

القياس الاجرائي
Procedural measurement
دراسة تأصيلية تحليلية في قانون
المرافعات المصري

الدكتور

محمد فتحي رزق الله

مدرس قانون المرافعات بكلية الشريعة والقانون، جامعة الأزهر

القياس الإجرائي

لما كان من الطبيعي أن ينال الفراغ التشريعي النص القانوني الموضوعي في تنظيم بعض المسائل المدنية أو التجارية، باعتباره أن القانون عمل بشري في المقام الأول، لا يمكن بحال أن يصل إلي درجة الكمال في ضبط المسائل المعاصرة لوضعه أو المستقبلية، الأمر الذي من شأنه أن يجعل القاضي الموضوعي أمام معضلة عملية لإتمام عمله، مما يضطره إلي اجتهاد رأيه، حتي لا يقف مكتوف اليد أمام نزاع لم يرد بشأنه حكم. ولما كان القياس من بين الوسائل الاجتهادية التي يلجأ إليها القاضي الموضوعي لسد الفراغ التشريعي طالما توافرت مقتضيات إعماله، حتي لا يعد منكرا للعدالة، ولما لم يكن من الغريب أن ينال ذات النقص التنظيم القانوني الإجرائي بحسابه عمل بشري هو الآخر، كان السؤال محل البحث هذا، هو: هل من الممكن استخدام القياس لسد النقص الإجرائي، لنكون بذلك أمام قياس إجرائي، يناظر القياس الموضوعي؟ أم أن العمل بالقياس ليس مقبولا في المجال الإجرائي؟ ولما كان إطار تخصصنا هو قانون الاجراءات المدنية والتجارية، فقد قمت ببحث هذه المسألة في حدود هذا التخصص، دون أن أغض الطرف عن بعض الإجراءات الادارية أو الجنائية التي استعانت بالاجراءات المدنية قياسا، لسد فراغ إجرائي فيها، لنعرف حقيقة الاستعانة هذه.

وفي إطار بحث هذا الموضوع، علي ضوء قواعد القياس الأصولي، فقد استطعنا التوصل إلي تعريف للقياس الاجرائي، كما أمكن تحديد شروطه وضوابطه وأنواعه، علي ضوء تناول بعض الفقه الاجرائي له، وبشكل غير مقصود، في ثنايا تناوله لبعض الموضوعات، وعلي سند من التطبيقات القضائية له في بعض النزاعات، لنؤكد بذلك علي أنها ممانع من استخدام القياس كمخرج إجرائي من ضائقة الفراغ التشريعي، بدلاً من رفض استخدامه، فنصده عن تحقيق العدالة في جانب من النزاعات، مما يجعلنا سببا في الحجر علي القاضي في أعمال دوره الإيجابي علي النحو الأمثل، عن طريق منعه من أعمال عقله اجتهادا فيما لا نص فيه، رغم توافر مسوغات الاجتهاد، وتوافر شروط الآلية الاجتهادية المستخدمة، ولا شك أن لهذا أثره في إبطاء العدالة التي لازلنا نعاني منها.

The Procedural measurement

Since it was natural for the legislative vacuum to obtain the substantive legal text in the regulation of certain civil or commercial matters, On the basis that the law is human work in the first place, cannot possibly be perfect in controlling the contemporary issues of its status or future, Which would make the objective judge a practical problem to complete his work, forcing him to try his opinion, so as not to stand idly by in a dispute for which no provision was made

As the measurement is among the means of discretion used by the objective judge to fill the legislative vacuum as long as the requirements for its implementation, So as not to be a denier of justice, It is not surprising that the lack of legal organization is a matter of human action as well. Based on the above, the research question was: Is it possible to use the measurement to fill the procedural gap, so to be in front of a procedural measure, corresponding to objective measurement? Or is it not acceptable to work in the procedural field?

Since the framework of our specialization is the Code of Civil and Commercial Procedure, I have examined this issue within the limits of this specialization, without turning a blind eye to some administrative or

criminal procedures that have used civil procedures in comparison to fill a procedural void in them in the light of the rules of the fundamental measurement in Islamic jurisprudence, we have been able to reach a definition of procedural measurement, and it was possible to determine its conditions and controls and types, in light of the handling of some procedural jurisprudence, and unintentionally, in the folds dealt with some topics, Of its judicial applications in some disputes. In order to emphasize that there is no objection to the use of measurement as a procedural output of the legislative vacuum, rather than rejecting it, we will stop justice in a part of the conflict. This makes us a reason to quarantine the judge in his positive role by preventing him from Despite the availability of the reasons, and the availability of the requirements of the mechanism of jurisprudence used, and this undoubtedly has the effect of slowing the justice we still suffer from,

.

مقدمة

الحمد لله الذي خلق خلقه أطوارا، وصرفهم في أطوار التخليق كيف شاء عزة واقتدارا، وأرسل الرسل إلى المكلفين إعدارا منه وإنذارا، فنصب الدليل، وأنار السبيل، وأزاح العلل، وقطع المعاذير، وقال: {هذا صراطي مستقيما فاتبعوه ولا تتبعوا السبل}، وهو لاء رسلي {مبشرين ومنذرين لئلا يكون للناس على الله حجة بعد الرسل} ^١. فاضل بين عباده في مراتب الكمال حتى عدل الآلاف المؤلفة منهم بالرجل الواحد، ذلك ليعلم عباده أنه أنزل التوفيق منازلها، ووضع الفضل مواضعه، {وأن الفضل بيد الله يؤتيه من يشاء والله ذو الفضل العظيم} ^٢. أحمده والتوفيق للحمد من نعمه، وأشكره والشكر كفيل بالمزيد من فضله، وأشهد أن محمدا عبده ورسوله، الذي لم يزل مشمرا في ذات الله تعالى لا يرده عنه راد، صادعا بأمره لا يصدده عنه صاد، إلى أن أشرقت برسالاته الأرض بعد ظلماتها، وتألقت به القلوب بعد شتاتها، فلما أكمل الله تعالى به الدين، وأتم به النعمة على عباده المؤمنين، استأثر به ونقله إلى الرفيق الأعلى، والمحل الأسنى، وقد ترك أمته علي الطريق الواضحة الغراء، فصلى الله

١ _ سورة الأنعام، آية ١٥٣

٢ _ سورة النساء، آية ١٦٥

٣ _ سورة الحديد، الآية ٢٩

وملائكته وأنبيأؤه ورسله والصالحون من عباده عليه وآله كما وحد الله وعرف به ودعا إليه وسلم تسليماً كثيراً، وبعد...

فإن من له ذوق في الشريعة، واطلاع على كمالها وتضمنها لغاية مصالح العباد في المعاش والمعاد، ومجيئها بغاية العدل، الذي يسع الخلاق، وأنه لا عدل فوق عدلها، ولا مصلحة فوق ما تضمنته من المصالح: تبين له أن السياسة العادلة جزء من أجزائها، وفرع من فروعها، وأن من له معرفة بمقاصدها ووضعها وحسن فهمه فيها: لم يحتاج معها إلى سياسة غيرها البتة. فإن السياسة نوعان: سياسة ظالمة فالشريعة تحرمها، وسياسة عادلة تخرج الحق من الظالم، فهي من الشريعة، علمها من علمها، وجهلها من جهلها.

ولما كان الهدف الأسمى من القانون الإجرائي هو أداء العدالة في أسرع وقت، وبأقل نفقات، وكان من لازم ذلك ضرورة القيام بالعمل الإجرائي، أي ما كان القائم به، سواءً كان (القاضي، أو الخصوم، أو نائب الخصم، أو أعوان القضاة) في الشكل المتطلب قانوناً، ولما كانت الأشكال

١_ الإمام شمس الدين ابن قيم الجوزية (ت ٧٥١هـ)، إعلام الموقعين عن رب العالمين، تحقيق د / محمد عبد السلام إبراهيم، ط دار الكتب العلمية، بيروت، الطبعة الأولى، ١٤١١هـ، ١٩٩١م، ج ١، ص ٣.

٢_ الإمام ابن قيم الجوزية (الطرق الحكمية، مكتبة دار البيان (لم يعنون لها)، بدون طبعة وبدون تاريخ طبعة، ج ١، ص ٥

الاجرائية محددة لكل عمل صراحة، أو إحالة، كان ذلك سبباً في إنكار غالب الفقه الاجرائي للقول بإمكانية العمل بالقياس الاجرائي، مما زرع بداخلي إصراراً علي بحث هذا الموضوع، فقررت بحته.

وقد وضعت في بحث هذا الموضوع خطة علمية، اشتملت علي بيان أهم ما قد يتعلق به، سواءً من ناحية سبب اختيار الموضوع، أو أهميته، أو توضيح صعوباته، أو خطته الخاصة، وذلك كله علي النحو الآتي:

سبب إختيار الموضوع : يرجع سبب إختيار هذا الموضوع ليكون

عنواناً للبحث إلي سببين رئيسيين، وهما:

السبب الأول: عدم تناول الفقه المصري لهذا الموضوع (من

الناحية الاجرائية تحديداً)، علي حد ما بلغ بي الجهد في بحثه.

١- لم يكن بعيداً عن تفكيري، وقبل الشروع في إرساء قواعد هذا البحث أن أناقش موضوعه شفاهة مع بعض رموز الفكر الاجرائي القانوني بشكل خاص، ورموز أصول الفقه الاسلامي بشكل عام، فاستغربه البعض، وأنكره آخرون، فتحسست منهم شغفا في استبيان حقيقته، وتشجيعاً لسبر غموضه، فعزمت الأمر، متوكلاً علي الله في بحثه، تاركاً الحكم عليه لهم بعد الفراغ منه، لتقويم عوجه، وتبصيري عما قد أكون قد غفلت عنه.

السبب الثاني : إنكار غالبية الفقه الاجرائي لوجود مثل هذه الفكرة بين قواعد قانون الاجراءات المدنية والتجارية، وبالتالي محاولة الوصول إلي مدي صحة ذلك.

أهمية بحث الموضوع : ترجع أهمية بحث هذا الموضوع إلي أمور شتي، لكن أهمها مايلي :

الأهمية الأولى : وتتمثل في أهمية القياس ذاته، باعتباره وسيلة استدلال عقلية، يمكن من خلالها معالجة المسائل والنزاعات التي لا نص فيها، وفق ضوابط معينة للقياس، إذ لو لم يكن النظر والاستدلال طريقاً إلي العلوم العقلية، لما تمكن الخصوم من الحفاظ علي حقوقهم، في جر المنافع ودفع المضار، ولوقف القاضي عاجزاً عن النظر والاستدلال في حل النزاعات التي تُشكل عليه، ويغلب علي ظنه عدم وجود نص فيها. ألاجند كل عاقل إذا نابته نائبة في حق من حقوقه، فإنه يفرغ إلي عقله ليتحرز به من ضرر، أو ليتوصل به إلي نفع؟، ألا ترى أنه إذا رأى أثراً لماء وبه عطش أسرع في طلبه؟

فالقياس كأحد وسائل الاجتهاد العقلي لاستنباط الحلول، للمسائل الاجرائية التي لا نص فيها، لا يمكن بحال لمجتهد أن يستغني عنه في تبيينه النصوص وتقنينه فيما لا نص فيه، ولا قاض في فهمه مواد

١_ ابن الفراء، العدة في أصول الفقه، تحقيق وتعليق / د أحمد بن علي بن سير المبارك، بدون ناشر، الطبعة الثانية ١٤١٠ هـ - ١٩٩٠ م.

القانون حق فهمها، وتطبيقها التطبيق الذي يحقق العدل وما قصده الشارع بها، ولا فقيه في بحثه ودرسه وتحليله ومقارنته بين المذاهب والآراء^١. ومن ثم يمكن القول بأن القياس حاجة إجرائية تفرضها الضرورة العقلية والعملية علي حد سواء.

الأهمية الثانية _ ضرورة بيان ما إذا كان القياس الاجرائي هو ذاته الرجوع إلي القواعد أو الشريعة العامة أم لا، وهو أمر له اهميته في تحرير المصطلحات الاجرائية وضبطها. فإن لم يكن هو ذاته، فيما نسمي الطريقة التي ثبت بها الحكم للنص أو الحالة الاجرائية المحيلة؟ وإن كان هو ذاته ثبت قلنا أن الرجوع إلي القواعد العامة نوع من القياس، ومن ثم ثبت استخدام القياس.

منهج البحث :

لطبيعة البحث، الذي تطلب استقراءً متأنياً، وتحليلاً مناسباً، واستنباطاً من بين القواعد العامة للأحكام تفيد في إجلاء غموض البحث، كان منهجي في البحث هو المنهج الاستقرائي التحليلي الاستنباطي.

مشكلة البحث :

إن الصعوبة الأهم التي واجهتني في بحث هذا الموضوع، تمثلت في انعدام المراجع القانونية التي تناولتها، الأمر الذي أجهدني لمحاولة

١ _ عبد الوهاب خلاف، علم أصول الفقه، مكتبة الدعوة، الطبعة الثامنة، بدون تاريخ نشر، ص ٧.

تأصيلها قانونياً، لا سيما في ظل إنكار غالبية الفقه الاجرائي المصري
للفكرة من الأساس.

خطة البحث الخاصة: لما كان الغرض الأصلي، والمقصود الكلي
من التصنيف في كل فن من فنون العلم هو تيسير سبيل الوصول إلى
المطلوب على الطالبين، وتقريبه إلى أفهام المقتبسين، ولا يلتزم هذا المراد
إلا بترتيب تقتضيه الصناعة، وتوجيه الحكمة، وهو التصفح عن أقسام
المسائل، وفصولها، وتخريجها على قواعدها، وأصولها ليكون أسرع فهما،
وأسهل ضبطاً، فقد ضمنت البحث مباحث ثلاثة، وخاتمة، علي النحو
الآتي:

المبحث الأول: حقيقة القياس وموقف الفقه الاجرائي والقضاء

من العمل به

المطلب الأول: حقيقة القياس في الفقه الاسلامي

الفرع الأول: تعريف القياس لغة واصطلاحاً

الفرع الثاني: تعريف القياس في اصطلاح الفقه الاسلامي

الفرع الثالث: علاقة المعني الفقهي الاسلامي للقياس

بالاجراءات القضائية العملية

الفرع الرابع: أركان القياس وفقاً لمفهومه في الفقه الاسلامي

١_ الإمام ابن أحمد الكاساني الحنفي (ت ٥٨٧هـ)، بدائع لاصنائع في ترتيب

الشرائع، دار الكتب العلمية، بيروت، ط الثانية ١٩٨٦م، ج ١، ص ٢

المطلب الثاني : موقف الفقه الاجرائي والقضاء من العمل
بالقياس بذات معناه في الفقه الاسلامي
الفرع الأول : هل عرف الفقه الاجرائي القانوني القياس بذات
معناه في الفقه الاسلامي؟
الفرع الثاني : هل استخدم القضاء الاجرائي القياس بذات معناه
في الفقه الاسلامي؟
الفرع الثالث : تعريف القياس الاجرائي في ضوء موقف الفقه
والقضاء الاجرائيين، وبيان أركانه.
الفرع الرابع : أساس العمل بالقياس الاجرائي،
الفرع الخامس : الفرق بين القياس وبين الرجوع إلي القواعد
العامة.

المبحث الثاني : أنواع القياس الاجرائي وشروط العمل به.
المطلب الأول : أنواع القياس الاجرائي
الفرع الأول : القياس الاجرائي الجلي
الفرع الثاني : القياس الاجرائي الخفي
الفرع الثالث : قياس الشبه الاجرائي
الفرع الرابع : قياس العكس الاجرائي
المطلب الثاني : شروط العمل بالقياس الاجرائي.
الفرع الأول : الشروط المتعلقة بالأصل (المقيس عليه)

الفرع الثاني: الشروط المتعلقة بالفرع (المقيس)

الفرع الثالث: الشروط المتعلقة بحكم الأصل

الفرع الرابع: الشروط المتعلقة بالعلة

خاتمة البحث :

أولاً: أهم نتائج البحث

ثانياً: أهم توصيات البحث

المبحث الأول

حقيقة القياس وموقف الفقه الاجرائي والقضاء

من العمل به

ويتطلب هذا المبحث منا أن نعرض أولاً لتعريف القياس لدي الفكر الاسلامي، ثم نبين موقف الفكر القانوني الاجرائي من فقه وقضاء من استخدام هذا المعني وتلك الآلية الاجتهادية، في توضيح الحكم الاجرائي لمسائل وحالات إجرائية لم يُنص علي حكمها من عدمه، وذلك كله علي النحو الآتي :

المطلب الأول

تعريف القياس في الفقه الاسلامي

حتي يتشني لنا بيان حقيقة القياس في اصطلاح الفقه الاسلامي، فمن المنطق العقلي أن نعرض لمعني القياس في اللغة، للوقوف علي علاقة المعني اللغوي للقياس بالمعني الاصطلاحي له، ومن خلال ذلك يمكن بيان علاقة القياس كوسيلة اجتهادية بالاجراءات القضائية، ومن ثم يمكن أن نقف علي حقيقة القياس الاجرائي، وذلك علي النحو الآتي:

الفرع الأول

معني القياس في اللغة

من معاني القياس في اللغة: التقدير^١، أي تقدير شيء علي مثال شيء آخر وتسويته به. ومن معانيه: الممثالة، تقول: هذا قياس هذا، أي مثله، لأن القياس هو الجمع بين المتماثلين في الحكم. ومن معانيه: الإصابة، تقول: قست الشيء، أي أصبته، لأن القياس وسيلة يُصاب بها الحكم^٢. ومن مشتقاته المقايسة، والتي تجري مجري المقاساة، والتي تعني معالجة الأمر الشديد ومكابدته^٣.

١ _ النسفي، طلبة الطلبة، المطبعة العامرة، بغداد، ط ١٣١١ هـ، ك الديات، ج ١، ص ١٦٧.

٢ _ الزركشي، البحر المحيط في اصول الفقه، ط دار الكتبي، الطبعة الأولى، ١٤١٤ هـ - ١٩٩٤ م، ج ٧، ص ٦.

٣ _ الهروي، تهذيب اللغة، تحقيق / محمد عوض مرعب، دار إحياء التراث العربي، بيروت، الطبعة الأولى، ٢٠٠١ م، ج ٩، باب القاف والسين، ص ١٧٩. وكان في استخدام القياس كأداة عقلية نوع من المشقة والمكابدة الذهنية وإعمال العقل لاستخراج حكم مسألة لم ينص لها علي حكم، وهو أمر حقيقي في الواقع.

الفرع الثاني

معني القياس في اصطلاح الفقه الاسلامي

عرف القياس في اصطلاح الأصوليين بأنه: إلحاق فرع مجهول (الحكم) بأصل (معلوم الحكم) في ذلك الحكم، لوصف جامع ما بينهما، يكون هو سبب الحكم الثابت للأصل، مع انتفاء الفارق بين الأصل والفرع^١. وعرف بأنه: إلحاق واقعة لا نص على حكمها بواقعة ورد نص بحكمها، في الحكم الذي ورد به النص، لتساوي الواقعتين في علة هذا الحكم^٢. ومن ثم إن دل نص على حكم واقعة معينة، وعرفت علة هذا الحكم بطريق من الطرق التي تعرف بها علل الأحكام، ثم وجدت واقعة أخرى تساوي واقعة النص على علة تحقق علة الحكم فيها فإنها تسوي بواقعة النص في حكمها بناء على تساويهما في علته، لأن الحكم يوجد حيث توجد علته.

١_ بن باديس الصنهاجي، مبادئ الأصول، تحقيق الدكتور / عمر الطالبي، ط

الشركة الوطنية للنشر والتوزيع، ط ١٩٨٠م، ص ٢٤

٢_ عبد الوهاب خلاف، علم أصول الفقه، مرجع سابق، ص ٥٢

الفرع الثالث علاقة المعنى الفقهي الاسلامي للقياس بالاجراءات القضائية العملية

لما كان قانون الاجراءات المدنية قانون شكلي، يهدف بشكل أساسي إلي تنظيم عملية التقاضي، بدءاً من عملية رفع الدعوي وقيدھا، وحتى تنفيذ الحكم الصادر فيها، بل وتنظيم الاعتراض عليه، ولما كانت العلاقات المدنية والتجارية بين الناس تتغير وتتجدد باختلاف الأزمنة، كان من الطبيعي أن تكون هناك خصومات تختلف أيضاً تبعاً لتجدد هذه العلاقات المدنية والتجارية، ولما كانت النصوص والقواعد الاجرائية في ذاتها عمل بشري، لا يمكن بحال أن يصل في افتراضاته وتصوراته المستقبلية حد الكمال في وضع القواعد القانونية التي تنظم عملية التقاضي.

ولما كان تطبيق القانون علي وجهه الصحيح لا يحتاج إلي طلب من الخصوم، بل هو واجب القاضي الذي عليه ومن تلقاء نفسه أن يبحث في الحكم القانوني المنطبق علي الواقعة المطروحة، وأن ينزل هذا الحكم عليها كان من المقبول عقلاً أن تكون هناك وقائع أو مسائل إجرائية لم تُنظم، وبالتالي نجد أنفسنا أمام ما يُسمى بالفراغ أو النقص التشريعي.

١ _ الطعن رقم ٤٣٥٧ لسنة ٧٩ جلسة ٢١ / ٥ / ٢٠١٧ م، موقع محكمة النقض، الأحكام.

ومن القواعد الثابتة قانوناً أن علي القاضي أن يقوم بدوره لسد هذا الفراغ، وإلا كانت النتيجة وجود مسائل إجرائية، تمثل مشكلة عملية، دون أن تُحل. ومن الأدوات الاجتهادية التي يلجأ إليها القاضي، أو الفقيه القانوني (أثناء التحليل والدراسة) أن يستخدم القياس لعلاج مرض النقص القانوني^١، طالما كانت هناك نصوص يمكن القياس علي حكمها، وطالما أن طبيعة القانون تسمح بذلك، ووفق القيود التي سنوردها علي شروط القياس الاجرائي.

فسكوت المشرع عن إيراد قاعدة قانونية تحكم القضية (سكوتاً إجرائياً شكلياً أو موضوعياً) أمر وارد ومحتمل، ومن ثم أن نجد أنفسنا أمام نقص تشريعي لتنظيم مسألة إجرائية ما هو أمر وارد ومحتمل أيضاً، بل وطبيعي^٢.

١_ والقاضي في هذه الحالة وإن كان يقوم بخلق قاعدة قانونية تُطبق في القضية المعروضة، إلا أنه لا يُنشئ قاعدة قانونية عامة ومجردة، أي يظل عمله بعيداً عن التشريع بمعناه الحقيقي. أ.د. / فتحي والي، الوسيط في قانون القضاء المدني، دار النهضة العربية، القاهرة، ط ٢٠٠٩م، ص ٢٥

٢_ يراجع قريباً من ذلك ا.د. / فتحي والي، الوسيط في قانون القضاء المدني، دار النهضة العربية، القاهرة، ط ٢٠٠٩م، ص ٢٥. ولهذا الأمر أصله في علم القضاء في الفقه الإسلامي، وذلك أن تعجب إن قلت لك أن الفقه الإسلامي استخدم مصطلح (شكلي) هكذا في عملية البحث عن الأحكام الاجرائية، التي لا يوجد لها نص إجرائي يوضح حكمها، ودليل ذلك ما أورده الإمام ابن خليل الطرابلسي الحنفي (ت ٨٤٤هـ) في كتابه الممتع: "مُعِين الْحُكَمَاءِ فِيمَا تَرُدُّ بَيْنَ"

الفرع الرابع

أركان القياس وفقاً لمعناه في الفقه الإسلامي

إذا ما استصحبتنا تعريف الفقه الإسلامي للقياس وقلنا إن القياس يعني: إلحاق فرع مجهول (الحكم) بأصل (معلوم الحكم) في ذلك الحكم، لوصف جامع ما بينهما، يكون هو سبب الحكم الثابت للأصل، مع انتفاء الفارق بين الأصل....

والفرع، وجدنا أن للقياس أركان أربعة متفق عليها بين الأصوليين، وهي: أ_ الأصل وهو (المقيس عليه). ب_ الفرع، وهو (المقيس). ج_ الحكم، وهو: ما اقتضاه الدليل الشرعي من وجوب، أو تحريم، أو صحة، أو فساد، أو غيرها. د_ العلة، وهي: المعنى الذي ثبت بسببه حكم الأصل^١

المطلب الثاني

الخصمين من الأحكام" ، بسنده عن سيدنا عمر رضي الله عنه، بخصوص رسالته إلى سيدنا أبي موسى الأشعري لما ولاه قضاء الكوفة، والمعروفة في علم القضاء الإسلامي باسم: رسالة القضاء ومعاني الأحكام، حيث قال له الفاروق: "... وَالْفَهْمَ الْفَهْمَ فِيمَا تَلَجَّلَجَ فِي صَدْرِكَ مِمَّا لَا يَبْلُغُكَ فِي الْكِتَابِ وَالسُّنَّةِ، اعْرِفَ الْأَمْثَالَ وَالْأَشْكَالَ وَقَسْ الْأُمُورَ عِنْدَ ذَلِكَ "، ومصطلح الأشكال الوارد في الرواية عام، لا يمكن تقيده دون دليل، ومن ثم يشمل كل حالة إجرائية أو موضوعية لا يوجد لها نص يوضح حكمها. الإمام ابن خليل الطرابلسي الحنفي، معين الحكم فيما تردد بين الخصمين من الأحكام، ط دار الفكر، (بدون عنوان، ولا تاريخ طبع) ج ١، ص ١٥.

١ _ صالح ابن محمد العثيمين، الأصول من علم الأصول، ط دار ابن

الجوزي، ١٤٢٦هـ، ص ٦٨

موقف الفقه الاجرائي والقضاء من العمل بالقياس بذات معناه في الفقه الاسلامي

بعد أن أوضحنا بإيجاز مفهوم القياس في اللغة، وفي اصطلاح الفقه الاسلامي كمدخل ضروري ولازم لتحديد معناه في المجال الاجرائي القانوني، بات السؤال الطبيعي ووفقاً للتسلسل المنطقي هو: هل عرف الفقه الاجرائي أو القضاء هذا المعنى للقياس؟ هذا ما سنحاول التعرف عليه من خلال بيان موقف كلاً من الفقه والقضاء علي حده، وذلك علي النحو الآتي:

الفرع الأول

موقف الفقه الاجرائي من معرفة القياس بمعناه الوارد في الفقه الاسلامي

لم أقف في غالب المؤلفات الفقهية القانونية التي رجعت إليها، علي تناول معني القياس بذات المعني الذي أشار إليه السادة العلماء في الفقه الاسلامي بشكل مباشر، لكن وجدني أقف علي إشارات ضمنية لبعض رموز الفقه القانوني المصري لتلك المسألة، تلك الإشارات وعلي ما أعتقد لم تكن لتتناول المسألة كأداة إجرائية، يمكن الاعتماد عليها في حل بعض العضلات الاجرائية، وإنما تناولت مضمون القياس وفحواه، دون التصريح بلفظة القياس، وذلك بصدد حديثها عن النقص الاجرائي في تنظيم بعض المسائل الاجرائية. بل كان من اللافت للانتباه أنه وأثناء المناقشة المباشرة مع العديد من أساتذتي أن وجدت إنكاراً للفكرة إجرائياً

١، وهو ما كان أحد الأسباب المهمة التي أنبتت داخلي إصراراً قوياً علي بحثها بدقة.^٢

١_ ولا ضير في ذلك، إذ أن اعتبار القياس دليلاً من أدلة الأحكام الشرعية أصلاً مختلف فيه، إذ قد أنكر القول به بعض الأصوليين، فلا غرو أن نجد ذات الخلاف في فقه القانون. لكن ما هو ثابت لدي جمهور الأصوليين، أنه قد ثبت للعلماء بالاستقراء أن الأدلة التي تستفاد منها الأحكام الشرعية للعملية ترجع إلى أربعة: القرآن والسنة والإجماع والقياس.... ولهذا بحثوا في كل دليل من هذه الأدلة وفي البرهان على أنه حجة على الناس ومصدر تشريعي يلزمهم اتباع أحكامه، وفي شروط الاستدلال به وفي أنواعه الكلية، وفيما يدل على كل نوع منها من الأحكام الشرعية الكلية. الشيخ / عبد الوهاب خلاف، علم أصول الفقه، المرجع السابق، ص ١٢.

٢_ أود أن ألفت الانتباه هنا إلي أن البحث لا يتناول مسألة القياس الموضوعي، والتي إن أمكن العمل بها في نطاق القواعد الموضوعية للقانون المدني أو التجاري، أو الإداري، لكن الأصل هو الحظر في إطار قانون العقوبات، والذي لأجله تقرر مبدأ الشرعية، والذي يعني أنه لا جريمة ولا عقوبة إلا بنص قانوني، مصدر الصفة الغير مشروعة للفعل هو نص القانون و يقال له نص التجريم ويشمل قانون العقوبات و القوانين المكملة له. ومن نتائج مبدأ الشرعية: حصر مصادر التجريم و العقاب في النصوص التشريعية (تكون في نصوص مكتوبة) ومنها التزام التفسير الكاشف للنصوص: أي هناك حدود لا تصل إلى حد خلق الجرائم و العقوبات، ومنها حظر القياس: حيث تنحصر مهمة القاضي في تطبيق القانون لا خلق الجرائم، وترجع أهمية

أما عن التناول الضمني لبعض الفقه المصري لمسألة القياس، فأود الإشارة قبل البدء في توضيحه إلي أمرين، وهما_الأول: أنني اكتفيت في البحث بنماذج ثلاثة للفقه، دون البحث عن تناول غيرهما لذات المسألة، لكون ذلك كافياً لإثبات وجود المسألة في فكر الفقه القانوني ولو بشكل غير صريح. الأمر الثاني: هو طبيعة الدراسة، والتي بذاتها تقتضي التركيز وعدم الاطناب، والاكتفاء بالفحص الدقيق للموضوع.

مبدأ الشرعية إلي أنه يعد من أسس الحرية الفردية ويضمن حقوق الأفراد بتحديد الجرائم والعقوبات كما أنه يعطي العقوبة أساس قانوني بحيث يجعلها مقبولة من قبل الرأي العام، كما أنه يجعل الأفراد على علم بالأفعال التي تعد جريمة والأفعال الغير مجرمة. وهنا أود أن أشير إلي أن مسألة حظر القياس الموضوعي في الفقه الإسلامي غير واردة، لماذا؟ لأن هناك بالفعل وقائع ونماذج عملية في الفقه الاسلامي تدل بوضوح علي العمل بالقياس في تجريم بعض الأفعال غير المنصوص علي تجريمها، بل واستخدام القياس ذاته في تقرير العقوبة علي تلك الأفعال، مثال ذلك: قياس جريم شرب الخمر علي جريمة الافتراء في الحد.. أما من ناحية الفقه الاسلامي، فقد كان هناك خلاف في آراء الفقه حول مشروعية العمل بالقياس بشكل عام (سواء من الناحية الاجرائية أو الموضوعية)، وكان السبب في وجود هذا الخلاف، هو كون القياس من الأدلة العقلية، التي يُحشي جعلها أصولاً قائمة بذاتها. علي أحمد باكر، دراسات في أصول الفقه. ط: مجلة الجامعة الإسلامية بالمدينة المنورة، ١٤٠١هـ/ ١٩٨١م، ص ١٧٣

أما عن النماذج الثلاثة للفقهاء، التي أشارت بشكل غير صريح للقياس بذات معناه المعروف في الفقه الاسلامي، وكمخرج إجرائي من بعض الصعاب الاجرائية، فهي علي النحو الآتي :

النموذج الأول:

وقد قاس صاحبه (الأحكام القطعية، الصادرة في الخصومة، الاجراءات السابقة علي هذه الأحكام، الاقرارات الصادرة من الخصوم، والأيمان التي حلفوها، في حالة ترك الخصومة) علي (الأحكام القطعية، الصادرة في الخصومة، والاجراءات السابقة علي هذه الأحكام، والاققرارات الصادرة من الخصوم، والأيمان التي حلفوها، في حالة سقوط الخصومة) في الحكم، وهو عدم سقوطها، إذ أن الحالة الأولى غير منصوص علي حكمها، في حين قد نص المشرع علي حكم الحالة الثانية، في المادة ١٣٧ / ٢٠١ مرافعات، وبالتالي فالحكم الذي قرره المادة ١٣٧ بخصوص آثار السقوط، يمكن أن يطبق أيضاً في حالة الترك، لماذا؟ لسببين، الأول منهما: أن المشرع لم يرتب علي الترك آثاراً أشد من الآثار التي رتبها علي السقوط، إذ أن الآثار التي رتبها علي الترك، والتي هي إلغاء جميع إجراءات الخصومة، بما في ذلك صحيفة الدعوي هي نفسها التي رتبها علي سقوط الخصومة. أما السبب الثاني: فهو أن الحكمة (العلة) التي أملت هذا الحكم بالنسبة لسقوط الخصومة، وهي تفادي ما قد يعود علي الخصوم من ضرر، يتحقق كذلك في حالة ترك الخصومة، مما يوجب

تطبيقه أيضاً في هذه الحالة، مادام لا يوجد في النصوص الواردة في باب ترك الخصومة ما يمنع تطبيقه^١.

١_ أ.د/ أحمد عوض هندي، قانون المرافعات المدنية والتجارية، ط دار الجامعة الجديدة، ٢٠١٥م، ص ٤٦٥، بند ٢٤٢. ولا يفوتنا في هذا البحث أن نشير إلى أن محراب العدالة قد شهد محاولات حتي من ممثلي الخصوم (السادة المحامون) لا استخدام القياس في مذكراتهم ومرافعاتهم لاثبات ما يعتقدونه، علي الرغم من أن المحكمة قد لا توافقهم الرأي في هذا الاعتقاد وترفضه، ومن ذلك علي سبيل المثال: ما حاول به ممثلوا الخصوم من قياس حق الخصم في إبداء (نقض فرعي) علي حقه في إبداء (استئناف فرعي)، إلا أن المحكمة رفضت التسليم بذلك، بحجة أن الاستئناف الفرعي استثناء لا يجوز القياس عليه. وفي تقول محكمة النقض: " متى كان التقرير بالطعن قد حصل بعد فوات الميعاد الذي حدده المادة ١٤ من قانون إنشاء محكمة النقض، فإن هذا الطعن يكون غير مقبول لسقوط حق الطاعن في مباشرته. أما القول بأن الطعن في الحكم وإن كان قد قرر بعد الميعاد إلا أنه جائز القبول، إذ يعتبر طعنا فرعياً للطعن المرفوع من المطعون عليها عن نفس الحكم، فإن هذا القول مردود بأن الميعاد الذي حدده القانون للطعن بطريق النقض هو ميعاد واجب المراعاة في جميع الأحوال. ويترتب على تفويته سقوط الحق فيه حتماً، وعلى المحكمة أن تقضي بذلك من تلقاء نفسها عملاً بالمادة ٣٨١ مرافعات. وإذا كان الشارع قد خالف الأصل الذي يقوم عليه هذا النص في خصوص الاستئناف الفرعي إذ أجاز للمستأنف عليه أن يرفع استئنافاً فرعياً بعد مضي ميعاد الاستئناف فإن ذلك إنما جاء على سبيل الاستثناء وينص صريح في

تعقيب:

إذا ما استصبحنا مفهوم القياس الاجرائي الذي أشرنا إليه آنفأً، والذي هو: إلحاق حالة إجرائية لم ينص القانون على حكمها بحالة أخرى ورد نص بحكمها، في الحكم الذي ورد به النص، لتساوي الحالتين في علة هذا الحكم. ثم استصبحنا أركانه كذلك، والتي هي: (الأصل_الفرع_حكم الأصل_علة)، ثم أنزلنا مفهوم القياس وأركانه علي ما أشار إليه الفقه القانوني في العرض السابق، لوجدناه قد تناول كل أركان القياس، من أصل قد نص علي حكمه، وفرع لم يُنص علي حكمه، وعلة يمكن تعديلها من الأصل إلي الفرع، أليس كذلك؟

القانون مما لا يجوز معه القياس في حالة الطعن بطريق النقض. ومما يؤكد أن الشارع قصد عدم إجازة الطعن الفرعي أمام محكمة النقض ما أورده في المذكرة الإيضاحية لمشروع المرسوم بقانون رقم ٦٨ سنة ١٩٣١ بإنشاء محكمة النقض إذ جاء فيها " ولم ينص في المشرع على النقض الفرعي إذ رؤى أنه ليس من المرغوب فيه أن يسهل للخصم الذي لم يزلوما للطعن في الحكم من تلقاء نفسه طريقه الطعن فيه بصفة فرعية بمناسبة طعن رفعه غيره " ولم يرد في قانون المرافعات الجديد ما يغير هذا النظر ومن ثم يكون الطعن غير مقبول شكلاً لفوات ميعاده "الطعن رقم ١٦١ - لسنة ٢٠ - تاريخ الجلسة ٣ / ٤ / ١٩٥٢ - مكتب فني ٣ رقم الجزء ٢ - ص ٨٦٧.

النموذج الثاني:

وقد ضرب لنا أصحابه مثلاً واضحاً للقياس الاجرائي من قانون التحكيم المصري، رقم ٢٧ لسنة ١٩٩٤م، تمثل في قياس جواز حرية طرفي التحكيم في اختيار القانون واجب التطبيق علي اتفاق التحكيم (كفرع لم يُنص علي حكمه) علي حرية ذات الطرفين في اختيار مكان التحكيم (كأصل نُص علي حكمه في المادة ٢٨ من قانون التحكيم)، لاشتراكهما في ذات العلة، وهي تبسيط وتيسير عملية التحكيم لإنهاء النزاع.^١

النموذج الثالث:

وقد ذكر أصحابه مثالا للقياس، تمثل في قياس الإجراءات الشكلية التي يخضع لها الطعن المقابل بالتماس إعادة النظر (كفرع فقهي إجرائي لم يُنص علي حكمه) علي الأحكام الإجرائية الشكلية التي نظمت تقديم الطلبات العارضة (كأصل قانوني نص قانون الاجراءات علي تنظيم إجراءاته، بمقتضي القواعد الاجرائية في المواد ١٢٣-١٢٧ من قانون المرافعات)^٢. وهذا الجانب من الفقه وإن كان قد أشار بشكل

١_ أ.د/ مصطفى الجمال، وعكاشة عبد العال، التحكيم في العلاقات الخاصة

الدولية والداخلية الجزء الاول _ ص ٢٢٤

٢_ أ.د/ فتحي والي، الوسيط في قانون القضاء المدني، دار النهضة

العربية، ٢٠٠٩م، بند ٣٥٦، ص ٧٠٠

ضممني إلي بعض أركان القياس الاجرائي، من الأصل، والفرع، وحكم الأصل، إلا أنه لم يشر إلي الركن الأخير منه، وهو تلك العلة التي جعلته يقوم بهذا القياس. وفيما نعتقده أن هذه العلة تكمن في كون كل منهما يعد بمثابة طلب فرعي، مقابل للطلب الأصلي.

_ نماذج أخرى :

_ عدم نص المشرع الإجرائي، ومن ثم عدم تنظيمه للجزاء المترتب علي إغفال معاون التنفيذ أحد البيانات المتعلقة بمحضر الحجز؟ وهو بصدد حديثه عن التنفيذ بحجز المنقول لدي المدين وبيعه، في المادة (٣٥٣) من قانون المرافعات، وبالتالي ما الحل ؟ نعم لا مفر من الرجوع إلي أعمال القاعدة الأساسية في البطلان، والتي بمقتضاها يكون الاجراء باطلا إذا شابه عيب لم تتحقق بسببه الغاية التي قصد القانون حمايتها، وهل هذا الرجوع هنا إلا قياس إجرائي، لا سيما في ظل صمت المشرع الاجرائي حتي عن القول بهذا الرجوع .

_ قياس زوال الشخص الاعتباري الذي يكون طرفا في الخصومة (قضائية كانت أو تحكيمية) أثناء سيرها، كحل الشركة أو دمجها في غيرها فذابت شخصيتها فيها، أو ألغيت وحل شخص اعتباري آخر محلها، أو تصفيتها، علي حالة وفاة الشخص الطبيعي، من حيث الأثر المترتب علي كل منهما، وهو كون كل منهما سببا لانقطاع الخصومة، مع ملاحظة أن

القانون لم يعتبر وفاة المحامي أو الوكيل سببا من أسباب
الانقطاع.^١

الفرع الثاني

موقف القضاء المصري الاجرائي من العمل بالقياس بذات معناه الوارد في
الفقه الاسلامي

إن السؤال الطبيعي في هذا البحث تجاه موقف القضاء المصري
إزاء مسألة العمل بالقياس هو: ياتري هل أقر القضاء المصري بمشروعية
العمل بالقياس بشكل ضمني، عن طريق استخدامه للقياس فعلاً في
أحكامه الاجرائية تحديداً أم لا؟، ومن ثم يمكن القول بأن القضاء أجاز
، بل لم يري مخرجاً في بعض الصعوبات الاجرائية إلا اللجوء إلي القياس
من عدمه. إن الإجابة هي نعم ولا يعجبني أحد من إجابتي المسبقة علي
التساؤل قبل تحقيق وتحليل موقف القضاء، فقط لأن واقع الحال يقتضي-
ذلك، بسبب ماتولد لدي من قناعات شخصية لا يتناها ريب من

١_ مع ملاحظة أن قانون التحكيم المصري ٢٧ لسنة ١٩٩٤، لم يعالج مسألة
إنقطاع خصومة التحكيم بنصوص خاصة، وإنما أحال في تنظيمها إلي نصوص
قانون المرافعات ١٣ لسنة ١٩٦٨، وما تلاه من تعديلات، بمقتضي نص المادة
(٣٨) من قانون التحكيم، والتي قالت: " ينقطع سير الخصومة أمام هيئة
التحكيم في الأحوال ووفقاً للشروط المقررة لذلك في قانون المرافعات المدنية
والتجارية، ويترتب علي انقطاع سير الخصومة الآثار المقررة في القانون
المذكور.

استخدام القضاء فعليا للقياس كأداة إجرائية. إذ بعد استقراء العديد من أحكام القضاء المصري، لا سيما في النواحي الاجرائية وجدته قد أقر بشكل صريح بمشروعية حقه في استخدام آلية القياس الاجرائي، ولم يكتف بهذا التصريح، لكنه استخدم القياس الاجرائي لسد الفراغ التشريعي والتنظيم القانوني لبعض المسائل الفرعية، التي ارتبطت ببعض القضايا التي نظرها.

أما عن إقرار القضاء المصري بمشروعية العمل بالقياس الاجرائي، فتقول محكمة النقض: "... إن النص في المادة ٦٦ من قانون التجارة رقم ١٧ لسنة ١٩٩٩ يدل - وعلى ما أفصحت عنه المذكرة الإيضاحية - أن المشرع بعد أن عرف المنافسة غير المشروعة بأنها كل فعل يخالف العادات والأصول المرعية في المعاملات التجارية، أعقب ذلك بتعداد لبعض أمثلة لأكثر هذه الأفعال انتشاراً في العمل.....، ثم أضاف أن هذا التعداد الذي يعتبر من أعمال المنافسة غير المشروعة، لم يرد على سبيل الحصر، وأن من حق المحاكم أن تقحم في هذا التعداد أعمالاً أخرى ترى وجوب اعتبارها من قبيل المنافسة غير المشروعة ولها أن تلجأ لبلوغ هذا الهدف إلى منطق القياس أو الاجتهاد الحرفي في إطار التعريف العام الوارد في مطلع الفقرة الثانية من نص المادة ٦٦" ^١

١ - نقض مدني، الطعن رقم ٤٥٣٦ - لسنة ٨٠ - تاريخ الجلسة ٢٧ / ٣ / ٢٠١٢

- مكتب فني ٦٣ رقم الصفحة ٥١٢

أما عن استخدام القضاء المصري للقياس الاجرائي بشكل صريح في فصل المنازعات، فهناك العديد من النماذج التطبيقية التي تدل علي ذلك، ومنها علي سبيل المثال مايلي:

أ_ قياس (تنازل القيم عن حق محجوره في نظر النزاع أمام المحكمة المختصة) كفرع إجرائي لم ينص قانون ترتيب المجالس الحسبية الملغلي، قانون سنة ١٩٢٥م علي حكمه علي (تصالح القيم) كأصل إجرائي، نص قانون ترتيب المجالس الحسبية علي حكمه، في المادة ٢١ من ذات القانون.^١

١ _ وكانت هذه المادة تنص علي: " .. يجب علي الأوصياء والقامة ووكلاء الغائبين أن يحصلوا علي إذن من المجلس الحسبي لمباشرة أحد التصرفات الآتية: (أولاً) شراء العقارات أو بيعها أو استبدالها أو ترتيب حقوق عينية عليها؛ (ثانياً) التصرف بالبيع أو الرهن في الأوراق المالية؛ (ثالثاً) تقليل التأمينات المقررة لمنفعة القاصر أو المحجور عليه أو الغائب؛ (رابعاً) الاعتراف بدين سابق علي الوفاة أو الحجر أو الغيبة؛ (خامساً) الصلح أو التحكيم؛ (سادساً) إجراء القسمة بالتراضي، وفي هذه الحالة يقوم تصديق المجلس عليها مقام التصديق المنصوص عليه بالمادة ٤٥٦ من القانون المدني؛ (سابعاً) طلب القسمة القضائية عند عدم الاتفاق؛ (ثامناً) قبول الهبة إذا كانت مقترنة بشرط؛ (تاسعاً) التأجير لمدة أكثر من ثلاث سنوات؛ (عاشرأ) الاقتراض؛ (حادي عشر) تشغيل رؤوس الأموال؛ (ثاني عشر-) شراء شيء لأنفسهم من ملك القاصر أو المحجور عليه أو الغائب أو بيع شيء من ملكهم للقاصر أو

إذ منعت المادة ٢١ من قانون ترتيب المجالس الحسبية القيم من إجراء العديد من التصرفات القانونية، عدتها بشكل حصري، منها الصلح والتحكيم، إلا بإذن من المجلس الحسبي، وإلا عُد متجاوزاً لنيابته عنه، مما يكون سبباً في عدم انصراف آثار تصرفاته إلى القيم عليه، لكنها لم تنص على حكم قيام القيم بالتنازل عن حق محجوره في نظر النزاع أمام المحكمة المختصة، عند عقده اتفاقاً عن محجوره، فلم يكن أمام محكمة النقض إلا استخدام القياس لاستنباط حكم هذه الحالة، وهو ما فعلته بالفعل لما قضت قائلة: "...الأحكام الانتهائية الصادرة في مواجهة ممثل الخصم لا تسري على نفس الخصم إلا في حدود نيابة الممثل والسلطة المخولة له. وإذن فالقيم إذا عقد اتفاقاً عن محجوره، واشترط فيه التقاضي في كل نزاع بشأنه أمام محكمة جزئية بعينها تفصل فيه نهائياً، فإنه يكون متجاوزاً في ذلك حدود سلطته بتنازله عن حق محجوره في نظر النزاع أمام المحكمة المختصة بالفصل فيه جزئية كانت أو كلية حسب القانون، وفي نظره أمام جميع درجات التقاضي، ذلك التنازل الذي لا يملكه القيم إلا بإذن من المجلس الحسبي لما فيه من الإضرار بالمحجور عليه، قياساً

المحجور عليه أو الغائب؛ (ثالث عشر) استتجار ملك القاصر أو المحجور عليه أو الغائب؛ (رابع عشر) قبول التنازل لهم عن حق أو دين على القاصر أو المحجور عليه أو الغائب. ويجب الحصول على إذن خاص من المجلس لإجراء كل تصرف من تلك التصرفات.

على الصلح الذي أوجب القانون صراحة في المادة ٢١ من قانون المجالس الحسبية الإذن به، وما ذلك إلا لما فيه من التنازل عن بعض الحقوق. وإذن فالحكم الذي يبنى على هذا الاتفاق لا يلتزم به المحجور عليه بل يعتبر أنه صدر على شخص القيم مجرداً عن صفته، وإعلانه إلى القيم الجديد لا يترتب عليه أي أثر على الإطلاق فهو لا يمنعه من أن يخاصم باسم محجوره بدعوى أخرى

ب_ القياس الاجرائي المتعلق بجواز رد عضو هيئة المفوضين بمجلس الدولة، ووجوب تنحيه (كفرع إجرائي لم يُنص علي حكمه) علي جواز رد عضو النيابة، ووجوب تنحيه (كأصل نص القانون الاجرائي علي حكمه)، بجامع أن كلاً منهما يُعد عنصراً أساسياً في تشكيل المحكمة. وفي إبداء الرأي القانوني المحايد فيها، سواء في المذكرات التي تقدمها أو في الإيضاحات التي تطلب إليها في الجلسة العلنية. ويتفرع عن ذلك كله أنه لا بد من حضور من يمثلها بالجلسة وإلا وقع بطلان في الحكم.

وهذا المثال القضائي، وإن كان من محكمة إدارية، وليس من محكمة مدنية أو تجارية، إلا أن دلالته علي استخدام القياس الاجرائي، بالاستعانة بقواعد قانون المرافعات المدنية والتجارية كانت الدافع لايراده هنا. ولا ريب فيما بين القوانين واستعانة القضاء بها من وشائج.

وفي التدليل علي المثال الذي أوردناه ذلك تقول المحكمة الإدارية العليا: "..... وبهذه المثابة فإن هيئة مفوضين تعتبر أمينا علي المنازعة

الإدارية ، وعاملا أساسيا في تحضيرها وتهيئة المرافعة ، وفي إبداء الرأي القانوني المحايد فيها ، سواء في المذكرات التي تقدمها أو في الإيضاحات التي تطلب إليها في الجلسة العلنية . ويتفرع عن ذلك كله . أنه لا بد من حضور من يمثلها بالجلسة وإلا وقع بطلان في الحكم . وأنه إذا قام بالمفوض سبب من أسباب عدم الصلاحية أو الرد المنصوص عليهما في المادتين ٣١٣ و ٣١٥ من قانون المرافعات كان غير صالح في الحالة الأولى ممنوعا عن مباشرة مهمته في الدعوى وجازده إن لم يتنح عنها في الحالة الثانية ، وذلك قياساً علي حالة رد عضو النيابة إذا كان طرفاً منضماً في الدعوى طبقاً للمادة ٣٢٣ من قانون المرافعات ، تحقيقاً للحيدة التامة بحكم وظيفته في الدعوى حسبما سلف إيضاحه . وأنه إذا كان المفوض غير صالح لمباشرة مهمة الدعوى ، ومع ذلك استمر في مباشرتها ، أو حيث يجب عليه التنحي عنها وندب غيره لأداء مهمته فيها ، كان ذلك منطويًا على بطلان في الإجراءات يؤثر في حكمه ويبيطه ، فإذا كان الثابت أن المدعي هو نفسه المفوض لدي المحكمة التي تنظر الدعوى فقد قام التعارض بين مهمته لدي المحكمة المذكورة من تمثيل الحيدة لصالح القانون وحده ، وبين صالحه الشخصي بصفته خصماً في الدعوى المذكورة . فكان يتعين امتناعه عن مباشرة مهمة المفوض في الدعوى

وندب غيره لذلك ولتمثيل الهيئة بالمجلس ، أما أنه لم يفعل فيكون هذا الأجراء الجوهري قد اغفل ، مما يعيب الحكم المطعون فيه ويبيطله^١ تعقيب : من خلال الحكم السابق يتضح لنا وبجلاء، أننا أمام قياس إجرائي قضائي عملي، اتضحت فيه جميع معالم القياس وأركانه، من أصل إجرائي له حكم منصوص عليه، وهو (رد عضو النيابة وتنحيه) والمنصوص عليه في المادة ١٦٣ من قانون المرافعات المدنية والتجارية^٢، وفرع من لم يُنص علي حكمه في قانون مجلس الدولة وهو (رد عضو هيئة المفوضين وتنحيه)، وحكم للأصل قد نُص عليه، وعلّة أمكن تعديها من الأصل إلي الفرع. وهذه كلها مسألة إجرائية استخدم فيها القياس الاجرائي بشكل واضح. وهنا قد يقول البعض أننا لسنا أماما قياس وإنما أمام رجوع إلي القواعد العامة، والقانون الأم لخلو نظام إجرائي معين من تنظيم بعض مسائله! وهنا يمكن أن نرد ونقول: يمكن قبول ذلك في حالة ما إذا نص قانون المجلس علي ذلك بالاحالة، أما وأنه لم يفعل فمن غير المعقول أن نسلم بذلك، وكانت عملية القياس هي الأنسب. (يراد مراجعة قانون المجلس في هذه المسألة جيداً..... حيث

١_ المحكمة العليا، طعن رقم ١٥٠ لسنة ١ ق.ع - جلسة ١٧/١٢/١٩٥٥ م.

٢_ "إذ تنص هذه المادة الاجرائية علي: "تتبع القواعد والاجراءات المتقدمة عند رد عضو النيابة إذا كانت طرفاً منضماً لسبب من الأسباب المنصوص عليها

في المادتين ١٤٦، ١٤٨"

يوجد نص ينص علي: ومن حيث أن المادة ٥٣ من القانون رقم ٤٧ لسنة ١٩٧٢ بشأن مجلس الدولة نصت على أن تسري في شأن مستشاري محكمة القضاء الإداري والمحكمة التأديبية للعاملين من مستوى الإدارة العليا القواعد المقررة لرد مستشاري محاكم الاستئناف.....
والنص المتقدم يقرر أصلاً عامً يتصل بأسس النظام القضائي غايته كفالة الطمأنينة للمتقاضين وصون سمعة القضاء ومن ثم كان من الطبيعي سريان أحكام الباب الثامن من قانون المرافعات المدنية والتجارية في شأن عدم صلاحية القضاء وردهم وتنحيهم على القضاء الإداري تحقيقاً لذات الغاية من جهة ولا اتحاد الصلة من جهة أخرى^١
ج- قياس (الإقرار في غير مجلس القضاء) علي (الإقرار في مجلس القضاء) في الحكم، وهو الصحة.

وفي ذلك تقول محكمة النقض: " المتفق عليه عند فقهاء الحنفية أن الإقرار كما يكون بمجلس القضاء يصح أن يكون في غيره ، وفي حالة ثبوته يكون المقر كأنه أقرب به أمام القاضي^٢ (الطعن رقم ٣ لسنة ٧٤ جلسة ٢٠١٧/٢/١٤ م

١ _ طعن رقم ٥٩ لسنة ٣٤ ق.ع جلسة ٦-٣-١٩٨٨ ادرية عليا

٢ _ نقض الطعن رقم ٣ لسنة ٧٤، جلسة ١٤/٢/٢٠١٧ م

د_ قياس حالة (عدم تقديم صورة من مرسوم قانوني ذا صلة بالدعوي) علي حالة (عدم تقديم صورة مطابقة لأصل الحكم المطعون فيه) في الأثر المترتب علي كل منهما، وهو قبول الدعوي أو الطعن . وفي ذلك تقول محكمة النقض: "...متى كان المرسوم المطعون فيه قد نشر بالوقائع المصرية و أصبح بمجرد نشره معلوما للكافة فإن عدم تقديم صورة منه لا يترتب عليه عدم قبول الطلب شكلاً قياساً علي حالة عدم تقديم صورة مطابقة للأصل من الحكم المطعون فيه إذ يكفي في هذه الحالة الإشارة إلى مضمون المرسوم و تاريخ صدوره .^١

ه_ قياس حالة (انتهاء الدعوي دون فصل في موضوعها، تحيكماً) علي حالة (انتهاء الدعوي دن فصل في موضوعها، صلحاً)، في الحكم، وهو تخفيض الرسوم القضائية عليها إلي النص . وفي ذلك تقول محكمة النقض: " لما كانت المادة التاسعة من القانون رقم ٩٠ لسنة ١٩٤٤ الخاص بالرسوم القضائية في المواد المدنية المعدل بالقانون رقم ٦٦ لسنة ١٩٦٤ تنص علي انه " لا تحصل الرسوم النسبية علي أكثر من ألف جنيه فإذا حكم في الدعوى بأكثر من ذلك سوى الرسم علي أساس ما حكم به " وتنص المادة ٢١ منه علي انه " في الدعاوى التي تزيد قيمتها علي ألف جنيه يسوى الرسم علي أساس ألف جنيه في حالة إلغاء الحكم أو تعديله ما لم يكن قد حكم بأكثر من هذا

١. الطعن رقم ٢٢ لسنة ٢٠٠٠ ق، جلسة ١٩٥٢/٦/٧ م، س٣، ع٣، ص٨١٣.

المبلغ فيسوى الرسم على أساس ما حكم به " والمستفاد من هذين النصين أن الرسم النسبي يحسب عند رفع الدعوى على قيمة الحق المدعى به ولا يحصل من هذا الرسم مقدماً إلا ما هو مستحق على الألف جنيه الأولى وان الرسم الذي يستحقه قلم الكتاب بعد الحكم في الدعوى يكون على نسبة ما يحكم به في آخر الأمر زائداً على الألف جنيه الأولى ، ولما كان الثابت من مدونات الحكم الصادر في الدعوى رقم ١١٩٠ لسنة ١٩٧٩ مدنى محكمة قليوب الجزئية الصادر بشأنها قائمة الرسوم محل التظلم قد قضى فيها بانتهاء الخصومة دون أن يفصل في موضوع النزاع بعد أن انتهى تحكيمياً بين الطرفين فانه لا يكون قد حكم لهم بشيء فلا يستحق عليهم رسم أكثر مما حصل عند رفع الدعوى . لما كان ذلك ، وكان الحكم المطعون فيه قد خالف هذا النظر وقضى باستحقاق قلم الكتاب رسوماً نسبية عن هذه الدعوى رغم الحكم بانتهائها قياساً على الصلح فانه يكون قد خالف القانون واخطأ في تطبيقه .

تعقيب: بالتركيز رويداً في هذا الحكم نلاحظ مايلي من أمور ..
الأمر الأول: هناك حكم قد صدر من محكمة قليوب الجزئية، بانتهاء الخصومة أمامها، دون فصل في موضوع النزاع بحكم موضوعي، لأن موضوع النزاع قد أنهاه الخصوم عن طريق التحكيم، والمفترض أن المحكمة قد اطلعت عليه.

١_ الطعن رقم ٢٠٥٠ لسنة ٦٢ جلسة ١٩٩٨/٠٦/٢٣ س ٤٩ ع ٢ ص ٥٥٨

الأمر الثاني: أنه رغم انتهاء النزاع تحكيمياً، بعيداً عن ساحة القضاء، إلا أن المحكمة وعلي ما يبدو من الحكم قد فرضت علي رافع الدعوي رسوماً قضائية نسبية. استناداً علي القياس الاجرائي، إذ أن النزاعات المنصوص علي اسحقاق قلم الكتاب نصف الرسوم النسبية المفروضة قانوناً عليها، في حالة انتهائها دون فصل في موضوعها من قبل المحكمة، هي تلك التي تنهي بالصلح، وذلك وفقاً لحكم الفقرة الخامسة، من المادة السادسة، من قانون الرسوم القضائية رقم ٩٠ لسنة ١٩٤٤م، والتي تقول: " تخفض الرسوم إلي النصف في الأحوال الآتية ...٥_ الصلح أمام المحكمة وذلك مع مراعاة ما تنص عليه المادتان ٢٠ و ٢٠ مكرراً" ومن ثم لم يُشر أو ينص القانون الاجرائي علي حكم النزاعات التي تنتهي دون حكم في موضوعها من قبل القضاء، وإنما انتهت بالتحكيم، فقامت المحكمة بقياس انتهاء الدعوي بالتحكيم علي انتهائها بالصلح .

الأمر الثالث: قام المحكوم عليه بالرسم، بالطعن علي هذا الحكم بالاستئناف، وعلي ما يبدو قد تم تأييده، ثم طعن عليه بالنقض، والتي قامت بالغائه، لمخالفته القانون، وخطئه في تطبيقه. وهنا نلاحظ أمراً مهماً للغاية، وهو أن محكمة النقض وإن كانت قد ألغت حكم الاستئناف فهي لم تلغه استناداً علي ما قامت به المحكمة الجزئية من قياس، أيده فيها محكمة الاستئناف، وإنما لسبب آخر غير ذلك، وهو خطأ محكمة المحكمة

في تطبيق القانون، والذي يقضي بأنه طالما لم تحكم المحكمة في الدعوي، فلا يُستحق عليها من رسوم غير تلك التي حُصلت عند رفع الدعوي، ماذا يُعني هذا؟ يُعني ببساطة أن محكمة النقض ذاتها أقرت بشكل ضمني عمل محكمة الموضوع بالقياس، وإن كانت قد التفتت عنه، فإنها هو لاستخدامه في غير محله.

و_قياس حق الخصم في التنازل عن طلب رد القضاة(كفرع لم ينص القانون الاجرائي علي حكمه) علي حقه في ترك الدعوي (كأصل نص القانون الاجرائي عل حكمه).

وفي ذلك تقول محكمة النقض: "إن المواد ١٤٦ المعدلة ومابعدها من قانون المرافعات في شأن عدم صلاحية القضاة وردهم وتنحيتهم وعلي ما هو مقرر في قضاء هذه المحكمة لم تنص علي عدم جواز التنازل عن طلب الرد وكانت طبيعة الرد لا تتجافي مع التنازل عنه، وبالتالي فإن القانون لا يمنع التنازل عن طلب الرد شأنه شأن أي طلب آخر لصاحبه التمسك به أو التنازل عنه لا يحول ذلك مانصت عليه المادة ١/١٤٢ من قانون المرافعات من أن الترك لا يتم بعد إبداء المدعي عليه طلباته إلا بقبوله لأن القاضي ليس طرفاً ذا مصلحة شخصية في

الخصومة، وترتيباً علي ذلك أنه في حالة قيام طالب الرد بالتنازل عن طلبه تعين علي المحكمة أن تقوم بإثبات هذا التنازل، ولا يسوغ لها رفضه^١.

ر- قياس حالة انتهاء الخصومة بدون حكم في حالة الاستئناف، بسبب تنازل المدعي = المحكوم له = (كفرع لم ينص القانون علي حكمه) علي حالة ترك الخصومة (كأصل نص القانون علي حكمه) من ناحية تحديد الخصم الذي يتحمل الرسوم القضائية .

وفي ذلك تقول محكمة النقض: "...مؤدي نصوص المواد ١٨٤، ١٨٥، ١٨٦ من قانون المرافعات أن المشرع نظم بهذه النصوص القواعد التي تحكم تحديد الخصم الذي يتحمل الرسوم القضائية والمصاريف الرسمية التي استلزمها رفع الدعوي، فلا تسري هذه النصوص في حالة انتهاء الخصومة بغير حكم في الدعوي، وكان هذا الانتهاء يرجع إلي أسباب مختلفة، نظم قانون المرافعات في بعضها الخصم الذي يتحمل مصروفات الدعوي، كما كان في حالة ترك الخصومة، ولم ينظم البعض الآخر، كما في حالة انتهاء الخصومة في الاستئناف بغير حكم بسبب تنازل المدعي (المحكوم له) عن الحكم المستأنف اثناء نظر الاستئناف المرفوع من

١- نقض مدني، طعن رقم ٧٢٣٦، لسنة ٧٩ق، جلسة ٩/١٢/٢٠١٦. سلسلة التشريعات والقوانين المصرية، قانون المرافعات، معلقاً عليه بأحكام النقض، والمذكرة الايضاحية، والدستورية العليا، أ. أسامة العربي، دار العربي للنشر والتوزيع، ص ١٢٣

المحكوم ضده، إذ يترتب علي هذا التنازل أن يصبح الحكم المطعون فيه غير قائم، وتنقضي الخصومة في الاستئناف بقوة القانون، وكان إغفال هذا التنظيم يعد نقصاً تشريعياً، يوجب علي القاضي تكملته بالالتجاء إلي المصادر التي نصت عليها المادة الأولى من القانون المدني، ومنها قواعد العدالة، فإن الحل العادل في الحالة سالفة البيان هو تحمل المتنازل عن الحكم المستأنف جميع المصاريف الناشئة عن الخصومة، لأنه قد حال بتنازله بين المحكمة والمضي في نظر الدعوي، والفصل في موضوعها، وبيان وجه الحق فيها، وهو ما يتساوي مع ترك الخصومة الذي يترتب عليه الحكم علي التارك بجميع المصاريف التي نشأت عنها، طبقاً لنص المادة ١٤٣ من قانون المرافعات. وإذ خالف الحكم المطعون فيه هذا النظر، وقضي بالزام الطاعنة بالمصاريف برغم أن تنازل المطعون ضدها عن الحكم المستأنف الصادر في غيبة الطاعنة يتساوي مع ترك الخصومة، بما يوجب تحملها جميع المصاريف الناشئة عنها، فإن الحكم المطعون فيه قد يكون معيباً بمخالفة القانون، والخطأ في تطبيقه^١

١_ نقض مدني، طعن رقم ١١٥٠٨، لسنة ٨٢ ق، جلسة ١/٢/٢٠١٤ م. سلسلة التشريعات والقوانين المصرية، قانون المرافعات، المرجع السابق، ص ١٥٠

ر _ قياس الإقرار المكتوب الموثق بمكاتب التوثيق بترك الدعوي (كفرع لم ينص المشرع الاجرائي علي حكمه) علي المذكرة المكتوبة الموقع عليها من التارك والمقدمة إلي المحكمة (كأصل نص علي حكمه) وفي ذلك تقول محكمة النقض: " إذا كانت المادة ١٤١ من قانون المرافعات تجيز إبداء ترك الخصومة ببيان صريح من التارك في مذكرة موقع عليها منهمم اطلاع خصمه عليها، وكان الإقرار المكتوب الموقع عليه من الطاعنة الثالثة والذي صدق بمكتب توثيق دمنهور قد تضمن بياناً صريحاً بتركها الخصومة في هذا الطعن، فإن هذا الاقرار الذي قدم إلي المحكمة واطلع عليه الخصوم يقوم مقام المذكرة الموقع عليها من هذه الطاعنة، ومن ثم يتعين القضاء بقـ٤ بقبول ترك الطاعنة الثالثة الخصومة في الطعن.^١

ز _ قياس الدور الذي تؤديه المحاكم الوطنية في تعيين المحكمين في حالة التحكيم المؤسسي (كفرع لم ينص علي حكمه) علي الدور الذي تقوم به ذات المحاكم في تعيين المحكمين في حالة التحكيم الحر. إذا كانت مراكز التحكيم المؤسسي قد سمحت للأطراف أن يختاروا وبمنتهي الحرية هيئة التحكيم، إلا أن هذا الاختيار قد يرتد إليها في حالة إذا لم يقيم الأطراف باختيار الهيئة، كأن يتعذر عليهم الاتفاق علي تعيين المحكم الواحد، أو أو أهمل أحدهم أو قصر في تعيين محكمه إذا

١ _ طعن رقم ٢٠٩، لسنة ٥٤ ق، جلسة ١٣/١٢/١٩٩٠.

كانت هيئة التحكيم مشكلة من ثلاثة أو أكثر، وهنا يقوم المركز بدور مكمل أو احتياطي لسد النقص. لكن قد يتعدي هذا الدور للمركز من مجرد سد النقص إلي كون تعيين المحكم حق أصيل له ابتداءً، لذا فالدور الذي تقوم به مراكز التحكيم المؤسسي في تعيين المحكمين يتدرج في قوته من مركز لآخر، بحسب الأدوار المتعددة التي يقوم بها هذا المركز التحكيمي المؤسسي أو ذلك بصدد تنظيم وإدارة العملية التحكيمية.

ولما كان الدور الذي تؤديه المحاكم القضائية في هذا الشأن مماثل للدور الذي تؤديه مراكز التحكيم المؤسسي كمعاون ومساعد للأطراف في تشكيل هيئة التحكيم، فإن لوائح التحكيم المؤسسي لم تنص علي اللجوء للمحاكم القضائية في حالة تقاعسها عن دورها في ذلك، في حين نصت عليه لوائح التحكيم الحر. ومع ذلك فإن عدم نص لوائح التحكيم المؤسسي علي ذلك لا يمنع من إمكانية اللجوء إلي المحاكم الوطنية للمساعدة قياساً علي تدخلها في التحكيم الحر.

نخلص مما سبق إلي ان فكرة العمل بالقياس، كأحد وسائل الاجتهاد القانوني، علي الساحتين الفقهية والقضائية، فكرة ليست ببعيدة عن الجواز العقلي، ولا التطبيق العملي، إذ الفقه عرفها، والقضاء عمل بها، فأصبح من غير المقبول إنكارها، لا سيما أن الفقه لم يكن ليقرأها عقلاً، حتي وإن كان إقرارها بشكل غير صريح، وأن القضاء لم يكن ليعمل بها فيما ينظره من نزاعات، إلا لداعي الحاجة التي

تخدم مصالح الخصوم، ووقت القضاء، ومرفق العدالة، حتي وإن كانت الخدمة غير مباشرة.^١

١- لم يكن الفقه الإسلامي، في مجال علم القضاء، ببعيد عن معرفة فكرة القياس الاجرائي، بل لا ريب إن قلنا إنه كالعادة سباقاً في تقرير كل ما يُعتقد أنه جديد علي ساحة الفقه القانوني الوضعي، لاسيما الاجرائي منه، فهذا هو التراث الاسلامي وكما خبرناه يقدم لنا الكثير من نماذج القياس الاجرائي في مجال الدعاوي والبيئات، ومن ذلك علي سبيل المثال مايلي :

أ- قياس حكم التحكيم علي الحكم القضائي في الحجية، وفي ذلك يقول صاحب الإقناع: "... وإن تحاكم شخصان إلى رجل يصلح للقضاء فحكماء بينهما فحكم نفذ حكمهفي المال والقصاص والحد والنكاح واللعان وغيرها حتى مع وجود قاض فهو كحاكم الإمام ويلزم من كتب إليه بحكمه القبول وتنفيذه: كحاكم الإمام ولا يجوز نقض حكمه فيما لا ينقض حكم من له ولاية: ولكل واحد من الخصمين الرجوع عن تحكيمه قبل شروعه في الحكم لا بعده وقبل تمامه" ابن سالم الحجاوي، المقدسي، الحنبلي (ت ٩٦٨هـ)، الاقناع في فقه الإمام أحمد ابن حنبل، تحقيق. عبد اللطيف موسي السبكي، دار المعرفة، بيروت، لبنان، بدون تاريخ طبع، ج ٤، ص ٣٧٦. لِمَا رَوَى أَبُو شَرِيحٍ أَنَّ رَسُولَ اللَّهِ - صَلَّى اللَّهُ عَلَيْهِ وَسَلَّمَ - قَالَ لَهُ: «إِنَّ اللَّهَ هُوَ الْحَكْمُ فَلِمَ تُكْنَى أَبَا الْحَكْمِ؟ قَالَ: إِنَّ قَوْمِي إِذَا اِخْتَلَفُوا فِي شَيْءٍ أَتَوْنِي فَحَكَمْتُ بَيْنَهُمْ، فَرَضِي عَلَيَّ الْفَرِيقَانِ قَالَ مَا أَحْسَنَ هَذَا؟ فَمَنْ أَكْبَرُ وَكَدِّكَ؟ قَالَ: شَرِيحٌ قَالَ: فَأَنْتَ أَبُو شَرِيحٍ». رَوَاهُ النَّسَائِيُّ. وَرَوِي مَرْفُوعًا: «مَنْ حَكَمَ بَيْنَ اثْنَيْنِ تَرَضِيَا بِهِ فَلَمْ يَعْدُلْ بَيْنَهُمَا، فَهُوَ مَلْعُونٌ». وَتَحَاكَمَ عُمَرُ وَأَبِي إِلَى زَيْدِ بْنِ ثَابِتٍ، وَعُثْمَانُ وَطَلْحَةُ إِلَى جُبَيْرِ بْنِ

الفرع الثالث

تعريف القياس الاجرائي في ضوء موقف الفقه والقضاء الاجرائيين، وبيان أركانه

أولاً_ تعريف القياس الاجرائي في ضوء موقف الفقه والقضاء
بناءً علي تعريف القياس وفق منهج أصول الفقه، وبناءً علي علاقة
المعني الاصطلاحي للقياس بالاجراءات القضائية، وبناءً علي بيان
موقف الفقه الاجرائي القانوني، وكذا موقف القضاء في الصور العملية
التي أشرنا إليها، يمكن أن نستنبط تعريفاً للقياس الاجرائي فنقول إن
القياس الاجرائي هو: إلحاق حالة إجرائية، لم ينص القانون على

مُطعم، وَلَمْ يَكُنْ أَحَدٌ مِنْهُمْ قَاضِيًا. الرحيباني، الدمشقي، الحنبلي (ت ١٢٤٣هـ)
،مطالب أولي النهي في شرح غاية المنتهي، ط المكتب الاسلامي (لم يعنون
لها)، الطبعة الثانية ١٤١٥هـ - ١٩٩٤م. ج ٦، ص ٤٧١.

ب_ قياس حكم قبول الترجمة أمام القاضي علي حكم المسائل الغائبة عنه في عدم
قبولها إلا بشاهدين عند بعض الفقه، وفي ذلك يقول صاحب تخريج الدلات
السمعية: " . قال ابن المنذر: لو كان الأمر إلى النظر لكان الواجب ألا يقبل في
الترجمة أقل من شاهدين قياساً على أن ما غاب عن القاضي لا يقبل فيه إلا
شاهدان. وفي الاحتجاج بأن زيدا بن ثابت كان ترجماناً وحده للنبي صلى الله
عليه وسلم حجة لا يجوز خلافها" ابن ذي الوزارتين، الخزاعي (ت
٥٧٨٩هـ)، تحقيق د. إحسان عباس، دار الغرب الاسلامي، بيروت، الطبعة
الثانية، ١٤١٩هـ، ص ٥٢٧

حكمتها، بحالة أخرى ورد نص بحكمتها، في الحكم الذي ورد به النص، لتساوي الحالتين في علة هذا الحكم.

ويشد من عضد مذهبنا إليه، حكم المحكمة الإدارية العليا، التي قضت بالقول: "..... فإذا كانت عبارة النص تدل على حكم في واقعة اقتضت هذا الحكم صادفت واقعة أخرى مساوية لها في علة الحكم أو أولى منها بحيث يمكن تفهم هذه المساواة أو الأولوية بمجرد فهم اللغة من غير حاجة إلى اجتهاد أو رأي، تعين تعديه حكم الواقعة الأصلية المنطوق به إلى الواقعة الفرعية المسكوت عن حكمها لتوافقهما في العلة سواء كان مساوياً أو أولى ويسمى المفهوم من باب أولى أو مفهوم الموافقة".

ثانياً_ أركان القياس الاجرائي

من خلال التعريف السابق يمكن أن نقول أن أركان القياس الاجرائي، هي ذات أركان القياس بشكل عام، ألا وهي الأصل، والفرع، وحكم الأصل، والعلة، وذلك على التفصيل الآتي:

الركن الأول_ الأصل

ويمكن أن نسميه بالمقيس عليه، والمحمول عليه، والمشبه به. ويُقصد به الحالة أو المسألة الاجرائية التي ورد نص قانوني بحكمتها الاجرائي، من مواعيد إجرائية، أو شروط إجرائية، أو سقوط، أو

انقطاع،.... إلخ. ويمكن أن نطلق علي هذا الأصل أكثر من مصطلح، كأن نسميه بالمقيس عليه، أو المحمول عليه، أو المشبه به.

الركن الثاني _ الفرع

ويمكن أن نسميه بالمقيس، والمحمول والمشبه. وهي الحالة أو المسألة الاجرائية التي لم يرد بشأنها حكم إجرائي، ولا ندرى هل يمكن مساواتها بالأصل في نفس حكمه أم لا ؟

الركن الثالث _ حكم الأصل

وهو الحكم الاجرائي المنصوص عليه للأصل، ويراد أن يكون هو نفس الحكم للفرع.

الركن الرابع _ العلة

وهي الوصف الذي بنى عليه حكم الأصل، وبناء على وجوده في الفرع يمكن أن نسويه بالأصل في حكمه. أو هي المعنى الجالب للحكم^١. ويطلق علي العلة أيضاً مناط الحكم وسميت علة لأنها غيرت حال المحل، أخذاً من علة المريض لأنها اقتضت تغير حاله^٢. كما يمكن أن نسميها بسبب الحكم، وأمارته.

١ _ ابن الحسن العكبري الحنبلي (ت ٥٤٢٨هـ)، رسالة في أصول الفقه، تحقيق. موفق بن عبدالله بن عبد القادر، المكتبة المكية، مكة المكرمة، ١٤١٣هـ _ ١٩٩٢م، ص

٢ _ ابن الحسن العكبري، المرجع السابق، ص ٧٩.

الفرع الرابع

أساس العمل بالقياس الاجرائي

المراد بأساس القياس هو تحديد القاعدة التي علي يُبني عليها القول بإمكانية القياس الاجرائي، ياتري هل أساس القياس هو إدراك علة حكم الأصل، وإدراك تحققها في الفرع؟ أم أنه القانون الطبيعي ومبادئ العدالة، التي تفرض علي القاضي (بشكل خاص) الاجتهاد الاجرائي، حيث إذا ما وجد نفسه أمام فراغ إجرائي، فعليه أن يفتش عن كيفية تحقيق العدالة؟ لا سيما بعد إفراغ الجهد في الرجوع الي مصادر القضاء، من دستور، وقانون، ولوائح، ومبادئ العدالة، ثم الشريعة الاسلامية، في الحقيقة انتابني الحيرة وأنا أحاول تحديد هذا الأساس، لكن ما أرجحه، وما يبدو لي، أن أساس القياس هو إدراك علة حكم الأصل، وإدراك تحققها في الفرع، لماذا؟ لأن الأحكام والقواعد الاجرائية بشكل عام، لم يضعها المشرع الاجرائي عبثاً، إذ اليقين أنه ما وضعها إلا لعدة، وهي تحقيق الصالح العام، من محاولة تحقيق العدالة في أسرع وقت وبأقل تكاليف. وهذه العلة قد ينص المشرع عليها صراحة، أو تُستنبط بدلائل أخري أقامها للاهتداء بها، ومثل هذه الأحكام الاجرائية يمكن تسميتها بالأحكام الاجرائية معقولة المعني، أي التي يمكن تعدية حكمها من الأصل إلي الفرع عن طريق القياس، سواء كانت أحكاماً إجرائية مبتدأة (ليست استثناءً من أحكام أو قواعد إجرائية كلية) أم كانت استثناءً من أحكام كلية. وبالتالي لا يمكن بحال أن نقول

أن هناك قواعد وتشريعات إجرائية قد استأثر المشرع الاجرائي بعلم عللها، أو لم يمهد السبيل إلى إدراكها.

الفرع الخامس

الفرق بين القياس الاجرائي وبين الرجوع إلى

القواعد العامة

القياس الاجرائي كما قلنا آنفاً هو: إلحاق حالة إجرائية، لم ينص القانون على حكمها، بحالة أخرى ورد نص بحكمها، في الحكم الذي ورد به النص، لتساوي الحالتين في علة هذا الحكم. والقياس بهذا الشكل اجتهاد، يحتاج إلى نظر وتمحيص وتدقيق، لاسيما في تحديد علة الأصل إن لم يكن منصوص عليها، وسببها إن كانت مترددة بين أكثر من وصف غير منصوص عليه. ولتحديد الفرق بين القياس الاجرائي وبين الرجوع إلى القواعد العامة، فلا بد من توضيح مجموعة من النقاط، وهي: الأولى _ أوجه الاتفاق بين القياس وبين الرجوع إلى القواعد العامة.

١ _ فمثل هذا الاستتار بعلم العلة في تشريع الاحكام لا يكون إلا الله سبحانه، لأنه حيثئذ يكون بمثابة اختبار أو ابتلاء من الله لعباده في تنفيذهم الأحكام، وهو ما يُعرف في الشرع الحنيف بالأحكام التعبدية أو غير معقولة المعني، كما في تحديد أعداد الركعات في الصلوات الخمس، وتحديد مقادير الأنصبة في الأموال التي تجب فيها الزكاة، ومقادير ما يجب فيها، ومقادير الحدود والكفارات، وفروض أصحاب الفروض في الإرث. عبد الوهاب خلاف، علم أصول الفقه، المرجع السابق، ص ٦٢

الثانية_ مدي دقة إطلاق المشرع مصطلح القواعد العامة علي النصوص الاجرائية التي وضع لها حكماً إجرائياً، أحال عليه في حكم حالة في نص إجرائي آخر، أو ساوي بينه وبين حكم حالة أخري في ذات النص ؟
والثالثة_ أوجه الاختلاف بين القياس الاجرائي وبين الرجوع إلي القواعد العامة، وذلك علي التفصيل الآتي :

النقطة الأولى: أوجه الاتفاق بين القياس الاجرائي وبين الرجوع إلي القواعد العامة. لبيان أوجه الاتفاق فإننا سنضرب أولاً مثلاً لكل منهما كالتالي

أ_ مثال القياس الاجرائي : قياس دعوي بطلان حكم التحكيم (كفرع لم ينص قانون التحكيم علي تنظيمه الاجرائي)، علي الدعوي بشكل عام (كأصل نص قانون المرافعات علي تنظيم الاجرائي في المادة ٦٣) في الحكم، وهو خضوع دعوي بطلان حكم التحكيم لذات القواعد الاجرائية التي تحكم رفع الدعوي.

ب_ مثال الرجوع إلي القواعد العامة: ما نصت عليه المادة ١٦٣ من قانون المرافعات بالقول: "تتبع القواعد والاجراءات المتقدمة عند رد عضو النيابة، إذا كانت طرفاً منضماً لسبب من الأسباب المنصوص عليها في المادتين ١٤٨، ١٤٦".

من المثالين السابقين، يمكن أن نستنتج أن للرجوع إلي القواعد العامة أركان، كما للقياس الاجرائي أركان، فإذا كانت أركان القياس وعلي نحو ماسبق أن أوضحنا هي (الأصل_ الفرع_ حكم الأصل_

العلة) فإن أركان الرجوع إلى القاعدة العامة هي (الأصل المرجوع إليه _ الفرع _ حكم الأصل _ العلة). ومن هنا يمكن أن نقول أن كلاهما يتفق مع الآخر من هذه الزاوية (زاوية الأركان)، ومن زاوية أخرى، وهي أن كلاهما وسيلة لاثبات الحكم الاجرائي، فما الفارق إذا؟ إن الفارق يبدو في أن ركن (الفرع) في (حالة الرجوع إلى القاعدة العامة)، ليس فرعاً في الحقيقة، وإنما يطلق عليه فرعاً علي سبيل المجاز، لأن الأصل في الفرع أنه لا يوجد إلا في المسائل المسكوت عنها، تفاجئ بالسكوت عنها الفقيه في بحثه، أو القاضي في نظر قضيته، مما يضطر كلاهما إلى محاولة إلحاقها بأصل يتفق معها في العلة، فاحتاج الأمر فيه إلى نظر

١_ كأن يجد القاضي نفسه أمام طعن بالبطلان علي حكم، بسبب كتابة مسودته بالكمبيوتر، مما قد يؤثر علي مبدأ السرية الإجرائي ويخالفه، وبشأن مثل هذه الحالة تقول المحكمة الادراية العليا: "...المدافلة بين القضاة سرية ويجب ان تشتمل مسودة الحكم على منطوقه واسبابه وتوقع من جميع القضاة الذين استمعوا الى المرافعة واشتركوا في المدافلة وهي ورقة من اوراق المرافعات تكتب عقب المدافلة وقبل النطق بالحكم تمهيدا لتحرير نسخة الحكم الاصلية التي يوقع عليها رئيس الدائرة وكاتبها وهي وحدها المرجع في اخذ الصور الرسمية والتنفيذية ، ولم يحدد المشرع وسيلة معينة لكتابة المسودة او ماهيتها وانما أورد لفظ المسودة بصورة عامة ، وازاء لجوء بعض القضاة الى كتابة مسودة الحكم بالكمبيوتر فقد ذهبت المحكمة الادارية العليا " دائرة توحيد المبادئ " بجلستها المنعقدة في ١٠ / ١ / ٢٠٠٩ في الطعن رقم ١٨٠٠٦ لسنة ٥٣ ق.ع الى ان كتابة مسودة الحكم بجهاز الحاسب الالى المزود ببرامج السرية

وتأمل ' أما الفرع في حالة (الرجوع إلي القاعدة العامة) ، فلم يُسكت عنه، بل هو مذكور ومنصوص عليه، إما في ذات النص الاجرائي، وإما في نص إجرائي، وقد نيط في بيان حكمه بالرجوع إلي أصل معين ينظمه وضربائه، ومن ثم يكون حكم الفرع في حالة (الرجوع إلي القاعدة العامة) ثابت لا بالقياس، وإنما بشهادة الأصل، فيكون حكم الفرع ثابت بما هو أقوى من القياس، مما يجعله سابقاً له في الرجوع

تحول دون اتصال الغير، والوضوح او استرجاع ما دونه القاضي بمسودة الحكم مما يجعل كتابة المسودة بجهاز الكمبيوتر امر لاغبار عليه ... ومع ذلك ترى المحكمة الزام القاضي ان يكتب البيانات الاساسية في الحكم وهي رقم الدعوى وتاريخ الايداع واسماء الخصوم ومنطوق الحكم بخط يده دون استخدام جهاز الكمبيوتر . وعليه فاذا ما ثبت ان مسودة الحكم المطعون فيه قد كتبت جميعها بالكمبيوتر ولم تكتب البيانات الاساسية من رقم الدعوى وتاريخ الايداع واسماء الخصوم ومنطوق الحكم بخط يد القاضي كان الحكم باطلا" إدارية عليا . طعن رقم ٣٣٤٦ لسنة ٥٣ ق.ع - جلسة ٢٠١٠/٢/١٣ م.

١_ ومن هنا يري فريق من الفقه الإسلامي أن المفهوم من فهم فحوي النص التشريعي لا يعتبر قياساً، علي خلاف ما يراه البعض الآخر، لأن المفهوم من فهم فحوي النص لا يحتاج إلي التأمل والنظر المطلوب في القياس بمعناه الحقيقي. الإمام الغزالي الطوسي (٥٠٥هـ)، المنحول من تعليقات الأصول، تحقيق وتخريج الدكتور/ محمد حسين هيتو، ط دار الفكر المعاصر، بيروت، الطبعة الثالثة، ١٤١٩م، ١٩٩٨م، ص ٤٣٣ .

اليه، خاصة في حالة النص الاجرائي علي الرجوع الي القواعد العامة، أو الاشارة اليه. ومن هنا يمكن أن نطلق علي ثبوت الحكم بالرجوع إلي القواعد العامة ب (شهادة الأصول) علي نحو ما هو معروف في أصول الفقه. أو القياس الجلي، الذي لا تحتاج علة الفرع فيه إلي تنقيح أو جهد في معرفتها. ومن الأمثلة علي ذلك مايلي :

ما جاء في نص المادة ٢٤٠ / مرافعات، التي أحالت في أحكام ترك الاستئناف إلي القواعد العامة المقررة لترك الدعوي في أول درجة، فقالت: "تسري علي الاستئناف القواعد المقررة أمام محكمة الدرجة الأولى، سواء فيما يتعلق بالاجراءات أو بالأحكام، ما لم يقض القانون بغير ذلك. أو من قانون إجرائي علي قانون إجرائي آخر، كما في المادة (٣) من مواد إصدار قانون مجلس الدولة رقم ٤٧ لسنة ١٩٧٢ ، التي أوجبت تطبيق الأحكام المنصوص عليها في أحكام قانون المرافعات المدنية والتجارية فيما لم يرد به نص في القانون المذكور وذلك إلى أن يصدر قانون بالإجراءات الخاصة بالقسم القضائي لمجلس الدولة.^١

١_ وفي ذلك تقول المحكمة الادارية العليا: "... ومن حيث أن الطعن يقوم علي مخالفة الحكم المطعون فيه للقانون ذلك أن المادة (٢٠) من قانون المرافعات المدنية والتجارية تنص على أن يكون الإجراء باطلاً إذا نص القانون صراحة على بطلانه أو إذا شابهه عيب لم تتحقق به الغاية من الاجراء ولا يحكم بالبطلان رغم النص عليه إذا ثبت تحقق الغاية من الاجراء وأنه إذا كانت المادة ٧٨ من قانون المحاماة رقم ٦١ لسنة ١٩٦٨ قد رتبت البطلان على عدم توقيع

محام مقبول للمرافعة أمام محكمة الاستئناف على صحيفة الاستئناف، إلا أن المادة (٣) من مواد إصدار قانون مجلس الدولة رقم ٤٧ لسنة ١٩٧٢ أوجبت تطبيق الأحكام المنصوص عليها في هذا القانون وتطبيق أحكام قانون المرافعات المدنية والتجارية فيما لم يرد به نص في القانون المذكور وذلك إلى أن يصدر قانون بالإجراءات الخاصة بالقسم القضائي لمجلس الدولة. ولما كانت المادة ٢٥ من قانون مجلس الدولة أو غير من مواد هذا القانون لم ترتب البطلان على تخلف الإجراءات أو الأشكال المنصوص عليها فيها، والتي من بينها أن تكون صحيفة الدعوى موقعة من محام مقبول للمرافعة أمام المحكمة المختصة، فمن ثم لا يجوز الحكم بالبطلان لتخلف هذا الإجراء عملاً بنص المادة (٢٠) من قانون المرافعات سالف الإشارة إليها إلا إذا وجد عيب لم تتحقق به الغاية من هذا الإجراء. ولما كانت الغاية من توقيع المحامي على صحيفة الدعوى في ضوء المذكرة الإيضاحية لقانون المحاماة وقضاء كل من المحكمة الإدارية العليا ومحكمة النقض هي التحقق من إشراف المحامي على تحرير الصحيفة والوثوق من صياغته لها، وكان الثابت مما حصله الحكم المطعون فيه ومن أوراق الدعوى أن هذه الغاية قد تحققت بحضور محامي المدعى جلسات التحضير أمام مفوضي الدولة لدى الدائرة الاستئنافية بمحكمة القضاء الإداري وتقديمه في جلسة ١٦ من إبريل سنة ١٩٨١ بناء على طلب المفوض شهادة من نقابة المحامين تفيد قيده أمام محاكم الاستئناف بتاريخ ٣٠ من يناير سنة ١٩٧٤ تحت رقم ٢٦٤٦، فضلاً عن أن الأستاذ علاء رزق المحامي الذي يعمل بمكتب الأستاذ محمد بدر هاشم المحامي والذي حضر نيابة عنه في الجلسات أمام الدائرة الاستئنافية قد وقع على إحدى صور

المبحث الثاني أنواع القياس الاجرائي وشروط العمل به المطلب الأول

أنواع القياس الإجرائي

من خلال الاستعانة بأحكام القياس في الفقه الاسلامي، وما قد استنبطناه من تعريف للقياس الاجرائي وبيان أركانه، وتسليط ضوء كل هذا علي نصوص القانون الاجرائي، يمكن أن نقسم القياس الاجرائي إلي أربعة أنواع وهي: القياس الاجرائي الجلي، والقياس الاجرائي الخفي، وقياس الشبه، وقياس العكس، علي التفصيل الآتي:

الفرع الأول_ القياس الاجرائي الجلي

عريضة الاستئناف، وكان من قبل ذلك قد باشر الدفاع عن الطاعن أمام المحكمة الإدارية لوزارة الداخلية، مما يقطع في إشراف الأستاذ محمد بدر هاشم المحامي المقبول للمرافعة أمام محكمة الاستئناف على صحيفة الطعن بالاستئناف لما كان ما تقدم فإن صحيفة الاستئناف تكون في الحقيقة وواقع الأمر قد صدرت عن الأستاذ محمد بدر هاشم المحامي المقبول للمرافعة أمام الدائرة الاستئنافية لمحكمة القضاء الإداري وهو ما تتحقق به الغاية من اشتراط لتوقيع محام مقبول للمرافعة أمام محكمة الاستئناف على صحيفة الاستئناف وإذ تحققت المصلحة التي قصد القانون حمايتها، فإن الحكم المطعون فيه إذ قضى ببطلان صحيفة الاستئناف يكون قد وقع مخالفاً للقانون حقيقاً بالإلغاء. طعن رقم ١٧٣٢ لسنة ٢٨ ق.ع جلسة ٣١-٣-١٩٨٤. إدارية عليا.

وهو ما ثبتت علة الفرع فيه بالنص، أو كان مقطوع فيه بنفي الفارق بين النص الاجرائي الأصل، وبين الفرع المقيس عليه. ومن ذلك مثلاً: ما هو موجود بنص المادة ١١٤ من قانون المرافعات، والتي قاس فيها المشرع حالة إيداع المعلن إليه لمذكرات دفاعه، علي حالة حضوره، في كون كلاهما سبباً في إزالة البطلان الناشئ عن الإعلان، لاتحاد الحالتين في العلة، وهي الهدف المنشود من الحضور أو إيداع المذكرات.^١ وفي تأكيد هذا الاستنتاج تقول محكمة النقض: "مؤدي نص المادة ١١٤ من قانون المرافعات أن المشرع اعتبر أن تقديم الخصم مذكرة بدفاعه يعد بمثابة الحضور بالجلسة اتساقاً مع ما أورده المادة ٨٣ من ذات القانون من تسوية بينهما، واعتبار أن الحضور والإيداع يستهدفان غاية مشتركة هي إبداء الدفاع، إما شفويًا بالجلسة أو كتابة بالمذكرة المودعة، ومن ثم فإن القواعد التي تسري علي الحضور الذي يزول به البطلان تنطبق أيضاً علي إيداع المذكرة دون تفریق".^٢

الفرع الثاني_ القياس الخفي

١_ إذ تنص المادة ١١٤ من قانون المرافعات علي: "بطلان صحف الدعاوي وإعلانها وبطلان أوراق التكليف بالحضور الناشئ عن عيب في الإعلان أو في بيان المحكمة أو في تاريخ الجلسة يزول بحضور المعلن إليه في الجلسة أو بإيداع مذكرة بدفاعه.

٢_ نقض مدني، طعن رقم ٢١١، لسنة ٤٤٤ق، جلسة ٤/١/١٩٧٨م

وهو ما ثبتت علته بالاستنباط، ولم يقطع فيه بنفي الفارق بين الأصل والفرع. ومثال ذلك: قياس الأحكام القطعية، الصادرة في الخصومة، والاجراءات السابقة علي هذه الأحكام، والاقراءات الصادرة من الخصوم، والأيمان التي حلفوها، في حالة (ترك الخصومة) علي الأحكام القطعية، الصادرة في الخصومة، والاجراءات السابقة علي هذه الأحكام، والاقراءات الصادرة من الخصوم، والأيمان التي حلفوها، في حالة (سقوط الخصومة) في الحكم، وهو عدم سقوطها، إذ أن الحالة الأولى غير منصوص علي حكمها، في حين قد نص المشرع علي حكم الحالة الثانية، في المادة ١٣٧ / ٢٠١، مرافعات، وبالتالي فالحكم الذي قرره المادة ١٣٧ بخصوص آثار السقوط، يمكن أن يطبق أيضاً في حالة الترك، لماذا؟ لسببين، الأول منهما: أن المشرع لم يرتب علي الترك أثراً أشد من الآثار التي رتبها علي السقوط، إذ أن الآثار التي رتبها علي الترك، والتي هي إلغاء جميع اجراءات الخصومة، بما في ذلك صحيفة الدعوي هي نفسها التي رتبها علي سقوط الخصومة. أما السبب الثاني: فهو أن الحكمة (العلة) التي أملت هذا الحكم بالنسبة لسقوط الخصومة، وهي تفادي ما قد يعود علي الخصوم من ضرر، يتحقق كذلك في حالة ترك الخصومة، مما يوجب تطبيقه أيضاً في هذه الحالة، مادام لا يوجد في النصوص الواردة في باب ترك الخصومة ما يمنع تطبيقه

الفرع الثالث _ قياس الشبه الاجرائي

وهو القياس الذي يتردد فيه الفرع المسكوت عنه بين أصليين مختلفين في الحكم، وفيه شبه بكل منهما، فيلحق بأكثرهما شبيهاً. وقد ضرب لنا الفقه مثلاً علي ذلك بإعلان المعتقل، الذي يودع في سجن، أو مكان لا يعرف علي وجه القطع في أس سجن هو (كفرع إجرائي لم ينص علي حكمه)، هل نلحقه بأحكام الإعلان في النيابة العامة، باعتباره مجهول الموطن، أم نحلقة بأحكام إعلان المسجونين، وكلاهما أصل قد نص القانون علي حكميهما؟ واختار هذا الجانب من الفقه إلحاقه بأحكام الإعلان في النيابة العامة باعتباره الأكثر شبيهاً لهذه الحالة، ولصعوبة أعمال أحكام المسجونين عليها^١

الفرع الرابع_ قياس العكس الاجرائي

وهو إثبات نقيض حكم الأصل للفرع، لوجود نقيض علة الأصل فيه، وهو ما يعرف بمفهوم المخالفة الاجرائي. وهو علي حد تعبير المحكمة الإدارية العليا أضعف أوجه القياس. ومن ذلك ما قضت به المحكمة الإدارية قائلة: "... ومن حيث إنه لما كان الحكم بعدم الاختصاص والإحالة، لا ينهي الخصومة في الدعوى، مما يتعين معه القضاء بإبقاء الفصل في المصروفات، عملاً بمفهوم المخالفة لنص المادة

١_ أ.د/ أحمد هندي، قانون المرافعات المدنية والتجارية، المرجع السابق، ص ٣٥٢

١٨٤ من قانون المرافعات^١. ومن الأمثلة أيضاً: عدم جواز استئناف الأحكام الصادرة بصفة انتهائية من محاكم الدرجة الأولى، إذ لم تكن مخالفة لقواعد الاختصاص المتعلقة بالنظام العام، أو وقوع بطلان في الحكم أو بطلان في الاجراءات أثر في الحكم، علي خلاف ماتقضي به المادة ١ / ٢٢١ من قانون المرافعات. ومن ذلك ما قضت به محكمة النقض قائلة: "إن مؤدي نص المادة ٧٣ من قانون المرافعات أنه يتيعن علي المحكمة قبول حضور الوكيل عن الخصم أن يثبت من قيام الوكالة الوثيقة التي تخوله الحضور والتحقق من صفة الوكيل فيها ودرجة قرابته وإلا اعتبر غائباً، وعلي ذلك لا يكون صحيحاً إطلاق القول بأنه لا يجوز للمحكمة التعرض لعلاقة الخصوم بوكلائهم، إذ أن هذا القول قاصر علي الوكالة في التقاضي ولا يسري في شأن الوكالة في الحضور"^٢.

١ _ ادارية عليا، في الطعن رقم ٨٨٠٧ لسنة ٥٥ القضائية عليا، في الحكم الصادر من محكمة القضاء الإداري بالقاهرة " الدائرة الثانية، بجلسة ٢٥ / ١ / ٢٠٠٩ في الدعوى رقم ٣٥٢٥ لسنة ٦٣ ق .

٢ _ طعن رقم ١٠١٥٨ لسنة ٧٨ ق، جلسة ٨ / ١ / ٢٠١٢ م. وفي ذلك تنص المادة ٧٣ من قانون المرافعات علي أنه: " يجب علي الوكيل أن يقرر حضوره عن موكله وأن يثبت وكالته عنه وفقاً لأحكام قانون المحاماة وللمحكمة عند الضرورة أن ترخص للوكيل في إثبات وكالته في ميعاد تحدده علي أن يتم ذلك في جلسة المرافعة علي الأكثر".

الفرع الخامس: القياس الاجرائي الفاسد

وهو القياس الذي يفتقد لأحد شروط القياس سابق الإشارة إليها، سواء تلك المتعلقة بالأصل، أو الفرع، أو العلة، أو بحكم الأصل، كأن يقاس الفرع علي أصل له حكم خاص به (غير قابل للتعدي إلي الفرع). ومن النماذج التطبيقية علي ذلك قياس شطب الخصومة التحكيمية، في حالة عدم حضور الخصمين للجلسة المحددة، وكانت الدعوي غير صالحة للفصل فيها، علي شطب الخصومة القضائية العادية، وهي في ذات الحال، لأن شطب الخصومة العادية معناه: استبعاد الخصومة من رول الجلسة، لعلة أكثر أهمية، وهي الحد من تكسد الدعاوي أمام المحاكم، وهذه العلة غير متصورة في حالة الخصومة التحكيمية.

المطلب الثاني

شروط العمل بالقياس الاجرائي

حتى يتشني للفقهاء القانوني استنتاج أحكام للفروع والحالات الاجرائية، التي قد تطرأ علي الساحة العملية بالقياس (كأمانة قانونية) حيث لا نص إجرائي يبين حكمها، ولم يكن حكمها ثابت بالرجوع إلي القواعد العامة، فهناك مجموعة من الشروط ما ينبغي توافرها لذلك، منها ما يتعلق بالأصل، ومنها ما يتعلق بالفرع، ومنها ما يتعلق بحكم الأصل، ومنها ما يتعلق بالفرع، وذلك علي النحو الآتي بيانه :

الفرع الاول_ الشروط المتعلقة بالأصل (المقيس عليه)

الشرط الأول_ أن لا يكون المقيس عليه منفرداً بالحكم الاجرائي ومخصوصاً به. لأن الحكم إذا كان قاصراً علي الأصل، بحيث اختصاص الأصل به، فلا يمكن حينئذ تعديته إلي الفرع^١. كأن يختص الأصل

١_ يسمّ الفقه الاسلامي القياس بالأمانة، ويعتبرها أحد أدلة الأحكام الفقهية . الإمام أبو الحسين البصري (ت ٤٣٦هـ)، المعتمد في أصول الفقه، المحقق: خليل الميس، الناشر: دار الكتب العلمية - بيروت، الطبعة: الأولى، ١٤٠٣ ج ٢، ص ١٨٩

٢_ وقد عرف الفقه الإسلامي نموذجاً قياسياً إجرائياً لذلك، ألا وهو اختصاص أحد الصحابة بحكم يخصه هو في مسائل القضاء الاجرائية، تمثل في اختصاص سيدنا خزيمة بن ثابت بكون شهادته (وهي عمل إجرائي) في أي قضية تعادل شهادتين، وهذا الحكم كأصل لا يجوز القياس عليه. الإحكام في

الاجرائي بحكم إجرائي علي سبيل الاستثناء مثلاً...التنفيذ المعجل للأحكام الابتدائية (قانونياً أو قضائياً)، والذي مقرر إلا لاعتبارات معينة تبرر الاستثناء من القاعدة العامة في تنفيذ الأحكام القضائية. وبالتالي لا يجوز قياس الأحكام الابتدائية التي لا يتوافر لها اعتبارات التنفيذ المعجل علي تلك التي تتوافر فيها هذه الاعتبارات فتنفذ بشكل مستعجل هي الأخرى، باعتبار أن حكم الأصل له علته الخاصة، التي جعلته ينفرد بالحكم الاجرائي، مختصاً به.

الشرط الثاني _ أن لا يكون حكم الأصل قد ألغي صراحة بالنص علي الإلغاء، أو ضمناً بصدور تشريع جديد ينظم ذات المسألة دون نص علي الإلغاء. ومن ثم إذا كان حكم الأصل ملغياً أو منسوخاً فلا يتصور بناء الفرع عليه، لأن الحكم لم يكن ليتعدي من الأصل إلي الفرع إلا بناءً علي العلة الجامعة، وهذا الأمر متوقف علي اعتبار المشرع الاجرائي له.

الشرط الثالث: أن لا يكون الدليل الاجرائي الدال علي إثبات حكم الأصل دالاً علي إثبات حكم الفرع. لماذا، لأن جعل أحدهما أصلاً للآخر ليس أولي بالعكس. كأن يحيل المشرع في حكم مسألة إجرائية ما إلي نص إجرائي يتضمن حكمها.

أصول الأحكام، الأمدي (٦٣١هـ)، تحقيق / عبد الرزاق عفيفي، ط المكتب الاسلامي، بيروت، بدون تاريخ طبع، ج٣، ص١٩٦.

الشرط الرابع: أن لا يكون الأصل الاجرائي المقيس عليه فرعاً لأصل آخر. فمثلاً... إذا قلنا بجواز قياس رد عضو هيئة مفوضي الدولة علي جواز رد عضو النيابة، ثم بحثنا في مدى جواز قياس رد الشاهد، فلا يجوز إجرائياً أن نقيس حكم رد الشاهد الاجرائي علي حكم رد عضو هيئة مفوضي الدولة، وإلا لكان ذلك وكما قال رجال الفقه الاسلامي نوع من تطويل الطريق الاجرائي وهو عبث^١، وعيب لا يجوز^٢

الفرع الثاني- الشروط المتعلقة بالفرع (المقيس)

يشترط في الفرع (المقيس) أن لا يوجد مانع من مساواته للأصل (المقيس عليه) في الحكم. ويكون ذلك إذا كان موضوع الفرع لا يباين موضوع الأصل تبايناً يمنع من القياس عليه. ومن ذلك قياس الإقرار المكتوب الموثق بمكاتب التوثيق بترك الدعوي (كفرع لم ينص المشرع الاجرائي علي حكمه) علي المذكرة المكتوبة الموقع عليها من التارك والمقدمة إلي المحكمة (كأصل نص علي حكمه في المادة ١٤١ م). أما إن كان هناك تباين واختلاف بين موضوع الأصل وبين موضوع الفرع، كأن

١ _ الإمام أبو حامد الغزالي، المستصفي (٥٠٥هـ)، تحقيق / محمد عبد السلام عبد الشافي، ط دار الكتب العلمية، الطبعة الأولى ١٤١٣هـ_١٩٩٣م، ص ٣٢٤

٢ _ الإمام ابن بهادر الزركشي- (٧٩٤هـ)، البحر المحيط في أصول الفقه، ط دار الكتبي (بدون عنوان)، الطبعة الأولى ١٤١٤هـ_١٩٩٤م، ج٧، ص ١٠٧ م

يكون حكم الأصل متعلق بألية ترك الخصومة، وموضوع الفرع متعلق بألية الطعن مثلاً، فلا معني للقول بالقياس هنا.

الفرع الثالث_ الشروط المتعلقة بحكم الأصل
يشترط في حكم الأصل أن لا يكون الحكم مختصاً بالأصل فقط..، فإن كان مختصاً به فلا يعدي بالقياس إلي غيره. ويكون حكم الأصل مختصاً به في حالتين، الأولى _ إذا كانت علة الأصل لا يُتصور وجودها في غير الأصل. والثانية _ إذا وجد نص آخر (دليل إجرائي آخر) يدل علي تخصيص حكم الأصل به. ومن هنا يمكن القول بوضوح أنه إذا كانت علة الأصل يمكن تصورها في غيره، كإمكانية تصور علة الأثر المترتب علي رد القاضي (كأصل نص عليه)، في طلب رد الخبير أمكن القياس وإلا فلا.^١

١_ إذ من غير المقبول عقلاً أن ينظم المشرع الاجرائي مسألة حق الخصم في رد الخبير، بمقتضي حكم المادة ١٤١ من قانون الاثبات المصري، الي الحد الذي تقاربت حالاته مع حالات رد القاضي، ثم يغاير بينهما في الأثر دون مسوغ إجرائي. تقول في ذلك محكمة النقض: " لا يترتب علي تقديم طلب رد الخبير وقف الخبير لعمله، ولا يجوز القياس في ذلك علي حالة رد القضاة لعدم وجود نص يقضي بالوقف، ومن ثم فإن الخبير متي لم يقض بقبول رده يكون عمله صحيحاً مبرئاً من عيب البطلان. ١_ الطعن رقم ٢١٩ لسنة ١٩٨٤ ق، جلسة ١٧/٥/٢٠١٧ م. موقع محكمة النقض، الدوائر التجارية. وهو توجه غير سديد من محكمة النقض، لما أشرنا إليه.

الفرع الرابع_ الشروط المتعلقة بالعلة الشرط الأول _ أن تكون العلة الاجرائية وصفاً ظاهراً

بمعني أن يمكن إدراكها في الأصل بحاسة ظاهرة، لأنها المعرف للحكم في الفرع، أما إذا لم يمكن إدراكها بحاسة ظاهرة لكانت أمراً خفياً، لا يصلح التعليل به. ومن قبيل ذلك العلة التي يمكن إدراكها عقلاً بتحريم المشرع الاجرائي في المادة (٧) من قانون المرافعات لاجراء الاعلان أو إجراء التنفيذ قبل الساعة السابعة صباحاً ولا بعد الثامنة مساءً، ولا في أيام العطلة الرسمية، إلا في حالة الضرورة، وهي كونها أوقات ذات خصوصية، يخلد فيها الناس للراحة والسكون، فلا يجب إزعاجهم بالاعلانات في تلك الأوقات، لا سيما وأن الاجراءات التي تتخذ في الظلام وسكون الليل تعد في الغالب من قبيل الاجراءات التعسفية^١.

الشرط الثاني _ أن تكون العلة وصفاً منضبطاً

بمعني أن تكون له حقيقة معينة يمكن التحقق من وجودها بحددها أو بتفاوت يسير، لأن أساس القياس هو تساوي الفرع والأصل في علة حكم الأصل، وهذا التساوي يستلزم أن تكون العلة مضبوطة محدودة حتي يمكن الحكم بأن الواقعتين متساويتان. وبناءً عليه لا يصلح استخدام وصف مرن غير مضبوط، تختلف اختلافاً بيناً باختلاف

١_ أ.د/ أحمد هندي، قانون المرافعات، مرجع سابق، ٣١١، بند ١٨١.

الظروف والأحوال والأفراد. فمثلاً لو فتشنا عن العلة شبه الثابتة في إقرار نظام رد القاضي، والتي لا تتغير بتغير الظروف أو الأحوال أو الأفراد، لوجدناها الخشية علي مبدأ الحياد م هدره إجرائياً .

الشرط الثالث _ أن تكون العلة الاجرائية وصفاً مناسباً

ومعني مناسبة الوصف، أن يغلب علي الظن مناسبة هذه العلة لتحقيق حكمة الحكم، بمعنى أكثر وضوحاً أن يرتبط الحكم الاجرائي بهذا الوصف وجوداً وهدماً، بحيث يكون من شأن هذا الارتباط أن يحقق ما قصده المشرع الاجرائي من مقصد إجرائي، إذ أن الباعث الحقيقي علي تشريع الحكم والغاية المقصودة منه هو حكمته، فلو كانت الحكمة في جميع الأحكام ظاهرة ومضبوطة، لكانت هي علة الأحكام، لأنها الباعثة علي تشريعها. ولكن لعدم ظهورها في بعض الأحكام وعدم انضباطها في بعضها أقيمت مقامها أوصاف ظاهرة مضبوطة ملائمة ومناسبة لها، وما ساغ اعتبار هذه الأوصاف عللاً للأحكام ولا أقيمت مقام حكمها إلا أنها مظنة لهذا الحكم، فإذا لم تكن مناسبة ولا ملائمة لم تصلح علة للحكم. أما إذا كان الوصف غير مناسب، فإنه يسمى بالأوصاف الطريفة، التي لا تُعقل علاقة لها بالحكم ولا بحكمته. فمثلاً إذا سألنا عن العلة الأنسب من إقرار النظام الاستثنائي لمخاصمة القضاة، هل هو حماية

١_ والحيدة تعني منع القاضي من إصدار أحكام عن تحيز وهوي. أ.د/ أحمد هندي، قانون قانون المرافعات، مرجع سابق، ص ٥١.

مبدأ الحيدة مثلاً، أم أنه توفير الطمأنينة للقاضي في عمله وإحاطته بسياج من الحماية يجعله في مأمن من كيد العابثين؟^١. نعم رغم أن العلة هنا قد تبدو مزدوجة الهدف، إلا أن الأقرب والأنسب والأقوي هي توفير الطمأنينة للقاضي في عمله.

الشرط الرابع_ أن لا تكون العلة وصفاً قاصراً علي الأصل.
بمعني أن تكون وصفاً يمكن تحقيقه في عدة فروع غير الأصل، لأن الغرض المقصود من تعليل حكم الأصل تعديته إلي الفرع، بحيث إذا علل بعله لا توجد في غير الأصل فلا يمكن أن تكون أساساً للقياس الاجرائي. ومن هذا الشرط الدقيق أثير الانتباه إلي أن هناك العديد من المسائل الاجرائية التي لم تكن العلة الاجرائية فيها قاصرة علي الأصل، حتي وإن قُرر الحكم له علي سبيل الاستثناء، ومع ذلك جري التشريع الاجرائي، وكذا الفقه والقضاء علي منع القياس عليه، لنضرب لذلك مثلاً فنقول : لماذا وضع المشرع الاجرائي النظام الاستثنائي لدعوي مخاصمة القاضي؟ أليست الخشية من التأثير الخارجي علي عمله، مما يفقده الطمأنينة والحماية اللازمتين؟ وهنا نسأل: أليست ذات العلة متوفرة في الخبراء، والمترجمين، والشهود في الدعوي الاجرائية برمتها؟ نعم إنها متوفرة، بل إن حاجة الخبير والمترجم والشاهد في الدعوي إلي لا تقل أهمية عن حاجة القاضي، لما لمهمتهم من أهمية قصوي، هذه الأهمية

١_ أ.د / أحمد هندي، قانون المرافعات، مرجع سابق، ص ٢٨

نابعة من القدرة علي التأثير في عمل القاضي نفسه تجاه نظرتة للقضية، إيجاباً أو سلباً، فلماذا إذا لا يقاس الخبراء والمترجمون والشهود علي القاضي في حكم المخاصمة، دون أن يحتج في ذلك بالقول أن هذا استثناء، والاستثناء لا يقاس عليه، فإذا تفهمنا ذلك استطعنا أن نقضي علي المبدأ الاجرائي والموضوعي الشائع، بأن الاستثناء لا يقاس عليه، وأحدثنا في ذلك تسهياً وتبسيطاً إجرائياً، من شأنه الطمأنينة حتي في الحكم الصادر.

خاتمة البحث

بعد أن وصلنا بتوفيق العلي القدير إلي شاطئ النهاية، في بحث مسألة القياس الاجرائي في قانون المرافعات، بعد أن نال منها الجهد حظه، من الإبحار في أعماق مياه البحث الحرة، حيث كان هادينا في السباحة داخلها وخارجها هو الفكر الاسلامي، بروافد تراثه المغزارة، وينابيعه الصافية، نستطيع أن نحدد بإيجاز أهم نتائج هذا البحث، ثم نعقبها بأهم المقترحات والتوصيات، علي الآتي :

أولاً_ أهم نتائج البحث

أولاً_ أثبتنا أن كلاً من الفقه الاجرائي قد استخدم القياس في ثنايا كتاباته بشكل تناول فيه القياس بأركانه، رغم أنه لم يسمه صراحة. كما أثبتنا أن القضاء الاجرائي قد استخدم القياس الاجرائي في صور عملية متعددة.

ثانياً_ بناء علي إشارات الفقه الاجرائي، واستخدام القضاء للقياس أمكن وبالرجوع إلي قواعد الفقه الإسلامي تحديد معني للقياس الاجرائي، نعتقد عقلانيته.

ثالثاً_ أمكن تحديد الفارق بين الرجوع إلي القواعد العامة لتحديد الاحكام الاجرائية، وبين القياس الاجرائي في استنباط تلك الأحكام رابعاً_ أثبتنا عقلاً أن المبدأ الاجرائي والموضوعي السائد فقها وقضاءً، والذي يقول بأن الاستثناء لا يقاس عليه، هو مبدأ غير مقدس، وأمكن التدليل عقلاً علي إمكانية القياس عليه.

خامساً_ إنه وبحق لم يكن لي أن أبحث هذا الموضوع الاجرائي، الذي أعتقد أهميته، ولا تمكنت من سبر أغواره، حتي وإن جانبني الصواب في تحرير مسائله وتدقيقها لولا استعانتني بالتراث الفقهي الاسلامي، الذي لازال يحتاج مني وضربائي الكثير والكثير.

ثانياً_ أهم توصيات البحث

_ يوصي البحث بضرورة إحداث تشريع إجرائي، يبيح من خلاله العمل بالقياس الاجرائي وفق ضوابطه وشروطه التي تناولها البحث، والمشرع في قيامه بذلك يكون مقررأ لما عليه بعض الفقه وبعض القضاء، وليس مبتدعأ القول فيه بالتشريع، تيسيرا للاجراءات، وتسهيلا لفض المنازعات، باعتباره مخرجا لعلاج حالات النقص الاجرائي، وأحد دلالات العرف العملي، الذي هو مصدر من مصادر القاعدة القانونية.

وختاماً ... أوقن بأن بضاعتي بين بضاعة أساتذتي الذين تعلمت علي أيديهم بضاعة مزجاة، وأن هذا جهد المقل، وما هو إلا بداية مجتهد، لم يرتقي بعد أن يكون نهاية مقتصد، فما كان فيه من توفيق فمن ربي جل في علاه، الذي منحني من فضله مالا يعد، وما كان من تقصير، أو سهو، أو خطأ، أو ذلل فما أنا إلا بشر، اجتهدت ولم آلوا في بحثي جهداً، وحسبي في ذلك قول ربي (لا يكلف الله نفساً إلا ما آتاها). والله أسأل أن يتقبله خالصاً لوجهه، وأن ينفع به، وأن يجعله صدقة جارية في ميزان أمي رحمها

الله، فهي التي علمتني رغم أميتها. وأن يهب أبي مثل ثواب ما اجتهدت فيه، وأن يبارك عمره، وأن يحسن عمله، إن ربي سميع الدعاء.

مراجع البحث

أولا _ مراجع الفقه الإسلامي

| المؤلف | الكتاب |
|--|---|
| ابن قيم الجوزية(ت) (٥٧٥١) | إعلام الموقعين عن رب العالمين، تحقيق د. محمد عبد السلام إبراهيم، طبعة دار الكتب العلمية، بيروت، الطبعة الأولى، ١٤١١هـ-١٩٩١م، ج١ |
| | الطرق الحكيمة، مكتبة دار البيان، بدون طبعة، وبدون تاريخ طبع، ج١ |
| ابن الفراء، محمد ابن الحسين ابن محمد ابن خلف ابن الفراء(ت) (٥٤٥٨) | العدة في أصول الفقه، تحقيق وتعليق د. أحمد بن علي بن سير المبارك، بدون ناشر، الطبعة الثانية، ١٤١٠هـ-١٩٩٠م، |
| النسفي نجم الدين عمر بن محمد بن أحمد بن إسماعيل | طلبة الطلبة، المطبعة العامرة، بغداد، ط ١٣١١هـ، ج١ |
| الزركشي، أبو عبد الله بدر الدين، محمد بن عبد الله، بن بهادر | البحر المحيط في أصول الفقه، ط دار الكتبي، الطبعة الأولى، ١٤١٤هـ-١٩٤٩م، ج٧ |

| | |
|---|--|
| تهذيب اللغة، تحقيق: محمد عوض مرعب، دار إحياء التراث العربي، بيروت، ط الاولي، ٢٠٠١، ج ٩ | الهروي، محمد بن أحمد بن الأزهري، أبو منصور |
| مبادئ الأصول، تحقيق د. عمر الطالب، ط الشركة الوطنية للنشر والتوزيع، ط ١٩٨٠ | بن باديس الصنهاجي، عبد الحميد محمد بن باديس الصنهاجي |
| معين الحكام فيما تردد بين الخصمين من الأحكام، ط دار الفكر (بدون عنوان ولا تاريخ طبع)، ج ١ | ابن خليل الطرابلسي الحنفي |
| دراسات في أصول الفقه، مجلة الجامعة الإسلامية بالمدينة المنورة، ١٤٠١هـ - ١٩٨١م | علي أحمد باكر |
| مطالب أولي النهي في شرح غاية شرح المنتهي، ط المكتب الإسلامي (لم يعنون لها)، الطبعة الثانية، ١٤١٥هـ - ١٩٩٤م | الرحيبي، مصطفى ابن سعد ابن عبد السيوطي الحنبلي |
| تخريج الدلالات السمعية علي ماكان في عهد رسول الله من الحرف والصنائع والعمالات الشربية، ط دار الغرير الإسلامي، بيروت، ١٤١٩هـ | ابن ذي الوزارتين الجزاعي، علي بن محمد ابن أحمد، بن موسى، بن مسعود، |

| | |
|---|---|
| <p>رسالة في أصول الفقه، تحقيق . موفق بن عبد الله بن عبد القادر، المكتبة المكية، مكة المكرمة، ١٤١٣هـ_١٩٩٢م</p> | <p>ابن الحسن العكبري، أبو علي الحسن بن شهاب ابن الحسن بن علي بن شهاب العكبري، الحنبلي</p> |
| <p>_ المنحول من تعليقات الأصول، تحقيق د. محمد حسين هيتو، ط دار الفكر المعاصر، بيروت، الطبعة الثالثة، ١٤١٩هـ_١٩٩٨م _ المستصفي، تحقيق د. محمد عبد السلام عبد الشافي، ط دار الكتب العلمية، الطبعة الأولى، ١٤١٤هـ، ١٩٩٣</p> | <p>أبو حامد الغزالي الطوسي (ت ٥٠٥هـ)</p> |
| <p>الإحكام في أصول الأحكام، تحقيق د. عبد الرزاق عفيفي، ط المكتب الإسلامي، بيروت، بدون تاريخ طبع، ج ٣</p> | <p>الأمدي، أبو الحسن سيد الدين علي ابن أبي علي بن محمد بن سالم الثعلبي الأمدي (ت ٦٣١هـ)</p> |
| <p>المعتمد في أصول الفقه، تحقيق. خليل الميس، ط دار الكتب العلمية، بيروت، الطبعة الأولى، ١٤٠٣هـ - ج ٢</p> | <p>أبو الحسين البصري (ت ٤٣٦هـ)</p> |

| | |
|---|------------------------|
| علم أصول الفقه، مكتبة الدعوة، الطبعة الثامنة، بدون تاريخ نشر، | عبد الوهاب خلاف |
| الأصول من علم الأصول، ط دار بن الجوزي | صالح ابن محمد العثيمين |

ثانياً_ المراجع القانونية

| | |
|--|---|
| قانون المرافعات المدنية والتجارية، ط دار الجامعة الجديدة، ط ٢٠١٥ م | أ.د/ أحمد عوض هندي |
| التحكيم في العلاقات الخاصة الدولية والداخلية، ج ١ | أ.د/ مصطفى الجمال، أ.د/ عكاشة عبد العال |
| الوسيط في قانون القضاء المدني، دار النهضة العربية، ٢٠٠٩ م | أ.د/ فتحي والي |
| سلسلة التشريعات والقوانين المصرية، قانون المرافعات، معلقا عليه بأحكام النقض، والمذكورة الايضاحية، والدستورية العليا، دار العربي للنشر والتوزيع | أسامة العربي |

ثالثا_ مجموعات الأحكام

- ١_ مجموعة المكتب الفني لمحكمة النقض
- ٢_ المجموعة الاليكترونية لأحكام المحكمة الإدارية العليا
- رابعا_ المواقع الاليكترونية
- _ موقع محكمة النقض الاليكتروني

فهرس البحث

| | | |
|-----|---|---------------|
| ٤٣١ | حقيقة القياس وموقف الفقه الاجرائي والقضاء من العمل به | المبحث الأول |
| ٤٣١ | حقيقة القياس في الفقه الاسلامي | المطلب الأول |
| ٤٣٢ | : تعريف القياس لغة واصطلاحاً | الفرع الأول |
| ٤٣٣ | تعريف القياس في اصطلاح الفقه الاسلامي. | الفرع الثاني |
| ٤٣٤ | علاقة المعني الفقهي الاسلامي للقياس بالاجراءات القضائية العملية | الفرع الثالث |
| ٤٣٦ | أركان القياس وفقاً لمفهومه في الفقه الاسلامي | الفرع الرابع |
| ٤٣٧ | موقف الفقه الاجرائي والقضاء من العمل بالقياس بذات معناه في الفقه الاسلامي | المطلب الثاني |
| ٤٣٧ | هل عرف الفقه الاجرائي القانوني القياس بذات معناه في الفقه الاسلامي؟ | الفرع الأول |
| ٤٤٥ | هل استخدم القضاء الاجرائي القياس بذات معناه في الفقه الاسلامي؟ | الفرع الثاني |
| ٤٦٢ | تعريف القياس الاجرائي في ضوء موقف الفقه والقضاء الاجرائيين، وبيان أركانه. | الفرع الثالث |
| ٤٦٥ | أساس العمل بالقياس الاجرائي، | الفرع الرابع |
| ٤٦٦ | الفرق بين القياس وبين الرجوع إلي القواعد العامة. | الفرع الخامس |
| ٤٧٢ | أنواع القياس الاجرائي وشروط العمل به. | المبحث الثاني |
| ٤٧٨ | أنواع القياس الاجرائي | المطلب الأول |
| ٤٧٣ | القياس الاجرائي الجلي | الفرع الأول |

| | | |
|-----|--------------------------------------|---------------|
| ٤٧٤ | قياس الخفي | الفرع الثاني |
| ٤٧٥ | قياس الشبه الاجرائي | الفرع الثالث |
| ٤٧٥ | قياس العكس الاجرائي | الفرع الرابع |
| ٤٧٨ | شروط العمل بالقياس الاجرائي | المطلب الثاني |
| ٤٧٨ | الشروط المتعلقة بالأصل (المقيس عليه) | الفرع الأول |
| ٤٨٠ | الشروط المتعلقة بالفرع (المقيس) | الفرع الثاني |
| ٤٨١ | الشروط المتعلقة بحكم الأصل | الفرع الثالث |
| ٤٨٢ | الشروط المتعلقة بالعلة الاجرائية | الفرع الرابع |
| ٤٨٦ | الخاتمة | |
| ٤٨٦ | أهم نتائج البحث | |
| ٤٩٤ | أهم توصيات البحث | |