التعليق على حكم محكمة الجيزة الإبتدائية في ١٩٩٦/٩/٢٥م

بشأن

وقف تنفيذ حكم محكمة إستئناف القاهرة في ١٩٩٥/٦/١٤م

الصادر بالتفريق بين د. نصر أبو زيد وزوجته

د. أحمد عوض عبدالمجيد هندي
أستاذ قانون المرافعات المساعد - كلية الحقوق - جامعة الاسكندرية

الآية رقم (٩) من سورة النساء

رفعت القضية رقم ٥٩١ لسنة ٩٣ كلي أحوال شخصية الجيزة ، على الدكتور نصر حامد أبو زيد للتفريق بينه وبين زوجته بدعوى أنه مرتد ، من أشخاص ليس من بينهم زوجة المدعي عليه أو من له شأن خاص بهذه المسألة .

قضت محكمة الجيزة الإبتدائية بتاريخ ١٩٩٤/١/٢٧ بعدم قبول تلك الدعوى لإنتفاء صفة المدعين في رفعها إستناداً إلى أنه بصدور قانون المرافعات الحالي رقم ١٣ لسنة ١٩٦٨ ، وما تضمنه من نص في المادة ٣ " لا يقبل أي طلب أو دفع لا تكون لصاحبه فيه مصلحة قائمة يقرها القانون " ، لم يعد هناك محل لقبول دعوى الحسبة .

قضت محكمة إستئناف القاهرة في ١٩٩٥/٦/١٤ في الطعن المقدم ضد هذا الحكم بإلغاء حكم أول درجة وقبول دعوى الحسبة بالتفريق ، لثبوت ردة المستأنف ضده ، وأوضحت المحكمة أن الدفع بعدم قبول الدعوى لرفعها من غير ذي صفة لعدم وجود مصلحة مباشرة بالمستأنفين إنما هو دفع موضوعي وليس دفعا إجرائيا . وإن المسائل الموضوعية في الأحوال الشخصية والوقف تصدر الأحكام فيها طبقا لما هو مقرر في المادة ٢٨٠ من لائحة ترتيب المحاكم الشرعية التي نصت على أن أنه "تصدر الأحكام طبقا للمدون في هذه اللائحة ولأرجح الأقوال من مذهب الإمام أبي حنيفة ..." . وبالتالي يتعين إعمال الأحكام الواردة بأرجح الأقوال من المذهب الحنفي على الموضوع المطروح لعدم وجود أحكام خاصة به لا في اللائحة ولا في قوانين خاصة . ومن المقرر وفقا لأرجح الأقوال من المذهب الحنفي أن "الشهادة حسبة بلا دعوى تقبل في حقوق الله تبارك وتعالى كأسباب الحرمات من الطلاق وغيره وأسباب الحدود الخالصة حقا لله تعالى ، فيكون واجبا كفائيا أن يتقدم المكلف إلى القاضي للشهادة على حد خالص لله تعالى أو لرفع حرمة قائمة كمعاشرة مطلق بائنا بينونة كبرى لمطلقته ، أو صغرى بغير عقد جديد أو لمرتد لزوجته المسلمة

أو لكافر تزوج مسلمة وغير ذلك . والمقصود بحقوق الله تعالى وحرماته هو ما تعلق بالمصلحة العامة أو بعموم الأمة الإسلامية ونسبت إلى الله تعالى لشرفها وإتصالها بمصلحة المجتمع المسلم عامة ، تمييزاً لها عن حقوق الأفراد التي تتصل بمصلحة فرد أو أفراد على سبيل التحديد والإختصاص ، والله سبحانه مالك الملك لا يند عن ملكه شيء .

واستطردت محكمة الإستئناف موضحة أن "المصلحة في ذلك هي رفع منكر ظهر فعله أو أمر بمعروف ظهر تركه ، عملا بقول الحق تبارك وتعالى ﴿كنتم خير أمه أخرجت للناس تأمرون بالمعروف وتنهون عن المنكر وتؤمنون بالله﴾ [1] . فترك المعروف يؤذي كل مسلم وشيوع المنكرات في المجتمع أشد إيذاء له ، فكانت له مصلحة مباشرة في إقامة دعوى الحسبة . وامتدت دعوى الحسبة من النظام الاسلامي إلى القضاء الاداري في فرنسا وفي غيرها ، وعلى الأظهرلدعوى إلغاء القرارات الادارية المعيبة وبدأ القضاء المصري ينحو هذا النحو .

وبناء على ذلك إنتهت محكمة الإستئناف إلى أن دعوى التفريق تقبل من المستأنفين حسبة ، ولهم الصفة في إقامتها . وبعد أن خلصت المحكمة إلى ذلك تعرضت لموضوع الدعوى وفصلت فيه – على أساس أن الفصل في الدفع بعدم القبول هو فصل في مسألة موضوعية تتعلق بأصل الحق في الدعوى مما تكون محكمة أول درجة قد استنفدت ولايتها بالفصل في النزاع ، وذهبت – بعد استعراض الموضوع والتحقق من كتابات المستأنف ضده وعرضها على أقوال الفقهاء ، إلى أن قد إرتد عن الإسلام ، وقضت بالتالي بالتفريق بينه وبين زوجته .

طعن المحكوم عليه وزوجته في هذا الحكم بالنقض [2] بتاريخ ١٩٩٥/٨/١٢ – إستنادا إلى عدم دستورية نص المادة ٢٨٠ من لائحة ترتيب المحاكم الشرعية ،

---

(١) سورة آل عمران – الآية ١١٠ .

(٢) بالطعون أرقام ٤٧٥ ، ٤٧٨ ، ٤٨١ لسنة ٥٦ ق أحوال شخصية .

وأن الحكم المطعون فيه قد خالف القانون ، على أساس أنه إذا كان النظام القضائي الإسلامي قد إنتظم دعوى الحسبة إلا أن هذا النظام إندثر ، ولم يتضمن النظام القضائي الحديث تلك الدعوى فتكون غير قائمة ، وقد ناط القانون بالنيابة العامة مباشرة الدعوى العمومية ، وعهد للمدعي العام الاشتراكي بصون وحماية قيم المجتمع ، ويقتصر دور المدعي في دعوى الحسبة على إقامتها أو مجرد الإبلاغ .

وأصدرت محكمة النقض في ١٩٩٦/٨/٥ حكمها برفض هذه الطعون ، موضحة أنه إذ لم تكن توجد قواعد قانونية خاصة تمنع أو تقيد من إقامة دعوى الحسبة في الوقت الذي رفعت فيه هذه الدعوى حتى صدور حكم نهائي فيها من محكمة الموضوع ، فإنه يتعين الرجوع في شأنه قبولها إلى الراجح من مذهب الإمام أبي حنيفه ، وأن دعوى الحسبة لا تخضع لشرط الإذن أو التفويض من ولي الأمر ، تكون فرض عين على المسلم القادر عليها إذا لم يقمها غيره في شأن أمر لا يعلم به إلا هو ، وبالتالي تكون له مصلحة في رفعها ، طالما تحققت شروط الحسبة .

وقبل إصدار محكمة النقض لهذا الحكم عدلت المادة الثالثة من قانون المرافعات – بموجب القانون رقم ٨١ لسنة ٩٦ في ١٩٩٦/٥/٢٧م ، وجعل هذا القانون شرط المصلحة الشخصية المباشرة لقبول أي دعوى أو دفع أو طلب شرطا متعلقا بالنظام العام ، ونص على أن ينفذ هذا القانون على جميع الدعاوي والطعون المنظورة أمام كافة المحاكم . ونظم القانون رقم ٣ لسنة ١٩٩٦ دعوى الحسبة بأن أسند سلطة رفعها إلى النيابة العامة فقط ، فليس لأي شخص صفة في رفع تلك الدعوى ، وإنما يقتصر دوره على مجرد إبلاغ النيابة بالوقائع .

ورفضت محكمة النقض تطبيق هذين القانونين على الطعون المنظورة أمامها موضحة أن القانون الجديد يطبق بأثر مباشر على الوقائع والمراكز القانونية التي تقع أو تتم بعد نفاذه ، ولا يسري بأثر رجعي على الوقائع السابقة عليه ، فلا يجوز أن يمس ما يكون قد انقضى من مراكز قانونية في ظل القانون القديم ، وأن الدعوى

تخضع من حيث شروط قبولها وإجراءاتها للقانون الساري وقت رفعها . وأعلنت محكمة النقض أنه إذا كان القانون الجديد رقم ٨١ لسنة ٩٦ الجديد يوجب على جميع المحاكم – بما في ذلك محكمة النقض – أن تقضي من تلقاء نفسها بعدم قبول الدعوى إذا لم تتوافر شروط المصلحة فيمن أقامها ، إلا أنه لا يتصور هذا القضاء إلا إذا تبين أن الدعوى أقيمت إبتداء من غير ذي مصلحة أو رفع الطعن بالاستئناف أو النقض ممن لا مصلحة له فيه وفقا للقانون الذي رفعت الدعوى أو الطعن في ظله ، والثابت أن هذا القانون الجديد لم يكن موجودا وقت رفع الدعوى أو حتى عند تقديم الطعن بالاستئناف ، بل صدر بعد حجز الدعوى للحكم ، وأن القانون رقم ٣ لسنة ٩٦ لا يسري على الدعوى بأثر رجعي ، لأنه صدر إبان نظر الطعن بالنقض في الحكم النهائي الصادر فيها . وعملا بنص المادة الثانية من قانون المرافعات فإن كل إجراء تم صحيحا في ظل قانون معمول به يبقى صحيحا ، وإن صدر قانون لاحق لا يعتبره كذلك ، والدعاوي التي فصل فيها وإجراءاتها التي تمت قبل العمل بالقانون الجديد لا تخضع لأحكامه ولو لم يكن الحكم نهائيا .

واستطردت محكمة النقض موضحة أن الطعن بالنقض لا تنتقل به الدعوى برمتها إلى محكمة النقض ، وما يعرض على هذه المحكمة ليست الخصومة التي كانت مرددة أمام محكمة الموضوع ، بل ينصب هذا الطعن على محاكمة الحكم النهائي الذي صدر فيها . وانتهت محكمتنا العليا إلى أنه ما دام المشرع لم ينص صراحة في القانونين المذكورين – قانون ٨١ لسنة ٩٦ وقانون ٣ لسنة ٩٦ – على إسقاط الحكام النهائية الصادرة في شأن الحسبة ، فإنها لا تسقط بطريق الاستنتاج لما يترتب على إسقاطها من المساس بالحقوق المكتسبة منها ، بل تبقى لهذه الأحكام قوتها وحصانتها التي كفلها القانون حتى يقضي من محكمة النقض في أمر الطعن المرفوع عنها ، ولا عبرة بما تضمنته الأعمال التحضيرية للقانونين المذكورين في هذا الخصوص ، ذلك بأن من المقرر – في قضاء هذه المحكمة – أنه متى كان النص

واضحا جلي المعنى قاطعا في الدلالة على المراد منه ، فلا محل للخروج عنه أو تأويله إستهداء بالمراحل التشريعية التي سبقته أو الحكمة التي أملته أو ما تضمنته المذكرة الايضاحية من بيانات لا تتفق وصريح عبارة النص .

وبعد أن حسمت محكمة النقض بحكمها الصادر في ١٩٩٦/٨/٥ مسائل الصفة في دعوى الحسبة والسريان الزماني للقوانين الجديدة ، صدر بتاريخ ١٩٩٦/٩/٢٥ - حكم محكمة الجيزة الابتدائية - الدائرة الرابعة مستعجل - بوقف تنفيذ حكم التفريق الصادر من محكمة إستئناف القاهرة ، نتيجة إشكال قدم من المحكوم عليه بالتفريق وزوجته [1] ، بينما قضت بعدم قبول إشكال آخر قدم من أشخاص عاديين - ليس بينهم المحكوم عليه أو زوجته - بطلب وقف تنفيذ ذات الحكم ، وكان مختصما في هذا الإشكال الأخير ذات الأشخاص الذين حصلوا على حكم التفريق ، وهم لم يقدموا أي إشكال .

وأوضحت المحكمة في حكمها "محل التعليق" بوقف التنفيذ : إن قاضي التنفيذ يختص بنظر جميع منازعات التنفيذ ، ومنها المنازعة المطروحة "وقف تنفيذ حكم التفريق . وإن الأحكام الصادرة في الأحوال الشخصية تقبل التنفيذ الجبري ، لأنها تخضع - من ناحية إجراءات تنفيذها - للائحة ترتيب المحاكم الشرعية الصادرة بموجب المرسوم بقانون رقم ٧٨ لسنة ١٩٧١ - إذ تنص المادة ٣٤٥ من هذه اللائحة على أن تنفيذ الحكم بالطاعة وحفظ الولد عند محرزه ، والتفريق بين الزوجين ، ونحو ذلك ما يتعلق بالأحوال الشخصية يكون قهرا ، ولو أدى ذلك إلى إستعمال القوة ودخول المنازل .

من ناحية ثالثة ، فإن حكم محكمة النقض - الصادر في ١٩٩٦/٨/٥ - لم يعرض لخصومة التنفيذ الماثلة ، حيث لم تكن مطروحة عليه ، وبالتالي فإن نطاق هذه الخصومة يخرج عن نطاق ما قضت به محكمة النقض في هذا الحكم .

---

(١) الإشكال رقم ٢٦٧٧ لسنة ١٩٩٥ .

وإذا كانت محكمة النقض قد رفضت طلبا لوقف تنفيذ الحكم المطعون فيه ، فإن ما انطوى عليه قضاء محكمة النقض في ذلك يختلف في نطاقه وأساسه عن طلب وقف التنفيذ المطروح بموجبه هذا الإشكال ، فنطاق الطلب الأول الذي كان مطروحا على محكمة النقض هو وقف التنفيذ خلال الفترة ما بين الطعن بالنقض والفصل فيه وأساسه هو ترجيح نقض الحكم المطعون فيه بحسب تصور الطاعنين ، في حين أن أساس طلب وقف التنفيذ في الإشكال الماثل هو إنعدام صفة المستشكل ضده في تنفيذ الحكم المستشكل فيه ، ومن ثم فإن نطاق هذا الطلب لا يحده قيد زمني معين . وبالتالي فإن تصدي تلك المحكمة بوصفها قاضيا للتنفيذ – للفصل في خصومة الإشكال أمر لا خلاف عليه دون أن تكون هذه المحكمة قد تجاوزت حدودها بالاقتراب من دائرة الموضوع الذي فصلت فيه محكمة النقض إذ الحق في التنفيذ يستقل عن الحق في الدعوى .

ومن ناحية رابعة ، أوضحت محكمة الجيزة الإبتدائية أنه نظرا لإستقلال خصومة التنفيذ عن خصومة الموضوع ، لإختلافها سببا وغايةً ، فإن هذا الإختلاف يوجب بحث مدى توافر شروط صحة خصومة التنفيذ في إستقلال عن شروط صحة خصومة الحق . وأول الشروط الواجب توافرها في خصومة التنفيذ هو أن يكون لطالب التنفيذ صفة في طلب التنفيذ ، وهي صفة لا شأن لها بالصفة في خصومة الحق التي يرد عليها الزوال والتغيير والاختلاف عند التنفيذ .

واستندت محكمة الجيزة الابتدائية في تسبيب حكمها ، خامسا ، إلى أن الإشكال المقدم بطلب وقف تنفيذ الحكم النهائي بالتفريق إنما يخضع للقانون الجديد رقم ٨١ لسنة ٩٦ ، لأن الحكم المستشكل فيه صدر في ١٩٩٥/٦/١٤ – بينما صدر هذا القانون بتاريخ لاحق وهو ١٩٩٦/٥/٢٧ – وبالتالي يخضع الإشكال الماثل في تحديد أطراف الخصومة لأحكام هذا القانون . وأوضحت المحكمة أن حكم النقض في ٩٦/٨/٥ ، وقد جعل المعيار في سريان أحكام القانون رقم ٣ لسنة ١٩٩٦ على

خصومة الموضوع هو صدور الحكم المطعون فيه بالنقض وهو الحكم المستشكل فيه قبل صدور هذا القانون ، وهذا الحكم لم يجعل لذلك القانون أثر على الطعن بالنقض المطروح على المحكمة العليا تأسيسا على صدور هذا القانون تاليا لصدور حكم إستئناف القاهرة في ١٩٩٦/٦/١٤ بما مؤداه وفقا لهذا المعيار أن الخصومة التي تنشأ إستقلالاً عن خصومة الموضوع التي تناولها قضاء النقض يخضع الحكم الصادر فيها لأحكام القانون رقم ٣ لسنة ١٩٩٦ – طالما أنه يصدر في ظل العمل به ، ولم يسبق لأي طرف فيه كسب صفة من حكم سابق في ذات خصومة التنفيذ سابقة على صدور القانون رقم ٣ لسنة ١٩٩٦ . وبالتالي يسري هذا القانون على ذلك الإشكال ، ويصبح من الضروري توافر شرط المصلحة الشخصية والمباشرة في حق رافع الإشكال ، إذ تلك مسألة تتعلق بالنظام العام .

وأسست محكمة الجيزة ، أخيراً ، حكمها بوقف تنفيذ حكم التفريق ، على أن طلب المستشكلين بوقف التنفيذ إنما تأسس على أمر لاحق على صدور حكم المستشكل فيه – وهو أمر قد وقع – وهو صدور القانون رقم ٨١ لسنة ١٩٩٦ – وهو ما يدخل في سلطة قاضي التنفيذ .

من ذلك نجد أن الأسس التي استند إليها الحكم محل التعليق ، والذي قضى بوقف تنفيذ حكم التفريق ، إنما تتمثل فس ستة أسس ، تدور حول أن الإشكال في تنفيذ هذا الحكم إنما يدخل ضمن سلطات قاضي التنفيذ ، وأن الأحكام الصادرة في الأحوال الشخصية تخضع للتنفيذ الجبري ، وبالتالي يمكن الاستشكال فيها ، وأن المحكمة الجزئية لم تخالف بقضائها حكم النقض سواء في الموضوع أو في طلب وقف التنفيذ ، وأن الصفة في طالب التنفيذ أمر ضروري ومستقل عن الصفة في الدعوى ، وأن القانون الجديد ينطبق على الإشكال المطروح . وأخيرا إستندت المحكمة الجزئية إلى أن الإشكال المقدم أمامها إنما مبني على وقائع لاحقة على صدور الحكم النهائي ، ولا يعتبر طعنا في هذا الحكم .

ونتولى بتحليل كل مسألة من هذه المسائل ، على أن نبدأ بأهم مسألة منها على الإطلاق ، والتي نعتبرها بمثابة حجر الزاوية في هذا الحكم ، وهي مسألة "الصفة في التنفيذ" واختلافها عن الصفة في الدعوى ، لإستقلال خصومة التنفيذ عن خصومة الموضوع ، وبالتالي ضرورة تحق الصفة في التنفيذ لحظة طلب التنفيذ .

أولا: الصفة في التنفيذ تثبت من واقع السند التنفيذي

الصفة شروط ضروري لقبول الدعوى ، وهو ما يمكن التعبير عنه بضرورة توافر المصلحة الشخصية المباشرة ، بأن يكون رافع الدعوى هو صاحب الحق أو المركز القانوني المعتدى عليه ، وأن ترفع الدعوى على الطرف السلبي في هذا الحق أو المسئول عن تجهيله ، فلا تقبل الدعوى إلا من صاحب الحق – أو من ينوب عنه – ضد المعتدي على هذا الحق [1] . فالمصلحة – التي تعتبر الصفة أحد أوصافها – مناط الدعوى وفقا للمادة ٣ من قانون المرافعات ، وهذه القاعدة تطبق في الدعوى حال رفعها ، وعند إستئناف الحكم الذي يصدر فيها ، كما تطبق حين الطعن بالنقض [2] أي أن المصلحة شرط لقبول أي طلب أو طعن أو دفع . وطالما تحققت المصلحة في الدعوى لحظة رفعها فإنها تكون مقبولة ، ولا يحول دون قبول الدعوى زوال المصلحة بعد رفعها [3] ، كما يكفي لقبول الطعن في الحكم أن تتوافر للطاعن المصلحة في الطعن فيه عند صدور الحكم فيه ، ولا يحول دون قبوله زوالها بعد ذلك . [4]

---

(١) أنظر وجدي راغب – مبادئ القضاء المدني ١٩٨٦ – ص١٢٣ ،١٢٤، نبيل عمر – أصول المرافعات ١٩٨٦– ص٤٧٠ رقم ٤٢٩، وأحمد صاوي – شرح قانون المرافعات ١٩٨١–ص١٤٣ ، رقم ٩٠ . وكذلك انظر في ذلك المعنى – فتحي والي – الوسيط ١٩٨٦–ص٢٩٤ ، ٢٩٥ رقمي ١٩٤ و ١٩٥ .

(٢) نقض ١٩٨٠/١٢/٢٣ – طعن رقم ٩٨٩ لسنة ٤٦ ق – التعليق للدناصوري وعكاز – طبعة ٧–ص٣٥ رقم٥٣ .

(٣) نقض ١٩٨٦/٢/١٣ – طعن رقم ٩٦١ لسنة ٥٢ ق ق ، وفي ١٩٧٧/٦/٨ طعن رقم ٣٩٢ لسنة ٤٤ ق – تقنين المرافعات لمحمد كمال عبدالعزيز ١٩٩٥ ص ٩٠ – المادة ٣ .

(٤) نقض ١٩٧١/١/٦ – مجموعة النقض لسنة ٢٢ ص ٢٣ ، ١٩٧٤/٣/٢ – السنة ٢٥ ص ٤٥٥، ١٩٧٦/١/٢٣ السنة ٢٧ ص ٢١٣ ، ١٩٧٦/٦/٢٣ السنة ٢٧ ص١٤٠٥ ، ١٩٨٥/٢/٤ طعن طعن ١٥٩٨ لسنة ٤٩ ق ، ١٩٩٣/٥/١٨ – طعن ٢٠٦٩ لسنة ٦٢ ق – التقنين ص ٩٠ ، ٩١ . وكذلك نقض ١٩٨٦/١/٢٦ . طعن رقم ١٦٤ لسنة ٥١ ق "التعليق ص ٢٦ رقم ١٧ – واوضح هذا الحكم أنه إذا زالت المصلحة في الطعن قبل صدور الحكم ، فإن الطعن يصبح غير مقبول .

أما التنفيذ ، الذي هو عبارة عن الإعمال الفعلي للجزاء في القاعدة القانونية بالطرق التي نص عليها القانون [1] ، فهو مجموعة أعمال مادية ترمي إلى التحقيق الفعلي للحكم السابق صدوره ، وهو لا يتم من خلال دعوى تنظرها المحكمة ، يتم فيها حضور الخصوم والمواجهة بينهم وإبداء ما لديهم من دفوع وأوجه دفاع . إنما قد تثور إثناء عملية التنفيذ منازعات أو دعاوي تؤثر على سير تلك العملية . وتحتوي كل هذه الأعمال والإجراءات خصومة التنفيذ ، وتتميز هذه الأعمال بوحدة الغاية ، فهي تتجه جميعا إلى غاية نهائية واحدة هي اقتضاء حق الدائن جبرا ، كما تتميز بتسلسلها وإرتباطها فيما بينها بحيث تجمعها وحدة منطقية وزمنية يجعل كلا من هذه الأعمال يبدو كنتيجة لسابقها ومقدمة لما يليها . [2]

ويجب أن يتوافر في أشخاص خصومة التنفيذ شرط الصفة ، بجانب شرط الأهلية ، فطالب التنفيذ ، وهو من يطلب إجراء التنفيذ الجبري باسمه وفي مصلحته يجب أن يتوافر لديه الحق في التنفيذ الجبري ، أي أن يكون هو صاحب الحق في التنفيذ . ويجب أن يظهر هذا من السند التنفيذي ، فثبت الصفة في التنفيذ للشخص الذي يؤكد السند التنفيذي أنه صاحب الحق الموضوعي [3] . كما يجب أن تثبت الصفة للمنفذ ضده ، أي أن يكون لطالب التنفيذ الحق في التنفيذ في مواجهته [4] بموجب السند التنفيذي .

إذن الصفة في التنفيذ يجب أن تثبت في كل من طالب التنفيذ والمنفذ ضده ، من واقع السند التنفيذي . فالصفة المطلوبة في طالب التنفيذ هي الصفة المتوافرة لديه

---

(1) عبدالخالق عمر - مبادئ التنفيذ - طبعة ٤-١٩٧٩ - ص ٥ .

(2) وهاتان الميزتان تؤديان إلى إمكان اعتبار جميع الأعمال المكونة لخصومة التنفيذ كعمل قانوني واحد ، عمل مركب من أعمال متعددة (فتحي والي - التنفيذ الجبري - ١٩٨٩ - ص ١٤٢ رقم ٧٥ .

(3) فتحي والي - التنفيذ الجبري - ص ١٥٨ رقم ٨٠ .

(4) فتحي والي ص ١٦٣ رقم ٨٤ . وانظر كذلك أحمد مليجي - إشكالات التنفيذ - ص ٢٩٥ و ٢٩٦ رقم ٢٤٤ ، وانظر أيضا عزمي عبد الفتاح - قواعد التنفيذ الجبري ١٩٨٤ - ص ١٣٨ .

في السند التنفيذي والصفة المطلوبة في المنفذ ضده هي أيضا تلك الثابتة له في هذا السند [1] ، فالتأكد من توافر شرط الصفة إنما يتم عن طريق السند التنفيذي . [2]

معنى ذلك أن الصفة في التنفيذ لا تختلف عما هو ثابت بالحكم – أي بالسند التنفيذي – فطالما أن شخصا معينا قد ثبتت له صفة باعتباره محكوما له ، بموجب حكم يقبل التنفيذ ، فإنه يعتبر صاحب الحق في التنفيذ تجاه المنفذ ضده ، الذي تمت إدانته بمقتضى هذا الحكم . فمن رفع الدعوى وحصل على حكم لصالحه – يقبل التنفيذ الجبري – هو ذاته صاحب الصفة في التنفيذ تجاه نفس الشخص الذي رفعت عليه تلك الدعوى وأصبح محكوما عليه فيها .

لا غرو إذاً في أن الصفة ضرورية في التنفيذ كما هي ضرورية – شرط ضروري – للدعوى . ولكن الصفة في عملية أو خصومة التنفيذ لا تختلف عن الصفة في الدعوى . فطالب التنفيذ يجب أن تثبت له الصفة في إجراء التنفيذ على ما هو ثابت بالسند التنفيذي ، وكذلك المنفذ ضده ، ولم يقل أحد بخلاف ذلك . ولا يمكن لشخص ليست له صفة في السند التنفيذي – الحكم أن تثبت له الصفة في التنفيذ ، كما أنه لا يتصور أن تثبت الصفة لشخص في السند – الحكم – ولا تكون له تلك الصفة في التنفيذ ، إلا في أحوال زوال التمثيل القانوني بسبب واقعة مادية لاحقة مثل الوفاة أو العزل .

وبناءً على ذلك ، وطالما أن الشخص قد ثبتت له الصفة في الدعوى ، وحسمت المحكمة هذه المسألة في حكمها ، وأصبح محكوما له ، فإنه يصبح صاحب الحق في التنفيذ – حيث ثبتت له هذه الصفة بموجب السند ذاته – ولا يقبل بعد ذلك أن تأتي محكمة التنفيذ وتعرض لمسألة الصفة في التنفيذ بصورة مغايرة ، زاعمة أن الصفة في التنفيذ مستقلة عن الصفة في الدعوى ، من خلال إشكال طرح عليها ،

---

(1) أنظر أبو الوفا – إجراءات التنفيذ ١٩٨٦ – ص ٢٦٨ ، ٢٦٩ رقم ١١٢ .

(2) أحمد مليجي – إشكالات التنفيذ – ص ٢٩٥ رقم ٢٤٤ .

ذلك أن هذه المسألة حسمها الحكم الموضوعي وتخرج عن سلطان قضاء التنفيذ الذي تقتصر ولايته على الفصل فيما طرأ من وقائع لاحقة على صدور هذا الحكم ، دون أن يعرض لما حسمه هذا الحكم عن مسائل ، نظرا لأن حجية الحكم تمنع ذلك ، على ما سوف نرى .

ولما كان ذلك كذلك ، فإننا نرى أن ما ذهب إليه الحكم محل التعليق من أن أول الشروط الواجب توافرها في خصومة التنفيذ هو أن يكون لطالب التنفيذ صفة في طلب التنفيذ وهي صفة لا شأن لها بالصفة في خصومة الحق التي يرد عليها الزوال والتغيير والاختلاف عند التنفيذ ، هذا التحليل أو التخريج إنما يخالف حقيقة الأمر ويعتبر خلطا للحقائق ، إذ الصفة في التنفيذ لا تثبت إلا من واقع السند التنفيذي ولا تملك محكمة التنفيذ أي رقابة على تكون السند التنفيذي – ما لم يكن منعدما – وأن المحكمة قد جاوزت سلطتها وتصورت أنها محكمة طعن ، في مسألة لا تملك محكمة الطعن ذاتها مراجعتها ، لأن محكمة النقض قد حسمتها وإذا كان هناك نص جديد يعالج المسألة فإن مسألة تطبيقه إنما تكون لقضاء الموضوع وليست محكمة التنفيذ سوى محكمة لنظر المشاكل التي قد تثور أثناء علمية التنفيذ بصورة لاحقة على صدور الحكم المطلوب بتنفيذه .

ولا يشفع – في نظرنا – لتبرير هذا القضاء ، ما ذهب إليه من استقلال خصومة التنفيذ عن خصومة الموضوع ، لإختلافهما سببا وغاية ، وهذا الاختلاف يوجب بحث مدى توافر شروط صحة خصومة التنفيذ في إستقلال عن صحة خصومة الحق . فإذا كان الرأي الذي استندت عليه تلك المحكمة ينطلق من هذا التحليل ، بأن الحق في التنفيذ ليس هو الحق في الدعوى وإنما هو مستقل عنه [1] ، إلا أن هذا

---

(1) فتحي والي – التنفيذ الجبري – ١٩٨٩ – ص ٢٦ رقم ١٤ .
ويوضح أن الحق في التنفيذ ليس هو ذات الحق الموضوعي متطورا ، كما أنه ليس عنصرا في الحق الموضوعي ، هو ليس الحق الموضوع لأنه مختلف عنه من حيث سببه المنشئ – السند التنفيذي في الحق الأول ، بينما هو الواقعة القانونية في الحق الموضوعي . ومن حيث مضمونه – إعادة مطابقة المركز المادي للمركز القانوني بأعمال مادية جبرا عن المدين ، بينما هو في الحق الموضوعي الحصول على أداء معين من الملتزم . كما يعتبر الحق في التنفيذ عنصرا من عناصر الحق الموضوعي ، فالحق الموضوعي يوجد بجميع عناصره – ومنها الحماية القانونية ، دون أن يكون مع صاحبه سند تنفيذي في حين أن الحق في التنفيذ لا يوجد إلا بوجود هذا السند .
وانظر كذلك تحليله لإختلاف الحق في التنفيذ عن الحق في الدعوى – ص ٥ رقم ١٣ .

التحليل لا يؤدي إلى النتيجة التي ذهبت إليها المحكمة في حكمها محل التعليق ، إذ أن صاحب هذا الرأي قطع بأن الصفة في التنفيذ إنما تثبت له يقينا ، وذلك سواء كان هو صاحب الحق الموضوعي في الواقع أم لا [1] ، أي أن مسألة الصفة في التنفيذ قد حسمت وليس لمحكمة التنفيذ مراجعتها . كما أن هذا التحليل الذي ذهب إليه ذلك الرأي إنما يحاول من خلاله عدم الدمج بين الحق في الدعوى والحق في التنفيذ باعتبار أن كلا منهما مرحلة مستقلة عن الأخرى ، فقد يكتفي بالدعوى دون حاجة إلى التنفيذ الجبري كما قد يوجد الحق في التنفيذ الجبري دون أن تسبقه دعوى كما في التنفيذ بموجب المحرر الموثق . ولكن هذا التحليل لا ينتهي - كما ذهبت المحكمة في حكمها - إلى أن الحق في التنفيذ بمثل دعوى مستقلة لها شروطها الخاصة ، بمعنى إختلاف الصفة في التفيذ عن الصفة في الدعوى ، بل أنه جزم بخلاف ذلك ، على ما أوضحنا .

ثانيا: يجب أن يبنى الإشكال دائما على وقائع لاحقة على صدور الحكم ولا يتضم تجريحا للحكم

لا خلاف على أن قاضي التنفيذ يختص دون غيره بنظر جميع منازعاته الموضوعية والوقتية (المادة ٢٧٥ مرافعات) [2] ، عدا ما يخرج من إختصاص جهة المحاكم . فهو يختص بالإشكالات المتعلقة بالأحكام الصادرة في المواد المدنية والتجارية ، سواء صدر الحكم من محكمة جزئية أو إبتدائية أو إستئناف أو نقض ،

---

(١) وذلك نظرا لكفاية السند التنفيذي لإجراء التنفيذ . فالسند التنفيذي مفترض كاف لإجراء التنفيذ ، له قوة ذاتية إذ يعطي بذاته الحق في التنفيذ الجبري وذلك بصرف النظر عن وجود الحق الموضوعي . ولهذا فإن الدائن الذي معه سند تنفيذي يتقدم إلى عامل التنفيذ لا لإثبات حقه الموضوعي ، وإنما لطلب التنفيذ ، وليس لهذا العامل أن يمتنع عن إجرائه على زعم أن الدائن ليس له حق موضوعي . فالحكم لا يصدر إلا بعد التأكد من وجود الحق ، وبصدوره يفقد الوجود الحقيقي للحق كل قيمة ، ولا يرتبط الحكم كسند تنفيذي بالحق الموضوعي الذي أكده وإنما يكتسب وجودا مستقلا وتكون له قوة ذاتية (فتحي والي ص ٣٢ ، ٣٣ رقم١٨) .

(٢) مفاد هذا النص أنه يتعين لكي تكون المنازعة متعلقة بالتنفيذ أن يكون التنفيذ جبريا ، وأن تكون المنازعة منصبة على إجراء من إجراءات التنفيذ أو مؤثرة في سير التنفيذ وإجراءاته بأن يكون الحكم الذي يصدر في المنازعة متعلقا بصحة أو بطلان إجراء من إجراءات التنفيذ أو منصبا عليه ، أما المنازعات التي لا تمس إجراء من إجراءات التنفيذ فلا تعتبر منازعة في التنفيذ في حكم هذه المادة (نقض ١٩٨٥/٥/١٧ - طعن رقم ٢٢٩ لسنة ٥٢ ق ، ١٩٨١/٦/١٠ . طعن رقم ٩٠ لسنة ٤٦ ق - التعليق ط ٨ - جزء ٢ ص ٥٧ رقم ٣١ ، وكذلك نقض ١٩٨٧/٦/٣٠ - السنة ٣٨ جزء ص ٨٩٨ ، التعليق ص ٥٧٢ رقم ٣٨) .

وبالأحكام الصادرة في المسائل المالية من المحاكم الجنائية لأنها تدخل في جهة المحاكم التي يتبعها قاضي التنفيذ ، والأحكام الصادرة في مسائل الأحوال الشخصية ومن المحاكم الادارية إذا كانت أحكام إلزام صالحة للتنفيذ بها على أموال المحكوم عليه ، وأحكام المحكمين والسندات التنفيذية الأخرى غير الأحكام القضائية وأحكام المحكمين والحجز الاداري . [1]

لكن لا خلاف أيضا على أنه لا يصح أن يتخذ الإشكال – أو المنازعة في التنفيذ – وسيلة لإهدار ما للحكم من حجية . والقاعدة في هذا الشأن أن كل ما يدخل في نطاق الحجية لا يصح أن يكون سببا للإشكال " المنازعة " وحجية الحكم تشمل المسائل التي فصل فيها الحكم صراحة ، وتشمل أيضا المسائل التي كان من الواجب أن يثيرها في الوقت المناسب صاحب المصلحة في إثارتها ، ولكنه أهمل أو لم يستطع ذلك [2] .

ولكي يحصل صاحب الحق على الحماية القانونية كاملة يجب أن يحصل على حكم قابل للتنفيذ ، وأن يتم تنفيذه بإجراءات صحيحة . وإذا تعيب الحكم فإن وسيلة تصحيحه أو مهاجمته الوحيدة هي طرق الطعن . أما إذا تعيبت إجراءات التنفيذ ، فإن وسيلة التمسك ببطلانها هي الإشكالات . ويجب لقبول الإشكال – أو المنازعة – ألا يكون من شأنه المساس بحجية الحكم المستشكل في تنفيذه [3] ، وتنبني على هذه القاعدة نتيجتان هامتان . أولا : لا يجوز التمسك بسبب للإشكال – أو المنازعة – يتعارض مع ما للحكم من حجية ، فالحكم القضائي له حجية فيما قضي به بين الخصوم في الدعوى ، فليس لمن يعتبر الحكم حجة في مواجهته أن يتمسك بما يتعارض مع هذه الحجية ، ولهذا ليس للمدين أن ينازع في التنفيذ على

---

(1) فتحي والي – التنفيذ الجبري – ص ٦٨٢ رقم ٣٨٥ .

(2) عبد الخالق عمر – مبادئ التنفيذ ص ٢٤٥ رقم ٢٢٧ . وانظر عزمي عبدالفتاح – ص ٩٠١ وبعدها . وانظر ن بيل عمر – إشكالات التنفيذ ص ٢٦ .

(3) أنظر نقض ١٩٨٤/٢/٢١ – التعليق طبعة ٨ – ص ٠ -٧ رقم ٣ .

أساس أن الحكم باطل لعيب إجرائي أو لصدوره من محكمة غير مختصة أو أنه خاطئ فيما قضى به في الموضوع [1] . وهذا ما حاول الحكم محل التعليق أن يصل إليه ، ولكن بطريقة ملتوية ، إذ أنه قد انتهى إلى خطأ الحكم المطروح لأنه لم يطبق القانون الجديد ، وفي ذلك تجريح لهذا الحكم النهائي عن طريق إنكال ، مع أن هذا الحكم لم يخطئ في أي شيء من ذلك . وهو قد طبق القانون الساري وقت حجز الدعوى للحكم .

أما النتيجة الثانية فتتمثل في استقلال طرق المنازعة في التنفيذ – الإشكالات – عن طرق الطعن في الأحكام ، ولهذا فإنه في الحالات التي يمكن فيها الطعن في الحكم ، سواء من حيث الموضوع أو من حيث الوصف ، يجب إتباع طريق الطعن المناسب،ولا يجوز إتباع إجراءات المنازعة في التنفيذ بغرض الطعن على الحكم [2] . ولقد خالف الحكم محل التعليق ذلك ، لأنه إذا كان الحكم الاستئنافي قد أخطأ فإن وسيلة تصحيحه هي الطعن بالنقض ، وقد تم هذا الطعن ، وصدر القانون الجديد أثناء نظر هذا الطعن ورفضت محكمة النقض إلغاء أو تعييب هذا الحكم ، وبالتالي لم يعد هناك من وجه لتجريحه ، ولكن القاضي في محكمة التنفيذ سطا على سلطة محكمة الطعن واعتبر نفسه محكمة طعن ، وقضى – بالمخالفة لحكم المحكمة العليا – بتجريح الحكم النهائي .

معنى ذلك أن الحكم محل التعليق قد خالف ما استقر عليه القضاء والفقه من أن الإشكال أو المنازعة في التنفيذ لا يجوز أن تتخذ وسيلة لأهدار ما للحكم من حجية ، فللحكم حجية تحميه ولا يجوز مهاجمته إلا من خلال طعن يقدم إلى محكمة الطعن وليس من خلال إشكال يطرح على محكمة التنفيذ ، إذ الإشكال ليس طعنا بحال من الأحوال ، فلا ينبغي أن يؤسس على تخطئه الحكم . كما أن

---

(1) فتحي والي – ص ٦٠٩ – رقم ٣٣٨ .

(2) فتحي والي – ص ٦١٣ .

الإشكال لا يجوز قبوله إلا إذا كان سببه قد جد بعد صدور الحكم المستشكل في تنفيذه [1] أي يجب ألا يكون سببه سابقة على صدور هذا الحكم سواء تم التمسك بسبب الإشكال أو لم يتم التمسك به لأنه يكون قد اندرج ضمن الدفوع في الدعوى التي صدر فيها [2] ، فمبنى منازعات التنفيذ وقائع لاحقة على تكّون السند الذي يجري التنفيذ بمقتضاه ، بعد صدور الحكم المنفذ . [3]

فطالما أن الخصومة في التنفيذ لا تطرح على محكمة التنفيذ الموضوع الذي حسمه الحكم الذي يتم التنفيذ بمقتضاه ، وما دام لكل من الخصومة في التنفيذ والخصومة في الطعن في الحكم مجالها الخاص بها ، وما دامت الخصومة في التنفيذ لا تنقل النزاع الذي حسمه الحكم الذي يتم التنفيذ بمقتضاه إلى محكمة التنفيذ ، فإنه يكون على هذا المحكمة احترام حجية الحكم في حدود النزاع الذي صدر فيه الحكم وسببه وأطرافه عملا بالقواعد العامة ، وتراعي المحكمة ذلك من تلقاء نفسها عملا بالمادة ١١٦ مرافعات والمادة ٢/١٠١ إثبات . لذلك لا تجدي المنازعة في التنفيذ إلا إذا كان مبناها وقائع لاحقة على صدور الحكم الذي يتم التنفيذ بمقتضاه . [4]

وبناءً على كل هذا ، نرى أن الحكم محل التعليق قد أخطأ في تطبيقه للقانون إذ أن قاضي التنفيذ وإن كان قد نظر إشكالات في تنفيذ حكم نهائي ، وهو ما يدخل في اختصاصه ، إلا أنه قد انتهى إلى تجريح هذا الحكم ، لأنه لم يطبق القانون الجديد ، مع أن هذا القانون الذي جعل شرط المصلحة من النظام العام – قد

---

(١) نقض ١٩٦٦/١١/١٠ – طعن رقم ١١٤ لسنة ٣٣ ق – السنة ١٧ – ص١٦٧٣ ، وانظر وجدي راغب ص ٣٣١ ، ٣٣٢ .

(٢) نقض ١٩٨٤/٢/٢١ – مشار اليه .

(٣) أما إذا بنيت المنازعة على وقائع سابقة فإنه لا تصلح أساسا للمنازعة في تنفيذ الحكم لنه يفترض أن الحكم قد حسمها وتحول حجيته دون إعادة طرحها على القضاء إلا بسلوك طريق الطعن الذي نص عليه القانون . (أنظر عبدالحميد المنشاوي – إشكالات التنفيذ في المواد المدنية – ١٩٩٥– ص ٨،٩) .

(٤) أبو الوفا – إجراءات التنفيذ ١٩٨٦ – ص ٣٥٢ . وكذلك أنظر رمزي سيف – قواعد تنفيذ الأحكام – ص١٧٩ رقم ١٧٠ . وأحمد مليجي – ص ٣٢ رقم ١٩ ، وكذلك ص ١٤٥ رقم ١٢١ .

صدر بعد حجز الدعوى للحكم ، وبالتالي فإن الحكم المطلوب تنفيذه لم يخطئ في تطبيق القانون ، وقد حسم هذا الحكم النهائي مسألة المصلحة أو الصفة في الدعوى ، وأقرته محكمة النقض على ذلك ، وإذ ذهبت محكمة التنفيذ إلى أن الصفة لم تعد متوافرة في -التنفيذ- نظرا لصدور قانون الجديد ، فإنها إنما تكون قد أهدرت حجية الحكم النهائي ، وقضت بما لا يدخل تحت سلطانها ، حيث أن لها أن تتعرض فقط للوقائع اللاحقة على صدور الحكم المطلوب تنفيذه ، كما إذا تم الوفاء اللاحق أو حدث إتحاد ذمة أو إستحال تنفيذ الحكم لهلاك محل التنفيذ ، كل هذه الأمور وقائع مادية لاحقة على صدور الحكم المطلوب تنفيذه تحول دون هذا التنفيذ ، ويختص بتقديرها قاضي التنفيذ . أما صدور قانون جديد ومدى تأثيره على شرط الصفة في الدعوى ، فتلك مسألة من اختصاص قضاء الموضوع ، تراقبه فيها محكمة النقض ولا شأن لقضاء التنفيذ بها . وأما القول بضرورة تحقق قضاء التنفيذ من شرط الصفة في التنفيذ ، فأمر لا خلاف عليه ، ولكنه يتحقق من الصفة كما هي ثابتة في السند التنفيذي - بالحكم النهائي - وليس لقضاء التنفيذ في سبيل إيقاف تنفيذ حكم نهائي ، أن يمارس سلطة بصدد الصفة التي حسمها قضاء الموضوع ، إذ يعد ذلك أهدارا لحجية الحكم ، وهو ما لا يجوز أن يقوم به قضاء التنفيذ .

ثالثا: القانون الجديد لا ينطبق على القضية المطروحة ولا يختلف الوضع بصدد الإشكال :

من الأصول الدستورية المقررة أن أحكام القوانين لا تسري إلا على ما يقع من تاريخ العمل بها ، وأنه لا يترتب على عليها أي أثر فيما وقع قبلها ، مما مؤداه عدم إنسحاب أثر القانون الجديد على ما يكون قد وقع قبل العمل به من تصرفات أو تحقق من أوضاع ، إذ يحكم هذه وتلك القانون الذي كان معمولا به وقت وقوعها إعمالاً لمبدأ عدم رجعية القوانين [1] ، وبالتالي وإعمالا لنص المادة الثانية من قانون

---

[1] نقض ١٩٧٩/٥/٥ السنة ٣٠ عدد ٢ ص ٢٨٠ - التعليق - طبعة ٧ ص ١٠ المادة الأولى .

المرافعات [1] فإن الدعاوي التي فصل فيها والإجراءات التي تمت قبل العمل بقانون جديد لا تخضع لأحكامه ولو لم يكن الحكم الصادر فيها نهائيا . [2]

وإذا كان القانون رقم ٨١ لسنة ١٩٩٦ – قد جعل شرط المصلحة من النظام العام وأوجب على المحكمة أن تقضي بعدم القبول عند عدم توافره ، فإن هذا القانون لا يسري على القضية التي صدر فيها حكم التفريق ، ذلك أن تلك القضية قد رفعت أمام أول درجة في ظل القانون القديم ، وقدم الطعن بالاستئناف وحجزت الدعوى للحكم أمام محكمة الإستئناف في ظل هذا القانون ، وبالتالي لا تخضع لأحكام القانون الجديد ، إذ تخضع الدعوى من حيث شروط قبولها وإجراءاتها للقانون الساري وقت رفعها [3] . وإذا استحدث القانون الجديد أحكاما متعلقة بالنظام العام وكان التعديل الذي جاء به هذا القانون منصبا على بعض شروط إعمال القاعدة الآمرة دون مساس بذاتيتها أو حكمها كما لو استوجب لتطبيقها توافر شروط خاصة ، فان التعديل لا يسري في هذه الحالة إلا من تاريخ نفاذ القانون الجديد وعلى الوقائع والمراكز التي تنشأ في ظله دون أن يكون له أثر على الوقائع التي نشأت في ظل القانون السابق باعتبار أن القانون الذي رفعت الدعوى في ظله هو الذي يحكم شروط قبولها وإجراءاتها وقواعد إثباتها . [4]

معنى ذلك أن ما جاء به القانون الجديد رقم ٨١ لسنة ٩٦ ، من جعل شرط المصلحة متعلقا بالنظام العام ، وكذلك ما جاء به قانون ٣ لسنة ٩٦ ، من تنظيم جديد لدعوى الحسبة ، إنما لا يسري على دعوى التفريق المطروحة على المحاكم ،

---

(١) تنص تلك المادة على أن كل إجراء من إجراءات المرافعات تم صحيحا في ظل قانون معمول به يبقى صحيحا ما لم ينص على غير ذلك .

(٢) نقض ١٩٧٧/١/٥ طعن رقم ٣٧٠ لسنة ٤٠ ق – التعليق ص ١٣ المادة ٢ .

(٣) حكم الهيئة العامة لمحكمة النقض في ١٩٨٥/٢/٨ طعن رقم ٨٠ السنة ٥٠ ق – السنة ٣٦ ص ٧ تقنين المرافعات ص ٧٥ – المادة الأولى .

(٤) الهيئة العامة في ١٩٨٥/٥/٢٥ – طعن رقم ٢٢١٩ لسنة ٥٣ ق – السنة ٢٣ ص ٦٢٩ – التقنين ص ٧٦ .

فإذا انعقدت الدعوى صحيحة بين طرفيها فلا محل من بعد للتمسك بإنتفاء صفة المدعي أو مصلحته في رفعها ، وعندئذ يجوز لمن كان طرفا في الخصومة الطعن في الحكم الصادر فيها ، طالما لم يتخل عن منازعته حتى صدور هاذ الحكم ، ويكفي لتحقق المصلحة والصفة قيامها وقت صدور الحكم المطعون فيه ، ولا عبرة بزوالها من بعد [1] ، وطالما أن العبرة في قبول الدعوى بوقت رفعها ، ولم تكن توجد قواعد قانونية خاصة تمنع أو تقيد من إقامة دعوى الحسبة في الوقت الذي رفعت فيه هذه الدعوى حتى صدور حكم نهائي فيها من محكمة الموضوع ، فإن هذه الدعوى تكون مقبولة ، لأن سكوت القانون أو خلوه من النص على حكم في مسألة من مسائل الأحوال الشخصية لا يعني أن المشرع أراد أن يخالف نصا في القرآن الكريم أو السنة النبوية الصحيحة أو حكما اتفق عليه فقهاء المسلمين ، وينطبق ذلك على الحق والدعوى في هذا الصدد . [2]

وبناء على ذلك لا تخضع دعوى التفريق لأحكام القانونين ٨١ و ٣ لسنة ٩٦ كما أن الوضع لا يختلف بصدد الإشكال في تنفيذ حكم التفريق . فإذا كانت محكمة التنفيذ قد ذهبت إلى "ضرورة خضوع هذا الإشكال في تحديد أطراف الخصومة فيه لأحكام القانون الجديد -رقم ٨١ لسنة ١٩٩٦ ، وكذلك القانون رقم ٣ ، على أساس أن الخصومة في التنفيذ إنما هي تنشأ استقلالا عن خصومة الموضوع ، الذي حسمت محكمة النقض عدم سريان تلك القوانين عليها . وطالما أن الخصومة في التنفيذ مستقلة على هذا النحو ، فإنه يجب توافر شرط المصلحة الشخصية والمباشرة والقائمة التي يقرها القانون وفقا لأحكام القانون الساري وقت نظر الإشكال ، وهو القانون الجديد رقم ٨١ لسنة ٩٦ ، الذي جعل شرط المصلحة متعلقا بالنظام العام ، مما يوجب على المحكمة عدم قبول أي دعوى أو طلب أو دفع لا تتوافر لصاحبه فيه

---

(١) من حكم محكمة النقض في ١٩٩٦/٨/٥ - غير منشور .

(٢) نقض ١٩٩٦/٨/٥ .

هذه المصلحة " . هذا الذي ذهبت إليه محكمة التنفيذ إنما يخالف ما سبق توضيحه من أن شرط الصفة في التنفيذ إنما يستقي من السند التنفيذي ، وإن السند التنفيذي قد تكون في ظل القانون القديم ، وأنه ليس لمحكمة التنفيذ أن تتحدث عن صفة جديدة تختلف عما هو ثابت بهذا السند . وبالتالي فإن مسألة الصفة قد حسمها قضاء الموضوع ، ولا يجوز لقضاء التنفيذ مراجعته أو تجريحه بدعوى إعمال أحكام قانون جديد ، إذ أن سلطته قاصرة على المنازعة في التنفيذ إما بسبب المنازعة في التنفيذ على مال معين ، أو في إجراءات التنفيذ ، أو في الحق الموضوعي أو المنازعة في الحق في التنفيذ – وفي هذه الحالة الأخيرة لا يتعرض المنازع للمركز الموضوعي بل لحق الدائن في إجراء التنفيذ الجبري ، ويكون سبب المنازعة إما عدم وجود سند تنفيذي أو عدم تأكيده لحق موضوعي حال الآداء ومعين المقدار ، أو عدم حصول الدائن على صورة تنفيذية من السند ، كما قد يكون سبب المنازعة في الحق في التنفيذ إنقضاء هذا الحق [1] حيث ينقضي بالأسباب العامة لإنقضاء الحقوق والدعاوي ومنها التقادم . معنى ذلك أن تقدير الصفة في التنفيذ أمر لا يسند إلى قضاء التنفيذ على نحو يخالف ما هو ثابت بالسند التنفيذي الذي أعده قضاء الموضوع .

من كل ذلك نجد أن حكم محكمة الجيزة بوقف التنفيذ قد أخطأ من زاوية السريان الزماني للقانون الجديد ، في تطبيق القانون ، فقد طبق قانونا جديدا في حالة يحكمها القانون القديم ، ومستندا إلى تفسير خاطئ لشرط الصفة في التنفيذ ، ومخالفا حدود سلطته ، حيث تطرق إلى مسائل تخرج عن اختصاصه ويختص بها قضاء الموضوع وحده ، بمراقبة محكمة النقض .

---

(1) فتحي والي – التنفيذ الجبري – ص ٦٠٦ ، ٦٠٧ رقم ٣٧٧ .

رابعا: الاحكام المقررة لا تخضع للتنفيذ الجبري

من المتفق عليه فقها وقضاءً أن الأحكام التي تنفذ تنفيذا جبريا هي فقط أحكام الإلزام ، وذلك دون الأحكام المقررة أو المنشئة ، وعلة هذا أن حكم الالزام هو وحده الذي يقبل مضمونه التنفيذ الجبري ، فالحكم المقرر لا يرمي إلا إلى تأكيد رابطة قانونية ، وبصدوره تتحقق الحماية القانونية كاملة ، كذلك الأمر بالنسبة للحكم المنشئ فهو يرمي إلى إنشاء رابطة قانونية جديدة فتتحقق بمجرد صدوره الحماية القانونية . [1]

وطالما كان الحكم مقررا أو منشئا ، فلا يختص قاضي التنفيذ ، إذ أننا لا نكون بحاجة إلى القوة الجبرية لتحقيق مضمون الحكم . ذلك أن مهمة قانون المرافعات تنحصر في أمرين أساسيين : أن يهيء للدائن سنداً قابلاً للتنفيذ ، ومتى حصل عليه تنتهي هذه المهمة ، وينتهي بالتالي اختصاص محكمة الموضوع . وأنه يمكّن الدائن من إقتضاء حقه من المدين جبرا عنه ، وعندئذ يختص قاضي التنفيذ . وإذا لم يكن الحكم صادرا بإلزام المحكوم عليه بالقيام بعمل أو بأداء شيء ، فإن نفاذه يكون محققا مقصود المحكوم له من منازعته . ففي الأحوال التي يكون فيها نفاذ الحكم كافيا وحده للافادة منه دون حاجة لاستعمال القوة الجبرية ، فلا يختص قاضي التنفيذ لعدم تعلق الأمر بالتنفيذ الجبري ، إذ يكون مجرد صدور الحكم محققا كل ما قصده المحكوم له من منازعته ، كما هو شأن الحكم المقرر والحكم المنشئ . [2]

---

(1) فتحي والي ص٣٨، ٣٩ - رقم٢٢ . وانظر كذلك بالتفصيل - الوسيط - ص١١١ وبعدها رقم ٦٥ وبعدها . وكذلك وجدي راغب - المبادئ - ١٩٨٦ - ص ٤٨ وبعدها . ونبيل عمر - أصول المرافعات - ١٩٨٦ - ص ٣٦٤ رقم ٣٣٦ . وعزمي عبدالفتاح - قواعد التنفيذ الجبري ١٩٨٤ - ص ٩٢٧ . وأحمد مليحي - إشكالات التنفيذ - ص٢٢٠ رقم ١٩٢ . وانظر عبدالخالق عمر - مبادئ التنفيذ - ص ٢٧ وما بعدها .

(2) أبو الوفا - إجراءات التنفيذ - ص ٣٤٤ وص ٣٤٨ .

ويعتبر حكم التفريق لثبوت الردة ، بمثابة حكم يقرر ، لأن يقدر حالة قانونية قائمة بالمحكوم عليه بالتفريق لردته ، وبالتالي فإن مجرد صدوره يحقق الغرض منه ، ولا نحتاج إلى تنفيذه جبرا ، ذلك أنه لم يصدر بإلزام المحكوم عليه بعمل أو بأداء شيء ، مما لا يحتاج معه الأمر إلى تنفيذ جبري ، وبالتالي ما كانت محكمة التنفيذ لتختص بنظر طلب وقف تنفيذه ، لأنه يتعين – على ما جرت عليه محكمة النقض – لكي تكون المنازعة متعلقة بالتنفيذ ، ويختص بها قاضي التنفيذ ، أن يكون التنفيذ جبريا . [1]

والملاحظ في هذا الصدد أن الأشخاص الذين رفعوا دعوى التفريق ، وصدر حكم محكمة الإستئناف تأييداً لدعواهم بالتفريق ، وقد تم رفض الطعن ضده بالنقض هؤلاء الأشخاص لم يتقدموا بطلب لتنفيذ هذا الحكم ، لأنه حكم مقرر لا يحتاج لتنفيذ جبري ولا يختص قاضي التنفيذ بأي منازعة تجاهه ، وإنما الذي طلب وقف تنفيذ هذا الحكم أشخاص عاديين ، ثم طلب المحكوم عليه بالتفريق وزوجته وقف تنفيذ الحكم الصادر بالتفريق . فالذي طرح على محكمة التنفيذ إنما هو إشكال لوقف التنفيذ ، وليس طلبا لتنفيذ حكم التفريق . فالأشخاص الذين أصدر حكم التفريق إستجابة لدعواهم – بالحسبة – لم يطلبوا تنفيذ هذا الحكم ، لأنه حكم مقرر ، بل إنهم طلبوا إخراجهم من الإشكال المرفوع .

ويلاحظ كذلك أن طلب وقف التنفيذ إنما وجه إلى الحكم النهائي بالتفريق ، ولم يصدر الطلب عن أصحاب الشأن إلا بعد صدور حكم محكمة النقض برفض الطعن في هذا الحكم النهائي ، وإذا كان هذا أمرا جائزا – أن يقدم الإشكال في أي وقت طالما أن التنفيذ لم يتم – إلا أنه كان الأولى بالمستشكل ، وقد صدر عليه حكم

---

(1) نقض ١٩٨٥/٥/٧ – طعن ٢٢٩ لسنة ٥٢ ق ، ١٩٨١/٦/١٠ طعن ٩٠ لسنة ٤٦ ق ، التعليق طبعة ٨ جزء ٢ ص ٥٧ رقم ١٦ ، وكذلك نقض ١٩٨٧/٦/٣٠ – السنة ٣٨ جزء ٢ ص ٨٩٨ ، ولي ١٩٧٩/٤/١٠ – السنة ٣٠ ص ٩١ عدد ٢ التعليق ص ٥٧٢ رقم ٣٨ .

نهائي واجب التنفيذ الجبري من وجهة نظره – أن يقدم إشكالا إلى قاضي التنفيذ فور صدور الحكم دون إنتظار حكم النقض الذي رفض منه طلبا بوقف التنفيذ ، ذلك أن الحكم النهائي يجوز فور صدوره – إذا توافرت شروط ذلك – الإستشكال في تنفيذه أمام قاضي التفيذ ، وطلب وقف تنفيذه من محكمة النقض مع الطعن فيه بالنقض وعدم قيام المحكوم عليه بتقديم إشكال إلى قاضي التنفيذ من البداية إنما مرجعه عدم جواز ذلك ، لأن الأمر لا يتعلق بتنفيذ جبري .

نخلص من كل ذلك أن الحكم محل التعليق إنما أخطأ في تطبيق القانون ، كما يشوبه الفساد في الاستدلال ، حيث يستند إلى مقدمات لا تؤدي إلى ما انتهى إليه من نتائج . وما قام به في الحقيقة ، إنما يتمثل في تجريح حكم نهائي من خلال إشكال لا محل له ، فالصفة في التنفيذ تثبت من السند التنفيذي وبالتالي لا يملك قضاء التنفيذ إجراء تقدير جديد مستقل لها عما هو ثابت بالحكم النهائي ، وأن المحكمة اتخذت من الإشكال وسيلة لمهاجمة هذا الحكم ، فجاوزت بذلك حدود سلطاتها ، كما أنها أخطأ حينما طبقت القانون الجديد على دعاوي تخضع للقانون القديم متذرعة بوجود صفة في التنفيذ لها سلطة تقديرها لحظة نظر الإشكال بينما يعتبر ذلك تعديا على سلطة قضاء الموضوع ، وقبل كل ذلك فإن حكم التفريق هو حكم مقرر ، لا يحتاج إلى تنفيذ جبري ، وبالتالي يخرج الأمر عن اختصاص قاضي التنفيذ ، فكان يجب عليه أن يقضي بعدم اختصاصه .