ISSN: 2519 – 6138 (Print)
E-ISSN: 2663 – 8983(On Line)

TUJR
مجلة جامعة تكريت للحقوق
Tikrit University Journal for Rights

IRAQI Academic Scientific Journals
العراقية المجلات الاكاديمية العلمية

Tikrit University Journal for Rights
Journal Homepage : http://tujr.tu.edu.iq/index.php/t

كلية القانون
College of Law

Means of dispensing with the debtor in kind execution of the obligation

Lect. Fares Hashem Hussein
Department of Law, Al-Salam College, National University, Baghdad, Iraq
lawfaris@gmail.com

Article info.

Article history:
- Received 2 May 2023
- Accepted 12 July 2023
- Available online 1 Sept 2023

Keywords:
- Dispensing with the debtor.
- Means of dispensing.
- The creditor.
- The debtor.

Abstract: That topic of means of dispensing with the debtor in the execution of the obligation in kind is one of the most important topics, and the most applied in legal practical life, but it is one of the topics that the courts do not stop applying every day in the cases presented to them.

This topic is related to an important problem related to the implementation of the obligation in kind, so getting the debtor to fulfill his obligation in kind is the most important thing that the creditor means, as his will, from the very beginning, tends to obtain in kind execution, and this is also what the debtor's will undertook at the beginning, as well as the logic of fulfilling the Covenant and respecting the Common will, necessitates forcing the reluctant debtor to perform in kind execution of his obligations, and that is why the legislator A Comparative Study between the Iraqi and Egyptian laws.

© 2023 TUJR, College of Law, Tikrit University

وسائل الاستغناء عن المدين في التنفيذ العيني للالتزام

م.د. فارس هاشم حسين
قسم القانون، كلية السلام الجامعة الاهلية، بغداد، العراق
lawfaris@gmail.com

معلومات البحث :

تواريخ البحث:
- الاستلام : ٢ / ايار / ٢٠٢٣
- القبول : ١٢ / تموز / ٢٠٢٣
- النشر المباشر : ١ / ايلول /٢٠٢٣

الكلمات المفتاحية :
- الاستغناء عن المدين.
- وسائل الاستغناء.
- الدائن.
- المدين.

الخلاصة: إن موضوع وسائل الاستغناء عن المدين في التنفيذ العيني للالتزام من أحد أهم الموضوعات، وأكثرها تطبيقًا في الحياة العملية القانونية، بل هو من الموضوعات التي لا تنقطع المحاكم عن تطبيقه كل يوم فيما يعرض عليها من قضايا.

ويرتبط هذا الموضوع بمشكلة هامة تتعلق بتنفيذ الالتزام عينًا، فحمل المدين على التنفيذ العيني لالتزامه، هو أهم ما يعني الدائن، حيث تتجه إرادته منذ البداية، إلى الحصول على التنفيذ العيني، وهذا أيضًا هو ما تعهدت به إرادة المدين بداية، وكذلك فإن منطق الوفاء بالعهد واحترام الارادة المشتركة، يستوجب إكراه المدين المتقاعس على القيام بالتنفيذ العيني لالتزاماته، ولهذا اهتم المشرع بتنظيم وسائل التنفيذ العيني تنظيمًا مفصلاً، يدل على مدى أهميتها وحيويتها، فجاء البحث في إطار دراسة مقارنة بين القانونين العراقي والمصري.

© ٢٠٢٣, كلية القانون، جامعة تكريت

المقدمة :

حدد القانون في المجتمعات الحديثة الحقوق وويوفر لها الحماية القانونية والحماية القضائية في حالة الاعتداء عليها، والمشرع لا يكتفي بتوفير الحماية، بل يتكفل بوضع الوسائل اللازمة التي تمكن الدائن من اقتضاء حقه.

فالدائن يمكنه الحصول على المنفعة التي يخولها له القانون، حال عدم تنفيذ المدين التزامه طوعًا واختيارًا، من خلال جبر المدين بواسطة وسائل معينة، إن وجود مثل هذه الوسائل اللازمة للحصول على عين الالتزام في المجتمعات الحديثة، أمر يدل على سيادة القانون وتطبيقه، فبدون سيادة القانون المقترنة بالجزاءات تسود الفوضى، ممَّا يؤدي إلى ضرب الأمن وشلله، من هنا جاءت الحاجة إلى وجود وسائل قانونية يستخدمها الدائن للحصول على تنفيذ الالتزام عينًا، وبهذا رسم القانون كيفية استخدام وسائل التنفيذ العيني الجبري، والضمانات القانونية اللازمة لذلك، لتحصيل دين الدائن جبرًا عن المدين.

واضافة الى ذلك هناك العديد من الالتزامات التي يتم تنفيذها عينًا دون تدخل المدين شخصيًا؛ ففي هذا النوع من الالتزامات لا يكون شخص المدين ذا اعتبار في تنفيذها؛ ولذلك فإن المشرع أوجد وسائل معينة لتوفير الحماية للدائن في حصوله على عين الالتزام دون تدخل المدين، وهذه الوسائل هي: استئذان القضاء في تنفيذ الالتزام العيني على نفقة المدين، وعدم استئذان القضاء في تنفيذ الالتزام العيني على

نفقة المدين، وقيام حكم القاضي مقام التنفيذ العيني للالتزام، حيث يستطيع الدائن الحصول على عين الالتزام على نفقة المدين وذلك عن طريق استئذان المحكمة في الحالات العادية و دون استئذانها في الحالات المستعجلة، وقد لا يستطيع الدائن الحصول على عين الالتزام على نفقة المدين فهنا يتحول حقه إلى المطالبة بتنفيذ الالتزام عن طريق (التعويض) وسنتناول ذلك من خلال المبحثين التاليين:-

المبحث الأول:- استئذان القضاء في تنفيذ الالتزام العيني على نفقة المدين.

المبحث الثاني:- عدم استئذان القضاء في تنفيذ الالتزام العيني على نفقة المدين.

- **أسباب اختيار الدراسة:** إن موضوع البحث لم ينل حظه الكافي في الدراسة والتحليل بشكل معمق في العراق مثلما ناله في مصر، فوقع الاختيار عليه لبيان صورة واضحة عنه من خلال النصوص القانونية التي تناولته، وموقف القضاء، وآراء الفقهاء.
- **أهمية الدراسة:** إن موضوع الدراسة له أهمية كبيرة في استقرار المعاملات بين أطراف الالتزام؛ فالطرف الذي يخل بالتزامه سوف يعلم جيدًا بأن للطرف الآخر (المتضرر) الحق في اللجوء إلى القضاء ليطلب الحكم بإحدى وسائل التنفيذ العيني،وقد لاتكون هناك حاجة لاستئذان القضاء لتنفيذ الالتزام بعيدا عن شخص المدين, ومن هنا تظهر أهمية الحاجة إلى إيجاد وسائل رادعة ضد المدين للضغط عليه، وإجباره على تنفيذ الالتزام، فحدد المشرع وسائل التنفيذ العيني الجبري؛ إذ أن الدائن ما كان ليحصل على التنفيذ العيني للالتزام لولا وجود مثل هذه الوسائل والتي قد يلجا اليها الدائن في بعض الاحيان بعيداعن القضاء.
- **مشكلة الدراسة:** لما كانت الأحكام القضائية والسندات التنفيذية تعتبر السبب الموجب للتنفيذ العيني، فإن الأصل في تنفيذ الالتزامات أن يتم بمحض إرادة المدين استجابة لعنصر المديونية في الالتزام، إلا أنه قد يحدث العكس ، في هذه الحالة يظهر عنصر المسؤولية في الالتزام، فينفذ الالتزام جبرًا عن المدين بإحدى (وسائل التنفيذ العيني الجبري)؛ لأن بقاء الأحكام القضائية دون تنفيذ من شأنه أن يعرّض مصالح وحقوق الأفراد للضياع، مما يترتب عليه إضعاف الثقة في الأحكام ونظام الضمان العام، الأمر الذي يؤثر سلبًا على استقرار المعاملات، فيؤدى إلى ضياع حقوق الدائنين، وجعلهم تحت رحمة المدينين، وهذا كله ينعكس على الوضع الاقتصادي والاجتماعي للمجتمع.

فوسائل التنفيذ العيني الجبري يجب أن تحقق الغاية من تشريعها،مع مراعاة التوفيق بين مصالح الدائن والمدين وأن يكون الحكم بها وفقًا لما أراده المشرع، وبخلاف ذلك تكون تلك الوسائل غير فعالة وغير مرغوب فيها.

وتتبلور مشكلة الدراسة في وجود أسئلة بحاجة إلى إجابة، من أهمها: هل لوسائل التنفيذ العيني الجبري أن تستوعب جميع الالتزامات على اختلاف مصادرها، أم أن هناك التزامات تخرج عن نطاق عمل هذه الوسائل؟ وهل تكون حلولها انية بالنسبة للقضايا المستجلة ووجود مواقف غامضة تحتاج إلى إيضاح وتفسير.

لذا سأتناول بالبحث كل ما سبق؛ لبيان معالمه من خلال النصوص التشريعية، والأحكام القضائية، والآراء الفقهية القانونية.

- **منهجية الدراسة:** انتهجت في موضوع الدراسة أسلوب المنهج الوصفي عند عرضي للنصوص القانونية، وهو منهج قد التزمته لوصف كل مادة قانونية تعرضت لها الدراسة، واعتمدت أسلوب المنهج التحليلي لكل مادة قانونية يقتضي نصها التحليل والمناقشة، كما اتبعت المنهج المقارن لطبيعة الدراسة، فقمت بمقارنة القانونين العراقي والمصري، ولم يفتني اتباع المنهج التطبيقي القائم على تعزيز المواقف التشريعية والفقهية بمواقف قضائية (أحكام).
- **أهداف الدراسة:** تهدف الدراسة إلى القضاء على حالات الامتناع عن تنفيذ الالتزامات أيًا كان مصدرها؛ للوصول إلى تحقيق المصلحة الخاصة والمصلحة العامة على حدٍ سواء، فمصلحة الدائن تكمن في الحصول على التنفيذ العيني للالتزام، ومصلحة القضاء تكمن في تنفذ الأحكام الصادرة منه.

المبحث الأول

استئذان القضاء في تنفيذ الالتزام العيني على نفقة المدين

سنتناول في هذا المبحث نطاق التنفيذ على نفقة المدين وطبيعته القانونية في المطلب الأول، ثم الرخصة ودورها في التنفيذ على نفقة المدين في المطلب الثاني، وتطبيق تنفيذ الالتزام على نفقة المدين في المطلب الثالث.

المطلب الأول / نطاق التنفيذ على نفقة المدين و طبيعته القانونية

سنتناول في هذا المطلب نطاق التنفيذ على نفقة المدين في الفرع الأول ، ثم نتعرف على الطبيعة القانونية للتنفيذ على نفقة المدين ، في الفرع الثاني.

الفرع الأول / نطاق التنفيذ على نفقة المدين

تناول المشرعان العراقي والمصري وسيلة تنفيذ الالتزام على نفقة المدين؛ حيث نص المشرع العراقي عليها في القانون المدني في المواد (٢٤٨، ٢٥٠، ٢٥٢)، اما المشرع المصري فقد نص عليها في

القانون المدني في المواد (٢٠٥، ٢٠٩، ٢١٢)، ولما كانت الالتزامات تتنوع بحسب محلها: إلى الالتزام بإعطاء، والالتزام بعمل، والالتزام بالامتناع عن عمل، سأتناولها لبيان نطاق التنفيذ على نفقة المدين على النحو التالي:

أولاً:- الالتزام بإعطاء (الالتزام بنقل حق عيني أو إنشائه).

تحكم كيفية تنفيذ هذا النوع من الالتزامات، المادتان (٢٤٧، ٢٤٨) من القانون المدني العراقي، والمادتان (٢٠٤، ٢٠٥) من القانون المدني المصري.

فنصت المادة (٢٤٧) من القانون المدني العراقي، والمادة (٢٠٤) من القانون المدني المصري على أن: "الالتزام بنقل الملكية أو أي حق عيني آخر ينقل من تلقاء نفسه هذا الحق إذا كان محل الالتزام شيئاً معيناً بالذات يملكه الملتزم، وذلك دون إخلال بالقواعد المتعلقة بالتسجيل".

كما نصت المادة (١/٢٤٨) من القانون المدني العراقي على "١- اذا ورد الالتزام بنقل حق عيني على شيء لم يعين إلا بنوعه فلا ينتقل الحق إلا بتعيين الشيء بالذات"، ونصت المادة (١/٢٠٥) من القانون المدني المصري على: "١-إذا ورد الالتزام بنقل حق عيني على شيء لم يعين إلا بنوعه فلا ينتقل الحق إلا بإفراز هذا الشيء"، ووفقاً لما جاء في هذه المواد فإنه يجب التفرقة بين ما إذا كان الشيء محل الالتزام معيناً بالذات أو معيناً بالنوع.

أ- إذا كان محل الالتزام شيئا معيناً بالذات مملوكاً للمدين:-

فهنا يجب التفرقة بين العقار والمنقول.

١- **إذا كان الشيء عقاراً (منزل معين بالذات) مملوكاً للمدين:-** فالالتزام بنقل الملكية في هذا الفرض لا يتم وفقاً لقوانين التسجيل وقوانين الشهر العقاري بمجرد نشوئه، أي نشوء العقد؛ إذ لا بد من مراعاة القواعد المتعلقة بالتسجيل بالنسبة للحقوق العينية الأصلية[١]، وهذا ما اشارت اليه المادة (٥٠٨) من القانون المدني العراقي على أن: "بيع العقار لا ينعقد إلا إذا سجل في الدائرة المختصة واستوفى الشكل الذي نص عليه القانون"، وأيضاً نصت المادة (٩) من قانون تنظيم الشهر العقاري العراقي على أن: "جميع التصرفات التي من شأنها إنشاء حق من الحقوق العينية العقارية الأصلية أو نقله أو تغييره أو زواله، وكذلك الأحكام النهائية المثبتة لشيء من ذلك يجب

---

(١) أما قبل صدور هذه القوانين وقبل صدور قانون التسجيل رقم ١٨ لسنة ١٩٢٣ فإن ملكية العقار تنتقل إلى المشتري بمجرد التعاقد ودون حاجة إلى التسجيل، انظر: نقض مدني ١٩٧٨/٦/٢٨، المجموعة س٢٩ رقم ٣٠٥ ص١٥٧٨.

شهرها بطريق التسجيل..." ومن خلال استقراء هذه النصوص يتبين لنا أن الحقوق المشار إليها لا تنشأ ولا تنتقل ولا تتغير ولا تزول بين ذوي الشأن ولا بالنسبة لغيرهم ولا يكون للتصرفات غير المسجلة من الأثر سوى الالتزامات الشخصية بين ذوي الشأن إلا بتسجيلها في الدائرة المختصة بذلك (التسجيل العقاري).[١]

وبذلك يكون التزام المدين بنقل هذا الحق متضمنًا ضرورة القيام بعمل وهو اشتراكه في إتمام إجراءات التسجيل، فإذا امتنع عن إتمام تلك الإجراءات، فإن الدائن لا يستطيع أن يستخدم وسيلة التنفيذ العيني على نفقة المدين، وإنما يحق له أن يستصدر حكمًا من القضاء (الحكم بصحة التعاقد)، ويقوم تسجيل الحكم مقام تسجيل العقد ذاته، وبهذا يتم تنفيذ هذا الالتزام جبرًا على المدين إذ يقوم حكم القاضي مقام التنفيذ العيني للالتزام.

٢- **<u>إذا كان الشيء منقولاً معيناً بالذات ومملوكا للمدين</u>**:- فإن الحق ينقل من تلقاء نفسه، أي: أنه ينفذ بمجرد نشوء الالتزام وبقوة القانون، وذلك طبقًا لنص المادة (٢٤٧) من القانون المدني العراقي، والمادة (٢٠٤) من القانون المدني المصري، وأن الاتفاق على نقل ملكية المنقول المعين بالذات يؤدي من تلقاء ذاته وبقوة القانون إلى نقل هذه الملكية فور تمام الاتفاق، دون حاجة إلى أي إجراء لاحق على ذلك؛ ففي هذا الفرض ليس هناك أي فاصل زمني يفصل بين نشوء الالتزام وتنفيذه فهو ينفذ بمجرد الاتفاق.[٢]

وتطبيقًا لذلك فإنه إذا باع شخص لآخر ماكنة معينة بالذات فإن ملكية هذه الماكنة تنتقل إلى المشتري فور تمام العقد، ومع ذلك فإن قاعدة انتقال الحق بموجب هذا الالتزام بمجرد التعاقد قد تعطلها قاعدة أخرى وهي (الحيازة في المنقول سند الحائز)[٣]؛ ففي المثال السابق لو أن بائع الماكنة أعاد بيعها مرة ثانية وسلمها للمشتري الثاني فإن الملكية تكون لهذا الأخير، ولكنه لا يتملكها بموجب البيع؛ لأن البائع لم

---

(١) جلال محمد إبراهيم، النظرية العامة للالتزام، أحكام الالتزام، مطبعة الإسراء، ٢٠٠٠م ، ص٧٧، ٧٨؛ رمضان أبو السعود، أحكام الالتزام، دار الجامعة الجديدة، الإسكندرية، ٢٠١٠م.، ص٤٦.

(٢) جلال محمد إبراهيم ، مرجع سابق، ص٧٦.

(٣) عبد المجيد الحكيم وعبد الباقي البكري، محمد طه البشير، الوجيز في نظرية الالتزام في القانون المدني العراقي، ج٢، العاتك لصناعة الكتب، القاهرة، ٢٠١٠م، ص٢٢؛ عبد الباقي البكري، شرح القانون المدني العراقي، أحكام الالتزام،ج٣، دراسة مقارنة، مطبعة الزهراء، بغداد، ١٩٧١م ، ص١٦.

يعد مالكًا للماكنة بعد البيع الأول، وإنما يتملكها بسبب آخر، وهو الحيازة في المنقول سند الحائز[١]، وإذن ليس أمام المشتري الأول سوى المطالبة بفسخ البيع مع التعويض.

٣- **إذا كان محل الالتزام شيئاً معيناً بالنوع مملوكاً للمدين**:- كـ(مقدار معين من الرز أو القمح) فإن هذا الالتزام لا يتم تنفيذه ولا ينتقل بموجبه الحق وفقًا للمادة (٢٤٨) مدني عراقي، والمادة (٢٠٥) مدني مصري، إلا بالإفراز، وفي هذا الفرض فالملكية لا تنتقل بمجرد العقد؛ لأن العقد ينشأ الالتزام بنقلها، وهذا الالتزام ينفذ عن طريق الإفراز، فالحق لا ينتقل إلا بتعيين الشيء بالذات[٢]، فإن امتناع المدين عن الإفراز يحول دون انتقال الحق إلى الدائن، ويصبح من حق الدائن تنفيذ الالتزام جبرًا على المدين، فالمدين الذي يكون لديه منقولات من النوع نفسه ويمتنع عن تعيينها، يحق للدائن أن يطلب من المحكمة تخويله بتعيين الشيء المستحق له، وبمقتضى تعيين الشيء بالذات يتم انتقال الحق العيني[٣]. إلا إذا كان الشيء نقودًا فتنتقل ملكيتها عن طريق القبض.

أما إذا لم يكن لدى المدين مثليات من النوع نفسه، فإن المادة (٢/٢٤٨) من القانون المدني العراقي تكفلت بحكم هذه الحالة بنصها على ما يأتي: "فإذا لم يقم المدين بتنفيذ التزامه جاز للدائن أن يحصل على شيء من النوع نفسه على نفقة المدين بعد استئذان المحكمة... من غير إخلال... بحقه في التعويض"، وهذه المادة مطابقة لحكم المادة (٢/٢٠٥) من القانون المدني المصري، وبمقتضى ذلك يحق للدائن الاستئذان من القاضي في صورة دعوى يقيمها للحصول على حكم بشراء الشيء وبالرجوع على المدين بما أنفقه[٤] .وله أن يطالب بالتعويض عن الضرر الذي لحقه بسبب تأخر المدين في تنفيذ التزامه.

---

(١) عبد الباقي البكري ، مرجع سابق، ص١٦؛ جلال محمد إبراهيم ، مرجع سابق، ص٧٧.

(٢) عبد المجيد الحكيم وآخرون ، مرجع سابق، ص٢٣؛ عبد الباقي البكري ، مرجع سابق، ص١٧؛ أيمن سعد سليم، أحكام الالتزام: دراسة مقارنة، دار التعاون للطباعة، القاهرة، ٢٠١٠م , ص١٣٨.

(٣) غني حسون طه، الوجيز في العقود المسماة، ج١، عقد البيع، بغداد، ١٩٧٠، ص٢١٥.

(٣) راجع نص المادة (١/٢٤٨)مدني عراقي والمادة (١/٢٠٥) مدني مصري

عصمت عبد المجيد بكر، النظرية العامة للالتزامات، ج٢، أحكام الالتزام، شرح أحكام القانون المدني العراقي مقارنا بالفقه الإسلامي والقوانين المدنية ومشروع القانون المدني العربي الموحد في ضوء أحكام القضاء، ط١، الناشر جامعة جيهان الخاصة، أربيل، العراق، ٢٠١٢م ، ص٣٦؛ جلال محمد إبراهيم ، مرجع سابق، ص٧٧.

ثانياً: الالتزام بعمل.

يقتضي تنفيذ الالتزام بعمل وجوب أن يقوم المدين بعمل إيجابي، والأصل أنه لا يمكن إجبار المدين على ذلك؛ لأن فيه تقييدًا لحريته الشخصية وقد لا يتسم بالدقة والإتقان؛ لذلك نظم المشرع العراقي والمشرع المصري، كيفية الحصول على تنفيذ الالتزام بعمل في المادتين (٢٤٩، ٢٥٠) من القانون المدني العراقي، وفي المادتين (٢٠٨، ٢٠٩) من القانون المدني المصري، ووفقا لهذه النصوص فإنه ينبغي التفرقة في داخل الالتزام بعمل بين الحالات الآتية:

أ- **إذا كان العمل لا يمكن تنفيذه أو القيام به دون تدخل المدين شخصياً**:- إن الغاية أو العبرة في اعتبار العمل من عدمه هي إما بطبيعة العمل ذاته: كما لو تم الاتفاق مع نحات أو فنان أو رسام، وإما بالاتفاق: كحالة اشتراط الدائن على المدين أن يقوم الأخير شخصيًا بالعمل، وقد عالجت هذه الحالة المادة (٢٤٩) من القانون المدني العراقي، والمادة (٢٠٨) من القانون المدني المصري؛ إذ نصتا على أنه: "في الالتزام بعمل إذا نص الاتفاق أو استوجبت طبيعة الدين أن ينفذ المدين الالتزام بنفسه جاز للدائن أن يرفض الوفاء من غير المدين"[١]، وفي هذا الفرض وأمام اتفاق الدائن والمدين أو الطبيعة الخاصة للعمل محل الالتزام، يكون الخيار للدائن بين اللجوء إلى الغرامة التهديدية كوسيلة غير مباشرة لإجبار المدين على تنفيذ التزامه، وبين طلب التنفيذ بمقابل ليطالب بتعويض نقدي يقدره القضاء.[٢]

ب- **إذا كان العمل يمكن تنفيذه أو القيام به دون تدخل المدين شخصياً (ليس بمحل اعتبار)**:- ورد حكم هذا النوع من الالتزام في المادة (٢٥٠) من القانون المدني العراقي، حيث نصت على أنه: "١- في الالتزام بعمل إذا لم يقم المدين بتنفيذ التزامه ولم يكن ضروريًا أن ينفذه بنفسه جاز للدائن أن يستأذن من المحكمة في تنفيذ الالتزام على نفقة المدين إذا كان هذا التنفيذ ممكنًا..."، وهذا المادة جاءت مطابقة للمادة (٢٠٩) من القانون المدني المصري، التي نصت على أنه: "١- في الالتزام بعمل، إذا لم يقم المدين بتنفيذ التزامه جاز للدائن أن يطلب ترخيصًا من القضاء في تنفيذ الالتزام على نفقة المدين إذا كان التنفيذ ممكنًا..."، ويكون ذلك عن طريق تكليف

---

(١) جاء نص المادة (٢٤٩) من القانون المدني العراقي مطابقًا لنص المادة (٢٠٨) من القانون المدني المصري.

(٢) السنهوري, الوسيط في شرح القانون المدني المصري نظرية الالتزام بوجه عام ، تحديث وتنقيح المستشار أحمد مدحت المراغي، ط١، دار الشروق، القاهرة، ٢٠١٠م ، ص٧٥١؛ رمضان أبو السعود، مرجع سابق، ص٥٣؛ عبد المجيد الحكيم وآخرون ، مرجع سابق، ص٢٧؛ أيمن سعد سليم ، مرجع سابق، ص١٤٠، ١٤١.

شخص آخر غير المدين بإنجاز العمل المطلوب على نفقة المدين، كما لو تعهد مقاول ببناء دار معينة وامتنع عن التنفيذ العيني؛ إذ يكلف غيره بتنفيذ الالتزام (بناء الدار) على نفقة المدين بعد استئذان المحكمة[١].

ثالثاً:- الالتزام بالامتناع عن عمل.

ورد حكم هذا النوع من الالتزام في المادة (٢٥٢) من القانون المدني العراقي؛ حيث نصت على أنه: "إذا التزم المدين بالامتناع عن عمل وأخل بهذا الالتزام جاز للدائن أن يطلب إزالة ما وقع مخالفا للالتزام مع التعويض إذا كان له محل"، وورد أيضًا في المادة (٢١٢) من القانون المدني المصري، التي نصت على أنه: "إذا التزم المدين بالامتناع عن عمل وأخل بهذا الالتزام جاز للدائن أن يطلب إزالة ما وقع مخالفًا للالتزام، وله أن يطلب من القضاء ترخيصًا في أن يقوم بهذه الإزالة على نفقة المدين"، ونلاحظ أن نص المادة (٢١٢) من القانون المدني المصري أكثر وضوحًا من نص المادة (٢٥٢) من القانون المدني العراقي بخصوص هذا النوع من الالتزام، وذلك من خلال عبارة ، "وله أن يطلب من القضاء ترخيصًا في أن يقوم بهذه الإزالة على نفقة المدين"، والالتزام بالامتناع عن عمل هو التزام محله أن يمتنع المدين عن فعل أمر معين كان يحق له أن يفعله لولا وجود هذا الالتزام، فهو التزام بتحقيق نتيجة سلبية، هي عدم القيام بالعمل الذي تعهد المدين بعدم القيام به أيًّا كان مصدر هذا الالتزام عقدا أو نصًا قانونيًا أو غيرهما ومن الامثلة على ذلك التزام الطبيب والمحامي بعدم افشاء اسرار عمله.

الفرع الثاني / الطبيعة القانونية لتنفيذ الالتزام على نفقة المدين

طبيعة التنفيذ على نفقة المدين في القانونين العراقي والمصري:

الغالب في فقه القانون الخاص يصف هذا التنفيذ بأنه تنفيذ عيني جبري إلا أن بعض الفقه يشكك في صحة هذا الوصف؛ لذا سوف نتناول آراء وحجج الفقه الرافض لهذا الوصف والفقه المؤيد له.

الاتجاه الأول:- يذهب بعض الفقه إلى التشكيك في صحة هذا الوصف، فالتنفيذ على نفقة المدين ليس بتنفيذ عيني وهذا الاتجاه[٢]، يرى أن التنفيذ الجبري يقتصر على تنفيذ الالتزام بأداء مبلغ معين من النقود

---

(١) السنهوري، الوسيط، ج٢، نظرية الالتزام، مرجع سابق، ص٧٤٩؛ رمضان أبو السعود، أحكام الالتزام، مرجع سابق، ص٥٢؛ عبد المجيد الحكيم وآخرون، أحكام الالتزام، مرجع سابق، ص٢٧؛ أيمن سعد سليم، أحكام الالتزام، مرجع سابق، ص١٤١، ١٤٢.

(٢) عبد الحي حجازي، النظرية العامة للالتزام، أحكام الالتزام، ج٢، المطبعة العالمية، القاهرة، ١٩٥٨، ص١١؛ محمد عبد الخالق عمر مبادى التنفيذ القضائي، ط٤، دار النهضة العربية، القاهرة، ١٩٧٨م، ص١٦٩-١٧١.

بطريق الحجز والبيع، أما أي تنفيذ آخر غير الحجز والبيع فلا يعد تنفيذًا جبريًا وإن أطلق عليه مصطلح التنفيذ الجبري فليس إلا من باب المجاز ولا يراد منه الحقيقة، وحجة الفقه في ذلك هو أن التنفيذ عن طريق الحجز والبيع يمس حقوقًا أخرى في ذمة المدين المالية، ويحدث تغييرًا في المراكز القانونية للأطراف ، وهنا يثار التساؤل هل يعتبر تنفيذ الالتزام على نفقة المدين تنفيذًا عينيًا أم تنفيذًا بمقابل؟ وقد أجاب أنصار هذا الاتجاه من الفقه عن هذا التساؤل بأن التنفيذ على نفقة المدين يعد تنفيذًا بمقابل .

الاتجاه الثاني:- وهو اتجاه أغلب فقه القانون الخاص الذي يصف تنفيذ الالتزام على نفقة المدين بأنه تنفيذ عيني جبري[١]، وقد انتقد أصحاب هذا الاتجاه أصحاب الاتجاه الأول الذين قالوا بأن التنفيذ العيني الجبري يقتصر على تنفيذ الالتزام بأداء مبلغ معين من النقود بطريق الحجز والبيع، أما أي تنفيذ آخر غير الحجز والبيع فلا يعد تنفيذًا جبرياً، وكان وجه الانتقاد هو أن المنازعات المتعلقة بطلب الترخيص أو الإذن بالتنفيذ على نفقة المدين تكون من منازعات التنفيذ[٢]، وأيضًا انتقد أصحاب هذا الاتجاه أصحاب الاتجاه الأول الذين قالوا بأن التنفيذ على نفقة المدين يعد تنفيذًا بمقابل بسبب تحول التزام المدين إلى التزام بدفع مبلغ من النقود، وبسبب خيار الدائن الوارد في المادة (٢/٢٤٨) مدني عراقي، والمادة (٢/٢٠٥) مدني مصري، كان وجه الانتقاد بسبب ان التنفيذ على نفقة المدين يعد تنفيذاً عينياً، وذلك من خلال تركيز النظر نحو الدائن الذي حصل على عين حقه، وغض النظر عن المدين الذي التزم أخيراً بمبلغ من النقود؛ لأن مفهوم التنفيذ العيني يقوم على أساس حصول الدائن على ذات حقه، فالدائن عندما يقوم بشراء الشيء من السوق فهو يحصل على عين حقه، أي: ذات ما التزم به المدين, اضافة الى إن التخيير الوارد في المادة (٢/٢٤٨) من القانون المدني العراقي والمادة (٢/٢٠٥) من القانون المدني المصري، لا يعدُ خروجاً عن القاعدة العامة التي تقضي بعدم جواز العدول عن التنفيذ العيني ما دام ممكناً إلى التنفيذ بمقابل إلا بتراضي الدائن والمدين.

ولكل ما تقدم فإن التنفيذ على نفقة المدين في القانونين العراقي والمصري يوصف بأنه تنفيذ عيني جبري ولا يمكن وصفه بأنه تنفيذ بمقابل (تعويض)، والباحث يميل إلى هذا الاتجاه.

---

(١) وجدي راغب، مبادئ التنفيذ القضائي، دار النهضة العربية مصر، ١٩٨٨م.ص٢٠؛ عبد المجيد الحكيم وآخرون، مرجع سابق، ص٢٣؛ أمينة النمر، قوانين المرافعات، الكتاب الثالث، منشأة المعارف، الإسكندرية، ١٩٨٢م. مرجع سابق، ص١٢؛

(٢) أمينة النمر ، مرجع سابق، ص١٢.

المطلب الثاني / الرخصة ودورها في التنفيذ على نفقة المدين

نتعرف في هذا المطلب على الشروط القانونية لصحة الرخصة في الفرع الأول، وعلى سلطة القاضي في منح الرخصة وخيار الدائن في طلبها في الفرع الثاني.

الفرع الأول / الشروط القانونية للرخصة الممنوحة للدائن لتنفيذ الالتزام على نفقة المدين

يجب أن تتوافر شروط معينة لكي يقوم الدائن بتنفيذ الالتزام على نفقة المدين:

أولاً:- أن يصدر الإذن من القضاء قبل قيام الدائن بتنفيذ الالتزام على نفقة المدين.

يقضي هذا الشرط وجود الإذن من القضاء قبل شروع الدائن في إجراءات التنفيذ على نفقة المدين، فإذا تم التنفيذ من غير وجود الإذن فإن إجراءات التنفيذ تعد باطلة وغير مشروعة، وهذا واضح من نص المادة (٢/٢٤٨) مدني عراقي، التي نصت على أنه: "... بعد استئذان المحكمة..."، ونص المادة (٢/٢٠٥) مدني مصري، التي نصت على أنه: "...بعد استئذان القاضي..."، والحصول على الإذن يجب أن يصدر قبل شروع الدائن بإجراءات التنفيذ لكي تكون تلك الإجراءات مشروعة.(١)

ثانيًا:- أن يصدر الإذن من القضاء بشكل صريح وواضح لكي يقوم الدائن بتنفيذ الالتزام على نفقة المدين.

ويعني ذلك أن يتضمن الإذن عبارات صريحة وواضحة بأن يقوم الدائن بنفسه بالتنفيذ على نفقة المدين، فلا يحق للدائن أن يقوم بإجراءات التنفيذ على نفقة المدين مع عدم وضوح عبارات الإذن الصادر من القضاء، وهو ماشار اليه القانونين العراقي والمصري على أن تكون العبارات واضحة وصريحة من دون أن تتضمن في الإذن عبارة (إن من حق الدائن الرجوع على المدين بنفقة التنفيذ) وذلك لأن الدائن دائمًا له حق الرجوع على أساس الإثراء بلا سبب.(٢)

الفرع الثاني / سلطة القاضي في منح الرخصة ومدى خيار الدائن في طلبها للتنفيذ على نفقة المدين

نتعرف على سلطة القاضي في إصدار الرخصة الممنوحة للدائن ، ثم إلى أي مدى يمكن للدائن طلبها لتنفيذ الالتزام على نفقة المدين في القانونين العراقي والمصري.

---

(١) السنهوري، الوسيط، ج٢، نظرية الالتزام، مرجع سابق، ص٧٣٧؛ عبد المجيد الحكيم وآخرون، مرجع سابق، ص٢٣.

(٢) انظر: المادة (٢٤٣) من القانون المدني العراقي، والمادة (١٧٩) من القانون المدني المصري.

اولاً:- سلطة القاضي في إصدار الرخصة الممنوحة للدائن في القانونين العراقي والمصري.

يملك القاضي سلطة تقديرية في إصدار الإذن بالتنفيذ العيني على نفقة المدين في حالة توافر الشروط القانونية للتنفيذ العيني عملاً بنص المادة (٢/٢٤٦) مدني عراقي، والمادة (٢/٢٠٣) مدني مصري[١]؛ فعلى القاضي أن يأخذ بعين الاعتبار مقدار تكاليف التنفيذ قبل أن يصدر الإذن بالتنفيذ على نفقة المدين، فإن تبين للقاضي أن النفقة تثقل كاهل المدين وتسبب له إرهاقًا فسوف يمتنع عن إصدار الإذن بالتنفيذ على نفقة المدين ويلجأ إلى التنفيذ بمقابل، على أساس أن طلب الدائن المقدم إلى القاضي للإذن له بالتنفيذ العيني على نفقة المدين ينطوي على تعسف في استعمال الحق، أما إذا كانت نفقة التنفيذ تثقل كاهل المدين وترهقه أو تسبب له الإرهاق، ولكن عدم السماح للدائن بالتنفيذ على نفقة المدين يلحق به ضررًا جسيمًا يعادل أو يفوق في جسامته ما يلحق المدين من ضرر، فسوف يصدر القاضي الإذن للدائن بالتنفيذ على نفقة المدين؛ لأن حماية الدائن أولى من حماية المدين في هذه الحالة.[٢]

والسؤال الذي يثار هنا يتعلق بمدى سلطة القاضي في الترخيص للدائن لكي يقوم بالتنفيذ على نفقة المدين؟ عملا بنص المادتين (١٠٨٥، ١٢٧٤) مدني عراقي، ونص المادتين (٨٦٠، ١٠١٨) مدني مصري.

تنص المادة (١٠٨٥) مدني عراقي على: "١- اذا انهدم السفل أو احتاج إلى ترميم فعلى صاحبه بناؤه أو ترميمه، فإن امتنع وعمره صاحب العلو بإذنه أو بإذن المحكمة، فله الرجوع عليه بما انفقه على العمارة بالقدر المعروف وإن عمره بلا إذن فليس له الرجوع إلا بالأقل من قيمتي البناء وقت العمارة أو وقت الرجوع"، وهذه المادة تتفق مع ما جاء في المادة (٨٦٠) من القانون المدني المصري[٣]، التي تنص على أنه: "١- إذا انهدم البناء وجب على صاحب السفل، أن يعيد بناء سفله فإذا امتنع جاز للقاضي أن يأمر ببيع السفل، إلا إذا طلب صاحب العلو أن يعيد هو بناء السفل على نفقة صاحبه".

وبخصوص نص المادتين (١٠٨٥ مدني عراقي و٨٦٠ مدني مصري)، فإن الفقه ينظر إلى سلطة القاضي على أنها سلطة تقديرية غير واسعة في منح الإذن للدائن بالتنفيذ على نفقة المدين، فمتى ما

---

(١) تنص المادة (٢/٢٤٦) مدني عراقي، والمادة (٢/٢٠٣) مدني مصري على أنه: "... ٢- على أنه إذا كان في التنفيذ العيني إرهاقًا للمدين جاز له أن يقتصر على دفع تعويض نقدي، إذا كان ذلك لا يلحق بالدائن ضررًا جسيمًا".

(٢) جلال محمد إبراهيم ، مرجع سابق، ص٧٢، ٧٣؛ عبد المجيد الحكيم وآخرون ، مرجع سابق، ص١٩، ٢٠.

(٣) السنهوري، الوسيط، ج٨، حق الملكية، مرجع سابق، ص٩١٦. هامش (٣).

توافرت شروط التنفيذ العيني على نفقة المدين، فعلى القاضي أن يحكم بالإذن للدائن للقيام بالتنفيذ العيني على نفقة المدين، وهذا دليل على أن سلطة القاضي في منح الإذن مقيدة.[١]

وتنص المادة (١٢٧٤) مدني عراقي على أنه: "١- إذا فرضت قيود معينة تحد من حق صاحب العقار في البناء عليه كيف شاء، كأن يمنع من مجاوزة حد معين في الارتفاع بالبناء... ٢- وكل ضرر ينشأ عن مخالفة هذه القيود تجوز المطالبة بإصلاحه عينًا إلا إذا تبين أن الحكم بالتعويض جزاء عادل فيه الكفاية"، وهذا النص موافق لنص المادة (١٠١٨) مدني مصري[٢]، والذي جاء فيه: "إذا فرضت قيود معينة تحد من حق مالك العقار في البناء عليه كيف شاء، كأن يمنع من مجاوزة حد معين في الارتفاع بالبناء... ٢- وكل مخالفة لهذه القيود تجوز المطالبة بإصلاحها عينيًا، ومع ذلك يجوز الاقتصار على الحكم بالتعويض إذا رأت المحكمة ما يبرر ذلك".

وبخصوص نص المادتين (١٢٧٤ مدني عراقي و١٠١٨ مدني مصري)، فالفقه ينظر إلى أن سلطة القاضي أيضًا غير واسعة في منح الإذن للدائن من عدمه، فالقاضي لن يحكم بالتعويض بدلاً عن التنفيذ العيني، إلا إذا كان هناك ما يبرر ذلك، كأن يكون التنفيذ العيني مرهقا للمدين ولا يلحق الدائن ضررًا جسيمًا من ذلك التنفيذ[٣]، وعلى أساس ذلك فالفقه العراقي والمصري، يذهبا إلى أن القاضي لا يملك سلطة مطلقة في منح الإذن للدائن من عدمه، فيحرم الدائن من الترخيص له بتنفيذ الالتزام على نفقة المدين متى توافرت شروط التنفيذ الجبري، ولهذا ذهب الدكتور سليمان مرقس إلى القول: "...إذا طلب الدائن الترخيص له في تنفيذ الالتزام على نفقة المدين وكان ذلك التنفيذ ممكنًا تعين على المحكمة أن ترخص له فيه...".[٤]

ثانياً: مدى خيار الدائن في طلب الرخصة الممنوحة له للتنفيذ على نفقة المدين.

---

(١) عبد المنعم فرج الصدة، الحقوق العينية الاصلية في القانون اللبناني والمصري، دار النهضة، بيروت، ١٩٨٢، ص٢٨٠؛ عباس حسن الصراف، شرح عقدي البيع والإيجار في القانون المدني العراقي، مطبعة الأهالي، بغداد، ١٩٥٦، ص٣٦٤؛ محمد طه البشير وغني حسون طه، الحقوق العينية، ج١، ط٣، العاتك لصناعة الكتب، القاهرة، ٢٠٠٩م، ص١٤٦، ١٤٧.

(٢) السنهوري، الوسيط، ج٩، الحقوق العينية الأصلية المتفرعة عن الملكية، حق الارتفاق، مرجع سابق، ص١١٩١؛ محمد طه البشير وغني حسون طه,مرجع سابق, ص٣٢٢ وما بعدها.

(٣) السنهوري، الوسيط، ج٩، الحقوق العينية الأصلية المتفرعة عن الملكية، حق الارتفاق، مرجع سابق، ص١١٩٨؛ جلال محمد إبراهيم ، ص٧٢؛ عبد المجيد الحكيم وآخرون ، مرجع سابق، ص١٨، ١٩.

(٤) سليمان مرقس، الوافي في شرح القانون المدني ، أحكام الالتزام،ط٢,دار النهضة العربية,القاهرة ،١٩٩٢, ص١١٦.

إذا كان الخيار للدائن في الحالة التي يكون فيها تدخل المدين ضروريًا في تنفيذ الالتزام، بين طلب الضغط على إرادة المدين بوسائل الإكراه وبين طلب التنفيذ بمقابل (التعويض) فليس للدائن الخيار في الحالة التي يكون فيها تدخل المدين غير ضروري بين قبول التنفيذ على نفقة المدين وبين التنفيذ بمقابل (التعويض) وكالآتي:

- ***الحالة الأولى***:- عندما يكون تدخل المدين ضروريًا في تنفيذ الالتزام: هنا يكون الخيار للدائن بين اللجوء إلى الغرامة التهديدية (التهديد المالي) ليطلب من القضاء الضغط على إرادة المدين لحمله على التنفيذ العيني، وبين طلب التنفيذ بمقابل ليطالب بتعويض نقدي يقدره القضاء، فالتنفيذ العيني للالتزام في هذه الحالة غير ممكن دون تدخل المدين شخصيًا، فيحق للدائن رفض الوفاء من غير المدين سواء اشترط ذلك من خلال الاتفاق أم اقتضت طبيعة الالتزام أن تكون شخصية المدين محل اعتبار[١]، وبالتالي لا يجوز أن يتم التنفيذ إلا من قبله بالذات، فإن امتنع عن التنفيذ العيني كان الخيار للدائن عملاً بنص المادة (٢٤٩) مدني عراقي والمادة (٢٠٨) مدني مصري.[٢]
- ***الحالة الثانية***:- عندما يكون تدخل المدين غير ضروري في تنفيذ الالتزام: هنا لا يكون ثمة خيار للدائن بين قبول التنفيذ على نفقة المدين وبين التنفيذ بطريق التعويض؛ إذ ليس للدائن في هذه الحالة أن يرفض الوفاء من غير المدين إذا كلفه المدين بذلك، وكذلك ليس للدائن أن يطالب بالتنفيذ بمقابل (التعويض) إذا عرض المدين التنفيذ على نفقته، وأيضًا ليس للدائن أن يطالب بالتنفيذ بطريق التعويض إذا لم يعرض المدين ذلك متى ما ثبت للمحكمة أن التنفيذ على نفقة المدين أمر ممكن، بالإضافة إلى ما تقدم فإن الخيار يكون للدائن بين أن يطلب من القضاء الحكم بالغرامة التهديدية أو أن يستعمل وسائل الإكراه التي سمح بها المشرع (كالدفع بعدم تنفيذ العقد أو الحق في الحبس) وبين أن يطلب الإذن بالتنفيذ على نفقة المدين، وهذا ما أكد عليه القضاء[٣]، فالدائن يحق له التمسك بوسائل الإكراه على الوفاء مع إمكانية التنفيذ على نفقة المدين، وعلى أساس ذلك يحق للدائن العدول عن طلب الإذن بالتنفيذ على نفقة المدين إلى استعمال وسائل الإكراه على التنفيذ، ففي عقد الإيجار

---

(١) عبد الباقي البكري ، مرجع سابق، ص٢٧؛ جلال محمد إبراهيم ، مرجع سابق، ص٨٠؛ عبد المجيد الحكيم وآخرون ، مرجع سابق، ص٢٧.

(٢) السنهوري، الوسيط، ج٢، نظرية الالتزام، مرجع سابق، ص٧٥١.

(٣) انظر ما جاء في حكم محكمة النقض المصرية بتاريخ ١١ نوفمبر سنة ١٩٦٥، مشار إليه في: سليمان مرقس، عقد الإيجار، ط٤، ١٩٨٥، ص٣٩٩.

وهو المجال العملي لتطبيق وسيلة التنفيذ على نفقة المدين، يقول الدكتور السنهوري: "ويجوز للمستأجر – دون أن يرفع الدعوى إلى القضاء – أن يحبس في يده الأجرة حتى يقوم المؤجر بعمل الترميمات الضرورية، وليس هذا إلا تطبيقًا للدفع بعدم تنفيذ العقد".[١]

المطلب الثالث / تطبيق تنفيذ الالتزام على نفقة المدين

في هذا المطلب نتعرف على مجال عمل وسيلة التنفيذ العيني على نفقة المدين من حيث التقسيم الآتي للالتزام:-

١-الالتزام بعمل أو الامتناع عن عمل.

٢-الالتزام بنقل الملكية أو الحق العيني.

ونخصص لكل التزام منها فرعاً مستقلاً.

الفرع الأول / تطبيق تنفيذ الالتزام على نفقة المدين بالقيام بعمل أو الامتناع عن عمل

ويثار تساؤل هنا مفاده: هل إن كل التزام بعمل إذا امتنع المدين عن القيام به ممكن تنفيذه جبراً على نفقة المدين؟

والجواب هو ليس كل التزام بعمل يمتنع المدين عن القيام به يمكن تنفيذه جبراً على نفقته، وسيتبين لنا ذلك من خلال التطبيقات العملية لوسيلة التنفيذ العيني على نفقة المدين في الالتزام بعمل في كل من القانونين العراقي والمصري.

إن التطبيق العملي لوسيلة التنفيذ العيني على نفقة المدين في الالتزام بعمل في القانونين العراقي والمصري يتضح من خلال المادة (١/٢٥٠) من القانون المدني العراقي؛ إذ نصت على أنه: "في الالتزام بعمل إذا لم يقم المدين بتنفيذ التزامه ولم يكن ضروريًا أن ينفذه بنفسه جاز للدائن أن يستأذن من المحكمة في تنفيذ الالتزام على نفقة المدين إذا كان هذا التنفيذ ممكنًا"، ويتبين من خلال المادة (١/٢٠٩) من القانون المدني المصري، التي نصت على أنه: "في الالتزام بعمل إذا لم يقم المدين بتنفيذ التزامه جاز للدائن أن يطلب ترخيصًا من القضاء في تنفيذ الالتزام على نفقة المدين إذا كان هذا التنفيذ ممكنًا"، فوفقًا لما تقدم فالالتزام ممكن تنفيذه عينًا دون تدخل شخصي من المدين في هذا التنفيذ، باستخدام وسيلة التنفيذ العيني على نفقة المدين، وهذا هو الأصل[٢]، فلم يكتف المشرعان العراقي والمصري بخصوص

---

(١) السنهوري، الوسيط، ج٦، الإيجار والعارية، مرجع سابق، ص٢٥٦. هامش (٢).

(٢) السنهوري، الوسيط، ج٢، نظرية الالتزام، مرجع سابق، ص٧٤٨؛ أيمن سعد سليم، أحكام الالتزام، مرجع سابق، ص١٤١.

التطبيق العملي لهذه الوسيلة بالقاعدة المنصوص عليها في المادتين المذكورتين آنفًا، بل أشارا إليها في المواد التي تعالج حالة صيانة المأجور عند وجود عيب يتحقق معه الضمان، فالمستأجر يقوم بالإصلاح على نفقة المؤجر، وإذا قام بذلك رجع على المؤجر بما صرف بالقدر المعروف[١]؛ فالمشرعان العراقي والمصري قد أشارا في تلك المواد إلى حق المستأجر بالقيام بتنفيذ التزام المؤجر على نفقة الأخير على نحو لم نلمسه في أي عقد آخر من العقود المسماة، وهذا دليل كافي على غاية المشرع في أن يحصل المستأجر على التنفيذ العيني لتلك الالتزامات، ويعتبر التزام المؤجر بالإصلاح والصيانة من أهم التطبيقات لوسيلة التنفيذ العيني على نفقة المدين[٢].

الفرع الثاني / تطبيق تنفيذ الالتزام على نفقة المدين في القيام بنقل الملكية أو الحق العيني

إن التطبيق العملي لوسيلة التنفيذ العيني على نفقة المدين في هذا الالتزام مقيد، وذلك لأن ليس كل التزام بنقل الحق العيني يعد مجالاً لهذه الوسيلة؛ لذا سوف أتناول التطبيق العملي لهذه الوسيلة في الالتزام بنقل الحق العيني في القانونين العراقي والمصري.

إن التطبيق العملي لوسيلة التنفيذ العيني على نفقة المدين لا يكون في كل صور الالتزام بنقل الملكية أو الحق العيني؛ فالصورة التي تعد المجال الحيوي لهذه الوسيلة هي صورة الالتزام بنقل الحق العيني الذي يرد على منقول معين بنوعه، كالالتزام بنقل ملكية كمية من الرز مثلاً، وهذا الالتزام لا يتم تنفيذه ولا ينقل الحق إلا بتعيين المنقول بالذات أي قيام المدين بفرز تلك الكمية من الأرز أو تسليمها طبقًا لما نصت عليه المادة (١/٢٤٨) من القانون المدني العراقي على أنه: "١- إذا ورد الالتزام بنقل حق عيني على شيء لم يعين إلا بنوعه فلا ينقل الحق إلا بتعيين الشيء بالذات".

والمادة (١/٢٠٥) من القانون المدني المصري على أنه: "١- إذا ورد الالتزام بنقل حق عيني على شيء لم يعين إلا بنوعه فلا ينتقل الحق إلا بإفراز هذا الشيء"، وفي حالة عدم قيام المدين بتعيين المنقول

---

(١) انظر كذلك: المادة (٢/٧٥١) من القانون المدني العراقي، والمادة (٢/٥٦٩) من القانون المدني المصري – والمادة (٢/٧٥٠) من القانون المدني العراقي، والمادة (١/٥٦٨) من القانون المدني المصري – والمادة (١/٧٦٣) من القانون المدني العراقي، والمادة (١/٥٧٧) من القانون المدني المصري – والمادة (٧٤٩) من القانون المدني العراقي، والمادة (٥٦٧) من القانون المدني المصري – والمادة (١٠٨٥) من القانون المدني العراقي، والمادة (٨٦٠) من القانون المدني المصري – والمادة (١٢٧٤) من القانون المدني العراقي، والمادة (١٠١٨) من القانون المدني المصري.

(٢) السنهوري، الوسيط، ج٦، الإيجار والعارية، مرجع سابق، ص٢٧٩؛ عباس حسن الصراف، مرجع سابق، ص٣٦٤؛ جعفر الفضلي، الوجيز في العقود المدنية، البيع – والإيجار – المقاولة، العاتك لصناعة الكتب، القاهرة، ٢٠٠٧، ص٢٣٧ وما بعدها.

بالذات، أي: عدم قيام المدين بفرز تلك الكمية من الأرز أو تسليمها، فيتم العمل بوسيلة التنفيذ العيني على نفقة المدين، فيقوم الدائن بشراء الرز من السوق على نفقة المدين، طبقًا لما نصت عليه المادة (٢/٢٤٨) من القانون المدني العراقي على: "...٢- فإذا لم يقم المدين بتنفيذ التزامه جاز للدائن أن يحصل على شيء من النوع نفسه على نفقة المدين بعد استئذان المحكمة..."، والمادة (٢/٢٠٥) من القانون المدني المصري على: "...٢- فإذا لم يقم المدين بتنفيذ التزامه جاز للدائن أن يحصل على الشيء من النوع ذاته على نفقة المدين..."، وبمقتضى هذه النصوص يحق للدائن أن يستأذن من المحكمة الحصول على شيء من النوع ذاته على نفقة المدين؛ إذ يقوم الدائن بشرائه، ويرجع على المدين بثمن الشيء وبالمصروفات التي أنفقها، وللدائن كذلك الحق في أن يطالب بالتعويض عن الضرر الذي لحقه[١].

هذا ما يتعلق بالتطبيق العملي لوسيلة التنفيذ العيني على نفقة المدين في الالتزام بنقل الحق العيني، الذي يرد على منقول معين بالنوع، أما بخصوص الصور الأخرى للالتزام بنقل الحق العيني، فإنها تخرج عن التطبيق العملي لوسيلة التنفيذ العيني على نفقة المدين، وذلك لأن تنفيذ الالتزام العيني الجبري في تلك الصور يتم بوسائل أخرى غير وسيلة التنفيذ العيني على نفقة المدين.

المبحث الثاني

عدم استئذان القضاء في تنفيذ الالتزام على نفقة المدين

الأصل أن يكون تنفيذ الالتزام على نفقة المدين بإذن القضاء، وذلك وفقًا لما تقضي به القواعد العامة، لكن لا يمكن أن نسلم بذلك الأصل تسليمًا كاملاً؛ إذ توجد هناك حالات استثنائية تخرج عن هذا الأصل فيكون من حق الدائن القيام بتنفيذ الالتزام بدون إذن القاضي، والحالات الاستثنائية تلك لا تعطي الدائن السلطة المطلقة في القيام بالتنفيذ بل إن سلطة الدائن تكون مقيدة بعدة قيود أهمها رقابة القضاء اللاحقة، وعليه سأبحث هذه الحالات في القانونين العراقي والمصري، كالتالي:

المطلب الأول / تنفيذ الالتزام على نفقة المدين دون استئذان القضاء في القانونين العراقي والمصري

الأصل في القانونين العراقي والمصري أن الدائن لا يجوز له أن يستوفي حقه بيده بل عن طريق السلطة العامة التي تقوم بالتنفيذ أو تسمح له بالتنفيذ تحت إشرافها، فإذا لم يلتزم الدائن بما رسمه له

([١]) السنهوري، الوسيط، ج٢، نظرية الالتزام، مرجع سابق، ص٧٣٥، ٧٣٦؛ عصمت عبد المجيد بكر، أحكام الالتزام، مرجع سابق، ص٣٥، ٣٦؛ غني حسون طه، الوجيز في العقود المسماة، عقد البيع، مرجع سابق، ص٢١٤؛ أيمن سعد سليم، أحكام الالتزام، مرجع سابق، ص١٣٨، ١٣٩.

القانون في استيفاء حقه فسوف يتعرض إلى المسؤولية، كأن يستوفي حقه بنفسه من دون الحصول على إذن من القضاء، إلا أنه وخلافًا لهذا للأصل فإن المشرعان العراقي والمصري يجيزان اقتضاء الحق بدون إذن من القضاء في الحالات الآتية:

الفرع الأول / في حالات الاستعجال

تنص المادتان (٢٤٨، ٢٥٠) من القانون المدني العراقي، والمادتان (٢٠٥، ٢٠٩) من القانون المدني المصري على أنه يحق للدائن تنفيذ التزام مدينه وعلى نفقة الأخير بدون إذن من القضاء في حالات الاستعجال.

فالمادة (٢/٢٤٨) من القانون المدني العراقي، تنص على أنه: "١- إذا ورد الالتزام بنقل الملكية أو أي حق عيني على شيء لم يعين إلا بنوعه فلا ينقل الحق إلا بتعيين الشيء بالذات. ٢- فإذا لم يقم المدين بتنفيذ التزامه جاز للدائن أن يحصل على شيء من النوع نفسه على نفقة المدين بعد استئذان المحكمة أو بغير استئذانها في حالة الاستعجال، كما أنه يجوز له أن يطالب بقيمة الشيء من غير إخلال في الحالتين بحقه في التعويض"، وهذه المادة مطابقة للمادة (٢/٢٠٥) من القانون المدني المصري، والتي نصت على أنه: "١- إذا ورد الالتزام بنقل حق عيني على شيء لم يعين إلا بنوعه فلا ينتقل الحق إلا بإفراز هذا الشيء. ٢- فإذا لم يقم المدين بتنفيذ التزامه، جاز للدائن أن يحصل على شيء من النوع ذاته على نفقة المدين بعد استئذان القاضي أو دون استئذانه في حالة الاستعجال، كما يجوز له أن يطالب بقيمة الشيء، من غير إخلال في الحالتين بحقه في التعويض".

أما المادة (٢/٢٥٠) من القانون المدني العراقي فإنها نصت على أنه: "١- في الالتزام بعمل إذا لم يقم المدين بتنفيذ التزامه ولم يكن ضروريًا أن ينفذه بنفسه، جاز للدائن أن يستأذن من المحكمة في تنفيذ الالتزام على نفقة المدين إذا كان هذا التنفيذ ممكنًا. ٢- ويجوز في حالة الاستعجال أن ينفذ الدائن الالتزام على نفقة المدين بلا إذن من المحكمة"، وهذه المادة أيضًا مطابقة للمادة (٢/٢٠٩) من القانون المدني المصري والتي نصت على أنه: "١- في الالتزام بعمل، إذا لم يقم المدين بتنفيذ التزامه جاز للدائن أن يطلب ترخيصًا من القضاء في تنفيذ الالتزام على نفقة المدين إذا كان هذا التنفيذ ممكنًا. ٢- ويجوز في حالة الاستعجال أن ينفذ الدائن الالتزام على نفقة المدين، دون ترخيص من القضاء).

ففي القانونين العراقي والمصري تعتبر المواد القانونية المذكورة آنفًا الأساس القانوني لاقتضاء الدائن حقه بنفسه وعلى نفقة المدين دون إذن من القضاء[١]، إلا انهما لم يبينا معنى الاستعجال في تلك المواد وهذا دليل واضح على أنهما قد تركا للفقه والقضاء بيان معنى الاستعجال وضوابطه؛ فقبل صدور القانون المدني العراقي رقم ٤٠ لسنة ١٩٥١، والقانون المدني المصري الجديد رقم ١٣١ لسنة ١٩٤٨، اللذان ذكرا حالة الاستعجال، نجد أن بعض الفقهاء قد وضعوا معيارًا لمعرفة الحالات التي يجب على الدائن أن يحصل فيها على إذن من القضاء لتنفيذ التزام المدين وعلى نفقة الأخير، والحالات التي لا يجب عليه ذلك، وهذا المعيار هو: مدى المساس بحرية المدين أو عدم المساس بها عند قيام الدائن بتنفيذ الالتزام على نفقة المدين دون إذن من القضاء.[٢]

أما بعد صدور القانون المدني العراقي والقانون المدني المصري اللذان ذكرا حالة الاستعجال؛ فإن فقه القانون المدني لم يبحث فكرة الاستعجال بشكل تفصيلي وافي على خلاف فقه قانون المرافعات العراقي والمصري[٣]، فالملاحظ على فقه القانون المدني أنه أورد أمثلة للدلالة على وجود حالات الاستعجال، مثل: توريد أغذية لفندق معين، توريد مستلزمات طبية لمستشفى معينة، قيام المستأجر بإصلاح العين المؤجرة إذا كانت تلك الإصلاحات عاجلة لا تتحمل التأخير، ترميم حائط على وشك السقوط؛ فكل تلك الحالات لا تتحمل التأخير حتى يقوم الدائن بمراجعة المحكمة للحصول على إذن بتنفيذ التزام المدين على نفقته؛ لأنه لو راجع المحكمة فسوف يتعرض إلى ضرر جسيم؛ لأن تلك الحالات لا تتحمل التأخير

---

(١) السنهوري، الوسيط، ج٢، نظرية الالتزام، مرجع سابق، ص٧٣٥، ٧٤٨؛ عبد الباقي البكري، مرجع سابق، ص١٧؛ عصمت عبد المجيد بكر ، مرجع سابق، ص٣٦.

(٢) عبد الحميد أبو هيف، طرق التنفيذ والتحفظ، مطبعة الاعتماد، ١٩٢٣، ص١٦.

(٣) انظر في ذلك: أمينة النمر، مناط الاختصاص والحكم في الدعاوى المستعجلة، منشأة المعارف، الإسكندرية،١٩٦٧م,ص٤١٠؛ رمزي سيف، الوسيط في شرح قانون المرافعات المدنية والتجارية، القاهرة، ١٩٦٩، ص٢٣٨ وما بعدها؛ ضياء شيت خطاب، الوجيز في قانون المرافعات القضائية، بغداد، ١٩٧٣؛ مدحت المحمود، شرح قانون المرافعات المدنية وتطبيقاته العملية، ط٣، المكتبة القانونية، بغداد، ٢٠٠٩م، ص١٦٨؛ محمد علي راتب، قضاء الأمور المستعجلة، دار النشر الحديث، القاهرة، ص٤٢؛ محمد عبد الحكيم فرج، الحراسة القضائية في القانون المصري والمقارن، ط٢، القاهرة، ١٩٥٢، ص٢٢٨؛ محمد عبد اللطيف، القضاء المستعجل، القاهرة، ١٩٧٧، ط٤، ص٣٠٧؛ محمد علي رشدي، قاضي الأمور المستعجلة، القاهرة، ١٩٣٩.

فإقامة الدعوى وصدور الحكم يستغرقان وقتًا يتعرض فيه الدائن لذلك الضرر[١]، وفكرة الاستعجال مرنة ونسبية تختلف باختلاف طبيعة الالتزام وبالظروف المحيطة بالدائن ولا يمكن ضبطها بمعيار معين؛ لذا ينبغي تركها إلى القضاء؛ لأنه الأقدر في استنتاجها وتكييفها، سواء كان ذلك من حيث طبيعة الالتزام أم من حيث الظروف المحيطة بالدائن، هذا من جانب ومن جانب آخر فإن هنالك أسباب دعت إلى الأخذ بفكرة الاستعجال، وهذه الأسباب لا بد من بيانها بشيء من التفصيل:

السبب الأول:- تأخر الإجراءات القضائية في حصول الدائن على إذن من القضاء.

في القضاء المستعجل عندما يقوم الدائن بتنفيذ التزام المدين على نفقته يجب أن يكون لديه الإذن للقيام بذلك التنفيذ، فقاضي الأمور المستعجلة هو الذي يصرح للدائن القيام بتنفيذ الالتزام، وبناء على ذلك يكون من اختصاص قاضي الأمور المستعجلة منح الإذن للدائن، وهذا هو موقف فقه قانون المرافعات العراقي والمصري[٢]والفقه المدني[٣]

وبهذا الخصوص أيضًا يقول الأستاذ السنهوري: "... ويجوز للمستأجر أن يلجأ إلى قاضي الأمور المستعجلة إذا كانت الحالة تستدعي ذلك..."[٤]؛ فقول الأستاذ السنهوري: "ويجوز للمستأجر" يوحي بأنه يحق للدائن تنفيذ الالتزام على نفقة المدين بدون إذن من القضاء، حتى وإن كان يستطيع أخذ ذلك الإذن من قاضي الأمور المستعجلة، وتأييدًا لموقف الفقه المتقدم، نلاحظ بأن قاضي الأمور المستعجلة يصدر أحكامًا مؤقته يمكن إعادة النظر فيها من قبل القضاء، فالدائن الذي يحصل على إذن من القاضي بتنفيذ التزام المدين، فهذا الإذن غير نهائي إذ يمكن للقاضي أن يعيد النظر فيه، ولهذا فإن الدائن يلجأ إلى تنفيذ الالتزام على نفقة المدين دون إذن من القضاء ليتجنب معوقات اللجوء إلى القضاء المستعجل

---

(١) السنهوري، الوسيط، ج٢، نظرية الالتزام، مرجع سابق، ص٧٥٠؛ عبد المجيد الحكيم وآخرون، مرجع سابق، ص٢٦-٢٨؛ جلال محمد إبراهيم ، مرجع سابق، ص٨١.

(٢) مدحت المحمود، شرح قانون المرافعات المدنية وتطبيقاته العملية، ط٣، المكتبة القانونية، بغداد، ٢٠٠٩م ، ص١٦٨؛ محمد علي راتب، قضاء الأمور المستعجلة، مرجع سابق، ص٤٢؛ أمينة النمر، مناط الاختصاص والحكم في الدعاوى المستعجلة، مرجع سابق، ص٤١٠؛ رمزي سيف،مرجع سابق، ص٢٤٨.

(٣) عبد الباقي البكري ، مرجع سابق، ص١٧؛ عبد المجيد الحكيم، أحكام الالتزام، مرجع سابق، ص٨، ٩؛ رمضان أبو السعود، أحكام الالتزام، مرجع سابق، ص٤٧-٥٢.

(٤) السنهوري، الوسيط، ج٦، الإيجار والعارية، مرجع سابق، ص٢٥٧.

ومنها: تأخير الإجراءات، وهذا ما أراده المشرع العراقي في المادتين (٢٤٨، ٢٥٠) مدني، والمشرع المصري في المادتين (٢٠٥، ٢٠٩) مدني، عندما أقرا فكرة الاستعجال.[١]

السبب الثاني:- وقوع الضرر بسبب تأخر الإجراءات القضائية.

إذ يتطلب في الضرر الذي يبرر حالة الاستعجال أن يكون لا يحتمل الإبطاء إلى أن يستصدر حكمًا بالتنفيذ العيني على نفقة المدين[٢]؛ لذا يجب أن يكون الضرر:

١- مستقبلاً، أي: عدم وقوعه في الحال، وإنما سيقع في المستقبل إن لم يسارع الدائن إلى التنفيذ، وعلى أساس ذلك إذا وقع الضرر في الحال فلا داعي للاستعجال والتنفيذ على نفقة المدين بدون إذن القضاء.

٢- محتم الوقوع، أي: أنه سيقع لا محالة، أو أن يكون نسبة احتمال وقوعه كبيرة جدًا، وذلك من خلال الدلائل والإثباتات التي تؤكد انه سيقع.

٣- غير عادي، أي: أن الضرر يكون غير مألوف، والفقه يطلق على هذا النوع من الضرر (الضرر البليغ) أو (الضرر الجسيم) الذي يصيب الدائن من جراء التأخر في إجراءات القضاء، أما إذا كان الضرر عادي فلا مبررًا للاستعجال.

وهنا سؤال: هل يمكن أن تكون حالة التخوف من استحالة التنفيذ العيني للالتزام تكون بمنزلة الضرر الذي يبرر حالة الاستعجال، فيستطيع الدائن تنفيذ الالتزام على نفقة المدين دون إذن من القضاء؟ في هذا الفرض فإن التخوف من الاستحالة يكون مبررًا كافيًا لقيام الدائن بتنفيذ الالتزام على نفقة المدين دون الحاجة إلى إذن من القضاء، حتى وإن كان الضرر الذي سيصيب الدائن ضررًا عاديًا، كالالتزام بتسليم سلعة معينة تدل مؤشرات السوق بأنها ستنعدم منه بعد وقت قصير، وهذا يوافق القاعدة العامة في التنفيذ التي تقضي عدم الانتقال إلى التعويض إلا إذا استحال التنفيذ العيني للالتزام، وفقه القانون المدني يؤكد على أن التنفيذ العيني للالتزام هو الأصل أما الاستثناء فهو التنفيذ بمقابل (التعويض)[٣]، وعليه عند

---

(١) آدم وهيب النداوي، المرافعات المدنية، العاتك لصناعة الكتاب، القاهرة، ط٣، ٢٠١١، ص٣٢٧.

(٢) السنهوري، الوسيط، ج٢، نظرية الالتزام، مرجع سابق، ص٧٥٠؛ رمضان أبو السعود ، مرجع سابق، ص٥٢؛ عصمت عبد المجيد بكر ، مرجع سابق، ص٤٥.

(٣) السنهوري، الوسيط، ج٢، نظرية الالتزام، مرجع سابق، ص٧١٩، ٧٢٠

التخوف من استحالة التنفيذ العيني للالتزام يكون من حق الدائن الإسراع في تنفيذ الالتزام على نفقة المدين بدون إذن من القضاء.[١]

الفرع الثاني / في غير حالات الاستعجال

بمقتضى فكرة الاستعجال يسمح للدائن بالتنفيذ على نفقة المدين دون إذن من القضاء، وهذا ما أخذ به المشرعين العراقي والمصري في القانون المدني، إلا أنه يبدو أن هناك حالات أخرى غير حالات الاستعجال نص عليها المشرعين العراقي والمصري، وتقضي هذه الحالات بأن الدائن يستطيع أن يقوم بالتنفيذ على نفقة المدين دون إذن من القضاء حتى وإن لم تتوفر حالة الاستعجال.

الحالة الأولى: نصت عليها المادة (٢/٥٦٨) من القانون المدني المصري، على أنه: "يجوز للمستأجر دون حاجة إلى ترخيص من القضاء أن يقوم بإجراء الترميمات المستعجلة أو الترميمات البسيطة مما يلتزم به المؤجر..."، فنلاحظ من نص المادة بأن المشرع المصري يسمح للمستأجر أن يقوم بإجراء الترميمات البسيطة التي يلتزم بها المؤجر وعلى نفقة الأخير دون حاجة للحصول على إذن من القضاء، ويبرر ذلك على أساس أن تلك الترميمات بسيطة، وتكون نفقاتها قليلة، ولا يستوجب إقحام القضاء للحصول على إذن بتنفيذها[٢]، والباحث يميل إلى هذا التبرير؛ إذ من الممكن أن نأخذ بهذا التبرير في كل التزام تكون نفقاته قليلة، وعلى هذا الأساس يمكن للدائن أن ينفذ أي التزام على نفقة المدين عندما تكون نفقاته قليلة دون إذن من القضاء، وهذه الفكرة لم يأخذ بها المشرع العراقي في المادة (٢/٧٥٠) مدني[٣]، رغم اتفاق أحكامها في مجموعها مع أحكام المادة (٢/٥٦٨) مدني مصري.[٤]

لذا أقترح على المشرع العراقي أن يأخذ بتلك الفكرة ويضيفها إلى نص المادة (٧٥٠) من القانون المدني.

الحالة الثانية: نصت عليها المادة (١٣٤٠) من القانون المدني العراقي، على أنه: "ليس للمرتهن أن ينتفع بالمرهون رهنًا حيازيًا دون مقابل، وما حصل عليه من صافي ريعه وما استفاده من استعماله، يخصم من الدين الموثق بالرهن ولو لم يكن قد حل أجله على أن يكون الخصم أولاً من قيمة ما أنفقه في المحافظة عليه وما دفعه من الضرائب والتكاليف..."، ويقابل هذه المادة نص المادة (١١٠٤) من

---

(١) عبد المجيد الحكيم وآخرون ، مرجع سابق، ص١٣؛ جلال محمد إبراهيم ، مرجع سابق، ص٦٥.

(٢) السنهوري، الوسيط، ج٦، الإيجار والعارية، مرجع سابق، ص٢٥٨، ٢٥٩.

(٣) نصت المادة (٢/٧٥٠) من القانون المدني العراقي على أنه: "وإذا امتنع المؤجر من الترميم كان للمستأجر أن يفسخ الإجارة أو أن يقوم بالترميم بإذن من المحكمة، ويرجع على المؤجر بما صرف بالقدر المعروف".

(٤) السنهوري، الوسيط، ج٦، الإيجار والعارية، مرجع سابق، ص٢٥٥ هامش (٢)؛ جعفر الفضلي، مرجع سابق، ص٢٣٨

القانون المدني المصري التي نصت على أنه: "١- ليس للدائن أن ينتفع بالشيء المرهون دون مقابل. ٢- وعليه أن يستثمره استثمارًا كاملاً مالم يتفق على غير ذلك. ٣- وما حصل عليه الدائن من صافي الريع... يخصم من المبلغ المضمون بالرهن... على أن يكون الخصم أولاً من قيمة ما أنفقه في المحافظة على الشيء..."، يتضح من نص المادتين أن الدائن المرتهن لا يحتاج إلى إذن من القضاء أو إذن من المدين للحصول على ما أنفقه على الشيء المرهون رهن حيازة من غلَّته، أي: أن الدائن سوف يحصل على نفقة التنفيذ العيني لالتزام المدين من خلال غلَّة المرهون رهن حيازة من دون ترخيص من القضاء في غير حالات الاستعجال.[١]

المطلب الثاني / سلطة الدائن ومداها في التنفيذ العيني على نفقة المدين دون استئذان القضاء

إن استخدام الدائن لوسيلة التنفيذ العيني على نفقة المدين، في حالة امتناع المدين عن تنفيذ الالتزام لا يعني ذلك إعطاء الدائن سلطة مطلقة في استخدام تلك الوسيلة، وإنما إعطاؤه سلطة مقيدة بعدد من القيود، من أجل خلق توازن بين مصلحة الدائن ومصلحة المدين، وأن يتم استخدام تلك السلطة وفقًا لمبدأ حسن النية في تنفيذ الالتزام عملاً بنص المادة (١/١٥٠) من القانون المدني العراقي، والمادة (١/١٤٨) من القانون المدني المصري؛ إذ نصتا على أنه: "يجب تنفيذ العقد طبقًا لما اشتمل عليه وبطريقة تتفق مع ما يوجبه حسن النية"، وفي هذا الخصوص يتعين علينا أن نتعرف على مدى سلطة الدائن قبل وبعد القيام بالتنفيذ العيني للالتزام على نفقة المدين في ،ونتناول كل مرحلة من هذه المراحل في فرعاً مستقلاً.

الفرع الأول / سلطة الدائن قبل القيام بالتنفيذ العيني للالتزام على نفقة المدين

نتعرف في هذه المرحلة على مدى سلطة الدائن في مقدمات التنفيذ وذلك من خلال الأمور الآتية:

❖ **الأمر الأول:**- سلطة الدائن في إعذار مدينه قبل أن يقدم على (التنفيذ العيني للالتزام على نفقة المدين).

أجمع الفقهاء على أن ذلك من الأمور المستحسنة، ولهذا يحق للدائن إعذار مدينه قبل أن يقدم على التنفيذ العيني للالتزام ودون استئذان القضاء؛ لكي يكون هناك وقت كاف لقيام المدين بالتنفيذ، وحتى لا يفاجأ المدين بالتنفيذ العيني على نفقته بدون سابق إنذار، ولكي يثبت الدائن حسن نيته، والسؤال الذي يثار هنا هل إن الإعذار ملزم للدائن أو غير ملزم؟

---

(١) السنهوري، الوسيط، ج١٠، التأمينات الشخصية والعينية، مرجع سابق، ص٥٦٥-٥٦٧؛ محمد طه البشير وغني حسون طه ، مرجع سابق، ص٥٣٣.

نصت المادة (١/٢٤٦) من القانون المدني العراقي على أنه: "يجبر المدين على تنفيذ التزامه تنفيذًا عينيًا متى كان ذلك ممكنًا"، وهذا النص من حيث الحكم مطابق لنص المادة (١/٢٠٣) من القانون المدني المصري، لكنه لم يشترط الإعذار في التنفيذ العيني، وأيضًا نصت المادة (٢/٧٥٠) من القانون المدني العراقي على أنه: "إذا امتنع المؤجر من الترميم، كان للمستأجر أن يفسخ الإجارة أو أن يقوم بالترميم بأذن من المحكمة، ويرجع على المؤجر بما صرف بالقدر المعروف" فهذه المادة من حيث الحكم مطابقة لنص المادة (١/٥٦٨) من القانون المدني المصري، لكنها لم تشترط الإعذار أيضًا في التنفيذ العيني[١]، وموقف الفقه العراقي على عكس موقف الفقه المصري، فالفقه العراقي كمبدأ عام يرى عدم ضرورة قيام الدائن بإعذار مدينه في التنفيذ العيني الجبري، وإنما يشترط ذلك الإعذار في التنفيذ بمقابل (التعويض)[٢]، لا سيما إذا كان تعويضًا عن التأخر في تنفيذ الالتزام[٣]، إلا أن هذا المبدأ العام ترد عليه استثناءات.[٤]

- **الأمر الثاني:** سلطة الدائن في تقديم طلب (التنفيذ العيني للالتزام على نفقة المدين) إلى القضاء في وقت مناسب.

إن من مقدمات التنفيذ أن يطلب الدائن من القضاء التنفيذ العيني في وقت مناسب[٥]، أي: قبل أن يقوم الدائن بالتنفيذ العيني على نفقة المدين؛ فالأصل أن القضاء لا يفصل في موضوع لم يطرح عليه وفق أحكام قانون المرافعات المدنية، فإذا لم يقم الدائن الدعوى طالبًا الحكم له على المدين بإجباره على التنفيذ العيني لامتناعه عن التنفيذ فليس للمحكمة أن تحكم من تلقاء نفسها[٦].

- **الأمر الثالث:** سلطة الدائن في إجراء المعاينة قبل القيام (بالتنفيذ العيني للالتزام على نفقة المدين).

---

(١) جعفر الفضلي ، مرجع سابق، ص٢٣٧، ٢٣٨.

(٢) انظر: قرار محكمة التمييز العراقية رقم ٢٦٦/حقوقية/ثانية ١٩٦٩ في ١٩٦٩/١٢/٢٤ قضاء محكمة تمييز العراق، المجلد السادس، ص٢٦٥؛ إذ جاء فيه "لا يستحق التعويض إلا بعد إنذار المدين ما لم ينص القانون على غير ذلك"؛ انظر: القرار رقم ٤٢٩/حقوقية/ ١٩٦٨ في ١٩٦٨/٩/٩ قضاء محكمة تمييز العراق، المجلد الخامس، ص٢٥٩. إذ جاء فيه "طلب التعويض في المسؤولية العقدية يجب أن يسبقه إعذار".

(٣) عبد المجيد الحكيم وآخرون ، مرجع سابق، ص٤٧.

(٤) للمزيد في ذلك يراجع: عصمت عبد المجيد بكر ، مرجع سابق، ص٢٣ وما بعدها.

(٥) محمود محمد الطناحي، الصورة التنفيذية في قانون المرافعات،دار النهضة العربية,٢٠٠٦ ، ص٣٧، ٣٨.

(٦) السنهوري، الوسيط، ج٢، نظرية الالتزام، مرجع سابق، ص٧٢٢، ٧٢٣، فقرة (٤٠٩)

إن من مقدمات التنفيذ طلب الدائن بإجراء المعاينة، إثبات واقع حال؛ ففي عقد الإيجار حتى يقوم الدائن (المستأجر) بإصلاح العين المؤجرة على نفقة المدين (المؤجر) فلا بد من إجراء المعاينة قبل القيام بالتنفيذ العيني[١]، ومن خلال ذلك يتبين أنه إذا لم يقم الدائن بإجراء المعاينة فإنه يعتبر متنازلاً عن الرجوع بالضمان وهنا لا يحتاج الدائن الرجوع للقضاء لاخذ الاذن بذلك في حال ما اذا كانت من الامور المستعجلة .[٢]

الفرع الثاني / سلطة الدائن بعد القيام بالتنفيذ العيني للالتزام على نفقة المدين

الدائن الذي يقوم بتنفيذ التزام المدين وعلى نفقة الأخير، يكون له الحق في استيفاء ما أنفقه بعد إقرار المدين أو إقرار القضاء لهذه النفقة؛ لهذا فالقانون منح الدائن سلطة استيفاء النفقة بعدة طرق نذكر أهمها.

أولاً:- سلطة الدائن في استيفاء نفقة التنفيذ عن طريق الانتفاع بمال المدين في القانونين العراقي والمصري.

يكون للدائن استعمال سلطته لاستيفاء ما انفقه على تنفيذ الالتزام،دون استئذان القضاء وذلك عن طريق الاستعمال والاستغلال لمنافع العين المملوكة للمدين، ومن أهم تلك الصور لهذا الطريق:

* سلطة الدائن صاحب العلو بالانتفاع بالسفل.[٣]

يتضح من نص المادة (١٠٨٥) من القانون المدني العراقي والمادتين (٨٥٩/٨٦٠) من القانون المدني المصري سالفة الذكر ان المشرعين العراقي والمصري اجازا لصاحب العلو في حالة احتياج السفل إلى أعمال وترميمات أو في حالة انهدامه، وامتنع صاحب السفل من الترميم أو إعادة البناء، وقام صاحب العلو بإعادة البناء على نفقة صاحب السفل، فإن صاحب العلو يجوز له أن يمنع صاحب السفل من السكنى والانتفاع بالسفل حتى يؤدي ما في ذمته، وكذلك يجوز لصاحب العلو أن يحصل على إذن من القضاء في إيجار السفل أو سكناه لاستيفاء ما أنفقه في تنفيذ التزام المدين (صاحب السفل)[٤]،اضافة

---

(١) السنهوري، الوسيط، ج٦، الإيجار والعارية، مرجع سابق، ص٢٥٥ وما بعدها؛ جعفر الفضلي، مرجع سابق، ص٢٣٧.

(٢) سليمان مرقس، عقد الإيجار، مرجع سابق، ص٣٣٧.

(٣) انظر: جابر محجوب علي، حق الملكية في القانون المدني المصري، دراسة نظرية وعملية مقارنة، دار الخولي للطباعة، القاهرة، ٢٠١١، ص٢٢٣.

(٤) السنهوري، الوسيط، ج٨، حق الملكية، مرجع سابق، ص٩١٧؛ جابر محجوب علي ، مرجع سابق، ص٢٢٤، ٢٢٥؛ محمد طه البشير وغني حسون طه ، مرجع سابق، ص١٤٨.

الى ذلك فان المشرع العراقي قد اعطا الدائن صاحب العلو سلطة واسعة بالحق في عمارة السفل دون اخذ الاذن من المحكمة مع امكانية الرجوع باقل من قيمتي البناء وقت العمارة او وقت الرجوع , وهو مالم يشير اليه المشرع المصري .

ثانيًا:- سلطة الدائن في استيفاء نفقة التنفيذ عن طريق الخصم من الأجرة في القانونين العراقي والمصري.

اشار المشرع العراقي في المادة (٢/٧٥٠) من القانون المدني نص على أنه: "... ٢- إذا امتنع المؤجر من الترميم، كان للمستأجر ... أن يقوم بالترميم بإذن المحكمة، ويرجع على المؤجر بما صرف بالقدر المعروف"، وهذا يتفق مع ما جاء به المشرع المصري[١]، في المادة (٥٦٨) من القانون المدني على أنه: "١- إذا تأخر المؤجر بعد إعذاره عن القيام بتنفيذ الالتزامات المبينة في المادة السابقة (٥٦٧) جاز للمستأجر أن يحصل على ترخيص من القضاء في إجراء ذلك بنفسه وفي استيفاء ما أنفقه خصمًا من الأجرة..."، وخصم المستأجر نفقة التنفيذ من الأجرة يجب أن يكون بإذن القاضي، وذلك حين يطلب المستأجر من القاضي الحكم له بتنفيذ التزام المؤجر على نفقته وخصم ما ينفقه من الأجرة، فإذا استجاب القاضي لطلب المستأجر وإذن له بالتنفيذ وبالخصم من الأجرة فلا يحق للمؤجر أن يدعي على المستأجر أنه ممتنع عن دفع الأجرة أو متأخر فيها، لكون المستأجر يستعمل حقًا خوله له القضاء، ويجوز للمستأجر أن يحجز على أموال المؤجر طبقًا للقواعد العامة دون اذن المحكمة في حالة تجاوز قيمة نفقات الأجرة المستحقة؛ إذ يتعذر استيفائها جميعًا عن طريق الخصم من الأجرة، وحق الخصم من الأجرة يعتبر حقا مقدمًا على أي حق آخر على هذه الأجرة، فلا يجوز أن يتنازل المؤجر عن هذه الأجرة لآخر، وإن تنازل المؤجر عن هذا الحق لآخر فإن ذلك لا يحول من قيام المستأجر بالخصم من الأجرة[٢]، ويلاحظ من نص المادة (٢/٧٥٠) مدني عراقي، إن المشرع العراقي لم ينص على عبارة "للمستأجر... استيفاء ما أنفقه خصمًا من الأجرة" مثلما فعل المشرع المصري في المادة (١/٥٦٨) مدني مصري، وإنما جاء مفهوم النص العراقي بشكل عام "...ويرجع (المستأجر) على المؤجر بما صرف بالقدر المعروف"؛ فالنص المصري أوضح من النص العراقي على الرغم من اتفاق أحكامهما.

---

(١) أحكام المادة (٢/٧٥٠) من القانون المدني العراقي، تتفق مع أحكام المادة (٥٦٨) من القانون المدني المصري. انظر: السنهوري، الوسيط، ج٦، الإيجار والعارية، ص٢٥٥. هامش(٢).

(٢) السنهوري، الوسيط، ج٦، الإيجار والعارية، مرجع سابق، ص٢٥٤ فقرة (٢١٩)؛ جعفر الفضلي ، مرجع سابق، ص٢٣٧، ٢٣٨.

الخاتمــة :

تناولت الدراسة مشكلة مهمة تعرض كل يوم في الحياة العملية القانونية وهي: مشكلة عدم تنفيذ الالتزام عينًا، وعلاج هذه المشكلة عن طريق استخدام وسائل التنفيذ العيني الجبري، للضغط على المدين وإجباره على تنفيذ الالتزام عينًا, ووسائل التنفيذ العيني للالتزام بعيداً عن شخص المدين دون الرجوع الى القضاء.

وتحقيقًا للأهداف المنشودة من هذه الدراسة فقد جاءت الدراسة في مقدمة ومبحث تمهيدي وبابين وقد خرجت الدراسة بأهم النتائج وهي:

١- **التنفيذ العيني للالتزام** معناه، حصول الدائن على عين ما وجب على مدينه على النحو الذي حدده القانون أو الاتفاق.

٢- **تنفيذ الالتزام على نفقة المدين** هو تنفيذ عيني في نظر الفقه الإسلامي، وفي نظر الفقه القانوني، إذ أن الرأي الغالب في فقه القانون الخاص العراقي والمصري، يصف هذا التنفيذ بأنه وسيلة من وسائل الاستغناء عن المدين في التنفيذ العيني للالتزام.

٣- الأصل أن يكون تنفيذ الالتزام على نفقة المدين بإذن المحكمة وذلك وفقًا لما تقضي به القواعد العامة، إلا أنه لا يمكن التسليم بها تسليمًا كاملاً، فهناك حالات استثنائية تخرج عن هذا الأصل فيكون من حق الدائن القيام بتنفيذ الالتزام بدون إذن القاضي.

٤- **يعد حكم القاضي الذي يقوم مقام العقد** وسيلة من وسائل الاستغناء عن المدين في التنفيذ العيني للالتزام.

٥- **يعد حكم القاضي الذي يقوم مقام العقد** وسيلة من وسائل الاستغناء عن المدين في التنفيذ العيني للالتزام,كالوعد بتعاقد ودعوى صحة التعاقد والتعهد بنقل ملكية العقار في العراق.

في ضوء النتائج السابقة، خرجت الدراسة بأهم التوصيات الآتية:

١- نوصي المشرع العراقي بأن يأخذ بفكرة قيام المستأجر بالترميمات البسيطة بدون إذن القضاء المنصوص عليها في المادة (٢/٥٦٨) من القانون المدني المصري، ويضيفها الى نص المادة (٧٥٠) من القانون المدني العراقي.

٢- نوصي المشرع العراقي بأن يجعل في مواد القانون المدني العراقي نصًا مشابهًا لنص المادة (٢١٠) من القانون المدني المصري (دعوى صحة التعاقد) والتي نصت على أنه: "في الالتزام بعمل يقوم حكم القاضي مقام التنفيذ، إذا سمحت بهذا طبيعة الالتزام".

قائمة المصادر :

١- آدم وهيب النداوي، المرافعات المدنية، العاتك لصناعة الكتاب، القاهرة، ط٣، ٢٠١١.

٢- أمينة النمر، قوانين المرافعات، الكتاب الثالث، منشأة المعارف، الإسكندرية، ١٩٨٢م.

٣- أمينة النمر، مناط الاختصاص والحكم في الدعاوى المستعجلة، منشأة المعارف، الإسكندرية، ١٩٦٧م.

٤- أيمن سعد سليم، أحكام الالتزام: دراسة مقارنة، دار التعاون للطباعة، القاهرة، ٢٠١٠م .

٥- جابر محجوب علي، حق الملكية في القانون المدني المصري، دراسة نظرية وعملية مقارنة، دار الخولي للطباعة، القاهرة، ٢٠١١.

٦- جعفر الفضلي، الوجيز في العقود المدنية، البيع – والإيجار – المقاولة، العاتك لصناعة الكتب، القاهرة، ٢٠٠٧.

٧- جلال محمد إبراهيم، النظرية العامة للالتزام، أحكام الالتزام، مطبعة الإسراء، ٢٠٠٠م .

٨- رمزي سيف، الوسيط في شرح قانون المرافعات المدنية والتجارية، القاهرة، ١٩٦٩.

٩- رمضان أبو السعود، أحكام الالتزام، دار الجامعة الجديدة، الإسكندرية، ٢٠١٠م.

١٠- سليمان مرقس، الوافي في شرح القانون المدني ، أحكام الالتزام،ط٢,دار النهضة العربية, القاهرة،١٩٩٢.

١١- السنهوري:- الوسيط في شرح القانون المدني المصري نظرية الالتزام بوجه عام ، تحديث وتنقيح المستشار أحمد مدحت المراغي، ط١، دار الشروق، القاهرة، ٢٠١٠م.

١٢- ضياء شيت خطاب، الوجيز في قانون المرافعات القضائية، بغداد، ١٩٧٣.

١٣- عباس حسن الصراف، شرح عقدي البيع والإيجار في القانون المدني العراقي، مطبعة الأهالي، بغداد، ١٩٥٦.

١٤- عبد الباقي البكري، شرح القانون المدني العراقي، أحكام الالتزام، ج٣، دراسة مقارنة، مطبعة الزهراء، بغداد، ١٩٧١م.

١٥- عبد الحي حجازي، النظرية العامة للالتزام، أحكام الالتزام، ج٢، المطبعة العالمية، القاهرة،١٩٥٨.

١٦- عبد المنعم فرج الصدة، الحقوق العينية الاصلية في القانون اللبناني والمصري، دار النهضة، بيروت، ١٩٨٢.

١٧- عصمت عبد المجيد بكر، النظرية العامة للالتزامات، ج٢، أحكام الالتزام، شرح أحكام القانون المدني العراقي مقارنا بالفقه الإسلامي والقوانين المدنية ومشروع القانون المدني العربي الموحد في ضوء أحكام القضاء، ط١، الناشر جامعة جيهان الخاصة، أربيل، العراق، ٢٠١٢م.

١٨- غني حسون طه، الوجيز في العقود المسماة، ج١، عقد البيع، بغداد، ١٩٧٠.

١٩- محمد طه البشير وغني حسون طه، الحقوق العينية، ج١، ط٣، العاتك لصناعة الكتب، القاهرة،٢٠٠٩م.

٢٠- محمد عبد الحكيم فرج، الحراسة القضائية في القانون المصري والمقارن، ط٢، القاهرة، ١٩٥٢.

٢١- محمد عبد الخالق عمر مبادى التنفيذ القضائي، ط٤، دار النهضة العربية، القاهرة، ١٩٧٨م.

٢٢- محمد عبد اللطيف، القضاء المستعجل، القاهرة، ١٩٧٧، ط٤.

٢٣- محمد علي راتب، قضاء الأمور المستعجلة، دار النشر الحديث، القاهرة.

٢٤- محمد علي رشدي، قاضي الأمور المستعجلة، القاهرة، ١٩٣٩.

٢٥- محمود محمد الطناحي، الصورة التنفيذية في قانون المرافعات،دار النهضة العربية,٢٠٠٦ .

٢٦- مدحت المحمود، شرح قانون المرافعات المدنية وتطبيقاته العملية، ط٣، المكتبة القانونية، بغداد،٢٠٠٩م.

٢٧- مدحت المحمود، شرح قانون المرافعات المدنية وتطبيقاته العملية، ط٣، المكتبة القانونية، بغداد،٢٠٠٩م.

٢٨- وجدي راغب، مبادئ التنفيذ القضائي، دار النهضة العربية مصر، ١٩٨٨م.

List of sources:

1- Adam Wahib Al-Nadawi, Civil Procedures, Al-Atak Book Industry, Cairo, 3rd edition, 2011.

2- Amina Al-Nimr, Laws of Procedure, Book Three, Mansha’at Al-Ma’arif, Alexandria, 1982 AD.

3- Amina Al-Nimr, Jurisdiction and Arbitration in Urgent Cases, Mansha’at Al-Ma’arif, Alexandria, 1967 AD.

4- Ayman Saad Selim, Provisions of Commitment: A Comparative Study, Dar Al-Taawoun for Printing, Cairo, 2010 AD.

5- Jaber Mahjoub Ali, Property Rights in Egyptian Civil Law, a comparative theoretical and practical study, Dar Al-Khouli Printing, Cairo, 2011.

6- Jaafar Al-Fadhli, Al-Wajeez in Civil Contracts, Sale - and Rent - Contracting, Al-Atak Book Industry, Cairo, 2007.

7- Jalal Muhammad Ibrahim, The General Theory of Commitment, Provisions of Commitment, Al-Isra Press, 2000 AD.

8- Ramzi Seif, Mediator in Explanation of the Law of Civil and Commercial Procedures, Cairo, 1969.

9- Ramadan Abu Al-Saud, Provisions of Commitment, New University House, Alexandria, 2010 AD.

10- Suleiman Markus, Al-Wafi fi Sharh Al-Civil Law, Provisions of Commitment, 2nd edition, Dar Al-Nahda Al-Arabiya, Cairo, 1992.

11- Al-Sanhouri: - The mediator in explaining Egyptian civil law, the theory of obligation in general, updated and revised by Counselor Ahmed Medhat Al-Maraghi, 1st edition, Dar Al-Shorouk, Cairo, 2010 AD.

12- Diyaa Sheet Khattab, Al-Wajeez fi Law of Judicial Procedures, Baghdad, 1973.

13- Abbas Hassan Al-Sarraf, Explanation of the Sale and Lease Contracts in the Iraqi Civil Law, Al-Ahali Press, Baghdad, 1956.

14- Abdul Baqi Al-Bakri, Explanation of the Iraqi Civil Law, Provisions of Commitment, Part 3, Comparative Study, Al-Zahra Press, Baghdad, 1971AD.

15- Abdel Hay Hijazi, The General Theory of Commitment, Provisions of Commitment, Part 2, International Press, Cairo, 1958.

16- Abdel Moneim Faraj Al-Sada, Original Real Rights in Lebanese and Egyptian Law, Dar Al-Nahda, Beirut, 1982.

17- Ismat Abdul Majeed Bakr, The General Theory of Obligations, Part 2, Provisions of Obligation, Explanation of the Provisions of Iraqi Civil Law Compared to Islamic Jurisprudence, Civil Laws, and the Draft Unified

Arab Civil Law in Light of Judicial Rulings, 1st edition, published by Cihan Private University, Erbil, Iraq, 2012 AD.

18- Ghani Hassoun Taha, Al-Wajeez fi Al-Asqad Al-Masamah, Part 1, Sales Contract, Baghdad, 1970.

19- Muhammad Taha Al-Bashir and Ghani Hassoun Taha, Rights in Kind, vol. 1, 3rd edition, Al-Atak Book Industry, Cairo, 2009 AD.

20- Muhammad Abdel Hakim Farag, Judicial Custody in Egyptian and Comparative Law, 2nd edition, Cairo, 1952.

21- Muhammad Abdel Khaleq Omar Mabadi Judicial Enforcement, 4th edition, Dar Al Nahda Al Arabiya, Cairo, 1978 AD.

22- Muhammad Abdel Latif, Urgent Judiciary, Cairo, 1977, 4th edition.

23- Muhammad Ali Ratib, Judiciary of Urgent Matters, Modern Publishing House, Cairo.

24- Muhammad Ali Rushdi, Judge of Urgent Matters, Cairo, 1939.

25- Mahmoud Muhammad Al-Tanahi, The Executive Image in the Law of Procedures, Dar Al-Nahda Al-Arabiya, 2006.

26- Medhat Al-Mahmoud, Explanation of the Civil Procedure Law and its Practical Applications, 3rd edition, The Legal Library, Baghdad, 2009AD.

27- Medhat Al-Mahmoud, Explanation of the Civil Procedure Law and its Practical Applications, 3rd edition, The Legal Library, Baghdad, 2009AD.

28- Wagdy Ragheb, Principles of Judicial Enforcement, Dar Al Nahda Al Arabiya, Egypt, 1988 AD.