

إقليم كردستان – العراق
مجلس الوزراء
وزارة العدل
رئاسة الادعاء العام

**التنفيذ العيني الجبري وفقاً للقانون المدني العراقي رقم (40)
لسنة 1951 وقانون التنفيذ رقم (45) لسنة 1980**

بحث مقدم إلى مجلس القضاء في إقليم كردستان-العراق

من قبل (سردار محمد كريم)

المدعي العام في رئاسة الادعاء العام

**كجزء من متطلبات الترقية من الصنف الثاني إلى الصنف الأول من أصناف
الادعاء العام**

باشراف المدعي العام

شكر قادر حمدامين

المقدمة

إذا أنشئ التزام على شخص وجب عليه تنفيذه سواء كان الالتزام عقدياً أم غير عقدي وكما أن جميع أموال المدين ضامنة للالتزامه والالتزام إما أن يكون طبيعياً أو مدنياً. ففي الالتزام الطبيعي لا يجبر المدين على تنفيذ التزامه بل إن تنفيذه اختياري، ولكن التنفيذ الاختياري محل اعتبار، فالقانون لا يجبره على تنفيذه، إلا أنه مع ذلك يؤدي إلى الدائن ما يشعر أن ضميره يلزمه بادائه ولا يستطيع أن يقوم باسترداد مادفعه، لأن مادفعه ليس بهبة بحيث يجوز له الرجوع فيها بل هو وفاء للالتزام في ذمته. فالالتزام الطبيعي ينطوي على عنصر المديونية فقط دون المسؤولية. ومن الملاحظ أن القانون المدني العراقي لم يتناول الالتزام الطبيعي بالبحث خلافاً للعديد من القوانين المدنية للدول العربية، ومنها القانونين المدني المصري والسوري. أما في الالتزام المدني يجتمع فيه عنصر المديونية أو الواجب الملقاة على المدين وعليه الالتزام به وعنصر المسؤولية أو الجزاء الذي يترتب على المدين من جراء إخلاله بالتزامه. وتنفيذ الالتزام إما أن يكون تنفيذاً عينياً أو تنفيذاً بمقابل عن طريق التعويض. وإن مدار بحثنا هو تنفيذ الالتزام عينياً بعد أن تم تقريره من قبل السلطة العامة المتمثلة بالقضاء فلا فائدة من الحكم أو القرار الصادر من المحكمة المختصة، دون أن يتم تنفيذه. وأن تنفيذ الالتزام يتم عن طريق السلطة المختصة بذلك والممثلة بدائرة التنفيذ. وقد نظم القانون المدني العراقي المرقم (40) لسنة 1951 المعدل أحكام التنفيذ العيني الجبري في باب آثار الالتزام من المواد (246 – 252).

أهمية البحث :

تكمن أهمية تنفيذ الالتزام تنفيذاً عينياً، من حيث أنه متمم للقضاء وإحقاق الحق حيث أن قوة الأحكام في تنفيذه فلا جدوى من صدور الحكم إن لم ينفذ.

سبب اختيار البحث:

لكوني قد مارست العمل في مديرية تنفيذ أربيل لفترة معينة فقد رأيت بان السندات التنفيذية من المحررات وأحكام المحاكم تواجهها مشاكل ومعوقات أثناء التنفيذ وخاصة تلك التي تتطلب تنفيذها تنفيذاً عينياً لذلك أثرت اختيار هذا الموضوع عنواناً للبحث.

منهجية البحث:

وقد أتبع في دراستي لموضوع البحث المنهج التحليلي الوصفي لمواد القانون المتعلقة بموضوع بحثي .

خطة البحث:

لقد تناولت موضوع البحث في ثلاثة مباحث، ففي المبحث الأول تطرقت إلى التنفيذ العيني الجبري ومن خلال مطلبين تناولت فيها التنفيذ العيني الجبري والتنفيذ العيني الاختياري وكذلك التنفيذ الجبري والتنفيذ الاختياري. أما في المبحث الثاني تطرقت إلى استحقاق التنفيذ العيني الجبري ومن خلال مطلبين أيضاً تناولت شروط التنفيذ العيني الجبري وصور التنفيذ العيني الجبري. وفي المبحث الثالث والأخير تناولت وسائل الحصول على التنفيذ العيني الجبري عن طريق الإكراه البدني وفقاً لقانون التنفيذ رقم (45) لسنة 1980، والغرامة التهديدية وفقاً للقانون المدني العراقي رقم (40) لسنة 1950 المعدل وفي مطلبين أيضاً. ثم أنهيت البحث بخاتمة الموضوع والاستنتاجات التي توصلنا إليها والمقترحات التي أرتأيناها، من أجل المساهمة ولو بجزء يسير في إغناء الفقه القانوني، والله من وراء القصد.

المبحث الأول

التنفيذ العيني الجبري

في البداية نود أن نتطرق إلى معنى كلمة التنفيذ، وإن تنفيذ الشيء لغةً ، يعني تحقيقه وإخراجه من حيز الفكر إلى مجال الواقع الملموس (1) ونفذ الأمر- نفوذاً ، ونفاذاً : مضى ويقال نفذ فلان لوجهه : مضى على حاله. ونفذ الكتاب إلى فلان : وصل (2) والنفاذ : الجواز وفي الحكم : جواز الشيء والخلوص منه. وتقول نفذت أي جرث ، وقد نفذ نفاذاً ونفوذاً ورجلٌ نافذٌ في أمره ونفوذ ونفاذ : ماضٍ في جميع أمره ، وأمره نافذ أي مطاع في أمره.(3)

وكما أن الشريعة الإسلامية تحت على الوفاء بالعقود، فقد ورد في التنزيل الكريم ﴿يَا أَيُّهَا الَّذِينَ آمَنُوا أَوْفُوا بِالْعُقُودِ﴾ (4) وكما جاء ﴿وَلَا تَأْكُلُوا أَمْوَالِكُمْ بَيْنَكُمْ بِالْبَاطِلِ﴾ (5). أما التنفيذ فقهاً فهو الوفاء بالالتزام بحيث تبرأ منه ذمة المدين (6). وكذلك يقصد به التنفيذ الذي تجريه السلطة العامة بإشراف القضاء ورقابته بناء على طلب دائن بيده سند مستوف لشروط خاصة بقصد إستيفاء حقه الثابت في السند من المدين قهراً عنه وجبراً عليه (7)، لذا نتناول التنفيذ العيني الجبري من خلال مطلبين متتاليين:.

-
- (1) علي مظفر حافظ، شرح قانون التنفيذ، مطبعة العاني، بغداد، ص3.
 - (2) ابراهيم مصطفى، احمد حسن الزيان، حامد عبدالقادر، محمد علي النجار، المعجم الوسيط ، المكتبة الاسلامية للطباعة والنشر، ج 1 ، ص 939.
 - (3) العلامة ابي الفضل جمال الدين محمد بن مكرم ابن منظور الافريقي ، لسان العرب ، دار صادر بيروت، المجلد الرابع عشر ، ص 317.
 - (4) [سورة المائدة / الآية :1].
 - (5) [سورة البقرة / الآية :188].
 - (6) علي مظفر حافظ ، المصدر السابق ، ص3.
 - (7) د. عصمت عبدالمجيد، تنفيذ الأحكام والمحرمات، منشورات جامعة جيهان الأهلية، أربيل، ط1، 2012.

المطلب الأول

التنفيذ العيني الجبري والتنفيذ العيني الاختياري وفقا للقانون المدني

الأصل أن يقع التنفيذ الجبري تنفيذا عينيا، أي قهر المدين على أداء عين التزامه لينفذ ذات ما التزم به، وهذا هو التنفيذ العيني الجبري الذي يتحقق عند توافر شروطه القانونية . أما إذا لم يتوافر هذه الشروط فإن التنفيذ العيني يتحول إلى التنفيذ بمقابل⁽⁸⁾ . حيث يجبر المدين على تنفيذ التزامه تنفيذا عينيا متى كان ذلك ممكنا⁽⁹⁾ . ومثاله أخذ العين محل التزام المدين منه وتسليمه إلى الدائن. وكما عرف التنفيذ العيني الجبري بأنه طلب الدائن الإستعانة بالسلطة القضائية المختصة لإجبار المدين وقهره على تنفيذ عين ما التزم به⁽¹⁰⁾ .

ويقرر للدائن حق التنفيذ العيني لالتزامه، حتى لو عرض المدين التنفيذ بمقابل بطريق التعويض. كما أن للمدين أن يفرض تنفيذ التزامه عينيا حتى لو طالب الدائن بالتعويض كطريق للتنفيذ مع عدم الإخلال بحق الدائن في جميع الأحوال في المطالبة بالتعويض عما لحقه من ضرر بسبب تأخير المدين في تنفيذ التزامه⁽¹¹⁾ . أما التنفيذ الاختياري فهو تنفيذ الالتزام الذي في ذمة شخص لوفاء عين ما التزم به طوعا. فإذا نفذ المدين التزامه مختارا أنقضى التزامه بالوفاء⁽¹²⁾ .

حيث يتحقق التنفيذ العيني الاختياري بموجب أحكام القانون المدني العراقي عندما يبادر المدين إلى الوفاء بما هو ملتزم به، وكما يتحقق عندما يودع الدائن الحكم القضائي الصادر ضد المدين، فيبادر المدين إلى التنفيذ الرضائي خلال المدة القانونية المحددة في قانون التنفيذ، وقد يبادر المدين شخصيا إلى مراجعة مديرية التنفيذ طالبا التنفيذ النهائي عليه⁽¹³⁾ .

(8) د. عبدالمجيد الحكيم، د.عبدالباقي البكري، محمد طه البشير، القانون المدني و احكام الالتزام ، ج 2 العاتك لصناعه الكتاب ، القاهرة ، المكتبة القانونية ، بغداد ، ص9.

(9) المادة (1/246) من القانون المدني الرقم (40) لسنة 1951 .

(10) حسن علي الذنون ، محمد سعيد الرحو ، احكام الالتزام ، ج2، دار وائل للنشر ، ط1-2004، ص68.

(11) د.احمد شوقي محمد عبدالرحمن ، احكام الالتزام والاثبات في الفقه وقضاء النقص،بيروت 2004، ص7.

(12) د. عبدالمجيد الحكيم ، عبدالباقي البكري ، محمد طه البشير ، المصدر السابق ، ص9.

(13) د.عصمت عبدالمجيد ، المصدر السابق، ص136.

وقد نصت المادة (375) من القانون المدني العراقي على أنه((1- يصح وفاء الدين من المدين أونائبه، ويصح وفاؤه من أي شخص آخر له مصلحة في الوفاء كالكفيل والمدين المتضامن مع

مراعاة ماجاء في المادة 250، 2 – يصح أيضا وفاء الدين من اجنبي لا مصلحة له في الوفاء بأمر المدين أو بغير أمره على أنه يجوز للدائن أن يرفض الوفاء من الغير إذا اعترض المدين على ذلك وابلغ الدائن هذا الاعتراض)).

إن المبدأ الذي يحكم التنفيذ هو مبدأ حسن النية في التنفيذ، إذ يلزم على المدين الوفاء بالتزامه مختاراً طبقاً للغرض الحقيقي الذي رُمى إليه المتعاقدان، فإذا كان مؤجراً وجب عليه تسليم العين إلى المشتري. حيث أن طريقة تنفيذ كل التزام يختلف عن الآخر حسب محل الالتزام وما يقتضيه من المدين.⁽¹⁴⁾ وكما تنص المادة ((399)) من القانون المدني العراقي على أنه ((إذا قبل الدائن في استيفاء حقه شيئاً آخر غير الشيء المستحق قام هذا مقام الوفاء)).

المطلب الثاني

التنفيذ العيني الجبري والتنفيذ العيني الاختياري وفقاً لقانون التنفيذ

يقصد بالتنفيذ الرضائي أو الاختياري هو أن يقوم به المدين بمحض إرادته واختياره⁽¹⁵⁾ وأن التنفيذ الرضائي وفق قانون التنفيذ رقم (45) لسنة 1980 هو أن يقوم المدين أو المنفذ عليه بعد تبليغه بمذكرة الأخبار بالتنفيذ بالمبادرة إلى مراجعة مديرية التنفيذ المختصة وخلال المدة القانونية المحددة لتنفيذ التزامه، وذلك بتسديد ما بذمته من دين ومصاريفه المترتبة عليه. والمدة المحددة للتنفيذ الاختياري هي سبعة أيام من اليوم التالي لتاريخ تبليغه بمذكرة الاخبار بالتنفيذ، وفي هذه الحالة يعفى المدين من رسم التحصيل عما يقوم بتنفيذه.⁽¹⁶⁾ هذا بالنسبة للمدينين من الأفراد العاديين.

14 (د.سوزان علي حسن ، الوجيز في القانون المدني ، منشأة المعارف بالاسكندرية ، 2004، ص²⁵⁶ .

15) د. سعيد مبارك، احكام قانون التنفيذ رقم (45) لسنة 1980، المكتبة القانونية ، بغداد، ط4، 2011، ص⁷⁴ .

16) المادة (18) من قانون التنفيذ .

أما إذا كان المدين من الوزارات أو دوائر الدولة والقطاع العام فلها أن تبادر إلى التنفيذ الرضائي خلال ثلاثين يوماً من اليوم التالي لتاريخ تبليغها بمذكرة الاخبار بالتنفيذ وتعفى من رسم التحصيل عما قامت بتنفيذه⁽¹⁷⁾.

ويعتبر التنفيذ اختيارياً ولوقام به المدين مدفوعاً بالخوف من جبره على الوفاء به بالطرق القانونية⁽¹⁸⁾ والسبب في منع الوزارات والقطاع العام مهلة أطول من المهلة الممنوحة للمدنيين من الأفراد العاديين، يعود إلى طبيعة العمل والإجراءات الروتينية التي تتبع فيها.⁽¹⁹⁾ ولا يجوز اتخاذ أي من الإجراءات التنفيذية ضد المدين قبل تبليغه بمذكرة الإخبار بالتنفيذ.

ومن المبادئ الواردة في التطبيقات القضائية للقرارات الصادرة من محكمة استئناف أربيل بصفتها التمييزية (أن القرار المميز غير صحيح و مخالف للقانون حيث أن المدين لم يبلغ اصلاً بمذكرة الإخبار بالتنفيذ وبالمحرر التنفيذي لكي يتخذ منفذ العدل الإجراءات في الاضبارة التنفيذية كما تقضي بذلك احكام قانون التنفيذ، لذا تعتبر كافة الإجراءات المتخذة من قبل منفذ العدل باطلة عليه تقرر نقض القرار).⁽²⁰⁾

أما التنفيذ الجبري فهو التنفيذ الذي تجريه السلطة العامة وفقاً للقانون وبصرف النظر عن إرادة المدين.⁽²¹⁾ وإن اقتضاء الحق يستلزم إجبار المدين على القيام بما التزم به، فإذا لم ينفذ المدين التزامه رضاء واختياراً أجبر عليه بتدخل السلطة العامة والمتمثلة بمديرية التنفيذ.⁽²²⁾

(17) المادة (20) من قانون التنفيذ .

(18) د. عصمت عبدالمجيد ، المصدر السابق ، ص¹⁶⁵ ، نقلاً عن د. فتحي الوالي ، التنفيذ الجبري في المواد المدنية والتجارية ط²، 1964، ص¹³⁷ .

(19) د. سعيد مبارك ، المصدر السابق، ص⁷⁴ .

(20) رقم القرار (74/ت/1997) تاريخ القرار 1997/11/27 نقلاً عن عثمان ياسين علي، المبادئ والتطبيقات القانونية في قرارات محكمة استئناف أربيل بصفتها التمييزية ، أربيل، 2002، ص⁶⁴ .

(21) د. سعيد مبارك ، المصدر السابق، ص⁷⁶ .

(22) د. آدم وهيب النداوي ، أحكام قانون التنفيذ رقم (45) لسنة 1980، مطبعة جامعة بغداد، ط¹، 1984، ص⁸⁵ .

حيث يتحقق التنفيذ الجبري إذا تم تبليغ المدين بمذكرة الإخبار بالتنفيذ ومضى المدة المحددة قانوناً دون أن يعترض أو ينكر أو بالوفاء رضاء. عندئذ تباشر مديرية التنفيذ بالإجراءات الجبرية لاستيفاء طلب الدائن وبناء على طلبه الذي طلب تنفيذ محتوى الحكم أو المحرر التنفيذي. وقد

أجاز قانون التنفيذ للمنفذ العدل أن يحضر المدين عند الحاجة بمذكرة احضار جبري يتم توجيهه إلى السلطات المختصة المتمثلة بجهاز الشرطة لتنفيذها بالقوة واحضار المدين أمام المنفذ العدل .⁽²³⁾

والتنفيذ الجبري يتم بطريقتين هما التنفيذ العيني المباشر والتنفيذ بمقابل أوالتنفيذ بنزع الملكية، فإذا وقع التنفيذ الجبري على الشيء نفسه الذي كان يجب على المدين الوفاء به كان تنفيذاً عينياً مباشراً كتسليم بضاعة أوحيوان معين للدائن ، أوإزالة جدار أوبنائه ، فيكون الدائن بذلك قد حصل على ذات المنفعة التي يخوله إياها حقه.⁽²⁴⁾ أما التنفيذ بمقابل فهو الذي لايمكن الدائن من الحصول على ذات ما التزم به المدين، وإنما يمكنه من الحصول على مقابل له وهو التعويض، ويتم هذا التنفيذ بواسطة الحجز على اموال المدين و بيعها و تسديد دين الدائن من ائمانها .⁽²⁵⁾ وتحقيقاً لهذين النوعين من التنفيذ الجبري أوأحدهما فقد وضع القانون تحت تصرف مديرية التنفيذ عدة وسائل لأستخدامها لأداء مهامها على الوجه المطلوب والمبين قانوناً. وهذه الوسائل هي الاستعانة بافراد الشرطة، ومنع المدين من السفر، وحبس المدين. فقد يواجه المنفذ العدل أوالمعاون القضائي القائم بتنفيذ إجراءات التنفيذ الجبري عند القيام بواجباته المحددة قانوناً كالقيام بتنفيذ حجز الاموال المنقولة للمدين أو تخلية العقار وتسليمه للدائن وغيرها من الإجراءات التنفيذية مقاومة من قبل المدين أو اشخاص اخرين كافرار من عائلته لذلك اعطى القانون القائم بالتنفيذ الحق بمراجعة أقرب مركز للشرطة لدفع الممانعة التي يصادفها عند ادائه لواجباته، ولاستعمال القوة عند الحاجة لإكمال المعاملة التنفيذية.

(23) المادة (22) من قانون التنفيذ .

(24) آدم وهيب النداوي، المصدر السابق، ص88.

(25) علي مظفر حافظ ، المصدر السابق، ص¹²¹.

وعلى المسؤول في مركز الشرطة المختص تزويد القائم بالتنفيذ القوة الكافية لتمكينه من أداء واجباته، وإذا كانت القوة المتوفرة غير كافية فعليه الاتصال برؤسائه لتأمين تلك القوة

اللازمة ويعتبر المتخلف عن تقديم المساعدة ممتنعاً عن أداء عمل من أعمال وظيفته ويعاقب بالعقوبة المقررة قانوناً.⁽²⁶⁾

أما الوسيلة الثانية من وسائل التنفيذ الجبري فهي منع المدين من السفر، ولما كانت هذه الوسيلة ترتبط بحرية الانسان فيجب أن تمارس في أضيق نطاق. وقد نص قانون التنفيذ على هذه الوسيلة وجواز استعمالها في المادة ((30)) منه التي جاء فيها ((إذا اثبت الدائن احتمال فرار المدين وطلب أخذ كفالة بالدين فلمنفذ العدل إذا اقتنع بصحة الادعاء أن يقرر الزام المدين بتقديم كفالة بالدين فإذا رفض المدين تقديم الكفالة، فعلى المنفذ العدل ان يقرر منع سفره)). وإذا مضت المدة المقررة للتنفيذ الرضائي وباشرت مديرية التنفيذ اجراءات التنفيذ الجبري ، فلا يمانع ذلك من قبول المنفذ العدل للتنفيذ الرضائي، وإذا بادر المدين إلى مراجعة مديرية التنفيذ وطلب التنفيذ الرضائي كل ذلك قبل اتخاذ اجراءات التنفيذ الجبري، كما لو فرضنا ان مدة مذكرة الاخبار بالتنفيذ قد انتهت وتم وضع الحجز على اموال المدين تمهيدا لبيعها بالمزايدة العلنية، إلا أن المدين قام في هذه المرحلة بتسديد الدين والمصاريف إلى مديرية التنفيذ، فعندئذ على مديرية التنفيذ أن تقرر إلغاء المزايدة ورفع الحجز على الأموال المحجوز عليها وتسليمها إلى صاحبها والتوقف عن إكمال اجراءات التنفيذ الجبري، لان الهدف من اجراءات التنفيذ الجبري قد تحققت، مادام قد تم الوفاء بالدين، الا أن المدين لا يعفى من رسم التحصيل لان المبادرة إلى التنفيذ لم يتم خلال المدة المقررة للتنفيذ الرضائي⁽²⁷⁾.

(26) أنظر المادتين (28 و 29) من قانون التنفيذ .

(27) د. عصمت عبدالمجيد ، المصدر السابق، ص165؛ د. آدم وهيب النداوى ، المصدر السابق ص⁸⁷.

المبحث الثاني

استحقاق التنفيذ العيني الجبري

إن الإحاطة علما باستحقاق التنفيذ العيني الجبري يتطلب منا البحث في موضوعين : أولهما بيان الشروط التي يجب توافرها لتحقيقه. وثانيهما معرفة كيفية تحققه عند توافر شروطه أو صور التنفيذ العيني الجبري وهذا ما نتناوله في مطلبين .

المطلب الاول

شروط التنفيذ العيني الجبري

تنص المادة ((246)) من القانون المدني العراقي على ما يأتي ((1- يجبر المدين على تنفيذ التزامه عينيا متى كان ذلك ممكنا . 2- على أنه إذا كان في التنفيذ العيني إرهابا للمدين جاز أن يقتصر على دفع تعويض نقدي إذا كان ذلك لا يلحق بالدائن ضررا جسيما)). يتضح لنا من النص المذكور أن المشرع العراقي تطلب شرطين لوقوع التنفيذ العيني الجبري : أولهما، أن يكون التنفيذ العيني ممكناً، وثانيهما أن لا يكون في التنفيذ العيني إرهابا للمدين، أو كان فيه ثمة إرهابا ولكن العدول عنه يلحق بالدائن ضررا جسيما. إلا أن فقهاء القانون المدني يضيفون إلى الشرطين المذكورين ثلاثة شروط أخرى⁽²⁸⁾، يستخلص أحدها من طبيعة عمل القضاء وثانيهما من طبيعية التنفيذ الجبري، وثالثها من نصوص أخرى تضمنها القانون المدني. ولم ينص القانون المدني العراقي على الأعذار أو الإنذار كشرط لاستحقاق التنفيذ العيني الجبري بخلاف بعض القوانين المدنية العربية، كالمصري في المادة ((230)) والسوري ((204)) والليبي ((206)). ومن هنا يثور تساؤل حول ضرورة الأعذار في القانون المدني العراقي باعتبار أن أول آثار الالتزام هو الوفاء طوعا وبمحض إرادة المدين ولا يصار إلى الإكراه إلا استثناء ومع هذا الاستثناء لاجبة للأعذار؟ ويرى الدكتور عبدالمجيد الحكيم عدم ضرورة الأعذار للحكم على المدين بتنفيذ التزامه تنفيذاً عينياً، فالقانون المدني العراقي أكثر توفيقاً لعدم اشتراطه له فالطلب الذي يتقدم به الدائن إلى المحكمة يكفي للحكم على المدين بذلك ويغني عن الإنذار، وإذا كان الأعذار ضرورياً فأنما للحكم على المدين بالتعويض لتأخره.⁽²⁹⁾

(28) ومنهم الاستاذ عبدالمجيد الحكيم، د. عبدالباقي البكري، محمد طه البشير.

(29) د. عصمت عبدالمجيد بكر ، النظرية العامة للالتزام، احكام الالتزام، جامعة جيهان الاهلية ط1، أربيل ، ص²².

عليه يجب توافر خمسة شروط لوقوع التنفيذ العيني الجبري وكما يأتي:

الشرط الأول : أن يكون التنفيذ العيني ممكنا .

للدائن حق المطالبة بالتنفيذ العيني مادام التنفيذ العيني ممكنا، أمّا إذا كان التنفيذ مستحيلا فلا فائدة من المطالبة به. فلا التزام بمستحيل ولا جدوى من المطالبة بالتنفيذ العيني وينظر عندئذ إلى سبب الاستحالة، فإن كان بفعل المدين أو خطئه فيتحمل الضمان ويتم العدول عن التنفيذ العيني إلى التنفيذ بمقابل، كأن يبيع محل الى آخر، أو افشاء الطبيب اسرار مهنته.⁽³⁰⁾ وقد تعود الاستحالة الى سبب اجنبي لايد للمدين فيه، فلا يلزم الضمان لانقضاء التزامه، حيث ينقضي الالتزام إذا اثبت المدين أن الوفاء به أصبح مستحيلا عليه لسبب اجنبي لايد له فيه.⁽³¹⁾

وإن عدم إمكان تنفيذ الالتزام عينا أو استحالة تنفيذه بخطأ المدين أمر متصور في جميع الالتزامات ماعدا الالتزام بدفع مبلغ من النقود. إذ لا يمكن استحالة تنفيذه، لأن كل تنفيذ للالتزام بدفع مبلغ نقدي يعتبر ممكنا دائما.⁽³²⁾ ولكن صورة عدم الامكان يتأثر بعاملين : اولهما، طبيعة الالتزام والوسائل المادية لتنفيذه . وثانيهما، ميعاد تنفيذه، أما من حيث طبيعة الالتزام، فان عدم امكانية التنفيذ العيني يبدو في صور مختلفة تختلف باختلاف محل الالتزام. ففي الالتزام بنقل الملكية أو حق عيني على عقار تبدو الاستحالة في صورة امتناع البائع عن تسجيل العقد في دائرة التسجيل العقاري، حيث أن بيع العقار لا ينعقد إلا بتسجيله في دائرة التسجيل العقاري المختصة واستوفى الشكل المنصوص عليه في القانون.⁽³³⁾ ومن التطبيقات القضائية في قرار لمحكمة تمييز العراق الاتحادية (ان بيع العقار خارج دائرة التسجيل العقاري يقع باطلا ولا يعتد به بين العاقدين وللمشتري المطالبة بالبديل الوارد بالعقد⁽³⁴⁾).

(30) د. عبدالمجيد حكيم، عبد الباقي البكري، محمد طه البشير، المصدر السابق، ص 23.

(31) المادة (425) من القانون المدني العراقي.

(32) د. عبدالمجيد الحكيم ، عبد الباقي البكري ، محمد طه البشير ، المصدر السابق، ص 16.

(33) المادة (1126) من القانون المدني العراقي.

(34) قرار رقم (1074/مدنية عقار / 2008) تاريخ القرار 2008/8/6 ، النشرة القضائية ، العدد الرابع 2009 ، نقلا عن د. عصمت عبدالمجيد المصدر السابق ، ص 31.

ويقتصر التعهد بنقل ملكية عقار في القانون العراقي على الالتزام بالتعويض إذا أخل احد الطرفين بتعهده سواء اشترط التعويض في التعهد أم لم يشترط فيه، على أن لا يقل مقداره عن الفرق بين قيمة العقار المعينة في التعهد وقيمه وقت النكول دون الاخلال بالتعويض عن أي

ضرر آخر. وإذا كان المتعهد له قد سكن العقار محل التعهد، أو أحدث فيه ابنية أو منشآت أخرى بدون معارضة تحريرية من المتعهد، فإن ذلك يعد سببا صحيحا يبيح للمتعهد له تملك العقار بقيمته المعينة في التعهد أو المطالبة بالتعويض مضافا اليه قيمة المحدثات قائمة وقت النكول.⁽³⁵⁾ كما يجب مراعاة القواعد المتعلقة بالتسجيل لانشاء الحقوق العينية العقارية الاخرى ونقلها، وفق ما تؤكد عدة نصوص تضمنها القانون المدني العراقي تناولت الحقوق العينية الاصلية المتفرعة عن حق الملكية والحقوق العينية التبعية.⁽³⁶⁾

أما في الالتزام بنقل حق عيني على منقول تكون استحالة التنفيذ العيني في صورة إقدام البائع على بيع المبيع لمشتري ثانٍ تسلم المبيع بحسن نية. وفي الالتزام بعمل يكون التنفيذ العيني مستحيلا إذا لزم تنفيذه تدخلا شخصيا من المدين وأصر المدين على الامتناع عن تنفيذه ولم تنجح وسائل التنفيذ الجبري على اجباره. وفي الالتزام بالامتناع عن عمل تكون الاستحالة إذا اقدم المدين على القيام بالعمل الذي تعهد بالامتناع عنه، وكان الامتناع مطلوبا في الفترة التي قام خلالها بالعمل. أما من حيث ميعاد التنفيذ، فإن استحالة تنفيذ الالتزام تتحقق فيما لو تحدد في الاتفاق ميعاد للتنفيذ وانقضى الميعاد دون تنفيذه. إذ لا تكون فائدة من التنفيذ العيني بعد فوات أوانه. أما إذا لم يتم تحديد ميعاد للتنفيذ فإن التنفيذ العيني يكون غير ممكن إذا أقدم الدائن على تحديد ميعاد مناسب للتنفيذ وانذر مدينه بأنه لن يقبل الوفاء بعد مضيه وانقضى ذلك الميعاد إلا إذا اثبت المدين عدم حدوث ضرر لحق الدائن بسببه.⁽³⁷⁾

(35) قرار رقم (1198) والمؤرخ 1977/11/2 الصادر من مجلس قيادة الثورة المنحل المعدل بالقرار المرقم (1426) والمؤرخ 1983/12/21.

(36) نصت المادة (1203) من القانون المدني العراقي تنص على ((لا يكون الافراغ معتبرا الا إذا اجري وسجل في دائرة الطابو وفقا للاجراءات المقررة قانونا)). والمادة (2/1266) منه تنص على أنه ((وحق المساطحة يجب تسجيله في دائرة الطابو)). والمادة (1324) من القانون المذكور تنص على أنه ((إذا وقع الرهن الحيازي على عقار، يشترط ايضا لتمامه ان يسجل في دائرة الطابو وفقاً للاوضاع المقررة قانونا)).

(37) د. عبدالمجيد الحكيم، ، عبد الباقي البكري، محمد طه البشير، المصدر السابق، ص 17.

الشرط الثاني : أن لا يكون في التنفيذ العيني ارهاق للمدين أو يكون فيه ارهاق ولكن العدول عنه يلحق بالدائن ضررا جسيما

قد يكون التنفيذ العيني ممكناً، وبالرغم من ذلك، يجوز للمدين ان يعدل عنه، ليستبدل التنفيذ العيني بالتنفيذ بطريق التعويض، وذلك إذا توافر شرطين : **احدهما**، ان يكون في التنفيذ العيني ارهاق له، و**ثانيهما**، ان لاينتج عن العدول عن التنفيذ العيني ضرر جسيم يصيب الدائن . ولم يحدد المشرع العراقي معنى الارهاق تاركاً أمر تقديره للقضاء. و يذهب شراح القانون إلى انه لا يدخل في معنى الارهاق زيادة الكلفة نتيجة ارتفاع الاسعار أو الرسوم أو زيادة الضرائب ولكن يتحقق الارهاق إذا كانت الفائدة التي ستعود على الدائن من التنفيذ العيني لا تتناسب مع الضرر الذي سيصيب المدين منه، وكان في التعويض النقدي ترضية كافية للدائن، وكما يعني الارهاق الخسارة الجسيمة المحققة التي تصيب المدين من جراء التنفيذ العيني .⁽³⁸⁾

غير ان الارهاق لا يكفي وحده لعدول المدين عن التنفيذ العيني، إنما ينبغي ان لا يلحق بالدائن ضرر جسيم من جراء العدول، ذلك لان العدول عن التنفيذ العيني الى التنفيذ بطريق التعويض إذا عد تطبيقاً لنظرية التعسف في استعمال الحق، الا ان هذا التطبيق لا ينهض الا إذا كانت الفائدة التي يجنيها الدائن من التنفيذ العيني اقل من الضرر الذي يلحق بالمدين وانطوى التعويض على ترضية كافية له. اما إذا كان في التنفيذ العيني ارهاق للمدين وفي العدول عنه ضرر اكثر أو جسيم للدائن، فان الاخير ينبغي ان يكون أولى بالرعاية، لانه لا يعتبر متعسفا في المطالبة بحقه إذا اصر على التنفيذ العيني .⁽³⁹⁾

الشرط الثالث : أن يطلب الدائن التنفيذ العيني

لابد من تقديم طلب من قبل الدائن حتى يحكم المحكمة بالتنفيذ العيني، حيث ان القضاء لاينظر في امر إن لم يرفع اليه ويتقدم به طلب، فإذا طالب الدائن بالتنفيذ العيني عن طريق المحكمة من المدين وتوافرت شروطه فليس للمدين ان يمتنع عنه أو يعرض التنفيذ بطريق التعويض.

(38) د.انور سلطان ، احكام الالتزام، دار النهضة العربية للطباعة والنشر، بيروت، 1974، ص47.

(39) د.عبدالباقي البكري ، شرح القانون المدني العراقي- احكام الالتزام ، مطبعة الزهراء ، بغداد ، 1971 ص36.

كما أنه ليس للدائن رفض التنفيذ العيني و طلب التعويض إذا ما عرض المدين القيام بالتنفيذ العيني، وتبرأ ذمة المدين بقيامه بالتنفيذ العيني رضي به الدائن أو لم يرض . ولكن إذا لم

يطلب الدائن التنفيذ العيني بل طلب التنفيذ بمقابل ولم يعرض المدين تنفيذ التزامه عينا وجب الحكم بطريق التعويض، فيؤخذ ذلك على انه اتفاق ضمني بين الدائن والمدين على استبدال التنفيذ العيني بالتنفيذ بمقابل، ويتخلف بالتالي شرط من شروط التنفيذ العيني وهو ان يطالب به الدائن أو يتقدم به المدين.⁽⁴⁰⁾ وإذا طالب الدائن بالتعويض فله ان يعدل عنه إلى المطالبة بالتنفيذ العيني بشرط ان يقع العدول قبل صدور الحكم.⁽⁴¹⁾

الشرط الرابع : أن يكون بيد الدائن سند تنفيذ واجب النفاذ

عندما يطلب الدائن من السلطة العامة حمل مدينه وقهره على التنفيذ العيني الجبري، لا بد ان يكون بيده سند من السندات التنفيذية الواجب تنفيذها قانونا . وان ايصال الحقوق الى اصحابها إذا كان من صميم واجبات السلطة العامة فان هذا لا يعني حملها على مساعدة كل من يدعي بحق وتكليفها باسيتفاء ما ادعاه من خصمه قهرا، بل لا بد من ثبوت الحق ووضوحه بعد تحقيق وتدقيق لكي يمارس السلطة العامة دوره في التنفيذ العيني الجبري. ويطلق على الوثائق التي تتضمن حقوقا ثابتة وواضحة لاجال لانكارها- ولا بد للدائن ان يزود بها السلطة العامة كي تقوم بموجبها قهر أو إلزام المدين على تنفيذها- اسم الاحكام والمحركات التنفيذية، وقد حدد قانون التنفيذ رقم (45) لسنة 1980 في المادتين (9 و 13) الاحكام والمحركات القابلة للتنفيذ وينبغي الرجوع الى أحكامها .

الشرط الخامس : أن يكون امتناع المدين عن التنفيذ أو تاخره فيه غير مشروع:

ان القانون المدني العراقي لم ينص على هذا الشرط التي يستخلص من طبيعة التنفيذ العيني الجبري التي تدور حول تقابل الالتزامات، وبموجبها يحق للمدين الامتناع عن تنفيذ التزامه إذا لم يقم الدائن بتنفيذ ما ترتب في ذمته من التزام، من ان يعطي الدائن الحق في طلب التنفيذ العيني الجبري، وذلك في حالة ما إذا أنشأ التزام المدين عن عقد ملزم للجانبين ولم يقم الدائن بتنفيذ ما تعهد به، فانه لا يجوز له في هذه الحالة مقاضاة مدينه لاجباره على التنفيذ

(40) د.سمير عبد السيد تناغو، احكام الالتزام والاثبات ، منشأة المعارف ، الاسكندرية ، ص²³¹.

(41) عبد الباقي البكري ، المصدر السابق ، ص³⁸.

حيث أن المدين يستطيع ان يدفع مطالبة الدائن له بما يسمى بالدفع لعدم التنفيذ.⁽⁴²⁾

المطلب الثاني

صور التنفيذ العيني الجبري

يقع التنفيذ العيني الجبري بواسطة السلطة العامة باشراف القضاء والجهة المختصة الموكل اليها أمر القيام بالتنفيذ العيني الجبري في العراق وهي دائرة التنفيذ المختصة بالاصل في تنفيذ الاحكام والمحرمات التنفيذية، الا انه يجوز ان تتمتع دوائر اخرى بسلطة مماثلة، وان ذلك لايقع الا بموجب قانون خاص يمنح هذه السلطة لدائرة مختصة. وتختلف صور التنفيذ العيني الجبري باختلاف محل الالتزام . ومحل الالتزام قد يكون نقل حق عيني ، هو حق الملكية أو اي حق عيني آخر. وقد يكون قيام بعمل أو امتناع عن عمل. والالتزام بنقل حق عيني قد يرد على عقار وقد يرد على منقول، وإذا ورد على منقول، فقد ينصب على منقول معين بالذات أو على منقول معين بالنوع. اما الالتزام بعمل فقد يكون التزاما بالتسليم، وقد يكون التزاما بانجاز عمل معين وقد يكون التزاما ببذل عناية. والالتزام بالتسليم قد يكون التزاما مستقلاً، وقد يكون التزاماً تبعياً يضمنه الالتزام بنقل حق عيني. وسنتكلم عن التنفيذ العيني الجبري في مختلف صورته المذكورة اعلاه وكما يلي :

الفرع الأول

الالتزام بنقل حق عيني يرد على عقار

نصت المادة (247) من القانون المدني العراقي رقم (40) لسنة 1951 على ما يأتي ((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 اخلال بالقواعد المتعلقة بالتسجيل)). وكذلك نصت المادة (508) منه على ما يأتي ((بيع العقار لا ينعقد الا إذا سجل في الدائرة المختصة واستوفى الشكل الذي نص عليه القانون)). يتضح لنا من هذين النصين ومن نصوص اخرى تحكم التصرفات العقارية ان العقد الناقل لملكية عقار أو اي حق عيني عقاري آخر من العقود الشكلية التي لا ينعقد الا بتابع الشكلية المقررة قانوناً، فتسجيل هذه العقود في دائرة التسجيل العقاري يعتبر احد اركان انعقاده .

(42) د.حسن علي الذنون ، محمد سعيد الرحو، المصدر السابق، ص 73.

وفي حالة عدم تسجيل تلك العقود يعتبر العقد باطلاً ولا ينشأ عنه التزام قابل للتنفيذ، لذلك فان الدائن لا يستطيع اجبار مدينه على التنفيذ العيني الجبري إذا امتنع عن تنفيذ التزامه بنقل الحق العيني، وكما لا يستطيع الدائن الزام مدينه على تنفيذ التزامه بتسليم العقار .

ومن المبادئ القانونية في قضاء محكمة تمييز اقليم كردستان-العراق (ان بيع العقار بعقد خارجي يعتبر باطلا لاجراء العقد خارج دائرة التسجيل العقاري وان وضع يد المدعى عليه على العقار استنادا على هذا العقد لايعتبر غصبا له، لذا فان استناد المحكمة في قضائها على حكم المادة -197- مدني في الحكم يعتبر خطأً وان التكييف القانوني لموضوع الدعوى تنطبق عليه المادة (508) مدني⁽⁴³⁾. وان الدائن كمشتري العقار، إذا كان لا يستطيع حمل البائع على تسجيل العقد في دائرة التسجيل العقاري لتنفيذ التزامه بنقل الحق العيني، الا انه يستطيع ان يطالبه بالتعويض طبقا لنص المادة (1127) من القانون المدني العراقي التي تنص على أنه ((التعهد بنقل ملكية عقار يقتصر على الالتزام بالتعويض، إذا اخل احد الطرفين بتعهدة سواء اشترط التعويض في التعهدام لم يشترط)).

ولمواجهة المشاكل العملية الكثيرة التي افرزتها التطبيقات لمشكلة التعويض الناجم عن النكول عن تسجيل العقار، فقد صدر القرار المرقم (1198) والمؤرخ 1977/11/2 من مجلس قيادة الثورة المنحل، بموجبها يقتصر التعهد بنقل ملكية العقار أوحق التصرف فيه على الالتزام بالتعويض إذا اخل احد الطرفين بتعهدة سواء اشترط التعويض في التعهد ام لم يشترط فيه، على ان لا يقل مقداره عن الفرق بين قيمة العقار المعينة في التعهد وقيمته وقت النكول، دون اخلال بالتعويض عن اي ضرر آخر. ثم صدر القرار المرقم (1426) والمؤرخ 1983/12/21 المعدل للقرار المشار اليه اعلاه، بموجبه إذا كان المتعهد له قد سكن العقار محل التعهد أو احدث فيه ابنية أو منشآت أخرى بدون معارضة تحريرية من المتعهد، فان ذلك يعد سببا صحيحا يبيح للمتعهد له تملك العقار بقيمته المعينة في التعهد أو المطالبة بالتعويض على الوجه المبين اعلاه مضافاً اليه قيمة المحدثات قائمة وقت النكول. وبرأينا بموجب القرار الاخير ان تمكين مشتري العقار من تسجيل العقار موضوع العقد باسمه بمثابة تنفيذ جبري له.

(43) قرار رقم (81/الهيئة المدنية /1997)، تاريخ القرار 1995/10/15، نقلا عن كيلاني سيد احمد، المبادئ القانونية في قضاء محكمة تمييز اقليم كردستان -العراق، مطبعة جامعة صلاح الدين، اربيل ط¹، 1999، ص¹³³.

الفرع الثاني

نقل حق عيني على منقول معين بالذات

إذا كان محل الالتزام نقل ملكية شئ معين بالذات وترتب حق عيني عليه ، وكان الشيء مملوكا للملتزم أو المدين، فان هذا الالتزام ينفذ في الحال وفي لحظة نشوئه وتنقل الملكية أو الحق العيني إلى الدائن بهذا الالتزام، والتنفيذ يتم في هذه الحالة بقوة القانون ذاته. (44)

ويتصور التنفيذ العيني الجبري للالتزام في حالة الالتزام بتسليم المنقول المعين بالذات، إذا امتنع المدين عن تسليمه، يحق للدائن اصدار حكم من القضاء يقضي بتسليمه اليه، فان لم يكن ظاهرا بسبب اخفائه أو تهريبه من المدين أو هلاكه بخطئه، فليس امام الدائن الا المطالبة بالتعويض. (45)

وتجدر الاشارة بان هناك من المنقولات، كالمركبات والمكائن يتطلب القانون تسجيلها في دائرة رسمية مختصة، اي ان التسجيل يعتبر ركن من اركان العقد، فيعتبر العقد باطلا في حالة عدم استيفائه الشكلية القانونية اللازمة، وعند عدم تنفيذها يستحق الدائن أو المشتري قيمتها ولا يحق له المطالبة بالتنفيذ العيني الجبري، فالمركبات يستلزم لاتمام العقد تسجيل التصرف في دائرة المرور المختصة وفقا لقانون المرور رقم (86) لسنة 1984، وكذلك الحال بالنسبة للمكائن تتولى دائرة الكاتب العدل تسجيل التصرفات التي ترد على المكائن بموجب قانون كتاب العدول. ومن المبادئ القانونية في قضاء محكمة تمييز اقليم كردستان –العراق (تبيين في السند العادي ان المدعي اشترى من المدعى عليه السيارة موضوعة الدعوى خارج دائرة المرور عليه وحيث ان هذا البيع يعتبر باطلا لعدم استيفائه الشكلية المنصوص عليها في قانون المرور لذا يحق للمشتري مطالبة البائع بالمبلغ الذي دفعه اليه كتمن للسياره). (46)

(44) د.سمير عبدالسيد تناغو ، المصدر السابق، ص 231.

(45) د.عصمت عبد المجيد بكر المصدر السابق، ص 34.

(46) رقم القرار (176) هيئة مدينة / 2001 ، تاريخ القرار 2001/8/5 مجلة تفرارزو، اربيل، العدد (12) ص 225.

وقد كرس القضاء العراقي المبدأ المذكور بالقول (ان عقد بيع السيارة خارج دائرة المرور المختصة عقد باطل لعدم استيفائه الشكل الذي فرضه القانون وفقا للمادة -2/137 من القانون المدني العراقي ومن ثم فلا ينعقد ولا يفيد الحكم اصلا ومن حق المدعي استعادة بدل السيارة (47).

الفرع الثالث

الالتزام بنقل حق عيني يرد على منقول معين بالنوع والمقدار

إذا كان الالتزام يتعلق بتسليم منقول معين بالنوع، فان الحق العيني للدائن لا ينشأ الا إذا تم افراز المنقول، وفق ما نصت عليه المادة (1/248) من القانون المدني العراقي بقولها ((إذا ورد الالتزام بنقل الملكية أو اي حق عيني آخر على شيء لم يعين الا بنوعه، فلا ينقل الحق الا بتعيين الشيء بالذات)). لذلك يقتضي قيام المدين بالعمل اللازم لاتمام عملية افراز المنقول كوزن المبيع ووضع في أوعية مناسبة، بحيث يفصل عن الكميات المثلية الاخرى، ويتحدد بالتالي الشيء المبيع دون ان يختلط بالاشياء المنقولة المثلية الاخرى، سواء اقترن ذلك بتسليمه الى الدائن اولم يقترن به. وتكمن أهمية عملية الافراز، فيما يترتب عليها من تعيين للشيء، حيث يمكن ان ينشأ عليه الحق العيني، وقبل هذا الافراز فلن يتحدد الشيء الذي يرد عليه الحق العيني. (48) وان امتناع المدين عن الفرز يحول دون انتقال الحق الى الدائن ويفسح المجال الى تنفيذه عليه جبراً، وإذا كان الدائن لديه منقولات من النوع نفسه، حق له ان يطلب من المحكمة ان تخوله القيام بتعيين الشيء المستحق له، وأن تكلف خبيراً باجراء التعيين. وتعيين الشيء بالذات يتم انتقال الحق العيني، وتسليم الدائن الشيء المبيع يتم تنفيذ الالتزام. وأنه في الغالب يقترن التعيين بالذات بالتسليم .

(47) رقم القرار (209/الهيئة الاستئنافية – منقول/2010)، تاريخ القرار 2010/4/14 – نقلا عن د. عصمت عبدالمجيد بكر، المصدر السابق، ص³⁴.

(48) د. احمد شوقي محمد عبدالرحمن، المصدر السابق، ص¹⁴.

أما إذا تأخر التسليم عن التعيين وامتنع المدين عن تنفيذه، ولم يتضمن حكم المحكمة الأمر بالتسليم فللدائن ان يستصدر حكماً ثانياً من المحكمة يلزم المدين بتسليم الشيء له، ويودع الحكم لدى دائرة التنفيذ لأخذ الشيء وتسليمه إليه.⁽⁴⁹⁾ أما إذا لم يكن لدى المدين مثليات من نفس النوع جاز للدائن ان يستأذن من المحكمة الحصول على الشيء من النوع نفسه على نفقة المدين، فيقوم الدائن بشرائه ويرجع على المدين بثمن الشيء وبالمصروفات التي انفقها، وله ان يطالب بالتعويض عن الضرر الذي لحق به بسبب تأخر المدين في تنفيذ التزامه، ويكون الاستئذان في صورة دعوى يقيمها الدائن للحصول على حكم بشراء الشيء و بالرجوع على المدين بما لحقه من ضرر، وقد يقوم الدائن بالتصرف ذاته دون استئذان من المحكمة إذا اعتقد ان انتظار حكم المحكمة يلحق به ضرراً بالغاً، وله بعد شراء الشيء اقامة دعوى يرجع بمقتضاه على المدين بما تكبد من خسارة لحقته بسبب الامتناع عن التنفيذ.⁽⁵⁰⁾ وقد يتحول الدائن من المطالبة بالتنفيذ العيني الجبري الى المطالبة بالتنفيذ بطريق التعويض في حالتين، اولهما، إذا تعذر حصول الدائن على شيء من النوع نفسه، وثانيهما، إذا اتخذ من امتناع المدين على التنفيذ العيني ذريعة للمطالبة بالتنفيذ بمقابل ولم يمانع المدين في ذلك، وتقوم التعويض على اساس اتفاق ضمني بين الدائن والمدين على ارتضاء التنفيذ العيني.

الفرع الرابع

الالتزام بنقل حق عيني إذا كان محله مبلغاً من النقود

إن تنفيذ الالتزام بنقل ملكية مبلغ من النقود لا يتم الا بالقبض، وكما ان مقدار ما يلتزم المدين بدفعه من نقود، قد لا يكون نفس ما تحدد في العقد من مقدار. اذ يجوز وفق القانون المدني العراقي ان يتأثر بتقلبات قيمة العملة عند الوفاء إذا تضمن العقد اتفاقاً بهذا الشأن بعكس القانون المدني المصري إذا كان محل الالتزام نقوداً التزم المدين بقدر عدد المذكور في العقد دون ان يكون لارتفاع قيمة هذه النقود أو لانخفاضها وقت الوفاء اثر.⁽⁵⁰⁾ وإن الالتزام بدفع مبلغ من النقود، لا يستحيل تنفيذه ابداء، انما هو ممكن دائماً، فإذا لم يقم المدين بتنفيذ التزامه باختياره امكن قهره على التنفيذ، وذلك بان يتقدم الدائن بسند التنفيذ الى مديرية التنفيذ، ليقوم المنفذ العدل بالأمر بالحجز على مال المدين وبيعه واقتضاء الدين نقداً من ثمنه كل ذلك بناء على طلب الدائن.

(49) د. عبدالمجيد الحكيم، محمد طه المشير، عبدالباقي البكري، المصدر السابق، ص 23.

(50) د. انور سلطان، المصدر السابق، ص 52.

الفرع الخامس

الالتزام بعمل إذا كان التزاماً بالتسليم

ان الالتزام بالتسليم هو نوع من الالتزام بعمل، وانه يبدو في صورتين، فقد يكون التزاماً تبعياً تضمنه الالتزام بنقل حق عيني يرد على عقار أو على منقول معين بالذات أو على منقول معين بالنوع أو على مقدار من النقود، وقد يكون التزاماً بعمل منذ بداية نشوئه. والاصل ان الالتزام بالتسليم ايّاً كانت صورته تبعياً كان ام مستقلاً يتم التنفيذ بتسليم المدين الشيء الى الدائن، فان لم ينفذ المدين التزامه اجبر على تنفيذه عيناً، وذلك بايداع الدائن سند التنفيذ لدى مديرية التنفيذ لآخذ الشيء وتسليمه اليه، وان الالتزام بالتسليم إذا كان تبعياً فان تنفيذه يكون رهناً بانتقال الحق العيني. فإذا استحال انتقال الحق العيني سقط الالتزام بالتسليم ولا مجال عندئذ للحديث عن تنفيذه جبراً، كأن يرد الحق العيني على عقار ولم يتم تسجيل العقد. أو ان يرد على منقول معين بالذات ويثبت عدم وجوده عند الوفاء. كأن يكون قد هلك أو ان يكون المدين قد اخفاه ولم يعثر عليه. أو ان يرد على منقول معين بالنوع وتعذر الحصول على مثله. اما إذا كان محل الالتزام مبلغاً من النقود، فان انتقال الملكية أو التسليم يقعان في وقت واحد لان ملكية النقود لا تنتقل الا بالقبض.⁽⁵¹⁾ وإذا كان الالتزام بالتسليم التزاماً مستقلاً، فان تنفيذه ينفرد بذاته، وهو يقبل التنفيذ الجبري سواء كان تنفيذاً عينياً أو تحول التنفيذ العيني بالتنفيذ بمقابل عند توافر شروطه، فإذا لم ينفذ المستأجر التزامه بتخلية العقار المأجور وتسليمه الى المؤجر عند انتهاء مدة العقد، أو لم ينفذ المستعير أو الوديع التزامه برد الشيء، حق للدائن جبر المدين على التنفيذ العيني بايداع سند التنفيذ لدى دائرة التنفيذ. وإذا هلك الشيء بخطأ المدين بالتسليم فيصار عندئذ الى التعويض.⁽⁵²⁾

الفرع السادس

الالتزام بعمل إذا كان التزاماً بانجاز عمل معين

ورد في نص المادة (249) من القانون المدني العراقي ((في الالتزام بعمل إذا نص الاتفاق أو استوجبت طبيعة الدين ان ينفذ المدين الالتزام بنفسه، جاز للدائن ان يرفض الوفاء من غير المدين)). حيث يتضمن النص المذكور ان الالتزام عندما يكون محله انجاز عمل معين حيث يقوم تنفيذه على تدخل شخصي من قبل المدين و يكون شخصية المدين محل اعتبار في

(51) عبدالباقي البكري، المصدر السابق، ص 53.

(52) د. عبدالمجيد الحكيم، محمد طه البشير، عبدالباقي البكري، المصدر السابق، ص 26.

الالتزام والتنفيذ العيني للالتزام فيها غير ممكن من دون تدخل المدين الشخصي، فان للدائن الحق في رفض الوفاء من قبل غير المدين، سواء اشترط في الاتفاق أن يقوم المدين بنفسه بالتنفيذ أو اقتضت طبيعة الالتزام أن تكون شخصيته محل اعتبار لكفاءة أولصفة فيه، فلا يجوز ان يتم التنفيذ الا من قبله بالذات، كرسام تعهد برسم لوحة فنيه، أو مغن تعهد بالغناء في حفلة حيث ان مصلحة الدائن لن تحقق كاملة إذا كلف المدين شخصا آخر بالتنفيذ، وأذن القضاء للدائن بتكليف غير المدين بتنفيذ الالتزام المطلوب. فان امتنع المدين عن التنفيذ العيني كان للدائن الخيار بين ان يلجأ الى التهديد المالي فيطلب من القضاء الضغط على ارادة المدين عن طريق فرض غرامة تهديدية عليه لحمله على التنفيذ العيني وبين ان يطلب التنفيذ بمقابل⁽⁵³⁾.

وكما نصت المادة (250) من القانون المدني العراقي ((1- في الالتزام بعمل إذا لم يقم المدين بتنفيذ التزامه ولم يكن ضرورياً ان ينفذه بنفسه، جاز للدائن ان يستأذن من المحكمة في تنفيذ الالتزام على نفقة المدين إذا كان هذا التنفيذ ممكناً 2- ويجوز في حالة الاستعجال ان ينفذ الدائن الالتزام على نفقة المدين بلا اذن من المحكمة)). ففي هذه الحالة حيث يكون التنفيذ العيني ممكناً من دون تدخل المدين كما لوقام به غير المدين وامتنع المدين عن التنفيذ، فان التنفيذ العيني الجبري يتم عن طريق تكليف غير المدين بانجاز العمل المطلوب على نفقة المدين بعد اذن من المحكمة، حيث يستطيع الدائن ان يلجأ بالقضاء بدعوى يرخص له بتنفيذ الالتزام على نفقه المدين، فيستطيع المستأجر مثلاً ان يطلب الحكم باجراء اصلاحات ضرورية في المأجور إذا تخلف المؤجر عن ذلك، وكذلك الامر إذا تعهد مقاول ببناء دار فانه يجوز للدائن ان يتعاقد مع مقاول آخر، وذلك بعد الحصول على حكم بالتنفيذ العيني على نفقه المدين.⁽⁵⁴⁾

وتقدير ما إذا كان التنفيذ العيني ممكناً دون تدخل المدين امر متروك للدائن على اعتباره صاحب المصلحة. وإذا كانت العين المؤجرة مثلاً تتطلب اصلاحات عاجلة لاتحتمل انتظار صدور الحكم، فللمستأجر ان يبادر مع من يقوم بها إذا رفض المؤجر اجراء الاصلاحات، ثم يرجع على المؤجر بعدئذ بدعوى يطالبه فيها بما بذل.

(53) عبدالباقي البكري، المصدر السابق، ص 54.

(54) د. عبدالرزاق احمد السنهوري، الوجيز في النظرية العامة للالتزام، منشأة المعارف، اسكندرية، 2004، ص 863.

وجدير بالذكر عندما يكون تدخل المدين ضروريا في تنفيذ الالتزام كان للدائن الخيار بين الضغط على ارادة المدين بوسائل الاكراه لاجباره على التنفيذ العيني وبين التنفيذ بمقابل بينما إذا كان تدخل المدين غير ضروري لتنفيذ الالتزام فليس للدائن الخيار بين قبول التنفيذ على نفقة المدين وبين التنفيذ بطريق التعويض إذا لم يعرض المدين ذلك متى ثبت للمحكمة ان التنفيذ على نفقه المدين امر ممكن، لان شرط استحقاق التنفيذ بمقابل هو استحالة التنفيذ العيني .

الفرع السابع

الالتزام بعمل إذا كان التزاما ببذل عناية

نصت المادة (251) من القانون المدني العراقي على ما يأتي ((1- في الالتزام بعمل إذا كان المطلوب من المدين هو ان يحافظ على الشيء وان يقوم بادارته أو ما كان مطلوبا منه ان يتوخى الحيطة في تنفيذ التزامه فان المدين يكون قد وفى بالالتزام إذا بذل في تنفيذه من العناية ما يبذله الشخص المعتاد حتى لو لم يتحقق الغرض المقصود.2- ومع ذلك يكون المدين قد وفى بالالتزام إذا هو بذل في تنفيذه ما اعتاده في شؤونه الخاصة متى تبين من الظروف ان المتعاقدين قصدا ذلك)). يتضح لنا من المادة المشار اليها ان الالتزام ببذل عناية قد يرد على شيء أو قد يتعلق بعمل. فإذا ورد على شيء، فقد يتطلب من المدين المحافظة على الشيء كالتزام الوديع بالمحافظة على الوديعة. وقد يقتضي منه ادارته والمحافظة عليه معا، كالتزام المرتهن رهنا حيازيا بإدارة المرهون على نحو يضمن حسن استغلاله. اما إذا تعلق بالالتزام بعمل فيجب على المدين توخي الحيطة في القيام بالعمل الموكل اليه، كالتزام طبيب بعلاج مريضه حيث ان تنفيذ الالتزام يتم إذا بذل المدين من العناية ما يبذله الشخص المعتاد. فالطبيب إذا التزم بعلاج مريض فانه لا يلتزم بشفائه بل يلتزم باتخاذ الدقة والاصول الفنية في العلاج.⁽⁵⁵⁾ ومن المبادئ القانونية في القرارات التمييزية في قضاء محكمة تمييز اقليم كردستان –العراق(ان الطبيب –المدعي عليه – لا يكون مسؤولاً عن نتائج عملية جراحية اضررت بالمريض –المدعي- والتي انتهى بقطع ساقه الايمن فوق الركبة الا إذا ثبت –اولا- ان تلك العملية لم يعمل بحسب القواعد الطبية و ثانيا – انه اهمال من الطبيب في اخذ الاحتياطات التي تستدعيها حالة المريض و توجبها اصول الفن الطبي عقب حصول العملية).⁽⁵⁶⁾

(55) د.عبدالمجيد الحكيم ، محمد طه البشير، عبد الباقي البكري ، المصدر السابق ،ص²⁹.

(56) رقم القرار (37-الهيئة المدنية الاستئنافية (2009) تاريخ القرار 2009/3/16 نقلا عن سرور على جعفر ، جمال صدر الدين على، المختار من المبادئ القانونية للقرارات التمييزية في محاكم اقليم كردستان مركز انماء الديموقراطية و حقوق الانسان (DHRD) اقليم كردستان ،السليمانية، 2010، ط1، ص⁷².

وإذا كان الاصل ان يبذل المدين في تنفيذ التزامه عناية الشخص المعتاد الا ان ظروف التعاقد قد تكشف-إذا ورد الالتزام ببذل عناية على شيء- أن المدين أراد في العقد ان يلتزم ببذل العناية التي اعتاد بذلها في شؤنه الخاصه، لا العناية التي يبذلها الشخص المعتاد في المحافظة على الشيء أوفي ادارته، وان المتعاقدين قد اتفقا على ذلك، عندئذ يكون المدين قد نفذ التزامه إذا بذل من العناية ما اعتاد بذله في شؤونه سواء كانت اكثر او اقل من عناية الشخص المعتاد عليه في ضوء ما تقدم ذكره ان المدين إذا لم يبذل العناية التي تطلبها القانون أوقضى بها الاتفاق يكون قد تسبب في استحالة تنفيذ الالتزام، وعندئذ لا يتصور اللجوء الى التنفيذ العيني الجبري لعدم امكانية التنفيذ، ويصار الى التنفيذ بمقابل.⁽⁵⁷⁾

الفرع الثامن

الالتزام بالامتناع عن عمل

نصت المادة (252) من القانون المدني العراقي على ما يأتي ((إذا التزم المدين بالامتناع عن عمل واخل بهذا الالتزام، جاز للدائن ان يطلب ازالة ما وقع مخالفا للالتزام، مع التعويض ان كان له محل)). و بموجب هذا النص، ان المدين بالالتزام أيا كان مصدره عقدياً أو نصاً قانونياً أو غيرهما، يظل منفذا التزامه مادام ممتنعاً عن العمل الذي التزم بالامتناع عنه. فان اقدم عليه فإذا كانت المخالفة تقبل الازالة، كأن يتعهد جار بعدم بناء جدار يحجب النور ويصد الهواء عن جاره، ثم اقامه، ففي هذه الحالة للدائن ان يطلب التنفيذ العيني الجبري بمطالبة المدين بازالة المخالفة، وإذا امتنع المدين عن ازالتها، حق للدائن اللجوء الى القضاء ليستصدر حكماً بازالة المخالفة، أو حكماً بالترخيص له بازالتها على نفقة المدين، فإن صدر الحكم الاول، أودعه لدى مديرية التنفيذ لتنفيذها، وان صدر الحكم الثاني كلف غير المدين بازالتها ورجع بعدئذ على المدين يطالبه فيها بما أنفق، وعلى المحكمة ان تجيبه الى طلبه التنفيذ العيني الجبري لان حقه مادام ممكناً، دون ان تحكم بالتنفيذ بطريق التعويض، الا إذا قدرت المحكمة ان ازالة المخالفة تنطوي على ارهاق المدين وان الاقتصار على التعويض لا يلحق ضرراً جسيماً تطبيقاً لنص المادة (2/246) من القانون المدني المار ذكرها ولا يجوز للدائن ان يعتمد الى ازالة المخالفة بنفسه أو بتكليف غيره بازالتها دون استصدار حكم من المحكمة حتى في حالة الاستعجال، خلافاً لما هو الحكم في التنفيذ العيني الجبري للالتزام بانجاز عمل معين، وذلك لما ينطوي عليه هذا المسلك للدائن من عنق وارهاق للمدين.⁽⁵⁷⁾ وإذا كانت مخالفة الالتزام لا تقبل الازالة وكان الالتزام مما لا يتكرر مخالفته، كأفشاء صاحب المهنة سر مهنته، فالتنفيذ العيني يصبح عندئذ غير ممكن ويصار الى التعويض.

(57) د. عصمت عبدالمجيد بكر، المصدر السابق، ص 47.

المبحث الثالث

وسائل الحصول على التنفيذ العيني الجبري

ان التنفيذ العيني الجبري قد يقع جبرا على المدين بطرق متعددة سيما في الاحوال التي لا تتطلب تدخل المدين لتنفيذ التزامه ومع ذلك فان التنفيذ العيني قد يتطلب تدخلا شخصياً من المدين في تنفيذ التزامه وخاصة في تلك الالتزامات التي يكون فيها شخصية المدين محل اعتبار بحيث يكون تنفيذ الالتزام عيناً غير مجد الا إذا قام به المدين شخصياً، ولكن المدين يمتنع عن التنفيذ بالرغم من قدرته عليه، لذلك تتطلب الحاجة اللجوء الى وسائل للاكراه يحمل بواسطتها المدين المتعنت على التنفيذ العيني، والبحث عن وسائل قانونية للاستعانة بها لمحاولة كسر تعنت المدين ولادعائه للقيام بالتنفيذ العيني. ومن تلك الوسائل المتاحة هناك وسيلتان : **احدهما، الاكراه البدني و ثانيهما، التهديد المالي أو الغرامة التهديدية .**

والكثير من التشريعات المدنية لم تتخذ بفكرة حبس المدين لاعتبارات قانونية أو اقتصادية أو أدبية. والاعتبار القانوني محصله ان الوفاء بما على الانسان من ديون تضمنه امواله لأشخصه، فإذا امتنع المدين عن الوفاء اختياراً بدين عليه نفذ الدائن على امواله، والاعتبار الاقتصادي قائم على ان الاكراه البدني معطل لنشاط المدين وليس هذا من مصلحة المدين، فقد يصيب المدين مالم يمكن للدائن استيفاء دينه منه إذا ترك حراً يمارس نشاطه ، والاعتبار الادبي مبني على فكرة انسانية مضمونه ان التنفيذ على شخص المدين يتنافى مع كرامته الانسانية و يهدر آدميته.⁽⁵⁸⁾

وكما ان المشرع العراقي في القانون المدني لم يأخذ بفكرة حبس المدين، الا ان ثمة مجالاً للاكراه البدني نجده في قانون التنفيذ العراقي رقم (45) لسنة 1980 لذلك نبحت الاكراه البدني وفقاً لقانون التنفيذ المذكور في المطلب الاول. ومن ثم التهديد المالي او الغرامة التهديدية وفقاً للقانون المدني العراقي في المطلب الثاني.

(58) د.آدم وهيب النداوي ، المصدر السابق، ص 105.

المطلب الاول

الاكراه البدني وفقا لقانون التنفيذ رقم (45) لسنة 1980

اعتبر قانون التنفيذ العراقي النافذ الاكراه البدني نوعا من انواع التنفيذ المنصوص عليها في الباب الثالث من القانون المذكور، فقد تناولت المواد (40- 94) بالتنظيم احكام الاكراه البدني في الفصل الثالث من ذلك الباب، فهو في الحقيقة وسيلة من وسائل التنفيذ الجبري، الغاية منه التضييق على المدين واجباره على تنفيذ التزامه .

ويقصد بالاكراه البدني في نطاق قانون التنفيذ، حبس المدين الممتنع عن التنفيذ لحمله عليه لذلك يسمى بالحبس التنفيذي تمييزا عن الحبس الجزائي.⁽⁵⁹⁾ وكذلك عرف بانه وسيلة من وسائل التنفيذ الجبري تلجأ اليه مديرية التنفيذ للتضييق على المدين الموسر بحجز حريته فتره من الوقت بهدف تحصيل الدين منه واجباره على الوفاء بالتزامه.⁽⁶⁰⁾

ويختلف الحبس التنفيذي عن الحبس الجزائي من حيث السبب والغرض. فالسبب من الحبس التنفيذي هو الدين، في حين ان السبب في الحبس الجزائي هو الجريمة، وكما ان الغاية من الاكراه البدني هي التضييق على المدين لاكراهه على الوفاء بما في ذمته من الدين، في حين ان الغاية من الحبس الجزائي هي عقاب المجرم واصلاحه وردع الغير.⁽⁶¹⁾ فالحبس التنفيذي ماهو الا وسيلة جدية لاجبار المدين المراوغ والقادر على الوفاء لارغامه على تنفيذ التزامه، فهو وسيلة للضغط عليه وليس عقوبة له.

ومن الملاحظ ان الشريعة الاسلامية السمحاء لم تجز حبس المدين المعسر تطبيقا لقوله تعالى ﴿وَإِنْ كَانَ ذُو عُسْرَةٍ فَنَظِرَةٌ إِلَىٰ مَيْسَرَةٍ﴾.⁽⁶²⁾

(59) عبدالكاظم فارس المالكي، د. جبار صابر، احكام قانون التنفيذ رقم (45) لسنة 1980، بغداد 1988، ص¹³⁷.

(60) د.مدحت المحمود، شرح قانون التنفيذ رقم (45) لسنة 1980 وتطبيقاته العملية، المكتبة القانونية ط4، بغداد، 2009، ص¹¹³.

(61) د.سعيد مبارك، المصدر السابق، ص⁹¹.

(62) [سورة البقرة/الاية: 280]

بينما جوزت اغلبية فقهاء المسلمين حبس المدين استثناء عند تعذر استيفاء الدين منه بسبب مماطلته مع قدرته على الوفاء بسبب اخفاء ماله، استنادا الى الاية الكريمة ﴿أَوْ يُنْفَوْا مِنَ الْأَرْضِ﴾⁽⁶³⁾، وقول الرسول (ص) (لصاحب الحق اليد و اللسان)، و (مطل الغني ظلم)، و(إذا اتبع احدكم على ملئ فليتبع)⁶⁴. وقد اخذ المشرع العراقي بهذا المبدأ في قانون التنفيذ، فقد اجاز حبس المدين في حالات محددة ضمن شروط بينها وحدد مدته وكيفية انتهاؤه، هذا ما سنتناوله وكماياتي:

الفرع الأول

السلطة التي تقرر الحبس

يتم حبس المدين بقرار من المنفذ العدل إن كان قاضيا وان لم يكن قاضيا، عرض الامر على قاضي محكمة البداية الاول ليقرر حبس المدين من عدمه وفقا لاحكام القانون، ولكون حبس المدين يقيد حرите فتغلب الصفة القضائية على الصبغة الادارية في مقررات الحبس⁽⁶⁵⁾ فإذا لم يكن المنفذ العدل قاضيا يتم عرض الامر من قبل المنفذ العدل على قاضي البداية الاول في منطقة عمله وبمطالعة تفصيلية يشرح فيها مجريات المعاملة التنفيذية والسبب الذي يطلب بموجبها حبس المدين والمادة القانونية التي يستند اليها في طلب الحبس، وقاضي البداية اما ان تقتنع بالطلب ويقرر حبس المدين أو يرفض الطلب بقرار مسبب ولا يجوز له اتخاذ قرار آخر كتقسيت الدين مثلا لان صلاحية القاضي في المعاملة التنفيذية تقتصر على قرار الحبس أو رفضه فقط. ومن القرارات التمييزية في هذا الاتجاه (لدى التدقيق والمداولة وجدان الطعن التمييزي مقدم ضمن المدة القانونية فتقرر قبوله شكلا ولدى عطف النظر على القرار المميز المتضمن حبس المدين تنفيذا لمدة شهرين و نصف الشهر ، وجد انه مخالف للقانون ذلك ان المدين قد اخل بالتسوية التي ابداهها في 17/5/1989 ثم تعنت بعدم دفع الدين نهائيا وذلك بموجب المحضر المؤرخ 3/5/1989 ، فكان المقتضى تطبيق احكام المادة -42 - ثانياً من قانون التنفيذ هذا من جانب، ومن جانب آخر حصر القانون صلاحية قاضي البداية حين عرض

(63) سورة المائدة، ج6، الاية (33).

(64) نقلا عن عبدالكاظم فارس المالكي، جبار صابر، المرجع السابق، ص¹³⁹.

(65) على مظفر حافظ ، المرجع السابق، ص³⁶⁰.

الطلب عليه بالاستجابة الى الطلب أو رفضه لاسباب في القرار استنادا الى احكام المادة (40)-
ثانيا) من قانون التنفيذ عليه وحيث ان القرار المميز قد ذهب الى خلاف ذلك تقرر نقضه
واعادة الاضبارة الى مديرية التنفيذ للسير فيها وفق ماتقدم على ان يبقى رسم التمييز تابعا
للنتيجة وصدر القرار بالاتفاق في 11/6/1989).⁽⁶⁶⁾

الفرع الثاني

الشروط اللازمة توافره لتقرير حبس المدين

اشترط قانون التنفيذ لإمكان اصدار قرار بحبس المدين توفر الشروط التالية:

اولا- وجوب تقديم طلب صريح من الدائن يطلب فيه حبس المدين⁽⁶⁷⁾. وبدون ذلك يعتبر قرار
الحبس باطلا. فلا يجوز للمنفذ العدل اصدار قرار الحبس من تلقاء نفسه ولو حصلت القناعة
لديه بان المدين قادر على تسديد الدين ولا يقدم تسوية مناسبة وانه يماطل في ذلك.

ومن المبادئ القانونية في التطبيقات القضائية لقرارات محكمة استئناف اربيل بصفتها
التمييزية (ان القرار المميز غير صحيح ومخالف للقانون لان الدائن لم يطلب حبس المدين
وحيث لا يجوز حبس المدين في جميع الاحوال الابناء على طلب من الدائن لذا تقرر نقض
القرار المميز واعادة الاضبارة الى دائرتها لاخلاء سبيل المدين واتخاذ الاجراءات التنفيذية في
الاضبارة وفق قانون التنفيذ)⁽⁶⁸⁾.

ثانياً- تحقق احدى الحالات الاتية:

1- اقتناع المنفذ العدل بقدرة المدين على الوفاء كلا أوبجزء منه ولم يقدم تسوية مناسبة
أو تكون له اموال ظاهرة قابلة للحجز. ورفض التسوية التي عرضها عليه المنفذ العدل,
ومن المبادئ القانونية في التطبيقات القضائية لقرار اتمحكمة استئناف اربيل بصفتها

66) قرار رقم (311/تنفيذ/1989)، رئاسة محكمة – استئناف منطقة بغداد ، نقلا عن د. مدحت المحمود
شرح قانون التنفيذ رقم (145 لسنة 1980)، بغداد، ط4 ، 2009 ، ص¹¹⁷.

67) المادة (40) من القانون التنفيذ.

68) قرار رقم (32 /ت ت /1996) تاريخ القرار 1996/5/9 نقلا عن عثمان ياسين على، المصدر السابق
ص⁷⁵.

التمييزية(تبين أن القرار غير صحيح ومخالف للقانون لأن الثابت من البيئة الشخصية المستمعة بأن المدين قادر على دفع المبلغ صفقة واحدة وان منفذ العدل قد اقتنع بذلك ولامتناع المدين عن التسديد ولطلب الدائن تقرر حبس المدين، الا ان المنفذ العدل قد رجع عن القرار بعد ثلاثة أيام دون سند قانوني لذا تقرر نقض القرار المميز)⁽⁶⁹⁾.

2- إذا توقف المدين عن العمل بالتسوية التي وافق عليها. ومن المبادئ القانونية في التطبيقات القضائية لقرارات محكمة استئناف اربيل بصفقتها التمييزية (إن القرار المميز صحيح وموافق للقانون، لان المدين قدم تعهد بدفع المبلغ بشكل اقساط شهرية بمعدل 3000 ثلاثة آلاف دينار اعتبارا من تاريخ 1996/9/1 وانه اخل بتعهده هذا ولايسعه بعد ذلك اثبات عسر حاله)⁽⁷⁰⁾. وفي مبدأ آخر لقضاء محكمة استئناف اربيل بصفقتها التمييزية جاءت فيها (تبين ان المدين قد تعهد امام المنفذ العدل بتاريخ 1992/8/20 بدفع الدين صفقة واحدة بتاريخ 1992/9/12, وظهر انه قد توقف عن تنفيذ تعهده وإذا توقف المدين عن الوفاء بالتسوية التي وافق عليها جاز حبسه حسب احكام الفقرة – ثانيا من المادة -42- من قانون التنفيذ لذا فان قرار قاضي محكمة بداءة اربيل بحبس المدين جاء صحيحا و متماشياً مع احكام القانون لذا تقرر تصديقه)⁽⁷¹⁾.

3- إذا امتنع المحكوم عليه عن تسليم الصغير فيجب حبسه مهما بلغت المدة حتى يسلمه، الا إذا كان عدم التسليم لسبب خارج عن ارادته.⁽⁷²⁾ ومن الملاحظ ان اصدار قرار الحبس في هذه الحالة وجوبي وليس جوازي، فلا يملك القاضي سلطة تقديرية في عدم اتخاذ قرار الحبس.⁽⁷³⁾

(69) قرار رقم (29/ت/ت/1996) تاريخ القرار 1996/4/9 نقلا عن المصدر السابق ص⁷⁴.

(70) قرار رقم (14/ت/ت/1997)، تاريخ القرار 1997/2/19 نقلا عن المصدر السابق ص⁷⁵.

(71) قرار رقم (28/ت/ت/1993)، تاريخ القرار 1993/9/12، نقلا عن عثمان ياسين علي، المبادئ والتطبيقات القانونية في قرارات محكمة استئناف اربيل بصفقتها التمييزية، اربيل، 2010، ص¹⁶⁴.

(72) المادة (48) من قانون التنفيذ.

(73) سعيد مبارك، المصدر السابق، ص⁹².

ولا يستفيد المحكوم عليه بتسليم الصغير، من موانع الحبس، إذا توفر احدها في شخصه، كأن يكون موظفاً ذا راتب يتقاضاه من الدولة أو القطاع الاشتراكي، وامتنع عن تسليم الصغير المحكوم بتسليمه، ويجب حبسه حتى يسلم الصغير أو يثبت ان عدم تسليمه يكون بسبب خارج عن ارادته، لان الموانع التي وردت ذكرها في المادة (41) من قانون التنفيذ تمنع حبس المدين بدين كالنقود أو المثليات وغيرها، وان المشرع في المادة المذكورة اطلق تعبير (المدين) على من لا يجوز حبسه، بينما في المادة (48) منه اطلق تعبير (المحكوم عليه) على من يلزم بتسليم الصغير. ولمراعاة الجوانب الانسانية تقتضي التضييق على المحكوم عليه بتسليم الصغير وحجب حريته حتى يسلم الصغير حفاظاً على حياته لان الحياة أثمن من حجب الحرية.⁽⁷⁴⁾

4- إذا امتنع المدين عن تنفيذ السند التنفيذي المتضمن تسليم شيء معين ليس بحكم الدين أي ليس مبلغاً من المال أو من المثليات ولم يكن ذلك الشيء ظاهراً للعيان.⁽⁷⁵⁾ وان المقصود من الاشياء المعينة غير ظاهرة للعيان هي اشياء معلومة ولكن يمكن اخفاؤها بسهولة فإذا نفذ الدائن حكماً يتضمن الزام المدين باعادة شيء ثمين اثري كسيف مثلاً أو اي شيء آخر اثري وتسليمه للدائن عينا ولم يتطرق الحكم الى قيمته أو بدلا عنه نقداً في الحكم المنفذ، ورغم قناعة المنفذ العدل بان هذا الشيء لازال بحيازة المدين ولم يقدم ادلة عن تلفه أو ضياعه جاز حبس المدين وفقاً لاحكام المادة (49) من قانون التنفيذ.⁽⁷⁶⁾

الفرع الثالث

مدة الحبس

نصت المادة (43) من قانون التنفيذ على (لا يجوز ان تزيد مدة الحبس على اربعة اشهر). ويتضح لنا من ذلك النص ان حبس المدين يجب ان لا يتجاوز تلك المدة مهما كان مقدار المبلغ المطلوب منه). ولم تعين الحد الأدنى لها، فهي مسألة موضوعية تعود تقديرها للمنفذ العدل ان كان قاضياً أو لقاضي محكمة البداية، ويتم تقديره في ضوء ظروف المدين ودرجة تعنته وفي ضوء مبلغ الدين، ماعدا الحالة المنصوص عليها في المادة (48) من قانون التنفيذ، إذا كان المنفذ عليه محكوم عليه بتسليم الصغير، فلا يحدد في قرار الحبس مدة معينه، بل ان هذه المدة

(74) د. مدحت المحمود، المصدر السابق، ص 117.

(75) المادة (49) من قانون التنفيذ.

(76) د. عبود صالح مهدي التميمي، شرح قانون التنفيذ رقم (45) لسنة 1980، بغداد، 2000، ص 131.

مرتبطة بتسليم الصغير، فلا يطلق سراح المكلف بتسليم الصغير حتى ينفذ التزامه، وذلك بتسليم الصغير، ما لم يكن عدم التسليم خارجاً عن ارادته كفقده أو وفاته. وإذا اتخذ القرار بحبس المدين يتم إيداعه في مديرية الاصلاحية المختصة بعد تنظيم مذكرة حبس يبين فيها الاسم الثلاثي للصادر بحقه قرار الحبس وعمره ومهنته وعنوانه ومقدار الدين ومصاريفه و مدة الحبس وتوقيعه وختمها بختم مديرية التنفيذ المختصة إن كان المدين الصادر بحقه قرار الحبس حاضراً، أما إذا كان المدين غائبا عند اتخاذ القرار بحبسه فيصدر امر بالقبض عليه وعند القبض عليه تحرر مذكرة الحبس.

الفرع الرابع

موانع الحبس

وردت في المادتين (40/ثالثا و 41) من قانون التنفيذ عدة موانع بموجبها لا يمكن حبس المدين فيها، وهذه الموانع يتعلق بعضها بالدين ذاته والبعض الاخر بشخص المدين و ننتاولها كما يأتي :

أولاً- الموانع المتعلقة بالدين ، وهي كالآتي:

1- لا يجوز حبس المدين عن الدين نفسه الا مرة واحدة . إذا حبس المدين عن دين ومضى مدة حبسه وخرج من الحبس فلا يجوز حبسه ثانية عن الدين نفسه، لان حبس من قضى مدة حبسه ثانية عن الدين نفسه لا يؤدي الى الغاية المتوخاة من الحبس التنفيذي، إذ أن قضاء مدة الحبس الاولى يدل على عدم قدرته على الوفاء وهذا ما يمنع حبسه .⁽⁷⁷⁾ ومن المبادئ القانونية في التطبيقات القضائية لقرارات محكمة استئناف اربيل بصفقتها التمييزية (لدى عطف النظر على القرار المميز وجد أنه صحيح و موافق للقانون، وذلك لعدم جواز حبس المدين إلا مرة واحدة وحيث ان المدين – المميز عليه – سبق وان حبس لمدة شهرين عن دين هذه الاضبارة عليه تقرر تصديق القرار المميز ورد الاعتراضات التمييزية).⁽⁷⁸⁾ وكذلك الحال إذا كانت التسوية قد جرت بصورة تقسيط الدين واستحق قسط ما ، ولم يدفعه المدين فيعتبر

(77) علي مظفر حافظ ، المصدر السابق ،ص³⁷⁸.

(78) قرار رقم (57/ ت ت /2002) ، تاريخ القرار (2002/6/25) نقلا عن عثمان ياسين علي ،المصدر السابق،ص¹⁷².

مخلاً بالتسوية لذا ينبغي حبسه عن عدم دفعه القسط المستحق) ويعتبر بمثابة حبس عن الدين المتبقي بذمته كله لا عن القسط المستحق وعلى المنفذ العدل ان كان قاضياً أو قاضي البداءة المكلف تقدير مدة الحبس عن جميع الدين المتبقي لا عن القسط المستحق فلا يجوز حبسه في المستقبل عن الاقساط التي تستحق عن الدين نفسه.(79)

2- إذا كان المدين ذا راتب أو أجر يتقاضاه من الدولة أو القطاع الاشتراكي .(80) لان الدائن بإمكانه اقتضاء حقه بالحجز على راتب أو اجر المدين. ومن المبادئ القانونية في التطبيقات القضائية لقرارات محكمة استئناف اربيل بصفقتها التمييزية (ان قرار محكمة البداءة برفض طلب وكيل الدائن بحبس المدين صحيح و موافق للقانون، لعدم اثبات مقدرة المدين حول دفع الدين صفقة واحدة، علاوة على ذلك كون المدين يتقاضى راتباً من الدولة ولا يجوز حبسه استناداً للمادة (40 / اربعاً) من قانون التنفيذ عليه قرر تصديق القرار المميز.(81)

3- إذا نقض الدين أو سقط باي وجه من الوجوه، لان انقضاء الدين أو سقوطه يجعله كالعدم مما لا يبقى محل في الدين للتنفيذ عليه .

ثانياً- الموانع المتعلقة بشخص المدين :

نص قانون التنفيذ على عدة حالات متعلقة بشخص المدين لا يجوز فيها حبسه وكما يأتي:

- 1- إذا كان المدين معسراً.(82) حيث ان الغاية من الحبس هو اجبار المدين على اظهار امواله حتى تتمكن مديرية التنفيذ من التنفيذ عليها، فإذا كان المدين معسراً فلا يكون هناك جدوى منه وكما بينا سابقاً عند بيان شروط الحبس، ان يقتنع المنفذ العدل بان المدين له القدرة على الوفاء بالدين.
- 2- إذا لم يكمل الثامنة عشرة من عمره أو جاوز عمره ستين سنة .(83) فلا يمكن قانوناً حبس المدين القاصر، ومن التطبيقات القضائية في القرارات التمييزية لمحكمة استئناف اربيل

(79) علي مظفر حافظ ، المصدر السابق، ص 378 .

(80) المادة (41 / اربعاً) من قانون التنفيذ.

(81) قرار رقم (40 / ت ت / 1998) تاريخ القرار (1998/8/27) نقلاً عن د. عثمان ياسين علي، المصدر السابق، ص 168 .

(82) المادة (41/اولاً) من قانون التنفيذ.

(83) المادة (41/ثانياً) من قانون التنفيذ .

بصفتها التمييزية (ان القرار المميز صحيح و موافق للقانون، لانه وبموجب المادة -41 ثانيا – من قانون التنفيذ لايجوز حبس المدين إذا كان قد جاوز عمره ستين سنة ، وقد ثبت في الاضبارة التنفيذية ان المدين قد جاوزت الستون سنة من عمرها .⁽⁸⁴⁾

3-إذا كان المدين من اصول الدائن أوفروعه أوخوته أوزوجاته مالم يكن الدين نفقة محكوم بها .⁽⁸⁵⁾ والعلة من منع الحبس في هذه الحالة هو حفظ العائلة وصيانتها من التفكك والنأي بها عن الضغينة والحدق ، وعدم تحصيل الدين هو اهون من الضغائن.⁽⁸⁶⁾

اما جواز حبس المدين عن دين النفقة فهو لان الحرص على الحياة والمعيشة تفوق في اهميتها الخلل الذي يمكن ان تصاب به الروابط العائلية جراء هذا التنفيذ ، ان لم تكن مصابة به اصلا جراء هذا العوق في دفع النفقة .⁽⁸⁷⁾

الفرع الخامس

مدة الحبس وحالات اخلاء سبيل المدين قبل انتهاء مدة الحبس

نصت المادة (43) من قانون التنفيذ على (عدم جواز تجاوز مدة الحبس التنفيذي على اربعة اشهر). ولم تعين القانون الحد الادني لها، اذ بإمكان المنفذ العدل القاضي أوقاضي البداة المكلف ، ان يقرر حبس المدين من يوم واحد الاربعة اشهر، وذلك حسب تقديره وظروف المدين ودرجة تعنته ومبلغ الدين.⁽⁸⁸⁾ لذلك يحبس الزوج مثلا عند عدم دفع النفقة المحكوم بها ماعدا الحالة المنصوص عليها في المادة (48) من قانون التنفيذ، عندما يكون المطلوب حبسه محكوم بتسليم صغير وامتنع عن تسليمه ففي هذه الحالة يحبس حتى يسلم ذلك الصغير ، وقدمت الاشارة الى تلك الحالة سابقا عند الحديث عن مدة الحبس وإذا تقرر حبس المدين أرسل الى السجن مباشرة ان كان حاضرا أويصدر امر بالقبض عليه ان كان غائبا⁽⁸⁹⁾.

(84) قرار رقم (10/ ت ت/ 1996) تاريخ القرار 1996/12/19 ، نقلا عن د.عثمان ياسين على ، المصدر السابق ، ص¹⁶⁸.

(85) المادة (41 / ثالثا) من قانون التنفيذ.

(86) عبدالكاظم فارس المالكي ، جبار صابر ، المصدر السابق ، ص¹⁴⁴.

(87) د.آدم وهيب الندوي ، المصدر السابق ، ص¹¹⁴.

(88) مدحت المحمود ، المصدر السابق ، ص¹⁰⁹.

(89) المادة (44) من قانون التنفيذ.

وقد أوردت المادة (46) من قانون التنفيذ حالات ألزمت بموجبها مديرية التنفيذ باخلاء سبيل المدين من الحبس ، ولو لم تنتهي مدة الحبس و ذلك في الحالات الآتية :

- 1- عندما يدفع الدين الذي حبس من اجله، ولا يغير من الامر ان كان المبلغ قد دفع من قبل المدين ذاته أو من قبل شخص آخر.
- 2- عندما يحجز على ما يكفي من امواله للوفاء بالدين، فإذا ظهر للمدين اموال بعد حبسه و طلب الدائن وضع الحجز عليه وتم حجرة فلا يبقى مبرر لاستمرار حبس المدين.
- 3- إذا طلب الدائن اخلاء سبيل المدين من الحبس ، دون التقيد باي سبب سواء حصل وفاء ام لم يحصل، وفي هذه الحالة لا يمكن اعادة حبسه ثانية عن الدين نفسه.
- 4- إذا اصيب المدين بمرض لا يرجى شفاؤه استنادا الى تقرير طبي صادر عن لجنة طبية رسمية، فإذا اثبت ذلك فان الحبس لا يحقق غايته وهو قهر المدين على تنفيذ التزامه ، وان حبس المدين في حالة مرض لا يمكن شفاؤه قد يعجل بوفاته مما لا يأتلف والقيم الاخلاقية والانسانية وتصبح الغاية المتوخاة من حبس المدين قليلة الاهمية بحيث يكون غير متناسبة مطلقا مع الضرر الذي يمكن أن يصيب المريض الذي قد يكلفه حياته أو على الاقل يعجل بها.⁽⁹⁰⁾

المطلب الثاني

الغرامة التهديدية وفقا للقانون المدني العراقي

لبيان موضوع الغرامة التهديدية لابد ان نتناول التعريف بالغرامة التهديدية اولا ثم نبين شروط فرضها ثانيا ومن ثم خصائصها ثالثا وكما يأتي:-

الفرع الأول

التعريف بالغرامة التهديدية

الغرامة التهديدية أو التهديد المالي – هي وسيلة ضغط على ارادة المدين الممتنع عن تنفيذ التزامه على تنفيذه.⁽⁹¹⁾ وكما عرف بانه مبلغ من النقود يحكم به القاضي على المدين عن كل فترة زمنية معينة لا يتم فيها تنفيذ المدين لالتزامه عينا حيث يكون التنفيذ العيني يقتضي تدخلا شخصيا من المدين ، ويكون التهديد المالي بالتالي وسيلة غير مباشرة لاجبار

(90) د. آدم وهيب الندوي ، المصدر السابق ، ص 111 .

(91) .عبدالمجيد الحكيم ، عبد الباقي البكري ، محمد طه البشير ، المصدر السابق ، ص 35 .

المدين على التنفيذ العيني .⁽⁹²⁾ فهي وسيلة ابتدعها القضاء الفرنسي واقتدى به القانون المدني العراقي واطلق عليه اسم الغرامة التهديدية بعد ان كان يعرف بالتهديد المالي .⁽⁹³⁾ وقد نصت المادة (253) من القانون المدني العراقي على أنه ((إذا كان تنفيذ الالتزام عينا غير ممكن أو غير ملائم الا إذا قام به المدين نفسه وامتنع المدين عن التنفيذ جاز للمحكمة بناء على طلب الدائن ان تصدر قرارا بالزام المدين بهذا التنفيذ و بدفع غرامه تهديدية ان بقي ممتنعا عن ذلك)) . وكما جاءت في المادة (254) منه ((إذا تم التنفيذ العيني أو اصر المدين على رفض التنفيذ حددت المحكمة مقدار التعويض الذي يلزم به المدين مراعية في ذلك الضرر الذي اصاب الدائن والتعنت الذي بدا من المدين)).

يتضح لنا من هذين النصين، ان للمحكمة بناء على طلب الدائن وعند توافر شروط محددة ان تصدر قرارا بالزام المدين بالتنفيذ العيني لالتزامه خلال مدة معينة تحددها و بدفع مبلغ إذا فاتت تلك المدة عن كل مرة يخل فيها بالتزامه، أو عن كل وحدة زمنية يتأخر فيها عن التنفيذ ، حتى يتم التنفيذ العيني أوحتى يثبت اصرار المدين عن الامتناع عنه. عندئذ يرجع الدائن الى المحكمة لتحكم له، بصرف النظر عما تراكم من غرامة تهديدية، بالتعويض الحقيقي الذي يستحقه والذي يغطي ما اصابه من خسارة ومافاته من كسب مع الاخذ بنظر الاعتبار مدى التعنت الذي بدا من المدين، وقد يسوقها تعنت المدين الى أن يكون قدر ماتحكم به من تعويض اكثر مما كانت تحكم به لو كان حكمها غير مسبق بغرامة تهديدية .⁽⁹⁴⁾

الفرع الثاني

شروط الحكم بالغرامة التهديدية

يشترط للحكم على المدين بغرامة تهديدية توافر الشروط الاتية:

أولاً- أن يكون التنفيذ العيني للالتزام ممكناً وان يكون المدين ممتنعاً عن التنفيذ . فإذا اصبح التنفيذ العيني للالتزام مستحيلاً، كأن هلك الشيء المطلوب تسليمه أو نفذ المدين العمل الذي التزم بالامتناع عنه فلا محل للالتجاء الى الغرامة التهديدية .

92) د.شوقي محمد عبدالرحمن, المصدر السابق، ص 68 .

93) عبدالباقي البكري، المصدر السابق، ص 68 .

94) د.عبدالمجيد الحكيم ، محمد طه البشير، عبدالباقي الكبري ، المصدر السابق، ص 38 .

ثانياً-أن يكون تدخل المدين ضرورياً أو مفيداً لتحقيق التنفيذ العيني للالتزام. حيث يكون شخصية المدين محل اعتبار في نشوء الالتزام و تنفيذه، كما لو تعهد نحات بنحت تمثال أو تعهد ممثل بعدم الاشتراك في تمثيل مسرحية معينة. ومع ذلك قد لا يصح اللجوء الى الغرامة التهديدية بالرغم من ان تدخل المدين يبدوا ضرورياً أو مفيداً إذا انطوى الاكراه المالي على المساس بحرية المدين في نتاج فكره .⁽⁹⁵⁾

فلو تعهد مؤلف لناشر بتأليف كتاب يقوم الاخير بنشره، أو يلتزم فنان ل احد الاشخاص بنحت تمثال له يجسد فكرة معينة ثم اعوز المؤلف أو الفنان لإلهام اللازم لتحقيق عمله، فهنا لا يمكن اجباره عن طريق الغرامة التهديدية، لاجبار هؤلاء على تسليم نتاجهم الفكري والابداعي من كتاب أو تمثال .⁽⁹⁶⁾ وكذلك لا يجوز استعمال الغرامة التهديدية لجبره على تسليم الكتاب أو التمثال بفرض غرامة على من وضعه أو من نحته، إذا كان من انتجه ليس جديراً في نظره للنشر أو العرض على الجمهور لان المسألة تتعلق بسمعته ككاتب أو فنان ولا يصلح غيره للحكم على نتاج فكره وعلى صلاحيته للعرض أو النشر. اما إذا كان الامتناع عن تسليم الكتاب أو التمثال، راجعا الى إغراء بعرض اكبر من ناشر أو من عميل آخر، فيجوز عندئذ الانتحاء الى التهديد المالي لحمله على تنفيذ التزامه.⁽⁹⁷⁾

ثالثاً-أن يطلب الدائن من المحكمة فرض هذه الغرامة، فلا يجوز للمحكمة ان تقضي بها من تلقاء نفسها وله ان يتقدم بطلبه في اية مرحلة كانت عليها الدعوى.

ويتفاوت مجال الحكم بالغرامة التهديدية تبعا لصور محل الالتزام، فإذا كان محل الالتزام نقل حق عيني، يرد على عقار وانعقد العقد بتسجيله في دائرة التسجيل العقاري أو يرد على منقول معين بالذات أو كان محله مبلغاً من النقود، فلا مجال للتهديد المالي عندئذ، لان الحق العيني ينقل بحكم القانون بناء على العقد المسجل في الحالة الاولى، ويتم تنفيذ الالتزام بحكم القانون لحظة نشوء العقد في الحالة الثانية، ويقع التنفيذ العيني عن طريق الحجز على اموال المدين في الحالة الثالثة.

(95) عبدالباقي البكري، المصدر السابق، ص 71.

(96) د. عصمت عبدالمجيد بكر، المصدر السابق، ص 66.

(97) د. انور سلطان، المصدر السابق، ص 61.

أما إذا كان محل الالتزام نقل حق عيني يرد على منقول معين بالنوع فالاصل عدم اللجوء الى التهديد المالي لامكان الحصول على التنفيذ العيني على نفقة المدين ومع ذلك يجوز اللجوء اليه في حالات قليلة، كأن يكون الشيء نادر الوجود ويحمل المدين على البحث عنه والعثور عليه عن طريق الحكم به .

أما إذا كان محل الالتزام قياماً بعمل، فإن مجال التهديد المالي يتسع عندئذ بحيث يمكن القول انه المجال الطبيعي لتوقيع الغرامة التهديدية متى كان التنفيذ العيني غير ممكن أو غير ملائم دون تدخل المدين، الا إذا انطوى التهديد المالي على المساس بحرية المدين في نتاج فكره، وهذا ما تناولناه سابقاً.⁽⁹⁸⁾

الفرع الثالث

خصائص الحكم بالغرامة التهديدية

أولاً- انها تحكيمية – اي الغرامة التي يحكم بها لا تقاس بمقياس الضرر ، ولا علاقة لها به فلا يراعي القاضي عند تقديرها مقدار الضرر الذي اصاب الدائن من جراء امتناع المدين عن التنفيذ. فيجوز ان يتجاوز مقدارها بكثير قدر الضرر الذي لحق بالدائن. وكما يجوز ان يحكم بها دون وجود ضرر، فليس الهدف من فرض الغرامة التهديدية التعويض عن الضرر، بل تستهدف الضغط على المدين لكي يقوم بتنفيذ التزامه، ومن ثم ينظر القاضي الى موارد المدين المالية و قدرته على المضي في عدم تنفيذ التزامه، فيقضي بغرامة تكفي لكسر عناده، لذلك يستطيع القاضي، إذا فرض غرامة تهديدية ثم تبين له انها غير كافية للتغلب على عناده، فله ان يقرر زيادة مبلغ الغرامة التهديدية، ولا يمنع من ذلك حجية الامر المقضي فيه، لان الحكم بالغرامة التهديدية لا يحوز على هذه الحجية.⁽⁹⁹⁾

(98) د. عبدالمجيد الحكيم ، عبدالباقى البكري، محمد طه البشير، المصدر السابق، ص 28 .

(99) د. عصمت عبدالمجيد بكر المصدر السابق، ص 96 .

ثانياً- أنها تهديدية – اي ان الهدف من فرض الغرامة التهديدية هي تهديد المدين بها فقط ، لذلك لايجوز للدائن ان يطلب تنفيذ الحكم بالغرامة التهديدية ، ولا يعتبر هذا الحكم من السندات التنفيذية التي تخول الدائن التنفيذ على اموال مدينه ، وان الغرامة التهديدية لاتعتبر حقا للدائن ولا دينا محققا في ذمة المدين .⁽¹⁰⁰⁾ وعلى الدائن ان ينتظر حتى ينكشف موقف المدين، بقيامه بالتنفيذ أو بتماديه في الاصرار، أو تثببت استحالة التنفيذ، ليرجع النالمحكمة للقيام بالتصفية التي يتعلق عليها مصير الغرامة التهديدية. وإذا صدر حكم بتصفيته في ضوء مسلك المدين، كان يكون حكما بالتعويض عن التأخير في التنفيذ أو الامتناع عنه، كان هذا الحكم هو السند التنفيذي الذي ينفذ الدائن بمقتضاه في اموال مدينه.⁽¹⁰¹⁾

ثالثاً- أنها وسيلة مؤقتة – أي أن الحكم بالغرامة التهديدية يعتبر حكما وقتيا مصيره الى التصفية في ضوء الموقف النهائي للمدين، فإذا اتخذ المدين موقفه النهائي سواء قام بالتنفيذ أو اصر على الرفض، انتفى سبب وجود هذا الحكم، وأعاد القاضي النظر فيه ليحسم في الدعوى و يقدر التعويض عن الضرر الذي اصاب الدائن, أخذا بنظر الاعتبار مدى تعنت المدين.

ويترتب على اعتبار كون الغرامة التهديدية حكما وقتيا نتيجتان : **اولهما** ، عدم امكان الطعن فيه بطريق التمييز وان صدر من محكمة آخر درجة . **وثاينهما** ، انه لا يحوز قوة الشيء المقضي فيه وان اصبح حكما قطعياً ويجوز للمدين ان يطلب خفض الغرامة التهديدية أو اعفائه منها. وكما يجوز للدائن ان يطلب زيادتها الى القدر الذي يكفي للتغلب على عناد المدين. واخيرا يجوز للقاضي ان ينقص منها او يلغيها عند تحويل الحكم بها الى حكم نهائي بالتعويض .⁽¹⁰²⁾

رابعاً- أنها لاتقدر جزافا دفعة واحدة– انما يجري تقديرها عن كل وحدة زمنية كيوم أو اسبوع او شهر ، يتأخر فيها المدين عن تنفيذ التزامه ، أو عن كل مدة يخل فيها بالتزامه ، كي يتحقق الغرض منها حيث ان المدين سيشعر بمغبة تأخره في التنفيذ، وان مبلغ الغرامة سيزداد كلما زاد عناده وامتدت مماطلته على نحو قد يوقفه عند حده.

(100)عبدالباقي البكري،المصدر السابق، ص 74 .

(101)د.عصمت عبدالحميد بكر، المصدر السابق، ص 70 .

(102) عبدالباقي البكري،المصدر السابق، ص 75 .

خامساً- انها وسيلة غير مباشرة للحصول على التنفيذ العيني- اي ان الغرامة ليس غاية الحكم انما هي وسيلة لاكراه المدين عن التنفيذ، شأنها شأن الاكراه البدني لذلك يجب ان يصدر الحكم بلزوم التنفيذ العيني، وبتحديد اجل لا يجوز تأخر التنفيذ بعده، وبتحديد الغرامة وسريانها إذا تمادى المدين في امتناعه بعد فوات الاجل .⁽¹⁰³⁾

الفرع الرابع

طبيعة الحكم بالغرامة التهديدية والقيمة العملية لها

الغرامة التهديدية لاتعتبر تعويضا ولا عقوبة خاصة. أما انها لاتعتبر تعويضا فلان الحكم بها يختلف عن الحكم بالتعويض في امور ثلاثة اولها، اختلافهما من حيث الغرض، ذلك لان الغرض من التعويض هو اصلاح الضرر، اما غرض الغرامة التهديدية فهو اكراه المدين على التنفيذ العيني . وثانيها اختلافها من حيث تقدير المبلغ المحكوم به، حيث ان التعويض يهدف الى تغطية الخسارة اللاحقة والربح الفائت، وهما عنصران الضرر المادي الذي يجب التعويض عنده بينما مبلغ الغرامة التهديدية لا يوجد تناسب بينه وقدرة الضرر المتحقق من تعنت المدين، فمبلغ الغرامة في العادة يفوق قدر الضرر وقد يحكم بها بصرف النظر عن عدم وجوده. وثالثها، ينبغي على القاضي تسبب حكمه بالتعويض عند اصداره بينما لا محل لتسبب حكمه بالغرامة التهديدية .⁽¹⁰⁴⁾

وأما ان الغرامة التهديدية ليست عقوبة خاصة، فلأن العقوبة يجب تنفيذها كما نطقت بها المحكمة، أما الحكم بالغرامة التهديدية فحكم وقتي لايجوز تنفيذها، وما ينفذ في نطاق دعواها هو الحكم النهائي بالتعويض بعد التعرف على الموقف النهائي للمدين .

ولكون الحكم بالغرامة التهديدية حكم تهديدي وقتي، وان مصيرها الى التصفية، وان على القاضي عند صدور حكمه النهائي بالتعويض أن يعيد النظر فيما تراكم منها لانقاصه أو الغائه بعد التثبت من موقف المدين، لذلك قد يبدو ان الغرامة التهديدية لا قيمة لها ولا فائدة منها في اكراه المدين، مادام انه يعلم مسبقا ان مصيرها الى التصفية .

(103) د. عبدالمجيد الحكيم ، عبد الباقي البكري ، محمد طه البشير ، المصدر السابق ، ص 39 .

(104) المصدر نفسه، ص 40 .

وبتأثير من الشعور بعجز الغرامة التهديدية عن تحقيق الغرض المقصود منها تلافت القوانين الحديثة قصور نظام الغرامة التهديدية وأسبغت عليها القيمة العملية، بأن على القاضي ان يراعي في تحديد مقدار التعويض النهائي عنصرين اولهما, الضرر الذي اصاب الدائن وثانيهما, مدى التعنت الذي بدا من المدين. وعلى القاضي ان يشير في حكمه بالتعويض الى هذين العنصرين والا تعرض حكمه للنقض من قبل محكمة التمييز لمخالفته للقانون.⁽¹⁰⁵⁾ وقد نبه المشرع العراقي في القانون المدني الى ذلك فقد نص في المادة (254) منه على أنه ((إذا تم التنفيذ العيني وأصر المدين على رفض التنفيذ حددت المحكمة نهائياً مقدار التعويض الذي يلزم به المدين مراعيًا في ذلك الضرر الذي أصاب الدائن والتعنت الذي بدا من المدين)).

(105) د. عبدالمجيد الحكيم، عبد الباقي البكري، محمد طه البشير، المصدر السابق، ص 41.

الخاتمة

في ختام دراستنا حول موضوع بحثنا الموسوم (التنفيذ العيني الجبري وفقا للقانون المدني العراقي وقانون التنفيذ) يظهر لنا ان المدين يجبر على تنفيذ التزامه تنفيذا عينيا وعند توافر شروطه، حيث أن المبدأ الذي يحكم التنفيذ هو حسن النية في التنفيذ، اذ يلزم على المدين تنفيذ التزامه مختارا وخلال المدة المحددة قانونا وطبقا للغرض الحقيقي الذي رمي اليه المتعاقدان . فإذا لم ينفذ المدين التزامه باختياره اجبر عليه تنفيذه بتدخل السلطة العامة والمتمثلة بمديرية التنفيذ وقد توصلنا الى عدة استنتاجات و مقترحات نلخصها بما يلي :

اولاً/ الاستنتاجات:

- 1- ان قوة الاحكام الصادرة من المحاكم المختصة في تنفيذه ، فلا جدوى من صدور الحكم ان لم ينفذ حيث ان المدين أوالمنفذ عليه قد لا يقوم بتنفيذ التزامه مختارا في جميع الاحوال، لذلك لا بد من اجباره على تنفيذ التزامه ولاسيما عندما يكون تنفيذ الالتزام تنفيذاً عينيا فلا عبرة بحكم لانفاذ له، كما قال الخليفة عمر بن الخطاب رضى الله عنه (لاخير في حكم لانفاذ له) .
- 2- ان التنفيذ الجبري يتم بطريقتين، وهما التنفيذ العيني المباشر، والتنفيذ بمقابل الذي لايمكن للدائن الحصول على ذات ماالتزم به المدين، انما يحصل على مقابل له وهو التعويض .
- 3- ان هناك عدة وسائل للحصول على التنفيذ العيني الجبري يمكن الاستعانة بها لمحاولة كسر تعنت المدين واذعانه للقيام بالتنفيذ العيني ، ومن تلك الوسائل احدهما الاكراه البدني أوحبس المدين ، وثانيهما ، الغرامة التهديدية.
- 4- ان الكثير من التشريعات المدنية لم تأخذ بفكرة الاكراه البدني لاعتبارات قانونية أواقتصادية أوادبية، بينما المشرع العراقي أخذ به في قانون التنفيذ رقم (45) لسنة 1980 كوسيلة من وسائل التنفيذ الجبري والغاية منه التضييق على المدين لاطهار امواله واجباره على تنفيذ التزامه.
- 5- لم ينص المشرع العراقي في القانون المدني على شرط الاعذار أوالانذار لاستحقاق التنفيذ العيني الجبري، كما سارت عليه بعض القوانين المدنية العربية، كالقانون المدني المصري والسوري واللبيبي وغيرها من قوانين الدول الاخرى.
- 6- لم يخول المشرع العراقي في القانون المدني وبشكل صريح الصلاحية لقاضي محكمة البداية، زيادة مبلغ الغرامة التهديدية إذا رأى ان مبلغ الغرامة التهديدية ليس كافيا لاكراه المدين الممتنع عن التنفيذ واجباره على تنفيذ التزامه .

- 7- بموجب المادة (40/ثالثا) من قانون التنفيذ رقم (45) لسنة 1980 لايجوز حبس المدين عن الدين نفسه الامرة واحدة، وان ذلك يشمل ايضا حالة ما إذا كانت التسوية قد جرت بصورة تقسيط الدين، واستحق قسط ما ولم يدفعه المدين، فيعتبر مخلا بالتسوية، لذلك ينبغي حبسه لدفعه القسط المستحق وإذا أخل بالتسوية ولم يدفع القسط المستحق عن الشهر التالي فلا يمكن حبسه قانونا، لانه سبق صدور قرار بحبسه عن القسط السابق ولا يمكن حبسه للمرة الثانية لاعتباره بمثابة حبس المدين عن الدين نفسه.
- 8- ان مدة الحبس البالغة اربعة اشهر والمنصوص عليها في المادة (43) من قانون التنفيذ النافذ قليلة وغير كافية للتضييق على المدين الممتنع عن تنفيذ التزامه، حيث ان المدين بعد انقضاءه المدة المحددة له وخروجه من الحبس حرا لايبالي بتنفيذ التزامه.
- 9- ان الغرامة التهديدية لاقيمه لها في الحياة العملية مادام ان المدين يعرف مقدما انه حكم وقتي ولايتم تنفيذه لذلك لا نجد لها تطبيقات قضائية في محاكم الاقليم أوالمحاكم العراقية وان وجدت فانها قليلة.

ثانياً/ المقترحات:

- 1- ضرورة النص على اعدار أوانذار المدين كشرط لاستحقاق التنفيذ الجبري، حيث ان اول اثر من آثار الالتزام هو الوفاء طوعا و بمحض ارادة المدين ولا يصار الى الاجبار الا استثناء. ويترتب على ذلك إذا لم يقم الدائن بأعدار المدين قبل مطالبته قضائيا بالتنفيذ العيني، جاز للمدين حتى بعد المطالبة القضائية ان يتقدم للدائن بالتنفيذ العيني، فيخسر الدائن في هذه الحالة مصروفات التقاضي، وكذلك لا يصح للدائن ان يطالب المدين بالتعويض عن تأخره في تنفيذ التزامه.
- 2- من اجل تنفيذ الاحكام الصادرة من المحاكم المختصة تنفيذا عينيا جبريا يتطلب الزام وزارة الداخلية باسناد القائم بالتنفيذ بالحماية الكافية عند قيامه بتنفيذ اعماله تنفيذا عينيا جبريا، وكذلك في جميع الحالات التي تستدعي ذلك وتفعيل المادة (28) من قانون التنفيذ .
- 3- ضرورة النص على عدم اعتبار حبس المدين عن عدم دفعه القسط المستحق حبسا عن جميع الدين واصدار قانون بذلك في الاقليم.
- 4- من اجل التغلب على تعنت المدين واطهار امواله وعدم اخفائه وتنفيذ التزامه نقترح زيادة مدة الحبس، بحيث يمكن تقدير مدة الحبس وفقا لمبلغ الدين المستحق، ولمرور فترة طويلة على صدور قانون التنفيذ النافذ والصادر عام 1980 ولتغيير الظروف الاقتصادية فان مدة الحبس المقررة قانونا وبالبالغة اربعة اشهر غير كافية للضغط على

المدين في حالة امتناعه عن تنفيذ التزامه رضاءً, مما يفوت على الدائنين الحصول على حقوقهم، لذلك نقترح برفع الحد الاعلى لمدة الحبس المقررة قانونا الى(سنة).

5- من اجل تلافي قصور نظام الغرامة التهديدية واسباغ القيمة العملية عليها، نقترح إعطاء الصلاحية لقاضي محكمة البداءة زيادة مبلغ الغرامة التهديدية كلما رأى ان المبلغ المفروض غير كافية.....و من الله التوفيق.

قائمة المصادر

القرآن الكريم

أولا / الكتب القانونية :-

- 1- د. آدم وهيب النداوي، احكام قانون التنفيذ رقم (45) لسنة 1980، ط1، بغداد، 1971.
- 2- د. احمد شوقي محمد عبدالرحمن، احكام الالتزام والاثبات في الفقه وقضاء النقص ، 2004 ، جامعة المنصورة.
- 3- د. انور سلطان ، احكام الالتزام ، دار النهضة العربية للطباعة والنشر، بيروت .
- 4- د. حسن على الذنون ، محمد سعيد الرحو، احكام الالتزام، دار وائل للنشر ، ط1، 2004.
- 5- د. سعيد مبارك ، احكام قانون التنفيذ رقم (45) لسنة 1980 ، المكتبة القانونية ، بغداد ، ط4، 2011.
- 6- د. سوزان على حسن ، الوجيز في القانون المدني ، 2004 ، منشأ المعارف.
- 7- د. سمير عبدالستار تناغو ، احكام الالتزام والاثبات ، دار المعارف ، الاسكندرية.
- 8- عبدالباقي البكري ، شرح قانون المدني ، تنفيذ الالتزام ج3، مطبعة الزهراء ، بغداد 1971.
- 9- د. عبدالرزاق احمد السنهوري، الوجيز في النظرية العامة للالتزام، دار المعارف الاسكندرية .
- 10- عبدالكاظم فارس المالكي ، د. جابر صابر، احكام قانون التنفيذ رقم (45) لسنة 1980 ، بغداد، 1988.
- 11- د. عصمت عبدالمجيد بكر، تنفيذ الاحكام والمحركات، منشورات جامعة جهان الاهلية اربيل، الذاكرة للطباعة والنشر، ط1، 2012.
- 12- د. عصمت عبدالمجيد بكر، النظرية العامة للالتزامات- احكام الالتزام ، جامعة جيهان الاهلية ، اربيل ، ط1، 2012.
- 13- علي مظفر حافظ ، شرح قانون التنفيذ المعدل ، مطبعة العاني ، بغداد .
- 14- د. مدحت محمود، شرح قانون التنفيذ رقم (45) لسنة 1980 وتطبيقاته العملية المكتبة القانونية ، بغداد ط4، 2009.
- 15- عبدالمجيد الحكيم، عبدالباقي البكري، محمد طه البشير، القانون المدني واحكام الالتزام ، ج2، المكتبة القانونية ، بغداد ، 1980 .
- 16- عبود صالح مهدي التميمي، شرح قانون التنفيذ رقم (45) لسنة 1980 ، بغداد 2000.

ثانياً / المصادر اللغوية

- 1- ابراهيم مصطفى، احمد حسن الزيان / حامد عبدالقادر، محمد علي النجار، المعجم الوسيط ج1، المكتبة الاسلامية للطباعة والنشر .
- 2- ابي الفضل جمال الدين محمد بن مكرم ابن منظور الافريقي المصري لسان العرب ، المجلد الرابع عشر بيروت , دار صادر ، 2008.

ثالثاً/ القوانين

- 1- القانون المدني العراقي رقم (40) لسنة 1951.
- 2- قانون التنفيذ رقم (45) لسنة 1980.
- 3- قانون العقوبات رقم (11) لسنة 1969 المعدل.
- 4- القانون المدني المصري رقم (131) لسنة 1948.
- 5- القانون المدني السوري رقم (84) لسنة 1949.

رابعاً/ القرارات القضائية

- 1- سرور على جعفر، جمال صدرالدين على،المختار من المبادئ القانونية للقرارات التمييزية في محاكم إقليم كردستان, ط1، السليمانية ، 2010، منشورات إنماء الديموقراطية و حقوق الإنسان.
- 2- عثمان ياسين علي، المبادئ والتطبيقات القانونية في قرارات محكمة استئناف اربيل بصفتها التمييزية – قانون التنفيذ المرقم (45) لسنة 1980 للسنوات (1992 – 2001) اربيل ، 2002.
- 3- عثمان ياسين على ، المبادئ والتطبيقات القانونية في قرارات محكمة استئناف اربيل بصفتها التمييزية –قانون التنفيذ المرقم (45) لسنة 1980 للسنوات (1992 – 2009) ط2، اربيل ، 2010.
- 4- كيلاني سيد احمد، المبادئ القانونية في قضاء محكمة تمييز اقليم كردستان – العراق للسنوات (1993 – 1998) , ط 1 ، اربيل 1999 .

خامساً/ المجلات

- مجلة تفرأزو، اتحاد حقوقي كردستان- العراق, العدد (12), اربيل ، 2012 .

فهرس الموضوعات

الصفحة	الموضوع
-	توصية المشرف
أ	الاهداء
ب	شكر وتقدير
2-1	المقدمة
8-3	المبحث الأول : التنفيذ العيني الجبري
5-4	المطلب الأول : التنفيذ العيني الجبري والتنفيذ العيني الاختياري وفقاً للقانون المدني
8-5	المطلب الثاني : التنفيذ الجبري والتنفيذ الاختياري وفقاً لقانون التنفيذ
22-9	المبحث الثاني : استحقاق التنفيذ العيني الجبري
13-9	المطلب الأول : شروط تنفيذ العيني الجبري
22-14	المطلب الثاني : صور التنفيذ العيني الجبري
38-23	المبحث الثالث : وسائل الحصول على التنفيذ العيني الجبري
32-24	المطلب الأول : الاكراه البدني وفقاً لقانون التنفيذ رقم (45) لسنة 1980
38-32	المطلب الثاني : الغرامة التهديدية وفقاً للقانون المدني العراقي
41-39	الخاتمة
43-42	قائمة المصادر
44	فهرس الموضوعات

