الهيئة الوطنية للمحامين

الفرع الجهوي بتونس

محاضرة ختم التمرين

جدية الاشكال التنفيذي

الاستاذة المحاضرة

الاستاذة ريم سلمى عاشور

المشرف على التمرين

الاستاذ عبد السلام شطورو

الاستاذة منية بن ابراهيم

المشرف على المحاضرة

الاستاذ سامي الفريخة

السنة القضائية 2010-2011

المقدمة

يصدر الحكم القضائي تأسيسا على التزام معين و يراد من وراءه إقرار ذلك الالتزام عبر الحصول على حكم يتمتع بحجية الأمر المقضي به.

والأصل في الأحكام التي تصدرها المحاكم بأنواعها أنها واجبة التنفيذ، وتنفيذ الشيء (لغة) هو تحقيقه وإخراجه من حيز الفكر و التصور إلى مجال العمل و الواقع الملموس.

إن تنفيذ الأحكام لا سيما المدنية منها "مسالة شائكة واقعا وقانونا"[1] نظرا لما تثيره من صعوبات و مشاكل تطبيقية مختلفة و متشعبة، تقف في بعض الأحيان حاجزا أمام تمكين الدائن من حقه.

إن التنفيذ الاختياري يعتبر امتثالا تلقائيا من طرف المحكوم ضده للحكم موضوع التنفيذ و يقابله التنفيذ الجبري وهو الحق الذي خوله المشرع للدائن في جبر مدينه على الوفاء إن لم يقم به من تلقاء نفسه و الذي يعنى به قانون المرافعات وهو الذي يثار بمناسبته المعنى الإجرائي للتنفيذ و يعرفه الفقه بأنه "هو الذي يجريه مأمور التنفيذ تحت إشراف القضاء و مراقبته بناء على طلب دائن بيده سند متوفر على شروط خاصة بقصد استيفاء حقه الثابت في السند من المدين قهرا عنه"[2].

ويلجا الدائن إلى التنفيذ الجبري بعد استيفاء اجل الإذعان بالحكم حتى يتسنى للمدين معرفة ما هو ملزم بادائه لعله يفي بالتزاماته تلقائيا واختياريا دون حاجة إلى اللجوء إلى التنفيذ الجبري.

يطمح المحكوم له في اغلب الأحيان إلى تنفيذ الحكم الصادر لفائدته، وهذه الغاية تقابلها رغبة المطلوب في تعطيل تنفيذ الحكم ضده، وقد خول له المشرع هذه الإمكانية من خلال إرساء نظام توقيف التنفيذ. وفي غياب تعريف تشريعي لهذا النظام، بين بعض الفقهاء انه "الإجراء الذي يحول دون البدا في عمليات التنفيذ و الاستمرار فيها، ومرد ذلك إلى عيب في الإجراءات أو لعيب في السند المنفذ به"[3]. في حين يرى البعض الآخر أن وقف التنفيذ يقصد به "عدم السير فيه خلال مدة وذلك بسبب حدوث سبب من أسباب الوقف (عادة ما يكون قيام منازعة تستهدف الحصول على حكم بإلغاء التنفيذ أو يؤدي إلى إلغائه) يستوجب الوقف أو يجيزه، بقوة القانون، أو بحكم المحكمة أو باتفاق الخصوم"[4].

---

[1]- حسين السالمي: دروس في طرق التنفيذ، سنة الرابعة حقوق، كلية الحقوق و العلوم السياسية بتونس 2000-2001.

[2]- اسكندر سعد زغلول: قاضي التنفيذ علما وعملا، ص 8.

[3]- احمد الجندوبي وحسين بن سليمة :" اصول المرافعات المدنية و التجارية"، نشر شركة اوربيس، سبتمبر 2001، ص 420.

[4]-احمد خليل : "التنفيذ الجبري"، منشورات الحلبي الحقوقية، ص536.

وبناءا على ما تقدم، يكون تعطيل التنفيذ إجراءا وقتيا، فهو يمنع التنفيذ مدة معينة إلى حين صدور الحكم، كما يعد إجراءا استثنائيا، إذ هو حد للصيغة التنفيذية الواردة بالفصل286 م م م ت ، لذلك حصره المشرع في صور معينة لكنها متعددة و متنوعة[5].

وبالتأمل في هذه الصور، يتضح أن توقيف التنفيذ يتعلق من ناحية اولى، بالأحكام المشمولة بالنفاذ العاجل[6]، والأحكام الاستعجالية[7] والأحكام النهائية المطعون فيها بالتعقيب[8] والأحكام المعترض عليها[9] و الأحكام الباتة بناءا على إشكال تنفيذي و التي تعرض إليها المشرع بصفة عامة بالفصلين 210 و 211 م م م ت وبصفة خاصة بالفصل 290 المتعلق بنزاع حول صفة احد الأطراف و الفصل 403 م م م ت المنظم للإشكالات الاستحقاقية الخاصة بالمنقولات، في حين وقع التعرض إلى الإشكالات الاستحقاقية الخاصة بالعقارات غير المسجلة بالفصل 462 م م م ت[10].

ويشمل تعليق التنفيذ من ناحية ثانية، الأحكام الابتدائية الموصوفة غلطا بكونها نهائية[11]و حكم المحكم[12] والقرار الصادر عن هيئة السوق المالية [13] و يمتد الإذن به إلى الحكم الصادر عن المحكمة العقارية حسب صريح الفصل 332 من م ح ع .

فقد تنشا بمناسبة أعمال التنفيذ بعض المنازعات يثيرها احد الأطراف أو الغير حول الشروط الواجب توفرها أو حول إحدى الإجراءات المتبعة فتنشا عنها خصومة يطلب فيها الحكم بإيقاف التنفيذ إلى حين الفصل في الأصل[14].

ويطلق على هذه المنازعة مصطلح "إشكالات التنفيذ" وقد تم تنظيمها بمجلة المرافعات المدنية والتجارية في باب القضاء المستعجل[15].

---

[5]-حنان بو قطاية: "توقيف تنفيذ الاحكام في المادة المدنية و التجارية"، رسالة لنيل شهادة الدراسات المعمقة في القانون الخاص، 2002-2003، ص10.

[6]- الفصل 126 فقرة 2 من م.م.م.ت.

[7]- الفصل 209 من م.م.م.ت.

[8]- الفصل 194 فقرة 2 من م.م.م.ت.

[9]- الفصل 172 فقرة 1 من م.م.م.ت.

[10]- حنان بو قطاية: "توقيف تنفيذ الاحكام في المادة المدنية و التجارية"، رسالة لنيل شهادة الدراسات المعمقة في القانون الخاص، 2002-2003، ص11.

[11]-الفصل 146 فقرة 2 م.م.م.ت.

[12]- افصل 43 فقرة 3 من مجلة التحكيم.

[13]- الفصل 54 من القانون عدد 117 لسنة 1994 مؤرخ في 14-11-1994 المتعلق باعادة تنظيم السوق المالية.

[14]- مراد اسكندر " الاختصاص الاستعجالي في مادة التنفيذ" مجموعة لقاءات الحقوقيين. العدد الثالث عشر " القضاء الاستعجالي" تونس 2008.ص 231.

[15]- الفصول 201 الى 212 من م.م.م.ت.

لكن المشرع التونسي لم يعرف مؤسسة الإشكال التنفيذي بل اكتفي بذكر بعض صورها وضبط نظامها القانوني صلب الفصول 210 و211 و290 و 403 و462 م م م ت والفصل 220من مجلة الشغل، فبقيت هذه المؤسسة في حاجة ماسة إلى المزيد من البحث والتعمق مما جعلها من أهم محاور الجدل في فقه التنفيذ سعيا لتوضيح موضوعها، وكشف الغموض عنها.

فعرفها بعض الفقهاء بأنها "الإجراء الذي يحول دون البدء في عمليات التنفيذ والاستمرار فيها، ومرد ذلك إلى عيب في الإجراءات أو لعيب في السند المنفذ به" [16]. وقد اجمع الفقهاء على تعريفها بأنها منازعة قانونية تعترض تنفيذ الأحكام والسندات التنفيذية، وهي تكتسي صبغة وقتية نظرا لكون القاضي يتخذ فيها إجراء مؤقتا بإيقاف التنفيذ حتى يفصل في موضوع المنازعة فيما بعد على أساس المنازعة الموضوعية.

وعرفها فقه القضاء بأنها « المنازعة الوقتية التي تعترض تنفيذ الحكم فهي منازعة قانونية وقتية يتقدم بها الشخص المتظلم من التنفيذ لمنعه أو للحيلولة دون إتمامه »[17].

وعمليا يمكن تعريف مؤسسة الإشكال التنفيذي بأنها منازعة قانونية وقتية تثار عند تنفيذ الحكم أو السند التنفيذي و تتضمن ادعاءات لو صحت لأثرت في التنفيذ و لترتب على صحتها أن يصبح التنفيذ غير جائز أو باطل. "الأمر الذي يقضي من المحكمة عدم البحث في صحة الحكم، أو بطلانه، باعتبار أن الإشكال ليس نعيا على الحكم، بل هو نعي على التنفيذ إذ لا يتعلق موضوعه بالتشكيك في مصداقية الأحكام، بل يتضمن خلافا حول صحة إجراءات التنفيذ"[18].

وقد اعتبر البعض إشكالات التنفيذ عوارض قانونية، حيث أن القانون هو الذي يجيز إثارتها في وجه التنفيذ والقانون يهتم بتحديد القضاء المختص بنظرها والإجراءات الواجب إتباعها لإثارتها ورفعها أمام القاضي للفصل فيها، وهي بذلك تختلف عن الصعوبات المادية التي تثار أثناء مباشرة أعمال التنفيذ كالتصدي المادي لعدل التنفيذ أو إيصاد الأبواب أمامه لمنعه من دخول محلات التنفيذ وهي عقبات يمكن تجاوزها بالاستعانة بالقوة العامة.

وقد جرى بعض الفقهاء على إطلاق اسم الإشكال على كل منازعة في التنفيذ سواء كانت مستعجلة أو

---

[16]- احمد الجندوبي و حسين بن سليمة: "اصول المرافعات المدنية و التجارية" ، نشر شركة اوربيس، سبتمبر 2001، ص 420.

[17]- قرار تعقيب مدني عدد 74078 مؤرخ في 17 جانفي 2000. نشرية محكمة التعقيب ، القسم مدني لعام2000، الجزء الثاني: مرافعات مدنية وتجارية ص 209.

[18]- عبد الحميد المنشاوي و عبد الفتاح مراد: " المشكلات العملية في قضاء التنفيذ "، منشاة المعارف 1988، ص 14.

موضوعية غير أننا نرجح الرأي الذي يقول بان كلمة إشكالات يجب أن تقتصر على المنازعات المستعجلة، أما المنازعات الاخرى فهي اعتراضات موضوعية على التنفيذ و لا يمكن أن توصف بأنها إشكالات و دأب القضاء على إدراجها كدعاوى أصلية لا تؤدي بذاتها إلى ايقاف التنفيذ و إنما يجب أن تقترن بإشكال مستعجل.

وبالتالي فان المنازعة الموضوعية تتعلق بإشكالات التنفيذ الموضوعية إذ «يطلب فيها احد الأطراف حكما حاسما في قانونية التنفيذ :الحكم بصحة التنفيذ أو ببطلانه، بعدالته أو بعدم عدالته و بالتالي فهي تهدف إلى الحصول على حكم موضوعي في احد هذه المسائل وليس مجرد الحصول على حماية وقتية، فهي من حيث الموضوع قد تنتصب على احد مقدمات التنفيذ أو أركانه وقد تتمحور حول الحق الموضوعي المنفذ من اجل اقتضائه » [19] إذن فهي دعاوى أصلية ترفع بعد صدور حكم قاض بجدية الإشكال التنفيذي.

ولمزيد الإحاطة بمفهوم الإشكال التنفيذي فانه من الواجب تمييزه عن المؤسسات الشبيهة. "إذ أن الإشكال التنفيذي ليس طريقة في الطعن في الأحكام أو السندات التنفيذية بوجه عام وليس امتدادا لحقوق الدفاع أثناء الخصومة القضائية فهو ليس بالاستئناف و لا بالاعتراض و لا بالتعقيب و لا بالتماس إعادة النظر إذ الطعن في الأحكام هو اعتراض على سلامة الحكم ذاته من حيث الشكل أو الموضوع. كما لا تختلط مع إشكالات التنفيذ مطالب ايقاف التنفيذ المقدمة لمحاكم الطعن بالاستئناف أو بالتعقيب أو بالاعتراض ، حيث أن سلطة محكمة الطعن في مطلب ايقاف التنفيذ تبنى على اعتبارات تختلف عن الاعتبارات التي تستند عليها سلطة قاضي الإشكال في ايقاف التنفيذ، ففي حين تواجه محكمة الطعن خطر الاستعجال الذي يهدد طالب الوقف و ترجح احتمال إلغاء الحكم المطعون فيه من عدمه فان محكمة الإشكال تبحث عن عيوب معينة تواجه شكل أو موضوع التنفيذ و بالتالي تأمر بإيقاف التنفيذ أو بالتمادي عليه[20] .

كما يجب التمييز بين هذه المؤسسة والحالات التي يستحيل فيها التنفيذ كاستحالة عقلة الأموال الراجعة للدولة أوإلى المؤسسات العموميةالإدارية أوإلى الجماعات المحلية الإدارية[21]كذلك الأمر بالنسبة للهيئات الدبلوماسية الأجنبية التي تتمتع بحصانة تجعلها في مأمن من التنفيذ الجبري في بعض الحالات[22].

---

[19]- مصطفى مجدي: "هوجة أحكام وراء منازعات التنفيذ الوقتية"، الإسكندرية، دار المطبوعات الجامعية 1989 ص 12.

[20]- الاستاذ عمر الشتوي" الاشكال التنفيذي" القضاء و التشريع ، عدد10 لسنة 1993ص 7.

[21]- المادة 37 من مجلة المحاسبة العمومية .

16- االتفاقية فيانا المؤرخة في 18 افريل 1961 التي صادقت عليها الدولة التونسية بموجب القانون عدد 39 لسنة 1967 المؤرخ في 21 نوفمبر 1967. الرائد الرسمي للجمهورية التونسية لسنة 1967 صفحة 1444.

وفي هذه الحالات تكون للاستحالة صبغة الدوام و بالتالي فهي ليست مؤقتة مثلما هو الحال بالنسبة للإشكال التنفيذي مما يخرجها عن نطاقه.

كما يجب التمييز بين هذه المؤسسة والحالات التي يكون فيها التنفيذ باطلا : إذ اعتبر المشرع أن إجراء أي عمل تنفيذي ليلا أو في أيام الأعياد الرسمية يكون باطلا إلا في صورة الضرورة وبمقتضى إذن من قاضي الأذون على العرائض[23] كما اعتبر انه لا يمكن إجراء أي عمل من أعمال التنفيذ ضد المسلمين بوم الجمعة و الأيام الأخيرة من رمضان بداية من اليوم السابع و العشرين منه و اليوم الثالث من عيد الفطر و اليوم الثاني من عيد الأضحى و اليوم الموالي ليوم المولد[24] ...

إن الحق في إثارة الإشكال التنفيذي يرمي إلى تحقيق النجاعة في التنفيذ، و يتجلى ذلك في حرص المشرع على أن لا تتسلط أعمال التنفيذ إلا على مكاسب المحكوم عليه لان ذلك من متطلبات العدل و الإنصاف، خاصة إذا كان الحكم صادرا بإرجاع شيء بعينه إلى المحكوم له، أو ان تنفيذ الالتزام يتوقف على تدخل المحكوم عليه شخصيا، ولأجل هذا وضع المشرع نظاما قانونيا دقيقا لإجراء الإشكال التنفيذي، يراعي النجاعة في التنفيذ لغاية ايصال الحقوق إلى أصحابها بالسرعة المطلوبة وتحت رقابة القضاء ضمانا لحقوق جميع الأطراف.

يعتبر الإشكال التنفيذي حالة استثنائية لإيقاف التنفيذ ولأنها حالة استثنائية فان توقيف التنفيذ لا يجوز إلا إذا توفرت بعض الشروط: فمن جهة اولى ونظرا لكون قضاء الإشكال التنفيذي يعد من احد فروع القضاء الاستعجالي،فتشترط فيه القواعد العامة أي ركن التأكد وركن عدم المساس بالاصل201 م م م ت[25] و من جهة ثانية، فان قضاء الإشكال التنفيذي يحتوي على قواعد خاصة، من ضمنها شرط أولي يبدو بديهيا يتمحور حول عدم إتمام التنفيذ أي أن الأعمال التي تمت لا يمكن طلب إيقافها ولا يتعلق المطلب إلا بما يليها من أعمال و بالتالي فإذا تمت أعمال التنفيذ فلا فائدة من الحكم بوقفها، و شرط جوهري يتمثل في جدية الإشكال.

إن ما يثير الانتباه هو اعتبار الجدية شرطا جوهريا لصحة الإشكال رغم أن المشرع لم يدرجه صراحة بالفصل211 م م م ت بل ورد في صورة خاصة فقط هي حالة الفصل 403 م م م ت و هي صورة

---

[23]- الفصل 291 من م.م.م.ت

[24]- الفصل 292 من م.م.م.ت

[25]- قرار تعقيبي مدني عدد 41416 مؤرخ في 17 جانفي 1994 "يتعين على القاضي الاستعجالي لينظر في الإشكال التنفيذي أن يتحقق من توفر شرطي التأكد وعدم المساس بالأصل ليتعرف ما اذا كان يقضي في الإشكال كنزاع وقتي أم انه سيقضي فيه كنزاع موضوعي "نشرية محكمة التعقيب القسم المدني لعام .... اجراءات مدنية ص97.

تتعلق بادعاء استحقاق الشيء موضوع التنفيذ وهو نفس الوضع الذي تشهده النصوص القانونية في المراجع المعتمدة عن القضاء الفرنسي أو المصري أو اللبناني.

كل ذلك لم يمنع المحاكم التونسية من اعتماده والتأكيد عليه في كل حكم يتم فيه قبول الإشكال وقد وضحت محكمة التعقيب أن"المطلوب من المحكمة المنتصبة للنظر استعجاليا في مادة إشكالات التنفيذ أن تقيم في مثل قضية الحال مدى جدية الإشكال المعروض عليها وان تبت في المطلب على ضوء ذلك" .

يعطي الفصل211 م م م ت الحق للمحكوم عليه أو لكل من له مصلحة قانونية ومباشرة وشخصية, تكون حقوقه مهددة من جراء تنفيذ حكم،بان يثير العقبات أو المشاكل التي من شانها أن تؤثر في التنفيذ. الا ان هذا الحق لا ينحصر في المحكوم له أو المحكوم عليه أو الغير بل للعدل المنفذ ايضا حق إثارة الإشكال أصالة بنفسه بصرف النظر عن موقف و إرادة بقية الأطراف[26].

غير أن هذه الدراسة أن الدراسة سوف تقتصر على تقدير جدية الإشكال التنفيذي في المادة المدنية و التجارية نظرا لأهميتها و لما يثيره تنفيذها من صعوبات فسيتم التعرض إليها دون غيرها المتعلقة بالأحكام الجنائية و الإدارية. و لعل إقصاء الأحكام العقارية و الإشكالات الإستحقاقية الخاصة بالعقارات التي نظمها الفصل 462 من م.م.م.ت يكون أمرا ضروريا لأنها تمثل حالات استثنائية جدا.

فماهي الجهة المؤهلة بالنظر في جدية الإشكال التنفيذي ؟ وما هي حدود السلطة التقديرية التي تتمتع بها ؟

سنحاول من خلال هذه الدراسة تسليط الضوء على الجهة المؤهلة للنظر في جدية الإشكال التنفيذي (الجزء الاول) و كيفية تقدير القاضي لجدية الإشكال المعروض عليه (الجزء الثاني) للحكم على ضوء ذلك بجدية الإشكال أو بعدم جديته.

الجزء الأول: الجهة المؤهلة للنظر في جدية الاشكال التنفيذي

[26] - الاستاذ عمر الشتوي: تعليق على القانون عدد 29 المؤرخ في 1995/03/13 و المتعلق بمهنة العدول المنفذين، ص 24.

لكل من الدائن والمدين المشمولين بالسند التنفيذي وكذلك الغير الذي له مصلحة، الحق في رفع الإشكال التنفيذي، و من المفيد التأكيد على أن رفع الإشكال يقع لدى عدل التنفيذ من طرف احد الأطراف المذكورين (المبحث الأول) وهو يختلف عن إثارة الإشكال التي تقع لدى القضاء المستعجل والتي منحها المشرع مبدئيا لعدل التنفيذ (المبحث الثاني).

المبحث الأول: رفع الإشكال التنفيذي لدى عدل التنفيذ

لقد أثار رفع الإشكال التنفيذي أمام عدل التنفيذ جدلا فقهيا حول مدى الإقرار بالسلطة التقديرية لعدل التنفيذ في تقديره لجدية الإشكال من عدمها (الفقرة الاولى) وانتهى الأمر إلى الحسم بان عدل التنفيذ يعتبر مساعدا للقضاء في تقدير جدية الإشكال التنفيذي المعروض عليه (الفقرة الثانية).

الفقرة الاولى : مدى الإقرار بسلطة تقديرية لعدل التنفيذ

يمثل الطالب و المطوب الطرفين الأكثر أهمية في سير أعمال التنفيذ. إلا أن للعدل المنفذ مكانة لا تقل عنهما أهمية بل لا نغالي في القول انه يحتكر مباشرة إجراءات التنفيذ. وقد جعل منه القانون "الوسيلة" التي يسترد بها المحكوم لفائدته حقه من مال المحكوم ضده و بوصفه مساعدا للقضاء فهو يساهم بلا ريب في إعطاء البعد العملي للأحكام القضائية و السندات التنفيذية عموما.

و لقد عرف القانون عدد 29 لسنة 1995 المؤرخ في 13 مارس 1995 و المتعلق بتنظيم مهنة العدول المنفذين بفصله الأول عدل التنفيذ كما يلي :" للعدل المنفذ صفة المأمور العمومي و هو مساعد للقضاء" و يضيف الفصل الثالث من نفس القانون " يرجع العدل المنفذ بالنظر إلى الوكيل العام لدى محكمة الاستئناف وهو تحت المراقبة المباشرة لوكيل الجمهورية بالدائرة التي بها مركز انتصابه".

ويتضح مما سبق بسطه، ان المشرع أوكل سلطة مباشرة إجراءات التنفيذ إلى هيكل شبه رسمي مجسد في العدل المنفذ الذي يتمتع بصفة المأمور العمومي وهو خاضع في ممارسة صلاحياته إلى المراقبة المباشرة لوكيل الجمهورية بدائرة المحكمة التي يوجد بها مركز انتصابه، وبهذه الصفة تكون له أهلية القبض و الإبراء دون حاجة لتوكيل كتابي، وله أن يستعين بالقوة العامة عند وجود تصدي أو امتناع من المدين.

يطرح التساؤل حول مدى الاعتراف بسلطة تقديرية لعدل التنفيذ تمكنه من إبداء وجهة نظره في الادعاءات المثارة إزاء إجراءات التنفيذ و التي سيتولى على ضوءها وضع حدا لإجراءات التنفيذ إلى حين عرض الأمر على القضاء ليحكم فيه ؟

في الحديث عن رفع الإشكال التنفيذي أمام عدل التنفيذ و تقدير هذا الأخير لمدى جديته انقسمت الآراء إلى شقين:

* **الشق الأول** يعتبر أن عدل التنفيذ ليس إلا مأمور تنفيذ ولا يمكنه على ذلك الأساس التأويل أو التقدير، بل أن القانون منح سلطة تقدير جدية الإشكال من عدمها للقاضي دون سواه.

* **الشق الثاني** يرى انه لابد أن نقر لعدل التنفيذ ولو بقدر يسير من السلطة التقديرية و الاجتهاد خاصة وانه يتحمل جانبا من المسؤولية في صورة إقراره بتوقيف التنفيذ صلب المحضر القانوني الذي يعده للغرض و يبين فيه وجهة نظره (واجب التضمين) وذلك عندما يقتنع بجدية ما أثاره المستشكل.

كما انه يقر بان" لعدل التنفيذ السلطة الكافية التي تمكنه من موازنة الادعاءات التي يثيرها المستشكل و تقدير مدى جدية الإشكال التنفيذي المرفوع أمامه. فينتصب عدل التنفيذ بوصفه حكما له صلاحية تقدير أهمية الإشكال المرفوع أمامه من احد الأطراف، مما حدى بعميد سابق لهيئة عدول التنفيذ إلى التأكيد على أن عدل التنفيذ يعتبر القناة الأفضل إن لم نقل الوحيدة التي يمر عبرها الإشكال معتمدا على أن الإشكال إنما هو بطبيعته إجراء استثنائي يخضع لمبدأ التأويل و الاستعمال الضيقين وعلى هذا الأساس فلا يجوز التوسع في نطاقه الذي حدده القانون و بالتالي فلعدل التنفيذ حق تقديري في تبني الإشكال أو رفضه و يجب أن يمارس هذه الصلاحية بسلوك رب الأسرة الصالح وهو مسؤول مدنيا وجزائيا و تأديبيا إذا ما حصل منه خطا تقصيري أو تجاوز السلطة" [27].

لقد خول المشرع التونسي إمكانية إثارة الإشكال التنفيذي من طرف العدل المنفذ نفسه وذلك صلب الفصل 26 من القانون عدد 29 لسنة 1995 المؤرخ في 13 مارس 1995 والمتعلق بتنظيم مهنة العدول المنفذين، وقد جاء بالفصل المذكور:" على العدل المنفذ في صورة صعوبة تنفيذية أن يعرض الأمر على

[27]- الاستاذ عمر الشتوي: تعليق على القانون عدد 29 المؤرخ في 1995/03/13 و المتعلق بمهنة العدول المنفذين، ص12.

القاضي المختص و يكون الشأن كذلك فيما يتعلق بالتتبعات العقارية وعليه الحضور كلما استدعاه القاضي لذلك الغرض ".

الفقرة الثانية: عدل التنفيذ مساعد للقضاء في تقدير جدية الإشكال التنفيذي :

حاول المشرع من خلال تنقيحه لمجلة المرافعات المدنية والتجارية سنة 2002[28] زيادة التأكيد على الدور الأساسي و الضروري للعدل المنفذ المشرف على أعمال التنفيذ، إذ ورد بالفقرة الاولى من الفصل 211 من المجلة على انه" يجب على كل من يثير الصعوبة عند التنفيذ أن يقدم للعدل المنفذ مشافهة أو كتابة ما له من قول في شانها فيحرر العدل المنفذ محضرا في ذلك و يستمر على التنفيذ إلا إذا استشكل الأمر فانه يوقف أعمال التنفيذ و يحرر محضرا يبين فيه وجه الصعوبة و يتضمن دعوة من يهمهم الأمر للحضور في اقرب جلسة لدى القاضي المختص و يسلم إلى كل واحد منهم نسخة من ذلك المحضر...".

وقد اوجب المشرع في الفصل 211 جديد م م م ت على عدل التنفيذ تحرير محضر يبين فيه وجه الصعوبة وهو ما يطلق عليه تسمية "محضر الإشكال التنفيذي"، وهو يختلف عن المحضر الأول الذي يحرره عدل التنفيذ و الذي يطلق عليه عادة تسمية " محضر تلقي الإشكال".

ويتجلى الاختلاف بين المحضرين من ناحية التوقيت ومن ناحية المحتوى: فان توقيت كلا المحضرين ليس هو نفسه، فإذا كان الأول يحرر بمجرد تلقي قول مثير الإشكال و يتم الاستمرار على أعمال التنفيذ، فان ثاني المحضرين يتضمن وجه الصعوبة، ويقام في مرحلة لاحقة وهي المرحلة التي يستشكل فيها الأمر بالفعل على العدل المنفذ الأمر، فيوقف أعمال التنفيذ ويحرر محضره و يبين فيه وجه الصعوبة.

إن بيان وجه الصعوبة يتطلب من العدل المنفذ مجهودا كبيرا فليس له في ذلك مرجع تشريعي ليقيس عليه ويستنتج صحة ما ضمنه بل يتطلب جهدا تقييميا وقدرة على التحليل[29].

---

[28] القانون عدد82 لسنة 2002 المؤرخ في 3 اوت 2002.

[29]- الاستاذ عمر الشتوي : محاضرة بعنوان " الاطار القانوني للصورية في اشكالات التنفيذ "، ملتقى الهيئة الوطنية لعدول التنفيذ، نزل المشتل، 7 جوان 2001.

بعد القراءة الأولية لمقتضيات هذا الفصل يتضح لنا أن دور عدل التنفيذ يقتصر على اتخاذ بعض الإجراءات تتمثل خاصة في تحرير المحضر و مواصلة التنفيذ أو ايقافه و دعوة الأطراف للحضور في اقرب جلسة فيلعب هنا عدل التنفيذ دوره كمأمور تنفيذ. و بالتمعن يتضح لنا أن أحكام الفصل 211 م م م ت تثير بعض التساؤلات حول عبارة "إذا استشكل الأمر" و يمكن تفسيرها بان المشرع قد منح فعلا لعدل التنفيذ سلطة تقديرية في إطار أعماله تخوله حق مواصلة أعمال التنفيذ بالرغم من إثارة الإشكال. فيجوز له تبعا لذلك تقدير مدى جدية الإشكال لتقرير مواصلة التنفيذ أو تعطيله[30].

إن عدل التنفيذ بوصفه مساعد للقضاء يساهم عند تحريره محضر الإشكال التنفيذي في إعطاء شكل لغوي وصياغة منهجية للصعوبة المثارة والقاضي عند انتصابه للحكم في جدية الإشكال سوف يستعين بما حرره عدل التنفيذ. لذا فان الدقة و الوضوح و الاختصار قدر الإمكان هي خصائص لا بد أن تكون مميزة لتبيان وجه الصعوبة المثارة خاصة وان المجال لا يسمح بمزيد التدقيق باعتبار أن جلسة الحكم في الإشكال هي جلسة استعجالية وعلى ذلك الأساس فلا يمكن للقاضي الخوض في أصل النزاع لتقدير مدى جدية الإشكال.

و بالتالي فان في مرور الإشكال عبر قناة عدل التنفيذ فائدة كبيرة للمحكمة إذ ذلك سيعطيها صورة موضوعية شاملة حول خصومة تنفيذ الأحكام ويمكنها من تجميع كافة عناصر التقدير للتحقق من جدية الإشكال أو عدمها.

فهل يحق للمستشكل إثارة الإشكال التنفيذي مباشرة أمام القضاء دون سبق رفعه إلى عدل التنفيذ؟

المبحث الثاني: إثارة الإشكال التنفيذي أمام القضاء الاستعجالي

يحق للمستشكل أن يثير الإشكال التنفيذي مباشرة أمام القضاء دون المرور عبر قناة عدل التنفيذ (الفقرة الأولى) إلا انه و بموجب التنقيح الواقع لمجلة المرافعات المدنية و التجارية بمقتضى القانون عدد 82 لسنة2002 المؤرخ في 3 اوت 2002 أصبح من الضروري المرور عبر عدل التنفيذ قبل إثارة الإشكال أمام القضاء (الفقرة الثانية).

[30]- خليفة الخروبي : مدخل لدراسة طرق التنفيذ، مؤسسات بن عبد الله للنشر ص 78.

الفقرة الاولى : إمكانية إثارة الإشكال التنفيذي مباشرة أمام القضاء

وزع المشرع التونسي النظر في مسالة الإشكال التنفيذي بين رؤساء المحاكم الابتدائية و رئيس مجلس العرف و قاضي الناحية إذ نص الفصل 210 من مجلة المرافعات المدنية و التجارية انه " ينظر رئيس المحكمة الابتدائية أو من ينوبه في جميع الصعوبات المتعلقة بتنفيذ الأحكام الصادرة :

أولا : من المحكمة الابتدائية بدون أن يقع استئنافها.

ثانيا : من المحكمة الاستئنافية سواء كان الحكم صادرا بتقرير الحكم الابتدائي أو نقضه.

ويختص حاكم الناحية بالنظر في جميع الصعوبات المتعلقة بتنفيذ كافة الأحكام الصادرة منه ولو وقع نقضها من محكمة الاستئناف".

هذا الفصل يحدد بصفة حصرية القاضي المختص بالنظر في الإشكال التنفيذي ويحتوي على مبدا يمنح بمقتضاه رئيس المحكمة الابتدائية النظر في اشكالات التنفيذ ثم استثناء يختص به حاكم الناحية. لكن هذا الاستثناء ليس الوحيد من نوعه إذ أن القاضي الشغلي أيضا يختص بالنظر في توقيف تنفيذ القرارات الصادرة عنه، شرط أن يكون مكان التنفيذ، مندرجا ضمن اختصاصه الترابي[31]، فإذا لم توجد دائرة شغلية كان الاختصاص لحاكم الناحية.

هذا التمييز بالاختصاص لرئيس المحكمة الابتدائية يبرره الفقهاء بان المحكمة الابتدائية وهي محكمة الحق العام يمكن ان تعرض عليها كل المسائل المتعلقة بالتنفيذ الجبري للأحكام و السندات الاخرى.

ويمكن اعتبار الفصلين210 و211 م م م ت أحكاما عامة لإثارة إشكالات التنفيذ، أما الفصل 403 م م م ت فيتعلق بحالة خاصة أو صورة خصوصية من صور الإشكال التنفيذي ينطبق فها مبدا الاختصاص الترابي وهي الإشكال التنفيذي الاستحقاقي الذي يثيره الغير و في غير هذه الصورة تنطبق أحكام الاختصاص المقررة صلب الفصل 210 من م.م.م.ت.

إن قاضي الإشكال التنفيذي ينظر في كل الصعوبات التنفيذية الناشئة عن الأحكام التي تدخل في نطاق نظره مهما كانت درجة المحكمة التي أصدرته ابتدائية أو استئنافية أو حتى تعقيبية و يمكن

[31]-الفصل 220 م.الشغل : " يختص بالنظر في الصعوبات الناشئة عن تنفيذ قرارات دوائر الشغل كل من رئيس دائرة الشغل التابعة لمكان التنفيذ او حاكم ناحية نفس المكان عند عدم وجود دائرة شغل به ".

القول بان هذا الاختصاص هو اختصاص مطلق ويهم النظام العام و يمكن أن تتمسك به المحكمة من تلقاء نفسها.

إن الحلول التي اقرها المشرع مختلفة عما ذهبت إليه التشاريع المقارنة، فقاضي التنفيذ في القانون المصري يعين من بين قضاة المحكمة الابتدائية، لينتدب في مقر كل محكمة جزئية أو ما يعرف بمحكمة الناحية[32]، في حين انه يرأس دائرة التنفيذ بمحكمة الدرجة الاولى، في القانون اللبناني[33]، أما التشريع الفرنسي، فأوكل هذه المهمة لرئيس المحكمة الابتدائية، وخول له تفويض صلاحياته لأحد قضاة المحكمة[34].

ولئن اختلفت هذه الحلول، إلا أنها اتفقت في عدم منح الاختصاص لقاضي محكمة الاستئناف، ولعل ذلك مرده فلسفة المشرع الرامية إلى عدم حرمان أطراف النزاع من درجة من درجات التقاضي[35] .

و فيما يتعلق بمرجع نظر قاضي الإشكال التنفيذي فهناك مرجع نظر حكمي و مرجع نظر ترابي.

فمن حيث مرجع النظر الحكمي فانطلاقا من اعتبار الإشكال التنفيذي من قبيل القضاء الاستعجالي فان القاضي لا يتناول أصل الحق و يقتصر دوره على التثبت من مدى جدية الإشكال و يأمر بإيقاف تنفيذ الحكم موضوع الإشكال وإذا ما رجح جديته.

أما على مستوى الاختصاص الترابي فتأسيسا على ارتباط الإشكال التنفيذي بعملية التنفيذ فانه يكون من الأنسب و الأيسر لسير العمل القضائي أن يعهد بالاختصاص في الإشكال التنفيذي إلى نظر قاضي مكان التنفيذ بحكم كونه هو الأقرب إلى موطن النزاع[36].

أما من الناحية الإجرائية فان إتباع إجراءات معينة هو الكفيل بتوقيف تنفيذ الحكم. وبما أن القاضي الاستعجالي لا يتعهد من تلقاء نفسه بالنظر في الإشكال التنفيذي، بل أوكل القانون للعدل المنفذ حق عرض الإشكال عليه، فان المشكل الذي اثير في التطبيق يتعلق بمعرفة هل أن الغير أو المحكوم

---

[32]-الفصل 274 من قانون المرافعات المصري : " قاضي التنفيذ يكون من بين قضاة المحكمة الابتدائية ينتدب في مقر كل محكمة جزئية".

[33]-الفصل 827 من قانون اصول المحاكمات اللبناني : " تربط بمحكمة الدرجة الاولى دائرة التنفيذ يراسها القاضي المنفرد في المنطقة التابعة لها".

[34]-الفصل 12.311 من قانون التنظيم القضائي الفرنسي المنقح بقانون 09 جويلية 1991.

[35]- محسن الذوادي: المرجع السابق، ص 24.

[36]- مذكرة ختم تدريب " قاضي الاشكال التنفيذي في القانون المقارن" السنة القضائية 2000-2001، ص12.

عليه بإمكانهما أيضا القيام مباشرة أمام القاضي الاستعجالي بإثارة إشكال تنفيذي دون المرور عبر قناة عدل التنفيذ؟

قبل تنقيح الفصل 211 بموجب قانون 3 اوت 2002، كان عدل التنفيذ ينتصب بوصفه حكما يقدر أهمية الإشكال المرفوع من احد الأطراف[37] ، فله ايقاف أعمال التنفيذ و رفع الأمر إلى المحكمة، أو عدم الاستجابة إلى طلب مثير الإشكال و التمادي على التنفيذ. ولم يكن بإمكان من له مصلحة رفع الصعوبة مباشرة أمام القضاء.

و رغم أن الفصل211 م م م ت كرس بوضوح هذا الموقف، إلا أن ذلك لم يمنع من ظهور اتجاهين مختلفين:

– **الاتجاه الأول:** يعتبر أن المشرع قد جعل بموجب الفصل211 م م م ت من العدل المنفذ قناة إثارة الصعوبات التنفيذية وان الإشكال بطبيعته هو إجراء استثنائي يخضع لمبدأ التأويل و الاستعمال الضيق وفي مروره عبر قناة العدل المنفذ فائدة كبيرة للمحكمة [38] واعتبرت محكمة التعقيب ان "المشاكل التنفيذية، لا تثار إلا لدى عدل التنفيذ، وله وحده الحق في تقديمها للحاكم ذي النظر، و كل إجراءات مخالفة تكون باطلة"[39].

– **الاتجاه الثاني:** يعتبر أن الفصل211 م م م ت لم ينص على أن إثارة الإشكال التنفيذي عند التنفيذ تتوقف على العدل المنفذ المعني بالتنفيذ إذ ليس بممنوع على صاحب المصلحة ان يثير الإشكال التنفيذي وان يدعو من يهمه الأمر للحاكم ذي النظر للبت في تلك الصعوبة مباشرة ودون المرور عبر قناة عدل التنفيذ طالما توفرت مصلحته في ذلك عملا بأحكام الفصل 19 م م م ت خاصة وان الفصل 201 م م م ت قد أجاز له ذلك.

وعلى ذلك الأساس فمن حق مثير الإشكال التنفيذي أن يلتجأ مباشرة للقضاء الاستعجالي لإثارة الإشكال، كما انه إذا استمر عدل التنفيذ في التنفيذ رغم إثارة الإشكال أمامه يمكن للمستشكل أن يثير الأمر لدى

---

[37]-عبد العزيز الهمامي: "اثارة الاشكال التنفيذي في المادة المدنية و التجارية" ملتقى الاشكال التنفيذي 6 جانفي 1996 بقابس، المعهد الاعلى للقضاء، ص 24.

[38]-قرار تعقيبي مدني عدد 48670 مؤرخ في 1997/05/07، نشرية محكمة التعقيب لعام 1997، جزء اول، ص 112.

[39]-قرار تعقيبي عدد 306 مؤرخ في 1977/05/19، نشرية محكمة التعقيب لعام 1977، جزء اول ، ص 288.

القاضي المختص و تكون عندئذ سلطة القاضي في توقيف تنفيذ الحكم شبه مطلقة بما أنها تستند إلى ما يتوفر إليه من عناصر مادية و معنوية تكون فيما بينها اقتناعه بجدية الإشكال التنفيذي.[40]

وقد دأب القضاء الاستعجالي على قبول دعاوى الإشكال التنفيذي المرفوعة مباشرة ودون المرور بالعدل المنفذ المباشر لأعمال التنفيذ و ساندته في ذلك محكمة التعقيب في بعض قراراتها التي جاء بها "أن إثارة الصعوبة التنفيذية لا تتوقف على العدل المنفذ المكلف بالتنفيذ فحسب وإنما يمكن إثارتها من صاحب المصلحة الذي له أن يدعو من يهمه الأمر للحضور أمام الحاكم ذي النظر للبت في تلك الصعوبة طالما توفرت مصلحته في ذلك عملا باحكام الفصل 19 من م.م.م.ت"[41].

إن الهدف الأساسي الذي دفع بالمشرع إلى إقرار مؤسسة الإشكال التنفيذي، هو حماية حقوق قد تكون مهددة جراء تنفيذ الأحكام. إلا أن الواقع و التطبيق اثبتا أن هذه المؤسسة تحولت إلى اداة لتعطيل أعمال التنفيذ لا لحماية الحقوق من الخطر.

وقد أصبح رفع الإشكالات التنفيذية أمام القضاء الاستعجالي أمرا معهودا رغم أن مال اغلبها يكون بالرفض لعدم جديتها، مما اثر سلبا على أعمال التنفيذ وأثقل كاهل القضاء بدعاوى لم يكن الغرض منها سوى التفصي من التنفيذ.

كما انه في إثارة الإشكال التنفيذي مباشرة أمام القضاء دون أن يقع عرضه مسبقا على عدل التنفيذ خرق للمنطق الإجرائي و لمبدأ عدم الاستعمال الثنائي لمؤسستين إجرائيتين أو ما يعبر عنه بالازدواج الوظيفي الذي يوجب عدم جواز التسرع بإثارته طبقا لأحكام الفصل 201 إلا عند تعذر إثارته على أساس الفصل 211 م م م ت وحصول الرفض الكتابي من العدل المنفذ لإثارة الإشكال المعروض عليه.

ونظرا لما في الامر من خرق واضح للصيغ الشكلية الجوهرية المنصوص عليها صلب الفصل

211 م م م ت وإساءة في تأويل وتطبيق الفصل201م م م ت فلا بد من تدخل المشرع بترتيب جزاء من الإخلال بإجراء المرور بالعدل المشرف على التنفيذ عند رفع الإشكال و كذلك الترفيع في مقدار المال المؤمن لإضفاء أكثر جدية على الإشكالات التنفيذية، كما تجدر الإشارة إلى ضرورة التفكير في وضع

---

[40]- رضا الوسلاتي "الاشكال التنفيذي مذكرة لنيل شهادة الدراسات المعمقة كلية الحقوق بتونس 1995 ص53.

[41]- قرار التعقيبي المدني عدد 63536.98المؤرخ في 1998/02/17، نشرية محكمة التعقيب: القسم المدني لعام 1998 الجزء الاول، مرافعات مدنية و تجارية، ص 82.

قرار تعقيبي مدني عدد 48670 مؤرخ في 1997/05/07، نشرية محكمة التعقيب، القسم المدني لعام 1997، الجزء الاول، ص 112.

آجال لممارسة الحق في رفع الإشكال التنفيذي حتى لا يكون التنفيذ مهددا إلى آخر لحظة بإيقاف إجراءاته[42].

الفقرة الثانية: ضرورة المرور عبر عدل التنفيذ

في مرور الإشكال عبر عدل التنفيذ فائدة كبيرة للمحكمة باعتباره سيعطيها صورة موضوعية شاملة حول خصومة تنفيذ الأحكام ويمكنها من تجميع كافة عناصر التقدير للتحقق من جدية الإشكال أو عدمها و يمنع محترفي التقصي من تنفيذ الأحكام من تكييف الإشكال حسب أهوائهم و مصالحهم من خلال عدم مرورهم عبر العدل المنفذ.

وورد الفصل 211 جديدم م م ت بعد تنقيحة بقانون عدد 82 لسنة 2002 المؤرخ في 3 اوت 2002 مؤيدا لهذا الاتجاه و أضاف فقرة ثالثة تنص على ما يلي: "وإذا رفض عدل التنفيذ عرض الصعوبة على القضاء فلمثيرها أن يرفع الأمر إلى القاضي المختص بعد تامين مبلغ خمسين دينارا بقباضة المالية بعنوان معين خطية تسلط عليه في صورة رفض مطلبه. وعليه استدعاء عدل التنفيذ وكل من يهمه الأمر للحضور في اقرب جلسة لدى القاضي المختص وفي هذه الحالة يجب على العدل المنفذ تقديم ملحوظات في شان الصعوبة المثارة..."

و بالتالي فعندما يشرع عدل التنفيذ في التنفيذ يمكن لأحد الأطراف (أي احد الأطراف المشمولين بالسند التنفيذي) أو الغير ممن له مصلحة أن يقدم له إشكاله من حيث المضمون و الأساس و عندئذ يحرر عدل التنفيذ محضرا في الغرض وقد يرفض عرض الصعوبة على القضاء و يستمر في التنفيذ إن اعتبر أن الإشكال غير جدي و يمكنه استثنائيا أن يوقف التنفيذ إذا اتضح له أهمية الإشكال المرفوع.

و في صورة رفض عدل التنفيذ عرض الصعوبة على القضاء فلمثيرها أن يرفع الأمر مباشرة أمام القضاء بعد تامين مبلغ مالي قدره خمسون دينارا وعندها يكون العدل المنفذ القائم بالتنفيذ مجبرا على رفع تقرير في الغرض إلى المحكمة المتعهدة بالنظر في الإشكال التنفيذي.

---

[42]- رشيد عبد الخالق "إيقاف التنفيذ بين التقاضي الأصلي و التقاضي الاستعجالي" مقالة بالقانونية مجلة القانون العدد 33/32 أكتوبر 2007 ص 6.

وبالتالي فهناك شروط لإثارة الإشكال التنفيذي اعتمادا على الفصل 201م م م ت تتمثل في استنفاذ إمكانية إثارته على أساس الفصل211 م م م ت و إثبات عدم إمكانية ذلك بحصول الرفض الكتابي من طرف العدل المنفذ بمحضر تنبيه باستجواب أو محضر عرض إثارة إشكال.

مثلما سبق التعرض له، فإن تقدير جدية الإشكال يتطلب من العدل المنفذ مجهودا كبيرا، فليس له في ذلك مرجع تشريعي ليقيس عليه ويستنتج صحة ما ضمنه، بل يتطلب جهدا تقييميا وقدرة على التحليل، وكل هذا من شانه أن يعين القاضي في تقديره لمدى جدية الإشكال التنفيذي المعروض عليه.

الجزء الثاني: تقدير القاضي الاستعجالي لجدية الإشكال التنفيذي

لا يتقيد القاضي في تقديره لجدية الإشكال التنفيذي المعروض عليه مبدئيا بالشرط المنطبق عامة على القضاء المستعجل و المتمثل في عدم المساس بالأصل (المبحث الأول) بقدر يتقيد ببعض المعايير الخاصة بجدية الإشكال ذاتها (المبحث الثاني)

المبحث الأول: شرط عدم المساس بالأصل

يجب أن يتوفر شرط جدية الإشكال في الطلب المرفوع للقاضي الاستعجالي المختص بالنظر في الإشكال التنفيذي والمقصود بذلك أن يكون المستشكل صاحب دعوى جدية في رفع الإشكال وإثارته أمام القضاء المختص.

و تعتبر جدية الإشكال التنفيذي، شرطا أساسيا لقبول الدعوى والحكم بايقاف التنفيذ، إلا أن "القانون لم يعرف المقصود بالجدية و اعتبر الفقه و فقه القضاء أنها تقوم على فكرة حماية الحقوق المشروعة كما هو الحال في صورة تعارض منطوق السند التنفيذي مع حق الغير أو في صورة خرق القواعد المنظمة لإجراءات التنفيذ أو بروز نية الإضرار من طرف مثير الصعوبة"[43].

إن عنصر الجدية، مسالة معنوية تخضع للسلطة التقديرية المطلقة للقاضي حسب ما يمليه عليه وجدانه و ما تجمع لديه من القرائن وعناصر التقدير. وتأسيسا على ذلك، يمكن للقاضي أن يستبعد جدية الإشكال، إذا ما رفض المدعي الإدلاء بوثائق تكميلية طلبها القاضي أو العدل المنفذ، كان تدعي امرأة استحقاق المعقول بناء على استظهارها بباتيندة أو رخصة تجارة، و لكنها ترفض الإدلاء بما طلب منها من وثائق جديدة كمضمون ولادتها لتحديد علاقتها بالمعقول عليه أو بسند وجودها بالمحل المعقول فيه كعقد الكراء أو حجة الملكية، أو كان يرفض الأب مدعي الاستحقاق أن يرشد على مسكن ابنه المعقول عليه و الحال انه ي يدعي انه لا يقيم معه، أو أن يدعي مثير الإشكال حصول غلط في اسمه و يتعمد إحداث تغييرات ماكرة عليه دون أن يحضر أو يثبت بصورة فعلية الوجود المادي للشخصين الواقع الالتباس في اسمهما.

[43]- رضا الوسلاتي"الاشكال التنفيذي" رسالة لنيل شهادة الدراسات المعمقة في القانون الخاص، كلية الحقوق و العلوم السياسية بتونس ، السنة الجامعية 1995/1994.

ويقوم القاضي عند تقديره لمدى جدية الإشكال المعروض عليه، بتمحيص السبب الذي يرتكز عليه القائم بدعوى صعوبة التنفيذ وبناء على ما تجمع لديه من القرائن وعناصر التقدير يحكم بجدية الإشكال من عدمه. ويترتب عليه أن إهمال البحث في جدية المنازعة يجعل القرار الاستعجالي الصادر فيها عرضة للنقض. وقد ذهبت محكمة التعقيب في هذا الاتجاه حيث ورد في احد قراراتها ما يلي : "إن المطلوب من محكمة الموضوع المنتصبة للنظر استعجاليا في مادة إشكالات التنفيذ أن تقيم في مثل قضية الحال مدى جدية الإشكال المعروض عليها وان تبت في المطلب على ضوء ذلك وان إهمال جدية الإشكال يعرض حكم محكمة الموضوع للنقض و عنصر الجدية مسالة معنوية تخضع للسلطة التقديرية المطلقة للقاضي حسبما يمليه وجدانه وما تجمع لديه من القرائن وعناصر التقدير"[44].

و يقتضي البحث في جدية المنازعة أن يتولى قاضي الصعوبات التنفيذية تفحص المسائل ذات الصلة بالأصل ذلك انه لا يمكن له الوقوف على مدى جدية المطلب دون ملامسة الأصل.[45]

وتبرز في هذا الإطار خصوصية هذه المادة، إذ أن قاضي الصعوبة غير مقيد مبدئيا بشرط عدم المساس بالأصل على النحو الوارد في مادة القضاء الاستعجالي العام و يعود ذلك إلى طبيعة دعاوى الصعوبات الناشئة عن تنفيذ الأحكام فيطلب فيها من القاضي إصدار قرار ذي صبغة وقتية والحال ان له مفعول حاسم تجاه القوة التنفيذية التي حازها السند المطلوب تنفيذه. فالقرار الصادر في صعوبة تنفيذية ليس مجرد قرار استعجالي وإنما هو في غالب الأحيان قرار حاسم يتسلط على القوة التنفيذية للسند فمن الطبيعي والحالة ما ذكر أن يتفحص القاضي المسائل المتصلة بالأصل حتى يتمكن من ترجيح أحقية رافع الصعوبة بالحماية المطلوبة من عدمها.

وقد جرى فقه قضاء محكمة التعقيب على التأكيد على هذا المبدأ في عديد قراراتها فأكدت انه " ولئن كان من ركائز القضاء الاستعجالي عدم الخوض في الأصل فان ذلك لا يمنع القاضي من تفحص الحجج و المؤيدات و فهمها للوقوف على جدية الطلب و استخلاص النتائج القانونية منها" كما اعتبرت ان" تفحص محكمة الموضوع لعقد التسويغ ومقارنتها للعنوان المذكور بالتنبيه مع العناوين الموجودة بالعقد فان ذلك كان بغرض بيان جدية النزاع حول صحة التنبيه"[46] كما اعتبرت ان " النظر في حجية الكتب المدلى به و حجية الحكم المثار بشأنه الإشكال و الوقوف على طبيعة العقار المتنازع فيه و القانون المنظم له لا

---

[44]- قرار تعقيبي مدني عدد 16329 مؤرخ في 1986/09/10 نشرية محكمة التعقيب، القسم المدني، الجزء2 ، ص163 سنة 1986.

[45]- مراد اسكندر " الاختصاص الاستعجالي في مادة التنفيذ" مجموعة لقاءات الحقوقيين العدد الثالث عشر " القضاء الاستعجالي" تونس 2008 ص 236.

[46]- قرار تعقيبي مدني عدد 2411 مؤرخ في 2005/10/20، نشرية محكمة التعقيب لسنة 2005 ، قسم المرافعات المدنية و التجارية، ص71.

يشكل مساسا بالأصل وإنما استقراءات ضرورية لتحديد كيفية حماية حقوق الأطراف و التثبت من مدى جدية الإشكال التنفيذي"[47]

لكن يجدر التأكيد في ذات الوقت على انه رغم تفحص القاضي لمسائل ذات المساس بالأصل فلا يجوز له ان يبت فيها وإنما يقف عند حد "الترجيح" بشأنها وهو ترجيح يعتمد على مجرد الظاهر دون التعمق في البحث[48]. من ذلك مثلا ان النظر في إجراءات العقلة التنفيذية هو مسالة أولية لا يجوز للقاضي التغافل عنها حتى يتمكن من الوقوف على مدى جدية المطلب، لكن يحجر عليه أن يصدر أحكاما تقريرية تهم أصل النزاع كالحكم ببطلان إجراءات العقلة أو رفعها أو غير ذلك [49]، إذ الغاية من ملامسة الأصل هي معرفة ما إذا كان رافع الصعوبة جدير بالحماية الوقتية أم لا و بالتالي هل يقضى بالتمادي في التنفيذ أم بايقافه.

وفي هذا الإطار اعتبرت محكمة التعقيب انه"يؤخذ من نص الفصل201 م م م ت أن مناط القضاء الاستعجالي إنما هو التأكد و عدم المساس بالأصل و بناء على ذلك تكون قد ولجت في الأصل لما بتت في الدعوى على أساس أن الدين الذي اجريت بمقتضاه العقلة و تاريخه بالنسبة لوقوع البيع وسوء نية المعقب و تواطئه مع المحكوم ضده و ذلك خارج عن نظر القاضي الاستعجالي واعتبرت انه " طالما ان محتوى الإشكال الذي رفعه المعقب هو ضرب عقلة عقارية على عقاره ولم تصبح بذلك علاقة بين الدين و موضوع العقلة فان دفعه يصبح قانونيا وان محكمة الحكم المنتقد لما رات خلاف ذلك بخصوصها في مسائل خارجة عن اختصاصها تكون قد خالفت القانون و عرضت قرارها للنقض"[50].

كما اعتبرت محكمة التعقيب في احد قراراتها انه" بالرجوع الى القرار المطعون فيه ان المحكمة اعتبرت بان ملكية الأصل التجاري المستغل بمحل التداعي ثابت للمعقب ضده وان انتقال ملكية المكرى

[47]-قرار تعقيبي مدني عدد 4025 مؤرخ في 2004/11/17، نشرية محكمة التعقيب القسم المدني لعام 2004 الجزء الاول مرافعات مدنية و تجارية ، ص 129.

[48]-احد خليل، طلبات وقف التنفيذ امام محكمة التنفيذ و محاكم الطعن في المواد المدنية و التجارية, الاسكندرية ، دار الجامعة الجديدة للنشر الاسكندرية، 1996، ص 158.

[49]- وهذا ما ذهب اليه حاكم ناحية اريانة بمناسبة النظر في صعوبة تنفيذية عدد 246 بتاريخ 2004/11/22 الذي قضى" ابتدائيا استعجاليا ببطلان اجراءات العقلة التنفيذية المجراة بموجب المحضر عدد 516 بتاريخ 2004/11/02 بواسطة عدل التنفيذ محمود الزروقي و الاذن برفعها عن السيارة المحجوزة بالمستودع البلدي مع الاذن بالتنفيذ على المسودة".

[50]-قرار تعقيبي مدني عدد 54284 مؤرخ في 1997/04/30، نشرية محكمة التعقيب القسم المدني، الص 303.

للطاعن لا تأثير لها لان ملكية الجدران هي مستقلة عن ملكية الأصل التجاري و تكون بذلك قد بتت في أصل الحق وهو ما لا يمكن أن يمتد إليه نظرها مما يجعل قرارها بمنأى عن الصواب و خارقا لأحكام الفصل 201 م م م ت [51].

وبناءا على ذلك فان القاضى غير مقيد بمبدأ عدم المساس بالأصل في تقديره لجدية الإشكال التنفيذي المعروض عليه، إلا انه، و حتى لا تتغير الحلول القانونية بتغير شخص القاضي الموكولة له مهمة تقدير جدية الإشكال التنفيذي، وجب عليه التقيد بطريقة موضوعية واحدة في البحث عن الجدية من عدمها. وفي تقيد القاضي ببعض المعايير الخاصة بجدية الإشكال ذاتها التزام بنفس التمشي القانوني كلما تعلق الأمر بإشكال تنفيذي، وفي ذلك ضمان لعدم تغير الحلول من قاض إلى آخر.

المبحث الثاني: تقيد القاضي بمعايير في تقديره لجدية الإشكال التنفيذي

لقد أعطى المشرع للقاضي حرية واسعة في تقديره لمدى جدية الإشكال التنفيذي المطروح عليه، غير أن فقه القضاء و بحكم استيعابه لعديد الحالات الواقعية ارسى معاييره.فيبحث القاضي الذي ينظر في مدى جدية الإشكال التنفيذي عن عيوب معينة تواجه شكل **(الفقرة الاولى)**أو موضوع **(الفقرة الثانية)** إجراءات التنفيذ.

الفقرة الاولى : المعايير المعتمدة في تقدير العيوب الشكلية:

[51]-قرار تعقيبي مدني عدد 41416 مؤرخ في 1994/01/17، نشرية محكمة التعقيب: القسم المدني لعام 1994، ص 97.

يبحث القاضي الذي ينظر في الإشكال التنفيذي، عن عيوب قد تواجه شكل إجراءات التنفيذ و يعبر عنها بالعيوب الشكلية، فيتمعن القاضي في العناصر الواقعية والقانونية المكونة للإشكال التنفيذي المعروض عليه ليقدر جديته من عدمها.

ومن ضمن العيوب الشكلية التي قد تواجه إجراءات التنفيذ ما يمس بالاستدعاء **(أ)** ومنها ما يمس بعريضة الدعوى **(ب)** ومنها ما يمس بالإعلام بالحكم **(ج)** وفي كل هذه الحالات يعتمد القاضي معايير تسهل له مهمة "الترجيح".

أ/ التحيل في بلوغ الاستدعاء:

قد يثير المدعى عليه أو المستشكل إشكالا تنفيذيا يتعلق بتعرضه للتحيل في بلوغ الاستدعاء اليه باعتبار انه لم يبلغه أي استدعاء للجلسة و بالتالي فانه لم يكن على علم بالقضية المرفوعة ضده ولم يحضر في أي طور من أطوارها.

وقد نص المشرع على هذه الحالة صلب الفصل 11 مكرر م م م ت اذ جاء به "يعاقب بالسجن مدة عام كل من يتحيل لغاية عدم بلوغ المحاضر و الاستدعاءات".

فيحكم القاضي بجدية الإشكال التنفيذي كلما تبين له إمكانية تعرض المستشكل للتحيل في استدعائه و يكون على هذا الأخير القيام بقضية في الغرض للحسم في جريمة التحيل.

وكلما رجح القاضي جدية تعرض المستشكل لعملية التحيل حكم بجدية الإشكال التنفيذي المعروض عليه.

ب/ بطلان عريضة الدعوى:

قد يتمسك المستشكل ببطلان عريضة الدعوى التي صدر في شانها الحكم موضوع التنفيذ.

وقد بين المشرع صلب الفصل 70 م م م ت التنصيصات الواجب توفرها صلب عريضة الدعوى وتطرق بعد ذلك في الفصل 71 م م م ت إلى المبطلات ونص على ما يلي:"تبطل عريضة الدعوى :

أولا: إذا وقع فيها خطا أو نقص في بيان اسم و لقب المدعى عليه أو المحكمة أو تاريخ الجلسة أو إذا لم تقع مراعاة مواعيد الحضور،

ثانيا: إذا لم يقع التنبيه على المدعى عليه بما أوجبته الفقرة الثانية من الفصل 70 أو لم تبلغ إليه نسخة من مؤيدات الدعوى..."

و على ذلك الاساس فان الحكم الذي يصدر ضد شخص معين و يتبين عند الشروع في التنفيذ عليه انه غير الأول من حيث هويته وما إلى ذلك فيكون التنفيذ مستحيلا و متعذرا...[52].

ج/ بطلان محضر الإعلام بالحكم:

يمكن أن يرفع الإشكال بناء على ان السند التنفيذي لم تتخذ بشأنه مقدمات التنفيذ مثل عدم الإعلام به بصورة قانونية. إذ ينص الفصل 287 من م.م.م.ت على انه" يعلم العدل المنفذ المحكوم عليه بالحكم الذي طلب منه تنفيذه ويضرب له أجلا قدره عشرون يوما بداية من الإعلام للاذعان إلى الحكم و تباشر عمليات التنفيذ عند انتهاء هذا الأجل"

و قد يثير المستشكل عند تنفيذ عدل التنفيذ للحكم الصادر ضده، إشكالا تنفيذيا يتعلق ببطلان محضر الإعلام بالحكم، فيقدر القاضي مدى جدية الإشكال المعروض عليه و لا يتردد في التصريح بجدية الإشكال كلما اتضح له أن الإعلام بالحكم لم يكن بالعنوان الصحيح للمدعى عليه. و أساس ذلك أن الالتجاء للتنفيذ الجبري لا يكون

إلا بعد استيفاء اجل الإذعان بالحكم حتى يتسنى للمدين معرفة ما هو ملزم بادائه لعله يمارس حق الطعن فيه او يفي بالتزاماته تلقائيا واختياريا دون حاجة إلى اللجوء إلى التنفيذ الجبري.

و طبقا لمقتضيات الفصل 285 م.م.م.ت فان "وسائل الطعن المعطلة للتنفيذ لا يترتب عنها هذا التعطيل إلا إذا استعملت في الأجل القانوني" إلا أن هذه القاعدة ليست مطلقة، فإذا قام المحكوم عليه باستئناف الحكم بعد انقضاء الأجل الساري بداية من تاريخ الإعلام بالحكم المبلغ لغير شخصه وفقا للفقرتين 2 و3 من الفصل 8 م.م.م.ت ، وتمسك بصحة استئنافه شكلا و بوجاهة تمتعه بايقاف التنفيذ بقوة القانون بناء على طعنه في صحة محضر الإعلام الذي يعتبره باطلا مثلا لكونه غادر عنوانه المعتمد بالحكم و نشر إعلانا بالرائد الرسمي في انتقال مقره و له مراسلات مع خصمه بالعنوان الجديد، أمكن لهذا المحكوم عليه أن يرفع دعوى الإشكال التنفيذي لطلب ايقاف التنفيذ مؤقتا ثم يقوم بقضية أصلية في بطلان محضر الإعلام.[53]

[52]-قرار استئنافي استعجالي صادر عن محكمة الاستئناف ببنزرت في القضية عدد 3014 بتاريخ 20 جانفي 2003.
[53]-عمر الشتوي: "الاشكال التنفيذي"، القضاء و التشريع عدد 10 لسنة1993 ص20.

وإذا بين المستشكل صحة ادعاءاته، رجح القاضي جدية الدفع وحكم بجدية الاشكال التنفيذي ويكون على المستشكل القيام بقضية في الاصل في الاجال القانونية.

وبات من الواضح ان القضاء لا يتردد في التصريح بجدية الإشكال، وفي قبول توقيف التنفيذ إذا لم يقع إبلاغ المطلوب بعنوانه الصحيح[54] ، أو إذا تم إعلامه بمقر لم تعد له به أية صلة، بعد انتهاء نيابة المحامي، بموجب صدور حكم استئنافي[55]، وهو حل يستند إلى أهمية التبليغ، فهو حجر الزاوية في كل قضية، وقوام كل نزاع قضائي عادل، منه تستمد بقية المبادئ الإجرائية قيمتها، ومن خلاله نلمس مبدأ المواجهة بين الخصوم، كما أن القواعد العليا للعدالة ومقتضيات الحق تلزم به وتفرض وقوعه[56].

الفقرة الثانية : المعايير المعتمدة في تقدير العيوب الموضوعية:

قد يتأسس طلب توقيف التنفيذ على عيوب تواجه موضوع التنفيذ و منها ما يتعلق بحقوق المدين **(أ)** و منها ما يتعلق بحقوق الغير **(ب)**.

أ- الإشكالات المؤسسة على حقوق المدين

عادة ما يؤسس هذا النوع من الإشكالات على انقضاء الدين بسبب من الأسباب الجائزة بالفصل339 من م.ا.ع مثل خلاص الدين أو المقاصة أو التجديد أو الرهن أو العرض القانوني للمال موضوع الدين من طرف المدين. كما قد يستند على أن التنفيذ يقع على أساس دين غير حال أو غير مقدر.

وفي جميع هذه الحالات يتفحص القاضي الإشكال ويقدر جديته ليقضي بايقاف التنفيذ على أساس قبول الإشكال المؤسس عليه.

ويحكم القاضي بجدية الإشكال التنفيذي المعروض عليه إذا تبين له أن الدين ثابت بالخلاص و" تكون قد عللت حكمها تعليلا سليما محكمة الحكم المنتقد لما اعتبرت الصعوبة في تنفيذ القرار الاستئنافي قائمة

---

[54]- حكم ابتدائي استعجالي صادر عن المحكمة الابتدائية بتونس تحت عدد 2002/6235 مؤرخ في 2003/02/07، غير منشور.
[55]- حكم ابتدائي استعجالي صادر عن المحكمة الابتدائية بتونس تحت عدد 2003/9844 مؤرخ في 2003/04/28، غير منشور.
[56]-حنان بو قطاية " توقيف تنفيذ الاحكام في المادة المدنية و التجارية " ، رسالة لنيل شهادة الدراسات المعمقة في القانون الخاص، 2002-2003، ص 23.

بناءا على أن الخلاف المرتب للصعوبة نشا بما نسب لمستصدر الحكم من استيفاء ذلك الدين الثابت بالخلاص بغيره"[57] .

وقد يتأسس الإشكال التنفيذي على عدم تحديد القيمة الحقيقية للمنقولات. والمقصود بالمنقولات الهامة موضوع سند تنفيذي، المنقولات الباعثة على التفكير و التأمل و التدبر[58]، و ان عدم انتداب خبير لتحديد قيمتها يترتب عنه توقيف تنفيذ الحكم الى حين اجراء الاختبار المنصوص عليه بالفصل 394 مكرر م.م.م.ت .

وبالتالي فقد يثير المستشكل ان القيمة الحقيقية للمنقولات موضوع العقلة التنفيذية لم يقع تحديدها و رد فقه قضاء على هذا الإشكال بان " عدم انتداب خبير لتحديد قيمة آلات الخياطة يترتب عنه توقيف الحكم إلى حين إجراء الاختبار المنصوص عليه بالفصل 394 مكرر م م م ت"[59].

كما قد يدفع المستشكل بان الحكم المراد تنفيذه لم يحدد مبلغ الدين و بالتالي فلا يمكن عقلة اي منقولات إلى أن يتم تحديد مبلغ الدين[60].

وقد يتأسس الإشكال التنفيذي على ان المعقول موضوع التنفيذ يتمثل في منقولات مكونة للعنصر المادي للأصل التجاري وأن الحفاظ على وحدة الأصل التجاري يتطلب تعطيل تنفيذ الحكم.

وبالتالي فإذا تبين أن المعقول يتمثل في آلات لتكرير الزيت وهي أساسية لنشاط المصنع بحيث يتلاشى الأصل التجاري في صورة بيعها بمعزل عن بقية عناصره [61]، أو إذا اتضح أن آلات خياطة الملابس تكون العنصر المادي للأصل التجاري مما يفقده قيمته إذا تم بيعها على حدة [62]، يحكم القاضي بجدية الإشكال التنفيذي المعروض عليه.

وقد يثير المستشكل إشكالا تنفيذيا عند تنفيذ المتسوغ بواسطة عدل تنفيذ لحكم يقضي بالزام المالك بان يدفع له غرامة الحرمان نتيجة إخراجه من المكرى.

---

[57]- قرار تعقيبي مدني عدد 48670مؤرخ في 07 ماي 1997 ، نشرية محكمة التعقيب 1997 ج1 ص 112.

[58]- عمر الشتوي الجديد في العقل التنفيذية دورة دراسية حول " العقل حسب التنقيحات الحديثة" في 2002/11/28 بالمعهد الاعلى للقضاء ص2.

[59]- حكم ابتدائي استعجالي صادر عن المحكمة الابتدائية بتونس عدد 8186 /2003 مؤرخ في 03/06/ 2003 غير منشور.

[60]- حكم ايتدائي استعجالي صادر عن المحكمة الابتدائية بتونس عدد 93158 مؤرخ في 2010/11/20 غير منشور.

[61]- حكم ابتدائي استعجالي صادر عن المحكمة الابتدائية بتونس عدد 2003/7858 مؤرخ في 2003/03/07 غير منشور.

[62]- حكم ابتدائي استعجالي صادر عن المحكمة الابتدائية بتونس عدد 2003/7009 مؤرخ في 2003/03/07 غير منشور.

وبالرجوع إلى فقه القضاء يتضح ان القاضي يقدر مدى جدية هذا الإشكال بالرجوع إلى معايير يستقرءها من خلال ملابسات الدعوى و من ظاهر المستندات المقدمة و من ضمنها: تجدد او استمرار العلاقة التسويغية ، بقاء المتسوغ بمحل النزاع، قبول المالك لمعينات الكراء بعد صدور الحكم، تراجع المالك في تنهية العلاقة التسويغية، مغادرة المتسوغ للمكرى، ... و استنادا إلى هذه المعايير يحاول القاضي الكشف عن صحة ما يدعيه المستشكل و يحكم القاضي بجدية الإشكال من عدمها وكان السلطة التقديرية التي يتمتع بها أصبحت مقيدة بمعايير مما يضيق من مجال حريته.

فإذا ما اتضح من خلال ظاهر المستندات المقدمة " استمرار المكتري شاغلا للعين عدة أشهر بعد صدور الحكم" و " عرض المكتري مال معينات الكراء بعد صدور الحكم بأشهر عديدة" و " قبول المالك لمعينات الكراء" و " إعلام المالك لخصمه بانه تراجع في التنبيه المؤسس على الحكم الصادر بالتعويض" فان ذلك من شانه "أن يثير إشكالا قانونيا حول اتفاق الطرفين ضمنيا في خصوص تجديد العلاقة " و على ذلك الأساس اعتبرت المحكمة الإشكال جديا [63].

إن فقه القضاء اعتمد معيار " تجدد العلاقة التسويغية بعد صدور الحكم " للتصريح بجدية الإشكال من عدمها فإذا ما تبين للقاضي استمرار العلاقة التسويغية، قضى بجدية الإشكال المعروض عليه [64]، وإذا تبين له من ظاهر المستندات أن المتسوغ قد غادر المكرى و بالتالي فان العلاقة التسوسغية قد انقطعت، صرح بعدم جدية الإشكال[65] .

إلا انه وفي خصوص العلاقة التسويغية فان النكول (عن الموفق المصرح به أمام المحكمة المتمثل في رفض تجديد العلاقة التسويغية) حق استثنائي قيد المشرع ممارسته بأجل خمسة عشر يوما من تاريخ صدور الحكم (الفصل 30 من قانون 1977/05/25) وإذا تم العدول عن رفض تجديد الكراء بعد المدة المحددة فان إثارة الإشكال التنفيذي على أساس تواصل العلاقة الكرائية وعلى أساس ممارسة حق النكول في الآجال لا تكتسي أي جدية تحتم تعليق التنفيذ[66] .

ب- الإشكالات المؤسسة على حقوق الغير

[63] قرارا تعقيبي مدني عدد 74078 مؤرخ في 17 جانفي 2000 نشرية محكمة التعقيب القسم المدني لعام 2000 الجزء الثاني مرافعات مدنية و تجارية ص 209 الى 214.

[64]-قرار تعقيبي يمدني عدد 46624 مؤرخ في 1997/04/16، نشرية محكمة التعقيب، القسم المدني لعام 1997، الجزء 2، ص194.

[65]-قرار تعقيبي مدني عدد 61132 مؤرخ في 1997/12/17، نشرية محكمة التعقيب لعام ، القسم المدني ، ص 176.

[66]- قرار استئنافي مدني صادر عن محكمة الاستئناف بنابل عدد 1824 مؤرخ في 2001/05/24 غير منشور.

قد يحدث أن يتم التنفيذ على مال تعلقت به حقوق للغير فعقد الرهن الذي تمسك به المستشكل يتيح الحكم بجدية الإشكال و بايقاف التنفيذ[67]. إلا أن الإدلاء بعقد تسويغ لا يمثل سببا جديا إذا لم يشر العقد إلى ملكية المسوغة للأصل التجاري وإذا أكد المطلوب انه قام بتسويغه لشخص آخر[68] .كما أن التمسك بعقد بيع لا يسمح بتعطيل أعمال التنفيذ إلا إذا قدم الغير أو من ينوبه ما يفيد ملكيته للمنقولات موضوع العقلة[69] أو إذا أدلى بعقد إحالة الأصل التجاري و الاشهارات الواردة إثره و شهادة التسجيل الجبائي [70].

إن عديد الأحكام الاستعجالية تقضي بجدية الإشكال التنفيذي و تأذن بتوقيف التنفيذ إذا تم الإدلاء بفاتورات شراء و ذلك دون التفات إلى دفوعات الخصم حول الطعن في صحتها معللة موقفها بان الإجابة عنها تتطلب استقراء حجج الأطراف من قبل محكمة الأصل[71] .

كما قد يتأسس طلب توقيف تنفيذ عقلة منقولات على استحقاق المستشكل لتلك المنقولات، فتقضي المحكمة بجدية الإشكال التنفيذي و بايقاف أعمال التنفيذ إلى إن يتم النزاع في الاستحقاق كلما رجحت حضوض قبول الدعوى الاستحقاقية أصلا. و بالرغم من صدور حكم ابتدائي يقضي برفض دعوى الاستحقاق، فقد يعتبر القاضي الإشكال جديا و يبرر قضاءه بان "الحكم في عدم استحقاق المعقول ابتدائي الدرجة و لم يقع تقديم ما يفيد كونه نهائي و أحرز على قوة ما اتصل به القضاء"[72].

و إذا حكم القاضي بجدية الإشكال كان على المستشكل القيام بقضية في الأصل لإثبات استحقاقه لتلك المنقولات " فتقدر المحكمة الأدلة و تستخلص النتائج القانونية منها و لا رقابة عليها في ذلك متى كانت عناصر اجتهادها مستمدة مما له أصل ثابت بالأوراق ما لم يكن هناك ضعف في التعليل أو خرق للقانون" [73] و عندما تنتهي المحكمة إلى عدم استحقاق تلك المنقولات فيمكن للدائن مواصلة أعمال التنفيذ.

كما تقضي المحكمة بجدية الإشكال التنفيذي في طلب توقيف عقلة منقولات ولو تم الإدلاء بفاتورات شراء تم الطعن في صحتها من طرف الخصم معللة موقفها بان الإجابة عنها تتطلب استقراء حجج الأطراف من قبل محكمة الأصل [74].

---

[67]- حكم ابتدائي استعجالي صادر عن المحكمة الابتدائية بتونس عدد 6900 /2003 مؤرخ في 2003/02/03 غير منشور

[68]- حكم ابتدائي استعجالي صادر عن المحكمة الابتدائية بتونس عدد 8249 /2003 مؤرخ في 2003/03/06 غير منشور

[69]- حكم ابتدائي استعجالي صادر عن المحكمة الابتدائية بتونس عدد 8757 /2003 مؤرخ في 2003/04/11 غير منشور

[70]- حكم ابتدائي استعجالي صادر عن المحكمة الابتدائية بتونس عدد 7152 /2003 مؤرخ في 2003/03/06 غير منشور

[71]- حكم ابتدائي استعجالي صادر عن المحكمة الابتدائية بتونس عدد 7674 /2003 مؤرخ في 2003/03/01 غير منشور

[72]- قرار تعقيبي مدني عدد 53062 مؤرخ في 1997/05/21، نشرية محكمة التعقيب، القسم المدني، ص 254.

[73]-قرار تعقيبي عدد 5696-2000 مؤرخ في 2001/04/20 (غير منشور) **********

[74]-حكم ابتدائي استعجالي صادر عن المحكمة الابتدائية بتونس تحت عدد 2003/7674 مؤرخ في 2003/03/01، غير منشور.

وعلى ذلك الأساس أكدت محكمة التعقيب في إحدى قراراتها انه "إذا كان النزاع يتعلق باستحقاق معقول فان دور القاضي الاستعجالي يكون مقصورا على النظر في جدية الصعوبة التنفيذية المعروضة لديه من عدم جديتها وهل ان ما وقع تقديمه من الوثائق يفيد جدية دعوى استحقاق المعقول من طرف مثير الصعوبة الاولى وعلى ضوء ذلك يتم البت في القضية اما لصالح الدعوى او برفض المطلب و ذلك حسب مقتضيات الفصل 403 من المجلة المذكورة و ليس للمحكمة ان تبحث وراء اثبات ملكية المعقول من عدمه"[75] .

وبالتالي فان القاضي يقوده معيار يتمثل في امكانية استحقاق المنقول لمثير الإشكال وكلما تبين له ان الحجج تؤيد استحقاق المنقول كلما كان حكمه بجدية الإشكال المثار امامه.

الخاتمة

إن إرساء اغلب التشريعات لمؤسسة الإشكال التنفيذي، يبرز بدون أدنى شك الأهمية النظرية و التطبيقية لهذا الإجراء، إذ لا يكاد يخلو نظام قانوني من التعرض إليه و لا يكاد يخلو فقه قضاء من التطرق إلى صوره و آثاره.

[75]- قرار تعقيبي مدني عدد 23209 مؤرخ في 1989/07/03 م.ق.ت عدد9 لسنة 1991 ص 94.

ممـا لا شـك فيـه ان رغبـة المشـرع تتجـه بكـل جـلاء نحـو تحسـين إجـراءات التنفيـذ فـي خـط مـوازي للنسـق العـام لتحـديث المنظومـة القانونيـة عمومـا وهـو مـا املتـه التغييـرات الجذريـة التـي يشهدها الواقع بكل تفاعلاته داخليا و دوليا.

ويعبر تنقيح مجلة المرافعات المدنية و التجارية عن إرادة واضع القانون في جعل عمل التنفيذ محاطا قدر الإمكان بالضمانات الكفيلة لحماية حقوق جميع المتداخلين في اجراءات التنفيذ.

وتتمثل أهم انعكاسات ذلك في الموضوعات التي شملها التنقيح و من بينها بصفة خاصة إشكالات التنفيذ التـي ظلـت طـويلا محـور جـدل فقهـي كبيـر تركـز علـى عـدة عناصـر أهمهـا دور عـدل التنفيـذ فـي رفـع إشكالات التنفيذ ومدى أحقية غير العدل المنفذ في رفع الإشكالات.

وتبين لنا أن الإشكال التنفيذي رغم خطورته كمؤسسة إجرائية تتموقع في مرحلة حاسمة من مراحل إسداء الحقوق لأصحابها، فإنها مؤسسة غير متضحة المعالم، وغير مكتملة المقومات وهو واقع ينطبق على القوانين المقارنة بقدر ما ينطبق على القانون التونسي. و هو ما يتجسد في الواقع بقلة المؤلفات التي اختصت بالبحث في إشكالات التنفيذ إذ ليس أيسر من إحصائها، وهي في اعتقادي إحدى الدلائل القوية على أهمية البحث في هذه المؤسسة وهي أهمية نظرية و تطبيقية.

إن الأسباب التي تبرر رفع الإشكال التنفيذي متعددة ومختلفة لاختلاف اسسها التي تعكس من جهة سعي المدين للحصول على حكم يوقف تنفيذ سند معين والتي تقابلها من جهة اخرى دفوع يعتمدها الدائن عادة للتوصل إلى الحصول على إذن بمواصلة التنفيذ وبين هذا وذاك يبقى للقاضي الاستعجالي المكلف بالنظر في الإشكال سلطة تقديرية للنظر ولو بصفة مؤقتة والحكم سواء بمواصلة التنفيذ أو بايقافه.

يتولى القاضي المختص بالنظر في الإشكال التنفيذي تقدير مدى جديته وهي مسالة واقعية موكولة إلى مطلق اجتهاده بشرط التعليل و التبرير. فإذا رأى القاضي جدية الإشكال التنفيذي المعروض عليه، فانه يأمر العدل المنفذ بإيقاف تنفيذ الحكم موضوع الإشكال، ويدعو مثير المشكل التنفيذي إلى رفع دعوى أصلية في موضوع الإشكال أمام المحكمة المختصة بنظره موضوعا في اجل يحدده في الحكم و إلا فان عدل التنفيذ يواصل أعمال التنفيذ.

وعلى هذا الأساس اعتبر البعض أن القاضي يتمتع بسلطة شبه مطلقة في تقديره لمدى جدية الإشكال المعروض عليه باعتباره يستند إلى ما يتوفر لديه من عناصر مادية و معنوية، تكون فيما بينها اقتناعه بجدية الإشكال التنفيذي[76].

إلا انه ما يمكننا استنتاجه من خلال البحث في جدية الإشكال التنفيذي أن فقه القضاء و بحكم استيعابه لعديد الحالات الواقعية ارسى معايير تقود القاضي و يحكم على أساسها بجدية الإشكال من عدمها. فمنها ما يتعلق بإجراءات التنفيذ فهي بالتالي معايير شكلية ومن ضمنها ما يمس بالاستدعاء **او** بعريضة الدعوى او بالإعلام بالحكم ...ومنها ما يتعلق بموضوع التنفيذ فهي بالتالي معايير موضوعية منها ما يمس بحقوق المدين و منها ما يمس بحقوق الغير.

في تقيد القاضي ببعض المعايير الخاصة التزام باعتماد نفس التمشي القانوني كلما تعلق الأمر بإشكال تنفيذي، وفي ذلك ضمان لعدم تغير الحلول القانونية بتغير شخص القاضي الموكولة له مهمة تقدير جدية الإشكال التنفيذي.

وتجدر الإشارة إلى ضرورة تأسيس الإشكال المثار من المحكوم عليه على وقائع لاحقة على صدور السند التنفيذي، وهو حل يجد تبريره في حجية السند المعتمد، فإذا تعلق الإشكال بوقائع سابقة لصدوره، حكم بالتمادي على التنفيذ، لأنه كان من واجبه إثارة تلك الوقائع أمام قاضي الموضوع قبل صدور الحكم ضده. كما لا يمكن أن تتناول دعوى الإشكال طلبات أو أسانيد أو دفوعات سبق إثارتها أمام محكمة الموضوع. كما لا تبنى دعوى الإشكال على تجريح في الحكم المنفذ إذ ليس لقاضي الإشكال أن يبحث عما إذا كان الحكم قد أخطا في تطبيق القانون أو فهم الواقع.

ومن الناحية العملية يمكن أن ينشا الإشكال التنفيذي في أي مرحلة من مراحل التنفيذ كما يمكن أن يكون مصدره إجراءات التنفيذ أو آجاله أو المال الذي يتسلط عليه التنفيذ.

رغم قيمة الخطوة التشريعية التي جسدها قانون 2002 هناك بعض الثغرات التي أثبتها البحث وبصفة خاصة ما يهم منها أن هذه الثغرات على قلتها فانها مؤثرة نظرا للطبيعة الإجرائية لاشكالات التنفيذ وقد تكون سببا لتدخل تشريعي لاحق يؤسس حلولا جذرية لجميع المشاكل المتعلقة بصعوبات التنفيذ وقد يكون ذلك بإحداث جهاز قضائي مختص بالنظر في هذه المنازعات.

[76]- رضا الوسلاتي: " الاشكال التنفيذي"، مذكرة لنيل شهادة الدراسات المعمقة ، كلية الحقوق بتونس، 1995، ص 53.

ليس بالضرورة أن يحكم قاضي الإشكال التنفيذي بايقاف التنفيذ أو بالتمادي عليه بل يمكن له أن يذلل بعض الصعوبات القانونية التي تعترض التنفيذ كان يأذن بانتداب خبير عدلي لمساعدة العدل المنفذ على تحديد نطاق التنفيذ بالخروج أو بالتحويز إذا اقتضت طبيعة التنفيذ ذلك.

المراجع

1- احمد الجندوبي وحسين بن سليمة "اصول المرافعات المدنية و التجارية"، نشر شركة اوربيس، سبتمبر 2001.

2- احمد خليل "التنفيذ الجبري"، منشورات الحلبي الحقوقية.

3- احمد خليل " طلبات وقف التنفيذ امام محكمة التنفيذ و محاكم الطعن في المواد المدنية و التجارية الاسكندرية " دار الجامعة الجديدة للنشر الاسكندرية، 1996.

4- اسكندر سعد زغلول " قاضي التنفيذ علما وعملا".

5- الاستاذ عمر الشتوي" الاشكال التنفيذي" القضاء و التشريع ، عدد10 لسنة 1993.

6- الاستاذ عمر الشتوي "تعليق على القانون عدد 29 المؤرخ في 1995/03/13 و المتعلق بمهنة العدول المنفذين".

7- الاستاذ عمر الشتوي محاضرة بعنوان " الاطار القانوني للصورية في اشكالات التنفيذ "، ملتقى الهيئة الوطنية لعدول التنفيذ، نزل المشتل، 7 جوان 2001.

8-اتفاقية فيانا المؤرخة في 18 افريل 1961 التي صادقت عليها الدولة التونسية بموجب القانون عدد 39 لسنة 1967 المؤرخ في 21 نوفمبر 1967. الرائد الرسمي للجمهورية التونسية لسنة 1967 صفحة 1444.

9- حسين السالمي "دروس في طرق التنفيذ" ، سنة الرابعة حقوق، كلية الحقوق و العلوم السياسية بتونس 2000-2001.

10- حنان بو قطاية " توقيف تنفيذ الاحكام في المادة المدنية و التجارية"، رسالة لنيل شهادة الدراسات المعمقة في القانون الخاص، 2002-2003.

11- خليفة الخروبي " مدخل لدراسة طرق التنفيذ"، مؤسسات بن عبد الله للنشر.

12- رضا الوسلاتي "الاشكال التنفيذي" مذكرة لنيل شهادة الدراسات المعمقة كلية الحقوق بتونس السنة الجامعية 1995/1994.

13- رشيد عبد الخالق "إيقاف التنفيذ بين التقاضي الأصلي و التقاضي الاستعجالي" مقالة بالقانونية مجلة القانون العدد 33/32 أكتوبر 2007.

14- عبد الحميد المنشاوي و عبد الفتاح مراد " المشكلات العملية في قضاء التنفيذ "، منشاة المعارف 1988.

15- عبد العزيز الهمامي: "اثارة الاشكال التنفيذي في المادة المدنية و التجارية" ملتقى الاشكال التنفيذي 6 جانفي 1996 بقابس، المعهد الاعلى للقضاء.

16- مراد اسكندر " الاختصاص الاستعجالي في مادة التنفيذ" مجموعة لقاءات الحقوقيين، العدد الثالث عشر " القضاء الاستعجالي" تونس 2008.

17- مصطفى مجدي "هوجة أحكام وراء منازعات التنفيذ الوقتية"، الإسكندرية، دار المطبوعات الجامعية 1989.

19- محسن بن سالم " قاضي الاشكال التنفيذي في القانون المقارن" مذكرة ختم تدريب ،السنة القضائية 2000-2001.