



البحر في الفقه الإسلامي

مجلة

البحر في الفقه الإسلامي

استشكالات التنفيذ

الدكتور / عبد الوهاب محمد عبد الوهاب السادة
أستاذ القانون الدولي الخاص المساعد بجامعة تعز
محامٍ أمام المحكمة العليا

ملخص البحث

تعرف منازعات التنفيذ بأنها ادعاءات أمام القضاء تتعلق بالتنفيذ وإجراءاته حيث لو صحت لأثرت فيه، وهي تنقسم إلى منازعات موضوعية يطلب فيها حسم موضوع المنازعة، أي الحكم بصحة أو بطلان إجراءات التنفيذ، وإلى منازعات وقتية يطلب فيها الحكم بإجراء وقتي وهو وقف التنفيذ أو استمراره مؤقتاً إلى حين الفصل في موضوع المنازعة، وهي ما يعرف باستشكالات التنفيذ، ولها نوعان هما: استشكالات التنفيذ الإجرائية أي التي تبني على أسباب إجرائية لعدم القيام بإجراء من إجراءات التنفيذ، واستشكالات التنفيذ الموضوعية، وهي عقبات قانونية تطرح بصددها خصومة على القضاء، أما العقبات المادية التي يقصد بها منع التنفيذ كغلق الأبواب، وإبداء المقاومة عند توقيع الحجز مثلاً دون أن تتضمن أي ادعاء يقتضي الأمر عرضه على القضاء، لا تعدّ استشكالات في التنفيذ وإنما تدل هذه العقبة عن طريق الاستعانة بالقوة العمومية.

- شروط قبول الاستشكال الموضوعي: يشترط لقبول الاستشكال الموضوعي الشروط العامة لقبول أي طلب أو دفع أو طعن وهي المصلحة بأوصافها يجب أن يقدم بمناسبة التنفيذ المراد إبطاله أو الحكم بصحته لأنه قد يقدم في شكل سلبي أو إيجابي.

- شروط قبول الاستشكال في التنفيذ: ١- أن يكون المطلوب إجراء وقتياً لا يمس أصل الحق. ٢- الاستعجال. ٣- يجب رفع الاستشكال قبل تمام التنفيذ. ٤- يجب أن يكون الاستشكال مؤسساً على وقائع لاحقة للحكم المستشكل فيه. ٥- أن يكون المرجح رجحان وجود الحق. ٦- ألا يتضمن الاستشكال طعناً على الحكم المستشكل فيه. ٧- أن تكون الأسباب التي تستدعي رفع استشكال في تنفيذ الحكم القضائي الأجنبي سواء أكان حكم محكمة أم حكم تحكيم تتمثل بكون الحكم خالياً من الصيغة التنفيذية، أو أن الأمر بالتنفيذ لحكم يتعارض مع حكم سبق صدوره من المحاكم أو خالف النظام العام.

Research Summary

Implementation disputes are defined as allegations before the judiciary related to implementation and its procedures, which, if true, would affect

it. They are divided into substantive disputes in which the subject of the dispute is required to be resolved, i.e. a ruling on the validity or invalidity of the implementation procedures, and to temporary disputes in which a ruling on a temporary measure is requested, which is to stop or continue implementation. Temporarily until the subject of the dispute is decided, which are what are known as implementation problems, and they have two types: procedural implementation problems, that is, those that are based on procedural reasons such as failure to carry out an implementation procedure, and substantive implementation problems, as they are legal obstacles regarding which a dispute is presented to the judiciary. As for the physical obstacles that are intended to prevent implementation, such as closing doors and expressing resistance when seizing, for example, without including any claim that requires bringing it to justice, they are not considered a problem in implementation. Rather, this obstacle is overcome by resorting to public force.

Conditions for accepting the substantive problem: In order to accept the substantive problem, general conditions are required to accept any request, payment, or appeal, which is the interest in all its descriptions. It must be presented on the occasion of the implementation to be annulled or its validity ruled, because it may be presented in a negative or positive form.

– Conditions for accepting a problem in implementation: 1– That what is required is a temporary measure that does not affect the origin of the right. 2– Urgency. 3– The problem must be removed before implementation is complete. 4– The problem must be based on facts subsequent to the ruling in question. 5– The most likely thing is that the right exists. 6 – The problem does not include an appeal against the ruling in question. 7 – The reasons that require raising problems in the implementation of a foreign judicial ruling, whether it is a court ruling or an arbitration award, are represented

by the fact that the ruling is devoid of an executive formula, or that the order to implement a ruling conflicts with a ruling previously issued by the courts. Or contrary to public order.

المقدمة

التعريف بالموضوع وأهميته:

تعرف منازعات التنفيذ بأنها ادعاءات أمام القضاء تتعلق بالتنفيذ وإجراءاته حيث لو صحت لأثرت فيه، وهي تنقسم إلى منازعات موضوعية يطلب فيها حسم موضوع المنازعة، أي الحكم بصحة أو بطلان إجراءات التنفيذ، وإلى منازعات وقتية يطلب فيها الحكم بإجراء وقتي وهو وقف التنفيذ أو استمراره مؤقتاً إلى حين الفصل في موضوع المنازعة، وهي ما يعرف باستشكالات التنفيذ، ولها نوعان هما: استشكالات التنفيذ الإجرائية أي التي تبني على أسباب إجرائية كعدم القيام بإجراء من إجراءات التنفيذ، واستشكالات التنفيذ الموضوعية^(١)، فهي عقبات قانونية تطرح بصدها خصومة على القضاء، أما العقبات المادية التي يقصد بها منع التنفيذ كغلق الأبواب، وإبداء المقاومة عند توقيع الحجز مثلاً دون أن تتضمن أي ادعاء يقتضي الأمر عرضه على القضاء، لا تعدّ استشكالات في التنفيذ وإنما تدلل هذه العقبة عن طريق الاستعانة بالقوة العمومية.

استشكاليات البحث:

مشكلة البحث في الإجابة عن مجموعة من التساؤلات منها ما هو الاستشكال؟ وهل نص القانون على طريق استشكال لوقف تنفيذ الحكم الأجنبي سواء أكان حكم محكمة أم حكم تحكيم؟ وماهي الاستشكالات الموضوعية والاستشكالات الوقتية؟ وما إجراءات رفعها والفصل فيها؟

(١) د/ أحمد مليجي- التنفيذ وفقاً لنصوص قانون المرافعات معلقاً عليها بآراء الفقه وأحكام النقض- دار الفكر العربي - ٢٢٢ W و د/ محمد عبد الخالق عمر- مبادئ التنفيذ- مكتبة القاهرة الحديثة للطبع والنشر- الطبعة ١، ١٩٧٤م. ص ٣٣٣.

أهداف البحث:

يهدف موضوع الدراسة لوقف تنفيذ حكم التحكيم وحكم القضاء لأسباب معينة إلى جانب بيان إجراءات اكتمال القوة التنفيذية لحكم وبيان الاستشكالات الموضوعية والاستشكالات الوقتية؟ وما إجراءات رفعها والفصل فيها.

منهج البحث:

سأستعين بالمنهج الوصفي والمقارن بين القانونين المصري واليميني والاتفاقيات الدولية .

خطة البحث:

المبحث الأول: رفع الاستشكال والفصل فيه

المطلب الأول: المقصود بمنازعات التنفيذ وأنواعها

المطلب الثاني: الاستشكال في التنفيذ

المطلب الثالث: خصوصية الاستشكال في تنفيذ الحكم الأجنبي

المبحث الثاني: تطبيقات لبعض منازعات التنفيذ

المطلب الأول: دعوى استرداد المنقولات

المطلب الثاني: دعوى الاستحقاق الفرعية

المبحث الأول رفع الاستشكال والفصل فيه

تمهيد وتقسيم:

يقصد بمنازعات التنفيذ الاستشكالات المتعلقة بالتنفيذ ذاته وإجراءاته دون الدخول في أساس الشيء المنفذ عليه، وهي تنقسم إلى منازعات موضوعية يطلب فيها الحكم بصحة أو بطلان إجراءات التنفيذ، وإلى منازعات وقتية يطلب فيها الحكم بإجراء وقتي وهو وقف التنفيذ أو استمراره مؤقتاً إلى حين الفصل في موضوع المنازعة، وسأتناول في هذا المبحث ثلاثة مطالب:

المطلب الأول: المقصود بمنازعات التنفيذ وأنواعها.

المطلب الثاني: الاستشكال في التنفيذ.

المطلب الثالث: خصوصية الاستشكال في تنفيذ الحكم الأجنبي.

المطلب الأول: المقصود بمنازعات التنفيذ وأنواعها:

يقصد بمنازعات التنفيذ الاستشكالات المتعلقة بالتنفيذ ذاته وإجراءاته دون الدخول في أساس الشيء المنفذ عليه، وهي تنقسم إلى منازعات موضوعية يطلب فيها الحكم بصحة أو بطلان إجراءات التنفيذ، وإلى منازعات وقتية يطلب فيها الحكم بإجراء وقتي وهو وقف التنفيذ أو استمراره مؤقتاً إلى حين الفصل في موضوع المنازعة^(١).

ونصت المادة (٤٩٨) من قانون المرافعات اليمني ٢٠٠٢م (جميع المنازعات المتعلقة بأصل الحق المحكوم فيه أو بصحة السند التنفيذي لا تعتبر من منازعات التنفيذ التي يختص بالفصل فيها قاضي التنفيذ)، ويجوز لكل ذي شأن أن ينازع في التنفيذ، سواء كان أحد أطراف التنفيذ؛ أو كان من الغير. ويطلق على المنازعات الوقتية تعبير استشكالات التنفيذ. ومن أمثلة ذلك إذا صدر حكم (موضوعي أو مستعجل) بطرد المستأجر الأصلي من العين المؤجرة، وطالب المؤجر المحكوم له بتنفيذ هذا الحكم، ورفع المستأجر من الباطن - وهو من الغير- لدى القضاء وعمامة الفقهاء- استشكالاً في هذا التنفيذ مؤسساً استشكاله على أنه قد أقام دعوى موضوعية لإثبات قيام العلاقة الإيجارية، وطلب وقف

(١) د/ نبيل إسماعيل عمر، الوسيط في التنفيذ الجبري، دارالجامعة الجديدة، الإسكندرية، ٢٠٠٠م، ص ٧٦.

التنفيذ إلى حين الفصل في دعواه الموضوعية نهائياً، فإنه لا يجوز لقاضي التنفيذ أن يحكم بالاستمرار في التنفيذ، بل يتعين عليه الحكم بوقف التنفيذ، لأن الحكم بالاستمرار في التنفيذ فيه مساس بحق الغير المستشكل، ولا يغير من ذلك القول بأن المستشكل إنما يستأجر العين من الباطن، لأن ذلك متروك لمحكمة الموضوع بينما ذهب بعض الفقه إلى أن المستأجر من الباطن ليس من الغير، فإذا صدر حكم بطرد المستأجر دون أن يكون هذا المستأجر ممثلاً في الدعوى التي صدر في هذا الحكم، فإنه يعتبر محكوماً عليه^(١). ولا تجوز المنازعة في التنفيذ على أساس عدم صحة السند التنفيذي، أما إذا كان السند التنفيذي محرراً رسمياً فإنه يجوز المنازعة في تنفيذه على أساس عدم صحة هذا السند وبطلان العقد الذي يتضمنه ذلك في حالة كون السند التنفيذي أجنبياً وكانت الدولة الأجنبية تعطي للمحرر الرسمي اليميني قوة السند التنفيذي.

المطلب الثاني: الاستشكال في التنفيذ:

أولاً: شروط قبول الاستشكال في التنفيذ الوقتي:

المصلحة وهي الفائدة العملية: والمصلحة الوقائية التي يعترف بها القانون هي الخشية من وقوع الأخطار في أي لحظة كانت، والصفة والشروط الخاصة هي:

الشرط الأول: أن يقدم قبل أن يتم التنفيذ، أي قبل البدء بالتنفيذ أو بعد البدء فيه وقبل تمامه، ونصت المادة (٤٩٩) مرافعات يميني: (ترفع منازعات التنفيذ الوقتية وتنتظر بإجراءات القضاء المستعجل ولا يجوز قبول منازعات التنفيذ الوقتية بعد تمام التنفيذ)، ما لم يجب على قاضي التنفيذ أن يحكم بعدم قبوله لانعدام المصلحة في هذا الطلب. وتعتبر خطوات التنفيذ المتعددة وحدات مستقلة، يجب أن ينظر إلى كل عمل من أعمال التنفيذ على حدة، وكل مرحلة منها لها كيان قائم بذاته، فإذا كان قد تم القيام بعمل من أعمال التنفيذ، فإنه لا يقبل طلب وقفه، وإنما يمكن طلب وقف ما يليه، فالتنفيذ بنزع الملكية يتم على عدة مراحل، فيبدأ بالحجز ثم الإعلان عن البيع ثم البيع، فإذا كان الحجز قد تم فإنه لا يقبل طلب وقفه، وإنما يمكن طلب وقف الإجراءات التالية له، وإذا أعلن عن

(١) د/ وجدي راغب- النظرية العامة للتنفيذ القضائي- سنة ١٩٧٤- ص ٥، و د: أحمد مليحي- التنفيذ وفقاً لنصوص قانون المرافعات معلقاً عليها بآراء الفقه وأحكام النقض- دار الفكر العربي- ص ٤٨٦ و د/ محمد عبد الخالق عمر- مبادئ التنفيذ- مكتبة القاهرة الحديثة للطبع والنشر- الطبعة الأولى، ١٩٧٤م ق: ١- ص ٤٧١.

البيع فلا يقبل طلب وقفه وإنما يمكن طلب وقف البيع نفسه كما أنه إذا اشتمل السند التنفيذي على أكثر من التزام؛ وتم تنفيذ أحدها، يمكن طلب وقف تنفيذ السند بالنسبة للالتزام الآخر الذي لم ينفذ^(١).

متى يبدأ التنفيذ:

في القانون اليمني فإن حجز المنقول لدى المدين يبدأ بانتقال المعاون ويتم بتوقيع معاون التنفيذ على محضر الحجز أما حجز ما للمدين لدى الغير- طبقاً لصريح عبارة نص المادة (٣٧٨)- فإنه يبدأ بإعلان قرار الحجز إلى المحجوز لديه ولا يتم إلا بتوقيع المحجوز لديه على محضر الحجز، وأما حجز العقار فإنه يبدأ بانتقال معاون التنفيذ إلى موقع العقار، ولا يتم هذا الحجز- طبقاً للمواد (٣٧٨، ٤٣٤، ٤٣٥) مرافعات يمني- إلا بتحرير محضره، فتحرير محضر الحجز على العقار هو ما يجعل هذا العقار محجوزاً، وبهذا يتم التنفيذ على العقار، وليس بالإشعار اللاحق لذلك والذي يوقعه قاضي التنفيذ ويقوم معاون التنفيذ بتسليمه للسجل العقاري، وليس بتسجيل الحجز أو بتسجيل تنبيه نزع الملكية كما في القانون المصري^(٢).

وإذا كان التنفيذ بطريق التنفيذ المباشر (التنفيذ العيني) فإن المواد (٣٧١- ٣٧٥) مرافعات يمني، نصت صراحة على أن هذا التنفيذ يبدأ بانتقال معاون التنفيذ إلى المكان الذي يوجد فيه المنقول أو العقار أو الصغير المراد تسليمه لطالب التنفيذ، أو إلى المكان المراد القيام بالبناء فيه أو إزالة البناء القائم عليه. وترتيباً على ذلك، لا يعد التنفيذ قد بدأ لمجرد اتباع مقدماته، وهي إعلان السند التنفيذي وتكليف المدين بالوفاء، وإمهاله المدة المقررة قانوناً، فهذه المقدمات لا تتلاحم مع إجراءات التنفيذ، ولا يترتب على

(١) د/ وجدي راغب- النظرية العامة للتنفيذ القضائي- سنة ١٩٧٤م- ص ٥٥. د: أحمد مليحي- التنفيذ وفقاً لنصوص قانون المرافعات معلقاً عليها بآراء الفقه وأحكام النقض- دار الفكر العربي- ص ٤٨٦. د/ محمد عبد الخالق عمر- مبادئ التنفيذ- مكتبة القاهرة الحديثة للطبع والنشر- الطبعة الأولى ١٩٧٤م ق: ١- ص ٤٧١. د/ فتحي والي، التنفيذ الجبري، فقرة (٣٨٩)، ص ٦٩٤. د/ نبيل عمر، استشكالات التنفيذ الوقتية والموضوعية، المرجع السابق، فقرة (٤٣)، ص ١٠٣، ١٠٤. د/ أحمد هندي، الصفة في التنفيذ، المرجع السابق، فقرة (١٦)، الحاشية رقم (١) ص ٢١٧، ٢١٨. د/ أحمد مليحي، استشكالات التنفيذ ومنازعاته الموضوعية، المرجع السابق، فقرة (١٠٣، ١٤١)، ص ١٢٩، ١٣٠، ٢٠٣. د/ طلعت يوسف خاطر، الغير في التنفيذ الجبري وحمايته من آثاره، المرجع السابق، ص ٣٣٠، ٣٣١.

(٢) ولذلك يرى بعض الفقهاء (بأن القانون اليمني لم يحدد متى تبدأ آثار حجز العقار حتى يمكن تحديد ما يبرمه المحجوز عليه من تصرفات في هذا العقار هل هي سابقة أم لاحقة، لأن هذا القانون لم يشترط تسجيل الحجز، وأن هذا الموقف يثير الكثير من الصعوبات والعقبات أهمها متى يبدأ حجز العقار، هل من تاريخ توقيع محضر الحجز (٣٧٨)، أم من تاريخ إخطار السجل العقاري إن وجد أو أمين المنطقة، أم بالإشهار في لوحة إعلانات المحكمة أو إعلانه بالصحف.

اتباع هذه المقدمات الآثار القانونية التي تترتب على الإجراءات. ولكن يحدث في أحيان كثيرة أن يرفع الاستشكال الوقتي قبل تمام التنفيذ، ولكن التنفيذ يتم قبل الفصل في هذا الاستشكال، فهل يكون هذا الاستشكال مقبولاً أم لا؟.

اختلاف الفقهاء في ذلك إلى عدة اتجاهات:

الاتجاه الأول: إنه يقبل حتى لا تتأثر حقوق الخصوم ومصالحهم بالوقت الذي يستغرقه نظر الدعوى أمام القضاء.

الاتجاه الثاني: عدم قبول الاستشكال في هذا الفرض، حيث تنتفي المصلحة.

وينظر إلى شرط عدم تمام التنفيذ عند رفع الاستشكال؛ فإذا رفع الاستشكال قبل تمام التنفيذ؛ ثم تم التنفيذ بعد رفعه، فلا عبرة لتمام التنفيذ ويجب عدم الاعتداد بما تم من تنفيذ ورد الحالة إلى ما كانت عليه وقت رفع الاستشكال، وهو ما يعرف بالتنفيذ العكسي. وذلك لأن الحكم في الاستشكال يرتد إلى يوم رفعه تطبيقاً لمبدأ الأثر الرجعي للطلب القضائي؛ الذي يعني أنه يجب النظر في هذا الطلب كما لو كان القاضي قد فصل فيه يوم رفعه؛ حتى لا يضار رافعه من تأخير الفصل فيه.

الشرط الثاني: أن يكون الاستشكال مؤسساً على وقائع لاحقة للحكم المستشكل فيه، لذلك إذا ادعى أنه قد أوفى بالدين قبل صدور الحكم فلا يقبل استشكله، أما إذا ادعى أنه قام بالوفاء بعد صدور الحكم فإن هذا الادعاء يصلح أساساً للاستشكال لأن واقعة الوفاء لاحقة لصدور الحكم.

الشرط الثالث: أن يكون المطلوب إجراء وقتياً أو تحفظياً لا يمس أصل الحق، فلا يجوز أن يطلب المدين مثلاً وقف التنفيذ لأن المحكمة مثلاً قد أخطأت في تطبيق القانون لأن الاستشكال ليس طريقاً من طرق الطعن، أما إذا كان الطعن موجهاً إلى تنفيذ الحكم كما لو شرع في تنفيذه على أساس أنه نهائي أو مشمول بالنفاذ المعجل دون أن يكون كذلك، فإن للمنفذ ضده في هذه الحالة أن يستشكل بادعاء أن الحكم ابتدائي غير جائز التنفيذ، أو غير مشمول بالنفاذ المعجل. ولا يلزم من اشتراط أن يكون الإجراء المطلوب وقتياً إمكان تدارك الآثار دائماً فإذا حكم قاضي التنفيذ بعد ذلك في المنازعة الموضوعية بملكية الغير لهذه المنقولات وببطلان الحجز، فهذه المنقولات سوف يتعذر استردادها من المشتري، ولا مناص في هذه الحالة سوى التعويض، ولا يجوز له أن يبني حكمه بوقف التنفيذ على أسباب تتصل بأصل الحق، كأن يحكم بوقف التنفيذ لعدم جواز التنفيذ أو لبطلان إجراءاته، ولا يجوز له التعرض لتفسير السند التنفيذي الذي يجري

التنفيذ بمقتضاه، ولا يجوز لقاضي التنفيذ أن يحكم بعدم اختصاص محكمة التنفيذ بالحكم في الاستشكال بسبب غموض عبارات السند التنفيذي، أو تناقض منطوقه مع أسبابه الجوهرية، بل يتعين عليه أن يحكم بوقف التنفيذ مؤقتاً إلى أن تصدر المحكمة المختصة حكماً مفسراً لهذا السند. بينما يرى البعض الآخر أنه لا يجوز لقاضي التنفيذ في هذه الحالة أن يحكم بإجراء وقتي، بل يتعين عليه أن يحكم بعدم قبول الاستشكال. وأصل الحق أو موضوع النزاع - الممنوع على قاضي الاستشكال الوقتي التعرض له - لا يقصد به الحق الذي يجري التنفيذ اقتضاء له فحسب، أي حق الدائن الموضوعي، وإنما يقصد به النزاع الذي بني عليه الاستشكال، أي موضوع الاستشكال، سواء أكان متعلقاً بالحق الذي يجري التنفيذ اقتضاء له، أم متعلقاً بالحق في التنفيذ الجبري، أم متعلقاً بصحة إجراءات التنفيذ، فإذا كان الاستشكال مبنياً على بطلان إجراءات التنفيذ أو على عدم جوازها، كان هذا هو أصل الحق المتنازع عليه، وإذا كان الاستشكال مبنياً على ملكية الغير للمال المحجوز، كان هذا هو أصل الحق المتنازع عليه، وإذا كان الاستشكال مبنياً على عدم جواز التنفيذ على مال معين، كان هذا هو أصل الحق المتنازع عليه الممنوع على القضاء المستعجل التعرض له بالمعنى المتقدم.

الشرط الرابع: الاستعجال: ولم تشترط المادة (٢٧٥) مرافعات مصري، ولا المادة (٤٩٩) مرافعات يمني، صراحة أن يتوافر الاستعجال، ويرجع ذلك إلى أن الاستعجال أمر مفترض في كافة استشكالات التنفيذ، ويرى بعض الفقهاء أن افتراض توافر شرط الاستعجال لا يقبل إثبات العكس، ويرى آخرون عكس ذلك ونرى أن افتراض توافر شرط الاستعجال لا يتوافر إلا في الاستشكال الوقتي الذي يرفع قبل تمام التنفيذ، أما إذا كان التنفيذ قد تم فلا مجال لرفع استشكال، بل يكون لدى الشأن رفع دعوى مستعجلة، وفي هذه الحالة يجب توافر شرط الاستعجال، ويكون على المدعي إثبات شرط توافره^(١).

الشرط الخامس: رجحان وجود الحق: ويستدل على وجود الحق من ظاهر المستندات، وله أن يوقف التنفيذ متى رجح له بطلانه.

الشرط السادس: متعلق بالاستشكال المقدم من الغير (اختصاص جميع الأطراف في السند التنفيذي): نصت المادة (٥٠٠) مرافعات يمني على أنه: (إذا رفعت منازعات التنفيذ - الوقتية أو الموضوعية - من الغير فيجب اختصاص جميع الأطراف الملتمزين في

(١) د/ عز الدين الديناصوري وحامد عكاز- القضاء المستعجل وقضاء التنفيذ في ضوء الفقه والقضاء - مركز الدلتا للطباعة، الطبعة الخامسة، ١٩٩٧م. ص ٢٢٢. د/ أحمد أبو الوفاء- إجراءات التنفيذ في المواد المدنية والتجارية - منشأة المعارف ١٩٩٠م. ص ٥٥٥.

السند التنفيذي ومن وجهت إليهم إجراءات التنفيذ وإلا حكمت محكمة التنفيذ برفضها)، ما لم حكم القاضي بعدم قبول الدعوى. فالقانون المصري قصر نطاق أعمال هذا الشرط على حالة ما إذا كان الاستشكال مرفوعاً - سواء أمام المعاون أو بالطريق المعتاد - من غير الملتزم في السند التنفيذي، إذ أوجب على رافع الاستشكال أن يختصم الطرف الملتزم في السند التنفيذي ولو تعدد أفراد هذا الطرف، فإن لم يتم هذا الاختصاص في الاستشكال، فلا يترتب على ذلك بطلان. ولا شك بأن ما قرره المادة (٥٠٠) يمضي فيه بالغ الإعانة للغير الذي يرفع منازعة في التنفيذ الجاري على مال يتعلق به حق من حقوقه.

الشرط السابع: أن يرفع الاستشكال قبل الفصل في النزاع الموضوعي: بحكم حائز لقوة الأمر المقضي وذهب البعض إلى أنه يكفي أن يكون هذا الحكم حائزاً فقط لحجية الأمر المقضي، حيث إن حكم محكمة أول درجة الذي يحسم الموضوع يجب احترامه، ومن ثم لا يجوز إهدار مراكز الخصوم في هذا الحكم عن طريق استخدام طرق الحماية المؤقتة.

الشرط الثامن: أن يكون الاستشكال مرفوعاً على حكم يقبل الاستشكال في تنفيذه: ويتفرع عن هذا الشرط ما يلي:

١ - ألا يكون الاستشكال مرفوعاً على حكم صادر في استشكال سابق: فالحكم الصادر في الاستشكال هو حكم تقريري أو منشئ لا يتضمن إلزاماً بأداء أو قياماً بعمل، فلا يتمتع بالقوة التنفيذية، وليس سناً تنفيذياً، ولذلك لا مصلحة لإقامة استشكال فيه، ذلك أنه إذا صدر في استشكال حكم بوقف التنفيذ، فهذا يعني أنه ليس هناك إجراءات سارية يمكن الاستشكال فيها.

٢ - ألا يكون الاستشكال مرفوعاً على حكم صادر بوقف التنفيذ من محكمة الطعن أو التظلم أو البطلان: لأن هذا الحكم يحوز الحجية، وإن كانت حجية مؤقتة، وقبول الاستشكال فيه يعد مساساً بهذه الحجية^(١).

(١) د/ محمد عبد الخالق عمر - مبادئ التنفيذ - مكتبة القاهرة الحديثة للطبع والنشر - الطبعة الأولى - ١٩٧٤م ق: ١ - ص ٤٧١. د/ أحمد مليحي - استشكالات التنفيذ ومنازعات التنفيذ من المنازعات المدنية والتجارية - ف ٥ - ص ١٠، د/ أمينة مصطفى النمر - أحكام التنفيذ الجبري وطرقه - منشأة المعارف إسكندرية، الطبعة الثانية، ١٩٧١م - ف: ٢٠٢ - ص ٢٦١. المستشار/ يونس ثابت - استشكالات التنفيذ في الأحكام والمحرمات الموثقة - عالم الكتب القاهرة، ١٩٧٢م - ف: ٩، ص ١٤.

ثانياً: كيفية رفع الاستشكال:

نصت المادة (٤٩٩) مرافعات يمّني على أن: (ترفع منازعات التنفيذ الوقتية وتنظر بإجراءات القضاء المستعجل) أي بإجراءات الدعوى مستعجلة أمام قاضي التنفيذ، ويرفع الاستشكال في التنفيذ في القانون الفلسطيني والمصري بطريقتين:

الطريقة الأولى: الطريقة العادية المتبعة في تقديم الطلبات المستعجلة.

والطريقة الثانية: أمام مأمور التنفيذ عند شروعه في إجراء التنفيذ.

ويجوز للغير أن يرفع الاستشكال الوقتي أمام محكمة التنفيذ على الرغم من صدور حكم من محكمة الطعن بوقف التنفيذ، ويجوز تدخل الغير في استشكال مرفوع من غيره؛ لأن رفع الاستشكال الوقتي يترتب عليه انعقاد خصومة قضائية بالمعنى الفني الدقيق.

رفع الغير للاستشكال في التنفيذ قبل بدئه:

اختلف الفقهاء حول جواز رفع الغير استشكالاً وقتياً في التنفيذ قبل بدئه. فذهب الجمهور والقضاء إلى أنه يجوز، لأن للغير مصلحة في ذلك، بينما يرى البعض الآخر عكس ذلك فبدء التنفيذ يعتبر شرطاً لقبول الاستشكال، لأنه يتعلق بالمصلحة، فتقضي به المحكمة من تلقاء نفسها لتعلقه بالنظام العام.

أولاً: إجراءات رفع الاستشكال الوقتي:

حصر القانون اليمني رفع الاستشكال الوقتي بطريق رفع الدعوى المستعجلة م (٤٩٩) مرافعات، ويؤيد بعض الفقه ما قرره القانون اليمني، بعلّة أن هذا الطريق لا لزوم له في ظل القانون اليمني الذي جعل قاضي التنفيذ هو المشرف الفعال على جميع إجراءات التنفيذ، ونرى أن السماح برفع الاستشكال أمام معاون التنفيذ عند قيامه بإجراءات التنفيذ لا يعدو أن يكون إحلالاً للمعاون محل قلم الكتاب الذي تودع فيه صحيفة الاستشكال طبقاً للطريق العادي في رفع الاستشكال، وليس إحلالاً للمعاون محل قاضي التنفيذ. وتنطبق عليها القواعد العامة التي تنطبق على الخصومة العادية التي تتعلق بالغياب والحضور، وقواعد الشطب «الاستبعاد» من جدول الجلسات.

ثانياً: المحكمة المختصة:

يرفع الاستشكال أمام قاضي التنفيذ سواء أكان حكماً أم أمراً أم محرراً موثقاً أم محضر صلح مصدقاً عليه من المحكمة، وسواء أكان صادراً من القضاء أم من غير القضاء، وسواء

أكان وطنياً أم أجنبياً، غير أنه يرد على هذه القاعدة الاستثناءات التالية:

١ - إذا كان السند التنفيذي حكم محكم- غير أجنبي- في تحكيم اختياري، فإن منازعات التنفيذ المتعلقة بتنفيذ هذا الحكم ترفع- في القانون اليمني- أمام المحكمة المختصة بتنفيذ أحكام التحكيم، وهي محكمة الاستئناف المختصة طبقاً للقواعد العامة في تحديد الاختصاص، أو أمام المحكمة التي تنيبها محكمة الاستئناف المختصة لتنفيذ حكم التحكيم (م٨، ٥٨) تحكيم.

٢ - إذا كان السند التنفيذي حكم تحكيم إجباري، فإن الاختصاص بنظر منازعات التنفيذ المتعلقة بتنفيذ هذا الحكم- سواء أكانت وقتية أم موضوعية- ينعقد لهيئة التحكيم الإجباري م(٦٧) من القانون المصري رقم ٩٧ لسنة ١٩٨٣م المتعلق بهيئات القطاع العام وشركاته م(١١٧) من قانون الهيئات والمؤسسات والشركات العامة اليمني.

٣ - إذا كان السند التنفيذي حكماً جنائياً، فإن الاختصاص يتوزع بين المحكمة الجزائية والمحكمة المدنية بحسب الفروض التالية:

الفرض الأول: تختص المحكمة الجزائية التي أصدرت الحكم بالمنازعات المتعلقة بتنفيذه، إذا كان التنفيذ يجري للشق الجنائي من الحكم الجنائي، وذلك في هاتين الحالتين:

الأولى: المنازعات التي يثيرها المحكوم عليه أو المحكوم له أو الغير إذا تعلق بمضمون الحكم نفسه من حيث قابليته للتنفيذ، وتقدم هذه المنازعات إلى النيابة العامة وتقوم النيابة برفعها إلى المحكمة الجزائية التي أصدرت الحكم الجاري تنفيذه على هذه الأموال م(٥٢٤) إجراءات جنائية مصري، وم(٥٢٩) إجراءات جزائية يمني.

الثانية: المنازعات التي يتم إثارتها من أطراف الحكم أو من الغير بسبب تنفيذ الحكم الجنائي للعقوبة الجنائية المتمثلة بالدية أو الأرش عن جناية الخطأ أو شبه العمد، ذلك أن تنفيذ هذه العقوبة يجري على أموال عاقلة الجاني أو من في حكمها، أو على بيت المال في حال عدم وجود عاقلة أو وجودها وعجزها عن دفع الدية أو الأرش كلياً أو جزئياً، وهؤلاء جميعاً من الغير، فيجوز لهم ولأطراف الحكم إثارة المنازعات المتعلقة بهذا التنفيذ م(٥١٦، ٥١٥) إجراءات جزائية يمني^(١). مع مراعاة أن قانون الإجراءات الجزائية اليمني

(١) هذا ما قرره قانون الإجراءات الجزائية اليمني في المواد الآتية: مادة (٥١٢): وتنص المادة (٥١٣): (يكون تعيين أفراد العاقلة أو من في حكمهم بناء على طلب يتقدم به المحكوم لهم أو أحدهم إلى دائرة كتاب

م(٥١٢) أوجب أن يجري التنفيذ- في هذه الحالة- طبقاً لما هو مقرر في قانون المرافعات.

الفرض الثاني: تختص محكمة التنفيذ المختصة طبقاً للمواد م(٢٧٥) مرافعات مصري م(٣١٧، ٣١٨، ٣٢٥) مرافعات يمني بالمنازعات المتعلقة بتنفيذ الحكم الجنائي في هاتين الحالتين:

الأولى: المنازعات التي يرفعها الغير بسبب تنفيذ الحكم الجنائي للشق الجنائي منه، إذا كان هذا التنفيذ يجري على أموال المحكوم عليه، وكان هذا الغير يدعي حقاً على هذه الأموال م(٥٢٧) إجراءات جنائية مصري م(٥٣١) إجراءات جزائية يمني، فترفع هذه المنازعات أمام محكمة التنفيذ المختصة طبقاً للقواعد العامة في قانون المرافعات.

الثانية: المنازعات المتعلقة بتنفيذ الحكم الجنائي إذا كان تنفيذ الحكم الجنائي يجري للشق المدني منه، فهذا التنفيذ يجري طبقاً لقانون المرافعات م(٣/٤٧٠) إجراءات جزائية يمني، أي يكون من اختصاص محكمة التنفيذ المختصة، ومن ثم ترفع منازعات التنفيذ المتعلقة بتنفيذ هذا الحكم- سواء من أطراف التنفيذ أو من الغير- أمام هذه المحكمة.

٤- إذا كان السند التنفيذي حكماً صادراً بالاستملاك للمنفعة العامة، فإن منازعات الغير المتعلقة بتنفيذ هذا الحكم ترفع- طبقاً للقانون اليمني- أمام محكمة الاستئناف م(١١) من قانون الاستملاك اليمني، وكذلك المنازعات المرفوعة من أطراف التنفيذ، لأن هذه المحكمة هي المختصة بتنفيذ الحكم الصادر منها بالاستملاك للمنفعة العامة م(٢٥) من ذات القانون.

٥- إذا كان السند التنفيذي حكماً منعماً ففي القانون المصري إذا دُفع أمام قاضي التنفيذ بانعدام السند التنفيذي المطلوب تنفيذه، وظهر لقاضي التنفيذ جدية هذا الدفع فإنه يحكم بوقف التنفيذ مؤقتاً إلى حين الفصل في دعوى البطلان الأصلية. أما في القانون اليمني أجاز مواجهة الحكم المنعّم بدفع أمام قاضي التنفيذ م(٧٥) مرافعات والمعدلة أيضاً عام ٢٠٢١م، وأوجب- في نص المادة (٥٨/ب) منه: على قاضي التنفيذ أن يحيل هذا الدفع مع الحكم المدفوع بانعدامه إلى المحكمة المختصة أياً كانت درجتها، ويقف التنفيذ بقوة القانون، ويجوز للغير من رفع دعوى بعدم الاعتراف بالحجز أو بالتنفيذ الذي يجري استناداً

المحكمة التي أصدرت الحكم الواجب التنفيذ يبين فيه أسماء هؤلاء الأفراد وعمر كل منهم وصلته بالمحكوم ضده ودرجة يساره)).

إلى هذا الحكم. أما إذا كان السند التنفيذي المنعدم ليس حكماً قضائياً فإن اختصاص قاضي التنفيذ بوقف تنفيذه - إذا دفع أمامه بانعدامه - يظل قائماً.

ثالثاً: الفصل في الاستشكال:

يفصل قاضي التنفيذ في الاستشكال بصفته قاضياً للأمر المستعجلة، حيث ترفع الدعوى المستعجلة بعريضة تعلن إلى المدعى عليه خلال أربع وعشرين ساعة ويجوز إنقاصها إلى ساعتين ويكون ميعاد الحضور أربعاً وعشرين ساعة ويجوز إنقاصه من ساعة إلى ساعة وعلى القاضي أن ينظر الدعوى في المحكمة وله عند الضرورة القسوى أن ينظرها خارج المحكمة. ويصدر قاضي التنفيذ في الاستشكال حكماً وقتياً بوقف التنفيذ أو استمراره بناء على الظاهر من المستندات، وله أن يبحث ادعاءات الخصوم بحثاً سطحياً، وحجية قرار وقف التنفيذ مؤقتة ومرهونة ببقاء الظروف التي صدر فيها، والحكم الصادر في الاستشكال التنفيذي يقبل الطعن فيه بالاستئناف لدى محكمة الاستئناف التي تقع في نطاقها دائرة التنفيذ، أيأ كانت قيمة النزاع، تنص المادة (٥٠١) مرافعات يماني تعديل ٢٠١٠م (للخصوم الطعن في الأحكام الصادرة في منازعات التنفيذ الموضوعية والوقوتية أمام الاستئناف خلال خمسة عشر يوماً من تاريخ صدور الحكم في المنازعة وعلى محكمة الاستئناف الفصل في الطعن خلال عشرة أيام من تاريخ رفعه إليها ويعتبر حكمها غير قابل للنقض)، وقبل التعديل كان يجوز الطعن في الأحكام الصادرة من محاكم الاستئناف أمام المحكمة العليا وفقاً للقواعد العامة). وبالتالي لا ننصح الغير برفع منازعة موضوعية أمام قاضي التنفيذ لأنه سينتقص حقه في الطعن أمام المحكمة العليا (جواز الجمع بين الطعن في الحكم ورفع الاستشكال).

رابعاً: أثر الاستشكال التنفيذي:

لا يترتب على رفع الاستشكال وقف التنفيذ في القانون اليمني ما لم يحكم القاضي بوقف التنفيذ، ولم يقرر القانون اليمني وقف التنفيذ كأثر مباشر وبقوة القانون على مجرد رفع أية منازعة سواء وقتية أم موضوعية، وسواء كانت منازعة أولى أم ثانية، وسواء قدمت من أطراف التنفيذ أم من الغير، ويجوز وقف التنفيذ بحكم من قاضي التنفيذ (م٥٠٢) مرافعات أو من محكمة الاستئناف عند الطعن في الحكم الصادر برفض الاستشكال. وتنص المادة (٥٠٢) مرافعات يماني: (لا يترتب على رفع منازعة التنفيذ ولا على الطعن في الحكم الصادر برفضها وقف التنفيذ إلا إذا قررت محكمة الاستئناف ذلك بشرط أن يخشى من التنفيذ وقوع ضرر جسيم يتعذر تداركه وأن يطلب الأمر بوقف التنفيذ

في عريضة الطعن. وللمحكمة أن تأمر بتقديم كفالة أو بما يضمن صيانة حق طالب التنفيذ). ويؤيد بعض الفقه اتجاه المشرع اليمني في عدم أخذه بما تقرره القوانين المقارنة كالقانون المصري في أن الاستشكال الوقتي الأول يوقف التنفيذ، بعله أن معظم استشكالات التنفيذ هي استشكالات كيدية، بسبب تقرير تلك النظم لوقف التنفيذ كأثر مباشر لرفع الاستشكال.

الحكم في الاستشكال الوقتي وآثاره:

أولاً: سلطة القاضي في الحكم في الاستشكال:

يجب أن يأخذ الحكم الصادر في الاستشكال الشكل العام للأحكام القضائية من ناحية البيانات الواجب توافرها فيه، ويجب أن يشتمل هذا الحكم على أسباب وافية بالقدر الذي يتعلق بالطلب الوقتي المطروح على القاضي.

ثانياً: سلطة القاضي في تحوير مطلوب رافع الاستشكال:

قد يحدث أن يرفع الغير استشكالاً وقتياً بعد تمام التنفيذ، وهو ما يترتب عليه عدم قبول هذا الاستشكال، اختلف الفقهاء فذهب البعض إلى أن قاضي التنفيذ يحول الطلب إلى طلب بعدم الاعتداد بالحجز، بشرط أن يتوافر ركن الاستعجال، وذهب البعض إلى أن قاضي التنفيذ يحكم بعدم قبول الاستشكال، لعدم توافر الشروط اللازمة لمنح الحماية القانونية أصلاً^(١).

سلطة القاضي في تكييف مطلوب الغير رافع الاستشكال:

ذهب الجمهور إلى أن العبرة بوصف الطلب أو بتكييفه هي بالوصف أو التكييف الذي يحدده القانون، وإن القاضي يكيف الطلب ويصفه، هل هو طلب وقتي أم موضوعي، ولا يعتبر ذلك قضاء بما لم يطلبه الخصوم.

قرار محكمة التنفيذ في «الاستشكال» الوقتي:

الفرض الأول: عدم الاختصاص بنظر الاستشكال.

الفرض الثاني: اختصاص المحكمة بنظر الاستشكال.

(١) د/ أحمد مليجي - التنفيذ وفقاً لنصوص قانون المرافعات معلقاً عليها بآراء الفقه وأحكام النقض. دار الفكر العربي. 222W د/ محمد عبد الخالق عمر - مبادئ التنفيذ - مكتبة القاهرة الحديثة للطبع والنشر - الطبعة ١، ١٩٧٤. ص ٣٣٣.

الأصل أنه عندما يحكم القاضي في المنازعة الوقتية من الغير بوقف التنفيذ فإنه يحدد فيه للغير المستشكل ميعاداً لرفع دعواه الموضوعية (الاسترداد أو الاستحقاق) خلاله، فإن لم يحدد القاضي هذا الميعاد، جاز لطالب التنفيذ استصدار أمر على عريضة من القاضي لتحديد هذا الميعاد، فإن انقضى الميعاد دون رفع هذا الغير لدعواه الموضوعية جاز لطالب التنفيذ رفع دعوى مستعجلة يطلب فيها الحكم بالاستمرار في التنفيذ.

الأمر الثاني: الحكم بعدم قبول الاستشكال أو برفضه:

يفرق الفقهاء بين الحكم بعدم قبول الاستشكال وبين الحكم برفض الاستشكال، فالحكم بعدم قبول الاستشكال يترتب على تخلف الشروط اللازمة لقبول الاستشكال، بصرف النظر عن أحقية الغير المستشكل في طلبه في الاستشكال، ويستوي أن تكون هذه الشروط شروطاً عامة أم خاصة تتعلق بسلطة الشخص في إقامة الدعوى، أما الحكم برفض الاستشكال فهو قضاء موضوعي من حيث المضمون في موضوع الطلب محل الاستشكال ولو كان طلباً وقتياً ويستند إلى عدم أحقية الغير المستشكل في طلبه، والحكم برفض الاستشكال له حجية حيث يمنع من إعادة رفع الاستشكال الوقتي أمام القضاء، بخلاف الحكم بعدم قبول الاستشكال قد لا يمنع من إعادة رفع الاستشكال، كما لو تخلف شرط الصفة، فإنه يجوز إعادة رفع الاستشكال بعد توافر الصفة، وقد يمنع الحكم بعدم القبول من إعادة رفع الاستشكال، كما لو تخلف شرط رفع الاستشكال قبل تمام التنفيذ.

ثالثاً: آثار الحكم الصادر في الاستشكال الوقتي:

أ - آثار الحكم بعدم الاختصاص بنظر الاستشكال:

لا يترتب على الحكم بعدم الاختصاص إنهاء الخصومة في الاستشكال، وليس من شأنه أن يزيل صحيفته، وإنما هو ينقل الاستشكال بحالته من حيث انتهت إجراءاته من المحكمة المحيلة إلى المحكمة المحال إليها، وإن حكمت المحكمة المحال إليها هذا الاستشكال بوقف التنفيذ، فإن أثر حكمها ينسحب إلى اللحظة التي رفع فيها هذا الاستشكال إلى المحكمة غير المختصة^(١).

(١) المستشار/ يونس ثابت - استشكالات التنفيذ في الأحكام والمحرمات الموثقة - عالم الكتب القاهرة، ١٩٧٢م - ف: ٩، ص ١٤ د / محمد حسين - طرق التنفيذ في قانون الإجراءات المدنية - ديوان المطبوعات الجامعية، الجزائر، ١٩٨٢م - ص ٩٧.

ب - آثار الحكم بقبول الاستشكال وبوقف التنفيذ:

يترتب على الحكم بقبول الاستشكال وبوقف التنفيذ ما يلي:

- إن هذا التنفيذ يتوقف عند آخر إجراء سابق على تقديم الاستشكال، فأثر هذا الحكم يضاف إلى اللحظة التي توقف فيها التنفيذ عند رفع الاستشكال.

ج - آثار الحكم بعدم قبول الاستشكال أو برفضه:

الحكم بعدم قبول الاستشكال المرفوع من الغير أو برفضه لأي سبب من أسباب تترتب عليه الآثار التالية:

١ - زوال الأثر الموقوف للتنفيذ «الاستمرار في التنفيذ» إذا كان قد توقف وإذا حكمت المحكمة بعدم قبول هذا الاستشكال أو برفضه، فلا يشترط أن تحكم صراحة بالاستمرار في التنفيذ، كونه مندمجاً - بطريق التضمن واللزوم والاقتضاء - على حكم بالاستمرار في التنفيذ.

٢ - الحكم على المستشكل بالغرامة: القانون اليمني لم يقرر بنص خاص جواز الحكم بالغرامة على من خسر منازعته الوقتية لكن ذلك لا يمنع قاضي التنفيذ من الحكم بها للخزانة العامة عن كل طلب أو دفاع يقدمه بقصد الكيد م (١٧٠) مرافعات.

٣ - الحكم على المستشكل بتعويض المستشكل ضده: القانون اليمني لا يقرر بنص خاص جواز الحكم على الغير المستشكل إذا خسر استشكله بتعويض المستشكل ضده، غير أن ذلك لا يمنع من تطبيق القواعد العامة في هذا الشأن، المادة (١٧٠) مرافعات. والحكم الصادر في دعوى التعويض هو حكم موضوعي، ويخضع الطعن فيه للقواعد العامة المتعلقة بالطعن، واختلف الفقهاء في مصر حول اختصاص قاضي التنفيذ بالحكم بهذه التعويضات، فذهب البعض إلى أنه من اختصاص قاضي التنفيذ كونه طلباً مرتبطاً، وذهب البعض إلى خلاف ذلك فيما عدا دعوى التعويض التي يرفعها الحاجز ضد المحجوز لديه مع دعوى إلزامه بدين الحاجز في حالة عدم تقرير المحجوز لديه بما في ذمته على الوجه المنصوص عليه قانوناً، فهذه تختص بها محكمة التنفيذ م (٣٤٣، ٣٤٤) مرافعات مصري.

الطبيعة القانونية للحكم الصادر في الاستشكال الوقي:

أ - هو مجرد حكم منشئ، فليس سنداً تنفيذياً وليست له قوة تنفيذية، ولذلك فإنه لا

ينفذ بإجراءات التنفيذ الجبري، كما لو قضي هذا الحكم بوقف التنفيذ ويترتب على هذا النتائج التالية^(١):

١- أن أثر الحكم في الاستشكال بوقف التنفيذ ينسحب بأثر رجعي إلى لحظة رفع الاستشكال، وعدم الاعتداد مؤقتاً بما تم من إجراءات التنفيذ بعد رفع الاستشكال.

٢- لا يعتبر هذا الحكم سنداً تنفيذياً لإعادة الحال إلى ما كانت عليه إلى لحظة رفع الاستشكال بالنسبة لما تم من إجراءات التنفيذ بعد رفع الاستشكال، وإنما يتم إعادة الحال إلى ما كانت عليه بناء على دعوى بذلك عند بعض الفقهاء، أو بأمر من قاضي التنفيذ بناء على طلب بذلك عند البعض الآخر.

٣- أن هذا الحكم لا يرد عليه استشكال، لأن القاعدة أن الاستشكال لا يرد على الاستشكال.

ب- الحكم الصادر في هذا الاستشكال هو حكم قطعي في موضوع الحماية المؤقتة وليس قطعياً في موضوع يتعلق بأصل الحق، وهو حكم وقطي مستعجل، ويكتسب حجية مؤقتة (٢٤٥م) مرافعات يمني، ويترتب على هذا النتائج الآتية:

١- الحكم الوقطي الصادر في الاستشكال الوقطي المرفوع من الغير لا يمس أصل الحق، أي النزاع الموضوعي حول بطلان إجراءات التنفيذ أو صحتها.

٢- إذا كانت الظروف التي صدر على أساسها الحكم في الاستشكال الوقطي باقية كما هي لم تتغير، فلا يجوز لقاضي التنفيذ - لغلط في الواقع أو في القانون - أن يعدل عن هذا الحكم بأن يحكم بالاستمرار في التنفيذ، وذلك لاستنفاد سلطته في ظل هذه الظروف.

٣- إذا تغيرت الظروف أمكن الالتجاء إلى قاضي التنفيذ للحصول على حكم يتناسب مع الظروف التي تغيرت، لكن هل الحكم في الاستشكال الوقطي يمنع «الغير» من رفع أي استشكال وقطي آخر عن سبب كان قائماً وقت صدور هذا الحكم، واختلفت الآراء في ذلك، فذهب البعض أن الحكم في الاستشكال الوقطي لا يمنع من رفع استشكال آخر بناء على أسباب لم تعرض على قاضي التنفيذ عند إصدار هذا الحكم، ولما كان المشرع لا يوجب إبداء جميع الأسباب التي تبرر

(١) المستشار/ يونس ثابت - استشكالات التنفيذ في الأحكام والمحرمات الموثقة - عالم الكتب، القاهرة - ١٩٧٢م، ف ٨ ص ١٣.

وقف التنفيذ المتوفرة وقت رفع الاستشكال وإلا سقط الحق فيما لم يبد منها، بينما ذهب البعض الآخر إلى أن الحكم في الاستشكال الوقي يمنع من رفع أي استشكال وقي آخر عن سبب كان قائماً وقت رفع الاستشكال السابق، سواء دُفع بهذا السبب أم لم يدفع به، لأنه يشترط في الظروف التي تجيز للقاضي العدول عما قضى به في الحكم المستعجل أن تكون ظروفًا جديدة.

٤- الحكم الوقي الصادر في الاستشكال الوقي المرفوع من الغير يزول وتزول جميع الآثار المترتبة عليه بصدور الحكم في موضوع النزاع م (٢٤٥) مرافعات يماني.

ج- الحكم الصادر في الاستشكال الوقي المرفوع من الغير هو من الأحكام المستعجلة التي تكون نافذة فور صدورها بقوة القانون وبدون كفالة، إلا إذا علق القاضي تنفيذ الحكم على تقديم كفالة (م ٢٨٨) مرافعات مصري م (٢٤٤، ٥٠٢) مرافعات يماني، ويستعمل الفقهاء لنفاد هذا الحكم عبارة «النفاد المعجل» وليس «التنفيذ المعجل»، على أساس أن «التنفيذ المعجل» لا يكون إلا لأحكام الإلزام، أما الحكم في الاستشكال فليس حكماً ملزماً بل منشئاً، فيقف التنفيذ كأثر لنفاد هذا الحكم.

الطعن في الحكم الصادر في الاستشكال الوقي:

في القانون المصري الحكم الصادر في الاستشكال الوقي - باعتباره صادراً في مادة مستعجلة - يقبل الطعن فيه بالاستئناف أمام المحكمة المختصة في جميع الحالات، وذلك خلال خمسة عشر يوماً من تاريخ صدور الحكم م (٢١٣، ٢٢٠، ٢٢٧) مرافعات، ويرفع الاستئناف في هذا القانون إلى المحكمة الابتدائية التابع لها قاضي التنفيذ، وينظر أمامها بهيئة استئنافية م (٢/٢٧٧) مرافعات، والحكم الصادر في هذا الاستئناف لا يكون قابلاً للطعن فيه بالنقض في هذا القانون لصدوره من المحكمة الابتدائية بهيئة استئنافية، إلا في الأحوال التي تجيز هذا الطعن وفقاً للمادة (٢٤٩) مرافعات، أما في القانون اليمني كون هذا الحكم قابلاً للطعن فيه بالاستئناف أمام محكمة الاستئناف خلال خمسة عشر يوماً من تاريخ صدوره حتى ولو كان صادراً في حدود النصاب الانتهائي للمحكمة الابتدائية. ولا يكون الحكم الاستئنافي الصادر في هذه المنازعة قابلاً للطعن فيه أمام المحكمة العليا طبقاً للمادة (٥٠٢) مرافعات معدلة عام ٢٠١٠ م.

المطلب الثالث: خصوصية الاستشكال في تنفيذ الحكم الأجنبي؛

تمهيد وتقسيم:

يلاحظ أن قانون التحكيم المصري وقانون التحكيم اليمني لم يضعاً نظاماً خاصاً لتنفيذ أحكام التحكيم الدولية تختلف عن تنفيذ أحكام التحكيم الوطنية، بخلاف قانون التحكيم الفرنسي لعام ٢٠١١م، كما أن هناك فرقاً بين تنفيذ أحكام التحكيم العادي وأحكام التحكيم الإلكتروني في كيفية تنفيذها وسأتناول ذلك في فرعين:

الفرع الأول: الاستشكال في تنفيذ الحكم القضائي الأجنبي

يشترط لتنفيذ الحكم القضائي الأجنبي وفقاً لقانون المرافعات اليمني رقم ٤٠ لسنة ٢٠٠٢م ما نصت عليه المادة (٤٩٤) من أنه: «يشترط لتنفيذ السند التنفيذي الأجنبي ما يأتي:

١- ألا يخالف أحكام الشريعة الإسلامية أو الآداب العامة أو قواعد النظام العام في اليمن.

٢- أن تكون المحاكم اليمنية غير مختصة بالنزاع الذي صدر فيه السند التنفيذي الأجنبي، وأن المحكمة الأجنبية الذي أصدرته مختصة به طبقاً لقواعد الاختصاص القضائي الدولي المقررة في قانونها.

٣- أن يكون التنفيذ بنفس الشروط المقررة في ذلك البلد لتنفيذ السندات التنفيذية اليمنية معاملة بالمثل.

٤- أن يكون السند التنفيذي صادراً من محكمة أو هيئة قضائية مختصة وأن يكون الحكم أو الأمر حائزاً لقوة الأمر المقضي به وفقاً لقانون ذلك البلد الأجنبي.

٥- ألا يتعارض السند التنفيذي مع حكم أجنبي سبق صدوره من المحاكم اليمنية».

وتتضمن المادتان (٢٩٦ و ٢٩٨) من قانون المرافعات المصري عدّة شروطٍ يجب توافرها في الحكم الأجنبي حتى يصدر الأمر بتنفيذه في مصر.

١- شرط التبادل أو المعاملة بالمثل: أن المقصود بشرط التبادل هو شرط التبادل القانوني، في حين يرى بعض الفقه أن المقصود بشرط التبادل هو التبادل الفعلي^(١)،

(١) د/ فواد رياض، ود/ سامية راشد، الوجيز في القانون الدولي الخاص، ج١، دار النهضة العربية، القاهرة، ١٩٧١م، ص٢٠٥.

ويرى غالبية الفقه أن القاضي المصري واليميني يكتفيان بتطبيق نظام المراقبة ولو كان القانون الأجنبي يعامل الأحكام المصرية واليمنية بنظام المراجعة لأن المقصود هو القوة التنفيذية للحكم ككل وليس شرطاً بشرط وحكما بحكم^(١). وهو ما أؤيده. وتنص المادة (٣/٤٩٤) من قانون المرافعات اليمني على أن: السندات التنفيذية الصادرة في بلد أجنبي يجوز الأمر بتنفيذها بنفس الشروط المقررة في ذلك البلد لتنفيذ السندات التنفيذية اليمنية معاملة بالمثل وهو نظام يمكن من خلاله تطبيق نظام دولة السند التنفيذي سواء كانت تلك الدولة تتبع المراجعة أو الرقابة فيعاملها القاضي الوطني بالمثل، ويجب أن يكون التبادل واقعياً فلا يكتفي أن ينص قانون دولة السند الأجنبي على تنفيذ الحكم اليمني بل لا بد من التنفيذ الواقعي الفعلي للحكم اليمني، ونظام التبادل نظام منتقد.

ومقتضى هذا الشرط أنه لا يجوز تنفيذ الحكم الأجنبي إلا إذا كانت الدولة التي صدر باسمها الحكم تقبل تنفيذ الأحكام الصادرة من المحاكم المصرية واليمنية، وبفس القدر فقد نصت المادة (٢٩٦) مرافعات مصري على أن "الأحكام والأوامر الصادرة في بلد أجنبي يجوز الأمر بتنفيذها بنفس الشروط المقررة في ذلك البلد لتنفيذ الأحكام والأوامر المصرية فيه".

ويبنى على ذلك أنه إذا كان قانون البلد الأجنبي الصادر عن محاكمه الحكم المراد تنفيذه لا ينظر إلى أحكام محاكمه إلا بوصفها دليلاً بسيطاً يُمكن مناقضته، وأنه يلزم على المحكوم له أن يرفع دعوى جديدة للمطالبة بحقه المتعلق به الحكم المصري فإنه يجب معاملة الحكم الأجنبي بذات المعاملة، وإذا كانت الدولة الأجنبية المراد تنفيذ أحكامها في مصر تعترف بأحكام محاكمنا بوصفها كذلك وتُجيز تنفيذها عدت المعاملة بالمثل في هذه الحالة^(٢).

وقد تعرض الأخذ بمبدأ المعاملة بالمثل لانتقاد الفقه، فذهب البعض إلى أنه يُمكن أن تؤدي إلى نتائج غير محمودية على الإطلاق في مجال تنفيذ الأحكام؛ إذ من المُحتمل أن تؤدي إلى الإضرار بالوطنيين متى كان الحكم الأجنبي المراد تنفيذه قد صدر لصالح بعض الوطنيين ولكن قد صدر من محاكم دولة لا يتوافر في شأنها شرط المعاملة بالمثل.

(١) د/ هشام صادق تنازع الاختصاص ١٩٧٢م، ص ٢٠١، ود/ فؤاد عبد المنعم رياض ود/ محمد خالد الترجمان، تنازع القوانين، مرجع سابق، ص ١٩٩-٢٠٠.

(٢) د/ هشام صادق تنازع الاختصاص ١٩٧٢م، ص ٢٠١، ود/ فؤاد عبد المنعم رياض، ود/ محمد خالد الترجمان، تنازع القوانين، مرجع سابق، ص ١٩٩-٢٠٠، ود/ محمد كمال فهمي، أصول القانون الدولي الخاص، ط ٢، مؤسسة الثقافية الجامعية، ١٩٨٢م، ص ٦٧٠، وانظر:

Droz G. Compétence judiciaire et effets des jugements dans le marche commun □ paris □ 1972 □ p.269 ets.

٢- اختصاص المحكمة الأجنبية: يشترط أن يكون الحكم الأجنبي المراد تنفيذه في اليمن قد صدر من محكمة أجنبية مختصة، ويرى غالبية الفقه أنه يشترط توافر الاختصاص الدولي للمحكمة الأجنبية دون الاختصاص الداخلي (المحلي والنوعي)، فلا شأن للقانون الدولي الخاص بالاختصاص الداخلي، إلا إذا كان عدم الاختصاص هذا قد أدى إلى جعل الحكم باطلا لدى الدولة التي صدر من محاكمها^(١).

يُشترط كذلك لتنفيذ الحكم الأجنبي- حسب نص المادة (٢٩٨) من قانون المرافعات المصري أن يكون صادراً عن هيئة قضائية مُختصة طبقاً لقواعد الاختصاص القضائي الدولي المُقرر في قانونها بشرط ألا تكون محاكم الجمهورية مختصةً بالمنازعة التي صدر الحكم أو الأمر الأجنبي في شأنها.

على أن التشريعات الحديثة تجعل البحث في اختصاص المحكمة الأجنبية وفقاً لقانونها وليس وفقاً لقانون الدولة المراد تنفيذ الحكم فيها^(٢).

٣- عدم اختصاص المحاكم اليمنية أو المصرية:

لا يكفي أن يكون الحكم الأجنبي المراد تنفيذه في اليمن أو في مصر قد صدر من محكمة أجنبية مختصة (الشق الإيجابي) بل يشترط أيضاً عدم اختصاص المحاكم اليمنية بالفصل في النزاع الذي صدر فيه الحكم الأجنبي المراد تنفيذه في اليمن أو في مصر (الشق السلبي)^(٣).

وهذا الشرط يهدف إلى حماية الاختصاص القضائي الدولي من الاعتداء عليه^(٤)، ويرى بعض الفقه أن إيراد هذا الشرط في غاية الخطورة، إذ قد يترتب عليه رفض تنفيذ معظم أحكام التحكيم الأجنبية في مصر أو في اليمن^(٥). وللتخفيف من غلواء هذا الشرط طرح الفقه العديد من الحلول:

(١) د/ هشام صادق تنازع الاختصاص ١٩٧٢م، ص ٢٢٨ د/ فؤاد عبدالمنعم رياض ود/ محمد خالد الترجمان، تنازع القوانين، مرجع سابق، ص ١٩٩-٢٠٠.

(٢) د/ فؤاد عبدالمنعم رياض ود/ محمد خالد الترجمان، تنازع القوانين، مرجع سابق، ص ٢٠٢.

(٣) انظر في هذا الصدد حكم محكمة النقض الصادر في ٢٨/١١/١٩٩٠م، مجموعة أحكام محكمة النقض، السنة ١٥ العدد الثاني، ص ٩٠٩.

(٤) د/ أحمد قسمت الجداوي، مبادئ الاختصاص القضائي الدولي وتنفيذ الأحكام الأجنبية، مرجع سابق، ص ٢٠٤، و د/ عبدالحكيم أحمد عطروش، تنفيذ أحكام التحكيم الأجنبية في منازعات الاستثمار، مجلة القانون المغربي، العدد ٨، مارس، ٢٠١٢م.

[http:// search. Mandumah.com/record/1519214](http://search.Mandumah.com/record/1519214).

(٥) د/ إبراهيم أحمد إبراهيم، التحكيم الدولي الخاص، مرجع سابق، ص ٣٠٨، ٣٠٩.

الرأي الأول: يرى جانب من الفقه أن الشرط السابق ينطبق فقط على الاختصاص الوجوبي أو القاصر لتعلقه بالنظام العام كالاختصاص المبني على الموطن أو الأموال أو الالتزامات أو الإفلاس الذي أشهر في مصر- أو في اليمن- دون الاختصاص الجوازي كالاختصاص المبني على الجنسية أو القبول الاختياري أو الطلبات العارضة^(١)، وانتقد هذا الرأي؛ لأن القانون الفرنسي فرق بين الاختصاص القاصر والاختصاص الجوازي في حين لم يفرق القانونان المصري واليمني بنص صريح وأرى أن تلك التفرقة يمكن أن تفهم ضمناً من القواعد العامة في القانونين المصري واليمني.

ويذهب رأي ثان إلى القول بأن الأصل عدم تنفيذ الحكم الأجنبي الصادر في منازعة داخلية في اختصاص المحاكم المصرية- أو اليمنية- إلا أنه يمكن تنفيذه استثناء لاعتبارات الملاءمة، فلا يجوز تنفيذ الحكم الأجنبي الصادر في منازعة داخلية في اختصاص المحاكم المصرية أو اليمنية المتعلقة بمال موجود في مصر أو في اليمن أو فعل وقع في مصر- أو في اليمن- أو صدر في مسائل الأحوال الشخصية بالنسبة للمصريين، على أنه يمكن تنفيذه استناداً إلى دواعي الملاءمة مثل الاختصاص المبني على ضابط العقود الدولية (التزام نشأ في مصر أو نفذ فيها أو كان واجبا تنفيذه فيها) أو في مسائل الأحوال الشخصية بالنسبة لغير المصريين، وانتقد هذا الرأي لعدم انضباطه^(٢).

٤- عدم تعارض الحكم الأجنبي مع حكم وطني: ومعنى ذلك أنه على القاضي المصري قبل إصدار الأمر بتنفيذ حكم أجنبي أن يتأكد من أنه لا يتعارض مع حكم سبق وأن ما أصدرته المحاكم المصرية أو اليمنية^(٣). قد انتقد الرأي السابق بأن شرط عدم سبق صدور حكم وطني مستقل عن شرط عدم اختصاص المحاكم الوطنية^(٤). ويذهب رأي ثالث إلى النظر إلى الرابطة الوثيقة فمتى كان النزاع يتصل اتصالاً وثيقاً باليمن لم يجز تنفيذ حكم أجنبي صادر في تلك المنازعة^(٥). ويستند هذا الشرط إلى النظام العام وإلى أولوية الحكم الوطني بالنفاذ والحجية والقوة التنفيذية، ولا يشترط أن يكون الحكم الوطني الأسبق في الصدور نهائياً فيكتفى بصدور حكم ابتدائي^(٦)، وإذا

(١) من أنصار هذا الاتجاه د/ محمد كمال فهمي، أصول القانون الدولي الخاص، ط ٢، مؤسسة الثقافية الجامعية، ١٩٨٢م، ص ٦٧٣.

(٢) من أنصار هذا الرأي د/ عز الدين عبدالله، ج ٢، ط ٨، مرجع سابق، ص ٩٠٦، ٩٠٥.

(٣) د/ عز الدين عبدالله، المرجع السابق، ص ٩٠٦، ٩٠٥.

(٤) د/ محمد كمال فهمي، أصول القانون الدولي الخاص، ط ٢، مؤسسة الثقافية الجامعية، ١٩٨٢م، ص ٦٧٧.

(٥) د/ فؤاد عبدالمنعم رياض، ود. محمد خالد الترجمان، تنازع القوانين، مرجع سابق، ص ٢٠٦.

(٦) المرجع السابق، ص ٢١٠-٢١١.

صدر حكمان أجنبيان متعارضان في نفس النزاع؟ يرى بعض الفقه تفضيل الحكم الذي تكون محكمته مختصة بناء على ضابط أكثر اتفاقاً مع الضوابط المقررة في قانون الدولة المراد تنفيذ الحكم فيها في حين ذهب القانون الألماني والسويسري إلى تفضيل الحكم الأسبق في التاريخ وهو ما رجحه بعض الفقه^(١)، وأميل إليه ما لم يكن الحكم الأخير قد تضمن التنازل عن الحكم الأول وذلك بحضور الأطراف وابداء مرافعاتهم.

٥- شرط صحة الإجراءات:

نص قانون المرافعات اليمني على هذا الشرط، فيشترط أن يكون الحكم الأجنبي المراد تنفيذه في اليمن قد صدر بناء على إجراءات صحيحة وأن تكون حقوق الدفاع قد روعيت وذلك يتم وفقاً لقانون الدولة التي صدر فيها حكم التحكيم الأجنبي، على أنه يجوز تنفيذ الحكم الأجنبي الغيابي إذا ثبت أن المدعى عليه قد كلف بالحضور ومثل تمثيلاً صحيحاً^(٢).

وقضت محكمة النقض المصرية: «إذ كان الثابت أن الطاعن قد تمسك أمام محكمة الموضوع ببطلان إعلانه بأمر الأداء سند التداعي الصادر من محكمة الكويت الكلية والمطلوب تذييله بالصيغة التنفيذية إذ إنه قد غادر الكويت في ظروف استثنائية يعلم بها المطعون ضده بصفته وقبل تقديم طلب استصدار أمر الأداء وإلى موطنه بجمهورية مصر العربية بسبب الغزو العراقي للكويت وصدر قرار رئيس مجلس الوزراء الكويتي رقم ١٤٨ لسنة ١٩٩١ بتاريخ ٢٧/١/١٩٩١م بإنهاء جميع عقود الدولة مع موظفيها غير الكويتيين واعتبرها منسوخة من تلقاء نفسها بما فيها عقد الطاعن بما كان لازمه انتهاء إقامته قانوناً بدولة الكويت، مما يقتضى إعلانه في موطنه وفقاً لأحكام المادة السادسة من اتفاقية التعاون القضائي بين البلدين الصادرة بالقرار الجمهوري رقم ٢٩٣ لسنة ١٩٧٧م أو عن طريق السلك الدبلوماسي أو القنصلي، وإذ أ طرح الحكم المطعون فيه هذا الدفاع الجوهرى الذى قد يتغير به إن صح وجه الرأى فى الدعوى على ما اجتراه من القول من أن إعلان الطاعن على كل إقامته بدولة الكويت بالأمر سالف البيان يعد إعلاناً صحيحاً دون أن يتصل علم الطاعن به على نحو غير صحيح فإنه يكون معيباً بالخطأ فى

(١) المرجع السابق، ص ٢١٤.

(٢) د/ فؤاد عبد المنعم رياض، ود/ محمد خالد الترجمان، تنازع القوانين، مرجع سابق، ص ٢٠٧، وحكم محكمة النقض المصرية في ٢ يوليو ١٩٦٤م مجموعة أحكام النقض سنة ١٥، عدد ٣، ص ٩٠٩.

تطبيق القانون والفساد في الاستدلال^(١).

٦- أن يكون الحكم الأجنبي حائزاً لقوة الأمر المقضي به (أن يكون حكماً نهائياً):

يشترط أن يكون الحكم الأجنبي المراد تنفيذ في اليمن حائزاً لقوة الأمر المقضي به (أن يكون حكماً نهائياً) ويعتبر الحكم نهائياً إذا استنفذ طرق الطعن العادية حتى لو كان قابلاً للطعن بالطرق غير العادية والمرجع في ذلك هو قانون الدولة التي صدر فيها الحكم الأجنبي، ويستند هذا الشرط إلى استقرار المعاملات وعدم المفاجآت وبالتالي لا يجوز تنفيذ الحكم المشمول بالنفاذ المعجل لأنه غير نهائي ولا الحكم المستعجل، أما الأمر على عريضة أو العمل الولائي فقد أجاز القانون المصري تنفيذه ولو لم يكن نهائياً وفسر بعض الفقه هذا التعارض بأن ذلك ينصرف على حالة ما إذا فات ميعاد الطعن في الأمر على عريضة^(٢).

٧- عدم تعارض الحكم الأجنبي مع النظام العام في اليمن:

وهذا الشرط يؤدي دوراً مماثلاً للأثر السلبي للدفع بالنظام العام في مجال تنازع القوانين، فلا يجوز تنفيذ حكم أجنبي يتعارض مع النظام العام في مصر -أو في اليمن- سواء في مضمونه أو في إجراءاته^(٣) كالحكم الذي يسوي بين الذكور والإناث في الإرث أو صدر دون كفالة حق الدفاع، كما أن محكمة النقض المصرية أجازت تنفيذ حكم أجنبي

(١) الطعن رقم ١٥٢٠٧ لسنة ٧٩ قضائية الدوائر المدنية - جلسة ١١/٤/٢٠١٧ م منشور على الموقع الرسمي لمحكمة النقض المصرية <https://www.cc.gov.eg/> حيث إن الوقائع في أن المطعون ضده «بصفته» أقام على الطاعن الدعوى رقم ١٠٦٠٩ لسنة ٢٠٠٧ م مدني محكمة شمال القاهرة الابتدائية بطلب استصدار حكم، بتنفيذ أمر الأداء رقم ١٤٢٠ لسنة ١٩٩٣ م الصادر من المحكمة الكلية بدولة الكويت وتذييله بالصيغة التنفيذية والقاضي بإلزام الطاعن بمبلغ ١٥٠،٩٢٧ «تسعمائة وسبعة وعشرين ديناراً كويتياً ومائة وخمسين فلساً» وقال بياناً لذلك إنه صدر لصالحه الأمر آنف البيان وتم إعلانه قانوناً بدولة الكويت وتذييله بالصيغة التنفيذية، وإذ تعذر عليه التنفيذ هناك لإقامة الطاعن داخل جمهورية مصر العربية، ومن ثم أقام دعواه -قضت محكمة أول درجة بالطلبات- بحكم استأنفه الطاعن بالاستئناف ٤٩٦٤ لسنة ١٢ق القاهرة، وتاريخ ٢١/٧/٢٠٠٩ م حكمت المحكمة بتأييد الحكم المستأنف، طعن الطاعن في هذا الحكم بطريق النقض، وقدمت النيابة مذكرة أبدت فيها الرأي بنقض الحكم المطعون فيه، وحيث إن مما ينعاه الطاعن على الحكم المطعون فيه الخطأ في تطبيق القانون والقصور في التسبب والإخلال بحق الدفاع، وفي بيان ذلك يقول إنه تمسك لدى محكمة الاستئناف بدفاع مؤداه بطلان إعلانه بالأمر بدولة الكويت، والمطلوب تذييله بالصيغة التنفيذية حال أنه كان قد غادر الكويت في ٢٠/٧/١٩٩٠ م- قبل إعلانه بطلب استصدار أمر الأداء- إلى جمهورية مصر العربية ولم يتمكن من العودة مرة أخرى بسبب ظروف غزو العراق للكويت مما كان يتعين معه إعلانه في موطنه عن طريق السلك الدبلوماسي أو القنصلي.

(٢) د/ فؤاد عبد المنعم رياض ود/ محمد خالد الترجمان، تنازع القوانين، مرجع سابق، ص ٢٠٩، ٢١٠.

(٣) المرجع السابق، ص ٢١٤، ٢١٥.

صدر دون تسبيب^(١) رغم أن المادة (١٧٦) من قانون المرافعات تشترط تسبيب الأحكام وإلا كانت باطلة، وأرى أن ذلك يستند إلى أن مفهوم النظام العام في القانون الدولي الخاص الذي يعتبر أضيق منه في القانون الداخلي سواء في مجال تنازع القوانين أو في مجال تنازع الاختصاص، كما أن غالبية الفقه في فرنسا ومصر يعتقدون في مسألة وقت تحديد تعارض الحكم الأجنبي مع النظام العام في اليمن بوقت تنفيذ الحكم الأجنبي لا بوقت صدوره^(٢).

الفرع الثاني: الاستشكال في تنفيذ حكم تحكيم أجنبي:

يختلف تنفيذ أحكام التحكيم الأجنبية في قانوني التحكيم اليمني والمصري عنه في اتفاقية نيويورك، حيث إن اتفاقية نيويورك أكثر شدة في تنفيذ أحكام التحكيم الدولية: وتسرى نصوص قانون التحكيم المصري المتعلق بتنفيذ الأحكام على أحكام التحكيم الذي يجري في مصر^(٣) - وعلى أحكام التحكيم الذي يجري في الخارج إذا كان تحكيمياً تجارياً دولياً واتفق الأطراف المحكّمون على إخضاعه لقانون التحكيم المصري^(٤). وبالنسبة لأحكام التحكيم التي تصدر في الخارج دون اتفاق الأطراف المحكّمين على خضوعها لقانون التحكيم المصري، فقد اختلف الفقه والقضاء المصري حول القانون الواجب التطبيق على تنفيذ أحكام التحكيم الأجنبية وذهب في ذلك إلى رأيين:

الرأي الأول: يذهب رأي في الفقه إلى تطبيق أحكام قانون المرافعات المصري على إجراءات تنفيذ أحكام التحكيم الأجنبية، منوهاً إلى أن شروط تنفيذ حكم التحكيم الأجنبي في قانون المرافعات المصري أخف من تلك الشروط الواردة في اتفاقية نيويورك^(٥).

(١) حكم محكمة النقض المصرية في ٦ مايو ١٩٩٦م مجموعة النقض المدني السنة ٢، العدد ٢، ص ٧١٧.

(٢) د/ فؤاد عبدالمنعم رياض، ود. محمد خالد الترجمان، تنازع القوانين، مرجع سابق، ص ٢١٦-٢١٧.

(٣) د/ محمود بريري، التحكيم التجاري الدولي، الطبعة الثانية، دار النهضة العربية، القاهرة، ١٩٩٩م، ص ٢٩٢.

(٤) د/ أحمد محمد حشيش، القوة التنفيذية لأحكام التحكيم، مرجع سابق، ص ٦٠، راجع أيضاً: د/ أبو العلا النمر، "القانون الواجب التطبيق على المسائل الإجرائية في مجال التحكيم - الطبعة الأولى - دار النهضة العربية - القاهرة - بدون تأريخ، ص ١١ وما بعدها.

(٥) د/ مصطفى الجمال ود/ عكاشة محمد عبدالعال: التحكيم في العلاقات الخاصة الدولية، الجزء الأول، ط ١، ١٩٩٨م، ص ١٠٣ وما بعدها. ومروة حماد حسين سليمان - تنفيذ أحكام التحكيم في إطار القانون الدولي الخاص، رسالة دكتوراه، كلية الحقوق، جامعة أسيوط، ٢٠١٧م، ص ٢٥٦، ٢٥٧، ود/ صفاء فتوح، المرجع السابق، ص ٣٣.

الرأي الثاني: يذهب رأي في الفقه إلى عدم تطبيق أحكام قانون المرافعات المصري على تنفيذ أحكام التحكيم الأجنبية^(١).

وجرت أحكام محكمة النقض المصرية وقبل صدور قانون التحكيم المصري الجديد على تطبيق نصوص قانون المرافعات على تنفيذ أحكام التحكيم الأجنبية^(٢). وتواتر قضاء محكمة استئناف القاهرة على عدم تطبيق أحكام قانون المرافعات الخاصة بتنفيذ الأحكام القضائية الأجنبية على أحكام التحكيم الأجنبية لأنها تتضمن شروطاً أشد من تلك المقررة لتنفيذ أحكام التحكيم الوطنية في قانون التحكيم المصري^(٣) ثم صدر حكم محكمة النقض المصرية حديثاً وحسم الخلاف فيما إذا لم يكن أطراف التحكيم قد اتفقوا على الخضوع لقانون التحكيم المصري، وأيدت محكمة استئناف القاهرة فيما انتهت إليه من خضوع تنفيذ أحكام التحكيم الأجنبية للقواعد الإجرائية المنصوص عليها في المادة (٥٦) من لقانون التحكيم المصري^(٤) وذلك تفسيرا للمادة (٢٩٩) من قانون المرافعات المصري التي قررت تطبيق أحكام التنفيذ الواردة في قانون المرافعات على أحكام التحكيم الأجنبية في علاقتها بقانون التحكيم المصري. وندعو بتطبيق ذلك في اليمن.

وتنص المادة (٥٨) من قانون التحكيم اليمني لعام ١٩٩٢م والمعدل عام ١٩٩٧م على أن تختص محكمة الاستئناف أو من تنيبه بتنفيذ حكم التحكيم. ولا بد من صدور أمر خاص بها من قبل السلطة القضائية يسمى بأمر التنفيذ وذلك لتحقيق رقابة قضائية لا حقة على حكم التحكيم. قبل إصدار الأمر بتنفيذه^(٥) ويعود ذلك إلى المبدأ القانوني الذي مفاده أن الإرادة الخاصة وحدها لا يمكنها تكوين السندات التنفيذية^(٦).

(١) د/ منير عبدالمجيد: التنظيم القانوني للتحكيم الدولي والداخلي في ضوء الفقه وقضاء التحكيم، منشأة المعارف، الإسكندرية، ١٩٩٧م، ص ٣٠٥ وما بعدها. هامش ٢.

(٢) نقض مصري في الطعن رقم ٥٧ ق لسنة ١٩٩٤م، جلسة ١٦/٧/١٩٩٠م مجموعة أحكام النقض ٤١، ص ٤٣٤، بند ٢٤٥.

(٣) حكم محكمة استئناف القاهرة، الدائرة ٦٣، تحري، جلسة ١٧/٢/١٩٩٩م، في الاستئناف رقم ١١٥ لسنة ٧٦، مجلة التحكيم العربي، العدد الرابع أغسطس، ٢٠٠، ص ٢٠٨، وراجع تظلمات أرقام ١١٩، لسنة ٧ ق تحكيم استئناف القاهرة جلسة ٦/٨/٢٠٠٣م لدى د/ مروة حماد حسين سليمان، المرجع السابق، ص ٢٦٦.

(٤) نقض مصري في الطعن رقم ٩٦٦ لسنة ٧٣ ق، جلسة ١٠/١٠/٢٠٠٥م. لدى د/ مروة حماد حسين سليمان، المرجع السابق، ص ٢٦٦، ٢٦٧.

(٥) د/ أحمد أبو الوفا، التحكيم الاختياري والإجباري - مرجع سابق - ص ٢٨ وما بعدها.

(٦) د/ إبراهيم أحمد إبراهيم - التحكيم الدولي الخاص - الطبعة الثانية - دار النهضة العربية - القاهرة، ١٩٩٧م ص ٢٩٥، د/ محمود يونس - نحو نظرية عامة لفكرة النظام العام في قانون المرافعات المدنية والتجارية - الطبعة الأولى - دار النهضة العربية - القاهرة - ١٩٩٦م - ص ٢٤٧، د/ أبو زيد رضوان - «الأسس العامة في التحكيم التجاري الدولي» - دار الفكر العربي - القاهرة، ١٩٨١م ص ٣ وما بعدها.

وتسرى نصوص قانوني التحكيم المصري واليميني المتعلق بتنفيذ الأحكام على أحكام التحكيم التالية:

- ١- أحكام التحكيم الذي يجري في مصر أو في اليمن أيًا كان أطرافه وأياً كانت طبيعة العلاقة القانونية الذي يدور حولها النزاع^(١).
- ٢- أحكام التحكيم الذي يجري في الخارج إذا كان تحكيمياً تجارياً دولياً واتفق الأطراف المحتكمون على إخضاعه لقانون التحكيم المصري أو اليميني بوصفه قانون الإرادة^(٢).

أما أحكام التحكيم التي تصدر في الخارج دون اتفاق الأطراف المحتكمون على خضوعها لقانون التحكيم المصري، فسوف تخضع لقواعد تنفيذ الأحكام الأجنبية المنظمة بقانون المرافعات المدنية والتجارية م (٢٩٦ - ٣٠١) وذلك ما لم تكن خاضعة لأحكام القانون الاتفاقي.

ثانياً: شروط تنفيذ حكم التحكيم في قانوني التحكيم المصري واليميني:

ينظر طلب الأمر بالتنفيذ والفصل فيه وفقاً لقواعد الأوامر على عرائض بلا حضور ولا مناقشة ولا تدخل ولا إدخال، وإنما ينظر الطلب في غيبة الحضور ويصدر القاضي أمراً بناء على ما تحت يديه من أوراق ومستندات قدمها طالب التنفيذ^(٣).

فالبند الأول من المادة (٥٨) من قانون التحكيم المصري يقرر بأن لا يقبل طلب

(١) د/ محمود بريري- التحكيم التجاري الدولي- الطبعة الثانية- دار النهضة العربية- القاهرة، ١٩٩٩م- ص ٢٩٢.

(٢) د/ أحمد محمد حشيش- القوة التنفيذية لأحكام التحكيم مرجع سابق، ص ٦٠، راجع أيضاً: د/ أبو العلا النمر- «القانون الواجب التطبيق على المسائل الإجرائية في مجال التحكيم- الطبعة الأولى- دار النهضة العربية- القاهرة- بدون تاريخ ص ١١ وما بعدها.

(٣) د/ عزمي عبد الفتاح- التحكيم الداخلي، محاضرة القيت بمركز البحوث والدراسات القانونية بجامعة القاهرة- بالاشتراك مع الجمعية المصرية لقانون المرافعات والعلوم القضائية- مطبوعات مركز السنهوري- الدراسات القانونية ١٩٩٣م- ص ١٤٧، راجع أيضاً: د/ محمود السيد التحيوي- الوسيلة الفنية لإعمال الأثر السلبي للاتفاق على التحكيم ونظامه- مرجع سابق ص ٣٨٧، ود/ فتحي والي، التنفيذ الجبري في المواد المدنية والتجارية- المرجع السابق، راجع أيضاً: د/ عبد المنعم زمزم- الإجراءات التحفظية والوقائية قبل وأثناء وبعد انتهاء خصومة التحكيم- دار النهضة العربية- القاهرة، ٢٠٠٧م - ص ١٠٨، د/ محمود بريري- التحكيم التجاري الدولي بند ١٥٨ صفحة ١٠٦- المرجع السابق، راجع أيضاً: د/ هشام خالد- "عقد ضمان الاستثمار (القانون الواجب التطبيق عليه وتسوية المنازعات التي قد تثار بشأنه)- ٢٠٠٠م- دار الفكر الجامعي- الإسكندرية، ص ٥٤٦.

د/ ابراهيم أحمد ابراهيم، التحكيم الدولي الخاص، مرجع سابق، ص ٣٢٧.

التنفيذ إذا لم يكن ميعاد رفع دعوى البطلان الحكم قد انقضى، كما يضيف إليه البند الثاني بأنه لا يجوز الأمر بالتنفيذ وفقاً لهذا القانون إلا بعد التحقق مما يأتي:

- أ- أنه لا يتعارض مع حكم سبق صدوره من المحاكم المصرية في موضوع النزاع.
- ب- أنه لا يتضمن ما يخالف النظام العام في جمهورية مصر العربية.
- ج- أنه قد تم إعلانه للمحكوم عليه إعلاناً صحيحاً.

وتنص المادة (٦٠) من قانون التحكيم اليمني لسنة ١٩٩٢م المعدل سنة ١٩٩٧م على أنه: «لا يجب الأمر بتنفيذ حكم المحكم إلا بعد التحقق مما يأتي:

- أ- أن يكون الحكم نهائياً وقابلاً للتنفيذ.
- ب- ألا يتعارض مع حكم نهائي سبق صدوره من المحاكم.
- ج- أن يكون صادراً وفقاً لأحكام هذا القانون».

ويلاحظ أن النص اليمني قد اشترط ألا يكون الحكم المراد تنفيذه متعارضاً مع حكم نهائي صادر من المحاكم، والمقصود بذلك هو الحكم البات، كما أن المراد بالفقرة ج من المادة (٦٠) من قانون التحكيم اليمني هو أمر التنفيذ وليس حكم التحكيم.

وإذا تأكد القاضي من توافر الشروط المطلوبة قانوناً في تنفيذ حكم التحكيم وثبت من عدم وجود مانع قانوني من تنفيذه فإنه يصدر أمره بتنفيذ الحكم وبالتالي يرفع إلى مرتبة الأحكام القضائية^(١).

وهكذا فإن سلطة القاضي في هذه الحالة سوف تنحصر في ممارسة رقابة خارجية على الحكم للتأكد من أنه ليس مشوباً بعيب إجرائي، وللتثبت من صحة الحكم وخلوه من أسباب البطلان. وبعبارة أخرى تنحصر في التأكد من خلو الحكم من العيوب الإجرائية، لذا لا يجوز له أن يبحث عن موضوع النزاع أو أن يراقب خطأ المحكمين في هذا الخصوص، فهو ليس بمحكمة استئناف أو الجهة المختصة بنظر بطلان حكم التحكيم، ولذا لا يجوز للقاضي أن يرفض إصدار أمر التنفيذ على أساس خطأ المحكمين في تكييف الوقائع أو خطئهم في تطبيق القانون عليها، أو على أساس أنه قد تم بعد صدور الحكم الوفاء بما قضى به، كما أنه ليس من سلطة القاضي المطلوب منه إصدار الأمر بتعديل حكم المحكمين أو تكملته^(٢).

(١) د/ أمينة مصطفى النمر - قوانين المرافعات (الكتاب الثالث) - مرجع سابق - ص ٥٥.

(٢) د/ أحمد أبو الوفا - التحكيم الاختياري والاجباري - مرجع سابق - ص ٢٨٢.

وهذا ما أكدته محكمة النقض حيث قضت بأنه ليس للقاضي عند إصدار الأمر بالتنفيذ التحقق من عدالة الحكم أو صحة قضاؤه في الموضوع لأنه لا يعد هيئة استئنافية في هذا الصدد^(١).

ثالثاً: رفض الأمر بتنفيذ حكم التحكيم:

إذا تخلفت شروط إصدار الأمر بتنفيذ حكم التحكيم كلها أو بعضها، فإن القاضي سوف يرفض إصدار الأمر، ومن ثم فإن الحكم التحكيمي لا يكون قابلاً للتنفيذ في هذه الحالة^(٢).

تنفيذ حكم التحكيم الدولي وفقاً لقانون التحكيم الفرنسي الجديد سنة ٢٠١١م:

بعد تعديل نصوص قانون المرافعات الفرنسي المتعلقة بالتحكيم بموجب المرسوم رقم ٤٨ لعام ٢٠١١م فقد نصت المادة (١٥١٦) منه على: «لا يكون الحكم التحكيمي قابلاً للتنفيذ الجبري إلا بموجب أمر يقضي بمنحه الصيغة التنفيذية صادراً عن المحكمة الابتدائية التي صدر الحكم التحكيمي في نطاقها أو من المحكمة الابتدائية في باريس عندما يكون الحكم التحكيمي صادراً في الخارج». وكانت المادة (١٤٧٧) من قانون المرافعات الفرنسي القديم تنص على اختصاص قاضي التنفيذ بالمحكمة الاستئنافية في باريس بتنفيذ حكم التحكيم الدولي الصادر في فرنسا، ولم ينص على حالة بشأن التحكيم الدولي.

وبشأن الطعن على حكم قاضي التنفيذ من عدمه يفرق بين حالتين: الأولى: الطعن على الحكم الصادر برفض الاعتراف، حيث تنص المادة (١/٥٢٣) من قانون المرافعات الفرنسي بعد تعديلها عام ٢٠١١م على أن: «القرار الذي يرفض الاعتراف بحكم تحكيم دولي صادر في فرنسا أو الذي يرفض منح الصيغة التنفيذية يقبل الاستئناف، على أن يقدم الاستئناف ضمن شهر من تأريخ تبليغ قرار المحكمة وفقاً للفقرة الثانية من المادة».

الحالة الثانية: الطعن على الحكم الصادر بمنح الصيغة التنفيذية، حيث نصت المادة (١/١٥٢٤) من قانون المرافعات الفرنسي بعد تعديلها في عام ٢٠١١م على أنه: «القرار الذي يمنح الصيغة التنفيذية لا يقبل أي طريق من طرق الطعن إلا في الحالة المنصوص عليها في الفقرة الثانية من المادة (١٥٢٢)».

أما بشأن أحكام التحكيم الدولي الصادرة خارج فرنسا، فقد أشارت المادة (١/١٥٢٥)

(١) نقض ٢٧، ٣، ١٩٩٦، الطعن رقم ٢٦٦٠ لسنة ٥٩ ق السنة ٤٧ صفحة ٥٥٨.

(٢) د/ فتحي والي - التنفيذ الجبري في القانون الكويتي - مرجع سابق - ص ٥٦.

من قانون المرافعات الفرنسي بعد تعديله في عام ٢٠١١م على أنه: «القرار الذي يتعلق بطلب يرمي إلى الاعتراف بحكم تحكيمي صادر في الخارج أو إلى منحه الصيغة التنفيذية يكون قابلاً للاستئناف، وبالتالي فرق القانون الفرنسي بين أحكام التحكيم الصادرة خارج فرنسا فإن الطعن بالبطلان مغلق أمامها، وبالتالي ليس هناك ما يمنع من الطعن بالاستئناف على حكم القاضي الصادر بالموافقة، والتأكد من عدم مخالفة الحكم للأسباب الخمسة المنصوص عليها في المادة (١٥٢٠)، أما أحكام التحكيم الصادرة في فرنسا فإنه يمكن الطعن فيها بالبطلان، لذا قرر القانون الفرنسي عدم جواز الطعن بالاستئناف على حكم قاضي التنفيذ الصادر بالتنفيذ؛ لأن القول بغير ذلك يعد ازدواجية في الطعن في هذه الأحكام^(١). وعالج القانون الأمريكي تنفيذ أحكام التحكيم، في قانون التحكيم الموحد عام ١٩٥٥م وقانون التحكيم الفيدرالي ١٩٢٥م واتفاقية نيويورك، وقد نص في قانون مصادقة أمريكا على اتفاقية نيويورك عام ١٩٧٠م على أن تخضع لاتفاقية نيويورك أحكام التحكيم التي تصدر في دولة منضمة إلى الاتفاقية، مع توسع الفقه الأمريكي في ذلك بالنسبة للدول التي تطبق نفس شروط اتفاقية نيويورك، والقانون الفيدرالي يطبق على الأحكام التي لا تخضع لاتفاقية دولية، وقد أجازت المادة (٢٠٧) من القانون الفيدرالي استصدار أمر تنفيذ حكم التحكيم خلال ثلاث سنوات من تأريخ صدور التحكيم الخاضع للاتفاقية، والمادة (٢٠٣) جعلت الاختصاص لمحكمة أول درجة فيدرالية المختصة أصلاً بنظر النزاع هي المختصة بتنفيذ حكم التحكيم، ومدة تنفيذ حكم التحكيم الوطني حسب المادة (٩) هي سنة^(٢).

تنفيذ أحكام التحكيم الأجنبية وفقاً لاتفاقية نيويورك:

تضمنت المادة (٥) من اتفاقية نيويورك فقرتين تنظمان رفض تنفيذ الحكم التحكيمي الفقرة أ تتعلق بحالات رفض التنفيذ بناء على طلب الأطراف والفقرة ب تتعلق بحالات رفض تنفيذ الحكم التحكيمي من المحكمة من تلقاء نفسها^(٣) إذ نصت المادة (٥) من اتفاقية نيويورك على أنه:

(١) د/ هشام خالد، جدوى اللجوء إلى التحكيم التجاري الدولي، منشأة المعارف، الإسكندرية، ٢٠٠٦م، ص ١٣١، ١٣٢.

(٢) د/ فاطمة صلاح الدين، دور القضاء في خصومة التحكيم، ط١، دار النهضة العربية، القاهرة، ٢٠١٠م، ص ٤٣٢، ود/ محسن شفيق، التحكيم التجاري الدولي، دراسة مقارنة في قانون التجارة الدولية، دار النهضة العربية، القاهرة ١٩٩٧م، ص ٣٤٣، راجع أيضاً: د/ محمود مختار بريري - مرجع سابق - ص ٢٤٣، ود/ سامية راشد - التحكيم في العلاقات الدولية الخاصة بالتحكيم في العلاقات الخاصة الدولية الكتاب الأول، اتفاق التحكيم، دار النهضة العربية، القاهرة، ١٩٨٤م.

(٣) د/ إبراهيم أحمد إبراهيم، تنفيذ أحكام التحكيم الأجنبية، ص ٥٥٧ وما بعدها.

« أ - إذا طلب من يراد تنفيذ الحكم ضده رفض الاعتراف بالحكم وتنفيذه فلا يجب طلبه إلا إذا قدم للسلطة المختصة بالدولة المطلوب فيها التنفيذ الدليل على:

- ١- عدم صحة اتفاق التحكيم وفقاً لقانون إرادة الأطراف أو لقانون مكان صدور حكم التحكيم في حالة عدم اتفاقهما على قانون يحكم الاتفاق أو ٢- عدم إعلان الخصم إعلاناً صحيحاً بتعيين المحكم أو بإجراءات التحكيم أو عدم تمكنه لأي سبب من إبداء دفاعه أو ٣- تعرض حكم التحكيم للفصل في مسألة وردت في اتفاق التحكيم أو شرط التحكيم واستبعاد الجزء الذي جاوز اتفاق الأطراف ٤- عدم مطابقة إجراءات التحكيم أو تشكيل محكمة التحكيم لاتفاق الأطراف أو لقانون الدولة التي يتم فيها التحكيم في حالة عدم وجود اتفاق بين الأطراف أو ٥- عدم صيرورة الحكم ملزماً للأطراف أو إبطاله أو إيقاف تنفيذه من جانب سلطات الدولة التي صدر الحكم فيها أو وفقاً لقانونها.

ب - ويجوز أيضاً رفض الاعتراف بحكم التحكيم وتنفيذه إذا ما تبين للسلطة المختصة في الدولة المطلوب الاعتراف بالحكم أو تنفيذه فيها: ١- أن موضوع النزاع مما لا يجوز التحكيم فيه طبقاً لقانون هذه الدولة أو ٢- أن الاعتراف بالحكم أو تنفيذه يتعارض مع النظام العام في هذه الدولة».

رابعاً: رفض أحكام التحكيم الأجنبية في اتفاقية نيويورك؛

تنقسم حالات الرفض إلى نوعين الأول: حالات يقع عبء إثباتها على عاتق من صدر حكم التنفيذ ضده، ولذا فإن المحكمة لا ترفض منح الأمر بتنفيذ الحكم إلا بناء على طلب الخصم الذي يحتج عليه بالحكم المراد تنفيذه وإقامته للدليل على توافرها. أما النوع الثاني فيشمل حالات متى توافرت تجيز للمحكمة المطلوب منها التنفيذ أن ترفضه من تلقاء نفسها وإن لم يطلب منها أحد الخصوم ذلك^(١).

الفرع الثاني: تنفيذ حكم التحكيم الإلكتروني؛

في مجال التجارة الدولية لا يوجد جانب عملي في التحكيم تفوق أهميته أهمية النفاذ الدولي لأحكام التحكيم. فالثقة في أحكام التحكيم والاطمئنان إلى نفاذها يؤثر بلا شك من

(١) د/ محسن شفيق، التحكيم التجاري الدولي، دراسة مقارنة في قانون التجارة الدولية، دار النهضة العربية، القاهرة ١٩٩٧م، ص ٣٤٣، راجع أيضاً: د/ محمود مختار بيري - مرجع سابق - ص ٢٤٣.

الناحية العملية على التجارة الدولية، ذلك أن انعدام الثقة يعني تزايد المخاطر مما يكون له أثر سلبي على نظام التحكيم ذاته، وانعكاسات سيئة على حركة التجارة الدولية^(١).

وفيما يتعلق بالحصول على أمر بتنفيذ الحكم التحكيمي، فإن اتفاقية نيويورك بتنفيذ أحكام التحكيم الأجنبية والاعتراف بها لعام ١٩٠٨م تنص على أن: «على من يطلب الاعتراف والتنفيذ المنصوص عليها في المادة السابقة أن يقدم مع الطلب»: «

- ١- أصل الحكم الرسمي أو صورة من الأصل تجمع الشروط المطلوبة الرسمية للسند.
- ٢- أصل الاتفاق المنصوص عليه في المادة الثانية، أو صورة تجمع الشروط الرسمية للسند^(٢)، وفي ذات المعنى تنص المادة (٣٥/٢) من القانون النموذجي للتحكيم التجاري الدولي لعام ١٩٨٥م على أنه «على الطرف الذي يستند إلى قرار تحكيم أو يقدم طلباً لتنفيذه أن يقدم القرار الأصلي الموثق حسب الأصول، أو صورة منه مصدقة حسب الأصول». وتقرر المادة (٨) من القانون النموذجي للتجارة الإلكترونية لعام ١٩٩٩م أن النسخة المطابقة للأصل يمكن استعمالها كالنسخة الأصلية بشرطين الأول: أن يكون ثمة ضمانات أكيدة للإعلام بها، والثاني، أن يبلغ هذا الإعلام إلى الشخص الذي تقدم إليه صورة القرار التحكيمي، وفي إطار التحكيم الإلكتروني، يرى البعض أن الجهات الرسمية المنوط بها التنفيذ، والتي تبدأ بالمحكمة المختصة بإصدار الصيغة التنفيذية للحكم وكذلك رجال التنفيذ من محضرين وشرطة لن يقبلوا بسهولة مسئولية تنفيذ حكم وتحكيم إلكتروني إلا في حالة وجود قانون وطني أو اتفاقية دولية تلزم السلطات الوطنية بقبول وتنفيذ الأحكام الإلكترونية^(٣).

ويذهب اتجاه ثانٍ إلى أنه إذا كان طالب تنفيذ حكم التحكيم التقليدي أو العادي يلزم أن يقدم أصل ذلك الحكم أو نسخة رسمية من هذا الأصل، وإذا كان ذلك المقتضي لا يثير أية مشكلات في مجال التحكيم العادي فالأمر لا يسير على نفس المنوال في مجال التحكيم الإلكتروني وذلك لسببين هما:

الأول: يرجع إلى نظام المعلوماتية التي لا تميز بين الأصل والصورة.

(١) انظر: د/ عصام الدين القسبي، النفاذ الدولي لأحكام التحكيم، دراسة تحليلية لقواعد القانون الدولي الاتفاقي والقانون المقارن، دار النهضة العربية، سنة ١٩٩٣م، ص ٥.

(٢) انظر: المادة (١/٤) من اتفاقية نيويورك لعام ١٩٥٨م.

(٣) انظر: د/ حازم حسن جمعه، اتفاق التحكيم الإلكتروني، مؤتمر دبي ٢٠٠٣م ص ٣٦، ود/ عصام مطر مرجع سابق، ص ٤٨٩.

الثاني: يرجع الى الصعوبات التي تثيرها رسمية المستند الإلكتروني.

ويضيف بأنه يمكن أن تماثل الوثيقة الإلكترونية الأصل، ويتم التنفيذ بمقتضاها إذا توافر شرطان هما:

أولاً: يتعين وجود ضمان إمكان التشغيل فيما يخص كمال المعلومة.

ثانياً: يتعين أن تكون المعلومة يمكن الكشف عنها للشخص المقدمة إليه.

كما يقرر أن اقتضاء كمال المعلومة يتم استيفائه بمجرد بقاء المعلومة كاملة دون تغيير أو تشويه. وأن مستوى إمكانية التشغيل يتم تقديره بالنظر إلى موضوع المعلومة^(١).

ويري اتجاه ثالث^(٢) وبحق أن التنفيذ الطوعي لأحكام التحكيم الإلكتروني أمر مرغوب فيه. إذا أن أهم أهداف التحكيم الإلكتروني هو تعزيز الثقة في التجارة الإلكترونية، وبالأخص ثقة المستهلك، فالطرف القوي الذي يصدر حكم التحكيم ضده ولصالح المستهلك قد يقوم بتنفيذ الحكم على الرغم من عدم رضائه، وذلك لأنه يسعى أن يبقى شخصاً موثقاً به في سوق التجارة الإلكترونية.

ولكن في حالة عدم التنفيذ الطوعي يتعين على التنظيم الذاتي للتحكيم الإلكتروني أن يوفر للمحتكمين آلية إجبار على التنفيذ تقوم مقام سلطات التنفيذ في الدولية، أو أن يوفر حوافز خاصة للمحكوم عليه تدفعه نحو التنفيذ الطوعي للحكم التحكيم.

ففي مجال الحوافز الخاصة، فقد تقوم بعض مراكز التحكيم الإلكتروني بمنح المحتكمين الذين ينفذون الأحكام الصادرة عنها طوعاً علامة ثقة توضع على الصفحة الأولى للموقع الإلكتروني للشركة. وتعني علامة الثقة هذه بالنسبة لزائر الموقع، أن الشركة مالكة الموقع تلتزم في تجارتها، وفي تعاملها مع الزبائن بجملة من المعايير النوعية والممارسات الشريفة والتي جعلتها جديرة بالحصول على هذه العلامة. ويكون من ضمن المعايير المعتمدة لمنح الموقع الإلكتروني للشركة علامة ثقة التزامها فعلاً بالتنفيذ الطوعي للأحكام التحكيمية الصادرة ضدها من قبل المركز التحكيمي^(٣).

ويتأتى هذا الشرط في مجال تنفيذ حكم التحكيم الأجنبي، ففي قضية شركة JKX Oil ضد أوكرانيا عام ٢٠١٩م: أ- وقائع القضية: في فبراير ٢٠١٥م، رفعت شركة JKX Oil

(١) راجع د/ حسام الدين فتحي ناصف، التحكيم الإلكتروني، المرجع السابق، ص ٦٨

(٢) راجع د/ مصلح أحمد الطراونه، ود/ نورحمد الحجايا، مرجع سابق، ص ٢٣٩.

(٣) انظر:

JV Poltava Gas and Oil Company و Poltava Hess BV و Hes PLC دعوى قضائية ضد أوكرانيا ممثلة بوزارة العدل لعدم وفاء المدين بالتزاماته القانونية الدولية بموجب معاهدة ميثاق الطاقة، وطلبت الشركة تنفيذ حكم التحكيم الصادر من المحكم الوحيد رودولف دولتسر في ١٤ يناير ٢٠١٥م، ومكان التحكيم في ستوكهولم، السويد، والفاضي بإلزام دولة أوكرانيا بالامتناع عن فرض إيجار لاستخدام باطن الأرض لإنتاج الغاز الطبيعي من قبل شركة Poltava Gas and Oil Company "JV" «بمعدل أعلى من ٢٨٪، والذي قدمه قانون الضرائب الأوكراني حتى ٣١ يوليو ٢٠١٤م، وفي ٢٠ يناير ٢٠١٥م و ٦ فبراير ٢٠١٥م، أرسل المتقدمون رسائل إلى وزارة العدل في أوكرانيا بشأن تنفيذ قرار التحكيم الأجنبي المذكور أعلاه، ولكن لم يتم تلقي أي رد^(١).

ت - القرارات القضائية في القضية: بموجب قرار محكمة مقاطعة بيشيرسك في كييف في ٨ يونيو ٢٠١٥م، تم منح الأمر بتنفيذ لقرار ١٤ يناير ٢٠١٥م الصادر عن المحكم، وأنه لا توجد أسباب توحى بأن قرار التحكيم الأجنبي ينتهك النظام العام ويهدد مصالح الدولة، وبموجب قرار محكمة الاستئناف في كييف في ٢١ ديسمبر ٢٠١٦م، تم قبول استئناف دولة أوكرانيا ممثلة بوزارة العدل في أوكرانيا، وتم إلغاء قرار محكمة مقاطعة بيشيرسك في كييف في ٨ يونيو ٢٠١٥م.

وفي يناير ٢٠١٧م، تلقت المحكمة العليا الأوكرانية للقضايا المدنية والجنائية استئنافاً للنقض من ممثل الشركات الأجنبية المذكورة ضد قرار محكمة الاستئناف المؤرخ ٢١ ديسمبر ٢٠١٦م، ووجدت المحكمة العليا في قرارها الصادر في ١٩ سبتمبر ٢٠١٩م أن العلاقة القانونية في هذا النزاع محكومة باتفاقية نيويورك لعام ١٩٥٨م، وقواعد معهد التحكيم لغرفة ستوكهولم التجارية، وميثاق الطاقة الذي صدقت عليه أوكرانيا في ٢٦ فبراير ١٩٩٨م، وبموجب المادة الخامسة (١) من اتفاقية نيويورك لا يجوز رفض الاعتراف بقرار التحكيم وتنفيذه إلا إذا وجد انتهاك للنظام العام^(٢)، وقررت المحكمة العليا^(٣) إن منح المحاكم سلطة تغيير مبلغ الضرائب أو المدفوعات الإلزامية بما يتعارض مع قانون

(١) الحكم بتفاصيله متاح على قاعدة القانون الدولي وأحكام التحكيم على الموقع: jsumundi.com/en

(٢) ووفقاً للمادة (١٢) من قانون أوكرانيا بشأن القانون الدولي الخاص لا يتم تطبيق قانون أجنبي يتعارض مع النظام العام في أوكرانيا، ولأن الضرائب سيادية، وفقاً للمادة (٣/٧) من قانون الضرائب في أوكرانيا، يتم تنظيم أي مسائل ضريبية بموجب هذا القانون.

(٣) الحكم بتفاصيله متاح على قاعدة القانون الدولي وأحكام التحكيم على الموقع (jsumundi.com/en) آخر زيارة في ٢٠٢٠/١/٢م.

الضرائب الأوكراني يعد انتهاكاً لمبادئ الضرائب الأساسية المحددة في الدولة، لذا فإن الاعتراف بقرار التحكيم وإنفاذه ينتهك النظام العام لأوكرانيا، وأيدت حكم محكمة الاستئناف خاصة أن التحكيم لم يسبقه شرط التسوية الودية وهي ثلاثة أشهر بموجب ميثاق الطاقة في المادة (٢/٢٦)، ويرى الباحث أن الحكم الصادر من المحكمة العليا الأوكرانية المؤيد لمحكمة الاستئناف يهدف إلى حماية النظام العام الذي أكدت عليه اتفاقية نيويورك باعتبار أن فرض الضرائب مسألة تتصل بسيادة الدولة.

٧- تطبيق الحكم الأجنبي للقانون الذي تشير إليه قاعدة الإسناد الوطنية:

وهو ما يشترطه القانون الفرنسي وبعض الفقه استناداً للسيادة وحماية للاختصاص التشريعي الوطني^(١)، في حين يذهب غالبية الفقه إلى عدم اشتراط هذا الشرط لعدم النص عليه في مصر واليمن؛ ولأن القاضي الأجنبي يستحيل عليه أن يعرف مقدماً قانون بلد التنفيذ^(٢)، وأرى أن هذا الشرط غلو محض وحكمه الرفض والصد والمنع لاستقلال مشكلة تنازع القوانين بمشكلة تنفيذ الأحكام.

ولذلك يرى جانب من الفقه أن يقتصر هذا الشرط على نطاق شرط المعاملة بالمثل^(٣) واقترح الاستاذ نيبوايه التمييز بين حالة ما إذا كان القانون الفرنسي مختصاً وفقاً لقاعدة الإسناد الفرنسية، وبين حالة ما إذا كان هذا القانون غير مختص وفقاً لذات القاعدة، ففي الحالة الأولى يتعين أن يكون الحل الذي وصلت إليه المحكمة الأجنبية مطابقاً للحل الذي يقرره القانون الفرنسي؛ أما في الحالة الثانية فيكفي أن يكون الحق قد نشأ صحيحاً وفقاً للقانون المختص كما تحدده قاعدة الإسناد الأجنبية، وعلى هذا النحو وفق الأستاذ بين مذهبه في صياغة قواعد الإسناد صياغة منفردة الجانب وما انتهى إليه القضاء من أنه يكفي التطابق في النتيجة بين ما قرره المحكمة الأجنبية وبين ما يقرره القانون المختص كما تحدده قاعدة الإسناد الفرنسية^(٤).

(١) د/ عز الدين عبدالله، مرجع سابق، ص ٩٢٠ وما بعدها.

(٢) د/ فؤاد عبدالمنعم رياض، ود/ محمد خالد الترجمان، تنازع القوانين، مرجع سابق، ص ٦١٨.

(٣) د/ محمد كمال فهمي، أصول القانون الدولي الخاص، ط ٢، مؤسسة الثقافية الجامعية، ١٩٨٢م، ص ٦٨٥.

(٤) أشار إليه د/ محمد كمال فهمي، أصول القانون الدولي الخاص، ط ٢، مؤسسة الثقافية الجامعية، ١٩٨٢م، ص ٦٨٤.

المبحث الثاني تطبيقات لمنازعات التنفيذ الموضوعية

تمهيد وتقسيم

منازعات التنفيذ الموضوعية هي التي يطلب فيها الحكم بصحة أو بطلان إجراءات التنفيذ، وإلى منازعات وقتية يطلب فيها الحكم بإجراء وقتي وهو وقف التنفيذ أو استمراره مؤقتاً إلى حين الفصل في موضوع المنازعة وسأتناول هذا المبحث في مطلبين:

المطلب الأول: دعوى استرداد المنقولات

تعريف دعوى الاسترداد:

تنص المادة (٤٣٢) من قانون المرافعات اليمني على أنه: (يجوز للغير أن يرفع دعوى استرداد المنقولات المحجوز أمام قاضي التنفيذ إلى ما قبل البيع...).

والمدعى عليه فيها هم المدين والحاجزون لأنهم جميعاً خصوم في طلب إلغاء الحجز. يترتب على عدم اختصام من ذكر بطلان أو عدم قبول وإنما يترتب جزاء خاص هو الحكم بناء على طلب الحاجز باستمرار الإجراءات أي بزوال الأثر الواقف وجرى العمل على اختصام قلم المحضرين الذين أوقعوا الحجز حتى يمتنع عن إجراءات البيع وعدم اختصامه لا يؤدي إلى أي جزاء؛ لأن دعوى الاسترداد قد تنصب على ملكية المنقولات الوارد عليها الحجز كما قد تنصب على أي حق يتعلق بهذه المنقولات، ودعوى الاسترداد التي نظمها قانون التنفيذ هي دعوى الاسترداد ذات الصلة بالتنفيذ أي التي ترفع بعد توقيع الحجز، وقبل البيع، أما الدعوى التي ترفع بعد البيع، أو قبل توقيع الحجز، فهي دعوى ملكية عادية ولا علاقة لها بالحجز.

كذلك لا تعتبر دعوى استرداد الدعوى الخاصة بالملكية التي ترفع بصدد إجراءات تنفيذ جماعي فإذا رفع شخص دعوى بملكية محل تجاري اتخذت بشأنه إجراءات قائمة على الحكم بإشهار إفلاس المدين فإن هذه الدعوى لا تعتبر دعوى استرداد ولا تعتبر دعوى استرداد الدعوى التي ترفع متعلقة بالحجز الاستحقاقى لأن دعوى الاسترداد ترمي إلى وقف البيع والحجز الاستحقاقى لا يردى إلى البيع وإنما إلى التنفيذ المباشر^(١).

(١) د/ أمينة مصطفى النمر - أحكام التنفيذ الجبري وطرقه - منشأة المعارف بالإسكندرية - الطبعة الثانية، ١٩٧١م، ف ٢٠٥، ص ١٩٦ و ١٩٧.

وترفع دعوى الاسترداد بغض النظر عن طريق الحجز الواجب اتباعه سواء أكان حجزاً على المنقول لدى المدين أم حجزاً لدى الغير سواء أكان حجزاً تنفيذياً أم تحفظياً وإن كان هذا الأخير قد ثار الخلاف بشأنه فذهب القضاء المصري إلى عدم انطباق تلك القواعد على هذه الحجوز لأنها دعوى عادية ولأن دعوى الاسترداد تهدف إلى وقف البيع فقد اختلف الفقه حول مدى قبول دعوى الاسترداد بالنسبة للحجوز التحفظية إلى ثلاثة آراء فذهب بعض الفقه إلى عدم انطباق دعوى الاسترداد على الحجوز التحفظية لأن هذه الحجوز محدد فيها تاريخ البيع وبالتالي فالبيع موقوف أصلاً وفقاً للنظام القانوني للحجز التحفظي ومن ثم لا فائدة من رفع هذه الدعوى ورأي يجيز، والراجح بأنه إذا رفعت دعوى الاسترداد قبل تحول الحجز التحفظي إلى حجز تنفيذي فإنها لا تخضع لقواعد دعوى الاسترداد على حين أنه إذا رفعت دعوى الاسترداد بعد تحول الحجز التحفظي بصدور حكم في صحة الحجز وقبل إتمام البيع فإنها تعتبر دعوى استرداد وتخضع لأحكامها.

مدى جواز الجمع بين دعوى الاسترداد والاستشكال الوقتي:

كما أن حق المدعي في رفع دعوى الاسترداد لا ينافي حقه في الاستشكال في التنفيذ غير أن هناك رأياً يذهب إلى قصر حقه في ذلك على الاستشكال الذي يقيمه قبل توقيع الحجز أو أمام المحضر أثناء توقيعه أما إذا رفعه بعد ذلك فلا يقع في اختصاص قاضي الاستشكال

هدف الدعوى:

تشتمل دعوى الاسترداد على طلبين، الأول: الحكم المسترد بملكية الأشياء المحجوزة، والثاني: إلغاء الحجز الموقع عليها.

شروط دعوى الاسترداد:

تنص المادة (٣٩٤) مرافعات مصري، على أنه يجب أن ترفع على الدائن الحاجز والمحجوز عليه والحاجزين المتدخلين وأن تشمل صحيفتها على بيان واف لأدلة الملكية ويجب توافر الشروط التالية^(١):

(١) د/ أحمد مليجي - استشكالات التنفيذ ومنازعات التنفيذ من المنازعات المدنية والتجارية - ف ١٤ - ص ٢٥، والمستشار/ محمد علي راتب، والأستاذ/ محمد نصر الدين كامل، ومحمد فاروق راتب - قضاء الأمور المستعجلة، ج ١ - الطبعة السادسة، (د.ت)، ف ٤٨ - ص ٩٨.

١- أن ترفع الدعوى من شخص من الغير له حق على المال المحجوز غير حائز له سواء ادعى بملكية أو بحق وتفترض أن المنقول ليس في حيازة رافع الدعوى ولذلك يشترط لرفع هذه الدعوى ألا يكون حائزاً لما يدعي به .

٢- أن يطلب الحكم له بالملكية أو بحق آخر يتعارض مع الحجز ويجب أن يطلب بطلان إجراءات الحجز وإلغائها لأنها تهدف إلى تقرير الملكية وبطلان الحجز ويجب أن يطلب الطلبين معاً وإلا فلا تعتبر دعوى استرداد فإذا طلب الملكية اعتبرت دعوى عادية تنظرها المحكمة المختصة ويجب على قاضي التنفيذ الحكم بعدم اختصاصه والإحالة إلى المحكمة المختصة .

٣- يجب أن ترفع الدعوى بعد توقيع الحجز وقبل البيع .

٤- أن ترفع على الدائن الحاجز والمحجوز عليه والحاجزين المتدخلين، وإذا لم يتم اختصاص من ذكر فإن الدعوى تكون مقبولة ولكن لا يكون الحكم الصادر حجة في مواجهة من لم يتم اختصاصه فإذا اختصم المدين المحجوز عليه وحده فإن الدعوى تعتبر دعوى ملكية عادية وتكون مقبولة وصحيحة ولا تؤثر في كيان الحجز ولا يتصور عدم اختصاص المدين المحجوز عليه لأن المطلوب الأول في دعوى الاسترداد هو ملكية الأشياء المحجوز عليها ولا صفة للدائن الحاجز في توجيه هذا الطلب، بل عليه أن يوجه الطلب إلى المحجوز عليه ولا يتصور كذلك طلب بطلان الحجز دون بنائه على طلب الملكية الذي يجب أن يبدى في مواجهة المدين المحجوز عليه ومع ذلك يجوز لرافع الدعوى تصحيح شكلها باختصاص من يوجب القانون اختصاصهم .

الجزاء على عدم اختصاص من أوجب القانون اختصاصهم وعلى مخالفة إجراءات رفع الدعوى :

فضلاً عن إعمال القواعد العامة في مثل هذه الأحوال كعدم اعتبار الحكم حجة على من لم يختصم في الدعوى وخضوع صحيفة الدعوى عند إغفال بيان من بياناتها للقواعد العامة في البطلان؛ رتب القانون على ذلك جزاء خاصاً هو الحكم بناء على طلب الحاجز بالاستمرار في التنفيذ دون انتظار الفصل في الدعوى ولا يصح للمحكم أن تقضي به من تلقاء نفسها، ولا يجوز الطعن في هذا الحكم بأي طريق المادة (٣٩٤) من قانون المرافعات المصري أما الحكم برفض طلب الاستمرار في التنفيذ فيجوز الطعن فيه وفقاً للقواعد العامة

المحكمة المختصة:

في قانون المرافعات اليمني يختص بالفصل في دعوى الاسترداد الفرعية قاضي التنفيذ وفي مصر محكمة التنفيذ التي يقع المنقول محل الحجز في دائرتها م(١/٢٧٦).

إجراءات الدعوى:

ترفع الدعوى بصحيفة تودع قلم كتاب محكمة التنفيذ طبقاً للقواعد العامة، أي الذي يقع المنقول المحجوز عليه في دائرته. وترفع من الغير، وتشتمل على بيان واف لأدلة الملكية، وأن يرفق بها جميع المستندات.

الآثار المترتبة على رفع الدعوى:

إن التنفيذ لا يتوقف بمجرد رفع الدعوى ما لم يصدر حكم من قاضي التنفيذ بوقفه م(٤٣٢) من قانون المرافعات اليمني ويجوز لقاضي التنفيذ في حالة إذا حكم بوقف التنفيذ إلزام المدعي بتقديم كفالة، أما في ظل القانون المصري فإن مجرد رفع دعوى الاسترداد يؤدي إلى وقف البيع بقوة القانون دون حاجة إلى طلب من المدعي أو قرار من القاضي م(٣٩٣) مرافعات مصري، ويفرق القانون المصري في أثر رفع هذه الدعوى على النحو التالي:

دعوى الاسترداد الأولى:

تعتبر منازعة موضوعية ولم يخضعها المقتن للقاعدة العامة المقررة للمنازعات الموضوعية التي تقضي بأنه لا يترتب على رفع المنازعة الموضوعية أي اثر في التنفيذ.

دعوى الاسترداد الثانية:

افترض القانون أن دعوى الاسترداد الأولى جدية لذلك رتب عليها وقف البيع أما دعوى الاسترداد الثانية فقد افترض سوء نية رافعها ونص على أن رفع دعوى الاسترداد الثانية لا يؤدي إلى وقف البيع إلا إذا حكم قاضي التنفيذ بوقف البيع لأسباب عامة م(٣٩٦) مرافعات مصري، ومن هذه الأسباب أن يقتنع القاضي بحسن نية رافعها أو كانت طبيعة الأشياء المحجوزة توجب ذلك تلافياً لوقوع ضرر جسيم^(١).

(١) د/ أحمد أبو الوفاء- إجراءات التنفيذ في المواد المدنية والتجارية- منشأة المعارف- ١٩٩٠م، ف١٥٠- ص٣٧٩، ٣٨٠، ٣٨١.

إثبات دعوى الاسترداد؛

يترتب على دعوى الاسترداد أن عبء الإثبات فيها يقع على المدعي (الغير) إثبات دعواه، عملاً بالقواعد العامة، وإذا كانت قاعدة الحيازة في المنقول سند الملكية، فإنه من يحوز منقولاً يعتبر مالاً له حتى يقوم الدليل على عكس ذلك، ومقتضى هذه القاعدة أن الأشياء المحجوزة، إن كانت وقت حجزها في حيازة المحجوز عليه كان على المسترد أن يثبت أنها مملوكة له، وأن وجودها في حيازة المدين لم يكن على سبيل الملك، وإنما كان على سبيل آخر كالإيجار أو العارية أما إذا كان الظاهر يدل على أن المال المحجوز ليس عائداً إلى المحجوز عليه، فيكتفي هنا بالنسبة لمدعي الاسترداد أن يثبت الظاهر بجميع طرق الإثبات ومنها القرائن. وفي هذه الحالة يصبح عبء الإثبات على الحاجز، كما لو جرى الحجز على صاحب محل تصليح الثلاجات، والغسالات بحجة أن هذه الثلاجات أو الغسالات ملك المحجوز عليه، فيكفي للغير وهم أصحاب الثلاجات أو الغسالات أن يثبتوا بأن الظاهر لا يدل على ملكية صاحب المحل لهذه المنقولات، والإثبات هنا سهل إذ يكفي إثبات مهنة صاحب المحل وأنه مهندس ثلاجات وغسالات، حتى يكلف الحاجز بإثبات ملكية صاحب المحل للمنقولات المحجوزة.

ويصعب الأمر إذا كانت الحيازة مشتركة كما إذا كان المدين والغير يعيشان معاً كالزوج والزوجة والابن وأبيه، والصعوبة هنا ناشئة عن الحياة المشتركة وبالتالي الحيازة المشتركة للأموال المنقولة، فقد يتم الحجز على أموال الوالد، فيدعي الولد بأنها مملوكة له، أو يحجز على أموال الزوج فتدعي الزوجة أنها مملوكة لها. وعبء الإثبات هنا يقع على المدعي الابن أو الزوجة. أي أن عبء الإثبات يقع على مدعي الاسترداد، بجميع طرق الإثبات، غير أنه لا يجوز الاستفادة من الوضع الظاهر المستمد من الحيازة، إلا إذا وجد وضع ظاهر آخر.

ويذهب رأي في الفقه تويده بعض أحكام القضاء إلى أنه في حالة الحيازة المشتركة يكون عبء الإثبات على المسترد أي الغير المدعي ولا على المدين وإنما على الدائن الحاجز على اعتبار أنه المدعي وهو المكلف بمباشرة إجراءات الحجز وعليه أن يثبت صحتها فإذا لم يقدم الدليل خسر الدعوى وقضت المحكمة لصالح المسترد.

أثر إقرار المدين بالملكية للغير المسترد؛

قد يقر المدين بالملكية للغير المسترد لكي يضر بحقوق الحاجز وإذا كان الإقرار حجة إلا أن الشكوك تثور هنا فإن الفقه يجمع على أنه لا حجة لهذا الإقرار ولو تم أمام القضاء لأنه يعد تصرفاً من المدين في المال المحجوز والقاعدة أن التصرفات في مواجهة الدائنين الحاجزين.

الحكم الصادر في دعوى الاسترداد:

يجب تسببها، ويجري عليه القواعد العامة للأحكام القضائية، والحكم الصادر في هذه الدعوى، سواء بقبولها، أو رفضها يخضع لطرق الطعن التي تخضع لها الأحكام الصادرة في منازعات التنفيذ الموضوعية، وهي تخضع للطعن بالاستئناف في جميع الأحوال خلال خمسة عشر يوماً من صدورهما، وعلى محكمة الاستئناف نظر الطعن خلال عشرة أيام من تاريخ تقديمه م(٥٠١) من القانون اليمني. وكذلك الوضع في القانون المصري.

المطلب الثاني: دعوى الاستحقاق الفرعية

نصت المادة (٤٥٤) مرافعات مصري على أنه: «يجوز للغير طلب بطلان إجراءات التنفيذ مع طلب استحقاق العقار المحجوز عليه كله أو بعضه ولو بعد انتهاء الميعاد المقرر للاعتراض على قائمة شروط البيع وذلك بدعوى ترفع بالأوضاع المعتادة أمام قاضي التنفيذ ويختصم فيها من يباشر الإجراءات والمدين أو الحاجز أو الكفيل العيني وأول الدائنين المقيدين» ونصت المادة (٤٣٩) من قانون المرافعات اليمني على أنه: «يجوز للغير قبل بيع العقار المحجوز، رفع دعوى استحقاق العقار كله أو بعضه...».

تعريف الدعوى والغرض منها: من خلال النص السابق يمكن تعريف دعوى الاستحقاق بأنها منازعة موضوعية متعلقة بالتنفيذ بمقتضاها يرفع الغير دعواه أمام قاضي التنفيذ، يطلب فيها ملكية العقار كله أو بعضه، الذي شرع في نزع ملكيته جبراً، وبطلان إجراءات التنفيذ لوقوعها على مال غير مملوك للمدين.

مع ملاحظة أن المدعي في دعوى الاستحقاق الفرعية هو الغير أما المدعى عليه فهو طرف مركب يتكون من الدائن مباشر الإجراءات وبقية الدائنين باعتبارهم الخصوم في المنازعة في التنفيذ، والمدين أو الحائز أو الكفيل العيني.

شروط دعوى الاستحقاق:

١- أن ترفع الدعوى من الغير:

والغير هو كل من لم يكن طرفاً في إجراءات التنفيذ على العقار وأما الخصوم في إجراءات التنفيذ فيجب عليهم سلوك طريق الاعتراض على قائمة شروط البيع وعلى ذلك فيجوز لوارث المحجوز عليه المختصم في إجراءات التنفيذ بهذه الصفة أن يرفع

دعوى استحقاق فرعية متى استند في ملكيته على حق ذاتي آخر غير مستمد من مورثه^(١).

٢- أن ترفع بعد البدء في التنفيذ على العقار وقبل إيقاع البيع:

أي إذا وقعت بعد تنبيه نزع الملكية ولو قبل تسجيله أما إذا رفعت الدعوى قبل التنبيه بنزع الملكية فهي دعوى عادية وتسمى دعوى الاستحقاق الأصلية فالدعوى لا تعتبر فرعية إلا إذا رفعت أثناء إجراءات التنفيذ فهي تنفرع منه ودعوى الاستحقاق الأصلية تقبل ولو بعد حكم إيقاع البيع.

٣- أن يكون الحق المطلوب تقريره في الدعوى هو حق الملكية:

فالتمسك بالحقوق العينية الأصلية الأخرى، كحق الانتفاع وحق الارتفاق، يكون عن طريق الاعتراض على قائمة شروط بيع العقار، ويقتضي توافر هذا الشرط أن تكون الملكية ثابتة للمدعي قبل رفع الدعوى، فلا يجوز رفعها ممن حصل على عقد بيع صادر من المدين بعد البدء بإجراءات الحجز على العقار فليس لمشتري العقار بعقد غير مسجل قبل الحجز أن يرفع دعوى استحقاق فرعية، لأنه يتعين أن تكون ملكية مدعي الاستحقاق ملكية منجزة، وملكية المشتري بعقد غير مسجل ملكية معلقة على تسجيل ذلك العقد إذ لا تنقل الملكية في العقار إلا بالتسجيل، فطريق التمسك بحق الانتفاع أو الارتفاق هو إبداء ملاحظة على قائمة شروط البيع في الميعاد المحدد لإبداء الملاحظات فإذا انقضى الميعاد فليس لصاحب هذا الحق أن يرفع دعوى استحقاق فرعية ذلك أن البيع الجبري لا يظهر العقار منه فلا مصلحة له في الاعتراض عليه بدعوى الاستحقاق وإنما يكون له إذا نازعه المشتري أن يرفع دعوى تقريرية عادية.

٤- أن يطلب المدعي بطلان إجراءات التنفيذ:

ومن جهة أخرى، إذا رفعت دعوى استحقاق أثناء إجراءات التنفيذ على العقار ثم زالت تلك الإجراءات لأي سبب، كالتنازل عن الحجز، فإن الدعوى لا تبطل ولكن تتحول إلى دعوى استحقاق أصلية.

٥- أن ترفع الدعوى أثناء إجراءات التنفيذ على العقار:

رفع هذه الدعوى يجب أن يكون بعد حجز العقار وقبل البيع. فإذا رفعت قبل الحجز أو بعد البيع فإنها لاتعد دعوى استحقاق فرعية، بل دعوى ملكية عادية، وبالتالي لا تخضع

(١) د/ عبد الباسط جميعي، وآمال الفزائري- التنفيذ في المواد المدنية والتجارية- ص ٣٠٦، ٣٠٧، ود/ أحمد مليجي- الموسوعة الشاملة في التنفيذ- ج ٣- النسر الذهبي للطباعة (د.ت) ف ١٢٣- ص ١٥٦-١٥٧.

لأحكام دعوى الاستحقاق الفرعية. وتطبيقاً لذلك قضي بأن دعوى الاستحقاق التي ترفع بعد التنفيذ ورسو المزاد، هي دعوى ملكية عادية. وبالتالي تنظر في هذه الحالة كدعوى استحقاق أصلية، ولذا فالأصل أن يحكم قاضي التنفيذ بعدم اختصاصه الفصل فيها، ويأجلها إلى المحكمة المختصة^(١) إلا أن القانون اليمني جعل الاختصاص بنظر دعوى الاستحقاق لقاضي التنفيذ، سواء رفعت قبل بيع العقار أو بعده م(٤٤١)، من قانون المرافعات اليمني نصت على أن: «ترفع دعوى الاستحقاق سواء قبل بيع العقار أو بعده... أمام قاضي التنفيذ». وهو ما دفع بعض الفقه^(٢) إلى تقرير تعارض هذه المادة مع المادة (٤٣٩) والتي كما سبق أجازت للغير قبل بيع العقار المحجوز، دفع دعوى الاستحقاق. غير أن الأعمال التحضيرية للقانون قد تضمنت ما يزيل هذا التعارض الظاهري، إذ أكدت من جهة أولى على أنه لا يجوز رفع دعوى الاستحقاق الفرعية بعد إيقاع البيع، وبينت، من جهة ثانية، أن المادة (٤٤١) لا تتعلق بدعوى الاستحقاق الفرعية، وأن الهدف المقصود منها هو تحديد المحكمة المختصة بدعوى استحقاق العقار إذا رفعت بعد البيع.

٦- إرفاق المستندات مع توافر البيانات اللازمة ولم يبين القانون في دعوى الاستحقاق، الجزء المترتب على عدم بيان أدلة الملكية أو عدم إرفاق المستندات، خلافاً لدعوى الاسترداد حيث أوجب «أن تشتمل صحتها على بيان وافٍ بأدلة الملكية وأن يرفق بها جميع المستندات وإلا حكم القاضي بعدم قبولها» [المادة / ٤٣٣] مرافعات يمني، ومع ذلك يتعين، فيما نعتقد، ترتيب هذا الجزء أيضاً في دعوى الاستحقاق، فقد بينت صراحة الأعمال التحضيرية للقانون أن هذا شرط لقبول الدعوى.

٧- يجب أن تكون ملكية المدعي منجزة، أي غير معلقة على شرط واقف وقد ذهب الفقه السائد إلى أنه يلزم أن يكون هذا الحق مسجلاً في الشهر العقاري وأن تكون ملكيته ثابتة قبل الحجز، وإذا تعدد المدعون فإن لهم ولو كانوا يدعون ملكية عقارات متفرقة وبأسباب قانونية مختلفة ضم طلباتهم في صحيفة واحدة للارتباط.

الخصوم في الدعوى:

لا ترفع دعوى الاستحقاق الفرعية إلا من الغير أما من يعتبر طرفاً في إجراءات التنفيذ فوسيلة التمسك بحق له على عقار هو الاعتراض على قائمة شروط البيع، على أن الشخص قد يعتبر طرفاً في التنفيذ وغير متصف بصفة أخرى وعندئذ له بصفته الثانية

(١) د/ طلعت محمد دويدار، طرق التنفيذ الفضائي، منشأة المعارف بالإسكندرية، ص ٥٠٧.

(٢) انظر: د/ عبدالكريم الطير، دعوى الاستحقاق الفرعية، مرجع سابق، ص ٣٨٥، وعبدالقادر أحمد عبدالقادر الزمني، منازعات التنفيذ الموضوعية في قانون المرافعات والتنفيذ المدني، مرجع سابق، ص ٢٣٩.

أن يرفع دعوى الاستحقاق الفرعية كما لو حجز على شخص بصفته ولياً على ابنه وهو يدعي ملكية العقار بصفته الشخصية.

والمدعى عليهم هم الدائن المباشر للإجراءات والمدين أو الحائز أو الكفيل العيني حتى يحكم بها في مواجهتهم ولم يبين القانون جزاء عدم اختصاص من أوجب اختصاصهم والجزاء لا يكون البطلان أو عدم القبول إنما لا ترتب الدعوى أثرها في وقف البيع فضلاً على أن الحكم الصادر في الدعوى لا يكون حجة في مواجهة من لم يتم اختصاصه.

المحكمة المختصة بدعوى الاستحقاق:

ترفع دعوى الاستحقاق الفرعية أمام قاضي التنفيذ، باعتبارها منازعة تنفيذية، وهذا ما أكدته المادة (٤٤١) من قانون المرافعات اليمني والمادة (٤٥٤) مرافعات مصري، ويلاحظ أنه إذا كانت المحكمة المختصة بالتنفيذ قد أنابت محكمة تنفيذ أخرى للحجز على العقار فإن المحكمة التي أنيبت وليس المنيية هي التي تختص بنظر دعوى استحقاق العقار المحجوز.

ميعاد رفع الدعوى:

يجوز رفع دعوى الاستحقاق الفرعية قبل البيع، ولو كان ذلك بعد انتهاء ميعاد الاعتراض على قائمة شروط البيع.

وإذا كانت دعوى الاستحقاق الفرعية منازعة تنفيذ موضوعية ترفع إلى قاضي التنفيذ، لذلك يلزم أن ترفع قبل بيع العقار المحجوز، فالدعوى لا تعتبر فرعية، إلا لأنها ترفع أثناء إجراءات التنفيذ، فهي تتفرع عنه.

إلا أن القانون أورد حكماً آخر في المادة (٤٤١) مرافعات يمني يتناقض مع المادة السابقة والتي تنص على أن: (ترفع دعوى الاستحقاق سواء قبل بيع العقار أو بعده..)، وجاء في المذكرة التفسيرية للمشروع - ص ٢٧٩ - تبريراً لذلك بأن هذه المادة جعلت الاختصاص القاضي التنفيذ في دعوى الاستحقاق للعقار سواء رفعت قبل البيع أو بعد البيع. وهذا تناقض واضح في النصوص تؤكد المذكرة التفسيرية للمشروع يدل على عدم الدقة. وكان ينبغي النص على وجوب رفع دعوى الاستحقاق الفرعية المتعلقة بالتنفيذ على العقار باعتبارها منازعة موضوعية في التنفيذ إلى قبل البيع كما هو في المادة (٤٣٩) من قانون المرافعات اليمني على أن ترفق المستندات والأدلة المقبولة في الإثبات في صحيفة الدعوى، أي أن يثبت المدعي دعواه بالأدلة المقبولة قانوناً.

إجراءات رفع الدعوى:

وترفع دعوى الاستحقاق بالإجراءات العادية لرفع الدعوى أي بصحيفة تودع قلم كتاب محكمة التنفيذ المختصة، وينظرها قاضي التنفيذ، طبقاً لأوضاع منازعات التنفيذ الموضوعية.

الآثار المترتبة على رفع الدعوى:

لا يترتب على الدعوى أثر في التنفيذ وإنما تنص المادة (٤٥٥) مرافعات مصري على أنه يجب على المحكمة أن تقضي بوقف البيع فوقف البيع ليس أثراً يترتب بقوة القانون على رفع دعاوى وإنما هو لا يتم إلا بصدور حكم به.

وقد أوجبت المادة (٤٣٩) من قانون المرافعات اليمني على المحكمة أن «تقضي بوقف إجراءات بيع العقار إذا قبلت دعوى الاستحقاق مع إلزام المدعي بإيداع كفالة يقدرها قاضي التنفيذ». وعلى ذلك، يكون الوقف وجوبياً إذا توافرت شروط قبول الدعوى، ولأن وقف التنفيذ ليس أثراً مباشراً لرفع الدعوى بل تقرر بحكم من المحكمة، فإن زوال الدعوى لأي سبب كالحكم ببطلان صحيفتها أو باعتبار الدعوى كأن لم تكن أو بسقوط الخصومة فيها أو بقبول تركها، لا يؤدي إلى زوال حكم الوقف بالتبعية بل يجب استصدار حكم باستمرار إجراءات البيع في مواجهة أصحاب الشأن، ولا يجوز الطعن في الحكم الصادر بوقف البيع نتيجة لرفع دعوى استحقاق أو برفض طلب الوقف بأي طريق المادة (٤٥٦) مرافعات مصري، مع ملاحظة أنه في حالة صدور الحكم بالرفض فإنه لا يجوز الطعن فيه استقلالاً ويمكن إلغاؤه بالطعن في حكم إيقاع البيع الصادر بناء عليه ويكون الطعن بالاستئناف في ميعاد خمسة أيام من صدور حكم إيقاع البيع م (٤٥١) مرافعات مصري، ويستثنى من مبدأ عدم جواز الطعن في الحكم بالوقف أو برفضه حالة طلب وقف كل العقارات محل التنفيذ إذا كانت دعوى الاستحقاق ترد على بعضها فقط فسواء حكم بالوقف أو برفضه فإن الحكم يمكن الطعن فيه وفقاً للقواعد العامة ويستفاد هذا الاستثناء من ترتيب النصوص ذلك أن المادة (٤٥٦) التي تنص على منع الطعن في الحكم الصادر بالوقف أو برفض طلب الوقف قد قصرت منع الطعن في الحكم الصادر بالوقف أو برفض طلب الوقف، قد قصرت المنع على الأحكام الصادرة وفقاً للمادة السابقة وحكمها لا يسري على الحكم بالوقف أو برفضه في تلك الحالة إذ تنص عليها المادة (٧٥٤) التالية للمادة (٤٥٦)

إثبات دعوى الاستحقاق: يكون عبء الإثبات على المدعي وقد نصت المادة (٤٥٥)

مرافعات مصري، والتي تقابلها المادة (٤٣٩) من قانون المرافعات اليمني على لزوم إرفاق المستندات والأدلة المقبولة في الإثبات في صحيفة الدعوى، أي أن يثبت المدعي دعواه بالأدلة المقبولة قانوناً، ويشترط الفقه السائد إلى أن تكون هذه الأدلة عقود أو تصرفات مسجلة في السجل العقاري قبل تسجيل الحجز^(١)، لأن الملكية العقارية غير المسجلة لا يحتج بها قبل الغير.

وإذا كان العقار في حيازة المدين فإن عبء الإثبات على المدعي لأنه يدعي خلال الظاهر أما إذا كانت الحيازة لمدعي الاستحقاق فإن الظاهر يكون بجانبه وعلى المدين أو غيره من المدعى عليهم نفي هذا الظاهر كما يجب أن يكون العقد مسجلاً قبل توقيع الحجز^(٢).

نظر الدعوى: تنظر المحكمة الدعوى وفقاً للقواعد العامة ويقتصر نطاق الدعوى على البحث في سند ملكية مدعي الاستحقاق وبطلان الحجز بسبب هذه الملكية فلا تتسع الدعوى للنظر في بطلان الحجز لأي سبب آخر أو في البحث في مسألة أخرى لا شأن لها في بقاء أو سقوط تأمين خاص لأحد الدائنين، وإذا قبلت المحكمة الدعوى بالنسبة لجزء فقط في العقار فإن الإجراءات تلغى بهذا الجزء فقط وتستمر بالنسبة للجزء الباقي ويحدد القاضي الثمن الأساسي بالنسبة لهذا الجزء الباقي بنفس المعيار الذي يحدد به الثمن الأساسي للعقار، أي بمراعاة المادة (٣٧) مرافعات مصري، الخاصة بتقدير قيمة العقار لتحديد المحكمة المختصة ويعدل قائمة شروط البيع إن لزم الأمر ويعلن عن البيع من جديد وإذا حكمت المحكمة برفض الدعوى فإن لها أن تشمل حكمها بالنفذ المعجل باعتباره حكماً صادراً لمصلحة طالب التنفيذ المادة (٥/٢٩٠) مرافعات مصري، وتأمراً بالاستمرار في التنفيذ.

الحكم في الدعوى: إذا صدر الحكم برفض دعوى الاستحقاق، يلغي وقف التنفيذ، وإذا حكم باستحقاق العقار انعدمت الإجراءات التي كانت قد تمت حتى صدور الحكم بوقف البيع، لأنها وقعت على ملك الغير، وإذا قضت المحكمة بصحة الدعوى وباستحقاق العقار للمدعي فإنها تقضي ببطلان إجراءات التنفيذ تبعاً لذلك.

(١) د/ فتحي والي، ص ٦١٨، رقم ٣٥٩. نصرة حيدر، ص ٦٣٦، رقم ٥٥٦.

(٢) د/ فتحي والي، التنفيذ الجبري في المواد المدنية والتجارية، مطبعة جامعة القاهرة والكتاب الجامعي، ١٩٩٥م، ص ٦٩٢ - ٦٩٣.

الخاتمة

النتائج:

- ١- الاستشكال الوقتي هو منازعة في التنفيذ الجبري أياً كان نوعه مباشراً أم عينياً أم بالحجز ونزع الملكية أو حتى لو كان جزءاً تحفظياً ويبرر الحاجة إليها وجود قيام خطر داهم يتعرض له أصل الحق الثابت في السند التنفيذي أو المال الجاري التنفيذ عليه أو مصالح الغير إذا كان هو مقدم الاستشكال.
- ٢- إن طالب الاستشكال أو مقدمه يطلب حماية وقتية لدرء هذه المخاطر مؤقتاً وإلى أن يفصل في الاستشكال من الناحية الموضوعية بالحصول على الحماية الوقتية، وتتمثل في وقف التنفيذ مؤقتاً إذا كان مقدم الاستشكال هو الطرف السلبي في عملية التنفيذ الجبري أي كان هو المنفذ ضده أو تتمثل هذه الحماية في الاستمرار مؤقتاً في التنفيذ إلى حين الحصول على الحماية القضائية الموضوعية.
- ٣- ويصدر في الاستشكال الوقتي حكم وقتي كما يصدر في الاستشكال الموضوعي حكم موضوعي والحكم الوقتي لا يؤثر في سلامة أركان التنفيذ سنداً وخصوصاً وموضوعاً عكس ذلك فإن الحكم الصادر في الاستشكال الموضوعي يؤثر في هذه الأركان ويحدد وجودها وصحتها أو عدم وجودها وعدم صحتها.
- ٤- ومنازعات التنفيذ الموضوعية هي عقبات قانونية وليست مادية تطرأ على أوضاع أو مسائل ظهرت بعد صدور السند التنفيذي أياً كان نوعه أي أنها تطرأ بعد صدور السند التنفيذي لأن أعمال التنفيذ لا تتخذ إلا بعد تقديم طلب التنفيذ إلى المحضر مرفقاً بها صورة رسمية من الصورة التنفيذية للحكم وإذا كان هو السند التنفيذي. والهدف منها تقرير انعدام التنفيذ أو بطلانه أو عدم الاعتداد به أو تقرير عدم مشروعيته أو عدم صحته أو عدم عدالته.
- ٥- شروط قبول الاستشكال الموضوعي: يشترط لقبول الاستشكال الموضوعي الشروط العامة لقبول أي طلب أو دفع أو طعن وهي المصلحة بأوصافها يجب أن يقدم بمناسبة التنفيذ المراد إبطاله أو الحكم بصحته لأنه قد يقدم في شكل سلبي أو إيجابي.

٦- شروط قبول الاستشكال في التنفيذ: ١- أن يكون المطلوب إجراء وقتياً لا يمس أصل الحق. ٢- الاستعجال. ٣- يجب رفع الاستشكال قبل تمام التنفيذ. ٤- يجب أن يكون الاستشكال مؤسساً على وقائع لاحقة للحكم المستشكل فيه. ٥- أن يكون المرجح رجحان وجود الحق. ٦- ألا يتضمن الاستشكال طعنًا على الحكم المستشكل فيه. ٧- أن تكون الأسباب التي تستدعي رفع استشكال في تنفيذ الحكم القضائي الأجنبي سواء أكان حكم محكمة أم حكم تحكيم تتمثل بكون الحكم خالياً من الصيغة التنفيذية، أو أن الأمر بالتنفيذ لحكم يتعارض مع حكم سبق صدوره من المحاكم أو خالف النظام العام.

التوصيات:

١- إن عبارة نص الفقرة (٤) من المادة (٣٥٠) جاءت خالية من تقييد النفقة بأي وصف، فيصح - وفقاً لظاهر عبارة النص- شمول المقصود بالنفقة فيها للنفقة المقررة وللنفقة المؤقتة، ولو أن المشرع اليمني أراد تقييد النفقة في الحالة المنصوص عليها في الفقرة (٤) من المادة (٣٥٠) بالنفقة المقررة لصرح بذلك كما فعل في الفقرة (٨) من هذه المادة. ومع ذلك ينبغي على المشرع تقييد النفقة المذكورة في هذا النص وفي النصوص الخاصة بالنفقة المقررة أسوة بالقوانين المقارنة وخاصة العربية منها، فهذا هو الذي يتماشى والحكمة من منع التنفيذ أو الحجز على ما يستحقه الموظف.

٢- وقد نظم المشرع المصري أحكام دعوى المنازعة في التقرير بما في الذمة في المادة (٣٤٢) مرافعات التي نصت على أنه (ترفع دعوى المنازعة في تقرير المحجوز لديه أمام قاضي التنفيذ الذي يتبعه أما المشرع اليمني فلم ينظم هذه الدعوى، ولكن الفقه الإجرائي اليمني يرى - بحق - أن هذه الدعوى لها أهميتها من الناحية العملية، وأنه لا مانع من مباشرة هذه الدعوى باعتبارها من منازعات التنفيذ الموضوعية التي تختص بها محكمة التنفيذ طبقاً لعموم نص المادة (٣١٨) مرافعات التي تقضي بأن تختص محكمة التنفيذ بالفصل في جميع المنازعات المتعلقة به أياً كانت قيمتها، سواء أكانت موضوعية أم وقتية، وسواء أكانت مقدمة من الأطراف أو من غيرهم.

٣- كان ينبغي على المشرع أن يقرر بنصوص خاصة حق الحاجز في التنفيذ الجبري على الأموال الخاصة للمحجوز لديه في حالة امتناعه عن إيداع ما اعترف أنه في ذمته

للمحجوز عليه في خزينة المحكمة أو بنك معتمد، ويكون المشرع بذلك قد وفر حماية تنفيذية للحاجز أجدى وأسرع من الدخول في منازعات جنائية أو مدنية مبتدأة وما يسببه ذلك من إرهاق لجميع الأطراف وللقضاء أيضاً، كما يكون المشرع قد وفر حماية تنفيذية أفضل للمحجوز لديه بالتنفيذ على أمواله أخف ضرراً من رفع معاقبته بدنياً بحبسه ستة أشهر ومن مقاضاته جنائياً وما يترتب على الحكم الجنائي من آثار سيئة في أمانة المحجوز لديه وفي سمعته وفي اعتباره.

٤- أن يتناول المقنن استشكالات تنفيذ حكم التحكيم بنوع من التفصيل ونوصي بإيقاع جزاء في حالة الامتناع عن تنفيذ حكم المحكم طواعية وخاصة عن عدم وجود أسباب قانونية تستدعي ذلك لتقليل حالات اللجوء الى التنفيذ الجبري.

٥- يشترط لتنفيذ الحكم الأجنبي أن يكون قد صدر من محكمة أجنبية مختصة (الشق الإيجابي) بل يشترط أيضاً عدم اختصاص المحاكم اليمنية بالفصل في النزاع الذي صدر فيه الحكم الأجنبي المراد تنفيذه في اليمن أو في مصر (الشق السلبي)، وإيراد هذا الشرط في غاية الخطورة، إذ قد يترتب عليه رفض تنفيذ معظم أحكام التحكيم الأجنبية في مصر أو في اليمن. وللتخفيف من غلواء هذا الشرط يجب أن يقتصر الشرط السابق على الاختصاص الوجوبي أو القاصر لتعلقه بالنظام العام كالاختصاص المبني على الموطن أو الأموال أو الالتزامات أو الإفلاس الذي أشهر في مصر- أو في اليمن- دون الاختصاص الجوازي كالاختصاص المبني على الجنسية أو القبول الاختياري أو الطلبات العارضة.

المراجع

المراجع باللغة العربية:

- د / أمينة مصطفى النمر - أحكام التنفيذ الجبري وطرقه - منشأة المعارف بالإسكندرية - الطبعة الثانية ١٩٧١م.
- د / إبراهيم أحمد ابراهيم - التحكيم الدولي الخاص - الطبعة الثانية - دار النهضة العربية - القاهرة، ١٩٩٧م.
- د / أبو العلا النمر، "القانون الواجب التطبيق على المسائل الإجرائية في مجال التحكيم - الطبعة الأولى - دار النهضة العربية - القاهرة - بدون تأريخ.
- د / أبو زيد رضوان - «الأسس العامة في التحكيم التجاري الدولي» - دار الفكر العربي - القاهرة، ١٩٨١م.
- د / أحمد أبو الوفاء - إجراءات التنفيذ في المواد المدنية والتجارية - منشأة المعارف، ١٩٩٠م.
- د / أحمد مليجي - التنفيذ وفقاً لنصوص قانون المرافعات معلقاً عليها بآراء الفقه وأحكام النقض، دار الفكر العربي.
- د / أحمد مليجي - الموسوعة الشاملة في التنفيذ - ج ٣ - النسرالذهبي للطباعة.
- د / سامية راشد، التحكيم في العلاقات الدولية الخاصة بالتحكيم في العلاقات الخاصة الدولية الكتاب الأول، اتفاق التحكيم، دار النهضة العربية، القاهرة، ١٩٨٤م.
- د / عبد المنعم زمزم - الإجراءات التحفظية والوقتية قبل وأثناء وبعد انتهاء خصومة التحكيم - دار النهضة العربية - القاهرة - ٢٠٠٧م.
- د / عبد الحكيم أحمد عطروش، تنفيذ أحكام التحكيم الأجنبية في منازعات الاستثمار، مجلة القانون المغربي، العدد ٨، مارس، ٢٠١٢م.
- د / عز الدين الديناصوري و حامد عكاز - القضاء المستعجل وقضاء التنفيذ في ضوء الفقه والقضاء - مركز الدلتا للطباعة، الطبعة الخامسة، ١٩٩٧م.
- د / عزمي عبد الفتاح - التحكيم الداخلي، محاضرة أقيمت بمركز البحوث والدراسات

القانونية بجامعة القاهرة- بالاشتراك مع الجمعية المصرية لقانون المرافعات والعلوم القضائية- مطبوعات مركز السنهوري- الدراسات القانونية- ١٩٩٣م.

د/ فاطمة صلاح الدين، دور القضاء في خصومة التحكيم، ط١، دار النهضة العربية، القاهرة، ٢٠١٠م.

د/ فواد رياض ود/ سامية راشد، الوجيز في القانون الدولي الخاص، ج١، دار النهضة العربية، القاهرة، ١٩٧١م.

د/ محسن شفيق، التحكيم التجاري الدولي، دراسة مقارنة في قانون التجارية الدولية، دار النهضة العربية، القاهرة، ١٩٩٧م.

د/ محمد حسين- طرق التنفيذ في قانون الإجراءات المدنية- ديوان المطبوعات الجامعية، الجزائر، ١٩٨٢م.

د/ محمد كمال فهمي، أصول القانون الدولي الخاص، ط٢، مؤسسة الثقافة الجامعية، ١٩٨٢م،

د/ محمود السيد التحيوي - الوسيلة الفنية لإعمال الأثر السلبي للاتفاق على التحكيم ونظامه - مرجع سابق، ص ٣٨٧.

د/ مروة حماد حسين سليمان، تنفيذ أحكام التحكيم في إطار القانون الدولي الخاص، رسالة دكتوراه، كلية الحقوق، جامعة أسيوط، ٢٠١٧م.

د/ محمود بريري- التحكيم التجاري الدولي - الطبعة الثانية - دار النهضة العربية - القاهرة، ١٩٩٩م.

د/ محمود يونس- نحو نظرية عامة لفكرة النظام العام في قانون المرافعات المدنية والتجارية- الطبعة الأولى- دار النهضة العربية- القاهرة- ١٩٩٦م.

د/ مصطفى الجمال ود/ عكاشة محمد عبدالعال: التحكيم في العلاقات الخاصة الدولية، الجزء الأول، ط١، ١٩٩٨م.

د/ منير عبدالمجيد، التنظيم القانوني للتحكيم الدولي والداخلي في ضوء الفقه وقضاء التحكيم، منشأة المعارف، الإسكندرية، ١٩٩٧م.

د/ هشام خالد، جدوى اللجوء إلى التحكيم التجاري الدولي، منشأة المعارف، الإسكندرية، ٢٠٠٦م.

- د / وجدي راغب - النظرية العامة للتنفيذ القضائي - سنة ١٩٧٤م.
- د / طلعت يوسف خاطر، الغير في التنفيذ الجبري وحمايته من آثاره، المرجع السابق، ص (٣٣١، ٣٣٠).
- د / عصام الدين القسبي، النفاذ الدولي لأحكام التحكيم، دراسة تحليلية لقواعد القانون الدولي الاتفاقي والقانون المقارن دار النهضة العربية سنة ١٩٩٣م، ص ٥.
- د / محمد عبد الخالق عمر- مبادئ التنفيذ - مكتبة القاهرة الحديثة للطبع والنشر- الطبعة الأولى، ١٩٧٤م.
- د / هشام خالد «عقد ضمان الاستثمار (القانون الواجب التطبيق عليه وتسوية المنازعات التي قد تثور بشأنه)» - ٢٠٠٠م - دار الفكر الجامعي - الإسكندرية.
- د / فتحي والي، التنفيذ الجبري في المواد المدنية والتجاري، مطبعة جامعة القاهرة والكتاب الجامعي، ١٩٩٥م.
- د / نبيل إسماعيل عمر، الوسيط في التنفيذ الجبري، دار الجامعة الجديدة، الإسكندرية، ٢٠٠٠م.
- المستشار/ يونس ثابت - استشكالات التنفيذ في الأحكام والمحرمات الموثقة - عالم الكتب القاهرة، ١٩٧٢م.

المراجع الأجنبية:

- Droz G. Competence judiciaire et effets des jugments dans le marche commun, paris, ١٩٧٢, p. ٢٦٩ ets
- Oliver Cachard: Laregulation international du marche electronique, paris, I.G.D. ٢٠٠٢, p. ٥.