندات، يضع في اعتباره ضمان حياد الموثق والمحضر بقواعدهما المهنية القابلة للتطوير. صحيح أن حياد الموثق[242] أو المحضر أو المحامي ليس كحياد القاضي، غير أن وجود الإرادة الخاصة، مع الموثق والمحضر والمحامي، يعوض هذا العنصر السابق، علاوة أن قواعدهم المهنية تضمن نزاهتهم.

إن دور الموثق، بصدد السندات الخاصة التنفيذية، ليس في كل الأحوال كدوره التقليدي، ففي اتفاق الطلاق التبادلي بين الزوجين يتم إيداع سند الاتفاق في محضر التوثيق لا يضفي صفة الرسمية على الاتفاق، بل القوة التنفيذية، ودور الموثق ثانوي فهو مجرد مسجل وليس مستشاراً[243]، لأن من لعب دور الموثق التقليدي، كبديل للقاضي، للتحقق من مضمون الطلاق والتوقيع عليه، هو المحامي وهو ليس موظفا عاما مما يبرر بقاء ورقة اتفاق التطليق ورقة عرفية مصدق على توقيعها من المحامي وليست رسمية[244]، لنصبح أمام اتفاق غير رسمي وفي الوقت ذاته له قوة تنفيذية بتدخل الموثق مع المحامي.

مما لا شك فيه أن المحامين لهم كفاءة و مهارة عملية في ميدان التوثيق بحكم الدراية بشكليات العقود و بفعل الممارسة الفعلية لتحريرها و تلقيها نيابة عن ذوي الشأن[245]. لذلك تفتق ذهن المشرع

---

(242) لذلك وجدت قيود في تحديد قائمة مقيدة بالمحررات التي يجوز توثيقها في فرنسا.

Ejan Mackaay, *Les enjeux économiques de la reconnaissance du titre exécutoire conventionnel paru* dans : Nicholas Kasirer et Piere Noreau (dir.), Sources et instruments de justice en droit privé, Montréal, Les Éditions Thémis, 2002, 533-547.

(243) وكأنه يلعب دور قلم الكتاب.

Christophe Blanchard, Divorce - *La fonction du notaire dans le divorce déjudiciarisé* - op. cit, 1002, n°10.

(244) S. Amrani-Mekki, *La déjudiciarisation, op. cit, n° 33.*

(245) نذكر هنا تطبيقات لكون المحامي ليس فقط رجلاً للقضية، وإنما خارج القضية ولكن في القوانين المصرية مثل توقيعاته على بعض الأوراق. حيث المادة 3 من قانون المحاماة المصري 1983/17 " مع عدم الإخلال بأحكام القوانين المنظمة للهيئات القضائية وبأحكام قانون المرافعات المدنية والتجارية، لا يجوز لغير المحامين مزاولة أعمال المحاماة، ويعد من أعمال المحاماة: 1 ـ الحضور عن ذوي الشأن أمام المحاكم وهيئات التحكيم والجهات الإدارية ذات الاختصاص القضائي وجهات التحقيق الجنائي والإداري ودوائر الشرطة والدفاع عنهم في الدعاوى التي ترفع منهم

الفرنسي إلى اقتراح حلول عملية تتماشى مع تطور مهنة المحاماة نحو التخصص وتعتمد عمل المحامي *acte d'avocat* كحل بديل وسريع يتناسب مع حرية التجارة التي تأبى اشتراط الرسمية والمغالاة في الشكليات.

وحتى في الدور غير العادي للموثق كمسجل، في اتفاق الطلاق التبادلي، فيراجع صحة الشكليات المتطلبة[246]، بينما يرى البعض الآخر[247] ان مهمة الموثق ليست شكلية، بل هي كالموثق العادي، ولكن عدا إضفاء الرسمية، لأن على الموثق أيضا أن يراقب قانونية التصرف في كل الأحوال.

3- **المحضر:**

الأصل أن وظيفة المحضر (معاون التنفيذ) [248]، في مجال التنفيذ، هي القيام بإجراءات التنفيذ على أرض الواقع تحت إشراف ورقابة القضاء، ومن ثم فلا دخل له في تكوين السند التنفيذي الذي يقوم بتنفيذه.

أو عليهم والقيام بأعمال المرافعات والإجراءات القضائية المتصلة بذلك. 2 ـ إبداء الرأي والمشورة القانونية فيما يطلب من المحامي. 3 ـ صياغة العقود واتخاذ الإجراءات اللازمة لشهرها أو توثيقها. وتعد أيضا من أعمال المحاماة بالنسبة لمحامي الإدارات القانونية في الجهات المنصوص عليها في هذا القانون، فحص الشكاوى وإجراء التحقيقات الإدارية وصياغة اللوائح والقرارات الداخلية لهذه الجهات. وتنص المادة 59: مع مراعاة حكم الفقرة الثانية من المادة (34) لا يجوز تسجيل العقود التي تبلغ قيمتها (20) عشرين ألف جنيه فأكثر أو التصديق أو التأشير عليها بأي إجراءات أمام مكاتب الشهر والتوثيق أو أمام الهيئة العامة للاستثمار أو مكاتب السجل التجاري وغيرها إلا إذا كانت موقعاً عليها من أحد المحامين المقبولين للمرافعة أمام المحاكم الابتدائية على الأقل بعد التصديق على توقيعه أمام النقابة العامة أو النقابة الفرعية التابع لها.

(246) إذ تنص المادة 229-1 من القانون المدني على أنها ملزمة بمراقبة الامتثال فقط للمتطلبات الشكلية للاتفاق وفترة التفكير التي تبلغ 15 يوماً قبل توقيع الاتفاق، دون الحاجة إلى التحقق من موافقة الطرفين أو توازن الاتفاق أو استقبال الأطراف أو محاميهم. ولكل من الزوجين حرية التعبير عن احتياجاته، وطلب جميع المعلومات اللازمة، دون حضور الزوج الآخر.

(247) Christophe Blanchard, Divorce - *La fonction du notaire dans le divorce déjudiciarisé*, op. cit, 1002, n°16.

(248) فإن المحضر القضائي، الذي تم تذكيره بأن الوزارة من حيث المبدأ ممر إلزامي للتنفيذ الجبري، هو نفسه مكلف بالتحقق من الشرعية واحترام النظام العام: ملزم من حيث المبدأ بإعارة وزارته أو المساعدة لمن يطلبها، يمكنه، وفي

إلا أن المشرع الفرنسي استغنى تماماً عن العنصر القضائي وعوضه بوجود المحضر[249] في تكوين السند التنفيذي الصادر عن المحضر في حالتي الامتناع عن دفع شيك والاتفاق على تسوية الديون الصغيرة كما تقدم، من خلال إجراءات تفاوضية تعاونية بين ذوي الشأن، تساهم في التقليل من المنازعة في الحقوق الثابتة بقوة في أداة وفاء أو حقوق قليلة المبالغ.

والمشرع الفرنسي وثق في المحضر وجعله بديلاً للقضاء في تسليم سند تنفيذي في حالتي الامتناع عن دفع شيك او حال اتفاقات الديون الصغيرة. ويتدخل المحضر وقت أداء الالتزام وتنفيذه. ففي حالة الامتناع عن دفع الشيك يلعب المحضر دور اثبات غياب مبرر لدفع مبلغ الشيك من الساحب إلى الحامل بعد انقضاء فترة معينة (خمسة عشر يوما) من الإعلان أو الإخطار بالشهادة الصادرة من البنك بالامتناع عن الدفع. وفي حالة اتفاق التسوية على الديون الصغيرة لا يكون دوره في توثيق

الحقيقة يجب عليه أن يرفضها عندما يبدو له الإجراء المطلوب غير قانوني أو غير متناسب (م L122-1 من قانون التنفيذ الفرنسي. ولا يجرى التنفيذ الجبري والحجوزات التحفظية إلا من محضري التنفيذ المسؤولين عن التنفيذ. ويطلب منهم تقديم وظيفتهم العامة (الوزارية) أو يناط بهم المساعدة، إلا إذا بدا أن التدبير المطلوب غير شرعي أو إذا بدا أن قدر تكاليف التدبير تجاوز بشكل ظاهر مبلغ الحق المراد اقتضاؤه، ما لم تكن تلك الحقوق نتيجة إلزام رمزي يرفض المدين تنفيذه.

Article L122-1 Création Ordonnance n°2011-1895 du 19 décembre 2011 - art. *Seuls peuvent procéder à l'exécution forcée et aux saisies conservatoires les huissiers de justice chargés de l'exécution. Ils sont tenus de prêter leur ministère ou leur concours sauf lorsque la mesure requise leur paraît revêtir un caractère illicite ou si le montant des frais paraît manifestement susceptible de dépasser le montant de la créance réclamée, à moins que cette dernière résulte d'une condamnation symbolique que le débiteur refuserait d'exécuter*.

(249)ولكن لا توجد آليات إجرائية- لا نقول جنائية- تواجه عدم الحياد أو الاستقلال قبل صدور السند التنفيذي من موثق أو المحضر. وقد تم إلغاء القوة التنفيذية لمحرر موثق من قبل محكمة استئناف باريس لغياب استقلال الموثق المحرر، مع الوضع في الاعتبار لمجموع مصالح بينه وبين أحد أطراف التصرف ..

Ça, Pôle 4, chambre 1, N° 11/06910 du 11 avril 2013, JurisData n° 2013-007317

authentifier موافقة الطرفين كما يفعل الموثق، ولكن يقتصر دور المحضر على "إثبات" اتفاق *constater l'accord* الطرفين على مبلغ الدين وشروط تنفيذه[250].

ويضمن تدخل المحضر القضائي الأمن القانوني وضمان المعلومات التي توفرها الأطراف وصحة الاتفاق؛ يقوم على التعاون بين الدائن والمدين من أجل تسوية ودية للديون، ومنح هذه السلطة للمحضرين بتوجيهات من الاتحاد الأوروبي[251].

ورغم ما تقدم، إلا أنه امتداداً لسياسة التحسس من السندات الخاصة ذات القوة التنفيذية، ينتقد البعض[252] اعتبار سند المحضر عند الامتناع عن دفع شيك، إذ يخشاه الساحب (المدين) خاصة أنه غير قابل للطعن فيه، مع الإشارة إلى أن الطابع أحادي الجانب للإجراءات، وعدم وجود أي مراجعة قضائية، وأي اقرار بالدين، لا يسمح باستبعاد الخطأ. وينتقد البعض في فرنسا[253] أن عدم تدخل القضاء – من خلال آلية التصديق– قد يفضي إلى مخالفة النظام العام أو حرمان المدين إذا كان طرفا ضعيفا كالمستهلك من حماية ورقابة القضاء. وإذا كان القضاء لا يتدخل في مرحلة تكوين السند التنفيذي إلا أنه يتدخل في حال المنازعة في تنفيذه بالاستناد إلى بطلان إجراءات تسوية الديون الدين الصغيرة.

وأخيراً، إذا كانت السلطة العامة تفوض سلطة الإجبار في منح القوة التنفيذية، بدلا من القاضي، كالموثق أو المحضر، فمن الطبيعي ألا يتطلب القانون الازدواجية في الموظف المفوض، فإما أن

---

(250) ولكن يقيد المشرع المحضر في دوره، إذ لا يستطيع أن يتدخل في إثبات اتفاق تسوية الديون الصغيرة، إلا إذا كان الدين أقل من أو يساوي 5000 يورو في حين أن الموثق غير ملزم بأي نصاب محدد.

Jean-Luc Puygauthier, *Procédures civiles d'exécution - Procédure simplifiée de recouvrement des petites créances : encore et toujours la déjudiciarisation* - La Semaine Juridique Notariale et Immobilière n° 15, 15 Avril 2016, 1127, n°36.

(251)http://www.gip-recherche-justice.fr/wp-content/uploads/2018/09/15.26-Rapport_gip_dejudiciarisation.pdf.(آخر زيارة 2020/12)

(252) S. GUINCHARD et T. MOUSSA, (dir.) *Droit et pratique des voies d'exécution*, Paris, Dalloz Action, 2004-2005, n°125-23.

(253) Laurent SOUSA, *Recouvrement des créances - Procédure simplifiée de recouvrement des petites créances* – op. cit, n°14.

يكون القاضي تارة أو الموثق تارة أخرى أو المحضر، فمن غير المستساغ اشتراط الجمع بينهم في سند تنفيذي واحد. غير أن المشرع الفرنسي كما رأينا جعل تدخل موظفين اثنين وهما القاضي و الموثق معاً لضمان الحفاظ على مصالح أطراف تحتاج إلى حماية (كالوصاية أو الولاية وغيرهما) أو أطراف ضعيفة، كالأطفال حال التصديق على الطلاق الاتفاقي المتبادل، لأنه لا يجوز الاتفاق على الطلاق أصلاً في هاتين الحالتين[254].

ثالثاً: الاستعاضة عن مبادئ القضية العادلة

سواء كان منهج المشرع هو التخفيف أو الاستغناء عن القضاء، يستعيض المشرع عن تطبيق مبادئ التقاضي كالمواجهة والدفاع، والاستعاضة عنها بمثول الطرفين أمام الموظف وتمثيلهما بمحام وحضورهما في مجلس العقد، أو يعطلهما المشرع مؤقتاً لحين صدور الأمر الولائي بمنح القوة التنفيذية.

إن تكوين السندات الخاصة التنفيذية في غياب الإجراءات القضائية يثير الشكوك والمشاكل بالنظر لغياب تطبيق مبادئ التقاضي الأساسية والقضية العادلة، لذلك دعا ذلك البعض[255] في فرنسا إلى القول بأنه لاشك في الفعالية الاقتصادية أساس الصفة التنفيذية للعقد الموثق، ولكن هذا الثمن لا يجب أن يأتي على حساب حقوق الدفاع و الحق في قضية عادلة.

---

(254) ولكن يكون تدخل القاضي في الاتفاق الرضائي في حالتين فقط إذا كان أحد الزوجين محل حماية (كالوصاية أو الولاية وغيرهما) أو في حالة نتج عن الزواج طفل وطلب أن يستمع إليه القاضي، فلا يجوز الاتفاق على الطلاق العرفي المصدق من محامين في هاتين الحالتين، ولكن يكون اتفاق الطلاق التبادلي قضائيا أو بتصديق قضائي وعمل الموثق وليس القاضي هنا هو الذي يمنح القوة التنفيذية ولكن تصديق القاضي متطلب او مفترض لمنح هذه القوة التنفيذية. وكأن أمر التصديق وعمل الموثق بديل لحكم واجب النفاذ من قاض بالتطليق.

Article 229-2 : « *Les époux ne peuvent consentir mutuellement à leur divorce par acte sous signature privée contresigné par avocats lorsque : 1° Le mineur, informé par ses parents de son droit à être entendu par le juge dans les conditions prévues à l'article 388-1, demande son audition par le juge ; 2° L'un des époux se trouve placé sous l'un des régimes de protection prévus au chapitre II du titre XI du présent livre* ».

(255) H. Croze, « *De quelques confusions entre la force exécutoire et l'autorité de la chose jugée.* op.cit.581

بادئ ذي بدء، إن الحق في التنفيذ الجبري يعتبر حقا من حقوق الإنسان[256]، أياً كانت طبيعة السند التنفيذي، سواء كان حكماً قضائياً نافذاً أو غير ذلك، كالمحرر الموثق[257]. كما أنه ليس كل السندات الخاصة التنفيذية، كما ذكرنا، تستغني كليةً عن القاضي، فبعض هذه السندات الخاصة قد تخرج عن كونها عملاً قضائياً، ولكن لا تخرج عن إطار أعمال السلطة القضائية عموماً، لذلك تظل تخضع للمبادئ الأساسية للعدالة، وليس لمبادئ القضية العادلة التي تتناسب والعمل القضائي.

علاوة على أن من السندات الخاصة التنفيذية ما يكون مضمونها اتفاقات الوسائل البديلة للنزاع، ومنها ما يتخذ من إجراءات القضية محلاً، وبالتالي تخضع لمبادئ القضية العدالة. إذ أنه قد ترد اتفاقات لوسائل بديلة للقضاء وليست قضاءً بديلاً، ولذلك لا يمكن تطبيق كل ما يتعلق بالقضية عليها، ورغم ذلك تخضع لمبادئ متسقة مع مبادئ القضية العادلة مثل الأمانة الإجرائية للأطراف

---

(256) وهو ما أكدته محكمة النقض لحقوق الإنسان التابعة للاتحاد الأوروبي مقررة أن الحق في تنفيذ الحكم القضائي هو جزء لا يتجزأ من الحق في الالتجاء إلى القضاء يتعارض عدم إعماله مع مبدأ سيادة القانون، كان ذلك بمناسبة قياس معقولية المدة أحد عوامل القضية العادلة وفقا للمادة 1/6 من الاتفاقية الأوروبية لحقوق الإنسان.

Cour EDH, 19 mars 1997, arrêt Hornsby c/Grèce, RTD Civ. 1997, 1009 ; D. 1998, 74, note N. FRICERO.

(257) Arrêt Estima Jorge c/ Portugal, 21 avril 1998, RTD Civ. 1998, 993.

فتحي والي، التنفيذ الجبري، ص27، بند 11 والمراجع الفرنسية المشار إليها.

والحياد أو النزاهة *impartialité* المتطلبة في الغير (الوسيط[258] أو الموفق[259])، والمعاملة المتساوية بين ذوي الشأن، بل وتوجد مبادئ خاصة بهذا النوع من الاتفاقات كالسرية

---

[258] وبالنسبة للوسيط، تنص المادة 131-5 من قانون الإجراءات المدنية الفرنسي على أنه يجب أن يستوفي الشروط التالية:

1°عدم التعرض لإدانة أو زوال أهلية أو حرمان مذكورة في النشرة رقم 2 من السجل (الجنائي) القضائي; 2° لم يكن مرتكباً لأعمال مخالفة للشرف والنزاهة والأخلاق الحميدة التي أدت إلى عقوبة تأديبية أو إدارية من الإقالة أو الشطب أو الإلغاء أو سحب التفويض أو الترخيص; 3 ° يمتلك، من خلال الممارسة الحالية أو الماضية لنشاط ما، المؤهلات المطلوبة مع مراعاة طبيعة النزاع; 4° تبرير، حسب الحالة، التدريب أو الخبرة المتناسبة مع ممارسة الوساطة; 5° تقديم ضمانات الاستقلال اللازمة لممارسة الوساطة.

Article 131-5 : « ***La personne physique qui assure l'exécution de la mesure de médiation doit satisfaire aux conditions suivantes : 1° Ne pas avoir fait l'objet d'une condamnation, d'une incapacité ou d'une déchéance mentionnées sur le bulletin n° 2 du casier judiciaire; 2° N'avoir pas été l'auteur de faits contraires à l'honneur, à la probité et aux bonnes mœurs ayant donné lieu à une sanction disciplinaire ou administrative de destitution, radiation, révocation, de retrait d'agrément ou d'autorisation; 3° Posséder, par l'exercice présent ou passé d'une activité, la qualification requise eu égard à la nature du litige; 4° Justifier, selon le cas, d'une formation ou d'une expérience adaptée à la pratique de la médiation; 5° Présenter les garanties d'indépendance nécessaires à l'exercice de la médiation*** **».**

confidentialité ورضا الأطراف *consentement des parties*. فإذا كان الحكم القضائي النافذ قد يصدر في غيبة الخصم الآخر أو دون سماعه فعلياً، فإن العمل الخاص محل السندات الخاصة التنفيذية المبنية على الإرادات المتفاوضة لا يتصور تكوينها في غيبة ذوي الشأن[260]. وقد قيل وبحق بأنه وتفعيلا للعدالة التشاركية، فيُفضل السماح للالتجاء إلى الوسائل البديلة حتى ولو

---

(259) وفقاً للقواعد المهنية لموفقي القضاء، يمكن تعيين أي شخص لديه تدريب قانوني أو خبرة ومهاراته مؤهلة بشكل خاص لأداء هذه الوظائف كموفقين في المحكمة، ولا يجوز إسناد مهام الموفق القضائي إلى الموظفين العموميين والوزاريين والأشخاص الذين يقومون، بأي صفة كانت، بأعمال قضائية أو يشاركون في خدمة العدالة، وفقًا المادة الثانية من المرسوم عدد 381 لسنة 1978 المؤرخ في 20 مارس 1978(معدل بمرسوم 913-2019 تاريخ 2019/8/30- م29):

Article 2: « Le conciliateur de justice doit jouir de ses droits civils et politiques et n'être investi d'aucun mandat électif dans le ressort de la cour d'appel dans lequel il exerce ses fonctions. Peuvent être nommées conciliateurs de justice les personnes qui justifient d'une formation ou d'une expérience juridique et que leurs compétences qualifient particulièrement pour exercer ces fonctions. Ne peuvent être chargés des fonctions de conciliateur de justice les officiers publics et ministériels et les personnes qui exercent, à quelque titre que ce soit, des activités judiciaires ou qui participent au fonctionnement du service de la justice. Toutefois, les fonctions de conciliateur de justice ne sont pas incompatibles avec l'exercice des fonctions administratives et la présidence de commissions administratives prévus à l'article R. 222-4 du code de l'organisation judiciaire ».

ويخضع الموفق للتدريب الأساسي والمستمر بدورات تعقدها المدرسة الوطنية لرجال القضاء بموجب المادة 3 من ذات المرسوم381 /1978 سالف الذكر. وعند أول تعيين له كموفق قضائي، يؤدي اليمين التالي أمام محكمة الاستئناف (حيث يُعين لفترة أولى مدتها سنة واحدة بأمر من أول رئيس لمحكمة الاستئناف، بعد رأي النائب العام، بناء على اقتراح من القاضي المنسق للحماية والتوفيق القضائي): "أقسم أن أؤدي واجباتي بأمانة مع الدقة والنزاهة وأن ألاحظ من جميع النواحي الواجبات المفروضة عليّ".

Article 8 : « *Lors de sa première nomination aux fonctions de conciliateurs de justice, celui-ci prête devant la cour d'appel le serment suivant : "Je jure de loyalement remplir mes fonctions avec exactitude et probité et d'observer en tout les devoirs qu'elles m'imposent* ».

(260) L. Cadiet, « *Procès équitable et modes alternatifs de règlement des conflits* », in M. Delmas-Marty, H. Muir-Watt et H. Ruiz-Fabri (sous la direction de), *Variations autour d'un droit commun* – Premières rencontres de l'UMR de droit comparé de Paris, Paris, Société de législation comparée, 2002, pp. 89 sq

انطلاقاً من الخصومة القضائية والعكس أيضاً، طالما أنه كما يوجد الحق في قضية عادلة، يوجد الحق في توفيق عادل أو وساطة عادلة[261].

إن مبادئ التقاضي الأساسية منها ما يفترض وجود تعارض في الآراء الذاتية للأطراف التي تستدعي تدخل القاضي ليفرض رأي القانون بتطبيقه، وعندئذ لن يكون منطقياً تطبيقها إذا كانت البيئة التي صدر عنها السند التنفيذ الخاص هي بيئة ليس تنازعيه بل تفاوضية لا فرض فيها لرأي ثالث، بل الاعتماد الكلي على إرادة التفاوض الخاصة. فلا مخالفة مثلاً لمبدأ حق الالتجاء إلى القاضي الطبيعي و حق الدفاع بالمعنى الفني الدقيق له في ظل سندات تتمتع بقوة تنفيذية "إرادية"، بموجب القانون، فلسفتها وأساس تكوينها هما الإرادة الخاصة التفاوضية و التخفيف عن القضاء[262]. لذلك يرى البعض أنه لابد أن يعضد التخفيف من القضاء (التحويل عنه) بوجود محامين، حتى أن وصل إلى درجة تفضيل اتفاق الإجراءات التشاركية، لما تقدم من سبب، عن الاتفاقات الموثقة؛ معوّلاً على الاحترام التام لمبدأ المواجهة الذي تضمنه الحاجة إلى أن يساعد محامي كل طرف على الموافقة الحرة والواضحة أفضل بكثير من تدخل موثق واحد، بحيث يكون هناك توسيع نطاق القوة الملزمة للاتفاق الذي يتم على أساسه الاعتراف له بالقوة التنفيذية بقوة القانون[263].

وفي **اعتقادي** وعلى الرغم عدم تطبيق مبادئ القضية العادلة على باقي السندات الخاصة التنفيذية التي لا تتضمن اتفاقات وسائل بديلة لفض النزاع، مثل المحررات الموثقة[264] وسندات

---

(261) http://www.ritsumei.ac.jp/acd/cg/law/lex/rlr28/CADIET2.pdf.(آخر زيارة 2020/12)

(262) وللتدليل عما سبق، فبمناسبة اتفاقات الإجراءات التشاركية، فالموثق الذي تسجل هذه الاتفاقات في سجلاته ليس هو الغير البديل للقاضي، وإذا كان ذلك كذلك، فسيتطلب وجوب احترام ضمانات الإجراءات العادلة أمامه من أجل حماية الأطراف. ولكن المهم ليس الحل ولكن الإجراء العادل الذي يؤدي إليه.

S. Amrani-Mékki, « *La déjudiciarisation* », *Gaz. Pal.*, 05 juin 2008, n° 157, P. 2.

ولن يكون منطقياً تطبيق نظام رد القضاة على الموثق، ولكن ينبغي لنا، كحد أدنى، أن نكفل احترام ما يشكل روح القضية وهو مبدأ المواجهة. غير أن وجود المحامين، في هذه الاتفاقات، ضمان هام لتحقيق هذا المبدأ الهام.

(263) S. Amrani-Mekki, *La déjudiciarisation*, op. cit, n° 25.

(264) H. Croze, Commentaire -La Semaine Juridique Notariale et Immobilière n° 30-34, 28 Juillet 2006, 1260.

المحضر و عقدي التمويل في القانون المصري، إلا أن البعض منها لا ينطلق أساس قوتها التنفيذية من مبدأ المواجهة، بل من أنها أعمال إرادية تفاوضية تكونت في حضور الطرفين أمام ممثل السلطة العامة كالموثق[265]، أو تكيست، بعد سماع الطرف الآخر إذا رأى القاضي ذلك، بقرار يمنحها القوة التنفيذية[266]. لذلك، فبعض السندات الخاصة التنفيذية لا تستغن عن مبدأ المواجهة تماماً بل تتعطل فيها لحضور ذوي الشأن وإرادة التفاوض حتى يُستدعى مرة أخرى بسماع الأطراف قبل منحها القوة التنفيذية بأمر التصديق.

فلسفة السندات الخاصة التنفيذية وطبيعتها الضمانات الإجرائية (فيما بين الأطراف كالدفاع والمواجهة، بالنسبة للغير كالحياد والاستقلال[267]) يجب توافرها ولكن بما يتناسب مع طبيعة الإجراءات، فلا يُعقل الحديث عن علانية المحاكمات مع الوسائل البديلة، ولا الحديث عن السرية في القضاء، ولا يتصور الحديث عن قواعد الحياد والاستقلال المنطبقة على القاضي بشأن المحضر

---

(265) أو من منطلق وجود الدولة ممثلة في جهة التي تمنح القوة التنفيذية والرسمية في السندات التنفيذية كمتطلبين للقوة التنفيذية، فلا يجوز الحديث عن تطبيق مبدأ المواجهة مع سندات تنفيذية ليست مُخرجا لإجراءات تقاضي ونزاع أصلا وبالتالي فلا محل لتطبيق هذه المبادئ.

Claude Brenner, Contrats et obligations - La présence de l'État dans les rapports contractuels entre les citoyens : l'exécution forcée des contrats -La Semaine Juridique Notariale et Immobilière n° 6, 8 Février 2019, 1092, n°6-8.

تعتمد محكمة النقض المصرية عدم إثبات الصلح القضائي في محضر الجلسة عند غياب أحد الخصوم او عدم رضائه على اثباته أو الحاقه به. (نقض 1973/3/37- المجموعة 24-336 مشار إليه في: احمد ماهر زغلول، أصول وقواعد المرافعات، ص973، بند 444، هامش 4).

(266) وقد قُضي قرب ذلك المعنى بأنه: "أما بشأن النعي ببطلان الأمر لصدوره دون إعلان بالمخالفة لنص المادة 13 من قانون التمويل العقاري لعدم إعلان المستثمر قانونا لسماع أقواله فالنعي على غير سند إذ أن القيد الوارد بالمادة 13 يلزم في حالة وضع الصيغة التنفيذية على العقد بمعرفة قاضي التنفيذ أما وأن عقود البنوك فتوضع الصيغة التنفيذية بمعرفة مكتب توثيق البنوك ومن ثم فلا مجال لإعمال القيد الوارد بالمادة 13 من قانون التمويل العقاري". حكم المحاكم الاقتصادية رقم 118 لسنة 2013 قضائية بتاريخ 2014/1/26.

(267) صحيح أن هناك مبادئ مشتركة كالحياد، ولكن وحتى في ضوء فكرة الاستقلال، فمن الطبيعي أن تتميز فكرة استقلال القاضي المعين من الدولة، عن الغير الذي ساهم في إنشاء العمل التحضيري للسند التنفيذي الخاص والمعين من قبل الأطراف أو ذوي الشأن.

المزود بشهادة الامتناع عن دفع شيك بل تظل قواعد النزاهة والاستقامة منطبقة أياً ممثل سلطة الإجبار، أي أيضاً بما يتناسب وطبيعة العمل التحضيري للسند الخاص التنفيذي. كما أنه من غير الملائم الحديث عن مبدأ المواجهة بالمعنى الفني له في التسوية الودية *transaction* ولا يوجد الغير، إذ تُبنى على التفاوض بين الأطراف وتنازلات متبادلة *de concessions réciproques*.

بالإضافة إلى أن في السماح للطرف المنفذ ضده بموجب السندات الخاصة التنفيذية بالمنازعة في صحة العمل الأصلي ما يخفف من التشكيك في القوة التنفيذية للسندات الخاصة فهي تخضع للرقابة القضائية السابقة أحياناً (كما في أحوال الإثبات أو التصديق) واللاحقة في كل الأحيان.

ونختم هذه المسألة بالقول بأنه إذا كان عدم تطبيق مبادئ القضية العادلة يشكك في القوة التنفيذية للسندات الخاصة، فلماذا لا يتمتع الحكم القضائي الابتدائي، أوحكم التحكيم، بمجرد صدورهما، القوة التنفيذية، رغم خضوعهما لمبادئ القضية العادلة[268]، ولماذا تتمتع الأوامر على عريضة بالقوة التنفيذية المعجلة بقوة قانون وهي لا تخضع بحسب الأصل لمبدأ المواجهة[269]!.

الفرع الثالث

أهداف التحول عن القضاء

إن التحول عن القضاء كأساس فني للسندات الخاصة ذات القوة التنفيذية يحقق أهدافاً عديدة وهي اقتصاديات العدالة من جانب، وجودة واجتماعية العدالة من جانب آخر، وذلك على النحو التالي:

أولاً: اقتصاديات العدالة

---

(268) وقضت محكمة النقض الفرنسية بقرارها في 12 مايو 2011 في مسألة دستورية القوة التنفيذية للمحررات الموثقة، وترى المحكمة أنها التشكيك فيها غير جدي لأن المدين يتنازل عن الالتجاء الفعال وعن الحق في محاكمة عادلة إذا كان بإمكانه أن ينازع أمام قاضي التنفيذ في العمل الموثق ذات القوة التنفيذية من حيث وجوده أو صحة ما يثبته من الحقوق والالتزامات.

Cass. 2e civ., 12 mai 2011, n° 11-40.006 . Pierre Berlioz, *Acte authentique - Limites et difficultés d'exécution de l'acte authentique* - La Semaine Juridique Notariale et Immobilière n° 29, 18 Juillet 2014, 1252, n°20.

(269) فاعتبارات المباغتة والسرعة أتت بكل تأكيد على حساب تعطيل مبدأ المواجهة قبل تكوين الأمر، وليس بعده.

إن التحول عن القضاء في السندات الخاصة التنفيذية يتماشى مع التحول الاقتصادي من نظام اشتراكية (الجماعية) إلى الرأسمالية (فردية)، سواء على المستوى الدولي[270] أو المحلي، فكان الدافع من منح القوة التنفيذية للعمل الموثق قديماً في إيطاليا ثم إسبانيا[271]وفرنسا وأخيرا ألمانيا هو

((270)) أما عن المستوى الدولي، إن تقرير ممارسة أنشطة الأعمال *Doing business* هو تقرير سنوي يصدر عن وحدة أنشطة الأعمال في البنك الدولي، ويقدم أداءً لـمئة وتسعين (190) اقتصاداً في سهولة تنفيذ الأعمال. ومن مؤشرات تقييم الاقتصاد ما يتصل بالعدالة والقضاء سرعة إصدار الأحكام، والقدرة على تنفيذها بسرعة تحت عنوان: "انفاذ العقود "*Enforcing contracts*الذي يتناول آجال وتكلفة النزاعات التجارية وجودة الإجراءات القضائية، ويعتمد مختلف الآليات الكفيلة بتقدير المجهودات المبذولة لأجل هذا الهدف. ومنهجية تقييم إنفاذ العقود قائمة على عدة معايير منها مدة التقاضي والتنفيذ، ومؤشر جودة إجراءات المحاكم مدى وجود إجراءات عاجلة للدعاوى والمطالبات البسيطة. حيث يتم إعطاء تقدير "1" إذا كانت هناك مثل هذه الإجراءات، ويجري التطبيق على جميع القضايا المدنية، ويحدد القانون حداً أعلى لقيمة القضايا التي يمكن البت فيها من خلال هذه المحكمة. وفي حالة النظر في المطالبات والدعاوى البسيطة من قبل محكمة مستقلة، يتم إعطاء نقطة فقط في حالة قيام هذه المحكمة بتطبيق إجراءات مبسطة. ويتم إعطاء تقدير إضافي يبلغ نصف نقطة (0.5) في حالة استطاعة الأطراف تمثيل أنفسها أمام هذه المحكمة أثناء هذه الإجراءات. ويتم إعطاء "صفر" في حالة عدم وجود مثل هذه المحاكم وتلك الإجراءات.

(آخر زيارة 2020/12).https://www.doingbusiness.org/en/methodology/enforcing-contracts

انظر: أحمد سيد أحمد محمود، تطوير قانون الإجراءات (المرافعات) المدنية والتجارية مع التحولات الاقتصادية، دراسة في ضوء تشريعات دول الخليج العربية، مقبول للنشر في مجلة العلوم القانونية والاقتصادية، كلية الحقوق جامعة عين شمس، العدد الأول من يناير سنة 2019.

(271) وفي إسبانيا، هناك نوعان من السندات التنفيذية، القضائية وغير القضائية، والفرق بينهما أساسي في إجراءات التنفيذ. بالنسبة للسندات التنفيذية القضائية، أي القرارات القضائية التنفيذية، تضمن المشرع على وجه التحديد: قرارات إلزامية نهائية؛ وقرارات تحكيم؛ وقرارات المحاكم باعتماد أو تصديق اتفاق (الحكم الاتفاقي) أو تسوية قضائية محصلة الإجراءات. ومن بين السندات التنفيذية غير القضائية، وهي محررات نتجت خارج نطاق القضاء، تتضمن مبالغ تتجاوز 300 يورو، وأدرج المشرع، في جملة أمور، ما يلي: المحررات العامة *l´écriture publique*والأعمال التجارية الموثقة.

https://e-justice.europa.eu/content_procedures_for_enforcing_a_judgment-52-es-fr.do?member=1

Clara FERNÁNDEZ CARRON, *VOIES D´EXECUTION ET INSTRUMENTS POUR LA PROTECTION DES CREANCIERS EN PROCEDURE CIVILE ESPAGNOLE1.*

ضرورات التجارة التي ازدهرت في المدن الإيطالية، فلم تعد تشبعها قواعد القانون الروماني المعقدة[272].

ولذلك لا غرابة في أن السندات الخاصة التنفيذية توفر وظيفة الائتمان للدائن، وهي وظيفته الأساسية، فالسند الخاص التنفيذي يسمح باتخاذ إجراء تنفيذ فوري ضد المدين دون ميعاد، وبالتالي فإنه يوفر للدائن ميزة حاسمة في كثير من الأحيان[273].

---

http://biblioteca.cejamericas.org/bitstream/handle/2015/1252/Voiesexecutionetinstrumentspourlaprotectiondescreanciersdroitespagnol.pdf?sequence=1&isAllowed=y

[272] فتحي والي، التنفيذ، ص140، بند 74.

[273] فالعمل المُوثق، مثلاً، يفي ليس بوظيفة الحكم، بل بوظيفة ضمان التنفيذ

Maxime Julienne, *Le caractère exécutoire de l'acte authentique -La force publique au service des contractants*, La Semaine Juridique Notariale et Immobilière n° 29, 18 Juillet 2014, 1250.

والواقع أنه بما أن التصرف الخاص ذات القوة التنفيذية هو شبه ضمان *quasi-sûret*، فيطمئن الممول أو المصرفي أو البنك أو المقرض أو أي شخص آخر يتلقى طلب ائتمان عندما يرى حقوقه المالية محلاً لسندات خاصة تنفيذية تمكنه استرداد ديونه، ولو بالقوة الجبرية، دون "متاعب" قضائية في حالة تقصير المدين.

إن قانون التمويل العقاري يهدف المشرع به تحقيق آثار اقتصادية واجتماعية، لمعالجة مشكلة الإسكان في مصر بتشجيع الاستثمار في مجال العقارات المبنية وتحقيق التوازن بين الممول والمستثمر لضمان حصول الأول على حقه بإجراءات ميسرة وتوفير المسكن المناسب لكل مواطن بسعر ملائم. انظر: أسامة الروبي، مرجع سابق، ص8، بند1. وقُضي بأن: " الالتجاء إلى الإجراءات القضائية المعقدة، والخاصة بالمسؤولية التعاقدية، يزيد من خطر المودعين والمساهمين حيث يجدون أنفسهم في وضع الحرمان من المدخرات أو الاستثمار. وفي مصر، بمناسبة اعتماد اتفاق التمويل العقاري والتأجير التمويلي سندات خاصة تنفيذية، فإن التمويل أحد المشكلات الأساسية التي تواجه المشروعات الاستثمارية خاصة الصغيرة منها والمتوسطة ومتناهية الصغر وإيجاد مصادر تمويل متنوعة وغير تقليدية للتمويل لممارسة الأنشطة الاقتصادية والاستثمارية هو أحد الوسائل لعلاج هذه المشكلة. والشارع تقديراً منه للاعتبارات العملية المتصلة بتشجيع الائتمان أجاز استثناء من الأصل التنفيذ بعقود فتح الاعتماد الرسمية ولو لم تتضمن الإقرار بقبض شيء، وأوجب في ذات الوقت ضماناً لمصلحة المدين الحاصل التنفيذ ضده أن يعلن عند الشروع في التنفيذ مع عقد فتح الاعتماد مستخرج بحساب المدين من واقع دفاتر الدائن التجارية". حكم محكمة النقض - مدني - الطعن رقم 257 لسنة 36 قضائية بتاريخ 19-01-1971 مكتب فني 22 ج 1 ص 52.

وعلى سبيل المثال، فإن الهدف من سند المحضر عند الامتناع عن الشيك هو إعطاء فاعلية حقيقية للشيك كأداة وفاء، فضلا عن أن هذا التطور يستجيب لاتساع نطاق استخدام الأوراق التجارية سواء داخليا او على مستوى علاقات التجارة الدولية التي زادت بشكل كبير في السنوات الماضية[274]. علاوة على النظرة الاقتصادية في سند المحضر عند الاتفاق على تسوية الديون الصغيرة، فكلما قل مبلغ الدين قلت الأخطاء، ولا داعي للمحامين أو القضاءة[275]، لذلك ابتدعت إجراءات مختصرة للديون الصغيرة الديون الصغيرة و المطالبات الصغيرة.

والتحول عن القضاء بمناسبة السندات الخاصة التنفيذية له تداعيات اقتصادية بسبب الالتجاء إلى وسائل التسوية الودية (كاتفاقات الصلح أو الوساطة أو التوفيق أو غيرهم)، ولو أثناء الخصومة القضائية، وبالتالي الاختصار في إجراءات الحكم و الطعن و المنازعات في تنفيذها[276]، وتحقيق لوجستيات التقاضي من اختصار في الوقت والجهد والإجراءات والنفقات[277].

ومن الأهداف الاقتصادية التي تحققها السندات الخاصة التنفيذية، لا سيما التي تتطلب تدخل المحامي كما في الإجراءات التشاركية أو اتفاق الطلاق التبادلي، هو فتح سوق جديد للمحامين في فرنسا. وفي **اعتقادي**، واستشرافاً منا للمستقبل، **نرى** أن مشاركة المحامي في تكوين السند الخاص ذات القوة التنفيذية، كما تقدم، يجعلنا أن نفكر مع المشرع في إشراك القطاع الخاص في العدالة بتوفير موظفين ليس عموميين أكفاء يساهمون في تكوين السندات التنفيذية ولكن بإشراف الدولة ورقابتها.

---

(274) عزمي عبد الفتاح، مستحدثات قانون التنفيذ الفرنسي الجديد رقم 783 / لسنة 2012 في السندات التنفيذية ووسائل الإجبار على التنفيذ وطرق الحجز المختلفة واختصاص قاضى التنفيذ نوعياً ومحلياً، مجلة الحقوق جامعة الكويت مجلس النشر العلمي، مج 40 , ع 1، سنة 2016، ص3.

(275) فالمطالبة القضائية سواء لاستصدار حكم أو أمر على عريضة، وتمثيل الخصم من محام، وما يتبعهما من طعن بالاستئناف أمام هيئة من عدة قضاة كلها ممارسات يمكن أن تقلل من خطر الخطأ، ولكنها مكلفة.

(276) أن اقتراح تحويل الطلاق بالاتفاق المتبادل قد قدمته وزارة المالية الفرنسية. والسبب هو أنها تمثل 55٪ من ميزانية المساعدة القانونية.

S. Amrani-Mekki, Notaire - *Le sens de la déjudiciarisation* - La Semaine Juridique Notariale et Immobilière n° 14, 6 Avril 2018, 1150, n°9.

(277) Ejan Mackaay, *Les enjeux économiques de la reconnaissance du titre exécutoire conventionnel paru* dans : op. cit, 533-547.

ولكن في مقابل الأهداف الاقتصادية هذه، لابد أن تكون من أولويات المشرع الإجرائي بمناسبة السندات الخاصة التنفيذية ألا تكون نفقات التنفيذ باهظة ومعوقة لاستيفاء الحقوق حتى لا تعتبر أقرب إلى الضريبة أو المصادرة من الدولة لجزء من الحق فاختلت الثقة فيها من جانب، وألا يتم تحويل العبء المالي من على الدولة إلى المتقاضي وإلا تعارض التخفيف من القضاء مع مبدأ مجانية القضاء من جانب آخر. لذلك فإن المحررات المصدقة من محامين، كسندات خاصة تنفيذية، يرى البعض أنها تساهم في مكافحة الرسوم المرتفعة للمحررات الرسمية أو الموثقة خاصة الواردة على العقارات[278].

وسأل البعض[279] في فرنسا هل اليوم من المنطقي والعدالة و الضرورة بان يكون العقد ، كمحرر عرفي، ممنوح القوة التنفيذية التي تعطي سلطة الالتجاء إلى القوة العامة بغض النظر عن مهنة أو مؤهل محررها دون رقابة قضائية؟!. فلا شك في أن الأهمية الاقتصادية هي أساس الصفة التنفيذية للعقد الرسمي، ولكن هذا الثمن لا يجب ان يأتي على حساب حقوق الدفاع والحق في قضية عادلة.

وإذا كان مما يعضد من الأهمية الاقتصادية للسندات الخاصة التنفيذية أنها تستبعد المنازعات حتى تمام تكوين السند التنفيذي، ولكن قد يُقال عكس ذلك أي بعدم فعاليتها الاقتصادية لأن المنازعات في هذه السندات ستتضاعف سواء امام قاضي الموضوع أو قاضي التنفيذ، وبالتالي كل ما فعلته الطبيعة الخاصة للسند الخاص التنفيذي، مقارنة بالسند التنفيذ القضائي التقليدي، هو تأجيل المنازعات لما بعد تكوين السند.

ولكن يمكن الرد على ذلك كله بأن تلك السندات الخاصة التنفيذية، وإن كانت لا تعمل وفقاً لآليات التقاضي التقليدية أو الخصومة القضائية، ولكن لابد، وحتى تحقق فعاليتها الاقتصادية– أساس وجودها– أن تعمل في نظام إجرائي يقلل أو يخفف – لا نقول يمنع – المنازعات فيها بشكل يتناسب وطبيعتها التي لا تقارن بالسندات التنفيذية القضائية. وفي الوقت ذاته، يعتمد هذا النوع من السندات التنفيذية على الإرادة الخاصة في عنصري الإلزام والإجبار، وهو ليس قائماً – كما قلنا –

---

(278) Mustapha Mekki, Professions - *De l'acte sous signature juridique à l'acte contresigné par l'avocat* – op. cit, n°11.

(279) H. Croze, « *De quelques confusions entre la force exécutoire et l'autorité de la chose jugée*. op. cit. 581.

في كالأحوال على استبعاد تام للقاضي، ولكن إما استدعاؤه تارةً ولكن بدور مختلف ثانوي في صورة الإثبات أو التوثيق أو التصديق من خلال إجراءات تخفف المنازعة فيها التي تسمح بالاستماع للطرف الآخر أو حضوره، كما في الاتفاقات المصدق عليها، أو تارة أخرى، في ظل عدم وجود قاضي الدولة، ولكن في وجود موظف عام وموثوق في نزاهته مفوض من الدولة في السلطة العامة وفي منح القوة التنفيذية، يقوم بأعباء وظيفية تساهم في التخفيف من المنازعات عندما يقوم بتحري حضور الأطراف وظاهرية صحة أهليتهم وتصرفاتهم الخاص وعدم مخالفتها للنظام العام و وتصل لدرجة نصحهم وتنويرهم وتنبيههم بالآثار القانونية لتلك التصرفات، كما في المحررات الموثقة.

وخلاصة ما تقدم، فلا يجب أن تأتي الفعالية الاقتصادية على حساب العدالة في السندات الخاصة التنفيذية، وكل ما هنالك أن المشرع المصري أو الفرنسي يوازن بينهما، وإذا وجدنا أن السند الخاص التنفيذي لا يحقق الفعالية الاقتصادية لخلل في هذا النظام، فلابد من إصلاحه وإلا نعود مرة أخرى إلى مسار السندات التنفيذية القضائية.

ثانياً: جودة واجتماعيات العدالة

إن فكرة التحول عن القضاء تساهم بشكل كبير وفعال في تجنب ازدحام المحاكم بالنزاعات البسيطة لأنها تستند إلى إرادة الأطراف أو اتفاقهم*accord* لكن الصعوبة تكمن في التأكد من حقيقة هذا الاتفاق التي من المفترض أن يضمنها الموثق أو القاضي أو المحضر، وفي حالة الشك وجب إحالة الخصوم إلى القاضي. كذلك، تهدف إجراءات التخفيف من القضاء إلى إعادة تركيز مهمة القضاء في فض النزاعات، وبالتالي الوصول إلى جودة العدالة تبعاً للتركيز، والمساهمة في مكافحة البطء في التقاضي[280].

إن من الفلسفيات الاجتماعية للسندات التنفيذية المعتمدة على الإرادة الخاصة للأفراد هو إعطاء دور إيجابي لهم في إنهاء منازعاتهم بالتسوية الودية وبالإجراءات والمواعيد التي يروها مناسبة لهم، وهو تطور ينحو منحى نظام التواجهية – الذي يميل إليه النظام الانجلوسكسوني– على حساب نظام الاتهام الذي يميل إليه النظام الإجرائي اللاتيني.

---

(280) ومن ثم يؤكد الموثقون أنه "لا شك في أنه في حالة وجود صعوبة غير متوقعة أو في حالة وجود شك خطير بشأن طبيعة موافقة أحد الطرفين، فإن الموثق سيحيل إلى القاضي.

S. Amrani-Mekki, *La déjudiciarisation*, op. cit, n° 2, 23.

وغير خافٍ أن الفعالية الاجتماعية للسندات الخاصة التنفيذية تظهر بوضوح حال أن كان مضمونه اتفاق على وسيلة بديلة لتسوية المنازعات كاستراتيجية، من الجهد التصالحي التوافقي، لا العلاجي، والإجماع، مؤسس على شعار أن الكلمة النهائية للعدالة المدنية لم تعد في تبادل الحجج العقلانية ووزنها من هذه الحجج ، ولكن في تبادل السلام مهما كان الثمن[281].

كما أن التكريس التشريعي لفكرة الإجراءات التشاركية يحقق الأهداف الاجتماعية المؤدية إلى ظهور "الحق في حل تفاوضي ويسير"، واستبعاد مهنة الموثق تماماً من هذا النظام التعاوني. وتأتي هذه الفكرة من مفهوم جديد لمكنة قانونية تسمح للمواطن بالمشاركة المباشرة في إنتاج القانون الذي يجب أن يطيعه: "بعد الديمقراطية التشاركية، والعدالة التشاركية!"[282].

ومن مظاهر اجتماعيات العدالة أن بعض هذه السندات الخاصة التنفيذية، ترتبط بالعلاقات الأسرية، كاتفاق الطلاق التبادلي الذي يساوي بين الطلاق الرضائي والتطليق القضائي، والهدف منه الإسراع في الطلاق لاسيما وأن الزوجين متفقان على آثاره، وتزويد الناس بالطلاق الآمن والسلمي من خلال تدخل محاميين متخصصين اثنين وتنفيذ عملية تقليدية بسيطة وسريعة وفعالة[283]. علاوة على أن هذه النوعية من السندات تحقق ميزة في منتهى الأهمية في العلاقات الأسرية، أنها تتكون في بيئة مناسبة من الخصوصية والسرية إذا قارنها بتكوين السندات التنفيذية القضائية في ظل مبدأ العلانية.

---

(281) J. Carbonnier, *Regard d'ensemble sur la codification de la procédure civile*, in Le nouveau Code de procédure civile : 20 ans après : La Documentation française, 1998, spéc. p. 16.

(282) « *Après la démocratie participative, la justice participative !* ». https://pepite-depot.univ-lille2.fr/nuxeo/site/esupversions/1b9ae70f-e38a-40ef-9939-0275ef5c6561

(283) Natalie FRICERO et Franck DYMARSKI, Justice du XXIe siècle - *Le nouveau divorce extrajudiciaire par consentement mutuel* - Droit de la famille n° 1, Janvier 2017, dossier 3, n°2.

المبحث الثاني

فعالية السندات الخاصة ذات القوة التنفيذية

تمهيد وتقسيم:

بعد أن تناولنا أساس السندات الخاصة التنفيذية التشريعي والفني، نعرض لآثار السندات الخاصة التنفيذية وفعاليتها، بالمقارنة مع السندات التنفيذية النموذجية التي تتمتع بحجية الأمر المقضي (الحكم واجب النفاذ). ولكن قبل ذلك، وحتى نصل إلى فعالية هذه السندات الخاصة وآثارها العملية، يتعين الوقوف على سبب أو مقتضى فعاليتها أي تكوينها أو مكوناتها وخصائصها **(مطلب أول)** التي تقودنا بعد ذلك إلى مدى فعاليتها.

إن السندات الخاصة التنفيذية لأنها مبنية على الإرادة الخاصة ليست من حيث آثارها كالسندات التنفيذية المبنية على إرادة القاضي، ويظهر هذا التمايز في الفعالية ليست فقط بسبب تكوينها الشكلي كسندات، بل وبسبب تكوينها الموضوعي كعمل خاص إرادي. لذا، سنبحث في مظاهر الفعالية السندات الخاصة التنفيذية بالمقارنة بالحكم النافذ **(مطلب ثاني)**، وما هي تبعات تلك الفعالية **(مطلب ثالث)**.

المطلب الأول

تكوين السندات الخاصة التنفيذية وخصائصها

إن القوة التنفيذية للسند لا تكمن في مجرد إرادة النظام القانوني في اعتبار بعض السندات ينتج عنها تلك القوة[284]، ولكن لابد وأن المشرع يعتمد على مواطن ما للقوة حتى ترقى هذه السندات إلى

---

(284) انظر: عبد الخالق عمر، مبادئ التنفيذ، ص122، بند 125.

ترتيب ذلك الأثر الإجرائي التنفيذي، فلابد وأن تتكون من عناصر مميزة لها عن أي سند آخر لتتمتع بتلك القوة التنفيذية **(فرع أول)**، ومن ثم في إن هذا التكوين يضفي على تلك السندات التنفيذية بخصائص تميزها عن السندات التنفيذية الأخرى **(فرع ثان)**.

الفرع الأول

تكوين السندات الخاصة التنفيذية

إن المشرع يعوّل في تلك السندات الخاصة التنفيذية على الإرادة الخاصة – لا الإرادة العامة[285]– لتكون مصدر العمل القانوني ذات القوة التنفيذية. إلا أن تلك القوة التنفيذية تفترض وجود إرادة السلطة العامة أو بمعنى أدق سلطة الإجبار بجانب الإرادة الخاصة التي يعينها القانون

---

(285) ويقابل وصف "الخاصة" في السندات الخاصة السندات العامة الصادرة مباشرة عن إرادة السلطة العامة إما السلطة القضائية كالأحكام والأوامر القضائية أو السلطة التنفيذية وهي السندات التي تصدرها الأشخاص الاعتبارية العامة التي يعطيها القانون صفة السند التنفيذي، أو القرارات التي يعطيها القانون آثار الحكم القضائي في المادة L111-3-6 من قانون التنفيذ الفرنسي.

%Les titres délivrés par les personnes morales de droit public qualifiés comme tels par la loi, ou les décisions auxquelles la loi attache les effets d'un jugement.

وقد قررت محكمة النقض الفرنسية أن القرار الصادر من العمدة لتحصيل أجرة مباني مملوكة للدولة بناء على عقد إيجار يخضع للقانون الخاص.

Cour de Cassation, Chambre civile 2, du 17 juin 1998, 96-13.199, Publié au bulletin

وحكمة هذا التجديد هو تسهيل حصول الإدارة على الديون العامة ولذلك تستخدم هذه الوسائل لتحصيل ديونها في المسائل المالية ولعلى الأخص الضرائب. مشار إليه في: عزمي عبد الفتاح، الاتجاهات الحديثة، مرجع سابق، ص4-5.

لإصدار التأكيد محل السند التنفيذي في شكل توثيق أو تصديق أو إثبات أو غيرها. هذه السلطة العامة تتجسد إما في إرادة القاضي التي تلعب، في إطار السندات الخاصة ذات القوة التنفيذية، الدور الثانوي المكمل والضروري لدور إرادة الخصوم الأساسي والحيوي، حيث يقتصر دور القاضي على رقابة العمل الإرادي وصحته وفقا للإجراءات و الأشكال التي ينص عليها القانون، ولكن يظل "العمل الإرادي" من الأطراف هو العنصر الأساسي في خلق السندات الخاصة التنفيذية و تحديد مضمونها ومداها وفعاليتها[286]. وقد تتمثل السلطة العامة في إرادة موظف غير القاضي كالموثق أو المحضر أو كلاهما معاً وهم مفوضون في سلطة إضفاء القوة التنفيذية. فالسند الخاص التنفيذي، إن صح القول، يجمع بين سلطان الإرادة وإرادة السلطان، وإن كانت الثانية تتوارى لحساب الأولى.

ذكرنا أن السند التنفيذي له مقتضى موضوعي وآخر شكلي. وإذا كان المقتضى الشكلي (الصورة التنفيذية) لا يختلف تتطلبه من سند تنفيذي إلى آخر[287]. فنركز هنا على المقتضى الموضوعي وهو العمل التأكيدي في السند الخاص التنفيذي.

كما أن القانون يرتب جزاء على مخالفته يتمثل في التزام المسؤول عن المخالفة بأداء معين يزيل أثرها، والتنفيذ القضائي يرمي إلى تحقيق هذا الأداء جبراً أي بصرف النظر عن إرادة الملتزم، عن طريق إجراءات التنفيذ الجبري وهو يفترض إذن وجود التزام بأداء قابل للتنفيذ الجبري ولذا لا يباشر إلا بناء على سند تنفيذي وهو عبارة عن عمل قانوني شكلي يقرر وجود هذا الالتزام وينشئ مكنة تنفيذه جبراً[288].

إن مضمون السند التنفيذي عموما إما أن يكون قراراً *décision* للتعبير عن الإرادة العامة (مثل القرار القضائي) تارة، أو يكون تصرفاً *acte* للتعبير عن الإرادة الخاصة تارة أخرى، وهما الإرادة العامة أو الخاصة يشكلان العمل القانوني *negotium* وهو العنصر الموضوعي للعمل التأكيدي محل السندات الخاصة، وهما ينشئان التزامات أو يدينان المدين بالقيام بعمل أو إعطاء شيء ما. وهذا العمل القانوني ينصب في قالب شكلي أو شكل في صورة محرر *instrumentum* الذي يشكل

---

(286) قرب ذلك: أحمد ماهر زغلول، أصول وقواعد المرافعات، ص957، 958، بند 437.

(287) وإن كانت هناك خصوصية ذكرها فيما بعد عند وضع الصيغة التنفيذية على اتفاق التمويل العقاري راجع هامش 216.

(288) وجدي راغب، نظرية العمل القضائي، ص102- 103.

العنصر الشكلي للعمل التأكيدي في السندات الخاصة، والمحرر إذاً هو القالب الشكلي (حكم، أمر، مَحضر، شهادة) الذي تُفرّغ فيه الإرادة الخاصة معبراً عن القوة الثبوتية للعمل الخاص، تلك القوة الثبوتية أحد جسور العبور إلى القوة التنفيذية وأحد دعائمها. فالقوة التنفيذية قوة تمنح للـ"محرر" الذي يتضمن "العمل "، ولكن لا تحكم على مصير الأخير.

فالسندات الخاصة التنفيذية تتضمن عملاً قانونياً، كتعبير عن إرادة خاصة يهدف إلى إحداث آثار قانونية، هذا العمل مثبت أو مصدق من سلطة الإجبار العامة في صورة محرر خطي ضروري لإثبات وضع قانوني أو لصحته.

أولاً: السند الخاص (إرادة خاصة وسند)

إن القوة التنفيذية للسندات الخاصة التنفيذية لا تنسب فقط للسند ذاته، ولكن بما يتضمنه أيضاً من عمل مبني على الإرادة الخاصة لذوي الشأن.

1- الإرادة الخاصة (العمل القانوني الخاص):

إذا كان التطبيق الإرادي للقانون هو الصورة المثلى لسير النظام القانوني، فإن المشرع يتشبث بهذا التطبيق ويسعى إليه عن طريق حث الأفراد على سلوكه وإنهاء الخصومات التي تثور بين الأفراد استنادا إلى إرادتهم الخاصة، وتلك الإرادة إحدى صور التطبيق الإرادي للقانون[289]. وهذه الإرادة الخاصة هي محور وجوهر وأساس العمل التأكيدي وليس إرادة القاضي[290] ، سواء كانت الإرادة مندفعة ذاتياً من الأطراف أو بمبادرة أو مساعي أو عرض من القاضي سواء دخلت في مهمته أو لم تدخل بنص قانوني.

إن الإرادة الخاصة المكونة للعمل التأكيدي في السندات الخاصة التنفيذية يعتمدها المشرع على ما ترتبه من قبول إرادي بعنصر الإلزام أو القوة الملزمة للاتفاق اللذين يصعّبان من إثارة المنازعة فيها. وبناء عما تقدم، ليست كل الاتفاقات والتصرفات الإرادية تصلح أساساً للسندات التنفيذية، فعقد

---

(289) أحمد ماهر زغلول، أصول قواعد المرافعات، ص953، بند 436.

(290) لذلك فالسندات الخاصة التنفيذية لا تحو حجية الأمر المقضي كما سيلي. ولذلك أيضاً يتميز الحكم الاتفاقي أو حكم التلجئة *jugement d'expédient* كما يسميها البعض (أحمد ماهر زغلول، أصول وقواعد المرافعات، بند 444) عن الحكم المثبت للصلح، حيث تكون لإرادة القاضي الغلبة والهيمنة على إرادة الخصوم في الحكم الأول عكس الثاني.

الزواج الموثق مثلاً، مع أنه موثق، لا يعد سنداً تنفيذياً، لا في مصر لان الموثق وهو المأذون ليس موظفا عاما، ولا في فرنسا لأن التوثيق لازم وليس اختيارياً وبالتالي فكرة القبول الضمني على التنفيذي الجبري غير موجودة.

لذلك ابتدع المشرع سندات خاصة تنفيذية تلعب فيها إرادة الأطراف دوراً أساسياً ومحورياً[291]، تكملها إرادة السلطة العامة للدولة[292]، في ترتيب الحق في التنفيذ، الذي يتميز عن الحق الموضوعي أشخاصاً وموضوعاً، ولا يُقصد هنا إرادة ذوي الشأن الموضوعية في التصرف القانوني محل السند التنفيذي[293].

هذه الإرادة الخاصة المتميزة ذات طابع إجرائي[294] يعينها القانون بتدخل السلطة العامة لتُعلن أمامها برضاء ذوي الشأن مقدماً بالنتائج المترتبة على مخالفتها ومنها القوة التنفيذية، وتتدخل إما

---

(291) ليس لإرادة الأفراد أي دور في تحديد السندات التنفيذية، فلا يمكنهم الاتفاق على اعتبار ورقة معينة سندا تنفيذيا ولو فرض ووجد مثل هذا الاتفاق، فإنه يعتبر باطلاً لمخالفته النظام العام. **هل يعني إعطاء الأفراد إرادة التنازل عن القوة التنفيذية أن لهم إنشاءها؟ وهل دور إرادة الأطراف في إنشاء القوة التنفيذية مثل الاتفاق على اعتبار الحكم انتهائياً؟**

الاتفاق على اعتبار الحكم نهائيا يفيد النزول عن الحق في الطعن وهو حق خاص يمكن النزول عنه، بينما اعتبار الحكم نافذاً معجلاً أمر يقرره المشرع ولا يدخل في سلطة الأفراد. فتحي والي، التنفيذ، ص69، هامش (2). وعكس ذلك: محمد عبد الخالق عمر، ص 233-234، بند 229.

(292) لم تمنح القوة التنفيذية للعمل الموثق إلا على سبيل الحيلة، يفترض بها أن الأطراف يلزمون أنفسهم طوعاً بتنفيذ اتفاقياتهم أمام الموثق الذي أُسندت إليه مهام القاضي الموثق لهذا الغرض، مما يجعل البعض يقول "من يلتزم بنفسه قبل الموثق، لذلك "ينشئ سنداً تنفيذياً ضد نفسه" وتوضح هذه الاختلافات أنه في حين أن إرادة الطرفين تكفي عموماً لنشأة ضمان اتفاقي (خاص)، فإنها لا تستطيع، من ناحية أخرى، أن تمنح القوة التنفيذية إلا بتدخل الموظف العام.
A.-J. Massé, *Le parfait notaire ou la science des notaires, t. II, 6e éd., Paris, 1828, p. 523 ;* Maxime Julienne, *Le caractère exécutoire de l'acte authentique - La force publique au service des contractants*, La Semaine Juridique Notariale et Immobilière n° 29, 18 Juillet 2014, 1250.

(293) وجدي راغب، المرجع السابق، ص 49، وما يليها والمراجع الإيطالية المشار إليها. أحمد ماهر زغلول، أصول التنفيذ، ص 94، بند 39، هامش 2. ونؤيد هذا الرأي بكل تأكيد للتمييز بين الحق الموضوعي والحق الإجرائي في التنفيذ، ولذلك فإن "إقرار المدين الإجرائي " بنشأة السند التنفيذي الخاص ضده لا يعني إقراره بالحقوق الموضوعية التي تتضمنه وما يترتب على ذلك من آثار منها مثلاً ألا يترتب انقطاع مدة التقادم.

(294) فالسند التنفيذي – كما قيل وبحق- هو إعلان عن إرادة إجرائية يرتب قانون المرافعات عليها، متى اتخذت شكلا معيناً، الحق في التنفيذ. هذه الإرادة الإجرائية إما أن تكون منبعها إرادة عامة (سندات تنفيذية عامة) مثل الحكم

معاصرةً لتكوين العمل الإرادي الخاص كما في التوثيق (من الموثق أو المحامي مع الموثق) والإثبات (من القاضي أو المحضر) أو لاحقةً عليه كالتصديق (من القاضي). فالسند الخاص ذات القوة التنفيذية إذا يتكون من إرادة خاصة معترف بها قانوناً من إرادة عامة (سلطة عامة).

وجدير بالذكر في هذا المقام أنه قيل[295] بأن إجراء التنفيذ جبراً عن المدين على أمواله يفترض في الغالب أن ينازع في وجود الحق أو بقائه، إلا أن المقصود هنا هو عدم النزاع قبل التنفيذ، وليس بعد إجرائه، لأن في كل الأحوال، لا يعني شرط عدم المنازعة قبل التنفيذ ان يظل المنفذ ضده مكتوفاً الأيدي.

وهذه الإرادة الخاصة إما أن تتقابل مع إرادة خاصة أخرى كما في العقد الموثق أو اتفاق (الصلح[296] أو الوساطة أو الإجراء التشاركي) [297] المصدق عليه[298]، ولا يقدح في ذلك أن يكون

القضائي أو إرادة خاصة (سندات خاصة تنفيذية) مثل الاتفاقات الموثقة أو المصدق عليها وغيرها. وجدي راغب، التنفيذ القضائي، ص 50-53، هامش (2)، ص55.

(295) فتحي والي، التنفيذ الجبري، ص164، بند 91.

(296) يرى البعض أن الصلح يتضمن إقراراً بالحقوق وكشف عنها سواء بالتنازل بالإرادة المنفردة أو بإرادتين ويستهدف حسم النزاع. أحمد ماهر زغلول، أصول وقواعد المرافعات، ص975 وما بعدها، بند 446.

(297) العقد القضائي بصفة عامة يشمل الاتفاق داخل خصومة قائمة بين الخصوم بهدف إنهاء القضية. والقاضي يثبت هذا الاتفاق بقرار لا يعد عملاً قضائياً.

(S. Guinchard et DEBARD [dir.], Lexique de termes juridiques 2017-2018, 25e éd., 2017, Dalloz).

وبمعنى أدق فإن العقد القضائي هو اتفاق على مسألة متنازع عليها يبرم بين الاطراف أمام القاضي أثناء القضية

CORNU [dir.], Vocabulaire juridique, 11e éd., 2016, PUF ; CABRILLAC [dir.], Dictionnaire du vocabulaire juridique, 2016, LexisNexis.

المتميز عن التصرفات الإجرائية بإرادة منفردة أو من جانب واحد مثل التنازل والترك

CADIET, NORMAND et AMRANI-MEKKI, *Théorie générale du procès*, 2010, PUF, no 147, p. 549. Soc. 29 oct. 1998, no 96-42.774.

(298) والسندات التنفيذية قد يكون محلها عقود، أو اتفاقات. والتمييز بينهما أن الثاني اشمل من الأول، فليس كل اتفاق هو عقد ولكن كل عقد هو اتفاق على أساس التمييز بينهما في أثر الإرادة، فإذا كان الأثر هو خلق الالتزامات فنكون امام عقد، بينما لو كان الاتفاق على تقرير الالتزام أو نقله أو انهائه أو تعديله أو غيرها كان اتفاقاً. كما أن العقد يعبر عن السند بينما الاتفاق يعبر عن العمل القانوني ذاته. مثل عقود الايجار التمويلي وعقود الإيجار الموثقة والتمويل العقاري واتفاقات الناتجة عن الوسائل البديلة لفض المنازعات واتفاق الطلاق التبادلي.

العقد أو الاتفاق محل منازعة[299]. بل وقد تكون إرادة خاصة دون أن تقابلها إرادة أخرى كما في لو كان العمل هو إقرار فردي موثق أو امتناع الساحب عن دفع شيك المثبت في شهادة المحضر في فرنسا[300].

وإذا كان السند الخاص التنفيذي مبنياً، بصفة أساسية، على القبول الإرادي الذي يعتمده القانون لإضفاء القوة التنفيذية، **فهل يجوز اعتبار الإقرار بالحق سنداً تنفيذياً خاصاً؟**

هذه الفكرة ليست غريبة عن القانون الفرنسي حيث تنص المادة 707 مرافعات أنه في حال عدم جود منازعة من الخصم في الميعاد على مصاريف الخصومة، للمدعي أن يطلب من قلم الكتاب أن يذكر ذلك في شهادة إثبات. هذه الشهادة تعد سنداً تنفيذياً[301].

وفي السعودية[302] يعد إقرار المدين بالحق في ورقة عادية الذي أثبته قاضي التنفيذ سندا تنفيذيا. وفي سلطنة عمان، تعتبر المحررات المشتملة على إقرار بدين حال الأداء المحررة، أو المصادق

---

(299) Cass. 2e civ., 18 juin 2009 préc. note (21) : Defrénois 2009, art. 39040, obs. R. Libchaber.

(300) يرى البعض أن التصرف خاص هنا يتمثل في علاقة الأساس، وليس الشيك ذاته.

Hounsa, Mahougnon Prudence. *Les actes juridiques privés exécutoires. Droit français/Droit OHADA*. Diss. Université Paris Ouest Nanterre La Défense, 2015. p.45.

ونؤيد هذا الرأي في عدم اعتبار الشيك ذاته- في القانون الفرنسي- سنداً تنفيذياً، ولكن في **اعتقادي** أن العمل الخاص هنا هو الالتزام الصرفي مضمون الشيك المؤكد عدم دفعه بشهادة البنك. وفي مصر، فإن الصلح القضائي المثبت في محضر الجلسة يتسع ليشمل تنازل أحد الخصوم عن ادعائه دون وجه للتقابل (صلح دون تقابل)، بجانب التنازل المتبادل. انظر: أحمد ماهر زغلول، أصول وقواعد المرافعات، ص958، بند 438.

(301) Article 707 :(Modifié par Décret n°2017-892 du 6 mai 2017 - art. 68) : « *En l'absence de contestation par l'adversaire dans le délai, le poursuivant peut demander au greffier vérificateur de le mentionner sur le certificat de vérification. Cette mention vaut titre exécutoire* ».

(302) تنص المادة 15 فقرة أولى من نظام التنفيذ رقم 53 لسنة 1433 نشر بتاريخ 30-08-2012.

على توقيعـات ذوي الـشأن فـيهـا، مـن الكاتب بالعدل تطبيقا لأحكام قانون الكتاب بالعدل سندات تنفيذية[303].

وفي مصر، فإن الصلح القضائي المثبت في محضر الجلسة يتسع ليشمل تنازل أحد الخصوم عن ادعائه دون وجه للتقابل (صلح دون تقابل)، بجانب التنازل المتبادل[304].

ونرى أنه لا مانع –بنص تشريعي صريح– من اعتبار الإقرار الثابت في ورقة –في غير خصومة قائمة– مثبتة أمام قاض بموجب سلطته الولائية سنداً تنفيذياً بعد إثباته من القاضي، وقد توافرت هنا مقتضيات القوة التنفيذية (إرادة خاصة مفترض أنه لا نزاع فيها وإثبات قضائي ممثل السلطة العامة)، ولا مانع في ظل أنه سيبقى للمقر أن يعترض على صحة الإقرار ذاته – كأن يدعي بطلانه لنقضان الأهلية– أمام قاضي التنفيذ كإشكال في التنفيذ، ونوصي المشرع المصري بالنص على ذلك صراحةً.

2– <u>سند أو محرر يُفرغ فيه العمل القانوني الخاص:</u>

إن الإرادة الخاصة لا يمكن أن تكون مصدراً وحدها لقوة إجرائية وهي القوة التنفيذية إلا إذا أُفرغت كتابةً في قالب شكلي (**سند أو محرر**) يجسد تدخل السلطة العامة. هذا القالب الشكلي إما أن يكون سنداً رسمياً **كالمحرر موثق** (العمل الموثق أو عقد الإيجار الموثق)، أو **محضر** (مثل محضر الصلح، أو محضر الموثق)، أو **شهادة** (شهادة المحضر في حالتي الامتناع عن دفع شيك أو عند الاتفاق على تسوية ديون صغيرة)، أو **سنداً عرفياً مصدقاً على توقيعه** كاتفاق الطلاق التبادلي المقيد في سجل الموثقين، أو **سنداً عرفياً** مثل عقد التأجير التمويلي أو الاتفاقات التي سيصدق عليها لمنح القوة التنفيذية (كاتفاقات الوسائل البديلة لفض المنازعات وعقد التمويل العقاري). ويؤثر تنوع هذا القالب الشكلي على تنوع إجراءات منح القوة التنفيذية على التصرفات الخاصة التي تتضمنها، وتؤثر على كينونة رقابة السلطة العامة وماهيتها، وعلى فعالية السندات الخاصة التنفيذية.

---

(303) تعتبر المحررات المشتملة على إقرار بدين حال الأداء المنصوص عليها في البند (5) من المادة (1) من هذا القانون، سندات تنفيذية يتم تذييلها بالصيغة التنفيذية، وتنفذ وفقا للإجراءات ذاتها المقررة للأحكام في قانون الإجراءات المدنية والتجارية، مع مراعاة الإجراءات وقواعد الاختصاص المقررة في هذا القانون. والبند 5 من المادة (1) تنص على:" المنازعات المتعلقة بالمحررات المشتملة على إقرار بدين، المحررة، أو المصادق على توقيعـات ذوي الـشأن فـيهـا، مـن الكاتب بالعدل تطبيقا لأحكام قانون الكتاب بالعدل".

(304) انظر: أحمد ماهر زغلول، أصول وقواعد المرافعات، ص958، بند 438.

وجدير بالذكر هنا أن المحرر أو السند ليس هو المقتضى الشكلي للسند الخاص التنفيذي (الصورة التنفيذية)، كما بينا، بل هو العنصر الشكلي للعمل التأكيدي الذي يتضمنه السند الخاص التنفيذي، فالأول يستغرق الثاني. ولكن قد تعتمد القوة التنفيذية للسندات الخاصة على القوة الثبوتية للمحرر وعندئذ يكون الموظف المعد للمحرر هو من يضع الصيغة التنفيذية، كما هو الحال في القاضي المثبت لاتفاق الصلح القضائي أو الموثق أو المحضر في حالتي الامتناع عن دفع شيك أو تسوية الديون الصغيرة. وإذا كانت القوة الثبوتية مرتبطة بالمحرر، فإن القوة التنفيذية مرتبطة بالعمل والمحرر معاً.

وإذا كان البعض[305] يرى بأن القوة التنفيذية لا تمنح للعمل القانوني المفرغ في قالب محرر عرفي، فالاتفاقات التي تتخذ شكل المحرر العرفي أو التي يثبتها الغير – الموفق أو الوسيط – لا تعد سندات تنفيذية ولا تتمتع بالقوة التنفيذية، ما لم تصدق عليها من القضاء لتصلح أساس لتنفيذ الجبري. غير أنه في **اعتقادي** أن الرسمية ليست مفترضاً دائماً للسندات الخاصة التنفيذية[306]، ولم تعد الرسمية– من وجهة نظرنا– جسر العبور الوحيد إلى القوة التنفيذية في كل الأحوال[307]. فكما أن كل محرر رسمي لا يعد سنداً تنفيذياً، فلم يعد كل محرر سند تنفيذي يكون رسمياً، كما في اتفاق الطلاق التبادلي[308] أو الاتفاقات المصدق عليها[309]، وهي نماذج جديدة من السندات تنفيذية في

---

(305) Morgane REVERCHON-BILLOT, *Transaction* — Répertoire de procédure civile, Juillet 2018 (actualisation : Décembre 2019).

(306) وحتى تتضح فكرة عدم اتصال القوة التنفيذية بالقوة الثبوتية (الرسمية)، ففي حكم التحكيم مثلاً -وهو سند تنفيذي غير قضائي وليس خاصاً -لا تختلط فيه القوة الثبوتية بالقوة التنفيذية، فالقوة الثبوتية (الرسمية بسبب أن المحكم مكلف بخدمة عامة) لا تؤدي تلقائياً إلى القوة التنفيذية التي تتطلب تدخل قضائي، كما أن القوة التنفيذية ليست هي التي أفضت إلى القوة الثبوتية (الرسمية).

(307) لاسيما مع اعتماد فكرة السندات الخاصة ذات القوة التنفيذية الذاتية دون تدخل السلطة العامة تنص المادة 835 من قانون أصول المحاكمات اللبناني على الأسناد العادية من السندات التنفيذية مع الأسناد الرسمية.

(308) Sarah Torricelli-Chrifi, *Divorce - Divorce contractuel : le notaire doit-il fermer les yeux ?* -Droit de la famille n° 7-8, Juillet 2017, étude 12, n°6 ; Christophe Blanchard, *Divorce - La fonction du notaire dans le divorce déjudiciarisé*, op. cit, 1002, n°14.

(309) حتى في إطار العمل محل التصديق فيظل العمل ليس شكلياً ولا يتطلب فيه الصفة الرسمية، فيمكن إثبات عكس ما تضمنه اتفاق التمويل دون اشتراط اتخاذ إجراءات الطعن بالتزوير وحتى ولو مُنحت القوة التنفيذية، بينما الأمر

فرنسا[310] أو العقود التمويلية (عقدا التمويل العقاري والتأجير التمويلي) وحتى لو كانت محلاً للتصديق القضاء في مصر[311]. فلا تلازم بين القوتين الثبوتية والتنفيذية، فإذا كانت الأولى ترتبط

القضائي الذي منح الاتفاق القوة التنفيذية هو الذي يتمتع بالرسمية، وليس الاتفاق ذاته لذلك يظل الاتفاق عرفياً، بحيث يكون السند التنفيذي مركب مكون من عملين أولهما عرفي (الاتفاق) وثانيهما رسمي (الأمر القضائي بمنح القوة التنفيذية).

(310) وفي فرنسا، من الأمثلة على السندات الخاصة التنفيذية العرفية هي، كاتفاقات الوسائل البديلة لفض المنازعات (التسوية، والوساطة والتوفيق غير القضائيين، واتفاقات الإجراءات التشاركية) لها أثر إجرائي في منع نزاع أو انهائه. وهي وسائل يجب أن يختار أحدهم المدعي وفقا للمادة 750-1 من قانون المرافعات الفرنسي (مقننة بالمرسوم 2019-1333 تاريخ 2019/12/11- م 4).

Article 750-1 : *« A peine d'irrecevabilité que le juge peut prononcer d'office, la demande en justice doit être précédée, au choix des parties, d'une tentative de conciliation menée par un conciliateur de justice, d'une tentative de médiation ou d'une tentative de procédure participative, lorsqu'elle tend au paiement d'une somme n'excédant pas 5 000 euros ou lorsqu'elle est relative à l'une des actions mentionnées aux articles R. 211-3-4 et R. 211-3-8 du code de l'organisation judiciaire…* ».

« Un modèle moderne de titre exécutoire ». *Cass. 1re civ., 16 oct. 2013, n° 12-21.917 : JCP G 2013, 1299, H. Croze.*

(311)إذا كان الأصل أن السندات التنفيذية تأخذ الطابع الرسمي من حيث القوة الثبوتية لها، ولم يلجأ المشرع إلى المحرر العرفي كمحل للسند التنفيذي، وإنما استثناءً يمكن أن يكون مكملاً لمحرر رسمي. فالتنفيذ الجبري إنما يكون في الأصل بموجب السند التنفيذي الدال بذاته على استيفاء الحق بالشروط اللازمة لاقتضائه، وأن الشارع في خصوص العقد الرسمي بفتح الاعتماد أجاز على خلاف الأصل التنفيذ بدليل غير مستمد من العقد الرسمي ذاته - هو مستخرج بحساب المدين من واقع دفاتر الدائن التجارية، وهو مستخرج عرفي وليس رسمياً. وقد قصد الشارع من هذا الاستثناء - على ما جاء بالمذكرة التفسيرية - إقرار العرف القضائي الذي يجيز التنفيذ بهذا العقد ولو لم يتضمن الإقرار بقبض شيء مع تلطيف حدته بإيجاب إعلان المدين بملخص الحساب - وإذ كان هذا المستخرج هو الدليل الوحيد الذي أجازه الشارع خارج العقد الرسمي استثناء لإثبات الشروط اللازمة في الحق المنفذ به فإنه لا يجوز الاعتماد على دليل خارجي آخر لا يصلح بذاته سنداً للتنفيذ. حكم محكمة النقض - مدني - الطعن رقم 275 لسنة 31 قضائية بتاريخ 1966-02-01 مكتب فني 17 ج 1 ص 214، وحكم محكمة النقض - مدني - الطعن رقم 257 لسنة 36 قضائية بتاريخ 1971-01-19 مكتب فني 22 ج 1 ص 52.

بالحقيقة، فالثانية مرتبطة بالفعالية *L'authenticité a partie liée avec la vérité, la force exécutoire avec l'efficacité* [312].

ونتيجة لما تقدم، لا يمكن التمسك بالرأي الذي يذهب إلى أن "العمل الإجرائي ذو الطابع العام" هو محل الاعتبار في فكرة السند التنفيذي بصرف النظر عن طبيعته القضائية، وبصرف النظر عما إذا كان القائم به[313].

صحيح أن القوة التنفيذية قد تكون القوة الثبوتية أحد أسانيدها كما في المحرر الموثق[314]، وعدم الاعتماد على الرسمية قد يشكل نقطة ضعف في السند الخاص التنفيذي بسبب أن تعييبه يؤثر على التنفيذ، فكلما انخفضنا في درجة الشكلية كلما زادت فرصة تعطيل وعرقلة التنفيذ، ولكن هذا أمر طبيعي طالما تحولنا عن القضاء لتحقيق أهداف اقتصادية واجتماعية[315].

وعلى أي حال، فإن الأساس الإرادي للعمل التأكيدي في السندات الخاصة التنفيذية هو العامل الرئيسي لمنح القوة التنفيذية، إذ يعزز الأساس الإرادي فكرة أن العمل هو مخرج لحل مفيد وعادل وتفاوضي، يقترب قدر الإمكان من مصالح ذوي الشأن المشتركة. ولكن لا تكف الإرادة الخاصة وحدها في تكوين العمل التأكيدي في السندات الخاصة التنفيذية، وإنما يستلزم مشاركة السلطة العامة[316].

---

(312) V. R. Libchaber, obs. ss Cass. 2e civ., 18 juin 2009, n° 08-10.843 : JurisData n° 2009-048640 ; Defrénois 2009, p. 2344.

(313) وبالتالي يخرج عن فكرة السند التنفيذي الأوراق المثبتة لتصرفات موضوعية خاصة كالأوراق التجارية والمالية والأوراق الرسمية والعرفية في القانون المصري. أحمد محمد حشيش، مرجع سابق، ص191، بند 112، ص 187، بند 110.

(314) إذا كان يمكن تنفيذ العمل الموثق دون التحقق القضائي المسبق، وذلك لأن القوة الثبوتية المرتبطة بمضمونه تثبت حقيقة - ومشروعية – الالتزام الذي تم سرده فيه. ولا حاجة إلى أن تثبت قضائيا أن المدين قد التزم وأن الدين موجود، لأن هذا الدليل مُسبقاً بسند الذي يُنشأ باسم فرنسا أو مصر، وتحيط به أقصى الضمانات، ويحتفظ بأصله للتحقق المحتمل.

Didier Coiffar, *Authenticité et force exécutoire – op.cit.*, 1096.

(315) Pierre Berlioz, *Acte authentique, op. cit*, 1252, n°6-10.

(316) وجدي راغب، التنفيذي القضائي، ص55.

ثانياً: الإرادة العامة المكمِلة (السلطة العامة في الإجبار)[317]

إذا كانت القوة التنفيذية تعني الإلزام و الإجبار معاً [318]، فإن كانت الإرادة الخاصة هي مصدر الإلزام، فالسلطة العامة المتدخلة في تكوين السند الخاص مفوضة بسلطة الإجبار *Délégataire de l' imperium*، لا بالسلطة العامة لمنح القوة الثبوتية، لذلك كما قلنا سلفاً فإن القوة الثبوتية ليست شرطاً ولم تعد مفترضاً للقوة التنفيذية. ورغم ذلك وجدنا سندات خاصة تنفيذية تكوينها يعد تكويناً استثنائياً حيث خلى من تدخل أي سلطة إجبار.

1- القاعدة هي تدخل سلطة الإجبار في تكوين السندات الخاصة التنفيذية

إن تدخل السلطة العامة (الدولة) في منح القوة التنفيذية للسند الخاص يكون في مرحلة إنشاء الحق في التنفيذ الجبري[319] لا فيما بعد ذلك[320]. واعتماد السلطة العامة تحقق فلسفة السند التنفيذي عموما وهي ضمان يقين نسبي[321]. فلا يمكن التعامل مع القوة التنفيذية فقط على وجه البساطة والسرعة، لأن تلك القوة تنطوي على اعتبارات أعمق فهي الذراع المسلحة للدولة ولا يمكن أن تعزى إلا إلى أعمال لديها جميع الضمانات اللازمة[322].

وإن كانت السلطة العامة، بصدد السندات الخاصة التنفيذية، تمثلها السلطة القضائية ولكن بدور جديد في تأكيد الإرادة الخاصة لترتب القوة التنفيذية بمنح القوة التنفيذية على العمل الإرادي الخاص

---

(317) وجود الدولة مهم في مرحلة ما قبل تنفيذ السند التنفيذي (الشروط الموضوعية) او بعد التنفيذ من محضر التنفيذ (القائم بالتنفيذ على الأرض) وقاضي التنفيذ في نظر منازعات التنفيذ.

(318) أحمد حشيش، نظرية القوة التنفيذية، ص99.

(319) ومن نتائج التمييز بين لحظة تدخل السلطة العامة في إنشاء الحق في التنفيذ الجبري وتدخلها في إجراءات التنفيذ هو اختصاص قاضي التنفيذ، فبحسب الأصل لا اختصاص لقاضي التنفيذ قبل تدخل السلطة العامة في مرحلة إنشاء الحق في التنفيذ الجبري بمنح القوة التنفيذية، ما لم ينص المشرع على غير ذلك، كما هو الحال في اختصاص قاضي التنفيذ بوضع الصيغة التنفيذية على اتفاق التمويل العقاري كما سنرى لاحقاً.

(320) لا نقصد من السلطة العامة في هذا الصدد سلطة القيام بإجراءات التنفيذ التي تقوم بالتنفيذ لتحل محل المدين في القيام بالإجراءات اللازمة لاستيفاء الدائم لحقه. انظر: فتحي والي، التنفيذ الجبري، ص181، بند 98.

(321) وجدي راغب، التنفيذ القضائي، ص48.

(322) Christophe Blanchard, *Notaire - Le notaire et la simplification de la procédure civile* -La Semaine Juridique Notariale et Immobilière n° 5, 2 Février 2018, act. 180.

بإثباته أو التصديق عليه[323]، بيد أنه قد تمثل السلطة العامة موظف آخر غير القاضي[324]. بطبيعة الحال، فان السلطة العامة حرة في اختيار المهنيين الذين ترغب في منحهم مثل هذا التفويض. ومع ذلك، من الصعب تصور إمكانية منح هذا التفويض لمن لا يتمتع بمركز موظف عمومي. [325]

والدولة لا تفوض مثل تلك السلطة أو ذلك الامتياز ذات الأثر الخطير في نزع ملكية المدين للمنفعة الخاصة إلا لرجل القانون المتخصص[326] وموظف عمومي *d'officier public* موثوق فيه متمتع بالاستقلال والحياد والنزاهة[327]، كالموثق بالنسبة للأعمال الموثقة[328]، و كما هو الحال

---

[323] وفي كل الأحوال، وبغض النظر عن نوع السند التنفيذي، فالسلطة العامة موجودة عند تقديم طلب التنفيذ والمنازعة فيه.

[324] وفي مصر عهد القانون إلى قلم الكتاب والمحضر إصدار سندات تنفيذية. م 295 مرافعات، م 389، ولكن في هذه السندات التنفيذية يخضع قلم الكتاب والمحضر فيها لرقابة وإشراف قاضي التنفيذ. انظر: أحمد هندي، مرجع سابق، ص144-147.رقم 49-50.

[325] Didier Coiffard, *Authenticité et force exécutoire – op.cit.*, 1096 ; Mathias Latina, *La force exécutoire de l'acte notarié Aspects théoriques*, La Semaine Juridique Notariale et Immobilière n° 10, 8 Mars 2019, 1126.

[326] H. Croze, *La circonstance qu'une créance de nature commerciale soit constatée par acte authentique ne modifie pas la durée de la prescription* - Commentaire par La Semaine Juridique Notariale et Immobilière n° 30-34, 28 Juillet 2006, 1260.

[327] إن الحياد معيار جانب الحياد بالمعنى موضوعي الاستقلال (قريب) والحياد بجانب شخصي النزاهة (الحيدة) (نية وباعث). كما أن النزاهة تتوافر في الموظف حالة السكون وفي حالة الحركة نتحدث عن الاستقلال خارج السلطة او داخلها.

[328] صحيح أن حياد الموثق ليس كحياد القاضي ولكن لا توجد آليات إجرائية- لا نقول جنائية أو مدنية أو تأديبية- تتجنب أو تعالج عدم الحياد أو الاستقلال قبل صدور السند التنفيذي من موثق أو المحضر. وقد تم إلغاء القوة التنفيذية لمحرر موثق من قبل محكمة استئناف باريس لغياب استقلال الموثق المحرر، مع الوضع في الاعتبار لمجموع مصالح بينه وبين أحد أطراف التصرف ..

CA Paris, Pôle 4, chambre 1, N° 11/06910 du 11 avril 2013, JurisData n° 2013-007317

بالنسبة للمحضر في حالتي الامتناع عن دفع شيك أو عند الاتفاق على تسوية الديون الصغيرة[329]، لذلك فمن الصعب أن تفوض لموظفين غير عموميين، والكلام هنا عن المحامي في اتفاق الطلاق التبادلي أو المأذون في عقد الزواج.

والثقة في تلك السلطة المفوضة بمنح القوة التنفيذية هي التي تبرر استنتاج القبول الإرادي من أطراف التصرف الخاص لتُضفي عليه تلك القوة التنفيذية. لذا، يقع على عاتق تلك السلطة التأكيد من الصحة الظاهرية لهذه الإرادة وحقيقتها. ويمكن الكشف عن هذا الأساس في اشتراط القانون حضور الطرفين قبل إنشاء السند التنفيذي على اعتبار أن حضور الطرفين بمثابة رضا.

ورأينا أن استراتيجية تدخل السلطة العامة في منح التصرف الإرادي الخاص القوة التنفيذية – من وجهة نظرنا– إما أنها بالاعتماد على القوة الثبوتية التي تمنحها السلطة العامة ذاتها التي تمنح القوة التنفيذية كالمحرر الموثق ومحضر الصلح، أو بدونها كما في حال التصديق على الاتفاق، واتفاق الطلاق التبادلي، وفي السندات الخاصة ذات القوة التنفيذية الذاتية.

والأصل أن تدخل السلطة العامة في تركيبة السند الخاص التنفيذي سواء من خلال القاضي أو غيره لا يطهر التصرف الخاص الذي يتضمنه من البطلان كما سنعرض بالتفصيل لاحقاً، وفي الوقت ذاته يجعل المنازعة فيهما من الصعوبة بما كان[330].

2– <u>الاستثناء هو تكوين السندات الخاصة التنفيذية بدون تدخل سلطة إجبار:</u>

وعلى الرغم من أن الأصل المتقدم في تركيب السد التنفيذي الخاص يتطلب تدخل السلطة العامة، إلا أن بعض السياسات التشريعية في بعض الدول كانت تخرج عنها، إذ لا تتطلب تدخل السلطة العامة في إضفاء القوة التنفيذية، وعندئذٍ نصل إلى درجة التحول ليس فقط عن القضاء، بل وعن السلطة العامة بصفة عامة. وتكتفي الدولة بمنح إرادة ذوي الشأن ليس فقط لإنشاء التصرف

---

(329) في فرنسا قبل الثورة كان المحضر تابعا للملك لا للقاضي عكس الحال في ايطاليا أو كاتب الجلسة، أما المحامي فمازال دوره لم يصل إلى المفوض من الدولة ولكن له دور أساس في إضفاء القوة التنفيذية على بعض الأعمال. وجدي راغب، نظرية، ص107، هامش 3.

(330) H. Croze, *Prêt notarié - Titre exécutoire sur titre exécutoire ne vaut ?* - Note sous arrêt, La Semaine Juridique Edition Générale n° 50, 9 Décembre 2013, 1299.

الخاص بل ولإضفاء القوة التنفيذية دون تدخل من سلطة تراقب صلاحية العمل ليشمل بالقوة التنفيذية.

وقد رأينا ذلك كما تقدم في عقد التأجير التمويلي في مصر وبعض الأوراق (كالأوراق التجارية والعرفية) في تشريعات بعض الدول العربية.

وفي **اعتقادي** أن اعتماد السند الخاص ذي القوة التنفيذية على الإرادة الخاصة فقط دون تدخل من الدولة أو السلطة العامة بأي رقابة على تأكيد العمل التحضيري للسند، سواء كانت رقابة معاصرة لتكوينه أو لاحقة عليه، يكون مشبوهاً بشبهة عدم الدستورية، إذ أن في منح الحق في التنفيذ على أموال المدين ونزع ملكيتها للمنفعة الخاصة دون أي رقابة من سلطة الإجبار، ولو اكتفت الدولة بالنص التشريعي، اعتداءً على حقوق دستورية كحق الملكية الخاصة وهي مصونة[331]، فلا يجوز نزعها إلا بسند خاص تعتمده السلطة العامة بالرقابة وإن كانت غير متعمقة، بالإضافة إلى أهمية تلك الرقابة في تجنب الاستغلال الاقتصادي من الدائن ضد مدينه.

الفرع الثاني
خصائص السندات الخاصة التنفيذية

[331] بل قد يصطدم ذلك بحقوق أخرى دستورية مثل الحق في الحياة الخاصة وحرمة المنزل عندما يجيز القانون تنفيذ إخلاء المدين من العين.

إن العمل التأكيدي في السندات الخاصة التنفيذية يتميز بطبائع وخصائص تميزها عن السندات التنفيذية القضائية أو العامة بسبب الطابع الإرادي الخاص للعمل المؤكد. فهي سندات خاصة تنفيذية لها أدت فعاليتها الخاصة لأن تكون سندات تنفيذية خاصة.

أولاً: – السندات الخاصة التنفيذية تتضمن عملاً خاصاً مؤكداً

إن العمل المؤكد في السندات التنفيذية يجب أن يتضمن حقاً محقق الوجود نسبياً[332]، أي لا مجرد هوى ولا يقين مطلق ونهائي لوجود الحق المراد اقتضاؤه جبراً. وشرط تحقق الوجود له وظيفة مستقلة عن مجرد وجود السند، ذلك أن السند التنفيذي قد يوجد دون أن يميز الحق من حيث محله أو أشخاصه تمييزا كافيا ويظهر هذا بصفة خاصة بالنسبة لغير الأحكام من السندات التنفيذية كالسندات الخاصة التنفيذية[333].

كنتيجة لطبيعتها أو تكوينها المبني على الإرادات الخاصة، فهذه السندات الخاصة التنفيذية لا تغطي حسم كل المنازعات التي تدخل في ولاية القضاء، فما زلنا نستبعد المنازعات التي تنطوي على النظام العام، أو المسائل التي لا يجوز فيه الصلح[334]. وهذا مقارنة بالحكم القضائي النافذ الذي يغطي كل المنازعات التي تدخل ولاية القضاء.

كما أن السندات الخاصة التنفيذية المبنية أساساً على الإرادات الخاصة، فهي لا تعتمد على إرادة القاضي. فلا حاجة لإرادة القاضي بشأن الحقوق الثابتة فيها، طالما أنها موجودة وحالة الأداء ومعينة المقدار، وبمثال يوضح المقال، فإذا تضمن عقد الإيجار الموثق شرطاً باقتضاء أجرة معينة في ميعاد محدد، وحق المستأجر في استعمال المصعد، وإخلاء المستأجر العين فور الانتهاء من مدة

---

(332) وجدي راغب، التنفيذ القضائي، ص48.

(333) وتحقق الوجود لا يعني أكثر من "مجرد" الوجود وهو بهذا لا يعتبر شرطاً في الحق الموضوعي. بقدر ما هو شرط في السند التنفيذي، فيجب أن يدل السند التنفيذي أو يؤكد على حق موضوعي. انظر: فتحي والي، التنفيذ الجبري، ص165، بند 91. وانظر نص المادة L 2/111 من قانون التنفيذ الفرنسي مصطلح .constatant وهو ما يفسر إلغاء المشرع شرط محقق الوجود في المادة L 211-1 من قانون التنفيذ الفرنسي.

(334) كأن يرد على مسألة متعلقة بالنظام العام. انظر: حكم محكمة النقض - مدني - الطعن رقم 133 لسنة 58 قضائية بتاريخ 1992-03-31 مكتب فني 43 ج 1 ص 542.

العقد، فهي حقوق مالية أو غير مالية ثبتت في العقد الموثق[335]، ولذلك يصلح كسند خاص تنفيذي لاقتضاء هذه الحقوق. بينما لو لم تثبت في العقد ذاته، كما لو تضمن عقد الإيجار بنداً أنه إذا أخل أحد الطرفين بالتزاماته فيلزم بالتعويضات أو يحق للمؤجر المطالبة بالإخلاء، فعقد الإيجار الموثق لا يصلح عندئذ كسند تنفيذي للتعويض أو الإخلاء، إذ أن عقد الإيجار مضمون السند التنفيذي لا يثبت "ذاته" وقوع مخالفة الالتزام وإنما يلزم لاستحقاق التعويض أو الإخلاء ثبوت وقوع أركان المسؤولية أو مخالفة الالتزام[336].

ولا شك أن السندات الخاصة التنفيذية التي لم تكن محلا للبحث أمام القضاء، لا تتوافر فيه الضمانات المتوافرة في المسائل التي يبت فيها القضاء ويقرها [337] في ظل وجود قاض وخصومة تواجهيه التي تسمح له أي للقاضي من التأكد من الإرادة الحرة للأطراف وصحة مضمون الاتفاق[338]، ليست فقط من حيث مدى ونطاق الرقابة القضائية عليها لمنح القوة التنفيذية كما تقدم ذكره، بل ومن حيث فعاليتها كما سيأتي لاحقاً.

ثانياً: – السندات الخاصة التنفيذية لا تتضمن عملاً قضائياً

إن العمل القضائي (الحكم) هو أهم السندات التنفيذية وأعلاها مرتبة، لأنه يؤكد الحق الموضوعي على نحو لا تفعله أي من السندات التنفيذية الأخرى، فمن ناحية يحيط تكوينه ضمانات كافية لبلوغ الحقيقة، حيث يصدر عن قاض، وفي خصومة، بعد تحقيق وقائع الدعوى وأدلتها، ومن ناحية أخرى يكفل له القانون فاعلية حاسمة في تأكيد الحق عن طريق حجية الشيء المقضي فيه.

وحسب التقسيم الكلاسيكي للفقيه الفرنسي "موتولسكي" للأعمال القانونية إلى أعمال استقباليه *actes réceptifs* وهو العمل الذي يلعب فيه القاضي دور الشاهد الرسمي *témoin solennel*،

---

(335) فالقانون الإيطالي يجب ان يكون نقودا وفي النمسا وألمانيا يمكن أن يكون نقودا او أشياء مثلية. فتحي والي، التنفيذ، ص 143، بند 75 وهامش (3).

(336) فتحي والي، مرجع سابق، ص 146، بند 78. أحمد خليل، الحق في الإخلاء الجبري ونظامه الإجرائي، دار الجامعة الجديدة، سنة 1996، ص 31 وما بعدها، بند 14. ولكن يختلف الحكم في **اعتقادي** إذا تضمن عقد الإيجار الموثق بنداً صريحاً يلزم المستأجر بإخلاء العين فور الانتهاء من مدة عقد الإيجار أو في حال

(337) حكم محكمة طنطا الابتدائية 13 ديسمبر سنة 1917 الحقوق 33 ص 212.

(338) PERROT (R.), « *Expulsion. Conditions : exclusion de la transaction exécutoire* », obs. sous Cass. avis, 20 oct. 2000, op. cit.

وأعمال إراديةactes volitifs وهي الاعمال التي يطلب فيها من القاضي إنجاز ما *une action à accomplir* كما في الحكم القضائي. ونتيجة لذلك، فالحجية أثر للعمل الإرادي حيث تلعب دوراً إرادياً في المحرر(الأداة) *instrumentum* والعمل(المضمون) *negotium* وتضفي عليهما معاً حصانة أو عدم المساس بها بدعوى البطلان، عكس العمل الإستقبالي والذي يلعب فيه السلطة دوراً "استقبالياً" لفعل أو واقعة قانوني، وهو نتاج إرادة خاصة تضفي عليه صحة ظاهرية فقط[339]. فالعمل مضمون السندات الخاصة التنفيذية يندرج في طائفة العمل الاستقبالي دون الإرادي، وبالتالي لا تتمتع بحجية الأمر المقضي.

وبناء عليه، إن كانت سلطة قاضي التنفيذ عند مراقبة السند التنفيذي القضائي مقيدة بعدم المساس بالقرار القضائي بسبب الحجية (الحصانة)، فعلى العكس بالنسبة لرقابته على السندات الخاصة التنفيذية، فله أن يراقب صحة العمل الموثق كمحرر وكذلك ما يتضمنه من عمل قانوني، لأنها لا تحوز الحجية، وبالتالي لا تحوز حصانة من عدم المساس *intangibles* عكس الحكم القضائي[340].

إن العمل محل السندات الخاصة التنفيذية ليس عملاً قضائياً، وإنما عملاً خاصاً تصرف أو اتفاق[341]، ولكن لا يعني ذلك أنها لا تتمتع بأية قوة، بل تحوز قوى أخرى تقلل من المساس بها وتجعلها تصل إلى درجة تأكيد تؤهلها لاكتساب القوة التنفيذية، **كالقوة الملزمة** في العقود[342] مثل عقدي التمويل في مصر، أو **قوة الشيء المتفق عليه***la chose convenue* كما في العمل الموثق أو المصدق عليه أو تحوز **قوة الأمر محل التسوية***la chose transigée* كما في اتفاقات

---

(339) MOTULSKY (H), *Etudes et notes de droit international privé*, Dalloz Paris, 1978, p. 27-39.

(340) Ph. HOONAKKER, « *obs. sous civ. 2e, 9 sep. 2010* », Droit et Procédures 2010, n° 11.

(341) اعتقد أنه يجوز إعادة التنفيذ بموجب السندات الخاصة التنفيذية، على عكس الأحكام القضائية إلا إذا كان الحكم يتضمن التزاماً مستمراً بطبيعته كالحكم الصادر بالرؤية.

(342) القوة الملزمة للحكم تتجسد في الأثر الإيجابي للحجية وهي بذلك تتميز عن الحجية التي لها أثر سلبي وإيجابي، بينما القوة الملزمة للاتفاق او العقد يمنع القاضي من تحريف العقد أو تعديله والأطراف من تعديله او نقضه بالإرادة المنفردة، لان العقد شريعة المتعاقدين.

التسوية *transaction* المصدق عليها[343]، علاوة على اعتماد غالب السندات الخاصة التنفيذية على قوتها الثبوتية حيث تُفرغ في محرر رسمي، كمحرر الموثق ومحضر الصلح وسندي المحضر.

هذه القوى سالفة الذكر التي تتمتع بها السندات الخاصة متميزة عن حجية الأمر المقضي، لعدم تحقق أعمالها لمعايير العمل القضائي سواء العضوي بأنها تصدر من قاض، أو المعيار الموضوعي وهو حسم نزاع بتطبيق القانون، لأن تدخل السلطة العامة في السندات الخاصة يكون بتفويض منها لغير قاض كالموثق أو المحضر أو المحامي وهم ليسوا قضاة[344]، وحتى لو كان هناك تدخل مكمل وثانوي من القاضي كما هو الحال في إثبات التصرف مضمون السند أو في حال التصديق فإن تصديق العمل محل التسوية لا يمنحه حجية الأمر المقضي[345].

وإن كان يرى البعض[346] أن بعض السندات الخاصة التنفيذية، كأعمال الصلح القضائي، لا تحوز حجية كاملة، ولكن حجية منقوصة *authorité imperfaite* بحكم استنادها لإرادة الأطراف، فهي تحوز حجية تمنع من رفع دعوى مبتدأه بالمسائل التي حسمت، لأن العمل التصالحي يقترب من العمل القضاء التأكيدي بمواجهته مشكلة التجهيل القانوني، وبالتالي تنقضي مكنة تجديد النزاع.

وفي **اعتقادي** أن السندات الخاصة التنفيذية طالما أنها مبنية على الإرادة الخاصة، ولا تحوز حجية الأمر المقضي بالمعنى الدقيق التي تبقى أثراً حصرياً للعمل القضائي (حكم قضائي أو حكم تحكيم موضوعي)، غير أن منع رفع الدعوى من جديد ليس أثراً مرتبطاً بالحجية، ولكن للأثر المنهي للنزاع أو الخصومة *L'extinction de l'instance* والحاسم لها، فيترتب على العمل محل السندات

---

(343) الاتفاق غير مصدق يعد محررا عرفيا وعقد شريعة المتعاقدين يخضع للقواعد العامة للعقود وله قوة ملزمة، ويمكن طلب إبطاله بدعوى البطلان او الدفع به، وليس عملاً قضائياً يحوز حجية الامر المقضي، وحتى ولو لم يكن له قوة تنفيذية. وإذا تم التصديق عليه وصفه البعض بانه عقد قضائي *contrat judiciaire*.

N. FRICERO, *procédure participative assistée par avocat*., op.cit., N°38.

(344) فالموثق، مثلا، لا يقض بشيء ما، ولكن يصادق أو يوثق. فالموثق ليس قاضياً.

H. Croze, *De quelques confusions entre la force exécutoire et l'autorité de chose jugée*- op. cit. 581.

(345) ونتيجة لذلك، فإن "اتساق النظام" يتطلب من قاضي التنفيذ أن يبت في صحة العمل محل التسوية.

R. Laher, *Imperium et juridictio en droit judiciaire privé*, op. cit, n° 495.

(346) أحمد ماهر زغلول، أصول وقواعد المرافعات، ص983-984، بند 449.

الخاصة التنفيذية انقضاء الخصومة لسبب موضوعي يمنع من تجديد الدعوى، بحيث يُقضى بعدم قبولها[347].

وما سبق، هو ما دعا المشرع الفرنسي إلى تعديل المادة 2052 مدني بإلغاء ما تضمنته من حيازة الصلح الاتفاقي أو التسوية *Transaction* لحجية الأمر المقضي للحكم آخر درجة، وذلك بالقانون 2016-1547 الصادر في 18 نوفمبر 2016[348].

---

[347] وتنص المادة 384 من قانون المرافعات الفرنسي على انه باستثناء الحالات التي ينتج فيها هذا التأثير عن الحكم، تنقضي الخصومة بالتبعية للدعوى بسبب الصلح الاتفاقي أو القبول أو التنازل الدعوى أو، في الدعاوى غير القابلة للتحويل، بوفاة الخصم. ويصدر الحكم المنهي للخصومة يثبت انقضاءها.

ويرى البعض في مصر أن الصلح يثير الدفع بعدم القبول سواء كان مصدقاً عليه أو غير مصدق (انظر: الانصاري النيداني، مرجع سابق، ص234، رقم 140).

ولكن في **اعتقادي** أن الصلح لا يرتب أثره في إنهاء النزاع إلا إذا كان مكوناً داخلياً في الخصومة التي يحسم نزاعها وهو لا يكون كذلك إلا إذا كان عملاً إجرائياً بأن أفرغ في محضر أو ألحق به. كما أن الصلح غير المصدق عليه لا يعد سنداً تنفيذياً، وبالتالي تتوافر المصلحة عندئذٍ لاستصدار قرار قضائي نافذ ليكون سنداً تنفيذياً بالحق محل الصلح، لا سيما وأن قانون المرافعات المصري- وفقا للرأي الغالب كما بينا- لا يعرف نظام التصديق على الصلح – خارج خصومة- بأمر من المحكمة ولا يعين أطراف الصلح على تكوين سند تنفيذي تصالحي إلا في خصومة قضائية قائمة عملا بالمادتين 103 و64 مرافعات.

وطالما أن مضمون السندات الخاصة التنفيذية ليس حكماً قضائياً قد يكون قابلاً للطعن فيه، فمن الطبيعي ألا تخضع لقواعد النفاذ العادي أو المعجل للأحكام[349]. فالقوة التنفيذية التي تحوزها السندات الخاصة التنفيذية هي قوة تنفيذية فورية مشروطة بتدخل السلطة العامة المفوضة بسلطة الإجبار قضائية كانت أو غير قضائية، كتلك التي تتطلب تدخل القضاء بالإثبات والتصديق. واستثناءً تتمتع بقوة تنفيذية قانونية ذاتية دون تدخل من أي سلطة كالشيك في بعض الدول وعقد التأجير التمويلي في مصر كما تقدم.

كما ينتج عن عدم اعتبار مضمون السند الخاص التنفيذي حكماً قضائياً أثر هام فيما يتعلق بنظرة الميسرة، فيرى البعض أن نظرة الميسرة يمنحها قاضي الموضوع عند شمول حكمه بالنفاذ المعجل القضائي فقط، وفقا للمادة 2/346 مدني، وتبدأ بعدها القوة التنفيذية للحكم[350]، أي أن نظرة الميسرة مخولة للقاضي مصدر الحكم سند التنفيذ وليس لقاضي التنفيذ.

---

[348] **Article 2052 : Création Loi 1804-03-20 promulguée le 30 mars 1804 « *Les transactions ont, entre les parties, l'autorité de la chose jugée en dernier ressort. Elles ne peuvent être attaquées pour cause d'erreur de droit, ni pour cause de lésion* ».**

Modifié par Loi n°2016-1547 du 18 novembre 2016 - art. 10 : « *La transaction fait obstacle à l'introduction ou à la poursuite entre les parties d'une action en justice ayant le même objet* ».

وتم إلغاء المادة 2053 مدني التي كانت تنص على نطاق هذه الحجية.

Article 2053 : (Abrogé par LOI n°2016-1547 du 18 novembre 2016 - art. 10) (création Loi 1804-03-20 promulguée le 30 mars 1804) : « *Néanmoins, une transaction peut être rescindée lorsqu'il y a erreur dans la personne ou sur l'objet de la contestation. Elle peut l'être dans tous les cas où il y a dol ou violence* ».

[349] قرب ذلك: أحمد هندي، التنفيذ الجبري، ص142-143، رقم 48.

[350] تنص على أن: " على أنه يجوز للقاضي في حالات استثنائية، إذا لم يمنعه نص في القانون، أن ينظر المدين إلى أجل معقول أو آجال ينفذ فيها التزامه، إذا استدعت حالته ذلك ولم يلحق الدائن من هذا التأجيل ضرر جسيم". انظر: فتحي والي، التنفيذ، ص73، بند 37.

ولكن في **اعتقادي**، أنه بمناسبة السندات الخاصة التنفيذية، يجوز للقاضي المانح القوة التنفيذية لبعض السندات الخاصة أن يمنح نظرة الميسرة، أو لقاضي التنفيذ على غرار الوضع في فرنسا[351]، وإذا كان يرى البعض[352] ان نظرة الميسرة ليست من منازعات التنفيذ وبالتالي يختص بذلك قاضي الموضوع، إلا ان الحكمة غير متوافرة مع السندات الخاصة التنفيذية التي تفترض عدم اعتبارها نتيجة خصومة قضائية أو نزاع قضائي، كما أننا **نعتقد** بأن نظرة الميسرة تعد منازعة ليست متصلة بسبب سابق على تكوين السند التنفيذي، بل متصلة بتأجيل الحق في التنفيذ أو القوة التنفيذية لمهلة بموجب القانون المدني التي لم تحدد قاض بعينه والمطلق يترك على إطلاقه[353].

---

(351) ووفقا للمادتين 510 مرافعات فرنسي، والمادة R121-1 من قانون التنفيذ الفرنسي، يجوز لقاضي التنفيذ الموافقة على منح المدين مهلة للوفاء بعد التكليف بالوفاء أو بعد توقيع الحجز.

Article 510 : « *Sous réserve des alinéas suivants, le délai de grâce ne peut être accordé que par la décision dont il est destiné à différer l'exécution. En cas d'urgence, la même faculté appartient au juge des référés. Après signification d'un commandement ou d'un acte de saisie, selon le cas, le juge de l'exécution a compétence pour accorder un délai de grâce. L'octroi du délai doit être motivé* ».

Article R121-1 : « *Toutefois, après signification du commandement ou de l'acte de saisie, selon le cas, il a compétence pour accorder un délai de grâce. Le juge de l'exécution peut relever d'office son incompétence* ».

(352) فتحي والي، التنفيذ، ص 654، وهامش (3).

(353) وعلى أية حال نوصي المشرع المصري بالتدخل التشريعي في قانون المرافعات للنص على ذلك صراحةً.

المطلب الثاني

الفعالية المنقوصة والنسبية للسندات الخاصة ذات القوة التنفيذية

صحيح إن السندات الخاصة التنفيذية، كأي سند تنفيذي، تخضع للمقتضيات الموضوعية للسند التنفيذي في أن تتضمن حقاً مؤكداً و معين مقداره و حال الأداء، والمقتضيات الشكلية بتطلب الصورة التنفيذية[354]. كما تخضع إجراءات السندات الخاصة للقواعد الإجرائية ذاتها التي تخضع لها إجراءات السندات التنفيذية عامةً، كالإعلان بالسند التنفيذ والتكليف[355] بالوفاء كمقدمات للتنفيذ الجبري المباشر أو غير مباشر (بطريق الحجز)[356]، ويجري التنفيذ الجبري بواسطة المحضرين أو السلطة العامة، كما يختص قاضي التنفيذ بمنازعات تنفيذها[357]، ما لم يُنص على غير ذلك[358].

كما أن السندات الخاصة التنفيذية تمنح حاملها ممارسة الحق في التنفيذ الجبري وما تخوله من مكنة الحجز التنفيذي على أموال المدين[359]، على مسئولية الدائن[360]، تمهيداً لبيعها لاقتضاء حقه المالي[361].

---

(354) ولكن تفرض الطبيعة الخاصة للسندات الخاصة التنفيذية قواعد خاصة بشأن الصورة التنفيذية سنذكرها لاحقاً في آخر الدراسة.

(355) مع أن المشرع الفرنسي لا يرى ضرورة إعلان المدين بالسند التنفيذي إذا كان من المحررات الموثقة ومحاضر الصلح الموثقة لأنه على علم يقيني بها، بينما المشرع المصري يرى ضرورتها (خصوصية إجراءات التنفيذ بواسطة السندات الخاصة ذات القوة التنفيذية).

(356) حكم المحاكم الاقتصادية رقم 5015 لسنة 2009 قضائية بتاريخ 28-03-2010

(357) فتحي والي، التنفيذ الجبري، ص676، بند 373.

(358) قُضي بأنه: "لما كانت المادة 27 من قانون التمويل العقاري أحالت لأحكام قانون المرافعات فيما لم يرد بشأنه نص خاص وكانت نص المادة 15 من قانون التمويل العقاري نصت على أن التأشير بالسند التنفيذي في مكتب الشهر العقاري يقوم مقام تسجيل تنبية نزع الملكية". انظر: حكم المحاكم الاقتصادية رقم 2065 لسنة 2010 قضائية بتاريخ 31-10-2010). وفي إجراءات التنفيذ بموجب قانون التمويل العقاري انظر: أحمد هندي، مرجع سابق، ص518 وما بعدها رقم 185.

(359) إذا قام بالحجز التحفظي أو ما للمدين لدى الغير فلا يتطلب إذن من قاضي التنفيذ ولا رفع دعوى بثبوت الحق.

(360) وقُضي بأنه: " لما كانت الأحكام العامة في التنفيذ الواردة في المواد 457 وما بعدها من قانون المرافعات تجيز التنفيذ الجبري بالأحكام القابلة للمعارضة أو الاستئناف إذا كان النفاذ المعجل منصوصا عليه في القانون أو مأمورا به

ورغم ما تقدم، إلا أن تلك السندات الخاصة التنفيذية تظل سندات تنفيذية خُلقت ذات فعالية "منقوصة" **(فرع أول)** وفعالية نسبية أحيان أخرى بالنسبة لبعض تلك السندات الخاصة**(فرع ثان)**[362]، بسبب طبيعتها الخاصة، مقارنة بفعالية السند التنفيذي القضائي (الحكم القضائي واجب النفاذ)، ويظهر ذلك من خلال نصوص التشريع والسوابق القضائية في مصر وفرنسا كما سنبين. وقد خلفت تلك الفعالية الناقصة تدرجاً بين السندات التنفيذية *La hiérarchie des titres exécutoires* عامةً أو حتى في إطار السندات الخاصة التنفيذية فيما بينها بحسب بيئة ومقتضيات وإجراءات تكوينها.

الفرع الأول

مظاهر الفعالية المنقوصة للسندات الخاصة التنفيذية

في الحكم، كما تجيز التنفيذ بالعقود الرسمية والأوراق الأخرى التي يعطيها القانون صفة السندات التنفيذية، فإن الدائن الذى يباشر إجراءات التنفيذ بموجب أحد هذه السندات مع احتمال المنازعة في صحته وقابليته للإلغاء أو الإبطال إنما يعلق مصير التنفيذ على مصير السند ذاته، فإن ألغى السند أو بطل امتنع المضي في التنفيذ وسقط ما يكون قد تم من إجراءاته ووجبت إعادة الحال إلى ما كانت عليه قبل مباشرته، ...". حكم محكمة النقض - مدني - الطعن رقم 217 لسنة 32 قضائية بتاريخ 1966-12-13 مكتب فني 17 ج 3 ص 1880.

(361) ولذلك أثير التساؤل حول فعالية السندات الخاصة للتسجيل العقاري. حيث يرى البعض مساواة الصلح المصدق بالحكم القضائي في التسجيل العقاري.

H. Croze et C. Laporte, Gaz. Pal. 3 avr. 2012, p.16; Fabien Marchadier, *L'attribution de la force exécutoire à la transaction extrajudiciaire après le décret du 20 janvier 2012*, Gaz. Pal. 8 déc. 2012, n° GP20121208009, p. 15; H. Croze et O. fradin ; Cass. avis, 20 Oct. 2000, no 02-00.013.

وفي مصر تنص المادة 103 على المساواة بين محضر الصلح والحكم في الدعاوى العينية العقارية بالنسبة للتسجيل وأثره.

(362) لما تقدم ذهب البعض إلى القول بأن تقسيم السندات التنفيذية إلى سندات قضائية وغير قضائية أو قضائية أو محررات موثقة لا يرتب أي أهمية عملية أو قانونية وبالتالي فهو مجرد تقسيم نظري بحت يتجاوز فكرة السند التنفيذي. انظر: أحمد محمد حشيش، أساس التنفيذ الجبري، ص187، بند 110. وكذلك تقسيمها وفقا لطبيعة الإرادة التي تتضمنها إلى سندات عامة وسندات تصرفيه تتضمن إرادة خاصة. انظر: وجدي راغب، التنفيذ القضائي، ص72، هامش (2).

إن السندات الخاصة التنفيذية ذات فعالية منقوصة، وكان من مظاهر ذلك فعاليتها بالنسبة لاستخدام الحبس كوسيلة من وسائل الإكراه البدني، وبالنسبة لترتيب تأمينات قضائية في التنفيذ، وفي تقادم الحق والفوائد القانونية، وذلك على التفصيل الآتي:

أولاً: – فعالية السندات الخاصة التنفيذية في حبس المدين كوسيلة إكراه بدني

تتبنى بعض التشريعات والقانون المصري بشأن تنظيم بعض أوضاع وإجراءات التقاضي في مسائل الأحوال الشخصية نظام حبس المدين كوسيلة من وسائل الإكراه البدني للمدين، حيث يشترط القانون المصري السابق في المادة 76 مكرر منه[363]، وغالب التشريعات التي تتبنى نظام الحبس أن يكون حق الدائن ثابت في حكم قضائي نهائي، فهل يجوز ممارسة وسائل الإكراه البدني بموجب سندات خاصة تنفيذية؟

في **اعتقادي** أن نظام الإكراه البدني على المدين هو نظام استثنائي لما ينطوي عليه من تقييد لحقوق دستورية كالحق في التنقل والسفر والكرامة الإنسانية. وبناء عليه، إذا اشترط القانون عموماً حصول الدائن على سند تنفيذي قضائي للإكراه البدني، فلا يمتد موجباته ليشمل السندات الخاصة التنفيذية، وإلا كان في ذلك توسعا وقياسا على نظام استثنائي وهو غير جائز. وإن كنا نوصي المشرع الجنائي المصري في الوقت ذاته إلى تجريم وقف تنفيذ أو الامتناع العمدي عن تنفيذ السندات الخاصة التنفيذية[364]، تعزيزاً لفعاليتها، على غرار الأحكام والأوامر القضائية.

---

(363) تنص المادة 76 مكرر من قانون تنظيم بعض أوضاع وإجراءات التقاضي في مسائل الأحوال الشخصية رقم 1 لسنة 2000 على أنه: "إذا امتنع المحكوم عليه عن تنفيذ الحكم النهائي الصادر في دعاوى النفقات والأجور وما في حكمها جاز للمحكوم له أن يرفع الأمر إلى المحكمة التي أصدرت الحكم أو التي يجرى التنفيذ بدائرتها، ومتى ثبت لديها أن المحكوم عليه قادر على القيام بأداء ما حكم به وأمرته بالأداء ولم يمتثل حكمت بحبسه مدة لا تزيد على ثلاثين يوما، فإذا أدى المحكوم عليه ما حكم به أو أحضر كفيلا يقبله الصادر لصالحه الحكم فإنه يخلي سبيله، وذلك كله دون إخلال بحق المحكوم له في التنفيذ بالطرق العادية...".

(364) تنص المادة 123 من قانون العقوبات المصري على أنه: " يُعاقب بالحبس والعزل كل موظف عمومي استعمل سلطة وظيفته في وقف تنفيذ الأوامر الصادرة من الحكومة أو أحكام القوانين واللوائح أو تأخير تحصيل الأموال والرسوم أو وقف تنفيذ حكم أو أمر صادر من المحكمة أو من أية جهة مختصة. كذلك يُعاقب بالحبس والعزل كل موظف عمومي امتنع عمداً عن تنفيذ حكم أو أمر مما ذكر بعد مضي ثمانية أيام من إنذاره على يد مُحضَر إذا كان تنفيذ الحكم أو الأمر داخلاً في اختصاص الموظف".

ثانياً: – فعالية السندات الخاصة التنفيذية في ترتيب التأمينات القضائية في التنفيذ الجبري

إن التأمينات القضائية في التنفيذ الجبري تعني تخصيص للدائن، سواء كان بيده سند تنفيذي أو ليس بيده بعد، على أموال المدين أو ثمنها أو ما يقوم مقامها، بتدخل القضاء (بإذن منه أو تحت إشرافه على الأقل)، ليمنح الدائن مزية الأولوية في استيفاء حقه وتنفيذه عند التزاحم مع دائنين آخرين ومزية التتبع أحياناً، وتهدف أساساً إلى مكافحة البطء في إجراءات التقاضي والتنفيذ[365].

1- فعالية السندات الخاصة التنفيذية في ترتيب الرهن القضائي القطعي في فرنسا

إن الرهن القضائي من التأمينات القضائية في قانون التنفيذ، يمكن أن يقيدها الدائن، بصفة تحفظية، على أموال المدين بعد الحصول على إذن القضاء في إنشائه أو رقابته على شروطه الأقل، وذلك بغية التوجه لتوسعة مجال التدابير التحفظية فبدلا من أن تقتصر على الحجوز التحفظية التي لا ترد إلا على المنقولات، أصبحت تمتد لتشمل العقارات عن طريق التأمينات القضائية التحفظية في فرنسا[366].

إن المادة L.111-7 من قانون التنفيذي الفرنسي تنص على أن الدائن المستفيد من السند التنفيذي له أن يختار من تدابير التحفظية للمحافظة على حقوقه ومنها الأولية الناتجة عن قيد الرهن القضائي المبني على حكم قضائي الذي يتم على مرحلتين القيد المؤقت (المادة R. 532-1وما بعدها من قانون التنفيذ) ثم القيد النهائي (المادة R 533-2 من قانون التنفيذ والمادة 2428 من القانون المدني)، وبالتالي يجوز أن يتم القيد المؤقت *inscription provisoire* للرهن القضائي على أساس سند تنفيذي غير قضائي، دون القيد النهائي *hypothèque définitive*، لأن قانون المرافعات في المادة 533-4 والمادة 2412 من القانون المدني الفرنسي لا تسمح بالقيد القطعي للرهن العقاري إلا بناء على حكم تواجهي قطعي موضوعي أو حكم مستعجل. وبناء عليه لا تصلح السندات التنفيذية غير الأحكام القضائية لقيد رهن قضائي على عقار المدين.

---

(365) أحمد سيد أحمد محمود، نحو فكرة تأمينات قضائية في التنفيذ الجبري، دار النهضة العربية، سنة 2016، ص 14.

(366) المرجع السابق، ص 12.

كما قررت محكمة النقض الفرنسية في قرارها 21 يناير 2016، أنه من تداعيات عدم تمتع السندات التنفيذية بحجية الامر المقضي عدم صلاحيتها كأساس للرهن القضائي القطعي، حيث قررت محكمة النقض الفرنسية بأن السند التنفيذي الذي يسلمه المحضر، تبعاً لعدم دفع شيك، لا يعد حكماً قضائياً، لا يمنح الدائن مكنة قيد رهن قضائي قطعي على عقار المدين[367].

فيُنصح الدائن إذا حمل سند خاص تنفيذي، ورغب في قيد رهن قضائي على العقار، أن يقيد رهن قضائي تحفظي على عقار المدين، ثم يستصدر حكم التظلم المستعجل *référé-provision* من أجل الحصول على أمر لتسجيل الرهن العقاري.

إن استخدام الرهن التحفظي لحامل السند التنفيذي الخاص، على عقار مدينه، عندما يبدو أن استرداد دينه مهدد، حتى ولو لم يكن الدين مستحقاً بعد. وبما أنه مُعفى من إذن مسبق من قاضي التنفيذ، لأنه يحمل سند تنفيذي، فإن الدائن يقيد الرهن قيداً مؤقتاً مباشرة، ويُعلنه إلى المدين في غضون ثمانية أيام، وإذا لم يثر المدين أي منازعات، فإنه سيقوم بالشهر النهائي بعد شهر من الإعلان. والفعالية في هذا الإجراء هي التي دعت البعض في فرنسا إلى القول بأنه "حتى في المسائل العقارية، يمكن للشخص أن ينظر بجدية في تقديم قرض بدون رهن عقاري إذا كان على الأقل قد تم الحرص على إثباته في محرر موثق"[368].

2- فعالية السندات الخاصة التنفيذية في ترتيب الحق في الاختصاص في مصر

إن حق الاختصاص على العقار[369] حق يخوله ويرتبط به الحكم الإلزامي واجب التنفيذ وحكم التحكيم النافذ[370]، لأن حق الاختصاص يرمي إلى ضمان تنفيذ الحق تنفيذا كاملا، ويمثل بهذا

---

(367) Cass. 3e civ., 21 janv. 2016, n° 14-24.795, P+B : JurisData n° 2016-000637

وقياساً على ذلك القرار، لا يجوز لحامل السند الموثق أن يحصل على رهن قضائي *hypothèques judiciaires*، على العكس مما لو كان السند التنفيذي يتضمن عملا قضائياً يحوز الحجية كما لو كان حكماً قضائياً أو حتى حكم تحكيم

Jean-Pierre Moreau، ACTE NOTARIÉ. – *Notariat et procédures civiles d'exécution*. JurisClasseur Notarial Formulaire, 5 Mars 2014, n°63.

(368) Jean-Pierre Moreau, op. cit, n°66.

(369) فإن حق الاختصاص في مصر يتميز عن الرهن التحفظي في فرنسا في أنه لا يعد تدبيراً قضائياً تحفظياً يمنح الدائن ضماناً لحين الحصول على سند تنفيذي، بل يشترط لأخذه أن يكون بيد الدائن سند تنفيذي، وبالتالي يشجع الدائن

تقوية لحمايته التنفيذية، ومن هنا كان ارتباطه بحكم الإلزام النافذ وما يحدثه من أثر تحضيري بالنسبة للتنفيذ الجبري كخادم تابع لهذا الأثر وضامن له[371]. **ولكن ماذا عن السندات الخاصة التنفيذية هل تمنح حق الاختصاص؟**

سبب إثارة هذا السؤال، على الرغم من التسليم من أن السندات الخاصة التنفيذية لا تتمتع بالحجية، كالحكم القضائي والتحكيم، غير أنه بموجب المادة 1087 من القانون المدني المصري فإن الحكم الصادر بإثبات اتفاق أو بإثبات الصلح تكون له الطبيعة التصالحية ذاتها لمحاضر الجلسات المثبتة للصلح ويرتب ذات ما يرتبه من آثار ولا يختلف عنها إلا من حيث الشكل، ومع ذلك فإن صدور العمل في شكل حكم يرتب بعض الآثار المتميزة التي لا يؤدي إليها صدور العمل في شكل محضر الصلح دون أن يقترن به حكم يقضي بإثبات الصلح في محضر الجلسة أو إلحاقه به[372]. وقد ذكرت المذكرة الإيضاحية للمشروع التمهيدي في هذا الخصوص : "أما الحكم الذي يثبت صلحاً فهو يتراوح بين الحكم والسند الرسمي، ولذلك كان الحق في أخذ اختصاص بمقتضاه محلا للنظر، فقطع المشروع الشك في هذه، وقرر جواز أخذ اختصص بمقتضاه، مجارياً في ذلك القضاء المصري"[373].

على تأجيل البدء في إجراءات التنفيذ ويضمن للدائن التنفيذ في المستقبل. انظر: أحمد سيد أحمد محمود، نحو تأمينات قضائية (مرجع سابق)، ص56.

(370) تنص المادة 1/1085 مدني على أن: "1- يجوز لكل دائن بيده حكم واجب التنفيذ صادر في موضوع الدعوى يلزم المدين بشيء معين أن يحصل، متى كان حسن النية، على حق اختصاص بعقارات مدينه ضماناً لأصل الدين والفوائد والمصروفات". وتنص المادة 1086 على أنه: "لا يجوز الحصول على حق اختصاص بناءً على حكم صادر من محكمة أجنبية، أو على قرار صادر من محكّمين إلا إذا أصبح الحكم أو القرار واجب التنفيذ". وتنص المادة 1087 على أنه: "يجوز الحصول على حق اختصاص بناءً على حكم يثبت صلحاً أو اتفاقاً تم بين الخصوم. ولكن لا يجوز الحصول على حق اختصاص بناءً على حكم صادر بصحة التوقيع".

(371) وجدي راغب، نظرية العمل، ص262.

(372) ومن باب أولى الحكم الاتفاقي *jugement d'expédient* دون ان يقضي بإثبات الصلح في محضر الجلسة أو إلحاقه به، لأنه يحوز الحجية. انظر: أحمد ماهر زغلول، مرجع سابق، ص 977، بند 447.

(373) مجموعة الأعمال التحضيرية 7 ص 163 – وقد قضي بأن الرأي الراجح فقها وقضاء أن الحكم الذي يقر الصلح بين طرفي الدعوى (الحكم الاتفاقي) تجوز الاستعانة به في طلب توقيع حق الاختصاص، باعتباره حكما قضائيا (الإسكندرية الكلية 19 مارس سنة 1944 المحاماة 24 رقم 176 ص 511) مشار إليه في: عبد الرزاق أحمد

وفي **اعتقادي** أنه لا يمكن إطلاق حكم عام على كل السندات الخاصة التنفيذية بشأن منحها حق الاختصاص من عدمه، ولكن فقط ما كان منها نتاجاً لحكم قضائي أثبت اتفاقاً، وما كان منها محلاً لطلب أمام القضاء ومتوافر فيها ضمانات التقاضي[374]. لذا، من وجهة نظرنا يمكن، بجانب اتفاق الصلح القضائي المثبت في محضر الجلسة، فـ"الاتفاقات المصدق عليها" كاتفاق التمويل العقاري بعد وضع الصيغة التنفيذية عليه بأمر قضائي أن تمنح حق الاختصاص بالاستناد إلى المادة 1087 سالفة الإشارة، ولكن نستبعد ما عداها من سندات خاصة تنفيذية كالمحرر الموثق و عقد التأجير التمويلي، حيث عللت المحاكم المصرية قديماً عدم ترتيب المحرر الموثق، عكس اتفاق الصلح القضائي المثبت في محضر الجلسة[375]، بأنه لم يكن محلا للبحث أمام القضاء ، هو غير متوافرة فيه الضمانات المتوافرة في المسائل التي يبت فيها القضاء ويقرها[376] ، والقول بغير ذلك يهيئ لكل دائن حصل على تعهد المدين أمام الموثق أن يحصل على حق اختصاص دون مبرر[377] . كما أنه وبوجه عام، الحكم الذي يصدق على أي اتفاق يتم بين الخصوم ، كإثبات قسمة ودية اتفق عليها الشركاء ، يجوز بموجبه الحصول على حق اختصاص[378] .

ولأن بعض السندات الخاصة التنفيذية التي لا تستدعي تدخل القضاء، كما تقدم، لا تمنح حق الاختصاص؛ فيُنصح بأن ترفع دعوى بموضوع هذه السندات لاستصدار حكم أو أمر أداء[379].

ثالثاً: – فعالية السندات الخاصة التنفيذية بشأن التقادم الموضوعي والإجرائي

السنهوري، الوسيط في شرح القانون المدني، الجزء العاشر والأخير، في التأمينات الشخصية والعينية، دار النهضة العربية، سنة 1970، ص 679، بند 418.

(374) ويرى البعض أن العمل التصالحي في شكل الحكم الذي يحوز حجية الأمر المقضي يجوز بموجبه الحصول على حق الاختصاص. انظر: الأنصاري حسن النيداني، مرجع سابق، ص139، رقم 90.

(375) ويرى البعض أن العمل التصالحي لا يجوز الحصول بموجبه على حق اختصاص. انظر: الانصاري النيداني، مرجع سابق، ص149، رقم 93.

(376) حكم محكمة طنطا الابتدائية 13 ديسمبر سنة 1917 الحقوق 33 ص 212.

(377) شمس الدين الوكيل فقرة 140 – وانظر عبد الفتاح عبد الباقي فقرة 386 – سليمان مرقس فقرة 201 – سمير تناغر فقرة 71 ص 216، مشار إليهم في السنهوري، ص 674، بند 410.

(378) سنهوري، ص 680، بند 418.

(379) فتحي والي، التنفيذ، ص140.

1) **فعالية السندات الخاصة التنفيذية في قطع مدة تقادم الحق الموضوعي (التقادم الموضوعي)**

إن العمل الخاص مضمون السندات الخاصة التنفيذية لا تعد بذاتها سبباً لقطع مدة التقادم، على عكس الإجراء الافتتاحي في السندات التنفيذية القضائية (الاحكام القضائية) الطلبات القضائية (الدعاوى) الموضوعية أو الطلب المستعجل في فرنسا[380]. لذلك من الناحية العملية فمن يحصل على سند خاص تنفيذي مضطر إلى اتخاذ طلب إجراء تحفظي وتنفيذي، أو انه يلجأ إلى رفع الدعوى ليقطع التقادم مبتغيا الحصول على سند تنفيذي قضائي[381].

وحتى لو كان بعض السندات الخاصة التنفيذية تكونت في ظل خصومة افتتحت بمطالبة قضائية تؤدي إلى انقطاع مدة التقادم، فليس العمل التحضيري مضمون هذه السندات هو ما أدى إلى الانقطاع ولكن المطالبة القضائية ذاتها التي افتتحت بها الخصومة[382].

ولكن إذا كان إقرار المدين بالحق الموضوعي يعد سبباً– وفقا للقانون المدني المصري والفرنسي– لانقطاع مدة تقادم الحق، وكانت القوة التنفيذية للسندات الخاصة التنفيذية مبنية – وفقاً للبعض كما

---

(380) عملا بالقانون المدني المصري ينقطع التقادم بالمطالبة القضائية ولو رفعت الدعوى إلى محكمة غير مختصة وبالتنبيه، وبالحجز، وبالطلب الذي يتقدم به الدائن لقبول حقه في تفليس أو في توزيع وبأي عمل يقوم به الدائن للتمسّك بحقه أثناء السير في إحدى الدعاوى، وبإقرار المدين بالحق وفقا المادتين 383 ،384.

وفي القانون المدني الفرنسي، إن إقرار المدين بالحق يقطع مدة تقادم الحق (م 2240). والمطالبة القضائية، ولو كانت مستعجلة، يقطع مدة التقادم والسقوط. وهو كذلك ولو قدمت امام محكمة غير مختصة أو عندما يُبطل الطلب لبطلان في الإجراءات.

Article 2240: « ***La reconnaissance par le débiteur du droit de celui contre lequel il prescrivait interrompt le délai de prescription*** ». ***Article 2241: « La demande en justice, même en référé, interrompt le délai de prescription ainsi que le délai de forclusion. Il en est de même lorsqu'elle est portée devant une juridiction incompétente ou lorsque l'acte de saisine de la juridiction est annulé par l'effet d'un vice de procédure*** ».

(381) فتحي والي، التنفيذ، ص140.

(382) فالعمل الخاص في السندات الخاصة التنفيذية لا يغير في الحق أو يجدده.

رأينا– على قبول المدين وإقراره، **ألا يعد ذلك سبباً لانقطاع مدة تقادم الحق بتكوين السند الخاص التنفيذي الذي يتضمنه؟**

الإجابة في **اعتقادي** إن قبول المدين كأساس للسندات الخاصة التنفيذية – كما أسلفنا– ليس هو إقرار المدين بالحق الموضوعي، ولكن قبول المدين بنشأة سند تنفيذي ضده يتضمن التنازل عن– وليس الإقرار بـ– الحق الموضوعي، فالقبول منصب على القوة التنفيذية لا على الحق الموضوعي.

كما أنه إذا كان صحيحاً عند تمام تكوين السندات الخاصة التنفيذية ينتج عنه عدم جواز المطالبة بالحقوق التي تتضمنها فلا محل للحديث عن انقطاع مدتها، ولكن الحديث يكون عن أثر العمل التحضيري للسندات الخاصة التنفيذية قبل تمام تكونيها في قطع مدة التقادم، كالاتفاقات البديلة لفض المنازعات قبل منحها القوة التنفيذية. ودون أدنى شك، إن سعي الأطراف إلى إيجاد حل تفاوضي توافقي لإنهاء أو تجنب خلاف، فيعد تعبيراً عن عدم نسيان صاحب الحق لحقه، وفي الوقت ذاته فإن هذا السعي يكون بعمل تحضيري دون إرادة القضاء. وللموازنة بين هذين الاعتبارين، رتب المشرع الفرنسي، على بعض السندات الخاصة التنفيذية، وقفاً – وليس انقطاعاً – لميعاد تقادم الحق الموضوعي، وهي السندات التي تتضمن اتفاقات الوسائل البديلة والاتفاق على تسوية الديون الصغيرة.

فبموجب المادة 2238 مدني من تاريخ الأول من أكتوبر 2016 (بموجب المادة 5 من المرسوم رقم 131–2016 تاريخ 10 فبراير 2016)، تقف مدة التقادم اعتباراً من اليوم الذي يتفق فيه الطرفان على الوساطة أو التوفيق، أو من يوم أول اجتماع في الوساطة أو التوفيق في حالة عدم وجود اتفاق مكتوب، كما يقف ميعاد التقادم أيضاً من إبرام اتفاق الإجراءات التشاركية أو من موافقة المدين الذي أثبته المحضر على المشاركة في إجراءات المنصوص عليه في المادة L. 125–1 من قانون إجراءات التنفيذ، ويستأنف سريان مدة التقادم، لمدة لا تقل عن ستة أشهر، من تاريخ إعلان أي من الطرفين أو الطرفين معاً أو الوسيط أو الموفّق بانتهاء الوساطة أو التوفيق. وفي حالة اتفاق الإجراءات التشاركية، يستأنف سريان مدة التقادم من تاريخ نهاية الاتفاق، لمدة لا تقل عن ستة

أشهر. وإذا فشلت الإجراءات المنصوص عليها في المادة ذاتها، تستأنف مدة التقادم من جديد من تاريخ رفض المدين، المثبت من المحضر، لمدة لا تقل عن ستة أشهر[383].

2) **فعالية السندات الخاصة التنفيذية في تقادم القوة التنفيذية (التقادم الإجرائي)**

تنص المادة 111-4 من قانون إجراءات التنفيذ الفرنسي على أن الأحكام القضائية الوطنية ، والاتفاقات التي يمنحها القضاء القوة التنفيذية، واحكام التحكيم والسندات الوطنية والأجنبية ومحاضر

(383) **Article 2238 : «** ***La prescription est suspendue à compter du jour où, après la survenance d'un litige, les parties conviennent de recourir à la médiation ou à la conciliation ou, à défaut d'accord écrit, à compter du jour de la première réunion de médiation ou de conciliation. La prescription est également suspendue à compter de la conclusion d'une convention de procédure participative ou à compter de l'accord du débiteur constaté par l'huissier de justice pour participer à la procédure prévue à l'article L. 125-1 du code des procédures civiles d'exécution. Le délai de prescription recommence à courir, pour une durée qui ne peut être inférieure à six mois, à compter de la date à laquelle soit l'une des parties ou les deux, soit le médiateur ou le conciliateur déclarent que la médiation ou la conciliation est terminée. En cas de convention de procédure participative, le délai de prescription recommence à courir à compter du terme de la convention, pour une durée qui ne peut être inférieure à six mois. En cas d'échec de la procédure prévue au même article, le délai de prescription recommence à courir à compter de la date du refus du débiteur, constaté par l'huissier, pour une durée qui ne peut être inférieure à six mois*** **».**

الجلسات المثبتة للصلح لا يجوز تنفيذها إلا خلال عشر سنوات إلا إذا كان الحق الثابت بها يتقادم بمدة أطول[384].

بمعنى أن الحق الموضوعي إذا كان يتقادم بمدة أقل من عشر سنوات، فلكونه محلاً لبعض السندات التنفيذية يتم تغيير مدة تقادم لمدة عشر سنوات وهي مدة تقادم إجرائي للقوة التنفيذية الذي يتضمنه[385]، ما لم يكن هذا الحق الموضوعي ذاته يتقادم تقادماً موضوعياً بمدة أطول. فالتقادم الإجرائي إن لم يفيد الحق الموضوعي بمدة أطول للتقادم فلا يضره بتقصير تلك المدة، وهو ما يتناسب مع فلسفة كون القانون الإجرائي خادم وغير معطل للقانون الموضوعي.

وعلى هدي ما سبق، فإن قانون إجراءات التنفيذ الفرنسي جعل مدة تقادم القوة التنفيذية في بعض السندات الخاصة التنفيذية أقصر من البعض الآخر، فالسندات الخاصة التنفيذية التي تتقادم عشر سنوات هي الاتفاقات التي يمنحها القضاء القوة التنفيذية، ومستخرجات لمحاضر الصلح الموقعة من

---

(384) **Article L111-4: « *L'exécution des titres exécutoires mentionnés aux 1° à 3° de l'article L. 111-3 ne peut être poursuivie que pendant dix ans, sauf si les actions en recouvrement des créances qui y sont constatées se prescrivent par un délai plus long.***

***Le délai mentionné à l'article 2232 du code civil n'est pas applicable dans le cas prévu au premier alinéa* ».**

لا يمكن تنفيذ السندات التنفيذية المذكورة في البنود من 1-3 من المادة L 111-3 إلا خلال 10 سنوات، إلا إذا كانت دعاوى تسوية الحقوق الثابتة تتقادم في مدة أطول. لا تنطبق المدة المذكورة في المادة 2232 من القانون المدني على الحالة المنصوص عليها في الفقرة الأولى.

(385) ويرى البعض أن هذا التقادم يعني تقادم الحكم القضائي، ويؤكد على ذلك بان التقادم يرد على الحكم القضائي سواء كان تقريرياً او منشئاً او إلزامياً، ويترتب على التقادم زوال حجية الأمر المقضي. (انظر: محمد سعيد عبد الرحمن، تقادم الأحكام القضائية في المواد المدنية والتجارية :دراسة مقارنة في فرنسا ومصر ولبنان، مجلة كلية الحقوق للبحوث القانونية والاقتصادية الناشر: جامعة الإسكندرية - كلية الحقوق، العدد ع2، سنة 2015، رقم 31 ص 465، ورقم 52، ص 488، ورقم 137، ص597). وفي **اعتقادي** أن الذي يتقادم هنا ليس الحكم ذاته وإنما قوته التنفيذية ودليل ذلك أن المشرع الفرنسي رتب عليه "عدم جواز طلب التنفيذ"، ولكن يظل للحكم القضائي المتقادم حجية الامر المقضي إذا كان موضوعياً إلزامياً.

القاضي والأطراف. بينما تُستبعد من مدة العشر سنوات المحررات الموثقة واتفاق الزوجين التبادلي على الطلاق أو الانفصال الجسماني بموجب محرر عرفي مصدق من المحامين مودع في سجلات الموثق، وسندات المحضر في حالتي الامتناع عن دفع شيك أو الاتفاق على تسوية ديون صغيرة.

واختلف الفقه في اعتماد معيار المغايرة بين الفئات الأولى والثانية، فمنهم من ذهب إلى أنه هو المعيار العضوي، أي تدخل القاضي في السند التنفيذي، بالإضافة إلى أثرها في إنهاء النزاع[386]. ومنهم من مال إلى أن المعيار هو حجية الأمر المقضي[387] وبالتالي كان من خطأ المشرع الفرنسي أن يجعل محضر الصلح والتصرف المصدق – وهو غير حائز للحجية – مغير لمدة التقادم[388].

و**نعتقد** أن المعيار الذي اعتمده المشرع الفرنسي هنا هو أن يكون العمل من أعمال السلطة القضائية وليس عملاً قضائياً يعني الاعتماد على المعيار العضوي في تدخل القضاء بقدر ما هو الاعتماد على أثر العمل القضائي وهو حجية الأمر المقضي.

فالاتفاقات المصدق عليها قضائياً سندات خاصة تنفيذية تستفيد من مدة تقادم قصيرة على الرغم من وجود اختلاف فقهي حول مدى تمتع أمر التصديق بالحجية[389]، وكذلك الأمر بالنسبة لمحاضر

---

(386) PAILLER (P.), ≪ *Une transaction inexécutée n'a pas autorité de la chose jugée* ≫, *D.*,2011, p.2577.

(387) Kamga, Alain-Douglas Wandji. "*Le droit à l'exécution forcée: réflexion à partir des systèmes juridiques camerounais et français*." PhD diss., 2009. p. 61 et s.

(388) Hounsa, Mahougnon Prudence. *Les actes juridiques privés exécutoires. Droit français/Droit OHADA*. Diss. Université Paris Ouest Nanterre La Défense, 2015.p. 366-367.

(389) هناك من يرى أن الأمر على عريضة كأمر التصديق تحوز حجية.

Cl. BRENNER, « *Les décisions dépourvues d'autorité de chose jugée* », Procédures n° 8-9, Août 2007, étude 13, spéc., n ° 13 et s.

بينما توجد احكام قضائية تذهب إلى العكس:

Civ. 25 oct. 1905: DP 1906. 1. 337, note Planiol; Civ. 1re, 6 avr. 1994, Bull. civ. I, n° 141; D. 1994. 123; RTD civ. 1994. 563, obs. Hausser

الصلح القضائي تتمتع بذات مدة 10 سنوات لتقادم القوة التنفيذية، على الرغم من أن محكمة النقض الفرنسية تؤكد على عدم حيازتها للحجية[390].

وما تقدم يدعونا إلى ترتيب نتيجتين هامتين. **أولهما** من الناحية العملية أن ما تقدم من فعالية منقوصة يدفع من بيده سند خاص تتقادم قوته التنفيذية خلال عشر سنوات أن يحصل على سند عام أكثر منه من حيث مدة التقادم، فتتوافر مصلحته للحصول على حكم قضائي بذات الدين مضمون السند التنفيذي أو على سند خاص تنفيذي آخر مستبعد من مدة العشر سنوات.

وثانيهما هو وجود تدرج بين السندات التنفيذية، فمنذ عام 2006، أصدرت محكمة النقض الفرنسية قرارها 26 مايو 2006بهيئة مجتمعة لتحسم التناقض بين قرارها الصادر من الدائرة الأولى و الثانية بشأن مسألة تقادم العمل الرسمي الموثق بالنظر إلى **طبيعة الدين الذي يتضمنه** وليس على أنه مضمون محرر رسمي موثق له القوة التنفيذية[391]. فالسندات التنفيذية، غير الأحكام القضائية و السندات التي تشابهها، ترتب أثر التقادم الموضوعي – وإن كانت مدته أقل من عشر سنوات– وليس التقادم الإجرائي للقوة التنفيذية[392]، وقد خلق ذلك نوعاً من التدرج وما تبعه من الثقة الضعيفة في بعض السندات الخاصة التنفيذية التي لا تتقادم قوتها هذه بمدة عشر سنوات، على الرغم من أن هذه السندات – نظرياً – تتمتع بالقوة التنفيذية لباقي السندات التنفيذية.

---

(390) Civ. 1re, 12 déc. 2006: Bull. civ. I, no 547; D. 2007. AJ 154 ; RJPF 2007-4/37, note Valory ; RDC 2007. 434, obs. Serinet, et 759, obs. Bénabent.

(391) Cass., ch. mixte, 26 mai 2006, n° 03-16.800, D. 2006. Jur. 1793, note R. Wintgen; RTD civ. 2006. 558.

(392)وهو ما يؤكده أيضاً قرار المحكمة في 12 يوليو 2007 من الدائرة الأولى المدنية في وقائع تتلخص بمناسبة تنفيذ محرر رسمي مؤرخ 2 يناير 1990 يثبت قرضا شركة، متذرعة بإعسار المقترض عن السداد، استصدرت أمراً بشأن الحجز العقاري في 21 كانون الأول/ديسمبر 2004، وهو ما نازع فيه المقترض ودفع بتقادم الدين المنصوص عليها في أحكام المادة L. 110-4 من قانون التجارة. وبالنسبة لمحكمة النقض، يجب أن تحدد مدة تقادم الدين بطبيعة هذا الدين، التي لا تتسم بأهمية تذكر لئن تكون محلا لسند تنفيذي. ولذلك، لا يمكن فهم تطبيق فترة التقادم التي مدتها 30 سنة إلا إذا كان الدين محل حكم قضائي حضوري، لأن إجراءات التنفيذ تكون مبنية عندئذ لا على الدين ولكن على حجية الامر المقضي التي يحوزها الحكم السند التنفيذي.

Civ. 1re, 12 juill. 2007, n° 06-11.369, D. 2007. AJ. 2030, obs. X. Delpech; AJDI 2007. 847.

ولذلك قُدم مشروع إصلاح القانون المدني للالتزامات والتقادم، الذي سلمه الأستاذ كاتالا إلى وزير العدل في 22 أيلول/سبتمبر 2005، اقتراحاً بوضع جميع السندات التنفيذية على قدم المساواة بإخضاعها، في مادة جديدة 2275 من القانون المدني، لقاعدة تقادم واحدة لمدة عشر سنوات " سواء كان حكما او غيره من السندات التنفيذية[393].

وما سبق من مدة تقادم للقوة التنفيذية ليس له مقابل في القانون المصري، ولكن لما كان انقضاء الحق في التنفيذ الجبري مرتبط بانقضاء الحق الموضوعي، فتتقادم الأحكام القضائية الإلزامية النافذة – كحد اقصى– بمدة تقادم الحق الموضوعي الثابت فيه[394] (م 2/385 مدني)[395].

وأساس هذه القاعدة، وفقاً لرأي البعض[396] ويؤيده بعض أحكام قضاء النقض المصري[397]، فيما يرتبه حكم الإلزام النافذ من أثر تنفيذي فالدعوى التنفيذية التي تنشأ عنه تتقادم بالمدة العادية أياً كان

---

(393) Anne Leborgne, *Droit de l'exécution*. Recueil Dalloz 2008, décembre 2006 - janvier 2008p.1167.

(394) فتحي والي، التنفيذ، ص33، بند 16.

(395) تنص المادة 2/385 من القانون المدني: "2- على أنه إذا حكم بالدين وحاز الحكم قوة الأمر المقضي أو إذا كان الدين مما يتقادم بسنة واحدة وانقطع تقادمه بإقرار المدين، كانت مدة التقادم الجديد خمس عشرة سنة، إلا أن يكون الدين المحكوم به متضمناً لالتزامات دورية متجددة لا تستحق الأداء إلا بعد صدور الحكم". إلا أن المادة 68 من قانون التجارة المصري على أن: "تتقادم الدعاوى الناشئة عن التزامات التجار قبل بعضهم البعض والمتعلقة بمعاملاتهم التجارية بمضي سبع سنوات من تاريخ حلول ميعاد الوفاء بالالتزام إلا إذا نص القانون على خلاف ذلك وكذلك تسقط بمضي عشر سنوات الأحكام النهائية الصادرة في تلك الدعاوى".

(396) وجدي راغب، نظرية العمل، ص 263-264.

(397) حيث قضت محكمة النقض المصرية بأن: " الأصل في انقطاع التقادم - وعلى ما تقضى به الفقرة الأولى من المادة 385 من القانون المدني - أنه لا يغير من مقدار المدة التي حددها القانون لانقضاء الالتزام، وأن ما ورد بنص الفقرة الثانية من تلك المادة استثناء من هذا الأصل من أنه إذا حكم بالدين وحاز الحكم قوة الأمر المقضي كانت مدة التقادم خمس عشرة سنة مفاده أن الذى يحدث تغيير مدة التقادم المسقط للدين في الأحوال التي يحدد القانون لسقوطه مدة أقل من المدة العادية هو الحكم النهائي بالإلزام بالدين فهو وحده الذى يمكنه إحداث هذا الأثر لما له من قوة تنفيذية تزيد من حصانة الدين وتمده بسبب جديد للبقاء فلا يتقادم إلا بانقضاء خمس عشرة سنة وذلك خلافاً للحكم الذى يقتصر على مجرد تقرير الحق المدعى به دون إلزام المدعى عليه بأداء معين فهو لا يصلح ولو حاز قوة الأمر المقضي سنداً تنفيذياً يمكن المحكوم له من اقتضاء حقه بإجراءات التنفيذ الجبري". حكم محكمة النقض - مدني - الطعن رقم 292

الحق الذي تحميه. ولكن إذا كان معيار تغيير مدة التقادم وفقاً للرأي السابق هو الأثر التنفيذي، فهو لا يبرر قصر القانون المدني نطاق الأثر في تغيير مدة التقادم على الحكم القضائي الإلزامي النهائي فقط دون السندات التنفيذية الأخرى. ويرى البعض الآخر[398] أن المادة 385 تتحدث عن تقادم الحكم القضائي وليس قوته التنفيذية لذا يرى بأن النص يشمل كل أنواع الأحكام تقريرية كانت أو منشئة أو إلزامية.

ولكن في **اعتقادي** أن المعيار الذي تبناه القانون المدني صراحةً هو قوة الأمر المقضي (النهائية) أي الاستقرار النهائي للحقوق والمراكز وهي غاية نظام التقادم أصلاً المعضد بالقوة التنفيذية، وهو ما تؤيده بعض أحكام قضاء النقض المصري أيضاً[399]. ولذلك، وعملاً بصراحة المادة 2/385 كما أنه إذا كان السند التنفيذي هو حكم ابتدائي مشمول بالنفاذ المعجل فلا يغير مدة التقادم لأنه ليس حكماً قضائياً حائزاً لقوة الأمر المقضي، ومن باب أولى لو كان الحكم غير إلزامي. ولذلك، فإن القوة

لسنة 30 قضائية بتاريخ 1978-11-30 مكتب فني 29 ج 2 ص 1832. على الرغم من أن قضاء النقض في أحكام أخرى – كما يلي في الهامش التالي رقم 399- اعتمدت على قوة الامر المقضي دون القوة التنفيذية.

(398) محمد سعيد عبد الرحمن، تقادم الأحكام القضائية في المواد المدنية والتجارية :دراسة مقارنة في فرنسا ومصر ولبنان، مجلة كلية الحقوق للبحوث القانونية والاقتصادية الناشر: جامعة الإسكندرية - كلية الحقوق، العدد ع2، سنة 2015، رقم 52، ص 490.

(399) وهو ما أكده قضاء النقض المصري أيضاً، إذ قُضي بأنه: "لما كانت المادة 385 من القانون المدني فيما تنص عليه فقرتها الثانية من تقادم الدين بخمس عشرة سنة إذا صدر به حكم حائز لقوة الأمر المقضي تستبدل التقادم الطويل بالتقادم القصير للدين متى عززه حكم يثبته ويكون له من قوة الأمر المقضي فيه ما يحصنه، وإذ كان الحكم بالتعويض المؤقت وإن لم يحدد الضرر في مداه يعرض للمسئولية التقصيرية بما يثبتها ولدين التعويض بما يرسيه غير معين المقدار مما يرتبط بالمنطوق أوثق ارتباط فتمتد إليه قوة الأمر المقضي به، ومتى توافرت لأصل الدين هذه القوة فهي بظاهر النص حسبه في استبدال التقادم الطويل بتقادمه القصير ولو لم يكن قابلا بعد للتنفيذ الجبري". حكم محكمة النقض - مدني - الطعن رقم 599 لسنة 45 قضائية بتاريخ 1979-02-28 مكتب فني 30 ج 1 ص 641، وحكم محكمة النقض- مدني - الطعن رقم 798 لسنة 66 قضائية بتاريخ 2008/5/13 (غير منشور) على الموقع: www.eastlaws.com(آخر زيارة 2020/12).

التنفيذية للسندات الخاصة التنفيذية في مصر (كمحضر الصلح القضائي، والمحرر الموثق، واتفاق التمويل العقاري وغيرها) لا تغير من مدة تقادم الحق الثابت فيها[400].

بيد أنه وعلى اعتبار أن السندات الخاصة التنفيذية تتمتع بالقوة التنفيذية، وهي ما وصلت إلى ما وصلت إليه من هذه القوة إلا لأنها وصلت لدرجة استقرار تعينها على ذلك الأثر[401]، فنوصي المشرع المصري بأن يساوي السندات التنفيذية فيما بينها في الأثر التغييري في مدة التقادم. علاوة على ذلك، إن المعيار السليم ، من وجهة نظرنا، في العمل الذي يغير مدة تقادم الحق الذي يتضمنه، ليس هو حجية الأمر المقضي، وإلا عدّ حكم التحكيم غير النافذ سبباً لتغيير مدة التقادم، وإلا استبعدنا أيضاً محضر الصلح القضائي[402]، ولكن المعيار الحقيقي هو تكوين السند التنفيذي في إجراءات تنطبق عليها مبادئ التقاضي الأساسية أمام جهة تتمتع بمقتضيات الحياد والاستقلال كقضاء الدولة.

أياً ما كان الأمر، **أليس من الملائم طالما أن المشرع يقر بوجود سندات خاصة تنفيذية ذات طبيعة متميزة عن السندات القضائية التنفيذية، أن ينص على مدة تقادم خاصة للقوة التنفيذية؟**

---

(400) ما لم يتضمن السند الخاص التنفيذي – من وجهة نظرنا- إقراراً من المدين بالحق، كما لو كان الإقرار موثقاً أمام الموثق.

(401) وقد قُضي في مصر بأنه: "كما أنه لا وجه للقول بسقوط حق الطاعن في الحصول على تلك العلاوات بالتقادم الخمسي؛ ذلك أن اقتضاء الحق محل السند التنفيذي لا يسقط إلا بسقوط السند التنفيذي ذاته، وهذه المدة محددة قانونا بخمس عشرة سنة، وهو الأمر الذي لم يتحقق في هذا الشأن؛ إذ إن تلك التوصية صدرت بتاريخ 2003/5/3 وتم منحها الصيغة التنفيذية في ذات التاريخ وأقام الطاعن دعواه في 2009/5/30 قبل اكتمال المدة المشار إليها". حكم المحكمة الإدارية العليا - الطعن رقم 25382 لسنة 56 قضائية بتاريخ 2011-07-03 مكتب فني 56 ص 1107.
والمقصود التوصية الصادرة عن لجان للتوفيق في المنازعات التي تنشأ بين الجهات الإدارية والعاملين بها أو المتعاملين معها المستحدثة بالقانون رقم 7 لسنة 2000 وأوجب على أصحاب الشأن اللجوء إلى هذه اللجان قبل إقامة الدعاوى، وحدد الإجراءات التي تتبع في نظر طلبات التوفيق بحيث تتولى اللجنة إصدار توصيتها خلال أجل معين، ثم تعرض التوصية على كل من الجهة الإدارية ومقدم الطلب، فإذا اعتمدتها السلطة المختصة وقبلها الطرف الآخر يتم إثبات ذلك بمحضر يلحق بمحضر اللجنة ويمنح الصيغة التنفيذية، وتكون له قوة السند التنفيذي، ويبلغ للجهة الإدارية لتنفيذه.

(402) فيرى البعض أن الصلح القضائي المصدق عليه ليس سبباً لقطع مدة التقادم انظر: الانصاري النيداني، مرجع سابق، ص238، رقم 141.

في نظرنا أن يجب التفكير في مدة تقادم للقوة التنفيذية لا سيما للسندات الخاصة الإرادية وتكون أقصر من مدة التقادم الطويل (15 سنة). ولكن يجب أن تختلف بحسب طبيعة التصرف الخاص، فمثلا السندات التي تتضمن عقود إيجار وحقوق متجددة أو تمويل[403]، وبحسب أيضا بعدها عن جود قاض أو خصومة أو مبادئ التقاضي الأساسية، بحيث نوصي أن تكون مدة تقادم القوة التنفيذية سبع سنوات، وعلى الأقل لا تتطابق مع مدة تقادم القوة التنفيذية للأحكام القضائية؛ فكلما ابتعدنا عن هذه العناصر آنفة الذكر قلت مدة التقادم وكلما اقتربنا زادت. وبناء عليه، فالتصرف الخاص محل السندات التنفيذية يكون أقصر في مدة تقادم القوة التنفيذية.

رابعاً: – فعالية السندات الخاصة التنفيذية بشأن الفوائد القانونية

في القانون الفرنسي، إن صدور حكم بإلزام الخصم بأداء نقدي ينتج عنه زيادة سعر الفائدة القانوني بمقدار خمس نقاط في نهاية فترة شهرين من اليوم الذي أصبح فيه حكم المحكمة نافذا. إذ تنص المادة 1153 من القانون المدني الفرنسي على الفائدة القانونية في حالة عدم وفاء المدين بالتزام نقدي، وبالإضافة إلى هذا النصاب البسيط، ينص البند L. 313-3 من القانون النقدي والمالي على سعر زائد خمس نقاط. ويطبق هذا النصاب على الفائدة المشتركة في حالة إلزام المدين قضائياً[404].

ولكن هذا النصاب المتزايد لا ينطبق على جميع السندات التنفيذية، كما قررت محكمة النقض المؤرخ 7 كانون الثاني/يناير 2006[405]، بالنسبة لسند المحضر القضائي في حال الامتناع عن

---

(403) ونقترح أيضاً ان التقادم في الاعمال التجارية يكون لمدة قصيرة، قياساً على ما تنص عليه المادة 68 من قانون التجارة المصري من أن: "تتقادم الدعاوى الناشئة عن التزامات التجار قبل بعضهم البعض والمتعلقة بمعاملاتهم التجارية بمضي سبع سنوات من تاريخ حلول ميعاد الوفاء بالالتزام إلا إذا نص القانون على خلاف ذلك وكذلك تسقط بمضي عشر سنوات الأحكام النهائية الصادرة في تلك الدعاوى".

(404) Cass. 2e civ., 20 janv. 2011, n° 10-11.904, F P+B : JurisData n° 2011-000484 ; JCP G 2011, 377, note Barbiéri ; Dr. et procédures 2011, p. 99, note Lauvergnat ; Procédures 2011, comm. 87, obs. Perrot)

(405) Cass. 2e civ., 7 janv. 2016, n° 14-26.449: JurisData n° 2016-000027

دفع شيك وغياب مبرر لدفعه والرسوم في غضون خمسة عشر يوماً تحسب من يوم تلقي الإخطار بشهادة عدم الدفع للساحب، حيث لا يشكل حكماً قضائياً.[406]

ويبدو أن المعيار هنا هو أن يكون السند التنفيذي حكماً قضائياً إلزامياً فقط، وبالتالي لا تنطبق الزيادة في الفائدة القانونية على السندات الخاصة التنفيذية، سواء كانت محررا موثقا، ومحاضر الصلح[407] أو حتى الحكم بإثبات الصلح.

الفرع الثاني

مظاهر الفعالية النسبية لبعض السندات الخاصة التنفيذية

إن من مظاهر الفعالية المنقوصة للسندات الخاصة التنفيذية نسبية فعاليتها أحياناً. فإذا كان الأصل أن السندات التنفيذية عموماً لا تتفاوت في الفعالية من حيث الإطلاق والنسبية، فإن للسندات الخاصة التنفيذية فعالية مطلقة وعامة أحياناً، وفعالية نسبية أو خاصة أحياناً اخرى تتناسب والأهداف الاقتصادية والاجتماعية التي أُبتدعت من أجل تحقيقها. ونقصد من نسبية أو خصوصية الفعالية ألا تصلح بعض السندات الخاصة التنفيذية لتنفيذ كل الحقوق- أياً كانت طبيعتها- التي تتضمنها ولا تمنح حاملها كل المكنات التنفيذية لأي سند تنفيذي بصفة عامة، لنكون أمام سندات خاصة تنفيذية وسندات تنفيذية خاصة[408].

---

(406) في هذه الوقائع، والتمسك بالسند التنفيذي الذي أنشأه محضر بعد إنشاء شهادة عدم دفع شيك، أصدرت الشركة للسيد والسيدة X إلى... أمر لدفع وأراد الحجز على العقار. واستأنف الساحبان الحكم الخاطئ برفض المنازعات التي تقدما بها، وتحديد مطالبة الشركة بمبلغ معين، والأمر بالبيع الجبري للممتلكات المحجوزة. عند البت في مطالبة الشركة، حكم قضاة الموضوع على المدينين بزيادة الفائدة القانونية من انتهاء فترة الشهرين لإصدار شهادة عدم دفع الشيك.

(407) Stéphane PIEDELIÈVRE, *Titre exécutoire et chèque (Intérêts légaux)* – Commentaire-Revue de Droit bancaire et financier n° 2, Mars 2016, comm. 78.

(408) لذلك إذا كان وفقا للقانون المصري والفرنسي لا يشترط شرط خاص بمحل الالتزام الذي يتضمنه العمل الموثق، فكثير من التشريعات الأجنبية تقصر القوة التنفيذية على الأعمال الموثقة التي يكون محل الالتزام فيها مبلغاً من النقود أو أشياء مثلية، فالقانون الإيطالي يجب ان يكون نقودا وفي النمسا وألمانيا يمكن أن يكون نقودا او أشياء مثلية. فتحي والي، التنفيذ، ص 143، بند 75 وهامش (3).

ويمكن تبرير ذلك عموماً، بتبني المشرع المصري، باستحياء شديد، فكرة السندات الخاصة ذات القوة التنفيذية، مقارنة بنظيره الفرنسي، لا سيما وأن البيئة التي تتكون فيه هذه السندات بعيدة عن "القضية" ومبادئ التقاضي، فلابد من تفسير أحكامها ونطاقها تفسيرا ضيقا لا يتوسع فيهما ولا يقاس عليهما[409].

لذلك خارج نطاق الفعالية الخاصة، أشخاصاً وموضوعاً، للقوة التنفيذية التي يتمتع بها اتفاق التمويل العقاري المصدق عليه يكون الحصول على السندات التنفيذية التقليدية كحكم قضائي أو أمر نافذ أو محرر موثق وغيرهم.

أولاً: – الفعالية النسبية لاتفاق التمويل العقاري المصدق عليه قضائياً

وبشأن اتفاق التمويل العقاري المصدق عليه قضائياً، فإن المشرع المصري وبعد أن نص على اعتبار اتفاق التمويل العقاري سنداً تنفيذياً بعد وضع الصيغة التنفيذية بأمر قضائي، إلا أن قانون التمويل العقاري المصري لم يجعل لها فعالية عامة ومطلقة، إذ لا يعد اتفاق التمويل العقاري سنداً تنفيذياً لكل الأطراف ولكل ما يتضمنه من حقوق ليس لاقتضاء كل الحقوق الواردة فيها و لا تخول صاحبها كل تدابير التنفيذ[410]، ولكن تقتصر على تحقيق أغراض المشرع لاقتضاء حق معين[411] أو للحجز على أموال معينة.

---

(409) فلا تمتد القوة التنفيذية إلى عقود القرض او عقود فتح الاعتماد أو عقود فتح الحسابات الجارية أو غيرها من صور الحسابات أو التسهيلات الائتمانية الأخرى، طالما أن ابرامها لم يكن وفقا لقانون التمويل العقاري. انظر: (أسامة الروبي، مرجع سابق، ص37، بند 11). كما لا تمتد لعقود التمويل العقاري التي تخرج عن نطاق تطبيق قانون التمويل العقاري في الأغراض التي حددها هذا القانون في المادة الأولى من هذا القانون. انظر: (محي الدين إسماعيل علم الدين، شرح قانون التمويل العقاري والتشريعات المقارنة له، مكتبة الجلاء الجديدة بالمنصورة، طبعة 2002، ص221).

(410) فلا يعد عقد المويل العقاري سندا تنفيذياً إلا لاقتضاء حق الممول بالحجز على العقار الضامن له فقط، وهذا تحليلنا واستنتاجنا بعد قراءة المادة 13، وهذا يعني انه لا يجوز لغير الممول ان يطلب منح القوة التنفيذية لاتفاق التمويل كالمستثمر في الإقراض، كما لا يجوز اعتبار اتفاق التمويل سندا تنفيذيا إلا للحجز على العقار الضمان فقط.

(411) حيث لا يجوز اتخاذ إجراءات التنفيذ على العقار الضامن إلا اقتضاء حقوق معينة حددها القانون على سبيل الحصر، وقد ورد هذا التحديد في قانون التمويل العقاري وفي النصوص المكملة له الواردة في قوانين أخرى، وأهمها قانون البنك المركزي رقم 88 لسنة 2003، وهذه الحقوق هي: باقي قيمة اتفاق التمويل العقاري والمباغ المستحقة في

وبناء على ما تقدم، ومن الناحية العملية، فإن لاقتضاء البنك (الممول) لحقوقه المالية يوجد نوعان من السندات التنفيذية في إجراءات التنفيذ علي العقار الضمان، **النوع الاول** وفقا لقانون البنك المركزي 88 لسنه 2003 المعدل وهي عقود التسهيلات الائتمانية الموثقة مع ترتيب رهن رسمي، وفيها يلجأ طالب التنفيذ الى الموثق، ويتبع في شأن إجراءات التنفيذ قواعد المرافعات العامة، **والنوع الثاني** وفقا لقانون التمويل العقاري 148 لسنه 2001 وهي عباره عن عقد التمويل ثلاثي الاطراف وفقا لنموذج العقود المنصوص عليها قانونا والمحدد سلفا وفيها يلجأ طالب التنفيذ الي قاضي التنفيذ لوضع الصيغة التنفيذية علي عقد التمويل والحجز علي العقار، ويتبع في شأن إجراءات التنفيذ القواعد الخاصة في قانون التمويل العقاري[412].

ثانياً: – نسبية فعالية بعض السندات الخاصة التنفيذية بشأن إخلاء الحائز أو المستأجر

إن إخلاء العين المؤجرة مسألة ليست هينة بالنسبة للمستأجر لا اقتصادياً ولا اجتماعياً ولا إنسانياً[413]، على اعتبار مع صعوبة تأجير أو استئجار العقارات من جديد بذات الأجرة لا سيما في عقود إيجار الأماكن، ومساس الإخلاء بالحق في حياة خاصة، وحرمة الموطن، ورغم ذلك، فإن المشرع المصري لم يضع نصوصاً خاصة في شأن إخلاء حائز العين لمراعاة المنفذ ضده على خلاف التشريعات الحديثة[414].

ذمة المستثمر مقابل القرض الذي حصل عليه، والمبالغ مقابل حدوث نقص مخل في قيمة العقار الضامن. انظر: فتحي والي، التنفيذ الجبري، ص893، بند 517-519.

(412) حكم المحاكم الاقتصادية رقم 1 لسنة 2014 قضائية بتاريخ 2014-06-28. وحكم المحاكم الاقتصادية رقم 131 لسنة 2013 قضائية بتاريخ 2014-03-30.

(413) فللإخلاء طابع مأساوي كما قيل بالفعل. انظر: أحمد خليل، مرجع سابق، ص9.

(414) فتحي والي، التنفيذ، ص644، بند 360. ويرى البعض أن المحرر الموثق ذاته والأوامر على عرائض وحكم التحكيم بشأن تنفيذ أو فسخ عقد إيجار الأماكن لا تصلح سندات تنفيذية للإخلاء في القانون المصري. أحمد خليل، مرجع سابق، ص11، 18-19، 31-41. ولكن في **اعتقادي نرى** بأن الإخلاء للعين محل عقود الإيجار الخاضعة للقانون المدني يمكن أن تستند على حكم تحكيم والمحرر الموثق ومحضر الصلح في مصر، أما بالنسبة لعقود إيجار الأماكن فيجب أن نستبعد فقط المسائل المتعلقة بالنظام العام في إطار الاستناد إلى حكم التحكيم والسندات الخاصة ذات القوة التنفيذية.

وإذا كان القانون المصري لم يفرض ضمانات إجرائية لإخلاء المستأجر، ولم يجعله مرهوناً بسند تنفيذي محدد ومعين[415]، إلا أن الوضع في القانون الفرنسي جد مختلف، حيث عني المشرع الفرنسي حديثاً بوضع ضمانات خاصة ترمي إلى حماية المنفذ ضده بالإخلاء، نصت عليها المواد 1/411 حتى 1/451 وما يقابلها من مواد في اللائحة التنفيذية من قانون إجراءات التنفيذ الفرنسي، ومن أهم هذه الضمانات عدم جواز إخلاء حائز العقار، حسبما تنص عليه المادة L 411-1 من قانون إجراءات التنفيذ الفرنسي[416]، إلا بناء على سند تنفيذي يتضمن حكماً قضائياً[417]، أو

---

(415) عكس بعض التشريعات العربية التي قيدت نطاق القوة التنفيذية على تنفيذ حق الأجرة فقط، كما في المادة 20 من قانون المالكين والمستأجرين التي تنص على أن: " يعتبر عقد الاجارة سنداً تنفيذيا قابلاً للتنفيذ للمطالبة بالأجور المستحقة بموجبه لدى دائرة التنفيذ المختصة وفق احكام التشريعات النافذة "، بينما لو طالب المؤجر إخلاء المستأجر فيضطر لاستصدار قرار أو حكم قضائي ولا يصلح عقد الإيجار سنداً تنفيذياً عندئذٍ، عكس القانون المصري الذي لم يقيد نطاق القوة التنفيذية للمطالبة بتنفيذ حقوق معينة، فالمطلق يُترك على إطلاقه في مصر.

(416) تنص المادة **L411-1** من قانون التنفيذ الفرنسي (معدل بقانون رقم 366-2014 تاريخ 24 مارس 2014-م 89) على أنه: "باستثناء ما هو منصوص عليه خلاف ذلك، لا يجوز إخلاء العقار أو مسكون إلا بموجب قرار من المحكمة أو محضر صلح ذات قوة تنفيذية وبعد إعلان أمر إخلاء المبنى".

Article L411-1: « ***Sauf disposition spéciale, l'expulsion d'un immeuble ou d'un lieu habité ne peut être poursuivie qu'en vertu d'une décision de justice ou d'un procès-verbal de conciliation exécutoire et après signification d'un commandement d'avoir à libérer les locaux*** **».**

(417) ويجوز تنفيذ الإخلاء بحكم إيقاع البيع وفقا لقانون التنفيذ الفرنسي مادة 322- 13وهو يوصف في القانون الفرنسي على أنه عقد قضائي وليس حكما قضائيا بالمعنى الفني له، وذلك على سبيل الاستثناء.

Article L322-13 : « *Le jugement d'adjudication constitue un titre d'expulsion à l'encontre du saisi* ».

إن من شروط الإخلاء بحكم قضائي ان ينص صراحة في منطوقه على ذلك، ولا يكفي مجرد القضاء بفسخ العقد، او التخلي عن المبنى.

Civ. 2e, 7 mars 2002, n° 99-15.782, préc. Note n° 59. 81. Note PERROT (R.) sous Civ. 2e, 7 mars 2002, n° 99-15.782, RTD civ. 2002. 364 ; CE 29 oct. 2007, req. n° 279147, Gaz. Pal. 3 avr. 2008, n° 94, p. 34.

محضر صلح قضائي. ومن ثم لا يكفي محرر موثق ولا اتفاق تسوية ذات قوة تنفيذية[418]، ولا تسوية اتفاقية مصدقة[419]، ولا سند المحضر حال عدم دفع الشيك الذي يتضمن مبلغ الأجرة أن يكون سندا للإخلاء[420].

ويبرر البعض[421] ذلك بأن الحكم القضائي و محضر الصلح القضائي يقدمان – مقارنة بالسندات الخاصة– ضمانات في وجود قاض[422] وخصومة تواجهية التي تسمح له أي للقاضي من التأكد من الإرادة الحرة للأطراف وصحة مضمون الاتفاق، فالإخلاء يستلزم أن يقدر القاضي الموقف بإجراءات تسمح بالمواجهة بين الطرفين والتأكد من أن المطلوب إخلاءه تكون حيازته دون سبب

عكس آخر اجازت الإخلاء بحكم ذكر الاخلاء تحت طائلة الغرامة *l'occupant à libérer les lieux sous astreinte*.

Toulouse, 1re ch., 3e sect., 27 mars 2007, RG n° 05/0553, Juris-Data n° 2007-34248.

(418) L. n° 91-650, 9 juill. 1991, art. 61.

(419) Cass., avis. 20 oct. 2000, n° 02-00.013, Bull. avis, n° 9 ; Dr. et proc. 2001. 123, note BOURDILLAT ; RTD civ. 2001 213 ; JCP 2001. II. 10479, note DESDEVISES ; D. 2000 IR 296. HUCHET (G.) : « *Transaction, retour sur l'article 1441-4 du Code de procédure civile* », Gaz. Pal. 11 déc. 2007, n° 345, p. 6 ; Yvon DESDEVISES, *Procédures civiles d'exécution - La nature juridique de la transaction homologuée reste en suspens* - Commentaire-Document : La Semaine Juridique Edition Générale n° 9, 28 Février 2001, II 10479.

(420) TGI Paris, JEX, 30 janv. 1997, Bull. inf. C. cass., 1er août 1997, p. 22 ; Juris-Data n° 1997-043475 ; Rev. Huiss. 1997. 1002. 48. Décr. n° 2011-48, 13 janv. 2011, portant réforme de l'arbitrage, JO 14 janv., p. 777.

(421) PERROT (R.), *« Expulsion. Conditions : exclusion de la transaction exécutoire »*, op. cit.

(422) حتى حكم التحكيم ولو مكسيا بالصيغة التنفيذية لا يجوز أن يكون سند تنفيذيا للإخلاء، فلا يمكن وصفها بانها قرارات قضائية «*décisions de justice*» حتى لو كانت تحوز القوة التنفيذية بأمر التنفيذ.

TGI Paris, JEX, 30 janv. 1997, Bull. inf. C. cass., 1er août 1997, p. 22 ; Juris-Data n° 1997-043475 ; Rev. huiss. 1997. 1002.

قانوني أو سند[423] والتحقق من شروط إنهاء عقد الإيجار *résiliation du bail* وأنه قد يمنح في نهاية المطاف مواعيد نهائية للدفع[424]. لذلك، من غير المنطقي أن يجيز المشرع الإخلاء بناء على سند خاص تنفيذي غير محضر الصلح القضائي، كما لو كان محرراً موثقاً أو اتفاق مصدقاً عليه؛ فليس كل السندات الخاصة التنفيذية تفعل مبدأ المواجهة كالتصديق على التسوية الودية أو التوفيق او الوساطة القضائيتين إذ يكون في فرنسا بأمر على عريضة أي بدون مبدأ المواجهة للطرف الآخر.

ورغم ما تقدم، يرى البعض[425] في فرنسا بأن الاتفاقات المصدق عليها اتفاق الصلح المصدق – وليس محضر الصلح القضائي– يمكن ان يصلح سندا تنفيذيا للإخلاء لأن التصديق يصدر بأمر على عريضة، وقاضي العرائض من سلطته أن يقوم بالتحقيقات اللازمة من تلقاء نفسه وله سماع الأشخاص – دون شكل معين– لتوضيح المسألة أو سماع هؤلاء الذين تتأثر مصالحهم بالقرار الذي يصدر منه ، وفقا للمادة 27 و المادة 2/332 من قانون المرافعات.

ولكن في **اعتقادي** أن الرأي السابق محل نظر إذ أن مضمون هذه السندات الخاصة التنفيذية المصدق عليها يكون مركباً من عملين وهو الأساس هو التصرف الخاص والثانوي هو الأمر على عريضة، وليس الأمر على عريضة فقط، كما أنه يخالف صريح نص المشرع الفرنسي في أن الإخلاء يكون مؤسساً على سند تنفيذي ناتج عن إجراءات خصومة تواجهية أمام القاضي ليتأكد من أن المطرود لا حق له ولا سند لحيازته كضمانة إجرائية.

---

(423) PERROT (R.), « *Expulsion. Conditions : exclusion de la transaction exécutoire* », op. cit ; Yves Strickler, Fasc. op. cit, n°53.

(424) PERROT (R.) et THERY (P.), *Procédures civiles d'exécution*, 2e éd., Dalloz, 2005, p. 633, n° 709.

(425) Cass. avis, 20 oct. 2000, n° 02-00.013), PERROT (R.), RTD civ. 2001. 213

المطلب الثالث

تبعات الفعالية المنقوصة والنسبية للسندات الخاصة التنفيذية

إذا كنا قد بينا مدى نقصان فعالية السندات الخاصة التنفيذية مقارنة بالسندات التنفيذية القضائية، بسبب تكوينها الخاص، وأن هذه الفعالية المنقوصة والنسبية مسألة طبيعية طالما أنها مبنية على الإرادة الخاصة، لا إرادة القاضي، ولا تتمتع بحجية الأمر المقضي، فلسنا إذن في حاجة إلى علاج نقص فاعلية السندات الخاصة ذات القوة التنفيذية، فنقصانها طبيعي خِلقي متعمد لمقتضيات السرعة بالتخفيف عن القضاء، ولكن نقصان فعاليتها جعلنا نبحث عن مدى جواز الجمع بين السند الخاص التنفيذي والتنفيذ القضائي (حكم قضائي نافذ) والخيرة **(فرع أول)** ومرونتها **(فرع ثان)** وأخيراً خصوصية الرقابة القضائية بعد طلب تنفيذه **(فرع ثالث)**.

الفرع الأول

الجمع والخيرة بين السندات الخاصة التنفيذية والسندات التنفيذية الأخرى

يترتب على التكوين الخاص للسندات الخاصة التنفيذية وبالذات عدم تمتعها بالحجية وما نتج عنه فعالية منقوصة ونسبية، التساؤل حول مدى جواز الجمع بين تلك السندات واستصدار حكم قضائي

أو أمر نافذ هذا من ناحية، كما يُثار التساؤل حول مدى جواز استصدار أكثر من سند خاص تنفيذي ليتضمن الحق ذاته المراد اقتضاؤه؟، وذلك على التفصيل التالي:

أولاً: – مدى جواز الجمع بين السندات الخاصة التنفيذية والسندات التنفيذية القضائية

ترتب على تمتع السندات الخاصة التنفيذية بفعالية منقوصة ونسبية مقارنةً بفاعلية السندات التنفيذية القضائية (الحكم القضائي واجب التنفيذ أو حكم تحكيم النافذ) ذات حجية الامر المقضي، إثارة التساؤل حول مدى جواز استصدار صاحب الحق الثابت في سند خاص تنفيذي حكماً قضائياً نافذاً لتكملة هذه الفعالية المنقوصة والنسبية؟

هذا السؤال ليس مجرد سؤالاً نظرياً بل يثير تداعيات عملية، لا سيما في مجال المنازعات البنكية. **فهل يجوز للبنك المقرض أو الممول له مع ثبوت حقوقه المالية في محرر موثق أو عقد تمويل عقاري مكسياً بالصيغة التنفيذية أن يرفع الدعوى للمطالبة بذات الحقوق المالية بحكم قضائي أو تحكيم نافذ يعوض النقص في فاعلية السندات الخاصة التنفيذية؟**

أما عن موقف القضاء المصري، قضت محكمة النقض[426] بأنه: " *وإن كانت المحررات الموثقة من السندات التنفيذية المنصوص عليها في المادة 280 من قانون المرافعات وتقبل التنفيذ بذاتها، **إلا أن الحجية لا تثبت لهذه المحررات فيجوز للدائن أن يستصدر حكماً بالحق الثابت فيها**، ويحق للمدين من ناحيته أن يلجأ إلى القضاء للطعن عليها بما يراه على خلاف الأمر في الأحكام الجائزة لحجية الشيء المقضي، ولما كان يبين من الحكم المطعون فيه أن البنك المطعون عليه اتخذ إجراءات نزع الملكية بموجب عقد الرهن الرسمي المذيل بالصيغة التنفيذية وأودع قائمة شروط البيع واعترض عليها الطاعن في الدعوى 276/ 1961 مدني كلي كفر الشيخ الابتدائية واستند إلى منازعته في الدين المنفذ به لأنه أقام عن ذلك الدعوى الحالية، فأوقفت المحكمة إجراءات البيع حتى يفصل في هذه الدعوى، وكان الطاعن ينازع في الدعوى الحالية في وجود الدين الثابت بعقد الرهن*

---

[426] وبشأن نعي الطاعن بقالة إنه مع التسليم بصحة الدين فقد صدر بشأنه عقد رهن رسمي مشمول بالصيغة التنفيذية له حجية الأحكام، فما كان يجوز عرض النزاع بشأنه من جديد على القضاء لاستصدار حكم به وإذ رفض الحكم الدفع بعدم جواز نظر الدعوى الفرعية لسبق صدور عقد رهن رسمي بالدين فإنه يكون قد أهدر حجية هذا العقد، وهو ما يعيبه بالخطأ في تطبيق القانون.

الرسمي وادعى أنه لم يتسلم من البنك المبلغ الثابت بهذا العقد وإزاء ذلك أقام البنك دعواه الفرعية للحكم له بدينه، لما كان ذلك فإن النعي على الحكم بهذا السبب يكون على غير أساس"[427].

وعلى الرغم من ذلك، إلا أن للمحاكم الاقتصادية في مصر موقفاً مغايراً، حيث تذهب إلى عدم جواز الجمع بين عقد رهن رسمي بفتح اعتماد بحساب جاري بضمان الرهن التجاري الموثق وحكم قضائي، قاضيةً بأنه: "وكانت القواعد القانونية الحاكمة للنزاع قد خلت مما يفيد وجود قاعدة تحكم الخيار بين طريق اللجوء الي دعوي الإلزام في حال وجود رهن رسمي سواء كان ذلك الرهن عقاريا أو تجاريا بما يمنع ازدواج الوسيلة الإجرائية القضائية للمطالبة بالدين بحيث يمكن القول ان اللجوء الي دعوي الإلزام حال وجود رهن أيا كان نوعه يسقط الحق في المطالبة أو سلوك الطريق الذي رسمه المشرع للمطالبة بالديون المضمونة برهن أيا كان نوعه ومن ثم فإن المحكمة تري أن في إجابة المدعي بصفته إلي طلباته رغم وجود التأمينات المشار إليها الدعوى بفقد الآلية القانونية التي نظمها المشرع بقواعد قانونية صارمة بفقد تلك النصوص قوتها ويهدر القوة التنفيذية لسندات الرهن بما يفرغ تلك النصوص من قوتها الملزمة التي تربط بمنظومة إجرائية ماسه بالنظام العام وبالتالي خروجا عن غاية الشارع وإهدارا وانحرافا عن النصوص بما مؤداه أن السند التنفيذي المراد الحصول علية بموجب الدعوى الماثلة يعد ازدواجا في السند التنفيذي عن دين واحد بما تخل بالمراكز القانونية لطرفي الخصومة وهو الأمر الغير الجائز قانونا سيما وان الدين المطالب به لم تتخذ بشأنه الوقائع القانونية المشار اليها بمتن هذا القضاء ومن ثم لازال الدين مضمونا بتأمينات ولم يصير دينا عاديا بعد ومن ثم تكون الدعوى قد أقيمت قبل الأوان وتقضي المحكمة بعدم قبولها لرفعها قبل الأوان"[428].

---

(427) حكم محكمة النقض - مدني - الطعن رقم 661 لسنة 40 قضائية بتاريخ 1975-06-10 مكتب فني 26 ج 2 ص 1174.

(428) حكم المحاكم الاقتصادية - رقم 263 لسنة 6 قضائية بتاريخ 2015-02-09. والحكم رقم 312 لسنة 3 قضائية بتاريخ 2015-04-14. المحاكم الاقتصادية رقم 860 لسنة 3 قضائية بتاريخ 2015-05-11. وحيث أكدته مرة أخرى في وقائع دعوى رفعتها الشركة المدعية طالبةً الحكم بفسخ اتفاق التمويل العقاري (ثلاثي الأطراف) المحرر بينها و المدعى عليهما عن وحدة سكنية وتسليمها للشركة المدعية خالية من الشواغل بحكم مشمول بالنفاذ المعجل، وحيث أن المشرع قد نظم سبيلا للممول المدعي أن يتنكبه في حاله عدم وفاء المستثمر المدعى عيه الأول بالمبالغ المستحقة عليه هو الطلب من قاضي التنفيذ المختص بوضع الصيغة التنفيذية على اتفاق التمويل و الأمر بالحجز على العقار الضامن تمهيدا لبيعه ، ولما كان المدعي في الدعوى الماثلة قد حاد عن هذا الطريق الذي رسمه القانون سالكا طريق إقامة دعوى بطلب الفسخ الأمر يضحى معه ما أبداه المدعى عليه الأول من دفع قد صادف صحيح الواقع

أما عن موقف القصاء الفرنسي، كان نهجه هو إجازة الجمع بعد أن كان المنع. أما عن المنع، ففي 16 أكتوبر 2013، قررت محكمة النقض الفرنسية في قرار لها بالرفض بأن: "الدائن الذي يحمل سندا تنفيذيا موثقا الذي يمكن أن يقطع مدة التقادم باتخاذ تدبير تحفظي أو تدبير من تدابير التنفيذ الجبري، لا يمكن أن تبرر في حد ذاته إقامة دعوى تصفية *action en liquidation* الديون محل المحرر الموثق[429].

وحتى لو كان لدى البنك سنداً موثقاً مثبتاً لقرض عقاري، فمن المألوف أن يفضل رفع دعوى قضائية في سبيل إلزام المدين بدفع الدين، تجنباً لمناقشة القوة التنفيذية للمحرر الموثق المنصوص عليها صراحة في المادة L. 111-3 من قانون التنفيذ الفرنسي، أو لأن المحرر الموثق لا يتضمن العناصر المحددة لتقييم الدين[430]، أو ليستفيد من مدة تقادم أطول، إذ أن مدة تقادم الحكم القضائي (10 سنوات) أطول من مدة تقادم المحرر الموثق (م L111-4 من قانون التنفيذ). ولكن الحق المثبت في المحرر الموثق يظل خاضعاً للمدة المقررة للتقادم الحق المقررة وفقاً للأحكام العامة. ومع ذلك، فإن القروض العقارية الممنوحة للمستهلكين من قبل وكالات الائتمان تشكل خدمات مالية يقدمها المهنيون*des services financiers fournis par des professionnels* وتخضع على هذا النحو للتقادم مدة سنتين عملاً بالمادة L. 137-2 من قانون المستهلك[431].

ولكن عدلت محكمة النقض الفرنسية عن ذلك النهج فيما بعد، ففي 18 فبراير 2016 قررت بأنه لا مانع من تعدد السندات التنفيذية للدين ذاته، ولا مانع من حامل المحرر الموثق أن يفتتح خصومة قضائية للحصول على سند تنفيذي للحق ذاته وبهذه الطريقة تنقطع مدة تقادم مع الحق[432]. وأكدت

والقانون ومن ثم تقضي المحكمة بعدم قبول الدعوى لرفعها بغير الطريق الذي رسمه القانون حسب المنطوق. حكم المحاكم الاقتصادية رقم 2232 لسنة 2013 قضائية بتاريخ 22-04-2015.

(429) Civ. 1re, 16 oct. 2013, n° 12-21.917, Bull. civ. I, n° 200; Dalloz actualité, 29 oct. 2013, obs.

(430) Civ. 2e, 22 mars 2001, n° 99-12.011, D. 2001. 1219, et les obs. ; 19 nov. 2008, n° 07-18.987, D. 2008. AJ 3018),

(431) Civ. 1re, 28 nov. 2012, n° 11-26.508, Dalloz actualité, 11 déc. 2012, obs.

(432) Civ. 2e, 18 févr. 2016, nos 15-15.778, 15-13.991 et 15-13.945, Dalloz actualité, 7 mars 2016, obs. M. Kebir ; D. 2016. 1279, obs. A. Leborgne ; H. Croze, *Prêt notarié* -

محكمة النقض مرة أخرى بقرارها المؤرخ في 17 يناير 2017 بأنه لا يوجد نص قانوني يمنع الدائن من امتلاك سندين تنفيذيين لنفس الدين، فحمل البنك لسند تنفيذي موثق في حد ذاته لا تنفي مصلحته في التقاضي أمام المحكمة لإلزام مدينه في دفع ذلك الدين المثبت في المحرر الموثق[433].

أما عن موقف الفقه، فالرأي الراجح في مصر وفرنسا هو جواز الجمع بين سند خاص تنفيذي وحكم قضائي نافذ على أساس عدم حيازة السند الخاص التنفيذي لحجية الأمر المقضي، ولا يرتب آثاراً أخرى يرتبها الحكم القضائي النافذ، فالمحرر الموثق مثلاً لا يرتب حق الاختصاص وبالتالي يجوز للدائن أن يستصدر حكماً قضائياً نافذاً[434]. وذات الأمر بالنسبة لمحضر الصلح[435].

وأيد الفقه الفرنسي ما ذهبت إليه محكمة النقض الفرنسية أخيراً من جواز الجمع أو التعدد، بل وذهب إلى أنه يمكن القياس على السندات الخاصة غير المحرر الموثق كالسند المسلم من المحضر حال عدم دفع الشيك، أو اتفاق الدائن والمدين في اداء الديون الصغيرة بإجراءات بسيطة عملا بالمادة L125-1 من قانون التنفيذ على اعتبار أن من خصائص السندات الخاص أنها لا تحوز الحجية ولا تعتبر سندات قضائية.[436]

Titre exécutoire sur titre exécutoire ne vaut ? - Note sous arrêt, La Semaine Juridique Edition Générale n° 50, 9 Décembre 2013, 1299.

(433) *Cass. com., 18 janv. 2017, n° 15-17.719 : JurisData n° 2017-000586.*

(434) فتحي والي، التنفيذ الجبري، ص 140؛ محمد عبد الخالق عمر، ص 125، بند 96.

(435) عكس ذلك: أحمد ماهر زغلول، أصول وقواعد المرافعات، مرجع سابق، ص982، رقم 449. ويرى بأن عدم جواز تجديد الدعوى هو الذي يكشف على أن للأعمال الصلح القضائي حجية الأمر المقضي التي تحول دون رفع دعوى جديدة بذات المسألة التي تم التصالح بشأنها. وانظر أيضاً: الانصاري النيداني، مرجع سابق، ص234، رقم 140. حيث يرى بان الصلح يثير الدفع بعدم القبول سواء كان مصدقاً عليه أو غير مصدق لعدم وجود مصلحة في طرح النزاع الذي أبرم بشأنه الصلح من جديد أمام المحاكم. وانظر ايضاً: طلعت خاطر، مرجع سابق، ص195 وما بعدها.

(436) Guillaume Payan, *Pluralité de titres exécutoires fondant la même créance et interruption du délai de prescription*, Dalloz actualité 20 mars 2017. Civ. 1re, 1er mars 2017, F-P+B, n° 15-28.012.

بينما عارض البعض الآخر[437] على هدي من قاعدة عدم جواز تكرار السند التنفيذي إلا إذ أضاع الأول أو هلك وعدم جواز تكرار التنفيذ الجبري، كما أن المحرر الموثق كسند تنفيذي يغني عن السند التنفيذي القضائي للاقتصاد في الإجراءات والوقت والجهد والنفقات.

وفي **اعتقادي** أن مناط قبول الدعوى لاستصدار حكم قضائي في كل الأحوال هو المصلحة. وبسبب الفعالية المنقوصة والنسبية للسندات الخاصة التنفيذية عن الحكم القضائي النافذ، فإذا وجدت ولو مزية واحدة سيحققها المدعي من رفع دعوى قضائية رغم حصوله على سند خاص تنفيذي بالحق ذاته، فتتوافر المصلحة القائمة والحالة والقانونية، عملاً بالمادة الثالثة من قانون المرافعات المصري، سواء كانت تلك المزية غير متصلة بالتنفيذ[438]، أو متصلة به، كأن يخول له حق الاختصاص، وقطع مدة تقادم الحق، وعندئذٍ ينشأ للحق الموضوعي واحد أكثر من سند تنفيذي واحد، وهو ما يُسمى بـ" الجمع أو التعدد بين السندات التنفيذية" *Le cumul ou pluralité de titres exécutoires*[439].

أما عن موقف قضاء المحكمة الاقتصادية، آنف الذكر، بشأن عدم جواز التعدد في السندات التنفيذية بين اتفاق التمويل العقاري والحكم القضائي كما أشرنا، فهو من وجهة نظرنا منتقد؛ لأن المشرع في قانون التمويل لم يلزم الممول بإتباع قواعده حصراً لاستصدار سند تنفيذي واحد فقط، ولكن كل ما هنالك أنه قد رسم المشرع طريقاً سريعاً بسيطاً من حيث إجراءات استصدار سند خاص

---

(437) أحمد محمد حشيش، مرجع سابق، ص 199، بند 114.

(438) ففي الحالات التي يشترط فيها القانون لترتيب العمل القانوني آثاره القانونية أن يكون في شكل حكم قضائي، فلا يغني عند السند التنفيذي الخاص، فعلى سبيل المثال إذا اشترط القانون أن يكون إفشاء سرية الحسابات البنكية أن يكون بحكم قضائي أو حكم تحكيم (انظر م 140 من قانون رقم 194 لسنة 2020 بشأن إصدار قانون البنك المركزي والجهاز المصرفي)، فلا يغني عن ذلك السند التنفيذي الخاص، لأن المشرع عندئذ يتطلب حجية الأمر المقضي ويقتضيها.

(439) ولا نؤثر وصف ذلك بازدواج السند التنفيذي، لأن الازدواجية تعني اننا بصدد سند تنفيذي واحد يتم تنفيذه اقتضاءً لأكثر من حق واحد.

تنفيذي مبني على اتفاق التمويل كمكنة إجرائية إن شاء استخدمها الممول أو لا يستخدمها[440]. لذا، لا مانع قانوناً للممول ولا تنتفي مصلحته في أن يسلك طريقاً آخراً وهو الأصيل لاستصدار سند تنفيذي قضائي حكم قضائي واجب النفاذ بدعوى، وعندئذ يتحمل المدعي نتائج اختياره. وبناء عليه، تتوافر المصلحة القانونية والقائمة لشركة التمويل، في واقعات القضية السابقة، في رفع دعوى لاستصدار حكم قضائي نافذ بفسخ العقد وتسليم العقار، وعندئذ لا تُتبع إجراءات قانون التمويل العقاري، بل قواعد قانون المرافعات العامة.

وإذا وصلنا إلى نتيجة جواز الجمع أو التعدد بين السند الخاص التنفيذي من جانب والتنفيذي القضائي (حكم قضائي نافذ) من جانب آخر، **فهل الجمع بين السندات الخاصة التنفيذية لتقوية القوة التنفيذية جائز أم الخيرة فيما بينها؟**

ثانياً: – مدى جواز الخيرة بين السندات الخاصة التنفيذية

إن الغاية من جواز الجمع بين السندات الخاصة التنفيذية وحكم قضائي نافذ هي، كما بيّنا، عدم تمتع الأولى بحجية الأمر المقضي، وبالتالي يكون هذا الجمع مسموحاً في حدود الغاية منه فقط، وبالتالي يكون الجمع محظوراً إذا تجاوزنا هذه الغاية. ويكون عندئذٍ الجمع ممنوعاً بين أكثر من سندين تنفيذين عند القيام بتدابير تنفيذية يمكن لأحدهما أن يغني عن الآخر فيها، وعندئذ يكون للدائن الخيرة فيما بينهما، منعاً من تكرار التنفيذ اقتضاءً لحق واحد وهو ممنوع.

وبمثال يوضح المقال، إذا أراد البنك الحجز على العقار محل التمويل، وكان قد ابرم البنك الممول عقد قرض موثق مرهون بالعقار محل التمويل مع المستثمر المشتري، والذي لا يستلزم تدخل

---

(440) نص قانون التمويل العقاري في المادة 27 منه على ان قانون المرافعات هو الشريعة العامة له إذا لم يوجد به نص خاص ينظم مسألة معينة وبما ان قانون التمويل لم ينص على كيفية تنفيذ سندات تنفيذية اخرى غير اتفاق التمويل فانه من المناسب والملائم تطبيق احكام قانون المرافعات المدنية والتجارية في هذا الصدد وذلك استناداً للقواعد الاصولية في تطبيق القانون الخاص أم العام في هذا المجال. فضلاً عن ان المشرع لم يلزم الممول باللجوء الى قواعد التنفيذ على العقار الضامن الواردة في قانون التمويل حيث استعمل لفظ " للممول " في المادتين 12، 13 مما يعنى الجواز وليس الوجوب فيكون حراً في اتباع هذه القواعد إذا رغب في ذلك أو اتباع قواعد التنفيذ الواردة في قانون المرافعات إذا رغب في ذلك ايضاً.

القاضي لوجود الموثق بديلاً، فيغني ذلك عن اتباع إجراءات الحجز وفقاً لقواعد التنفيذ بموجب عقد تمويل عقاري للحجز التنفيذي على العقار الذي يستلزم الالتجاء إلى القضاء.

وكما قضت المحكمة الاقتصادية هو الأمر الذي يجعلنا أمام نوعين من السندات التنفيذية في إجراءات التنفيذ على عقار وفقا لقانون التمويل العقاري. النوع الاول السندات التنفيذية وفقا لقانون البنك المركزي 88 لسنه 2003 المعدل وهي عقود التسهيلات الائتمانية مع ترتيب رهن رسمي واغلب تلك العقود تتمثل في عقود القرض مع ترتيب رهن رسمي وتكون مشمولة بالصيغة التنفيذية متوافر فيها شروط السند التنفيذ لاتباع باقي الوقائع، والنوع الثاني السندات التنفيذية وفقا لقانون التمويل العقاري 148 لسنه 2001 وهي عباره عن عقود التمويل ثلاثية الاطراف وفقا لنموذج العقود المنصوص عليها قانونا والمحددة سلفا، وفيها يلجأ طالب التنفيذ الي قاضي التنفيذ لوضع الصيغة التنفيذية على عقد التمويل والحجز على العقار. والمحكمة انما تعرض للنوع الاول للسندات التنفيذية في الدعوى الماثلة[441].

ونتيجة لما تقدم أيضاً، فإن إبرام البنك عقد قرض موثق مرهون بعقار مع المستثمر يغنيه عن اتباع إجراءات الحجز المقررة في قواعد التمويل العقاري[442].

ولكن يظل في **اعتقادي** الجمع أو التعدد بين السندات الخاصة التنفيذية لتعوض نقص الفعالية في إحداها جائزاً. فإذا كان السند الخاص التنفيذي لا يخول حامله مكنة إجرائية ما، فيجوز له الحصول على سند خاص تنفيذي من نوع آخر لاكتساب تلك المكنة. فلو أن عقد الايجار الموثق لا

---

(441) حكم المحاكم الاقتصادية رقم 2 لسنة 2014 قضائية بتاريخ 28-06-2014.

(442) وقضت المحكمة الاقتصادية بأنه: " ولما كان ما تقدم وهديا به وكانت طلبات المدعين بطلان الامر العقاري رقم 11 لسنة 2013 اقتصادي القاهرة لعدم صدور امر من قاضى التنفيذ المختص بوضع الصيغة التنفيذية على عقد الرهن موضوع الامر، فلما كان عقد الرهن موضوع الامر العقاري من المحررات الموثقة ولها قوة تنفيذية تجيز التنفيذ بها دون اللجوء الى القضاء لاستصدار حكما أو وضع صيغة تنفيذية، وأن المشرع اشترط لكون المحرر سنداً تنفيذياً أن يتم توثيقه بمعرفة الموظف المختص وأن يرد التوثيق على التزام محقق الوجود ومعين المقدار وحال الاداء، وهو ما توافر في عقد الرهن موضوع الامر المطعون عليه، ومن ثم فالبنك ليس بحاجة للجوء لقاضى التنفيذ لوضع الصيغة التنفيذية على عقد القرض برهن رسمي، الامر الذى تكون معه دعوى المدعين قد جاءت على غير سند من الواقع او القانون ومن ثم ترفضها المحكمة". حكم المحاكم الاقتصادية رقم 2569 لسنة 2013 قضائية بتاريخ 28-02-2015.

يخول المؤجر حق اختصاص على منقولات المستأجر اقتضاءً للأجرة، فيجوز له استصدار حكم مثبتاً للصلح، أو وفقاً **لرأينا** محضر صلح أو أمر بالتصديق على اتفاق صلح. وفي فرنسا إذا كان المؤجر لا يستطيع أن يخلي المستأجر من العين بناءً على سند المحضر حال عدم دفع الشيك الذي يتضمن مبالغ الأجرة، فله أن يستصدر محضر صلح قضائي.

الفرع الثاني

مرونة السندات الخاصة التنفيذية

نقصد من مرونة السندات الخاصة التنفيذية المترتبة على تكوينها المتميز المبني على الإرادة الخاصة مرونتها بحيث تكملتها وتعديلها وتكرار طلب تنفيذها، وإليكترونيتها أخيراً، وذلك على النحو الآتي:

أولاً: – تكملة السندات الخاصة التنفيذية

لما كان الأصل أنه يجب أن يدل السند التنفيذي ذاته على توافر مقتضياته الموضوعية (هي أن يكون الحق المراد التنفيذ بمقتضاه محقق الوجود ومعين المقدار وحال الأداء)، إلا أنه يجوز تكملة السندات الخاصة التنفيذية، بمستند أخر شريطة أن يكون ذاك المستند له وجود سابق على السند التنفيذي، وأن يشير إليه السند التنفيذي صراحة على نحو يقطع بصفته المكملة له، على عكس الحكم القضائي النافذ، نظراً لعدم تمتع السندات الخاصة التنفيذية بحجية الامر المقضي التي تمنع من تغييرها.

ومن تطبيقات ذلك أن يُبرم اتفاق صلح بين البائع والمشتري في محضر جلسة تصدق عليه المحكمة، و يشير ذلك المحضر الي احتفاظ البائع بجميع حقوقه المقررة بعقد البيع المبرم، وهنا يعتبر عقد البيع جزءاً من السند التنفيذي بحيث إذا أريد تنفيذ محضر الصلح فانه يمكن الرجوع الي عقد البيع للتحقق من توافر الشروط التي يستلزمها القانون في الحق المطلوب اقتضاؤه[443].

[443] حكم المحاكم الاقتصادية رقم 72 لسنة 2010 قضائية بتاريخ 26-12-2010.

كما أجازت محكمة النقض الفرنسية تكملة محرر عرفي بمحرر رسمي (موثق) مقررةً أن المحرر العرفي الذي كان قد أُعيد تأكيده وتكملته بمحرر رسمي (موثق) متضمناً العناصر الأساسية للقرض، فإن هذا المحرر يشكل سنداً رسمياً وتنفيذياً يثبت التزاما موثقا[444].

ورغم أن قضاء محكمة النقض المصرية يجري على أن المشرع تقديرا منه للاعتبارات العملية المتصلة بتشجيع الائتمان أجاز استثناء من الأصل التنفيذ بعقود فتح الاعتماد الرسمية ولو لم تتضمن الإقرار بقبض شيء واوجب في ذات الوقت ضمانا لمصلحة المدين الحاصل التنفيذ ضده أن يعلن عند الشروع في التنفيذ، مع عقد فتح الاعتماد الرسمي (والمقصود لعقد الموثق) مستخرج بحساب المدين من واقع دفاتر الدائن التجارية عملا بنص المادة 2/281 مرافعات[445]. ولكن **نعتقد** في هذه الفرضية أننا لسنا بصدد تكملة لسند خاص تنفيذي، بقدر ما هو تكوين لسند تنفيذي من عمل مركب من عقد رسمي وورقة عرفية معاً، تشجيعاً للائتمان، إذ لا يصلح أي منهما، منفرداً، سنداً تنفيذياً انفراديا.

ثانياً: – تعديل السندات الخاصة التنفيذية

من مزايا السندات الخاصة التنفيذية، نظراً لعدم تمتعها بحجية الأمر المقضي التي تحصنها من عدم المساس بها، فيمكن تعديلها باتفاق ذوي الشأن بمرونة للتكيف مع الواقع والظروف والملابسات المحيطة بهم، وذلك مقارنة بالسندات التنفيذية القضائية[446].

وبمناسبة المحررات الموثقة أثير التساؤل حول إذا كان جائزاً تعديل العمل الموثق الصادر بملحق *avenant* تم إفراغه بمحرر عرفي، فهل لا يزال من الممكن للدائن أن يدعي أن لديه سند تنفيذي؟

---

(444) Référence : Cass. 2e civ., 8 mars 2001, Époux Delrieu c/ Caisse d'épargne et de prévoyance du Midi-Pyrénées-Roussillon, arrêt n° 163F-D : Juris-Data n° 2001-008698.

(445) حكم محكمة النقض - مدني - الطعن رقم 275 لسنة 31 قضائية بتاريخ 1966-02-01 مكتب فني 17 ج 1 ص 214، وحكم محكمة النقض - مدني - الطعن رقم 257 لسنة 36 قضائية بتاريخ 1971-01-19 مكتب فني 22 ج 1 ص 52.

(446) كما أن مرونة السندات الخاصة التنفيذية تعينها على تحقيق الأهداف الاقتصادية، وحتى ولو كانت محلها حقوق غير نقدية، بسبب مرونتها التي ترجع إلى اعتمادها على إرادات ذوي الشأن والتفاوض، فيمكن للدائن والمدين أن يشترطا في السند التنفيذي الذي محله القيام بعمل أو امتناع عن عمل شرطا جزائيا معينة المقدار عند عدم تنفيذ الالتزام.

في قرار صادر عن محكمة النقض الفرنسة في 6 مايو 2010، في وقائع تخلص إلى أن السيد Y...وقد حصل على عدة قروض من أحد المصارف من خلال محررات موثقة تنفيذية. ثم أُبرمت عدة عمليات ملحقة بمحرر عرفي يتضمن جدولة للديون بين الطرفين. وفي وقت لاحق، بدأ المصرف الحجز العقاري ضد السيد Y... التي دفعت، على وجه الخصوص، بأن الدائن ليس لديه سند تنفيذي. ورفض القضاة من حيث الأسس الموضوعية الموافقة على طلبه. ثم طعن المدين في الحكم بالنقض، محتجاً بأن ذلك نتيجة للمادة 3 من القانون الصادر في 9 يوليه 1991، التي تذكر السندات التنفيذية، بأن الملحقات المعدلة العرفية، حتى وإن كان يعدل سنداً موثقاً، ليس سنداً تنفيذياً، وبالتالي لا يمكن أن يكون أساساً للحجز العقاري. إلا أن محكمة النقض رفضت الطعن على سند من: "أن محكمة الاستئناف، بعد أن وجدت أن الملحقات تنص على أنها لا تتضمن جديداً ، قد خلصت بدقة إلى أن الدائن يمكن أن يتمسك بالمحررات الموثقة التنفيذية لإجراء الحجز لاسترداد الديون الناشئة عن تلك الاتفاقات[447]."

ويرى البعض في فرنسا أنه كثيرا ما يصعب معرفة ما إذا كان في حالة إعادة التفاوض على قرض، هناك جديد من عدمه حتى وإن كانت المسألة في هذه القضية لم تنشأ فعلا، لأن الأطراف استبعدت عملية التجديد. وكثيرا ما تكون السوابق القضائية غير مؤكدة في هذا المجال؛ في بعض الأحيان[448].

ومع ذلك، من الأساسي في بعض الأحيان معرفة ما إذا كانت الأطراف قد اتفقت على التجديد من عدمه. وفي رأي الطرفين، كثيرا ما تكون هناك رغبة في تغيير الالتزام فقط، وليس إنشاء التزام جديد، ولو للحفاظ على الضمانات التي منحت وقت إبرام الاتفاق الائتماني. وما دام الالتزام القديم قائم أي لا يوجد أي التزام جديد، وما أن يعترف به محرر موثق، فمن المنطقي أن يكون دائما جديرا بمنحه القوة التنفيذية. بينما إذا كان هناك تجديد للالتزام فيعد الالتزام الجديد الموثق هو السند

---

[447] Cass. 2e civ., 6 mai 2010, n° 09-67.058, F-P+B, M. Chapelain L'Officier : JurisData n° 2010-005396

[448] Cass. 1re civ., 11 févr. 2010 : D. 2010, p. 498, obs. V. Avena-Robardet ; Gaz. Pal., 2-3 juin 2010, p. 20, obs. S. Piedelièvre.

التنفيذي ولن يكون للسند القديم أية قيمة، ولكن إذا وجد الالتزام الجديد في محرر عرفي، سيتعين على الدائن أن يشرع في اتخاذ إجراء تنفيذي بالحصول على حكم قضائي نافذ[449].

وبمناسبة اتفاق الطلاق التبادلي بين الزوجين الذي يعد سنداً تنفيذاً، يمكن للزوجين تقديم اتفاق جديد للقاضي للتصديق عليه لتعديل المسائل المالية مثلا بدلا من الالتجاء إلى القضاء لتعديل مبلغ النفقة مثلا[450].

صفوة القول إذاً أن السندات الخاصة التنفيذية يمكن تجديد أو تعديل العمل المؤكد الخاص الذي تتضمنه مقارنة بالحكم القضائي غير قابل للمساس إلا بطرق الطعن. ولذا نوصي المشرع المصري، ولاعتبارات عملية لا سيما في اتفاقات الائتمان العقاري، بالنص على اعتبار عقود الرهن أو الضمان الشخصي او العقاري مع البنك حال أن كان ملحقاً لعقد قرض موثق سندا تنفيذيا تشجيعا على الإقراض والائتمان. بينما لا يعد سنداً خاصاً تنفيذياً عقد الضمان (الرهن) غير تابع لعقد قرض الموثق أو كان عقد الرهن بضمان التزام غير وارد في عقد القرض الموثق حتى ولو كان بين ذات الأطراف (البنك والمقترض).

ثالثاً: – تكرار طلب التنفيذ بناء على السندات الخاصة التنفيذية

إن السند التنفيذي القضائي (الحكم القضائي النافذ) يتضمن قراراً بإلزام المحكوم عليه بالقيام بعمل ما أو الامتناع عن عمل أو إعطاء شيء، فيُطلب تنفيذ الحكم القضائي عملاً ليس أكثر من مرة، ما لم يتضمن القرار القضائي إلزاماً متجدداً أو مستمراً كما لو كان الحكم برؤية طفل.

بيد أن السندات الخاصة التنفيذية، ولأن عملها الأصلي يكون في صورة اتفاق أو عقد يتضمن مجموعة من البنود التي تتضمن التزامات، فيُتصور عندئذٍ طلب تنفيذه أكثر من مرة كما هو الحال

---

(449) Cass. 2e civ., 6 mai 2010, n° 09-67.058, F-P+B, M. Chapelain L'Officier : JurisData n° 2010-005396.

(450) Hugues Fulchiron, *Justice - Divorcer sans juge* À propos de la loi n° 2016-1547 du 18 novembre 2016 de modernisation de la justice du XXI siècle - Aperçu rapide -La Semaine Juridique Edition Générale n° 48, 28 Novembre 2016, 1267.

بشأن عقد الإيجار الموثق. وبناء على ذلك، إذا اشتمل السند الخاص التنفيذي على أكثر من الزام، وتم تنفيذ أحدها، فإنه يمكن رغم هذا طلب وقف تنفيذ السند بالنسبة للإلزام الذي لم ينفذ بعد[451].

وفي **اعتقادي**، إن تكرار استهلاك السندات الخاصة التنفيذية كما هو متصور نتيجة تعدد الالتزامات المتعددة الواردة فيها، فيمكن تصور التكرار حتى لو كان التنفيذ وارداً على إلزام واحد ولكنه مستمر أو متجدد، كما لو كان التنفيذ مكرراً بالإخلاء من العين بموجب عقد الإيجار الموثق حال أن عاد المنفذ ضده نفسه إلى شغل العين مرة أخرى[452].

وعلى أية حال، هذا لا يعني أن ذوي الشأن في السندات الخاصة التنفيذية يحصلون على الصورة التنفيذية لأكثر من مرة في غير الحالات المنصوص عليها في القانون. وإذا كانت المادة 181 من قانون المرافعات المصري تنص على أنه لا تسلم الصورة التنفيذية إلا للخصم الذي يعود عليه المنفعة من جراء التنفيذ، إلا أن السندات الخاصة التنفيذية لابد من أن توضع قاعدة تتناسب مع خصوصيتها التي لا تفترض وجود كاسب وخاسر ليستلم الأول فقط الصورة التنفيذية. **فنوصي بإضافة** مصطلح " الطرف" ليكون له مفهوماً واسعاً، وذلك قياساً على ما تضمنته المادة 8 من قانون التوثيق المصري ونصها: "لا تسلم صورة المحررات التي تم توثيقها إلا لأصحاب الشأن". ولكن يجوز تسليم صورة من المحرر للغير بعد الحصول على إذن من قاضي الأمور الوقتية بالمحكمة

---

(451) فتحي والي، التنفيذ الجبري، ص755، بند 415، وانظر الهامش (2) من الصفحة ذاتها. ولذلك إذا تم رفع إشكال بالنسبة لتنفيذ التزام من الالتزامات التي يتضمنه الاتفاق محل السند التنفيذ الخاص، فيعد الإشكال بالنسبة لتنفيذ إلزام آخر في ذات السند إشكالا أولاً ومستقلا عن الأول.

(452) ونوصي المشرع المصري بالنص على ذلك صراحةً كما تبناه المشرع الفرنسي في المادة R441-1 من قانون التنفيذ الفرنسي ونصها كالآتي:

Article R441-1: (Création Décret n°2012-783 du 30 mai 2012 - art.)

« ***La réinstallation sans titre de la personne expulsée dans les mêmes locaux est constitutive d'une voie de fait. Le commandement d'avoir à libérer les locaux signifié auparavant continue de produire ses effets ; l'article R. 412-2 n'est pas applicable***».

انظر: أحمد خليل، مرجع سابق، ص59.

التي يقع مكتب التوثيق في دائرتها". فمن الخصوصية أن الصورة التنفيذية يُتصور أن تتعدد بتعدد أطراف العمل التحضيري للسند التنفيذي الخاص.

ولكن يمكن أن تختلف السندات الخاصة التنفيذية فيما بينها في الجهة المخول لها وضع الصيغة التنفيذية وإجراءاتها، فالأصل أن من يضع الصيغة التنفيذية على السندات التنفيذية القضائية هو قلم الكتاب، بينما في السندات الخاصة التنفيذية إما أن يكون **قلم الكتاب** كما في محضر الجلسة المثبت للصلح واتفاقات الوسائل البديلة للقضاء وعقد التأجير التمويلي، أو الموثق في المحررات الموثقة أو عقد الإيجار الموثق، **أو المحضر** في سند المحضر التنفيذي كما حالتي الامتناع عن دفع شيك و الاتفاق على تسوية الديون الصغيرة، **والقاضي** المصدق على بعض اتفاقات الوسائل البديلة و اتفاق التمويل العقاري.

وإذا امتنع الموظف عن إصدار الصورة التنفيذية للسند التنفيذي الخاص أو امتنع عن تسليمه في مصر، كان لطالب التنفيذ أن يرفع الأمر لقاضي الأمور الوقتية بالمحكمة التي أصدرت محضر الجلسة المثبت للصلح ، أو التابع للمحكمة التي يقع في دائرتها مكتب التوثيق (بالنسبة للمحرر الموثق أو عقد الإيجار الموثق) قياساً على المادة 8 من قانون التوثيق[453]، وبالنسبة لعقد التأجير التمويلي **نرى أن من يختص هو قاضي الأمور الوقتية بالمحاكم الاقتصادية قياساً** على المادة 28 من القانون رقم 176 لسنة 2018 بشأن إصدار قانون تنظيم نشاطي التأجير التمويلي والتخصيم التي تنص على أن للمؤجر أن يقدم عقد التأجير التمويلي المقيد لدى الهيئة إلى قلم كتاب المحكمة الاقتصادية المختصة لوضع الصيغة التنفيذية عليه وفق أحكام المادة (280) من قانون المرافعات المدنية والتجارية. اما بالنسبة لاتفاق التمويل العقاري فالذي يضع الصيغة التنفيذية على اتفاق التمويل العقاري هو قاضي التنفيذ العادي وإذا امتنع عن وضعها اتبع نظام مراجعة الأوامر على عرائض (تظلم – استئناف) وفقا للقواعد المنصوص عليها في قانون المرافعات.

---

(453) تنص المادة 8 على أنه: "لا تسلم صورة المحررات التي تم توثيقها إلا لأصحاب الشأن. ولكن يجوز تسليم صورة من المحرر للغير بعد الحصول على إذن من قاضى الأمور الوقتية بالمحكمة التي يقع مكتب التوثيق في دائرتها".

وفي حال استصدار الصورة التنفيذية الثانية في حال ضياع الأولى تختص المحكمة التي أصدرت محضر الصلح ، أو المحكمة الجزئية –وليس قاضي الأمور المستعجلة[454]– التابع لها مكتب التوثيق (م9 من قانون التوثيق)[455]، أو لقاضي التنفيذ الذي وضع الصيغة التنفيذية –من وجهة نظرنا– بالنسبة لاتفاق التمويل العقاري. وبالنسبة لعقد التأجير التمويلي **نرى** أن يختص أيضاً قاضي الأمور الوقتية بالمحاكم الاقتصادية قياساً على المادة 28 من القانون رقم 176 لسنة 2018، ولكن نؤيد من يرى[456] جواز استخراج صورة تنفيذية ثانية باتفاق الخصوم. وفي **اعتقادي** أن هذا الرأي أدعى في القياس عليه في إطار السندات الخاصة التنفيذية المبنية على توافق الإرادات اصلاً، فمن غير المعقول أن تُبنى هذه السندات الخاصة على فلسفة التخفيف من او الاستغناء عن القضاء، ثم نستدعي القضاء مرة أخرى لاستخراج الصورة الثانية.

رابعاً: – إلكترونية السندات الخاصة التنفيذية

إن السندات الخاصة التنفيذية كما بيّنا وبسبب طبيعتها وتكوينها من المعاملات الخاصة بين ذوي الشأن يجعلها تستفيد من الاعتراف بها كمحررات إلكترونية لها قوة ثبوتية تضاهي القوة الثبوتية للمحررات العرفية أو الرسمية، لا سيما في ظل سن قوانين المعاملات الإلكترونية والإثبات الإلكتروني في معظم دول العالم. لذلك استشرافاً للمستقبل، نتوقع، وبسبب السندات الخاصة التنفيذية، انتشار السندات التنفيذية الإلكترونية.

وتتطلب السندات الخاصة التنفيذية لتكون إلكترونية ليس فقط إلى تدابير تشريعية، ولكن أخرى تنفيذية وإدارية ولوجستية، كأن تكون هناك شبكة اتصالات آمنة بين الطرفين والقاضي والغير والموظفين والدولة ومؤسساتها صاحبة سلطة الإجبار.

---

(454) كما يذهب البعض. بخيت محمد بخيت علي، مرجع سابق، ص85. إذ أن المادة 9 كانت تنص على اختصاص قاضي الأمور المستعجلة ثم تعدلت 1976/09/09 إلى اختصاص المحكمة الجزئية.

(455) مادة 9 - لا يجوز تسليم صورة تنفيذية ثانية من المحرر الموثق لصاحب الشأن الذي تسلم الصورة التنفيذية الأولى إلا بحكم من محكمة المواد الجزئية التي يقع مكتب التوثيق في دائرتها. وتحكم المحكمة في المنازعة المتعلقة بتسليم الصورة التنفيذية الثانية بناء على صحيفة تعلن من أحد الخصوم إلى خصمه الآخر".

(456) عبد الباسط جميعي، نظام التنفيذ، ص 353، رقم 460.

وما يعزز من فكرة السندات الخاصة التنفيذية الإلكترونية في شأن الاتفاقات البديلة لفض المنازعات فيوجد تحرك دولي نحو استخدام الوسائل البديلة لفض المنازعات عبر شبكة الانترنت[457]. ونتيجة لما سبق، إذا قدم الاتفاق الخاص الإلكتروني للقضاء لمنحه القوة التنفيذية لن يُرفض على أساس أن الاتفاق إلكتروني، لأن القانون يعترف بصحته إلكترونياً.

---

[457] وفي وقت مبكر جدا، ولدت مشاريع تجريبية، مثل المحكمة السيبرانية Cyber Tribunal الكندية، والمنظمة العالمية للملكية الفكرية التي تمارس التسوية عبر الإنترنت لمنازعات أسماء الدومين، من خلال تطبيق قواعد شركة الإنترنت للأسماء والأرقام المخصصة (I. C. A. N.Nونفذ مركز الوساطة والتحكيم بباريس خدمة الوساطة عبر الانترنت. يختبر الاتحاد الأوروبي أيضا هذا العدالة الإلكترونية التجريبية من خلال مشروع E. C. O. D. I. R.)تسوية منازعات المستهلكين الإلكترونية)، وهو منصة لحل نزاعات المستهلكين عبر الإنترنت.

O. CACHARD, *Les modes électroniques de règlements des litiges (M.E.R.L.*), Com. Com. Elec., Décembre 2003, p. 22. وأطلق عليها البعض العدالة السيبرانية.

G. CHABOT, *La cyberjustice : réalité ou fiction ?* D. 2003, Chron. p. 2322.

Centre de Médiation et d'Arbitrage des Techniques avancées, 57 Av. de Villiers, 75017 PARIS.

مشار إليهم في

Sophia BINET, *L'utilisation des nouvelles technologies dans le procès civil : Vers une procédure civile intégralement informatisée* ? université LUMIERE LYON 2.

https://webcache.googleusercontent.com/search?q=cache:puHX-F83GRgJ.

https://www.memoireonline.com/12/05/31/m_utilisation-nouvelles-technologies-proces-civil16.html+&cd=1&hl=en&ct=clnk&gl=qa.(آخر زيارة 2020/12)

وما يعزز في **اعتقادي** من فكرة السندات الخاصة التنفيذية الإلكترونية في فرنسا، هو نص المادة 1379 مدني الجديدة بالمرسوم 131-2016 على أن تعد الصورة التنفيذية أو الرسمية للمحرر الرسمي، الخطي أو الإلكتروني، صورة معتمدة[458].

وعلى أية حال، فكلما اتجهنا إلى الاعتراف بالقوة التنفيذية للسندات الخاصة، كلما زادت فرص الحصول على سندات تنفيذية إلكترونية في ظل قوانين المعاملات والإثبات الإلكتروني التي تعزز من القوة الثبوتية الإلكترونية السندات الخاصة ذات القوة التنفيذية، مقارنة بالسندات التنفيذية القضائية التي غالباً ما تُستبعد من نطاق تطبيق هذه قوانين المعاملات الإلكترونية تاركةً تنظيمها الإلكتروني لقوانين المرافعات.

الفرع الثالث

الرقابة القضائية الموضوعية والتنفيذية على فعالية السندات الخاصة التنفيذية

من تبعات عدم تمتع السندات الخاصة التنفيذية لحجية الأمر المقضي أنه يمكن شل فعاليتها من خلال آليات إجرائية عديدة ليس فقط أمام قاضي التنفيذ بمناسبة تنفيذها، بل وأمام قاضي الموضوع، وذلك على النحو التالي:

أولاً: – الرقابة القضائية الموضوعية على فعالية السندات الخاصة التنفيذية

أول ما قد يتبادر إلى الذهن بأنه طالما أن العمل الخاص المؤكد قد مُنح القوة التنفيذية، فتلك القوة قد طهرت هذا العمل من أي عيب يشوبه. والصحيح ، أن منح القوة التنفيذية– ولو بتدخل قاض وأمره–لا يطهر عيوب الاتفاق من البطلان، لأن القوة التنفيذية اعتمدت تأكيد الحق المراد اقتضاؤه ولا يمنع ذلك من الادعاء ببطلان العمل الخاص[459]. وحتى في فرض تدخل القاضي فرقابته رقابة

---

[458] تنص المادة 1379 من القانون المدني على أن: "الصورة المعتمدة لها القوة الثبوتية ذاتها للأصل. هذا الاعتماد متروك لسلطة القاضي. ومع ذلك، تعد الصورة التنفيذية أو الرسمية للمحرر الرسمي صورة معتمدة".

« La copie fiable a la même force probante que l'original. La fiabilité est laissée à l'appréciation du juge. Néanmoins est réputée fiable la copie exécutoire ou authentique d'un écrit authentique ».

[459] فإن بطلان الاقرار بالدين الموثق لنشأته في فترة الريبة لا يصلح أساسا للحجز التنفيذي وإجراءات التنفيذ الجبري

قانونية *contrôle de légalité*. فيمكن مثلاً تصور التصديق والاتفاق المصدق باطل، لأنه لا يحوز الحجية التي تحصنه وأكد على ذلك الكثير من الأحكام في فرنسا[460]، ولكن نظراً لأن قرار التصديق فيه غير قابل للتجزئة من الاتفاق ذاته، فإذا ابطل الاتفاق لم يعد لقرار التصديق محلاً، ولا ينتج أثاره ومنها منح القوة التنفيذية[461].

وقد يُقال بأن إرادة القاضي وإن كانت متراجعة لدور مكمل أو ثانوي في السندات الخاصة التنفيذية، ولكن إثبات أو تصديق القضاء قد يُحصن العمل من العيوب، إذ ليس من المنطقي أن يُمنح التصرف الخاص القوة التنفيذية وهو معيب.

ولكن يُرد على ذلك بأن الإثبات أو التصديق لا يكون إلا لهدف منح القوة التنفيذية، والأخيرة لا تفترض التيقن من صحة العمل، حتى لا تُتخذ المنازعة في الصحة عائقاً أو مؤخراً للتنفيذ[462]. ولنا في الحكم القضائي الابتدائي المشمول بالنفاذ المعجل خير مثال، حيث يصبح احتمال تأييده قوياً رغم أنه معرض للإلغاء بالاستئناف. أما على مستوى السندات الخاصة التنفيذية، فقوتها تكمن في الإرادة التفاوضية والرضا باعتبار التصرف الخاص سند تنفيذي كما في المحرر الموثق[463].

او سقط بالتقادم.

Cass. com., 1er oct. 2002, n° 01-03.216 : JurisData n° 2002-015711 ; Bull. civ. 2002, IV, n° 134; Cass. 2e civ., 9 sept. 2010, n° 09-16.538 : JurisData n° 2010-015406 ; Bull. civ. 2010, II, n° 149.

(460) وقضت محكمة النقض الفرنسية بعدم جواز ابطال اتفاق الطلاق التبادلي لو كان مستندا على الإكراه.

Cass. Civ. 2eme, 13 novembre 1991, n°90-17.840, Bull. 1991, II, n°303, p.160.Cass. Civ. 1ère, 12 décembre 2000, n°98-19.147, Bull. 2000, I, n°318, p.206 ; RJPF, 2001, p.24, J. VASSAUX ; Dr. et Pat., 2001, p.105, A. BÉNABENT.

(461) Gougeon, Audrey. *L'intervention du tiers à la formation du contrat*. Diss. 2016. p.326. no 645

(462) Th. Clay, obs. sous Cass. 2e civ., 26 mai 2011, *JCP* 2011, n° 1397.

(463) PERROT (R.), « *Juge de l'exécution. Compétence d'attribution : difficultés relatives aux titres exécutoires* », *R.T.D. Civ.*., 1995, p. 692 ; C. Radé, *Les effets de la transaction, in La transaction dans tous ses dimensions*, p. 87.

فلا يمكن إذاً تصور أن تلك الرقابة المحدودة على العمل محل السندات الخاصة التنفيذية، مقارنة بالسندات القضائية، تطهره من كل العيوب المحتملة، حيث لا يتمتع بحجية الأمر المقضي، فيجوز أن تخضع لرقابة القضاء من حيث صحة تكوينها أي قبل منحها القوة التنفيذية أو عند منحها تلك القوة، أو حتى بعد ذلك خلال عملية التنفيذ، عكس حكم القضاء التي تحصن بالحجية[464].

وآلية الرقابة على السندات الخاصة التنفيذية إما أن تكون منصبة مباشرة على التصرف الخاص من خلال دعوى البطلان الأصلية[465] أو الدفع بالبطلان[466] أو الدفع بعدم التنفيذ[467]، أو التقادم

---

[464] والمنازعة في الحق الموضوعي لا تعتبر منازعة تنفيذ إلا بعد نشأة السند التنفيذي. أما قبل ذلك، فإنها تكون دعوى عادية ولا يختص قاضي التنفيذ. قرب ذلك: نقض مدني 1977/5/14 في الطعن رقم 496 لسنة 43 ق. فتحي والي، التنفيذ، ص661.

[465] دعوى بطلان التصرف محل السند ليست لها ميعاد محدد ما لم ينص القانون صراحة على ميعاد ما مثل دعوى بطلان العقد في القانون المدني المصري 3 سنوات أو مدة 15 سنة. ودعوى بطلان العمل التحضيري للسند التنفيذي الخاص قد يكون لها مدة تقادم وهي 15 سنة (التقادم الطويل) أو مدة قصيرة حسب المدد القصيرة المنصوص عليها في القانون المدني. ولكن نوصي المشرع بانه ينص على آلية دعوى البطلان على العمل التحضيري للسند التنفيذي الخاص تكون مدة التقادم فيها قصيرة وليس طويلة ولتكن بمدة 3 سنوات حتى نضمن الاستقرار في الحقوق والمراكز التي تضمنها العمل التحضيري للسند التنفيذي الخاص.

[466] بحسب ما تنص عليه القواعد التي تضع شروطاً لصحة العمل مضمون السند التنفيذي الخاص. فمثلاً: الأوراق التجارية لقاعدة تطهير الدفوع (استقلال الورقة عن علاقة الأساس).

[467]يكون المدين في المحرر الموثق الذي أُعلن بأول إجراء للتنفيذ في وضع يسمح له دائما بإحالة جميع المسائل محل نزاع إلى قاضي التنفيذ، ولا يحكم الأخير بعدم اختصاصه أو قبوله، حيث يمكن للمنفذ ضده أن يدفع بشكل مفيد بتقادم المطالبة، وبطلان العمل، وفي عبارة كل الدفوع الموضوعية.

Xavier Lagarde, Notaire - *Le notaire et l'exécution forcée* Rapport de synthèse - Etude Rapport de synthèse, La Semaine Juridique Notariale et Immobilière n° 10, 8 Mars 2019, 1129, n°9.

[468] أو المنازعة في نفاذه كاتفاق خاص[469]، أو بوجوب الطعن بالتزوير[470]، وذلك أمام قاضي الموضوع تارة، أو على الأمر بمنح القوة التنفيذية – في السندات الخاصة التي تتطلب أمر على عريضة لمنحها تلك القوة– أمام القاضي الآمر، تارة ثانية[471]، أو بطريق غير مباشر من خلال المنازعة في تنفيذ تلك السندات الخاصة أمام قاضي التنفيذ تارة ثالثة[472].

---

(468) Cass. Civ. 1ere 12 juillet 2012, n°09-11.582, Bull. 2012, I, n° 173; Gougeon, Audrey. *L'intervention du tiers à la formation du contrat*. Diss. 2016. P.106

(469) تضمين عقد الإيجار للصيغة التنفيذية لا يمنع أطراف العقد من الحق في اللجوء إلى القضاء الموضوعي بشأن أي منازعة تثور بخصوص تنفيذ عقد الإيجار وبيان ما تضمنه من حقوق والتزامات نظراً لتجدد أمر ما حال تنفيذه. وعلى سبيل المثال منازعة المستأجر في مقدار الأجرة بطلب إنقاصها نظراً لانتقاص المنفعة من العين المؤجرة. أو طلب المؤجر بطلان بند من بنود العقد. قد يكون فيه مخالفة للنظام العام أو الآداب أو قيام أحد أطراف العقد بمخالفة بند من بنود عقد الإيجار يحتاج إلى أدلة وإثبات قضائي. كما لو استخدام المستأجر العين المؤجرة في أعمال منافية للآداب لا أقام أعمال بنائية أو هدم جزء من العين أو أساء استخدامها بشكل عام ويحتاج الأمر إلى دعوى قضائية فإن تضمين العقد صورة تنفيذية لا يحول دون اللجوء للقضاء. كذلك الحال في حاله أحقية أحد طرفي العلاقة الإيجارية في طلب التعويض.

(470) إذا كانت العمل الخاص مفرغ في قالب رسمي، وأراد أحد أطرافه أن ينازع البيانات التي تدخل في حدود مهمة الموظف المحرر أو ثبتت أمامه في حضوره تحت بصره أو سمعه.

(471) أياً كان القرار الصادر في مراجعة الأمر بمنح القوة التنفيذية لا يؤثر في التصرف الخاص ذاته العمل التحضيري للسند التنفيذي الخاص.

H. Croze et Olivier Fradin, Procédure civile - *L'ordonnance par laquelle le juge donne force exécutoire à la transaction est une ordonnance sur requête* - Commentaire La Semaine Juridique Edition Générale n° 42, 17 Octobre 2007, II 10172.

(472) والأصل أن قاضي التنفيذ بالمحاكم العادية هو المختص بنظر منازعات التنفيذ بشأن أي سند تنفيذي ما لم ينص القانون على اختصاص قاضي تنفيذ آخر كما لو كان تابعاً لمحكمة متخصصة مثلاً. وتنص المادة L213-6 من قانون التنفيذ الفرنسي (معدلة بالقانون رقم 2019-222 تاريخ 2019/3/23 – م95) على أنه: "يختص قاضي التنفيذ حصرياً الصعوبات المتصلة بالسندات التنفيذية ومنازعات التي تثار بمناسبة التنفيذ الجبري، حتى إذا كانت مبنية على موضوع الحق إلا إذا كانت تخرج عن اختصاص القضاء العادي".

فالعمل الموثق أو اتفاق الصلح أو اتفاق التمويل العقاري يجوز المنازعة في صحته أمام قاضي الموضوع، أو أمام القاضي المصدق (أو المثبت)، أو أمام قاضي التنفيذ. ولكن تظل الرقابة من قاضي الموضوع متعمقة على عكس رقابة القاضي المانح للقوة التنفيذية الخفيفة والظاهرية، بينما رقابة قاضي التنفيذ تكون مشروطة بأن تكون بمناسبة التنفيذ. والغاية من ذلك هي الموازنة بين الحاجة إلى عدم المخاطرة بحجز دون أساس من جانب، والحرص على تجنب مناورات التأخير لا يقصد سوى تأخير التنفيذ أو تثبيط الدائن الذي يقبض عليه من جانب آخر.

ولا تقبل السندات الخاصة التنفيذية للطعن فيها بطرق الطعن المعتمدة قانونا لأخطاء في التقدير. ذلك أن الخصوم أنفسهم هم الذي يقومون بتطبيق القانون وتسوية منازعاتهم القائمة بينهم، فالتقدير في السندات الخاصة التنفيذية يقوم به أساساً الخصوم أنفسهم وليس القاضي، ولكن هذه الحصانة من الطعن لا تمتد لدعوى البطلان[473] الموجه إلى العمل الخاص التحضيري أو القرار بمنح القوة التنفيذية.

Article L213-6: « ***Le juge de l'exécution connaît, de manière exclusive, des difficultés relatives aux titres exécutoires et des contestations qui s'élèvent à l'occasion de l'exécution forcée, même si elles portent sur le fond du droit à moins qu'elles n'échappent à la compétence des juridictions de l'ordre judiciaire*** ».

ولذلك يشترط لاختصاص قاضي التنفيذ بمنازعات التنفيذ المبنية على الموضوع أن تكون متصلة بعملية التنفيذ.

PERROT (R.) et Ph. THERY, *Procédures civiles d'exécution*, Paris, Dalloz, 2è éd. 2005, n°231.

(473) ولذلك ألغى المشرع الفرنسي في المادة 1441 مرافعات ما رتبه على اتفاقات الصلح الخاضع للقانون المدني (التسوية) من قوة الامر المقضي لأنها لا تصدر في شكل حكم حتى نقول انها تتمتع بقوة الامر المقضي وقد غالى في التشبيه بين الاتفاقات والأحكام منعاً للبس والغموض.

عند الخطأ في الإجراء كما يرى البعض، كما لا يمكن ممارسة الطعن في كل الأحوال إلا إذا كانت الاعمال الخاصة اتخذت شكل الحكم (كالحكم المثبت للصلح) اما لو كان في غير شكل الحكم (محضر أو عقد أو شهادة) فلا حديث أصلا عن الطعن أيا كان مضمونه. قرب ذلك: أحمد ماهر زغلول، أصول وقواعد المرافعات، ص 979 وما بعدها، بند 448.

ثانياً: – الرقابة القضائية التنفيذية على فعالية السندات الخاصة التنفيذية

ونتيجة عدم حيازة السندات الخاصة التنفيذية حجية الأمر المقضي، فإن "اتساق النظام" يتطلب من قاضي التنفيذ أن يبت في صحة العمل المؤكد فيها[474].

وفي فرنسا، لقاضي التنفيذ الاختصاص العام بنظر المنازعات المتعلقة بالسندات الخاصة التنفيذية، وحتى لو كانت المنازعة بشأن صحة العمل[475] أو المحرر[476]. ولكن مر هذا الأمر بتطور مهم، حيث كان الأمر المستقر عليه في فرنسا، قبل18 يونيو 2009، وبحسب رأي محكمة النقض الفرنسية 16 يونيو 1995، على عدم اختصاص قاضي التنفيذ بنظر صحة السندات التنفيذية. ولفترة طويلة من الزمن[477].

ولكن صدر قرار محكمة النقض في 18 يونيو 2009 بجواز المنازعة في صحة إرادة أطراف الكفالة الموثقة بناءً على التدليس[478]. ويرى البعض أن الحكمة من النص على انتفاء سلطة قاضي التنفيذ في تعديل منطوق الحكم أو وقف تنفيذه– بموجب المادة 2/8 من المرسوم 31 سنة 1992–

---

(474) R. Laher, *Imperium* et *juridictio* en droit judiciaire privé, op. cit, n° 495.

(475) بشأن المحرر الموثق انظر:

Cass. 2e civ., 18 juin 2009, n° 08-10.843 : JurisData n° 2009-048640 ; Bull. civ. 2009, II, n° 165 ; JCP G 2009, note 191, Y. Desdevises et P.-A. Mérand ; Defrénois 2009, art. 39025, obs. Ph. Théry.

(476) وفي التفرقة بين المحرر والعمل، نجد أن محكمة النقض الفرنسية قضت بأن العيوب التي تصيب التمثيل الاتفاقي، بموجب توكيل، لأحد أطراف العمل الموثق أمام الموثق لا تعد من العيوب الشكلية التي ترتب عليها المادة 1370مدني فرنسي (تعديل سنة 2016، سابقاً م 1318) بفقد الرسمية وتبعا القوة التنفيذية للعمل

Cass. 1re civ., 1er oct. 2014, n° 13-19.461 : JurisData n° 2014-022786 ; JCP N 2014, n° 43, act. 1110.

(477) Cass., avis, 16 juin 1995, n° 09-50.008, RTD civ. 1995. 691, obs. R. Perrot. V. Civ. 2e, 5 avr. 2001, n° 99-14.756, Bull. civ. II, n° 75; D. 2001. 1593, et les obs.

(478) Cass. 2e civ., 18 juin 2009 : Bull. civ. 2009, II, n° 165.

هي حجية الأمر المقضي التي يحوزها الحكم، وهو ما لا ينطبق على المحرر الموثق فهو سند تنفيذي ليس كالحكم القضائي[479]. فإذا كان الحكم خلاصة إرادة القاضي في تطبيق القانون، فالمحرر الموثق هو خلاصة إرادة الأطراف التي يضفي عليها الموثق صفة الرسمية دون تدخل في صحة الالتزامات، لذلك قد لا تظهر المنازعات – للطبيعة الاتفاقية للعمل الموثق– إلا عند التنفيذ. ويرى البعض[480] من الفقه الفرنسي أن حكم النقض الأخير 2009 وضع المحررات الموثق في نظام موحد مع الأحكام القضائية.

ومن بعد سنة 2009، يمكن لقاضي التنفيذ الحكم على صحة عمل موثق، كمحرر *instrumentum*وكعمل قانوني*negotium* . وبالتالي فإن العمل الموثق، هو سند تنفيذي يبدو أقل اكتمالاً من حكم القضاء، لأنه لا يتمتع بحجية الامر المقضي، فهو ليس حكماً، ولكن لهذا السبب بالتحديد لا يسيء قوته التنفيذية إلى مقتضيات المحاكمة العادلة، فالموثق لا يطيح بالقاضي ويحرم المدين من أي لجوء له[481]. كما يجوز لقاضي التنفيذ وقف التنفيذ في السندات الخاصة التنفيذية، مقارنة بالحكم القضائي[482].

وفي مصر، إن القضاء والفقه متفقان على أنه يجوز تقديم إشكالات في تنفيذ العقد الموثق – مقارنة بالحكم القضائي– مبنيةً علي أسباب سابقة علي صدوره، إذ أن الحكم يكون قد فصل في

---

(479) PERROT (R.), obs. ss. Cass. avis, 16 juin 1995, préc.

(480) PERROT (R.), « *Juge de l'exécution : compétence sur les incidents relatifs aux actes notariés* », op.cit., p.1.

(481) R. 121-1 " "لا يمكن لقاضي التنفيذ تغيير منطوق حكم القاضي التي تشكل الأساس للادعاء، ولا وقف تنفيذه من قانون التنفيذ الفرنسي.
A. Leborgne, *Voies d'exécution et procédures de distribution*, 1re éd., Dalloz, 2009, n° 440; Cass. 2e civ., 20 sept. 2012, n° 12-40.055 : JurisData n° 2012-021045 ; Cass. 2e civ., 18 juin 2009, n° 08-10.843 : JurisData n° 2009-048640 ; Bull. civ. 2009, II, n° 165.- V. égal. Cass. 2e civ., 31 janv. 2013, n° 11-26.992 : JurisData n° 2013-001140 ; Bull. civ. 2013, II, n° 19.

(482) إن المادة R121-1 من قانون التنفيذ تنص على ألا يجوز لقاضي التنفيذ أن يعدل من منطوق القرار القضائي أساس للتنفيذ، ولا وقف التنفيذ. وهذا النص يمنع قاضي التنفيذ من وقف التنفيذ إذا كان مبنياً على عمل قضائي ذات قوة تنفيذية، دون المحرر الموثق، وهو ما يجري عليه العمل بالفعل تفسيرا بمفهوم المخالفة لنص المادة سالفة الذكر.
. TGI Perpignan, JEX, 9 mars 1998 : Gaz. Pal. 1999, 1, 114 ; Pierre Berlioz, *Acte authentique*, op. cit, 1252, n°27.

خصومة بعد سماع الطرفين و تمحيصه أما المحررات الموثقة فهي أما إقرارات فردية أو عقود لا يبحثها الموثق، وإنما يثبتها علي مسئولية المقر بها أو طرفيها دون فحص أو تمحيص و بالتالي لا يتعرض لصحتها أو بطلانها[483].

ولكن هل ينسحب الحل الذي اعتمدته محكمة النقض الفرنسية أو المحاكم المصرية بشأن المحررات الموثقة على باقي السندات الخاصة التنفيذية، مثل سند المحضر حال الامتناع عن دفع شيك أو الاتفاق بين الدائن والمدين على تسوية الديون الصغيرة أو اتفاق التمويل العقاري؟

إن الإجابة بالإيجاب[484]، وقررت محكمة النقض الفرنسية بأنه ليس من صلاحيات قاضي التنفيذ التحقق من مصدر حق طالب التنفيذ في مواجهة ساحب الشيك[485]، غير أن السند الذي يُحتج به هنا هو عمل من أعمال المحضرين، وهو ليس أكثر من موثق مراقب للحق الموضوعي سبب التنفيذ الجبري. وفي **اعتقادي** أنه يجوز سحب ذلك على باقي السندات الخاصة التنفيذية إذ لا تتمتع بالحجية.

ويجوز التمسك في الإشكال في تنفيذ السندات الخاصة ذات القوة التنفيذية بوقائع سابقة على صدور العمل الخاص عكس الحكم القضائي كسند تنفيذي، فـ"يجوز " للقاضي وقف تنفيذ المحررات الموثقة بسبب الطعن التزوير[486] .

---

(483) ففي أحوال الإشكالات في تنفيذ المحرر الموثق يتعين علي قاضي التنفيذ بحث ادعاءات المستشكل لتقدير مبلغ الجد فيها، فإذا أتضح له من ظاهر الأوراق جديتها قضي بوقف التنفيذ حتى يفصل في أصل النزاع. (اشكالات التنفيذ- أحمد المليجي- ص 474-475- الطبعة الخامسة)". حكم المحاكم الاقتصادية رقم 2114 لسنة 2010 قضائية بتاريخ 30-11-2010؛ وحكم المحاكم الاقتصادية رقم 125 لسنة 2012 قضائية بتاريخ 29-12-2012.

(484) Stéphane PIEDELIÈVRE, *Titre exécutoire - Acte d'huissier et recouvrement de créances* - Commentaire- Document : Revue de Droit bancaire et financier n° 5, Septembre 2015, comm. 168.

(485) Civ. 2e, 5 avr. 2001, Bull. civ. II, n° 75; D. 2001. IR. 1593.

(486) تنص المادة 1371 فقرة أخيرة (معدلة بالمرسوم 131-2016 تاريخ 2016/2/10- م4) من القانون المدني على أنه: "في حال تسجيل طلب التزوير، للقاضي أن يوقف تنفيذ التصرف".

Article 1371 :*« En cas d'inscription de faux, le juge peut suspendre l'exécution de l'acte* ».

وإذا اتخذت المنازعة في التنفيذ صورة الإشكال أمام قاضي التنفيذ[487]، فتنطبق القواعد العامة للاستشكال في التنفيذ الواردة في قانون المرافعات، ما لم يرد به نص خاص بصدد السندات الخاصة التنفيذية[488].

وبشأن اختصاص قاضي التنفيذ فاختصاصه خاص ومرتبط بمنازعات التنفيذ، وبالتالي لا يختص بمنازعات مرحلة تكوين السند التنفيذي إلا بنص خاص كما هو الحال في التصديق على اتفاق التمويل العقاري[489]، وإلا كان الأصل الاختصاص لقاضي الموضوع. بينما في فرنسا يكون الاختصاص لقاضي التنفيذ بمنازعات التنفيذ ولو مبنية على النظر في الموضوع.

وإذا كان للقضاء أن يراقب صحة مضمون السند الخاص التنفيذي، ألا يؤدي ذلك إلى خلل في ثقة وجود السلطة العامة في تكوين السند الخاص التنفيذي؟

وهو ما قضت به محكمة النقض المصرية - مدني - الطعن رقم 998 لسنة 52 قضائية بتاريخ 1986-01-21 مكتب فني 37 ج 1 ص 132.

(487) ذهب البعض في إطار أوامر الأداء على جواز المنازعة في تنفيذها على أساس الوقائع السابقة على صدورها، لأنها تصدر دون سماع دفاع المدين، ولكن عُورض هذا الرأي لأنه يؤدي إلى إهدار حجية أمر الأداء. كما أن فلسفة أمر الأداء قائمة على أساس صدور عمل قضائي حائزا لحجية الامر المقضي ولكن بإجراءات مختصرة وبدون خصومة. انظر في هذا الرأي في بالتفصيل وانتقاده: وجدي راغب، التنفيذ القضائي، سنة 1995، ص368، وهوامش ذات الصفحة. فالمعيار إذا في **اعتقادي** ليس في عدم سماع المدين ولكن في عدم حيازة السندات الخاصة حتى مع تدخل القضاء فيها لحجية الأمر المقضي.

(488) وتظهر الخصوصية كما هو الحال عند الاستشكال في تنفيذي عقد التأجير التمويلي، إذ ولكل ذي شأن الاستشكال من هذا التنفيذ خلال ثلاثة أيام من تاريخ إعلان السند التنفيذي وتكليف الحائز برد الأصل المؤجر بصحيفة أو بطريق الاعتراض عليه أمام المحضر عند البدء في التنفيذ، ويختص بنظر هذا الإشكال قاضي التنفيذ بالمحكمة الاقتصادية المختصة الذي يتعين عليه الفصل فيه خلال سبعة أيام على الأكثر، ويترتب على رفع الإشكال وقف التنفيذ إلى حين صدور الحكم فيه (م 28 من قانون التأجير التمويلي والتخصيم).

(489) وتجدر الإشارة هنا إلى التمييز بين سلطة قاضي التنفيذ بنظر منازعات تنفيذ السندات الخاصة التنفيذية، واختصاصه الاستثنائي الخاص في منح القوة التنفيذية بالتصديق كما في اتفاق التمويل العقاري، إذ أن اختصاصه الأخير بموجب سلطته القضائية الولائية، بينما اختصاصه بنظر المنازعات الموضوعية والمستعجلة تكون بموجب سلطته القضائية الموضوعية والمستعجلة.

ففي إطار المحررات الموثقة، أشار البعض[490] إلى أن توسيع نطاق اختصاص قاضي التنفيذ التي تسمح له بمراجعة الأسس التعاقدية للسند التنفيذي من شأنه أن يؤدي إلى إضعاف سلطة الموثق القانونية، بينما ذهب رأي آخر[491] إلى أنه لا يبدو أنه يمس بأي شكل من الأشكال سلطة الموثق. و**نميل** إلى الرأي الأخير لأنه يجب التمييز بين القوة الثبوتية للمحرر وصحة العمل الخاص محل التوثيق، فالأخير إنما يثبته الموثق على مسئولية ذوي الشأن ولا يتعرض لصحتها أو بطلانها ولذلك تجوز المنازعة أمام قاضي التنفيذ، على الرغم من أنه لا يجوز إثبات عكس بياناته إلا بقيد طلب التزوير (م 303 من قانون المرافعات الفرنسي) أمام قاضي الموضوع وليس قاضي التنفيذ.

ولكن هل يجوز وقف القوة التنفيذية للسندات الخاصة أمام قاضي الموضوع؟

إن السندات الخاصة ذات القوة التنفيذية لا يمكن استعمال مكنة طلب وقف النفاذ في إطارها أمام قاضي الطعن، لأن آلية وقف التنفيذ تفترض وجود طعن يقدم طلب وقف التنفيذ تبعاً له[492]. والسندات الخاصة التنفيذية لا تتضمن قراراً قضائياً فلا يجوز الطعن فيها، عكس السندات العامة (الحكم القضائي واجب التنفيذ القابل للطعن فيه)، مما يعني محدودية الآليات الإجرائية التي توقف عملية التنفيذ لغرض تحقيق السرعة. كما أنه ولذات ما تقدم من سبب، فنظام الاستئناف الوصفي ونظام الكفالة في وقف النفاذ لا يتلاءم مع طبيعة السندات الخاصة التنفيذية.

بيد أنه إذا كان بعض السندات الخاصة التنفيذية تُمنح قوتها التنفيذية بموجب أمر من القاضي، كالاتفاق المصدق عليه، فيمكن التظلم من الأمر وطلب وقف تنفيذ مع التظلم[493]. **وإذا كانت السندات الخاصة التنفيذية يمكن أن يكون التصرف مضمونها محلاً لدعوى البطلان الأصلية، فهل يجوز طلب وقف تنفيذ كطلب عارض في دعوى البطلان الأصلية؟**

---

(490) A. Leborgne, Voies d'exécution et procédures de distribution, 1re éd., Dalloz, 2009, n° 845).

(491) Jean-Jacques Ansault, *La Cour de cassation redonne toute sa confiance au juge de l'exécution*. Recueil Dalloz 2009 p.2525.

(492) سيد أحمد محمود، أصول التنفيذ الجبري، ص328.

(493) م 292 مرافعات مصري. انظر: سيد أحمد محمود، أصول التنفيذ، ص328.

قد يتصور رأي بعدم جواز طلب وقف التنفيذ إلا إذا اجازه القانون صراحة على أساس أن القوة التنفيذية عموماً لا يجوز تعطليها أو وقفها أو منعها إلا بمسوغ قانوني، بينما قد يتصور رأي مقابل – وهو ما **نميل** إليه– بأنه يجوز تقديم طلب وقف القوة الملزمة للتصرف الخاص الملزم وبالتبعية إذا صدر حكم بوقف القوة الملزمة أوقفت القوة التنفيذية وإلا وردت على محل موقوف، وعندئذ يكون طلب عارض بإجراء وقتي أو تحفظي على أساس المادة 124 مرافعات مصري[494].

الخاتمة

أولاً: – النتائج

1- النتيجة الرئيسية من هذه الدراسة هي الكشف عن نوع جديد من السندات التنفيذية، تخرج عن إطارها الطبيعي والمعتاد، باعتمادها على الإرادة الخاصة لذوي الشأن، لا على إرادة القاضي. فلم يعد محل السند التنفيذي في كل الأحوال "عملاً إجرائياً ذا الطابع العام".

2- إن الأساس التشريعي للسندات الخاصة التنفيذية، في مصر، يتمثل في المادة 280 مرافعات التي تعتبر من السندات التنفيذية الأوراق الأخرى التي يعطيها القانون– ولو كان غير قانون المرافعات– هذه الصفة. بينما الأساس في فرنسا هو المادة L. 111-3 من قانون الإجراءات المدنية للتنفيذ الفرنسي التي وضعت قائمة حصرية بالسندات التنفيذية، يتم تعديلها تشريعياً، في كل مرة يتم فيها إنشاء سند تنفيذي غير قضائي جديد.

3- تبنى المشرع المصري، باستحياء شديد، فكرة السندات الخاصة ذات القوة التنفيذية، مقارنة بنظيره الفرنسي، لا سيما وأن البيئة التي تتكون فيه هذه السندات بعيدة عن "القضية" ومبادئ التقاضي، فلابد من تفسير أحكامها ونطاقها تفسيرا ضيقا لا يتوسع فيهما ولا يقاس عليهما.

4- تنوعت السندات الخاصة التنفيذية بحسب تدخل السلطة العامة في منح القوة التنفيذية سواء تمثلت في القاضي ولكن بدور جديد وهو منح القوة التنفيذية، أو الموثق، أو غيرهما كالمحضر والمحامي،

---

(494) للمدعي أن يقدم من الطلبات العارضة: ... 4) طلب الأمر بإجراء تحفظي أو وقتي.) 5) ما تأذن المحكمة بتقديمه مما يكون مرتبطا بالطلب الأصلي.

أو بدون تدخل السلطة العامة أصلاً، وبالتبعية بحسب البيئة التي تكونت فيها من حيث وجود خصومة قضائية من عدمه.

5- في القانون الفرنسي، وجدنا أن السندات الخاصة التنفيذية المبنية على الإرادة الخاصة والتفاوضية هي: الاتفاقات التي يمنحها القضاء القوة التنفيذية (المصدق عليها)، ومحضر الصلح القضائي، والمحرر الموثق، واتفاق الطلاق التبادلي، وسند المحضر في حالتي الامتناع عن دفع شيك واتفاق تسوية الديون ذات المبالغ الصغيرة. وبتتبع التشريعات المصرية فهي: عقد التمويل العقاري المصدق عليه، ومحاضر الصلح القضائي، واتفاقات التسوية والوساطة في مجالي الأسرة والإفلاس، والمحرر الموثق (وعقد الإيجار الموثق)، وعقد التأجير التمويلي المقيد لدى هيئة الرقابة المالية.

6- إن المشرع ابتدع سندات خاصة تنفيذية على أساس فني تمثل في فكرة "التحول عن القضاء" قائمة على التخفيف من دور القضاء والأخذ بروح هذه المبادئ، وكأن المشرع كيميائي، يخفف من بعض العناصر المكونة للسندات التنفيذية القضائية أو يستغني عنها تماماً ويعوضها ويستبدلها بعناصر أخرى، ليقيم نوعاً من "التوازي بين السندات التنفيذية" على حد تعبيرنا، ولا نقول المطابقة مع عناصر السندات التنفيذية القضائية النموذجية، معتمداً على وجود إرادة ذوي الشأن الخاصة.

7- إن للتحول عن القضاء- أساس السندات الخاصة التنفيذية- آليات. **الآلية الأولى** منها التخفيف من دور العنصر القضائي في تكوين السند التنفيذي، باستدعاء دور آخر لها وهو دور منح القوة التنفيذية برقابة معاصرة لتكوين التصرف الخاص بالإثبات أو رقابة لاحقة على تكوين التصرف الخاص بالتصديق. **الآلية الثانية** هي الاستغناء عن القضاء تماماً كما في محررات الموثق والمحامي مع الموثق بدور التسجيل لا التوثيق، والمحضر، ولكن مع تحديث القواعد المهنية التي تحكم عمل هؤلاء ليكونوا مهيئين لتفويضهم سلطة الإجبار ومنح القوة التنفيذية. **الآلية الثالثة** هي الاستعاضة عن التطبيق الصارم لمبادئ القضية العادلة بتطبيق روحها، وبما يتناسب مع أساس هذه السندات (أعمال إرادية تفاوضية) وطبيعتها والبيئة التي تكونت فيها والغير الذي يشترك في تكوينها.

8- إذا كان عدم تطبيق مبادئ القضية العادلة يشكك في القوة التنفيذية للسندات الخاصة، فلماذا لا يتمتع الحكم القضائي الابتدائي، أوحكم التحكيم، بمجرد صدورهما، القوة التنفيذية، رغم خضوعهما لمبادئ القضية العادلة، ولماذا تتمتع الأوامر على عريضة بالقوة التنفيذية المعجلة بقوة القانون وهي لا تخضع بحسب الأصل لمبدأ المواجهة!

9- إن منح القضاء القوة التنفيذية للعمل الخاص الإرادي له طابع منشئ –وليس مجرد ختم من القاضي– بموجب سلطته الولائية، تتحدد في التحقق من عدم مخالفة العمل للنظام العام، والتثبت من طبيعة الاتفاق، وقانونيته وتوافر شروط صحته الظاهرية. فهي رقابة قضائية غير متعمقة بل سطحية، يمارسها القاضي لا باعتباره مجرد مسجل للتصرف الخاص ولا قاضي موضوع، عوانٌ بين ذلك.

10- إن درجة الرقابة القضائية أو مداها في التصديق لمنح القوة التنفيذية للعمل الخاص قد تختلف في التصديق الاختياري، عن الإجباري كما لو انطوى الاتفاق أو التصرف على حقوق أطراف ضعيفة (حقوق متعلقة بالنظام العام الحمائي) أو الغير، كما في مجال قانون الاسرة (الطلاق والسلطة الأبوية) وقانون العمل (تسوية المنازعات العمالية) في فرنسا. والرقابة القضائية لمنح القوة التنفيذية أياً كان درجتها ومداها وعمقها ومضمونها لا تنطوي على الفحص المتعمق لمحتوى الاتفاق وصحته، ولا تعديل شروطه.

11- إن التحول عن القضاء كأساس فني للسندات الخاصة التنفيذية يستهدف تحقيق الائتمان، وفعالية اقتصادية، وتحقيق لوجستيات التقاضي (الاقتصاد في الوقت والجهد والنفقات والإجراءات)، وفتح سوق جديد لمهن قانونية، وجودة العدالة (تركيز مهمة القضاء)، والعدالة التشاركية (إعطاء دور إيجابي للأفراد في العدالة). ومن مظاهر اجتماعيات العدالة أن بعض هذه السندات الخاصة التنفيذية ترتبط بالعلاقات الأسرية التي تستحق السرعة في رأب صدعها.

12- السندات الخاصة التنفيذية تتضمن عملاً قانونياً، كتعبير عن إرادة خاصة يهدف إلى إحداث آثار قانونية، هذا العمل مثبت أو مصدق من سلطة الإجبار العامة في صورة محرر خطي ضروري لإثبات وضع قانوني أو لصحته.

13- ابتدع المشرع سندات خاصة تنفيذية تلعب فيها إرادة الأطراف دوراً أساسياً ومحورياً، تكملها إرادة السلطة العامة للدولة، في ترتيب الحق في التنفيذ. هذه الإرادة الخاصة لا يمكن أن تكون مصدراً وحدها لقوة إجرائية وهي القوة التنفيذية إلا إذا أُفرغت كتابةً في قالب شكلي (سند أو محرر رسمي أو عرفي أو عرفي مصدق) يجسد تدخل السلطة العامة. ويؤثر تنوع هذا القالب الشكلي على تنوع القوة الثبوتية وإجراءات منح القوة التنفيذية على التصرفات الخاصة التي تتضمنها، وتؤثر على كينونة رقابة السلطة العامة وماهيتها، وعلى فعالية السندات الخاصة التنفيذية.

14- لم تعد الرسمية– من وجهة نظرنا– جسر العبور الوحيد إلى القوة التنفيذية في كل الأحوال. فكما أن كل محرر رسمي لا يعد سنداً تنفيذياً، فلم يعد كل محرر ذو قوة تنفيذية يكون رسمياً. فلا تلازم بين القوتين الثبوتية والتنفيذية، فإذا كانت الأولى ترتبط بالحقيقة، فالثانية مرتبطة بالفعالية.

15- الأصل في تركيب السند التنفيذي الخاص أنه يتطلب تدخل السلطة العامة، إلا أن بعض السياسات التشريعية في بعض الدول كانت تخرج عنها، إذ لا تتطلب تدخل السلطة العامة في إضفاء القوة التنفيذية، كما في عقد التأجير التمويلي في مصر وبعض الأوراق (كالأوراق التجارية والعرفية) في تشريعات بعض الدول العربية.

16- إن اعتماد السند الخاص ذي القوة التنفيذية على الإرادة الخاصة فقط دون تدخل من الدولة أو سلطة عامة يكون مشبوهاً بشبهة عدم الدستورية، إذ أن في منح الحق في التنفيذ على أموال المدين ونزع ملكيتها للمنفعة الخاصة دون أي رقابة من سلطة الإجبار، ولو اكتفت الدولة بالنص التشريعي، اعتداءً على حقوق دستورية كحق الملكية الخاصة وهي مصونة.

17- إن السندات الخاصة التنفيذية لا تتضمن عملاً قضائياً وبالتالي لا تحوز حجية الأمر المقضي، لذلك ففعاليتها منقوصة ونسبية، ونتج عن ذلك تدرج بين السندات التنفيذية عامةً أو حتى في إطار السندات الخاصة التنفيذية من حيث الفعالية بالنسبة لاستخدام الحبس كوسيلة من وسائل الإكراه البدني، وبالنسبة لترتيب تأمينات قضائية في التنفيذ، وفي تقادم الحق والفوائد القانونية.

18- لا تصلح بعض السندات الخاصة التنفيذية لتنفيذ كل الحقوق– أياً كانت طبيعتها– التي تتضمنها ولا تمنح حاملها كل المكنات التنفيذية لأي سند تنفيذي بصفة عامة، لنكون أمام سندات خاصة تنفيذية وسندات تنفيذية خاصة.

19- إن الفعالية المنقوصة أو النسبية للسندات الخاصة التنفيذية دفعت إلى الحديث عن جواز الجمع بينها وبين استصدار حكم أو أمر قضائي نافذ تارة، والخيرة بين تلك السندات الخاصة التنفيذية ذاتها لتعوض نقص الفعالية في إحداها إذا كان السند الخاص التنفيذي لا يخول حامله مكنة إجرائية ما.

20- إن السندات الخاصة التنفيذية تتمتع بالمرونة المترتبة على تكوينها المتميز المبني على الإرادة الخاصة، بحيث يمكن تكملتها وتعديلها وتكرار طلب تنفيذها، وإليكترونيتها، مما يستدعي استحداث نصوص تواجه هذه الفعالية المتميزة.

21- من تبعات عدم تمتع السندات الخاصة التنفيذية لحجية الأمر المقضي أنه يمكن شل فعاليتها من خلال آليات إجرائية عديدة ليس فقط أمام قاضي التنفيذ بمناسبة تنفيذها، بل وأمام قاضي الموضوع، بالاستناد على وقائع قبل تنفيذها أو بعده.

ثانياً: – التوصيات

1-ابتداع سندات خاصة تنفيذية جديدة في نصوص تشريعية ولكن بعد تدخل سلطة الإجبار مع اعتمادها على الإرادة الخاصة، وذلك **مثل:**

– السندات القابلة لنقل ملكيتها عن طريق التسليم أو التظهير التي تثبت استحقاق مبلغ أو ملكية بضائع، بما في ذلك الأوراق التجارية وشهادات الإيداع البنكية ووثائق الشحن وسندات إيداع البضائع.

– الاتفاق على أتعاب المحاماة بين المحامي والموكل.

– التقرير بما في الذمة من المحجوز لديه في حجز ما للمدين لدى الغير والمقدم في قلم كتاب المحكمة الجزئية وفي حالة تقديمه بالشروط القانونية، ولكن بعد فوات الميعاد المبين في المادة 339 مرافعات، يكون سنداً تنفيذياً ضده لصالح الدائن بعد التصديق عليه من قاضي التنفيذ بأمر على عريضة منه.

– أدوات الدفع الإلكترونية.

– اتفاقات الائتمان العقاري، بالنص على اعتبار عقود الرهن أو الضمان الشخصي أو العقاري مع البنك، حال أن كان ملحقاً لعقد قرض موثق سنداً تنفيذياً تشجيعاً على الإقراض والائتمان.

2-تعديل المادة 287 مرافعات ليكون نصها كالآتي: "يجوز تنفيذ الأحكام جبراً ما لم ينص القانون أو الحكم ذاته على غير ذلك. على ألا يجوز اتخاذ إجراءات بيع المال المحجوز إلا إذا كان الحكم نهائياً أو ابتدائياً مشمولاً بالنفاذ المعجل". أليس من المنطقي الآن أن نجعل حكم أول درجة قابلاً للتنفيذ الجبري دون أن يصل إلى درجة النهائية إذا كانت الإرادة الخاصة مع التخفيف أو استبعاد مبادئ التقاضي الأساسية.

3-إصدار قانون تحديث المهن القانونية والقضائية تشمل المحامين والمحضرين وغيرهم، ووضع قواعد وسلوك مهنية، وتحدد مقتضيات منحهم شهادة التخصص القانوني والقضائي، بحيث يخول لهم سلطة الإجبار بالتصديق على الأوراق، بما تتضمنه من توقيعات، التي يحررونها بعد تقديم النصح والمشورة لذوي الشأن تمهيداً لاعتبار تلك الأوراق سندات خاصة تنفيذية.

4- ضرورة تعديل المادة 280 مرافعات بحيث تكون عبارة " اتفاقات الصلح التي يصدق عليها المحاكم"، بدلاً من عبارة "محاضر الصلح التي تصدق عليها المحاكم"، بحيث تكون اتفاقات الصلح المبرمة خارج الخصومة قابلة لأن تكون سندات خاصة تنفيذية صراحةً، وذلك بالالتجاء إلى قاضي التنفيذ لمنحها القوة التنفيذ بإجراءات التصديق الولائية.

5- ينبغي تجريم وقف التنفيذ أو الامتناع العمدي عن تنفيذ السندات الخاصة التنفيذية، تحقيقاً لفعاليتها، على غرار الأحكام والأوامر القضائية. ولذلك وجب تعديل المادة 123 من قانون العقوبات بإضافة عبارتين كالآتي: " يُعاقب بالحبس والعزل كل موظف عمومي استعمل سلطة وظيفته في وقف تنفيذ الأوامر الصادرة من الحكومة أو أحكام القوانين واللوائح أو تأخير تحصيل الأموال والرسوم أو وقف تنفيذ حكم أو أمر صادر من المحكمة أو من أية جهة مختصة أو **أي سند تنفيذي آخر**. كذلك يُعاقب بالحبس والعزل كل موظف عمومي امتنع عمداً عن تنفيذ حكم أو أمر **أو أي سند تنفيذي آخر** مما ذكر بعد مضي ثمانية أيام من إنذاره على يد مُحضَر إذا كان تنفيذ الحكم أو الأمر داخلاً في اختصاص الموظف.

6- من المأمول أن يتبني المشرع المصري الإجراءات المبسطة لتنفيذ الديون الصغيرة المنصوص عليها في القانون الفرنسي والتي تعد من المؤشرات الهامة للتقييم الاقتصادي بالبنك الدولي.

7-اعتبار الإقرار الثابت في ورقة –في غير خصومة قائمة- مصدقة أمام قاض بموجب سلطته الولائية سنداً تنفيذياً، طالما أن للمقر أن يعترض على صحة الإقرار ذاته – كأن يدعي بطلانه لنقصان الأهلية- أمام قاضي التنفيذ كإشكال في التنفيذ، ونوصي المشرع المصري بالنص على ذلك صراحةً.

8-نوصي ذوي الشأن ومحاميهم بكتابة العقود أو الاتفاقات أو الأعمال مضمون السندات الخاصة التنفيذية المذيلة بالصيغة التنفيذية بعبارات لا غموض فيها وإلا كان تفسيرها مبرراً قانونياً للالتجاء إلى القضاء.

9-النص في القانون المصري على الأخذ بفكرة اتفاق الإجراءات التشاركية، كما في الاعتداد باتفاق الطلاق التبادلي بوجود المحامين والمأذون سنداً تنفيذياً على الأقل لتنفيذ الحقوق المالية كمؤخر الصداق، بل وفي غير مجال الأسرة، في اتفاقات اتحاد الشاغلين أو السكان بوجود محامين ثم تسجيل الاتفاق في سجل الموثقين (كمسجلين).

10-النص في القانون المصري على الأثر التغييري للسندات الخاصة التنفيذية في مدة التقادم طالما أنها ابتدعت في خصومة قضائية أو بتصديق أو إثبات القاضي. بحيث تنص المادة 2/385 من القانون المدني، بعض إضافة عبارة، على النحو الآتي: "على أنه إذا حكم بالدين وحاز الحكم قوة الأمر المقضي **أو أي سند تنفيذي ابتدع في خصومة أو بإثبات قاض أو تصديقه** أو إذا كان الدين مما يتقادم بسنة واحدة وانقطع تقادمه بإقرار المدين، كانت مدة التقادم الجديد خمس عشرة سنة، إلا أن يكون الدين المحكوم به متضمناً لالتزامات دورية متجددة لا تستحق الأداء إلا بعد صدور الحكم".

11-النص في قانون المرافعات المصري على تقادم القوة التنفيذية للأحكام النافذة بمرور خمسة عشر سنة، بينما تتقادم السندات الخاصة التنفيذية بسبع سنوات، أو على الأقل لا تتطابق مع مدة تقادم القوة التنفيذية للأحكام القضائية؛ فكلما ابتعدنا عن هذه العناصر آنفة الذكر قلت مدة التقادم وكلما اقتربنا زادت.

12-تعديل المادة 181 من قانون المرافعات المصري، بإضافة مصطلح " الطرف"، لتنص على أنه لا تسلم الصورة التنفيذية إلا للخصم **أو الطرف** الذي يعود عليه المنفعة من جراء التنفيذ.

13-النص في قانون المرافعات على سلطة القاضي في منح الاتفاقات القوة التنفيذية بعد التصديق عليها، وجواز منح القاضي نظرة الميسرة.

14-النص في القانون المصري على جواز تكرار تنفيذ السندات الخاصة التنفيذية حتى لو كان التنفيذ وارداً على إلزام واحد ولكنه مستمر أو متجدد، كما لو كان التنفيذ مكرراً بالإخلاء من العين بموجب عقد الإيجار الموثق حال أن عاد المنفذ ضده نفسه إلى شغل العين مرة أخرى.

15-النص في قانون المرافعات على مدة تقادم قصيرة وليس طويلة ولتكن بمدة 3 سنوات لدعوى بطلان العمل المؤكد للسندات الخاصة التنفيذية، حتى نضمن الاستقرار في الحقوق والمراكز التي تضمنها العمل التحضيري للسند التنفيذي الخاص.

قائمة المراجع

أولاً: المراجع العربية

1) أحمد خليل، الحق في الإخلاء الجبري ونظامه الإجرائي، دار الجامعة الجديدة، سنة 1996.
2) أحمد سيد أحمد محمود، تطوير قانون الإجراءات (المرافعات) المدنية والتجارية مع التحولات الاقتصادية، دراسة في ضوء تشريعات دول الخليج العربية، مقبول للنشر في مجلة العلوم القانونية والاقتصادية، كلية الحقوق جامعة عين شمس، العدد الأول من يناير سنة 2019.
3) أحمد سيد أحمد محمود، نحو فكرة تأمينات قضائية في مجال التنفيذ الجبري، دار النهضة العربية، سنة 2016، ص25، ص26 وهامش (1).
4) أحمد ماهر زغلول، أصول التنفيذ الجبري القضائي، دار النهضة العربية، بدو سنة نشر.
5) أحمد ماهر زغلول، أصول وقواعد المرافعات، دار النهضة العربية، دون سنة نشر.
6) أحمد محمد حشيش، أساس التنفيذ الجبري في قانون المرافعات المدنية، مطبعة جامعة طنطا للكتاب الجامعي، طبعة 1998.
7) أحمد محمد حشيش، نظرية القوة التنفيذية لسند التنفيذ، دار الفكر الجامعي، سنة 2002.
8) أحمد هندي، أصول التنفيذ الجبري، دار الجامعة الجديدة، سنة 2021.
9) أسامة الروبي، التنفيذ الجبري على العقار وفقا لأحكام قانون التمويل العقاري، دار النهضة العربية، سنة 2005.
10) أسامة شوقي المليجي، التصنيف الفني لوظائف وأعمال القاضي "دراسة مقارنة"، دار النهضة العربية، سنة 2005.
11) الأنصاري حسن النيداني، الصلح القضائي، دراسة تأصيلية وتحليلية لدور المحكمة في الصلح والتوفيق بين الخصوم، دار الجامعة الجديدة، سنة 2001.

12) بخيت محمد بخيت علي، القوة التنفيذية لعقد الإيجار الموثق في إخلاء العين المؤجرة، دار الجامعة الجديدة، سنة 2008.
13) بوصري محمد بلقاسم، السندات غير القضائية، دراسات قانونية، مركز البصرة للبحوث والاستشارات والخدمات التعليمية، ع 19، ديسمبر سنة 2013.
14) حسام الصغير، الإيجار التمويلي، النشرة الدورية لجمعية الضرائب المصرية، مج 5، ع 18، مايو سنة 1995.
15) حسين الماحي، تنظيم إعادة الهيكلة والصلح الواقي والإفلاس، دار الجامعة الجديدة، سنة 2019.
16) سيد أحمد محمود، أصول التنفيذ الجبري، دار النهضة العربية، سنة 2009.
17) سيد أحمد محمود، التقاضي بقضية أو بدون قضية، دار النهضة العربية، طبعة 2009.
18) سيد أحمد محمود، دور المحامي في المنظومة القضائية، دار النهضة العربية، طبعة 2014-2015.
19) طلعت خاطر، انقضاء الخصومة بالصلح القضائي، دار الفكر والقانون، سنة 2014.
20) عبد الباسط جميعي، سلطة القاضي الولائية، بحث منشور في مجلة العلوم القانونية والاقتصادية، العدد الثاني، سنة 1969.
21) عبد الخالق عمر، مبادئ التنفيذ، دار النهضة العربية، الطبعة الثالثة، سنة 1977.
22) عبد الرزاق أحمد السنهوري، الوسيط في شرح القانون المدني، الجزء العاشر والأخير، في التأمينات الشخصية والعينية، دار النهضة العربية، سنة 1970.
23) عزمي عبد الفتاح، مستحدثات قانون التنفيذ الفرنسي الجديد رقم 783 / لسنة 2012 في السندات التنفيذية ووسائل الإجبار على التنفيذ وطرق الحجز المختلفة واختصاص قاضى التنفيذ نوعياً ومحلياً، مجلة الحقوق جامعة الكويت مجلس النشر العلمي، مج 40 , ع 1، سنة 2016.
24) علي بركات، التنفيذ على العقارات طبقاً لقانون التمويل العقاري، دار الفكر العربي، سنة 2006.
25) فتحي والي، التنفيذ الجبري في المواد المدنية والتجارية وفقاً لقانون المرافعات وقانوني الحجز الإداري والتمويل العقاري، دار النهضة العربية، سنة 2019.
26) فتحي والي، المبسوط في قانون القضاء المدني، ج1، دار النهضة العربية، سنة 2017.
27) محي الدين إسماعيل علم الدين، شرح قانون التمويل العقاري والتشريعات المقارنة له، مكتبة الجلاء الجديدة بالمنصورة، طبعة 2002.
28) محيي الدين إسماعيل علم الدين، قانون التمويل العقاري سلبياته وإيجابيات، من أبحاث مؤتمر تنشيط السوق العقاري المصري في الفترة من 25-27 يونيو 2002، جامعة الأزهر – مركز صالح عبد الله كامل للاقتصاد الإسلامي والجمعية المصرية لمثمني الأملاك العقارية، العدد ج 2، ربيع الآخر – يونيو 2002.
29) وجدي راغب، التنفيذ القضائي وفقاً لأحدث التعديلات التشريعية في قانون المرافعات المدنية والتجارية، 1995.
30) وجدي راغب، النظرية العامة للعمل القضائي، منشاة المعارف، الاسكندرية، 1974.
31) وجدي راغب، مبادئ القضاء المدني، دار النهضة العربية، سنة 2004.

ثانياً: المراجع الفرنسية

1- Guillemain, « *Réflexions sur la qualification de l'homologation judiciaire* » : Gaz. Pal. 22 mai 2012.
2- Jeammaud, *V° Judiciarisation/déjudiciarisation, in Dictionnaire de la justice*, L. Cadiet (dir.) : PUF, 2004.
3- Leborgne, *Droit de l'exécution* Recueil Dalloz 2018, avril 2017 - avril 2018.
4- Leborgne, *Droit de l'exécution*. Recueil Dalloz 2008, décembre 2006 - janvier 2008.
5- Leborgne, Voies d'exécution et procédures de distribution, 1re éd., Dalloz, 2009.
6- A.-J. Massé, *Le parfait notaire ou la science des notaires, t. II, 6e éd., Paris, 1828.*
7- Alexandra Guillemain, *Réflexions sur la qualification de l'homologation judiciaire*, Gaz. Pal. 22 mai 2012, n° GP20120522007.

8- Blohorn-Brenneur, *La médiation judiciaire en matière prud'homale, le protocole d'accord et la décision d'homologation*, D. 2001, chron.
9- Mathieu, *L'office du juge de l'homologation d'une transaction*, D. 2018. 2220.
10- Bénédicte RAJOT, *L'acte d'avocat, une innovation rassurante ou inquiétante ? - Responsabilité civile et assurances* n° 5, Mai 2010, alerte 9.
11- Radé, *Les effets de la transaction, in La transaction dans tous ses dimensions*.
12- CABRILLAC [dir.], Dictionnaire du vocabulaire juridique, 2016, LexisNexis.
13- Ch. Jamin, *Surfer sur la vague... Réflexions de lege ferenda sur la création d'un acte sous signature juridique*, in Mél. G. Goubeaux : Dalloz/LGDJ, 2009.
14- Ch. JARROSSON, *Les dispositions sur la conciliation et la médiation judiciaires de la loi du 8 février 1995*, Rev. Arb. 1995.
15- Christine Hugonhu, *Existe-t-il un droit commun de l'homologation judiciaire?* LPA 11 déc. 2003, n° PA200324701.
16- Christophe Blanchard, Divorce - *La fonction du notaire dans le divorce déjudiciarisé* - La Semaine Juridique Notariale et Immobilière n° 1, 6 Janvier 2017, 1002.
17- Christophe Blanchard, *Notaire - Le notaire et la simplification de la procédure civile* -La Semaine Juridique Notariale et Immobilière n° 5, 2 Février 2018, act. 180.
18- Cimamonti, Sylvie, et Jean-Baptiste Perrier. *Les enjeux de la déjudiciarisation, rapport intermédiaire*. Diss. Mission droit et justice, 2017.
19- Cl. Brenner et P. Crocq, *Lamy droit de l'exécution forcée*, 105-100 et les réf.
20- Cl. Brenner, « *Les décisions dépourvues d'autorité de chose jugée* », Procédures n° 8-9, Août 2007, étude 13.
21- Cl. Brenner, Contrats et obligations - *La présence de l'État dans les rapports contractuels entre les citoyens : l'exécution forcée des contrats* - La Semaine Juridique Notariale et Immobilière n° 6, 8 Février 2019, 1092.
22- Cl. Brenner, *La vente volontaire de l'immeuble saisi est-elle possible sans l'autorisation du juge de l'exécution ?* in Au-delà des codes, Mél. en l'honneur de M.-S. Payet : Dalloz, 2011.
23- Clara FERNÁNDEZ CARRON, *VOIES D´EXECUTION ET INSTRUMENTS POUR LA PROTECTION DES CREANCIERS EN PROCEDURE CIVILE ESPAGNOLE1*.
24- CORNU [dir.], Vocabulaire juridique, 11e éd., 2016, PUF.
25- CORNU et FOYER, Procédure civile, 1996, PUF.
26- Cornu Gérard. *Les modes alternatifs de règlement des conflits. Rapport de synthèse. In : Revue internationale de droit comparé*. Vol. 49 N°2, Avril-juin 1997.
27- CORNU, Vocabulaire juridique, 8e éd. PUF, 2000.
28- Didier Coiffar, *Authenticité et force exécutoire - L'arbre et le fruit*, La Semaine Juridique Notariale et Immobilière n° 6, 9 Février 2018, 1096.
29- Ejan Mackaay, *Les enjeux économiques de la reconnaissance du titre exécutoire conventionnel paru* dans : Nicholas Kasirer et Piere Noreau (dir.), Sources et instruments de justice en droit privé, Montréal, Les Éditions Thémis, 2002.
30- Fabien Marchadier, *L'attribution de la force exécutoire à la transaction extrajudiciaire après le décret du 20 janvier 2012*, Gaz. Pal. 8 déc. 2012, n° GP20121208009.
31- G. Couchez, *Procédure civile*, Dalloz, 12e éd.

32- Gaëlle DEHARO, Contrat judiciaire, Répertoire de procédure civile, Septembre 2017.
33- Gougeon, Audrey. *L'intervention du tiers à la formation du contrat*. Diss. 2016.
34- Guillaume Payan, *Pluralité de titres exécutoires fondant la même créance et interruption du délai de prescription*, Dalloz actualité 20 mars 2017. Civ. 1re, 1er mars 2017, F-P+B.
35- H. Croze et C. Laporte, Gaz. Pal. 3 avr. 2012, p.16.
36- H. Croze et O. Fradin, *« Transaction et force exécutoire »*, Dalloz, Thèmes et commentaires 2006.
37- H. Croze et O. Fradin, *Procédure civile - L'ordonnance par laquelle le juge donne force exécutoire à la transaction est une ordonnance sur requête* - La Semaine Juridique Edition Générale n° 42, 17 Octobre 2007, II 10172.
38- H. Croze, Commentaire -La Semaine Juridique Notariale et Immobilière n° 30-34, 28 Juillet 2006, 1260.
39- H. Croze, *De quelques confusions entre la force exécutoire et l'autorité de chose jugée - Petite contribution au débat sur l'acte authentique et l'acte sous signature juridique*. Libres propos. La Semaine Juridique Edition Générale n° 40, 1er Octobre 2008, act. 581.
40- H. Croze, *La circonstance qu'une créance de nature commerciale soit constatée par acte authentique ne modifie pas la durée de la prescription* - Commentaire par La Semaine Juridique Notariale et Immobilière n° 30-34, 28 Juillet 2006.
41- H. Croze, *Prêt notarié - Titre exécutoire sur titre exécutoire ne vaut ?* - Note sous arrêt, La Semaine Juridique Edition Générale n° 50, 9 Décembre 2013.
42- HAUSER, *Des conventions dans le divorce et du contrat judiciaire*, RTD civ. 2008. 662.
43- Hounsa, Mahougnon Prudence. *Les actes juridiques privés exécutoires. Droit français/Droit OHADA*. Diss. Université Paris Ouest Nanterre La Défense, 2015.
44- HUCHET (G.) : « *Transaction, retour sur l'article 1441-4 du Code de procédure civile* », Gaz. Pal. 11 déc. 2007.
45- Hugues Fulchiron, *Justice - Divorcer sans juge* À propos de la loi n° 2016-1547 du 18 novembre 2016 de modernisation de la justice du XXI siècle - Aperçu rapide -La Semaine Juridique Edition Générale n° 48, 28 Novembre 2016.
46- J. Carbonnier, *Regard d'ensemble sur la codification de la procédure civile* in *Le Nouveau Code de procédure civile : 20 ans après* – Actes du colloque des 11 et 12 décembre 1997 : La Documentation française, 1998.
47- J. Vincent et S. Guinchard, *Procédure civile*, Dalloz, 26e éd.
48- J.-M. Coulon, *L'évolution des modes de règlement sous l'égide du juge, in Le conventionnel et le juridictionnel dans le règlement des différends*, sous la direction de P. Ancel et de M.-C. Rivier, Économica, 2001.
49- J.-P. Marguénaud et B. Dauchez, *Nul ne peut être notaire et partie : émergence d'un nouvel adage européen* ? : JCP N 2011, n° 27, 1209.
50- Jean-Jacques Ansault, *La Cour de cassation redonne toute sa confiance au juge de l'exécution*. Recueil Dalloz 2009.

51- Jean-Luc Puygauthier, *Procédures civiles d'exécution - Procédure simplifiée de recouvrement des petites créances : encore et toujours la déjudiciarisation* -La Semaine Juridique Notariale et Immobilière n° 15, 15 Avril 2016.
52- Jean-Marc DELLECI, *Titre exécutoire - Saisie des rémunérations pratiquées en vertu d'un certificat de non-paiement*, Revue de Droit bancaire et financier n° 4, Juillet 2001, 156.
53- Jean-Pierre Moreau، *ACTE NOTARIÉ. – Notariat et procédures civiles d'exécution*. JurisClasseur Notarial Formulaire, 5 Mars 2014, n°63.
54- John Cartwright, *La preuve en droit continental et en common law Le point sur la preuve en matière des contrats en droit anglais* -La Semaine Juridique Notariale et Immobilière n° 5, 1er Février 2013.
55- Kamga, Alain-Douglas Wandji. "*Le droit à l'exécution forcée : réflexion à partir des systèmes juridiques camerounais et français*." PhD diss., 2009.
56- L. Aynès (dir.), *L'authenticité : La documentation française, 2013.*
57- L. CADIET et JEULAND, *Droit judiciaire privé*. Vol. 2. Litec, 2000.
58- L. Cadiet, « *Procès équitable et modes alternatifs de règlement des conflits* », in M. Delmas-Marty, H. Muir-Watt et H. Ruiz-Fabri (sous la direction de), *Variations autour d'un droit commun* – Premières rencontres de l'UMR de droit comparé de Paris, Paris, Société de législation comparée, 2002.
59- L. CADIET, *Droit judiciaire privé*, JCP 1999. I. 130.
60- L. CADIET, NORMAND et AMRANI-MEKKI, *Théorie générale du procès*, 2010, PUF, n° 147, p. 549. Soc. 29 oct. 1998.
61- L. CADIET, *Solution judiciaire et règlement amiable des conflits : de la contradiction à la conciliation*, art. préc., Mélanges Cl. CHAMPAUD.
62- L. Mayer, *Précisions sur le contrôle « léger » exercé par le juge homologateur d'une transaction*. Gaz. Pal. 16 juin 2015.
63- L. Aynès (dir.), *L'authenticité*, Doc. fr., 2013.
64- L. Cadiet et T. Clay, *Modes alternatifs de règlement des conflits : Dalloz, 3e éd., 2019.*
65- LACHANCE, M. (2007). *LE NOTAIRE, UN FREIN AU DÉVELOPPEMENT DES AFFAIRES ?* Revue du notariat, 109 (2), 239–263. https://doi.org/10.7202/1045580ar
66- Laurent SOUSA, *Recouvrement des créances - Procédure simplifiée de recouvrement des petites créances* -Procédures n° 6, Juin 2016, étude 6.
67- Mathias Latina, *La force exécutoire de l'acte notarié Aspects théoriques*, La Semaine Juridique Notariale et Immobilière n° 10, 8 Mars 2019.
68- Maxime Julienne, *Le caractère exécutoire de l'acte authentique - La force publique au service des contractants*, La Semaine Juridique Notariale et Immobilière n° 29, 18 Juillet 2014.
69- Michel Cabrillac, Fasc. 330 : *CHÈQUE. – Paiement et défaut de paiement* JurisClasseur Banque - Crédit – Bourse, 29 Septembre 2017.
70- Michel Défossez, Fasc. 345 *: TITRE EXÉCUTOIRE*, JurisClasseur Voies d'exécution, 7 Janvier 2014.
71- Mireille Bacache et Anne-Marie Leroyer, *Acte d'avocat : Acte sous seing privé contresigné par l'avocat* - Acte authentique, RTD Civ. 2011.

72- MOREAU (P.), *L'homologation judiciaire des conventions, th., pref. G. DE LEVAL, Larcier*, Bruxelles, 2008.
73- Morgane REVERCHON-BILLOT, *Transaction* — Répertoire de procédure civile, Juillet 2018 (actualisation : Décembre 2019).
74- MOTULSKY (H), *Etudes et notes de droit international privé*, Dalloz Paris, 1978.
75- Mustapha Mekki, *Divorce hors le juge : le notaire doit-il devenir un greffier?* -La Semaine Juridique Notariale et Immobilière n° 19, 13 Mai 2016.
76- Mustapha Mekki, Professions - *De l'acte sous signature juridique à l'acte contresigné par l'avocat* - La Semaine Juridique Edition Générale n° 26, 22 Juin 2009.
77- N. FRICERO, *Accord des parties, homologation, octroi de la force exécutoire : quel rôle pour le juge ?* RJPF 2010. Analyse 1.
78- N. FRICERO, H. Poivey-Leclercq et S. Sauphanor, *Procédure participative assistée par avocat* : Lamy, 2012.
79- N. FRICERO, *Procédure civile*. Recueil Dalloz – D. 2012. 244.
80- N. FRICERO, *procédure participative assistée par avocat*. Répertoire de procédure civile. Mai 2013.
81- Natalie FRICERO et Franck DYMARSK, Justice du XXIe siècle - *Le nouveau divorce extrajudiciaire par consentement mutuel* - Droit de la famille n° 1, Janvier 2017.
82- Nicolas CAYROL, *Arbitrage - La notion de jurisdictio - Procédures* n° 2, Février 2020.
83- Olivera Boskovic (dir.). *La déjudiciarisation*, Oct 2011, Orléans, France. Mare & Martin, pp.477, 2012, Droit privé et science criminelle, 9782849341124. ⟨halshs-01561021⟩
84- Ost (François). *Juge-pacificateur, juge-arbitre, juge-entraîneur. Trois modèles de justice*, in Gérard (Philippe), Van de Kerchove (Michel), Ost (François) (dir). *Fonction de juger et pouvoir judiciaire : transformations et déplacements*, Bruxelles, Facultés universitaires Saint-Louis, 1983.
85- P. Hébraud, *Commentaire de la loi du 15 juillet 1944*, D. 1946, légis.
86- PAILLER (P.), ≪ *Une transaction inexécutée n'a pas autorité de la chose jugée* ≫, *D.*,2011.
87- Patrick Sannino, *Procédures civiles d'exécution - Une nouvelle procédure simplifiée pour le recouvrement des petites créances* - La Semaine Juridique Edition Générale n° 13, 28 Mars 2016, 385.
88- PERROT (R.) et THERY (P.), *Procédures civiles d'exécution*, 2e éd., Dalloz, 2005.
89- PERROT (R.) et THERY (P.)**,** *Procédures civiles d'exécution*, 3e éd., Dalloz, 2013.
90- PERROT (R.), « Expulsion. Conditions : exclusion de la transaction exécutoire », obs. sous Cass. avis, 20 oct. 2000.
91- PERROT (R.), « *Juge de l'exécution. Compétence d'attribution : difficultés relatives aux titres exécutoires* », R.T.D. Civ.., 1995.
92- PERROT (R.), *Le titre exécutoire et son actualité jurisprudentielle* : LPA 22 déc. 1999.
93- Ph. HOONAKKER, « *obs. sous civ. 2e, 9 sep. 2010* », Droit et Procédures 2010.
94- Ph. Théry, *L'efficacité de l'acte notarié : forces et faiblesses* : JCP N 2012, n° 23, 1249.

95- Pierre Berlioz, *Acte authentique - Limites et difficultés d'exécution de l'acte authentique* - La Semaine Juridique Notariale et Immobilière n° 29, 18 Juillet 2014.
96- R. Laher, *Imperium et juridictio en droit judiciaire privé*, Mare et Martin, 2017, préf. G. Decocq, avant-< propos > C. Jarrosson.
97- S. Amrani-Mékki, *« La déjudiciarisation »*, *Gaz. Pal.*, 05 juin 2008.
98- S. Guinchard et DEBARD [dir.], *Lexique de termes juridiques* 2017-2018, 25e éd., 2017, Dalloz).
99- S. Guinchard et T. MOUSSA, (dir.) *Droit et pratique des voies d'exécution*, Paris, Dalloz Action, 2004-2005, n°125-23.
100-S. Guinchard, C. Chainais et F. Ferrand : *Procédure civile. Droit interne et droit de l'Union européenne.* Dalloz, 32éd., 2014.
101-S. Guinchard, C. Chainais et F. Ferrand, *Procédure civile. Dalloz*, 2017.
102-S. Guinchard, *L'ambition d'une justice civile rénovée. Commentaire du décret n° 98-1231 du 28 décembre 1998 et de quelques aspects de la loi n° 98-1163 du 18 décembre 1998*, D. 1999. Chron.
103-S. Amrani-Mekki, *"Les" nouveaux" titres exécutoires : les accords amiables homologués*." Droit & Patrimoine 231 (2013).
104-S. Amrani-Mekki, « *Résolution amiable des différends : présentation du décret n° 2012-66 du 20 janvier 2012* » : Gaz. Pal. 26 mai 2012.
105-S. Amrani-Mekki, notaire - *Le sens de la déjudiciarisation* - La Semaine Juridique Notariale et Immobilière n° 14, 6 Avril 2018, 1150, n°10.
106-Sarah Torricelli-Chrifi, *Divorce - Divorce contractuel : le notaire doit-il fermer les yeux ?* -Droit de la famille n° 7-8, Juillet 2017, étude 12.
107-Sophia BINET, L'utilisation des nouvelles technologies dans le procès civil : Vers une procédure civile intégralement informatisée ? université LUMIERE LYON 2.
108-Stéphane PIEDELIÈVRE, *Titre exécutoire - Acte d'huissier et recouvrement de créances* - Commentaire- Document : Revue de Droit bancaire et financier n° 5, Septembre 2015, comm. 168.
109-Stéphane PIÉDELIÈVRE, *Titre exécutoire - Pouvoirs du juge de l'exécution et homologation d'une transaction* - Commentaire, Document : Revue de Droit bancaire et financier n° 6, Novembre 2017, comm. 262.
110-Stéphane PIEDELIÈVRE, *Titre exécutoire et chèque (Intérêts légaux)* – Commentaire-Revue de Droit bancaire et financier n° 2, Mars 2016, comm. 78.
111-THERY (P.), ≪ *Homologation des transactions : quel contrôle du juge ?* ≫, *RTD civ*, 2015.
112-V. A. Garret, S. Henry Guillermard, D. Labadie, *Les principes fondamentaux du processus collaboratif : Procédures 2018, alerte 30.*
113-Willy Nonnenmacher, Divorce - *De quelques aspects de la force exécutoire du divorce non judiciaire* - La Semaine Juridique Notariale et Immobilière n° 50, 15 Décembre 2017.
114-X. Lagarde, Notaire - *Le notaire et l'exécution forcée* Rapport de synthèse - La Semaine Juridique Notariale et Immobilière n° 10, 8 Mars 2019.
115-X. Lagarde, *Transaction et ordre public*, D. 2000, chron.
116-Xavier Vuitton, *Quelques réflexions sur l'office du juge de l'homologation dans le livre V du code de procédure civile* — RTD civ. 2019.

117-Y. Balensi, *L'homologation judiciaire des actes juridiques*, RTD civ. 1978.
118-Y. DESDEVISES, *Procédures civiles d'exécution - La nature juridique de la transaction homologuée reste en suspens* - Commentaire-Document : La Semaine Juridique Edition Générale n° 9, 28 Février 2001.
119-Y. Gaudemet, *L'acte d'avocat, une analyse publiciste*, in Liber amicorum Christian Larroumet, Economica, 2010.
120-Y. Strickler et foulon, *accords et force exécutoire en France* Gaz. Pal 3 sept. 2013 p.8,
121-Y. Strickler, Fasc. 1700-75 : *MODES ALTERNATIFS DE RÉSOLUTION DES LITIGES*. – Généralités, JurisClasseur Procédure civile, 15 Janvier 2020.
122-ZATARA, ≪ *L'homologation en droit prive* ≫, *RRJ*, n°2004/1, 2004.

الفهرس

مقدمة 4
المبحث الأول: أساس السندات الخاصة ذات القوة التنفيذية 12
المطلب الأول: الأساس التشريعي للسندات الخاصة ذات القوة التنفيذية 13
الفرع الأول: اتفاقات يمنحها القضاء القوة التنفيذية 15
الفرع الثاني: الأعمال الموثقة من الموثق 36
الفرع الثالث: السندات الخاصة بتدخل المحضر أو المحامي أو كلاهما في فرنسا 41
الفرع الرابع: السندات الخاصة التنفيذية بدون تدخل من أي سلطة إجبار 52
المطلب الثاني: الأساس الفني للسندات الخاصة ذات القوة التنفيذية (التحول عن القضاء) 58
الفرع الأول: مفهوم فكرة التحول عن القضاء 58
الفرع الثاني: آليات التحول عن القضاء 62
الفرع الثالث: أهداف التحول عن القضاء 104
المبحث الثاني: فعالية السندات الخاصة ذات القوة التنفيذية 111
المطلب الأول: تكوين السندات الخاصة التنفيذية وخصائصها 111

الفرع الأول: تكوين السندات الخاصة التنفيذية 112
الفرع الثاني: خصائص السندات الخاصة التنفيذية 125
المطلب الثاني: الفعالية المنقوصة والنسبية للسندات الخاصة ذات القوة التنفيذية 133
الفرع الأول: مظاهر الفعالية المنقوصة للسندات الخاصة التنفيذية 134
الفرع الثاني: مظاهر الفعالية النسبية لبعض السندات الخاصة التنفيذية 150
المطلب الثالث: تبعات الفعالية المنقوصة والنسبية للسندات الخاصة التنفيذية 156
الفرع الأول: الجمع والخيرة بين السندات الخاصة التنفيذية والسندات التنفيذية الأخرى 156
الفرع الثاني: مرونة السندات الخاصة التنفيذية 164
الفرع الثالث: الرقابة القضائية الموضوعية والتنفيذية على فعالية السندات الخاصة التنفيذية 172
الخاتمة 182
قائمة المراجع 189
الفهرس 196