

مجلة العلوم القانونية والاجتماعية

Journal of legal and social studies

Issn: 2507-7333

Eissn: 2676-1742

الأحكام الإجرائية لتسوية اشكالات التنفيذ

Procedural provisions to settle implementation problems

سوداني نوال*

طالبة دكتوراه علوم في الحقوق، تخصص تنفيذ الاحكام القضائية - كلية الحقوق

(جامعة الجزائر 01 سعيد حمدين) الجزائر

nawelmagibfk@yahoo.com

تاريخ النشر: 2023/09/01

تاريخ القبول: 2023/08/01

تاريخ ارسال المقال: 2023/06/01

* المؤلف المرسل

الملخص:

كان قانون الإجراءات المدنية يعتريه نوع من النقص والغموض فيما يتعلق بتحديد الإجراءات التي تخص مسألة التنفيذ الجبري للسندات التنفيذية واستغراق مدة طويلة للتنفيذ، وهو ما يترتب عليه زعزعة ثقة المتقاضين في العدالة، فتدخل المشرع الجزائري لتدارك بعض تلك النقائص وسد الثغرات القانونية من خلال تعديله لنصوص مواد قانون الإجراءات المدنية والإدارية بموجب الأمر 08-09 تكريسا لفكرة الامن القانوني لدى المتقاضين.

الكلمات المفتاحية: اجراءات التنفيذ، الاستعجال، اشكالات التنفيذ، وقف التنفيذ

Abstract:

The Civil Procedure Code was somewhere incomplete and ambiguous with regard to defining procedures concerning the issue of forced execution of executive bonds and taking a long period of implementation, which has the effect of undermining the litigant's confidence in justice, the Algerian legislator intervened to remedy some of those shortcomings and fill legal gaps by amending the provisions of the articles of the Civil and Administrative Procedures Law pursuant to Order 08-09 Dedicating the idea of legal security to litigants.

Key words: The implementation procedures, the urgent, the problems implementation, the stay of execution.

مقدمة

إن قوة الدولة تكمن في قوة قضائها، وقوة القضاء كمؤسسة دستورية تكمن في تنفيذ أحكامه وقراراته، لأنه في الواقع لا قيمة للقانون دون تنفيذ ولا قيمة لأحكام القضاء دون تنفيذها ولا قيمة لمبدأ الشرعية في الدولة مالم يقتزن بمبدأ آخر مضمونه إحترام أحكام القضاء وضرورة تنفيذها.

ويقصد بالتنفيذ إقتضاء الشخص لحقه الثابت له في ذمة شخص آخر، وقد يكون هذا التنفيذ إختياريا أي يتم طواعية حينما يقوم المدين بأداء ما إلتزم به في موعده المحدد وبحسن نية و هو الأصل العام، وقد يتم التنفيذ قسرا إذا تعنت المدين بالوفاء بعين ما إلتزم به في الموعد المحدد مما يجبر الدائن على إتباع إجراءات قانونية في مواجهة المدين المتعنت متى كان بيده سند تنفيذي.

إن الحاجة الى التنفيذ الجبري تنشأ نتيجة الإعتداء على الحقوق و المراكز القانونية وعليه فان الحماية التنفيذية توجد إلى جانب الحماية القضائية تلك التي تعزز الحماية القانونية للحقوق و المراكز القانونية ، والحماية القضائية توجد على نوعين و هما الحماية الموضوعية و الحماية الوقتية ، فالحماية الموضوعية قد تكون منشئة أو مقررّة أو ملزمة

و هي تؤدي إلى تأكيد الحقوق و المراكز القانونية ،أما الحماية القضائية الوقائية فهي حماية ذات طابع مؤقت مستعجلة ، أما الحماية التنفيذية فهي التي تكفل إعطاء الفعالية للحماية القضائية بنوعيتها .

إن لجوء الفرد إلى القضاء لا يطمح من ورائه إغناء الاجتهاد القضائي بل يطمح إلى إستصدار حكم لصالحه يحمي حقوقه المعتدى عليها، كما أنه يأمل في المقابل أن يتمكن من تنفيذه بسهولة ويسر، فلا خير في قضاء لا نفاذ له كما جاء في الرسالة العمرية، والحكم الذي لا نفاذ له يعتبر في منزلة العدم، أو كالجسد بلا روح.

ومما لا شك فيه أن مرحلة تنفيذ الأحكام القضائية هي مرحلة أساسية في تقرير الحماية القضائية للحقوق، فمن غير المجدي إصدار أحكام قضائية و الإبقاء عليها دون تنفيذ، لهذا يمكن القول أن المتقاضى يربح دعواه مرتين مرة أمام محكمة الموضوع و أخرى أمام جهة التنفيذ، و هذا القول يدل على مدى تعقيد إجراءات التنفيذ ومدى أهميتها من الوجهة العملية، إذ ما الفائدة من صدور حكم يكرس الحق لصاحبه إذا لم يتوج في النهاية بالتنفيذ، وقد سبق هذا القول ما ورد في رسالة "عمر ابن الخطاب" لقاضيه "أبو موسى الأشعري" القضاء فريضة محكمة وسنة متبعة ... فافهم إذا أدلى إليك فإنه لا ينفع تكلم بحق لا نفاذ له ... "أي لا قيمة لحكم أو سند لا يتم تنفيذه.

إن عدم التنفيذ للسندات التنفيذية يمس في الصميم حرمة وهيبة و قدسية القضاء، فعدم تمكن المحكوم له من تنفيذ الحكم الذي أقر له بحق قانوني يؤدي الى زرع الشك حول فعالية وجدوى جهاز العدالة ويتعارض مع الآمال المعقودة على هذه المحاكم في بناء صرح دولة الحق والقانون، فدون التنفيذ تصير الأحكام عديمة الجدوى والفعالية ويفقد الناس ثقتهم في القضاء ويدب اليأس في نفوسهم وينعدم الأمن و الإستقرار.

ونظرا لأهمية التنفيذ فقد نص عليه الدستور في المادة 145 إذ ألقى على عاتق كل أجهزة الدولة المختصة أن تقوم في كل وقت وفي كل مكان وفي جميع الظروف بتنفيذ أحكام القضاء وأولاه المشرع في قانون الإجراءات المدنية والإدارية رقم 08_09 المؤرخ في 25 فيفري 2008 إهتماما بالغا إذ تناوله بالتفصيل في المواد من 584 إلى 799 أي ما يعادل ضعف المواد في قانون الإجراءات المدنية المعدل، وهذا بغرض الإحاطة بجميع جوانب الموضوع من أجل منح الأطراف الفاعلة تنفيذ إجراءات دقيقة ومفصلة تعمل على تيسير مهمة القائم بالتنفيذ.

ويقصد بالتنفيذ الجبري للسندات التنفيذية الترجمة الفعلية لمنطوقها على الواقع فتنشأ كخصومة حق يكون الهدف منها تقرير حق أو مركز قانوني تم الاعتداء عليه، أين ينحصر دور السلطة القضائية فيها بتهئية السند التنفيذي نتيجة لعدم إشباع الحاجة من الحماية القضائية منه بمجرد صدوره. وبوجود السند التنفيذي ينشأ حق للمحكوم له في تنفيذه وذلك بإعادة مطابقة المركز الواقعي بالمركز القانوني وهو ما يسمى بخصومة التنفيذ.

ومن هنا و تمكينا للدائن من إستيفاء حقه جبرا خوله المشرع الحق في إتباع إجراءات التنفيذ الجبري، طالما أن بيده سند تنفيذي يؤكد هذا الحق الا انه قد تطرأ اشكالات في التنفيذ تتطلب الفصل فيها قبل اتمام اجراءات التنفيذ ، ومراعاة لهذه الاعتبارات وتحقيقا للعدالة والموازنة بين المصالح المعقدة و المتشابكة بين أطراف التنفيذ ولضمان تحقيق الامن القانوني فقد خص المشرع الجزائري بتسوية اشكالات التنفيذ باجراءات خاصة استعجالية دقيقة نظرا لأهميتها، و يعد القضاء المستعجل إحدى صور هذه الحماية القضائية، وتكتمل لذلك جاء قانون الإجراءات المدنية

و الإدارية بعدة إصلاحات في باب تسوية إشكالات التنفيذ إذ شملها بالطابع الاستعجالي وغل قيود اطراف دعوى التنفيذ في اللجوء الى القضاء لتسوية إشكالات التنفيذ لما تكتسيه من أهمية بالغة في التشريعات الحديثة و منها التشريع الجزائري باعتبار تنفيذ السندات التنفيذية بصفة عامة هي الواجهة الأمامية للحكم بوجود عدالة في دولة ما أم لا من خلال تنفيذ أحكامها القضائية بسرعة وسهولة.

و نظرا لأهمية هذا الموضوع ونتيجة لدقة الإجراءات وإرتكازها على مبدأ السرعة في التنفيذ عن طريق القضاء المستعجل لضمان أكبر قدر من التنفيذ للأحكام القضائية، فسوف تتم دراستنا لهذا الموضوع وفقا لقانون الإجراءات المدنية والإدارية رقم 09/08 الصادر بتاريخ 25 فيفري 2008، معتمدين في ذلك على منهجي المقارنة والتحليل في معالجة أهم المسائل المتعلقة بالطبيعة الإستعجالية لإجراءات تسوية إشكالات التنفيذ من كل الجوانب، باعتبارهما الأنسب لمعالجة هذا الموضوع المتضمن عدة مشاكل عملية وذلك باعتمادنا على القراءة التحليلية لمضمون نصوص مواد قانون الإجراءات المدنية والإدارية وتحليلها بدقة، لأن بلوغ غاية هذا البحث لا تكون باستقراء وصفي لظاهر النصوص التشريعية بل بتحليل مضمونها وكيفيات تطبيقها والقول ما اذا كانت النصوص القانونية المعدلة في القانون 09-08 كافية وحقت الغرض المرجو منه الا وهو تجسيد الامن القانوني أي استقرار المعاملات واطمئنان المتقاضى الى عدالة تحمي حقوقه وترجع له حقه المعتصب منه في اجال معقولة وذلك من خلال طرح الإشكالية التالية:

■ هل إضفاء الطابع الاستعجالي في اجراءات تسوية اشكالات التنفيذ في ظل قانون الإجراءات المدنية والإدارية 09-08 كفيل بتحقيق الامن القانوني ؟

المبحث الأول: ماهية اشكالات التنفيذ

المبحث الثاني: اجراءات تسوية اشكالات التنفيذ

إن صدور الحكم القضائي الذي يرتب التزاما في ذمة المدين اتجاه الدائن وإمهارة بالصيغة التنفيذية لا يعد المرحلة الأخيرة للحصول على هذا الحق الذي أقر به القضاء، بل هي مرحلة نهائية للمنازعة القضائية وبداية للمنازعة التنفيذية، إذ أن المدين غالبا يعترض عن تنفيذ الحكم القضائي الذي أقر بوجود التزام على عاتقه ويتعنن في تنفيذ الحكم ويثير جملة من المنازعات ويخلق عوائق للدائن قصد منعه وحرمانه من إقتضاء حقه.

إلا أن الإعتراض عن التنفيذ لا يصدر من المدين فقط بل قد يتعدى أطراف أخرى لم تكن كطرف في المنازعة القضائية، أي الغير، مثل الإعتراض على التنفيذ من قبل الغير إذا وقع التنفيذ على مال مملوك لهذا الأخير، مما ينجم عنه منازعة في التنفيذ أو ما يعرف بالإشكال في التنفيذ الذي يتطلب السرعة في الفصل فيه، مما دفع المشرع إلى إيجاد نصوص قانونية كفيلة بحل مشاكل التنفيذ وستطرق في المطلب الأول إلى سلطات القاضي الاستعجالي في تسوية إشكالات التنفيذ.

المبحث الأول: ماهية اشكالات التنفيذ

لقد نصت المادة 2/183 من قانون الإجراءات المدنية و الإدارية المعدل رقم 66-154 المؤرخ في 8 جوان 1966 " عندما يتعلق الأمر بالبحث مؤقتا في إشكالات التنفيذ المتعلقة بسند تنفيذي أو أمر أو حكم أو قرار، فإن

القائم بالتنفيذ يحرر محضرا بالإشكال العارض و يخبر الأطراف أن عليهم أن يحضروا أمام قاضي الأمور المستعجلة الذي يفصل فيه " و قد تم النص على إشكالات التنفيذ في الباب الثالث في القضاء المستعجل، إلا أن هذه المادة أثارت بجد ذاتها عدة إشكالات ميدانية، سيما أنها خولت القائم بالتنفيذ و هو المحضر القضائي السلطة الكاملة في تكييف الواقعة ما إذا كانت عقبة مادية أو عقبة قانونية، يتطلب الفصل فيها اللجوء إلى القضاء الإستعجالي للفصل فيه، و عليه، فإن المشرع الجزائري كان يقيد حق المستشكل في اللجوء إلى القضاء بوجوب تحرير محضر إشكال في التنفيذ.

إضافة إلى أن هذه المادة لم تحدد السندات التنفيذية التي يجوز الإستشكال فيها ولا خصوم دعوى الإشكال إذ جاءت بصيغة عامة " يخبر الأطراف أنه عليهم أن يحضروا أمام قاضي الأمور المستعجلة " وأيضا لم تنص على آجال الفصل في دعوى الإشكال و لا الآثار المترتبة على رفعها إلى أن صدر قانون الإجراءات المدنية والإدارية رقم 09-08 المؤرخ في 25 فيفري 2008 إذ أولى المشرع الجزائري إهتماما كبيرا بتسوية إشكالات التنفيذ الوقعية وأوردها في الفصل الرابع من الباب الرابع تحت عنوان " إجراءات تسوية إشكالات التنفيذ " في المواد من 631 إلى 633 و بالنسبة لإشكالات التنفيذ الموضوعية فقد وردت في عدة نصوص متفرقة.

ولإبراز الطابع الإستعجالي في تسوية إشكالات التنفيذ لابد أولا من تعريف الإشكال في التنفيذ ثم التطرق إلى الفصل فيه أي دعوى الإشكال في التنفيذ

المطلب الاول: تعريف الاشكال في التنفيذ:

لقد اختلف الفقهاء في تعريف إشكالات التنفيذ، ولا يوجد تعريف موحد لها والمشرع الجزائري لم يعرف اشكالات التنفيذ صراحة الا انه من خلال الشروط الواجب توافرها حتى يعتبر الاشكال اشكالا في التنفيذ يمكن استخلاص تعريف لها وعليه لا تعد إشكالات في التنفيذ العقوبات المادية التي يعترض بها المحكوم عليه أو غيره عملية التنفيذ كغلق الأبواب لأنها تدل باستعمال القوة العمومية⁽¹⁾ و هذا ما ذهبت إليه المحكمة العليا في قرارها الذي جاء فيه " أن القضاء بمواصلة التنفيذ على أساس ما تمسك به الطاعن لا يعدو وأن يكون عقبة مادية تعرقل حسن سير عملية التنفيذ يعتبر تطبيق سليم للقانون إشكال في التنفيذ -تغيير معالم الحدود عقبة مادية- الأمر بمواصلة التنفيذ"، بل لابد من وجود عقوبات قانونية تعترض عملية التنفيذ بعد صدور الحكم، لأن العقوبات التي كانت قائمة قبل صدور الحكم أو أثناء النظر في الدعوى القضائية لا تعد من إشكالات التنفيذ، إذ يفترض في الخصوم أنهم أشاروا إلى ذلك أمام الجهة القضائية التي فصلت في موضوع الدعوى¹.

أما الغير، فيمكنه الإستناد إلى وقائع سابقة على صدور الحكم لتأسيس إشكاله كونه لم يكن طرفا فيه²، لأن الأحكام القضائية كالعقوبات المدنية لا تسري على غير طرفيها ومن ثم فإن الحكم القضائي لا يكون له حجية إلا على طرفيه، أي الخصوم والخلف العام والخاص، أما الغير فلا يسري عليه الحكم ولا يعتبر حجة في مواجهته ويحق له أن يبني إشكاله على وقائع سابقة على صدور الحكم³.

كما يجب أن تكون المنازعة المطروحة على القاضي تتعلق بالتنفيذ الجبري للسند التنفيذي سواء كان تنفيذا مباشرا أو غير مباشر، فقد نصت المادة 631 من قانون الإجراءات المدنية و الإدارية " في حالة وجود إشكال في

تنفيذ إحدى السندات التنفيذية المنصوص عليها في هذا القانون يحجر المحضر القضائي محضرا عن الإشكال ويدعو الخصوم لعرض الإشكال على رئيس المحكمة التي يباشر في دائرة اختصاصها التنفيذ عن طريق الاستعجال " وعليه، من خلال نص المادة يتضح لنا أن محل الإشكال في التنفيذ ينصب على السندات التنفيذية المحددة في المادة 600 من قانون الإجراءات المدنية و الإدارية.

أي أنه إذا كان التنفيذ لا يستلزم إجراءات التنفيذ الجبري فإن المنازعة التي تثار في شأنه لا تعد من قبيل منازعات التنفيذ التي يختص بها قاضي إشكالات التنفيذ⁴.

ويجمع الفقه والقضاء على أن الأحكام التي تنفذ تنفيذا جبريا هي أحكام الإلزام فقط، أما الأحكام المقررة والمنشئة فإنها لا تكون قابلة للتنفيذ الجبري لكونها لا تعتبر سندا تنفيذيا ويبرر ذلك بأن حكم الإلزام هو وحده الذي يقبل مضمونه التنفيذ الجبري⁵.

إلا أنه لا يكفي لإعتبار المنازعة متعلقة بالتنفيذ مجرد تعلقها بتنفيذ جبري، بل يتعين فوق هذا أن تكون منصبة على إجراء من إجراءاته أو متعلقة بسير التنفيذ أو مؤثرة في جريانه⁶.

بأن يكون الحكم الذي سيصدر في الإشكال متعلقا بصحة أو بطلان إجراء من إجراءات التنفيذ أو منصبا عليه أو مؤثرا فيه أو أن يكون الحكم مؤثرا في سير التنفيذ من حيث صحة التنفيذ أو بطلانه أو إيقافه أو الإستمرار فيه⁷. و إذا كانت الغاية من الاعتراض مواجهة إشكال طارئ يتسم بالطابع الوقتي فلا أثر لأي تصرف يأتيه أحد أطراف التنفيذ لاحقا⁸ أي أنه يشترط لقبول الإشكال أمام القضاء المستعجل أن يكون رفع الطلب قبل أن يتم التنفيذ، لأن اختصاص قاضي الأمور المستعجلة بالفصل في إشكالات التنفيذ يثبت كلما كان المطلوب إجراء وقتيا يدعو إلى الاستعجال، فإذا كان التنفيذ قد تم فلا يتصور وقفه أو الإستمرار فيه مؤقتا و من هذه النقطة يمكن إستخلاص توفر عنصرين في الإشكال في التنفيذ أولهما في الإستعجال وهو ما يتفق على ضرورة توفره في جميع إشكالات التنفيذ باعتبارها ذات طبيعة مستعجلة و هو ما نصت عليه المادة 632 من قانون الإجراءات المدنية و الإدارية " في حالة وجود إشكال في تنفيذ احد السندات التنفيذية المنصوص عليها في هذا القانون يحجر المحضر القضائي محضرا عن الإشكال و يدعو الخصوم لعرض الإشكال على رئيس المحكمة التي يباشر في دائرة اختصاصها التنفيذ عن طريق الإستعجال".

ويظهر جليا عنصر الإستعجال بالنسبة للمنفذ في الخشية من ضياع مصلحة أو حق أو مركز قانوني أقره له السند التنفيذي أو التأخير الذي يؤدي إلى احتمال فوات المصلحة إذا تأخرت حمايتها العملية طبقا لقواعد التنفيذ القضائي⁹.

أما بالنسبة للمنفذ عليه يتمثل وجه الإستعجال في خطر الإستمرار في التنفيذ على أمواله بغير وجه حق، فيرفع دعوى الإشكال في التنفيذ لوقف الخطر المحدق به، إلا أنه لا يشترط على أطراف التنفيذ إثبات توفر عنصر الإشكال في التنفيذ ما دام تم النص عليه صراحة في المادة 631 من قانون الإجراءات المدنية والإدارية.

عكس المادة 299 من قانون الإجراءات المدنية والإدارية، التي اشترطت توفر عنصر الإستعجال للفصل في الإشكال أو التدبير غير منظم بإجراءات خاصة.

إلا أننا نرى، أنه ما دامت إشكالات التنفيذ تم تنظيمها والنص عليها بإجراءات خاصة محددة في المواد من 631 من قانون الإجراءات المدنية والإدارية إلى المادة 631 فإن هذه المواد هي التي تحكمها، وما دام هذه الأخيرة نصت على الفصل فيها عن طريق الاستعجال بنص القانون فإنه لا يشترط البحث في توفر عنصر الاستعجال من عدمه.

أما الشرط الثاني وهو عدم المساس بأصل الحق أي أن يكون المطلوب إجراء وقتيا لا يمس بأصل الحق، أي مجرد تدبير تحفظي مؤقت، فيطلب المنفذ عليه وقف التنفيذ مؤقتا ويطلب المنفذ بالإستمرار في التنفيذ دون المساس بالحق الموضوعي الذي يجري التنفيذ لإقتضائه

الذي يعود الإختصاص في الفصل فيه إلى قاضي الموضوع و هذا ما ذهبت إليه المحكمة العليا في قرارها الذي جاء فيه ¹⁰ " من المقرر قانونا أن الأوامر تصدر في المواد المستعجلة لا تمس أصل الحق، و يستفاد من قضية الحال ان قضاة الاستعجال لما أمروا بتأييد الأمر المستأنف مبدئيا و تعديلا له قضا بأن يقع التنفيذ على الطابق العلوي فقط من السكن المتنازع عليه فإنهم أساؤوا تطبيق القانون اذ كان عليهم ان يقتصر قضائهم على الإستمرار في التنفيذ إن لم يوجد إشكال أو وقفه ان ثبت ذلك و لا ينبغي لهم ان يفصلوا في نزاع قد حسمه قضاة الموضوع.

وعليه، لا يجوز لقاضي إشكالات التنفيذ تعديل المنطوق أو تحريف مضمونه أو مناقشة الوقائع المفصول فيها، إذ لا ينبغي أن يؤسس المستشكل إشكاله بناء على طعن في الحكم بوجود خطأ فيه أو أنه غامض يتعين تفسيره، وأن أي عيب أو خطأ في الحكم محل التنفيذ يتطلب الطعن فيه بالطرق المقررة قانونا أمام قاضي الموضوع المختص، ولا يجوز للمستشكل أن يتخذ من الإشكال وسيلة غير مباشرة للطعن في الحكم ¹¹.

ولإضفاء الحماية القانونية المؤقتة على الحق، فإن لقاضي الإشكال في التنفيذ السلطة في مدى توافر رجحان وجود الحق و الذي يستدل عليه من ظاهر المستندات دون التعمق في بحثها إلى درجة المساس بأصل الحق، أي صحة أو بطلان السند التنفيذي فإذا ما تبين لرئيس المحكمة توفر شروط الإشكال ورجحان وجود الحق بناء على المستندات و الوثائق المقدمة له بالملف وأن الإشكال جدي يتطلب الفصل فيه أمام قاضي الموضوع قضى بوقف التنفيذ أما إذا تبين له عدم جدية الإشكال و أنه مجرد تعنت من المستشكل لتأخير التنفيذ أي عدم رجحان وجود الحق قضى بالإستمرار في التنفيذ.

وعليه من خلال التعريفات الفقهية والاجتهادات القضائية والشروط الخاصة بالإشكال في التنفيذ يمكن حوصلة تعريف الإشكال في التنفيذ على أنه عقبة قانونية تعيق إجراءات التنفيذ الجبري للسند التنفيذي قبل تمام عملية التنفيذ و يترتب على الحكم فيها أن يصبح التنفيذ جائزا أو غير جائز وبالتالي وقف السير فيه أو استمراره.

المطلب الثاني: الوقت الذي ينشأ فيه الحق في الإشكال:

لقد أثارت مسألة رفع الإشكال قبل عملية التنفيذ جدلا فقهيًا وانقسمت الآراء إلى إتحاهين:

الاتجاه الأول: يرى عدم جواز رفع الإشكال قبل التنفيذ على أساس أن الصفة لم تثبت للمستشكل بعد والتي يكتسبها عند بدأ التنفيذ وإصطدامه بعقبة قانونية، وعليه، فإنهم يرون أنه إذا رفعت الدعوى في هذه الحالة يحكم إما بعد القبول أو عدم الإختصاص.

الاتجاه الثاني: وهو الراجع في الحياة العملية، فإنه يرى جواز رفع الإشكال والبت فيه ولو قبل بداية التنفيذ، مستندين في ذلك أن الحق في الإشكال يتحقق بالوقت الذي يحصل فيه الدائن على السند التنفيذي الذي يمكنه من مباشرة إجراءات التنفيذ الجبري، ومن اللحظة التي يحوز فيها الدائن على السند التنفيذي يجوز له رفع الإشكال سواء تم الشروع في إجراءات التنفيذ أو قبل الشروع فيها¹².

إذ يشكل هذا السند الذي يوجد بين يدي الدائن خطراً يهدد المدين في أمواله، فيلجأ هذا الأخير عن طريق رفعه الإشكال الوقي أمام قاضي الأمور المستعجلة، لأجل الحصول على الحماية الوقائية التي تقوم على أساسه درء الخطر المحدق بمصالحه قبل وقوعه ومن ثمة يشكل توافر السند التنفيذي بين يدي الدائن حالة خطر تسمح لكل شخص يوجد في نفس الظروف أن يلجأ إلى القضاء الإستعجالي ليطلب وقف هذا الخطر قبل وقوعه. وتبعاً لذلك يحق للمستشكل أن يرفع الإشكال من اللحظة التي يوجد فيها السند التنفيذي بيد الدائن، سواء شرع في إجراءات التنفيذ أو لم يشرع فيها¹³.

المبحث الثاني: في إجراءات تسوية إشكالات التنفيذ

لقد نصت المادة 2/183 من قانون الإجراءات المدنية "القائم بالتنفيذ يحرر محضراً بالإشكال العارض ويخبر الأطراف أن عليهم ان يحضروا أمام قاضي الأمور المستعجلة الذي يفصل فيه".

ويتبين من نص المادة أن المشرع وضع طريقاً استثنائياً لرفع الإشكال في التنفيذ و الذي هو بمثابة منازعة وقتية، وبذلك خرج المشرع عن القاعدة العامة و أجاز رفع المنازعة حول إشكال التنفيذ أمام المحضر (القائم بالتنفيذ) وحضور الخصوم أمام قاضي الإستعجال، و إذا كان قانون الإجراءات المدنية و الإدارية السابق يعطي للقائم بالتنفيذ وهو المحضر القضائي سلطة ضبط توافر عناصر الإستعجال و تحرير محضر الإشكال و عرضه أمام قاضي الأمور المستعجلة من عدمه فان تعديل قانون الإجراءات المدنية و الإدارية 09/08 نص على إجراءات جديدة لرفع إشكالات التنفيذ.

المطلب الأول: رفع الاشكال الوقي للتنفيذ

أولاً: دعوى الاشكال في التنفيذ

أ- رفع الإشكال في التنفيذ بناء على محضر إشكال التنفيذ

نصت المادة 631 من قانون الإجراءات المدنية والإدارية، على أنه "في حالة وجود إشكال في تنفيذ أحد السندات التنفيذية المنصوص عليها في هذا القانون يحرر المحضر القضائي محضر عن الإشكال ويدعو الخصوم لعرض الإشكال على رئيس المحكمة التي يباشر في دائرة إختصاصها التنفيذ عن طريق الإستعجال".

ويتبين من ذلك أن المشرع أجاز رفع الإشكال الوقي بإبدائه أمام المحضر القضائي ويقوم هذا الأخير بإثبات أوجه الإشكال في محضره ويحدد به جلسة أمام رئيس المحكمة.

ب- دعوى وقف التنفيذ:

نصت المادة 2/632 من قانون الإجراءات المدنية والإدارية أنه "في حالة رفض المحضر القضائي تحرير محضر عن الإشكال الذي يثيره أحد الأطراف يجوز لأحدهم تقديم طلب وقف التنفيذ إلى رئيس المحكمة عن طريق دعوى إستعجالية من ساعة إلى ساعة وتكليف المحضر القضائي وباقي الأطراف بالحضور أمام الرئيس".

والملاحظ في نفس المادة أن المحضر القضائي في دعوى وقف التنفيذ يصبح في مركز المدعى عليه ويقدم مذكرة يسبب فيها سبب إمتناعه عن تحرير محضر الإشكال، كما أن المادة نصت على رفع الدعوى بدعوى إستعجالية من ساعة إلى ساعة مع تكليف المحضر القضائي والأطراف، إلا أنها لم تشترط أن يتم التبليغ الرسمي للخصم شخصيا أو إلى ممثله القانوني أو الإتفاقي مثلما نصت عليه في المادة 2/301 من قانون الإجراءات المدنية والإدارية في حالة الإستعجال القصوى.

ثانيا الإختصاص بالفصل في إشكالات التنفيذ:

أ- الإختصاص النوعي: نصت المادة 36 من قانون الإجراءات المدنية و الإدارية على أن "عدم الإختصاص النوعي من النظام العام تقضي به الجهة القضائية تلقائيا في أي مرحلة كانت عليها الدعوى".

كما تنص المادة 631 من قانون الإجراءات المدنية والإدارية " أنه في حالة وجود إشكال في تنفيذ أحد السندات التنفيذية المنصوص عليها في هذا القانون يحرم المحضر القضائي محضرا عن الإشكال ويدعو الخصوم لعرض الإشكال على رئيس المحكمة التي يباشر في دائرة إختصاصها التنفيذ عن طريق الإستعجال ".

و عليه فان النظر في إشكال التنفيذ يعود لرئيس المحكمة عن طريق الإستعجال، إلا أن الإختصاص النوعي المخول في إشكالات التنفيذ لرئيس المحكمة قد يصطدم مع نص المادة 32 من قانون الإجراءات المدنية و الإدارية فقرة 6 التي تنص على أنه " في حالة جدولة قضية أمام قسم غير القسم المعني بالنظر فيها يحال الملف إلى القسم المعني عن طريق أمانة الضبط بعد إخبار رئيس المحكمة مسبقا فإذا جدد إشكال في التنفيذ أن المادة 299 من الإجراءات المدنية نصت على أنه " في جميع أحوال الإستعجال أو إذا إقتضى الأمر الفصل في إجراء يتعلق بالحراسة القضائية أو بأي تدبير تحفظي غير منظم بإجراءات خاصة، يتم عرض القضية بعريضة إفتتاحية أمام المحكمة الواقع في دائرة إختصاصها الإشكال..." و نصت المادة 300 من قانون الإجراءات المدنية و الإدارية أنه " يكون قاضي الإستعجال مختصا أيضا في المواد التي ينص القانون صراحة على أنها من إختصاصه ". اما المادة 302 من قانون الإجراءات المدنية و الإدارية نصت " في حالة الإستعجال القصوى يجوز تقديم الطلب إلى قاضي الإستعجال" و يخلص من جميع المواد أن المادة 299 نصت على أن الجهة المختصة في الإشكال هي المحكمة الواقع في دائرة إختصاصها الإشكال، بينما المواد 300 و 302 نصت على أن الفصل يكون من إختصاص قاضي الإستعجال و عليه بناء عليها يجوز لقاضي الإستعجال إذا عرض عليه الإشكال أن يفصل فيه، إلا أن المادة 631 حصرت عرض الإشكال على رئيس المحكمة.

كما أكدت المادة 633 من قانون الإجراءات المدنية والإدارية على أنه " يتعين على رئيس المحكمة أن يفصل في دعوى الإشكال عن طريق الإستعجال".

أما الحالة الثانية وهي جدولة الإشكال في التنفيذ أمام قاضي الموضوع فإنه لا يجوز لهذا الأخير أن يحيل الملف أمام القسم الإستعجالي بالمحكمة، ذلك لكون الإختصاص النوعي من النظام العام وعليه يتعين معه التصريح بعدم الإختصاص النوعي، كما أنه في هذه الحالة أي رفع الإشكال أمام قاضي الموضوع فإنه لا يجوز للمحضر القضائي

أن يتوقف عن عملية التنفيذ لأن الإشكال الوقي يوقف التنفيذ في حالة رفع الدعوى أمام القضاء الإستعجالي بالشروط المنصوص عليها في المادة 631 من قانون الإجراءات المدنية والإدارية.

ب- الاختصاص الإقليمي

نصت المادة 45 من قانون الإجراءات المدنية والإدارية " يعتبر لاغيا وعديم الأثر كل شرط يمنح الاختصاص الإقليمي لجهة قضائية غير مختصة إلا إذا تم بين التجار " ونصت المادة 46 من قانون الإجراءات المدنية والإدارية " يجوز للخصوم الحضور باختيارهم أمام القاضي حتى لو لم يكن مختصا إقليميا ".

وعليه، فإن طبيعة الاختصاص الإقليمي لا يعد من النظام العام ويجوز للأطراف الحضور أمام جهة قضائية غير مختصة إقليميا بارادتهم.

أما عن الاختصاص الإقليمي في مادة الإشكال في التنفيذ، فقد نصت المادة 9/40 من قانون الإجراءات المدنية والإدارية " فضلا عما ورد في المواد 37، 38 و 46 من هذا القانون، ترفع الدعاوي أمام الجهات القضائية المبينة ادناه دون سواها:

في المواد المستعجلة، أمام المحكمة الواقع في دائرة اختصاصها مكان وقوع الإشكال في التنفيذ أو التدبير المطلوب ".

وجاء في المادة 299 من قانون الإجراءات المدنية والإدارية " في جميع أحوال الإستعجال يتم عرض القضية بعريضة إفتتاحية أمام المحكمة الواقع في دائرة اختصاصها مكان وقوع الإشكال في التنفيذ أو التدبير المطلوب ".

وهو ما أكدته المادة 631 من قانون الإجراءات المدنية والإدارية " في حالة وجود إشكال في تنفيذ أحد السندات التنفيذية يحضر المحضر القضائي محضرا عن الإشكال ويدعو الخصوم لعرض الإشكال على رئيس المحكمة التي يباشر في دائرة اختصاصها التنفيذ ".

حيث أنه بعد التمعن في المواد السابقة يتضح وكأن المشرع قد جعل الاختصاص الإقليمي في مادة الإشكالات في التنفيذ من النظام العام، إذ حصر الجهة المختصة إقليميا لمكان وقوع الإشكال، وعليه، فإنه يتعين على القاضي أن يثير عدم الاختصاص الإقليمي تلقائيا حتى لو لم يثره أحد الأطراف.

المطلب الثاني: اثر رفع دعوى الإشكال في التنفيذ

نصت المادة 632 من قانون الإجراءات المدنية والإدارية " توقف إجراءات التنفيذ إلى غاية الفصل في الإشكال أو في طلب وقف التنفيذ من طرف رئيس المحكمة ".

وسواء تم رفع الإشكال عن طريق دعوى الإشكال في التنفيذ أو دعوى وقف التنفيذ، فإنه يتعين على المحضر القضائي وجوبا وقف التنفيذ ابتداء من تاريخ قيد الدعوى لدى أمانة ضبط المحكمة لحين صدور الأمر الفاصل في الإشكال القاضي إما بوقف التنفيذ أو الإستمرار فيه ".

إلا أن النقرة القانونية في هذه النقطة أن المادة 635 من قانون الإجراءات المدنية و الإدارية نصت على أنه " إذا سبق الفصل في إشكال التنفيذ أو طلب وقف التنفيذ فلا يجوز رفع دعوى ثانية من نفس الأطراف حول نفس

الموضوع" إلا أنه لم يتم النص بموجب مادة خاصة على أنه في حال رفع إشكال ثان على إشكال سبق الفصل فيه، فإن المحضر القضائي لا يوقف التنفيذ إذ أنه عملياً بموجب قيد دعوى إشكال في التنفيذ حتى لو كانت قد تم الفصل فيه سابقاً يوقف المحضر القضائي التنفيذ على أساس المادة 3/632 من قانون الإجراءات المدنية و الإدارية مما يدخل طالب التنفيذ في دوامة لا تنتهي.

أولاً الحكم في الإشكال الوقي

نصت المادة 633 من قانون الإجراءات المدنية والإدارية " يتعين على رئيس المحكمة أن يفصل في دعوى الإشكال أو طلب وقف التنفيذ في أجل أقصاه 15 يوماً من تاريخ رفع الدعوى بأمر مسبب غير قابل لأي طعن يكون للأمر الصادر عن رئيس المحكمة طابع مؤقت لا يمس أصل الحق ولا يفسر السند التنفيذي ".

أ- حالة قبول دعوى الإشكال

في هذه الحالة يصدر رئيس المحكمة أمر بوقف التنفيذ لمدة لا تتجاوز 6 أشهر ابتداءً من تاريخ رفع الدعوى طبقاً للمادة 1/634 من قانون الإجراءات المدنية و الإدارية، و المشرع حدد الحد الأقصى لوقف التنفيذ للسند التنفيذي حتى لا يتعسف طالب وقف التنفيذ في المماطلة في التنفيذ، إلا أنها تبقى سلطة تقديرية لرئيس المحكمة الفاصل في الإشكال، إذ قد يبنى الإشكال على وجود إشكال جدي موضوعي يتطلب رفع دعوى امام قاضي الموضوع للفصل في أصل الحق أولاً و حسم موضوع النزاع و من ثم مواصلة التنفيذ أو وقفه، و يرى جانب من الفقه¹⁴، المشرع ترك ثغرة قانونية في هذا الشق بعدم تحديده للمدة التي يتعين فيها على طالب وقف التنفيذ رفع الإشكال في التنفيذ الموضوعي و من هنا إذا حصل المحكوم عليه على الحكم بوقف التنفيذ

فليس هنالك ما يلزمه على رفع الإشكال الموضوعي لأنه من مصلحته أن يتوقف التنفيذ إلى ما لا نهاية، في حين المحكوم له ليس له مصلحة أيضاً أن يرفع الدعوى بالإشكال الموضوعي الذي يتمسك به المحكوم عليه المستشكل في التنفيذ.

لذا نجد أن التشريعات المقارنة في مثل هذه الحالة تنص على إلزام القاضي الذي يفصل في الإشكال الوقي بوقف التنفيذ أن يمنح أجل للمحكوم عليه ليرفع دعواه خلال هذا الأجل أمام قاضي الموضوع تحت طائلة مواصلة طالب التنفيذ إجراءات التنفيذ وبالتالي يعد أمر وقف التنفيذ كأن لم يكن¹⁵.

ونحن نرى، أن هذه الثغرة تتطلب تدخل المشرع الجزائي لتحديد أجل رفع الإشكال الموضوعي كون تحديد مدة وقف التنفيذ غير كافية لحل الإشكال، فإذا لم يرفع المستشكل في التنفيذ دعوى الإشكال الموضوعي وانتهى أجل وقف التنفيذ للسند التنفيذي فإن الحكم الصادر بوقف التنفيذ يسقط ويواصل المحضر القضائي التنفيذ ليصطدم بنفس الإشكال الذي توقف عنده ليصبح وقف التنفيذ لا جدوى منه ويعد عرقلة للتنفيذ وليس حلاً للإشكال المطروح.

ب- حالة رفض طلب دعوى الإشكال

في حالة رفض طلب دعوى الإشكال أو وقف التنفيذ من طرف رئيس المحكمة فإن هذا الأخير يأمر بمواصلة التنفيذ إضافة إلى الحكم على المدعي بغرامة مدنية لا تقل عن ثلاثون ألف (30.000) دج دون المساس

بالتعويضات المدنية التي يمكن منحها للمدعى عليه وهذا ما نصت عليه المادة 634 من قانون الإجراءات المدنية والإدارية.

وإن المنطق يقتضي أن الغرامة تفرض على المدعي إذا كان هو من رفع دعوى وقف التنفيذ أمام رئيس المحكمة طبقا للمادة 632 من قانون الإجراءات المدنية والإدارية، أما في حال رفع الإشكال في التنفيذ بناء على محضر إشكال محرر من طرف المحضر القضائي فإنه من غير المستساغ تغريم المدعي بغرامة نتيجة طلب وقف تنفيذ لم يتسبب فيه هو بل المحضر القضائي و هذا ما درج عليه المشرع في المادة 3/634 من قانون الإجراءات المدنية والإدارية اذ نصت " في حال رفض طلب وقف التنفيذ يحكم القاضي على المدعي بغرامة مدنية و م ينص على حالة رفض دعوى الإشكال مثل الفقرة 2 من المادة 634 من قانون الإجراءات المدنية والإدارية ".

هذا من جهة وحيث أنه من جهة أخرى يستشف من صياغة المادة أنها جاءت بصيغة الأمر " يأمر بمواصلة التنفيذ إضافة الى الحكم على المدعي بغرامة ".

وعليه فإن الحكم بالغرامة بعد رفض دعوى الإشكال وجوبي وليس جوازي رغم النص الفرنسي الذي جاء بصيغة الجواز في تسليط الغرامة **Il peut prononcé** إلا أن القاضي ملزم بتطبيق النص باللغة العربية طبقا للمادة 8 من قانون الإجراءات المدنية والإدارية.

كما أنه في التدقيق في نص المادة 3/634 من قانون الإجراءات المدنية والإدارية فقد نصت في حالة رفض طلب وقف التنفيذ يحكم القاضي على المدعى بغرامة مدنية، إلا أن مفهوم رفض الطلب قد يتسع ليشمل رفض الطلب شكلا، أما طبقا لنص المادة 13 من قانون الإجراءات المدنية والإدارية أو المادة 15 منه أو لعدم جواز نظر الإشكال طبقا للمادة 635 من قانون الإجراءات المدنية والإدارية فهل في هذه الحالات يحكم القاضي بالغرامة ومواصلة التنفيذ؟

نحن نرى، أن الغرامة هي عبارة عن عقوبة مادية للمدعي جراء تعسفه في المماطلة في التنفيذ، و عليه، فإن القاضي لا يحكم بالغرامة إلا إذا تبين منه أن رفع طلب وقف التنفيذ غير جدي الغرض منه عرقلة التنفيذ، أما إذا لم يفصل أصلا في موضوع الطلب و إكتفى برفضه شكلا فإنه لا يحكم بالغرامة و تبقى جميع عقود و إجراءات التنفيذ السابقة قائمة و صحيحة و تستمر من آخر إجراء و هنا **حسب رأينا** يجوز رفع طلب وقف التنفيذ ما دام لم يتم الفصل في الإشكال أو طلب التنفيذ في الموضوع و هذا لا يتعارض مع المادة 635 من قانون الإجراءات المدنية والإدارية كونها نصت على أنه " إذا سبق الفصل في إشكال التنفيذ أو طلب وقف التنفيذ " و أن سبق الفصل يتطلب الفصل في الإشكال و ليس في شكل الدعوى.

أما الفصل في التعويضات المدنية التي يمكن منحها للمدعى عليها فقد آثرت إشكالات حول الجهة المخول لها الحكم بها باعتبار أن رئيس المحكمة هو جهة قضائية إستعجالية لا ينظر في موضوع النزاع وهو ما نصت عليه المادة 633 من قانون الإجراءات المدنية والإدارية الأمر الصادر عن رئيس المحكمة ذو طابع مؤقت ولا يمس أصل الحق، كما أنه غير قابل لأي طريق من طرق الطعن وأن الحكم بتعويض مدني على المدعى عليه دون تمكينه من حقه في طرق الطعن فيعد مساسا بحقه في التقاضي على درجتين وخرقا لقواعد المحاكمة العادلة وعليه و بما أن الفصل في

التعويض يتطلب مناقشة عناصره فإن القاضي المدني هو المخول له الفصل في التعويضات المدنية التي انتهت بصدر الأمر فإنه لا داعي من تبليغه بالأمر.

وتجدر الإشارة إلى أن الأمر الفاصل في الإشكال رغم أنه غير قابل لأي طريق من طرق الطعن إلا أنه لا يعد سندا تنفيذيا بمفهوم المادة 600 من قانون الإجراءات المدنية والإدارية لأنه لا يتضمن إلزاما معيناً للخصوم وبالتالي لا يمهر بالصيغة التنفيذية وعليه لا يمكن الإستشكال فيه باعتباره ليس سندا تنفيذيا كون الإشكال يكون في السندات التنفيذية¹⁶.

ثانيا: طبيعة الحكم الصادر في الإشكال الوقي

يكون الأمر الصادر عن رئيس المحكمة ذو طابع مؤقت لا يمس أصل الحق ولا يفسر السند التنفيذي وعليه فإنه يحوز حجية مؤقتة كما أنه يعد عمل قضائي وليس ولائي.

ثالثا: الطعن في الحكم

نصت المادة 633 من قانون الإجراءات المدنية والإدارية على أنه يتعين على رئيس المحكمة أن يفصل في دعوى الإشكال أو طلب وقف التنفيذ بأمر مسبب غير قابل لأي طعن وعليه وما دام هذا الأمر غير قابل لأي طريق من طرق الطعن فإنه يقودنا إلى الإجابة عن الجدل حول تبليغ هذا الحكم من عدمه من أجل التنفيذ. فقد إتجه رأي إلى أن الإشكال الوقي يتضمن عقبة إعتزضت التنفيذ والحكم قد فصل في هذه العقبة وأزالتها، وعليه، فإن تنفيذه يقتضي تبليغ الخصم بينما إتجه الرأي الثاني أنه إذا رفض الإشكال فإن الحالة تعود إلى ما كانت عليه ويكون على طالب التنفيذ السير في التنفيذ بمجرد النطق به.

ونحن نرى، بما أنه تبقى جميع عقود وإجراءات التنفيذ السابقة قائمة وصحيحة وتستمر من آخر إجراء طبقا للمادة 634 فقرة أخيرة من قانون الإجراءات المدنية والإدارية والمادة لم تنص على ضرورة التبليغ لإستمرار الإجراءات بل تستمر تلقائيا لمجرد النطق بالحكم لمواصلة التنفيذ، هذا من جهة، ومن جهة أخرى ما يؤكد هذه النقطة تبليغ الأحكام يكون من أجل حساب آجال الطعن فيها، وما دام الأمر الفاصل في دعوى الإشكال أو طلب وقف التنفيذ غير قابل لأي طعن فإنه لا جدوى من تبليغه.

كما أن مواصلة التنفيذ بعد رفض الإشكال أو طلب وقف التنفيذ يكون من طرف المحضر القضائي وبما أنه طرف في الدعوى لتحرير محضر الإشكال في دعوى الإشكال أو تبليغه في دعوى وقف التنفيذ والمستشكل ضده أيضا مبلغ بالدعوى فإنه لا جدوى من تبليغهما

وتثير مسألة سبق الفصل في الإشكال جدلا قانونيا فقد نصت المادة 635 من قانون الإجراءات المدنية والإدارية " إذا سبق الفصل في إشكال التنفيذ أو طلب وقف التنفيذ فلا يجوز رفع دعوى ثانية من نفس الأطراف حول نفس الموضوع ".

إلا أنه من المقرر قانونا أن الدفع بسبق الفصل لا يثيره القاضي من تلقاء نفسه و عليه إذا رفعت دعوى ثانية من نفس الأطراف حول نفس الموضوع و لم يثير المدعى عليه الدفع بسبق الفصل في الإشكال أو طلب وقف التنفيذ، فإن القاضي يفصل في الطلب مادام قد رفع قبل تمام التنفيذ و لو كان مسبوقا بإشكال آخر وقي، و كان

على المشرع الجزائري أن ينص على أنه " لا يترتب على تقديم أي إشكال آخر وقف التنفيذ " أي يمنح المحضر القضائي الذي يباشر التنفيذ سلطة مواصلة التنفيذ رغم تسجيل طلب وقف التنفيذ أو إشكال في التنفيذ حتى يضمن تطبيق فحوى المادة 635 من قانون الإجراءات المدنية و الإدارية.

كون المحضر القضائي مقيد بنص المادة 632 فقرة 3 من قانون الإجراءات المدنية و الإدارية التي تلزمه بوقف إجراءات التنفيذ إلى غاية الفصل في الإشكال أو في طلب وقف التنفيذ من طرف المحكمة و التي جاءت بصفة عامة " إلى غاية الفصل في الإشكال أو في طلب وقف التنفيذ " دون أن تحدد طبيعة الإشكال أنه إشكال أول، و المشرع المصري تدارك هذه النقطة في المادة 312 مرافعات بعد أن أوضحت الآثار التي تترتب على رفع الإشكال الأول و نصت في فقرتها الثانية على أنه " لا يترتب على تقديم أي إشكال آخر وقف التنفيذ " و هو ما أغفله المشرع الجزائري إذ نص على أنه " لا يجوز تسجيل إشكال ثاني من الأطراف دون أن يبين الآثار المترتبة عن عكسه أي عدم وقف التنفيذ و الإستمرار فيه.

و تثير نقطة معرفة الإشكال الأول من الثاني إخضاعه لعدة معايير أهمها سبق الفصل في الإشكال أو في طلب وقف التنفيذ الأول و بالتالي يترتب على ذلك أنه إذا رفعت عدة إشكالات و قتية في الأيام التالية قبل أن يفصل في أي منها فإنه ينظر فيها جميعها على أنها إشكال أول و تعامل على هذا الأساس بحيث إذا قضي في إحداها بالر فاض ظل التنفيذ موقوفا بقوة الأثر الواقف للأخرين لأنها مرفوعة قبل الحكم بالرفض و هذا ما انتهجه المشرع المصري في القانون الملغى للمرافعات و تم تعديل هذا المعيار في المادة 312 و لم يعد يشترط المشرع المصري سبق الفصل في الإشكال إذ أصبح يأخذ بتاريخ رفع الإشكال لتحديد ما إذا كان الإشكال إشكالا أولا أو تاليا¹⁷ إذ العبرة بأسبقية تاريخ رفع الإشكال دون النظر إلى الحكم الصادر في الإشكال.

ونحن نرى، أنه على المشرع الجزائري عدم إشتراط سبق الفصل في الإشكال الأول لأنه إذا رفعت عدة إشكالات في آن واحد قبل الفصل في إحداها فإن الفصل فيها من شأنه أن تنتج عنه عدة أحكام والتي قد تكون مختلفة إذ قد يقضي القاضي في إحداها بوقف التنفيذ في حين يرفض الطلب في الدعوى الثانية ويأمر بمواصلة التنفيذ.

أما المعيار الثاني لمعرفة الإشكال الأول من الثاني، فهو أطراف الإشكال أي رفع الدعوى من طرف نفس الأطراف، وعلى هذا فإنه عند عدم تنفيذ حكم قضائي ورفع إشكال من غير المحكوم عليه و م يختصم المحكوم عليه في هذا الإشكال و بعد هذا الإشكال رفع المحكوم عليه إشكالا في التنفيذ، فإن هذا الإشكال الثاني يؤدي إلى وقف التنفيذ رغم أنه ليس إشكالا أولا.

أما المعيار الثالث فهو موضوع نزاع إذ اشترط المشرع الجزائري في المادة 536 من قانون الإجراءات المدنية والإدارية سبق الفصل في الإشكال في التنفيذ أو طلب وقف التنفيذ بين نفس الأطراف وحول نفس الموضوع، وعليه، إذا وقع الإشكال الثاني على وقائع لم تتطرق لها المحكمة أو تناقشها في الإشكال الأول ولا تعد وقائع جديدة وقبل تمام التنفيذ جاز للمستشكل و لو كان نفسه في دعوى الإشكال الأولى أن يرفع إشكال ثان و يفصل فيه رئيس المحكمة إما بوقف التنفيذ أو مواصلته.

وعليه، ليتوفر عنصر سبق الفصل في إشكال التنفيذ أو طلب وقف التنفيذ لابد من إجتماع العنصرين معا وهما وحدة الأطراف ووحدة موضوع النزاع.

و كان بإمكان المشرع الجزائري لمنع تكرار رفع دعوى وقف التنفيذ مهما كان السبب الاكتفاء بشرط واحد و هو وحدة الأطراف دون إضافة شرط وحدة الموضوع، و يمكن تبرير سبب ذلك أن موضوع الدعويين يتعلق بوقف التنفيذ، و في حال إشكال المعكوس مواصلة التنفيذ و المقصود من وحدة الموضوع هو وحدة العقبة القانونية المبني عليها طلب وقف التنفيذ أو طلب الاستمرار في التنفيذ، و عليه، فإذا تم تكرار الدعوى على أساس توفر عقبة قانونية لم تتم إثارتها أثناء الدعوى الأولى، و كانت فعلا عقبة جدية فإنه لا مجال لتطبيق نص المادة 636 من قانون الإجراءات المدنية و الإدارية، و على رئيس المحكمة التصدي للدعوى و وقف التنفيذ بخصوص الدعوى الثانية و هذا هو التطبيق السليم للقانون¹⁸ (1).

أما عن الحكم في الإشكال في التنفيذ أو طلب وقف التنفيذ الثاني، فإن المشرع الجزائري نص على أنه لا يجوز رفع دعوى ثانية طبقا لنص المادة 635 من قانون الإجراءات المدنية و الإدارية، إلا أنه لم يبين كيف يكون منطوق الحكم، هل يمكن إسقاط نص المادة 634 من قانون الإجراءات المدنية و الإدارية على هذه الحالة و إعتبارها حالة من حالات رفض الإشكال أو طلب وقف التنفيذ، و عليه يأمر رئيس المحكمة بمواصلة التنفيذ أو بما أن المستشكل رفع إشكال ثاني بما يفيد أنه تم رفض الإشكال الأول و الأمر بمواصلة التنفيذ لأنه لو أمر بوقف التنفيذ لما أعاد رفع دعوى ثانية، و عليه ففي هذه الحالة، يأمر القاضي فقط بعدم قبول الدعوى شكلا كونه لم يناقش عناصر الإشكال أصلا. ونحن نرى، أنه ما دام رئيس المحكمة نظر في دعوى الإشكال الأول وقضى برفضه مع الأمر بمواصلة التنفيذ، فإنه إذا رفع إشكال ثاني على إشكال سبق الفصل فيه بين نفس الأطراف والموضوع، يقضي رئيس المحكمة بعدم قبول أو رفض الدعوى شكلا لسببين:

السبب الأول، أنه سبق له أن قضى في الإشكال الأول بمواصلة التنفيذ وعليه فإن الحكم بمواصلة التنفيذ ثانية لا جدوى منه ويعد تكرار.

أما السبب الثاني، أنه لم يناقش توافر شروط الإشكال في التنفيذ أو طلب وقف التنفيذ من عدمه وقضى برفضه بسبق الفصل فيه وعليه مباشرة بمجرد أن يتأكد من توفر وحدة الموضوع ووحدة الأطراف يقضي برفض الدعوى شكلا.

الخاتمة

نخلص في نهاية بحثنا هذا ان تعديل قانون الاجراءات المدنية و الادارية رقم 08-09 المؤرخ في 25 فبراير 2008 يعد نقطة تحول بالغة الاهمية في باب الاجراءات سيما منها اجراءات تسوية اشكالات التنفيذ الجبري كونها الواجهة الامامية التي تجسد وجود عدالة في دولة ما من عدمها وذلك من خلال تنفيذ احكامها القضائية ولهذا فقد اولاه المشرع اهتماما بالغا اذ كساها بالطابع الاستعجالي بتوسيعه من نطاق تدخل القاضي الاستعجالي في اجراءات التنفيذ دون التقيد بالشروط التقليدية للدعوى الاستعجالية فمنح ولاية النظر و الفصل فيها عن طريق الاستعجال رغم عدم توفر عنصر الاستعجال فيها اذ افترض المشرع توفر ركن الاستعجال ولا يجوز البحث في وجوده

او التحري عن قيامه منشئ بذلك صنف ثاني من قضاء الاستعجال بالتوازي مع الاستعجال التقليدي المبني على ظرف الاستعجال وهو ما نص عليه في المادة 300 من قانون الاجراءات المدنية و الادارية .

والتحول الكبير الذي تبناه المشرع ايضا هو الاستعجال بنص القانون رغم المساس باصل الحق و الذي كرسه عند الحكم بالتعويضات المدنية و بالغرامة المدنية طبقا للمادة 635 من قانون الاجراءات المدنية والادارية عند رفض طلب وقف التنفيذ رغم ان الفصل فيها من اختصاص قاضي الموضوع لما فيها من مساس باصل الحق، اضافة الى تخليه على فكرة وجوب تحرير محضر الاشكال في التنفيذ من طرف المحضر القضائي لرفع دعوى الاشكال في التنفيذ كما كان منصوص عليه في قانون الاجراءات المدنية و الادارية واشرك اطراف التنفيذ في رفع دعوى الاشكال في التنفيذ بحضور المحضر القضائي دون تحرير محضر الاشكال في التنفيذ باعتبار مصلحتهم و صفتهم قائمة في المنازعة التنفيذية ويعد هذا توجهها جديدا للمشرع الجزائري يضيف استقرارا وضمانا للمدين للدفاع عن حقوقه بنفسه امام القضاء بدعوى استعجالية وهو مايكرس مبدأ الحق في اللجوء الى القضاء و الفصل في الاجال المعقولة لما لاجراءات التنفيذ من اهمية بالغة .

الا انه ورغم القفزة القانونية للمشرع الجزائري في باب اجراءات التنفيذ الجبري من خلال الاصلاح التشريعي فانه بتحليل نصوص بعض المواد نلمس وجود ثغرات ونقائص قانونية أغفلها المشرع الجزائري وأثارت بعض الجدل القانوني في الاراء بين شراحه وكذا في وسط رجال القانون عند تطبيقها على ارض الواقع تخلق نوع من اللأمن قانوني تستلزم تدخل المشرع لتداركها من خلال الاقتراحات التي سنعرضها فيما يلي:

- لجهة المختصة نوعيا للفصل في الدعوى الاستعجالية: المادة 300 من قانون الاجراءات المدنية والادارية تسند الاختصاص في الدعوى الاستعجالية لقاضي الاستعجال فحين في دعاوي التنفيذ الاستعجالية الاخرى يسند الاختصاص الى رئيس المحكمة مثل ماهو منصوص عليه في المادة 631 ق ا م ا وفي مواد اخرى ينص على اختصاص القسم الاستعجالي في النظر في الدعوى دون ان يبين ما اذا كان يختص بها قاضي الاستعجال او قاضي الموضوع فاصلا في الدعوى الاستعجالية او رئيس المحكمة مثل الحالة المنصوص عليها في المادة 643 ق ا م ا.

- في توفر عنصر الاستعجال : ان المادة 631 من قانون الاجراءات المدنية و الادارية لم تشترط على اطراف التنفيذ اثبات توفر عنصر الاشكال في التنفيذ لوقف الخطر المحدق فحين ان المادة 299 من قانون الاجراءات المدنية و الادارية اشترطت عنصر الاستعجال للفصل في الاشكال او التدبير غير منظم باجراءات خاصة وعليه فالمادتين متناقضتين . ونحن نرى انه مادام اشكالات التنفيذ قد تم النص عليها باجراءات خاصة في المادة 631 من قانون الاجراءات المدنية و الادارية فان هذه المواد هي التي تحكمها ولان هذه المواد نصت على ان الفصل في اشكالات التنفيذ عن طريق الاستعجال بنص القانون فانه لا يشترط البحث في توفر عنصر الاستعجال من عدمه مما يتعين معه مراجعة المادة 299 قانون الاجراءات المدنية و الادارية وجعلها متطابقة مع نص المادة 631 من قانون الاجراءات المدنية و الادارية .

- في دعوى وقف الاشكال في التنفيذ: وهي الدعوى المنصوص عليها في المادة 634 فقرة 1 من قانون الاجراءات المدنية و الادارية فان المشرع حدد الحد الاقصى لوقف التنفيذ وهو 06 أشهر الا انه في المقابل لم ينص على أجل

يلزم به المحكوم عليه لرفع دعوى امام قاضي الموضوع للفصل في اصل الحق وهذه الثغرة تتطلب تدخل المشرع كون تحديد مدة وقف التنفيذ غير كافية لحل الاشكال فاذا انتهى اجل وقف التنفيذ للسند التنفيذي فان الحكم الصادر بوقف التنفيذ يسقط ويصبح بذلك وقف التنفيذ عرقلة للتنفيذ وليس حلا للاشكال وعليه نقترح تدخل المشرع لتحديد اجل لرفع دعوى في الموضوع و الاثر المترتب عن عدم رفعها .

- **في رفض طلب وقف التنفيذ:** نصت المادة 634 من قانون الاجراءات المدنية والادارية على انه في حال رفض طلب وقف التنفيذ يحكم بغرامة مدنية على المدعي ومصطلح الرفض يشمل رفض الطلب شكلا او لعدم جوازه مثل الحالة المنصوص عليها في المادة 635 قانون الاجراءات المدنية والادارية فهل يجوز الحكم في هذه الحالات بالغرامة المدنية تطبيقا لنص المادة على اساس ان الطلب رفض.

ونحن نقترح ان يتدخل المشرع ليضبط مصطلح الرفض وحصره في رفض الطلب موضوعا.

- اضافة الى ان النص باللغة العربية جاء بصيغة الوجوب "يامر بمواصلة التنفيذ اضافة الى الحكم على المدعي بغرامة" أما باللغة الفرنسية فقد جاءت بصيغة الجواز في تسليط الغرامة *il peut prononce* وهو الاصح حتى تسمح للقاضي بفرض سلطته التقديرية ما إذا جاءت دعوى وقف التنفيذ كيدية ام لا.

- ايضا نصت المادة 643 قانون الاجراءات المدنية والادارية على انه في حالة رفض طلب دعوى الاشكال يامر رئيس المحكمة بمواصلة التنفيذ اضافة الى الحكم على المدعي بغرامة مدنية لا تقل عن 30.000 دج دون المساس بالتعويضات المدنية التي يمكن منحها للمدعى عليه " وهذه المادة تثير عدة اشكالات:

1- المشرع حدد الحد الادنى للغرامة المدنية دون ان يبين الحد الاقصى وترك للقاضي السلطة التقديرية في تحديد قيمتها باي مبلغ يفوق 30.000 دج وهذا ما يخالف مبدا الشرعية في الجزاءات المالية فرغم انها غرامة مدنية الا ان المشرع وضعها كجزاء للدعوى الكيدية ونقترح تدخل المشرع بتحديد الحد الاقصى لها .

2- الامر الذي يصدره رئيس المحكمة المتعلق بمواصلة التنفيذ اضافة الى الغرامة المدنية ذو طابع مؤقت و لا يمس اصل الحق الا انه طبقا للمادة 634 من قانون الاجراءات المدنية و الادارية غير قابل لأي طريق من طرق الطعن وعليه فان الحكم بتعويض مدني على المدعى عليه دون تمكينه من حقه في الطعن فيه مساس بحقه في التقاضي على درجتين وخرقا لقواعد المحاكمة العادلة وعليه نقترح تدخل المشرع بجعل الامر قابل للطعن فيه في الشق المتعلق بالغرامة المدنية .

3- المادة 634 فقرة اخيرة من قانون الاجراءات المدنية و الادارية لم تنص على ضرورة تبليغ الامر بمواصلة التنفيذ ولان اجراءات التنفيذ دائما تسبقها مرحلة التبليغ الا اننا نرى ان المشرع تعمد عدم النص على تبليغ الامر لان التبليغ هدفه حساب آجال الطعن و ان الامر بمواصلة التنفيذ غير قابل لأي طريق من طرق الطعن وعليه فانه لا جدوى من تبليغه .

- **في سبق الفصل في اشكال التنفيذ او طلب وقف التنفيذ:** اثارت المادة 635 من قانون الاجراءات المدنية والادارية اشكالات عملية عديدة نذكر منها:

1- المادة 635 من قانون الاجراءات المدنية و الادارية نصت على انه اذا سبق الفصل في اشكال في التنفيذ او طلب وقف التنفيذ فانه لا يجوز رفع دعوى ثانية من نفس الاطراف الا ان المشرع لم يبين الاثر عن رفعها وهو مواصلة التنفيذ من طرف المحضر القضائي تلقائيا و كان على المشرع ان ينص على انه " لا يترتب على تقديم اي اشكال آخر وقف التنفيذ " فيمنح للمحضر القضائي سلطة مواصلة التنفيذ رغم تسجيل طلب وقف التنفيذ رغم تسجيل طلب وقف التنفيذ لتحقيق الغاية من نص المادة 635 من قانون الاجراءات المدنية و الادارية .

2- نصت المادة 635 اعلاه على انه "لا يجوز رفع دعوى ثانية " دون ان تبين المعايير التي يعتمد عليها القاضي لتمييز الاشكال الاول من الثاني و نحن نرى، أنه على المشرع الجزائري عدم اشتراط سبق الفصل في الإشكال الأول لأنه إذا رفعت عدة إشكالات في آن واحد قبل الفصل في إحداها فإن الفصل فيها من شأنه أن تنتج عنه عدة أحكام والتي قد تكون مختلفة إذ قد يقضي القاضي في إحداها بوقف التنفيذ في حين يرفض الطلب في الدعوى الثانية و يأمر بمواصلة التنفيذ.

3- المادة 635 اعلاه تشترط لسبق الفصل في الاشكال وحدة الاطراف و الموضوع ويفهم منه انه اذا وقع الاشكال الثاني على وقائع لم تتطرق لها المحكمة او تناقشها في الاشكال الاول و لا تعد وقائع جديدة وقبل تمام التنفيذ جاز للمستشكل ولو كان نفسه في دعوى الاشكال الاول ان يرفع اشكال ثاني و يفصل فيه رئيس المحكمة و كان بإمكان المشرع الجزائري لمنع تكرار رفع دعوى وقف التنفيذ مهما كان السبب الاكتفاء بشرط واحد و هو وحدة الأطراف دون إضافة شرط وحدة الموضوع، و يمكن تبرير سبب ذلك أن موضوع الدعويين يتعلق بوقف التنفيذ .

المراجع

أولا: المراجع باللغة العربية

- المؤلفات:
- أحمد مليحي، التنفيذ وفقا لنصوص قانون المرافعات معلق عليها بآراء الفقه وأحكام النقض دار الفكر العربي القاهرة مصر، ص 196.
- أحمد هندي، أصول التنفيذ الجبري، دار الجامعة الجديدة، الاسكندرية مصر طبعة 2005، ص 492، 493.
- أحمد أبو الوفاء، إجراءات التنفيذ في المواد المدنية والتجارية، منشأة المعارف بالإسكندرية الطبعة العاشرة لسنة 1990.
- الغوثي بن ملح، القضاء المستعجل وتطبيقاته في النظام القضائي الجزائري الطبعة الأولى الديوان الوطني للاشغال التربوية 2000، ص 40.
- بربارة عبد الرحمان، شرح قانون الإجراءات المدنية والإدارية قانون 08-09، منشورات بغداددي، الطبعة الثانية، سنة 2009.
- زودة عمر، الإجراءات المدنية على ضوء آراء الفقهاء وأحكام القضاء، دار انسيكلوبيديا، الجزائر، بدون سنة الطبع.
- حمدي باشا عمر، طرق التنفيذ وفقا للقانون 08-09 دار هومة للطباعة والنشر والتوزيع، طبعة 2012.
- بربارة عبد الرحمان، طرق التنفيذ وفقا للتشريع الجزائري، منشورات بغداددي، طبعة 2013.
- محمد محمود إبراهيم أصول التنفيذ الجبري دار الفكر العربي.

- سلام حمزة، الدعاوى الاستعجالية، دار هومة للطباعة والنشر والتوزيع طبعة 2014 الجزء الثالث.

ثانيا: الاجتهاد القضائي

- نشرة القضاء العدد 64 الجزء سنة 2008.
- نشرة القضاء العدد 52 سنة 1992.
- المجلة القضائية عدد 01 سنة 2000.
- نشرة القضاء العدد 49 سنة 1996.
- الجريدة الرسمية رقم 36 سنة 2008.
- الجريدة الرسمية المؤرخة في 08 فيفري 1989.
- الجريدة الرسمية 21 الصادرة بتاريخ 22 أفريل 2008.

ثالثا: النصوص القانونية

- قانون الإجراءات المدنية والإدارية 09/08 المؤرخ في 25 فبراير 2008
- القانون التجاري، القانون المدني.

الهوامش

- 1- قرار رقم 483 302 مؤرخ في 30 أفريل 2003، نشرة القضاء، عدد 61 ص 281
- 2- د/ نبيل اسماعيل عمر اشكالات التنفيذ الجبري، منشأة المعارف الاسكندرية الطبعة الاولى ص 237
- 3- د/ حمدي باشا عمر- إشكالات التنفيذ وفقا للقانون 08-09 دار هومة ص 103
- 4- حمدي باشا عمر، إشكالات التنفيذ، دار هومة طبعة 2013، ص 34
- 5- د/ احمد مليجي، التنفيذ دار النهضة العربية، القاهرة ص 196
- 6- د/ أحمد هندي، أصول التنفيذ الجبري، دار الجامعة الجديدة، الاسكندرية، طبعة 2005، ص 492، 493
- 7- د/ محمد علي راتب قضاء الامور المستعجلة الجزء الثاني الطبعة السابعة، ص 834.
- 8- د/ غوتي بن ملح، الغوثي بن ملح، القضاء المستعجل وتطبيقاته في النظام القضائي الجزائري ص 40.
- 9- د/ علي ابوعطية هيكل، التنفيذ الجبري في قانون المرافعات المدنية والتجارية المطبوعات الجامعية الاسكندرية مصر، ص 366.
- 10- قرار رقم 383، 207، المؤرخ في 01 أكتوبر 1998، المجلة القضائية 1999، عدد 1 ص 108
- 11- د/ عبد الباسط جمعي، الدكتور امال الغزالي- كتاب حمدي باشا ص 313.
- 12- د/ عمر حمدي باشا، طرق التنفيذ وفقا للقانون 08-09، ص 354
- 13- د/ عمر زودة، الاجراءات المدنية على ضوء اراء الفقهاء وأحكام القضاء -انسوكلوبيدا للنشر- ص 172.
- 14- د/ عمر زودة، مرجع سابق (الاجراءات المدنية على ضوء اراء الفقهاء وأحكام القضاء ص 171
- 15- د/ عمر زودة، مرجع سابق (ص 171
- 16- د/ حمدي باشا عمر، إشكالات التنفيذ وفقا للقانون رقم 08-09 الطبعة الثانية 2012 دار هومة ص 149
- 17- د/ محمد محمود ابراهيم، أصول التنفيذ الجبري دار الفكر العربي، ص 855
- 18- د/ سلام حمزة، مرجع سابق 142