

أثر إلغاء الأحكام بعد تنفيذها(*)

دراسة لحكم محكمة التمييز رقم ١١٨٥/٢٠٠٦ تجاري

الدكتور/ مساعد صالح العنزي
قسم القانون الخاص
كلية الحقوق - جامعة الكويت

ملخص:

إن الأحكام القضائية التي تصلح أن تكون سنداً تنفيذية تظل مكتسبة لهذه الصفة إلى أن تفقدها في حالة إلغائها أو تعديلها من محكمة أعلى من تلك التي أصدرتها. ولعل أبرز مثال لذلك هو حالة إلغاء الحكم بعد تنفيذه من محكمة أعلى من المحكمة التي أصدرته؛ مما يستوجب إعادة الحال إلى ما كان عليه قبل تنفيذ الحكم الملغى. فالصعوبة تكمن هنا في إعادة الخصوم إلى المراكز القانونية ذاتها التي كانوا عليها قبل تنفيذ الحكم الملغى، وذلك يقتضي وجود سند تنفيذي آخر لإجبار الخصم الذي صدر حكم التمييز بمواجهته لتنفيذه عند عدم تنفيذه له طواعية. وتتركز الصعوبة أكثر فأكثر إذا لم يكن حكم التمييز سابق الذكر كافياً بذاته لاعتباره سنداً تنفيذياً لإعادة الحال إلى ما كان عليه قبل التنفيذ، حيث يستحيل في هذه الحالة لمن صدر لصالحه الحكم تنفيذه لعدم اكتمال مقومات السند التنفيذي وشروطه الموضوعية والشكلية؛ مما يضطره إلى اللجوء إلى القضاء مرة أخرى بدعوى موضوعية جديدة للحصول على حقه.

(*) أجزى البحث بتاريخ ٣/٧/٢٠١١م.

المقدمة:

للسند التنفيذي، حال توافر مقوماته الموضوعية والشكلية التي حددها القانون، أهمية عظمى في تحديد عناصر التنفيذ الجبري؛ فتوافر السند التنفيذي هو المكنة التي يحرك صاحب السند من خلالها الجهاز القضائي في الدولة للقيام بالتنفيذ الجبري. فلا يمكن اللجوء إلى التنفيذ الجبري إلا إذا وجد السند التنفيذي المكتمل للأركان و الشروط، فلا تنفيذ بلا سند تنفيذي صحيح وفق ما أكدته العديد من التشريعات^(١).

وفي هذا الصدد تتطلب المادة ١٩٠ من قانون المرافعات المدنية والتجارية الكويتي شروطاً معينة، بعضها موضوعي والآخر شكلي، لا اعتبار سند ما سنداً تنفيذياً من عدمه بتأكيد أنها "لا يجوز التنفيذ الجبري إلا بسند تنفيذي اقتضاء لحق محقق الوجود ومعين المقدار وحال الأداء. والسندات التنفيذية هي: الأحكام والأوامر... ولا يجوز التنفيذ - في غير الأحوال المستثناة بنص في القانون - إلا بموجب صورة من السند التنفيذي عليها صيغة التنفيذ...".

وباعتبار ما تقدم، فإن السند التنفيذي هو عمل قانوني مؤكد لحق موضوعي ويظهر في شكل معين حدده القانون، فهو من ناحية يتضمن عملاً يؤكد وجود الحق الموضوعي (العنصر الموضوعي)، ومن ناحية أخرى فهو ورقة أعطاها المشرع القوة التنفيذية أو محرر مكتوب له شكل خاص رسمه القانون ويتمتع بذاته بقوة تنفيذية (العنصر الشكلي)^(٢).

فالحق في التنفيذ الذي يتيح مباشرة إجراءات التنفيذ الجبري هو أمر مرتبط من حيث المبدأ بوجود السند التنفيذي^(٣)، ويجد هذا الارتباط تبريره في

(١) التشريع الكويتي في المادة ١٩٠ من قانون المرافعات المدنية والتجارية، والتشريع الفرنسي في المادة ٥٠٢ من قانون الإجراءات المدنية الجديد، والتشريع المصري في المادة ٢٨٠ من قانون المرافعات المدنية والتجارية.

(٢) انظر لاحقاً ص ٧.

(٣) حيث توجد حالات يتم فيها التنفيذ بمسودة الحكم وهي حالات الاستعجال أو أي حالة يكون فيها التأخير في التنفيذ ضاراً، المادة ١٩١ من قانون المرافعات المدنية والتجارية.

مضمون هذا السند الذي يتضمن كقاعدة تأكيداً قانونياً يصدر عن سلطة مخولة بإجرائه وهي سلطة الدولة أو الجهاز القضائي. وهذه الأخيرة لا تقوم بتوفير تلك الحماية إلا عند توافر حكم إلزام ناتج عن دعوى ممن يدعي حقاً وامتناع خصمه في هذا الحق عن أداء الالتزام الذي يثقله، فعند تقريرها لحق المدعي فإنها تصدر حكم إلزام يتضمن تقريراً بوجود الحق وعدم وفاء الخصم به؛ مما يوجب إلزام الخصم الممتنع بأداء التزامه.

وعلى ذلك، يمكن القول إن الحماية التأكيدية للحق في السند التنفيذي تكتمل بتوافر الحماية التنفيذية لهذا الحق؛ مما يجعل كلاً منهما يمثل مرحلة مختلفة في الحماية القضائية للحقوق والمراكز. ولكن، ليس كل حماية تأكيدية صادرة عن القضاء تمكن من مباشرة إجراءات التنفيذ الجبري، بل تلك التي تحوز قوة تنفيذية معينة فقط، خصوصاً أن الأحكام والقرارات القضائية تخضع من حيث الأصل لمبدأ الطعن في الأحكام، ومن ثم فإن التأكيد الصادر عن القضاء من خلال الأحكام لن يصل إلى درجة الثبات المطلوبة إلا بتلاشي إمكانية الطعن في الأحكام التي تتضمن ذلك التأكيد القضائي.

كل ذلك يؤدي إلى تعارض مصالح كل من المحكوم له والمحكوم عليه؛ حيث إن تنفيذ الأحكام القضائية غير المستقرة أو الثابتة قد يضر بمصلحة المحكوم عليه حال إلغائها لاحقاً، وكذلك فإن عدم تنفيذ هذه الأحكام مباشرة قد يؤدي إلى انتظار المحكوم له وقتاً قد يطول نتيجة عنت خصمه ومكايده. ومن ثم فإنه من غير الجائز تغليب إحدى المصلحتين على الأخرى؛ مما يوجب اعتماد حل وسطي أو توفيقي يسعى لإقامة التوازن بين المصالح والاعتبارات المتعارضة، وهذا ما اعتمدته أغلبية التشريعات^(١).

ومن الواضح جداً أن من بين تلك التشريعات التشريع الكويتي الذي اعتمد أيضاً مبدأ الموازنة بين المصالح المتعارضة وربط بين القوة التنفيذية للحكم

(١) د. أحمد ماهر زغلول، آثار إلغاء الأحكام بعد تنفيذها، دراسة لأساسيات التنفيذ الجبري في المواد المدنية والتجارية، ١٩٩٢، بند ٤، ص ١٣، هامش ١.

وقوته الإجرائية؛ بحيث أوقف الاعتراف للأحكام بالقوة التنفيذية على اكتسابها لقوة الأمر المقضي، أي زوال إمكانية المساس بها بطرق الطعن العادية^(١).

وبموجب ذلك، فإن القاعدة في القانون الكويتي تقتضي وجود حكم إلزام من جهة، وأن يكون هذا الحكم انتهائياً من جهة أخرى لإمكانية اعتباره سنداً تنفيذياً ومن ثم تنفيذه جبراً. إلا أن هذه القاعدة يرد عليها عدد من الاستثناءات التي نص عليها المشرع لاعتبارات معينة^(٢)، وتشير هذه الاستثناءات بدورها صعوبات كثيرة في الواقع العملي.

فالأحكام القضائية التي تصلح أن تكون سندات تنفيذية تظل مكتسبة لهذه الصفة إلى أن تفقدها في حالة إلغائها أو تعديلها من محكمة أعلى من تلك التي أصدرتها، والواقع العملي يشهد بأن ثمة العديد من الأحكام التي يتم التنفيذ بموجبها على أساس أنها سندات تنفيذية مكتملة الأركان والعناصر، إلا أنها تفقد قوتها التنفيذية في حال إلغائها أو إبطالها من محاكم أعلى درجة، ومن ثم تفقد صفتها كسندات تنفيذية.

ومن أهم الأمثلة على ذلك، حالة إلغاء الحكم بعد تنفيذه من محكمة أعلى من المحكمة التي أصدرته؛ مما يستوجب إعادة الحال إلى ما كان عليه قبل تنفيذ الحكم الملغى. وتكمن الصعوبة في هذه الحالة في الكيفية التي يجب تسكين الخصوم عليها قبل تنفيذ الحكم الملغى وإعادتهم إلى المراكز القانونية ذاتها التي كانوا عليها قبل التنفيذ، خصوصاً أن السند التنفيذي الذي تم التنفيذ بموجبه يكون قد فقد أساسه القانوني؛ مما يجعله غير صالح للتنفيذ الجبري الذي تم وانتهى^(٣).

(١) المادة ١٩١ من قانون المرافعات الكويتي.

(٢) كحالة النفاذ المعجل القانوني (م ١٩٣) والنفاذ المعجل القضائي (م ١٩٤).

(٣) انظر: WIEDERKEHR Georges, Procédure civile, Revue générale des procédures, 1998, no 2, p. 315.

وما حكم محكمة التمييز الصادر في ٢٠٠٨/٢/٥ عن الدائرة التجارية الثالثة (حكم غير منشور) والذي نحن بصدد دراسته والتعليق عليه، إلا مثال عملي على مسألة إلغاء الأحكام بعد تنفيذها. ومفاد هذا الحكم، المتميز بقضائه بحسب ما نعتقد، أنه قد ألغى السند التنفيذي الذي تم التنفيذ بموجبه؛ مما استتبع إعادة الحال إلى ما كان عليه قبل التنفيذ، إلا أن إعادة الحال تقتضي وجود سند تنفيذي لإجبار الخصم الذي صدر حكم التمييز بمواجهته بتنفيذه عند عدم تنفيذه له طواعية. ولكن الصعوبة تتركز أكثر فأكثر إذا لم يكن حكم التمييز سابق الذكر كافياً بذاته لاعتباره سنداً تنفيذياً لإعادة الحال إلى ما كان عليه قبل التنفيذ، حيث يستحيل في هذه الحالة لمن صدر لصالحه الحكم تنفيذه لعدم اكتمال مقومات السند التنفيذي وشروطه الموضوعية والشكلية.

وهذا تحديداً هو الدافع الذي استوحينا منه فكرة دراسة هذا الحكم المتميز والتعليق عليه في محاولة من جانبنا لإيجاد حل للقضاء الذي أمر به. ولا نستطيع، بالتأكيد، القيام بذلك حتى نحدد بداية القوة التنفيذية للأحكام (المبحث الأول) التي تحدد بدورها مسألة اكتساب السند التنفيذي للقوة التنفيذية (المطلب الأول)، وحالات فقد السند التنفيذي لهذه القوة (المطلب الثاني).

وبعد استعراضنا للمسائل السابقة يتوجب علينا بحث مسألة مدى توافر القوة التنفيذية لحكم التمييز محل التعليق (المبحث الثاني) لنقوم من خلالها باستقراء هذا الحكم ومناقشته (المطلب الأول) قبل تبين وجهة نظرنا حوله (المطلب الثاني).

المبحث الأول القوة التنفيذية للأحكام

نعني بالقوة التنفيذية للأحكام تلك الصفة التي تلحق بالحكم وتسبغ عليه صفة السند التنفيذي عند توافرها في حالات محددة رسمها القانون. ولكن هذه القوة التي يكتسبها السند التنفيذي قد تتعرض لبعض الخلل في أثناء التنفيذ الجبري؛ مما يسقط عن السند التنفيذي هذه الصفة بسبب فقدته التنفيذية، لذلك يتوجب علينا استعراض مسألة اكتساب السند التنفيذي للقوة التنفيذية (المطلب الأول) ومن ثم بحث المسألة عند حدوث الأمر العكسي في حالة فقد السند التنفيذي لهذه القوة التنفيذية (المطلب الثاني).

المطلب الأول اكتساب السند للقوة التنفيذية

في الحالات التي تنشأ فيها الحاجة إلى الحماية القضائية نتيجة لاعتداء واقع وحال على الحقوق والمراكز، لن يتم إشباعها إلا باتخاذ تدابير يتم تنفيذها جبراً عن إرادة المعتدي. وترمي هذه الحماية إلى إعادة فرض التوافق بين الواقع والقانون الذي أخل به وجود هذا الاعتداء، ويتم ذلك من خلال الحماية القضائية التنفيذية للحقوق والمراكز القانونية المعتدى عليها. ولكن هذه الحماية القضائية التنفيذية يتم ممارستها من حيث الأصل لاقتضاء حقوق مؤكدة في وجودها وفي مداها؛ حيث إن القول بعكس ذلك يؤدي إلى نفي وجود أي اعتداء على الحق ومن ثم لا يستوجب حمايته تنفيذياً. إذاً، يمكننا القول إن مفترض هذه الحماية هو التأكيد السابق لوجود الحق قبل الملتزم بأدائه، ويتحقق هذا المفترض قانوناً بالربط بين إجراءات التنفيذ ووجود سند تنفيذي "Le titre exécutoire". ويعتبر السند التنفيذي، بحسبانه سبباً منشئاً للحق في التنفيذ. "Droit a l'exécution"، من أهم الأفكار في التنفيذ القضائي بسبب الدور البارز والفعال الذي يؤديه لحماية الحقوق والمراكز القانونية، فهو الذي يخول

حامله السلطة القانونية التي يعترف بها القانون لشخص ما تحريك النشاط القضائي للدولة للحصول الفعلي على منافع وامتيازات حقه الموضوعي جبراً عن المعتدي^(١). مع تأكيد أن الحق في التنفيذ الذي تتم ممارسته من خلال السند التنفيذي هو حق قائم بذاته مستقل عن الحق في الدعوى، وكذلك عن الحق الموضوعي^(٢).

فوجود السند التنفيذي بيد من يطلب الحماية القضائية دليل يؤكد وجود حق له قابل للتنفيذ الجبري، وهذا الدليل أسماه المشرع السند التنفيذي وأفرد له نص المادة ١٩٠ من قانون المرافعات المدنية والتجارية لتعداد السندات التنفيذية بتأكيده أنه "لا يجوز التنفيذ الجبري إلا بسند تنفيذي اقتضاء لحق محقق الوجود ومعين المقدار وحال الأداء. والسندات التنفيذية هي:

أ - الأحكام والأوامر..."

وفقاً للنص السابق، فهناك شروط محددة تطلبها المشرع في السندات التنفيذية حتى يمكن التنفيذ الجبري بموجبها؛ حيث اشترط القانون بداية وجود سند تنفيذي يؤكد لطالب التنفيذ حقه الجدير بالحماية التنفيذية من غير الاعتداد هنا بإرادة طالب التنفيذ لينفذ متى شاء على خصمه. فالسند التنفيذي هو الأساس القانوني للتنفيذ الجبري والمفترض الضروري له، ويكون بذلك الوسيلة الوحيدة التي اعتبرها المشرع مؤكدة لوجود حق الدائن عند إجراء التنفيذ ولا

(١) د. فتحي والي، التنفيذ الجبري، دار النهضة العربية، ١٩٨٩، ص ١٧ وما يليها، د. عزمي عبد الفتاح، قواعد التنفيذ الجبري في قانون المرافعات، دار الفكر العربي، ١٩٩١، ص ١٥.

(٢) الأنظمة القانونية - على اختلاف مشاربها - تعترف للأفراد بالحق في الدعوى ليحصلوا على الحماية القضائية لحقوقهم ومراكزهم القانونية عند الاعتداء عليها أو حتى تهديدها، ولكنها بالإضافة إلى اعترافها للأفراد بالحق في الدعوى فإنها تعترف لهم كذلك بالحق في التنفيذ الذي يستطيعون من خلاله الحصول على الحماية التنفيذية الفعلية للحقوق والمراكز القانونية للاستئثار بمزايا هذه الحقوق والمراكز القانونية ومنافعها.

يجوز أن يقدم الدائن دليلاً غيرهِ لإدارة التنفيذ ليحثها على القيام بإجراءاته^(١). وهذا أمر منطقي لأن التنفيذ الجبري ينتج عنه آثار خطيرة ومهمة في مواجهة المدين، فإذا لم يكن هناك تأكيد تام بوجود حق الدائن الذي يجب حمايته دون تأخير فإنه يجب على الأقل وجود عمل يشير إلى احتمال قوي لحق الدائن، ويجب أن يكون هذا العمل من الأعمال التي حددها المشرع مقدماً واعتبرها سنداً تنفيذياً. ولا يترك تقدير كفاية هذا العمل للموظف الذي يقوم بالتنفيذ أو إدارة التنفيذ^(٢).

وهذا العمل الذي اعتبره المشرع سنداً تنفيذياً يشترط توافره عند البدء في التنفيذ أو قبله وليس في أثناءه، فغياب السند التنفيذي في بداية التنفيذ يؤدي إلى بطلان إجراءاته، ووجوده بعد ذلك لا يصحح الإجراءات الباطلة.

وللسند التنفيذي - باعتباره مفترضاً كافياً للتنفيذ - قوة تنفيذية بذاته، فهو يعطي حامله الحق في التنفيذ الجبري قبل مدينه بصرف النظر عن وجود الحق الموضوعي أو غيابه؛ فالحامل لهذا السند عندما يتقدم لإدارة التنفيذ يطلب التنفيذ الجبري وليس إثبات حقه الموضوعي الذي يريد التنفيذ لاقتضائه، ولا تستطيع إدارة التنفيذ الامتناع عن إجراء التنفيذ بحجة أن الدائن ليس له حق موضوعي^(٣).

(١) د. عزمي عبد الفتاح، د. عبد الستار الملا، قواعد التنفيذ الجبري في قانون المرافعات الكويتي، مؤسسة دار الكتب، ٢٠٠٧. ٢٠٠٨، ص ١٧٣. ويجيز القانون استثناءً وفي أحوال معينة التنفيذ دون وجود السند التنفيذي بمعناه الفني الدقيق كحالة " العقد الرسمي بفتح الاعتماد"، وحالة " التنفيذ بمسودة الحكم".

(٢) د. سيد أحمد محمود، أصول التنفيذ الجبري وفقاً لقانون المرافعات المدنية والتجارية، الجزء الأول، الطبعة الأولى، ٢٠٠٤ - ٢٠٠٥، ص ٢٩٢.

(٣) حيث إن المدين الذي يريد المنازعة في حق الدائن الموضوعي ليس له ذلك إلا من خلال منازعات التنفيذ التي تعتبر خصومة جديدة غير خصومة التنفيذ (وفقاً لرأي البعض)، ويبقى للسند التنفيذي قوته الكاملة حتى تزول بحكم في هذه المنازعات. انظر في تفصيل منازعات التنفيذ مؤلفنا مع د. عزمي عبد الفتاح، د. مساعد العنزي، قواعد التنفيذ الجبري في قانون المرافعات الكويتي، الكتاب الثاني، مؤسسة دار الكتب، ٢٠٠٨، ص ٤٤٥ وما يليها.

الفرع الأول

ماهية السند التنفيذي وعنصريه الموضوعي والشكلي

السند التنفيذي، باعتبار ما تقدم، هو عمل قانوني مؤكد لحق موضوعي معين فيظهر في شكل معين حدده القانون، وعلى ذلك فإنه يكون المسبب المنشئ للحق في التنفيذ. فهو يتضمن من ناحية، عملاً يؤكد وجود الحق الموضوعي وذلك ما يعرف بالعنصر الموضوعي للسند التنفيذي، ومن ناحية أخرى فهو ورقة أعطاها المشرع القوة التنفيذية أو محرر مكتوب له شكل خاص رسمه القانون ويتمتع بذاته بقوة تنفيذية، وهذا ما يعرف بالعنصر الشكلي للسند التنفيذي^(١).

والعنصر الموضوعي للسند التنفيذي يقصد به الشروط أو المضمون الذي يتعلق بالعنصر الموضوعي للسند التنفيذي أو شروط الحق محل السند التنفيذي والتي يصح التنفيذ بمقتضاها ويتم التنفيذ من أجل الحصول عليه. وشروط الحق محل التنفيذ هي تلك الواردة في نص المادة ١٩٠ من قانون المرافعات الكويتي، التي أوضحت أن التنفيذ الجبري يكون بسند تنفيذي واقتضاء لحق محقق الوجود ومعين المقدار وحال الأداء^(٢).

والخلاصة أنه لا يكفي أن يكون لدى الدائن، حتى ينفذ جبراً على مدينه، سند تنفيذي مذيل بالصيغة التنفيذية، بل يجب أن يكون مضمون هذا السند التنفيذي حقاً محقق الوجود، وحال الأداء، ومعين المقدار، بغض النظر عن سببه أو منشئه.

وشرط تحقق الوجود "certain" يثير خلافاً في الفقه؛ لأنه يبدو من الوهلة الأولى منافياً لوظيفة السند التنفيذي باعتباره عملاً مؤكداً لوجود الحق وكافياً

(١) د. وجدي راغب، النظرية العامة للتنفيذ القضائي، دار الفكر العربي، ١٩٧٥، ص ٢٢.

(٢) الحكمة من اشتراط أن يكون الحق محقق الوجود ومعين المقدار أن يعلم المدين ما يجب عليه دفعه أو ما هو ملتزم به حتى يتفادى التنفيذ الجبري في مواجهته، وكذلك حتى يعلم الدائن متى يجب عليه الكف عن البيع حتى لا يبيع أموالاً للمدين تزيد على الوفاء بدينه. أما الحكمة من اشتراط أن يكون الحق حال الأداء حتى يمتنع التنفيذ اقتضاءً لدين لا يجب دفعه إلا بعد فترة زمنية معينة.

بذاته لتحصيل هذا التأكيد^(١). وقد ذهب بعض الفقهاء إلى أن المقصود من شرط تحقق الوجود هو أن يكون حالاً "exigible" وألا يكون احتمالياً أو معلقاً على شرط واقف لم يتحقق أو مقيداً بأي وصف، ومن ثم، فإنه لا يجوز توقيع حجز بمقتضى حساب جار لم يوصف؛ لأنه لا يمكن بعد معرفة ما إذا كان الحساب سيكون لصالح طالب التنفيذ أم لا، ومن ثم فإن حقه يكون غير محقق الوجود^(٢). ولكن يعاب على هذا الاتجاه أن شرط حلول الأداء في السند التنفيذي يغني في هذه الحالات عن شرط تحقق الوجود؛ لأن الحق المقيد بوصف أو الحق الاحتمالي لا يعتبر حال الأداء^(٣).

ويرى جانب آخر أن حق الدائن يجب ألا يكون معلقاً على شرط واقف بحيث يكون الدين ثابتاً في ذمة المدين حالاً^(٤).

في حين أن الرأي الثالث من الفقه يرى أن المقصود من هذا الشرط هو أن يكون الحق خالياً من النزاع الجدي من جانب المدين (Hors de toute contestation)، إلا أن هذا الرأي يعاب عليه أنه يجعل القوة التنفيذية للسند متوقفة على إرادة المدين؛ مما يجعل التنفيذ في النهاية أمراً مستحيلاً؛ حيث إن المدين ينازع دائماً في الحق نشوءاً أو بقاءً^(٥).

(١) د. أحمد مليجي، التنفيذ وفقاً لنصوص قانون المرافعات معلقاً عليه بآراء الفقه، دار النهضة العربية، ١٩٩٤، بند ١٥٥، ص ١٨٧، د. محمد عبد الخالق عمر، مبادئ التنفيذ، الطبعة الرابعة، دار النهضة العربية، ١٩٧٨، ص ٧٤.

(٢) د. عزمي عبدالفتاح، قواعد التنفيذ الجبري في قانون المرافعات المصري، دار النهضة العربية، ٢٠٠٢، ص ١٦٧، د. محمود هاشم، قواعد التنفيذ الجبري وإجراءاته، ١٩٩٩، ص ٧٧.

(٣) د. فتحي والي، التنفيذ الجبري في القانون الكويتي، ١٩٨٧، بند ٥١، ص ٧٢.

(٤) د. عبد الحميد أبوهيف، طرق التنفيذ والتحفظ في المواد المدنية والتجارية في مصر، القاهرة، ١٩٢٣، بند ٧٤، ص ٥٦.

(٥) د. أحمد ماهر زغلول، أصول التنفيذ وفقاً لمجموعة المرافعات المدنية والتجارية والتشريعات المرتبطة بها، الجزء الأول، الطبعة الثالثة، ١٩٩٤، ص ٧٥.

ونرى من جانبنا أن الرأي الأولى بالاتباع هو الرأي الأول القاضي بأن اشتراط تحقق الوجود معناه أن يؤكد السند التنفيذي وجود الحق الموضوعي بصفة قطعية (De manière certaine) سواء من حيث محل السند التنفيذي أو من حيث أشخاصه؛ على ألا يجعل مسألة وجود الحق محل شك أو تأويل^(١). فالسند التنفيذي إذ يؤكد وجود الحق الموضوعي إنما يميزه تمييزاً كافياً من حيث أطرافه وموضوعه، وبذلك فهو يعين تعييناً موضوع الحق الواجب الاقتضاء، كما يحدد على وجه قطعي أطرافه. وبهذا التحديد والتعيين فإن تحقق الوجود للحق المراد اقتضائه هو الوجود القطعي الذي لا لبس فيه، ولا غموض لعناصره التي تميزه عن غيره سواء من حيث تحديد أشخاصه بدقة أو بيان موضوعه^(٢).

أما بالنسبة إلى شرط تعيين المقدار (Liquide) فالمقصود منه أن يكون مقدار الدين الذي يريد الدائن استيفاءه محدداً في ذمة المدين بدقة وشكل نافٍ للجهالة، بحيث إذا كان مبلغاً من النقود فإنه يكون معين المقدار إذا كانت قيمته محددة بمبلغ من النقود^(٣)، أو بكمية معلومة من أشياء معينة بنوعها ولم يكن تعيينها في هذه الأحوال محل نزاع من المدين^(٤). وفي الحالة الأخيرة يقصد بهذا الشرط تعيين الشيء المطلوب تسليمه أو العمل المراد القيام به وكذلك مقداره لكي يتمكن طالب التنفيذ من القيام بإجراءات التنفيذ الجبري.

(١) د. عزمي عبدالفتاح، قواعد التنفيذ الجبري في قانون المرافعات المصري، المرجع السابق، ص ١٦٨.

(٢) الأمر الصادر بتقدير مصاريف الدعوى لا يكون محقق الوجود ما دام لم يحدد الخصم الذي يتحمله مع الإشارة إلى إمكانية استكمال السند التنفيذي بسند آخر يشير إليه صراحة كاستكمال الأمر الصادر بمصاريف الدعوى بالحكم الصادر بالدعوى، الذي يحدد الخصم الذي يتحمل المصاريف. انظر د. سيد أحمد محمود، أصول التنفيذ الجبري وفقاً لقانون المرافعات المدنية والتجارية، المرجع السابق، ص ٣٠٤.

(٣) كما هو الحال في التنفيذ غير المباشر الذي يتم بطريق الحجز ونزاع الملكية لاقتضاء مبلغ محدد (un montant chiffré et déterminé)! انظر د. عزمي عبدالفتاح، د. عبدالستار الملا، المرجع السابق، ص ١٧٨.

(٤) في الحالات التي يكون فيها محل الحق تسليم شيء معين بذاته أو هدم جدار مثلاً.

ومع ذلك، فإن غياب شرط تعيين المقدار لا يمنع صاحب الحق من طلب التنفيذ الجبري ولكن في هذه الحالة فإنه يستطيع طلب الحجز التحفظي دون التنفيذ، بشرط أن يكون حقه محقق الوجود وحال الأداء. وغاية ما في الأمر أنه يحتاج في هذه الحالة إلى الحصول على إذن من قاضي الأمور الوقفية ليصدر أمره بتوقيع الحجز التحفظي بعد تقديره للمدين تقديراً مؤقتاً^(١).

وتجدر الإشارة إلى أن شرط تحقق الوجود لا يغني عن شرط تعيين المقدار، خصوصاً أن الحق قد يكون موجوداً لثبوته في حكم قضائي يقرره، كالذي يقرر خطأ المسؤول في المسؤولية المدنية، دون أن يحدد مقدار التعويض عن هذا الخطأ. فمثل هذا الحكم غير جائز تنفيذه قبل تعيين مقدار التعويض المستحق لمن لحقه الضرر^(٢).

وأخيراً، فإن هناك شرطاً ثالثاً يجب توافره في الحق الوارد بالسند التنفيذي وهو أن يكون هذا الحق حال الأداء (Exigible). والمقصود بذلك أن يكون الحق الوارد في السند التنفيذي واجب الوفاء أو مستحق الأداء عند البدء في التنفيذ، والعلة في ذلك أن الحق الذي يؤكد السند هو حق جزائي قابل للتنفيذ الجبري ومن ثم فإنه من غير المنطقي إجبار المنفذ ضده على الوفاء على الرغم من أن حق طالب التنفيذ غير مستحق الأداء. فقبل حلول الأجل لا تجوز مطالبة المدين بالدين ومن ثم ليس هناك مخالفة للقانون ترتب جزاء أو تستوجب التنفيذ الجبري.

وتطبيقاً لذلك، فإن الحق يكون حال الأداء إذا لم يقترب بأجل وإلا فإنه لا يمكن التنفيذ الجبري اقتضاء لهذا الحق إذا كان مضافاً إلى أجل مقرر لمصلحة المنفذ ضده سواء كان أجلاً قانونياً أو اتفاقياً أو قضائياً^(٣). وعلى العكس من

(١) المادة ٢٢٤ من قانون المرافعات الكويتي.

(٢) انظر د. وجدي راغب، النظرية العامة للتنفيذ القضائي، دار الفكر العربي، ١٩٩٤، ص ٥٤.

(٣) يقصد بالأجل القضائي هنا نظرة الميسرة التي يمنحها القضاء التي تمنع اتخاذ إجراءات التنفيذ وإلا كانت لا جدوى منها إذا لم تمنح التنفيذ الجبري.

ذلك، فإن الأجل إذا كان مقررًا لمصلحة طالب التنفيذ فالحق الوارد في السند التنفيذي يكون حال الأداء فوراً في هذه الحالة، ومن أمثلة ذلك شهر إعسار المنفذ ضده أو إضعاف المنفذ ضده بفعله ما قدمه من تأمين خاص أو لم يقدم أصلاً ما وعد بتقديمه من ضمانات أو تأمينات^(١).

والحق الوارد في السند التنفيذي لا يلزم أن يكون حال الأداء عند تحرير السند التنفيذي بل عند البدء في التنفيذ، ومن ثم فإنه من الجائز التنفيذ بمقتضى السند الذي يقرر حقاً مضافاً إلى أجل عند حلول هذا الأجل. وإذا نفذ الدائن قبل حلول أجل دينه فإن التنفيذ يكون في هذه الحالة باطلاً، ولا يصححه حلول الأجل بعد ذلك في أثناء إجراءات التنفيذ.

وتجدر الإشارة إلى أن ما تقدم يتعلق بالعنصر الموضوعي للسند التنفيذي الذي يجب أن يلزم العنصر الشكلي للسند التنفيذي الذي يتكون من صورة أحد السندات التنفيذية التي حددتها المادة ١٩٠ من قانون المرافعات مضافاً إليها ما يعرف بالصيغة التنفيذية (La Formule exécutoire) ليتشكل لدينا ما يعرف بالصورة التنفيذية (La grosse)^(٢).

وعلى ذلك فإن السند التنفيذي عمل قانوني شكلي يتكون من عنصرين، أحدهما المضمون وهو العمل القانوني، والآخر الشكل وهو الصيغة التنفيذية، على أن وجود أحد العنصرين في السند التنفيذي لا يغني عن وجود العنصر الآخر، حيث يجب توافرها معاً حتى يكون التنفيذ القائم على أساس هذا السند صحيحاً ومنتجاً لآثاره^(٣).

(١) انظر. CA Paris, 17 octobre 1962, Dalloz., 1963, p. 125.

(٢) الصيغة التي تطلب المشرع الكويتي وضعها على السند التنفيذي هي التي تطلبها المادة ١٩٠ من قانون المرافعات ونصها: "يجب على الجهة التي يناط بها التنفيذ أن تبادر إليه متى طلب منها وعلى كل سلطة أن تعينه على إجراءاته ولو باستعمال القوة الجبرية متى طلب منها ذلك طبقاً للقانون".

(٣) يجيز القانون استثناءً وبأحوال معينة التنفيذ من دون الصورة التنفيذية كما أشارت المادة ١٩١ من قانون المرافعات، التي تجيز التنفيذ بمسودة الحكم في المواد =

ويعتبر السند التنفيذي إعلاناً عن إرادة لإعمال جزاء قانوني معين؛ مما جعل المشرع يحصر هذه الأعمال ذات القوة التنفيذية بالسندات التنفيذية. ومعنى ذلك أنه لا يعد كافياً للتنفيذ الجبري أن يقرر السند التنفيذي وجود الحق الموضوعي، بل من الواجب الإعلان عن إرادة القائم بالتنفيذ على إلزام ذوي الشأن هذا التقرير. وهذه الإرادة التي يبتغيها القائم بالتنفيذ تعني رضا أصحاب الشأن مقدماً بالنتائج القانونية المترتبة على مخالفتها، مع ملاحظة أن السند التنفيذي لا يحقق التأكيد بوجود الحق الموضوعي الجدير بالحماية التنفيذية إلا إذا كان محله جزاءً قانونياً كأحكام الإلزام، حيث لا تصلح الأحكام المنشئة والتقريرية كسندات تنفيذية^(١). وعلى هذا الأساس يمكننا القول إن السند التنفيذي لا يعد قائماً إلا عندما ترتدي الإرادة الجزائية المعترف بها قانوناً شكل الصورة التنفيذية، فالحكم لا يرتب للمحكوم له الحق في التنفيذ بمجرد صدوره بل يترتب هذا الأثر بعد تكوين أو تشكيل الصورة التنفيذية لهذا الحكم، ولا تقوم الجهة المنوط بها التنفيذ بالتنفيذ إلا بعد تسليمها هذه الصورة.

إن الحق الجزائي سواء كان تنفيذاً مباشراً للحق الأصلي المعتبر عليه أم تعويضاً، إنما يتم تأكيده و فرضه على ذوي الشأن من خلال السند التنفيذي، الذي يعد بذلك مفتاح التنفيذ الجبري ويجعله ممكناً ويحدد مده. وهذا التحديد يوضح أن الأحكام أو المحررات غير المتضمنة لأداء جزائي لا تصلح أن تكون سندات تنفيذية، وتطبيقاً لذلك فإن الأحكام التقريرية أو المنشئة لا تصلح كسندات تنفيذية، بل ما يصلح أن يكون كذلك هو أحكام الإلزام فقط. فلا يجوز مثلاً تنفيذ الحكم الصادر بفسخ عقد الإيجار بالقوة الجبرية ما لم يقض هذا الحكم بشيء آخر كالطرد من العين المؤجرة.

= المستعجلة أو الأحوال التي يكون فيها التأخير ضاراً؛ وذلك بناءً على طلب صاحب الشأن بغير إعلان الحكم وبغير وضع الصيغة التنفيذية عليه. وفي هذه الحالة يسلم كاتب المحكمة المسودة لمأمور التنفيذ الذي يردها بعد الانتهاء من التنفيذ.

(١) د. وجدي راغب، مبادئ التنفيذ القضائي الكويتي، الطبعة الثامنة، ١٩٨١، ص ١٩.

والأعمال القانونية التي تصلح أن تكون سنداً تنفيذية محددة وفق ما أوضحت المادة ١٩٠ من قانون المرافعات، ولا يهمننا منها في هذا التعليق سوى النوع الأول المتمثل في الأحكام القضائية؛ لأنها الأكثر شيوعاً وتطبيقاً في الواقع العملي. مع التحديد بشكل أكبر أننا نعني الأحكام الصادرة من القضاء الوطني في المواد المدنية والتجارية حتى نستبعد غيرها من الأحكام. وحتى يتسنى لنا ذلك يجب علينا الإجابة عن التساؤل التالي: أتصلح جميع الأحكام القضائية أن تكون سنداً تنفيذية وفق ما أوضحنا سابقاً، أم أن هناك شروطاً معينة يجب توافرها في الحكم حتى يمكننا تنفيذه جبراً باعتباره سنداً تنفيذياً؟.

الفرع الثاني الأحكام القضائية كسندات تنفيذية

في أغلب التشريعات والأنظمة القانونية المقارنة، تعتبر الأحكام القضائية أهم السندات التنفيذية وأعلاها مرتبة؛ لأنها تتضمن من ناحية خصومة قائمة بعد سماع دفاع الطرفين والاطلاع على ما يقدمونه من أدلة، وتقرر من ناحية أخرى الحق المتنازع عليه، وتلزم من تقرر الحق بمواجهته باحترامه عن طريق إجباره على أداء الالتزام المتولد عن ذلك المركز القانوني الذي كشف عنه الحكم.

والمشرع الكويتي أرسى في المادة (١٩٢) من قانون المرافعات قاعدة مهمة بشأن الأحكام التي يجوز تنفيذها جبراً عندما أكد أنه لا يجوز تنفيذ الأحكام جبراً ما دام الطعن فيها بالاستئناف جائزاً ما لم يكن النفاذ المعجل منصوصاً عليه في القانون أو مأموراً به في الحكم^(١).

(١) نود الإشارة في هذا الصدد إلى تحفظنا على كلمة "مأموراً به"؛ حيث إنها تعطي للوهلة الأولى الانطباع بأن النفاذ المعجل يكون من خلال الأمر، وهذا غير صحيح حيث إنه يتم إشمال الحكم بالنفاذ المعجل من خلال حكم المحكمة بأن تقضي في حكمها شموله بالنفاذ المعجل، وهذا ما يعينه المشرع الذي قد يكون خافه التعبير بلفظة "مأموراً به".

ونتيجة لهذا النص، فإن القاعدة في التشريع الكويتي أن الأحكام التي يتم تنفيذها جبراً هي الأحكام النهائية، بينما من الجائز على سبيل الاستثناء المحدد تنفيذ الأحكام الابتدائية إذا كانت مشمولة بالنفاذ المعجل القانوني أو القضائي. مع الإشارة بأننا سنعرض في هذا التعليق للأحكام النهائية أو لفكرة النفاذ العادي للأحكام فقط دون النفاذ المعجل بنوعيه.

فبالنسبة للنفاذ العادي للأحكام، نجد أن الاعتراف بالقوة التنفيذية للحكم متوقف على توافر شروط محددة في مضمونه وفي وضعه الإجرائي تعكس الشروط العامة في مضمون السند التنفيذي ومحلّه. فمن جهة يشترط للحكم المراد تنفيذه جبراً أن يكون حكماً إلزامياً، وأن يكون من جهة أخرى نهائياً حائزاً لقوة الأمر المقضي^(١).

والأحكام القضائية تنقسم من حيث ما تتضمنه من أعمال قانونية إلى أحكام ملزمة وأحكام تقريرية وأخرى منشئة^(٢). ويعنينا التفصيل أكثر في النوع الأول، وهو أحكام الإلزام التي يجب أن تحوز قوة الأمر المقضي كذلك حتى يمكن اعتبارها سنداً تنفيذية.

وسبب عدم اعتبار الحكم التقريري (déclaratif) سنداً تنفيذياً أنه حكم يزيل فقط الشك والغموض حول الحق أو المركز القانوني بتأكيد وجوده أو عدم وجوده؛ حيث إنه حكم يقرر أو يؤكد وجود الحق أو المركز القانوني المدعى به أو عدم وجوده في الواقع. كالحكم الذي يقرر بالإيجاب الملكية أو صحة العقد أو يقرر بالسلب كالحكم ببراءة الذمة أو بالتزوير.

والحكم التقريري حكم موضوعي يحوز حجية الأمر المقضي (autorité de la chose Jugée)؛ لأنه يحقق اليقين القانوني بشأن المدعى به ولكن دون أن يلزم المحكوم عليه أدائه ولا يحدث كذلك تغييراً في الحق أو المركز المدعى به.

(١) العلة في ذلك أن هذا النوع من الأحكام يتمتع بالاستقرار الذي يسمح بتنفيذها.

(٢) د. عزمي عبدالفتاح، الوسيط في قانون المرافعات الكويتي، الطبعة الأولى، مؤسسة دار الكتب، ٢٠٠٦/٢٠٠٧، ص ٨١٤.

ولهذه الاعتبارات فإن هذا النوع من الأحكام لا يتمتع بالقوة التنفيذية، ومن ثم لا يعتبر سنداً تنفيذياً حتى وإن حاز قوة الأمر المقضي (La force de la chose jugée)؛ لأنه لا يصلح للنفاذ العادي.

أما الحكم المنشئ (constitutif)، فهو الذي ينشئ مركزاً قانونياً جديداً لم يكن موجوداً من قبل، كالحكم بشهر الإفلاس، أو الحكم الذي يعدل أو يحدث تغييراً في المركز القانوني القائم كالحكم بتعديل الالتزام التعاقدى بسبب الغبن، أو الحكم الذي ينهي مركزاً قانونياً قائماً كالحكم بفسخ العقد.

ومن الواضح أن هذا النوع من الأحكام لا يلزم المحكوم عليه بشيء معين حتى تتمكن السلطة العامة من تنفيذه قهراً عنه عند عدم تنفيذه اختياريّاً، حتى ولو كان حكماً موضوعياً وحاز حجية الأمر المقضي.

والحكم المنشئ له وظيفة ولائية تهدف إلى مواجهة قصور المدعي في إحداث التغيير القانوني المطلوب بإرادته المنفردة عن طريق استصدار حكم بهذا التغيير^(١). كما أن له أثراً موضوعياً فورياً؛ بحيث ينشئ أو يعدل أو ينهي الحق أو المركز القانوني، فيكون بذلك سبب وجوده وسنده، ومن ثم فإن الحق أو المركز القانوني لا يوجد إلا من تاريخ صدور الحكم المنشئ.

وعلى غرار الأحكام التقريرية، فالأحكام المنشئة تستند وظيفتها بمجرد صدورها، وهي بذلك لا تتمتع بقوة تنفيذية ولا تصلح للنفاذ العادي ولو حازت قوة الأمر المقضي، ومن ثم لا تصلح أن تكون سنداً تنفيذية.

أما النوع الأخير المتمثل في حكم الإلزام (Condamnatoire) فهو الحكم الذي يصدر في طلب موضوعي ويلزم من صدر ضده أداء معيناً؛ بحيث يحدث تغييراً في الحق أو المركز القانوني فينشأ لصاحبه الحق في رد هذا الاعتداء

(١) د. وجدي راغب، مبادئ التنفيذ القضائي الكويتي، المرجع السابق، ص ١٣٢ وما يليها.

بالإلزام المعتدي أداء معيناً لإزالة هذا الاعتداء بتطابق المركز المادي مع المركز القانوني^(١) كالقيام بعمل ما كبناء عقار، أو عدم القيام به كعدم المنافسة.

وحكم الإلزام كسابقه من الأحكام، حكم موضوعي يحوز حجية الأمر المقضي والإلزامي في الوقت نفسه؛ كونه ذا وظيفة تنفيذية، ويهدف إلى الحصول على سند يجرى التنفيذ بمقتضاه^(٢).

والعلة في قصر المشرع للقوة التنفيذية على حكم الإلزام فقط، أن هذا النوع من الأحكام يعد كافياً بذاته لوجوب تقرير الحماية القضائية، ونتيجة لذلك فإن الحكم المتضمن إلزاماً في شق منه وتقريراً أو إنشاء في شق آخر فإن ما ينفذ منه هو الشق الأول فقط. وتطبيقاً لذلك، فالحكم الصادر ببطالان عقد البيع والإلزام المشتري رد المبيع يعتبر سنداً تنفيذياً فيما يتعلق برد المبيع، وهو شق الإلزام في الحكم.

وإلى جانب وجوب أن يكون الحكم المراد تنفيذه حكماً إلزامياً، فقد اعتمد المشرع الكويتي قاعدة مهمة تتعلق بالربط بين القوة التنفيذية للحكم وقوته الإجرائية بأن جعل مسألة الاعتراف بالقوة التنفيذية للحكم أمراً موقوفاً على اكتسابه لقوة الأمر المقضي؛ أي عدم إمكانية المساس به بطرق الطعن العادية. وباعتماده لهذه القاعدة، حاول المشرع التوفيق قدر الإمكان بين المصالح المتعارضة لكل من طالب التنفيذ والمنفذ ضده.

فطالب التنفيذ المحكوم له يتجنب بذلك طول الانتظار الذي قد يطول حتى يستنفذ الحكم الصادر لصالحه طرق الطعن غير العادية بإضفاء القوة التنفيذية على الحكم المؤكد لحقه حتى ولو كان قابلاً للطعن فيه بطرق غير عادية، بل حتى لو طعن فيه بالفعل. أما مصلحة المنفذ ضده المحكوم عليه فقد روعيت -

(١) نقض مدني مصري ٢٧/١١/١٩٨٣، الطعن ١١٢ لسنة ٥٢، مذكور في د. عزمي

عبدالفتاح ود. عبدالستار الملا، المرجع السابق، ص ١٦٨، هامش ١.

(٢) د. سيد أحمد محمود، المرجع السابق، ص ٣٢٦.

من حيث المبدأ^(١) - بعدم إمكانية التنفيذ عليه قبل أن يحوز التأكيد القضائي الذي يدينه بأداء معين قدرأً من الثبات والاستمرار، وذلك من خلال ربط القوة التنفيذية للحكم الصادر ضده باكتساب هذا الحكم لقوة الأمر المقضي^(٢).

ويستخلص من ذلك، أن الأحكام الابتدائية (En premier ressort) لا تصلح كسندات تنفيذية ما لم تكن مشمولة بالنفاذ المعجل القانوني أو القضائي، مما يعني بمفهوم المخالفة أن الأحكام النهائية (En dernier ressort) أو الحائزة على قوة الأمر المقضي هي التي تصلح أن تكون سندات تنفيذية.

والقانون الكويتي يفرق بين ثلاثة أنواع من الأحكام؛ الأول هي الأحكام الابتدائية، والثانية هي الأحكام النهائية أو الانتهائية، في حين أن الأخيرة تسمى الأحكام الباتة.

ويقصد بالأحكام الابتدائية تلك الأحكام التي تقبل الطعن بطريق عادي، وهو الاستئناف، والتي تكون صادرة عن محاكم أول درجة سواء أكانت الجزئية أم الكلية في غير نصابها الانتهائي. وقد أشارت إلى ذلك المادة ٢٩ من قانون المرافعات بنصها على أن الحكم الصادر عن المحكمة الجزئية يكون ابتدائياً ومن ثم قابلاً للطعن بالاستئناف إذا زادت قيمة الدعوى على ألف دينار كويتي؛ أي إذا زادت قيمة الدعوى على ١٠٠٠ د.ك. ولم تتجاوز ٥٠٠٠ د.ك. فإن حكم المحكمة الجزئية يكون بشأنها ابتدائياً. أما المادة ٣٤ من قانون المرافعات فقد أشارت إلى أن الحكم الصادر من المحكمة الكلية يكون ابتدائياً، ومن ثم قابلاً للطعن فيه بالاستئناف إذا زادت قيمة الدعوى على ٥٠٠٠ د.ك.

أما الأحكام النهائية فقد حدد لها القانون حالات تكون نهائية إذا توافرت إحداها. والحالة الأولى هي الحكم الصادر عن محكمة الاستئناف العليا أو عن

(١) حيث إنه يجوز استثناءً وفقاً للمادتين ١٩٣، ١٩٤ من قانون المرافعات تنفيذ الأحكام الابتدائية التي لم تجز قوة الأمر المقضي من خلال النفاذ المعجل القانوني والقضائي.

(٢) د. أحمد ماهر زغلول، آثار إلغاء الأحكام بعد تنفيذها، المرجع السابق، بند ٦، ص ١٥.

المحكمة الكلية عندما تصدر حكماً في طعن بالاستئناف موجهاً لحكم المحكمة الجزئية^(١)؛ بمعنى آخر، فإن جميع أحكام محاكم الدرجة الثانية تكون نهائية أو انتهائية. أما الحالة الثانية فهي الحكم الصادر في حدود النصاب الانتهائي لكل من المحكمة الجزئية والمحكمة الكلية؛ أي الحكم الصادر في دعوى قيمتها ١٠٠٠ د.ك. فأقل من المحكمة الجزئية، أو الحكم الصادر في دعوى قيمتها ٥٠٠٠ د.ك فأقل من المحكمة الكلية.

وبالنسبة إلى الحالة الثالثة، فهي حالة الحكم الذي ينص القانون على عدم جواز استئنافه؛ بحيث يولد هذا الحكم في هذه الحالة انتهائياً بصرف النظر عن قيمة الدعوى. ومن أشهر هذه النصوص في القانون الكويتي الحكم الصادر في المنازعة في اقتدار الكفيل (م ٣/١٩٨) من قانون المرافعات والحكم الصادر في المناقضة التي تقدم على قائمة توزيع حصيلة التنفيذ المؤقتة (م ٢٨٦) من القانون نفسه.

وأخيراً فإن الحكم يكون نهائياً إذا صدر ابتدائياً وتحصن بسبب عدم الطعن فيه في الموعد المحدد أو تنازل من تقرر الطعن لمصلحته عن ذلك. وفي جميع الحالات السابقة يوصف الحكم بأنه انتهائي حتى ولو كان يقبل الطعن فيه بالطرق غير العادية. والأحكام الباتة وفقاً للتشريع الكويتي هي تلك الأحكام التي لا يجوز الطعن فيها بطرق الطعن العادية، وكذلك طرق الطعن غير العادية مع الإشارة إلى أن الأخيرة متمثلة في التمييز والتماس إعادة النظر واعتراض الخارج عن الخصومة. ويستفاد من ذلك أن الحكم البات يعتبر أقوى الأحكام من ناحية قوته التنفيذية ومن ناحية استقراره؛ لأنه غير قابل للطعن فيه على الإطلاق بأي طريق من طرق الطعن سواء كان طريق طعن عادي أم غير عادي، ومن ثم فإنه يكون حكماً مستقراً بشكل مؤكد غير قابل للشك والتأويل. لذلك نجد أن أهمية التمييز بين الأحكام الابتدائية والنهائية والباتة تتعلق أساساً بالقوة التنفيذية للحكم التي تتحدد بحسب نوع الحكم^(٢).

(١) المادة ٢٣٤/٣ من قانون المرافعات الكويتي.

(٢) د. وجدي راغب، مبادئ القضاء المدني، ٢٠٠٤، ص ٦٩٢.

المطلب الثاني

فقد السند للقوة التنفيذية

بعد توضيحنا للشروط الواجب توافرها لاكتساب السند التنفيذي القوة التنفيذية اللازمة نشير إلى أن هذه القوة التنفيذية التي اكتسبها السند التنفيذي غير مؤبدة بسبب وجود العديد من الحالات التي يفقد فيها الحكم قوته التنفيذية ومن ثم عدم استمرار صلاحيته لأن يكون سنداً تنفيذياً. ومن أهم هذه الحالات حالة إلغاء الحكم من محكمة أعلى من المحكمة التي أصدرته أو حالة بطلان هذا الحكم. بمعنى آخر، فإن الواقع العملي يشهد بأن هناك أحكاماً يتم التنفيذ بمقتضاها على أساس أنها سندات تنفيذية مكتملة الأركان والشروط والعناصر، ولكنها تفقد قوتها التنفيذية في حال إلغائها أو تقرير بطلانها من محاكم أعلى درجة من تلك التي أصدرتها وتفقد من ثم صفتها كسندات تنفيذية؛ مما يثير العديد من الصعوبات في الواقع العملي. وخصوصاً عند تقرير محكمة التمييز لبطلان الحكم الذي تم تنفيذه.

ونجد أنه لزاماً علينا أن نبين في هذا المقام السند التنفيذي الذي يصلح بموجبه اتخاذ إجراءات التنفيذ الجبري عندما نصادف إحدى هذه الحالات.

الفرع الأول

إلغاء الحكم

إن مسألة إلغاء الحكم تتجلى في حالة صدور حكم من محكمة أول درجة ويطعن فيه أمام محكمة الاستئناف، فتصدر هذه الأخيرة حكماً في هذا الطعن إما بإلغاء حكم أول درجة وإما تأكيده وإما بعدم قبول الاستئناف أصلاً.

فإذا صدر حكم محكمة الاستئناف بإلغاء حكم أول درجة ففي هذه الحالة يزول هذا الحكم وكل أثر مترتب عليه لأن حكم الاستئناف يؤدي إلى إلغاء جميع الآثار التي ترتبت على حكم أول درجة بما فيها تنفيذ هذا الحكم. ويعتبر حكم الاستئناف في هذه الحالة السند التنفيذي الذي تبشر إجراءات التنفيذ

استناداً إليه ويتم بمقتضاه إعادة الحال إلى ما كان عليه إذا كان قد تم اتخاذ إجراءات التنفيذ بعد الحكم الابتدائي.

ومثال ذلك، أن الحكم الابتدائي إذا كان مشمولاً بالنفاذ المعجل وتم تنفيذه بالفعل فإن حكم الاستئناف الذي ألغى حكم أول درجة يتم بمقتضاه إعادة الحال إلى ما كان عليه قبل النفاذ المعجل^(١).

وفي هذا الصدد قضت محكمة النقض المصرية بأن "الحكم الاستئنافي الصادر بإلغاء الحكم الابتدائي المشمول بالنفاذ المعجل ورفض الدعوى يكون بدوره قابلاً للتنفيذ الجبري لإزالة آثار تنفيذ الحكم الابتدائي (...) فيكون للمحكوم عليه فيه أن يسترد من المحكوم له ما يكون قد استوفاه بذلك الحكم وإعادة الحال إلى ما كانت عليه قبل إجراء التنفيذ المعجل، وإن الأحكام الحائزة لقوة الشيء المحكوم فيه تقبل التنفيذ، ولا يمنع من تنفيذها قابليتها للطعن بالنقض أو الطعن عليها فعلاً بهذا الطريق"^(٢).

ولا تثور صعوبة حقيقية بتحديد السند التنفيذي في حالة صدور حكم عن محكمة الاستئناف بعدم قبول الاستئناف، حيث إن الحكم الاستئنافي بعدم قبول الاستئناف يحول الحكم الابتدائي إلى حكم انتهائي حائز لقوة الأمر المقضي على فرض انقضاء مواعيد الاستئناف. ويعتبر السند التنفيذي هنا حكم أول درجة، وذلك أياً كان سبب عدم القبول^(٣).

أما الحالة التي تنظر فيها محكمة الاستئناف الموضوع وتصدر بشأنه حكماً مؤيداً لقضاء الحكم المطعون فيه فهي تثير إشكالية حقيقية بشأن تحديد السند التنفيذي في هذه الحالة وما إذا كان حكم أول درجة أم حكم الاستئناف.

- (١) د. عبد الحميد عكاشة، التنفيذ الجبري للأحكام وفقاً لقانون الإجراءات المدنية والتجارية العماني، دار الكتب القانونية، ٢٠٠٧، ص ٤٠.
- (٢) نقض رقم ٢٦٣٢ لسنة ٦٠ ق. جلسة ١٩٩٤/١١/٢٠ لسنة ٣٩ ق. وجلسة ١٩٧٤/١١/١٥ سنة ٢٥، ص ١٢٨٧.
- (٣) د. سيد أحمد محمود، المرجع السابق، ص ٣٣٠، هامش ٣.

ولا يجمع الفقه على حل في هذا الخصوص بل يتنازعه رأيان متضادان، يذهب الأول منه إلى أن حكم أول درجة هو الذي يعتبر السند التنفيذي استناداً إلى أنه الحكم الذي يتضمن التأكيد الكامل للحق وأن حكم الاستئناف لم يرق سوى بتأييده، وهذا بعينه الرأي الذي تبناه القانون الإنجليزي وبعض أحكام القضاء الإيطالي^(١).

أما الرأي الآخر فإنه ينسب إلى حكم محكمة الاستئناف صفة السند التنفيذي الذي يتم التنفيذ الجبري اقتضاء لما أكدته من التزامات، وهو رأي لا نفضل تأييده مع سلامة منطقته؛ لأنه لا يفسر بشكل واضح مسألة النفاذ المعجل للأحكام الابتدائية^(٢).

ويبقى أن نشير إلى أنه في حالة إذا ما كان حكم الاستئناف قد أيد حكم أول درجة في جزء منه وألغى الجزء الآخر، فإنه من اللازم وجود الحكمين معاً لتكوين السند التنفيذي بالنسبة إلى ما يقضيان به^(٣).

وفيما يتعلق بالأحكام الصادرة عن محكمة التمييز فإنه يجب التفرقة بين ثلاثة فروض. الأول: في حال إذا كان الحكم الصادر عن محكمة التمييز برفض الطعن، أي تأييد الحكم الاستئنافي، فإن الحكم النهائي الصادر عن محكمة الاستئناف يعتبر السند التنفيذي في هذه الحالة. والسبب في ذلك يعود إلى أن حكم التمييز يتعلق بالقانون وليس بموضوع النزاع الذي فصلت فيه محكمة الاستئناف^(٤).

(١) د. عزمي عبدالفتاح، قواعد التنفيذ الجبري في قانون المرافعات المصري، المرجع السابق، ص ١٨٢.

(٢) د. أحمد ماهر زغلول، المرجع السابق، بند ٢٨، ص ٣٩ وما يليها.

(٣) كالحكم الصادر عن أول درجة بإلزام البائع تسليم المبيع والتعويض عن تأخير التسليم، فطعن البائع في هذا الحكم فيما يتعلق بالتعويض فقط وأيدت محكمة الاستئناف هذا الحكم فإن حكم أول درجة يعتبر سنداً تنفيذياً بالنسبة إلى التسليم، وحكم ثاني درجة يعتبر سنداً تنفيذياً بالنسبة إلى التعويض. انظر د. سيد أحمد محمود، د. أحمد هندي، د. عبدالستار الملا، التنفيذ الجبري في القانون الكويتي، الجزء الأول، ص ٩٧، هامش ٣.

(٤) ويترتب الأثر نفسه في حالة عدم قبول محكمة التمييز للطعن.

والثاني: في حال إذا قضت محكمة التمييز بقبول الطعن وإلغاء الحكم المطعون فيه مع إحالة القضية إلى المحكمة التي أصدرت الحكم^(١)، فإن حكم التمييز في هذه الحالة يعتبر سنداً تنفيذياً يتم بموجبه إزالة آثار تنفيذ حكم محكمة الاستئناف وإعادة الحال إلى ما كان عليه قبل التنفيذ^(٢). وتنفيذ هذا الحكم بالإلغاء لا يكون إلا في مواجهة من كان طرفاً في الخصومة التي صدر فيها هذا الحكم^(٣).

أما الفرض الثالث والأخير فيتمثل في حالة إذا ما كان حكم التمييز صادراً بقبول الطعن والفصل في الموضوع، فإن السند التنفيذي في هذه الحالة يكون حكم التمييز. وتبرير ذلك أن محكمة التمييز حينما تلغي الحكم المطعون فيه فإنها لا تعيد القضية إلى محكمة الموضوع لإعادة الفصل في النزاع من جديد على ضوء ما قرره هي، وإنما على محكمة التمييز أن تفصل في الموضوع^(٤).

الفرع الثاني بطلان الحكم

من المبادئ العامة والأساسية في النظام القضائي الكويتي، بل في أغلب الأنظمة القانونية المقارنة، مبدأ التقاضي على درجتين الذي يقضي بأن الدعوى

(١) هذا هو المعمول به في القانون المصري وفقاً للمادة ٢٦٩ من قانون المرافعات، أما في القانون الكويتي فإن المادة ١٥٦ من قانون المرافعات تقضي بأن تفصل محكمة التمييز بالموضوع إذا قامت بتمييز الحكم.

(٢) د. وجدي راغب، النظرية العامة للتنفيذ القضائي، المرجع السابق، ص ٦٥، د. فتحي والي، التنفيذ الجبري، ط ١٩٨٧، ص ٤٣.

(٣) نقض مصري ١٩٧٥/٥/٤، مجموعة النقض، السنة ٢٦/ص ٩١٣، رقم ١٧٦. تمييز كويتي رقم ٢٠٠٢/١٣٤، أحوال شخصية صادر بتاريخ ٢٠٠٣/٨/١٦، مجلة القضاء والقانون، السنة الحادية والثلاثون، ٢٠٠٦، الجزء الثالث، ص ٣١٩.

(٤) ما لم تكن المحكمة قد ميزت الحكم بسبب مخالفته لقواعد الاختصاص فإنها تقتصر على الفصل في مسألة الاختصاص مع تعيينه المحكمة المختصة عند الاقتضاء (م ١/١٥٦) من قانون المرافعات الكويتي.

ترفع أولاً إلى محكمة تسمى محكمة الدرجة الأولى ويكون للمحكوم عليه الاعتراض على حكمها باستئنافه أمام محكمة أعلى تسمى محكمة الدرجة الثانية أو الاستئناف؛ بحيث يطرح النزاع أمامها من جديد لتفصل فيه بحكم نهائي^(١).

وعلى الرغم من تبني المشرع الكويتي لمبدأ التقاضي على درجتين، فإنه لاعتبارات خاصة ألغى الدرجة الأولى لنوع معين من الدعاوى وألغى الدرجة الثانية لنوع آخر من الدعاوى. وبمعنى آخر، لم يجز القانون بالنسبة إلى بعض الدعاوى الطعن في الحكم الصادر عن أول درجة بالاستئناف وجعل حكم محكمة الدرجة الأولى نهائياً أو انتهائياً.

وبتبني المشرع لنظام التقاضي على درجتين يكون قد أقر قاعدة عامة، مفادها جواز استئناف الأحكام الصادرة عن محاكم الدرجة الأولى من حيث المبدأ ومنع استئناف مثل هذه الأحكام استثناءً. ومن أهم الاستثناءات على هذه القاعدة في القانون الكويتي حالة الأحكام التي ينص القانون على عدم جواز استئنافها؛ بحيث تولد هذه الأحكام انتهائية بصرف النظر عن قيمة الدعوى. ومن أشهر هذا الأحكام - كما ذكرنا سلفاً - الحكم الصادر في المنازعة في اقتدار الكفيل (م/١٩٧/٣) من قانون المرافعات والحكم الصادر في المناقضة في القائمة المؤقتة في توزيع حصيلة التنفيذ (م/٢٨٦) من القانون نفسه.

إلا أننا نجد أن المشرع عاد مرة أخرى ووضع استثناءً على الاستثناء، وأرجعنا إلى القاعدة العامة التي تجيز استئناف هذا النوع من الأحكام عندما نص في المادة (٢/١٣٨) على أنه "ويجوز أيضاً استئناف الأحكام الصادرة بصفة انتهائية من محاكم الدرجة الأولى بسبب وقوع بطلان في الحكم أو بطلان في الإجراءات أثر في الحكم".

(١) مع الإشارة إلى أن مبدأ التقاضي على درجتين من النظام العام في القانون الكويتي. تمييز كويتي ١٦/٨/٢٠٠٣، الطعن رقم ٢٠٠٢/١٣٤ أحوال شخصية، مجلة القضاء والقانون، السنة الحادية والثلاثون، الجزء الثالث، ص ٣١٩.

فإذا كانت الأحكام الصادرة بصفة انتهائية لا تقبل الطعن بالاستئناف لصدورها في حدود النصاب أو لوجود نص قانوني يمنع الطعن فيها، فإنه من الجائز استثناء الطعن فيها بالاستئناف لأسباب محددة ليكون الاستئناف في هذه الحالة وسيلة لإبطال حكم أول درجة وليس لإصلاحه^(١).

والعلة في إجازة الاستئناف في هذه الحالة هي جسامه الخطأ الذي وقع فيه الحكم وخطورته، ولذلك يسمى الاستئناف في هذه الحالة (L'appel restauré)^(٢). فالمشرع يعتبر بطلان الحكم عيباً جسيماً يتيح دائماً الطعن فيه بالاستئناف بهدف إبعاده.

والبطلان هو وصف يلحق العمل القانوني ويوجد حين تتحقق مخالفة العمل نموذج القانوني. وإذا يتولد البطلان نتيجة هذه المخالفة، فإن العمل الباطل لا يرتب ولا يولد الآثار التي كان القانون يرتبها عليه لو كان صحيحاً.

والبطلان قد يكون من ناحية بطلاناً شكلياً يتعلق بالأوضاع الشكلية التي نص القانون على وجوب اتخاذ الإجراءات من خلالها، وقد يكون من ناحية أخرى بطلاناً موضوعياً حينما يتخلف عن العمل أحد مقتضياته الموضوعية سواء تعلق ذلك بموضوع العمل أو سببه أو شخص القائم به^(٣).

وعلى ذلك فإن الحكم يكون باطلاً إذا شاب أحد عناصره عيب يبطله، كما لو صدر عن محكمة غير مشكلة تشكياً صحيحاً أو اشترك في إصداره قاضٍ لم يسمع المرافعة أو شاب خطوات إصداره عيب مثل إصداره بغير حضور القضاة الذين أصدره أو بغير توقيعاتهم على المسودة. وكذلك إذا نقصت

(١) د. عزمي عبدالفتاح، الوسيط في قانون المرافعات الكويتي، المرجع السابق، ص ٨٧٤.

(٢) HERON Jacques, Droit Judiciaire privé, Par Thierry, LEBAR, 2ed., Montchrestien, 2002, no 706, p. 235.

(٣) د. نبيل إسماعيل عمر، النظرية العامة للطعن بالنقض في المواد المدنية والتجارية، منشأة المعارف، ١٩٨٠، بند ٩١، ص ٢٠٦.

إحدى بياناته اللازمة كخلوه من التسبب أو قصور أسبابه الواقعية أو تناقض منطقته^(١).

فالحكم الذي يشوب أسبابه الواقعية - دون القانونية - القصور فإن من الجائز إبطاله وفقاً لنص المادة ١١٦/٣ من قانون المرافعات الكويتي التي تؤكد أن " القصور في أسباب الحكم الواقعية، والنقص أو الخطأ الجسيم في أسماء الخصوم وصفاتهم، وكذا عدم بيان أسماء القضاة الذين أصدروا الحكم يترتب عليه بطلان الحكم ". مع عدم إغفال نص المادة (١١٥) من القانون نفسه، التي تجيز إبطال الحكم في حالة خلوه من التسبب.

ويكون الحكم باطلاً كذلك في حالة بطلان الإجراءات التي أثرت فيه؛ مما يجعل استئنافه جائزاً حتى ولو صدر انتهائياً. كما لو أن هناك عيباً في الإجراءات بينه وبين الحكم الصادر في النزاع صلة وثيقة ينبنى عليها أن بطلان الإجراء يصيب الحكم الصادر في الدعوى أيضاً بالبطلان.

والارتباط الذي يبرر البطلان في هذه الحالة هو الارتباط الذي يؤدي إلى جعل الإجراء السابق مفترضاً ضرورياً وقانونياً لصحة الإجراء اللاحق؛ مما يؤكد أن العمل السابق باعتباره مفترضاً ضرورياً لصحة العمل اللاحق فإن بطلان الأول ينعكس على الثاني ولو كان في ذاته صحيحاً^(٢). ومن الأمثلة على ذلك حالة مخالفة حق الدفاع بشكل عام ومبدأ المواجهة بشكل خاص^(٣).

(١) د. وجدي راغب، د. سيد أحمد محمود، قانون المرافعات الكويتي، الطبعة الأولى، دار الكتب، ١٩٩٤، ص ٤٧٥، د. عزمي عبدالفتاح، الوسيط في قانون المرافعات الكويتي، المرجع السابق، ص ٨٧٥، د. عزمي عبدالفتاح، تسبب الأحكام وأعمال القضاة في المواد المدنية والتجارية، ٢٠٠٨، ص ٢٢٤ ومايليها.

(٢) د. نبيل إسماعيل عمر، المرجع السابق، بند ٩٤، ص ٢١٢، ٢١٣.

(٣) ويجيز القانون الفرنسي الطعن في هذه الحالات لمخالفة مبدأ إجرائي أساسي، انظر:

HERON Jacques, OP. cit., n709, p. 538

الفرع الثالث البطلان أمام محكمة التمييز

إن بطلان الحكم يثير العديد من الصعوبات فيما يخص سلطة المحكمة المرفوع أمامها الطعن، وبالذات عندما يكون تنفيذ هذا الحكم الذي تقرر بطلانه قد تم وانتهى، وتكمن الصعوبة في هذه الحالة في بحث مدى سلطة المحكمة المرفوع أمامها الطعن في إعادة الفصل في الموضوع مرة ثانية بقضاء صحيح، أو ضرورة الاقتصار على إلغاء الحكم الباطل وإعادة مرة ثانية إلى المحكمة ذاتها التي أصدرته لكي تعيد الفصل فيه بشكل صحيح.

ولا تثير مسألة التعرض للموضوع صعوبة في القانون الكويتي كما تثيرها مسألة إبطال ثم إلغاء الحكم الذي تم تنفيذه وانتهى، حيث إن المشرع أوجب من ناحية، في المادة ١٥٦ من قانون المرافعات على محكمة التمييز إذا ميزت الحكم المطعون فيه أن تفصل في موضوعه إلا إذا كانت قد ميزته بسبب مخالفته لقواعد الاختصاص فإنها تقتصر على الفصل في مسألة الاختصاص مع تعيين المحكمة المختصة عند الاقتضاء.

ومن ناحية أخرى، أجاز المشرع للخصوم الطعن بالتمييز في الأحكام الصادرة عن الاستئناف إذا كان الحكم المطعون فيه مبنياً على مخالفة للقانون أو خطأ في تطبيقه أو تأويله، وكذلك إذا وقع بطلان في الحكم أو بطلان في الإجراءات أثر في الحكم. ونتيجة ذلك أن الأحكام التي يتقرر بطلانها تنظرها محكمة التمييز وتفصل فيها على النحو الآتي:

بالنسبة إلى بطلان الأحكام الصادرة عن محكمة الاستئناف أمام محكمة التمييز، فالأصل أن أوجه البطلان الواقعة في أحكام محاكم الدرجة الأولى لا تكون أسباباً للطعن بالتمييز، أما إذا استؤنفت الأحكام الصادرة مشوبة بالبطلان من أول درجة كان على محكمة الاستئناف أن تصدر حكماً جديداً بأسبابه. فإن هي أيدت أسباب محكمة أول درجة على الرغم من الدفع ببطلانها أو كان هذا الدفع متعلقاً بالنظام العام، وكان الاستئناف قاصراً على طلب بطلان الحكم الابتدائي وقضت هي برفضه، فإن حكمها هذا هو الذي يطعن فيه بالبطلان.

ولما كان مقررًا أن بطلان الأحكام الصادرة عن محاكم الاستئناف لا يمكن إصلاحه أو تداركه إلا بعد صدور الحكم عن طريق الطعن فيه بالتمييز، فقد ذهب بعض الفقهاء إلى القول إن التمسك بهذا البطلان لأول مرة أمام التمييز ما هو إلا إثارة لسبب جديد أو وسيلة جديدة أمام هذه المحكمة لم يسبق عرضه أمام محكمة الاستئناف.

والواقع - كما يراه د. نبيل إسماعيل عمر - أن "هذه مشكلة وهمية، فمثل هذا السبب، أي بطلان الحكم، لا يمكن معرفته إلا بعد صدور حكم الاستئناف وبعد هذا الصدور وخروج النزاع من ولاية المحكمة لا يمكن العودة إليها مرة ثانية، لهذا كان من المقرر قبول هذا السبب الجديد لأول مرة أمام محكمة التمييز" (١).

أما فيما يتعلق بمدى اعتبار بطلان الإجراءات المؤثرة في الحكم سبباً للطعن فيه بالتمييز، فيمكننا تطبيق التحليل السابق والمتعلق ببطلان الحكم على بطلان الإجراءات المؤثرة في الحكم. فأوجه البطلان الواقعة في إجراءات الأحكام الاستئنافية لا تنكشف عادة إلا حين إصدار هذه الأحكام أو بعد إصدارها، لذلك فمن الجائز الطعن بها لأول مرة أمام محكمة التمييز. ولا يعتبر في هذه الحالة إثارة لسبب جديد يمنع طرحه أمام التمييز، بل هو سبب وإن كان جديداً في الواقع إلا أن صدور الحكم هو الذي كشف عنه وأظهره وكان الحكم هو المناسبة التي أدت إلى التمسك به.

وبخصوص جواز الطعن بالتمييز للأحكام التي تصدر بالمخالفة للقانون أو عند خطأ في تطبيق القانون أو تأويله بحسب نص المادة ١٥٢ من قانون المرافعات الكويتي (٢)، فإن هذه الأسباب تعبر عن الهدف من وجود محكمة التمييز؛ لأنها لم تنشأ إلا لإلغاء الأحكام التي لا تتطابق مع قواعد القانون (٣).

(١) د. نبيل إسماعيل عمر، المرجع السابق، بند ٩٨، ص ٢٢٣، ٢٢٤.

(٢) وهي الأسباب نفسها التي ذكرها المشرع المصري. انظر د. أحمد أبو الوفا، المرافعات المدنية والتجارية، دار المطبوعات الجامعية، ٢٠٠٧، بند ٦٣٨ وما يليه، ص ٦٤٤ وما يليها.

(٣) وهذا ما عبرت عنه المادة (٦٠٤) من قانون المرافعات الفرنسي الجديد صراحة بقولها: إن الهدف من محكمة النقض هو مراقبة الأحكام التي لا تتطابق مع قواعد القانون.

ويشمل عدم التطابق مع القانون مخالفة القانون صراحة أو الخطأ في تطبيقه أو تأويله سواء أكان ذلك من النواحي الإجرائية أم الموضوعية.

فمخالفة قواعد الاختصاص والولاية والقواعد الموضوعية المتعلقة بالإثبات وعبء الإثبات وقوة الدليل كلها أسباب تصلح للطعن بالتمييز لاندراجها جميعاً تحت بند مخالفة القانون. مع الإشارة إلى أنه يقصد بالقانون في هذا المقام أي قاعدة قانونية ولو كانت عرفية أو اتفاقية لها قوة ملزمة أو كانت قاعدة مصدرها معاهدة دولية مصدق عليها أو كانت لوائح تنظيمية^(١).

وتعني كلمة مخالفة القانون إنكار القوة الملزمة للقاعدة القانونية بعدم تطبيق النص على الرغم من وجوده أو تطبيق نص سابق على الرغم من عدم وجوده لاستحداث نص جديد يتضمن مخالفة للنص السابق وكذلك صدور قانون جديد في أثناء التمييز يعدم الأساس القانوني للحكم المطعون فيه^(٢).

أما الخطأ في تطبيق القانون فمعناه أن يخطئ القاضي في اختيار النص الواجب التطبيق؛ مما يرتب على ذلك نتيجة قانونية مخالفة لو طبق النص الواجب التطبيق بشكل صحيح على وقائع النزاعات، ومن أمثلة ذلك أن تحكم محكمة الاستئناف بعدم قبول دعوى لانتفاء الصفة على الرغم من أن المدعي له دعوى مباشرة ضد شركة التأمين بنص القانون^(٣). أو تحكم المحكمة بالفوائد على الرغم من أن الحق مقرر لدين مدني وليس تجارياً^(٤).

(١) انظر الهوامش المذكورة في د. عزمي عبدالفتاح، الوسيط في قانون المرافعات الكويتي، المرجع السابق، ص ٩١٣، ٩١٤.

(٢) ويسمى الطعن في هذه الحالة Cassation par voie de consequence، انظر تفصيل ذلك، WIEDERKEHR Georges, op. cit., p. 320، وانظر كذلك Cass. Soc. 17mai 2006.

(٣) تمييز ٢٠٠٢/١/١٢، الطعن ٦٢٨ لسنة ٢٠٠٠ تجاري، مجلة القضاء والقانون، السنة ٣٠، الجزء الأول، ص ١٥.

(٤) تمييز ٢٠٠٣/٢/٣٠، الطعن ٤٢١/٤٣٠ لسنة ٢٠٠١ تجاري.

وبالنسبة إلى الخطأ في تأويل القانون فالمقصود منه الخطأ في تفسير القانون كما لو طبقت المحكمة القانون بعد تفسيره، وكان هذا التفسير يخالف إرادة المشرع والنهج القانوني السائد، بما يحتويه من أفكار سياسية واقتصادية واجتماعية ودرجت المحاكم على اتباعه^(١). ويلاحظ في هذا المقام أن محكمة التمييز لها سلطة إثارة وسائل القانون البحث التي لا تحتاج لواقع لم يطرحه الخصوم من تلقاء نفسها ولو لم يتمسك به الخصوم^(٢). ولها كذلك تكملة الأسباب القانونية أو استبدال الأسباب الصحيحة بالأسباب الخاطئة التي ذكرها الحكم المطعون فيه دون أن تلغيه، أما من ناحية القصور في الأسباب الواقعية فإن ذلك يؤدي إلى بطلان الحكم المطعون فيه، ولا تملك المحكمة تكملتها بسبب كونها محكمة قانون وليست محكمة واقع.

ومن المفيد الإشارة إلى أن الخطأ في التكييف يعدّ مخالفة للقانون؛ لأنه يترتب عليه تطبيق القانون بشكل خاطئ، كما لو كيفت المحكمة العقد بأنه بيع مع أنه هبة، وطبقت بذلك نصوص عقد البيع فإنها تكون قد أخطأت في تطبيق القانون^(٣).

ويرى العديد من الفقهاء الذين نتفق معهم تماماً أن مخالفة القانون أو الخطأ في تطبيقه أو تأويله إنما هي صور لحالة واحدة هي الخطأ في تطبيق القانون ولكن المشرع نص عليها جميعاً قطعاً لأي شك بشأنها^(٤).

(١) د. عزمي عبدالفتاح، تسبيب الأحكام وأعمال القضاة في المواد التجارية والمدنية، المرجع السابق، ص ٣٧١ ومايليها.

(٢) تمييز ٢٠/١١/١٩٨٢، الطعن ٦٢ لسنة ١٩٨٢ تجاري.

(٣) د. وجدي راغب، مبادئ القضاء المدني، المرجع السابق، ص ٧٩٧.

(٤) د. أحمد أبو الوفا، المرجع السابق، بند ٦٣٩، ص ٩٤٤، ٩٤٥.

المبحث الثاني

مدى توافر القوة التنفيذية في الحكم محل التعليق

بعد العرض السابق لماهية السند التنفيذي وعنصريه الموضوعي والشكلي وبعد بيان الحالات التي تتوافر فيها القوة التنفيذية للسند التنفيذي وتلك التي يفقد فيها هذه القوة، من المسلم به أننا لن نستطيع بيان وتجديد السند التنفيذي الذي يجب أن يتم التنفيذ بموجبه في الحكم محل التعليق إلا إذا قمنا بعرض ومناقشة لرأي المحكمة المتعلق بهذا الخصوص (المطلب الأول) قبل أن نطرح وجهة نظرنا بالموضوع (المطلب الثاني).

المطلب الأول

عرض رأي المحكمة ومناقشته

ليس من السهل تحديد السند التنفيذي المتمتع بالقوة التنفيذية ومن ثم إمكانية التنفيذ بمقتضاه في هذه الحالة إلا بعد استعراض ما توصلت إليه محكمة التمييز في هذا الحكم محل التعليق (الفرع الأول)، ومن ثم مناقشته وتحليله (الفرع الثاني).

الفرع الأول

رأي المحكمة

تتلخص وقائع الدعوى - كما أوردها الحكم - في أن البنك الطاعن أقام على المطعون ضدهم دعوى أمام الدائرة المدنية بالمحكمة الكلية، وطلب فيها الحكم بقبول مناقضته في توزيع حصيلة التنفيذ وبأحقيته في استيفاء دينه المضمون بالرهن من أصل وفوائد من ثمن العقار المرهون بأولوية على غيره من الدائنين.

وقال الطاعن مدلاً على مطالباته إنه بموجب عقد قرض مضمون برهن رسمي أقرض المطعون ضده الرابع مبلغ ١٨٠,٠٠٠ دك واتفقا على فائدة مقدارها ٢٥,١١٪ سنوياً، وقد رتب المدين المقرض لصالح البنك المقرض

(الطاعن) رهنا رسمياً على عقار مملوك له، وتخلف عن سداد الأقساط؛ مما جعل الدين من أصل وفوائد وعمولات ومصاريف واجب السداد مع الفائدة التأخيرية وقدرها ٢٥,١١٪ سنوياً.

وقد باشر البنك الطاعن والدائنون الآخرون المطعون ضدهم إجراءات الحجز على العقار المرهون وفاءً لديونهم، وتم نتيجة ذلك بيع العقار المرهون بالمزاد العلني ورسا مزاده بمبلغ ٣٢٦,٠٠٠ د.ك. وقد تقدم وباقي الدائنين إلى مدير إدارة التنفيذ (المطعون ضده الأخير) الذي أعد قائمة توزيع مؤقتة اختص بها الطاعن بأصل القرض ليستوفيه بصفته دائناً مرتهاً ويدخل بالفوائد السنوية المتفق عليها ٢٥,١١٪ مع باقي الدائنين قسمة غرماء، إلا أن الطاعن اعترض بجلسة التسوية الودية على القائمة المؤقتة؛ لأنها قصرت أحقيته باستيفاء أصل الدين دون فوائده إعمالاً لمفهوم المادة ٩٩٤ من القانون المدني التي تقصر أثر قيد الرهن على المبلغ بالقائمة أو المضمون بالرهن - أيهما أقل - في حين أن عقد الرهن المرتب لصالح الطاعن قد حدد الدين المضمون بأصل مبلغ القرض وفوائده معاً، ومن ثم يتقدم على باقي الدائنين باستيفائهما.

وبتاريخ ٢٠٠٦/٦/٤ قضت المحكمة الكلية بقبول مناقضة الطاعن شكلاً وفي الموضوع برفض الدعوى؛ مما حدا بالطاعن استئناف هذا الحكم إلا أن محكمة الاستئناف حكمت بعدم قبوله إعمالاً لنص المادة ٢٨٦ من قانون المرافعات المدنية والتجارية، القاضي بأن الحكم الصادر بالمناقضة في القائمة المؤقتة يعتبر نهائياً (والأصح هو عدم جواز الاستئناف وليس عدم قبول ما دام أنه نهائي).

وقد قدمت النيابة مذكرة أبدت فيها الرأي بتمييز الحكم المطعون فيه وارتأت محكمة التمييز أن هذا الطعن جدير بالنظر، وحددت جلسة لذلك وفيها محام من الطاعن صمم على الحكم له بطلباته، وحضر محام عن المطعون ضده الثالث كما حضر المطعون ضده الرابع بشخصه وطلب رفض الطعن بالتمييز، والتزمت النيابة رأيها الذي أبدته في مذكرتها.

وكان الطعن قد أقيم على سبب واحد ينعي به الطاعن على الحكم المطعون فيه الخطأ في تطبيق القانون والقصور في التسبب ومخالفة الثابت في الأوراق، وقال في بيان ذلك: إن الحكم أقام قضاءه بعدم قبول الاستئناف على سند أن الحكم الصادر في المناقضة التي يرفعها أحد ذوي الشأن في قائمة التوزيع يكون نهائياً ولا يجوز الطعن فيه حال أنه تمسك في صحيفة استئنافه ببطلان الحكم المستأنف تأسيساً على مخالفته للثابت في الأوراق والقصور في التسبب وهي أسباب تجيز له استئناف الأحكام الصادرة بصفة انتهائية إذا أقام الحكم المستأنف قضاءه برفض المناقضة في قائمة التوزيع، على سند أن قيد الرهن ومرتبته تقصر على المبلغ المبين بالقائمة أو المضمون بالرهن، ولم يبين الحكم المصدر الذي استقى منه ما يفيد بأن المبلغ الذي اختص به في قائمة التوزيع المؤقتة - وهو أصل الدين - كان أقل المبلغين الموضحين بعقد الرهن أو القائمة، فضلاً عن أن الرهن المرتب لصالحه سواء في عقد الرهن أو قائمة القيد يضمن أصل القرض ومقداره ١٨٠,٠٠٠ د.ك. وفوائده، وهو ما يعيب الحكم المستأنف بالقصور في التسبب ومخالفة الثابت بالأوراق بما يبطله ويجيز له استئنافه إعمالاً للمادة ١٣٨ من قانون المرافعات، إلا أن الحكم المطعون فيه قضى بعدم قبول الاستئناف بما يعيبه ويستوجب تمييزه.

وحيث إن هذا النعي في محله؛ ذلك أن المقرر في قضاء محكمة التمييز أنه وفقاً لما تنص عليه المادة (١٣٨) من قانون المرافعات فإن الأصل هو عدم جواز استئناف الأحكام الصادرة بصفة انتهائية من محاكم الدرجة الأولى إلا إذا نص القانون على خلاف ذلك أو كانت صادرة على خلاف حكم سابق لم يحز قوة الأمر المقضي أو كان قد لحقه بطلان أو بطلان في الإجراءات أثر في الحكم.

ومن المقرر أيضاً أن مؤدى القاعدة العامة في تسبب الأحكام أن القصور في أسباب الحكم الواقعية وهي الأسباب التي تبرر إرساء القاعدة القانونية التي اختارها القاضي بصدد الوقائع من قصور أو خطأ لا تؤدي إلى بطلان الحكم ولكن تجعله مشوباً بالخطأ في تطبيق القانون الذي لا يعد من الحالات التي

تجيز استثنائه استثناءً. كما أن مخالفة الثابت في الأوراق التي تبطل الحكم هي أن يكون الحكم قد بني على تحصيل خاطئ لما هو ثابت بالأوراق أو على تحريف الثابت مادياً لهذه الأوراق. لما كان ذلك، وكان الثابت بالأوراق أن البنك الطاعن تمسك في دفاعه أمام محكمة أول درجة أن الدين المضمون بالرهن الرسمي والذي يتقدم فيه استيفاء دينه على غيره من الدائنين من ثمن بيع العقار بالمزاد يشمل أصل القرض وفوائده على النحو الثابت بعقد الرهن الرسمي وقائمة قيد الرهن، وقدم للمحكمة صورة من عقد القرض وقائمة الرهن سالف الذكر تفيدان ذلك، إلا أن المطعون ضده الأخير وعند إعداده قائمة توزيع حصيلة التنفيذ قصر فيها أحقية البنك الطاعن على استيفاء دينه من أصل القرض دون الفوائد، على أن يدخل بها مع باقي الدائنين قسمة غرماء، وإذ اعترض البنك على هذه القائمة طالباً أن تشمل استيفاء أصل دينه والفوائد وأقام دعواه خلال الميعاد القانوني، فإن الحكم الابتدائي قضى برفض اعتراضه على سند أن النهج الذي اتبعت إدارة التنفيذ يتفق وصحيح القانون؛ ذلك أن قيد الرهن ومرتبته التفصيلية تقتصر على المبلغ المبين بالقائمة أو الدين المضمون بالرهن أيهما أقل دون أن يفصح الحكم عن المصدر الذي استقى منه أن المبلغ الذي اختص به البنك الطاعن في قائمة التوزيع المؤقتة كان أقل المبلغين الوارد في قائمة قيد الرهن أو المضمون في عقد الرهن.

كما أن الحكم قد خالف الثابت مادياً بالمستندات المقدمة من البنك التي تفيد أن عقد الرهن الرسمي وقائمة الرهن يضمنان أصل مبلغ القرض وفوائده ومن ثم يكون الحكم الابتدائي قد بني على فهم مخالف للثابت مادياً بأوراق الدعوى، ويكون باطلاً؛ مما يحق للطاعن الطعن عليه بالاستئناف إعمالاً للفقرة الأخيرة من المادة ١٣٨ من قانون المرافعات، وإذ خالف الحكم المطعون فيه هذا النظر وقضى بعدم قبول الاستئناف لأن الحكم لا يجوز استئنافه عملاً بالمادة ٢٨٦ من قانون المرافعات فإنه يكون معيباً بما يستوجب تمييزه.

وأكدت محكمة التمييز أن الاستئناف قد استوفى أوضاعه الشكلية وأن موضوعه صالح للفصل فيه، وكانت المادة ٩٧١ من القانون المدني تنص على

أن الرهن الرسمي عقد يكسب الدائن على عقار حقاً عينياً يكون له بموجبه أن يتقدم على الدائنين العاديين والدائنين التاليين له في المرتبة في استيفاء حقه من ذلك العقار في أي يد يكون، "وإذ ثبت من الأوراق أن الرهن المترتب لصالح البنك المستأنف سواء في عقد الرهن أو قائمة قيد الرهن يضمن أصل مبلغ القرض ومقداره ١٨٠,٠٠٠ د.ك. وفوائده ومقدارها ٢٥,١١٪ سنوياً ومن ثم يكون من حق البنك المستأنف - باعتباره الدائن المرتهن الأول - أن يتقدم لاستيفاء كامل دينه من أصل وفوائد من ثمن بيع العقار المرهون بالمزاد وتكون قائمة توزيع حصيلة التنفيذ المؤقتة التي أعدها المستأنف ضده الأخير، قد قصرها على أصل الدين دون فوائده التي أدخلته بها قسمة غرماء مع باقي الدائنين، ومن ثم يكون قد أخطأ في تطبيق القانون؛ مما يستوجب تعديل تلك القائمة بأحقية البنك المستأنف في استيفاء كامل دينه من أصل وفوائد متقدماً على غيره من الدائنين العاديين - المستأنف ضدهما الثانية والثالث - والدائن الذي يليه في المرتبة - المستأنف ضده الأول".

وانتهت المحكمة إلى قبول الطعن شكلاً وفي موضوعه بتمييز الحكم المطعون فيه وأمرت بتعديل قائمة التوزيع المؤقتة التي أعدها المستأنف ضده الأخير بصفته بأحقية البنك المستأنف في استيفاء كامل دينه من أصل وفوائد بواقع ٢٥,١١٪ سنوياً من ثمن العقار المرهون متقدماً على غيره من الدائنين التاليين له في المرتبة.

الفرع الثاني مناقشة رأي المحكمة

يتضح لنا من العرض السابق لرأي محكمة التمييز أنها قد حكمت بتعديل قائمة توزيع حصيلة التنفيذ التي أعدها مدير إدارة التنفيذ؛ الذي أخطأ في تطبيق القانون؛ مما يعطي للبنك الطاعن أحقية في استيفاء كامل دينه من ثمن بيع العقار المرهون من أصل وفوائد متقدماً على غيره من الدائنين العاديين والدائن الذي يليه في المرتبة، وبمعنى آخر فإن هذا الحكم يعني إعادة الحال إلى ما كان

عليه قبل توزيع حصيلة التنفيذ الذي تم بالمخالفة للقانون وفقاً للقائمة المؤقتة التي أصبحت نهائية بعد تعديل حكم التمييز لها.

والمحكمة إذ انتهجت هذا النهج فإنها تكون قد وفقت بوصولها إلى هذه النتيجة لتصويب وإلغاء الأخطاء التي وقعت فيها محكمتا أول درجة والاستئناف، وتكون قد هدمت كذلك بهذا الحكم الصحيح الأساس القانوني للسند التنفيذي الذي قام من اشترك في توزيع حصيلة التنفيذ بالتنفيذ بمقتضاه. وبوصول محكمة التمييز إلى هذه النتيجة فقد جعلت حكمها هذا محل التعليق الأساس الذي يجب أن يتم بموجبه التنفيذ العكسي إن أمكن أو إعادة الحال إلى ما كان عليه؛ وذلك لعدة أسباب جوهرية.

فمحكمة أول درجة عندما رفضت مناقضة البنك بالقائمة المؤقتة فإنها تكون قد عرضت حكمها للبطلان مما أعطى للبنك الحق بأن يطعن على حكم الاستئناف المترتب على حكم أول درجة بالتمييز. وتفصيل ذلك أن حكم أول درجة قد استند إلى نص قانوني مغاير للنص واجب التطبيق؛ حيث إن محكمة أول درجة قامت بإعمال نصوص المادة ٩٩٤ من القانون المدني على الواقعة محل النزاع، التي تقصر أثر قيد الرهن الرسمي على المبلغ المبين بقائمة القيد أو المبلغ المضمون بالرهن أيهما أقل. ومفاد ذلك أن محكمة أول درجة تكون بهذا العمل قد خالفت الثابت بالأوراق وأخطأت في تطبيق القانون مما يعرض حكمها للبطلان. ذلك الحكم الذي بني على تحصيل خاطئ لما هو ثابت في الأوراق أو بني على تحريف الثابت مادياً بهذه الأوراق، خصوصاً أن مفهوم نص المادة ٩٩٤ من القانون المدني وضع أساساً كجزء على اختلاف البيانات الخاصة بمقدار الدين المضمون بالرهن وعدم تطابقها مع بيانات قائمة القيد وليس لهذا النص أي دور في تحديد الدين أو الحق الذي يتقدم الدائن المرتهن في استيفائه بحسب مرتبة قيده.

وكان الأجدر بمحكمة أول درجة - بحسب ما نتفق مع حكم التمييز - إرساء القاعدة القانونية الصحيحة حتى لا يشوب حكمها قصور في أسبابه الواقعية يجيز تمييزه بعد استئنافه، وكان عليها إعمال نصوص المادة ٩٧١ من

القانون المدني، التي تقضي بأن الرهن الرسمي عقد يكسب الدائن على عقار حقاً عينياً يكون له بموجبه أن يتقدم على الدائنين العاديين والدائنين التاليين له في المرتبة في استيفاء حقه من ذلك العقار في أي يد يكون؛ وذلك لضمان أن يتم شمول وعاء تقدم البنك الدين وفوائد الدين التجاري. والسبب في ذلك يعود إلى اعتبار الرهن تأميناً اتفاقياً مصدره العقد لم يشأ المشرع أن يقصره على ضمان الديون المدنية لخلو التشريع من نص كهذا، ومن ثم جاز الاتفاق على إنشاء الرهن الرسمي لضمان أي دين مشروع مدنياً كان أم تجارياً.

ومن المسلم به أن الرهن الرسمي يخول الدائن المرتهن حق التقدم؛ بحيث يجعله في مركز تفضيلي بالنسبة إلى غيره من الدائنين المرتهنين التاليين له في المرتبة يتقدم بمقتضاه عليهم في استيفاء حقه في المقابل المالي للعقار المرهون، وهو كذلك حق تقدم يحميه ضد مبدأ المساواة مع الدائنين العاديين عند التزاحم، ومن ثم يقيه ما يترتب على التزاحم من مخاطر تتمثل في عدم حصوله على حقه كاملاً عند إجراء قسمة الغرماء. فآثر حق التقدم يبدو في العلاقة بين الدائن المرتهن من جهة وغيره من الدائنين من جهة أخرى، وهو الهدف الرئيسي المقصود من الرهن والغاية النهائية التي يبتغيها الدائن المرتهن وهو حمايته ضد مزاحمة باقي الدائنين^(١).

وإذا كانت نصوص القانون المدني لم تحدد المبالغ التي يستوفيهها الدائن المرتهن عند التوزيع قبل الدائنين العاديين والدائنين التاليين له في المرتبة حيث اكتفت المادة ١٠٠٠ من القانون المدني بتقنين حق التقدم كأثر للرهن، فإن المادة ٩٩٤ من القانون المدني أوضحت أن أثر القيد يقتصر على المبلغ المبين في القائمة أو المبلغ المضمون بالرهن أيهما أقل. ولما كان الدائن لا يمكنه الاحتجاج بالرهن بما يترتب عليه من آثار كالتقدم إلا إذا كان الرهن مقيداً فإن القيد يخول الدائن حق التقدم في حدود سالف الذكر، وعلى ذلك يكون نطاق

(١) د. حسام الدين الأهواني، التأمينات العينية في القانون الكويتي، الطبعة الأولى، الجزء الأول، مؤسسة دار الكتب، ١٩٨٦، ص ٦٤٢ ومابليها.

التقدم مقصوراً على المبلغ المبين بقائمة قيد الرهن بشرط ألا يزيد على المبلغ المضمون بالرهن كما ورد في العقد، والمبلغ المبين في القائمة باعتباره إشهاراً للمبلغ الوارد في العقد يتم تحديده طبقاً لاتفاق الأطراف، وهذا المبلغ يتضمن - بطبيعة الحال - أصل الدين والمصروفات التي يتفق على تحميلها للراهن وضمان الرهن لسدادها، كما يتضمن فوائد الدين وتكون مرتبة استيفاء هذه المبالغ من تاريخ قيدها.

أما المادة ١٠٠٢ من القانون المدني فقد جعلت الرهن يضمن مصروفات العقد والقيود والتجديد حتى لو لم تقيد، أي بقوة القانون وتكون مرتبة التقدم بالنسبة إليها المرتبة نفسها لقيد الرهن. وعلى ذلك فإن المبالغ التي يتقدم الدائن المرتهن لاستيفائها تشمل أصل الدين - وهو المبلغ المذكور في قائمة قيد الرهن باعتباره الدين الأصلي الذي أبرم الرهن لضمان الوفاء به - والفوائد إذا كان الدين المضمون بالرهن تجارياً ونص في العقد وفي قيد الرهن على سعر الفائدة.

إن عموم عبارة المبلغ المبين في القائمة أو المبلغ المضمون في الرهن في المادة ٩٩٤ من القانون المدني تشمل الفوائد، كما أن عموم عبارة حقوقهم في المادة ١٠٠٠ من القانون نفسه بالنسبة لما يستوفيه الدائن عن طريق التقدم تشمل أيضاً الفوائد. بالإضافة إلى ذلك، فإن قانون التسجيل العقاري رقم ١٩٥٩/٥ استخدم في المادة ١٨ عبارة مقدار الدين كاملاً مما يوحي بأن جميع هذه العبارات من السعة بحيث تشمل أصل الدين، والفوائد تدخل في مفهوم عبارة الدين المضمون بالرهن، فتكون الفوائد نتيجة لذلك ديناً دخل في وعاء التقدم عند القيد.

إن المشرع الكويتي لم يستعمل عبارة أصل الدين ومن ثم لا يجوز تجزئة المقصود بالدين، وذلك على خلاف القانون المدني المصري الذي ينظم مدى ضمان الرهن للفوائد، ومن ثم فإنه من المنطقي في القانون المصري أن يقتصر مفهوم الدين على أصل الدين دون الفوائد، أما في القانون المدني الكويتي فلا يوجد مبرر لمثل هذه التفرقة مما ينتج عنه أن الفوائد برمتها تدخل في وعاء

التقدم. فالرهن طبقاً للقانون المدني الكويتي يضمن الدين والفوائد في المعاملات التجارية وعدم ضمان الرهن للفوائد يعني فقدان الرهن الرسمي لأهميته في مجال التجارة وهي المقصودة أساساً بتدعيم الائتمان وتقويته^(١).

إن القاعدة في التشريع الكويتي هي جواز استثناء أحكام محاكم الدرجة الأولى كتطبيق لمبدأ التقاضي على درجتين إلا ما استثنى بنص خاص، وهذا هو الحال في الحكم محل التعليق بإعمال القاعدة وعدم جواز استثناء بعض الأحكام الواردة بنصوص خاصة استثناءً من القاعدة بجواز استثناء الأحكام. فالمادة ٢٨٦ من قانون المرافعات تؤكد عدم جواز استثناء الأحكام الصادر في المناقضة في قائمة التوزيع المؤقتة، إلا أننا نجد أن نص المادة ١٣٨ من القانون نفسه يجيز استثناء الحكم ولو نص القانون على عدم جواز استثناءه وولادته نهائياً، وذلك في حالة بطلان هذا الحكم أو بطلان الإجراءات المؤثرة في هذا الحكم.

والمشرع حين أجاز استثناء مثل هذه الأحكام استثناءً فإن مرجع ذلك هو إدراكه خطورة وجسامة الخطأ الذي وقع فيه الحكم في هذه الحالة، ويعتبر بطلانه عيباً جسيماً يتيح دائماً الطعن فيه بالاستثناء توصلاً لإلغائه وليس تعديله.

وبالرجوع إلى الحكم محل التعليق، نجد أن إعمال محكمة أول درجة لنصوص المادة ٩٩٤ من القانون المدني وإهمال نصوص المادة ٩٧١ من القانون نفسه أدى إلى إصدارها لحكم مشوب بالقصور في التسبب ومخالف للقانون بمخالفته للثابت مادياً بالأوراق مما يبطله^(٢). خصوصاً أن الفقرة الأخيرة من المادة ١١٦ من قانون المرافعات تؤكد صراحة أن "القصور في

(١) د. حسام الدين الاهواني، المرجع السابق، ص ٤٩٥ وما بعدها.

(٢) د. وجدي راغب، د. سيد أحمد محمود، المرجع السابق، ص ٤٧٥، د. عزمي عبدالفتاح، الوسيط في قانون المرافعات الكويتي، المرجع السابق، ص ٨٧٥، د. عزمي عبدالفتاح، تسبب الأحكام وأعمال القضاة، المرجع السابق، ص ٢٢٨.

أسباب الحكم الواقعية، والنقص أو الخطأ الجسيم في أسماء الخصوم وصفاتهم، وكذا عدم بيان أسماء القضاة الذين أصدروا الحكم يترتب عليه بطلان الحكم".

من ناحية أخرى، أجاز المشرع للخصوم الطعن بالتمييز في الأحكام الصادرة عن محكمة الاستئناف العليا إذا كان الحكم المطعون فيه مبنياً على مخالفة للقانون أو خطأ في تطبيقه أو تأويله، أو إذا وقع بطلان في الحكم أو بطلان في الإجراءات أثر في الحكم^(١). ولكننا نستدرك ذلك بتأكيد أن الأصل أن أوجه البطلان الواقعة في أحكام محاكم الدرجة الأولى لا تصلح أن تكون أسباباً للطعن بالتمييز، أما إذا استؤنفت هذه الأحكام الصادرة مشوبة بالبطلان من محاكم أول درجة كان على محكمة الاستئناف أن تصدر حكماً جديداً بأسبابه. فإن هي أيدت حكم أول درجة على الرغم من أنه مشوب بالبطلان وكان الاستئناف قاصراً على طلب بطلان الحكم الابتدائي وقضت هي برفضه، فإن حكمها هذا هو الذي يطعن فيه أمام محكمة التمييز بالبطلان.

وبالرجوع إلى الحكم محل التعليق، نجد أن محكمة الاستئناف قد أيدت حكم المحكمة الكلية، القاضي برفض المناقضة بذلك تكون قد أيدت حكماً مشوباً بالبطلان، على أساس أن نص المادة ٢٨٦ من قانون المرافعات يمنع استئناف الحكم الصادر عن المحكمة الكلية في شأن مناقضة رفعها أحد ذوي الشأن على التسوية الودية باعتباره حكماً نهائياً لا يجوز الطعن عليه بالاستئناف.

ونرى أن محكمة التمييز قد وفقت بتمييزها للحكم الصادر عن محكمة الاستئناف؛ لأن هناك خطأ في تطبيق القانون شاب حكمي أول درجة والاستئناف، حيث إن محكمة الاستئناف وبتأييدها لحكم أول درجة تكون قد أخطأت في تطبيق القانون بخطئها في اختيار النص القانوني الواجب التطبيق؛ مما يترتب على ذلك نتيجة قانونية مخالفة فيما لو طبق النص الواجب التطبيق بشكل صحيح على وقائع النزاع. فمحكمة الاستئناف بتأييدها لحكم أول درجة تكون قد جعلت البنك الطاعن يحتل في توزيع حصيلة التنفيذ المرتبة الأولى في

(١) المادة ١٥٢ من قانون المرافعات المدنية والتجارية الكويتي.

تحصيل أصل دينه فقط ويدخل مع باقي الدائنين قسمة غرماء فيما يتعلق بالفوائد، وهذه نتيجة قانونية مخالفة فيما لو طبق النص القانوني بشكل صحيح؛ حيث إن النتيجة القانونية الصحيحة هي أن الرهن المترتب لصالح البنك الطاعن سواء في عقد الرهن أو في قائمة قيد الرهن يضمن أصل مبلغ القرض ومقداره ١٨٠,٠٠٠ د.ك. وفوائده ومقدارها ٢٥,١١٪ سنوياً، ومن ثم يكون من حق البنك الطاعن باعتباره الدائن المرتهن الأول أن يتقدم في استيفاء كامل دينه من أصل وفوائد من ثم بيع العقار المرهون بالمزاد.

ومن ثم نجد أن حكم محكمة التمييز قد خلص إلى أن مدير إدارة التنفيذ، وعند إعدادة لقائمة توزيع حصيلة التنفيذ المؤقتة بقصرها على أصل الدين دون فوائده وإدخاله البنك الطاعن بالفوائد قسمة غرماء مع باقي الدائنين، قد أخطأ في تطبيق القانون؛ مما يستوجب تعديل تلك القائمة بأحقية البنك الطاعن في استيفاء كامل دينه من أصل وفوائد متقدماً على غيره من الدائنين العاديين والدائن الذي يليه في المرتبة.

وبناءً على ما تقدم، نخلص إلى أن السند التنفيذي الذي تم توزيع حصيلة التنفيذ بموجبه قد هدم أساسه القانوني بحكم التمييز؛ مما يجعل من حكم التمييز، إن أمكن القول، سنداً تنفيذياً بيد البنك الطاعن لإعادة الحال إلى ما كان عليه قبل توزيع حصيلة التنفيذ. وقبل أن نقرر مثل هذه النتيجة وفي إمكانية إعادة الحال إلى ما كان عليه بموجب السند التنفيذي الجديد (حكم التمييز)، من الأجدر أن نبحث إمكانية البنك الطاعن استرداد ما هو مستحق له ممن تسلمه من الدائنين الآخرين الذين اشتركوا معه في توزيع حصيلة التنفيذ في حال عدم اعتبار حكم التمييز سنداً تنفيذياً يمكن البنك الطاعن من استرداد ما هو مستحق له.

المطلب الثاني

وجهة نظرنا حول الموضوع

بعد صدور حكم التمييز لصالح البنك الطاعن، يتضح أن لديه سنداً تنفيذياً قد تشكل لصالحه لإعادة الحال إلى ما كان عليه قبل توزيع حصيلة التنفيذ.

ولكن، هل يخوّل حكم التمييز هذا، باعتباره سنداً تنفيذياً، البنك الطاعن استرداد الأموال التي دفعت لمن اشترك معه في حصيلة التنفيذ؟ أي مدى جواز اعتبار حكم التمييز سنداً تنفيذياً لإعادة الحال إلى ما كان عليه (الفرع الأول)، وإذا لم يكن كذلك، فهل هناك باب آخر يستطيع البنك الطاعن طرده لاسترداد ما كان نصيبه من أموال في حصيلة التنفيذ عند التقرير بأن حكم التمييز لا يعتبر مفترضاً كافياً للقيام بالتنفيذ الجبري؟ الإجابة عن ذلك تفترض منا البحث في إمكانية البنك اللجوء إلى رفع دعوى موضوعية جديدة برد غير المستحق (الفرع الثاني). مع الإشارة إلى أننا سنستبعد فرضية إمكانية لجوء البنك الطاعن إلى نظام أوامر الأداء الذي تنظمه المواد ١٦٦ وما يليها من قانون المرافعات الكويتي؛ لأنها تتطلب لإمكانية ذلك أن يكون الحق المراد اقتضاؤه معين المقدار، وهو ما ليس متوافراً في الحق الذي يطالب به البنك الطاعن.

الفرع الأول حكم التمييز سنداً تنفيذياً

عندما يتمخض الطعن في الحكم عن نتيجة إيجابية تتمثل في إلغاء محكمة الطعن للحكم المطعون فيه الذي سبق تنفيذه بالفعل، فإن ذلك مدعاة لإثارة العديد من المشكلات والصعوبات في الواقع العملي. والسبب في ذلك يعود عادة إلى قصور التنظيم التشريعي لمثل هذه المسائل وقلة المحاولات الفقهية لوضع وتأسيس حلول جذرية تعالج مثل هذه الصعوبات التي قد تتفرع وتنتج صعوبات أخرى أكثر تعقيداً.

وأصل المشكلة يتركز في تحديد الأثر المترتب على إلغاء الحكم القضائي بعد تنفيذه، الذي يفيد بأن إلغاء الحكم يعني زوال الآثار التي رتبها هذا الحكم الملغى، خصوصاً أن إلغاء هذا الحكم يؤدي إلى إلغاء جميع إجراءات التنفيذ التي تمت استناداً إليه وإزالة ما ينجم عن هذا التنفيذ من آثار^(١). وذلك

(١) د. أحمد ماهر زغلول، المرجع السابق، بند ٣٢، ص ٤٣.

يقتضي بالطبع إعادة تسكين الخصوم في المراكز القانونية ذاتها التي كانوا فيها قبل تنفيذ الحكم الملغى. وبمعنى آخر، فالقاعدة أن إلغاء الحكم بعد تنفيذه يؤدي إلى إعادة الحال إلى ما كان عليه قبل التنفيذ^(١).

وتختلف التشريعات عند تناولها لمثل هذه القاعدة في قوانينها، فمنها ما يشير إلى هذه القاعدة بصياغة عامة^(٢)، ومنها ما يعتمد أسلوب الصياغة التشريعية الخاصة التي تقرر مثل هذه القاعدة في كل حالة على حدة كالتشريع الفرنسي^(٣) والتشريع المصري. ومن التشريعات ما يغفل القاعدة تماماً مما يوحي بأن ذلك التشريع لا يتبنى هذا الحل في مثل هذه الحالة كالتشريع الكويتي.

وقد نصت الفقرة الأولى من المادة ٢٧١ من قانون المرافعات المصري على أنه "يترتب على نقض الحكم إلغاء جميع الأحكام أياً كانت الجهة التي أصدرتها والأعمال اللاحقة للحكم المنقوض متى كان ذلك الحكم أساساً لها". ويستخلص من هذه النصوص في التشريعين الفرنسي والمصري أن نقض الحكم يؤدي إلى وضع الخصوم في الحالة نفسها التي كانوا عليها قبل الحكم المنقوض ويؤدي كذلك، دون حاجة إلى حكم قضائي جديد^(٤)، إلى إلغاء جميع

(١) BORE Jaques, La Cassation en matière civile, Sirey, 1980, no 2048, p. 617.

(٢) كالتشريع العراقي في المادة ٢٠٨ وما يليها من قانون المرافعات المدنية والتجارية.

(٣) المادة ٦٢٥ من قانون المرافعات الفرنسي الجديد تنص على التالي:
Sur les points qu'elle atteinte, La cassation replace les parties dans l'état ou elles se trouvaient avant le jugement cassé. Elle entraîne, sans qu'il y ait lieu à une nouvelle décision, l'annulation par voie de conséquence de toute décision qui est la suite, l'application ou l'exécution du jugement casse ou qui s'y rattache par un lien de dépendance nécessaire".

(٤) وتطبيقاً لذلك صدرت العديد من أحكام التمييز الفرنسية التي تشير إلى ذلك.
Cass. Civ. 2e, 19 mars 1980, D. 1980, I.R., P. 465, obs. JULIEN., Gazette de Palait, 1980, p. 568, note VIATTE; Cass. Com. 18 Novembre 1980, D. 1981, I.R., p. 196; Cass. Civ. 1e, 23 juin 1982, D.1983, I.R., p. 395, obs. JULIEN., Cass. cham. Mixte, 6 Juillet 1984, Gazette de palait 1985, pan. 53 (ref 1931), obs. GUINCHRD.

أعمال التنفيذ وجميع القرارات اللاحقة التي تستند إليه أو ترتبط به برابطة تبعية حتمية^(١).

إن قاعدة إعادة الحال إلى ما كان عليه قبل التنفيذ قد تجد صدى لها، ولو كان بصورة غير مباشرة، في الأحكام القضائية الابتدائية التي تنفذ نفاذاً معجلاً، يمنح الأحكام الابتدائية قوة تنفيذية لا تتمتع بها وفقاً للقاعدة العامة للقوة التنفيذية للأحكام. سواء أكان منح هذه القوة التنفيذية لتلك الأحكام الابتدائية كان بقوة القانون^(٢)، أم بحكم المحكمة^(٣).

وإذا كانت دواعي الاستعجال والسرعة تستوجب حماية مصالح المحكوم له في النفاذ المعجل فإن ذلك لا يعني التضحية بمصالح المحكوم عليه هنا، خصوصاً أن تنفيذ الحكم الابتدائي على الرغم من قابليته للتعديل أو الإلغاء فيه من المخاطر التي قد تضر بمصالح المحكوم عليه إذا ما ألغي الحكم في مرحلة الطعن.

ولإقامة التوازن بين مصالح الخصوم المتعارضة، فقد أوجد المشرع بعض الضمانات الخاصة التي تكفل حماية مصالح المحكوم عليه في النفاذ المعجل تقابل الميزة التي يمنحها نظام النفاذ المعجل للمحكوم له. وقد أورد المشرع الكويتي عدداً من الضمانات المقررة لمصلحة المحكوم عليه تحمي مصالحه عند إلغاء الحكم النافذ نفاذاً معجلاً، منها ما هو علاجي كالاعتراض على الخطأ في وصف الحكم^(٤) وطلب وقف التنفيذ^(٥)، ومنها ما هو وقائي كالكفالة^(٦).

(١) Lien de dépendance nécessaire

(٢) المادة ١٩٣ من قانون المرافعات الكويتي، والمواد ٢٨٨، ٢٨٩، من قانون المرافعات المصري والمادة ٥١٤ من قانون المرافعات الفرنسي.

(٣) المادة ١٩٤ من قانون المرافعات الكويتي وتقابلها المادة ٢٩٠ وما يليها من قانون المرافعات المصري والمادة ٥١٥ من قانون المرافعات الفرنسي.

(٤) المادة ١٩٨ من قانون المرافعات الكويتي.

(٥) الفقرة الثانية من المادة ١٣٣ من قانون المرافعات الكويتي.

(٦) الفقرة الثالثة من المادة ١٣٣ من قانون المرافعات الكويتي.

إن أعمال قاعدة إعادة الحال إلى ما كان عليه يتطلب - بحسب ما يرى أستاذنا د. أحمد ماهر زغلول - توافر مفترضات ثلاثة أساسية. الأول يتمثل في وجود قضاء بالإلزام أحد الخصوم، وهو عادة المحكوم عليه، بأداء معين لصالح الخصم الآخر وهو المحكوم له، في حين أن المفترض الثاني يتمثل في التنفيذ غير الإرادي لهذا القضاء من جانب المحكوم عليه. ولا تكتمل المفترضات الأساسية إلا بتوافر المفترض الثالث والأخير، وهو إلغاء الحكم أو القرار الذي سبق تنفيذه. فإذا لم يبلغ هذا الحكم فإنه يظل نافذاً ومرتباً لآثاره وهو ما يفرض استمرار تسكين الخصوم في المراكز القانونية ذاتها التي قررها الحكم ويحول دون التعديل فيها^(١).

وعند توافر المفترضات الثلاثة سألقة الذكر فإن النتيجة الحتمية هي إعادة الحال إلى ما كان عليه قبل صدور الحكم وتنفيذه، أي إلغاء جميع آثار تنفيذ الحكم الملغى وزوالها، وهو ما يمكننا أن نطلق عليه مجازاً لتمييزه "التنفيذ العكسي" الذي يتم مباشرة إجراءاته وفقاً للقواعد العامة المعتمدة بهذا الخصوص.

والقاعدة في التنفيذ الجبري أنه لا يمكن مباشرته إلا بسند تنفيذي اقتضاءً لحق محقق الوجود، معين المقدار، وحال الأداء^(٢). ومفاد هذه القاعدة بالإضافة إلى قاعدة إعادة الحال إلى ما كان عليه يقودنا إلى التساؤل عن مدى صلاحية الحكم الصادر بإلغاء الحكم سند التنفيذ لأن يكون سنداً تنفيذياً لإعادة الحال إلى ما كان عليه قبل تنفيذ الحكم الملغى. بمعنى آخر صلاحية حكم التمييز الصادر لصالح البنك الطاعن في الحكم محل التعليق لأن يكون سنداً تنفيذياً بإلغاء آثار تنفيذ الحكم الذي تم تمييزه وإعادة الحال إلى ما كان عليه قبل توزيع حصيلة التنفيذ.

(١) د. أحمد ماهر زغلول، المرجع السابق، بند ٤٧، ص ٦٦.

(٢) المادة ١٩٠ من قانون المرافعات الكويتي، انظر ما سبق ص ٧.

وفقاً للتحليل السابق، لا جدال أن حكم الإلغاء صالح لأن يكون سنداً تنفيذياً لتنفيذ الالتزام بالرد، ويكون ذلك بإعادة الحال إلى ما كان عليه قبل التنفيذ إذا قضي بذلك صراحة بناءً على طلب الطاعن وفي حدود ما قضى به مع بيان الحق الواجب اقتضاؤه بياناً كافياً. والسبب في ذلك يرجع إلى أن حكم الإلغاء يكون في هذه الحالة حكماً مركباً أو متعدد الأجزاء لأنه يتضمن في شقه الملغى للحكم المطعون فيه حكماً تقريرياً يناقض التقرير مضمون الحكم الملغى، وهو يتضمن أيضاً في شقه القاضي بالرد قضاءً بإلزام طرف بأداء معين لطرف آخر.

وطلب الإلزام بالرد تنفيذاً لحكم الإلغاء يرفع إلى محكمة الطعن بالتبعية للطعن المقام أمامها في الحكم الصادر ضد الطاعن، على أنه من الجائز أن يطلب في ذات صحيفة الطعن بالحكم كطلب مرتبط بالطلب الأصلي، وكذلك إمكانية إبدائه كطلب عارض. ولا يعتبر طلب الإلزام بالرد في هذه الحالة من الطلبات الجديدة التي لا يمكن قبولها أمام محكمة الطعن وذلك لاندراجه في عموم طلب إلغاء الحكم الذي يتضمنه الطعن فيه ولكونه نتيجة لازمة للقضاء بإلغاء الحكم المطعون فيه^(١). ومن النصوص المؤيدة لذلك في التشريع الكويتي المادة ١٥٧ من قانون المرافعات التي تقضي بأنه يسري على الطعن بالتميز القواعد والإجراءات التي تسري على الطعن بالاستئناف العليا فيما لا يتعارض مع النصوص الواردة في الفصل الرابع من قانون المرافعات المتعلق بالطعن بالتميز.

إن الطبيعة المركبة لحكم إلغاء الحكم الذي سبق تنفيذه لا تنفي عنه عدم تضمنه لقضاء صريح يقضي بإلزام المحكوم ضده في حكم الإلغاء برد ما استوفاه جبراً من المحكوم له في هذا الحكم تنفيذاً للحكم الملغى.

فقد استقر العمل في القضاء والفقهاء الفرنسيين على أن حكم إلغاء حكم الإلزام يتضمن دائماً قضاءً بإلزام المحكوم عليه فيه رد ما سبق أن تسلمه

(١) د. أحمد ماهر زغلول، المرجع السابق، بند ٢١٢، ص ٣٢٥.

تنفيذاً للحكم الملغى. فتثبت القوة التنفيذية لقرار الإلزام أياً كانت صورته وسواء كان ذلك بشكل صريح تؤدي إليه مباشرة عبارة المنطوق أو بشكل ضمني يمكن استخلاصه من المنطوق والأسباب مجتمعة ومن سياق الحكم بصفة عامة^(١). فحكم الإلغاء يتضمن قراراً صريحاً بإلغاء الحكم المطعون فيه، وقراراً آخر ضمناً بإلزام من قام بالتنفيذ استناداً إلى الحكم الملغى برد ما استوفاه نتيجة هذا التنفيذ^(٢).

وعلى النهج نفسه سار الفقه والقضاء المصريان بشأن فكرة القرار الضمني^(٣)، وبحكم يتصف بالثبات والاستقرار أكدت محكمة النقض المصرية وجود القرار الضمني والاعتداد به بخصوص حجية الأمر المقضي وقررت أن "حجية الشيء المحكوم فيه لا تلحق إلا... فيما فصل فيه الحكم بصفة صريحة أو بصفة ضمنية حتمية"^(٤).

وقد اعتمد الفقه هذا القضاء وجعله أساساً يرتكز عليه للاعتداد بقرار الإلزام الضمني ومساواته بقرار الإلزام الصريح من حيث القوة التنفيذية، وبذلك فمن الجائز أن يتم إرجاع المبدأ المعتمد في الفقه والقضاء إلى فكرة قرار الإلزام الضمني الذي يؤدي إلى اعتبار الحكم الصادر عن محكمة الطعن بإلغاء الحكم المطعون فيه بعد تنفيذه سنداً تنفيذياً لإعادة الحال إلى ما كان عليه قبل تنفيذ الحكم الملغى.

(١) انظر: WIDERKEHR Georges, Encyclopédie Dalloz, Répertoire de procédure civile, 2e éd. T.1, 1978, T. II, 1979, Exécution des Jugements et des actes, no 66, Cass. Soc. 8 mai 1963, Bull.civ. 1963, IV, p. 280.

(٢) Cass., Soc. 6 avril 1951, J.C.P. 1951, éd. A., IV, 1644, obs., MADRAY

(٣) انظر د. سيد أحمد محمود، النقض الجزئي للأحكام، دار الكتب القانونية، ٢٠٠٧، ص ٤٩، وانظر كذلك الهوامش ٢، ٣ المذكورة في أحمد ماهر زغلول، المرجع السابق، ص ٧٦.

(٤) انظر الهامش رقم ٣ المذكور في أحمد ماهر زغلول، المرجع السابق، ص ٧٦.

وما نص المادة ٢٧١/١ من قانون المرافعات المصري إلا دلالة صريحة عن أن نقض الحكم المطعون فيه ينبغي عليه زواله واعتباره كأن لم يكن وعودة الخصوم إلى مراكزهم السابقة على صدوره، ومن ثم إلغاء كل ما تم نفاذاً للحكم المنقوض من إجراءات وأعمال، فيصير نتيجة لذلك استرداد ما كان الخصم قد قبضه أو تسلمه من أموال عن طريق تنفيذ ذلك الحكم دون ما حاجة إلى تقاضٍ جديد لذلك.

ويترتب على هذا التحليل عدة نتائج مهمة، تقضي أولاً بأن الحكم الذي يصدر بنقض حكم إلزام مطعون فيه وسبق تنفيذه يتضمن بصورة أكيدة قضاءً ضمنيّاً بالإلزام بالرد دون اعتبار ذلك شذوذاً عن القواعد العامة المطبقة في شأن جميع أحكام الإلغاء أياً كانت المحكمة التي أصدرتها^(١). أما النتيجة الثانية فتقضي بأن الأحكام الصادرة بنقض الأحكام التي تم تنفيذها تعتبر سندات تنفيذية صالحة لإعادة الحال إلى ما كان عليه، وصالحة كذلك للاقتضاء الجبري للحقوق واجبة الرد دون حاجة لاستصدار حكم جديد بذلك^(٢)، حتى لو لم يدل الحكم الصادر بالنقض بذاته على قدر ومضمون لمحل الالتزام بالرد^(٣). مع الإشارة إلى أن هذا الحكم يمثل استثناءً من قاعدة وجوب أن يدل السند التنفيذي بذاته على توافر شروط الاقتضاء الجبري للحق^(٤).

والنتيجة الثالثة والمؤكدّة هي إمكانية تنفيذ الحكم الصادر بالنقض عن طريق الاستعانة بأوراق تنفيذ الحكم المنقوض لإكمال ما يشوبه من نقص حتى دون الحاجة للإشارة إلى هذه الأوراق، وذلك في حالة لم يدل الحكم الصادر

(١) انظر د. محمد عبد الخالق عمر، مبادئ التنفيذ، المرجع السابق، بند ٨٩، ص ١١٦،

١١٧، د. أحمد خليل، قانون التنفيذ الجبري، دار الجامعة الجديدة، ١٩٩٦، ص ٣٧.

(٢) د. محمود محمود الطناحي، المقومات الموضوعية والشكلية للسند التنفيذي، دار الفكر والقانون، ٢٠٠٨، بند ٤٩، ص ٦٨.

(٣) وهي الأموال التي تم التنفيذ عليها بطريق الحجز ونزع الملكية.

(٤) د. أحمد ماهر زغلول، المرجع السابق، بند ٢٢٠، ص ٣٣٦، ٣٣٧، وبند ٢١٦، ص ٣٣١.

بالنقض بذاته على قدر ومضمون الأداء محل الالتزام بالرد. وما ذلك إلا استثناءً آخر يميز حكم النقض خصوصاً أن القاعدة في ذلك تقضي بعدم جواز الاستعانة بسندات مكملة للسند التنفيذي إلا إذا أشار إليها هذا الأخير صراحة على نحو يقطع بصفتها المكمل له.

ولا يفوتنا الإشارة في هذا المقام إلى مسألة مهمة تتعلق بفقد حكم الإلغاء لصلاحيته لأن يكون سنداً تنفيذياً لإعادة الحال إلى ما كان عليه قبل التنفيذ ومن ثم صلاحيته للتنفيذ العكسي، إذا استحال أو تعذر الرد العيني للأعيان التي ورد عليها التنفيذ لأي سبب كان. فمثل هذه العوارض قد تؤثر في وجود الحق في الرد فتؤدي إلى انقضائه أو تقتصر - على الأقل - على التأثير في محله فيغير طبيعة الأداء المستحق، حيث إنه في حال تعذر الرد العيني فإن القاعدة تقضي بتحوله إلى الرد بمقابل نقدي. والسبب في ذلك أن حكم الإلغاء في مثل هذه الحالات يفقد المقومات الأساسية للسند التنفيذي؛ لأنه لا يدل بذاته على وجود حق محقق الوجود ومعين المقدار، ومن ثم لا يمكن الاعتماد عليه لتسكين الخصوم في المراكز القانونية ذاتها التي كانوا فيها قبل تنفيذ الحكم الملغى^(١). ومفاد ذلك كله أنه يتعين اللجوء مجدداً إلى القضاء للحصول على حكم آخر يؤكد قيام الحق في الرد ويعين مقدار المقابل النقدي الواجب الرد في هذه الحالة^(٢).

وبالعودة إلى حكم التمييز محل التعليق، نجد أنه من غير الممكن اعتباره، بحسب ما نرى، سنداً تنفيذياً لإعادة الحال إلى ما كان عليه قبل تنفيذ الحكم الملغى وذلك لأسباب عديدة. من أهمها أن التشريع الكويتي يخلو من أي نص يشير إلى إمكانية اعتبار الأحكام الصادرة بالتمييز كسندات تنفيذية لإعادة الحال

(١) WIDERKEHR Georges, op. cit., p. 321.

(٢) وينطبق الحكم نفسه في مسألة ملحقات الأموال التي تم التنفيذ عليها والواجبة الرد كالفوائد والثمار لأن وجود الحق لا يغني عن تعيين مقداره في السند التنفيذي نفسه. وهذا هو السبب عينه لعدم جواز تنفيذ الحكم بالمصاريف دون تحديدها.

إلى ما كان عليه قبل التنفيذ، فلا يوجد في القانون الكويتي نص يقابل النص الوارد في المادة ٢٧١ من قانون المرافعات المصري والمادة ٦٢٥ من قانون المرافعات الفرنسي الجديد.

بالإضافة إلى ذلك، فإن التحليل السابق باعتبار حكم النقض سنداً تنفيذياً في القانونين الفرنسي والمصري يشير إلى أنه الحكم الصادر بالنقض بإلغاء الحكم المطعون فيه يتضمن قضاءً بإلزام المحكوم عليه فيه برد ما سبق أن تسلمه تنفيذاً للحكم الملغى، في حين أن حكم التمييز محل التعليق يلزم هنا مدير إدارة التنفيذ بصفته المسؤول عن إعداد قائمة توزيع حصيلة التنفيذ بتعديل هذه القائمة على النحو الذي أشار إليه حكم التمييز والسابق عرضه.

وكذلك، فإن حكم التمييز محل التعليق لا يدل بذاته على وجود حق محقق الوجود ومعين المقدار بشكل قطعي ومحدد، ومن ثم لا يمكن الاعتماد عليه لتسكين الخصوم في المراكز القانونية ذاتها التي كانوا فيها قبل تنفيذ الحكم الملغى؛ مما يفقد حكم التمييز المقومات الأساسية لاعتباره سنداً تنفيذياً.

ومن المسلم به أيضاً أن مدير إدارة التنفيذ بحسب قواعد التنفيذ الجبري في قانون المرافعات المدنية والتجارية الكويتي لا يملك سلطة تعديل أو تحديد محل الحق الوارد بالسند التنفيذي المتمثل في منطوق حكم التمييز، ومن ثم لا يستطيع تعديل قائمة توزيع حصيلة التنفيذ على النحو الذي أمر به حكم التمييز بتحديد الأنصبة الجديدة لكل من اشترك في توزيع حصيلة التنفيذ التي تم تنفيذها. ولا يملك كذلك سلطة إلزام من تسلم من الخصوم حصيلة التنفيذ بإرجاع ما تسلمه إلى خزانة التنفيذ. ولكن ذلك لا يمنعنا من التساؤل هل من حق مدير إدارة التنفيذ القيام بذلك طبقاً لنص الفقرة الخامسة من المادة ١٨٩ من قانون المرافعات، التي تعطي لمدير إدارة التنفيذ أو من يعاونه من القضاة سلطة إصدار الأوامر الولائية؟

ونجيب على الفور بالنفي على مثل هذا التساؤل؛ لأن القانون حدد الحالات التي يخول فيها لمدير إدارة التنفيذ سلطة إصدار مثل هذه الأوامر وليس من

بينها تعديل قائمة توزيع حصيلة التنفيذ وفقاً لحكم التمييز وليس من بينها كذلك سلطة إلزام من تسلم شيئاً من حصيلة التنفيذ ردّ ما تسلمه^(١).

والخلاصة أن حكم التمييز بفقده صفته كسند تنفيذي وعدم صلاحيته للتنفيذ العكسي، فإنه لا مناص من اللجوء مجدداً إلى القضاء للحصول على حكم موضوعي آخر يؤكد قيام الحق في الرد ويعين مقدار الحق الواجب رده في مثل هذه الحالة. فهل يمكن للبنك استرداد الأموال التي كانت من نصيبه من خلال دعوى موضوعية جديدة برد غير المستحق أو تسلم غير المستحق بحسب التشريع الكويتي؟

الفرع الثاني اللجوء إلى دعوى رد غير المستحق

قبل الحديث عن دعوى رد غير المستحق، تجدر الإشارة إلى أنها تطبيق من تطبيقات المبدأ العام الذي يعرف بالإثراء بلا سبب والذي تنظمه المواد من ٢٦٢ إلى ٢٧٨ من القانون المدني الكويتي.

والمقصود بالإثراء بلا سبب أن واقعة ما حصلت وأدت إلى إثراء شخص دون سبب أو مصدر بحيث أدت الواقعة المذكورة إلى افتقار شخص آخر؛ مما يوجب وفقاً للقانون وبناء على قواعد العدالة أن يعرض المثرى على حساب الغير، الذي افتقر، عما لحقه من افتقار بأي القيمتين أقل، قيمة الإثراء أو قيمة الافتقار.

والإثراء بلا سبب يعد مصدراً مستقلاً من مصادر الالتزام بل هو مبدأ تفرضه قواعد العدالة التي تقضي أن من يثري على حساب غيره دون حق أو دون سبب، عليه أن يعيد ما أثري به إلى المفتقر. وتعتبر الواقعة المرتبة لهذا

(١) الفقرة الخامسة من المادة ١٨٩ تقضي بأنه "ولمدير إدارة التنفيذ أو من يعاونه من القضاء إصدار الأوامر الولائية في الحالات التي يخول فيها القانون لمدير إدارة التنفيذ سلطة إصدار هذه الأوامر...".

الالتزام في هذه الحالة واقعة قانونية وليس تصرفاً قانونياً، وهي تختلف في الوقت نفسه عن العمل غير المشروع في الكثير من الجوانب؛ مما يسمح باعتبارها مصدراً مستقلاً للالتزام يستند إلى قواعد العدالة والمنطق القانوني^(١).

المادة ٢٦٢ من القانون المدني الكويتي تقضي بأن "كل من يثري دون سبب مشروع على حساب الغير، يلتزم في حدود ما أثري به بتعويض هذا الشخص الآخر عما لحقه من ضرر، ويبقى هذا الالتزام قائماً ولو زال الإثراء بعد حصوله". وباستقراء هذا النص، يتبين لنا أن شروطاً أربعة يجب توافرها لتطبيق هذا المبدأ العام.

الشرط الأول يقتضي ضرورة توافر واقعة الإثراء يقابله الشرط الثاني المتمثل في افتقار شخص آخر نتيجة لإثراء الشخص الأول، في حين يتطلب الشرط الثالث علاقة السببية بين الإثراء والافتقار؛ بمعنى أن يكون الافتقار هو السبب المباشر في إثراء المدين. ويشترط أخيراً لإعمال المبدأ، ضرورة غياب المسوغ أو السبب القانوني لواقعة الإثراء.

وقد استقر الفقه والقضاء في أغلب الأنظمة القانونية على اعتبار الإثراء بلا سبب مبدأ عاماً تتفرع عنه تطبيقات أو أمثلة كثيرة، ولكن أشهرها ما أشار إليه المشرع الكويتي وغيره من التشريعات المعروفة باسم "رد غير المستحق" أو "تسلم غير المستحق" والفضالة. ويجد تطبيق رد غير المستحق أو تسلم غير المستحق أساسه في التشريع الكويتي في المادة ٢٦٤ من القانون المدني، التي تنص على أن "كل من تسلم ما ليس مستحقاً له، التزم برده".

وقد تفرد المشرع الكويتي بهذا النص عن الكثير من التشريعات الأخرى التي تطلق عليه رد غير المستحق^(٢) وسماه بتسلم غير المستحق، والسبب في ذلك يرجع إلى أن تلك التشريعات تنظر إلى الأمور من زاوية من قام بالدفع

(١) د. عبدالرزاق أحمد السنهوري، نظرية العقد، القاهرة، ١٩٣٤، ص ٤٩١.

(٢) كالتشريع المصري في المادة ١٨٢ من القانون المدني وكذلك التشريع الفرنسي الذي أسماه "Le paiement de l'indu".

الذي وقع ضحية الافتقار. في حين أن المشرع الكويتي يرى أن الذي يولد مثل هذا الالتزام بالرد هو تسلّم القابض للشيء باعتباره أنه أثري منه، وتفضيل المشرع الكويتي لمصطلح تسلّم غير المستحق نؤيده تماماً؛ لأنه يتسق على وجه ألق وأوفى من ذاك الذي يضيف على النظام مبدأ "الإثراء دون سبب" ^(١).

وتطبيق رد غير المستحق أو تسلّم غير المستحق هو المهم بالنسبة إلينا في هذا المقام؛ لأننا سنتمكن من خلاله من مقارنة النتائج التي سنصل إليها مع حكم التمييز الذي نحن بصدد دراسته لنرى إمكانية تطبيقه في مثل هذه الحالة. وليس تسلّم غير المستحق أو رده سوى تطبيق من تطبيقات الإثراء بلا سبب نظمها المشرع الكويتي في المواد من ٢٦٤ إلى ٢٦٨ من القانون المدني، موضعاً شروطه وأحكامه باعتباره الصورة الأولى للإثراء بلا سبب.

وأساس هذه القاعدة هو الاعتراف بحق من يقوم بأداء ليس واجباً عليه في استرداد ما أداه، فيلتزم الموفى له نتيجة لذلك برد ما تلقاه. مما يمكننا من القول إنه يشترط لإعمال الأحكام المتعلقة برد أو تسلّم غير المستحق توافر شروط الإثراء بلا سبب السابق ذكرها، بالإضافة إلى ما ورد في المادة ٢٦٤ من القانون المدني من شروط يتعلق أولها بتسلّم الشخص شيئاً ما وأن يكون ما تسلمه غير مستحق له كشرط ثان.

ويقصد بالشرط الأول من جهة، هو تسلّم الشخص شيئاً ما وسيطرته فعلياً على هذا الشيء؛ الأمر الذي يتطلب أن يكون الشيء مادياً، والأغلب أن يكون هذا الشيء المادي نقوداً ^(٢). ومن جهة أخرى فإن الشرط الثاني يستوجب ألا يكون من تسلّم الشيء مستحقاً له، سواء أكان غير مستحق له ^(٣) أصلاً أم

(١) المذكرة التفسيرية للقانون المدني الكويتي.

(٢) د. عبدالرسول عبدالرضا ود. جمال النكاس، الوجيز في النظرية العامة للالتزامات، الكتاب الأول، مصادر الالتزام والإثبات، الطبعة الثالثة ٢٠٠٦/٢٠٠٧، مؤسسة دار الكتب، بند ٢٧٩، ص ٣١٨.

(٣) كأن يوفي له شخص مبلغاً من المال معتقداً أنه دائن ثم يتبين أن الدين غير موجود أصلاً، كمن يفي لدائن مورثه معتقداً بأن مورثه كان مديناً ثم يتبين عدم صحة ذلك.

يكون وقت تسلمه مستحقاً له ثم يزول سبب استحقاقه بعد ذلك بأثر رجعي فيصبح الشيء عندئذٍ غير مستحق له^(١).

والجدير بالذكر أن مسألة حسن النية تؤدي دوراً كبيراً جداً عند الحديث عن رد أو تسلم غير المستحق، فالأصل أن من تسلم شيئاً معتقداً أنه يتسلم ما هو مستحق له فهو حسن النية، ومن ثم على من يدعي افتراض عكس ذلك إثباته. فالشخص المتسلم للشيء يظل حسن النية إلى حين مطالبته بالرد، فإن امتنع حينها عن الرد فإنه يكون سيئ النية من تاريخ مطالبته بالرد. ويلتزم هنا برد ما تسلمه فقط؛ أي الشيء ذاته الذي تسلمه إذا كان معيناً بالذات أو برد مثله إذا كان معيناً بنوعه^(٢)، ولا يلتزم بالمقابل برد الثمار إلا من تاريخ علمه بأنه تسلم ما هو غير مستحق له، ويكون كذلك من يوم مطالبته بالرد فيتحول إلى سيئ النية في حال عدم استجابته ورده لما تسلمه^(٣).

ونخلص مما تقدم أن شروط تسلم أو رد غير المستحق تعني عند توافرها أنها تولد التزاماً على من تسلم ما ليس مستحقاً له أن يرده إلى من دفعه؛ مما يؤكد أن الالتزام برد ما تم استيفاؤه نتيجة تنفيذ الحكم الملغى يجد مصدره في قاعدة دفع غير المستحق *Payement de L'indu*.

وتتعدد الفروض التي ينشأ فيها الالتزام بالرد، ولكن ما يهمنا هنا هو الفرض الوارد في المادة ٢٦٤ من القانون المدني، والمؤكد أن كل من تسلم ما ليس مستحقاً له التزم برده. علماً بأن هذا الفرض يواجه الحالة التي يكون الأداء فيها مستحق الوفاء وقت الوفاء فيبادر إليه المدين، ولكن يزول سبب استحقاقه

(١) كأن يكون شخص ما مستحقاً لشيء ما بسبب وجود عقد بينه وبين من وفاه الشيء المذكور ثم يبطل العقد بينهما أو يفسخ ويزول بأثر رجعي. انظر الطعن رقم ٢٨ لسنة ١٩٩٦ تجاري . جلسة ١٧/٣/١٩٩٧، القضاء والقانون، السنة الخامسة والعشرون، الجزء الأول، ص ١٦٧.

(٢) حيث تقضي المادة ٢٦٧ من القانون المدني الكويتي بأنه "إذا كان من تسلم غير المستحق حسن النية، فلا يلزم أن يرد إلا ما تسلم...".

(٣) د. سمير عبد السيد تناغو، مصادر الالتزام، ١٩٩٩/٢٠٠٠، بند ٢٢٨، ص ٣٢٩.

فيما بعد كأن يكون العقد مصدر الالتزام قابلاً للإبطال أو الفسخ أو قضى فعلاً بإبطاله أو فسخه. حيث يؤدي الإبطال أو الفسخ إلى زوال الالتزام بأثر رجعي فيعتبر كأن لم يكن من حيث الأصل^(١). وبزوال هذا الالتزام يكون الموفى له قد تسلم ما ليس مستحقاً له وينشأ على ذلك التزامه بالرد.

من الواضح أن المفترضات الخاصة بهذا الفرض السابق بيانه تتوافر في حالة إلغاء الحكم أو القرار القضائي بعد تنفيذه^(٢)، فعند قيام المحكوم له بتنفيذ الحكم المطعون فيه فإنه ينفذ بذلك التزاماً كان محلاً لتأكيد قضائي تناوله في وجوده ومقداره واستحقاقه بحسب نص المادة ١٩٠ من قانون المرافعات الكويتي. وعندما يتم إلغاء هذا الحكم في مرحلة الطعن فذلك يفيد بالتبعية إلغاء ما تضمنه من تأكيد والاستبدال به تأكيداً عكسياً صادراً عن محكمة الطعن وفقاً لسلطتها القانونية ينفي وجود الالتزام الذي تم تنفيذه. وعند إعمال قاعدة الأثر الرجعي للأحكام التي تجد أثرها الكاشف للحقوق والالتزامات فإن نفي الالتزام بوساطة الحكم الصادر في الطعن يفقده أثره فيعتبر كأن لم يكن من حيث الأصل. وبزوال الالتزام يكون المحكوم له في الحكم الملغى قد تسلم ما ليس مستحقاً له مما يلزمه رده^(٣).

يتضح من ذلك كله أن مصدر الالتزام بالرد نتيجة إلغاء الحكم بعد تنفيذه هو قاعدة دفع غير المستحق، إلا أنه مع ذلك يعتبر هنا تطبيقاً خاصاً متميزاً أو متفرداً لا يختلط بالحالات الأخرى لرد غير المستحق أو تسلمه. ويتجلى هذا التميز بالنظر إلى أن التطبيق الأساسي لقاعدة رد غير المستحق يفترض الوفاء الإرادي أو الاختياري الذي يشوبه الغلط في أغلب الحالات بما ليس مستحقاً^(٤)،

(١) المواد ١٨٧، ٢١١، ٢١٦ من القانون المدني الكويتي.

(٢) انظر: GLASSON, TISSER et MOREL, Traité théorique et pratique d'organisation judiciaire, de compétence et de procédure civile, 3 éd. 5vol., (1925 - 1936).

(٣) د. أحمد ماهر زغلول، المرجع السابق، بند ١٤، ص ٢٢٥ و ٢٢٦.

(٤) د. توفيق حسن فرج، النظرية العامة للالتزام، الدار الجامعية، ص ٤٣٩: د. عبدالمعمر فرج الصدة، مصادر الالتزام، دار النهضة العربية، بند ٥٦٢، ص ٦٠٧.

ولا وجود لهذا المفترض في حالة تنفيذ ما قرره الحكم الملغى من حقوق. حيث إن التنفيذ في هذه الحالة يكون جبراً بغير إرادة المدين، بالإضافة إلى أنه تنفيذ يتخلل مسار خصومة قضائية قبل أن نصل إلى خاتمة مطافها باستنفاد مراحل الطعن المختلفة.

ونتيجة لذلك، فإن تميز الالتزام بالرد في هذه الحالة يؤدي إلى عدم خضوعه لأحكام وقواعد دفع غير المستحق إلا بالقدر الذي يتفق مع ذاتيته الخاصة، ومن ثم فإنه في حالة ورود أحكام خاصة في شأن هذا الالتزام فإن من الواجب تطبيق هذه الأحكام الخاصة دون الأحكام العامة لتسلم غير المستحق أو رده، ويقتصر حينها تطبيق الأحكام العامة على ما لم يرد في شأنه حكم خاص^(١).

وبالعودة إلى حكم التمييز محل الدراسة، نجد أنه لا مناص من إعمال هذا التطبيق الخاص لرد غير المستحق أو تسلمه ليتمكن البنك الطاعن والصادر لصالحه الحكم في التمييز من استرداد ما دفع من أموال لباقي الدائنين المشتركين معه في حصيلة التنفيذ. ولكن يتعين على البنك الطاعن في هذه الحالة إعلان حكم التمييز الصادر لصالحه إلى باقي الدائنين الذين اشتركوا معه في حصيلة التنفيذ حتى ينفي عنهم حسن النية؛ لأن حسن النية مفترض في هؤلاء الأشخاص، ومن ثم فإن التزامهم برد ما تسلموه من غير حق موقوف على علمهم بأنهم تسلموا ما لا يستحقون، ومن ثم توافر سوء النية لديهم في هذه الحالة في حال عدم ردهم اختيارياً لما تسلموه لمن صدر حكم التمييز لصالحه وهو هنا البنك الطاعن.

ولا يفوتنا الإشارة في هذا المقام إلى أن البنك الطاعن، وقبل قيامه برفع دعوى موضوعية برد غير المستحق أو تسلمه، من الأفضل له حتى يتبين

(١) انظر بالتفصيل وجوه الاختلاف بين الأحكام العامة لرد غير المستحق وتسلمه وهذا التطبيق الخاص لرد غير المستحق في د. أحمد ماهر زغلول، المرجع السابق، بند ١٤٢ وما يليه، ص ٢٢٧ وما يليها.

بشكل قاطع حسن نية من صدر حكم التمييز بمواجهتهم أو سوء نيتهم - أن يعذرهم وفقاً لنص المادة ٢٩٨ من القانون المدني الكويتي حتى ولو كان قد أعلنهم سابقاً بحكم التمييز الصادر لصالحه؛ لأنه بتلك الأعذار يكون قد قطع الطريق أمامهم عند الاحتجاج بأنهم كانوا سيقومون بالتنفيذ اختياريّاً لو كانوا يعلمون القدر الذي تسلموه من النقود، وهو غير مستحق لهم. وليس أمام البنك الطاعن في هذه الحالة سوى القيام بحسبة مادية وفقاً لما أمر به حكم التمييز تعديلاً لقائمة التوزيع حتى يبين القدر المستحق لكل طرف من الأطراف المشتركين في توزيع حصيلة التنفيذ. ويقوم بإرفاق هذه الحسبة مع الإعذار الموجه لمن تسلم غير المستحق له وفقاً للحكم الملغى.

ولا يمكننا في هذه الحالة إعمال الاستثناء الوارد في المادة ٢٩٩ وتحديداً الفقرة (د) التي تنص على أنه لا حاجة للإعذار إذا كان كل الالتزام رد شيء يعلم المدين أنه تسلمه دون حق، والسبب في ذلك عائد إلى عدم بيان حكم التمييز القدر الواجب رده بشكل دقيق وقطعي؛ مما يوجب تطبيق القاعدة وهي الإعذار وتعطيل أعمال الاستثناء وهو عدم الإعذار، دون الخوض في مسألة قيام الإعلان مقام الإعذار من عدمه؛ لأنها مسألة تتطلب بحثها بشكل مفصل وليس مجرد إشارة حتى لا يبخس مثل هذا الموضوع الحيوي حقه من البحث والتمحيص.

الخاتمة

نستطيع القول - من خلال التعليق السابق على حكم التمييز - : إن المعضلة الأساسية تتمحور حول ماهية السند التنفيذي الذي يمكن بموجبه القيام بإجراءات التنفيذ الجبري سواء أكان ذلك التنفيذ تنفيذاً جبرياً وفقاً للقواعد العامة في التنفيذ الجبري أم كان تنفيذاً جبرياً "عكسياً" لإعادة الحال إلى ما كان عليه عند إلغاء السند التنفيذي الذي تم تنفيذه مسبقاً. ولعل الأسباب التي أدت إلى تعقيد هذه المسألة عديدة، منها ما يتعلق بغياب بعض النصوص القانونية في التشريع الكويتي، ومنها ما يتعلق بوجود قاعدة عامة تنقرع منها استثناءات تؤدي إلى إمكانية صدور أحكام وقرارات قضائية معرضة للإلغاء ولا تتمتع بثبات واستقرار مؤكدين. ولقد بدا لنا واضحاً القصور التشريعي في هذه المسألة في حكم التمييز محل التعليق باعتبار أن المشرع الكويتي اعتبر من جهة أن الحكم الصادر في المناقضة في قائمة توزيع حصيلة التنفيذ المؤقتة انتهائياً ولم ينص من جهة أخرى على اعتبار الحكم الصادر بالتمييز سنداً تنفيذياً بإعادة الحال إلى ما كان عليه قبل التنفيذ.

وفي الحقيقة وإن كنا نشيد بقضاء التمييز بإصداره هذا الحكم المتميز، فإننا نأخذ عليه في الوقت نفسه عدم توضيحه في المنطوق أو حتى في الأسباب اعتبار الحكم الذي أصدره سنداً تنفيذياً بإعادة الحال إلى ما كان عليه دون الحاجة لاستصدار سند تنفيذي جديد لإعادة تسكين الخصوم في المراكز القانونية نفسها التي كانوا عليها قبل تنفيذ الحكم الملغى. خصوصاً أن من صدر لصالحه الحكم في هذه الحالة سيجد نفسه مضطراً للجوء إلى القضاء مرة من خلال دعوى رد أو تسلّم غير المستحق لمحاولة الحصول على سند تنفيذي لاسترداد ما كان من حقه في حصيلة التنفيذ التي أمر حكم التمييز بتعديلها ليتسنى للبنك الطاعن فيها استرداد الأموال التي صرفت لمن صدر حكم التمييز في مواجهتهم وكانت من نصيبه. وكأني بأعضاء اللجنة التشريعية والقانونية في مجلس الأمة قد تنبهوا إلى إمكانية حدوث مثل هذا الفرض وقاموا بتبني عدد من المقترحات والمشروعات بقوانين، من أهمها تعديل نص المادة

٢٨٦ من قانون المرافعات المدنية والتجارية، الواقع ضمن النصوص المنظمة لتوزيع حصيلة التنفيذ في الحجز العقاري^(١). وقد تناول هذا التعديل الحالة التي لا تتيسر فيها التسوية الودية في شأن توزيع حصيلة التنفيذ والتي تنص على إثبات مناقضات من اعترضوا على قائمة التوزيع في محضر الجلسة المحددة للتوزيع؛ بحيث لا يمكن إبداء مناقضات جديدة بعدها، وعلى المعارض رفع الدعوى بالمناقضة أمام المحكمة الكلية ويكون الحكم الصادر فيها انتهائياً.

وقد رأى أعضاء اللجنة الموقرون بهذا الشأن أن قصر التقاضي في هذه المناقضة، وعلى ما لها من أهمية بالغة في شأن توزيع حصيلة التنفيذ، على درجة واحدة هي المحكمة الكلية ومنع الطعن في حكمها قد يلحق أضراراً جسيمة بالمناقضين الذين اعترضوا على التوزيع أو بغيرهم من ذوي الشأن. وقد أصاب مقترح تعديل هذا النص عين الصواب عندما أجمع أعضاء اللجنة التشريعية والقانونية على إتاحة الطعن بطريق الاستئناف في الحكم الذي يصدر عن المحكمة الكلية بشأن المناقضة مع حصر ذلك على حالتي الخطأ في تطبيق القانون أو في تأويله أو بطلان الحكم أو إجراءاته المؤثرة فيه، وكذلك حظر الطعن بالتمييز في الأحكام الصادرة في الاستئناف.

ولعل هذا التعديل هو لب وجوهر المشكلة التي أثارناها في هذه الدراسة والتي لن يتصور حدوثها لو كان هذا التعديل منصوصاً عليه من قبل في المادة ٢٨٦ من قانون المرافعات.

ونعتقد أن الفرصة مواتية للقيام بتعديل بعض النصوص الأخرى في قانون المرافعات، التي نرى فيها قصوراً، قبل إقرار التعديلات السابق بيانها تحت قبة البرلمان. ونعني بذلك بالطبع ضرورة استحداث نص جديد في قانون المرافعات الكويتي يقابل نص المادة ٢٧١ من قانون المرافعات المصري ونص المادة ٦٢٥ من قانون المرافعات الفرنسي، ويفيد أن تمييز الحكم كلياً يترتب

(١) انظر موقع مجلس الأمة الكويتي الإلكتروني http://www.majlesalommah.net/clt/default_newsdetails.asp?id=10708.

عليه اعتباره كأن لم يكن بحيث يزول هذا الحكم وتزول معه جميع الآثار المترتبة عليه، ويعود الخصوم إلى مراكزهم السابقة على صدوره، كما يترتب عليه إلغاء الأحكام اللاحقة التي كان ذلك الحكم الذي تم تمييزه أساساً لها. ويقع هذا الإلغاء بحكم القانون وبغير حاجة إلى صدور حكم آخر يقضي به، وتلغى كذلك جميع إجراءات التنفيذ وأعماله التي تمت بناءً على الحكم الملغى؛ بحيث يعتبر حكم التمييز سنداً تنفيذياً صالحاً بذاته لإعادة الحال إلى ما كان عليه قبل التنفيذ الجبري دون حاجة لاستصدار حكم جديد بذلك.

ولا يفوتنا أن نشير في هذا المقام إلى أن ما تعرضنا له في هذه الدراسة هو تحديد حالة إلغاء الحكم الذي تم تنفيذه من محكمة التمييز مما يستتبع إعادة الحال إلى ما كان عليه قبل تنفيذ الحكم الملغى، مع تأكيد أن هناك العديد من الفروض التي ستؤدي - إن توافرت - إلى التساؤل نفسه الذي طرحناه بداية في كيفية إعادة الحال إلى ما كان عليه عند توافر أحد هذه الفروض.

ويهمنا أن نطرح في خاتمة هذه الدراسة تساؤلاً نأمل أن يكون مجالاً للبحث والتحليل لاحقاً لإثراء الفقه القانوني في المرافعات المدنية والتجارية، حيث من المفيد بحث الحالة التي يفقد فيها السند التنفيذي أساسه القانوني بحيث لا يكون صالحاً للتنفيذ الجبري في حالة تنفيذ حكم قضائي كان قد صدر تنفيذاً لقرار إداري تم إلغاؤه، أو حكم قضائي كان قد تم تنفيذه وفقاً لقواعد قانونية تم تعديلها بعد صدوره^(١).

(١) WIEDERKEHR Georges, Procédure civile, Revue Générale des Procédure, 1998, n 2, p. 316.

قائمة المراجع

أولاً - المراجع العربية:

- د. أحمد أبو الوفا، المرافعات المدنية والتجارية، دار المطبوعات الجامعية، ٢٠٠٧.
- د. أحمد خليل، قانون التنفيذ الجبري، دار الجامعة الجديدة، ١٩٩٦.
- د. أحمد ماهر زغلول، أصول التنفيذ وفقاً لمجموعة المرافعات المدنية والتجارية والتشريعات المرتبطة بها، الجزء الأول، الطبعة الثالثة، ١٩٩٤.
- د. أحمد ماهر زغلول، آثار إلغاء الأحكام بعد تنفيذها، دراسة لأساسيات التنفيذ الجبري في المواد المدنية والتجارية، ١٩٩٢.
- د. أحمد مليجي، التنفيذ وفقاً لنصوص قانون المرافعات معلقاً عليه بآراء الفقه، دار النهضة العربية، ١٩٩٤.
- د. توفيق حسن فرج، النظرية العامة للالتزام، الدار الجامعية، غير محدد سنة الطبع.
- د. حسام الدين الأهواني، التأمينات العينية في القانون الكويتي، الطبعة الأولى، الجزء الأول، مؤسسة دار الكتب، ١٩٨٦.
- د. سمير عبد السيد تناغو، مصادر الالتزام، ١٩٩٩/٢٠٠٠.
- د. سيد أحمد محمود، أصول التنفيذ الجبري وفقاً لقانون المرافعات المدنية والتجارية، الجزء الأول، الطبعة الأولى، ٢٠٠٤/٢٠٠٥.
- د. سيد أحمد محمود، النقض الجزئي للأحكام، دار الكتب القانونية، ٢٠٠٧.
- د. فتحي والي، التنفيذ الجبري في القانون الكويتي، ١٩٨٧.
- د. عبد الرزاق أحمد السنهوري، نظرية العقد، القاهرة، ١٩٣٤.
- د. عبد الرسول عبد الرضا ود. جمال النكاس، الوجيز في النظرية العامة للالتزامات، الكتاب الأول، مصادر الالتزام والإثبات، الطبعة الثالثة، مؤسسة دار الكتب، ٢٠٠٦/٢٠٠٧.

- د. عبد الحميد أبوهيف، طرق التنفيذ والتحفظ في المواد المدنية والتجارية في مصر، القاهرة، ١٩٢٣.
- د. عبد الحميد عكاشة، التنفيذ الجبري للأحكام وفقاً لقانون الإجراءات المدنية والتجارية العماني، دار الكتب القانونية، ٢٠٠٧.
- د. عبد المنعم فرج الصدة، مصادر الالتزام، دار النهضة العربية، ١٩٧٩.
- د. عزمي عبد الفتاح، د. مساعد العنزي، قواعد التنفيذ الجبري في قانون المرافعات الكويتي، الكتاب، الثاني، مؤسسة دار الكتب، ٢٠٠٨.
- د. عزمي عبد الفتاح، تسبيب الأحكام وأعمال القضاة في المواد المدنية والتجارية، دار النهضة العربية، ٢٠٠٨.
- د. عزمي عبد الفتاح، د. عبد الستار الملا، قواعد التنفيذ الجبري في قانون المرافعات الكويتي، مؤسسة دار الكتب، ٢٠٠٧/٢٠٠٨.
- د. عزمي عبد الفتاح، الوسيط في قانون المرافعات الكويتي، الطبعة الأولى، مؤسسة دار الكتب، ٢٠٠٦/٢٠٠٧.
- د. عزمي عبد الفتاح، قواعد التنفيذ الجبري في قانون المرافعات المصري، دار النهضة العربية، ٢٠٠٢.
- د. محمد عبد الخالق عمر، مبادئ التنفيذ، الطبعة الرابعة، دار النهضة العربية، ١٩٨٧.
- د. محمود محمود الطناحي، المقومات الموضوعية والشكلية للسند التنفيذي، دار الفكر والقانون، ٢٠٠٨.
- د. محمود هاشم، قواعد التنفيذ الجبري وإجراءاته، ١٩٩٩.
- د. وجدي راغب، النظرية العامة للتنفيذ القضائي، دار الفكر العربي، ١٩٩٤.
- د. وجدي راغب، مبادئ التنفيذ القضائي الكويتي، الطبعة الثامنة، ١٩٨١.
- د. وجدي راغب، مبادئ القضاء المدني، ٢٠٠٤.

- د. نبيل إسماعيل عمر، النظرية العامة للطعن بالنقض في المواد المدنية والتجارية، منشأة المعارف، ١٩٨٠.
- د. وجدي راغب، د. سيد أحمد محمود، قانون المرافعات الكويتي، الطبعة الأولى، دار الكتب، ١٩٩٤.

ثانياً - المراجع الأجنبية:

- BORE Jaques, La Cassation en matière civile, Sirey, 1980.
- GLASSON, TISSER et MOREL, Traité théorique et pratique d'organisation judiciaire, de compétence et de procédure civile, 3 éd., 5vol., (1925 - 1936).
- HERON Jacques, Droit Judiciaire privé, Par Thiery, LEBAR, 2 éd., Montchrestien, 2002.
- WIEDERKEHR Georges, Procédure civile, Revue générale des procédures, no 2, 1998.
- WIDERKEHR Georges, Encyclopédie Dalloz, Répertoire de procédure, Exécution des Jugements et des actes, civile, 2e éd. T.1, 1978, T. II, 1979, no 66.
- CA Paris, 17 octobre 1962, Dalloz., 1963, p. 125.
- Cass. cham. Mixte, 6 Juillet 1984, Gazette de Palais 1985, pan. 53 (ref 1931), obs. GUINCHRD.
- Cass. Civ. 2^e, 19 mars 1980, D. 1980, I.R., P. 465, obs. JULIEN.
- Cass. Civ. 1^e, 23 juin 1982, D.1983, I.R., p. 395, obs. JULIEN.
- Cass. Soc. 6 avril 1951, J.CP. 1951, éd. A., IV, 1644, obs., MADRAY.